



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

**KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR YOLUYLA
MARKA HAKKININ İHLALİ**

Fulya ERCİYAS

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2025

KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR YOLUYLA MARKA HAKKININ İHLALİ

Fulya ERCİYAS

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2025

KABUL VE ONAY

Fulya ERCİYAS tarafından hazırlanan "Karşılaştırmalı Reklamlar Yoluyla Marka Hakkının İhlali" başlıklı bu çalışma, 10.04.2025 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan Danışman Dr. Öğr. Üyesi Elif Cemre HAZIROĞLU

Dr. Öğr. Üyesi Emre KALENDER (Üye)

Dr. Serdar HIZIR (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

Prof. Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin/raporumun tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan "**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Direktif**" kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ... ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

...../...../.....

Fulya ERCİYAS

¹"*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Direktif*"

- (1) *Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.*
- (2) *Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkânı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.*
- (3) *Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir. Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması hâlinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir*

* Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **Dr. Öğr. Üyesi Elif Cemre HAZIROğLU** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Direktifine göre yazıldığını beyan ederim.

Fulya ERCİYAS

ÖZET

ERCİYAS, Fulya. *Karşılaştırmalı Reklamlar Yoluyla Marka Hakkının İhlali*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2024.

Markanın karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması hususu ilk kez 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile düzenlenmiştir. SMK uyarınca işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması marka hakkı sahibi tarafından engellenebilecek olup bu hâl marka hakkına tecavüz sayılmaktadır. Bu kullanıma, SMK'de açıkça marka hakkına tecavüz sayılan hâller arasında yer verilmiş olsa da söz konusu kullanımın markasal kullanım teşkil edip etmediği ve ihlalin meydana gelmesi için reklamın taşıması gereken hukuka aykırılık öğretide tartışılmıştır. Markanın işlevlerine zarar vermeksizin haksız rekabet teşkil etmeyen bir karşılaştırmalı reklamda kullanımının marka sahibi tarafından engellenebilmesi, marka korumasının amacıyla da bağdaşmayacağından ihlal hâlinin reklamın haksız rekabet oluşturmasına bağlı olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Bu nedenle markanın karşılaştırmalı reklamlar yoluyla ihlali, reklamın oluşturduğu haksız rekabete göre farklı şekillerde meydana gelebilecekse de çalışmamızda reklamın gerçeğe aykırı veya yanıltıcı açıklamalar içermesi, kötüleyici veya rakibinin tanınmışlığından yararlanma teşkil etmesi hâlleri irdelenmiştir. Reklamın haksız rekabet oluşturmasıyla ortaya çıkan bu ihlal hâlinde marka hakkı sahibinin haksız rekabet hükümlerine başvurma imkânı da bulunmakta olup başvurulabilecek hukuki yollar inceleme konusu yapılmıştır.

Bu çalışma "Karşılaştırmalı Reklamlar Yoluyla Marka Hakkının İhlali" konusunda yapılmıştır. Söz konusu hukuka aykırılık hâli marka hukuku, reklam hukuku ve haksız rekabet hukuku çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler

Sınai mülkiyet, Marka, Reklam, Karşılaştırmalı reklam.

ABSTRACT

ERCİYAS, Fulya. *Infringement of Trademark Rights Through Comparative Advertising*, Master's Thesis, Ankara, 2024.

The use of trademarks in comparative advertisements is regulated for the first time under the Industrial Property Law No. 6769 (IPL). Pursuant to the IPL, the unlawful use of the mark in comparative advertisements may be prevented by the trademark right holder, and this is considered as infringement of the trademark right. Although this use is explicitly included among the cases of infringement of the trademark right under the IPL, whether such use constitutes trademark use and the illegality that the advertisement must bear for the infringement to occur have been discussed in the doctrine. Since the use of the trademark in a comparative advertisement that does not constitute unfair competition without harming the functions of the trademark can be prevented by the trademark owner, it can be said that the infringement occurs due to the unfair competition of the advertisement. Therefore, although the infringement of the trademark through comparative advertisements may occur in different ways depending on the unfair competition created by the advertisement, in our study, the cases where the advertisement contains untrue or misleading statements, is disparaging or takes advantage of the reputation of its competitor are examined. In the event of this violation arising from unfair competition, the trademark right holder has the opportunity to apply to the unfair competition provisions and the legal remedies that can be applied are examined.

This study is on "Infringement of Trademark Rights through Comparative Advertisements". The unlawfulness in question is analysed within the framework of trademark law, advertising law and unfair competition law.

Keywords

Industrial property, Trademark, Advertising, Comparative advertising

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	ii
ETİK BEYAN	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR DİZİNİ	x
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM MARKA VE REKLAM	5
1.1. MARKA VE MARKANIN İŞLEVLERİ	5
1.1.1. Markanın Tanımı ve Unsurları	5
1.1.1.1. Markanın Tanımı	5
1.1.1.2. Marka Olabilmenin Koşulları.....	7
1.1.1.2.1. İşaret	7
1.1.1.2.2. Ayırt Edicilik.....	8
1.1.1.2.3. Sicilde Gösterilebilir Olma	10
1.1.2. Marka Hakkı	11
1.1.2.1. Marka Hakkının Özellikleri	11
1.1.2.2. Marka Hakkının Elde Edilmesi ve Tescili	12
1.1.2.3. Marka Hakkının Korunması	14
1.1.2.3.1. Tescilsiz-Tescilli Marka Ayrımı	14
1.1.2.3.2. Korumanın Süresi ve Coğrafi Sınırı	14
1.1.3. Markanın İşlevleri	17
1.1.3.1. Genel Olarak	17
1.1.3.2. Kaynak Gösterme İşlevi.....	17
1.1.3.3. Ayırt Etme İşlevi	18
1.1.3.4. Garanti İşlevi.....	19
1.1.3.5. Reklam İşlevi	20
1.2. MARKANIN REKLAM İLE İLİŞKİSİ	21
2. BÖLÜM REKLAM VE KARŞILAŞTIRMALI REKLAM	24
2.1. REKLAMA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	24
2.1.1. Genel Olarak	24
2.1.2. Tüketici Hukuku Mevzuatı	25
2.1.3. Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı	27
2.1.4. Radyo, Televizyon ve Basın Mevzuatı.....	29

2.1.5. Marka Hukuku Mevzuatı.....	32
2.1.6. Diğer Mevzuat	32
2.2. REKLAM	33
2.2.1. Genel Olarak	33
2.2.2. Reklamın Tanımı	34
2.2.3. Reklamın Unsurları.....	36
2.2.4. Ticari ve Ticari Olmayan Reklam Ayrımı	39
2.2.5. Ticari Reklamın Önemi.....	40
2.3. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM.....	41
2.3.1. Genel Olarak	41
2.3.2. Karşılaştırmalı Hukukta Karşılaştırmalı Reklama İlişkin Düzenlemeler	42
2.3.2.1. 2006/114 Sayılı Direktif.....	42
2.3.2.2. MTO Uluslararası Reklam Uygulama Esasları	43
2.3.2.3. FTC Karşılaştırmalı Reklam Politikası Beyannamesi	44
2.3.2.4. İngiltere'deki Düzenlemeler	44
2.3.3. Karşılaştırmalı Reklam ve Tanımı.....	44
2.3.4. Karşılaştırmalı Reklamın İşlevleri	45
2.3.4.1. Bilgilendirme İşlevi	45
2.3.4.2. İkna Etme İşlevi	46
2.3.4.3. Hatırlatma İşlevi	47
2.3.4.4. Rekabeti Teşvik Etme İşlevi	48
2.3.5. Karşılaştırmalı Reklamın Unsurları.....	48
2.3.5.1. Genel Olarak	48
2.3.5.2. İlişkilendirme	49
2.3.5.3. Karşılaştırma	53
2.3.6. Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı	55
2.3.6.1. Doğrudan-Dolaylı Karşılaştırmalı Reklam Ayrımı	55
2.3.6.2. Yasağın Öngörülmesi	56
2.3.6.3. Yasağa Yönelik Eleştiriler	57
2.3.6.3.1. Düzenlemenin Amaca Uygun Olmaması	57
2.3.6.3.2. Mevzuat AB Direktifi ile Uyumlu Olmaması.....	58
2.3.6.3.3. Yeterli Hukuki Düzenlemenin Bulunması	59
3. BÖLÜM KARŞILAŞTIRMALI REKLAM YOLUYLA MARKA HAKKININ İHLALİ VE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR	61
3.1. İHLAL HÂLİNİN ÖNGÖRÜLMESİ.....	61
3.1.1. AB Hukukunda	61

3.1.2. Türk Hukukunda	64
3.2. MARKA HAKKI İHLALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	65
3.3. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM YOLUYLA MARKA İHLALİNİN KOŞULLARI. 67	67
3.3.1. Genel Olarak	67
3.3.2. Geçerli ve Korumaya Sahip Bir Hakkın Varlığı	67
3.3.3. Marka Sahibinin İzni Olmaksızın Kullanım	68
3.3.4. Karşılaştırmalı Reklam ve Kullanım	68
3.3.4.1. Karşılaştırmalı Reklamın Varlığı	68
3.3.4.2. Markanın Karşılaştırmalı Reklamda Kullanımı.....	69
3.3.5. Ticaret Alanında Kullanım	71
3.3.6. Markasal Kullanım.....	75
3.3.7. Karşılaştırmalı Reklamın Hukuka Aykırılığı	78
3.3.8. Değerlendirme.....	81
3. 4. MARKA HAKKI İHLALİNİN MEYDANA GELEBİLECEĞİ HÂLLER	83
3.4.1. Genel Olarak	83
3.4.2. Gerçeğe Aykırı Açıklamalar ve Yanıltıcılık	85
3.4.2.1. Gerçeğe Aykırı Açıklamalar	85
3.4.2.2. Yanıltıcılık ve Aldatıcılık	86
3.4.2.3. Gerçeğe Aykırı İfadeler Yoluyla Abartı	91
3.4.3. Gereksiz Yere Kötüleyici Açıklamalar	92
3.4.3.1. Genel Olarak	92
3.4.3.2. Kötülemenin Gereksiz Olması	93
3.4.3.3. Rakibin Belirli veya Belirlenebilir Olması	96
3.4.4. Gereksiz Yere Tanınmışlığından Yararlanıcı Açıklamalar	97
3.4.4.1. Genel Olarak	97
3.4.4.2. Tanınmışlık Kavramı	98
3.4.4.3. Gereksiz Yere Yararlanma	100
3.5. MARKA HUKUKU VE HAKSIZ REKABET İLİŞKİSİ	101
3.5.1. Kümülatif Koruma.....	101
3.5.1.1. Genel Olarak	101
3.5.1.2. Öğretideki Görüşler.....	102
3.5.1.3. Yargıtay Uygulaması.....	106
3.5.1.4. Değerlendirme	110
3.5.2. Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Koruması	111
3.5.2.1. Genel Olarak	111
3.5.2.2. Hükümlerin Karşılaştırılması.....	112

3.6. HAK SAHİBİNİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR	115
3.6.1. İdari Yollar	115
3.6.1.1. Reklam Kuruluna Başvuru	115
3.6.1.2. Rekabet Kurumuna Şikâyet	117
3.6.1.3. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna Şikâyet	118
3.6.2. Yargısal Yollar	119
3.6.2.1. Delil Tespiti	119
3.6.2.2. Tecavüzün Tespiti Davası	123
3.6.2.3. Önleme Davası	125
3.6.2.4. Durdurma (Sona Erdirme) Davası	126
3.6.2.5. Kaldırma Davası (Eski Hâle İade Davası)	127
3.6.2.6. İhtiyati Tedbir	129
3.6.2.7. Tazminat Davası	132
3.6.2.7.1. Genel Olarak	132
3.6.2.7.2. Tecavüzün Tespiti	133
3.6.2.7.3. Tazminatın Belirlenmesi	136
3.6.2.7.4. Maddi Tazminat	137
3.6.2.7.5. Manevi Tazminat	141
3.6.2.8. İtibar Tazminatı	142
SONUÇ	147
KAYNAKÇA	153
EK 1. ORJİNALLİK RAPORU	161
EK 2. ETİK KURUL MUAFİYET FORMU	163

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
agm	: adı geçen makale
age	: adı geçen eser
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
böl.	: bölüm
bs.	: baskı
c.	: cilt
D.	: dosya
dpn.	: dipnot
E.	: esas
E.T.	: erişim tarihi
FTC	: Federal Ticaret Komisyonu
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

K.	: karar
m.	: madde
MarKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
No.	: Numara
OJEU	: Official Journal of the European Union (Avrupa Birliği Resmî Gazetesi)
para.	: paragraf
RG	: Resmî Gazete
RK	: Reklam Kurulu
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RKK	: Reklam Kurulu kararı
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
sy.	: sayı
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
t.	: tarih
T.	: toplantı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

vs. : vesaire

GİRİŞ

Pazarda, mal ve hizmetlerin (ürünlerin) satışa sunulması satıcı ile alıcının buluştuğu ortamlarda yer alan ürünlerin alıcılar tarafından tanınması ve bu ürünle arasında bir bağ kurulması, çoğunlukla marka vasıtasıyla olmaktadır¹. Pazarda alıcı olarak bulunan kişiler ürünlerin bağlı olduğu teşebbüsü çoğu zaman bilmemekte, alım tercihlerini genellikle marka üzerinden yönlendirmektedir. Ayrıca rekabetin artmasıyla birlikte pazarda faaliyet gösteren satıcılar için ürünlerin sağlam, ucuz olması veya tüketicinin beğenisine göre pazarlanması yeterli olmamaya başlamıştır². Pazarda kâr elde etme amacıyla bulunanların çoğu alıcılara aynı vaatlerde bulunduğundan alıcılar açısından bu unsurlar önemini yitmiş ve böylece alıcıları ürüne çekecek başka unsurlara ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Bu nedenlerle özellikle ticari işletmeler ürünleri ile birtakım çekici unsurları bağdaştırmaya, alıcılar üzerinde olumlu bir algı oluşturmaya çalışmaktadır. Bu ise marka aracılığıyla ve marka değeri oluşturmak yoluyla sağlanabilmektedir³.

Markanın alıcıların satın alım kararını etkileme gücünün keşfiyle birlikte marka, pazarda kâr elde etme amacıyla bulunan ürün sağlayıcılarının (ürünü doğrudan üretip satan veyahut pazarlayan) dikkatini çekmeye başlamıştır. Bununla birlikte marka kullanımı artış göstermektedir⁴. Tescil ihtiyari olmakla birlikte markanın sicile tescil edilmesiyle birlikte marka, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁵ (SMK) kapsamında korunabilecektir. Tescilsiz marka sahibi ise genel hükümlerle (özellikle haksız rekabet hükümleriyle) korunacaktır. Tescilli marka hakkı sahibi, marka olarak seçip tescil ettirdiği işaretinin (markasının) başkaları tarafından bazı kullanımlarını engelleyebilecek ve markanın ihlali hâlinde SMK'de düzenlenen hukuki yollara başvurulabilecektir.

Çağımızın hızlı dönüşüm ve değişimiyle birlikte kişilerin satın alma kararında ürünün markası ön plana çıkmış olup tüketiciler sağlamlık gibi unsurlardan ziyade imaj ve

¹ Ünal TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. bs. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 378.

² Ekonominin büyümesiyle reklam tercihlerinde yaşanan değişikliğe dair bkz. Celal GÖLE, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1983), 12, 13.

³ Marka değerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Müge ELDEN, *Reklam ve Reklamcılık*, 4. bs.. (Say Yayınları, 2016), 116, 117.

⁴ Türkiye'de yapılan marka başvuru ile tescil sayılarının artış/azalış oranları yıllara göre değişiklik göstermekte olup 2000 yılı ile kıyaslandığında günümüzde marka başvuru ve tescil sayısının arttığı görülmektedir. 2000 yılında Türk Patent ve Marka Kurumuna yapılan marka başvuru sayısı 29.383 ve marka tescil sayısı 16.374 iken 2024 yılında bu sayılar 15.01.2025 tarihi itibarıyla hazırlanan değerlere göre 183.590 ve 137.125'tir. Bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/marka-istatistik>

⁵ RG: 10.01.2017 t. 29944 sy.

sembol arayışına yönelmiştir⁶. Marka yatırımları arttıkça bu markaların pazardaki tüketici çekme ve sahibine gelir sağlama gücü de artmaktadır. Bu anlamda yapılacak en isabetli yatırımlardan biri markanın ve markalı ürünlerin tanıtımıdır. Zira markanın gücü onun tüketiciler tarafından duyumsanması ve tanınması ile ortaya çıkar. Tanıtım vasıtası olarak kullanılabilir en etkili yöntem ise reklamlardır⁷.

Günümüzde ekonominin büyük bir kısmının dayandığı serbest piyasa ekonomisinin temeli rekabet özgürlüğü olup reklamlar en önemli rekabet araçlarından biridir⁸. Çünkü işletmeler yaptıkları reklamlar sayesinde tüketicilere kendini tanıtabilmekte, rakipler karşısında kendini var etme imkânına sahip olabilmektedirler. Rakip ile ilişkilendirme yapılmak suretiyle kendisinin veya ürünlerinin rakibinden veya onun ürünlerinden daha iyi, daha üstün olduğunun belirtildiği reklamlar ise karşılaştırmalı reklamlardır⁹. Bu reklamlarda reklam sahibi tarafından kendi mal ve hizmetlerinin reklamda yer verilen rakip işletmenin mal ve hizmetlerinden daha iyi olduğu, daha ucuz olduğu veya en az onun niteliklerine sahip bulunduğu vurgusu yapılır. Tüketicinin satın alım kararındaki güçlü etkisi¹⁰ nedeniyle karşılaştırmalı reklamlar işletmeler tarafından çokça tercih edilmektedir.

Karşılaştırmalı reklamlar başta olmak üzere tüm reklamlar genellikle reklam sahibinin veya rakibin markası üzerinden gerçekleştirilmektedir¹¹. Hem markanın reklam işlevi hem de reklamların genellikle markalar aracılığıyla ortaya çıkmasından dolayı marka ve reklamın çoğu kez birlikte bulunduğu, bu nedenle de birbirleriyle her zaman etkileşim içinde bulduklarını söylemek mümkündür. Doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda başta marka olmak üzere rakip işletmeye ait ayırt edici işaretlere yer verilmektedir. Reklamda rakibin markasına yer verilmesi reklam hukuku bakımından çeşitli hukuki sonuçlar doğurabileceği gibi, reklamın oluşturabileceği haksız rekabet nedeniyle marka hakkının

⁶ Müjgan HACIOĞLU DENİZ, "Markalı Ürün Tercihlerinin Satın Alma Davranışları Üzerindeki Etkisi", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, sy. 61 (2012): 261, 263.

⁷ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 33.

⁸ Erdoğan MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları" içinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 11* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1994), 3.

⁹ MOROĞLU, 4.

¹⁰ Savaş BOZBEL, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 35.

¹¹ Hayrettin ÇAĞLAR, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 2. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 34; Dilek İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 2. bs. (Adalet Yayınevi, 2018), 8; Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Burçak YILDIZ, Dilek İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 46.

ihlali de meydana gelebilecektir. Çalışmamız, karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana gelen marka hakkının ihlalini konu edinmektedir.

İşarete hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda yer verilmesi, ilk kez SMK ile marka koruması kapsamına dahil edilmiştir. SMK m. 7/3 hükmü ile marka hakkı sahibinin işaretin (markasının) hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını engelleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı zamanda bu kullanım SMK m. 29/1-a hükmünün yollamasıyla marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Marka hakkına tecavüz oluşturduğu SMK'de açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen işaretin karşılaştırmalı reklamlarda kullanımının hangi koşullar altında marka hakkına tecavüz teşkil edebileceği öğretide tartışma konusu olmuştur.

Çalışmamızın konusu olan ihlal hâline ilişkin gündeme gelen hususlardan biri markasal kullanıma ilişkindir. Markasal kullanma, işaretin bu işareti taşıyan mal ve hizmetlerin köken itibarıyla diğer mal/hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılmasını ifade eder¹². Öğretide marka ihlalinin meydana gelmesi için markasal kullanımın gerekli olup olmadığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir¹³. Ancak bizim görüşümüz, markanın tüm işlevlerini kapsayacak şekilde markasal kullanma kavramının geniş yorumlanması ve karşılaştırmalı reklamda kullanımın da markasal kullanım olarak kabul görmesi gerektiği yönündedir.

SMK'de işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması, koruma kapsamına alınmıştır. Başka bir ifadeyle işarete hukuka uygun şekilde karşılaştırmalı reklamlarda yer verilmesi, marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecek olup reklamın hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde mevzuat hükümleri dikkate alınacaktır. Öğretide marka hakkına tecavüzün ancak reklamın haksız rekabet teşkil etmesi hâlinde meydana geleceği, haksız rekabet oluşturmayan kullanımın mütecevizin kendi mal veya hizmetlerini ayırt etmek amacını taşımadığı ileri sürülmektedir¹⁴. Yargıtay'ın karşılaştırmalı reklamlarda davalının markasına yer verilmesinin tek başına reklamı hukuka aykırı hâle getirmeyeceğine yönelik kararları bu düşünceleri destekler

¹² Sabih ARKAN, "Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* c. 20, sy. 3 (2000): 5 dph. 1.

¹³ Markasal kullanıma ve görüşlere ilişkin bkz. 3. böl. 3.3.6.

¹⁴ Sabih ARKAN, *Marka Hukuku*, c. 2 (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998), 215.

niteliktedir. Bu ihlal hâlinin yalnızca haksız rekabet oluşturan eylemlerle meydana geleceğinin kabulü ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁵'nin (TTK) haksız rekabet hükümleri karşısında SMK m. 7/3-f hükmünün işlevsiz kalması sorununu doğurmaktadır.

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan ihlal hâli, haksız rekabet oluşturan eylemlerle meydana gelmekte olup bu ihlal hâlinin görünüm şekli reklamın oluşturduğu haksız rekabet eylemine göre değişiklik gösterecektir. Karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet oluşturduğu her durumun incelenmesi mümkün olmadığından, çalışmamızın sınırlarını belirlemek amacı ve uygulamada yaşanma olasılığı yüksek olması nedeniyle *“karşılaştırmalı reklamın gerçeğe aykırı veya yanıltıcı açıklamalar içermesi”*, *“rakibi gereksiz yere kötüleme”* ve *“onun tanınmışlığından yararlanma”* teşkil etmesi hâlleri inceleme konusu yapılmıştır. Tescilli markası bu şekilde haksız rekabet oluşturan karşılaştırmalı reklamlarda kullanılan hak sahibi, SMK'de düzenlenen hukuki yollara başvurabileceği gibi TTK'nin haksız rekabet hükümlerinden de yararlanabilecektir.

Karşılaştırmalı reklamlar yolu ile marka hakkının ihlali; ihlalin düzenlendiği mevzuat olması nedeniyle marka hukukunu, işarete yer verilen reklamın hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinin gerekliliği nedeniyle reklam hukukunu ve reklamın hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekliliği ile ihlali meydana getiren eylemlerin çoğunlukla haksız rekabet oluşturmaları nedenleriyle de haksız rekabet hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Çalışmamız birden çok hukuk alanını ilgilendiren bu tecavüz hâline ışık tutmak, bu tecavüz şeklinin ortaya çıkabileceği durumlar ve tâbi olacağı hükümleri irdelemek üzere kaleme alınmıştır.

¹⁵ RG: 14.02.2011 t. 27846 sy.

