



YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

SOSYAL MEDYA REKLAMCILIĞINDA

HAKSIZ REKABET

MERVE YİĞİT

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. SEVİLAY UZUNALLI

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SUNUM TARİHİ : 08.08.2023

BORNOVA/ İZMİR
AĞUSTOS 2023

Jüri üyeleri olarak bu tezi okuduğumuzu ve kapsam ve kalite bakımından Yüksek Lisans/Doktora tezi olarak uygunluğunu onaylıyoruz.

Jüri Üyeleri :

İmza:

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI
İzmir Ekonomi Üniversitesi

.....

Doç. Dr. Ali Murat SEVİ
Yaşar Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU
Dokuz Eylül Üniversitesi

.....

Prof. Dr. Yücel Öztürkoğlu
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

ÖZ

SOSYAL MEDYA REKLAMCILIĞINDA HAKSIZ REKABET

YİĞİT, Merve

Yüksek Lisans Tezi/ Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışman: Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Ağustos, 2023

İnternetin son ürünü olan sosyal medyanın kullanımının yaygınlaşması sonucu kitleler arası ticari iletişim sosyal medyaya da taşınmıştır. Dinamik ve kolay erişilebilir yapısı sosyal medyayı ticari hayatın aktörleri tarafından tercih edilen bir mecra haline getirmiştir. İşletmeler ürün ve hizmetlerini sosyal medya reklamları aracılığıyla tüketicilere sunmaktadır. Ancak rekabetin mevcut olduğu tüm mecralarda olduğu gibi sosyal medyada da Anayasal bir hak olan rekabet hakkını ihlal eden ve haksız rekabet doğuran davranışlar hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu noktada sosyal medya reklamlarının hukuki çerçevesinin çizilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Bu çalışmanın amacı sosyal medyada yapılan ticari reklamların haksız rekabet boyutunun değerlendirilmesidir.

Sosyal medyanın kendine özgü yapısı ve özellikleri çerçevesinde geleneksel pazarlama yöntemlerinden farklı pazarlama yöntemleri ortaya çıkmıştır. Çalışma kapsamında sosyal medyada kullanılan yeni reklam türleri ve bu reklam türlerinde karşılaşılan haksız rekabet halleri ile haksız rekabetten doğan sorumluluk incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Haksız Rekabet, Sosyal Medya Reklamları, Sosyal Medya Hukuku

ABSTRACT
UNFAIR COMPETITION IN SOCIAL MEDIA ADVERTISING

YİĞİT, Merve

Master Degree Programme/ LL.M. in Private Law with Thesis

Advisor: Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

August, 2023

As a result of the widespread use of social media, the latest product of the Internet, commercial communication between the masses has also moved to social media channels. Its dynamic and easily accessible structure has made social media a preferred medium for commercial actors. Companies offer their products and services to consumers through social media advertising. However, as in all media where competition exists, conducts that violate the constitutional right to competition and create unfair competition in social media constitute a violation of the law. Against this background, there is a need to define the legal framework of social media advertising. The purpose of this study is to assess the unfair competition dimension of commercial advertising on social media.

Given the unique structure and characteristics of social media, different marketing methods have emerged compared to traditional marketing. The study examines new types of advertisements used in social media, unfair competition situations that arise in these types of advertisements, and liability arising from unfair competition.

Keywords: Social Media, Unfair Competition, Social Media Advertising, Social Media Law

TEŞEKKÜRLER

Bu tezin yazımında kıymetli fikir ve görüşleri ile bana yol gösteren, engin bilgi birikimi ve tecrübelerinden yararlandığım saygıdeğer danışman hocam Prof. Dr. Sevilay Uzunallı' ya, attığım her adımda bana koşulsuz güvenen ve desteklerini her daim hissettiren canım annem Özgül Yiğit'e ve canım babam Kasım Yiğit'e, bu süreçte hep yanımda olan canım kardeşim Nehir Yiğit'e ve tüm kalbimle teşekkür ederim.

Merve YİĞİT

İzmir, 2023



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunmuş olduğum “Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet” adlı çalışmanın, araştırma aşamasından tamamlanmasına kadar olan tüm süreçte, tarafımdan bilimsel ahlak, gelenek ve temellere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla doğrularım.

Merve YİĞİT

08.08.2023



İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
TEŞEKKÜR METNİ	v
YEMİN METNİ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMA LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA VE REKABETTEKİ ÖNEMİ

I. SOSYAL MEDYA	3
A. Tanım	3
B. Sosyal Ağlar ve Sosyal Medya ile Bağlantısı	4
C. Sosyal Ağ Siteleri	5
II.SOSYAL MEDYA VE REKABET İLİŞKİSİ	8
A. Rekabet	8
B. Rekabette Yeni Ortam: E- Ticaret	8
C. Sosyal Medya ve E-ticaret İlişkisi	10
D. Sosyal Medyada Rekabet	11
E. Rekabet Hukuku	12
F. Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi	13

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA REKLAMCILIĞI

I. REKLAM	15
A. Kavram	15
B. Ticari Reklamlar	16
C. Unsurları	17
1. Tanıtım Mesajı	17
2. Reklam Veren Kimliği	18
3. Mecra	19
4. Ücret	19

II. SOSYAL MEDYA REKLAMLARI	20
A. Sosyal Medyada Kullanılan Reklam Türleri	20
1.Çevrimiçi Davranışsal Reklamlar	22
a. Kavram	22
b. Kişisel Verilerin Korunması Mevzuatı Kapsamında Değerlendirilmesi	25
2. Viral Reklamlar	27
3. Etkileyici Reklamları	30
4. Ünlü Desteği Reklamları	33

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET TEŞKİL EDEN SOSYAL MEDYA REKLAMLARI

I. HAKSIZ REKABET	35
A. Unsurları	35
B. Amacı	36
C. Hukuki Niteliği	37
D. Mevzuatımızdaki Yeri	38
E. Mevzuatımızdaki Haksız Rekabet Hallerine Genel Bakış	40
II.SOSYAL MEDYA REKLAMLARININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	42
A. TTK'nın Haksız Rekabet Hükümlerinin Sosyal Medya Reklamlarına Uygulanabilirliği	42
B. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz	43
C. TTK' da Yer Alan Haksız Rekabet Halleri Kapsamında Değerlendirme	47
1. Aldatıcı Reklamlar	47
a. Kavram	47
b. Unsurları	49
aa. Aldatıcılık	49
bb. Orta Seviyedeki Tüketiciyi Yanıltması veya Yanıltma İhtimalinin Bulunması	50
cc. Tüketicinin Karar Alma Mekanizması Üzerinde Etkileyici Güce Sahip Olması	51
c. Örtülü Reklamlar	52
aa. Örtülü Etkileyici Reklamları	53

bb. Örtülü Etkileyici Reklamı Örnekleri	55
d. Aldatıcı Sosyal Medya Reklamları	58
aa. Aldatıcı Etkileyici Reklamları	59
bb. Aldatıcı Çevrimiçi Davranışsal Reklamlar	60
cc. Aldatıcı Viral Reklamlar	63
2. İş Şartlarına Uymayan Reklamlar	64
a. Kavram	64
b. İş Şartlarına Uymayan Sosyal Medya Reklamları	66
aa. İş Şartlarına Uymayan Etkileyici Reklamları	66
bb. İş Şartlarına Uymayan Çevrimiçi Davranışsal Reklamlar	68
cc. İş Şartlarına Uymayan Viral Reklamlar	69
3. Karşılaştırmalı Reklamlar	71
a. Kavram	71
b. Unsurları	72
aa. Karşılaştırma Eylemi	72
bb. Birden Fazla İşletme ya da Onlar Tarafından Sunulan Ürün ya da Hizmetler Arasında Bağlantı Kurulması	74
cc. Karşılaştırmanın Konusu	75
c. Karşılaştırmalı Sosyal Medya Reklamları	76
aa. Karşılaştırmalı Etkileyici Reklamları	76
bb. Karşılaştırmalı Viral Reklamlar	78
4. Kötüleyici Reklamlar	79
a. Kavram	79
b. Kötüleyici Sosyal Medya Reklamları	80
aa. Kötüleyici Etkileyici Reklamları	80
bb. Kötüleyici Viral Reklamlar	81

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA REKLAMLARINDA HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN

HUKUKİ SORUMLULUK

I. AÇILABİLECEK DAVALAR	83
A. Tespit Davası	83
B. Müdahalenin Men'i Davası	84
C. Eski Hale İade Davası	85

D. Tazminat Davaları	86
1. Maddi Tazminat Davası	86
2. Manevi Tazminat Davası	88
E. İhtiyati Tedbir Talebi	89
II. TARAFLAR	90
A. Davacı	90
B. Davalı	92
1. Haksız Rekabet Fiilini Gerçekleştiren Kişi	94
a. Reklam Veren	94
b. Reklamcı	95
2. İletişim ve Bilişim Kuruluşları	96
a. İçerik Sahibi ve İlan Veren	96
b. İletiyi Bilişim Aracına Koyan veya Koyduran Kişi ve İlan Servisi Şefi	97
c. İşletme veya Kuruluş Sahibi	99
d. Hizmet Sağlayıcıları	99
aa. Sosyal Medya Platformlarının Sorumluluğu	102
bb. 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Sosyal Ağ Sağlayıcılarının Yükümlülükleri	103
III. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	104
A. Görevli Mahkeme	104
B. Yetkili Mahkeme	106
IV. ZAMANAŞIMI	107
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	109
KAYNAKÇA	115

KISALTMA LİSTESİ

AB : Avrupa Birliği

AD : Reklam

Bkz. : Bakınız

C : Cilt

E-TİCARET : Elektronik Ticaret

FTC : Federal Ticaret Komisyonu

FSEK: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

GDPR: Genel Veri Koruma Tüzüğü

ICC: Uluslararası Ticaret Odası

K : Karar

KVKK : 6998 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

m. : Madde

RG : Resmî Gazete

RKHK : 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

RTKYHHK : 6112 Sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

SMK : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

S : Sayı

s : Sayfa

TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

T : Tarih

TRHTUY : Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği

TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

TKHK : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



GİRİŞ

Rekabet liberal ekonomik sistemin vazgeçilmez bir parçasıdır. Serbest rekabet ortamında müteşebbisler özgürce aldıkları ekonomik kararlar doğrultusunda mal ve hizmetlerini piyasaya sunabilmektedir. Ekonomik pazarda hedef kitle konumunda yer alan tüketiciler de istedikleri ürün ve hizmete ulaşabilmekte, ekonomik tercihleri doğrultusunda seçim özgürlüğüne sahip olmaktadır. Fakat müteşebbislerin ticaret serbestisi kapsamında birbirleri ile rekabet ederken sınırsız hareket alanlarına sahip olabilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan, rekabet hakkını ihlal eden ve hakkın kötüye kullanılmasına sebep olan davranışlar haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir.

Serbest rekabet ortamında müteşebbislerin hedef kitle olan tüketicilere ulaşabilmesi, ürün ve hizmetlerini tanıtabilmesi ticari reklamlar yoluyla gerçekleştirilmektedir. Ürün ve hizmet çeşitliliğinin gün geçtikçe daha da arttığı ticari pazarda tüketiciler de talep ve satın alma tercihlerini ticari reklamlar ile şekillendirmektedir. Teknolojinin gelişmesiyle pazarlama yöntemleri de tür değiştirmekte ve gelişmektedir. İnternetin yaygınlaşması geleneksel reklam yöntemlerinin terk edilerek, internetin yapı ve özelliklerine göre şekillenen farklı reklam yöntemlerinin tercih edilmesine sebep olmuştur.

İnternetin son ürünü olan sosyal medyanın hayatımıza girmesi ile internet dünyası büyük bir devrim içine girmiş, internette edilgen konumda bulunan ve sadece gözlemci niteliği taşıyan internet kullanıcıları sosyal medya ile farklı roller edinmiştir. Kullanıcılar kendi açtıkları sosyal medya hesapları ile adeta kendilerinin dijital bir yansımasını oluşturmakta, sanal profilleri aracılığıyla gerçekleştirdikleri eylemlerle internet dünyasında aktif rol sahibi olmaktadır. Sosyal medyanın kendine özgü bu yapısı büyük kitlelerin hızlı ve kolay yoldan iletişim kurabilmesini sağlamıştır. Bu iletişim olanakları ticari iletişimin de sosyal medyaya taşınmasına sebep olmuştur. Nitekim müteşebbisler sosyal medya aracılığıyla çok daha az masraf ve efor sarf ederek hedef kitlelerine ulaşmakta, hedef kitle de arz ve taleplerini daha kolay ve hızlı bir şekilde müteşebbislere iletebilme imkanına sahip olmaktadır.

Ticari iletişimin sosyal medyaya taşınması, sosyal medyayı yeni bir reklam mecrası haline getirmiştir. Sosyal medyada geleneksel reklam yöntemlerinin yanında sosyal medyanın yapı ve özellikleri çerçevesinde şekillenen sosyal medya reklamları ortaya çıkmıştır. Ticari hayat aktörleri tarafından tercih edilen bir reklam mecrası olmasına rağmen, sosyal medyada hukuki denetimin ve sosyal medyaya ilişkin özel

düzenlemelerin yetersiz olması sebebiyle, sosyal medyada haksız rekabet halleri ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu kapsamda sosyal medyada yapılan ticari reklamlarda haksız rekabet çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde genel hatlarıyla sosyal medya, sosyal medyanın sosyal ağlar ve e-ticaret ile ilişkisi, rekabette sosyal medyanın yeri, rekabet hukuku ve haksız rekabetle aralarındaki ilişkin incelenmiştir. Çalışmanın “Sosyal Medya Reklamcılığı” başlıklı ikinci bölümünde ise öncelikle reklam ve ticari reklam kavramları açıklanarak sosyal medyada yapılan ticari reklam türleri değerlendirilmiştir.

Çalışmanın temel bölümü olan “Haksız Rekabet Teşkil Eden Sosyal Medya Reklamları” başlıklı üçüncü bölümünde ise ilk olarak haksız rekabetin unsurları, amacı, hukuki niteliği ve mevzuatımızdaki yeri incelenmiştir. Aynı bölümün ikinci kısmında TTK’nın haksız rekabet hükümlerinin sosyal medya reklamları açısından uygulama alanı değerlendirilerek sosyal medya reklamlarına ilişkin ulusal mevzuatımızda ilk özel düzenleme niteliği taşıyan “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” incelenmiştir. Üçüncü bölümün devamında çalışmanın yapı taşı olan sosyal medya reklamlarının TTK’ nın 55. maddesinde düzenlenen haksız rekabet halleri kapsamında değerlendirilmesi yer almaktadır.

Çalışmanın son bölümünde ise haksız rekabet sorumluluğu kapsamında açılacak davalar, talepte bulunabilecek ve bulunulabilecek taraflar, görevli ve yetkili mahkeme ile zamanaşımı hususları incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA VE REKABETTEKİ ÖNEMİ

I. SOSYAL MEDYA

A. Tanım

Teknoloji çağının getirileri doğrultusunda son yıllarda internet dünyasında büyük bir devinim içine girilmiş ve insanlar her geçen gün yeni bir internet buluşuyla tanışmıştır. Bu gelişim ve dönüşümün tüm dünyayı etkisi altına alan¹ en son ürünü sosyal medyadır.

Sosyal medyanın temellerinin atılması Web 2. 0'ın doğuşuyla ilişkilendirilmektedir. Birinci nesil Web'de (Web 1. 0) kullanıcılar “ziyaretçi” adı verilen ve sitelerle olan ilişkileri sadece okumakla sınırlı olan bir gruptur. İkinci nesil Web olan Web 2. 0' da ise ziyaretçiler; siteleri kendileri yaratabiliyor ve sitelerin içeriğini değiştirebiliyor olmaları sebebiyle " ziyaretçi" adından farklı olarak “kullanıcı” adını almaya başlamıştır. Bu durum da kullanıcıların fikirlerini özgürce ortaya koyduğu bir ortam yaratmış olup, herkesin katılımına izin veren ortak kullanılan ve içeriği taze kalan sitelerin oluşmasını sağlamıştır². Diğer bir ifadeyle Web 2.0 ile internet kullanıcılarının internette daha aktif hale geldiği, pasif bir okuyucu ya da izleyici olmaktan çıkarak artık içerikleri dizayn edebilme, üretebilme ve başkaları ile paylaşabilme yetkinliklerini kazandıkları söylenebilir. Sosyal medya ise tam olarak bu temel üzerinden gelişen bir mecra olarak karşımıza çıkmaktadır. Sosyal medyanın öğretilerde birçok tanımı olmakla birlikte Bir görüşe göre sosyal medya “*internet altyapısı ve web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin ortak ilgi, bilgi, duygu ve düşünceleri bağlamında karşılıklı iletişim, iletişim, paylaşım, işbirliği, topluluk oluşturma ve kendi içeriklerini yaratmasını sağlayarak sosyalleşmesine imkan tanıyan ortam ve araçların bütünü*”dür³.

¹ “We Are Social” ve “Hootsuite” kuruluşları tarafından yayınlanan “Digital in 2023” adlı rapora göre şu anda dünya çapında 4,76 milyar sosyal medya kullanıcısı bulunmaktadır. Sosyal medya kullanıcılarının sayısı artık dünya toplam nüfusunun yüzde 59'undan fazlasına eşittir. Sosyal medyanın büyümesi COVID- 19'un ortaya çıkmasından bu yana önemli ölçüde hızlandı. 2020 yılı boyunca her gün ortalama olarak 1,3 milyondan fazla yeni kullanıcı sosyal medyaya katıldı ve bu da *saniiyede* yaklaşık 15½ yeni kullanıcıya denk geliyor. Tipik bir kullanıcı artık her gün sosyal medyada 2,5 saatten fazla zaman harcamakta, bu da her hafta için hayatının yaklaşık bir tam gününe denk geliyor. Aynı rapora göre Ocak 2023 tarihi baz alınarak yapılan araştırma kapsamında Türkiye'de toplam nüfusun yüzde 73,1'ine denk gelen 62,55 milyon sosyal medya kullanıcısı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://wearesocial.com/uk/blog/2023/01/digital-2023/> e. t. 14.07.2023.

² <https://bidb.itu.edu.tr/sevir-defteri/blog/2013/09/08/web-2.0> e. t. 14.05.2023.

³ KAYA, Mine, Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 76.

Bireyler eskiden internet ortamında sadece birer gözlemleyici rolü oynamakta ve mecranın şekillenmesinde aktif rol oynamamakta iken sosyal medya ile adeta bir internet devrimi gerçekleşmiştir. Sosyal medyaya katılan bireylerin sanal kimlikleri aracılığıyla kurdukları iletişim ile sanal dünya büyük bir devinim içine girmiştir. Bireylerin aktif katılımı ile oluşan bu yeni sistem siyaset, ekonomi, ticaret, hukuk gibi alanlarının da sosyal medyaya taşınmasına sebep olmuştur.

Dünya çapında her geçen gün kullanımı daha da yaygınlaşan sosyal medyanın kullanıcılarına ulaştığı birçok araç ve platform mevcuttur. Sosyal medya platformları günümüz dünyası içerisinde sosyal ağlar, bloglar, wikiler, podcastler, forumlar, içerik toplulukları, sanal dünyalar ve mikrobloglar şeklinde tasniflenebilir. Ancak siber alemde her gün yeni site ve uygulamaların çıktığı göz önüne alınırsa sosyal medya sitelerinin sınıflandırılmasının sistematik bir yolu olmadığı ve ancak günümüzle bir sınıflandırma yapılabileceği gözden kaçırılmamalıdır⁴.

B. Sosyal Ağlar ve Sosyal Medya ile Bağlantısı

Sosyal ağlar en kısa tabiriyle, kullanıcıların kişisel bilgilerini içeren profiller oluşturduğu ve bu profiller üzerinden diğer profillerle sosyal iletişimler geliştirdiği ortamlardır. Sosyal ağlara ilişkin tanımlamalara öğreti dışında mahkeme içtihatlarında da rastlamak mümkündür. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında Facebook gibi sosyal ağları *“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 ortamları”* olarak tanımlamıştır⁵.

Sosyal ağ kavramı sosyal medya ile zaman zaman karıştırılsa da sosyal medyanın bir alt türü olup en yaygın ve en temel sosyal medya aracıdır. Standart bir sosyal medya yapısı bulunmadığı gibi sosyal medya siteleri özellik ve işlevleri açısından farklılıklar içermektedir⁶. Sosyal ağı diğer sosyal medya araçlarından ayıran özellik kullanıcıların kendi sosyal ağlarını oluşturması ve sosyal ağın gelişerek büyümesidir. Kullanıcılar isim, meslek, yaşadıkları yer gibi kimliklerini

⁴ ÖZDEMİR, Semih Sırrı/DOĞANAY, Zahid, Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y: 7, S: 13, 2019, s. 301.

⁵ Yargıtay 12.Ceza Dairesi 2015/10388 E, 2017/1556 K., 01.03.2017. (www.kazanci.com.tr e. t. 12.05.2023.)

⁶ GEDİK, Yasemin, Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal Medya ve Web 2.0, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, 2020, C. 3, S. 1, s. 256.

oluşturan bilgiler, ilgi alanları, uğraşları, beğenileri gibi kişiliklerine ait özel bilgiler ya da fotoğraf, ses kaydı, video gibi yansımalarını içeren profiller oluşturmakta, bu profiller üzerinden diğer profilleri görüntülemekte ve kendi profil ağlarına ekleyerek kendi profillerinin görünürlüğünü sağlamakta ve bu şekilde kendi sosyal ağlarını oluşturmakta ve bu sosyal ağı genişletmektedir.

Sosyal ağlar temelde insanların yarattıkları sanal profilleri aracılığıyla oluşturdukları sanal iletişimi amaçlar. Toplum olmanın getirdiği sosyalleşme ihtiyacı günümüzde gerçek dünyadan ziyade sosyal ağlar vasıtasıyla giderilmektedir. Bireyler sosyal ağlar ile sanal benlikler oluşturarak sanal bir yaşam kurmaktadır. İnsanın ve iletişimin mevcut olduğu her yerde hukukun varlığına da ihtiyaç duyulduğundan, sosyal ağlar son zamanlarda farklı hukuk dalları açısından incelenmekte ve bu kapsamda farklı hukuki düzenlemeler gündeme gelmektedir.

C. Sosyal Ağ Siteleri

Sosyal ağ siteleri “Sosyal Medya Reklamlarında Haksız Rekabetten Doğan Sorumluluk” başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere sosyal ağ sağlayıcı konumundadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’da sosyal ağ sağlayıcı “*Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım doğrultusunda sosyal ağ siteleri, internet kullanıcılarının hem içerik oluşturmalarına hem de bu içerikleri görüntüleyebilme ve paylaşımlarına uygun bir zemin sunmaktadır. Günümüzde çok sayıda sosyal ağ sitesi mevcut olup her geçen gün bunlara yenileri eklenmektedir. Ancak bunlardan en çok kullanıcı barındıran diğer bir ifadeyle en popüler olan sosyal ağ siteleri Facebook, Youtube, Twitter ve Instagram’dır.

2004 yılında ABD’de Harward Üniversitesi öğrencisi Mark Zuckenberg tarafından Harward öğrencileri arasında iletişim kurmak amacıyla kurulan Facebook, kısa bir süre içerisinde üniversitenin sınırlarını aşarak bünyesine farklı üniversitelerden sonrasında farklı ülkelerden katılımcılar ekleyerek son olarak e-posta hesabına sahip herkesin katılımına açılmıştır. Son verilere göre, dünya çapında

Facebook'un 2,958 milyar aktif kullanıcısı bulunmaktadır⁷. Facebook, kullanıcılarının kendi kişisel bilgilerini içerir profiller oluşturmalarını, bu profiller üzerinden diğer kullanıcı profillerini ağlarına eklemelerini ve mesaj yoluyla iletişim kurabilmelerini, belli amaçlarla (okul, meslek, il, ülke gibi) gruplar kurarak sanal toplumlar oluşturabilmelerini, metin, fotoğraf, video gibi içerikleri paylaşabilmelerini sağlayan çevrimiçi ücretsiz bir sosyal ağ sitesidir. Ayrıca Facebook'un sunmakta olduğu hizmetlerden biri olan "Marketplace" üzerinden elektronik ticaret yoluyla ürün alım-satımı gerçekleştirilebilmektedir⁸.

Ekim 2010'da kullanıcılarına çektikleri bir fotoğraf üzerinde dijital filtre kullanma ve bu fotoğrafı paylaşma imkânı tanıyan Instagram, 2012 yılında Facebook tarafından satın alınmış ve fotoğraf paylaşma işlevinin dışında bünyesine birçok özellik ekleyerek kullanıcı sayısını artırmıştır. Güncel verilere göre, Instagram'ın dünya çapında 2 milyar aktif kullanıcısı bulunmaktadır⁹. Instagram kullanıcılarının kendi fotoğraf ve videolarını içeren profiller oluşturmalarına, diğer profilleri ağlarına ekleyerek takip edebilmelerine, paylaşılan fotoğraf ve videoları beğenebilmeleri ya da yorum yapabilmelerine, canlı yayın ile diğer kullanıcılarla iletişim kurabilmelerine imkan sağlayan ücretsiz bir çevrimiçi sosyal ağ sitesidir. Ayrıca, Instagram kullanıcılarının işletme hesabı kurabilmelerini, bu hesaplar üzerinden sponsorlu gönderiler oluşturarak ürün ya da hizmetlerinin tanıtım reklamlarını yapabilmelerini, bu ürün ya da hizmetleri etiketleyerek satıldıkları siteye yönlendirebilmelerini ve bu yolla ürün ya da hizmet satışı yapabilmelerini sağlayan bir pazar haline gelmiştir¹⁰. Son olarak "Instagram Shop" hizmeti ile tıpkı "Facebook Marketplace" de olduğu gibi görseller ve videolar yoluyla ürün ve hizmetler sergilenmekte ve görsellere tıklanması yoluyla satış sitelerine yönlendirilme yapılmaktadır. Bu özelliğiyle Instagram, görsele dayalı pazarlama politikalarını benimseyen işletmeler açısından Instagram'ı vazgeçilmez bir satış platformu haline getirmiştir¹¹.

2005 yılında kurulan ve 2006 yılında Google tarafından satın alınan Youtube, bir video paylaşım sitesidir. "Broadcast Yourself" (Kendini Yayınla) sloganıyla yola

⁷ "We Are Social" ve "Hootsuite" kuruluşları tarafından yayınlanan Ocak 2023 güncel verileridir. Bu konuda bkz. <https://datareportal.com/reports/digital-2023-global-overview-report> e. t. 08.07.2023; <https://tr.wikipedia.org/wiki/Facebook> e. t. 14.05.2023.

⁸ Özdemir/Doğanay, s. 303; Kaya, s. 92.

⁹ "We Are Social" ve "Hootsuite" kuruluşları tarafından yayınlanan Ocak 2023 güncel verileridir. Bu konuda bkz. <https://datareportal.com/reports/digital-2023-global-overview-report> e. t. 08.07.2023.

¹⁰ <https://business.instagram.com/advertising-guide/> e.t. 14.05.2023.

¹¹ ÖZBAKIR, Ali Fuat, Sosyal Medya ve İnternette Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2019, s. 14.

çıkan Youtube, kullanıcılarına kanal oluşturarak video yükleme ve paylaşma, diğer kanallara abone olarak videolarını takip edebilme, herhangi bir kanal oluşturmaksızın paylaşılan videoları izleme, depolama, paylaşılan videoları beğenme ya da yorum yapabilme imkânı sunmaktadır. Ayrıca 2014 yılından itibaren üyeye para kazandırma modeline geçmiş olup üye hesap ayarlarından para kazanmayı aktif hale getirdikten sonra kullanıcılar yüklediği videolardan izlenme başına ödeme almaktadır¹². Bunun dışında işletmeler Youtube tarafından sunulan Truview reklamcılığı ile ürünlerine ilişkin reklamlarını ulaştırmak istedikleri hedef kitleyi tespit edebilmekte, bu kitleye nasıl ve ne zaman ulaşabileceğini rahatlıkla gözlemleyebilmekte ve reklamların izlenme oranlarına göre ücret ödeyerek reklam maliyetlerini düşürebilmektedir¹³.

2006 yılında kurulan ve “İnternetin SMS’i” olarak tanımlanan Twitter, anlık iletişim ve etkileşime dayalı bir mikroblog ve sosyal ağ sitesidir. Twitter kullanıcılarına kendilerine ait bir profil oluşturarak “tweet” adı verilen en fazla 280 karakterden oluşan mikroblog mesajlar, fotoğraf ya da videolar paylaşabilme, diğer profilleri takibe alarak tweetlerini izleyebilme ve “retweet” yolu ile kendi sayfalarında paylaşabilme imkanlarını sunar. Ayrıca işletmeler “sponsorlu tweetler” yolu ile kendi ürünlerine ait reklam mesajlarını kullanıcılara iletme imkanına sahiptir. Reklam veren işletmeler, sponsorlu tweetler tıkladığında, beğenildiğinde, yorum yapıldığında ya da gönderi retweet edildiğinde ücret ödemekte, böylece hem reklam maliyetlerini düşürmekte hem de hedef kitleyle anlık olarak etkileşim içine girme fırsatı yakalamaktadır¹⁴. Twitter da Instagram ya da Facebook gibi “satın al” butonuna tıklanarak ürün ya da hizmet satışına yönlendirilmesi uygulamasını 2016 yılında devreye sokmuşsa da başarısız olmuştur. Twitter’ın başarısızlığının en önemli nedeninin diğer sosyal medya mecralarından farklı olarak güncel gelişmeleri ve haberleri takip etmek amacıyla kullanılıp gezinme/ araştırma amaçlı kullanılmaması olduğu düşünülmektedir¹⁵.

¹² <https://tr.wikipedia.org/wiki/YouTube> e.t 14.05.2023.

¹³ https://ads.google.com/intl/tr_tr/home/campaigns/video-ads/ e.t. 14.05.2023.

¹⁴ <https://ads.twitter.com/login> e. t. 15.05.2023.

¹⁵ AKGÜN, Zuhâl, Ticarete Dijital Dönüşüm: Elektronik Ticareten Sosyal Ticarete, İksad Yayınevi, Ankara, 2021, s. 71. <https://iksadyayinevi.com/wp-content/uploads/2021/11/TICARETTE-DIJITAL-DONUSUM-ELEKTRONIK-TICARETTEN-SOSYAL-TICARETE.pdf> e. t. 21.05.2023.

II.SOSYAL MEDYA VE REKABET İLİŞKİSİ

A. Rekabet

Sosyal medya ve rekabet ilişkisinin değerlendirilmesi öncelikle rekabet kavramının ortaya konulmasını gerektirmektedir. Rekabet her ne kadar “*aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma ve yarış*” olarak tanımlansa da işletme, ekonomi, spor, hukuk gibi birçok alanda farklı anlamlar ifade edebilmektedir. Hukuktaki anlamına ilişkin olarak 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu m. 3’de rekabet “*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*” olarak tanımlanmaktadır.

Rekabet ticari hayatta teşebbüslerin kendisi ile aynı alanda ürün ya da hizmet sunan işletmelerden daha geniş kitlelere ulaşma çabası olarak tezahür eder. Daha geniş kitlelere ulaşma çabası daha fazla satış, daha fazla tanınırlık ve nihayetinde ekonomik yarışta daha büyük galibiyet anlamına gelir. Bu amaç ise daha kaliteli veya daha ucuz ürün ya da hizmet sunma gerekliliğini beraberinde getirmektedir. İşletmelerin içine girdiği bu ekonomik yarış sonucu daha fazla özelliğe, kaliteye ya da fiyata sahip ürün çeşitliliği artmaktadır. Tüketiciler hem bu ürün çeşitliliğinden faydalanmakta hem de bütçelerine uygun ürün ya da hizmeti tercih edebilmektedir. İşletmeler de bu sayede hedef kitleleriyle buluşabilmekte ve tüketicilerin talepleri doğrultusunda değişim ve gelişim içine girebilmektedir. Rekabet bu yönüyle işletme ve tüketiciler açısından çift yönlü gelişim ortamı sağlamaktadır.

Rekabetin bulunmadığı ticari bir ortamda gelişme ve büyüme gerçekleşemez. Ekonominin gelişmesini sağlayan yapısı rekabeti serbest piyasa ekonomilerinin vazgeçilmez haline getirmiştir. Ülkemizde de benimsenen bu ekonomik düzen serbest ticaret hakkı ve rekabet özgürlüğü prensipleri temelinde şekillenmiştir. Nitekim Anayasamızın 48. maddesinde yer alan “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” hükmü bu iki temel ilkenin mevzuata yansımadır. Bu hüküm ile teşebbüslerin diledikleri alanda faaliyette bulunmaları ve bu faaliyetlerde diğer teşebbüslerle rekabet etmeleri anayasal hak olarak düzenlenmiştir.

B. Rekabette yeni ortam: E-Ticaret

Rekabet ortamında bulunan işletmeler ürün ya da hizmetlerini müşterilerine ulaştırabilmek için birçok farklı pazarlama yöntemi kullanmaktadır. Teknolojik gelişmeler işletmelerin ticari faaliyetlerini de etkisi altına alarak yeni işletme ve

pazarlama yöntemlerinin geliştirilmesini sağlamıştır. Klasik ticari faaliyetler yerini dijital ekonomi olarak adlandırılan yeni bir ticari sürece bırakmıştır.

Ticari faaliyetlerin dijitale taşınmasıyla elektronik ticaret (e-ticaret) kavramı doğmuştur. E- ticaret en kısa tabiriyle ürün ya da hizmetlerin elektronik ortamda gerçekleştirilen alım ve satım süreçlerini ifade etmektedir. Nitekim 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde elektronik ticaret "*Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrimiçi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet*" olarak tanımlanmıştır. E-ticaret kapsamında internet üzerinden müşterilerine ürün ve hizmet sunan işletmeler bu dijital pazar sayesinde daha çok kitleye ulaşırken bir yandan da yeni rakiplerle karşılaşmaktadır. Bunun sonucu olarak pazar ağı genişlemekte ve rekabet ortamı da hızla büyümektedir¹⁶.

E-ticaret ile işletmeler ve tüketiciler zaman veya mekan sınırlaması olmaksızın üstelik herhangi bir bedel ödemeksizin bir araya gelebilme fırsatı yakalamıştır. Bu fırsat kitlelerin geleneksel ticaretten e-ticarete yönelmelerini sağlayarak e-ticaretin hızla yaygınlaşıp büyümesinin önünü açmıştır. Nitekim "E-marketer" tarafından gerçekleştirilen perakende e-ticaretin toplam perakendeden aldığı paya ilişkin raporda 2019 yılında toplam 25 trilyon Amerikan Dolarına yaklaşan perakende ticaret hacminin yaklaşık % 14,1' inin (3,5 trilyon Amerikan Doları), elektronik ortamda gerçekleştirilen perakende satışlardan oluştuğu raporlanmıştır. 2020 yılında gerçekleşen COVID-19 salgını ile birlikte toplam perakende ticaret hacminde küresel çapta daralma gerçekleşirken perakende e-ticarette küresel çapta artış gözlemlenmiştir. COVID-19'la birlikte perakende e-ticaretin toplam perakendeden aldığı payın gelişimine ilişkin 2024 yılına kadarki tahminlere ilişkin ise toplam perakende ticaretten % 13, 6 oranında pay alan perakende e-ticaretin, bu payını, 2024 yılında, % 8,1 büyüme oranı ile % 21,8'e yükselteceği öngörülmektedir.¹⁷

Teknolojik gelişmeler ve yeni teknolojilerin geniş kitlelere yayılması e-ticaret ortamında rekabetin büyümesini sağlarken, teknolojik yetkinliğe hiç ya da yeterince sahip olmayan tüketiciler ya da işletmeler yönünden rekabetin kötüye

¹⁶ PINAR, Hamdi, Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli: Şikayet Siteleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2020, C. XXXVI, S. 2 s. 123; OKAN, Neval, İnternette Haksız Rekabet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 2 Sayı: 1 Yıl: 2011, s. 125.

¹⁷ E- Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, s. 13.(www.rekabet.gov.tr e. t. 14.05.2023.)

kullanılmasının da önü açılmaktadır. Bilişim teknolojileri konusunda yeterince bilgi sahibi olmayan ticaret aktörleri etkileşimin zayıf tarafı haline gelmekte ve kötüye kullanımlar karşısında savunmasız kalabilmektedir¹⁸.

E-ticaret dünyasında haksız rekabetin önlenmesi amacıyla çalışmanın devamında ayrıntılı olarak incelenecek olan TTK'nın 54. maddesinde yer alan haksız rekabet hükmü dışında TTK'nın 58. maddesinde özel bir düzenleme mevcuttur. “*Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu*” başlıklı bu hüküm ile e-ticaret yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerine mahsus özel sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Ayrıca 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Korunması Hakkında Kanun da e-ticaret kapsamında gerçekleştirilen rekabet ihlallerine ilişkin özel düzenlemeler barındırmaktadır. Elektronik Ticaretin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 7416 sayılı Kanun ile getirilen Ek- madde 1’de yer alan “*Elektronik Ticarete Haksız Ticari Uygulamalar*” başlıklı hükmün ilk fıkrasında “*Elektronik ticarete haksız ticari uygulamada bulunulamaz. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamalarının haksız olduğu kabul edilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Hükmün 2. fıkrasında haksız ticari uygulamalar örnekseyici sayım yoluyla özelleştirilmiştir. Söz konusu hükümle e-ticaret faaliyeti yürüten işletmelerin haksız ticari uygulamalara karşı menfaatlerinin korunması hedeflenmektedir.

C. Sosyal Medya- E-Ticaret İlişkisi

İnternetin son ürünü olan ve kullanıcıların aktif olarak yer aldığı sosyal medya, insanlar arasındaki iletişimin sanal mecralar üzerinden gerçekleşmesini sağlamıştır. Bu durum, ticaret de dahil olmak üzere iletişimin her alanının sanal dünyaya taşınmasına aracılık etmiştir. İnşa edilmekte olan bu sanal dünya Covid-19 salgınının yarattığı kısıtlama sürecinin etkisiyle daha hızlı bir gelişim göstermiştir.

Sosyal medyanın anlık paylaşımlar yoluyla bireylerin hızlı ve masrafsız iletişim kurabilmelerine olanak sağlayan yapısı, sosyal medyayı elektronik ticari faaliyetler için oldukça kullanışlı bir ortam yapmaktadır. Elektronik ticaretin sosyal medyaya taşınması ile “sosyal ticaret” adı verilen yeni bir e-ticaret alt kümesi oluşmuştur.

¹⁸ Kaya, s. 174.

Sosyal ticaret, en geniş tabiriyle insanların çevrimiçi ya da çevrimdışı sosyal etkileşimleri ile mal ve hizmetlere ulaşabildiği, satın alabildiği ve satın alma davranışlarının etkilendiği ticaret türüdür. Sosyal ticarete ürün ya da hizmet sağlayan işletme doğrudan müşterileri ile iletişim kurabilirken, müşteriler de hem işletme ile hem de diğer müşteriler ile kitlesel bir iletişim içine girebilmektedir¹⁹. Bu kitlesel ticari iletişim, sosyal medyada farklı pazarlama stratejilerinin meydana gelmesini sağlamıştır.

D. Sosyal Medyada Rekabet

Ticaretin sosyal medyaya taşınmasıyla insan ilişkilerini temel alan pazarlama yöntemleri de sanal mecraları mesken edinmiştir. Girişimciler hedef kitlelerindeki tüketicilere sosyal medya üzerinden daha hızlı ve daha az maliyetle ulaşmakta olup, bu durum sosyal medyayı girişimciler için vazgeçilmez bir pazar alanı haline getirmiştir. Klasik pazarlama yöntemlerinde sadece büyük çaplı işletmeler ürün ve hizmetlerini dünyadaki çok sayıda ülkeye sunabilirken, dijital pazarlama yöntemlerinde küçük ve bireysel işletmeler de dünyaya açılabilme fırsatı bulmuştur²⁰.