1. BÖLÜM

MARKA VE REKLAM

1.1. MARKA VE MARKANIN İŞLEVLERİ

1.1.1. Markanın Tanımı ve Unsurları

1.1.1.1. Markanın Tanımı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde marka *“Bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret; alametifarika”* olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Mevzuatımızda ise markanın tanımına yer veren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak SMK m. 4 hükmünde markanın unsurlarına yer verilerek marka olabilecek işaretler sayılmak suretiyle dolaylı bir tanımlama yapıldığı söylenebilir. Söz konusu düzenlemeye göre marka *“bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret”*ten oluşabilir.

Madde hükmüne göre markadan bahsedebilmek için öncelikle bir işaret olmalı, bu işaret teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırt edilmesini sağlayabilecek nitelik taşımalı ve işaret marka korumasının konusunun anlaşılmasını sağlayacak şekilde sicilde gösterilebilmelidir. Marka araba, deterjan gibi üretim ve satımı yapılan mallara ilişkin kullanılabilen gibi emlakçılık, sigortacılık, eğitim gibi sunulan hizmetlere ilişkin olarak da kullanılabilir. Bu anlamda marka hakkının kullanılması, kazanılması ve marka korumasından yararlanılması konusunda markanın mal veyahut hizmet üzerinde kullanılmasının farklılık arz etmeyeceğini söylemek gerekir¹⁷. Çalışmamızda da aksi

¹⁶ <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁷ Öte yandan öğretilerde anlatım kolaylığı açısından mal markası ve hizmet markası ayrımı yapılmaktadır. Bkz. Rauf KARASU, Cahit SULUK ve Temel NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 161.

belirtilmediği sürece “ürün” kavramı mal ve hizmetin her ikisini de karşılar şekilde kullanılmıştır.

Hükümde marka tanımının teşebbüse ait olan ürünler üzerinden yapılmasına da değinmek gerekir. Öğretide “teşebbüs” yerine “işletme” kavramının kullanılması gerekliliği ifade edilmektedir¹⁸. Ancak teşebbüsün, işletmeyi de içine alan daha üst bir terim olması ve marka tescili ile kullanımı için ticari işletmenin bulunmasının zorunlu olmaması nedeniyle bu kavramın kanun koyucu tarafından bilinçli şekilde tercih edildiği ve bu kullanımın isabetli olduğu da değerlendirilmektedir¹⁹. Gerçekten de marka sahipliği konusunda marka sahibinin gerçek veya tüzel kişi olması gibi bir sınırlama öngörülmediği gibi, marka sahibinin işletme niteliğini haiz olması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Bu nedenle işletme dışındaki gerçek kişiler, dernekler, esnaflar vb. kesimler tarafından da marka kullanımı ve tescili mümkündür. Teşebbüs teriminin işletme dışında marka sahibi olabilecek diğer kesimleri de kapsamaması nedeniyle bu kullanımın isabetli olduğu görüşüne katılıyoruz.

Markanın öğretilde üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmamaktadır. Tanımlar, genellikle markanın işlevlerine işaret etmek suretiyle yapılmış olup en çok ön plana çıkarılan işlevin ayırt etme işlevi olduğu söylenebilir. Bu işlev esas alınarak yapılan tanıma göre marka, işletmelerin ürettiği veya ticaretini yaptığı mallarının veya hizmetlerin diğer işletmeler tarafından üretilen veya ticareti yapılan mallardan ayırt edilmesinin sağlayan işarettir²⁰. Burada markanın bir işletme tarafından piyasaya sürülen ürünlerin diğerlerinden farkına işaret ettiği vurgulanmaktadır. Bunun yanında tanımlamanın markanın diğer önemli bir işlevi olan kaynak gösterme işlevi esas alınarak yapılması da mümkündür. Kaynak gösterme işlevi ön planda tutularak yapılacak tanıma göre ise marka, malın ürün olarak belli bir üreticiden veya üretici grubundan geldiğini gösteren işarettir²¹. Markanın birden

¹⁸ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:36; Uğur ÇOLAK, *Türk Marka Hukuku*, 5. bs. (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2023), 13.

¹⁹ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 369; Arslan KAYA, *Marka Hukuku*, 2. bs. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024), 45. Teşebbüsler iktisadi veya iktisadi olmayan amaçlarla meydana gelebilir. İşletme ise, iktisadi amaç taşıyan teşebbüsün (iktisadi teşebbüsün) bir koludur. Bkz. Yaşar KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 3. bs. (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968), 155,156.

²⁰ Akar ÖÇAL, *Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak)* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1967), 7; Hamdi YASAMAN, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2 (2004): 153; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 11; AYHANIÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 26; İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik*, 3; Furkan Fatih SANCAK, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Marka Sahibinin Hakları* (Mersin: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021), 5; DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 29.

²¹ İlhami GÜNEŞ, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu İşığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 3. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 45.

çok işlevi bulunmasına ve bu işlevler teknolojik ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda gün geçtikçe çeşitlenerek çoğalmasına rağmen işaretin marka olması için ayırt edici niteliğe sahip bulunması şart olduğundan markanın tanımının bu işlev esas alınarak yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle bize göre de marka, üzerinde bulunduğu mal veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden ayıran işarettir.

1.1.1.2. Marka Olabilmenin Koşulları

1.1.1.2.1. İşaret

SMK m. 4 hükmü uyarınca markadan bahsedebilmek için gerekli olan ilk şey bir işaretin varlığıdır. İşaret, bir anlam yükletilen ve bir şeyi bildirmeye, anlatmaya yarayan şekil, gösterge anlamına gelir²². Marka hukuku özelinde ise işaret, işletmeyi çağrıştıran ve hedef kitleyi işletmeye bağlayan simgeyi ifade eder²³. Markanın işarettan ayrı olarak düşünülmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü marka, markayı oluşturan işaret ile ve onun sayesinde var olmaktadır. Örneğin geyik figürü bir işarettir ancak piyasada mum üretim ve satımını yapan bir teşebbüsün bu figürü, bu mumları diğer teşebbüslerin mumlarından farklılaşmasını sağlamak için mumların üzerine tüketiciler tarafından karşılaşıldığında bu teşebbüsü hatırlatmaya yarayacak şekilde kullandığında markadan bahsedilir. Ancak tescilsiz şekilde kullanılan söz konusu marka, ürünlerin piyasada ayırt edilmesini sağlasa da SMK kapsamında marka korumasından yararlanılması onun tesciline bağlıdır²⁴.

Marka, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işarettan oluşabilir (SMK m. 4). Renk ve ses markaları SMK ile düzenlenmiş olup bunlar MarKHK'de yer almamaktaydı. Ancak belirtmek gerekir ki mülga MarKHK döneminde de marka olabilecek işaretlerin sınırlı olarak sayılmadığı, diğer şartları taşıması kaydıyla resim, harf, renk ve koku gibi her türlü

²² <https://sozluk.gov.tr/>

²³ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 360.

²⁴ Hakkı önceye dayalı tescilsiz marka sahiplerinin SMK m. 6/3 hükmü uyarınca aynı veya benzer işareti başkasının tescil ettirmesine engel olma hakkının bulunduğu, ayrıca bu hak sahibinin SMK m. 25 hükmü uyarınca açacağı hükümsüzlük davası üzerine tescil sahibinin markasının hükümsüzlüğüne karar verilebileceği de belirtilmelidir. Ayrıca Paris Anlaşması'nın 1. mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış markanın sahibi, markasını Türkiye'de tescil ettirmemiş olsa da markasının aynıısının veya benzerinin tesciline engel olabilmektedir.

işaretin marka olarak seçilebileceği ileri sürülmüştür²⁵. SMK'de de marka olabilecek işaretler sınırlı sayıya tâbi tutulmamıştır. Kanuni tanımda işaretler bakımından nitelik veya niceliğe ilişkin sınırlandırma getirilmemiş olmakla markanın birden çok işaret içermesi de mümkündür²⁶. Mor renkli bir arka planda dağlar ve inek şekli ile “*Milka*” ibaresini içeren Milka markası, birden çok işaret içeren markaya iyi bir örnektir.

1.1.1.2.2. Ayırt Edicilik

Ayırt edicilik, bir teşebbüsün ürünlerinin diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden farklılaşmasına ve onlardan farklı algılanmasına hizmet eder²⁷. Markanın üzerinde kullanıldığı ürünlerin kaynağını belirtebilmesi ve diğer ürünlerden farklı olduğu mesajını iletebilmesi için ayırt edici olması elzemdir. Bu işlevleri yerine getirmeye elverişli olmayan bir işaretin seçilmesi hâlinde markanın varlığından bahsedilemez. Zaten SMK m. 5 hükmünde işaretin ayırt ediciliğe sahip olmaması mutlak tescil engelleri arasında sayılmaktadır. Ayırt ediciliğin yokluğu işaretin anlamsal bütünlüğünün olmaması, karışıklığa yol açması, işaretin kullanılacağı ürün yönünden tanımlayıcı olması gibi birden çok sebepten kaynaklanabilir²⁸. İşaretin ayırt edici olup olmadığının değerlendirilmesi seçilmek istenen işaret özelinde yapılmalıdır.

Ayırt edicilik öğretide somut ve soyut ayırt edicilik olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Soyut ayırt edicilik, işaretin mal veya hizmet ile ilgisi olmaksızın marka olabilmek için gerekli ayırt ediciliğe sahip olmasıdır²⁹. Bu ayırt ediciliğin tespiti işaretin kullanılacağı üründen bağımsız olarak ayırt edicilik taşıyıp taşımadığının tespitini gerektirir. Örneğin onlarca meyve sebzedden oluşan bir kompozisyon ya da birçok cümleden oluşan bir paragrafın soyut ayırt ediciliği bulunmamaktadır³⁰. Somut ayırt edicilik ise işaretin belirli

²⁵ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:40, 41; Rauf KARASU, “Ses Markaları”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* c. 7, sy 2 (2007): 33 vd.; TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 361; Necati MERAN, *Marka Hakları ve Korunması*, 4. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 30; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 14.

²⁶ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 412.

²⁷ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 365-66; İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik*, 12; KAYA, *Marka Hukuku*, 50.

²⁸ Ayırt ediciliğin tespitinde dikkate alınacak kriterler için bkz. İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik*, 13-17.

²⁹ Beşir Fatih DOĞAN, “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* c. 6, sy. 3 (2006): 18; KARASU, “Ses Markaları”, 34; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 27; KAYA, *Marka Hukuku*, 52.

³⁰ Bkz. 11. H.D. 21.11.2023 t. 2022/2916 E. 2023/6709 K. (www.corpus.com.tr)

bir mal veya hizmet açısından ayırt edici olup olmamasına ilişkindir³¹. Bu ayırt ediciliğin tespitinde ise işaretin kullanılacağı mal veya hizmetin de önemi vardır. Çünkü işaretin kullanılacağı üründen ürüne göre somut ayırt ediciliği farklılık arz edebilir. Madde gerekçesinde de sicilde gösterilebilir olmasına rağmen ilgili mal veya hizmetler için ayırt ediciliğe sahip olmayan, dolayısıyla tüketiciler tarafından marka olarak algılanmayacak işaretlerin tescil edilemeyeceği belirtilmektedir.

Yargıtay'ın birçok kararında da somut ayırt edicilik değerlendirmesi tescil başvuru kapsamındaki mal ve/veya hizmete dayalı olarak yapılmaktadır³². Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta "*Tasarruflaal İhtiyaçları Karşılama Modeli*" ibareli marka başvurusu reddedilmiş olup dava yoluna başvurulması üzerine bu karar yerel mahkeme tarafından iptal edilmiştir. İstinaf kanun yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ibarenin soyut ayırt ediciliği bulunmakla somut ayırt ediciliğinin bulunmadığı değerlendirilmiştir ve dava reddedilmiştir. Bu karar ise Yargıtay tarafından onanmıştır³³. Davacının, marka başvurusuna yaptığı itirazının reddedildiği Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının iptali ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi talebini içeren davada da, şekilden oluşan markanın soyut ayırt ediciliğinin bulunduğu, sektörde başkaca aktörlerin de aynı şekildeki ürünü "*çikolata ve benzeri*" emtialarda kullanması sebebiyle bu işaretin tescil edilmek istendiği (sadece) "*çikolata ve çikolatadan yapılmış ürünler*" açısından somut ayırt ediciliğinin bulunmadığı, emtia listesindeki diğer emtialar açısından ise somut ayırt ediciliğinin bulunduğu gerekçesiyle kısmen kabul kararı verilmiştir. Söz konusu kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay tarafından markanın "*pastacılık mamulleri ve şekerlemeler ile dondurmalar*" emtiaları bakımından da somut ayırt edici nitelikte bulunmadığı, başvurunun kabulü yönündeki Kurul kararının iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve davacı yararına bozulmuştur³⁴. Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere, işaretin marka olabilmesi için soyut ve somut ayırt ediciliğin birlikte var olması aranmaktadır.

³¹ KARASU, "Ses Markaları", 35; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 12; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 153; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 27; DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 42; KAYA, *Marka Hukuku*, 52.

³² 11. H.D. 28.02.2014 t. 2013/15503 E. 2014/3806 K.; 11. H.D. 21.11.2023 t. 2022/2916 E. 2023/6709 K.; 11. H.D. 23.12.2013 t. 2013/7766 E. 2013/23446 K. (www.corpus.com.tr)

³³ 11. H.D. 22.01.2024 t. 2022/4317 E. 2024/471 K. (www.corpus.com.tr)

³⁴ 11. H.D. 05.09.2023 t. 2022/5118 E. 2023/4626 K. Karara karşı yapılan karar düzeltme istemi Yargıtay tarafından reddedilmiştir. 11. H.D. 07.03.2024 t. 2024/263 E. 2024/1876 K. (www.corpus.com.tr)

1.1.1.2.3. Sicilde Gösterilebilir Olma

İşaretin marka olabilmesi için aynı zamanda marka sahibine sağlanan koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasına elverişli şekilde sicilde gösterilebilir olması gerekir. Bu şart markanın koruma kapsamının tam olarak belirlenip sicile tescil edilebilmesini mümkün kılmakta ve tescil edilecek markaların yayımlanarak ilgililerin tescil edilecek markaları ve onların koruma kapsamını öğrenmelerini sağlamaktadır³⁵. MarKHK’de “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” olarak yer alan bu şart SMK ile “sicilde gösterilebilir olma” şeklinde düzenlenmiştir. Bu şekilde daha esnek bir yaklaşım benimsenerek Avrupa Birliği marka hukukuyla uyum sağlanmıştır³⁶. Gerçekten 2015/2436 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Yakınlaştırılmasına İlişkin AB Direktifi’nin³⁷ (AB Markalar Direktifi) 3’üncü maddesinde³⁸ de ayırt edicilik ve koruma konusunun açık ve kesin şekilde belirlenebilmesini sağlayacak şekilde sicilde gösterilebilmesi koşuluyla markanın oluşabileceği işaretler sayılırken, renk ve sesler de zikredilmiştir. MarKHK döneminde de marka olabilecek işaretlerin sınırlı olarak sayılmamış olması sebebiyle geleneksel olmayan markaların tescili mümkündürse de SMK ile bu markaların madde hükmüne eklenmesiyle ses ve koku gibi geleneksel olmayan markaların tescilinin önü açılmıştır³⁹.

İşaretin marka teşkil edebilmesi için sicilde gösterilebilir olması gerekliliği konusunda bir şüphe yoktur. Hatta öğretide çoğu yazar bu gerekliliğe markanın unsurları arasında yer vermektedir⁴⁰. Ancak işaret ile ayırt edicilik unsurlarının varlığı hâlinde marka zaten sicilde gösterilebilir olma özelliğini taşıyacağından bu şartın markanın unsurları arasında yer almasına gerek olmadığı da ifade edilmektedir⁴¹. Sicilde gösterilebilir olma koşulu, bir bakıma, marka olabilecek işaretlerin sınırını belirlemektedir. Bu gerekliliğin markanın

³⁵ KARASU, “Ses Markaları”, 39.

³⁶ SULUK, “6769 Sayılı SMK Yenilikleri”, 94; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 46; KAYA, *Marka Hukuku*, 77.

³⁷ OJEU: 23.12.2015 t. L336/1 sy.

³⁸ “Bir marka, (a) bir teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edebilmesi; ve (b) yetkili makamların ve kamunun, sahibine sağlanan korumanın konusunu açık ve kesin olarak belirleyebilmesini sağlayacak şekilde sicilde gösterilmesi koşuluyla, kişi adları dahil olmak üzere özellikle sözcükler veya tasarımlar, harfler, rakamlar, renkler, malların veya malların ambalajlarının şekli veya sesler gibi herhangi bir işaretten oluşabilir.”

³⁹ SULUK, “6769 Sayılı SMK Yenilikleri”, 94; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 153, 154; Hamdi YASAMAN, “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler” içinde *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017), 129-130.

⁴⁰ Bkz. ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 14; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 29; KAYA, *Marka Hukuku*, 75 vd.

⁴¹ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 43.

unsuru olarak kabul edilip edilmemesi sicilde gösterilebilir olmayan bir işaretin var olup olmayacağı değerlendirmesine bağlıdır. İşaretin bir mesajı iletmeye yarayan şekil olduğu göz önüne alındığında, sicilde gösterilemeyecek olan şeylerin zaten bir şekil teşkil etmediği, bu nedenle sicilde gösterilebilir olma şartı değerlendirilmesine gerek kalmadan marka olarak seçilemeyeceği sonucuna varılabilecektir. İşaret, barındırdığı özellikler itibarıyla sicilde gösterilebilir olma şartını kendiliğinden sağladığından bu şartın markanın unsurları arasında sayılmasına gerek olmadığı görüşüne katılıyoruz.

Son olarak marka tescilinin mal ve hizmetlere yönelik yapılabileceğinden bahsetmek gerekir. SMK m. 4 hükmüne göre markaların yalnızca mal ve hizmetlere yönelik olarak tescil edilmesi mümkün olup tescilde sınıf esaslı benimsenmiştir. Başka bir deyişle, mal veya hizmet dışındaki unsurlar için marka tescili mümkün değildir. İşaretin mal ve hizmet sınıfına ait olması bazı yazarlarca markanın unsurları arasında değerlendirilmişken⁴². *Durceylan*, markanın sınıflandırılması ve markanın mal ve hizmet sınıfına ait olmasının markanın tesciline yönelik prosedür işlemlerine ilişkin olması sebebiyle markanın unsurları arasında yer almadığı görüşündedir⁴³. Marka tescili yalnızca mal ve hizmetler için yapılabileceğinden, tescil edilmek istenen işaret açısından bu hususun bir şart olarak aranacağı açıktır. Ayrıca mal ve hizmet sınıflandırması, tescilli markanın koruma kapsamını belirlenmesinde önemli bir rol üstlenmektedir. Tescilli marka sahibi, yalnızca markasının tescilli olduğu sınıflar bakımından korunacak olup tescilli marka ile aynı işaret bir başkası tarafından markanın tescilli olmadığı sınıflar için tescil ettirilebilecektir.

1.1.2. Marka Hakkı

1.1.2.1. Marka Hakkının Özellikleri

Marka hakkı, fikri mülkiyet hakları arasında sınai mülkiyet hakları içinde yer almaktadır. Marka hakkı, eşya niteliğinde olmayan ancak para ile ölçülebilen gayri maddi bir malvarlığı hakkıdır⁴⁴. Gerçekten marka hakkı, fikri bir hak olması hasebiyle markanın üzerinde somutlaştığı üründen farklılaşır. Zira, marka hakkı sahibinin bu markanın

⁴² Bkz. ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 13; İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik*, 11; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 28.

⁴³ İşaret ve ayırt edicilik unsurlarının varlığı hâlinde markanın sicilde gösterilebilir olma özelliğinin kendiliğinden sağlanacağına ilişkin görüşe dair bkz. DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 43.

⁴⁴ ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 34; KAYA, *Marka Hukuku*, 107, 108; Hayri BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 3. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 23.

üzerinde bulunduğu her ürünün mülkiyetine sahip olduğu, bunlar üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabileceği söylenemez. Onun hakkı, marka üzerindedir.

Markanın somutlaştığı eşya, eşya hukukuna tâbi olurken marka SMK hükümleri gereğince korunacaktır⁴⁵. Üzerinde markasını kullanmak suretiyle çanta üretimi yapan bir teşebbüsün ürettiği çantalar üzerinde eşya hukuku hükümleri geçerliken, bu marka üzerinde SMK hükümleri geçerlidir. Örneğin bu markalı çantanın bir üçüncü kişi tarafından çalınması veyahut çantaya zarar verilmesi durumunda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴⁶ (TMK) hükümlerine başvuracak kişi çantayı zilyetliğinde/mülkiyetinde bulduran kişi veya teşebbüstür. Ancak bu markalı çantaların üçüncü bir kişi tarafından taklit edilerek pazarlanması hâlinde marka korumasına başvurabilecek kişi çantayı zilyetliğinde/mülkiyetinde bulduran kişi değil, marka hakkı sahibidir⁴⁷. Bu noktada marka koruması ile markanın üzerinde somutlaştığı eşyanın korumasının farklılaştığını söylemek yanlış olmaz. Aynı zamanda marka bir taşınır eşya gibi zilyetliğe ve mülkiyete konu olamayacağından markanın malik veya zilyedinden değil marka sahibinden söz edilir⁴⁸. Marka hakkının ihlali hâllerinde marka hakkının korumasından yararlanacak kişi de markanın somutlaştığı eşyayı zilyetliğinde veya mülkiyetinde bulduran değil, marka hakkı sahibidir.

1.1.2.2. Marka Hakkının Elde Edilmesi ve Tescili

İlk kullanım sistemine göre marka hakkı, markanın ihdası (meydana getirilmesi, seçilmesi) ve istimali (kullanılması) ile doğar⁴⁹. Kişi bu şekilde hak sahibi olduğundan, yapılan tescil yalnızca şekli bir işlem olup açıklayıcı niteliktedir⁵⁰. *Tescil sisteminde* ise

⁴⁵ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 21; SANCAK, *Marka Hakkına Tecavüz*, 11; Hamdi YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, c. 2 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 1606; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 34; KAYA, *Marka Hukuku*, 108.

⁴⁶ RG: 08.12.2001 t. 24607 sy.

⁴⁷ Teşebbüsün markalı çantaları üretip satmak üzere elinde bulundurması, mülkiyetini başkasına devretmemesi gibi hâllerde hem eşya hem marka hukuku hükümlerinden yararlanacak kişi/kişilerin aynı olacağı ihtimali gözden kaçırılmamalıdır.

⁴⁸ KAYA, *Marka Hukuku*, 109; SANCAK, *Marka Hakkına Tecavüz*, 11.

⁴⁹ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 423; Savaş BOZBEL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2015), 347; ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:128; Reha POROY ve Ünal TEKİNALP, "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar" içinde *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990), 334.

⁵⁰ Haydar ARSEVEN, *Alameti Farika Hukuku: Nazari ve Tatbiki* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1951), 58; KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 423; KAYA, *Marka Hukuku*, 120; BOZBEL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 347. İhdas ve istimal suretiyle işaret üzerinde öncelik ve istifade hakkı kazanan bu kişiye ise gerçek ve üstün hak sahibi denir. Bkz. KAYA, *age*, 119.

marka hakkının doğumu için ihdasın yanında tescil de aranır⁵¹. Bir işaret (marka), ihdas edilerek doğrudan tescil edilebileceği gibi ihdas ve istimal sonrası tescil edilmesi de mümkündür. Bu ilk hâlde tescil kurucu etkiyi haizken, ikinci hâlde açıklayıcı etkiyi haizdir⁵². Ancak ikinci hâlde de SMK kapsamında koruma, yine tescil ile gündeme gelecektir.

SMK m. 7/1 hükmü, “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” düzenlemesini içermektedir. Aynı zamanda SMK m. 7/4 hükmüne göre markanın sahibine sağladığı haklar üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. İlgili kanun hükümlerinden hareketle, Türk hukukunda tescil ilkesinin kabul edildiği sonucuna varılmaktadır⁵³. Ancak tescilden önce ihdas edilerek kullanılan bir işaretin tescili açıklayıcı mahiyettedir⁵⁴. SMK’de tescil sistemi öngörülmüş olsa da tescilli olmayan marka sahibinin bazı hakları da koruma altına alınmıştır. Tescilsiz işareti kullanan hak sahibi, bu işaretin tescili için yapılan marka başvurusuna itiraz edebilir (SMK m. 6/3). Bu şekilde tescilsiz marka sahibine, işaretin başkası tarafından tescil ettirilmesine engel olma hakkı tanınmıştır⁵⁵. Ayrıca bu hak sahibinin SMK m. 25 hükmü uyarınca açacağı hükümsüzlük davası üzerine tescil sahibinin markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi de mümkündür. SMK’deki bu hükümler dolayısıyla, marka hakkının ihdas ve istimal ile doğmasının dışlanmadığı, bu şekilde karma bir sistem öngörüldüğü belirtilmektedir⁵⁶. Yargıtay, bazı kararlarında ilk kullanım sistemini benimserken, bazı kararlarında ise tescil sistemine dayalı olarak karar vermiş olup bu anlamda Yargıtay kararlarında, marka hakkının kazanılması konusunda benimsenen sistemler bakımından bir birlik bulunmamaktadır⁵⁷.

⁵¹ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 423; KAYA, *Marka Hukuku*, 122.

⁵² KAYA, *Marka Hukuku*, 122.

⁵³ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:124; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 381; Elif KARA, *Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi* (Oniki Levha Yayınları, 2018), 50; KAYA, *Marka Hukuku*, 123; Sevilay UZUNALLI, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 15; Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması Fikrî Mülkiyet-Haksız Rekabet Odaklı Bir İnceleme* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014), 18.

⁵⁴ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 382; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 61; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 20; KAYA, *Marka Hukuku*, 122.

⁵⁵ SMK m. 6/4 hükmündeki Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış markanın sahibinin, markasını Türkiye’de tescil ettirmemiş olsa da markasının aynısının veya benzerinin tesciline engel olabilmesi de tescilsiz marka hakkı sahibine sağlanan hak kapsamındadır.

⁵⁶ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:124; KAYA, *Marka Hukuku*, 123; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 576. Tekinalp ise mülga MarkHK döneminde yayımlanan 2012 tarihli kitabında gerçek hak sahipliği ilkesinin tamamen terk edildiğini ifade etmektedir. Bkz. TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 381, 382.

⁵⁷ Yargıtayın yaklaşımı ile ilgili detaylı açıklama ve örnek mahkeme kararları için bkz. KARA, *Gerçek Hak Sahipliği*, 50 vd.

1.1.2.3. Marka Hakkının Korunması

1.1.2.3.1. Tescilsiz-Tescilli Marka Ayrımı

Markanın tescilli ihtiyaridir⁵⁸. Bunun anlamı ürünler üzerinde tescilsiz markanın da kullanılabilmesi ve tescil için herhangi bir zorunluluk öngörülmemiş olmasıdır. Markanın tescil edilmemesi yalnızca bu markanın SMK korumasından yararlanamaması sonucunu doğuracaktır⁵⁹. Ancak bundan tescil edilmeyen markanın hiçbir türlü korunmadığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Tescil edilmemiş marka, SMK korumasından yoksun olsa da genel hükümlere, özellikle haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır⁶⁰. Ancak tescilsiz marka hakkı sahibinin dava hakkı, haksız rekabet şartlarının gerçekleşmesine bağlı olacaktır. Çalışmamızda da aksi belirtilmediği sürece marka ifadesi tescilli markayı karşılar şekilde kullanılmıştır.

1.1.2.3.2. Korumanın Süresi ve Coğrafi Sınırı

İşaretin marka siciline tescil edilmesinden sonra işaret marka sahibinin kullanımına tahsis edilir ve bundan sonra marka sahibi bu işaretin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına engel olabilir. Marka sahibine tescil ile sağlanan bu hukuki korumanın başlangıcı marka tescilinin yayın tarihidir (SMK m. 7/4). Ancak marka başvurusunun bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir⁶¹. Markadan doğan hakların koruma süresi ise tescil başvurusu tarihinden itibaren on yıl olup bu süre onar yıllık dönemler hâlinde yenilenebilmektedir (SMK m. 23/1)⁶². Bu sürenin yenilenebilmesi için yenileme talebinin markanın koruma süresinin sona erdiği tarihten önceki altı ay içinde yapılması ve yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Türk Patent ve Marka Kurumuna sunulması gerekmektedir. Bu süre içinde yenileme talebinin yapılmaması veya ücretin ödenmemesi durumunda

⁵⁸ ARSEVEN, *Alameti Farika Hukuku*, 64.

⁵⁹ Tescilsiz marka sahibinin, SMK m. 6 hükmü uyarınca marka başvurusuna itiraz ederek tesciline engel olabileceği ve SMK m. 25 hükmü uyarınca hükümsüzlük davası açabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

⁶⁰ ARSEVEN, *Alameti Farika Hukuku*, 60; KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 431; ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:225; KAYA, *Marka Hukuku*, 482; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 37; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 221.

⁶¹ Öğretide, madde metninde her ne kadar tazminat davası açılabilirliği belirtilmişse de bu hükmün diğer davaların da açılabilirliği şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 574.

⁶² Öğretide Kaya, marka hakkının süreye bağlı olmasının onun eşyadan farklılaştığı konusunda önemli bir gösterge olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KAYA, *Marka Hukuku*, 116.

koruma süresinin sona erdiği tarihten sonraki altı ay içinde ek ücretin ödenmesi yoluyla da yenileme talebinde bulunulabilmektedir (SMK m. 23/2).

Marka sahibinin marka korumasından hangi coğrafi sınırlar içinde yararlanacağı da açıklanması gereken bir diğer önemli husustur. Markanın sağladığı koruma ülkesel olup Türkiye’de tescil edilmiş markanın koruması yalnızca Türkiye sınırları içerisinde geçerlidir⁶³. Başka bir ifadeyle marka hakkına tecavüz eylemine karşı korumadan faydalanabilmek için bu eylemlerin markanın tescil edildiği ülke sınırları içerisinde işlenmesi gerekir. Reklamlar televizyon, radyo gibi yayın yapan ortamlarda ve dergi, broşür gibi basılı ortamlarda yapılabilmesinin yanında; internet gibi mecralarda veya yüz yüze, yerleştirme gibi farklı şekillerde de yapılabilir⁶⁴. Bu sebeple karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlalinde, marka hakkı sahibinin haksız kullanımı engelleyebileceği fiillerin belirlenmesinde öncelikle bu ihlal hâlinde tecavüzü oluşturan eylemin hangisi olduğunun tespiti gerekir. Çünkü reklamın hazırlığının yapıldığı, yayımlandığı ve etkilerinin doğduğu yerler farklı olabilir. Tecavüz eylemi reklamın haksız rekabet teşkil etmesi hâlinde meydana geleceğinden reklamın tüketiciyle bulunduğu, başka bir deyişle aslında reklamın yapıldığı/yayımlandığı yerin dikkate alınması gerekecektir. Zira reklam başka bir ülkede hazırlanıp Türkiye’de yayımlanmış olsa bile, hazırlandığı ülkede yayımlanmadığından bu ülkede yapılmış bir reklamdan bahsedilemeyecek⁶⁵, haksız rekabet de doğmamış olacaktır. Özetle marka sahibi, markasının tescilli olduğu ülkede yapılan veyahut sonuçlarını markasının tescilli olduğu ülkede doğuran reklamlara ilişkin marka hakkı korumasından yararlanabilir⁶⁶. Reklamın birden fazla ülkede ve hatta internet aracılığıyla tüm dünyada yayımlanması da mümkün olabilir. Belirtelim ki böyle bir durumda markasını yalnızca Türkiye’de tescil ettirmiş marka sahibi, yalnızca Türkiye’de yayımlanan karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak marka hakkı korumasından yararlanabilecektir.

1.1.2.3.3. Marka Tescilinden Doğan Korumanın Kapsamı

⁶³ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 431; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 431; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 25; ŞEHİRALİ ÇELİK, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, 20.

⁶⁴ Reklam ortamları hakkında detaylı bilgi için bkz. ELDEN, *Reklam*, 213 vd.

⁶⁵ Reklamın unsurları için bkz. Emrehan İNAL ve Başak BAYSAL, *Reklam Hukuku ve Uygulaması* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2008), 7; Semih Sırrı ÖZDEMİR, *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013), 44 vd.

⁶⁶ Marka korumasında ülkesellik ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 12; KAYA, *Marka Hukuku*, 19-23.

Marka hakkının mutlak hak olması hasebiyle marka sahibi marka üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet kurar ve hakkını herkese karşı ileri sürebilir⁶⁷. Marka hakkının üçüncü kişi tarafından hak sahibinden izinsiz olarak kullanılması mümkün değildir. Böyle bir kullanımın söz konusu olması durumunda marka hakkının ihlalden bahsedilecektir. Marka hakkı sahibine inhisari yetkiler de verir. Bu yetkilerin müspet ve menfi olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Söz konusu yetkinin müspet yönü gereği marka sahibi, hakkı üzerinde istediği gibi hukuki tasarruflarda bulunabilir⁶⁸. Dilerse onu aktif şekilde kullanabilir, devredebilir, rehnedebilir veyahut lisans sözleşmelerine konu edebilir. Menfi yönü ise bu hakkın, sahibine markasının üçüncü kişiler tarafından haksız kullanılmasını, bu haklar üzerindeki tasarrufunu ve markasına müdahalesini önleme yetkisi vermesidir⁶⁹. Markanın hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını engelleme yetkisi de marka sahibinin işte bu inhisari yetkisinin menfi yönünden kaynaklanmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki marka koruması, tescilli markanın asli ve ayırt edici unsurlarına yönelik olup tescilli markadaki tali ve jenerik unsurlar koruma kapsamında değildir⁷⁰. Yargıtay, “*Pınar Labne*” markasının, davalı tarafından kendi ürünleri üzerinde kullanılması suretiyle ihlal edildiği iddialarına ilişkin davada, davacının markasının asli unsuru dışındaki “*Labne*” sözcüğünün cins ve çeşit bildirdiğinden bir kişinin inhisarına verilemeyeceğini, kelimenin haksız rekabet hükümlerine uyulması koşuluyla bir başkası tarafından kullanılabileceğini belirtmiştir⁷¹. Ayrıca koruma, markanın tescilli olduğu mal ve hizmet sınıfı ile ve tescil edilen marka örneği ile sınırlıdır⁷². Tescilli marka hakkı sahibi, markasını tescil belgesi veya marka sicilinde gösterilmeyen bir mal veya hizmet sınıfı üzerinde veya bunlarla ilişkili olarak kullanamayacaktır⁷³.

⁶⁷ ARSEVEN, *Alameti Farika Hukuku*, 15; POROY ve TEKİNALP, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, 336; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 34; DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 36; Sevilay UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 3. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 28; KAYA, *Marka Hukuku*, 476; ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:126; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 22; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 593; Erdal NOYAN ve İlhami GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 5. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 653; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 22.

⁶⁸ Hayrettin ÇAĞLAR, Burçak YILDIZ ve Dilek İMİRLİOĞLU, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık*, 3. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 70; KAYA, *Marka Hukuku*, 112.

⁶⁹ ÇAĞLAR, YILDIZ ve İMİRLİOĞLU, *Marka Vekilliği*, 70; YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 2*, 2:1604; KAYA, *Marka Hukuku*, 109, 112.

⁷⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 593; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 33.

⁷¹ 11. H.D. 20.09.2001 t. 2001/4623 E. 2001/6954 K. (www.corpus.com.tr)

⁷² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 593; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 30. Markanın tescil edildiği şekilde kullanılmasının şart olduğuna ilişkin bkz. KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 426.

⁷³ Bunun istisnasını ise tanınmış markalar oluşturmaktadır. Bu markalar, SMK m. 7/2-c hükmü uyarınca tescil edildikleri mal ve hizmet sınıfı dışında da korunmaktadır.

1.1.3. Markanın İşlevleri

1.1.3.1. Genel Olarak

Markanın hem marka sahibini hem de markanın kullanıldığı mal veya hizmetin alıcısını ilgilendiren birden çok işlevi bulunmaktadır. Ancak öğretilerde markanın en temel işlevlerinin kaynak (köken) gösterme, ayırt etme, garanti ve reklam işlevleri olduğu belirtilmekte; akademik çalışmalarda bu dört işlev daha detaylı şekilde açıklanmaktadır⁷⁴. Bu işlevler tek tek incelendiğinde daha net anlaşılacağı üzere markanın işlevleri markaya asıl niteliğini veren özelliklerden farklı bir şey değildir⁷⁵. Bu bakımdan anılan işlevler hem marka hukuku açısından hem de bizim çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde kaynak gösterme işlevinden başlamak suretiyle markanın diğer işlevlerine ilişkin genel açıklamalarda bulunulacaktır.

1.1.3.2. Kaynak Gösterme İşlevi

Markanın kaynak gösterme işlevi, markanın ürünün kaynağını ve mal/hizmet ile işletme arasındaki bağlantıyı göstermesidir⁷⁶. Pazarda markalı ürün ile karşılaşan alıcı tarafından bu ürünün kaynağı olan teşebbüs teşhis edilebilmekte ya da en azından bir teşebbüs tarafından üretildiği/pazarlandığı ve bu ürünün söz konusu teşebbüse bağlı olduğu algılanmaktadır. Söz konusu algı, markanın kaynak gösterme işlevi sayesinde mümkün olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki bu işlevin yerine getirildiğini söylemek için ürünün ait olduğu işletmenin mutlaka somut olarak bilinmesi veya teşhis edilmesi de gerekmez⁷⁷. Ürünün belirli bir teşebbüsten geldiği ve ona bağlı olduğunun anlaşılması yeterlidir. Örneğin pazarda “Eti” ve “Ülker” markalı gıda ürünleri ile karşılaşan alıcı, bu markaların ait olduğu teşebbüsün ismini bilmesede belirli ve farklı teşebbüslere ait oldukları çıkarımını yapabilirler.

⁷⁴ Bkz. KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 403; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 16 vd.; KAYA, *Marka Hukuku*, 138 vd.; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 154 vd.; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 33 vd.; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 49.

⁷⁵ GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 47.

⁷⁶ ÖÇAL, *Markaların Himayesi*, 16; KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 403; Hanife DİRİKKAN, *Tanınmış Markanın Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 13; Mehmet Emin BİLGE, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 38; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 48; DURCEYLAN, *Marka Hakkında Tecavüz*, 50; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 154.

⁷⁷ DİRİKKAN, *Tanınmış Markanın Korunması*, 13; BİLGE, *Karıştırılma Tehlikesi*, 39; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 154.

Kaynak gösterme işlevi, ürün ile teşebbüs arasındaki bağlantının daha kolay kurulduğu ve alıcının tercihlerinin daha çok teşebbüse göre şekillendiği pazarlarda kendini daha açık şekilde gösterecektir. Bu nedenle pazarların globalleşmediği, alıcı ile ürün sağlayıcısının (sağlayıcı) birbirini tanıdığı dönemlerde bu işlevin daha çok ön planda olduğu söylenebilir. Günümüzde ise ürün ile sağlayıcı arasındaki ilişki alıcı tarafından çoğunlukla bilinmediğinden ve önemsenmediğinden marka bu işlevini yitirmeye başlamıştır⁷⁸. Ancak bu işlevin tamamen ortadan kalktığını söylemek de yanlış olur. Zira teşebbüsün faaliyetleri sonucu tanınır ve güvenilir hâle gelmesi durumunda marka ile teşebbüs arasındaki ilişki ve bağlantı güçlenmektedir⁷⁹. Aynı teşebbüse ait bir veya birden fazla markalı ürünü tercih ederek bu tercihinden memnun kalan ve teşebbüse güven duyan alıcının, bu teşebbüsün diğer ürünlerine yönelmesi de mümkündür. Hatta marka sayesinde kurulan bu ilişki ve güven, alıcının teşebbüsün farklı markalı ürünlerine yönelmesine de neden olabilir.

Eğer marka sayesinde teşebbüs somut olarak belirleniyorsa tüketici tercihlerini farklı saiklerle⁸⁰ söz konusu teşebbüsün markalı ürününden yana kullanabilir. Ancak teşebbüs teşhis edilemiyor olsa dahi ürünün bir işletmeye bağlı olduğu fikri ona tüketici haklarını kullanma konusunda bir güvence sağlar. Gerçekten hem teşebbüs hem markalı ürünlerin çeşitlendiği hem de üretici olarak piyasada faaliyet göstermenin kolaylaştığı günümüz pazarlarında tüketici ile teşebbüs arasında güven ve bağlılık ilişkisinin kurulması oldukça zordur. Bu anlamda tüketicinin hakları bakımından kaynak gösterme işlevinin gittikçe daha çok önem arz etmeye başladığı da ifade edilmektedir⁸¹.

1.1.3.3. Ayırt Etme İşlevi

Ekonomik gelişmeler ile ortak markaların ve lisans yoluyla marka kullanımının ortaya çıkması sonucu ayırt etme işlevi önem kazanmıştır⁸². Bu işlev, markanın kullanıldığı

⁷⁸ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 378; DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 13; ARSEVEN, *Alameti Farika Hukuku*, 7.

⁷⁹ KAYA, *Marka Hukuku*, 139; Öçal, tanınmış markalarda markanın bizzat teşebbüsü belirtmesinden dolayı kaynak gösterme işlevinin etkisini yitirmediği görüşündedir. ÖÇAL, *Markaların Himayesi*, 17; Aynı yönde bkz. Bedriye İlkiz Tuana TAŞKIN, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 24.

⁸⁰ Alıcının, ürün tercihlerini; ürünün ait olduğu teşebbüsün bulunduğu yer, teşebbüsün yardım kampanyasında bulunması, çevreye duyarlı olması, teşebbüsün ait olduğu kişinin dini veyahut memleketi gibi birden çok farklı sebebe dayandırması mümkündür.

⁸¹ KAYA, *Marka Hukuku*, 139.

⁸² ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:38; KAYA, *Marka Hukuku*, 138, 140.

ürünlerin diğer teşebbüslerin ürünlerinden farklılaşmasına, tüketici/alıcıların bunları diğerlerinden ayırmasına yarar⁸³. Kısaca bu işlev sayesinde alıcılar ürünleri, bu ürünlerin üzerlerindeki markalar vasıtasıyla birbirinden ayırır. Yukarıdaki gıda ürünü örneğini bu işleve uyarlamak gerekirse; bir çikolata satın almak üzere pazara çıkan bir tüketici “Ülker” markalı ürünle karşılaştığında bunun diğer markalı ürünlerden farklı olduğunu anlar ve bu marka sayesinde bu ürünü diğer ürünlerden ayırt eder. Daha önce yaşadığı memnuniyet gibi sebeplerle marka ile arasında bağ kurmuş tüketici bu ürünleri üzerindeki marka sayesinde tanır. Bu sebeple ayırt etme işlevinin de tüketicinin alım tercihlerinde oldukça etkili olduğunu söylemek gerekir.

SMK m. 4 hükmünde yer alan tanımda markanın ayırt ediciliği unsuruna yer verilmek suretiyle ayırt edicilik işlevi ön plana çıkarılmıştır. Öğretide de çoğunlukla markanın temel işlevinin ayırt edicilik olduğu belirtilmektedir⁸⁴. Gün geçtikte büyüyen pazar ekonomileri nedeniyle ürünlerin ait olduğu teşebbüsü teşhis etmek zorlaşmıştır. Ayrıca tüketicilerin üründen ve onu üreten teşebbüsten ziyade, hatta bazen ürünün kalitesini dahi göz ardı ederek, ürünün markasına önem vermeye başladığı da bir gerçektir⁸⁵. Çalışmamızın sınırlarını aşmakla birlikte bunun toplumsal, sosyolojik ve psikolojik birden çok nedeni olabileceğini söylemek gerekir. Tercihlerin marka üzerinden yapılmaya başlanmasıyla, pazarda sağlayıcı olarak faaliyet gösteren teşebbüsler bakımından markalı ürünün diğerlerinden farkının ortaya konulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkar ve teşebbüsler de pazarlama faaliyetlerini markaları üzerinden yapmaya yönelirler. Bu sebeplerle de ayırt etme işlevinin günümüzde önemini korumaya devam ettiği söylenebilir.

1.1.3.4. Garanti İşlevi

Garanti işlevi sayesinde tüketici tarafından markalı ürünün kalitesi ile marka bağdaştırılmakta, alıcıda aynı markayı taşıyan diğer ürünlerin de aynı kalitede olacağı algısı oluşmaktadır⁸⁶. Daha önceki alışverişlerinde tercih ederek sonucunda memnun

⁸³ DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 12, 13; DOĞAN, “Marka Olamayacak İşaretler”, 22; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 378; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 48; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 46; ÇAĞLAR, YILDIZ ve İMİRLİOĞLU, *Marka Vekilliği*, 69; Reha POROY ve Hamdi YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 474.

⁸⁴ DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 12; DOĞAN, “Marka Olamayacak İşaretler”, 22; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 378; BİLGE, *Karıştırılma Tehlikesi*, 38; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 20.

⁸⁵ HACIOĞLU DENİZ, “Satın Alma Davranışları”, 261.

⁸⁶ DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 14; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 378; BİLGE, *Karıştırılma Tehlikesi*, 39; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 46; ÇAĞLAR, YILDIZ ve İMİRLİOĞLU, *Marka Vekilliği*, 69; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 49.

kaldığı ürünlerin üzerindeki marka, alıcı zihninde bu memnuniyetle bağdaşır. Şöyle ki alıcıda aynı markalı diğer ürünlerin öncekiyle aynı kalitede olacağına, bu nedenle de bu üründen de aynı oranda memnun kalacağına yönelik bir algı oluşur. Bu nedenle çoğu zaman alıcı memnun kaldığı bir teşebbüsün malını tekrar satın alma eğilimindedir⁸⁷. Bir buzdolabı satın alarak bu üründen beklediği performansı gören tüketicinin aynı memnuniyeti yaşayacağı varsayımıyla, yapacağı çamaşır makinesi alışverişinde de bu markayı öncelmesi buna örnektir. Ancak garanti işlevi sayesinde tüketicinin bir sonraki alışverişinde de aynı markayı tercih etmesi sonucu doğsa da bu işlev aynı markayı taşıyan her ürünün aynı nitelikleri taşıması ve aynı kalitede olması gerekliliğini içermez⁸⁸.