Sosyal medyanın kullanıcılar arasındaki aktif iletişim özelliği ile ticari iletişimde eskiden edilgen konumda olan hedef kitle artık etkin hale gelmiştir²¹. Bu sayede müşterilerine doğrudan ulaşabilen işletmeler ürün ve hizmetlerini hedef kitleye sunarken daha keskin bir rekabet ortamı içine girmektedir. Öyle ki artık tek şubeli küçük bir işletme ile dünyanın birçok yerinde şubesi bulunan büyük çaplı bir işletme aynı rekabet ortamı içerisinde yer alabilmektedir. Bu noktada sosyal medyanın, rekabet ağını genişlettiğini ve bu yolla rekabeti büyüttüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Sosyal medya sayesinde tüketici için işletme, artık rahatlıkla iletişim kurabileceği, öneri ve şikayetlerde bulunabileceği bir konuma gelmiş, bu da müşterinin işletmeye olan güvenini artırmıştır. Benzer şekilde işletmeler de tüketicilerden gelen geri dönüşler sayesinde hedef kitleyi ve hedef kitlenin istek ve ihtiyaçlarını daha iyi anlayabilir hale gelmiştir. Böylece işletmeler ve tüketiciler için

¹⁹ Akgün, s. 55-63.

²⁰ Okan, s.125.

²¹ Özdemir/Doğanay, s.302.

sosyal medya en güçlü pazar alanı haline gelmiş ve rekabet daha sert bir hal almaya başlamıştır²².

Rekabetin artması sonucu hedef kitleye sunulan ürün ya da hizmetlerde çeşitlilik de artmaktadır. Hedef kitle de artan çeşitlilik içinde istediği kalite ve bedelde ürün ya da hizmeti tercih edebilmektedir. Rekabetin bu iki yönlü etkisi işletmelerin rakiplerinin önüne geçebilmek için farklı pazarlama yöntemlerini benimsemelerini sağlamıştır²³. Pazarlama yöntemleri denince kuşkusuz ilk akla gelen reklamlar olmakta ve sosyal medyada reklamlar farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

Sosyal medyanın rekabet ağının genişlemesine olumlu etkileri bir yana; sosyal medya faaliyetlerine ilişkin denetim ve yaptırımların yetersiz olması rekabet hakkının ihlaline ve kötüye kullanımına oldukça müsait bir zemin haline getirmektedir. Sosyal medyanın hayatımıza dahil olmasının üzerinden oldukça uzun zaman geçmesine rağmen ne yazık ki halen daha rekabet ihlallerine karşı etkili bir denetim mekanizması mevcut değildir.

E. Rekabet Hukuku

Rekabet hukuku 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' da düzenlenmekte olup makro düzeyde ihlallere karşı serbest rekabet ortamının korunmasına hizmet etmektedir. Dayanağını Anayasa'nın "*Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi*" başlıklı 167. maddesinde yer alan "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.*" düzenlemesinden alan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, piyasalardaki tekelleşmenin devlet müdahalesiyle önlenmesi amacını taşımaktadır. Burada korunan menfaat kamu menfaatidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 4 ile rekabeti engelleme, bozma ya da

²² Sosyal medyanın tüketici davranışlarına etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TORLAK, Ömer/ACAR, Salih Can, Algılanan Sosyal Medya Pazarlamasının Tüketicinin Satın Alma Davranışına Etkisi: Bir Derleme Çalışması, İstanbul Ticaret Üniversitesi Girişimcilik Dergisi, Yıl: 6, S: 11, 2022/1, s. 46- 61.

²³ BUDAK, Burcu, İnternet Reklamlarında Haksız Rekabet ve Bunun Önlenmesi ve Sona Erdirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s. 28.

kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran teşebbüsler arası anlaşmalar ve uyumlu eylemler yasaklanmakta, m. 6 ile teşebbüslerin hakim durumunu tek başına yahut başkalarıyla yapacağı anlaşmalar ya da eylem birliği ile kötüye kullanmaları ve m. 7 ile teşebbüslerin hakim durum yaratacak ya da piyasadaki rekabeti azaltacak şekilde birleşme ve devralmaları engellenmektedir.

Dürüst ve özgür rekabet ortamının inşası için bütün ülkelerde rekabet kanunları mevcut olduğu gibi hukukumuzda da Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 Sayılı Kanun) düzenlenmiştir. Rekabetin korunması amacı taşıyan hukuki düzenlemeler sadece devletlerin ticari hayatın doğal işleyişine bir müdahalesi olarak değerlendirilmemelidir. Rekabet mevzuatı, rekabet özgürlüğü alanlarının belirlenmesi ve bu şekilde teşebbüslere eşit ve serbest rekabet ortamının sunulmasını amaçlamaktadır. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "*mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını*" amaçladığı belirtilmiştir²⁴.

Rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmasını gözetme görevi kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu'na verilmiştir. Kanuna aykırılık hallerinde Rekabet Kurumu'nca alınacak tedbir ve yaptırımlar uygulanacaktır.

F. Rekabet Hukuku - Haksız Rekabet İlişkisi

Rekabet hukuku sıklıkla haksız rekabet kavramı ile birbirine karıştırılmaktadır. Ancak esasında aynı amaca hizmet etmelerine karşın usul, yöntem ve araçları tamamen birbirinden farklıdır. Her iki kurumun da temel amacı piyasada serbest ve dürüst rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda haksız rekabet ile rekabet hukukunun birbirini tamamlayan kurallar olduğu kabul edilmelidir.²⁵

Haksız rekabet de rekabet hukukundaki gibi rekabetin korunması temel amacına hizmet etmekteyse de bu amaca piyasa aktörlerinin rekabet davranışlarının sınırlarının çizilmesi yoluyla hizmet eder. Hukuki açıdan bir hak olan rekabet,

²⁴ KAYA, Ferman, E- ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 176.

²⁵ PINAR, Hamdi, Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, C: 15, S: 2, Nisan 2014, s. 61; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 547.

herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığında dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan topluma ve bireylere zarar verici nitelikte uygulamalar ortaya çıkacağından yasal rekabet hakkını ihlal eden ve hakkın kötüye kullanılmasına sebep olan davranışlar yasaklanarak rekabete bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu noktada rekabet hakkının hangi sınırlar dahilinde kullanılabileceği sorusunun cevabı haksız rekabet hukukunun temel konusunu oluşturmaktadır²⁶. Çalışmanın devamında ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yer alan haksız rekabet kuralları rekabet hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmasını sağlamak ve rekabet hakkının kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla düzenlenmiştir.

Rekabet hukuku ile haksız rekabetin farklı perspektiflerden rekabeti koruduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim rekabet hukuku rekabetin korunması amacı doğrultusunda piyasa yapısının denetimini sağlarken haksız rekabet hukuku ise aynı amaç doğrultusunda piyasa davranışlarının denetimini sağlamaktadır. Bu kapsamda piyasadaki teşebbüslerin davranışları her iki alanın da kapsamına girebilmekte, her iki hukuk alanının hükümleri de uygulama alanı bulabilmektedir.²⁷

²⁶ Nomer Ertan, s. 2-3; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 547.

²⁷ Pınar, s. 69- 70.

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA REKLAMCILIĞI

I. REKLAM

A. Kavram

Günümüz ekonomi dünyasında rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisi hakimdir. Bu ortamda işletmelerin ve üreticilerin yegane amacı alıcılar ile iletişimlerini en geniş seviyeye ulaştırmak, bu doğrultuda talebi yaratmak ve artırmaktır. Sayıları gittikçe artan üretici ve işletmeler için üretim sorun olmaktan çıkmış, yerini üretimin hedef kitlesi olan tüketiciye ulaştırılması almıştır²⁸. Öyle ki artık uluslararası pazara taşınan ticari hayatın devamında işletmelerin geniş kitlelere ulaşabilmesi için bir köprüye ihtiyaç bulunmaktadır. Çağımız gerekleri doğrultusunda üretici ile tüketici arasındaki kişisel yani doğrudan iletişim kaybolmuş ve alıcılar ile işletmeler birbirinden uzaklaşmıştır²⁹. İşte tam bu noktada, reklamlar üretici ile tüketici arasındaki iletişimin sağlanmasını ve geliştirilmesini, ürünlerin geniş tüketici çevresine tanıtılmasını, bu yolla talebin oluşturulması ve artırılmasını sağlama amacı taşır.

Reklam, işletmeler ve tüketiciler için çift yönlü işleve sahiptir. Öyle ki bir yandan işletmelerin ürün ve hizmetlerinin tüketiciye sunulmasını sağlayarak köprü işlevi görürken diğer bir yandan da tüketicilerin gittikçe fazlalaşan ürün ve hizmet çeşitliliği arasında kendilerine en uygun olanı seçebilmeleri konusunda bir rehber niteliği taşır.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte reklam, “*Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol*” ve “*Bu amaç için kullanılan yazı, resim, film vb.*” olarak tanımlanmıştır³⁰. Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce) Reklamcılık ve Pazarlama İletişim Kuralları’ nda³¹ reklam, “*Genellikle ücret ya da bedel karşılığında medyada yayımlanan her türlü pazarlama iletişimi*” olarak tanımlanmıştır. Tanımlardan da anlaşılacağı gibi reklamın her türlü vasıta ve yöntem ile yapılabilmesi mümkündür. Teknolojinin gün geçtikçe daha da gelişmekte olması farklı mecra ve yöntemleri ortaya çıkarmakta, bu da reklamın doktrin ve mevzuat kapsamında genel-geçer tek bir tanımının bulunmamasına sebep olmaktadır. Ulusal mevzuatta, Türkiye Radyo

²⁸ AVŞAR, B. Zakir/ELDEN, Müge, Reklam ve Reklam Mevzuatı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Yayını, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 79.

²⁹ OKAN, Neval, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2011, s. 37.

³⁰ <https://sozluk.gov.tr/> e.t. 11.05.2023.

³¹ ICC Advertising and Marketing Communications Code.

Televizyon Kurumu Reklam Yönetmeliği'nin m. 3/1-f hükmünde reklam *“Bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı olarak tanıtımı”* şeklinde mecra ve yöntem açısından sınırlandırılmadan tanımlanmıştır.

Reklamlar genellikle üretilen ürün ve hizmetlerin tanıtımı, sürümünün sağlanması gibi ticari amaçlarla yapılırsa da ticari amaç güdülmeyen toplumun bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesini amaçlayan reklamlar da mevcuttur. Ancak çalışmamız kapsamında ticari reklamlar ele alınacak ve ticari reklamlar kapsamında değerlendirmeler yapılacaktır.

B. Ticari Reklamlar

Ulusal mevzuatımızdaki temel düzenlemelerden biri olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 61.maddesinde ticari reklam *“...ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular...”* olarak tanımlanmıştır. Yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı TKHK’de ise ticari reklama ilişkin bir tanım bulunmamaktaydı. Bu tanım, 2015 yılında yayımlanan “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği” nin 4/1-n bendinde ve Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 3/1-ı bendinde de aynı şekilde düzenlenmiştir.

Radyo ve televizyon mecraları üzerinden yapılan ticari reklamlara ilişkin bir başka düzenleme barındıran “6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun” 3/ş hükmüne göre; Radyo ve televizyon reklamı: *“Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını ifade eder.”*

Mevzuat ve doktrinindeki tanımlar doğrultusunda ticari reklam, hedef kitlesi olan tüketicilere, ürün ve hizmetlerin tanıtılması ve ilgilerinin çekilmesi, tüketicilerin bu ürün ve hizmetlerin alınmasına ikna edilmesi ve tanıtım yapan işletmenin ürün

veya hizmetlerinin satın alınmasını sağlamayı amaçlar³². Bu kapsamda ticari reklamın üretici ile tüketici arasındaki iletişim üzerinde dört aşamalı bir etkisi mevcuttur. İlk olarak reklam araçları vasıtasıyla alıcının ürüne ilişkin dikkati çekilir, ürün ile ilgilenmesi sağlanır, tüketicide ürünü almaya ilişkin bir istek oluşturur ve neticede tüketicinin bu isteğini eyleme dönüştürmesiyle ürünü satın alması sonucu süreç tamamlanır³³.

Ticari reklamlar ürün ve hizmetler konusunda tüketicilerin aydınlatılmasını sağlarken bunların tüketiciye sunulması ile arz-talep dengesinin kurulmasını da sağlamaktadır. Diğer yandan işletmelerin hedef kitlelerine ulaşarak satışlarını artırma yolunda rekabet içerisine girmelerini sağlamaktadır. Ticari reklamcılığın topluma ve ticari hayata olumlu katkılarının yanı sıra, toplum üzerindeki geniş etki alanının olumsuz sonuçları da olabilmektedir. Kanun koyucu, ticari reklamların toplum üzerindeki olumsuz sonuçlarını engelleyebilmek için TKHK ile “hukuka uygunluk, genel ahlaka uygunluk, kamu düzenine uygunluk, kişilik haklarına uygunluk, dürüstlük ve doğruluk” gibi belli temel ilkeler belirlemiştir. Ayrıca ticari reklamlarda aranacak ilkelerin belirlenebilmesi konusunda Reklam Kurulu’na da yetki vermiştir. Kanunkoyucunun idareye vermiş olduğu bu geniş yetki, keyfilik oluşması konusunda tereddüt yaratmaktadır³⁴.

B. Unsurları

1. Tanıtım Mesajı

Reklamın en temel unsuru, tüketiciye ürün veya hizmetin tanıtılmasıdır. İşletme reklam ile ilk olarak ürün veya hizmetlerinin sürümünü artırmayı veya marka değerini arttırmayı hedefler. Tanıtım, bir ürünün ya da hizmetin tüketicilere yönelik mesajlar yoluyla bilinirliği ve tanınırlılığının sağlanmasıdır. Tanıtımın içeriğini, reklama konu ürün ya da hizmetin özellikleri, benzer ürün ya da hizmetlerden ayıran nitelikleri ve faydaları oluşturmaktadır³⁵.

Tanıtım mesajının ulaştırılma biçimine ilişkin bir kısıtlama yapılması her geçen gün gelişmekte olan reklamcılığın yapısına uygun olmayacaktır. Nitekim kullanılan mecraaya göre tanıtım yöntemi de değişkenlik göstermektedir. Tanıtım

³² ABBASOĞLU, Hayriye Dilara, Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2021, s. 18.

³³ ÖÇAL, Akar, Reklam ve Haksız Rekabet, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C: 6, S: 2, 1970, s. 96; Okan, s. 38.

³⁴ KAYA, Ferman, E- ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları, s. 293; Avşar, Elden, s. 82.

³⁵ Özdemir/Doğanay, s. 298; Abbasoğlu, s. 40.

mesajı, yazılı ya da sözlü olarak tüketiciyle buluşabileceği gibi son zamanlarda çoğunlukla görsel olarak tüketiciye iletilmektedir.

Reklamların tek bir tüketiciyi hedef almadığı, genel bir tüketici kitlesine hitap ettiği düşünüldüğünde tanıtım mesajının bireysel olmayan genele yönelik bir mesaj içerdiği düşünülebilir. Nitekim doktrinde tanıtım mesajının genele yönelik olması gerekliliğine ilişkin görüşler mevcuttur³⁶. Ancak kanımızca tanıtım mesajını yöneldiği kitleye göre sınırlandırmak reklamın teknolojik gelişmelerle şekillenen ve gelişen yapısına uymayacaktır. Bu konuda en somut örnek, çalışmanın devamında ayrıntılı olarak bahsedilecek olan kişiselleştirilmiş reklamlardır. Kişiselleştirilmiş reklamlar ile tüketicinin verilerinin toplanarak tercihlerinin izlenmesi ve ilgileri doğrultusunda kişiye özel tanıtım mesajlarının ulaştırılması amaçlanmaktadır.

2. Reklam Veren Kimliği

Reklamın bir diğer önemli unsuru reklam verenin kimliğinin açıklanması ya da en azından anlaşılabilir olmasıdır. Reklamın ürün ya da hizmetin sürümünü arttırma amacı göz önüne alındığında, tüketicilerin ürün ve hizmete ulaşabilmesi ve satın alabilmesi için reklam verenin kimliğinin belirtilmesi gerekmektedir. Birleştirilmiş Reklam ve Pazarlama İletişimi Uygulama Esasları³⁷ 10. maddesinde reklam verenin kimliğine ilişkin olarak “*Reklam verenin kimliği belli olmalıdır. Reklamlar, reklam verenin ya da markanın kimliği belli olacak şekilde düzenlenmelidir. Bu bilgilere tüketiciler kolaylıkla ulaşabilmelidir.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Reklam veren, söz konusu ürün ve hizmetlerin tanıtımını yapmayı dolayısıyla bu ürün ve hizmetlerinin sürümünü arttırmayı amaçlayan kişidir.

Bu noktada çalışmamızın konusunu oluşturan sosyal medya reklamları, reklam verenin kimliğine yer verilmesi konusunda geleneksel reklamcılıktan farklılıklar taşımaktadır. Çalışmanın devamında ayrıntılı olarak bahsedilecek olan; sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamlarda, reklamlarla karşılaşan tüketici reklamı veren kişinin kimliği bir yana çoğu zaman bunun bir reklam olduğunu bile anlamayabilmektedir. Sosyal medya etkileyicileri tüketiciye bir ürün ya da hizmetin tanıtımına ilişkin sözlü ya da görsel bir mesaj iletmekte fakat bu mesajın reklam amaçlı bir mesaj olduğuna dair açıklama yapmamaktadır. Nitekim viral reklamlar ve tüketici yorumları yoluyla yapılan reklamlarda da kişiler çoğu

³⁶ TEKELİOĞLU, Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 11.

³⁷ <http://rd.org.tr/www/rd/assets/doc/icc-1.pdf> e. t. 12.05.2023.

zaman reklam verenin kimliğinden bihaber olmaktadır³⁸. Bu nedenle, reklam verenin kimliğinin reklamın önemli bir unsuru olduğunu kabul etmekle birlikte zorunlu unsuru olmadığının kabulü gerekir.

3. Mecra

Reklamın bir başka unsuru da mecra olup Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği' ne göre mecra "*Reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarını*"³⁹ ifade etmektedir. Tanımda yer alan "gibi iletişim araçları" ifadesi ile yapılan sayımın sınırlayıcı değil örnekseyici nitelikte olduğu açıkça görülmektedir. Nitekim teknolojik gelişmelerle farklı şekiller alan reklamcılıkta mecraya ilişkin bir sınırlama yapılamayacağı gerçeği ortadadır. Bu itibarla en geniş anlamıyla mecra, tüketiciye ulaştırılmak istenen reklam mesajı ile tüketicinin bulunduğu ortamdır⁴⁰. Dolayısıyla reklam mesajının yer aldığı mecra kapsamına çalışmamızın konusunu oluşturan sosyal medya da dahil olmak üzere teknolojik gelişmelere bağlı olarak gelişecek tüm platformlar dahildir.

4. Ücret

Reklamın bir mecrada yer alması için o mecra kuruluşuna ödenen ücret reklamın bir diğer unsurudur. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde reklam tanımı yapılırken bir ücret ya da bedel karşılığı yapıldığına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da "*...bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan..*" denilerek reklamın ücret unsuruna dikkat çekilmiştir. Ücret reklamın olmazsa olmaz unsuru değilse de çoğu durumda reklam verenin bir ücret ya da karşılık vermesi söz konusudur.

Reklam veren tarafından ödenen bedel ya da verilen karşılık, reklamın türüne, reklam verenin yaptığı anlaşmaya göre farklılık göstermektedir. Geleneksel reklamcılık anlayışında genellikle reklam veren tarafından reklamı yapan mecra

³⁸ ÖZDEMİR, Hayrunisa, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 53, S: 3, 2004, s. 68; Abbasoğlu, s. 20.

³⁹ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4/1-1.

⁴⁰ ATİLA YÖRÜK, Pelin, Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018, s. 12.

kuruluşuna ya da reklamı yapan kişiye belli bir ücret ödenmesi söz konusudur. Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan sosyal medya reklamcılığında karşımıza çıkan yeni reklam türlerinde, herhangi bir ücret ödenmeksizin farklı anlaşma yolları ile karşılıklılık sağlanabilmektedir.

“Etkileyici Reklamları” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecek olan sosyal medya etkileyicileri aracılığıyla yapılan reklamlarda, “etkileyici” yani “influencer” olarak tabir edilen kişiler ile reklam verenler arasında “influencer sözleşmesi” yapılmaktadır. Influencer sözleşmesi ile influencer ilgili ürün ya da hizmetin tanıtımına ilişkin kendisinin hazırladığı ya da üçüncü kişi tarafından hazırlanan içerikleri kararlaştırılan şekilde kendi sosyal medya hesabı üzerinden paylaşma yükümlülüğünü üstlenmektedir.⁴¹ Bunun karşılığında reklam veren de influencer’a belli bir ücret ödemekte ya da bir menfaat sağlamaktadır.

Influencer sözleşmesi kapsamında ücret, influencer’ın takipçi sayısı, takipçilerinin niteliği gibi nitelikleri dikkate alınarak belirlenmektedir. Ücret kural olarak belirli bir bedelin ödenmesi şeklinde olabileceği gibi tıklanma sayısına göre belirlenen ürün ya da hizmetin satışından komisyon verilmesi şeklinde de olabilmektedir. Hatta bu iki ücret türü birleştirilerek hem belirli bedel ödenmesi hem de bu bedele ilave olarak belirli sayıda tıklama için ayrıca bir bedel ödenmesi de kararlaştırılabilmektedir. Sözleşme ile belli bir bedel ödenmeksizin bir menfaat sağlanması konusunda da anlaşma yapılabilmektedir.⁴² Reklam verenler influencerlarla yaptıkları anlaşma kapsamında kimi zaman reklamı yapılan üründen, kimi zaman ise reklamı yapılan hizmetten (örneğin konaklama hizmeti sunan bir otelin influencer’a reklam yaptırma karşılığında otelde ücretsiz konaklama imkanı sunması) faydalandırmaktadır.

II. SOSYAL MEDYA REKLAMLARI

A. Sosyal Medyada Kullanılan Reklam Türleri

Sosyal medyanın kullanıcıların edilgen birer izleyici olmaktan çıkıp aktif olarak içerik üretebildikleri ve kitleler arasındaki sosyal etkileşimi zirveye taşıyan bir sistem olması, işletmeler ve tüketiciler açısından vazgeçilmez bir pazar olmasını sağlamıştır⁴³. Sosyal ağ sitelerinin hedef kitlelerini oluşturarak hedef kitleleri ile

⁴¹ KESKİN, Ayşe Dilşad, Influencer Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 13, S: 1, 2022, s. 141.

⁴² Keskin s. 144.

⁴³ Özdemir/Doğanay, s. 306.

doğrudan iletişim ve etkileşim içinde olabilmelerini sağlayan özellikleri sayesinde işletmeler, kısa sürede az maliyetle çok sayıda tüketiciye ulaşabilme imkanı sağlamaktadır. Ayrıca, sosyal medyada işletmeler her an müşterileriyle doğrudan iletişim kurabilme imkanına sahip olduğundan, tüketici ile marka arasında güçlü ilişki kurarak marka değerlerini artırma ve tüketicilerden gelen geri dönüşler ile pazarlama stratejilerini yönlendirebilme fırsatı da yakalarlar⁴⁴. Tüketiciler de sosyal medyada işletme ile doğrudan iletişim kurarak aldığı ürün ya da hizmet hakkında bilgi sahibi olabilme, diğer tüketiciler ile etkileşim içine girerek memnuniyetlerini ölçebilme ve karşılaştırma yapabilme imkanına sahip olmaktadır.

Sosyal medya reklamcılığı, bir yandan işletme ya da girişimcilerin marka, fikir veya hizmetlerini hedef kitle için popüler hale getirirken, bir yandan da hedef kitleyi bunların pazardaki varlığı hakkında bilgilendirmektedir. Bu sayede piyasada sağlıklı rekabetin teşvik edilmesi sağlanmaktadır. Ayrıca, müşterilerin işletmeyle etkileşime geçmesini sağlayarak onların ticari iletişimde devrede kalabilmelerini sağlamaktadır⁴⁵.

Sosyal medyanın e-ticaret ile kesişimi sonucu oluşan sosyal ticaret, sosyal ağların elektronik ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesini sağlamanın yanında bu faaliyetlerin etkilenmesine de neden olmaktadır. Nitekim sosyal medyada iletişim halinde olan bireylerin bir ürün ya da hizmet hakkında yorumları, tartışmaları ve karşılaştırmaları yoluyla o ürünün satış faaliyetleri doğrudan etkilenmektedir⁴⁶.

Sosyal medyada oluşturulan reklam içerikleri, çok hızlı bir şekilde çok sayıda tüketiciye ulaşarak büyük bir tüketici kitlesini hedef almaktadır. Tüketicilerin çoğu farkında bile olmaksızın bu reklamların etkisi altına girmektedir. Örneğin tüketici belki de herhangi bir mecrada reklamlarıyla karşılaştığı zaman tercih etmeyeceği bir şampuanı sosyal medyada bir viral reklam ya da takip ettiği bir etkileyicinin önerisi ile satın alabilmektedir.

Ticari reklamın unsurlarından birisi olan mecra konusunda; herhangi bir sınırlama olmaksızın sosyal medya da dahil olmak üzere reklam mesajının yer aldığı her alanın bu kapsamda olduğundan söz edilmişti. Hiç kuşkusuz, geleneksel

⁴⁴ Abbasoğlu, s. 33.

⁴⁵ JOTHÍ, P. Sri/NEELAMALAR, M./PRASAD, R. Shakthi, Analysis of social networking sites: A study on effective communication strategy in developing brand communication, Journal of Media and Communication Studies Vol. 3 (7), s. 235, July 2011, https://www.researchgate.net/publication/267252690_Analysis_of_social_networking_sites_A_study_on_effective_communication_strategy_in_developing_brand_communication/link/55fac9d708aeafc8ac40a102/download e. t. 10.07.2023.

⁴⁶ Akgün, s. 60.

pazarlama yöntemlerine sosyal medyada da sıklıkla rastlanmakta olup sosyal medya reklamcılığı bunları da bünyesinde barındırmaktadır. Ancak sosyal medyanın kendine özgü yapısı, geleneksel pazarlama yöntemleri yanında yeni pazarlama ve reklam yöntemlerini de beraberinde getirmiştir. Çalışmanın devamında sosyal medyada sıklıkla kullanılan bu yeni reklam türleri çevrimiçi davranışsal reklamlar, viral reklamlar, etkileyici reklamları⁴⁷ ve ünlü desteği reklamları başlıkları altında incelenecektir.

1. Çevrimiçi Davranışsal Reklamlar

a. Kavram

International Chamber of Commers (ICC) Reklam Uygulama Esasları'nda "Online Behavioural Advertising" yani çevrimiçi davranışsal reklam olarak ifade edilmiştir. Çevrimiçi davranışsal reklamlar, kişiselleştirilmiş reklamlar ya da ilgi alanına dayalı reklamlar olarak da anılmaktadır. Dijital reklamların kullanımının artması bir süre sonra tüketiciler açısından gittikçe rahatsız edici bir hal almaya başlamıştır. Öyle ki bilgilenme ya da eğlenme amacıyla sosyal medyada vakit geçiren kullanıcılar sıklıkla karşılarında çıkan ve çoğu zaman ilgi alanlarına hitap etmeyen reklamlara karşı olumsuz tutum sergilemeye başlamıştır. Bu noktada tüketicilerin reklamlara karşı olumsuz tutumlarının kırılması ihtiyacı doğmuş ve kitlesel iletişim yerini kişiselleştirilmiş iletişime bırakmıştır. Böylece tüm mecraya rastgele reklamların sunulması yerine tüketicilerin ilgi alanlarına uygun ve özelliklerine yatkın reklamların karşılıklarına çıkarılması benimsenmeye başlanmıştır⁴⁸.

ICC tarafından yayınlanan Reklamcılık ve Pazarlama İletişimi Esasları' nın D7. Maddesinde çevrimiçi davranışsal reklamcılığa ilişkin "*Çevrimiçi (online) davranışsal reklam ya da "ÇDR" terimi, ilgi segmentleri oluşturmak ya da söz konusu internet kullanıcılarının ilgilerine ve tercihlerine göre reklam sunma amacıyla söz konusu internet gezinme davranışlarını ilgi segmentler ile bağlantılandırmak için, kullanıcıların belirli bir cihazdan farklı bağlantısız internet sitelerinde zaman içerisinde gösterdikleri çevrimiçi (online) davranışlara ilişkin bilgi toplama uygulaması anlamına gelir.*" düzenlemesi bulunmaktadır. IAB Türkiye

⁴⁷ Bazı kaynaklarda satış ortaklığı (affiliate/associate partnership) olarak da geçmektedir. Bkz. Okan, s. 89.

⁴⁸ AYDIN, Gökhan, Kişiselleştirme ve Sosyal Medya Reklamlarına Tutum Oluşumu, 21. Pazarlama Kongresi, Kütahya, 2016, s. 95, https://www.researchgate.net/publication/310706848_Kisisellestirme_ve_Sosyal_Medya_Reklamlarin_a_Tutum_Olusu e. t. 05.09.2022.

(Interactive Advertising Bureau)⁴⁹ online davranışsal reklamcılık olarak ele aldığı kavramı şu şekilde ifade etmiştir: “Ziyaret ettiğiniz web siteleri üzerinde sunulan reklamları, size ve ilgi alanlarınıza daha uygun hale getirmenin bir yoludur. Sistem dâhilinde kullanıcılar, daha önceki web tarama aktiviteleri göz önüne alınarak ortak ilgi alanlarına göre gruplandırılır ve bu gruplara ilgi alanlarına uygun reklamlar iletilir. Bu şekilde, reklamlar mümkün olduğunca size uygun ve faydalı hale getirilir.”⁵⁰ Çevrimiçi davranışsal reklamlar ile kişilerin çevrimiçi hareketleri izlenerek ilgi alanlarının belirlenmesi ve bu belirlenen ilgi alanlarına dayalı reklamların ulaştırılması amaçlanır⁵¹.

Çevrimiçi davranışsal reklamlar internet ortamında bulunduğunuz her an karşınıza çıkabilir. Herhangi bir web siteyi ziyaret eden kullanıcılara ait bilgiler ve ilgi alanları çerez, piksel ve yerel depolama gibi araçlar sayesinde takip edilmektedir. Bu teknolojiler ile elde edilen veriler doğrultusunda reklamlar kişiselleştirilmektedir⁵². Örneğin, bir reklamcılık ağı tüketicinin web sitesi ziyaretlerini izler, tüketici otomobillerle ilgili çeşitli web sitelerini ziyaret ederse, şebeke tüketicinin otomobillerle ilgilendiğini varsayarak yalnızca otomobillerle ilgilenen insanlara otomobil reklamları gösterebilir. Dolayısıyla, iki kişi aynı anda aynı web sitesini ziyaret ettiğinde, örneğin mobilyalarla ilgili web sitelerini ziyaret eden birine mobilya reklamları görebilirken diğeri araba reklamları görebilmektedir⁵³.

İnternet çağının son icadı sosyal ağlar, çevrimiçi davranışsal reklamcılık faaliyetleri için oldukça uygun bir ortam sağlamaktadır. Kişiler herhangi bir sosyal

⁴⁹ 1996 yılında kurulan, bugün 45 ülkede faaliyet gösteren dünyanın en büyük dijital pazarlama ve reklamcılık sektörü derneğidir. (www.iabtr.org e. t. 29.09.2022.)

⁵⁰ GÖKDEMİR, Şaduman Şeyda/ AKINCI, Semra, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılığa Yönelik Tüketici Tutumları ve Mahremiyet Endişeleri, Erciyes İletişim Dergisi, Y: 2019, C: 1, S: 1, s. 24.

⁵¹ Abbasoğlu, s. 37.

⁵² Özdemir/Doğanay, s. 307.

⁵³ Gökdemir/Akıncı, s. 25. Buna ilişkin Google politikası şöyle ifade edilmektedir: “Topladığımız bilgileri size sunduğumuz hizmetleri özelleştirmek için (öneriler, kişiselleştirilmiş içerikler ve özelleştirilmiş arama sonuçları sağlamak gibi) kullanırız. Örneğin, Güvenlik Kontrolü, Google ürünlerini kullanma biçiminize göre uyarlanmış güvenlik ipuçları sağlar. Google Play de hoşunuza gidebilecek yeni uygulamalar önermek için yüklemiş olduğunuz uygulamalar ve YouTube'da izlediğiniz videolar gibi bilgileri kullanır. Ayarlarınıza bağlı olarak, size ilgi alanlarınıza göre kişiselleştirilmiş reklamlar da gösterebiliriz. Örneğin, "dağ bisikletleri" için arama yaparsanız Google tarafından sunulan reklamları gösteren bir siteye göz atarken spor malzemeleriyle ilgili bir reklam görebilirsiniz. Size reklam göstermek için kullandığımız bilgileri reklam ayarlarınızı ziyaret ederek kontrol edebilirsiniz. Irk, din, cinsel yönelim veya sağlık durumu gibi hassas kategorilere dayalı kişiselleştirilmiş reklamlar göstermeyiz. Kimlik bilgilerinizi (adınız veya e-posta adresiniz gibi) siz istemedikçe reklam verenlerle paylaşmayız. Örneğin, yakınınızdaki bir çiçekçi dükkanına ait bir reklam görür ve "telefon etmek için dokun" düğmesini seçerseniz aramanızı gerçekleştirir ve telefon numaranızı çiçekçi dükkanıyla paylaşabiliriz.” (<https://policies.google.com/privacy?hl=tr> e. t. 26.05.2023.)

ağ sitesinde profil oluştururken birçok kişisel verisini paylaşmakta, bu sitelerde vakit geçirirken paylaşımları, beğenileri, aramaları gibi eylemleri ile adeta kendisinin sanal bir yansımasını oluşturmaktadır. Bu açıdan sosyal medya, kullanıcılarının kişisel verilerini içeren devasa bir veri bankası niteliğinde olup tüketicilere ait bilgilerin en rahat toplanacağı mecradır. Sosyal ağlar üzerinden edinilen veriler değerlendirilerek kişilerin önüne onlara özel reklamlar çıkarılabilmektedir. Örneğin, Instagram hesabına sahip olan ve hesap bilgilerinde yirmi beş yaşında çalışan bir kadın olduğu bilgisi mevcut olan bir kullanıcının önüne buna uygun düşecek nitelikte giyim ya da bakım ürünleri reklamları çıkarılabilmektedir.

Sosyal ağlardan Facebook'ta kullanıcıların hesap bilgilerinin kullanıcılardan herhangi bir izin alınmaksızın pazarlama faaliyeti yürüten kuruluşlara aktarıldığı bilinmektedir. Dünya'da kullanımı en yaygın sosyal ağ olan Facebook bu niteliğiyle dev bir veri deposu olduğu halde hesap bilgilerine ilişkin gizlilik imkanları oldukça düşüktür. Facebook üzerinde yer alan "Beğen" butonu ile kullanıcılar bir işletmeyi ya da işletmenin gönderisini beğendiklerinde ana sayfalarını her yenilediklerinde bu işletmenin paylaşımlarını görmektedir⁵⁴. Kullanıcıların aktif olarak o işletme ile kurdukları iletişim neticesinde gelişen bu bağlantı doğal görülse de faaliyetler her zaman bu şekilde yürümez. Çoğu zaman kullanıcı bir işletme ile doğrudan bu şekilde bağlantı kurmadığı halde hesap bilgilerinde yer alan cinsiyet, yaş ya da meslek vs. verisi kullanılarak herhangi bir işletme, ürün ya da hizmetin reklamı da çıkarılabilmektedir. Facebook gizlilik politikasına ilişkin açıklamasında kullanıcıların karşısına çıkarılan reklamların kullanıcıların kontrolünde olduğunu, kullanıcılardan toplanan verilerin reklam verenin hedef tanımına uyması durumunda o reklamın çıkarıldığını, kullanıcıların ilgi alanlarının belirlenmesinde, beğenilen sayfa veya gönderiler ya da yapılan paylaşımlar veya yorumlar gibi Facebook'taki hareketlerinin esas alındığını belirtmektedir⁵⁵.

⁵⁴ ENSARİ, Ali Burak, Çevrimiçi Davranışsal Pazarlamanın Tüketici Davranışları Üzerindeki Etkileri ve Kişisel Verilerle İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 44.

⁵⁵ Facebook Gizlilik Esasları' na ilişkin "Facebook'ta, şeffaflığın insanların güvenini korumada anahtar olduğunu bildiğimiz için size gösterilen reklamları anlamınıza ve kontrol etmenize yardımcı olmanın yollarını oluşturduk. Haber Kaynağınızda göreceğiniz reklamların belirlenmesinde kontrol sahibi olduğunuzu biliyor muydunuz? Nasıl olduğunu buradan öğrenin. Facebook'ta gördüğünüz bazı reklamların size gösterilmesinin nedeni, reklamverenin belirlediği tanıma uyan kişi grubunda olmanızdır. Örneğin, bir bisiklet dükkanı sahibi insanları bu hafta sonu yapılacak bir indirimden haberdar etmek istediği için Facebook'ta reklam vermeye karar verir. Bir Facebook reklamı oluşturur ve yaşadıkları şehir, yaş ve ilgi alanları gibi şeylere göre erişmek istediği kişi türlerini seçer. Diyelim ki İzmir'de yaşayan 18-35 yaşlarında bisikletle ilgilenen kadınlara erişmek istiyor. İlgi alanlarının belirlenmesinde, beğendiğiniz Sayfa veya gönderiler ya da yaptığınız paylaşımlar veya yorumlar gibi Facebook' taki hareketleriniz ve Facebook'un dışındaki kullandığımız uygulamalar ve ziyaret ettiğiniz internet sitelerinden gelen hareketler temel alınır. Reklamı görüyorsanız, bunun nedeni reklamverenin

Facebook gibi ücretsiz hizmet sunan ve bunun karşılığında veri toplayıp işleyen bir diğer platform Google'dır. Google arama motorları üzerinden tüketicilerin ücretsiz olarak aradıklarına ulaşabilmelerini sağlarken diğer bir yandan tüketicilerden topladıkları veriler doğrultusunda reklamlar koyarak gelir elde etmektedir. Esasen bu şirketler görünürde ücretsiz bir hizmet sunuyor olsa da; hizmete karşılık olarak verilen bedel tüketicinin verileridir. Ücretsiz hizmete rağbet büyürken, reklam verenlerin ulaştığı hedef kitle, veri sayısı ve kalitesi de büyümektedir. Bu hususta Avrupa Komisyonu'nun Google/DoubleClick kararında, bu sayede tüketicilerin coğrafi konum, aktif zaman, ilgi alanı, tercihleri gibi birçok verinin işlenmesi ve analizinin hedef kitleye ulaşmadaki faydaları ve çevrimiçi reklamcılıktaki önemi değerlendirilmiştir. Ayrıca üretici ve işletmeler de veri analizi ile ürün veya hizmetlerini hedef kitlenin istek ve tercihleri doğrultusunda geliştirebilme ve yönlendirebilme imkanına sahip olmaktadır⁵⁶.

Çevrimiçi davranışsal reklamcılık anlayışı bireylerin dijital gözetim altında tutularak satın alma davranışlarının etkilenmesi amacına dayanır. Sosyal medya ağlarının istisnasız hepsi kullanıcılarını takip etmektedir. Dijital gözetim altına girmeden sosyal ağlarda vakit geçirmek artık neredeyse mümkün değildir⁵⁷. Bu durum, çoğu zaman mahremiyet ve kişisel veri güvenliği açısından tereddütler oluşturmaktadır. Bir araştırmaya göre kullanıcıların % 72'si çevrimiçi aktivitelerinin izlendiği konusunda endişeli ve kullanıcıların % 93'ü de internet ortamında alınan kişisel bilgilerin izin alınmadan kullanılmaması gerektiğini düşünmektedir⁵⁸. Bu noktada çevrimiçi davranışsal reklamcılık faaliyetleri yürütülürken kişisel verilerin korunması ilkelerine uygun olarak hareket edilmeli ve amacı aşan uygulamalardan uzak durulmalıdır⁵⁹.

b. Kişisel Verilerin Korunması Mevzuatı Kapsamında Değerlendirme

Avrupa Birliği Hukukunda 14 Nisan 2016 tarihinde kabul edilen ve 24 Mayıs 2018'de yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) AB

belirlediği bu kriterlere uygun görünen kişi grubunda olmanızdır. Bu işlemin gerçekleşmesi için Facebook'un reklamverene adınızı veya iletişim bilgilerinizi söylemesine gerek yoktur." şeklinde bir açıklama yapmaktadır. bkz. <https://tr-tr.facebook.com/about/basics/advertising/on-facebook> e. t. 20.0.2022.

⁵⁶ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf e. t. 12.05.2023.

⁵⁷ MARECHAL, Natalie, Targeted advertising is ruining the internet and breaking the World, 2018. (<https://www.vice.com> e. t. 02.10.2022.)

⁵⁸ Ensari, s. 30.

⁵⁹ BERBER, Leyla Keser, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2014, s. 107.

ülkelerinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel mevzuat niteliği taşımaktadır. Söz konusu tüzük Avrupa Birliği vatandaşlarının verilerini işleyen tüm şirketler açısından bağlayıcı olup sosyal medya mecraları da bu yönüyle tüzüğün kapsamı içinde yer almaktadır⁶⁰. GDPR kişisel verileri “*tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak, veri sahibini “*tanımlanmış bir gerçek kişi özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişi*” olarak ve verilerin işlenmesini “*otomatik yöntemlerle olsun veya olmasın, kişisel veri veya kişisel veri setleri üzerinde gerçekleştirilen toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılma veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletim yoluyla açıklama, yayma veya kullanıma sunma, uyumlaştırma ya da birleştirme, kısıtlama, silme veya imha gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisi*” olarak tanımlamaktadır⁶¹.

Ulusal mevzuatımızda kişisel verilerin korunması 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile sağlanmaktadır. GDPR ile paralel olarak KVKK’ da kişisel veri “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*”, ilgili kişi “*kişisel verisi işlenen gerçek kişi*” ve kişisel verilerin işlenmesi “*kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*” olarak tanımlanmıştır⁶².

⁶⁰ GDPR m. 3- Bölgesel Kapsam “Bu Tüzük, işleme faaliyeti Birlik içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, Birlik içerisindeki bir kontrolör veya işleyicinin işletmesinin faaliyetleri bağlamında kişisel verilerin işlenmesine uygulanır.

Bu Tüzük, işleme faaliyetlerinin aşağıdaki hususlarla alakalı olması durumunda, Birlik içerisinde bulunan veri sahiplerinin kişisel verilerinin Birlik içerisinde kurulu olmayan bir kontrolör veya işleyici tarafından işlenmesine uygulanır:

a. Veri sahibine bir ödeme yapılmasına gerek olup olmadığına bakılmaksızın, Birlik içerisindeki söz konusu veri sahiplerine mal ya da hizmetlerin sunulması veya

b. Davranışları birlik içerisinde gerçekleştiği ölçüde, davranışlarının izlenmesi.

Bu Tüzük, Birlik içerisinde değil, ancak bir üye devletin hukukunun uluslararası kamu hukuku vasıtasıyla uygulandığı bir yerde kurulu bulunan bir kontrolör tarafından kişisel verilerin işlenmesine uygulanır.” (<https://www.verisistem.com/tr/ab-veri-koruma-regulasyonu-gdpr/madde-3-bolgesel-kapsam> e. t. 10.06.2023.)

⁶¹ GDPR m. 4.

⁶² 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, m. 3.

Çevrimiçi davranışsal reklamlarda reklamların kişiselleştirilmesi amacıyla kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinde kişisel verilerin korunmasında temel mevzuat niteliği taşıyan GDPR ve KVKK'da belirtilen ilke ve yükümlülüklerle uygun hareket edilmesi gerekmektedir. GDPR her ne kadar KVKK'ya nispeten daha geniş kapsamlı bir düzenleme niteliği taşısa da ülkemizde gerçekleştirilen çevrimiçi davranışsal reklamlar kapsamında veri toplayan ve işleyen şirketlerin sadece GDPR'a değil, KVKK'da belirtilen düzenlemelere de uyması gerekmektedir. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 08.11.2019 tarihli kamuoyu duyurusunda *“Kurumumuzca yapılan incelemelerde başta medya kuruluşları olmak üzere muhtelif kurum/kuruluş/firma vb. veri sorumlularının internet sayfalarında sunulan aydınlatma metinlerinde kişisel verilerin işlenmesi hususunda uygulanan politika ve kurallara yönelik açıklamalarda doğrudan Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğüne (GDPR) atıf yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 30.10.2019 tarih ve 2019/315 sayılı Kararı uyarınca; bahse konu veri sorumluları tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla hazırlanan metinlerde GDPR'a uyum sağlandığına yönelik ifadeler yer verilmesinin, veri sorumlularının 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na karşı yükümlülüklerini ortadan kaldırmadığının, bu itibarla GDPR'a yapılan atıfların yanı sıra söz konusu aydınlatma metinlerinde belirtilen politika ve kuralların öncelikle 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na uygun olduğunun belirtilmesi gerektiğinin hatırlatılmasında fayda görülmektedir.”* şeklinde bir açıklama yapılmıştır⁶³.

Çevrimiçi davranışsal reklamlarda kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinde kişisel verilerin korunması mevzuatına uyulmaması TTK 55/1-e bendinde *“özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”* şeklinde düzenlenen iş şartlarına uymama olarak değerlendirilecektir. Haksız rekabet hallerinden biri olan iş şartlarına uymama ve iş şartlarına uymayan reklamlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. Viral Reklamlar

Viral reklamlar, izleyicileri reklam mesajının bir başkasına iletilmesi yönünde ikna etmek ve etkilemek için interneti kullanarak, kimliği belli olan bir sponsordan

⁶³ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6561/KAMUOYU-DUYURUSU> e. t. 10.06.2023.

gelen içeriğin kullanıcıdan kullanıcıya ücretsiz olarak iletildiği reklamlardır. Sosyal medyanın birbiriyle etkileşim içinde milyonlarca insanı bir arada bulunduran yapısı viral reklamlara uygun ortam hazırlamaktadır. Sosyal medya kullanıcılarının gördükleri, izledikleri, deneyimledikleri bir içeriği beğenerek etkileşimde oldukları kişilerle paylaşımları ve paylaşım ağının bu şekilde tekrarlanarak büyümesi viral reklamın temel işleyişini oluşturmaktadır. Viral kelime olarak “virüs” anlamına gelmekte olup ismini virüs gibi hızlı yayılan yapısından alan viral reklamlar, yayılcı reklamlar olarak da adlandırılmaktadır⁶⁴.

Viral reklamlar, türü genellikle video formatında hazırlanan ve etkileyici bir hikaye kurgusuyla süslenmiş, reklam formatından uzak reklam içeriğinin sosyal paylaşım siteleri üzerinden kullanıcılar tarafından hızlıca yayılması mantığı ile işlemektedir. Sosyal medya mecralarından video paylaşım siteleri viral reklamlar için uygun ortam oluşturmaktadır. Video paylaşım sitelerinden biri olan İzlesene.com' un istatistiklerine göre, internetteki videolardan % 32'si viral reklam videoları olup normal videolardan çok daha fazla izlenmekte ve sosyal medyadaki diğer yayınlara göre yedi kat daha fazla paylaşılmaktadır.⁶⁵

Viral reklamların en popüler olduğu uygulamalar Youtube ve Tiktok gibi video paylaşım siteleridir. Ancak viral reklamların gücü, video paylaşım sitesi olmamasına rağmen sosyal ağların kendi içeriğinde video paylaşımı sağlayan ayrı yapılar geliştirmelerini sağlamıştır. Bu konuda örneğin sosyal ağ uygulamalarından Instagram, ayrı bir kategori üzerinden kullanıcıların kısa süreli çarpıcı videolar oluşturmalarının önünü açan “Reels” özelliğini geliştirmiştir. Kullanıcılar tarafından oluşturulan videolar, uygulama içindeki ayrı bir “Reels” sekmesinde, tüm kullanıcılara açık bir şekilde gösterilmekte ve videoyu oluşturan hesabı takip etmeyen kullanıcılar tarafından da keşfedilebilmektedir. Bu sayede tüm Instagram kullanıcılarının önüne aynı anda kısa süreli çok akışlı videolar çıkarılmaktadır.

Viral reklamlarda reklamı yapılan ürün ya da hizmet açıkça belli olsa da çoğu zaman sanki herhangi bir kullanıcı tarafından “doğal” olarak hazırlanmış algısı yaratılmaya çalışılmaktadır. Genellikle eğlenceli ve özgün bir tema çerçevesinde oluşturulan viral reklamlar, diğer sosyal medya içeriklerine benzer şekilde hazırlanmaktadır⁶⁶. Burada amaç tüketiciyi reklam algısından mümkün olduğunca

⁶⁴ ÖCAL, Derya/KOCA, Sultan, Viral Reklam: Reklamın Yeni İletişim Teknolojileriyle Gelişen Yönü, Atatürk İletişim Dergisi, S: 18, 2019, s. 92.

⁶⁵ SUNDURDU, Seden, İnternette Dönüşen Reklamın Yeni Türü: E-Ticaret Sektöründe Viral Reklam, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s. 2.

⁶⁶ Öcal/Koca, s. 92.

uzaklaştırmak ve alışmış olduğu eğlenceli sosyal medya içeriği algısı ile dikkatini çekmektedir.

Viral reklamlar ürün ya da hizmetten ziyade bir hikaye fikri üzerinden kurgulanmaktadır. Genellikle etkileyici bir öykü ya da kurgu üzerinden şekillenen viral reklamlarda amaç kullanıcıyı etkileyip etkileşim ağındaki diğer kişilerle paylaşmaya teşvik etmektir. Viral reklamlarla karşılaşan kullanıcılar herhangi bir maddi menfaat gütmeksizin duygusal etki altında bu içeriği başkalarıyla paylaşma güdüsündedir. İşletmelerle ilişkili olarak yürütülse de viral reklamlarda reklam veren ile aradaki bağlantı görünürde oldukça düşük seviyede hatta çoğu zaman yok gibi görülmektedir⁶⁷.

Web 2.0 ile şekillenen sosyal medyanın kullanıcılar tarafından yaratılan bir mecra olduğu bilinmektedir. Viral pazarlamada da reklamların kitlelere ulaşmasını sağlayan aktör kullanıcılarıdır. Viral reklamlarla karşılaşan tüketici çoğunlukla reklam verenin kimliğinden bihaberdir. Viral reklamlarda reklam verenle bağlantı kurulamaması reklam verenlerin reklamlara ilişkin yasal sınırlamaları aşabilmek amacıyla viral reklamları tercih etmesine sebep olmaktadır.

Viral reklamın çarpıcı örneklerinden biri Roman Originals adlı İngiliz giyim markasının 2015 yılında internet üzerinden de satış yaptığı ve bir manken üzerinde teşhir edilen elbisenin rengine ilişkin sosyal medyada ortaya çıkan bir tartışmadır. Bir anda milyonlarca kişi elbiseyi paylaşarak kimileri elbisenin mavi siyah, kimileri de sarı beyaz olduğu konusunda fikir ayrılığına düşmüştü. Ünlülerin de dahil olduğu milyonlarca kişinin elbisenin rengiyle ilgili paylaşım ve yorumlarının ardından bu fikir ayrılığının göz fizyolojisi ile ilgili olabileceği söylendi. Ancak bu görünenin arkasında Roman Originals'in elbiseye ilişkin yaratıcı bir pazarlama stratejisi bulunmaktaydı. Roman Originals'in sorumlu menajeri Ian Johnson tarafından yapılan açıklamaya göre elbise, sosyal medyadaki bu tartışmalardan sonra satışları patlamış ve çok kısa sürede tükenmiş olup ardından yeniden üretime geçilmiştir⁶⁸.

Türkiye'deki viral reklamlara örnek olarak 2009 yılında yayınlanan eski erkek arkadaşından intikam alma amacıyla eşyalarını satışına ilişkin bir hikaye kurgusuyla çekilmiş, yapılan açıklamalarla bir çevrimiçi satış sitesi üzerinden ikinci

⁶⁷ Abbasoğlu, s. 66.

⁶⁸ <http://www.businessinsider.com/the-roman-originals-black-and-blue-dress-2015-2> e. t. 26.10.2022.

el eşyaların kolaylıkla satıldığı mesajını barındıran çevrimiçi satış sitesinin reklamı verilebilir⁶⁹.

3. Etkileyici (Influencer) Reklamları

Toplumu etkileme gücüne sahip kişilerin bu güçlerinden faydalanılması pazarlama dünyasında yeni bir fikir değildir. Geleneksel reklamcılık anlayışında da uzun yıllardır kullanılmakta olan bu pazarlama düşüncesi, sosyal medyanın hayatımıza girmesiyle farklı bir görünüme kavuşmuştur. Sosyal medyada ağ bağlantıları güçlü olan kullanıcılar; bir diğer ifadeyle takipçi sayısı fazla olan kullanıcılar, toplum üzerinde en çok etki barındıran kişilerdir. Sosyal ağlarda tanınmış ya da ağ bağlantıları kuvvetli profil sahipleri olan bu kişiler belli işletmelerin ürün ve hizmetleri konusunda tanıtım mesajı içeren içerikler oluşturmaktadır. Bu pazarlama yöntemi ile çoğu kez işletmelerin sponsorluğunda ürün ya da hizmete açık ya da örtülü destek verilmesi ile bu profil sahiplerinin tüketiciler üzerindeki etkisinin kullanılması hedeflenmektedir⁷⁰. Etkileyici pazarlaması en genel anlamıyla, sosyal medya mecralarında belirli bir kitleyi etkileme gücü olan kişilerin, kişisel sosyal medya hesapları vasıtasıyla, herhangi bir ürün veya hizmete yönelik hedef kitesini etkisi altına alarak satın alma davranışına yöneltme amacıyla tasarlanan pazarlama türüdür⁷¹.

Sosyal ağlarda ürün ya da hizmetler konusunda yorumları ve tanıtımları ile tüketicinin tercihini etkileyen sosyal ağ sitelerinde belirli bir kitleyi etkileme gücüne sahip bu profil sahiplerine “influencer” yani “etkileyici” denilmektedir. Bu terim “influence” yani “etki” kökeninden gelmekte olup isminden de anlaşılacağı gibi bu kişiler kitleleri etki altına almaktadır. Sosyal ağlar üzerinden etkileyiciler tarafından yapılan yorum ve tanıtımlara maruz kalan ve tercihleri etkilenen bu kitlelere ise “takipçi” denilmektedir. Reklam Kurulu’nun 4 Mayıs 2021 tarihli 309 sayılı kararı ile yayımlanan “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz”da sosyal medya etkileyicisi “*Sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin*

⁶⁹ Çevrimiçi satış sitesi Gittigidiyor’a ait bu reklam ilk yayına girdiği 24 Temmuz tarihinden itibaren 1 ay içerisinde 4.7 milyon online kullanıcıya ulaşmıştır. (<https://www.haberturk.com/yazarlar/nilay-ornek/222459-ne-oldu-da-24-saatte-fulyaya-60-bin-arkadaslik-teklifi-geldi> e. t. 14.05.2023.) Özdemir/Doğanay, s. 313; Abbasoğlu, s. 78.

⁷⁰ SOYDEMİR, Güzide, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 104.

⁷¹ CANÖZ, Kadir/GÜLMEZ, Özge/EROĞLU, Gizem, Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 23, S: 1, 2020, s. 75.

satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişiminde bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır.

Etkileyicilerin işletmeler ile arasındaki maddi ilişki ürün ya da hizmetlerin tanıtımının yapılması karşılığında kimi zaman o ürün ya da hizmetlerden yararlandırılmaları, kimi zaman bir sponsorluk anlaşması yapılarak belli bir ücret ödenmesi ya da satış ortaklığı kurulması, kimi zaman da hiperbağlantı⁷² yoluyla ürünlerin satışı karşılığında belli bir komisyon ödenmesi ya da özel indirim kodlarıyla satışı karşılığında belli bir komisyon ödenmesi şeklinde olabilmektedir. Uygulamada sıklıkla başvurulanan maddi ilişki ise etkileyicilerin hiperbağlantı yoluyla tüketiciyi ürün ya da hizmetin satışının yapıldığı siteye yönlendirmesi ya da özel indirim kodları ile ürün ya da hizmetin satışına teşvik etmesi karşılığında ürün ya da hizmetin satışından komisyon alması şeklindedir⁷³.

Facebook, İnstagram, Twitter, Youtube, Tiktok gibi global sosyal medya platformları etkileyici reklamlarıyla sıklıkla karşılaşılan mecralardır. Yapısı ve nitelikleri itibariyle etkileyici pazarlamasının en aktif olduğu mecra ise Instagram adlı sosyal medya platformudur. Sosyal medya etkileyicileri, bu mecralarda özgün ve etkileyici paylaşımları ile takipçi sayılarını artırmakta, bu yolla tüketicinin güvenini kazanmaktadır. Etkileyicilerin günlük hayat akışlarından kesitlerin yer aldığı ve çoğunlukla kendilerinin hazırladığı içerikler yoluyla ürün ya da hizmetlerin tanıtımının yapılması sağlanmakta, bu da daha çok tüketicinin daha kolay ve hızlı etki alanına sokulmasını sağlamaktadır. Konuya ilişkin çevrimiçi yapılan bir ankete göre, araştırmaya katılan tüketicilerin % 90'ı önceden bildikleri insanlardan gelen tavsiyelere güvendiklerini ve % 70'i ise çevrimiçi görüşlere daha çok güvendiklerini ifade etmiştir⁷⁴.

Etkileyici reklamlarının temelini sosyal medya etkileyicilerinin takipçileri ile arasındaki güvene dayalı ilişki oluşturmaktadır. Etkileyicilerin yedikleri içtiklerinden

⁷² Hyperlink (hiperbağlantı, hiperlink ya da kısaca link ya da bağlantı), bilgisayar dünyasında kullanıcının okumakta olduğu dokümandan farklı bir doküman ya da kaynağa tıklamak ya da üzerine gelmek, dokunmak gibi interaksyonlar ile ulaşabileceği referanslardır. En bilinen yaygın kullanımı Web sitelerindedir. Günlük konuşmalarda "bağlantıya tıklamak", "linke tıklamak" şeklinde kullanılır, bağlantının işaret ettiği referansa ulaşma durumu "adrese bağlanma", "adrese gitme", "sayfaya gitme", "sayfanın yüklenmesi" gibi ifade edilir. Konuya ilişkin olarak sosyal ağ sitelerinden İnstagram'da sıklıkla kullanılan "swipe up" linki hakkında, "swipe up" yukarı kaldırmak demektir. Teknoloji dilinde, telefonu yukarı kaldırmak anlamını almıştır. (<https://tr.wikipedia.org/wiki/Hyperlink> e. t. 16.05.2023.)

⁷³ Abbasoğlu, s. 52;

⁷⁴ KARATEPE KAYA, Meltem, Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 70 (3) 2021, s. 673.

gittikleri gezdikleri yerlere kadar hayatlarının her anını takipçileriyle paylaşması bir noktadan sonra takipçiler için o kişinin adeta ailelerinden biri gibi olmalarını sağlamaktadır. Dolayısıyla etkileyicinin kullandığı her ürün, aldığı her hizmet tüketiciler için güvenilir bir referans olarak görülmektedir. Güvene dayalı bu iletişim kimi zaman sağlıklı bir iletişime de dönüşebilmektedir. İşletme ya da markalar etkileyiciler ile yaptıkları işbirliği ile etkileyicilere çoğunlukla hediye ürün ya da hizmet sunmakta, etkileyiciler de belki asla kullanmadıkları ve kullanamayacakları ürün ve hizmetlerin tanıtımını yaparak satışların artırılmasını sağlamaktadır. Tüketiciler, etkileyicilerin sosyal medyadaki paylaşımlarından o ürünü sevdiği sonucunu çıkarılabilmekte ve etki altında o ürünü satın alma eylemine yönelmektedir.

Etkileyici reklamlarına ilişkin bir diğer sorun ise, çoğu zaman tüketicinin zihninde güven bağı kurduğu etkileyicinin tanıtımını yaptığı ürün ya da hizmeti veren işletme ya da marka ile anlaşma yapıp yapmadığına dair bir belirsizlik oluşmasıdır⁷⁵. Etkileyici ile işletme arasındaki maddi ilişkiden bihaber olan tüketici, etkileyicinin ürün ya da hizmet hakkındaki görüş ve tavsiyelerinin onun tecrübelerine dayandığını düşünmekte ve aradaki güven bağı doğrultusunda etki altında kalmaktadır. İşletme ile etkileyici arasındaki ilişkinin tüketici tarafından anlaşılabilmesi sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamların en büyük sorunudur⁷⁶.

Sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamların reklam niteliğinin tüketici tarafından anlaşılabilirliğine ilişkin bir örnek vermek gerekirse, herhangi bir sosyal ağ sitesinde fazla sayıda takipçisi olan bir etkileyicinin reklam verenin otelinden ya da restoranından görseller paylaşması veya reklam verenin ürünlerini kendi şahsi paylaşımları içinde anılan amaçla dahil etmesi durumunda, reklamın hedef kitlesi genellikle karşılaştığı içeriğin reklam olduğu konusunda bilgi sahibi olmamakta, aksine bunun takip ettiği ve güven duyduğu kişinin samimi deneyimleri ve günlük hayat akışının doğal bir parçası olduğunu düşünmektedir. Ancak bu örnekte, etkileyici ile reklam veren arasında etkileyici tanıtım yapması karşılığında o otel ya da restorandan ücretsiz olarak yararlandırılması ya da ürünlerin satışından

⁷⁵ SARITAŞ, Ayşe, Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercihi, The Journal of International Scientific Researches, C: 3, S: 4, 2018, s. 67.

⁷⁶ Abbasoğlu, s. 53.

komisyon alması gibi bir maddi ilişki bulunmakta fakat tüketici bu ilişkiden bihaber olmaktadır⁷⁷.

4. Ünlü Desteği Reklamları

Toplum tarafından tanınan ve toplumu etkileme gücüne sahip kişilerin pazarlama aracı olarak kullanılması pazarlama dünyasında yeni bir yöntem değildir. Sosyal medya henüz hayatımıza girmemişken de geleneksel reklam yöntemlerinde, sanat, spor, siyaset vb. alanlarda tanınmış ve ün salmış kişilerden faydalanılmaktaydı. Ünlü desteğinden faydalanılan herhangi bir ürün ya da marka, tüketicinin ünlüye atfettiği değerle bağlantılı olarak yansıma bir değer görmektedir. Tüketicideki bu algı, marka ya da işletmeleri ünlülerle işbirliği yapmaya yönlendirmektedir.

Ünlü kavramı, belirli bir referans gruba çekici gelen film starları, televizyon karakterleri, şovmenler veya sporcular gibi toplum tarafından önemli bir düzeyde tanınırlığa sahip olmayı başarmış bireyler olarak tanımlanabilir⁷⁸. Yaptıkları meslek sayesinde toplumda ün salmış olan ünlülere duyulan güven bu pazarlama türünün temel dayanağıdır. Sosyal medya öncesinde gazete, televizyon, dergi, reklam panoları gibi mecralarda ünlü desteğinden faydalanılırken son dönemlerde sosyal medya da bu mecralar arasına girmiştir.

Ünlülerin birçoğu sosyal medya profilleri oluşturarak ünlerini sosyal medyaya da taşımaktadır. Kullanıcılar hayatını yakından takip etmek istediği ünlüleri takibe almakta, böylelikle tanınırlıkları doğrultusunda ünlülerin takipçi sayıları milyonlara ulaşabilmektedir. Kimi ünlülerin isimlerinin kullanılarak sahte profiller oluşturulması karşılaşılabilecek sorunlardan biri olup sorunun çözümü için “mavi tik” uygulaması benimsenmiştir⁷⁹.

İşletme ya da markaların bir ünlü ile “reklam yüzü” olması için işbirliği yapması geçmişten bu yana tercih edilen bir pazarlama yöntemidir. Reklam panolarında ünlülerin ürün ya da hizmeti tanıtan görsellerine yer verilmesi, televizyon reklamlarında ünlülerin ürün ya da hizmeti tanıtan reklam filmlerinde yer alması aşına olduğumuz pazarlama stratejileridir. Sosyal medya kullanımının

⁷⁷ Özdemir/Doğanay, s. 320.

⁷⁸ AVCILAR, Mutlu Yüksel/ACAR, Mehmet Fatih, Sosyal Medya Reklamlarında Ünlü Desteği Kullanımı: Mikro-Ünlülerin Yükselişi, 15. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi, s. 3.

⁷⁹ “Mavi Tik” de denilen “Mavi Onay Rozeti” herhangi bir hesabın orijinalliğinin tescili anlamına gelmekte olup “Twitter'daki mavi onay rozeti”, kamu menfaatini ilgilendiren bir hesabın orijinal olduğunun bilinmesini sağlar. Mavi rozet alabilmeniz için hesabınızın orijinal, tanınmış ve aktif olması gerekir.” (<https://help.twitter.com/tr/managing-your-account/about-twitter-verified-accounts> e. t. 26.06.2023.)

yaygınlaşmasıyla artık ünlüler kendi sosyal medya hesapları üzerinden oluşturdukları gönderiler ile ürün ya da hizmeti tanıtmaktadır. Kimi zaman işletme ya da markaların da kendi sosyal medya hesapları üzerinden oluşturdukları gönderilerde ünlülere yer verdikleri görülmektedir. Dijital mecraların artmasıyla ünlülerle farklı pazarlama stratejileri doğrultusunda işbirliği yapılması olasıdır.

Ünlü desteği reklamları esasen etkileyici reklamları ile aynı pazarlama teknikleri kapsamında gerçekleştirilmekte olup içeriği üreten kişinin tanınırlığı yönünden bir ayrım söz konusudur. Ünlüler, etkileyicilerden farklı olarak yaptıkları meslekleri, sanatları ya da uğraşlarıyla toplumda tanınmış kişilerdir. Toplum tarafından tanınırlıkları sosyal medyada sahip oldukları takipçiler yoluyla edinilmemiştir. Ancak sosyal medya etkileyicilerinin de topluma mal olmalarıyla birer mikro ünlüye dönüştüğü düşünülebilir⁸⁰.

⁸⁰ Avcılar/Acar, s. 5.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET TEŞKİL EDEN SOSYAL MEDYA REKLAMLARI

I. HAKSIZ REKABET

A. Unsurları

Türk Hukukunda haksız rekabet esas olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmektedir. Hukukumuzda haksız rekabete ilişkin en kapsamlı düzenleme niteliği taşıyan TTK 54/2. maddesinde “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” denilerek haksız rekabetin geniş bir tanımı yapılmıştır.

Haksız rekabete ilişkin TTK düzenlemesi doğrultusunda haksız rekabetin unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Ticari nitelik taşıyan bir davranış veya uygulama mevcut olmalıdır.
2. Davranış ya da ticari uygulama aldatıcı veya diğer şekillerde dürüstlük kuralına aykırı olmalıdır.
3. Rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiler etkilenmelidir⁸¹.

Hükümde söz edilen “ticari uygulamalar” teşebbüsler tarafından ürün ya da hizmetlerine ilişkin olarak tüketici davranışlarının etkilenmesi ve bu yolla tüketiminin artırılması amacı taşıyan faaliyetlerdir. Bu kapsamda ürün ya da hizmetin tüketicilere tanıtımı, satışı ya da tedariki ile ilgili tüm davranış, ihmal, hareket, beyan, reklam ve pazarlama fiilleri ticari uygulamalara örnek olarak gösterilebilir⁸².

Hükümde yer alan “bütün katılanların menfaatine” lafzı ile korunması amaçlanan kitleyi rakipler, müşteriler, mesleki ve ekonomik menfaat ve birlikler ile geniş anlamda kamu olarak ifade etmek doğru olacaktır. Rekabet hakkının ihlali salt rakipler ya da tüketiciler açısından olumsuz sonuçlar doğurmamakta, geniş perspektifte ekonomik hayatın baltalanmasına sebep olmaktadır. Bu hüküm ile geniş anlamda ülke ekonomisinin korunması amaçlanmaktadır⁸³. Haksız rekabete ilişkin TTK düzenlemesi, olayın ticari olup olmaması, failinin tacir olup olmaması ya da mağdurunun tüketici, tacir ya da ticari işletme olup olmaması ayrımı gözetmeksizin

⁸¹ Atıla Yörük, s. 67; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 559.

⁸² Kaya, E-ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları, s. 64.

⁸³ ÇINAR KARABAĞ, Nihal, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 32.

tüm haksız rekabet halleri açısından uygulanabilir koruma alanı geniş bir düzenlemedir⁸⁴.

Haksız rekabete ilişkin TTK hükmü kapsamında aranan bir diğer unsur davranış ya da ticari uygulamaların aldatıcı ya da dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olmasıdır. Burada bahsedilen “dürüstlük kuralına aykırılık” TMK 2. maddesindeki dürüst davranış kuralları ile örtüşmeyebilir. Zira TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı sözleşmeden doğan, sözleşme taraflarının birbirlerine güvenleri çerçevesinde ele alınırken haksız rekabet hükmünde sözleşme ya da taraf ilişkisi mevcut olmayabilir⁸⁵. Hükümde yer alan “aldatıcı” davranış veya uygulamalar ifadesiyle aldatıcılığın mevcut olması durumunda doğrudan haksız rekabetin oluşacağı kabul edilmiştir. Esasen kanun koyucu burada aldatıcı davranış veya uygulamaları dürüstlük kuralına aykırılığın bir örneği olarak değerlendirmiştir. Nitekim “aldatıcı hareket” en sık karşılaşılan ve önemli bir haksız rekabet halidir. Dolayısıyla hükümde dürüstlük kuralına aykırılıktan farklı bir hal gibi “aldatıcılık” halinden söz edilmesi gereksiz olmuştur⁸⁶.

TTK 54 hükmü ile benimsenen yeni haksız rekabet sistemine göre aldatıcı ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışların varlığı tek başına yeterli olmayıp bu davranışların ayrıca rakipler ya da tedarik edenle müşteri arasında zarar veya zarar tehlikesi oluşturması da gerekmektedir. Bu hüküm kapsamında haksız rekabetten bahsedilebilmesi için kusur aranmamaktadır. Kusurun mevcudiyeti sadece haksız rekabet nedeniyle doğacak hukuki sorumluluk kapsamında açılan davanın belirlenmesinde rol oynamaktadır⁸⁷.

B. Amacı

Haksız rekabet hükümlerinin amacına ilişkin TTK m. 54’e göre haksız rekabet hükümlerinin amacının “...bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” olduğu belirtilmiş olup bu kapsamda haksız rekabetin amacını “bütün katılanların menfaati” ile “dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” şeklinde iki temel başlık olarak değerlendirmek mümkündür. “Bütün

⁸⁴ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 550; SEVEN, Vural, Sosyal Paylaşım Sitelerinin Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 2014, s. 3346.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. TTK m. 54 “Gerekeçe”.

⁸⁶ Nomer Ertan, s. 113; Çınar Karabağ, s. 39.

⁸⁷ Bkz. TTK 56/1’e göre tespit, men ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması için dava açılmasında kusur şartı aranmamakta iken haksız rekabet nedeniyle tazminat talep edilebilmesi kusurun varlığına bağlıdır. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, Ankara, 2016, s. 327.

katılanlar” ifadesiyle kastedilmek istenen hükmün gerekçe kısmında şöyle izah edilmiştir: “*Tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü kastedilmiştir: Ekonomi, tüketici ve kamu. “Katılanlar” gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin yolu kapatılmıştır.*”⁸⁸ “Dürüst ve bozulmamış rekabet” ifadesiyle ise rekabet ortamındaki davranışların dürüst ve ahlaklı olması ile rekabet ortamının bozulmamış olması ve bu itibarla bir müessese olarak rekabetin korunmasının amaçlandığı söylenebilir⁸⁹.

TTK hükümleri kapsamında haksız rekabet sadece rakiplerin birbirlerine karşı korunmasını değil rakipler, tüketiciler ve tüm piyasa aktörlerinin korunmasını amaçlamaktadır. Haksız rekabet düzenlemeleriyle menfaati korunan piyasa aktörlerinden biri de tüketicilerdir. Ticari hayatta işletmelere karşı daha zayıf bir konumda yer alan tüketicilerin korunması haksız rekabetin yegane amacı olan dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının sağlanması için hayati önem taşımaktadır. Haksız rekabet düzenlemeleriyle bir yandan işletmelerin rekabet ve arz özgürlüğü korunurken diğer bir yandan tüketicilerin satın alma yönünde karar ve talep özgürlüğü korunmaktadır⁹⁰. Burada haksız rekabet hükümleriyle kişilik hakları kapsamında tüketicinin ekonomik özgürlüğü de korunmaktadır. Ekonomik özgürlük işletmeler açısından da ekonomik kişiliğe dahil olan rekabet hakkı olarak tezahür eder. Bu noktada haksız rekabet hükümleriyle tüketiciler açısından ekonomik kişilik kapsamında karar ve talep özgürlüğü korunurken işletmeler açısından da rekabet hakkının korunduğu söylenebilir⁹¹.

C. Hukuki Niteliği

Haksız rekabete ilişkin TTK'nın 54. maddesi esas olarak Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarının rekabet hukukuna yansımalarıdır. Bu doğrultuda herkes serbest rekabet hakkını kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uymak zorundadır. Serbest rekabet hakkının açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Ancak hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi “...MK. m. 2 anlamında dürüstlük kuralları sözleşmesel veya önsözleşmesel temelde ve taraflar arasındaki

⁸⁸ TBMM-Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/ 324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, (www.tbmm.gov.tr e. t. 21.05.2023.)

⁸⁹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 555.

⁹⁰ UZUNALLI, Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2013, Cilt: 71, Sayı: 2, s. 386. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9189/115253> e. t. 23.05.2023.

⁹¹ ORUÇ, Murat, Haksız Rekabette Maddî Tazminat Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 6.

*ilişkide var olan güvenle ilgilidir. Rekabet hukukunda ise bu anlamda taraf mevcut olmayabilir. Çoğu kez bir haksız fiil konumu bile söz konusu olabilir.”*⁹². Bu noktada, haksız rekabetin hukukumuzda niteliği gereği haksız fiilin özel bir türü kabul edildiğine değinilmesinde fayda vardır. Doktrinde baskın olan görüş doğrultusunda haksız rekabet, haksız fiilin özel bir türüdür. Bu nedenle, haksız rekabet hükümlerinde boşluk bulunması halinde haksız fiil hükümlerine başvurulabilecektir⁹³. Yargıtay da haksız rekabetin hukuki niteliği gereği bir haksız fiil olduğu görüşündedir⁹⁴.

D. Mevzuatımızdaki Yeri

Hukumumuzda, haksız rekabete ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda iki temel düzenleme mevcuttur. “Amaç ve ilke” başlıklı TTK 54. maddesi, haksız rekabete ilişkin genel hüküm niteliğindedir. Devamında özel hüküm niteliği taşıyan “Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” kenar başlıklı 55. maddesinde 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun 3 ila 8. maddeleri baz alınarak haksız rekabet teşkil eden ve uygulamada en çok karşılaşılan hallerin “başlıcaları” altı bent halinde ve yirmi bir adet davranış biçimi olmak üzere “haksız rekabet örnekleri” olarak sayılmıştır. Hükümde yer alan “özellikle” terimine vurgu yapılması, sayılan davranışların sınırlı sayıda olmadığını, sayılanlar dışında başkaca hallerle de dürüstlük kuralına aykırı davranışların gerçekleştirilebileceğini göstermektedir⁹⁵. Bu kapsamda bir durumun haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, öncelikle özel hüküm niteliğinde TTK 55’e göre değerlendirme yapılmalı, durumun burada sayılan hallerden biri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Bu hallerden birinin söz konusu olması durumunda haksız rekabet oluşacak, genel hüküm niteliğindeki TTK 54/2’ ye göre değerlendirme yapılması gerekmeyecektir. Ancak bu hallerden birisi söz konusu değilse bu kez, genel hüküm niteliğindeki TTK 54/2’ ye göre durumun haksız rekabet teşkil edip etmediği değerlendirilecektir⁹⁶.

⁹² 6102 sayılı TTK 54. madde gerekçesi. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1> e. t. 12.07.2023.

⁹³ Çınar Karabağ, s. 33.

⁹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16.02.2015 tarihli 2014/17033 E., 2015/1982 K. sayılı kararı (www.legalbank.net e. t. 20.08.2023.)

⁹⁵ BAŞTÜRK, İhsan, Türk Ticaret Kanunu’nda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki- Cezai Sonuçları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, Y: 2, S: 6, 2011, s. 287.

⁹⁶ Soydemir, s. 37.

Haksız rekabete ilişkin bir diğerk düzenleme ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 57. maddesinde yer alan “Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğerk 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.” düzenlemesidir. Ticari işlere ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı tutularak hükmün alanı dar tutulmuş ve sadece ticari olmayan işler kapsama alınmıştır. Ayrıca haksız rekabete ilişkin TTK düzenlemesinden farklı olarak TBK düzenlemesinde menfaati korunan kitle müşterileri azalan veya müşteri kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişilerdir. Bu kapsamda haksız rekabet sonucu müşterileri azalmayan ya da müşterilerini kaybetme tehlikesiyle karşılaşmayan bir kişi bu hükmün korumasından faydalanamamaktadır⁹⁷. Haksız rekabete ilişkin TTK düzenlemesinin geniş koruma alanı yanında TBK düzenlemesinin oldukça dar bir koruma alanına sahip olduğu söylenebilir.

Haksız rekabete ilişkin olarak ticari iş ya da tarafların tacir olması ayrımı gözetmeksizin tüm haksız rekabet hallerini kapsamına alan TTK hükmü karşısında TBK'nın haksız rekabete ilişkin hükmünün uygulama alanının tespiti zordur. TBK'nın 57. maddesinin mehası olan İsviçre BK hükmü, ticari olsun ya da olmasın tüm haksız rekabet hallerine uygulanabilir hükümler içeren İsviçre Haksız Rekabet Kanunu ile yürürlükten kalkmıştır. Dolayısıyla ticari olsun olmasın tüm haksız rekabet hallerine uygulanabilen genel nitelikte bir düzenleme benimsenmiştir. Hukukumuzda ise Eski Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri İsviçre Haksız Rekabet Kanunu mehas alınarak hazırlanırken Eski Borçlar Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin 48. maddesi yürürlükten kaldırılmayarak ilave bir hüküm ile ticari işlere ilişkin TTK hükümleri saklı tutulmuştur. Ancak haksız rekabet hallerini kapsayan İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'ndan alınan TTK hükümlerinin sadece ticari işler için uygulama alanı bulacağını kabul etmek doğru değildir. Arkan'a göre bu noktada en isabetli çözüm, ekonomik rekabetin her tür kötüye kullanımını önlemek amacıyla hazırlanan hükümlerin İsviçre'deki gibi Ticaret Kanunu'na değil de özel bir kanuna koymak ve Borçlar Kanunu'ndaki hükmü tamamen kaldırmaktır⁹⁸.

⁹⁷ CAN, Mustafa/MEMİŞ, Tekin, Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri, Mevzuat Dergisi, Y: 7, S: 81, Eylül, 2004, s. 8.

⁹⁸ Arkan, s. 323-324.

Haksız rekabet düzenlemeleriyle menfaati korunan piyasa aktörlerinden birinin de tüketiciler olduğundan bahsedilmişti. Bu kapsamda bir fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitinde sadece Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümleri değil; tüketicilere yönelik 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile bu kanuna dayanılarak çıkartılmış olan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir⁹⁹. Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Haksız Ticari Uygulamalar" başlıklı 62. maddesinde hangi ticari uygulamaların haksız olarak nitelendirilebileceği açıklanarak tüketicilere karşı bu uygulamalar yasaklanmıştır. Haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin ise "Ticari Reklam" başlıklı 61. madde özel hüküm niteliğindedir. Kanunun 62. maddesinde "Tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır." denilerek hükmün koruma alanı dar tutulmuş ve sadece tüketicilere karşı gerçekleştirilmiş olan ve ticari nitelik taşıyan haksız uygulamalar kapsam altına alınmıştır. Bu hükme dayanılarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ise tüketicileri daha özel bir koruma altına almıştır¹⁰⁰. Bu düzenlemeler Avrupa Birliği 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde yer alan hükümlere dayanmakta olup TTK'daki haksız rekabet hallerine somutlaştıran bir işleve sahiptir. Bu kapsamda tüketici hukuku mevzuatındaki haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin ticaret hukuku mevzuatındaki haksız rekabet hükümlerini tamamlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Bu düzenlemelere çalışmanın devamında ayrıntılı olarak değinilecek olup tüketici hukuku mevzuatında haksız rekabet düzenlemeleri dışında haksız rekabet açısından önem arz eden birçok düzenleme mevcuttur.