1.1.3.5. Reklam İşlevi

Pazarda ürünleri marka ile ilişkilendirerek kendince sınıflandıran alıcıların (özellikle tüketicilerin) alım tercihleri çoğu zaman söz konusu markaya göre şekillenmektedir. Bu anlamda markanın tüketici davranışı üzerinde ve dolayısıyla da marka sahibinin gelirinde büyük bir payı olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Tüketicilerin ürün hakkında bilgi edinmesi ve tüketici ile ürün arasında bağ kurulması ise markanın reklam işlevi sayesinde mümkün olur⁸⁹. Bu anlamda reklam işlevi sayesinde marka, tüketicileri ürünlere çekme rolünü üstlenmekte, ürün ile tüketici arasında kurulan bağ sayesinde tüketicilerin alım tercihleri söz konusu markalı ürünlere yönelebilmektedir. İşte bu sebeple tek başına yarattığı bu reklam etkisi nedeniyle markalar, teşebbüslerin en güçlü reklam ve müşteri kazanma aracıdır⁹⁰. Kısaca markanın yarattığı olumlu algı ve izlenimlerin bütünü sayesinde markanın tercih edilirliliği, yine marka sayesinde artırılmaktadır.

Reklam işlevi, o malı veya hizmeti alanların reklamını yapma işlevini de içerebilir⁹¹. Örneğin bir temizlik firmasının hizmetlerinde toplumca tanınan, bilinen ve güvenilen A markasına ait temizlik malzemelerinin kullanıldığını belirtmesi hâlinde bu temizlik firması,

⁸⁷ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 403; ÖÇAL, *Markaların Himayesi*, 18.

⁸⁸ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:39; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 49; İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik*, 7; POROY ve YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 474; TAŞKIN, *Tazminat Davaları*, 25. Teşebbüslerin ve marka sahiplerinin hukuki olarak böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bkz. GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 49.

⁸⁹ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 52; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 18.

⁹⁰ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 403; POROY ve YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 475.

⁹¹ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 52; İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik*, 9; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 46; ÇAĞLAR, YILDIZ ve İMİRLİOĞLU, *Marka Vekilliği*, 69.

alıcıların gözünde, kendisiyle aynı alanda hizmet sunan diğer firmaların önüne geçecektir. Böyle bir reklam temizlik malzemesinin marka gücünden yararlanarak hem yeni tüketicilerin hem de söz konusu temizlik malzemesini hâlihazırda tercih eden tüketicilerin satın alım kararını da etkileyebilecektir.

Alicının pazarda belirli marka adı altında karşılaşarak kullandığı ürüne ilişkin olarak marka sahibi tarafından ön plana çıkarılan ve onun tercihini etkileyecek hususlarla özdeşleştirilmesi ve bu markayı belli bir imajın temsilcisi olarak hatırlaması yoluyla da marka bir reklam aracı hâline gelmektedir⁹². Örneğin spor kıyafetleri veya spor malzemeleri üreten veyahut pazarlayan bir teşebbüsün reklamlar vasıtasıyla ürünlerini ve böylece de markasını “güçlü” kavramıyla bağdaştırması hâlinde bu ilişkilendirme sayesinde tüketicileri etkileme gücüne sahip olacaktır.

1.2. MARKANIN REKLAM İLE İLİŞKİSİ

Pazar koşullarının değişmesi, rekabetin artması ve üretici ile alıcının birbirinden uzaklaşması nedeniyle reklamlar hem sağlayıcılar hem de alıcılar için oldukça önem kazanmış, alıcıların üretilen üründen haberdar olabilmesi için zorunlu bir unsur hâline gelmiştir⁹³. Bu sebeple teşebbüsler, faaliyetlerinin devamlılığını sağlayabilmek ve pazarda rakiplerinin önüne geçerek hedeflerine ulaşabilmek için reklama ihtiyaç duymaktadırlar⁹⁴. Zira günümüzde reklam olmaksızın bir alıcının (özellikle tüketicinin) pazara sunulmuş bir mal veya hizmetten haberdar olması mümkün gözükmemektedir. Bu yönüyle reklamlar piyasada ürün sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren ve kâr elde etme amacıyla hareket eden tüm teşebbüsler için ayrıca önem arz etmektedir. Bu teşebbüsler, reklamlar sayesinde büyük kitlelere seslenme, ürünleri hakkında alıcıları bilgilendirme, satışlarını artırma, üretim kapasitelerini genişletme ve işletmelerini büyütme fırsatına sahip olurlar⁹⁵.

⁹² DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 18.

⁹³ Gıyasettin TAYFUR, *Reklamcılık*, 5. bs. (Nobel Akademik Yayıncılık, 2013), 6, 13, 14; GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 11.

⁹⁴ TAYFUR, *Reklamcılık*, 6.

⁹⁵ TAYFUR, 16, 17.

Reklamların bilgi verme, ikna etme ve hatırlatma gibi işlevlerinin yanında değer katma işlevi de vardır⁹⁶. Reklam yalnızca bir ürüne rağbeti artırmak amacıyla değil, reklam veren teşebbüse veya onun markasına ilişkin algıyı değiştirmek, güçlendirmek veya pekiştirmek için de yapılabilir. Başka bir deyişle reklamın değer katma işlevinden, marka imajı oluşturmak amacıyla yararlanılması da mümkündür. Tüketici toplulukları üzerinde ve onların alım tercihleri üzerindeki etkisi nedeniyle reklam, marka imajı yaratmak için oldukça elverişli bir vasıta⁹⁷. Söz gelimi reklam veren teşebbüs, marka imajı oluşturmak için teşebbüsünün doğaya saygılı, yardımsever, köklü vb. gibi olumlu değerlere sahip olduğu vurgusunu içeren reklamlar yapabilir. Bu şekilde yapılan reklamlar, markaya bir kişilik ve özel bir anlam katılmasına yardımcı olur ve onları daha üstün, seçkin, özellikli göstererek tüketiciler ve rakipler gözünde reklamı yapılmayan markalara göre daha prestijli hâle getirirler⁹⁸. Bu şekildeki reklamlar genelde ürünlerden ziyade teşebbüsün tanıtılmasına yönelik olup bu reklamlara kurumsal reklam adı verilmektedir⁹⁹. Ticari amaç şart olmasa bile gelir elde etme amacıyla faaliyet gösteren bir teşebbüs tarafından yapılan bir kurumsal reklam, büyük olasılıkla ticari bir reklam olarak nitelendirilecektir. Gerçekten de bu reklamlarda genelde bir ticari amaç yokmuş gibi görünse de asıl amaçlanan tüketici gözünde olumlu algı oluşturarak uzun vadede ürüne veya teşebbüse talebin artırılması yoluyla gelir elde etmektir.

Mal veya hizmetlerin daha çok tercih edilmesi amacıyla yapılan reklam dâhil tanıtım faaliyetleri ve pazarlama stratejileri doğrudan marka üzerinden yapılmaktadır¹⁰⁰. Gerçekten de günlük hayatta türlü şekillerde karşımıza çıkan reklamlara bakıldığında, ticaret ünvanı veya işletme adının değil daha çok markanın vurgulandığı ve markanın reklamın muhatabının zihnine adeta kazınmaya çalışıldığı görülecektir. Çünkü bir işletmenin ürettiği ürünün özellikle tüketicilerin günlük yaşamında yer alması, tanınarak satın alınması bu ürünün taşıdığı marka ile mümkün olmaktadır¹⁰¹. Örneğin tüketici, uzun süreler beğenerek ve güvenerek tercih ettiği bir markanın bağlı olduğu işletmeyi

⁹⁶ Muazzez BABACAN, *Nedir Bu Reklam?*, 3. bs. (İstanbul: Beta Yayınları, 2015), 62 vd.; ELDEN, *Reklam*, 177 vd.; TAYFUR, *Reklamcılık*, 15, 19, 20; Yunus CERAN ve Süleyman KARAÇOR, "Pazarlama İletişimi Aracı Olarak Reklam: Reklam Maliyetleri ve Muhasebeleştirilmesi", *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* c. 6, sy. 1 (2013): 11. Karşılaştırmalı reklamların işlevleri hakkında ayrıca bkz. 2. böl. 2.3.4.

⁹⁷ Marka imajı, ürünün piyasadaki yaşam eğrisinin uzun olmasına yarar. Bkz. TAYFUR, *Reklamcılık*, 16.

⁹⁸ CERAN ve KARAÇOR, "Pazarlama İletişimi Aracı Olarak Reklam", 11; BABACAN, *Nedir Bu Reklam?*, 63; ELDEN, *Reklam*, 178.

⁹⁹ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 40; Numan TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar* (Oniki Levha Yayınları, 2016), 19.

¹⁰⁰ ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 34; İMİRLİOĞLU, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik*, 8; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 46.

¹⁰¹ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:39; KAYA, *Marka Hukuku*, 140.

genellikle bilmemekte, bunu öğrenmek için herhangi bir çaba göstermemekte, alım tercihlerini marka üzerinden kazandığı deneyimlere göre şekillendirmektedir. Çoğu reklamın, reklamı yapılan ürünün markasını içermesi ve her markanın kendi başına reklam etkisi yaratması nedeniyle reklam ve markanın çoğu zaman birlikte var olduğu söylenebilir. Markanın reklamlarda yer alması reklam hukuku bakımından çeşitli hukuki sonuçlar doğurabileceği gibi, reklamlar yoluyla marka hakkının ihlali de gündeme gelebilecektir. Çalışmamız da karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlalini konu edinmektedir.

2. BÖLÜM

REKLAM VE KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

2.1. REKLAMA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

2.1.1. Genel Olarak

Reklamın, ticari amaç içermeksizin yapılabilmesi mümkünse de reklamlar genellikle ticari amaçla hareket eden teşebbüsler tarafından iktisadi rekabet aracı olarak kullanılmaktadır. Bu kullanım 2709 sayılı ve 9 Kasım 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹⁰²'nin 26'ncı maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Çalışmamızda reklamlara hak nesnesi olması yönüyle değil¹⁰³ haksız fiil ve özellikle haksız rekabete neden olabilmesi temelinde yaklaşılması sebebiyle herkesin Anayasa m. 26 hükmü kapsamında reklamlar aracılığıyla iktisadi rekabette bulunma haklarının bulunduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Mevzuatımızda reklama ilişkin düzenlemeler dağınık bir görünüm arz etmektedir. Bu sebeple reklam ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hükümleri içeren düzenlemelerin incelenmesinin konumuz açısından yararlı olacağını düşünüyoruz. Belirtelim ki reklamlara ilişkin tüm düzenlemelerin incelenmesi çalışmamız kapsamını aşacağından düzenlemelere, konumuzun esasını oluşturan ihlal hâliyle ilgili olabileceği ölçüde yer verilmiştir. Reklamlar tüketici hukuku, haksız rekabet hukuku ve marka hukukuyla yakından ilgilidir ve bu hukuklara ilişkin mevzuatta reklamları yakından ilgilendiren hükümler bulunmaktadır. Reklam mecrası olarak sıkça tercih edilmesi nedeniyle reklam, radyo ve televizyon mevzuatında da birçok detaylı düzenlemeye konu olmuştur. Ayrıca gıda, sağlık, avukatlık gibi birçok farklı alanda da bu alanlara özgü düzenlemelerde reklamlara yer verilmiştir. Bu bölümde; mevzuatımızdaki reklam ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerin -özellikle konumuzu yakından ilgilendirmesi sebebiyle tüketici, haksız rekabet ve marka hukuku mevzuatının- ortaya konularak karşılaştırmalı reklamların hukuki çerçevesinin çizilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle burada yalnızca

¹⁰² RG: 09.11.1982 t. 17863 (Mükerrer) sy.

¹⁰³ Ticari ifadelerin, ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına ilişkin bkz. Ulaş KARAN, *İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2* (Ankara, 2018), 20, 21. Ayrıca doğrudan karşılaştırmalı reklamların ifade özgürlüğü kapsamında olduğuna ilişkin bkz. İfakat BALIK, "Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bağlamında Öngörülen Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* c. 35, sy. 3 (2019): 171-75.

mevzuat hükümleri ortaya konulmuş olup özellik arz eden hükümlerin değerlendirilmesi yeri geldikçe ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

2.1.2. Tüketici Hukuku Mevzuatı

Reklamlar, yalnızca gelir elde etme amacıyla yapılmaz. Herhangi bir ticari gaye güdülmeksizin kamu yararı gibi sebeplerle reklam yapılması da mümkündür¹⁰⁴. Ancak konumuzu teşkil eden karşılaştırmalı reklamlar, çoğunlukla gelir elde etme amacıyla yapılan ticari reklamlardır. Her ne kadar gelir elde etme amacına yönelik yapılmış olsa da ticari reklamlar yalnızca tüketicilere de yönelmez. Reklamlar, pazarda ara satıcı olarak faaliyet gösteren veya kendi işletmesinde kullanmak üzere ürün arayışında olan alıcıları da hedefleyebilir. Yine de bu durum, yapılan çoğu reklamın tüketicileri etkilemek ve onların alım tercihlerini yönlendirmek amacıyla yapıldığı gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu sebeple reklamlar tüketici hukukuyla yakından ilgilidir. Zira tüketicilerin hukuka uygun olmayan reklamlara karşı korunması gerekir¹⁰⁵.

Türk hukukunda reklam konusuna ilk kez mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁶'da yer verilmiştir. Karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun bir reklam yöntemi olduğu da ilk kez bu Kanun'a 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰⁷ ile eklenen m. 16/3 ve m. 16/4 hükümleri ile düzenlenmiştir¹⁰⁸. Son olarak 4077 sayılı bu Kanun 28 Kasım 2013 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁹'un (TKHK) yürürlüğe girmesiyle ilga edilmiştir. Hâlihazırda yürürlükte olan bu Kanun'da reklamları yakından ilgilendiren birden çok düzenleme yer almaktadır.

TKHK'nin 61'inci maddesinde ticari reklamın tanımı yapılarak bu reklamların Reklam Kurulunca¹¹⁰ belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun,

¹⁰⁴ Ticari ve ticari olmayan reklam ayrımı için bkz. 2. böl. 2.2.4.

¹⁰⁵ TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 113 vd.

¹⁰⁶ RG: 08.03.1995 t. 22221 sy.

¹⁰⁷ RG: 14.03.2003 t. 25048 sy.

¹⁰⁸ 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 16 hükmüne "(3) Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir." ve "(4) Reklam veren, ticari reklam veya ilânda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür." fıkraları eklenmiştir.

¹⁰⁹ RG: 28.11.2013 t. 28835 sy.

¹¹⁰ 4077 sayılı mülga TKHK'nin 17'nci maddesi uyarınca kurulan ve günümüzde Ticaret Bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren ve ticari reklamların idari denetimini yapmakla görevli kurul, 03.07.2014 t.

doğru ve dürüst olması gerektiği, tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici olmaması gerektiği düzenlenmiş, örtülü reklam yapılması yasaklanmıştır. Aynı maddenin beşinci fıkrası ise karşılaştırmalı reklamları doğrudan ilgilendirmektedir. Bu fıkra göre “*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.*” Hükümden yalnızca mal ve hizmetlere yönelik olarak karşılaştırmalı reklam yapılabileceği anlamı çıkmaktadır. Öğretide *Aslan* tarafından söz konusu maddenin, gerekçesinde mehz olarak gösterilen 2006/114/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Konsey Direktifi¹¹¹ndeki (Karşılaştırmalı Reklam Direktifi) anlayış doğrultusunda yorumlanması gerektiği; tacirlerin ticari işletmeleri, fiyatları, markaları, ticari özellikleri gibi hususların da karşılaştırmalı reklamlara konu edilebileceği belirtilmektedir¹¹². Bu anlayış doğrultusunda yapılacak yorumla, karşılaştırmaların doğrudan markalara yönelik de yapılabileceği söylenebilir.

TKHK m. 61, 62, 63 ve 84 hükümleri uyarınca reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlar ile ticari uygulamada bulunanların uyması gereken ilkeleri ve bu ilkeler çerçevesinde yapılacak inceleme esaslarını belirlemek ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketicileri korumak amacıyla Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği¹¹³ (Ticari Reklam Yönetmeliği) hazırlanmıştır. Bu yönetmeliğin 5’inci maddesinde reklamlara ilişkin temel ilkeler sayılmış, 8’inci maddesinin ilk fıkrasında ise karşılaştırmalı reklamların uyması gereken koşullar düzenlenmiştir¹¹⁴. Burada en dikkat çeken husus (a) bendinde yer alan

29049 sy. Resmî Gazete’de yayımlanan Reklam Kurulu Yönetmeliği m. 7 hükmü uyarınca ticari reklamlarda uyulması gereken genel ilkeleri belirlemekle de görevlidir.

¹¹¹ ABAD, 27.12.2006 t. L376 sy.

¹¹² Adem ASLAN, *Türk Reklam Hukuku*, 1. bs. (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021), 107, 108.

¹¹³ RG: 10.01.2015 t. 29232 sy.

¹¹⁴ Söz konusu fıkra şu şekildedir: “(1) *Karşılaştırmalı reklamlar, ancak;*

a) *(Ek: RG-28/12/2018-30639) Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret ünvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi,*

b) *Aldatıcı ve yanıltıcı olmaması,*

c) *Haksız rekabete yol açmaması,*

ç) *(Değişik: RG-4/1/2017-29938) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması,*

d) *Tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması,*

e) *Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması,*

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

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

“Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret ünvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi” gerekliliği olup söz konusu yönetmeliğin ve bu hükmün değerlendirmesine çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir¹¹⁵. Yerindeliği tartışmalı olmakla birlikte bu hükümle hukukumuzda doğrudan karşılaştırmalı reklamın yasaklandığı belirtilmelidir.

2.1.3. Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı

Haksız rekabetin yasaklanması, tüm katılımcılar adına bozulmamış bir rekabetin sağlanmasını hedefler (TTK m.54). Karşılaştırmalı reklamlarda rakiple ilişki kurulmak suretiyle bir karşılaştırma yapılmakta, reklam verenin veya onun ürünlerinin daha iyi, daha ucuz, daha kaliteli vs. olduğuna vurgu yapılmaktadır. Hatta aşağıda ayrıca yer verileceği üzere karşılaştırma ve rakiple ilişkilendirme, karşılaştırmalı reklama niteliğini veren hususlardır¹¹⁶. Bu sebeple bunlar olmaksızın bir karşılaştırmalı reklamdan da bahsedilemeyecektir. Taşınması gereken bu nitelikler sebebiyle karşılaştırmalı reklamların, haksız rekabet teşkil etmeye yatkın olduğu söylenebilir. Özellikle bu reklamlarda rakibe veya onun markasına ilişkin gerçeğe aykırı/yanıltıcı bilgiler verilmesi ile bu reklamların kötüleme veya rakibin tanınmışlığından yararlanma teşkil etmesi (TTK m. 55/1-a-5) ihtimali düşük değildir. Bu nedenle haksız rekabet hükümleri, reklamları yakından ilgilendirmektedir.

Haksız rekabet hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹¹⁷ (TBK) hem de TTK hükümlerinde düzenlenmektedir. TBK m. 57 hükmünde gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişinin, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise TTK hükümlerine atıf yapılmaktadır. Bu atıf gereği söz konusu TBK hükmü tacir sıfatını haiz olmayan meslek erbabı kişiler ile şirket sıfatını haiz olmayan kişiler arasındaki haksız rekabet teşkil eden

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

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

ı) (Ek: RG-4/1/2017-29938) Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmaması koşullarıyla yapılabilir.”

¹¹⁵ Doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağına ilişkin bkz. 2. böl. 2.3.6.

¹¹⁶ Bkz. 2. böl. 2.3.5.

¹¹⁷ RG: 04.02.2011 t. 27836 sy.

eylemlere uygulanacaktır¹¹⁸. Çalışmamızda ticari reklamlar esas alındığından bundan sonraki haksız rekabete ilişkin açıklamalar TTK çerçevesinde yapılacaktır.

TTK'de haksız rekabet, m. 54 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. TTK m. 54/2 hükmünde rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu belirtilmekte, m. 55 hükmünde ayrıca dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticari uygulamalar düzenlenmektedir. TTK m. 55/1-a hükmü ise doğrudan reklamlara ilişkidir. Bu bentte dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışların haksız rekabet olduğu belirtilmekte ve haksız rekabet oluşturan hâller 12 madde hâlinde örnekleyici şekilde sıralanmaktadır. Ancak haksız rekabet oluşturan reklamlar, burada sayılan hâllerle sınırlı değildir. TTK m. 55 hükmünde sayılan hiçbir hâlle ilişkilendirilemeyen durumların TTK m. 54/2 hükmü uyarınca haksız rekabet teşkil etmesi mümkündür¹¹⁹. TTK m. 55/1-a hükmünde sayılan bu 12 hâlden 5'incisi karşılaştırmalı reklamlara ilişkindir. Bu düzenlemede "*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*" haksız rekabet olarak sayılmaktadır. TTK m. 54 ve 55 hükümleri birlikte değerlendirildiğine, reklamların haksız rekabet oluşturmaması için dürüstlük kuralına aykırı olmaması, gerçeğe aykırı ve yanıltıcı olmaması, rakibini gereksiz yere kötüleyici olmaması ve rakibin tanınmışlığından yararlanma teşkil etmemesi gerekir. TTK m. 55 hükmünde sayılan hâllerden birine giren ticari bir uygulama haksız ve hukuka aykırıdır, TTK m. 54 hükmüne göre ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmez¹²⁰. Çünkü TTK m. 55 hükmünde sayılan eylemler

¹¹⁸ ARSEVEN, *Alameti Farika Hukuku*, 61; Agâh ADAK, "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", *Adana İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, sy. 4 (1975): 354; Soner KENAROĞLU, *Haksız Rekabet Hukuku'nda Karşılaştırmalı Reklam* (İstanbul: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 78. Aksi yönde TTK'de yer alan haksız rekabet hükümlerinin tüm ilişkilere uygulanması gerektiği yönünde bkz. KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 451 vd.; Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 29. bs. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023), 353; ÜLGEN vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 550. Yargıtay da haksız rekabet iddiasıyla açılan davada, öncelikle tarafların dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 14 vd. (6102 sayılı TTK'nın 11 vd.) maddeleri kapsamında tacir ya da esnaf sayılıp sayılmayacakları belirlenmek suretiyle; uyuşmazlığa 818 sayılı TBK'nın 48. veya 6762 sayılı TTK'nın 56 vd. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tespit edilerek uyuşmazlığın hukuki niteliği saptandıktan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken anılan husus nazara alınmaksızın verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur. 11. H.D. 18.11.2015 t. 2015/4509 E. 2015/12220 K. (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁹ Engin ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 3. bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 69.

¹²⁰ ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 358; Füsün NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016), 97.

doğası gereği TTK m. 54/2 hükmünde belirtilen ilkelere aykırılık oluşturacak eylemlerdir¹²¹.

2.1.4. Radyo, Televizyon ve Basın Mevzuatı

Günümüzde internette yapılan reklamların sayısı artmaktaysa da radyo, televizyon, gazete ve dergi gibi basın araçları reklamlar için hâlâ çokça tercih edilen vasıtalar. Reklamlar için uzun yıllardır tercih ediliyor olmasından kaynaklı olarak radyo, televizyon ve basın mevzuatında reklamlara ilişkin birden çok düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin tümüne burada yer vermenin mümkün olmamasının yanı sıra, izlenebilecek böyle bir yöntem çalışmamızın konusuna hizmet etmekten de uzaktır. Bu nedenle konumuzu yakından ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiş, diğer düzenlemelere gerektikçe değinilmiştir.