E. Mevzuatımızdaki Haksız Rekabet Hallerine Genel Bakış

TTK'nın "*Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar*" başlıklı 55. maddesinde "başlıca" haksız rekabet halleri altı alt başlık halinde sayılmıştır. Bunlar; dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar, sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yöneltmek, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma, üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek, iş şartlarına uymamak ve dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları koymaktır. Kuşkusuz hükümde "başlıca" denilerek örnekseyici sayma yöntemi kullanılmış, 55.

⁹⁹ Nomer Ertan, s. 33.

¹⁰⁰ Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s. 550.

maddede yer almayan uygulama ve durumlar 54/2. maddesinde yer alan tanım doğrultusunda haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir¹⁰¹.

TTK m. 55 hükmünde sayılan örnek haksız rekabet hallerinin ilk grubunda dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar yer almaktadır. On iki bent halinde düzenlenmiş olan bu davranışlardan sosyal medya reklamlarında sıklıkla karşılaşılan “Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek”, “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek”, “Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak”, “Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötöleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek” eylemleri ile TTK 55/e maddesinde düzenlenen “iş şartlarına uymama” eylemi ile haksız rekabet halleri aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ekinde haksız ticari uygulama olarak kabul edilen örnek uygulamalar listelenmiş olup bu uygulamaların çoğunluğu aynı zamanda TTK 55. maddesinde yer alan haksız rekabet hallerine örnek teşkil etmektedir¹⁰². Yönetmelikte TTK hükümleriyle paralel olarak m. 8 “Karşılaştırmalı Reklamlar”, m. 10 “Kötüleme”, m. 11 “İtibardan haksız yararlanma”, m. 12 “Taklit” başlıkları altında düzenlenmiştir. TTK’ dan farklı olarak özel bir düzenleme olan “Reklamların ayırt edilmesi” kenar başlıklı 6. maddede “Biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun bir reklamın, reklam olduğu açıkça anlaşılmalıdır.” düzenlemesi ile çalışmanın devamında ayrıntılı olarak incelenecek olan “Örtülü Reklam” yasağı öngörülmüştür. Bunun dışında bahsedilen diğer hükümler TTK 55. maddesinin 1/a bendinde on iki alt bent olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenen haksız rekabet hallerinin yönetmeliğe yansımaları olarak değerlendirilebilir. Ayrıca yönetmelik ekinde “A. Aldatıcı Ticari Uygulamalar” ve “B. Saldırgan Ticari Uygulamalar” başlıkları altında haksız ticari uygulama olarak kabul edilen örnek uygulamalara ilişkin bir liste düzenlenmiştir. Ticari Reklam ve

¹⁰¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 567.

¹⁰² Nomer Ertan, s. 98.

Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği A-17’ de düzenlenen “Gerçeğe aykırı olarak, kendi ticareti, işletmesi, zanaatı ya da mesleği ile ilgili olarak hareket etmediğini iddia etmek, bu doğrultuda izlenim oluşturmak veya kendisini tüketici olarak tanıtmak” eylemi TTK 55/1/a-2’ de yer alan “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” haline karşılık gelmekte olup¹⁰³ sosyal medya reklamlarında sıkça rastlanan bu eylem uygulamada karşımıza “aldatıcı reklamlar” olarak çıkmaktadır.

II. SOSYAL MEDYA REKLAMLARININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TTK’ nın Haksız Rekabet Hükümlerinin Sosyal Medya Reklamlarına Uygulanabilirliği

TTK 55. maddesinde sayılan dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği kapsamında düzenlenen haksız rekabet hallerinin tıpkı geleneksel reklamlarda olduğu gibi sosyal medyada yapılan reklamlarla da gerçekleştirilmesi mümkündür. Nitekim TKHK 61. maddesinde ticari reklam “Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular” olarak tanımlanmış, “herhangi bir mecra” ifadesi ile mecra sınırlandırması yapılmamış, gelecek teknolojik mecraları kapsayıcı bir ifade kullanılmıştır.¹⁰⁴ Bu yönden sosyal medyada yapılan ticari reklamların incelenmesi geleneksel reklamlardan farklılık arz etmeyecek, söz konusu hükümler doğrultusunda sayılan hallerin mevcudiyeti tespit edildiğinde haksız rekabet teşkil edecektir.

Sosyal medyada karşılaşılan haksız rekabet hallerine ilişkin mevzuatta özel ve kapsamlı bir düzenlemenin mevcut olmaması, geleneksel reklamlara ilişkin haksız rekabet düzenlemeleri kapsamında bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda sosyal medya reklamlarının incelenmesi, geleneksel reklamlardan farklılık arz etmese de sosyal medyanın kendine özgü yapısı ve özellikleri birtakım haksız rekabet hallerini diğerlerinden ön plana çıkarmaktadır. Bunlar sosyal medya

¹⁰³ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 559; Nomer Ertan, s. 98.

¹⁰⁴ Soydemir, s. 35.

reklamlarında en çok karşılaşılan haksız rekabet halleri olan aldatıcı reklamlar, karşılaştırmalı reklamlar, iş şartlarına uymayan reklamlar ve kötüleyici reklamlar olup çalışmanın devamında konu itibariyle önem arz etmesi sebebiyle ayrıntılı olarak başlıklar halinde incelenecektir.

B. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz

Mevzuatımızda sosyal medya reklamlarına ilişkin özel düzenlemeler yeni yeni şekillenmektedir. Sosyal medya reklamlarında haksız rekabete ilişkin ilk özel düzenleme niteliği taşıyan “*Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz*” ile sosyal medya reklamlarından etkileyici reklamlarına ilişkin bir takım kriterler belirlenmiştir. Reklam Kurulu’nun 4 Mayıs 2021 tarihli 309 sayılı kararı ile Ticaret Bakanlığı tarafından 5 Mayıs 2021 tarihinde yayımlanan Kılavuz ile sosyal medya etkileyicileri tarafından tüketicinin aldatılması ve yanlış yönlendirilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Kılavuzun “Amaç” başlıklı ilk maddesinde “*reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlara yol gösterme*”nin amaçlandığı görülmektedir. Bu kapsamda Kılavuzda öngörülen yükümlülükler sadece reklam veren, reklam ajansları ya da mecra kuruluşlarına değil reklamcılıkla ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlara yüklenerek sorumluluğa tabi kitle geniş tutulmuştur. Bu noktada “*Reklamcılıkla ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluş*” ifadesi ile bağımsız olarak içerik üreten sosyal medya etkileyicilerinin kapsam altına alınmasının amaçlandığı söylenebilir.

Kılavuzun “*Temel İlkeler*” başlıklı 5. maddesinde “*Sosyal medya etkileyicisi aracılığıyla yapılan reklamların, açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmesi ve ayırt edilebilir olması zorunludur. Her türlü iletişim aracında olduğu gibi sosyal medyada da sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Hüküm Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin “*Reklamların Ayırt Edilmesi*” başlıklı 6. maddesinin Kılavuza bir yansıması olarak örtülü reklam yasağını düzenlemektedir. Hükümün devamında reklam verenden maddi kazanç ve/veya ücretsiz ya da indirimli mal veya hizmet gibi faydaların sağlandığı paylaşımlarda, sosyal medya etkileyicisi tarafından bu durumun, ticari reklam

ilişkisinin gerçekleştiği platforma bağlı olarak Kılavuzda belirlenen şekli ve maddi koşullara uygun olarak belirtilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan paylaşımın ticari reklam olduğunu belirten açıklamaların yayımlandığı sosyal medya mecrasının özellikleri doğrultusunda ne şekilde yapılacağı ayrıntılı olarak Kılavuzun 7, 8, 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, video paylaşım sitelerine ilişkin 7. maddede video içinde sürekli olarak veya videonun başlığında ya da açıklama kısmında veya ilgili reklamın geçeceği bölümün başında tüketicileri “daha fazla oku” gibi bir alanı tıklamak zorunda bırakmadan yazılı ve sözlü olarak “*Bu video [reklam veren] reklamlarını içermektedir.*”, “*Bu video, [reklam veren] ile ücretli işbirliğini içermektedir.*”, “*[Reklam veren]’in destekleri ile.*”, “*Bu ürünleri [reklam verenden] hediye olarak aldım.*”, “*Ürünleri bana gönderdiği için [reklam verene] teşekkürler.*” şeklinde ifadelerle video içeriğinin reklam olduğunun tüketiciye bildirilmesi gerekliliği öngörülmüştür. Maddede video içinde sürekli olarak, başlıkta ya da açıklama kısmında “daha fazla oku” gibi bir seçeneğin içerisine eklenmeksizin bu ibarelere yer verilmesi gerekliliğinin öngörülmesi, tüketicinin ilave bir çaba ve fazla dikkat göstermeksizin içeriğin reklam olduğunu anlayabilmesini amaçlamaktadır. Nitekim bazı video içeriklerinin açıklama kısmında birtakım açıklamalara yer verilmekte, ayrıntılı bilgi için ise “daha fazla oku” şeklinde bir sekme konularak ayrıntılı bilgilere ancak bu sekme tıkladığında erişilebilmektedir. Ayrıca yine ortalama dikkatteki bir tüketicinin içeriğin reklam olduğunu anlayabilmesi amaçlandığından, hem yazılı hem sözlü olarak bu ifadelerin kullanılması gerekliliği düzenlenmiştir.

Instagram, Facebook, Twitter gibi fotoğraf ve mesaj paylaşım mecralarına ilişkin 8. maddede paylaşılan fotoğrafın ve/ veya mesajın içinde ya da altında veya açıklamalarında reklam verene ilişkin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biriyle birlikte “*# Reklam*”, “*# Reklam/Tanıtım*”, “*# Sponsor*”, “*# İşbirliği*”, “*# Ortaklık*”, “*@ [Reklam veren] ile işbirliği*”, “*@ [Reklam veren] tarafından sağlandı.*”, “*@ [Reklam veren] tarafından hediye olarak alındı.*” şeklinde etiket ya da açıklamalarla içeriğin reklam niteliği taşıdığına bildirilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Podcast aracılığıyla yapılan reklamlara ilişkin 9. maddede yayının başında, ortasında ve sonunda, yazılı ve sözlü olarak “*Bu podcast, [reklam veren] hakkında reklam içerir.*”, “*Bu podcast, [reklam veren] ile ücretli bir işbirliğinden oluşmaktadır.*”, “*[Reklam veren]’in destekleri ile.*” , “*Ürünleri (podcastimde*

bahsettiğim) [reklam verenden] hediye olarak aldım.” şeklindeki ifadelerden en az birinin kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Snapchat ve Instagram hikâyeleri gibi içeriğin yalnızca kısa süreliğine görülebildiği reklamlara ilişkin 10. maddede ise paylaşım süresince reklam verene ilişkin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biri ile birlikte bu ifadelerin kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Burada da ibarelerin paylaşım süresince bulundurulması zorunluluğu ortalama dikkatteki bir tüketicinin ilave bir çaba ve dikkat gerekmeksizin içeriğin reklam olduğunu anlayabilmesi amacıyla öngörülmüştür.

Ayrıca kullanılması gereken etiket ve açıklamalara ilişkin şekli koşullara ilişkin Kılavuzun 5. maddesinde bir takım kurallar benimsenmiştir. İlgili hükme göre:

“a) Paylaşım içinde kullanılan renklerden ve arka fondan ayırt edilebilir nitelikte ve kolaylıkla okunabilir büyüklükte olmalıdır.

b) Tüketicilerin paylaşım ile ilk karşılaştıkları anda başka bir şey yapmalarına gerek kalmadan paylaşımın ticari reklam olduğu anlaşılacak biçimde ve konumda belirtilmelidir.

c) Paylaşımında başka etiket veya açıklamalara yer verilmesi durumunda, bu etiket veya açıklamalar arasında görünebilir şekilde belirtilmelidir.

d) Paylaşımın yer aldığı mecranın ara yüz ve teknik özellikleri de dikkate alınarak tüketiciler tarafından ilk bakışta fark edilebilecek biçimde sunulmalıdır.”

Kılavuz kapsamında öngörülen şekli ve maddi yükümlülüklerin örtülü reklam yasağı kapsamında sosyal medya etkileyicisi paylaşımlarının ticari niteliğinin alenileştirilmesi amacına hizmet ettiği söylenebilir. Bu gerçekleştirilirken de ortalama tüketicinin dikkat seviyesi ve algılama yeteneği esas alınarak yayımlanan mecranın yapısına uygun gereklilikler öngörülmüştür.

Reklam Kurulu bu hususta 2021/1894 sayılı kararında *“www.instagram.com/duyguozaslan/ adresli sosyal medya hesabında 2021 yılında çeşitli tarihlerde yapılan paylaşımlarında; "Benimkiler kısa linkte en üstte, 4-5 yıldır giyiyorum resmen terlik gibi en çok giydiğim şey olabilir..." gibi ifadelerle birlikte tanıtımlarda bahsolunan ürünlerin www.trendyol.com adresli e-ticaret platformu üzerinden alışveriş uzantısına yer verildiği, söz konusu tanıtımlarda paylaşımların çoğunluğunda "ortaklık" şeklinde bir açıklamaya yer verilmekle birlikte bu açıklama metninin kolaylıkla okunabilir büyüklükte olmadığı, paylaşımın yer aldığı mecranın ara yüz ve teknik özellikleri de dikkate alındığında tüketiciler tarafından ilk bakışta*

fark edilebilecek biçimde sunulmadığı, bazı paylaşımlarda ise herhangi bir reklam ibaresine yer verilmediği bu suretle şahsın takipçilerini muhtelif markalara yönlendirme yapmak suretiyle markaların ve ürünlerin örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiştir. 2022/4279 sayılı kararında ise “ "zaleynasen" isimli Instagram hesabından yapılan “Trendyol” firmasına yönelik hikaye kısmında yapılan paylaşımlarda #ortaklık ibaresine sol üst köşede isim ile üst üste gelmiş şekilde küçük puntuyla ve beyaz renkte yazıyla yer verildiği, böylece söz konusu etiketin tüketicilerin ilk bakışta fark edilecek şekilde, kolaylıkla okunabilir ve görülebilir nitelikte sunulmadığı” değerlendirilmiştir¹⁰⁵.

Kılavuzun “Sosyal medya etkileyicisinin yükümlülüğü” başlıklı 6/a hükmünde “Henüz deneyiminin bulunmadığı bir mal veya hizmete ilişkin, tüketiciler nezdinde o mal veya hizmeti onaylayacak ya da deneyimlediği algısı yaratacak şekilde ticari reklam amacıyla paylaşımında bulunamaz.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin “Tanıklı Reklamlar” başlıklı 16. maddesindeki “Reklamlarda, tanıklığına başvuru alan kişi, kurum veya kuruluşun tecrübesine, bilgisine veya araştırma sonuçlarına dayanmayan ve gerçek olmayan hiçbir tanıklık ya da onay ifadesine yer verilemez veya atıfta bulunulamaz.” düzenlemesinin Kılavuzdaki karşılığı olarak değerlendirilebilir. Nitekim sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamların tanıklı reklam niteliğinde olduğu söylenebilir. Ayrıca söz konusu düzenlemeye aykırı sosyal medya etkileyici reklamları gerçek dışı ve yanıltıcı beyan olarak değerlendirilebileceğinden geniş kapsamda TTK 55/1/a-2 hükmünde yer verilen aldatıcı reklam olarak da nitelendirilebilir.

Kılavuzun 6. maddesinde düzenlenen “Kendisine reklam veren tarafından hediye edilmiş bir mal veya hizmeti kendisinin satın aldığı izlenimi oluşturamaz.”, “Bir mal veya hizmetin ticari reklamına ilişkin herhangi bir reklam verenden maddi kazanç ve/veya ücretsiz ya da indirimli mal veya hizmet gibi faydalar sağladığı süre boyunca kendisinin sadece bir tüketici olduğu izlenimi oluşturamaz.”, “Herhangi bir malın ticari reklamında, efekt veya filtreleme uygulamalarını kullanması durumunda görüntünün filtrelendiğini açıkça belirtir.” şeklindeki yükümlülüklerin de geniş kapsamda TTK 55/1/a-2 hükmünün Kılavuzdaki somut karşılıkları olarak değerlendirilmesi mümkündür. Söz konusu yükümlülükler ile amaçlanan tüketicide gerçeğe aykırı, yanıltıcı bir izlenim oluşturulmamasıdır. Kılavuzda düzenlenen

¹⁰⁵ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e.t. 05.12.2022.

yükümlülüklerine uyulmamasının sonuçları haksız rekabet sorumluluğu kapsamında aşağıda incelenecektir.

Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz dışında diğer sosyal medya reklamlarında haksız rekabete ilişkin mevzuatımızda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği kapsamında değerlendirme yapılması mümkün olsa da sosyal medya reklamlarının farklı teknik ve yapısal özellikleri bu konuda özel düzenlemeler gerektirmektedir. Bu noktada kanaatimizce özellikle sosyal medya reklamlarından çevrimiçi davranışsal reklamların kendine özgü yapısı özel bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır.

C. TTK' da Yer Alan Haksız Rekabet Halleri Kapsamında Değerlendirme

3. Aldatıcı Reklamlar

a. Kavram

TTK 55/1-b maddesinde “*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*” bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Söz konusu haksız rekabet halinin sübut bulması için ortada gerçek dışı ve yanıltıcı bir beyan olmalı ve bu beyan kendisi ya da üçüncü kişiyi rekabette avantajlı duruma getirmelidir. Gerçek dışı ya da yanıltıcı beyanlar, beyanda bulunanın kendi işletmesi, iş ürünleri, çalışmaları, faaliyetleri vs. hakkında olabileceği gibi üçüncü bir kişinin işletmesine, iş ürünlerine, çalışmalarına vs. ilişkin de olabilir.

Reklamın doğası gereği aldatmaya yatkın olduğu söylenebilir. Zira reklam ile amaçlanan ürün ya da hizmetin satın alınması yolunda hedef kitlenin etki altına sokulabilmesidir. Reklamlarda genel olarak gerçek ve tarafsız bilgilerden ziyade abartılı ifadeler yer verilmektedir. Reklamın hizmet ettiği amaç doğrultusunda abartılı ifade ve sunuluş biçimlerine sahip olması kabul edilebilir niteliktedir. Ancak tüketicilerin ve dolaylı olarak rakiplerin mağduriyetinin önlenmesi amacıyla aldatıcı reklamlara ilişkin düzenlemelerle bunun sınırı çizilmiştir. Bu kapsamda bir reklamın yöneldiği hedef kitleyi yanıltma amacı taşıması, aldatıcı niteliği sebebiyle haksız rekabet olarak değerlendirilecektir¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Özdemir, s. 70.

Mevzuatımızda aldatıcı reklamlara ilişkin bir tanım bulunmamakta olup 84/450/EEC sayılı Avrupa Konseyi Direktifi m. 2/2'de, bu Direktifin amaçları bakımından aldatıcı reklam, "*sunulması da dahil olmak üzere herhangi bir biçimde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltma ihtimali olan; bu yanıltıcı niteliği sebebiyle onların ekonomik davranışlarını etkileyebilen veya bu nedenlerle bir rakibe zarar veren ya da zarar verme ihtimali olan reklam*" olarak tanımlanmıştır¹⁰⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, aldatıcı reklamların ilk muhatabı tüketici, ikinci muhatabı ise bu reklam sonucu doğacak haksız rekabetten etkilenecek işletme ve firmalardır. Direktif kapsamında reklamın aldatıcılığının oluşması için zararın doğması şart olarak görülmemiş, zararın doğması ihtimali yeterli görülmüştür. Ayrıca aldatıcı reklamın, tüketicinin yanıltma ihtimali yanında ekonomik davranışlarının da etkilenmesi halinde oluşacağı öngörülmüştür¹⁰⁸.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde de Direktif ile paralel olarak aldatıcı eylemlere ilişkin "*Yanlış bilgi içeren veya verilen bilgiler esasen doğru olsa bile sunulmasına 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 aldatıcı olarak kabul edilir.*" açıklaması yapılmıştır. Bu kapsamda reklam bir bütün olarak değerlendirilmeli, verilen bilgiler objektif olarak doğru olsa bile reklamın sunuluşu da dahil olmak üzere bir bütün olarak tüketiciye verdiği izlenim yanıltıcı ise reklamın aldatıcı olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁹. Hükmün devamında hangi hususlarda tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali olan eylemlerin aldatıcı eylem olarak değerlendirileceği özel olarak sayılmakla birlikte aldatıcı eylemlerin bu sayılan hallerle sınırlı olmadığı, bunlar dışındaki eylemlerin de unsurların oluşması durumunda aldatıcı olarak değerlendirilebileceği söylenmelidir.

Reklamlara ilişkin aldatıcılık yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi, birden fazla anlama gelecek şekilde bilgi verilmesi ya da eksik bilgi verilmesi şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Aldatıcı reklamlara ilişkin TTK 55/1 maddesinin gerekçesinde yanıltıcılık kavramı hakkında "*Öğretide ve bazı mahkeme kararlarında*

¹⁰⁷ " 'misleading advertising' means any advertising which in any way, including its presentation, deceives or is likely to deceive the persons to whom it is addressed or whom it reaches and which, by reason of its deceptive nature, is likely to affect their economic behaviour or which, for those reasons, injures or is likely to injure a competitor."(<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31984L0450&qid=1689260810497> e. t. 20.06.2023)

¹⁰⁸ Özdemir, s. 72.

¹⁰⁹ Abbasoğlu, s. 100.

"yanıltıcılık" kavramı; iş ürününe, faaliyete, mallara veya fiyata ilişkin yapılan açıklamanın veya nitelendirmenin, takdim ediliş tarzının, seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenimle, açıklama içeren konularda, değişik ve olumsuz algılamaya meydan verilmesi şeklinde ifade edilmiştir." şeklinde açıklama yapılmıştır. Gereçede yer alan "takdim ediliş tarzı" ifadesi kullanılarak yanıltıcılığın sadece tanıtımı yapılan ürünün özellik ya da niteliklerine ilişkin değil; ürünün tanıtımına ilişkin açıklamanın ya da mesajın sunulmasına ilişkin de olabileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda reklama ilişkin açıklamalar yanıltıcı nitelikte olmasa da, reklama ilişkin açıklamaların yapılış şekli yanıltıcı nitelikte ise yapılan reklamın aldatıcı olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada reklama ilişkin içeriğin tüketiciye sunulduğunda ticari amacının gizlenerek tüketicide gerçek durumu yansıtmayan bir izlenim yaratılması durumunda da yapılan açıklamanın yanıltıcı nitelikte olduğu söylenmelidir.

b. Unsurları

aa. Aldatıcılık

"Aldatıcılık" haksız rekabet hukukunda yanlış ve yanıltıcı olma hallerini de kapsayan üst bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla buradaki aldatıcılık, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi eksik ya da yanlış bilgi verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir¹¹⁰. Reklamın aldatıcı olarak nitelendirilebilmesi için yapılan açıklamanın yanlış ya da yanıltıcı olması, hitap etmiş olduğu orta seviyedeki tüketiciyi aldatması veya aldatma ihtimalinin bulunması ve tüketicinin kararını etkileyebilecek nitelikte olması gerekmektedir.

Reklama ilişkin açıklamanın yanlış olması, tüketiciye ulaştırılan mesajda ürün ya da hizmete ilişkin bilgilerin veya ifadelerin gerçeğe aykırı olması durumunu ifade etmekte olup böyle bir durumda tüketicinin yanlış yönlendirilerek aldatılması söz konusu olacaktır. Fakat burada her yanlış reklamın aldatıcı olmayabileceğinin altı çizilmelidir. Nitekim reklama ilişkin içerikte makul tüketici tarafından ciddiye alınması beklenemeyecek derecede yanlış ya da gerçeğe aykırı ifadelerin kullanılması aldatıcı olarak değerlendirilmeyecektir¹¹¹.

¹¹⁰ PINAR, Hamdi, "Reklam Ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF- HAD), Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2012 (Özel Sayı), s. 132.

¹¹¹ PEKDİNÇER, Remzi Tamer, Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Ankara, 2020, s. 101; Atıla Yörük, s. 72.

Yanıltıcı açıklama ise, reklam içeriğinin gerçeğe aykırı ya da yanlış ifadeler barındırmamasıyla birlikte açıklamanın sunulduğu da dahil olmak üzere bir bütün olarak ele alındığında tüketicide gerçek durumu yansıtmayan izlenim oluşturacak nitelikte açıklamalardır. Açıklamanın yanıltıcı olması önemli noktaların açıklanmaması, reklama ilişkin içeriğin (video, görüntü vs.) açıklamadaki ifadeyi desteklememesi, belirsiz, açık ya da anlaşılır olmayan ifadelerin kullanılması ya da birtakım önemli hususlarda eksik bilgi verilmesi şeklinde karşımıza çıkabilmektedir¹¹².

bb. Orta Seviyedeki Tüketiciyi Yanıltması veya Yanıltma İhtimalinin Bulunması

Aldatıcı reklamın bir diğer unsuru, hitap ettiği orta seviyedeki tüketiciyi yanıltması veya yanıltma ihtimalinin bulunmasıdır. Bir reklamın içeriği ya da sunuluş biçimi nedeniyle yanıltıcı nitelikte olup olmadığına karar verirken ortalama tüketicinin somut olayda söz konusu reklamı nasıl yorumlayacağı değerlendirilmelidir. Burada önem arz eden reklamın ortalama tüketicinin karar alma mekanizması üzerinde yarattığı etkidir. Bir reklamın “aldatıcı” olup olmadığının tespitinde ortalama bilgi ve dikkat seviyesinde yer alan tüketiciler göz önünde bulundurulmalıdır. Herhangi bir reklamın yaş, cinsiyet, meslek ve gelir gibi özellikleri yönünden farklılık arz eden tüketicilerin bir kısmının kolaylıkla aldanmasına yol açarken başka bir tüketiciyi etkilememesi söz konusu olabilir¹¹³. Bu sebeple reklamın aldatıcılığının belirlenmesinde tüm bu farklılıkların göz ardı edilerek ortalama bilgi ve sosyokültürel özelliklere sahip bireyin dikkate alınması gerekir.

Mevzuatımızda Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 4/1-j bendinde “ortalama tüketici” için şu ifade kullanılmıştır: “Ortalama tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişidir.” Yönetmeliğin 7. maddesinin 3. fıkrasında ise reklamların aldatıcılığının belirlenmesinde ortalama tüketicinin algılamasının belirleyici olacağına ilişkin olarak “Reklamlar, ortalama tüketicinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanmalıdır.” hükmü yer almaktadır.

¹¹² Pekdiğer, s.102; Atilla Yörük, s. 79.

¹¹³ Atilla Yörük, s. 80.

FTC¹¹⁴, aldatıcı pazarlama uygulamasına karşı tüm tüketicilerin korunması bakımından “makul insan” kriterini esas almakta ve makul insanı reklam teknikleri ve uygulamaları hakkında yetersiz bilgiye sahip ve yeterli öğrenim görmemiş kişiler olarak tanımlamakta ve reklamların aldatıcılık niteliğinin belirlenmesinde “ortalama tüketici” ölçütü yerine eğitimsiz, saf kişileri ele almaktaysa da daha sonra bu anlayış terkedilmiştir¹¹⁵.

cc. Tüketicinin Karar Alma Mekanizması Üzerinde Etkileyici Güce Sahip Olması

Bir reklamın aldatıcı reklam olarak nitelendirilebilmesi için son olarak tüketicinin karar alma mekanizması üzerinde etkileyici güce sahip olması gerekmektedir. Aldatıcı reklamların bu unsuruna ilişkin olarak 84/450/EEC sayılı Avrupa Konseyi Direktifi’nde aldatıcı reklam tanımlanırken “...*bu yanıltıcı niteliği sebebiyle onların ekonomik davranışlarını etkileyebilen...*” şeklinde bir ifade kullanılmış, bu düzenlemeye paralel nitelikteki Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde de “...*tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan ticari uygulamalar...*” şeklinde belirtilmiştir.

Türk Hukuk doktrininde de aldatıcı reklam tanımı yapılırken bu unsur göz önüne alınarak “...*önemli yani tüketicinin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikteki yanlış, yanıltıcı reklamlardır.*” ifadesine yer verilmektedir. Bu tanıma göre; ortalama tüketicinin yanıldığı husus, eğer onun o ürünü satın almasına neden oluyorsa ya da böyle bir sonuç ortaya çıkmamış olsa da bu ihtimali yaratıyorsa, o zaman bu reklam aldatıcı sayılır¹¹⁶. Reklamın aldatıcı niteliğinin tüketicinin kararını etkileyecek seviyede bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilecek olup burada kararlarının etkilenmesi ihtimali olan tüketici yukarıda bahsedilen “ortalama tüketici” dir.

¹¹⁴ Federal Trade Commission (Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu) 1914 yılında çıkarılan bir yasa ile ABD’de kurulmuş ABD Hükümeti bünyesinde faaliyet göstermektedir. Başlıca amacı tüketicinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesidir. (https://tr.wikipedia.org/wiki/Federal_Ticaret_Komisyonu e. t. 21.05.2023.)

¹¹⁵ Atıla Yörük, s. 81.

¹¹⁶ BİNGÖL, İtir F., İnternet Ortamındaki Gizli Ticari İletişime İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9 , S: 1, 2019, s. 136.

c. Örtülü Reklamlar

TTK 55/1/a-2’de düzenlenen aldatıcı reklamların sunuluşu da dahil olmak üzere bir bütün olarak ele alındığında tüketicide gerçek durumu yansıtmayan her durumda karşımıza çıktığından bahsedilmiştir. Bu itibarla sadece ürün ya da hizmete ilişkin bilgilerin veya ifadelerin gerçeğe aykırı olması ya da eksik olması suretiyle tüketicinin yanıltılması durumunda değil, reklamın ticari niteliği hakkında bilgi verilmeksizin tüketicide sunulması halinde de, tüketicide gerçek durumun aksine bunun bir reklam olmadığı düşüncesi yaratıldığından, aldatıcı reklam niteliği taşımaktadır. Bu reklamlar aldatıcı reklamların bir alt türü olmakla birlikte diğer mevzuat hükümleri kapsamında “gizli ticari iletişim” ya da “örtülü reklam” olarak tanımlanmakta ve düzenlenmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61. maddesi 4. fıkrasında örtülü reklamlar şu şekilde tanımlanmıştır: *“Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir.”* Hükmün devamında ise *“...her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.”* denilerek örtülü reklam yasaklanmıştır.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’ nin 4/1-k hükmü ile örtülü reklam TKHK’dakine benzer şekilde tanımlanmış ve Yönetmeliğin 22/1. Maddesindeki *“Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.”* hükmü gereği yasak olduğu düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 23/1 hükmünde farklı mecralarda yer alan programlarda örtülü reklam yasağının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde ölçüt alınacak üç husus belirtilmiş olup bu ölçütler *“a) İsim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin, içinde yer aldıkları yazı, haber, yayın veya programların formatı ile konu, içerik, sunum, konumlandırma ve süre açısından uyumlu, abartısız ve orantılı olması, b) Haber verme, yayma ve bilgi alma hakkı çerçevesinde yayınlanan yazı, haber, yayın veya programların; tüketicilerin aydınlanma ve bilgilenme ihtiyacını karşılaması, c) Tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde mal veya hizmetlere yönelik özel tanıtıcı atıflar yapılarak mal veya hizmetlerin kiralanmasının veya satın alınmasının teşvik*

edilmemesi” olarak düzenlenmiştir. Bu ölçütler mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin yer aldığı yazı, haber, yayın ve programlara ilişkindir.

6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun¹¹⁷ ise konuyu “ gizli ticari iletişim” olarak şu şekilde tanımlamaktadır: “*Gizli ticari iletişim: Medya hizmet sağlayıcı tarafından reklam yapmak maksadıyla veya kamuyu yönlendirebilecek şekilde; mal veya hizmet üreticisinin faaliyetinin, ticari markasının, adının, hizmetinin ve ürününün reklam kuşakları dışında ve reklam yapıldığına ilişkin açıklayıcı bir ses veya görüntü bulunmaksızın programlarda sözcükler veya resimler ile tanıtılmasıdır.*” Aynı kanunun m. 9/1 hükmü ile ticari iletişimin, yayın hizmetinin diğer unsurlarından görsel ve işitsel olarak kolaylıkla ayırt edilebilmesi zorunlu kılınmıştır.

aa. Örtülü Etkileyici Reklamları

Sosyal medya etkileyici reklamlarında aldatıcı reklamın alt türü olan örtülü reklamlara sıklıkla rastlanmaktadır. Çalışmanın “Etkileyici Reklamları” başlığı altında bahsedildiği gibi sosyal medya etkileyici pazarlaması tüketici konumundaki sosyal medya kullanıcılarının etkileyicilere duyduğu güven üzerine inşa edilmiş bir pazarlama yöntemidir. Etkileyicilerin kullanıcılar tarafından daha çok takip edilmesi ve kalıcılıklarının sağlanması için kullanıcılar ile aralarındaki güven bağının zedelenmemesi gerektiği gibi, işletme ve markalar açısından da tüketicinin markaya duyduğu güvenin zedelenmemesi gerekmektedir. Bu doğrultuda hem etkileyiciler, hem de reklam veren konumundaki işletme ve üreticiler, tüketici konumundaki kullanıcılar açısından daha güvenilir görünmesi sebebiyle ticari niteliği gizlenerek haber verme şeklinde sunulan reklamları¹¹⁸ tercih etmektedir.

Tüketiciler, etkileyici tarafından paylaşılan bir ürün ya da hizmet tanıtımı mesajı içerir paylaşımın onun kendi deneyimine dayalı olduğu düşüncesiyle; pazarlama tekniği kullanılmaksızın özgür iradesiyle karar verdiğini düşünerek etki altında kalmakta, oysa durum tam tersi nitelik taşımaktadır. Tüketicie sunulurken

¹¹⁷ 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu'na 21.03.2018 tarihinde "Yayın Hizmetlerinin İnternet Ortamından Sunumu" başlıklı 29/A maddesi eklenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası gereği medya hizmet sağlayıcısı durumunda olan kuruluşlar internet üzerinden yayın yapmaları durumunda bu Kanun'a tabi olacaklardır.

¹¹⁸ “Editoryal reklamcılık” olarak da adlandırılmakta olup “haber verme şeklinde gerçekleştirilen reklamlar” olarak tanımlanmakta ve genel olarak reklamdan ayrı, ticari olmayan içerik anlamına gelmektedir. bkz. Abbasoğlu, s. 54.

reklamın ticari karakterinin gizlenmesi sonucu, tüketiciler örtülü reklamın objektif ve tarafsız bilgiler içerdiğini düşünerek örtülü reklama güvenmekte ve bu şekilde aldatılmaktadır¹¹⁹.

Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'un "*Temel İlkeler*" başlıklı 5. maddesi hükmünde örtülü reklamlara ilişkin olarak "*Sosyal medya etkileyicisi aracılığıyla yapılan reklamların, açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmesi ve ayırt edilebilir olması zorunludur. Her türlü iletişim aracında olduğu gibi sosyal medyada da sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.*" denilerek etkileyici reklamlarında da örtülü reklam yapılmasının yasak olduğu belirtilmiştir.

Sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamlarda sıklıkla etkileyicinin doğal hayatından bir kesit kullanıcıya sunulmakta, etkileyici tarafından kendi deneyimlerine dayanarak bir ürün ya da hizmet tavsiye edilmektedir. Oysa çoğu zaman kullanıcıya yansıtılan bu durumun arkasında, o ürün ya da hizmeti sunan işletme ile etkileyici arasında bir ticari ilişki bulunmaktadır. Etkileyici reklamlarında aradaki bu ticari ilişkinin tüketiciye karşı açık bir şekilde ifade edilmemesi tüketicinin aldatılmasına sebep olacağından haksız rekabet teşkil etmektedir. Sosyal medya etkileyicilerinin deneyimlerine dayalı olarak sunulan paylaşımlara ilişkin olarak Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz' un "*Sosyal Medya Etkileyicisinin Yükümlülüğü*" başlıklı 6/1-a hükmünde "*Henüz deneyiminin bulunmadığı bir mal veya hizmete ilişkin, tüketiciler nezdinde o mal veya hizmeti onaylayacak ya da deneyimlediği algısı yaratacak şekilde ticari reklam amacıyla paylaşımında bulunamaz.*" düzenlemesiyle tüketicinin bu şekilde aldatılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bu noktada örtülü reklam yasağı ile ifade ve haberleşme özgürlüğü arasında çok ince bir çizgi bulunmaktadır. Kuşkusuz etkileyici tarafından sunulan her içerik ticari boyut taşımamaktadır. İçerikte yer verilen görüntü ve ifadelerin bilgi verme sınırını geçip geçmediği ve etkileyicinin reklam yapma iradesinin bulunup bulunmadığının tespitinde somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda yayınlanan mecranın özellikleri, görüntü ve ifadelerin sunuş tarzı, içeriği, zamanlaması gibi tüm unsurlar dikkate alınmalıdır. Örneğin etkileyiciler tarafından modaya ilişkin bir içerik sunulurken markaya yer verilmiş olması tek başına bu

¹¹⁹ Bingöl, s. 136; Abbasoğlu, s. 54.

içeriğe ticari nitelik atfetmemektedir. Ancak örneğin etkileyiciler tarafından sıklıkla kullanılan içerikte markaya ilişkin indirim koduna yer verilmesi ya da daha önce bahsetmiş olduğumuz o ürün ya da hizmetin satışının yapıldığı siteye yönlendirme linki sunulması etkileyici ile marka arasındaki ticari ilişkiyi ortaya koymaktadır¹²⁰.

bb. Örtülü Etkileyici Reklamı Örnekleri

Reklam Kurulu' nun 2021/3941 numaralı Instagram mecrası üzerinden yapılan reklama ilişkin bir kararında *"Yapılan inceleme sonucunda, şahsa ait "iremderici" isimli kişisel Instagram sayfasının "Hikaye" bölümünde 2021 yılı Ocak ayında "Zühre Ana Kozalak Macunu" adlı ürüne yönelik olarak yayınlanan tanıtım videosunda; "Şimdi önce hızlıca bir maşallah diyorsunuz, sonra beni dinliyorsunuz. 23 Aralık'ta çektiğim klipten beri ben tam olarak toparlanamadım. Ne kaldı? Öksürük kaldı, bronşlarımda doluluk kaldı. Gına geldi artık, ilaç kullanmak istemiyorum. Bu yakarışlardayken ben annem bana bir kozalak macunu tavsiye etti, Zühre Ana. Zühre Ana Kozalak Macunu. C vitamini, D vitamini, çinko var. Bağışıklığı acayip güçlendiriyor. En iyi gelen şey öksürük ve bronşlardaki rahatlama hissi. Sigara içiyorsanız keza, sigara içenler bundan böyle kepçe kepçe yesin, kazan kazan yesin, inanılmaz iyi geliyor. Dikkat edin alırsanız buraya da bırakacağım ama eczaneden aktarlardan aldığınızda buradaki holograma dikkat ediyorsunuz, bir de buradaki barkoda. Sahteleri dolu, o yüzden gerçekten böyle bir şeye ihtiyacınız varsa bunlara dikkat edin. Ahan da içeriği de bu, bu da benim akşam payım. Herkese, aha bırakıyorum buraya"* şeklinde beyanlarda bulunulduğu, inceleme konusu reklamda, adı geçen ürünün gerçekten kullanıldığı ve iddia edilen etkinliğinin ve faydasının bizzat deneyimlendiği şeklinde bir algı oluşturulduğu, bununla birlikte, söz konusu tanıtım videosunun reklam veren ile imzalanan bir sözleşmeye dayanan ücretli işbirliği kapsamında ve maddi kazanç karşılığında yayınlandığı dikkate alındığında bu durumun hiçbir şekilde gerçeği yansıtmadığı, dolayısıyla söz konusu reklamın bu açıdan da aldatıcı-yanıltıcı ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin "Tanıklı reklamlar"a ilişkin hükümlerine aykırı olduğu, Bu hususlara ek olarak, şahsa ait kişisel sosyal medya hesabında yayınlanan bu tanıtımların, açıkça reklam olduğu hususunun belirtilmemesi nedeniyle Reklam Mevzuatında yer alan "Örtülü Reklam"a ilişkin hükümlerin de ihlal edildiği" değerlendirilmiştir."¹²¹.

¹²⁰ Abbasoğlu, s. 55.

¹²¹ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e. t. 02.07.2022.

Konuya ilişkin Reklam Kurulu 2022/5738 sayılı kararında da “Şahsa ait “rachelaraz” isimli Instagram hesabından yapılan; 29.11.2022 tarihli hikaye paylaşımında “@magnetquarterly X @yslbeauty x Rachel (moi) Başlıyoruz” ifadelerine ve etiketlerine yer verildiği, 27.11.2022 tarihli video paylaşımında; “@ysl” markasının resmi hesabının etiketlendiği, 22.11.2022 tarihli video paylaşımında; “En yakın Japon arkadaşımızın doğumgünüün Instagram’dan kutlamayalım mı yani? Japonya’nın 1 numaralı cilt bakım markası, benim de senelerdir hayatımda çok önemli bir yeri olan @shiseido 150. yaşını kutluyor. İyi ki doğmuş da Japon güzellik ritüelini bizimle tanıştırmış. Cildime daha da yakından bakmak isterseniz oynatın bakalım @shiseido @makyajtrendi #Shiseido150Anniversary” ifadelerine ve etiketlerine yer verildiği, 21.11.2022 tarihli paylaşımında; “Kalbim küt, gözyaşım hala pıt. Rachel Araz x Koton koleksiyonuyla 4. ödülümüzü aldık. Rachel Araz x Koton Virtual Runway x ME projemiz, Media Felis Yaratıcı Influencer Kullanımı 1.liği aldı. Bana bu yolda eşlik eden size ve hayallerimin gerçekleşmesini sağlayan tüm yol arkadaşlarıma çok çok çok teşekkür ederim. İyikilerce, iyikilere” ifadelerine ve fotoğraf üzerine “@koton”, “@mediacatfelis”, “@me_metaagency” etiketlerine yer verildiği, tespit edilmiştir. Değerlendirme/Karar: Yapılan incelemeler sonucunda, şahsa ait “rachelaraz” isimli Instagram hesabından muhtelif tarihlerde yapılan ve detaylarına yer verilen paylaşımlarda anılan markalara ait sosyal medya hesaplarının etiketlenerek etiketleri tıklayarak tüketicilerin yukarıda anılan mal veya hizmetlerin tanıtım ve pazarlaması yapılan kurumsal sosyal medya hesaplarına yönlendirildiği, ancak paylaşımlarda herhangi bir reklam, işbirliği ibaresine yer verilmediği bu suretle anılan ürün ve markalara yönlendirme yapmak suretiyle markaların örtülü reklamının yapıldığı” değerlendirmesiyle örtülü reklam yapıldığına karar vermiştir¹²².

Benzer şekilde “Youtube” sosyal medya mecrasında yapılan bir paylaşımına ilişkin ise Reklam Kurulu 2022/1884 sayılı kararında “Yapılan incelemeler sonucunda, “dilakent” isimli Youtube hesabından yayınlanan “Mavi Oyuncak Canavar Değil Poppy Playtime” başlıklı videolarda yaşanan serüvenin bir parçasıymış gibi sunularak detaylı ürün tanıtımlarına yer verildiği, bahsi geçen ürünlerin ekranda gösterildiği, isim veya markanın belirtildiği, ürünlerle bağlantılı uygulamalara ve nasıl kullanılacağına yer verildiği, video altında ürün satış veya

¹²² <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e.t. 02.07.2022.

tanıtım bağlantılarına yer verildiği, bu nedenle tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde özel tanıtıcı atıfların kullanıldığı, dolayısıyla videolarda bahsi geçen "Ben10, Rocco, LOL surprise ruj şeker, LOL Surprise sürpriz oyuncak yumurta" gibi şeker, çikolata, "Lego Friends/ Super Mario/ Minecraft" gibi oyuncak, uygulama vb. ürün ve markaların örtülü reklamlarının yapıldığı değerlendirilmiştir."¹²³.

Reklam Kurulu içeriğin reklam niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin olarak 2020/4783 sayılı kararında "Yapılan incelemeler sonucunda, www.instagram.com adresli internet sitesinde, "cocobolinho" kullanıcı adıyla muhtelif tarihlerde "Cilt Bakımım", "Makyaj", "Saçlarım", "İç Çamaşırı Önerileri", "Kalıcı Oje", "Gua Sha" ve "Denemeli Kombin" gibi çeşitli başlıklar halinde yayınlanan hikayelerde, www.trendyol.com ve www.hepsiburada.com adresli internet sitelerinde satışı gerçekleştirilen ürünlere ilişkin bağlantı linki, fotoğraf ve ifadelere yer verildiği; Buna göre, sosyal medya platformunda yayınlanan reklamlarda, tüketicilerin ilk karşılaştıkları anda başka bir şey yapmalarına gerek kalmadan paylaşımın reklam olduğunun anlaşılması; söz konusu paylaşımlar içinde yer verilen etiket ve açıklamaların, kullanılan renklerden ve arka fondan ayırt edilebilir nitelikte ve kolaylıkla okunabilir büyüklükte olması; ayrıca, içeriğin yalnızca kısa süreliğine görülebildiği reklamlarda, paylaşım süresince reklam verene ilişkin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biri ile birlikte Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'un 9uncu maddesinde belirtilen etiketlerden ya da açıklamalardan en az birine yer verilmesi gerektiği; Ancak, inceleme konusu tanıtımlarda, paylaşım yapılan markalara ait ürünlere ilişkin reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yönlendirme içeren ifadeler yer verildiği ya da paylaşımında kullanılan etiket ve açıklamaların reklam olduğu açıkça anlaşılacak şekilde paylaşım süresince reklam verene ilişkin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biri ile birlikte sunulmadığı; Bu nedenle, www.instagram.com adresli internet sitesinde, "cocobolinho" kullanıcı adıyla yapılan paylaşımlarda, tüketicilerin aydınlanma, bilgilendirilme ihtiyacını karşılama ve haber verme amacının dışına çıkılarak muhtelif marka ve ürünlerin örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiştir." şeklinde karar vermiştir¹²⁴.

¹²³ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e.t. 05.12.2022.

¹²⁴ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e.t. 02.12.2022.

Reklam Kurulu benzer nitelikteki 2021/3680 numaralı kararında da “Yapılan incelemeler sonucunda, www.instagram.com adresli sosyal medya platformunda “diyetisyenberrinyigit” kullanıcı adıyla çeşitli tarihlerde yapılan paylaşımlarda, "Bigaia", "Ocean" ve "Dardanel" gibi pek çok markaya ait ürünlere ilişkin reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yönlendirme içeren ifadeler yer verildiği; Bu nedenle, www.instagram.com adresli sosyal medya platformunda “diyetisyenberrinyigit” kullanıcı adıyla yapılan paylaşımlarda, tüketicilerin aydınlanma, bilgilendirilme ihtiyacını karşılama ve haber verme amacının dışına çıkılarak çeşitli marka ve ürünlerin örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiştir.” Reklam Kurulu bu kararında da benzer şekilde “tüketicilerin aydınlanma, bilgilendirilme ihtiyacını karşılama ve haber verme amacının dışına çıkılıp çıkılmadığı” kapsamında değerlendirme yapmıştır¹²⁵.

d. Aldatıcı Sosyal Medya Reklamları

İnternet ve sosyal medya dünyasının reklamcılara sunmuş olduğu tüketicilerle daha önce hiç olmadığı kadar interaktif şekilde iletişim kurma fırsatının kitlenin taleplerine uygun ürün ve hizmetlerin sunulması açısından büyük kolaylık sağladığı kuşkusuzdur. Ancak diğer yandan, interaktif iletişim kurulan tüketicilerin aldatılmalarının önü hiç olmadığı kadar açılmıştır. Sosyal ağlar üzerinden yürütülen reklam politikalarında aldatıcı içerikler oldukça fazla olup, tüketiciler ve piyasada rekabet halinde olan işletmeler bu durumdan büyük zarar görmektedir.

Sosyal medya reklamlarının kısa sürede çok fazla sayıda tüketiciyi etkisi altına aldığından bahsedilmişti. Bu özelliği sebebiyle sosyal medya reklamlarının tüketiciyi aldatma potansiyeli yüksektir. Sosyal medyada aldatıcı reklamlar oldukça yaygın olup denetimlerinin sağlanamaması durumunda tüketicilerin ve pazarda rekabet halindeki işletmelerin zarar görmeleri kaçınılmazdır¹²⁶.

Sosyal medya reklamlarındaki aldatıcılık geleneksel reklamlardaki aldatıcılıktan daha farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Geleneksel reklamlarda karşılaşılan tüketicinin satın aldığı ürün ya da hizmetin reklamda belirtilen özelliklere sahip olmaması ya da ürün ya da hizmete ilişkin bilgilerin reklamda eksik olarak verilmesi gibi sık karşılaşılan aldatıcı reklam türlerinden farklı aldatıcılık halleriyle karşılaşılmaktadır. Sosyal medya reklamlarında ise durum daha farklıdır. Örneğin viral reklamlarda, tüketicinin içeriğin bir işletme ya da ürünle ilgili

¹²⁵ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e. t. 02.12.2022.

¹²⁶ Bingöl, s. 115.

olduğu konusunda yanıtılması ve sanki doğal bir içerikmiş gibi sunulması yoluyla aldatılması söz konusu olabilmektedir. Aldatıcı reklamın bir alt türü olan örtülü reklamlarda belirtildiği gibi bir reklamın ticari niteliği hakkında bilgi verilmeksizin ürün ya da hizmetlere ilişkin sesli, yazılı ya da görsel olarak içerik paylaşılması da tüketicinin aldatılmasına sebebiyet vereceğinden dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak ve haksız rekabete yol açacaktır¹²⁷.

aa. Aldatıcı Etkileyici Reklamları

Sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamlarda işletmeler ile sosyal medya etkileyicileri arasında çoğu zaman sosyal medya etkileyicilerine karşılıksız olarak ürün veya hizmet sunulduğu ve karşılığında bu ürün ya da hizmetin reklamının yapıldığı ticari ilişkilerin kurulduğundan bahsedilmiştir. Ancak etkileyiciler tarafından bu ürün ya da hizmet satın alınmış gibi tüketicinin aldatılması ya da ürün ya da hizmet deneyimlenmediği halde deneyim sahibi olarak memnun kalındığı izlenimi yaratılarak tüketicinin aldatılması söz konusu olabilmektedir. Nitekim bu konuda tüketicilerin aldatılmasının önüne geçilmesi amacıyla Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'un "*Sosyal Medya Etkileyicisinin Yükümlülüğü*" başlıklı 6. maddesinde sosyal medya etkileyicileri tarafından sıklıkla kullanılan tüketiciye kendi deneyimlerine dayalı tavsiyeleri olarak sunulan içeriklerde, henüz deneyiminin bulunmadığı ürün ve hizmete ilişkin deneyimlediği algısı yaratacak şekilde paylaşımlarda bulunamayacağı düzenlenmiştir. Aynı hükümde sosyal medya etkileyicilerinin kendisine reklam veren tarafından hediye edilmiş mal veya hizmeti kendisinin satın aldığı izlenimi yaratacak şekilde tüketicinin aldatılamayacağı da düzenlenmiştir¹²⁸.

Yine sosyal medya etkileyicileri tarafından ilaç, takviye edici gıda, krem gibi sağlık ürünlerine ilişkin paylaşımlar yapılarak tüketicinin etki altına alındığı sıkça karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Covid-19 salgın hastalık sürecinde sosyal medya etkileyicileri tarafından takviye edici sağlık ürünlerine ilişkin ticari reklamlar yaygınlaşmıştır. Kılavuzun 6/1-b hükmünde "*İlgili mevzuatına aykırı olacak şekilde*

¹²⁷ Abbasoğlu, s. 97.

¹²⁸ Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz m. 6/1 "*Kendisine reklam veren tarafından hediye edilmiş bir mal veya hizmeti kendisinin satın aldığı izlenimi oluşturamaz. Bir mal veya hizmetin ticari reklamına ilişkin herhangi bir reklam verenden maddi kazanç ve/veya ücretsiz ya da indirimli mal veya hizmet gibi faydalar sağladığı süre boyunca kendisinin sadece bir tüketici olduğu izlenimi oluşturamaz.*"

bir mal veya hizmete ilişkin sağlık beyanında bulunamaz.” şeklindeki düzenleme ile sağlık ürünlerinin tanıtımının yapıldığı içeriklerde mevzuata aykırı ifade ve açıklamalara yer verilemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı fıkranın c bendinde ise tüketicinin sübjektif görüş ve değer yargılarıyla yanlış yönlendirilmesinin önüne geçilmesinin sağlanması amacıyla *“Bir mal veya hizmete ilişkin nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanmayan ve ispatı mümkün olmayan bilimsel araştırma ve test sonuçları hakkında iddialarda bulunamaz.”* düzenlemesi öngörülmüştür.

bb. Aldatıcı Çevrimiçi Davranışsal Reklamlar

Yukarıda ayrıntılı olarak bahsedildiği gibi bu reklam türünde tüketiciye ücretsiz olarak sunulan uygulama ya da platformlar üzerinden tüketicilerin verileri toplanarak verilerin işlenmesi sonucunda tüketicinin karşısına kişiye özel reklamlar çıkarılmaktadır. Burada hizmet her ne kadar ücretsiz sunuluyor gibi görünse de arka planda toplanan kişisel veriler adeta bir ticari meta olarak kullanılmaktadır. Bu kapsamda verilerin ekonomik değeri gözetildiğinde hizmetin ücretsiz olarak sunulduğu söylenemeyecektir.

Ticari hayatın dijitalleşmesiyle kişisel veriler, işletmeler açısından bedeli parayla dahi ölçülemeyecek kadar değerli hale gelmiştir. O halde tüketicinin ücretsiz bir hizmet aldığı konusunda yanıltılarak verilerinin toplanması ve işlenmesi de kanaatimizce aldatıcı reklam niteliğindedir. Ancak söz konusu veriler işlenirken tüketicinin bilgilendirilmesi ve bu faaliyetin yasal mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesi durumunda tüketicinin yanıltılması ya da aldatılması söz konusu olmayacağından aldatıcı nitelik taşımayacağı kanaatindeyiz. Nitekim mevzuatımızda bu konuya ilişkin olarak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği *“Haksız Ticari Uygulama Olarak Kabul Edilen Örnek Uygulamalar”* başlıklı ekinde Ek A-16’da *“Teslimat için yapılması gereken zorunlu ve makul masraflar haricinde, tüketicinin bir malı edinebilmesi için ödeme yapması gerektiği durumlarda, o mal için bedelsiz, bedava, ücretsiz veya bunun gibi tanımlamalarda bulunmak.”* haksız ticari uygulamalara örnek olarak sayılmıştır. Bu davranış TTK 55/1/a-2 kapsamında aldatıcı nitelik taşıyacağından haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek bir davranıştır¹²⁹.

Kişisel verilerin gizlilik politikalarına aykırı olarak toplanması yoluyla aldatıcılığı konusunda uluslararası hukukta Facebook sosyal medya mecrasına ilişkin

¹²⁹ Abbasoğlu, s. 101; Ensari, s. 74.

şikayetler dikkat çekicidir. Facebook kullanıcılarıyla paylaştığı gizlilik politikası gereği, kullanıcılarının dijital izlerinin izlenmeyeceği ve takip edilmeyeceği vaadinde bulunmuştur. Bu vaad ile kullanıcıların güvenini kazanan Facebook'un dijital pazarda gücünü artırmasıyla birlikte kullanıcı verilerinin paylaşılmasına kadar uzanan veri ihlalleri gündeme gelmiştir¹³⁰.

2016 yılında yayınlanan 2005/29 Sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi (UCPD) hakkında Rehber'de, sosyal medya platformlarında tüketiciye verilerinin ekonomik amaçlar için kullanılacağına bildirilmemesinin, tüketicinin bilinçli karar alması için gerekli bilgilendirmenin sağlanmasının ihmali niteliği taşıyacağı ve bu ihmal ortalama bir tüketicinin başka türlü alamayacağı bir işlem kararı vermesine sebep olacak nitelikteyse Direktif'in 7. maddesi gereği haksız olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Konuya ilişkin GDPR'nin kişisel verilen işlenmesinin hukuka uygunluğuna ilişkin 6. maddesinde *"veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi, veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması veya bir sözleşme yapılmadan önce veri sahibinin talebiyle adımlar atılması için, işleme faaliyetinin gerekli olması, kontrolörün tabi olduğu bir yasal yükümlülüğe uygunluk sağlanması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması, veri sahibinin veya başka bir gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması ya da kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda işleme faaliyetinin gerekli olması"* şartlarından en az birinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda diğer şartlar mevcut değilse, veri sahibinin, kişisel verilerinin işlenmesinde işleme amacına ilişkin bilgilendirilerek verilerinin işlenmesine onay vermesi gerekmektedir. AB ülkelerinde yaşayan bireyler hakkındaki kişisel verileri işleyen tüm şirketler için geçerli olan bu düzenlemenin ardından sosyal medya mecralarında veri koruma politikalarına ilişkin olarak tüketicilerin bilgilendirilmesi yoluna gidilmeye başlanmıştır. Nitekim

¹³⁰ Facebook'a karşı açılan soruşturmanın en bilindik olanı Facebook-Cambridge Analytica dosyası olup söz konusu dosya siyasi danışmanlık şirketi Cambridge Analytica'nın 2014 yılında toplamaya başladığı yaklaşık 50 milyon Facebook kullanıcısının kişisel olarak tanımlanabilir bilgilerinin toplandığı bir veri ihlaline ilişkindir. Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu (FTC), Mart 2018' de Facebook hakkında soruşturma başlatmış ve Facebook hakkında kullanıcılarının kişisel verilerini gizli tutabilme haklarına karşın onları aldattığı gerekçesiyle beş milyar dolar cezaya hükmedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/182_3109_facebook_order_filed_7-24-19.pdf. t. 20.10.2023. SRINIVASAN, Dina, The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy, Berkeley Business Law Journal, 2019-02, s. 45. <https://lawcat.berkeley.edu/record/1128876> e. t. 20.06.2023.

kişiselleştirilmiş reklamlara ilişkin olarak Facebook Hizmet Koşullarında “*Kişisel verilerinizi reklam verenlere satmayız ve bize özel olarak izin vermediğiniz sürece sizi doğrudan tanımlayan bilgileri (adınız, e-posta adresiniz veya diğer iletişim bilgileriniz gibi) reklam verenlerle paylaşmayız. Bunun yerine, reklam verenler bizimle reklamlarını göstermek istedikleri hedef kitle türü gibi bilgileri paylaşabilmekte ve biz de bu reklamları ilgilenebilecek kişilere göstermekteyiz. Kullanıcıların reklam verenlerin içerikleriyle nasıl etkileşim kurduğunu anlamalarına yardımcı olmak amacıyla reklam verenlere reklamlarının performansına ilişkin raporlar sunmaktayız.*” şeklinde bir açıklama mevcuttur¹³¹.

Paralel olarak 6698 sayılı KVKK'nın kişisel verilerin işleme şartlarına ilişkin 5. maddesinin ilk fıkrasında kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği düzenlenmiş, 2. fıkrada ancak “*Kanunlarda açıkça öngörülmesi, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması*” şartlarından birinin varlığı halinde açık rıza olmaksızın işlenebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla hem GDPR hem KVKK kapsamında tüketicinin, verilerin ticari amaçlarla toplanıp işlendiği konusunda bilgilendirilerek açık rızasının alınması gerekmektedir.

Burada ayrıca reklamlarda kişiselleştirilmiş fiyat uygulamasına da değinilmesi gerekir. Çevrimiçi davranışsal reklamlarda kişilerin toplanan veri ve bilgileri doğrultusunda kişiye özgü fiyat sunulabilmektedir. Aynı marka ya da teşebbüs tarafından aynı ürün ya da hizmetin farklı kişilere farklı fiyatlarla sunulmakta olmasının TTK 55/1/a-2 kapsamında aldatıcı nitelik taşıyacağı değerlendirilebilir. Bu noktada kanaatimizce tüketici kendisine kişiselleştirilmiş fiyat sunulduğu konusunda bilgilendirildiği takdirde, tüketicinin yanıltılması ya da aldatılması söz konusu olmayacağından aldatıcı nitelik taşımayacaktır. Reklamın

¹³¹ <https://tr-tr.facebook.com/terms.php> e. t. 18.07.2023.

aldatıcı nitelik taşımaması için kuşkusuz bunun yanında yukarıdaki açıklamalar kapsamında veriler işlenirken tüketicinin bilgilendirilmesi ve bu faaliyetin yasal mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesi de gerekmektedir. Nitekim kişiselleştirilmiş fiyat uygulamasına ilişkin Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 13. maddesine 1.02.2022 tarihli Resmi Gazete ile eklenen *“Bir mal veya hizmete ilişkin olarak tüketicinin satın alma davranışı ve diğer kişisel verileri analiz edilerek sunulan fiyatın kişiselleştirilmiş fiyat olduğu kabul edilir. Tüketicilere bu şekilde bir fiyat sunulması durumunda, bu hususa ilişkin bilgi ile o mal veya hizmet ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcı tarafından belirlenen güncel satış fiyatına ve kişiselleştirilmiş fiyata aynı alanda yer verilir.”* düzenlemesi de bu hususta tüketicinin aydınlatılması gerekliliğini hüküm altına almıştır. Bu düzenleme kapsamında tüketicilere reklamda kişiselleştirilmiş fiyat sunulması halinde aynı alanda ilgili ürün ya da hizmetin güncel satış fiyatının da belirtilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

cc. Aldatıcı Viral Reklamlar

Viral reklamlarda örtülü reklam yapılması suretiyle aldatıcılığa çok rastlanmaktadır. Viral reklamda reklam olgusu gizlenmekte, reklam verenin kimliğine yer verilmeksizin herhangi bir kullanıcı tarafından oluşturulduğu izlenimi verilmektedir. Hatta ürün ya da hizmete ilişkin herhangi bir açıklama ya da tanıtım yapılmaksızın kurgulanmış bir hikaye ya da durum üzerinden şekillenmektedir. Oldukça doğal, samimi bir içerik oluşturularak tüketici tarafından içeriğin reklamdan ve ticari gayelerden uzak algılanması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda viral reklamların içeriği diğer sosyal medya içerikleriyle benzer nitelikte olup kullanılan dil çoğunlukla abartıdan uzak, doğal ve mizaha yakındır. Viral reklamı paylaşanın da herhangi bir sosyal medya kullanıcısı olması tüketicilerin içeriği reklam olgusundan uzak algılamalarını sağlamaktadır¹³².

Viral reklamlarda esasen ürün ya da hizmet içerikte mevcuttur. Fakat tüketicinin bunların reklamının yapıldığını algılamaması için farklı teknik ve yöntemlere başvurulmaktadır. Örneğin viral reklamın Türkiye'deki çarpıcı örneklerinden olan bir viral reklam videosunda “Gittigidiyor” adlı internet sitesinin reklamı yapılırken “Ah Anam Lahanam” adlı bir şarkı mizahi bir koreografiyle sunulmuştur. Youtube platformu üzerinden yayılan videonun başlığı da şarkının ismini taşımakta, videonun

¹³² Öcal/Koca, s.92.

başında, sonunda reklamın başladığı ya da bittiğine dair bir uyarı yapılmamakta, video başlığında ya da içeriğinde buna ilişkin herhangi bir ibare yer almamaktadır. Ancak içerikte fazlalık olan ürünlerin satılması temasıyla oluşturulan şarkı sözleri içerisine gömülmüş “Git al bir yenisini, hatta bul sahibini, gittigidiyor” gibi sözler ile örtülü olarak ikinci el satış da yapılmakta olan Gittigidiyor sitesinin reklamı yapılmaktadır¹³³.

Viral reklamlar yapıları gereği karşımıza daha çok örtülü reklam olarak çıksa da reklam verenin kimliğinin açıkça belirtildiği viral reklamlar da mevcuttur. Ancak reklam verenin kimliğine yer verilen viral reklam örneklerinde de reklam verenin kimliğinin videonun sonunda açıklandığı görülmektedir¹³⁴. Bu nedenle tüketicilerin video ya da içerik ile ilk karşılaştıkları anda reklam niteliğini anlaması çok zordur. Kanaatimizce bu konuda viral reklamlara ilişkin bir mevzuat eksikliği söz konusudur. Viral reklam içeriklerinin reklam olduğunu belirten bir uyarı, işaret ya da herhangi bir ifadeye yer verilmesi zorunluluğu getirilmesi yönünde bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

4. İş Şartlarına Uymayan Reklamlar

a. Kavram

TTK 55/1-e bendindeki “*özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*” şeklinde düzenleme gereği mevzuat, sözleşme ya da mesleki teamüller gereği uyulması gereken iş şartlarına aykırılık haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Reklamlarda iş şartlarına ilişkin düzenlemelere aykırılık halinde iş şartlarına uymayan reklamlarla karşılaşılmaktadır.

Hükmün anlaşılabilmesi için öncelikle iş şartı kavramıyla kastedilmek istenenin açıklanması gerekmektedir. Hükmün kaynağı olan İsviçre Hukukunda “iş şartı” iş hukukuna ilişkin düzenlemeler olarak kabul edilmektedir. Ancak hukukumuzda bu kavram tüm iş hayatı kurallarını kapsayan rakiplerin de uyması gereken tüm hukuki düzenlemeleri ifade etmektedir¹³⁵. İş şartlarına uymama yoluyla haksız rekabetin gerçekleşebilmesi için her şeyden önce iş şartı öngören hukuki bir düzenlemenin mevcut olması gerekmektedir. Kanunda “*özellikle kanun veya sözleşmeyle*” ifadesi kullanılmış olup söz konusu iş şartı kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ vs. hükmüyle

¹³³ Sundurdu, s. 115.

¹³⁴ Sundurdu, s. 115.

¹³⁵ Nomer Ertan, s. 339.

düzenlenmiş olabileceği gibi sözleşmeyle de öngörülmüş olabilir. Burada önem arz eden iş şartı öngören hukuki bir düzenlemenin mevcut olmasıdır¹³⁶.

Ayrıca söz konusu iş şartının rakiplere de yüklenmiş olması gerekmektedir. Burada sözü edilen rakip kavramının dar kapsamda mı yoksa geniş kapsamda mı değerlendirileceği önem arz etmektedir. Doktrinde baskın olan görüşe göre buradaki rakip ifadesi sadece aynı sektörde faaliyette bulunanlar olarak dar yorumlanmamalıdır. Aynı sektörde faaliyet gösterebilir ya da göstermesin herkes tarafından uyulması gereken iş şartlarına aykırı davranılmış olması halinde de bu bent kapsamında haksız rekabet gerçekleşecektir. Ancak sadece taraflar arasında geçerli olan bireysel nitelikteki sözleşmelere aykırılık hali bu bent kapsamında değerlendirilemeyecektir. O halde belirli bir sektörde faaliyette bulunanların uyması gereken iş şartı ihlalleri de aynı sektörde faaliyette bulunmasa da aynı iş şartı düzenlemelerinin kapsamında bulunanların uyması gereken iş şartı ihlalleri de bu bent kapsamında haksız rekabet teşkil edecektir¹³⁷.

İş şartlarına uymayan reklamlar özellikle reklamı özel mevzuatları gereği yasaklanmış meslek ve ürünlere yönelik reklamlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Meslek gruplarından; Avukatlık Kanunu m. 55 ile avukatların, 1219 Sayılı Tababet Ve Şubatu Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 24 ile hekimlerin, Serbest Meslek Muhasebeci, Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 45/5 ile muhasebeci ve mali müşavirlerin, Noterlik Kanunu m. 50/2 ile noterlerin reklam yapmaları yasaktır. Dolayısıyla bu meslek gruplarının yaptıkları reklamlar, iş şartlarına uymayan reklam niteliği taşıyacak olup haksız rekabet teşkil edecektir.

2011 tarihli Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 12¹³⁸ ile alkol ve tütün ürünlerinin, reçeteye tabi ilaç ve tedavilerin, silah veya silah

¹³⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 597; Çınar Karabağ, s. 90.

¹³⁷ Nomer Ertan, s. 340; Abbasoğlu, s. 93.

¹³⁸ 2011 tarihli Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik “ Belirli ürünlerin ticarî iletişimi” m. 12 “ (1) Aşağıda belirlenen ürünlerin (Değişik ibare:RG-3/4/2014-28961) ticarî iletişiminde uyulması gereken kurallar şunlardır: a) Alkol ve tütün ürünleri için hiçbir şekilde ticarî iletişime izin verilemez. b) Reçeteye tâbi ilaçlar ve tedaviler hakkında ticarî iletişim yapılamaz. c) (Değişik:RG-3/4/2014-28961) Reçeteye tâbi olmayan ilaçlar ve tedavilerin reklamları dürüstlük ilkesi çerçevesinde, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak şekilde hazırlanır. Bu konuda 17/2/2005 tarihli ve 25730 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik hükümlerine göre hazırlanan ve her yıl Sağlık Bakanlığınca yayımlanan liste esas alınır. Reçeteye tabi olmayan ilaç ve tedavilerin reklamlarında; reçetesiz satış izni olduğuna ve içerdiği etkin maddeye dair açıklama, televizyonlarda görünür ve okunur şekilde yazı ile radyolarda ise sözlü olarak yapılır. ç) İlaçlar ve tıbbi tedaviler için tele-alışverişe izin verilemez. d) Her türlü (ateşli veya ateşsiz) silah veya silah üreticisi ve satıcısının ticarî iletişimine izin verilemez. e) Falcı, medyum, astrolog ve benzerlerinin verdikleri hizmetlerin ticarî iletişimi yapılamaz. f) Eş ve arkadaş bulma hizmetlerinin ticarî iletişimine izin verilemez. g) Diğer kanunlarla reklamı yasaklanan ürün ve hizmetlere ilişkin ticarî iletişim yayını yapılamaz. ğ) (Ek: RG- 3/4/2014-

üreticisi ve satıcısının, falcı, medyum, astrolog ve benzerlerinin verdikleri hizmetlerin, eş ve arkadaş bulma hizmetlerinin reklamı yasaklanmıştır. Ayrıca yönetmeliğin aynı maddesinde diğer kanunlarla reklamı yasaklanan ürün ve hizmetlere ilişkin reklam yasağına atıf yapılmış olup bunlara örnek olarak 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu m. 6 “Alkollü içkilerin her ne surette olursa olsun reklamı ve tüketicilere yönelik tanıtımı yapılamaz.” düzenlemesiyle alkollü içkiler, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun m. 3 “Tütün ürünlerinin ve üretici firmaların isim, marka veya alâmetleri kullanılarak her ne suretle olursa olsun reklam ve tanıtımı yapılamaz.” düzenlemesiyle tütün ürünleri, 1262 Sayılı İspençiyari Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 13 düzenlemesiyle ilaçlar örnek olarak verilebilir. Bu kapsamda alkol ve alkollü ürünlere, tütün ve tütün ürünlerine, silahlara ve ilaçlara yönelik reklamlar iş şartlarına uymayan reklam niteliği taşıyacak ve haksız rekabet teşkil edecektir.

b. İş Şartlarına Uymayan Sosyal Medya Reklamları

aa. İş Şartlarına Uymayan Etkileyici Reklamları

Sosyal medyanın geleneksel reklam mecralarına göre denetimden daha yoksun bir yapıya sahip olduğundan bahsedilmiştir. Sosyal medyanın bu yapısı sebebiyle özel mevzuatları gereği reklam yasağı söz konusu olan meslek grupları ile ürünlerin sosyal medya etkileyicileri tarafından reklamlarının sıklıkla yapıldığı görülmektedir.

Reklam yasağı söz konusu olan alkollü ürün, tütün ürünleri, silah gibi ürünler kimi zaman sosyal medya etkileyicileri tarafından kendi hayat kesitlerinden bir parçaymış gibi sunulan içeriklerde yer almakta, kimi zaman ise içerik ürünün reklamı mesajını doğrudan taşımaktadır. Konuya ilişkin Reklam Kurulu’nun 2022/5046 sayılı kararında “...inceleme konusu videolarda ürün yerleştirme şeklinde Tuborg Gold markalı alkollü içeceğin reklamının yapıldığı, videoların ev dekorasyonu olan kompozisyonu ile ilgisi ve bağlantısı olmayan biçimde adı geçen alkollü içeceğin videoda yer alan kişi tarafından müzik eşliğinde taşındığı ve tüketildiği, videolardaki kişilerin koltukta ve cam kenarında oturup anılan alkollü içeceği içtiği sahnelerin; ev dekorasyonu tanıtımı formatı içerisinde tesadüfi olamayacak şekilde ve yavaş çekim yapmak suretiyle bilinçli bir pazarlama iletişimi mahiyetinde olduğu ve ilgili

28961) Gıda takviyesi, bitkisel ürünler, çeşitli cihazlar ve bunlar dışındaki herhangi bir ürünün sağlık beyanı ile ilaç gibi algılanmasına sebebiyet verilemez.”

sahnelerde mezkûr içecek şişesinin ön yüzünün ve logosunun kameraya dönük olduğu, Bu itibarla talep yaratıcı görüntü ve imalar kullanılarak mevzuat gereği yasak olmasına rağmen alkollü içecek ürünlerinin reklamının yapıldığı ve söz konusu reklam faaliyetinin örtülü bir biçimde gerçekleştirildiği, dolayısıyla bahse konu videoların mevzuatla tüketicilere yönelik her türlü reklamı yasaklanmış olan alkollü içkilerin reklamını dolaylı yoldan yaptığı ve insan sağlığına zararlı ve bağımlılık yapıcı alkollü içki tüketiminin özendirilerek teşvik edildiği değerlendirilmiş olup inceleme konusu tanıtımların; 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun 6/1 maddesi, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20/1, 20/2 ve 20/9 maddeleri, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 5/1- b, 6/1, 6/3, 7/1, 7/2, 7/3, 22/1, 23/1-a, 23/1-c ve 26/1 maddeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna" karar verilmiştir¹³⁹. Alkollü ürün reklamının örtülü olarak değil doğrudan reklam mesajını iletir şekilde sunulduğu bir reklama ilişkin olarak Reklam Kurulu 2021/5738 sayılı kararında "https://www.instagram.com/saraulucay/ adresli ve https://instagram.com/denizdulgeroglu/ adresli sosyal medya hesaplarında 1-2 Aralık 2021 tarih aralığında hikaye olarak paylaşılan ve "Diren Şarapları" markası ile piyasaya arz edilen alkollü içecek ürünlerinin, muhtelif sosyal medya etkileyicilerine promosyon mahiyetindeki ürünlerle birlikte gönderilerek, etkileyicilerin Instagram hesapları üzerinden söz konusu ürünlerin markası ve görseli açıkça fark edilecek bir şekilde #direnwines, #bagimiz.var gibi etiketler kullanılarak hikaye paylaşımı yapmalarının sağlandığı bir tanıtım kampanyası düzenlendiği tespit edilmiştir. İnceleme konusu alkollü içeceklerin markası ve şişeleri açıkça fark edilecek bir şekilde ve markanın resmi sosyal medya hesabı etiketlenerek sosyal medya etkileyicilerinin hikaye paylaşımı yapmalarının sağlandığı bir tanıtım kampanyası düzenlendiği ve bu şekilde, "Diren Şarapları" markası ile piyasaya arz edilen alkollü içecek ürünlerinin reklamının yapıldığı, bu itibarla alkollü içeceklere yönelik anılan örtülü reklam paylaşımlarının 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu ile kesin olarak yasaklandığı, her ne mahiyette olursa olsun reklamı yapılması yasaklanan bir ürünün tanıtımının yapılmasının kamu sağlığını bozucu nitelik teşkil ettiği değerlendirilmiş olup, tanıtımların; Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20/1,

¹³⁹ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e. t. 25.05.2023.

20/2, 20/9'uncu maddeleri, 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun 6/1'inci maddesi, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 22/1, 22/2, 23/1, 26/1'inci maddeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna" karar verilmiştir¹⁴⁰.

Sosyal medya etkileyici reklamlarına ilişkin özel mevzuat niteliği taşıyan Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'da yer alan düzenlemelerin de etkileyiciler açısından iş şartı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Kılavuz kapsamında etkileyicilerin uyması gereken yükümlülükler düzenleme altına alınmıştır. "Sosyal Medya Etkileyicisinin Yükümlülüğü" başlıklı 6. maddesinde "İlgili mevzuatına aykırı olacak şekilde bir mal veya hizmete ilişkin sağlık beyanında bulunamaz." ve "Doktor, diş hekimi, veteriner hekim ve eczacılar ile sağlık kuruluşları tarafından sunulan mal veya hizmetlere yönlendirmede bulunamaz, bu mal veya hizmetlerin tanıtımını yapamaz." düzenlemeleri mevcuttur. Dolayısıyla bu düzenlemelere aykırı etkileyici reklamları iş şartlarına uymama sebebiyle haksız rekabet teşkil edecektir.

bb. İş Şartlarına Uymayan Çevrimiçi Davranışsal Reklamlar

Çevrimiçi davranışsal reklamlarda reklamların kişiselleştirilmesi amacıyla kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinde kişisel verilerin korunması mevzuatına uyulması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu konuda temel mevzuat olan GDPR ve KVKK' da belirtilen ilke ve yükümlülüklerle aykırılık teşkil eden çevrimiçi davranışsal reklamlar iş şartlarına uymama sebebiyle haksız rekabet oluşturacaktır.

GDPR 5/1-a maddesinde kişisel verilerin veri sahibi ile ilgili olarak hukuka uygun, adil ve şeffaf bir şekilde işlenmesi gerektiği belirtilmiştir. 5/1-b maddesinde ise kişisel verilerin belirtilen, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplanabileceği ve bu amaçlara uygun olmayan bir şekilde işlenemeyeceği, 5/1-c maddesinde ise işlendikleri amaçlarla ilgili olarak yeterli, yerinde ve gerekli olanla sınırlı olarak işlenebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca GDPR kapsamında belirtilen diğer şartların bulunmadığı durumda, veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu kapsamda veri sahibinin kişisel verilerin işlendiği amaçlara ilişkin

¹⁴⁰ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e. t. 11.06.2023.

açık rızasının alınması gerekmekte olup, rızası alınmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Paralel olarak KVKK 4. maddesinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkeler düzenlenmiş ve bu ilkeler kapsamında kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi gerektiği, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenebileceği ve işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca KVKK 5. maddesi kapsamında belirtilen şartlardan en az birinin mevcut olmaması halinde, veri sahibinin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin açık rızasının alınması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla hem GDPR hem KVKK kapsamında tüketicilerin kişisel verilerinin hangi amaçlarla toplanıp işlendiği konusunda açık rızalarının alınması gerekmektedir.

Bu kapsamda elde edilen verilerin işlenmesinin, ticari amaçlar çerçevesinde hedef kitlenin analiz edilebilmesi ya da pazarlama faaliyetlerinin daha verimli hale getirilerek ürün ve hizmetlerin sürümünün artırılması gibi amaçları olabilir. Ancak söz konusu amaçlar konusunda tüketici bilgilendirilmeksizin ve bu amaçlara yönelik işleme konusunda onayları alınmaksızın yapılan çevrimiçi davranışsal reklamlar TTK 55/1-e bendi “iş şartlarına uymama” sebebiyle haksız rekabet teşkil edecektir¹⁴¹.

cc. İş Şartlarına Uymayan Viral Reklamlar

Viral reklamlarda çoğu zaman kişilerin reklam verenin kimliğinden bihaber olduğundan bahsedilmiştir. Viral reklamların reklam verenle bağlantısının zayıflığı, özel mevzuatları kapsamında reklamı yasak olan ürünlerin reklamlarında tercih edilmesine sebep olmaktadır. Reklam verenler iş şartı niteliğindeki reklam yasaklarına takılmamak amacıyla viral reklamları kullanmaktadır.