Reklamları ilgilendiren radyo ve televizyona ilişkin düzenlemelerin başında 6112 sayılı Radyo ve TV Kuruluşları ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun¹²² yer alır. Bu Kanun'un m. 3/1-ş hükmünde "*radyo ve televizyon reklamı*" tanımlanmaktadır. Buna göre radyo ve televizyon reklamı "*Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını*"dır. Aynı Kanun'un 8'inci maddesinde yayın hizmet ilkeleri düzenlenmiş, 9'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasında ise reklamlar dâhil tüm ticari iletişimlerin uyması gereken koşullar ve içermemesi gereken unsurlar sıralanmaktadır. Bu Kanun'un uygulanmasına dair çıkarılan Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹²³'in 8'inci maddesinde Kanun'un 8'inci maddesine paralel şekilde yayın hizmeti ilkeleri düzenlenmiş, bu maddenin (j) bendinde haksız bir çıkara hizmet edecek veya haksız rekabete yol açacak yayın yapılmaması kuralı getirilmiştir.

Mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun¹²⁴ zamanında çıkarılan ancak hâlâ yürürlükte olan Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas

¹²¹ Ozan Ali YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku* (Oniki Levha Yayınları, 2023), 49.

¹²² RG: 03.03.2011 t. 27863 sy.

¹²³ RG: 02.11.2011 t. 28103 sy.

¹²⁴ RG: 20.04.1994 t. 21911 sy.

ve Usulleri Hakkında Yönetmelik¹²⁵ m. 8/1-f hükmünde reklam yayınlarında “*Haksız biçimde, bir başka firma, şirket ya da kurumun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının; ... tüketiciyi yanıltacak veya karışıklığa yol açacak biçimde kullanılmaması ve taklit edilmemesi*” gerektiği düzenlenmiştir¹²⁶.

Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun (TRT) kuruluş, görev ve yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla düzenlenen 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Kanunu¹²⁷, yalnızca kamu yayıncılığına ilişkin olsa da TRT'nin reklam yayıncılığındaki yeri nedeniyle bu Kanun'un reklam hukukunun temel kaynakları arasında olduğunu kabul etmek gerekir¹²⁸. Ayrıca söz konusu Kanun'un m. 26/2 hükmünde reklam yayınlarının, halkı aldatıcı, yanıltıcı, diğer ürün veya nitelikleri kötüleyici ve haksız rekabete yol açıcı nitelikte olmaması gerektiği belirtilmektedir. 2954 sayılı Kanun'un m. 26 hükmüne istinaden çıkarılan Türkiye Radyo-Televizyon Reklam Kurumu Reklam Yönetmeliği¹²⁹'nin 3'üncü maddesinin ilk fıkrasının (f) maddesinde de reklam, “*Bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı olarak tanıtımı*” olarak tanımlanmaktadır.

195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun¹³⁰ da ilan ve reklamların yayımlanmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu Kanun'un m. 40/2 hükmünde reklam “*Satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar*” şeklinde tarif edilmektedir. Ancak bu Kanun'da reklamların uyması gereken kurallara ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Ticaret Bakanlığı tarafından, mülga 4077 sayılı TKHK'nin m.17 ve 31 hükümleri (6502 sayılı TKHK m. 63 ve m. 64) çıkarılan Medya Ölçümü Araştırma Sonuçlarının Ticari Reklam ve İlanlarda Kullanılmasına Dair Tebliğ¹³¹ de karşılaştırmalı reklamı ilgilendirir

¹²⁵ RG: 17.04.2003 t. 25082 sy.

¹²⁶ Öğretide *Aslan*, söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle başka bir firmanın ad, amblem, logo ve diğer tanıtıcı işaretlerinin, haklı bir sebeple kullanılmasına imkân tanınmış olmakla televizyon ve radyo reklamlarında karşılaştırmalı reklam yapılmasının hukuka uygun bulunduğunu belirtmekte, aynı zamanda bu düzenlemenin karşılaştırmalı reklamlarda rakibe ait markanın kullanılmasını yasaklayan Ticari Reklam Yönetmeliği hükmüne tezat olmakla birlikte daha isabetli bir düzenleme olduğunu değerlendirmektedir. ASLAN, *Reklam Hukuku*, 121.

¹²⁷ RG: 14.11.1983 t. 18221 (2. Mükerrer) sy.

¹²⁸ ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 56.

¹²⁹ RG: 26.08.2009 t. 27331 sy.

¹³⁰ RG: 09.01.1961 t. 10702 sy.

¹³¹ RG: 02.10.1998 t. 23481 sy.

düzenlemeler içermektedir. Bu tebliğin kapsamını “*Televizyon, gazete, dergi, radyo, sinema, açık hava vb. tüm iletişim mecralarının izlenme, okunma, dinlenme ve görülme durumlarına ve hedef kitlenin tüketim alışkanlıklarına yönelik olarak yapılan araştırma sonuçlarına dayanılarak gerçekleştirilen ticari reklam ve ilanlar*” olarak düzenleyen 2’nci fıkrası karşılaştırmalı reklamları yakından ilgilendirmektedir. Zira tüketiciler tarafından hangi kanalın veya gazetenin tercih edildiğinin gösterilmesi karşılaştırmalı reklam niteliğindedir¹³². Bu Tebliğ’in m. 3/1 hükmünde de araştırma sonuçlarının kaynak gösterilmeden ticari reklam ve ilanlarda kullanılmayacağı düzenlenmektedir. Aynı maddenin (f) bendi ise “*Reklam ve ilanlarda aynı nitelikte olan mecra kuruluşlarının karşılaştırılması yapılabilir. Farklı nitelikteki kuruluşların, örneğin; bir televizyon kanalı ile bir radyo istasyonunun ya da bir reklam pazarlama kuruluşu ile bir televizyon kanalının karşılaştırmaları yapılamaz.*” düzenlemesini içermektedir.

Ticari Reklam Yönetmeliği’nin 8’inci maddesinde karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması ve maddede sayılan diğer şartların sağlanması durumunda karşılaştırmalı reklam yapılabileceğini düzenlenmektedir. Bu hükme rağmen Tebliğ m. 3/1-f’de aynı ihtiyacı karşılayan alternatif hizmet olan radyo dinleme oranlarının ve televizyon izleme oranlarının, gazete okuma oranları ile internet takip oranlarının karşılaştırmasının yapılamayacağı düzenlenmesinin karşılaştırmalı reklamın mantığına ters ve kanunlara aykırı olduğu değerlendirilmiştir¹³³. Tebliğin m. 3/2 hükmü ise “*Karşılaştırılan mecra kuruluşunun adı, ünvanı veya diğer özgün kurumsal kimlik unsurları reklam ve ilanlarda gösterilemez.*” düzenlemesini içerir. Bu düzenleme de karşılaştırmalı reklamın mantığıyla uyumsuzluğu nedeniyle eleştiriye açıktır.

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Reklam Yönetmeliği¹³⁴’nin 4’üncü maddesinde reklam yayın ilkeleri ayrıca düzenlenmemiş ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik¹³⁵’e atıf yapılmıştır. Reklam Kurulu ve ihtisas komisyonlarının kuruluşu, görevleri, çalışma usul ve esaslarını düzenlemek üzere hazırlanan Reklam Kurulu Yönetmeliği de reklamlar ile yakından ilgilidir. Bu Yönetmelik’te TKHK’deki ticari reklam tanımı tekrarlanmakta (m. 3/1-ı) ve ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme, haksız ticari uygulamalara karşı

¹³² ASLAN, *Reklam Hukuku*, 122.

¹³³ ASLAN, 122, 123.

¹³⁴ RG: 26.08.2009 t. 27331 sy.

¹³⁵ RG: 17.04.2003 t. 25082 sy.

tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeler yapma (m. 7/1-a), bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma (m. 7/1-b), inceleme ve denetim sonucunda idari yaptırım uygulama (m. 7/1-c) görevlerinin Reklam Kuruluna ait olduğu düzenlenmektedir.

2.1.5. Marka Hukuku Mevzuatı

Mülga MarKHK'nin 9'uncu maddesinde işaretin teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasının yasaklanabileceği düzenlenmiş ve m. 61 hükmü ile bu kullanımın tecavüz sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasının marka koruması kapsamına alınması, 6769 sayılı SMK ile olmuştur. SMK m. 7/3 hükmünün (f) bendinde "*işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması*"nın marka sahibi tarafından yasaklanabileceği düzenlenmektedir. Ayrıca bu kullanım SMK m. 29/1-a hükmü yollamasıyla da marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Son tahlilde markaya sahibinden izinsiz ve hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda yer verilmesi marka hakkını ihlal edecektir.

2.1.6. Diğer Mevzuat

Gıda mevzuatında da reklam ve karşılaştırmalı reklamları ilgilendiren birden çok yasal düzenleme bulunmaktadır. 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu¹³⁶'nin m. 24/3 hükmünde gıda ve yem ürünlerinin tanıtım ve reklamının tüketiciyi yanıltıcı şekilde yapılması yasaklanmıştır. Aynı Kanun'un 23'üncü maddesinde gıda ve takviye edici gıdaların etiketinde, tanıtımında veya reklamında sağlık beyanı kullanılabilmesi Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun iznine tâbi kılınmıştır. Aynı Kanun'un m. 40/1-k hükmünde 24'üncü maddeye aykırı eylemin reklam yoluyla gerçekleşmesi hâlinde bu reklamlara karşı TKHK hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yine bu Kanun'un m. 24/3 hükmüne göre çıkarılan Türk Gıda Kodeksi Gıda Etiketleme ve Tüketicileri Bilgilendirme Yönetmeliği¹³⁷'nin 7'nci maddesinde de gıda reklamlarında temel unsurun tüketicileri yanıltıcı olmaması olduğu düzenlenmiştir.

¹³⁶ RG: 13.06.2010 t. 27610 sy.

¹³⁷ RG: 26.01.2017 t. 29960 (Mükerrer) sy.

5996 sayılı Kanun ile ilga edilen 5179 sayılı Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun¹³⁸'un 21'inci maddesine dayanılarak çıkarılan Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Yönetmelik¹³⁹ m. 15/1-p hükmünde *“mukayeseli reklamlarda, mukayesesi yapılan malın kime ait olduğunun belirtilmediği haller veya mukayesesi yapılan malın kime ait olduğunun belirtildiği ve en iyi kaydıyla yapılan reklamlar”* yanıltıcı reklamlar arasında sayılmıştır. Hekimlik, avukatlık, tütün ve alkol gibi farklı konuların ilgili mevzuatlarında da reklam yasağı ve kısıtlamaları bulunmaktadır¹⁴⁰. Konumuz bakımından ayrıca önem arz etmediğinden bu düzenlemelere ayrıca yer verilmemiştir.

2.2. REKLAM

2.2.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana gelen marka hakkının ihlalinden bahsedebilmek için öncelikle bir reklamın (ve karşılaştırmalı reklamın) varlığı gerekir. SMK m. 7/3-f hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere burada marka hakkı ihlali, karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana getirilmektedir. Bu sebeple reklam ve karşılaştırmalı reklamın varlığını ortaya koyabilmek, hangi hâllerde bu ihlalin meydana geleceğini tespit etmek bakımından önemlidir. Reklam tanımına girmeyecek tanıtımlar ve karşılaştırmalı reklam vasfına sahip olmayan reklamlar bakımından SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca bir marka hakkının ihlalinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Bu amaçla öncelikle reklam kavramı ele alınacaktır.

Reklamlar, gelir elde etme amacı ile yapılmak zorunda değildir. Yalnızca kamu yararı amacıyla yapılan bilgilendirici reklamlar da bulunmaktadır. Ancak konumuzu teşkil eden karşılaştırmalı reklamlar, genellikle ticari amaçla yapılmakta olup işletme, ürün, fiyat gibi

¹³⁸ RG: 05.06.2004 t. 25483 sy.

¹³⁹ RG: 09.06.1998 t. 23367 sy.

¹⁴⁰ Örneğin 26.11.1996 t. ve 22829 sy. Resmî Gazete'de yayımlanan 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un m. 3/1 hükmünde tütün ürünlerinin ve üretici firmaların isim, marka veya alâmetleri kullanılarak her ne suretle olursa olsun reklam ve tanıtımının yapılamayacağı düzenlenmiştir. Aynı yasak 12.06.1942 t. 5130 sy. Resmî Gazete'de yayımlanan 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler Kanunu'nun m. 6 hükmünde de yer almaktadır. Yine örneğin, 07.04.1969 t. ve 13168 sy. Resmî Gazete'de yayımlanan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun m. 55 hükmü ile avukatların reklam sayılabilecek her türlü harekette ve teşebbüste bulunmaları yasaklanmıştır. Benzer şekilde 13.06.1989 t. ve 20194 sy. Resmî Gazete'de yayımlanan 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun m. 45/5 hükmü uyarınca yeminli muhasebeci mali müşavirlerin reklam sayılabilecek faaliyetlerde bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır.

hususlara ilişkin karşılaştırma içermektedir. Ticari reklamların amacının mal/hizmeti veya işletmeyi tüketiciler başta olmak üzere alıcılara tanıtmak olduğu düşünüldüğünde rekabet hakkının reklam yoluyla kötüye kullanılması ihtimalinin oldukça yüksek olduğu söylenebilir¹⁴¹. Özellikle karşılaştırmalı reklamlarda bunların yanında, kendi ürünlerinin rakibin veya onun ürünlerinden daha üstün olduğu vurgusu da yapıldığından haksız rekabet oluşturması diğer reklamlara göre daha olasıdır. Reklamda rakibe ilişkin yapılan açıklamaların gerçeğe aykırı veya yanıltıcı olması, reklamın kötüleme veya tanınımlıktan yararlanma teşkil etmesi hâllerinde haksız rekabet oluşturan bir karşılaştırmalı reklamdan bahsetmek gerekecektir (TTK m. 55/1-a-5).

2.2.2. Reklamın Tanımı

Reklam, karşılaştırmalı reklamı da kapsayan bir üst başlık olması nedeniyle çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Reklam, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol, bu amaç için kullanılan yazı, resim, film vb.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Reklam, reklamcılık alanında ise “*Pazarlamaya konu olabilen her ögenin seçilmiş amaçlar doğrultusunda ikna edici kitlesel iletişim araç ve yöntemleriyle ve bedeli ödenerek yapılan benimsetilme çalışmaları*” ifade etmektedir¹⁴².

Reklamın hukuki çerçevesini belirleyebilmek için mevzuatta yer alan tanımlamaları ortaya koymak elzemdir. Ulusal hukukumuzda reklamın tanımına ilk kez 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkilatına Dair Kanun¹⁴³'ün 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Bu düzenlemede reklam, “*Satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar*” olarak tanımlanmaktadır. Öğretide *Aslan*, bu tanımlamanın, reklam mecrasının yalnızca gazete ve dergilerle sınırlı görülmesi nedeniyle bunlar dışında kalan ve gelecekte ortaya çıkabilecek reklam mecralarını ön görmemesi nedeniyle isabetli olmadığını değerlendirmektedir¹⁴⁴. Kanaatimizce de söz konusu düzenlemedeki reklam tanımı gazete ve dergi dışındaki,

¹⁴¹ MOROĞLU, “Karşılaştırmalı Reklam”, 3.

¹⁴² BABACAN, *Nedir Bu Reklam?*, 59.

¹⁴³ RG: 09.01.1961 t. 10702 sy.

¹⁴⁴ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 12.

örneğin televizyon veya internet mecralarında yapılan reklamları kapsamadığından isabetli değildir.

TKHK'nin m. 61/1 hükmünde ticari reklam tanımı yapılmakta, aynı tanım bu Kanun uyarınca çıkarılan Ticari Reklam Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin ilk fıkrasının (n) bendinde de tekrarlanmaktadır¹⁴⁵. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un m.3/1-ş hükmünde ise radyo ve televizyonda yapılan reklam tanımlanmaktadır¹⁴⁶. 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 26'ncı maddesine istinaden çıkarılan Türkiye Radyo-Televizyon Reklam Kurumu Reklam Yönetmeliği¹⁴⁷'nin m. 3/1-f hükmünde de reklam tanımı yapılmaktadır¹⁴⁸. Görüldüğü üzere reklam, mevzuatımızda çeşitli düzenlemelerde ve farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Öğretide reklamın tanımı daha çok talebi artırmak ve menfaat elde etme amacını içerir şekilde yapılmıştır. Bunlardan bazıları; *“belli bir mala veya işletmeye karşı talep yaratmak üzere yapılan her türlü beyanlar”*¹⁴⁹, *“bir ticari veya mesleki faaliyet dahilinde, mal veya hizmetlerin sürümünü veya mal veya hizmetlere olan talebi artırmayı hedefleyen her türlü beyan”*¹⁵⁰, *“bir malın veya hizmetin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım”*¹⁵¹, *“belirli bir menfaat elde etmek amacıyla, bizzat veya iletişim araçları başta olmak üzere her türlü araçla muhatapları zihnen etkileme faaliyeti”*¹⁵²dir. Balık ise reklamın herhangi bir etki yaratmak amacından bahsederek reklamın tanımını *“herhangi bir etki yaratmak amacıyla hedef kitleye iletilen açıklama”*¹⁵³ şeklinde yapmaktadır. Ticari amaçlı olmayan ve kamu spotu niteliğinde mesaj taşıyan reklamları da kapsamı nedeniyle bu tanımın daha isabetli olduğu görüşünderiz.

¹⁴⁵ İlgili düzenlemelerde ticari reklam tanımı *“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”* şeklinde yapılmaktadır.

¹⁴⁶ İlgili düzenlemeye göre radyo ve televizyonda yapılan reklam, *“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”*dir.

¹⁴⁷ RG: 26.08.2009 t. 27331 sy.

¹⁴⁸ İlgili düzenlemede reklam *“Bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı olarak tanıtımı”* olarak tanımlanmaktadır.

¹⁴⁹ ADAK, “Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, 361.

¹⁵⁰ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 31.

¹⁵¹ İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 6.

¹⁵² ASLAN, *Reklam Hukuku*, 20.

¹⁵³ İfakat BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 11.

2.2.3. Reklamın Unsurları

Reklamın mesaj (tanıtım), vasıta (mecra), mesaj kaynağı (reklam verenin kimliği), ücret, reklam yapma amacı, ticari amaç ve kamuya yönelik olma gibi unsurları vardır. Belirtmek gerekir ki, bu unsurlar her reklam için geçerli olduğu gibi konumuzu teşkil eden karşılaştırmalı reklamlar bakımından da aynen geçerlidir. Öğretide söz konusu unsurların reklam bakımından zorunlu olup olmadığı hususlarında görüş birliği yoktur.

Öncelikle reklamın, reklam ile iletilmek istenen bir *mesaj (tanıtım)* içermesi gerekir. Çünkü reklam, mal ve hizmetin tüketicilere tanıtmak olan amacını mesaj aracılığıyla gerçekleştirmektedir¹⁵⁴. Tanıtım reklama konu edinilen mal ve hizmetlerin tanıtımı şeklinde olabileceği gibi işletme reklamları (kurumsal reklamlar)¹⁵⁵ şeklinde de olabilir¹⁵⁶. Öğretide “*tanıtım*” ifadesi kullanılarak yapılan reklam tanımları¹⁵⁷ bulunsa da reklamların mutlaka tanıtım içermesi gerektiği sonucuna varmamak gerekir. Çünkü reklamlar ürünlere yönelik bir tanıtım içermeden sosyal bir mesaj da içerebilirler¹⁵⁸. Başka bir ifadeyle reklamın varlığı için aranan unsur tanıtımı da kapsayan “*mesaj*”dır. Bu mesajın tanıtım olup olmaması, reklamın varlığını değiştirmez.

Kamuya yönelik olma bazı yazarlar tarafından reklamın zorunlu unsurları arasında sayılmaktadır. Bu görüş, reklamların kamuya yönelik olması gerektiğini ileri sürer¹⁵⁹. Aksi görüşü savunanlar ise böyle bir zorunluluğun reklam kavramını oldukça daraltacağını belirtmektedir¹⁶⁰. Kanaatimizce de genele yönelmeksizin tek bir kişi hedef alınarak yapılan reklamların varlığı göz önünde bulundurularak kamuya yönelik olma, reklamın zorunlu unsurları arasında olduğu değerlendirilmemelidir.

¹⁵⁴ TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 12; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 44.

¹⁵⁵ İşletme reklamları, mal ve hizmet tanıtımı içermeksizin işletmelerin tanıtımını içeren reklamlardır. Bkz. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 40; TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 19.

¹⁵⁶ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 36.

¹⁵⁷ Bkz. İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 6.

¹⁵⁸ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 36. Yazar bu sebeple tanıtım ve mesaj ifadesini kapsayan “*açıklama (beyan)*” ifadesinin daha yerinde olduğunu belirtmektedir.

¹⁵⁹ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 37, 38; İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 7; KENAROĞLU, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 26; Ece TATARİ, *Karşılaştırmalı Reklam Yoluyla Haksız Rekabet* (İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019), 28; Yelda ÜREY, *Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar* (İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008), 22.

¹⁶⁰ Sabih ARKAN, “Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar”, *BATİDER* c. 21, sy. 1 (2001): 24; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 31; TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 13.

Reklam verenin mesajını hedef kitleye ulaştırması ise *mecra (vasıta)* aracılığıyla mümkün olmaktadır. Reklam yapmak için kullanılan bu mecra, reklamın diğer bir unsurudur. Günümüzde, reklamların yapılabileceği mecraların sayısı ve çeşitliliği artış göstermektedir. Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1-ı hükmünde 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 araçları*” şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere sınırlayıcı bir yaklaşımı yansıtmayan bu tanım, ileride ortaya çıkması muhtemel mecraları da kapsayacak şekilde yapılmıştır¹⁶¹. Öğretide yüz yüze şeklinde, el ilanı veya e-posta ile yapılan reklamların vasitasız şekilde yapıldığından hareketle bazı reklamlar için vasitanın zorunlu olmadığı¹⁶² ve beyanın reklam olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka bir vasıta ile yapılması gerektiği¹⁶³ konusunda iki farklı görüş vardır. Vasıta, reklam ile muhatap kitle arasında bir köprü kuran, reklamın mesajını ileten bir araçtan ibarettir. Ancak yine de reklamın mesajının iletilmesi vasıta olmaksızın mümkün değildir. Bu sebeple vasitanın, mesajın iletilmesine yarayan her türlü araç olarak yorumlanması suretiyle, reklamın zorunlu unsurları arasında kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Reklam veren (mesajın kaynağı) unsuru ise hedef kitle tarafından reklamdaki mesajın kaynağının tespit edilebilmesidir. Çoğu zaman reklamın amacına ulaşması, mesajın kaynağının hedef kitle tarafından bilinmesiyle gerçekleşir. Örneğin gelir elde etme amacıyla yapılan ticari reklamlarda durum böyledir. Reklam verenin/mesajın kaynağının belirtilmesi reklam verenin isminin açıkça belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi ürünün markalarının gösterilmesi şeklinde de olabilir¹⁶⁴. Öğretide ağırlıklı olarak reklamda reklam verenin açık olması veya belirlenebilmesi reklamın zorunlu unsurları arasında sayılmaktadır¹⁶⁵. *Tekelioğlu*, reklam verenin kimliği ticari reklamlarda zorunlu unsur iken ticari olmayan reklamlarda zorunlu olmadığını ileri sürmektedir¹⁶⁶. *Özdemir* ise viral reklamlar ve sosyal medyada yapılan bazı reklamlarda mesajın kaynağının veyahut bir reklamla karşı karşıya olunduğunun hedef kitle tarafından tespit edilmesi her zaman mümkün olmadığından reklam verenin kimliğinin açıklanmasının reklamın zorunlu

¹⁶¹ TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 15; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 42.