Viral reklama başvuran reklam verenler, rakipleri reklam yasakları sebebiyle ürün ve hizmetlerini tanıtamazken bu yolla ürün ve hizmetlerini tanıtarak müşterilerine ulaşmakta ve rakiplerinin önüne geçmektedir. O sektörde faaliyet gösteren tüm kişiler için bağlayıcı olması sebebiyle iş şartı niteliğindeki bu yasaklara aykırı viral reklamlar haksız rekabet teşkil etmektedir¹⁴².

Türkiye’de iş şartına uymayan viral reklamlara örnek olarak Youtube sosyal medya platformunda “Buz gibi biraderler” başlığı ile paylaşılan video gösterilebilir. Alkol üreticisi bir şirket tarafından alkollü içecek tanıtımına ilişkin paylaşılan

¹⁴¹ Özdemir/Doğanay, s. 309.

¹⁴² Abbasoğlu, s. 98.

videoda alkollü ieeğin tanıtımını da içerir şarkı sözlerinin yer aldığı grlmektedir¹⁴³.

Konuya ilişkin Reklam Kurulu'nun yeni tarihli bir kararında da "<https://www.youtube.com/@zeynepbastik> adresli ve "Zeynep BASTIK" adlı YouTube kanalı tarafından <https://www.youtube.com/watch?v=qnMGg4j6i5s> uzantılı url adresinde yayınlanan "EVA&MIA (Live) - Zeynep Bastık, @GOKO!" başlıklı video klipte, Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayii A.ř. tarafından üretilip piyasaya arz edilen "Efes Malt Bira" markalı alkollü ieeğin, klibin kompozisyonu içerisinde muhtelif sahnelere birden çok kez yerleştirilerek klipte yer alan sanatçı tarafından alınıp içildiği ve sanatçının ürünü elinde taşıdığı görüntülere yer verildiği, bununla beraber inceleme konusu video klipte sahnede "Günün Her Saati Malt Saati" şeklinde ifadeleri içeren dekorların kullanıldığı ve arka planda yine yerde ve müzisyen kişilerin yanında "Efes Malt Bira" rnnn görüntüsüne yer verildiği, söz konusu klipte ürünün görüntüsünün yer aldığı anlarda kamera ile yakın çekim yapılıp odaklanıldığı tespit edilmiştir. Yapılan incelemeler sonucunda, inceleme konusu klipte bilinçli bir şekilde izleyicilerin mezkur alkollü içecek markasına dikkatinin çekildiği, alkollü ieeğin göründüğü sahnelerde kameranın yakın çekim yaparak sanatçının elinde taşıdığı şişeyi takip ettiği ve tüm sahnelerde mezkur içecek şişesinin n yüzünün ve logosunun kameraya dönük olduğu, Bu itibarla talep yaratıcı görüntü ve imalar kullanılarak mevzuat gereği yasak olmasına rağmen alkollü içecek ürünlerinin reklamının yapıldığı ve söz konusu reklam faaliyetinin örtülü bir biçimde gerçekleştirildiği, dolayısıyla bahse konu video klibin mevzuatla tüketicilere yönelik her türlü reklamı yasaklanmış olan alkollü içkilerin reklamını dolaylı yoldan yaptığı ve insan sağlığına zararlı ve bağımlılık yapıcı alkollü iki tketimeinin özendirilerek teşvik edildiği değerlendirilmiş olup, inceleme konusu tanıtımların 4250 sayılı İşirto ve İşirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun 6/1 maddesi, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20/1, 20/2 ve 20/9 maddeleri, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 5/1-b, 6/1, 6/3, 7/1, 7/2, 7/3, 22/1, 23/1-a, 23/1-c ve 26/1 maddeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna" karar verilmiştir.

¹⁴³ zdemir/Doğanay, s. 316.

1. Karşılaştırmalı Reklamlar

a. Kavram

TTK 55/1/a-5 düzenlemesine göre “Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek” dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlara örnek olarak sayılmıştır. Hükümün lafzına bakıldığında tek başına karşılaştırma eyleminin haksız rekabet hali olarak düzenlenmediği, ancak hükümde öngörülen gerçeğe aykırı, yanıltıcı, gereksiz yere kötüleyici ya da gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanılarak yapılan karşılaştırmanın haksız rekabete yol açacağı anlaşılmaktadır¹⁴⁴.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 3 bendinde karşılaştırmalı reklam; “Tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamlar” olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 8'inci maddesinde karşılaştırmalı reklamların hangi şartlar dahilinde hukuka uygun olacağı düzenlenmiş olup “ Karşılaştırmalı reklamlar ancak;

- a) Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi,
- b) Aldatıcı ve yanıltıcı olmaması,
- c) Haksız rekabete yol açmaması,
- ç) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması,
- d) Tüketicilere fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması,
- e) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esash, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması,

¹⁴⁴ Bu konuda Reklam Kurulu'nun 2021/4600 sayılı dosyasında “Reklam veren firma tarafından 25.01.2021 tarihinde Twitter adlı sosyal medya uygulamasında Pasifik Telekom hizmetine ilişkin yayınlanan reklamlarda "TTNET'in altyapı yok, hizmet veremeyiz dediği Ağrı Fatih Mahallesi'ndeki 35 MBPS internet verdiğimiz abonemin gördüğü hizmet" ifadelerine yer verildiği, rakip firmaya ait ticaret unvanı ve hizmet adı gibi unsurlara yer verilerek haksız rekabete yol açıldığı, ayrıca TTNET A.Ş. tarafından sunulan internet hizmetinin kötülendiği ve itibarsızlaştırıldığı, diğer taraftan bahsi geçen reklamlarda Ağrı ilinin Fatih Mahallesi'nde 35 MBPS hızında internet hizmeti sunulduğuna ilişkin iddianın aşağıda yer alan mevzuat hükümleri uyarınca ispatlanamadığı, dolayısıyla anılan reklamlar aracılığıyla tüketicilerin yanıltıldığı” değerlendirilmiştir. (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e. t. 21.05.2023.)

f) Nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması,

g) Rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması,

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

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

ı) Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmaması koşullarıyla yapılabilir.”

Yönetmelik kapsamında karşılaştırmalı reklama yönelik bir hukuki engel söz konusu değildir. Karşılaştırmalı reklamların ancak hüküm kapsamında belirlenen şartları taşımaları durumunda yapılabileceği değerlendirilmiştir. Yönetmelik hükmü 2006/114 sayılı Yönerge doğrultusunda hazırlanmıştır. 2006/114 sayılı Yönergede de karşılaştırmalı reklamlar esas olarak yasaklanmamış ancak belli şartlara bağlanmıştır. Yönerge kapsamında aranan şartlar Yönetmelikle benzer nitelik taşımaktaysa da “Haksız Rekabete Yol Açmaması” şeklinde bir şart Yönergede yer almamaktadır. Kanaatimizce yönetmelikte yer alan bu şart yersizdir. Zira hükümde belirtilen şartların varlığı halinde haksız rekabet oluşacağı ve haksız rekabete yol açan karşılaştırmalı reklamların Yönetmelik kapsamında korunmayacağı açıktır.

b. Unsurları

aa. Karşılaştırma Eylemi

Karşılaştırmalı reklamdaki söz edilebilmesi için öncelikle reklam içeriğinde karşılaştırma eyleminin varlığı gereklidir. Nitekim karşılaştırmalı reklamda reklam verenin amacı başka bir işletmenin ürün ya da hizmetinden daha üstün nitelikte hizmet, daha kaliteli ya da daha uygun fiyatlı ürün sunduğunu göstermektir. Amaç tüketicinin bu yolla ikna edilmesidir.

Karşılaştırma üstünlük iddiası taşıyacağı gibi eşitlik iddiası da taşıyabilir. Reklam verenin ürününe ilişkin herhangi bir işletmenin ürünü kadar uzun ömürlü olduğu ya da onunki gibi sağlığa zararlı madde içermediği şeklinde beyan içeren karşılaştırmalı reklamlar eşitlik iddiasına dayalıdır. Bununla birlikte en sık karşılaşılan karşılaştırmalı reklamlar, rakip firmanın ürün ya da hizmetinden daha kaliteli, daha uygun fiyatta ürün ya da hizmet sunulduğuna ilişkin üstünlük iddiası

taşıyan karşılaştırmalı reklamlardır. Üstünlük iddiası “en uygun fiyatlı” , “en kaliteli” ya da herhangi bir özellikteki tek ürün gibi beyanlar içerebilir. Bu şekilde en üstünlük iddiası taşıyan reklamlarda en üstün iddiasının ispatlanması gerekmektedir. Nitekim “en uygun fiyatlı”, “en kaliteli” gibi ifadeler abartıdan ziyade ispatı mümkün durumlar olduğundan tüketiciye gerçek durumun yansıtılması gerekmektedir. Aksi halde tüketicinin aldatılması söz konusu olacağından yanıltıcılığı sebebiyle haksız rekabet teşkil edecektir¹⁴⁵.

Karşılaştırmalı reklamlarda bir diğer önem arz eden konu karşılaştırma eyleminin gerçekleştirilme biçimidir. Bu noktada karşılaştırma yapılırken Yönetmelik 4/1-g maddesindeki “*Rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması*” şartına uyulup uyulmadığı haksız rekabetin mevcudiyetini belirlemektedir. Karşılaştırmalı reklamların doğası gereği eleştirel ifadelerle yer verilmesi ya da rakip markaya ilişkin olumsuz ifadelerin kullanılması söz konusu olabilir. Ancak bu olumsuz ifadelerin TTK 55/1-a hükmü lafzında açıkça belirtilen “gereksiz yere kötüleyici” ifadeler olması durumunda, söz konusu karşılaştırma eylemi haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir. Aksi bir kabul doğrudan karşılaştırmalı reklamların haksız rekabet doğurduğu gibi bir yoruma sebep olacaktır¹⁴⁶. Konuya ilişkin olarak Reklam Kurulu’ nun 2012/157 sayılı kararında “...söz konusu kampanyaya ilişkin reklamların ilk versiyonunda; rakip operatör Turkcell’in “4 çeker” konulu reklam kampanyası hedef alınarak 4 çeker sarı jeep görseline yer verildiği, 4 çeker jeep için “çok yakar abi bu!” ifadesi ile de rakip operatörün pahalı olduğu algısı yaratılmaya çalışıldığı, dolayısıyla rakip operatörün aynı konulu reklamlarının alay konusu edilerek kötülendiği, bununla birlikte söz konusu reklamların ikinci versiyonunda “Alıcının ayarları ile oynamayınız. Fasülye’yi daha fazla üzmemek için reklam filmimiz yerine Necefli maşrapa görüntüsünü yayınlıyoruz. Siz yine de mesajı aldınız” ifadelerine yer verilerek alay ve kötülemeye devam edildiği” değerlendirilerek söz konusu reklamların hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir¹⁴⁷.

¹⁴⁵ BALIK, İfakat, Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 57.

¹⁴⁶ Balık, s. 126.

¹⁴⁷ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e. t. 26.06.2023.

bb. Birden Fazla İşletme ya da Onlar Tarafından Sunulan Ürün ya da Hizmetler Arasında Bağlantı Kurulması

İkinci unsur karşılaştırma yapılırken birden fazla işletme ya da onlar tarafından sunulan ürün ya da hizmetler arasında bağlantı kurulmasıdır. Söz konusu bağlantı açık ya da doğrudan ilişkilendirme şeklinde kurulabileceği gibi, örtülü ya da dolaylı olarak kurulması da mümkündür. Birden fazla ürün ya da hizmete ilişkin marka, logo ya da işletme adı gibi özelliklerin açıkça belirtilmesi suretiyle karşılaştırma yapılması hali, açık ya da doğrudan karşılaştırma niteliği taşımaktadır. Burada Ticari Reklam Yönetmeliği'nin 8. maddesine 28.12.2018 tarihinde eklenen “a) *Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi*” düzenlemesinden önemi sebebiyle bahsedilmesi gerekmektedir. Bu hüküm ile rakibe ait marka, logo vs. gibi özelliklerin kullanılması doğrudan yasaklanmıştır. Bu kapsamda karşılaştırmalı reklam yapılırken rakip firmaya ait; düzenlemede sayılan ayırt edici unsurların kullanılması durumunda, reklam doğrudan hukuka aykırı olacak ve haksız rekabet teşkil edecektir.

Karşılaştırmalı reklamlarda rakibe ait marka kullanımına ilişkin bir diğer düzenleme Sınai Mülkiyet Kanunu m. 3/f hükmüdür. Hükme göre “*İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması*” marka sahibince yasaklanabilmektedir. Bu noktada fikri mülkiyet haklarına ilişkin özel düzenlemenin mevcudiyeti halinde, haksız rekabet hükmünün uygulanabilirlik alanına değinilmesi gerekmektedir. Fikri mülkiyet hukukunun koruması ile haksız rekabet hukuku korumasının farklı nitelikte olduğunu belirtmekte fayda vardır. Öyle ki, fikri mülkiyet hukuku hükümleriyle fikri haklar ve fikri ürün sahibi korunmaktayken haksız rekabet hükümleriyle dürüst rekabet ortamının ve emeğin korunması söz konusudur. Haksız rekabet kapsamında emeğin korunması, fikri ürünlerin korunmasını da içine almakta ve rekabet hakkının dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanılması amaçlanmaktadır¹⁴⁸. Burada gerçekleştirilen fiille iki hukuk alanının da ihlali söz konusu olacağından, rakip markaya yer verilen bir karşılaştırmalı reklam söz konusu olduğunda, hem SMK'ya dayalı olarak marka tescilinden doğan hak kapsamında, hem de TTK'ya dayalı olarak haksız rekabet kapsamında talepte bulunulabilecektir. Ancak ortada tek bir zarar mevcut

¹⁴⁸ KARAMAN ODABAŞI, Fatma, Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s. 49.

olacağından sadece bu zararın tazmini talep edilebilecektir. Her iki hukuk alanının koruması kapsamında haklar yarışa da talepler yığılamayacaktır¹⁴⁹.

Buna karşın bazı durumlarda rakibe ilişkin marka, logo vs. belirtilmeksizin rakibi hatırlatan başka unsurlara yer verilerek karşılaştırma yapılması söz konusu olabilmektedir. Bu şekilde reklamı yapılan ürün ya da hizmetin öne çıkarılması hali ise, örtülü ya da dolaylı karşılaştırma niteliği taşımaktadır. Rakibi hatırlatan unsurlar, rakibin markasında yer alan renk ya da şekiller, rakibin reklamında yer alan bir slogan ya da iddiaya ilişkin olabilir. Bir GSM operatörünün “Fatura Paylaşınca Güzel” sloganı ile rakip GSM operatörünün uzun süredir kullanmakta olduğu “Hayat Paylaşınca Güzel” sloganını hatırlatması suretiyle yaptığı reklam dolaylı karşılaştırmaya örnek verilebilir¹⁵⁰. Kanaatimizce rakibi hatırlatan unsurlara yer verilerek yapılan dolaylı karşılaştırmalar da hukuka aykırılık teşkil etmelidir. Nitekim Ticari Reklam Yönetmeliği'nin ilgili hükmü “*Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara*” yer verilmemesi şeklinde düzenlenmişse de hükmün amacı reklamda rakibin herhangi bir suretle anlaşılabilmesidir. Oysa rakibe ait ürün adı, marka, logo vs. gibi unsurlara yer verilmeksizin de rakibin toplum tarafından bilinen bir özelliğinin hatırlatılması yoluyla anlaşılabilmesi mümkündür. Bu noktada hükmün amaca göre yorumlanarak rakibin herhangi bir suretle anlaşılabilir olduğu durumların da hukuka aykırılık teşkil edeceği kabul edilmelidir.

cc. Karşılaştırmanın Konusu

Bir diğer unsur karşılaştırmaya konu değerlerdir. Bunlar TTK 55/1- a “*Kişinin kendisi, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları*” olarak sayılmıştır. Ancak bu sayımın sınırlı sayıda olmadığı altı çizilmelidir. Kuşkusuz karşılaştırmaya en çok konu edilen değer, satışlarının artırılması amaçlanan mal veya hizmettir. Bu konuda herhangi bir sınırlama yapılmaksızın kanunun cevaz verdiği tüm mal ve hizmetlerin karşılaştırma konusu yapılabilir. Ancak bazı mal ve hizmetlerin karşılaştırma konusu yapılması mevzuat gereği yasaklanmıştır. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 8/3 hükmü ile öngörülen takviye edici gıdaların karşılaştırmalı reklama konu edilmesi yasağı bunlardan biridir. Ayrıca aynı maddede gıda reklamlarında, ilgili mevzuata göre sağlık beyanı kapsamına giren hususların karşılaştırmaya konu edilmesi de yasaklanmıştır. Ayrıca beslenme beyanı

¹⁴⁹ Karaman Odabaşı, s. 54.

¹⁵⁰ Balık, s. 66.

kapsamındaki hususların, reklamlarda karşılaştırma unsuru olarak kullanılmasının ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılacağı düzenlenmiştir¹⁵¹.

Ürün ya da hizmetin fiyatı, tüketicinin satın alma kararını en çok etkileyen unsurların başında gelmekte olup, sıklıkla karşılaştırmaya konu edilmektedir. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 8/4 hükmü ile; fiyat düzenlemeleri ile etkin piyasa gücü yükümlülükleri ilgili idari otoriteler tarafından belirlenen sektörlere ilişkin reklamlarda fiyat karşılaştırması yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu yasak dışında mevzuatımız kapsamında fiyata ilişkin karşılaştırılma yapılması önünde herhangi bir engel mevcut olmamaktaysa da yapılan karşılaştırmanın yanıltıcı nitelikte olmaması gerektiği şüphesizdir. Fiyat unsuru tüketiciyi yanıltma ihtimali çok yüksek olan bir konudur. Zira aynı kalite ya da aynı özelliklere sahip olmayan ürünler arasında fiyat karşılaştırması yapılması ya da ek edimler gösterilmeksizin fiyat karşılaştırması yapılması gibi birçok aldatıcı ihtimal söz konusudur¹⁵².

2. Karşılaştırmalı Sosyal Medya Reklamları

aa. Karşılaştırmalı Etkileyici Reklamları

Sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan karşılaştırmalı reklamlarda farklı ürünlere ilişkin karşılaştırma yapılarak bir ürünün tavsiye edildiği içerikler ile, söz konusu ürünün satışı artırılarak ürünün üreticisi ya da satıcısı öne geçirilmektedir. Bu da hükümde yer alan “...ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek” eyleminin tezahürüdür.

Etkileyici reklamlarında tanınmakta olan herhangi bir markanın ya da ürünün daha uygun fiyatlı muadilinin tanıtılarak, tüketicinin bu ürünü satın almaya teşvik edilmesiyle çok sık karşılaşılmaktadır. Bu durumda TTK 55/1/a-5'te düzenlenen “gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde karşılaştırma” halinin gerçekleşmesi yoluyla haksız rekabet oluşturması çok muhtemeldir. Haksız rekabete yol açılmaması için doğru ve yanıltıcı nitelikte olmayan, objektif ve doğrulanabilir nitelikte karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda eğer etkileyici tarafından tanınan markaya ait ürünün daha uygun fiyatlı muadili olarak bir ürün tanıtılması söz konusuysa ürünlerin aynı amaca yönelik, aynı özelliklere sahip, aynı ihtiyaca yönelik vs. olması gerekmektedir. Aksi halde yapılan karşılaştırma “gereksiz

¹⁵¹ Balık, s. 82.

¹⁵² Balık, s. 83.

yere onun tanınmışlığından yararlanma” ya sebebiyet vereceğinden haksız rekabet oluşturacaktır¹⁵³.

Sosyal medya etkileyici reklamlarında önem arz eden bir diğer konu etkileyicilerin kendi zevk ve deneyimlerine dayalı olarak karşılaştırmalı reklam yapmalarıdır. Hatta çoğunlukla reklam verenle yapmış oldukları anlaşma doğrultusunda, tanıtım konusu ürünü rakip ürünlerden üstün göstererek karşılaştırmalı reklam yapmaktadırlar. Bu durumda zaten Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 16. maddesinde düzenlenen “*Reklamlarda, tanıklığına başvuru alan kişi, kurum veya kuruluşun tecrübesine, bilgisine veya araştırma sonuçlarına dayanmayan ve gerçek olmayan hiçbir tanıklık ya da onay ifadesine yer verilemez veya atıfta bulunulamaz.*” hükmüne aykırılık sebebiyle haksız rekabet oluşacağından bahsedilmiştir¹⁵⁴. Burada karşılaştırmalı reklamlar kapsamında değerlendirme yapılacak olursa, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği kapsamında karşılaştırmalı reklamların ancak karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması ve nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması şartlarıyla yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda doğrulanabilir ve objektif nitelik taşımayan karşılaştırmalı etkileyici reklamları bu kapsamda haksız rekabet teşkil edecektir.

Konuya ilişkin Reklam Kurulu'nun 2022/3467 sayılı kararında “Youtube” isimli sosyal medya mecrasında şirkete ait “Carvak Türkiye” kullanıcı adıyla yapılan 27.07.2022 tarihli paylaşımda; “*İkinci el arabada dünya lideri Carvak Türkiye'de*” ifadesine yer verildiği, diğer taraftan ilgili iddiaya referans teşkil eden herhangi bir çalışma veya araştırmaya söz konusu tanıtımlarda yer verilmediği, dosya kapsamında yer alan mevcut bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili tanıtımda yer alan iddianın abartılı ve doğruluğu ispatlanmamış olgulara dayalı olduğu, tüketicilerin ürün veya hizmete ilişkin alım kararını etkileyen bu tür ifadelerin tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı nitelik arz ettiği ve ayrıca dürüst rekabet ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin ilkelere aykırı olduğu değerlendirilmiştir. 2022/1810 numaralı kararında ise Reklam

¹⁵³ Abbasoğlu, s. 121.

¹⁵⁴ Ayrıca bu konuda Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuzun “Sosyal Medya Etkileyicisinin Yükümlülüğü” başlıklı 6. Maddesinde “Henüz deneyiminin bulunmadığı bir mal veya hizmete ilişkin, tüketiciler nezdinde o mal veya hizmeti onaylayacak ya da deneyimlediği algısı yaratacak şekilde ticari reklam amacıyla paylaşımında bulunamaz.” şeklinde özel düzenleme mevcuttur. bkz. “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” .

Kurulu benzer şekilde, reklam veren firmaya ait <https://zeminboyamasistemleri.com> adresli internet sitesi, sosyal medya siteleri ve çeşitli televizyon kanallarında yayınlanan tanıtımlarda "İlk ve Tek Zemin Boyası", "Zemin Boyasının Mucidi", "Türkiye'nin En Çok Satan Boyası" vb. ifadelerle yer verilmesine karşın bu hususları kanıtlayıcı nitelikteki belgelerin Bakanlığa sunulmadığı, bu durumun da tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı nitelikte olduğunu değerlendirmiştir¹⁵⁵.

bb. Karşılaştırmalı Viral Reklamlar

Ürün ya da hizmetlerin karşılaştırılmasına yönelik içeriklerle oluşturulan viral reklamlar yoluyla, reklamı yapılan ürün öne geçirilerek tüketicinin o ürünü tercih etmesi sağlanmaktadır. Viral reklamların tüketiciye doğal bir içerik gibi sunulması ve tüketicinin duygularını hedef alması, tüketicinin karşılaştırmaya ilişkin nesnel verilerden uzaklaşarak tercihlerinin etkilenmesine sebep olmaktadır. Ancak karşılaştırmalı reklamların mevzuat hükümleriyle düzenlenen belirli şartlar dahilinde yapılabileceği, bu şartlara uymayan karşılaştırmalı reklamların haksız rekabet teşkil edeceği unutulmamalıdır.

Viral reklamların reklam verenden bağımsız bir içerik algısı yaratan yapısının, reklam verenlerin yasal sınırlamaları aşmak amacıyla viral reklamları tercih etmesine sebep olduğundan bahsedilmiştir. Karşılaştırmalı reklamlarda da Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 4/1-g maddesinde yer alan sınırlamalara uymayan karşılaştırmalı viral reklamlara uygulamada rastlanmaktadır.

Reklam verenler tarafından Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ile karşılaştırmalı reklamlarda rakiplere ait ürün adı, marka, logo vs. kullanma yasağı, karşılaştırmının nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması gerekliliği ya da rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması şartına uymayan viral reklam içerikleri oluşturulmaktadır. Söz konusu bu viral reklamlar, Yönetmelik kapsamında düzenlenen şartlara açıkça aykırı olduğundan haksız rekabet oluşturmaktadır.

Viral reklam üreticisi Batesmotelpro¹⁵⁶ adlı grubun "Panda" markalı dondurmalara ilişkin viral reklamı karşılaştırmalı viral reklamların güzel bir

¹⁵⁵ <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> e. t. 05.07.2023.

¹⁵⁶ Batesmotelpro, online/ viral video üretmek amacıyla kurulmuş kreatif bir prodüksiyon ekibidir. Marka talepleri doğrultusunda yüksek etkileşim sayıları hedefleyen reklam filmleri üretir. Batesmotelpro, 15 yıllık mazisi ile kendi alanında sektörün en eski ve en deneyimli oluşumdur. Bu

örneğidir. Youtube sosyal medya mecrası üzerinden “Hazlı ve Öfkeli” başlığıyla paylaşılan video rakip dondurma reklamının formatında hazırlanmış ve videonun devamında bu format eleştirilerek karşılaştırma yapılmaktadır. Video başlığında yer alan “Hazlı ve Öfkeli” ismi ise rakip dondurma markasının sloganı olan “Haz Peşindeysen” isminden hareket edilerek konulmuştur¹⁵⁷.

4. Kötüleyici Reklamlar

a. Kavram

“Dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” başlıklı 55. maddenin “Dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri” başlıklı ilk fıkrasında “Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek” bu davranış ve uygulamaların ilk örneği olarak ele alınmıştır. Düzenleme kapsamında “kötüleme” eyleminin gerçekleşmesi için öncelikle kötüleme olgusu içeren bir davranış ya da uygulama mevcut olmalıdır. Hüküm gerekçesinde kötüleme eylemine ilişkin olarak “kötüleme soyut olaya göre karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsemeyi ve düşürmeyi kapsar.” denilerek kötüleme eylemi somutlaştırılmıştır. O halde somut olaya göre bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilen eylemler kötüleme olarak değerlendirilecektir.

Hüküm kapsamında sözü edilen bu davranış ya da uygulama başkalarına ya da onların mallarına, iş ürünlerine, fiyatlarına, faaliyetlerine veya ticari işlerine yönelik olmalıdır. Tüm bunların yanında ayrıca söz konusu davranış ya da uygulamanın yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici nitelik taşıması gerekmektedir. Burada sözü edilen yanlış açıklama gerçekle bağdaşmayan, belirli bir duruma ilişkin içeriği objektif olarak yanlış olan beyanlardır. Yanıltıcı açıklamalar ise, beyanın yöneltiliş biçimi, içeriği, niteliği ile bütün olarak değerlendirildiğinde karşı tarafı hataya düşürecek ya da karşı tarafta yanlış izlenim bırakabilecek nitelikte olmasıdır¹⁵⁸.

Yanlış ve yanıltıcı nitelik taşımasına ilişkin olarak yapılan beyanın gerçek dışı olması gerekliliği gündeme gelse de, beyan gerçek de olsa eğer gereksiz yere incitici beyan niteliğindeyse kötüleme olarak değerlendirilecek ve diğer unsurların da varlığı

zamana kadar ürettiği video ve reklam filmleri tüm mecralarda 500.000.000'un üstünde izlenmiştir. (<https://www.batesmotelpro.com/biz-kimiz> e. t. 14.06.2023.)

¹⁵⁷ <https://www.dijitalajanslar.com/panda-karsilastirmali-reklam-filmi-hazli-ve-ofkeli/> e. t. 14.06.2023.

¹⁵⁸ Nomer Ertan, s. 138.

halinde haksız rekabet oluşturacaktır. Gereksiz yere incitici açıklamalar, beyanın içeriği gerçek olmakla birlikte amacını aşar şekilde başkalarına ya da başkalarının mallarına, iş ürünlerine, faaliyetlerine vs. ilişkin olumsuz intiba yaratan açıklamalardır. Gerek olmadığı halde, konuyla ilgili olmadığı halde alakasız ve ölçüsüz olarak başkalarına ilişkin negatif değerlendirmeler yapılmaktadır. Burada yanıltıcılık ya da gereksiz yere incitcilik değerlendirmesi yapılırken eylemin yöneldiği kitledeki orta yetenekteki kişi esas alınacaktır¹⁵⁹.

Burada kötüleyici ifade ve açıklamanın TMK 24. maddesi kapsamında kişilik haklarına saldırı niteliği de taşıyabileceğine değinmek gerekir. Başkalarını, başkalarının mallarını, iş ürünlerini vs. kötüleyen açıklamalar TTK 55/1/a-1 hükmü kapsamında haksız rekabet teşkil ettiği gibi TMK 24. maddesi kapsamında kişilik hakkı ihlali de teşkil edebilir. Ancak her iki hukuk alanının koruma alanları farklılık arz etmektedir. TMK 24. maddesi doğrudan ve salt kişilik haklarının ihlaline karşı koruma sağlarken TTK 55/1/a-1 maddesi dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını ihlal eden açıklamalara karşı koruma sağlamaktadır. Ancak her iki hukuk alanının korumasından da faydalanılabildiği durumlarda hakların yarışması gündeme gelecek olup kötülemeye maruz kalan kişi ister TMK kapsamında kişilik hakkının ihlali isterse de TTK 55/1/a-1 kapsamında haksız rekabet ihlaline ilişkin talepte bulunabilecektir¹⁶⁰.

b. Kötüleyici Sosyal Medya Reklamları

aa. Kötüleyici Etkileyici Reklamları

Sosyal medya kullanıcılarının her konuda özgürce fikirlerini beyan edebildiği bir ortam olması sebebiyle sosyal medyada kötüleyici reklamlarla sıklıkla karşılaşmaktadır. Etkileyici reklamlarının temeli etkileyiciler tarafından herhangi bir ürün ya da hizmete ilişkin açıklama ya da yorumlara yer verdikleri içerikler yoluyla tüketicilerin etkilenmesine dayanmaktadır. Etkileyiciler tarafından oluşturulan içeriklerin başkalarına, başkalarının mallarına, iş ürünlerine vs. yönelik kötüleyici ifadeler barındırması halinde TTK 55/1/a-1 kapsamında haksız rekabet söz konusu olacaktır.

Etkileyicilerin ürün ya da hizmetlere ilişkin kendi tecrübelerine dayalı fikir ve görüşlerini paylaştıkları, takipçilerin de aradaki güven ilişkisine dayalı olarak tercihlerini yönlendirdiğinden bahsedilmiştir. Etkileyicilerin söz konusu fikir ve

¹⁵⁹ Çınar Karabağ, s. 57; Nomer Ertan, s. 568.

¹⁶⁰ Nomer Ertan, s. 147.

görüşlerini ifade etmeleri dürüstlük kuralları çerçevesinde gerçekleştiği takdirde düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Ancak söz konusu etkileyici beyanlarının dürüstlük kurallarını ihlal ederek kötüleyici ifadeler barındırması halinde TTK 55/1/a-1 kapsamında haksız rekabet gündeme gelecektir. Bu noktada eleştiri özgürlüğü ile kötüleme arasındaki sınırın belirlenmesi her somut olaya ilişkin ayrıca değerlendirilmelidir¹⁶¹.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında; “...arkadaşlar bu araç sözde performiks plasti dıp Türkiye yetkili distribütörü tarafından kaplatıldı bu dolandırıcılar performiksini adını da kötüye çıkarıyorlar, gerçek araç kaplama ürün bu değildir, insanlara normal sanayi boyası satıp, bu sektöre balta vurup, hızlı bir şekilde keselerini doldurmalarının peşindeler, hırsızlıktan zengin olunsaydı, fareler olurdu... orjinal ürün diye satılan önüne gelen herkese gölge bayiliği veren firmalara dikkat!!! Araçlarınıza göz göre göre zarar verdirtmeyin, sökülmeven her plastik kaplama aracınızın zarar görmesidir, doğru ürün doğru uygulama, güvenmediğiniz firmalarla çalışmayın, saygılarımla.” açıklamasını içeren Facebook hesabından yapılan bu paylaşımın yanıltıcı ve gereksiz yere incitici açıklamalar içerdiğini ve haksız rekabet oluşturduğunu değerlendirmiştir¹⁶².

bb. Kötüleyici Viral Reklamlar

Viral reklamların yapısı gereği genellikle duygulara hitap edecek bir olay kurgusu çerçevesinde şekillendiğinden bahsedilmişti. Bu olay kurgusu çerçevesinde başkalarını, başkalarının mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini ve ticari işlerini kötüleyici ifadelerle yer verilen reklamlar TTK 55/1/a-1 kapsamında haksız rekabet teşkil etmektedir.

Kötüleyici viral reklamların en çarpıcı örneği karşılaştırmalı viral reklamlara da bir örnek teşkil eden Batesmotelpro adlı grubun “Panda” markalı dondurmalara ilişkin viral reklamıdır. Söz konusu viral reklam bir dondurma markasının reklam formatı ile başlamakta, videonun devamında söz konusu format eleştirilerek “Neyin peşindesiniz? Reklamların mı dondurmanın mı?” ifadelerine yer verilmektedir. Söz konusu dondurma markasının çekilişle verdiği hediyelere de atıfta bulunulan reklamda “Pahalı hediyeleri kazanmak için milyonda bir olan şansınızı da tepiverin. Çıksa da vergisini ödeyemezsiniz zaten” denilerek dondurma markasının pazarlama

¹⁶¹ Abbasoğlu s. 55; Nomer Ertan s. 138.

¹⁶² Yargıtay 11. HD, 2019/3626 E., 2020/1977 K. sayılı 24.02.2020 tarihli kararı, Karatepe Kaya, s. 697.

faaliyetleri eleştirilmektedir. Videonun sonunda ise “Abartılı vaatlerden uzak, sadece dondurma” sloganıyla yine söz konusu dondurma markasının vaatlerinin abartılı olduğu eleştirisinde bulunmaktadır¹⁶³.

Kanaatimizce bu örnek kapsamında kötölemenin konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK m.55/I/a-1’de kötölemenin konusu “Başkaları, başkalarının malları, iş ürünleri, fiyatları, faaliyetleri ve ticari işleri” şeklinde belirtilmiştir. Bu kapsamda kötöleme doğrudan kişiye yönelik olabileceği gibi kişinin mallarına, iş ürünlerine, fiyatlarına, faaliyetlerine ve ticari işlerine de yönelik olabilir. Ayrıca bu sayımın sınırlayıcı nitelikte olmadığı, örnekseyici nitelikte olduğu söylenmelidir¹⁶⁴. Dolayısıyla söz konusu viral reklam örneğinde olduğu gibi başkasının pazarlama politikasına yönelik kötöleyici ifadelerin kullanılması da hüküm kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce burada dondurma markasının pazarlama politikalarına ve faaliyetlerine yönelik gereksiz yere incitici ifadeler yer verildiğinden söz konusu viral reklam örneği, TTK 55/1/a-1 kapsamında haksız rekabet teşkil etmektedir.

¹⁶³<https://www.campaigntr.com/panda-hazli-ve-ofkeli-ile-magnumu-hedef-aliyor/#:~:text=Panda%20%E2%80%9CHazl%C4%B1%20ve%20%C3%96fkeli%E2%80%9D%20ismi,filmi%20Base%20ve%20Batesmotelpro%20imzal%C4%B1>, e. t. 23.08.2023.

¹⁶⁴ Nomer Ertan, s. 135-136.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA REKLAMLARINDA HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

I. AÇILABİLECEK HUKUK DAVALARI

A. Tespit Davası

“Hukuki Sorumluluk” başlıklı TTK 56/1-a maddesinde düzenlenen ilk dava türü fiilin haksız olup olmadığının tespiti davasıdır. Bu kapsamda söz konusu eylemin haksız rekabet teşkil ettiği değerlendirilebileceği gibi haksız rekabete yol açmadığı sonucuna da varılabilmektedir. Tespit davası davacıyı tespit dışında başka bir sonuca ulaştırmadığından genelde uygulamada nadir karşılaşılmaktadır. Nitekim eylemin haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin bir yargı kararı davacıyı tatmin açısından yeterli görülmemektedir. Ancak haksız rekabet teşkil eden eylem neticesinde görülen zararın öngörülemediği hallerde tazminat davası açılmadan evvel tespit davası açılması gündeme gelebilmektedir. Bu sayede zamanaşımı kesilmekte, zarar gören süre açısından sorun yaşamadığı gibi tazminat davasına dayanak bir yargı kararı edinebilmektedir¹⁶⁵.

Haksız rekabet fiiline ilişkin tespit davası TTK 56. maddesi kapsamında özel düzenleme niteliği taşıdığından HMK 106. maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. HMK 106. maddesinde “*Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.*” hükmü yer almaktadır. Ancak TTK kapsamında düzenlenen tespit davasının açılabilmesi için davacının hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması gerekmemektedir. Nitekim HMK hükmünde “*kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında*” şeklinde özel düzenlemeler kapsam dışında bırakılmıştır. Burada bahsedilen tespit davası haksız rekabet hukukuna özgü bir tespit davası niteliği taşıdığından, HMK hükmünün kapsamı dışında kalacaktır. Bunun sonucu olarak haksız rekabete ilişkin tespit davalarında hukuki yararın gerekliliği aranmayacaktır¹⁶⁶.

Haksız rekabete dayalı tespit davası açılabilmesi için kusur aranmamaktadır. Diğer bir deyişle tespit konusu eylemi gerçekleştirenin kusuru olsa da olmasa da eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğine ilişkin tespit davası açılabilir. Ayrıca haksız rekabetin tespiti, bir dava niteliği taşımakta olup, hem kesin delil hem

¹⁶⁵ Abbasoğlu, s. 143.

¹⁶⁶ Abbasoğlu, s. 144; Nomer Ertan, s. 401.

de kesin hüküm teşkil edecektir. Tespit davası sonucunda elde edilen kesin hükümle bunu takiben maddi-manevi tazminat davası açılabilir. Bu noktada tespit davasının esasen bir kılavuz dava niteliğinde olduğu ve akabinde açılacak diğer haksız rekabet davalarına öncülük ettiği söylenebilir¹⁶⁷.

B. Müdahalenin Men' i (Önleme) Davası

Haksız rekabet hallerinde başvurulabilecek hukuki yollardan bir diğeri TTK 56/1-b maddesinde düzenlenen haksız rekabetin men'i davasıdır. Men davası açılabilmesi için ortada haksız rekabet teşkil eden bir eylemin mevcut durumda devam etmesi mecburiyeti bulunmamaktadır. Söz konusu dava devam etmekte olan haksız rekabet eyleminin sonlandırılması amacıyla açılacağı gibi, gerçekleşme tehlikesi ya da devam etme ihtimali bulunan haksız rekabet eyleminin sonlandırılması amacıyla da açılabilir. Ancak ortada haksız rekabet teşkil eden bir eylem henüz mevcut değilse, bu dava gündeme gelmeyecektir¹⁶⁸.

Haksız rekabetin men'inin talep edilebilmesi için kusur şartı aranmamaktadır. Davalının kusuru olmasa dahi ortada haksız rekabet teşkil eden bir eylem, tekrarlanma ya da devam etme ihtimali bulunduğu sürece men davası açılabilir¹⁶⁹.

Haksız rekabete yol açan eylem devam ettiği ya da tekrarlanma ihtimali bulunduğu sürece zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Haksız rekabet eyleminin gerçekleşme ya da tekrarlanma tehlikesinin sona ermesi ile dava açma hakkı da sona erecektir¹⁷⁰.

Haksız rekabetin men'ine ilişkin davanın kabulü durumunda, haksız rekabet teşkil eden fiilin sonlandırılmasına ilişkin hüküm kurulmaktadır. Hükümde haksız rekabet fiilinin açık, net bir ifadeyle sınırlarının belirgin şekilde çizilerek ifade edilmesi gerekmektedir. Davalı burada haksız rekabete yol açan belirli ve somut bir eylemden kaçınmaya mahkum edilecektir. Hükmün yeterli açıklık taşımayan soyut ifadelerle kurulması durumunda genel bir davranış yasağı söz konusu olacak ve bu da TMK 23'e aykırılık teşkil edecektir¹⁷¹.