¹⁶² İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 9.

¹⁶³ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 38; KENAROĞLU, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 30.

¹⁶⁴ ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 48.

¹⁶⁵ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 36; ÜREY, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 23; TATARLI, *Karşılaştırmalı Reklam Yoluyla Haksız Rekabet*, 29.

¹⁶⁶ TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 16.

unsurları arasında olmadığını ifade etmektedir¹⁶⁷. Kanaatimizce de bu şekilde, hedef kitlenin mesajın reklam olduğunu tespit edemediği örtülü reklamlarda reklam konusu mesaj hedef kitleye ulaşip amacını gerçekleştirmiş olacağından, reklam verenin belirli olması reklamın zorunlu unsurları arasında sayılmamalıdır. Ayrıca ticari olmayan reklamlarda da reklam verenin kimliğinin tespit edilebilmesi zorunlu bir koşul olmadığından¹⁶⁸ bize göre bu unsur için ticari – ticari olmayan reklam ayrımı yapmak gerekmez.

Reklam yapma amacı (reklam iradesi) da reklamın unsurlarından bir diğeridir. Bu unsur, reklam verenin, ürün ya da hizmetlerini reklamlar yoluyla tüketicilere tanıtılabilmek için reklam yapma hedefini taşımak zorunda olmasına karşılık gelir¹⁶⁹. Gerçekten reklam iradesi olmaksızın meydana getirilen ifadeler ve eylemler ya da tesadüfen oluşan durumlar reklam oluşturmazlar. *Ticari amaç unsuru* ise reklamların ticari etki yaratmak amacıyla yapılmasını ifade eder¹⁷⁰. Reklamların tümü bir etki yaratmak amacıyla yapılmakta olup ticari reklamlarda yaratılmak istenen etki reklam verenin ürünlerinin satışının artırılmasıdır. Ancak bir düşünceyi yaymak, bir yardım kuruluşuna destek olmak gibi amaçlarla da reklam yapılabilir. Açıktır ki bu reklamlar, ticari reklam tanımına girmezler. Bu nedenle ticari amaç unsurunun zorunluluğu bakımından ticari ve ticari olmayan reklamlar bakımından bir ayrım yapmak gerekir. Ticari reklamlar bakımından ticari amaç unsuru zorunluysen, ticari olmayan reklamlar için zorunlu değildir.

Ücret (bedel) unsuru ise reklam yapılması için bir bedel ödenmesi anlamına gelir. Ancak buradaki ücret, reklam verenin reklam yapması için reklamcıyla ödediği değil reklamın vasıtalarda yayınlanması için ödediği ücrettir¹⁷¹. Ücretin reklamın zorunlu unsurları arasında olup olmadığına ilişkin öğretide bir görüş birliği yoktur. Ancak ağırlıklı görüş ücretin zorunlu unsurlar arasında olmadığı yönündedir¹⁷². Kanaatimizce reklam çoğu zaman reklam veren tarafından ödenen bir ücret karşılığı yapılıyor olsa da ücret ödemeksizin gerçekleştirilen reklamlar da bulunmaktadır. Söz gelimi bir teşebbüsün

¹⁶⁷ ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 47, 48.

¹⁶⁸ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 37.

¹⁶⁹ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 20; KENAROĞLU, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 26.

¹⁷⁰ TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 14.

¹⁷¹ TEKELİOĞLU, 17.

¹⁷² Bkz. Emrehan İNAL, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, 1. bs. (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), 10; Hayrunnisa ÖZDEMİR, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 53, sy. 3 (2004): 66; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 51; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 47; TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 17. Aksi yönde bkz. Aylin DİŞBUDAK, *Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar* (Ankara: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007), 12; ÜREY, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 25; KENAROĞLU, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 34.

herhangi bir ücret ödemeksizin oluşturduğu sosyal medya hesabında kendi ürünlerine ilişkin yaptığı tanıtımlar ücret ödenmediğinden bahisle reklam olmaktan çıkmayacaktır. Bu sebeple çeşitliliği artan reklam mecraları karşısında, ücretin reklamın zorunlu unsurları arasında sayılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

2.2.4. Ticari ve Ticari Olmayan Reklam Ayrımı

Ticari ve ticari olmayan reklam ayrımı, reklamın yöneldiği amaç uyarınca yapılmaktadır. Ticari reklamlarda amaç mal/hizmeti veyahut ticari bir düşüncüyü tanıtarak mal/hizmetlerin sürümünün veya işletmeye talebin artırılması şeklinde bir ticari etki yaratmak¹⁷³ olup reklamların herhangi bir ticari amaca yönelmeksizin yapılması da mümkündür¹⁷⁴. Bu ikinci tür reklamda ticari olmayan reklam söz konusudur.

Ticari reklamlar bir mal veya hizmetin sürümünü artırmak amacıyla yapılabileceği gibi belli bir işletmeye karşı olumlu bir kanaat oluşturmak veya işletmenin kurumsal politikasını açıklamak üzere de yapılabilir¹⁷⁵. Şöyle ki ticari reklam, ürünlerin tanıtılarak fiyatlarının gösterildiği bir içerikle sınırlı düşünülmemelidir. Tüketici üzerinde olumlu bir algı oluşturmayı hedefleyen her türlü reklam uzun vadede bu reklam verene ve ürünlerine taleplerin artırılması suretiyle gelir elde etme amacını taşır. Ticari reklam, kendisini veya kendi ürünlerini övmenin yanında rakibinkileri kötülemek suretiyle dolaylı olarak kendi mallarının sürümünü artırmaya çalışmak şeklinde de yapılabilir¹⁷⁶. Bu ihtimal tam olarak konumuzu oluşturan karşılaştırmalı reklamlara karşılık gelmektedir.

Ticari bir amaç içermeksizin yapılan reklamlar da bulunmakla birlikte belirtmek gerekir ki günümüzde karşılaştığımız reklamların çoğu ticari reklamdır. Karşılaştırmalı reklamları doğrudan ticari reklam olarak nitelenmek her ne kadar yanlışsa da¹⁷⁷ ticari amaç

¹⁷³ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 38; İNAL, *Reklam Hukuku*, 14; ÖZDEMİR, "Aldatıcı Reklamlar", 67; İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 7; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 26.

¹⁷⁴ Çocukların okutulması amacı güden bir derneğin bu amaçla para toplamak için yaptığı veya Kızılay'ın kan bağıışı için yaptığı reklamlar ticari nitelik taşımayan reklamlara örnek gösterilebilir. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 39. Gençliği kötü alışkanlıklardan korumayı amaçlayan bir derneğin reklamları da bu kapsamda değerlendirilebilir. ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 46. Sağlık Bakanlığı tarafından sigaranın zararlarına yönelik yapılan kamu spotu içerikli reklamlar da bu tür reklamlara örnektir.

¹⁷⁵ İşletme reklamları (kurumsal reklamlar) hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 40 vd.; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 32.

¹⁷⁶ İNAL, *Reklam Hukuku*, 14.

¹⁷⁷ Reklamın ticari olup olmaması, onun amacı ile ilgili olup bir reklamın karşılaştırma içermesi onun doğrudan ticari amaçlı olduğu anlamına gelmez. Uygulamada rastlamak pek mümkün olmasa da ticari olmayan bir karşılaştırmalı reklamın yapılması imkânsız değildir.

taşımayan bir karşılaştırmadan bahsetmek oldukça güçtür. Bir teşebbüsün kendi yaptığı yardımları rakibinkiyle karşılaştırması şeklinde yapılan bir reklamın ardında da alıcıların kendisini tercih etmesini sağlayarak gelirin artırılması gayesi yatmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda ticari reklamlar esas alınmış, aksi ifade edilmediği sürece reklam terimi ticari reklamı karşılar şekilde kullanılmıştır.

2.2.5. Ticari Reklamın Önemi

Gelir elde etmek amacıyla hareket eden teşebbüsler bu gayelerine ulaşmak için teşebbüslerine ve ürünlerine talebin artırılmasına ihtiyaç duyarlar. Söz konusu talebi yaratmak ise teşebbüsün, teşebbüsün markasının veya ürünlerinin tanıtılmasına bağlıdır. Ürünlerin tanıtımı ile talebin ve böylece satışının sağlanması için başvuru yöntemlerinden en etkili olanı ise reklamlardır¹⁷⁸. Reklamlar yoluyla ürünler alıcılara tanıtılır ve ürün ile tüketici arasında bir köprü kurulur¹⁷⁹. Reklama konu edilerek tanıtımı yapılmayan ürünlerin tüketici nezdinde gündemde tutulması ve tercih edilmesinin sağlanması oldukça zordur. Gerçekten tüketicinin reklamı yapılmayan bir üründen haberdar olması ürün, marka ve reklam çeşitliliğinin fazla olduğu günümüzde düşük bir olasılıktır.

Aşağıda karşılaştırmalı reklamların işlevleri başlığı altında inceleneceği üzere¹⁸⁰ reklamlar aynı zamanda tüketicinin bilgilendirilmesine yarar. Tüketici hukuku bakımından tüketicinin tercih edeceği ürünler hakkında eksiksiz ve açık bir biçimde bilgi alma hakkı bulunmaktadır. Bu hak aydınlatılma hakkıdır. Haksız rekabet oluşturmayan bir reklam bu anlamda tüketicinin aydınlatılma hakkını yerine getirerek daha isabetli bir seçim yapmasına yarar¹⁸¹. Seçim yapma konusunda kısıtlı nakit ve vakte sahip olan tüketici, reklamlar vasıtasıyla çok kısa bir süre içerisinde reklama konu ürün hakkında bilgi edinebilir. Ancak haksız rekabet oluşturan reklamlar yoluyla tüketicinin yanlış yönlendirilmesi de her zaman ihtimal dahilindedir.

¹⁷⁸ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 33; Ebru CEYLAN, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2 (2003): 193.

¹⁷⁹ Akar ÖÇAL, "Reklam ve Haksız Rekabet", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* c. 6, sy. 2 (1970): 96; MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 3; İNAL, *Reklam Hukuku*, 7; CEYLAN, "Tuzak Reklamlar", 193; ÖZDEMİR, "Aldatıcı Reklamlar", 65; Hediye BAHAR SAYIN, "Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Türleri" içinde *Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences (Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi-2017)* (İstanbul: e-Kitap, 2017), 251.

¹⁸⁰ 2. böl. 2.3.4.

¹⁸¹ İNAL, *Reklam Hukuku*, 6.

Reklamların tüketicinin alım tercihlerine etkisine yukarıda değinmiştik¹⁸². Tüketicileri ve böylece işletmeye karşı talepleri yönlendirme gücüne sahip olan reklam önemli ve güçlü bir rekabet aracı olarak kabul edilmektedir¹⁸³. Gerçekten reklamın bu gücünün farkında olan çoğu teşebbüs reklamlara yatırım yaparak kendilerini veya ürünlerini reklamlar yoluyla öne çıkarmaya çalışmaktadır. Ancak pazara sunulan mal/hizmet sayısının ve böylece de rekabetin artmasıyla birlikte reklamlar, bilgi vermekten ziyade ikna etme işlevine yönelmiştir¹⁸⁴. Reklamların ikna etme işlevinin ön plana çıkması da onların aldatıcı olma eğilimini güçlendirmektedir.

2.3. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

2.3.1. Genel Olarak

Reklamlar, yalnızca kendisinin veya ürünlerinin tanıtımını içerir şekilde de yapılabileceği gibi rakibin şahsı veya onun ürünleriyle açık veya dolaylı şekilde bağlantı kurularak kendisinin veya ürünlerinin rakibinden veya onun ürünlerinden üstün olduğu veya en az onun ayarında olduğunun belirtilmesi şeklinde de yapılabilir¹⁸⁵. İşte bu ikinci hâlde karşılaştırmalı reklam söz konusudur. Bu reklamlar, aynı amaca yönelik ürünler arasında karşılaştırma içerdiğinden tüketicinin aydınlatılmasına daha etkin şekilde hizmet eder¹⁸⁶. Rakiple karşılaştırma içeren reklam sayesinde reklamın muhatap kitlesi olan alıcılar hem reklamı yapılan ürün hem rakibin ürünü hakkında hem de bu ikisi arasındaki karşılaştırmaya ilişkin bilgi edinebilmektedir. Anılan nedenlerle bu reklam türünün alıcıların ikna edilmesi bakımından diğer reklamlara göre daha etkili bir reklam türü olduğunu söylemek yanlış olmaz. Karşılaştırmalı reklamlarda rakibin de tanıtımına yer verildiğinden önceleri bu reklama çekinceli yaklaşılmışsa da daha sonra alıcıların ikna

¹⁸² Bkz. 1. böl. 1.2.

¹⁸³ ADAK, "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", 361; MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 3; İNAL, *Reklam Hukuku*, 7; ÖZDEMİR, "Aldatıcı Reklamlar", 65; BAHAR SAYIN, "Karşılaştırmalı Reklamlar", 251; Numan TEKELİOĞLU, "Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 8, sy. 1 (2018): 15.

¹⁸⁴ Ekonominin büyümesiyle reklam tercihlerinde yaşanan değişikliğe dair bkz. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 12, 13.

¹⁸⁵ MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 4; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 27; Tekin MEMİŞ ve Savaş BOZBEL, "Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar", *E-Akademi*, sy. 81 (2008): böl. IV. B., <http://www.e-akademi.org/>.

¹⁸⁶ MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 4.

edilmesi anlamında etkili bir yöntem olduğu anlaşılmış ve teşebbüsler tarafından sıkça tercih edilmeye başlanmıştır¹⁸⁷.

Karşılaştırmalı reklamlarda, rakiple veya onun ürünleriyle karşılaştırma yapmak suretiyle reklam verenin üstün yanları ön plana çıkarıldığından, bu reklamların haksız rekabet oluşturması diğer reklamlara göre daha olasıdır. Çünkü bu reklamlar, doğrudan rakibe yöneltilen birtakım mesaj veya ifadeler içermektedir. Söz gelimi reklamda rakibe ilişkin yapılan açıklamaların gerçeğe aykırı veya yanıltıcı olması, reklamın kötüleme veya rakibin tanınmışlığından yararlanma teşkil etmesi hâllerinde haksız rekabet oluşturan bir karşılaştırmalı reklamdan bahsetmek gerekecektir (TTK m. 55/1-a-5). Ayrıca her karşılaştırmalı reklam, dolaylı da olsa rakibin kötülenmesini içerir. Buradaki kötülenmenin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespiti ise reklamdaki eleştirinin doğruluk, orantılılık, gereklilik ölçütlerine göre değerlendirilmesini gerektirir¹⁸⁸.

Karşılaştırmalı reklamlarda rakip doğrudan belirtilebileceği gibi ima yoluyla da gösterilebilir. Rakiple ilişkilendirmenin açık veya dolaylı yapılması da doğrudan ve dolaylı karşılaştırmalı reklam ayrımını doğurur. Yerindeliğine ilişkin eleştirilere aşağıda yer verilecek olmakla birlikte hukukumuzda Ticari Reklam Yönetmeliği ile getirilmiş doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağı bulunmaktadır (m. 8/1-a)¹⁸⁹. Sözün kısası, hukukumuzda hâlihazırda yalnızca dolaylı şekilde karşılaştırmalı reklam yapılabilmesi mümkündür.

2.3.2. Karşılaştırmalı Hukukta Karşılaştırmalı Reklama İlişkin Düzenlemeler

2.3.2.1. 2006/114 Sayılı Direktif

AB'nin reklam hukukuna ilişkin çalışmaları kapsamında, 1975 yılında bir düzenleme yapılması önerilmiştir. Bu düzenleme, reklamların adil olmasını esas almış ve yanıltıcı unsurlar içeren karşılaştırmalı reklamların yasaklanması gerektiğini öngörmüştür. 1978 yılına gelindiğinde ise bu yaklaşım değiştirilmiş, karşılaştırmalı reklamlara ancak doğrulanabilir ve somut verilere dayanması koşuluyla izin verilebileceği düşüncesi benimsenmiştir. 19 Eylül 1984 tarihli Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanarak

¹⁸⁷ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 80; BAHAR SAYIN, "Karşılaştırmalı Reklamlar", 251.

¹⁸⁸ İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 61, 62.

¹⁸⁹ Doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağı ve buna yönelik öğretideki eleştirilere ilişkin bkz. 2. böl. 2.3.6.

yürürlüğe giren 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif, 1997 yılında 97/55 sayılı AB Direktifi ile değişikliğe uğramış olup Direktif'e karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hükümler eklenmiştir. Anılan Direktif, 2006/114 sayılı Direktif ile yürürlükten kaldırılmış olup günümüzde Avrupa Birliğinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin geçerli olan direktif 2006/114 sayılı Direktif'tir.

2006/114 sayılı Direktif'te karşılaştırmalı reklam, "*Rakibin veya rakip tarafından pazarlanan mal veya hizmetlerin, doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanmış olduğu her türlü ifade*" şeklinde tanımlanmaktadır (m.2/c). Hükümden anlaşıldığı üzere rakip veya onun ürünlerinin reklamda tanımlanması, başka bir deyişle doğrudan karşılaştırmalı reklam, tanımda ifadesini bulmuştur. Söz konusu hükümlerle doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılabileceği açıkça düzenleme altına alınmış durumdadır. Ancak karşılaştırmalı reklamın uyması gereken koşullar 4'üncü maddede detaylı şekilde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki bu düzenlemede bizim mevzuatımızdaki (Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-a) gibi karşılaştırmalı reklamların rakibin markası veya diğer ayırt edici işaretlerine yer verilmemesi kuralı yer almamaktadır.

2.3.2.2. MTO Uluslararası Reklam Uygulama Esasları

Amacı uluslararası ticareti teşvik etmek ve iş dünyasını desteklemek olan Milletlerarası Ticaret Odası 1919 yılında kurulmuştur¹⁹⁰. MTO, 1937 yılında pazarlama uygulamalarının esaslarını düzenleyen bir dizi kural yayımlamış olup, bu kurallar 1949, 1955, 1966 ve 1973 yıllarında gözden geçirilerek güncellenmiştir. Bu esaslara göre, tüm reklamların yasalara uygun, etik, dürüst ve doğru olması gerekmektedir. Bu esasların 11'inci maddesi ise karşılaştırmalara ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemede karşılaştırmalı reklamda karşılaştırılan ürün markasına yer verilmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁹¹.

¹⁹⁰ <https://iccwbo.org/about-icc-2/our-mission-history-and-values/> (E.T. 27.03.2025)

¹⁹¹ Esasların 11'inci maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "*Karşılaştırmalı reklamlarda: karşılaştırılan ürün, hizmet ya da marka adının belirtilmemesi, ... gerekir.*" Esasların Türkçe metni için bkz. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://rd.org.tr/www/rd/assets/doc/icc-1.pdf (E.T. 27.03.2025)

2.3.2.3. FTC Karşılaştırmalı Reklam Politikası Beyannamesi

Amerika Federal Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan Karşılaştırmalı Reklam Politikası Beyannamesi, karşılaştırmalı reklama izin verirken, bu tür reklamların yapılma esaslarını belirlemeyi ve haksız rekabet, yanıltıcı nitelik veya karşılaştırılan ürün ve hizmetler arasında haksız kötüleme yapılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Beyannamenin (c) maddesinde, Komisyon'un karşılaştırmaya dayanak oluşturan unsurların açıkça belirtildiği marka karşılaştırmalarını desteklediği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda Amerika Birleşik Devletleri'nde karşılaştırmalı reklamlarda, karşılaştırılan ürün veya hizmetlerin isimleri, markaları ya da logoları açıkça kullanılabilir¹⁹².

2.3.2.4. İngiltere'deki Düzenlemeler

İngiltere hukukunda 1938 tarihli İngiltere Marka Kanunu'nda, bir üçüncü tarafın markasının reklamda kullanılmasına yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak, 1994 tarihli markalarla ilgili yapılan düzenleme ile 89/104/EEC sayılı Direktif'e uyum sağlanarak belirli kurallar çerçevesinde karşılaştırmalı reklam yapılmasına izin verilmiş olup reklamda rakip markasına yer verilmesi durumunda ticari avantaj sağlamaması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Belirtilmelidir ki bu düzenlemede karşılaştırmalı reklamlarda rakip markasına veya başka bir ayırt edici işarete yer verilmesine ilişkin yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.

2.3.3. Karşılaştırmalı Reklam ve Tanımı

Karşılaştırmalı reklam hukukumuzda ilk kez Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1-ğ hükmünde "*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. 2006/114/EC Karşılaştırmalı Reklam Direktifi'nin m. 2-c hükmüne göre ise karşılaştırmalı reklam, "*Rakibin veya rakip tarafından pazarlanan mal veya hizmetlerin, doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanmış olduğu her türlü ifade*"dir¹⁹³. TTK m. 55/1-a hükmünde karşılaştırmalı reklamda yasak olan hususlar

¹⁹² Beyanname metni için bkz. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statement-policy-regarding-comparative-advertising> (E.T. 27.03.2025)

¹⁹³ "*Madde 2: Bu Direktifin amaçları doğrultusunda: ... (c) "karşılaştırmalı reklam", açıkça veya ima yoluyla bir rakibi veya bir rakip tarafından sunulan mal veya hizmetleri tanımlayan her türlü reklam anlamına gelir."*

düzenlenmekte, Ticari Reklam Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinde karşılaştırmalı reklamların uyması gereken şartlara yer verilmektedir.

Reklamı karşılaştırmalı reklam hâline getiren, reklamda rakibin şahsı veya ürettiği mal veya hizmet ile bağlantı kurulmak suretiyle kendisinin veya ürettiği mal veya hizmetin rakibinkinden daha iyi veya onun ayarında olduğunun belirtilmesidir¹⁹⁴. Diğer bir deyişle karşılaştırmalı reklamlar yoluyla reklam veren, rakip ile veyahut onun ürünleriyle karşılaştırmak suretiyle kendisi veyahut kendi ürünlerinin daha iyi, üstün, hesaplı vs. olduğu bilgisini sunarak alıcıyı kendisini tercih etmesi için ikna etmeye çalışır. Zira karşılaştırmalı reklam ile reklamı yapılan ürünün iyi yönleri vurgulanmakta, üstelik bu iyi yönler rakiple karşılaştırmak suretiyle pekiştirilmektedir.

Karşılaştırmalı reklamlar, her ne kadar her zaman ve sadece tüketicileri hedef almasa da çoğunlukla tüketicilere yöneltilirler. Karşılaştırmalı reklamlar, aynı zamanda tüketicilerin en temel haklarından biri olan aydınlatılma haklarının yerine getirilmesinde de elverişli bir yöntemdir¹⁹⁵. Böyle bir reklam, normal bir reklamdan daha fazla ve karşılaştırmalı veri içerdiğinden bu reklamın tüketiciyi daha çok bilgilendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Karşılaştırmalı reklamlar, tüketicilerin bilgilenmesine hizmet etmesinin yanında aynı zamanda rekabeti güçlendirmesi nedeniyle de tüketicinin yararınadır¹⁹⁶.

2.3.4. Karşılaştırmalı Reklamın İşlevleri

2.3.4.1. Bilgilendirme İşlevi

Aydınlatılma hakkı, tarihsel süreçte tüketicilerin korunması hareketi sonucunda ortaya çıkmış en temel tüketici haklarından biridir¹⁹⁷. Bu hak, tüketicinin bilinçli şekilde doğru ve sağlıklı bir seçim yapmasına yetecek şekilde satın alacağı ürün hakkında doğru ve dürüst şekilde bilgi edinmesini gerektirir¹⁹⁸. Reklamlar bu hakkın yerine getirilmesinde etkili

¹⁹⁴ MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 4; CEYLAN, "Tuzak Reklamlar", 199; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 34; BAHAR SAYIN, "Karşılaştırmalı Reklamlar", 251; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 43.

¹⁹⁵ MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 7.

¹⁹⁶ KENAROĞLU, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 38, 39. Rekabetin faydaları için bkz. KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 441, 442.

¹⁹⁷ Tüketici haklarının tarihsel süreçteki gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*.

¹⁹⁸ GÖLE, 17; Celal GÖLE, "Türk Hukukunda Reklamların Ön-Denetimi Sorunu", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi* c. 40, sy. 1 (1985): 256; İNAL, *Reklam Hukuku*, 7; CEYLAN, "Tuzak Reklamlar", 193.

araçlardır¹⁹⁹. Bu ise reklamın bilgilendirme işlevi sayesinde mümkün olmaktadır. Çoğu zaman malı veya markayı reklam ile tanıyan tüketici, reklam sayesinde ürün hakkında bilgi edinir ve alım tercihini buna göre yapma imkânına sahip olur. Ancak belirtilmelidir ki bu hak, tüketicilerin aldatıcı reklamlardan korunmasını da içermektedir²⁰⁰. Şöyle ki, reklamın gerçeğe aykırı veya yanıltıcı ifadeler içermesi veya aldatıcı olması durumunda bu hakkın gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilemez. Hatta böyle bir durumda tam tersine tüketicinin aydınlatılma hakkı baltalanmış olur.

Öğretide, reklamın en temel işlevinin bilgilendirme olduğu ifade edilmektedir²⁰¹. Karşılaştırmalı reklamlar, reklam yapanın yanında rakibe ve/veya onun ürünlerine ilişkin de bilgi içerdiğinden bilgilendirme işlevi bu tür reklamlarda daha etkindir²⁰². Ancak rakibin açık ve kesin şekilde teşhis edilemediği ve karışıklığa yol açan reklamları bu genellemeden ayrı tutmak gerekir. Zira reklamın muhatabının akli karıştırılmak suretiyle yapılan reklamlar, tam tersine tüketiciyi bilgilendirmekten ziyade onun yanıltılmasıyla sonuçlanacaktır. Rakibin markası veya diğer ayırt edici bir işaretinin belirtildiği doğrudan karşılaştırmalı reklamların ise rakibin kim olduğunun karışıklığa yol açmadan belirlenebilmesi açısından tüketiciyi daha iyi bilgilendirdiği değerlendirilmektedir²⁰³. Her ne kadar hukukumuzda doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağı bulunmakta ise de karışıklığa yol açmayan ve haksız rekabet oluşturmayan bir doğrudan karşılaştırmalı reklam, tüketicinin bilgilendirmesine üstü kapalı şekilde ima yoluyla yapılan bir karşılaştırmadan daha çok hizmet etmektedir.

2.3.4.2. İkna Etme İşlevi

Gün geçtikçe pazarda ürün sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenlerin sayısı ile pazara sunulan ürünlerin sayı ve çeşitliliği artış göstermektedir. Ürün sağlayıcıları hem pazardaki paylarını korumak hem de daha fazla pay edinmek için reklam başta olmak

¹⁹⁹ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 17; Hamdi PINAR, "Reklam Hukukunun Esasları" içinde *Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK'e Armağan* (Ankara: Beta Yayınları, 2008), 515.

²⁰⁰ GÖLE, "Ön Denetim", 256; GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 18.

²⁰¹ PINAR, "Reklam Hukukunun Esasları", 515; BALIK, "Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı", 154; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 32.

²⁰² GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 85; MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 4; BAHAR SAYIN, "Karşılaştırmalı Reklamlar", 255; Ali DEMİRBAŞ, "Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam - Doğrudan mı Dolaylı mı?", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 24, sy. 1 (2020): 49; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 80.

²⁰³ İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 57; İlhami GÜNEŞ, "Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markaların Kullanılması", *Terazi Hukuk Dergisi* c. 3, sy. 27 (2008): 73.

üzere çeşitli tanıtım faaliyetlerine yönelmektedirler. Özellikle ticari amaç güden teşebbüslerin gelir elde etme amaçlarının gerçekleştirilmesi için tüketicilerin kendi işletme veya ürünlerini tercih etmeleri yönünde ikna edici yöntemlere başvurmaları kaçınılmazdır. İşte reklam vasıtasıyla tüketicilerin ikna edilme çabası reklamın ikna etme işlevine karşılık gelir²⁰⁴.

Karşılaştırmalı reklamda reklam sahibinin rakipleri karşısındaki üstün yönlerinin ve hangi unsurlar bakımından rakibin yetersiz olduğunun vurgulanması nedeniyle ikna etme işlevinin bu tür reklamlarda daha güçlü olduğunu söylemek yanlış olmaz. Gerçekten de tüketicinin bir ürünün karşılaştırmalı şekilde diğer benzerlerinden daha iyi yanları konusunda bilgi sahibi olması durumunda tercihini reklamı yapılan ürün yönünde kullanması ihtimali çok daha güçlüdür. Karşılaştırmalı reklam aynı zamanda diğer reklamlardan ayıran yönleri nedeniyle daha dikkat çekici ve etkileyici olup bu özellikleri onun ikna ediciliğini artıran unsurlardandır²⁰⁵

2.3.4.3. Hatırlatma İşlevi

Ürün sağlayıcısına veyahut onun ürünlerine yönelik talebin artırılarak onun gelirinin olumlu etkilenmesinin ötesinde reklam, bu ürün sağlayıcısının faaliyet gösterdiği pazarda kendisinin varlığının hatırlatılmasına da yarar²⁰⁶. Çünkü reklam her ne kadar alıcıları etkilese de süreklilik arz etmediği takdirde alıcıların zihninden silinmesi uzun bir zaman almayacaktır. Günümüzde bilinirliği oldukça yüksek olan markaların da yarattıkları marka algısının canlı tutulması için reklam yapmaya devam ettiği görülmektedir. Karşılaştırmalı reklamlarda da rakiplerden üstün yönler ortaya konularak rakiplerin ürünleri karşısında kendi ürünlerinin bir alternatif olduğu muhataba hatırlatılır²⁰⁷. Bu nedenle hatırlatma işlevinin karşılaştırmalı reklamlarda da kendini gösterdiği ifade edilebilir.

²⁰⁴ Müge ELDEN ve Zakir AVŞAR, *Reklam ve Reklam Mevzuatı* (Ankara: RTÜK, 2004), 20.

²⁰⁵ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 35; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 86; BALIK, "Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı", 156; PINAR, "Reklam Hukukunun Esasları", 515, 516.

²⁰⁶ ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 40; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 66.

²⁰⁷ BALIK, "Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı", 156.

2.3.4.4. Rekabeti Teşvik Etme İşlevi

Diğer işlevlerinden farklı olarak, reklamın bu işlevi kendisini reklamın muhatabı olanlar değil piyasadaki diğer teşebbüsler üzerinde göstermektedir. Rekabeti teşvik etme işlevi, reklam yoluyla ürüne yaratılan talebin, rakipleri yeni ürünler üretmek veya ürünlerini geliştirmek bakımından teşvik etmesini ifade eder²⁰⁸. Özellikle rakibin doğrudan belirtildiği karşılaştırmalı reklamlar ve rakibin belirlenebilir olduğu dolaylı karşılaştırma içeren reklamların bu işlevi daha açık ve somut olarak meydana getirdiği söylenebilir. Çünkü karşılaştırmalı reklamlarda rakibe göndermede bulunulması yoluyla bu rakipler doğrudan rekabete teşvik edilmektedir²⁰⁹. Söz konusu reklamlar yoluyla rakipler, kendileriyle aynı alanda faaliyet gösteren rakipleri hakkında bilgi edinmekte, kendi piyasa stratejilerini ve ürünlerini geliştirme noktasında değerlendirme yapma imkânına kavuşmaktadırlar. Ayrıca doğrudan hedef alındıkları karşılaştırmalı reklamlar sonucu teşebbüslerin harekete geçmesi, karşılaştırmalı olmayan reklamlar üzerine harekete geçmelerinden daha olasıdır. Bu anlamda karşılaştırmalı reklamların rekabeti teşvik konusunda önemli bir rol oynadığı söylenebilir.

2.3.5. Karşılaştırmalı Reklamın Unsurları

2.3.5.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı reklamın unsurları arasında; mesaj (tanıtım), vasıta (mecra), mesaj kaynağı (reklam verenin kimliği), reklam yapma amacı, ticari amaç unsurları da yer almaktadır. Bu hususlar yukarıda açıklandığından²¹⁰ burada reklamın genel unsurlarına yalnızca karşılaştırmalı reklamlar için özellik arz ettiği kadarıyla yer verilmiştir. Karşılaştırmalı reklamın varlığından söz edebilmek için söz konusu reklamda rakip ve/veya rakibin ürünleri ile bir ilişki kurulması ve reklam verenin kendisi ve/veya reklam verenin ürünleri ile rakip ve/veya rakibin ürünleri ile karşılaştırma yapılması gerekir. Bu anlamda karşılaştırmalı reklamın “*karşılaştırma*” ve “*ilişkilendirme*” olarak iki unsuru

²⁰⁸ BALIK, 156; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 38.

²⁰⁹ İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 57; BALIK, “Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı”, 157; GÜNEŞ, “Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markaların Kullanılması”, 73.

²¹⁰ Bkz. 2. böl. 2.2.3.

bulunmaktadır²¹¹. Karşılaştırmalı reklamdaki söz edebilmek için bu iki unsurun bir arada gerçekleşmesi gerekir²¹². Örneğin karşılaştırma içermeksizin rakiple ilişkilendirme içeren “A Firmasının peynirleri çok güzel, biz de onları pizzamızda kullanıyoruz” şeklindeki bir reklam, karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilemez.

Öğretide Aslan tarafından “*alternatif gösterme*” de karşılaştırmalı reklamın unsurları arasında sayılmaktadır²¹³. Ancak karşılaştırmalı reklamın karşılaştırma ve ilişkilendirme unsurlarını taşıması hâlinde reklam veren, zaten kendi markasını tüketiciye alternatif olarak göstermiş olmaktadır. Ayrıca aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik (alternatif) rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırılabileceği TKHK m. 61/5 hükmünde düzenlenmiş olup birbirine alternatif olmayan ürünlerin karşılaştırılması hâlinde reklam, karşılaştırmalı reklam olmaktan çıkmayacak yalnızca reklamın hukuka aykırı olduğundan söz edilecektir. Bazı yazarlar tarafından reklamların aldatıcı olmaması, gereksiz yere kötüleyici olmaması ve rakibin itibarından haksız yere yararlanma teşkil etmemesi reklamın unsurları arasında sayılmaktadır²¹⁴. Bunlar karşılaştırmalı reklama niteliğini veren hususlardan değil yalnızca reklamın hukuka aykırı olmaması için taşıması gereken şartlardır. Çalışmamızda reklamın hukuka aykırılığı ayrı bir başlıkta ele alınacağından²¹⁵ karşılaştırmalı reklamın unsurları “*ilişkilendirme*” ve “*karşılaştırma*” olarak incelenecektir.

2.3.5.2. İlişkilendirme

Karşılaştırmalı reklamın varlığından söz edebilmek için reklam sahibi ile rakip veya onun ticari özellikleri, ürünleri, fiyatları gibi özellikleri arasında bir bağlantının kurulması şarttır²¹⁶. Eğer reklamda rakiple ilişkilendirme yoksa, karşılaştırma bulunsa da, karşılaştırmalı reklamdaki bahsedilemez. Örneğin “*Çok ödemektense güzel görünmeyi*

²¹¹ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 103 vd.; BAHAR SAYIN, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, 253-55; Ali BOZER ve Celal GÖLE, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. bs. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 248; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 67 vd.

²¹² BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 46; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 67.

²¹³ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 384, 385. Yazar, reklamda tüketici kitlesine alternatif gösterilerek rekabetçi bir amaçla yapılması, birbirine alternatif olamayacak nitelikteki mal/hizmetlere yer verilmesi durumunda karşılaştırmalı reklamdaki söz edilemeyeceğini, haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz konularının gündeme geleceğini belirtmektedir.

²¹⁴ Özgür YAĞMUR, *AB ve Türk Hukuku Uygulamalarında Karşılaştırmalı Reklam* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 24 vd.

²¹⁵ Bkz. 3. böl. 3.3.7.

²¹⁶ MOROĞLU, “Karşılaştırmalı Reklam”, 5; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 35; MEMİŞ ve BOZBEL, “Adwords Reklamlar”, böl. IV. B.; BAHAR SAYIN, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, 255; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 351-53; YAĞMUR, *Karşılaştırmalı Reklam*, 24.

tercih ederim” sloganında karşılaştırma yapılmasına rağmen ilişkilendirme yapılmadığı için karşılaştırmalı reklamlardan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir²¹⁷.

Reklamda rakiple kurulacak ilişkilendirme doğrudan veya dolaylı şekilde yapılabilir. Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin haksız rekabet hâllerini düzenleyen TTK m. 55/1-a-5 hükmünün gerekçesinde de başkasının adının belirtilmesinin ve tanımlanmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir²¹⁸. Rakibin doğrudan gösterilerek onunla bir bağlantı kurulması durumunda doğrudan ilişkilendirmeden söz edilir. Bu ilişkilendirme rakibin ismine, markası dahil ayırt edici bir işarete yer verilmesi şeklinde meydana gelebilir. X isimli gazozun tanıtımı için hazırlanan broşürde piyasada bulunan diğer gazoz markalarına yer verilerek X’in genç neslin yeni içeceği olduğunu ifade edildiği ve gazozun değişik olan şişesine de yer verilerek farkının vurgulandığı reklam²¹⁹, rakiple doğrudan ilişkilendirme içeren reklama örnektir.

Karşılaştırmalı reklam; rakip açıkça belirtilmeksizin ilişki kurulan rakibin/onun özelliklerinin saptanabileceği şekilde dolaylı olarak tanımlanması şeklinde veya belirli rakipleri veya ürünlerini düşündürtecek şekilde (ima) de yapılabilir²²⁰. Reklamda, rakibi/ürünlerini/reklamlarını hatırlatacak şekilde rakibin ad veya ayırt edici işaretinin benzerine, markasındaki renk ve şekillere, melodilere, sloganlarına yer verilmesi gibi durumlarla rakip dolaylı şekilde tanımlanmaktadır. Örneğin reklam verenin; reklamında “*Cep Özgür*” isimli tarifesi bulunan rakibinin logosundaki renklerde kıyafeti bulunan “*Özgür*” isimli karakterin kullanılmasıyla hem karakterin ismi yoluyla rakibin kampanyası hem de renkler aracılığıyla rakip hatırlatılarak ilişkilendirme kurulmuştur²²¹. Yargıtay da bir kararında yerel mahkemenin reklamda rol alan teknik direktörün “*5-3-2 olmuyor, o zaman Avea'ya geçeceğiz*” sözlerinin “*Turkcell.'den Avea'ya geçiş*” ifade ettiği ve bu

²¹⁷ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 370.

²¹⁸ TTK m. 55 hükmünün gerekçesinin ilgili kısmında “*Karşılaştırmalı reklamda, bir işletme kendi ürünü ile başkasının ürünü açıkça belirgin vurgu yaparak karşılaştırır. “Başkası”nın, adıyla belirtilmesi veya tanımlanması gerekli değildir. Rakipleri işaret eden bir ifade de “başkası” olabilir.*” açıklamalarına yer verilmiş olup verilen karşılaştırmalı reklam örneklerinin arasında “*Herkesinkinden daha ucuz ve sağlıklı*” ifadesi de sayılmıştır.

²¹⁹ Yargıtay tarafından bu reklam, karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilmiştir. 11. H.D. 20.01.2016 t. 2015/6501 E. 2016/555 K. (www.corpus.com.tr)

²²⁰ MOROĞLU, “*Karşılaştırmalı Reklam*”, 5.

²²¹ 11. H.D. 05.07.2013 t. 2012/16545 E. 2013/14644 K. (BATİDER 29, sy. 3 (2013), 420 vd.) Yine benzer şekilde rakiplerin kampanyalarına ilişkin Yargıtay’a konu olan olayda yerel mahkemece, davacının “*KDV Yok*” isimli kampanyasının bulunduğu olayda davalı tarafından yapılan reklamdaki “*Bizde kandırmaca yok, sözde indirim yok, 50 milyonluk limit yok*” ifadelerinin doğrudan davacıyı hedef aldığı belirtilmiştir. Yargıtay, karşılaştırmalı reklamın varlığına yönelik bir inceleme yapmamakla birlikte yerel mahkemece verilen kararı reklamın haksız rekabet teşkil etmesi dolayısıyla hükmedilen tazminatın miktarı yönünden bozmuştur. 11. H.D. 12.11.2009 t. 2008/5249 E. 2009/11738 K. (www.lexpera.com.tr)

şekilde rakibin somutlaştırıldığı yaklaşımını aynen benimsemiştir²²². Bu reklamda davacı tarafından mobil servis hizmeti sırasında kullanılan “532” telefon kodu, reklamda futbolda uygulanan bir sistemi kastediyormuş gibi teknik direktörce “5-3-2” şeklinde kullanılarak rakip firma hatırlatılmış ve böylece reklamda rakiple dolaylı ilişki kurulmuştur.

Reklam Kurulu bir kararında Kipa mağazalarında 2008 yılında yapılan reklam ve tanıtımlarda; çeşitli marka ürünlerin tanıtımı için kullanılan kartların üzerinde; fiyatlara ilişkin karşılaştırma yapmak amacıyla “*Rakip T*”, “*Rakip M*”, “*Market T*” ve “*Market M*” ifadelerine yer verilmesiyle aynı sektörde faaliyet gösteren “*Tansaş*” ve “*Migros*” mağazalarının isimlerinin ima edildiğini belirtmiştir²²³. Yine Reklam Kurulu bir kararında “*VMaxx DS3*” markalı cep telefonun tanıtımına ilişkin televizyon reklamında rakip firma ismine açıkça yer verilmese de reklam metninde ima edilerek ve telefonun model ve ekran görüntüsü benzetilmeye çalışılarak “*Samsung Galaxy S3*” isimli cep telefonu ile karşılaştırma yapıldığını kabul etmiştir²²⁴. Yargıtay ve Reklam Kurulu kararlarına konu olan örneklerden anlaşıldığı üzere rakip açıkça belirtilmese de rakip veya onun ürünlerinin hatırlatılması suretiyle yapılan reklamlarda da ilişkilendirme olduğu kabul edilmektedir. Hatta öğretide, rakibin veya rakip ürünün teşhis edilebilir şekilde ima edilmesi suretiyle yapılan reklamlarda, rakibin piyasaya hâkim durumda olması veya piyasanın duo veya oligopolistik yapısından karşılaştırılan tespit edilebiliyorsa karşılaştırmanın varlığını kabul etmek gerektiği de öne sürülmektedir²²⁵.

Rakibin veya onun ayırt edici işaretinin doğrudan belirtilmediği reklamlarda rakiple ilişkilendirme unsurunun varlığını kabul edebilmek için rakibin reklamın ortalama muhatabı tarafından en azından teşhis edilebilir olması gerekmektedir²²⁶. Özellikle az sayıda katılımcının olduğu pazarlarda, muhatap tarafından ilişkilendirmenin kurulması daha muhtemeldir²²⁷. Söz konusu teşhis edilebilirliğin varlığı ise ortalama muhatabın algısı esas alınarak tespit edilecektir. Ortalama tüketici kavramı Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1-j hükmünde “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde*

²²² 11. H.D. 14.01.2014 t. 2012/8581 E. 2014/726 K. (www.corpus.com.tr)

²²³ RKK. 16.12.2018 t. 2008/601 D. 159 T. No. (www.lexpera.com.tr)

²²⁴ RKK. 09.12.2014 t. 2014/410 D. 231 T. No. (www.lexpera.com.tr)

²²⁵ BAHAR SAYIN, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, 254; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 70.

²²⁶ MOROĞLU, “Karşılaştırmalı Reklam”, 5; ARKAN, “Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar”, 25; CEYLAN, “Tuzak Reklamlar”, 200, 201.

²²⁷ YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku*, 130.

bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hareketle yapılacak yoruma göre reklamlardaki ilişkilendirmenin varlığında dikkate alınacak muhatap, makul düzeyde bilgisi olan kişidir²²⁸.

Reklamın “*daha iyi*”, “*daha ucuz*” gibi karşılaştırma içeren ifadelerle yapılması durumunda, bu ifadeler belirli rakipleri çağırıyororsa²²⁹ dolaylı ilişkilendirmenin varlığından bahsedilebilir. Ancak burada da reklamın muhatabının, reklamdaki ifadeden rakibi teşhis edebilmesi aranmalıdır. Örneğin “*Daha iyi görünmek çok ödemekten çok daha iyidir*” şeklindeki reklamda bir ilişkilendirme görülmemiştir²³⁰. Öğretide *Bozbel*, reklamda agresif şekilde başka kimsenin daha iyi vb. olamayacağını belirtmesi durumunda rakiplerin belirlenebilir olması şartıyla ilişkilendirmenin varlığını kabul etmek gerektiği görüşündedir²³¹. Kanaatimizce de karşılaştırmalı üstünlük içeren bir ifade ile yapılan her türlü reklamda ilişkilendirme bulunduğunu kabul etmek doğru olmayacağından, ilişkilendirmenin tespiti reklamın yayımlandığı zaman içindeki koşullara göre değerlendirmeyi gerektirir. Söz gelimi, “*daha da şık*” şeklinde bir ifade içeren bir reklamın sadece bu sebeple ilişkilendirme içerdiği söylenemese de bu ifadenin rakibinin bir reklam veyahut sloganına gönderme şeklinde yapılması durumunda ilişkilendirmeden bahsedilebilecektir.

Reklamlarda belirli bir rakibe gönderme yapılmaksızın, reklam verenin veya onun ürünlerinin kimi bakımlardan veya genel olarak rakiplerinden üstün olduğu mesajı da verilebilir. Bu şekilde yapılan reklamlarda rakiple ilişkilendirmenin varlığı reklamda kullanılan ifadelerin reklamın hitap ettiği kesim tarafından algılanışına ve abartı sınırları içinde kalıp kalmadığına göre belirlenmelidir. “*En*”, “*Birinci*” gibi ifadelerle yapılan bu reklamlardaki ifadeler yalnızca övgü ve abartıdan ibaret olduğu takdirde rakiple ilişkilendirmeden ve böylece de karşılaştırmalı reklamdan söz edilmesi mümkün olmayacaktır²³². Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, reklamdaki bu üstünlük

²²⁸ Pelin KARAASLAN, “Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* c. 11, sy. 40 (2019): 159 vd.

²²⁹ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 110.

²³⁰ BOZBEL, 110.

²³¹ BOZBEL, 110.

²³² GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 77. *Bozbel*, bu tür reklamların karşılaştırmalı reklam oluşturması için reklamda genel bir üstünlük ifadesinden ziyade ilişkilendirmenin açık şekilde vurgulanması gerektiğini ifade etmiştir. BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 106.

ifadeleri muhatap kitle tarafından abartı olarak algılanmıyor v ciddiye alınıyorsa, reklamın aldatıcı olmaması için söz konusu iddianın ispatlanması gerekecektir²³³.