¹⁶⁷ Ülgen/Helvacı/ Kaya/Nomer Ertan, s. 603; ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 660.

¹⁶⁸ Abbasoğlu, s. 145; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 605.

¹⁶⁹ Abbasoğlu, s. 145.

¹⁷⁰ Şener, s. 683.

¹⁷¹ Güneş, s. 441; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 606.

Sosyal medya reklamlarında haksız rekabetin men'i, haksız rekabet teşkil eden reklamın ilgili sosyal medya platformundan kaldırılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında¹⁷² "...haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine, mobil istasyon görsellerinin reklamının, tanıtımının ve sunumunun davalıya ait www.evaelektromekanik.com. internet sitesi, Facebook ve LinkedIn hesaplarından kaldırılmasına" şeklinde hüküm kurulmuştur.

C. Eski Hale İade Davası

TTK 56/1-c hükmünde haksız rekabet sebebiyle "*Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası*"nın istenebileceği düzenlenmiştir. Bu dava ile amaçlanan haksız rekabet eyleminin doğurduğu sonuçları tamamen ortadan kaldırarak durumu eski haline döndürmektir. Esasen burada haksız rekabetin oluşturduğu olumsuz etkilerin düzeltilmesi istenmektedir. Bu nedenle doktrinde "düzeltme davası" olarak da anılmaktadır¹⁷³.

Hükümde yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yapılan haksız rekabete ilişkin özel olarak bu beyanların düzeltilmesi imkanı tanınmıştır. Ancak hükümde bu beyanların nasıl düzeltileceği konusunda bir açıklama yer almamaktadır. TTK'da bu dava ile amaçlanan ve elde edilmesi istenen sonuç açıkça belirtilmiş ve kurulacak hüküm konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim böyle bir talep karşısında haksız rekabet teşkil eden reklamların düzeltilmesi yoluyla tüketiciler üzerindeki olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması yönünde hüküm kurabilir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da, yanlış ve yanıltıcı beyan içeren reklamların haksız rekabet oluşturmayacak şekilde düzeltilmesi şeklinde kararlar verildiği görülmektedir¹⁷⁴.

Eski hale iade davası sadece doğru olmayan beyanların düzeltilmesi istemine ilişkin değil doğru olsa da tüketicide yanıltıcı etki doğuran beyanların düzeltilmesine ilişkin de olabilir. Nitekim sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan örtülü reklamlara ilişkin bir Yargıtay kararında reklam içeriğindeki beyanlar yanlış olmamakla birlikte tüketicide içeriğin reklam olmadığı konusunda yanıltıcı bir etki

¹⁷²Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2021/5268 E., 2022/9045 K., 14.12.2022 tarihli kararı. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2021-5268.htm&kw=sosyal+medya+reklam&cr=yargitay#fm> e. t. 18.07.2023.)

¹⁷³ Şener, s. 662.

¹⁷⁴ Abbasoğlu, s. 147.

taşıdığından reklamın “reklamdır” şeklinde bir uyarı yazısı koyularak düzeltilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁵.

Eski hale iade davası açılabilmesi için tespit ve müdahalenin men’i davalarında da olduğu gibi haksız rekabet eylemini gerçekleştiren kişinin kusurlu olması gerekmektedir¹⁷⁶.

D. Tazminat Davaları

1. Maddi Tazminat Davası

Haksız rekabet halinde açılacak hukuk davalarını düzenleyen TTK 56. maddesinin 1-d bendinde “*Kusur varsa zarar ve ziyanın tazmininin*” talep edilebileceği düzenlenmiştir. Düzenlemeden açıkça kusurun mevcudiyeti halinde bu yola başvurulabileceği ve bu yolla zararın mevcudiyeti halinde tazminat talep edilebileceği anlaşılmaktadır. O halde maddi tazminat isteminde bulunabilmek için tespit, müdahalenin men’i ve eski hale iade davalarından farklı olarak; haksız rekabet eylemini gerçekleştiren kişinin kusurlu olması gerekmektedir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde doktrinde baskın olan görüş doğrultusunda haksız rekabetin haksız fiilin özel bir türü olduğu ve haksız rekabet hükümlerinde boşluk bulunması halinde haksız fiil hükümlerine başvurulabileceğinden bahsedilmişti. Nitekim TBK 49 ile uygulama alanı bulan haksız fiil sorumluluğunda da kusurlu olarak ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Bu kapsamda haksız fiilin özel bir görünümü olan haksız rekabete ilişkin TTK 56’da düzenlenen maddi tazminat talebinin TBK 49 hükmünün bir yansıması olduğu söylenebilir¹⁷⁷.

TTK 56 hükmü kapsamında maddi tazminat talebinde bulunulabilmesi için öncelikle haksız rekabet teşkil eden bir eylemin mevcut olması gerekmektedir. TBK 49’da düzenlenen hukuka aykırı fiil, TTK 56 kapsamında haksız rekabet fiilidir. Haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurlu olması ve ortada bir zararın mevcut olması gerekmektedir. Son olarak haksız rekabet fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Haksız rekabet fiili sonucu uğranılan zarar, eğer haksız rekabet fiili hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının durumu ile mevcut durumu arasındaki farktır. Zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere iki şekilde söz konusu olabilir. Fiili

¹⁷⁵ Bingöl, s. 148.

¹⁷⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 606.

¹⁷⁷ Nomer Ertan, s. 416.

zarar malvarlığı aktifindeki azalma ya da pasifindeki artış olarak ifade edilebilir. Yoksun kalınan kar ise haksız rekabet fiili gerçekleşmeseydi meydana gelebilecek malvarlığı artışından haksız rekabet fiili sebebiyle mahrum kalınmasıdır. Haksız rekabet fiiline maruz kalan kişi bu eylem neticesinde uğramış olduğu fiili zararı da yoksun kalınan karı da talep edebilmektedir¹⁷⁸.

Maddi zararın tazmini taleplerinde zararın ispatı kural olarak davacıya aittir¹⁷⁹. Ancak uygulamada zararın tam olarak ispatı noktasında birtakım zorlukların yaşandığı görülmüştür. Zararın tam olarak ispat edilemediği hallere özgü olarak hakimin takdir yetkisini kullanması durumunda ise (TBK 50/2) tatmin edici sonuçlara ulaşılamadığı gözlemlenmiştir. Tüm bunlar yanında haksız rekabet hallerinde çoğunlukla haksız rekabet fiilini gerçekleştiren kişi haksız rekabete uğrayan kişinin zararını aşan kazançlar elde etmekte, bu durum hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir. Tüm bunlar öngörülerek TTK 56. maddesine “*Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.*” şeklinde bir hüküm eklenmiştir. Bu hüküm ile zararını ispat yükünden kurtulan davacı doğrudan davalının elde etmesi mümkün olan kazancın tazminini talep edebilecektir. Bu hüküm ile amaçlanan zararını ispat edemeyen; dolayısıyla zararını talep edemeyen davacı için alternatif hukuki imkan yaratılmasıdır¹⁸⁰.

TTK 56/1-e hükmünde düzenlenen kazanç devri, her ne kadar tazminat türü olarak belirtilse de bunun esasen tazminat türü olmadığını ve kaynağının ETTK gerekçesinde belirtildiği üzere vekaletsiz iş görmeye dayandığının altı çizilmelidir. Kazanç devri talebinin TBK 530. maddesi çerçevesinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayanmakta olmasının bir sonucu olarak talepte bulunanın herhangi bir zararının mevcut olması gerekmemektedir. TTK 56/1-e hükmünden kazanç devrinin tüm haksız rekabet davaları açısından talep edilebileceği anlaşılmaktaysa da bu imkan ancak iş sahibi konumunda bulunan haksız rekabete uğrayan kişilerce belli haksız rekabet hallerinde talep edilebilmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁸ Nomer Ertan, s. 421.

¹⁷⁹ Haksız rekabet hükümlerinde bu hususta herhangi bir düzenleme mevcut olmamakla haksız rekabet hükümlerinde boşluk bulunması halinde haksız fiil hükümlerine başvurulabileceğinden konuya ilişkin TBK 50 hükmü esas alınmıştır. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin zararın ve kusurun ispatının düzenlendiği TBK 50. maddesinde “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” hükmü yer almaktadır.

¹⁸⁰ Arkan, s. 338.

¹⁸¹ Nomer Ertan, s. 427; Oruç, s. 101.

Kanaatimizce TTK'nın kazanç devri hükmü, kişilik hakkına hukuka aykırı saldırının düzenlendiği TMK 25/3'teki "*Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.*" hükmünün haksız rekabet hukukuna bir yansımasıdır.

TTK 56. hükmü ile düzenlenen kazanç devri sosyal medya reklamlarında da şartları oluştuğu takdirde talep edilebilecektir. Örneğin, bir ayakkabı markasının rakip markayı kötüleyici şekilde karşılaştırmalı viral reklam yapması halinde rakip ayakkabı markası söz konusu haksız rekabet teşkil eden reklam sayesinde elde edilmesi mümkün olan kazancın tazminini talep edebilecektir. Ancak örneğin bir sosyal medya etkileyicisinin yapmış olduğu örtülü reklam sebebiyle tüketiciler tarafından TTK 56 kapsamında kazanç devri talep edilemeyecektir. Nitekim tüketici burada iş sahibi konumunda bulunmadığından hükmün temelindeki vekaletsiz iş görme durumu mevcut değildir.

2. Manevi Tazminat Davası

TTK 56 hükmünde TBK 58. maddesinde öngörülen koşulların mevcut olması halinde manevi tazminat istenebileceği düzenlenmiştir. TBK m. 58'e göre "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." Haksız rekabet hallerinin kişilik haklarının ihlaline de sebebiyet verebileceğinden bahsedilmiştir. Bu kapsamda haksız rekabet fiiliyle kişilik hakkı zedelenen kişiler manevi tazminat talebinde bulunabilecektir¹⁸².

TBK 58 hükmü doğrultusunda manevi tazminat talebine ilişkin olarak belli bir bedelin ödenmesine ilişkin hüküm kurulabileceği gibi, alternatif kararlar da verilebilir. Hüküm hakime takdir yetkisi tanıyarak somut durumun niteliğine göre bir giderim biçimi kararlaştırılabilmesine imkan tanımaktadır. Hükümde örnekseyici olarak saldırıyı kınayan bir karar verilerek bu kararın yayımlanmasına hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Kuşkusuz ticari itibarın arz ettiği önem göz önüne alındığında, niteliğine uygun düşen hallerde bu yaptırımın uygulanması hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracaktır.

¹⁸² Nomer Ertan, s. 430.

Haksız rekabet teşkil eden eylemler neticesinde gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de manevi tazminat isteminde bulunabilmektedir¹⁸³. Tıpkı maddi tazminat talebinde olduğu gibi manevi tazminat talebinde de haksız rekabet eylemini gerçekleştiren kişinin kusurlu olması gerekmektedir.

E. İhtiyati Tedbir Talebi

Haksız rekabet davalarında ihtiyati tedbir talebine ilişkin olarak TTK'nın 61/1. maddesinde *“Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir.”* düzenlemesi bulunmaktadır. Hükme göre TTK 56. maddede düzenlenen haksız rekabet davalarını açabilecek olan kişiler ihtiyati tedbir talep edebilir. İhtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin haksız rekabeti tam olarak ispat etmesi gerekmekte, bu hususta yaklaşık ispat yeterli kabul edilmektedir¹⁸⁴

Hükümde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmış olup 6100 sayılı HMK'nın 389. maddesine göre *“Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.”*

Sosyal medyada gerçekleştirilen bir eylemin yayılma hızı ve sosyal medyanın dinamik yapısı düşünüldüğünde sosyal medyada gerçekleşebilecek haksız rekabet halleri açısından ihtiyati tedbir büyük önem taşımaktadır.

Hükümde öngörülen ihtiyati tedbir kararları; mevcut durumun var olduğu gibi korunması, TTK m. 56/1-(b)-(c) bentlerinde öngörülmüş olan haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabetin önlenmesi, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi ve diğer tedbirler olarak düzenlenmiştir. TTK 56/1-(b) bendinde haksız rekabetin men'i ve (c) bendinde haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa, bu beyanların düzeltilmesi ile tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise,

¹⁸³ Şener, s. 666.

¹⁸⁴ Şener, s. 653.

haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası düzenlenmiştir. Bu itibarla hüküm usul hukukumuzdaki davanın esasını çözümlenecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği prensibinin istisnası niteliğindedir. Bu hükme dayanarak aldatıcı reklamın yayınlanmasının sona erdirilmesi ya da önlenmesi, bir internet sitesinin haksız rekabet teşkil eden içeriğinin yayınının durdurulması/engellenmesi amacıyla siteye erişimin engellenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir¹⁸⁵.

Çalışmamızın konusunu oluşturan sosyal medya platformlarına ilişkin haksız rekabet iddiasının mevcudiyeti halinde hizmet sağlayıcı konumundaki ilgili sosyal medya platformuna erişimin engellenmesi, sosyal medya platformundaki haksız rekabet teşkil eden içeriğin kaldırılması ya da içeriğe erişimin engellenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararları alınabilecektir. Özellikle sosyal medya reklamlarından viral reklamlara ilişkin haksız rekabet iddialarında ihtiyati tedbir yoluna başvurulması muhtemeldir. Nitekim viral reklamların yapısı gereği bir virüs gibi hızla yayılan içerikler ile yapıldığından bahsedilmişti. Bu nedenle haksız rekabet teşkil eden viral reklamlara ilişkin olarak gecikme sebebiyle sakınca doğuracağından bahisle ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir.

Hizmet sağlayıcılarına karşı alınacak tedbir kararlarına ilişkin TTK 58/4. maddesinde özel bir hüküm tesis edilmiştir. İlgili hüküm ile hizmet sağlayıcıları hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi sıkı şartlara bağlanmış olup ilgili hüküm “Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu” başlığı altında incelenecektir.

II. TARAFLAR

A. Davacı

TTK 56. maddesi kapsamında haksız rekabet davalarını açabilecek kişiler üç grup halinde sayılmıştır. Bunlardan ilki 56/1’de düzenlenen haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimselerdir. 56. maddenin ikinci fıkrasında ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşterilerin de bu davaları açabileceği düzenlenmiştir. Son olarak 56. maddenin üçüncü fıkrasında 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

¹⁸⁵ Nomer Ertan, s. 471.

ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumların da maddi ve manevi tazminat davaları dışında diğer haksız rekabet davalarını açabileceği düzenlenmiştir.

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimseler genellikle haksız rekabet eylemini gerçekleştiren rakipleridir. Ancak arada rekabet ilişkisi bulunmasa dahi ekonomik çıkarları zarar gören ya da zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olan herkes hüküm kapsamına alınmıştır. Burada esas önem arz eden zarar veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalmış olunmasıdır. Dolayısıyla dava açma hakkı sadece haksız rekabet fiili kendisine karşı işlenmiş olan kişilere değil bu haksız rekabet fiilinden zarar görerek ya da zarar görme tehlikesiyle karşılaşarak etkilenen herkese tanınmıştır¹⁸⁶. Bu kapsamda sosyal medya reklamlarında bir markaya ilişkin kötüleme yoluyla haksız rekabet teşkil eden bir sosyal medya reklamına karşı, markanın satışını yapan bir işletme de satışlarının etkilenmesi yoluyla zarar görmesi sebebiyle haksız rekabet davası açabilecektir.

İkinci olarak ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de davacı sıfatına sahip olabilecektir. Buradaki müşteri kavramı ürün ya da hizmeti ticari olmayan amaçlarla edinen tüketicileri de kapsamaktadır. Müşterilere dava açabilme hakkının tanınması ile tüketicilerin haksız rekabet eylemlerine karşı aktif rol almasının sağlanarak haksız rekabetle daha etkin bir mücadele yürütülmesi amaçlanmıştır¹⁸⁷.

TTK 56 hükmü kapsamında müşterilerin haksız rekabet fiiline karşı dava açabilmeleri için zarar görmüş olmaları gerekmekte, zarar görme ihtimallerinin bulunması yeterli sayılmaktadır. Buna karşılık müşterilerin maddi ve manevi tazminat taleplerinde zarar görme tehlikesinin yeterli olmadığını, tazminat talebinde bulunabilmek için zararın mevcudiyetinin zorunlu olduğunu hatırlatmak gerekir. Ayrıca TTK 56 hükmü gereği müşteriler, araçların ve malların imhasını isteyemezler¹⁸⁸.

Sosyal medya reklamları açısından bir örnek vermek gerekirse; bir sosyal medya etkileyicisi tarafından yapılan namlendirici krem reklamının içeriğine ilişkin yanlış veya aldatıcı beyanlarda bulunulduğunu varsayalım. Bu durumda söz konusu

¹⁸⁶ Arkan, s. 339; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 611.

¹⁸⁷ Abbasoğlu, s. 159.

¹⁸⁸ Arkan, s. 340; Nomer Ertan, s. 435.

aldatıcı reklamdan etkilenerek nemlendirici kremi satın alan müşteriler zarar görme tehlikesiyle karşılaşmaları şartıyla TTK 56 kapsamında haksız rekabetten doğan davaları açabilecektir.

TTK 56/3 hükmü ile 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 kurumlara da dava açma hakkı tanınmıştır. Hüküm haksız rekabete karşı sadece rakiplerin çıkarlarının değil tüketicilerin, meslek mensuplarının geniş kapsamda toplumun çıkarlarının korunması amacıyla düzenlenmiştir. Böylece haksız rekabete karşı toplu ve örgütlü bir mücadelenin yürütülmesi amaçlanmıştır¹⁸⁹.

Mesleki ve ekonomik birlikler haksız rekabet eylemlerine karşı yalnızca tespit, men ve eski hale iade davalarını açabilmekte, maddi ve manevi tazminat davaları açamamaktadır. Bunun sebebi mesleki ve ekonomik birliklerin direkt kendilerinin zarar görmemesi, üyeleri ve tüketicilerin zarar görmesidir. Bilindiği gibi tazminat davaları ancak zarar gören kişi tarafından açılabilmektedir¹⁹⁰.

TTK 56/3 hükmü kapsamında tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan mesleki ve ekonomik birliklere örnek olarak T. Bankalar Birliği, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, T. Sermaye Piyasası Birliği, Barolar, tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarına örnek olarak tüketici dernekleri, kamusal nitelikli kurumlara örnek olarak kamu kurumları ve üniversiteler haksız rekabet teşkil eden eylemlere karşı üyelerinin zarar görme ihtimalinin bulunduğu hallerde söz konusu davaları açabilecektir¹⁹¹.

B. Davalı

Haksız rekabet davalarında davalı sıfatı haksız rekabet eylemini gerçekleştiren kişiye aittir. TTK 57 ve 58. maddelerinde haksız rekabet sorumluluğu “çalıştırmanın sorumluluğu” ile “basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu” olmak üzere iki grup halinde incelenmiştir. Bu kapsamda haksız rekabet teşkil eden bir durumun mevcudiyetinde haksız rekabet fiilini gerçekleştiren kişiye, çalıştıran kişiye ya da basın, yayın iletişim ve bilişim kuruluşuna karşı dava

¹⁸⁹ Arkan, s. 341; Abbasoğlu, s. 161.

¹⁹⁰ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 612.

¹⁹¹ Arkan, s. 341; Nomer Ertan, s. 436.

açılabilir. Ancak sosyal medya reklamlarında haksız rekabet sorumluluğunda farklı reklam aktörlerinin varlığı söz konusu olabilmektedir.

İletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğuna ilişkin 58. maddede kademeli bir sorumluluk öngörülmüştür. Hükümün birinci fıkrasındaki *“haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, 56.maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir.”* şeklindeki ifade kapsamında haksız rekabet teşkil eden bir eylemin mevcudiyeti halinde öncelikle iletinin sahibi veya ilan verenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Hükümün devamında *“Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa, yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılrsa, başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa”* ikinci kademede *“yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi”* nin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Üçüncü kademe olarak ise *“bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir.”* şeklindeki düzenlemeyle bilişim işletmesi ya da kuruluş sahibi sorumluluk altına sokulmuştur. Hüküm kapsamında benimsenen kademeli sorumluluk sistemi doğrultusunda eğer önceki kademede sorumlu tespit edilebilmişse sonraki kademeye geçilmeyecek, sorumlu tespit edilene kadar son kademeye doğru ilerleyecektir. Ancak hükümde yer alan *“Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, aynı fıkrada sayılan kişilerden birinin kusuru hâlinde sıraya bakılmaksızın dava açılabilir.”* düzenlemesiyle herhangi bir kademede yer alan sorumlunun kusuru mevcutsa kademe sistemine uyulmaksızın kusuru olan kişi sorumlu olacaktır. Ancak TTK 58. maddesinde düzenlenen bu sorumluluk hükmünün belirtildiği gibi sadece 56.maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar olan tespit, men ve eski hale iade davaları için geçerli olduğu unutulmamalıdır. 58. maddenin üçüncü fıkrasındaki *“56 ncı maddenin birinci*

fikrasının (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.” hükmü doğrultusunda sorumluluk Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir¹⁹².

1. Haksız Rekabet Fiilini Gerçekleştiren Kişi

a. Reklam Veren

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'ne göre reklam veren “Ürettiği ya da pazarladığı malın veya hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya marka algısını güçlendirmek amacıyla hazırlattığı ve içinde firmasının ya da markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımdan yola çıkılarak en geniş tabiriyle reklam veren, reklama konu ürün ya da hizmeti üreten ya da pazarlayan gerçek ya da tüzel kişidir.

Reklam veren en kısa tabiriyle ürün ya da hizmeti tüketiciye tanıtan, tüketiciyle buluşturan kişidir. Reklam veren çoğunlukla reklama konu ürün ya da hizmeti sağlayan işletmenin sahibi, üreticisi ya da pazarlayıcısı olmakla birlikte bazı durumlarda farklı şekillerde de karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin kötüleyici reklamlarda, rakip firmanın ürün ya da hizmeti kötüleme yoluyla tanıtılmakta olup burada reklam veren, reklama konu ürün ya da hizmetin satılmamasında menfaati olabilecek üçüncü kişidir. Burada sözü edilen üçüncü kişinin rakip işletme olması gerekmediği gibi arada haksız rekabet ilişkisinin bulunması gerekliliği de bulunmamaktadır¹⁹³.

Sosyal medyada haksız rekabet teşkil eden reklamı veren kişi fail olarak sorumlu olacaktır. Bu kapsamda TTK 56. maddede düzenlenen tespit, men ve eski hale iade davaları ile kusurun varlığı halinde maddi ve manevi tazminat davaları reklam verenlere karşı açılacaktır.

TKHK 61/6 hükmü gereğince reklam verenler ticari reklamlarında yer verdikleri iddiaların doğruluğunu ispat etmekle yükümlüdür. Tüketiciler tarafından reklamların aldaticılığını ispatı zorluk teşkil edeceğinden hükümlerle tüketiciler bu ispat yükünden kurtarılmış ve ispat külfeti yer değiştirmiştir¹⁹⁴.

¹⁹² Baştürk, s. 292.

¹⁹³ Arzu Erol, Türk Hukukunda Örtülü Reklam, On İki Levha Yayınları, 2018, İstanbul, s. 37; Budak, s. 154.

¹⁹⁴ Abbasoğlu, s. 163.

b. Reklamcı

Reklam verenin hedef kitleye ulaşabilmesi ve istenilen hedeflere ulaşabilmesi çoğu zaman profesyonel bir reklam çalışmasının ortaya konulmasını gerektirmektedir. Reklamların tüketiciler üzerindeki etkilerinin arttırılması yönünde çalışmaların gerekliliği de reklamcılık sektörünü doğurmuştur. Reklamcı en geniş ifadeyle reklam faaliyetinin reklam verenin istek ve hedefleri doğrultusunda yürütülmesini sağlayan kişi ya da kuruluş olarak tanımlanabilir.

Ulusal mevzuatımızda reklamcı mülga 4077 sayılı TKHK'da "Ticari reklam ve ilanları reklam verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzmanı gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Yürürlükte olan Ticari Reklam ve Haksız Uygulamalar Yönetmeliği'nde ise reklam ajansı nitelendirmesi tercih edilmiştir. Kanaatimizce reklamcı tanımı daha kapsayıcı ve daha uygun bir ifadedir. Zira reklam ajansı denildiğinde, birden fazla reklam verenin reklam faaliyetlerini reklam verenlerle yapılan anlaşmalar doğrultusunda onlardan bağımsız bir şekilde yürüten bir işletme anlaşılmaktadır. Oysa reklamcı, reklam verenin bir çalışanı ya da kendi içerisinde oluşturmuş olduğu ayrı bir birimi de olabilmektedir. Bu noktada reklam ajansı ve reklamcı ifadelerinin reklam hukuku kapsamında aynı anlama geldiği, reklam ajansı ifadesinin reklam verenin çalışanı ya da birimini de kapsar nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca buradaki düzenlemede dikkat çeken bir diğer nokta ise, "ticari iletişim uzmanı" ifadesidir. Reklamcı ya da reklam ajansının ticari iletişim uzmanı gibi bir sığata sahip olması gerekliliği bulunmamaktadır¹⁹⁵.

TTK hükümleri kapsamında haksız rekabet değerlendirmesi yapılırken reklamcının reklam verenin çalışanı ya da bir birimi olduğu durumda reklam verenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim TTK'nın "Çalıştırmanın Sorumluluğu" başlıklı 56. maddesine göre "*Haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, çalıştıranlara karşı da açılabilir.*" Söz konusu hükümde 56. maddede düzenlenen tespit, men ve eski hale iade davaları açısından çalıştırmanın doğrudan sorumlu olacağı düzenlenmiş, hükmün devamında ise çalıştırmanın kusurun varlığı halinde 56/1-d ve e bentlerinde düzenlenen maddi ve manevi tazminat davaları açısından da sorumlu olacağı belirtilmiştir.

¹⁹⁵ ASLAN, Adem, Türk ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Doktora Tezi, s. 68.

Ancak reklamcının reklam verenden bağımsız faaliyet yürüten bir gerçek ya da tüzel kişi olduğu durumda kusur ve zarar da mevcut ise haksız rekabeti gerçekleştiren üçüncü kişi konumunda reklamcının sorumluluğu doğacaktır.¹⁹⁶ Reklamcının reklam verenden bağımsız faaliyet yürüttüğü ve dolayısıyla üçüncü kişi konumunda olduğu durumlarda reklamcının yaptığı aldatıcı reklamlar TTK 55/1/a-2 maddesine göre de haksız rekabet teşkil edecektir. Bilindiği gibi 55/1/a-2 kapsamında gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek haksız rekabet teşkil etmektedir. Üçüncü kişi konumundaki reklam ajansının reklam verenin reklamını yapmak suretiyle reklam vereni rekabette öne geçirdiği kuşkusuzdur¹⁹⁷.

2. İletişim ve Bilişim Kuruluşları

a. İçerik Sahibi ve İlan Veren

TTK'nın iletişim ve bilişim kuruluşlarına ilişkin sorumluluk hükümleri kapsamında ilk kademedeki içerik sahibi ve ilan veren bulunmaktadır. Ancak TTK'da içerik sahibi ve ilan verene ilişkin herhangi bir tanım mevcut değildir. Mevzuatımızda içerik sahibine ilişkin 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun¹⁹⁸'da bir tanım mevcut olup kanunun 2/1-f maddesinde; “İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle Baştürk, içerik sahibini “haksız rekabet oluşturan veriyi ticari işletmesi adına ağ ortamında erişime sunan kişi” olarak tanımlamıştır. İlan sahibine ilişkin mevzuatta herhangi bir tanım mevcut olmamakla birlikte Baştürk ilan sahibini de “haksız rekabet oluşturan ilanı (veriyi) ticari işletmesi adına ağ ortamında erişime sunulmasını isteyen, ilan eden kişi” olarak tanımlamaktadır¹⁹⁹. Bu kapsamda içerik sahibi ve ilan verenin içerik sağlayıcılarının alt grubu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

5651 sayılı Kanun'un içerik sağlayıcı tanımına göre sosyal medya mecralarında paylaşımda bulunan yaptıkları paylaşımlar ile içerik sağlayıcı konumundadır. Dolayısıyla sosyal medya mecralarında yaptıkları paylaşımlar ile

¹⁹⁶ Erol, s. 41.

¹⁹⁷ Abbasoğlu, s. 155.

¹⁹⁸ 23.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı RG. (www.resmigazete.gov.tr e.t. 21.06.2023.)

¹⁹⁹ Baştürk, s. 293-294.

haksız rekabete sebep olan kişilere “içerik sağlayıcı” olarak TTK 56. maddede düzenlenen davalar açılacaktır. Ayrıca TTK 58/3 hükmü gereğince TBK’da aranan koşulların varlığı halinde bu kişilere karşı maddi ve manevi tazminat davası da açılacaktır²⁰⁰.

Çalışmamız kapsamında etkileyici reklamları ve viral reklamlarda yer alan rekabet ihlallerinde sorumlu kişinin tespiti bu başlık açısından önem arz etmektedir. Nitekim sosyal medya mecraları üzerinden paylaştıkları içerikler ile reklam yapan etkileyicilerin, herhangi bir haksız rekabet halinin varlığında “içerik sahibi” olarak sorumlulukları söz konusu olacaktır. Aynı şekilde viral reklamlarda da içeriği sosyal medya platformları üzerinden sunan kişiler “içerik sahibi” sıfatına sahip olarak haksız rekabet teşkil eden viral reklamlardan dolayı sorumlu olacaktır²⁰¹.

Ayrıca burada sosyal medyada içeriğin sahibi olmaksızın içerik sahibi tarafından paylaşılan içeriği beğenen ya da tekrar paylaşan kişiler açısından sorumluluğun değerlendirilmesi önemlidir. 5651 sayılı Kanun’da buna ilişkin olarak “İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.” düzenlemesi yer almaktadır. Kanunda yer alan bu düzenleme cezai sorumluluğa ilişkin olup böyle bir durumda reklam hukuku kapsamında bir sorumluluk doğmayacağı değerlendirilmektedir²⁰². Ancak kanaatimizce somut olay kapsamında başkasına ait bir içeriğin yeniden paylaşılması diğer kullanıcıların söz konusu içeriğe ulaşması ve bu yolla reklam yapılması amacı taşımaktaysa yeniden paylaşım yapan kişi de tıpkı içerik sahibi gibi sorumlu olmalıdır.

b. İletiyi Bilişim Aracına Koyan veya Koyduran Kişi ve İlan Servisi Şefi

TTK 58. maddede belirtilen sorumluların ikinci kademesinde iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servis şefi yer almaktadır. Hüküm kapsamında internet sitesinin bir ilan servis şefi mevcutsa iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ile birlikte sorumlu olacağı anlaşılmaktadır.

5651 sayılı Kanun’daki içerik sağlayıcı tanımından hareketle iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefinin de içerik sağlayıcılarının bir alt grubunu oluşturduğu söylenebilir. Nitekim içerik sağlayıcı, internet ortamı

²⁰⁰ Bozkurt Yüksel, s. 89.

²⁰¹ Abbasoğlu, s. 159.

²⁰² Özdemir/Doğanay, s. 327.

üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan kişiler olarak tanımlanmakta olup iletinin bilişim aracına konulması da bu kapsamdadır. Ancak TTK’da benimsenen kademeli sorumluluk sistemine göre bunların sorumluluğu ikinci kademedede yer almakta olup ancak ilk kademedede yer alan içerik sahibi ve ilan verenin bulunmadığı ya da sorumlu tutulmadığı hallerde sorumlulukları gündeme gelecektir. Ancak TTK 58/2 gereği kusurları mevcutsa doğrudan sorumlu olacaklardır²⁰³.

“Bilişim Aracı” terimine ilişkin olarak TTK’da herhangi bir tanım ya da açıklama olmadığı gibi mevzuatımızda da bu terime ilişkin hiçbir açıklama bulunmamaktadır. TDK’da bilişim Türk Dil Kurumu’nun hazırladığı sözlüğe göre bilişimin tanımı “İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, enformatik” olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda bilgisayarlar bilgiyi işleyen elektronik makine olarak bir bilişim aracıdır. Hükmün lafzına göre iletiyi bilişim aracına koymakla haksız rekabet oluşmaktadır. Fakat iletinin bilişim aracına konulması işlenmesi ve iletilmesi dışında depolanmasını da kapsamaktadır. Bu noktada iletinin başkalarına sunulmaksızın salt bilişim aracına konulmasıyla haksız rekabetin oluşacağı gibi bir anlam çıkmaktadır ki bu durum haksız rekabetin temelini aykırıdır. İleti başkalarına sunulmadan ya da iletilmeden rekabeti ihlal edici bir etki yaratması mümkün değildir. Hükmün bu açıdan terminolojik olarak yanlış anlaşılmaya sebebiyet verdiği görülmektedir. Baştürk’e göre burada “bilişim araçları” yerine “bilişim ağları” teriminin, “bilişim aracına koymak ya da koydurmak” terimi yerine de “erişime sunmak” teriminin kullanılması gerekmektedir. Bozkurt’a göre de “bilişim araçları” terimi yerine “bilişim araçları ağları veya bilgisayar ağları” terimi daha uygundur. Hükümdeki terim belirsizliği sorumluluk tespiti açısından sorun teşkil etmekte olup Baştürk’e göre son çare olarak hükmün somut olaya uygulanması sonucu oluşacak yargı kararları ve bu kararların incelenmesi sonucunda bir çözüme ulaşılabileceğini değerlendirmektedir²⁰⁴.

²⁰³ Abbasoğlu, s. 159.

²⁰⁴ Baştürk, s. 295; Bozkurt Yüksel, s. 91.

c. İşletme veya Kuruluş Sahibi

TTK'da benimsenen kademeli sorumluluk sisteminin üçüncü ve son kademesi işletme veya kuruluş sahibidir. Ancak ne hükümde ne de TTK'da işletme veya kuruluş sahibine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Kanunda “Bilişim Kuruluşu” ve “Bilişim İşletmesi” terimlerine ilişkin bir açıklama yapılmaması tıpkı “İletiyi Bilişim Aracına Koyan veya Koyduran Kişi” terimindeki belirsizliğin sorumluluğun tespitinde sorun teşkil ettiği gibi işletme ve kuruluş sahiplerinin sorumluluğu açısından da bir belirsizlik söz konusudur. Baştürk'e göre, burada sözü edilen bilişim işletmesi ticaret hukukundaki ticari işletmenin bilişim ile kesişmesi sonucu bilişim sektöründe faaliyet gösteren ticari işletmeleri ifade etmektedir. Ancak Baştürk, bilişim teknolojilerinin çeşitliliği değerlendirildiğinde TTK'nın 58. maddesindeki bu terim karmaşası ve belirsizliğinin haksız rekabet teşkil eden bir içeriğin oluşturulması ve iletilmesinde herhangi bir şekilde işlev yüklenen tüm kişi veya işletmelerin fiilin gerçekleşmesindeki fonksiyon ve katkılarına bakılmaksızın sorumlu tutulmaları gibi tehlikeli bir sonuca yol açabileceğini değerlendirmektedir²⁰⁵.

Burada işletme veya kuruluş sahibinin haksız rekabet teşkil eden herhangi bir eylemi söz konusu olmaksızın salt eylemin gerçekleştirildiği bilişim işletmesi ya da kuruluşunun sahibi olmaları sebebiyle sorumlu olacakları düzenlenmiştir²⁰⁶.

d. Hizmet Sağlayıcıları

TTK 58/4 fıkrasında hizmet sağlayıcılarına ilişkin özel ve istisnai bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye 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.*”

TTK'nın bu düzenlemesiyle hizmet sağlayıcılarına yönelik özel bir sorumsuzluk hali düzenlenmiş, fakat hizmet sağlayıcısı teriminden ne anlaşılması

²⁰⁵ Baştürk, s. 291.

²⁰⁶ Abbasoğlu, s. 162.

gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Hizmet sağlayıcısı terimine uluslararası mevzuatta Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi²⁰⁷’nde yer verilmiş olup Sözleşme’nin 1/c maddesinde “hizmet sağlayıcı” *“hizmetlerini kullananlara bir bilgisayar sistemi aracılığı ile iletişim kurma olanağı sağlayan her türlü kamu ve özel sektör tüzel kişisini ve böylesi iletişim hizmeti veya bu hizmetlerin kullanıcıları adına bilgisayar verilerini işleyen veya depolayan diğer her türlü tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır.²⁰⁸ Tanım kapsamında hizmet sağlayıcısının hem bir sanal ağda barındıran (hosting) , hem bir sanal ağın ön belleğine alan (caching) hem de bir ağa bağlantı sağlayan hizmetleri sunan üst bir kavram olarak düzenlendiği görülmektedir.

Ulusal mevzuatımızda hizmet sağlayıcısına ilişkin tek tanım 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un 2/1-ç maddesinde düzenlenmiş ve hizmet sağlayıcı “elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Ancak TTK 58. maddesindeki sorumluluğun ele alınış şekli dikkate alındığında bu tanım oldukça dar bir uygulama alanına sebep olacaktır. Burada sözü edilen hizmet sağlayıcı elektronik ticareti de kapsayan internet hizmetlerini sağlayan geniş bir kavram olarak ele alınmalıdır.

5651 sayılı Kanun’da bilişim aktörleri içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcı olmak üzere üç ana grupta düzenlenmiştir. 2/1 maddesine göre içerik sağlayıcı “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri” , erişim sağlayıcı “kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri” , yer sağlayıcı “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri” ifade etmektedir. Nomer Ertan’a göre burada sözü edilen içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcıların hepsi birer hizmet sağlayıcıdır.²⁰⁹ Bozkurt Yüksel’e göre, 5651 sayılı Kanun’da düzenlenen erişim sağlayıcı kavramı hizmet sağlayıcı kavramıyla aynı hususu ifade etmekle birlikte yazar, TTK’da kullanılan “hizmet sağlayıcısı” kavramı yerine eski kanun olan 5651 sayılı Kanun’daki “erişim sağlayıcı” kavramının tercih edilmesinin kavram birliği açısından daha yerinde olacağını değerlendirmektedir²¹⁰.

²⁰⁷ 23 Kasım 2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (Convention on Cybercrime)

²⁰⁸ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140809-5-1.pdf> e. t. 17.06.2023.

²⁰⁹ Nomer Ertan, s. 444.

²¹⁰ Bozkurt Yüksel, s. 92.

5651 Sayılı Kanun'a 29.07.2020 tarihinde eklenen²¹¹ "sosyal ağ sağlayıcı" tanımı çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Kanunun 2/1-s maddesinde düzenlenen sosyal ağ sağlayıcı "Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır. Facebook, İnstagram, Twitter, Youtube gibi sosyal medya platformları bu tanım doğrultusunda "sosyal ağ sağlayıcı" konumunda olup mecra olarak sorumlulukları aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

Hem uluslararası mevzuat hem de ulusal mevzuat birlikte değerlendirildiğinde kanaatimizce burada sözü edilen hizmet sağlayıcı kavramı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve sosyal ağ sağlayıcı kavramlarını bünyesinde bulunduran üst bir kavramdır.

Hizmet sağlayıcılarına ilişkin TTK 58/4 maddesi ile gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerinden kural olarak sorumsuz olacakları düzenlenmiş, maddenin devamında sorumlu tutulabilmeleri için gerekli şartlar değerlendirmiştir. Bu kapsamda hizmet sağlayıcılarına karşı haksız rekabetten doğan davaların açılabilmesi için hizmet sağlayıcının haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmış olması, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmiş olması veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmiş olması gerekmektedir. Hizmet sağlayıcılarının hukuki sorumluluklarının tespiti bu yönüyle teknik inceleme gerektirmekte olup kanunda aranan şartların varlığına ilişkin teknik bilirkişi raporları alınması ve değerlendirmenin bu raporlar doğrultusunda yapılması gerekmektedir²¹².

Hizmet sağlayıcılarına ilişkin TK 58/4'de ayrıca hizmet sağlayıcılarına karşı tedbir taleplerine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Hüküm kapsamında hizmet sağlayıcıları hakkında tedbir kararı verilmesi sıkı şartlara bağlanmıştır. Hüküm doğrultusunda hizmet sağlayıcılar hakkında tedbir kararı verilebilmesi için TTK 54 ve 55. maddeler anlamında bir "haksız rekabet" fiili gerçekleştirilmiş olması, haksız rekabet fiilinin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği

²¹¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm> e. t. 16.06.2023.

²¹² "Eklenen dördüncü fıkra önce, hizmet sağlayıcılar için sorumsuzluk ilkesini koymaktadır. (Hizmet sağlayıcıların başka kanunlarda düzenlenen "ara ve geçici saklama" dâhil diğer sorumluluklarının saklı olduğu şüphesizdir). Dördüncü fıkra daha sonra hizmet sağlayıcıların haksız rekabet oluşturan fiilden sorumlu tutulabilecekleri durumları Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 8 Haziran 2000 tarihli 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ("Elektronik Ticaret Konusunda Direktif") ile uyumlu bir şekilde belirlemektedir. Teknik olan bu sebepler için bilirkişi incelemesi gereklidir." Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 3. Yasama Yılı 25. Birleşim, 03 Aralık 2008 Çarşamba, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/TutanakMetinleri> e. t. 16.06.2023.

zararların büyük olacağı durumların söz konusu olması ve tedbir kararı verilmeden önce ilgili hizmet sağlayıcısının da dinlenilmesi gerekmektedir²¹³.

aa. Sosyal Medya Platformlarının Sorumluluğu

Reklamın unsurları değerlendirilirken mecranın reklamın vazgeçilmez unsuru olduğuna değinilmişti. Reklamın hedef kitlesiyle buluşabilmesi yazılı, sesli ya da görsel bir mecra da gerçekleşmektedir. Mecranın reklamın vazgeçilmez unsuru olması mecra kuruluşunu da reklamın taraflarından biri haline getirmektedir.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 4. maddesinde mecra kuruluşu "Ticari reklam veya ilânı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Tanımda her ne kadar "kuruluş" şeklinde bir tanım yapılmış olsa da tanım içeriğinden de anlaşılacağı üzere reklamın yayımlandığı mecranın bir kuruluş olması gerekliliği bulunmamaktadır. Nitekim mecra kuruluşu gerçek ya da tüzel kişi olabilmektedir²¹⁴.

Sosyal medya reklamları açısından bakıldığında Facebook, Instagram, Twitter, Youtube gibi sosyal medya platformları, reklamı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanalları kapsamında yer almakta olup mecra kuruluşu niteliğindedir.

Sosyal medya platformlarının 5651 sayılı Kanun'da tanımı yapılan "sosyal ağ sağlayıcı" konumunda yer aldığından ve TTK 58/4. maddede düzenlenen hizmet sağlayıcıların bir alt kategorisi olduğundan bahsedilmişti. Dolayısıyla sosyal medya platformlarında haksız rekabet teşkil eden bir eylemin mevcut olduğu hallerde TTK'nın 58/4. maddesi kapsamında sorumluluk değerlendirmesi yapılmalıdır.

5651 sayılı Kanun'da sosyal ağ sağlayıcılara ilişkin özel düzenlemelerle bir takım yükümlülük ve yaptırımlar öngörülmüştür. Çalışmamız kapsamında sosyal medya platformlarının hukuki sorumlulukları açısından önem arz etmesi sebebiyle söz konusu düzenlemeler aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

²¹³ "Bu konuda diğer hassas bir sorun da, bilgi toplumu hizmetini durduran tedbir kararlarıdır. Dördüncü fıkranın bu husustaki ilkesi, sistemi durduran tedbir kararlarının -kural olarak- verilemeyeceğidir. Çünkü böyle bir karar sadece uyumsuzluk konusu fiili değil bilgi toplumu hizmetini durdurmaktadır. Ancak dördüncü fıkra böyle etkileri geniş bir kararın hangi durumlarda verilebileceğini göstermektedir. Konunun, göz ardı edilemez önemi dolayısıyla, dördüncü fıkra, böyle etkileri geniş bir karar vermeden önce mahkemenin ilgili hizmet sağlayıcısını (temsilcisini, mümkünse teknik temsilciyi) dinlemesi gereğini hükme bağlamıştır. Dördüncü fıkra, ayrıca mahkemeye, içeriği geçici olarak kaldırmak gibi etkileri sınırlı, somut olaya uyan, uygulanabilir tedbirler de alabilir." , <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/TutanakMetinleri> e. t. 16.06.2023.

²¹⁴ Aslan, s. 69.

bb. 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Sosyal Ağ Sağlayıcılarının Yükümlülükleri

5651 sayılı Kanun'da 29.07.2021 tarihli 7253 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle sosyal ağ sağlayıcılarına bazı yükümlülükler getirilmiştir. Söz konusu yükümlülüklerden ilki Ek- madde 4/1 de düzenlenen Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarının Kurum, Birlik, adli veya idari makamlarca gönderilecek tebligat, bildirim veya taleplerin gereğinin yerine getirilmesi ve kişiler tarafından bu Kanun kapsamında yapılacak başvuruların cevaplandırılması ve bu Kanun kapsamındaki diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesini temin için yetkili en az bir kişiyi Türkiye'de temsilci olarak belirlemesi gerekliliğidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde sosyal ağlayıcıya bildirimde bulunulacağı, bildirime rağmen yerine getirilmemesi halinde Bilgi Teknoloji ve İletişim Kurumu Başkanı (Kanunda olduğu gibi bu başlık altında bundan sonra Başkan olarak anılacaktır.) tarafından idari para cezası verileceği ve halen yerine getirilmemesi halinde yine Başkan tarafından Türkiye'de mukim vergi mükellefi olan gerçek ve tüzel kişilerin ilgili sosyal ağ sağlayıcısına yeni reklam vermesi yasaklanacağı, bu kapsamda yeni sözleşme kurulamayacağı ve buna ilişkin para transferi yapılamayacağı düzenlenmiştir²¹⁵. Ayrıca aynı hükümde bu madde uyarınca verilen reklam yasağına aykırı davranan Türkiye'de mukim vergi mükellefi gerçek ve tüzel kişilere ayrı bir para cezası öngörülmüştür.

Türkiye'de bir temsilci belirleme yükümlülüğünün yaptırımını olarak öngörülen reklam yasağı aynı hükümde birkaç yükümlülük açısından daha düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerden biri de, Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ya da erişimin engellenmesi kararlarının gereğinin yerine getirilmesi yükümlülüğüdür. Hüküm kapsamında bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda da Türkiye'de mukim vergi mükellefi olan gerçek ve tüzel kişilerin ilgili sosyal ağ sağlayıcısına yeni reklam vermesi yasaklanacaktır²¹⁶. Yine hükümde Başkan tarafından verilebileceği düzenlenen idari para cezalarının ödenmemesi durumunda da reklam yasağı yaptırımını öngörülebilecektir. Aynı hükümde sosyal ağ sağlayıcının, idari para cezalarının tamamını ödemesi ve Kuruma bildirmesi hâlinde reklam yasağı kararının kaldırılacağı da düzenlenmiştir²¹⁷.

²¹⁵ 5651 Sayılı Kanun Ek madde- 4/2.

²¹⁶ 5651 Sayılı Kanun Ek madde- 4/10.

²¹⁷ 5651 Sayılı Kanun Ek madde- 4/12.

Hükümde ayrıca sosyal ağ sağlayıcılarının tazminat sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu düzenlemeye göre “*Hukuka aykırılığı hâkim veya mahkeme kararı ile tespit edilen içeriğin sosyal ağ sağlayıcıya bildirilmesi durumunda, bildirime rağmen yirmi dört saat içinde içeriği çıkarmayan veya erişimi engellemeyen sosyal ağ sağlayıcı, doğan zararların tazmin edilmesinden sorumludur. Bu hukuki sorumluluğun işletilmesi için içerik sağlayıcının sorumluluğuna gidilmesi veya içerik sağlayıcıya dava açılması şartı aranmaz.*”²¹⁸ Bu hüküm ile hukuka aykırı eylem sosyal ağ sağlayıcı tarafından gerçekleştirilmediği halde verilen kararın uygulanmaması halinde sosyal ağ sağlayıcıya tazminat sorumluluğu yüklenmektedir. Üstelik hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren içerik sağlayıcının sorumluluğuna başvurulmaksızın sosyal ağ sağlayıcının sorumluluğu yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir.

5651 sayılı Kanun Ek madde 4/17’de “Bu maddenin uygulanmasında sosyal ağ sağlayıcının yükümlülükleri, içerik veya yer sağlayıcısı olmasından doğan sorumluluk ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz.” düzenlemesi mevcuttur. Bu kapsamda sosyal ağ sağlayıcıları için öngörülen bu özel düzenlemeler TTK 58/4. maddesi kapsamındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Sosyal ağ sağlayıcı bu düzenlemeler kapsamında öngörülen yükümlülükleri yerine getirirse dahi TTK 58/4’ te aranan şartların varlığı halinde hukuki sorumluluğu doğacaktır.

III. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

A. Görevli Mahkeme

TTK’nın 4. maddesinde bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan tüm hukuk davalarının mutlak ticari dava olduğu düzenlenmiştir. TTK’da düzenlenmiş olan haksız rekabet davaları da tarafların tacir olup olmamasına veya uyuşmazlığın ticari işletme ile ilgili bulunup bulunmadığına ya da alacağın veya borcun kaynağına bakılmaksızın ticari davadır. TTK 5. maddesine göre ticari davalara bakmakla görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olup bu kapsamda haksız rekabet davalarının görüleceği yer asliye ticaret mahkemesidir.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin özel düzenlemeler ile haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerin kümülatif olarak uygulanması gerektiğinden ve şartların varlığı halinde hem fikri mülkiyet haklarına ilişkin taleplerin, hem de haksız rekabete dayalı taleplerin ileri sürülebileceğinden bahsedilmiştir. Fikri mülkiyet haklarına

²¹⁸ 5651 Sayılı Kanun Ek madde- 4/14.

ilişkin davalarda görevli mahkeme ihtisas mahkemeleri olan fikri ve sınai haklar mahkemeleridir. Bu durumda hem fikri sınai haklara ilişkin, hem de haksız rekabete ilişkin taleplerin ileri sürülmesinde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi mi yoksa fikri ve sınai haklar mahkemeleri mi olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Burada görevli mahkeme tespitinde özel olarak korunan fikri haklardan birine dayalı talepte bulunulup bulunulmadığı dikkate alınmalıdır. Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği gibi; eğer özel olarak korunan örneğin tescilli bir markaya ilişkin hem marka hakkına hem de haksız rekabete dayalı talepte bulunulduğunda, görevli mahkeme fikri ve sınai haklar mahkemesi olacaktır²¹⁹. Nitekim özel olarak korunan fikri haklara ilişkin inceleme ve değerlendirme özel uzmanlık gerektirdiğinden, bu konuda yargılamanın da ihtisas mahkemelerine bırakılması yerinde olacaktır.

Göreve ilişkin bir diğer sorun, tüketicilerin haksız rekabete ilişkin taleplerindeki durumdur. TKHK 73. maddesinde tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara bakmakla görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca TKHK 83. maddesinde *“taflardan 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.”* düzenlemesi mevcuttur. Bu noktada tüketicilerin açacağı haksız rekabet davalarının tüketici mahkemelerinde mi, asliye ticaret mahkemelerinde mi açılacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Öncelikle tüketici tarafından da açılrsa haksız rekabet davalarında kural olarak görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu söylenmelidir. Ancak TKHK 83. maddesinde yer alan *“tüketici işlemi”* söz konusuysa ve tüketici işlemine dayalı bir haksız rekabet iddiası varsa o zaman görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olacağı söylenebilir²²⁰. Çalışmamızın konusunu oluşturan ticari reklam ve haksız

²¹⁹ Nomer Ertan, s. 447; 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, Budak, s. 169.

²²⁰ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında *“Somut olayda, davalı sigorta şirketine zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi ile sigortalı araçla kazaya karışan aracın sürücüsü olan davacının meydana gelen kaza sonucu yaralanması nedeni ile uğradığı maddi zararlarının tazmini talep edilmiş olup, esasen davalı sigorta şirketi ile davacı arasında akdedilmiş her hangi bir sigorta sözleşmesi bulunmamaktadır. 6502 sayılı TKHK'nın “tüketici işlemi” tanımlayan 3. maddesinin (1) bendinde, mal veya hizmet piyasalarında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlemin Kanun kapsamına (m.2) alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Yine Kanun kapsamında olduğu düzenlenen 2. maddesinde belirtilen “tüketiciye yönelik uygulamalar” ise bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalar olarak değerlendirilmesi*

ticari uygulamalar tüketici işlemi değil, tüketiciye yönelik uygulamalardır. Nitekim Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 4/p maddesinde tüketiciye yönelik ticari uygulama, “*bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olarak ticari uygulamada bulunan tarafından gerçekleştirilen eylem, ihmâl, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dahil olmak üzere her türlü ticari uygulama*” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda TKHK 83. maddesinin tüketici işlemi esas alan lafzı karşısında, tüketiciye yönelik ticari uygulama niteliğindeki ticari reklam ve haksız ticari uygulamalara dayalı haksız rekabet iddialarında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır²²¹.

B. Yetkili Mahkeme

Haksız rekabet hukuki niteliği gereği bir haksız fiil olduğundan haksız rekabet davaları, HMK 6-16 maddesi gereğince kural olarak davalının ikametgahında açılacağı gibi haksız rekabetin gerçekleştiği yer, zararın doğduğu veya doğma ihtimalinin bulunduğu yer ile zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.

Tüketiciler tarafından açılan ve tüketici işlemlerine dayalı haksız rekabet davalarında ise TKHK 73/5 maddesi gereğince tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

Yargıtay internet ortamında gerçekleştirilen haksız rekabet davasında görevli mahkemenin tespitine ilişkin bir kararında, internetin ulaştığı her yerde dava açılacağına ve davacının haksız rekabet içeren içeriği kendi ikametgahında görmüş olması sebebiyle bu yer mahkemesinde dava açabileceğine hükmetmiştir²²². Kanaatimizce bu karar HMK 6-16 gereği “*zararın doğduğu veya doğma ihtimalinin bulunduğu yer*” mahkemesi yetkisinin internet üzerinden gerçekleştirilen eylemler açısından yorumlanmasıdır. Nitekim internet ortamında gerçekleştirilen eylemler sebebiyle internetin ulaştığı her yerde zararın doğma ihtimali mevcuttur.

gerekmektedir. Bu bakımdan yukarıda yapılan açıklamalar değerlendirildiğinde, talebin trafik kazası nedeniyle maruz kalınan maddi tazminatın sigorta şirketinden tahsili istemine ilişkin olduğu, davanın Türk Ticaret Kanununun 1483 vd. maddelerinde sayılan hususlardan olduğu anlaşılmaktadır” şeklinde hüküm kurarak asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 20. HD. 17.4.2015 tarihli E. 2015/1254, K. 2015/3228 sayılı kararı, Nomer Ertan, s. 453.

²²¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 547; Nomer Ertan, s. 455.

²²² Yargıtay 11. HD. 2006/ 11815 E. 2007/ 14483 K. 19.11.2007_ tarihli kararı, www.kazancı.com.tr e. t. 17.06.2023.

IV. ZAMANAŞIMI

Haksız rekabet davalarında zamanaşımı TTK 60. maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu düzenlemeye göre “56. maddede yazılı davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur.”

TTK'nın 60. maddesinde öngörülen zamanaşımı süreleri haksız rekabet davalarının tamamı açısından geçerli değildir. Nitekim TTK 56. maddesinde düzenlenen tespit, sona erdirme ve eski hale iade davaları, devam etmekte olan haksız rekabet eyleminin sona erdirilmesi amacıyla açılmakta olup; bu davalar haksız rekabet devam ettiği sürece açılacaktır. Aynı durum TTK 56. maddesinde önleme talebi için de söz konusu olup işbu davanın haksız rekabet fiilinin gerçekleşmesinden önce ve gerçekleşme tehlikesine karşı açıldığı dikkate alındığında, haksız rekabetin gerçekleşme ya da tekrar etme ihtimalinin bulunduğu süre boyunca açılması mümkündür. Bu kapsamda TTK 60. maddede düzenlenen zamanaşımı süreleri önleme, tespit, sona erdirme ve eski hale iade davaları açısından geçerli olmayıp bu davaların aranan şartların mevcut olduğu süre boyunca açılması mümkündür²²³.

Tekrarlanan haksız rekabet eylemlerine ilişkin zamanaşımı süresi kesilip tekrar başlayacağından tekrarlanan her eylem için ayrıca hesaplanacaktır. Ayrıca haksız rekabet eylemi devam ettiği müddetçe zamanaşımının işlemeye başlamayacağı belirtilmelidir. Bu kapsamda haksız rekabet teşkil eden bir reklama ulaşılabildiği sürece zamanaşımı süreleri işlemeye başlamayacaktır²²⁴.

²²³ Nomer Ertan, s. 461.

²²⁴ Abbasoğlu, s. 178.



DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Teknolojik gelişmelerle ticari hayat internete ve internetin gelişmesiyle de farklı mecralara taşınmıştır. İnternetin son ürünü olan ve gittikçe popülaritesini artıran sosyal medya erişilebilirliğin kolay olması, hızlı ve masrafsız iletişimi destekleyen yapısı sayesinde ticari iletişimin merkezi haline gelmiştir. Girişimciler ürün ve hizmetlerini sosyal medya aracılığıyla kolaylıkla hedef kitleleri olan tüketicilerin beğenisine sunmaktadır. Sosyal medyada ticari iletişimi sağlayan sosyal medya reklamları çalışmamızın yapı taşı olarak ele alınmıştır.

Sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ve tüketicilerin bu mecrada aktif olarak faaliyette bulunması müteşebbislerin pazarlama politikalarında sosyal medya reklamlarına daha fazla yer ayırmalarına sebep olmuştur. Sosyal medyada geleneksel pazarlama yöntemlerine de başvurulmakla birlikte sosyal medyanın kendine özgü özellikleri çalışmada ele alınan etkileyici reklamları, çevrimiçi davranışsal reklamlar, viral reklamlar gibi farklı pazarlama yöntemlerinin de doğmasını sağlamıştır. Ancak sıklıkla tercih edilmesine rağmen denetimin nispeten zor olması ve bir mecra olarak yeni yeni şekillenmekte olması sosyal medyada hak ihlalleriyle karşılaşma ihtimalini artırmaktadır.

Serbest ticari hayatın devamlılığı için bir gereklilik olan rekabet ticari hayatın aktörleri açısından bir haktır. Ancak rekabet hakkının ticari ortamdaki diğer aktörlerin haklarını ihlal ettiği noktada hukukun müdahalesi söz konusu olmaktadır. Rekabet hakkını ihlal eden ve hakkın kötüye kullanılmasına sebep olan davranışlar haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. Haksız rekabet teşkil eden davranışlar dürüst rekabet ortamını bozarak rakiplerin ticari hayata güvenini sarsmakta ve birbirlerine zarar vermelerine sebep olmaktadır. Aynı zamanda tüketiciler de rekabet hakkını ihlal eden davranışlar neticesinde piyasaya güvenlerini kaybetmekte ve hileli davranışlarla zarar görmektedir. Bu noktada haksız rekabet esasen çift yönlü koruma işlevi görmektedir. Öyle ki bir yandan ticari rakiplerin birbirine karşı korunmasını sağlarken bir yandan da tüketicileri ticari teşebbüslere karşı korumaktadır.

Haksız rekabet mevzuatımızda esas olarak 6102 sayılı TTK'da düzenlenmekle birlikte çalışma konusu kapsamında 6102 sayılı TTK, 6098 sayılı TBK ve tüketicilere yönelik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile bu kanuna dayanılarak çıkartılmış olan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği hükümleri kapsamında değerlendirme yapılmıştır. Ayrıca sosyal medya reklamlarına ilişkin hukukumuzda ilk yasal düzenleme niteliği taşıyan “Sosyal

Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” etkileyici reklamlarında haksız rekabet konusunda özel düzenlemeler içermesi sebebiyle önem arz etmektedir.

Hukukumuzda haksız rekabet hallerinin spesifik olarak düzenleme altına alındığı TTK 55. maddesi kapsamında özellikle belli haksız rekabet halleriyle sosyal medya reklamlarında da karşılaşılmaktadır. Sosyal medya reklamlarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması haksız rekabet değerlendirmesinde tıpkı geleneksel reklamlarda olduğu gibi TTK’nın haksız rekabet hükümleri kapsamında değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Ancak sosyal medyanın kendine özgü yapı ve özellikleri sosyal medya reklamlarında TTK 55. Maddesinde düzenlenen bir takım haksız rekabet hallerinin diğerlerinden ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Bunlardan “Aldatıcı Reklamlar” olarak nitelendirilen ve TTK 55/1/a-2 bendindeki “Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamalarda Bulunmak veya Aynı Yollarla Üçüncü Kişiyi Rekabette Öne Çıkarmak” eylemi sosyal medya reklamlarında en sık karşılaşılan haksız rekabet halidir. Sosyal medya reklamlarında aldatıcılık geleneksel reklamlardaki ürün ya da hizmete ilişkin eksik ya da yanlış bilgi verilmesi gibi aldatıcılık hallerinden daha farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir.

Reklamın ticari niteliği gizlenerek tüketiciye sunulması ile gerçekleştirilen örtülü reklamlara sosyal medya reklamlarında çok rastlanmaktadır. Nitekim sosyal medya reklamlarından viral reklamlarda içerik bir ürün ya da hizmetin tanıtımı gibi değil de doğal bir içerik gibi tüketiciye sunulmaktadır. Benzer şekilde etkileyici reklamlarında da etkileyici hayatından doğal bir kesit gibi tüketiciye sunduğu içerikte arka planda ürün ya da hizmet tanıtımı yapabilmektedir. Tüketicide gerçek durumun aksi bir kanaat yaratılması sebebiyle aldatıcı reklamların bir alt türü olarak değerlendirilen örtülü reklamlar TTK 55/1/a-2 bendi kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca örtülü reklam TKHK 61/4 ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin 22/1 hükümleri gereği yasaklanmıştır. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz’da da örtülü reklamlar yasaklanmış olup etkileyicilerin henüz deneyiminin bulunmadığı ürün ya da hizmetlere ilişkin deneyimlendiği ya da onaylandığı algısıyla paylaşımda bulunulamayacağı, reklam niteliğindeki içeriklerin etkileyiciler tarafından reklam, tanıtım, işbirliği gibi ibareler kullanılarak tüketiciye bildirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu noktada viral reklamların yapıları gereği genellikle reklam verenin kimliğinin ve reklam

niteliğinin gizlendiği içerikler olması, reklam verenin kimliğine yer verilse de tüketici tarafından anlaşılamayacak şekilde sunulması düşünüldüğünde tıpkı etkileyici reklamlarındaki gibi viral reklamlara ilişkin de özel bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı değerlendirilmiştir.

TTK 55/1-a bendinde düzenlenen karıştırılmaya yol açan önlemler almak suretiyle haksız rekabet eylemleriyle sosyal medya reklamlarında sıklıkla karşılaşılmaktadır. Burada karıştırılma konusu ürün ya da hizmetlerin ayırt edilmesine yarayan marka, patent, ticaret unvanı, işletme adı gibi fikri mülkiyet ürünleri olduğundan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda fikri mülkiyet hukuku hükümleri ile TTK'nın haksız rekabet hükümlerinin farklı nitelikte koruma sağladığı ve bu doğrultuda söz konusu hükümlerin kümülatif olarak uygulanabileceği değerlendirilmiştir.

Sosyal medya reklamlarında “Karşılaştırmalı Reklamlar” olarak nitelendirilen ve TTK 55/1/a-5’te düzenlenen kendisini ya da üçüncü kişiyi başkalarıyla karşılaştırma yoluyla öne geçirme eylemi sıklıkla karşılaşılan bir başka haksız rekabet halidir. TTK hükmü kapsamında karşılaştırmalı reklam doğrudan haksız rekabet olarak nitelendirilmemekte, ancak gerçeğe aykırı, yanıltıcı, gereksiz yere kötüyücü ya da gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanan karşılaştırmalı reklamlar haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 8. maddesinde karşılaştırmalı reklamların hangi hallerde hukuka uygun olacağı özel olarak düzenlenmiştir. Bu noktada ilgili hükümdeki “Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi” şartı ile karşılaştırmalı reklamlarda rakibe ait marka, logo vs. yer verilmesi doğrudan yasaklanmıştır. Dolayısıyla rakibin markasının ya da ayırt edici unsurlarının belirtildiği karşılaştırmalı sosyal medya reklamları doğrudan haksız rekabet teşkil etmektedir.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği 8. maddesiyle karşılaştırılan ürün ya da hizmetlerin özelliklerinin objektif olarak karşılaştırılması, nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayalı iddiaların bilimsel test ve belgelerle ispatlanması şartı düzenlenmiştir. Ancak özellikle etkileyicilerin çoğunlukla bu şarta uymaksızın objektif nitelik taşımayan ve tamamen kendi kanaatleri doğrultusunda karşılaştırmalı reklam yaptıkları görülmektedir. Yine yönetmelik ile takviye edici gıdaların, beslenme beyanı kapsamındaki hususların, gıda reklamlarında ilgili

mevzuata göre sağlık beyanı kapsamına giren hususların karşılaştırma konusu edilmesi yasaklanmıştır. Ancak etkileyici reklamlarında sıklıkla yasaklanan bu konuların da karşılaştırma konusu edildiği görölmektedir. Bu kapsamda yönetmelik hükümlerine aykırılık teşkil eden bu etkileyici reklamları haksız rekabet olarak değerlendirilecektir.

TTK 55/1-e bendinde düzenlenen iş şartlarına uymama eylemi özellikle çevrimiçi davranışsal reklamlar açısından önem arz etmektedir. Çevrimiçi davranışsal reklamlarda kişiye özel reklamların çıkarılması amacıyla tüketicilerin kişisel verileri toplanmakta ve işlenmektedir. Kişisel verilere ilişkin temel mevzuat niteliği taşıyan GDPR ve KVKK'da düzenlenen ilke ve kurallara aykırılık teşkil eden çevrimiçi davranışsal reklamlar mevzuat gereği uyulması gereken iş şartlarına aykırılık teşkil etmektedir. Kişisel veri mevzuatı kapsamında kişisel verilerin toplanma ve işleme amacı konusunda tüketiciyi bilgilendirilmeksizin ve bu konuda onayları alınmaksızın yapılan çevrimiçi davranışsal reklamlar haksız rekabet olarak değerlendirilecektir.

İş şartlarına uymama yoluyla haksız rekabet özellikle özel mevzuatları gereği reklamı yasaklanmış olan ürün ve hizmetlere yönelik reklamlarda karşımıza çıkmaktadır. Avukatlık, hekimlik, noterlik gibi meslek gruplarının özel mevzuatlarınca reklam yasağı söz konusu olduğu halde özellikle etkileyiciler tarafından reklamlarının yapıldığı görölmektedir. Benzer şekilde alkol ve tütün ürünleri ile reçeteye tabi ilaç ve tedaviler gibi reklamı yasaklanan ürün ve hizmetlerin de etkileyici reklamları ya da viral reklamlar yoluyla tanıtımları yapılmaktadır. Mevzuat gereği uyulması gereken iş şartlarına aykırılık teşkil eden bu sosyal medya reklamları iş şartlarına uymayan reklam niteliği taşımakta ve haksız rekabet teşkil etmektedir.

TTK 55/1/a-1 bendinde düzenlenen başkalarını, başkalarının mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötüleme yoluyla haksız rekabet haliyle özellikle etkileyici reklamlarında sıklıkla karşılaşılmaktadır. Sosyal medya kullanıcılarının kendilerini özgürce ifade edebildikleri bir ortam olması sebebiyle kötüleyici sosyal medya reklamları oldukça yaygındır. Kötüleyici açıklamalar TMK 24. maddesi kapsamında kişilik haklarına saldırı niteliği de taşıyabilmekte ve aynı zamanda kişilik hakkı ihlali de teşkil edebilmektedir. Bu noktada TMK m. 24 kapsamında doğrudan kişilik hakkının korunduğu, TTK 55/1/a-1 kapsamında ise dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının

korunduğu, dolayısıyla koruma alanlarının farklı olduğu değerlendirilmiştir. Burada iki hukuk alanı açısından hakların yarışması gündeme gelecek olup kötülemeye maruz kalan kişi ister TMK kapsamında kişilik hakkının ihlali isterse de TTK 55/1/a-1 kapsamında haksız rekabet ihlaline ilişkin talepte bulunabilecektir²²⁵.

Haksız rekabetten doğan hukuki sorumluluk TTK 56 vd. düzenlenmiş olup haksız rekabet teşkil eden sosyal medya reklamlarına karşı ilgili hükümler kapsamında dava açılabilmektedir. Sosyal medya reklamlarında haksız rekabet sebebiyle TTK 56 kapsamında ekonomik menfaatleri zarar gören ya da zarar görebilecek kişiler, ekonomik çıkarları zarar gören ya da görebilecek müşteriler ve üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili mesleki ve ekonomik birliklerle sivil toplum kuruluşları dava açabilecektir. TTK 56. maddesi kapsamında haksız rekabet teşkil eden sosyal medya reklamlarına ilişkin tespit, müdahalenin men' i, eski hale iade ile kusur ve zararın mevcudiyeti halinde maddi- manevi tazminat davası açılabilmektedir.

Haksız rekabetten dolayı sorumlu tutulabilecek kişiler TTK 57 ve 58 hükümlerinde düzenlenmiş olup sosyal medya reklamları açısından sorumluların tespiti ilgili hükümler kapsamında değerlendirilmiştir. Haksız rekabet teşkil eden sosyal medya reklamından dolayı reklam veren ile reklamcının sorumlu tutulabileceğine ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak TTK 58. maddesinde düzenlenen basın, yayın iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu sosyal medya reklamlarındaki aktörlerin sorumluluk tespiti açısından önem arz etmektedir. Hüküm kapsamında sorumlular içerik sahibi ve ilan veren, iletiyi bilişim aracına koyan ve koyduran, işletme veya kuruluş sahibi, hizmet sağlayıcı gibi sıfatlar ile tanımlanmışsa da bu sıfatlara ilişkin tanımlamalara yer verilmemesi, bilişim aktörlerine ilişkin 5651 sayılı Kanun gibi diğer kanunlarda yer alan sıfatlar ile terim birliğinin bulunmaması hükümde terim belirsizliğine yol açmakta ve sorumluların tespiti zorlaşmaktadır. Kanaatimizce sosyal medya reklamlarında haksız rekabetten dolayı sorumluların tespitinde TTK'nın haksız rekabet sorumluluğuna ilişkin hükümleri yetersiz kalmakta olup sosyal medyanın teknik yapısına göre şekillenen aktörlerinin sorumluluğuna ilişkin özel bir sorumluluk düzenlemesinin yapılması gerekmektedir.

Sosyal medya aktörlerinin sorumluluk tespitinde TTK'nın haksız rekabet sorumluluğuna ilişkin hükümleri kapsamında sosyal medya etkileyicileri ve viral

²²⁵ Nomer Ertan, s. 147.

reklam içeriği üreticilerinin haksız rekabet teşkil eden reklam içerikleri sebebiyle içerik sahibi olarak sorumlu tutulabileceği değerlendirilmiştir. Haksız rekabet teşkil eden sosyal medya reklamlarının paylaşıldığı Facebook, Instagram, Twitter, Youtube gibi sosyal medya platformlarının sosyal ağ sağlayıcı konumunda olduğu, sosyal ağ sağlayıcıların ise hizmet sağlayıcılarının bir alt türü olarak sorumluluk sahibi olduğu değerlendirilmiştir. Ayrıca 5651 sayılı Kanunla sosyal ağ sağlayıcı olarak sosyal medya platformlarına birtakım sorumluluklar ve yükümlülükler getirilmiştir. Burada hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilen bir içeriğin sosyal ağ sağlayıcıya bildirilmesi halinde içeriği kaldırmayan ya da erişimi engellemeyen sosyal ağ sağlayıcının doğan zararlardan sorumlu tutulacağına ilişkin düzenleme önem arz etmektedir. İlgili düzenleme ile hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren içerik sağlayıcının sorumluluğuna başvurulmadan hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmedeği halde sosyal ağ sağlayıcının sorumluluğuna başvurulabilmektedir.

Bu konuda ilk adım etkileyici reklamlarına ilişkin Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz ile atılmıştır. Fakat diğer sosyal medya reklam türlerine yönelik özel bir mevzuat eksikliği söz konusudur. Sonuç olarak sosyal medya reklamlarında haksız rekabet değerlendirmesi TTK kapsamında yapılmaktaysa da TTK'nın haksız rekabet hükümleri sosyal medyanın teknik özellikleri çerçevesinde şekillenen sosyal medya reklamlarındaki haksız rekabet hallerinin değerlendirilmesinde yetersiz kalmaktadır. Sosyal medyanın kendine özgü teknik yapısı ve özellikleri sosyal medya reklam türleri açısından özel düzenlemeleri gerektirmektedir. Bu doğrultuda kanaatimizce tıpkı etkileyici reklamlarında olduğu gibi diğer sosyal medya reklam türleri açısından da haksız rekabete ilişkin özel düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ABBASOĞLU, Hayriye Dilara, Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2021.

AKGÜN, Zuhâl, Ticarete Dijital Dönüşüm: Elektronik Ticaretten Sosyal Ticarete, 1. Baskı, İksad Yayınevi, Ankara, 2021.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, Ankara, 2016.

ARKAN, Sabih, “Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar”, BATİDER, Cilt: 21, Sayı: 1, Haziran 2001, s. 21-43. (Anılış: Karşılaştırmalı Reklamlar)

ARKAN, Sabih, Haksız Rekabet- Gelişmeler- Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 22, No: 4, 2004, s. 5-20. (Anılış: Haksız Rekabet)

ATİLA YÖRÜK, Pelin, Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2018.

ASLAN, Adem, Türk ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Doktora Tezi, 2012.

AVCILAR, Mutlu Yüksel/ ACAR, Mehmet Fatih, Sosyal Medya Reklamlarında Ünlü Desteği Kullanımı: Mikro-Ünlülerin Yükselişi, 15. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi, 11-12 Eylül, Komrat, Moldova, 2017.

AVŞAR, Zakir/ ELDEN, Müge, Reklam ve Reklam Mevzuatı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Yayını, 1. Baskı, Ankara, 2004.

AYDIN, Gökhan, Kişiselleştirme ve Sosyal Medya Reklamlarına Tutum Oluşumu, 21. Pazarlama Kongresi, Kütahya, 2016, s. 93-107.

BALIK, İfakat, “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bağlamında Öngörülen Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı”, BATİDER, Cilt: 35, Sayı: 3, Eylül 2019, s. 151-184.

BAŞTÜRK, İhsan, Türk Ticaret Kanunu’nda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki- Cezai Sonuçları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, Y: 2, S: 6, 2011, s. 279-320.

BERBER, Leyla Keser, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2014.

BİNGÖL, İtir F. , İnternet Ortamındaki Gizli Ticari İletişime İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9 , S: 1, 2019, s. 107-156.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl 5, Sayı:18, 2014, s. 79- 112.

BUDAK, Burcu, İnternet Reklamlarında Haksız Rekabet ve Bunun Önlenmesi ve Sona Erdirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

CAN, Mustafa/ MEMİŞ, Tekin, Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri, Mevzuat Dergisi, S: 81, Y: 7 , 2004.

CANÖZ, Kadir/ GÜLMEZ, Özge/ EROĞLU, Gizem, Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 23, S: 1, 2020, s. 73-91.

ÇINAR KARABAĞ, Nihal, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ENSARİ, Ali Burak, Çevrimiçi Davranışsal Pazarlamanın Tüketici Davranışları Üzerindeki Etkileri ve Kişisel Verilerle İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, 2014.

EROL, Arzu, Türk Hukukunda Örtülü Reklam, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

GEDİK, Yasemin, Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal Medya ve Web 2.0, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, 2020, C.3, S.1, s. 252-269.

GÖKDEMİR, Şaduman Şeyda/ AKINCI, Semra, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılığa Yönelik Tüketici Tutumları ve Mahremiyet Endişeleri, Erciyes İletişim Dergisi, C: 1, S: 1, 2019, s. 21-38.

GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

JOTHİ, P. Sri/ NEELAMALAR, M./ PRASAD, R. Shakthi, Analysis of social networking sites: A study on effective communication strategy in developing brand communication, Journal of Media and Communication Studies Vol. 3(7), Temmuz 2011, s. 234-242.

KARAMAN ODABAŞI, Fatma, Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Doktora Tezi, İstanbul, 2014.

KARATEPE KAYA, Meltem, Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 70 (3) 2021, s. 667-719.

KAYA, Ferman, E-ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

KAYA, Mine, Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

KESKİN, Ayşe Dilşad, Influencer Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 13, S: 1, 2022, s. 129-147.

MARECHAL, Nathalie, Targeted advertising is ruining the internet and breaking the World, 2018.

NOMER ERTAN, Füsün Nedret, Haksız Rekabet Hukuku: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

OKAN, Neval, İnternette Haksız Rekabet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:1 Yıl:2011, s. 123-139.

OKAN, Neval, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2011. (Anılış: Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet)

ORUÇ, Murat, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

ÖCAL, Derya/ KOCA, Sultan, Viral Reklam: Reklamın Yeni İletişim Teknolojileriyle Gelişen Yönü, Atatürk İletişim Dergisi, S: 18, 2019, s. 87-104.

ÖÇAL, Akar, Reklam ve Haksız Rekabet, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C: 6, S: 2, 1970, s. 96-101

ÖZBAKIR, Ali Fuat, Sosyal Medya ve İnternette Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2019.

ÖZDEMİR, Semih Sırrı/ DOĞANAY, Zahid, Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y: 7, S: 13, 2019, s. 295-337.

ÖZDEMİR, Hayrunisa, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 53, S: 3, 2004, s. 61-90.

PEKDİNÇER, Remzi Tamer, Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2020.

PINAR, Hamdi, Reklam Ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2012 (Özel Sayı), s. 129-156.

PINAR, Hamdi, Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli: Şikayet Siteleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2020, C. XXXVI, S. 2 s. 121-161. (Anılış: Şikayet Siteleri)

PINAR, Hamdi, Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, C: 15, S: 2, Nisan 2014, s. 59-87. (Anılış: Rekabet Hukuku)

SARITAŞ, Ayşe, Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercihi, The Journal of International Scientific Researches, C: 3, S: 4, 2018, s. 62-74.

SEVEN, Vural, Sosyal Paylaşım Sitelerinin Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 2014, s. 3343-3350.

SOYDEMİR, Güzide, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2015.

SUNDURDU, Seden, İnternette Dönüşen Reklamın Yeni Türü: E-Ticaret Sektöründe Viral Reklam, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

SRİNIVASAN, Dina, The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy, Berkeley Business Law Journal, 2019- 02, s. 39-101.

ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2016.

TEKELİOĞLU, Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016.

TORLAK, Ömer/ ACAR, Salih Can, Algılanan Sosyal Medya Pazarlamasının Tüketicinin Satın Alma Davranışına Etkisi: Bir Derleme Çalışması, İstanbul Ticaret Üniversitesi Girişimcilik Dergisi, Yıl:6, S:11, 2022/1, s.46-61.

UZUNALLI, Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2013, Cilt: 71, Sayı: 2, s. 383- 420.

ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Elektronik Kaynaklar

<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>

<https://dergipark.org.tr>

<https://www.rekabet.gov.tr/>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://wearesocial.com>

<https://bidb.itu.edu.tr>

<https://datareportal.com>

<https://ads.google.com>

¹ <http://rd.org.tr>

<https://business.instagram.com>

<https://tr.wikipedia.org>

<http://www.academicjournals.org>

<https://tr-tr.facebook.com>

www.iabtr.org

<https://www.vice.com>

<https://www.verisistem.com>

<https://www.kvkk.gov.tr>

<http://www.businessinsider.com>

www.tbmm.gov.tr

www.yargitay.gov.tr

<http://eur-lex.europa.eu>

<https://www.ftc.gov>

<https://lawcat.berkeley.edu/record/1128876>

<https://ec.europa.eu>

<https://iksadyayinevi.com>