2.3.5.3. Karşılaştırma

Bir reklamın karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilebilmesi için reklamda reklam veren ile rakip veyahut reklam verenin ürünleri ile rakibin ürünleri arasında rekabet içeren bir karşılaştırma yapılması gerekir²³⁴. Karşılaştırma reklam veren veya onun ürünleriyle rakip, onun özellikleri veya ürünleriyle karşılaştırmalı bir değerlendirmeyi gerektirir. Karşılaştırma içermeyen reklamlar, ilişkilendirme içerse bile, karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilemeyecektir. Örneğin rakip marka olan “Metro” kelimesini içerir şekilde “Metrobüse, Dolmuşa, Metro’ya Son” şeklindeki ifadeleri içerir reklam ilişkilendirme içermekle birlikte karşılaştırma içermeyen reklamlara örnek olarak verilebilir²³⁵.

Reklamda karşılaştırma bulunup bulunmadığı tespit edilirken reklamın ortalama bilgi, dikkat ve anlayışa sahip bir tüketicide bıraktığı izlenim dikkate alınacaktır²³⁶. Bu şekilde karşılaştırmalı olup olmadığı konusundaki değerlendirmeye aslında bir sınır çizilmektedir. Sözün özü, karşılaştırmalı reklamın varlığı yalnızca çok dikkatli bir tüketici tarafından algılanabiliyorsa bunu bir karşılaştırmalı reklam olarak kabul etmemek gerekir. Örneğin karşılaştırmalı bir televizyon reklamında yalnızca çok dikkatli bir izleyici tarafından görülebilecek şekilde rakip markayı anımsatacak renklere yer verilmesi durumunda, söz konusu reklam gerçekten bir ima içermeye saikiyle yapılmış olsa dahi, reklamın haksız rekabet oluşturduğu sonucuna varmamak gerekir. Çünkü ortalama bilgi ve dikkate sahip bir tüketici bu renkleri fark etmeyecektir. Aynı şekilde bir karşılaştırmalı reklamda ima yoluyla yapılan ilişkilendirme ortalama tüketici açısından oldukça net ve görülebilir olmasına rağmen bu imayı anlamayan veyahut buna dikkat etmeyen

²³³ Göle, “en iyi”, “en üstün” gibi ifadelerle yapılan reklamlarda karşılaştırma olduğundan bahisle, bu ifadelerin kullanıldığı mal/hizmetin piyasadakilere oranla üstün olması gerektiği görüşündedir. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 87. Aynı yönde bkz. ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 362.

²³⁴ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 372.

²³⁵ Yargıtay, bozma üzerine yerel mahkemece verilen, söz konusu reklamdaki sözcükler rakibi incitici nitelikte olduğundan reklamdaki “Metro’ya Son” ibaresinin TTK m. 54 vd. gereği haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle haksız rekabetin tespitine dair verilen kararı onamıştır. 11. H.D. 04.04.2022 t. 2021/1020 E. 2022/2879 K. (www.corpus.com.tr)

²³⁶ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 106, 107; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 378.

tüketiciler de olabilir. Söz konusu reklama ilişkin yapılacak değerlendirmenin bu ilgisiz tüketiciye göre yapılması da somut olaya uygun sonuçlar doğurmayacaktır.

“En” kaydı ile yapılan zirvede tek başına reklamları ile “daha” kaydı ile yapılan reklamlarda kullanılan bu ifadeler kendi başlarına bir üstünlük ve karşılaştırma anlamını taşıyabilirler da bu reklamların her zaman karşılaştırmalı reklam oluşturduğu sonucuna varılmamalıdır. Bu reklamların da karşılaştırmalı reklam teşkil edebilmesi için reklamda ima yoluyla da olsa bir rakibe gönderme yapılması veyahut rakibin tüketici tarafından teşhis edilebilir olması gerekir²³⁷.

Karşılaştırmalı reklamlara konu edilebilecek hususların tespiti için TKHK ve Ticari Reklam Yönetmeliği'ne başvurmak gerekir. Bu düzenlemelere göre başta mal veya hizmetler olmak üzere fiyatlar ve benzeri hususlar da karşılaştırma konusu olabilir (TTK m. 55/1-a-5 ve Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-e). 6502 sayılı TKHK'nin 61/5 maddesinde ise “*aynı ihtiyacı karşılayan veya aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetler*” yönünden karşılaştırmalı reklam yapılabileceği belirtilmiştir. Reklam Yönetmeliği m. 4/-ğ ve m. 8/1-ç hükümlerinde de bu husus tekrarlanmıştır. Bu anlamda karşılaştırmalı reklama konu edilen ürün ile rakip firmanın ürününün benzer ihtiyacı karşılaması veya benzer amaç için kullanılması gerekmektedir²³⁸. Anılan şartları taşımayan bir karşılaştırmalı reklam, ilgili kanun hükümlerine aykırılık teşkil edecektir.

Özetle, karşılaştırmalı reklamların varlığı için ilişkilendirme ve karşılaştırma unsurlarının bir arada var olması gerekir. Her ikisi unsuru bir arada içermeyen reklamlar (örneğin karşılaştırma içermeksizin ilişkilendirme içeren “Metro'ya son” şeklindeki reklam veya ilişkilendirme içermeksizin karşılaştırma içeren “en iyi” ibaresiyle yapılan reklam) haksız rekabet teşkil edebilecekse de, ilişkilendirme ve karşılaştırma unsurunu birlikte içermediğinden SMK m. 7/3-f hükmünde düzenlenen marka hakkının ihlalini doğurmayacaktır. Çünkü “*karşılaştırmalı reklam*” olmayan bir reklam, söz konusu ihlalin maddi koşullarını sağlamaz.

²³⁷ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 70.

²³⁸ YAĞMUR, *Karşılaştırmalı Reklam*, 24.

2.3.6. Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı

2.3.6.1. Doğrudan-Dolaylı Karşılaştırmalı Reklam Ayrımı

Karşılaştırmalı reklamlar, rakiple ilişkilendirme unsuru bakımından doğrudan ve dolaylı karşılaştırmalı reklamlar olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan karşılaştırmalı reklamlar rakibin markası dâhil olmak üzere herhangi bir ayırt edici işaretinin veya isminin kullanıldığı reklamlardır²³⁹. Reklamda rakibin ayırt edici işaretinin kullanılması yerine rakibin tüketiciler tarafından algılanabilecek şekilde ima yoluyla rakibe göndermede bulunulması hâlinde ise dolaylı karşılaştırmalı reklamdan söz edilir²⁴⁰. Bir reklamın karşılaştırmalı reklam olarak sınıflandırılması için reklamdaki ilişkilendirmenin doğrudan veya dolaylı olması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak bu ayrım, karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlali için önem arz etmektedir.

SMK m. 7/3-f hükmünün lafzı itibarıyla markanın hem doğrudan hem de dolaylı kullanımlarının koruma kapsamına alındığı anlaşılmaktadır. Böylece marka sahibi hem doğrudan hem de dolaylı şekilde reklama ilişkin olarak marka korumasından yararlanabilecektir²⁴¹. Karşılaştırmalı reklamlarda marka, logo, ticaret ünvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmesini yasaklayan Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-a hükmü nedeniyle, SMK m. 7/3-f hükmü korumasının dolaylı karşılaştırmalı reklamlarla sınırlandırıldığı kabul edilmelidir²⁴². Ancak söz konusu yasağa rağmen her nasılsa rakibin markasına yer verilmek suretiyle ilişkilendirme içerik şeklinde yapılan karşılaştırmalı reklamdaki bu kullanım da SMK m. 7/3-f hükmü korumasını gündeme getirebilir.

Rakibin markasına doğrudan yer verilmediği; ancak ima yoluyla rakibin kimliğinin tüketiciler tarafından teşhis edilebildiği dolaylı karşılaştırmalı reklamlar da bulunmaktadır. Tescilli marka sahibinin böyle bir kullanıma karşı SMK m. 7/3-f hükmü kapsamında korunup korunamayacağı ele alınması gereken bir konudur. Yukarıda belirttiğimiz gibi

²³⁹ MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 5; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 357; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 80.

²⁴⁰ MOROĞLU, "Karşılaştırmalı Reklam", 5; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 238; DEMİRBAŞ, "Karşılaştırmalı Reklam", 37; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 358; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 81.

²⁴¹ BALIK, "Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı", 163.

²⁴² BALIK, 163.

karşılaştırmalı reklamın içerdiği ilişkilendirmenin doğrudan veya dolaylı olması, reklamın karşılaştırmalı reklam olduğunu değiştirmez. Bu sebeple SMK m. 7/3-f hükmü korumasından yararlanabilmek için aranan ön şart, bir karşılaştırmalı reklamın varlığı, sağlanmış olacaktır. Kanaatimizce, böyle bir karşılaştırmalı reklamdaki kullanımın marka sahibi tarafından SMK m. 7/3-f hükmü kapsamında engellenebilmesi, ancak dolaylı ilişkilendirmenin rakibin markasına benzer bir işaret yoluyla yapılması durumunda mümkündür²⁴³. Çünkü marka sahibinin işaret (marka) üzerindeki hakkı, işaretin aynı veya benzerinin aynı mal veya hizmetlerle ilişkili olarak kullanılmasıyla sınırlıdır (SMK m. 7/2). Tekraren bu açıklamalarımızın rakibin teşhis edilebildiği reklamlar açısından geçerli olduğunu belirtelim. İlişkilendirme içermeyen bir reklam zaten karşılaştırmalı reklam sınıfına girmeyeceğinden, bu tür reklamlardaki kullanıma karşı SMK m. 7/3-f hükmü korumasından da yararlanılamaz.

2.3.6.2. Yasağın Öngörülmesi

Karşılaştırmalı reklamın hukuki bir düzenlemeye kavuşması ve mevzuatta hukuka uygun bir reklam türü olarak kabulü uzun bir süre öncesine dayanmamaktadır. 1995 tarihli Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ²⁴⁴'e kadar bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu düzenlemeye kadar karşılaştırmalı reklamın hukuka uygunluğu tartışmalı bir konuydu²⁴⁵. 1995 yılında yürürlüğe giren Tebliğ m. 9 ile "*Karşılaştırma içeren reklamlarda, karşılaştırmanın yanıltıcı olmaması ve dürüst rekabet ilkelerine uyulması zorunludur. Karşılaştırma konularının doğrulanabilir gerçeklere dayanması ve hakkaniyete uygun seçilerek tüketicinin yanıltılmaması gerekir*" hükmü getirilmiş olup haksız rekabet oluşturan bir kullanım oluşturmadıkça karşılaştırmalı reklam yapılabileceği düzenlenmiştir.

2003 tarihli mülga 4077 sayılı TKHK'nin m. 16/3 hükmünde aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerle ilgili karşılaştırmalı reklam yapılabileceği

²⁴³ Bu tür bir kullanımın her halükârda marka hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmamalı, marka sahibi tarafından SMK m. 7/3-f hükmü korumasından yararlanılması için reklamın hukuka aykırı olması gerekliliği ve aranan diğer şartların varlığı göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁴⁴ RG: 21.12.1995 t. 22500 sy.

²⁴⁵ Ancak bu dönemde karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olarak kabul edildiğini ileri süren yazarların da olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. ÖÇAL, "Reklam ve Haksız Rekabet", 98; ADAK, "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", 363; GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 84-86. Aksi yönde karşılaştırmalı reklamların haksız rekabet oluşturacağına ilişkin görüş için bkz. Reha POROY, "Avrupa Ekonomik Topluluğunda Rekabet Hukuku" içinde *Avrupa Ekonomik Topluluğu Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 66.

öngörülümüştü. Kanun'da doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmuyordu. Ancak mülga MarKHK döneminde çıkarılan mülga Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik²⁴⁶'in karşılaştırmalı reklamlara ilişkin 11'inci maddesinde "*Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi*" şartı düzenlenmişti.

6502 sayılı TKHK hazırlanırken de anılan yasağı temele kavuşturacak bir hüküm öngörülmemiş, karşılaştırmalı reklamların yapılabileceğine ilişkin hüküm tekrarlanmıştır. TKHK'nin yürürlüğe girmesinden sonra Ticaret Bakanlığı tarafından 10 Ocak 2015 tarihinde çıkarılan yeni Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/2'deki "*Karşılaştırmalı reklamlarda, rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret ünvanı veya işletme adlarına, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir. ...*" düzenlemesiyle karşılaştırmalı reklam yapılması mümkün hâle gelmişti. Ancak Yönetmeliğin bu maddesinin uygulanması sürekli olarak ertelenerek nihayetinde 28 Aralık 2018 tarihinde bu madde tamamen kaldırılmış ve "*Karşılaştırmalı reklamlar, ancak; ... Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret ünvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi, ... koşullarıyla yapılabilir*" düzenlenmesi öngörülümüştür. Doğrudan karşılaştırmalı reklamları yasaklayan bu hüküm, öğretilerde birden çok sebeple eleştirilmiş olup bir sonraki başlıkta söz konusu eleştiriler konularına göre sınıflandırılarak özetlenmeye çalışılmıştır.

2.3.6.3. Yasağa Yönelik Eleştiriler

2.3.6.3.1. Düzenlemenin Amaca Uygun Olmaması

Ticari Reklam Yönetmeliği, TKHK m. 61, 62, 63 ve 84'üncü hükümleri uyarınca çıkarılmış olup tüketici hukukunun bir parçasıdır. Bu sebeple Ticari Reklam Yönetmeliği'ndeki doğrudan karşılaştırmayı yasaklayan hükmün TKHK'de düzenlenen hükümlere aykırılık oluşturmaması gerektiği öğretilerdeki bazı eleştirilen temel ekseni olmuştur. TKHK m. 61/8 hükmünde çıkarılacak yönetmelik ile reklamlara kısıtlama getirilebileceği kabul edilmiştir. Öğretilerde bu düzenlemeye dayanılarak çıkarılacak yönetmeliklerin TKHK m. 1 ve TKHK m. 2 hükümlerinde belirtilen amaçların dışına çıkmaması ve tüketicilerin menfaatlerini korumaya yönelik olması gerekmesine rağmen Ticari Reklam Yönetmeliği'ndeki

²⁴⁶ RG: 14.08.2003 t. 25138 sy.

doğrudan karşılaştırmalı reklamları yasaklayan hükmün tüketici menfaatine yönelik olmadığı ifade edilmektedir²⁴⁷. Ayrıca reklam ve haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, tüketicinin aydınlatılmasına hizmet etmesinin yanında dürüst rekabetin korunmasını da amaçlamakta olup bu yasağın dürüst rekabetin sağlanması bakımından da olumsuz etkiler doğurduğu ifade edilmektedir²⁴⁸.

Öğretide, TKHK’de doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasını engelleyecek bir hüküm bulunmamasına rağmen Ticari Reklam Yönetmeliği’nin asıl amacı aşarak yasak hükmü getirilmesinin normlar hiyerarşisi ve genel hukuk anlayışına ters olduğu da belirtilmektedir²⁴⁹. Davalının ulusal radyo kanalları ve gazete yayımlanan reklamlarda davacının açık hedef gösterilerek TTK uyarınca haksız rekabet hükümlerine ve Ticari Reklam Yönetmeliği m. 5/b ve m. 14 hükümlerine aykırılık oluşturduğu iddiasıyla “*reklam içeriğinin, davacı şirketi gereksiz yere incitecek, kötüleyecek, halka yanlış ve yanıltıcı malumat vermek suretiyle rakiplerine nazaran davalıyı üstün duruma getirecek veya iyi niyet kurallarına aykırı bir davranışta bulunmak suretiyle haksız rekabet yaratacak nitelikte olmadığı, yasa hükmünün yönetmelikten üstün olması ve davacının yasa hükmüne dayanması nedeniyle yaptırım olmayan yönetmelik hükümlerine göre haksız rekabetin varlığından söz edilemeyeceği*” gerekçesiyle davanın reddine dair verilen yerel mahkeme kararı Yargıtay tarafından onanmıştır²⁵⁰. Öğretide *Aslan*, bu karar ile Ticari Reklam Yönetmeliği’nin ve Kanun’a aykırı Yönetmelik hükümlerinin uygulanmayacağıнын teyit edildiği yorumunu yapmaktadır²⁵¹. Ancak kanaatimizce bu karar, Yönetmeliğe aykırı hususlar içeren hükümlerin doğrudan haksız rekabet teşkil etmeyeceği şeklinde yorumlanmalıdır.

2.3.6.3.2. Mevaz AB Direktifi ile Uyumlu Olmaması

Ticari Reklam Yönetmeliği’ndeki doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasını yasaklayan hüküm (m. 8/1-a), TKHK’nin karşılaştırmalı reklamları düzenleyen hükmünün (TKHK m.61) gerekçesinde belirtilen AB Direktifi ile çelişki doğurduğu gerekçesiyle de eleştiri konusu yapılmıştır. İlgili hükmün gerekçesinde 1984 tarihli ve 84/450/EEC sayılı

²⁴⁷ İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 58; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 117, 355.

²⁴⁸ İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 57, 58; DEMİRBAŞ, “Karşılaştırmalı Reklam”, 49.

²⁴⁹ GÜNEŞ, “Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markaların Kullanılması”, 74; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 117-18.

²⁵⁰ 11. H.D. 03.06.2013 t. 2012/9468 E. 2013/11545 K. (www.corpus.com.tr)

²⁵¹ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 347-48 dñn. 855.

Üye Devletlerin Aldatıcı Reklamlara İlişkin Yasa, Yönetmelik ve İdari Düzenlemelerinin Yakınlaştırılmasının İlişkin Konsey Direktifi²⁵²'ne (Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif) atıfta bulunulmuş olsa da bu Direktif 2006 tarihli 2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu görüşe göre 2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi m. 2-c hükmünde²⁵³ rakiple ilişkilendirme karşılaştırmalı reklamın asgari şartı olarak düzenlenmişken, Ticari Reklam Yönetmeliği ile karşılaştırmalı reklamların fiilen yasaklanması doğru olmamıştır²⁵⁴. İlgili AB Direktifi'nde doğrudan karşılaştırmalı reklam düzenlenmişken, hukukumuzda bunun bir yönetmelik ile imkânsız kılınması kanaatimizce de uygun değildir.

2.3.6.3.3. Yeterli Hukuki Düzenlemenin Bulunması

TKHK'de karşılaştırmalı reklam, kural olarak hukuka uygun bir rekabet aracı olarak düzenlenmiştir. TTK m. 55/1-a-5 hükmünde 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 haksız rekabet hâli olarak belirlenmiştir. Bu hüküm, TKHK'nin kural olarak karşılaştırmalı reklam yapılabileceğine ilişkin düzenlemesiyle de uyumludur. TTK'nin bu hükmü doğrudan karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana gelebilecek haksız rekabet hâllerini engellemeye de elverişlidir²⁵⁵. Öğretide *Balık*, bu düzenleme biçimiyle kanun koyucunun bir taraftan tüketicilerin aydınlatılması amacına hizmet ederken diğer taraftan da dürüst rekabet ortamının korunmasını amaçladığını belirtmektedir²⁵⁶. Hem tüketicinin menfaatine hem de rekabete olumlu etkileri olması sebebiyle doğrudan karşılaştırmalı reklamların yasaklanmaması mümkün idiyse de kanun koyucunun her iki menfaati dengede tutmak amacıyla izlediği yol, kabul edilemez değildir.

Yargıtay, tescilli markanın kendi ürünlerinin reklamlarında kullanılması yoluyla MarkHK m. 9 ve 61 düzenlemelerinin ihlal edildiği iddiası ve markaya tecavüzün tespiti, durdurulması ve giderilmesi ile maddi/manevi tazminat talepli davada yerel mahkeme

²⁵² OJEU: 19.09.1984 t. L250 sy.

²⁵³ 2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi'nin ilgili hükmü şöyledir: "2. Bu Yönerge'nin amaçları doğrultusunda ... (c) "karşılaştırmalı reklam", açıkça veya ima yoluyla bir rakibi veya bir rakip tarafından sunulan mal veya hizmetleri tanımlayan her türlü reklam anlamına gelir; ..."

²⁵⁴ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 355.

²⁵⁵ BALIK, "Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı", 162.

²⁵⁶ BALIK, 162.

tarafından “her iki tarafın da tescilli markalarının var olduğu ve markaların birbirine iltibaslı olmadığı, davalının piyasa yeni çıkan “...” adlı meşrubatın tanıtımı amacıyla basılan katalogda piyasada bulunan belli başlı gazoz markalarına yer verildiği, ...'un genç neslin yeni içeceği olduğunun ifade edildiği ve meşrubatın değişik olan şişesine de yer verilerek farkının vurgulandığı, katalogda herhangi bir karalama ve kötüleme ibaresine rastlanmadığı, aksine davalının kendi ayırt ediciliğini vurguladığı, davanın çözümünde esas alınması gereken ilkelerin TTK'nın 54 ve 55. maddeleri olduğu, haksız rekabet hükümlerine göre engellenebilecek eylemler söz konusu olmadığı sürece karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı sayılamayacağı” gerekçesiyle verilen red kararını karşılaştırmalı reklam niteliğindeki davalı eyleminin haksız rekabet oluşturmaması gerekçesiyle onamıştır²⁵⁷. Yargıtay yine başka bir kararında; davacının markasının davalı tarafından yapılan karşılaştırmalı reklamında kullanıldığı olayda “reklamın gereksiz kötüleme, halkı yanıltma ve ticari itibardan haksız yararlanma teşkil etmiyorsa ve sadece tüketici bilgilendirmeyi amaçlanıyorsa sırf rakibin markasının belirtilmesi nedeniyle reklamın haksız rekabet olduğu sonucuna varılamayacağı, gereksiz kötüleme halkı yanıltma ve ticari itibardan haksız yararlanma teşkil etmediği” gerekçesiyle verilen red kararını onamıştır²⁵⁸. Görüldüğü üzere Yargıtay tarafından karşılaştırmalı reklamlarda rakibin adına yer verilmesi durumunda, kötüleme veya karalama gibi haksız rekabet oluşturan bir davranış bulunmadığı sürece, karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olmadığına dikkat çekilmektedir. Ancak belirtelim ki bu kararlar, doğrudan karşılaştırmalı reklamı yasaklayan Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-a hükmü karşısında tartışmaya açıktır. Zira kararlarda bu düzenleme dikkate alınmaksızın haksız rekabet hükümleri çerçevesinde karar verilmiştir.

²⁵⁷ 11 H.D. 20.01.2016 t. 2015/6501 E. 2016/555 K. (www.corpus.com.tr)

²⁵⁸ 11 H.D. 17.02.2014 t. 2013/13174 E. 2014/2769 K. Ayrıca bu karara karşı yapılan karar düzeltme talebi Yargıtay tarafından reddedilmiştir. 11 H.D. 27.11.2014 t. 2014/10317 E. 2014/18490 K. (www.corpus.com.tr)

3. BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI REKLAM YOLUYLA MARKA HAKKININ İHLALİ VE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

3.1. İHLAL HÂLİNİN ÖNGÖRÜLMESİ

3.1.1. AB Hukukunda

2015/2436 sayılı Markalar Direktifi'nin henüz düzenlenmediği dönemde, markanın karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasının marka kullanımı olup olamayacağı hususu ABAD tarafından *O2 – Hutchinson* davasında tartışılmıştır²⁵⁹. Bu karar karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlaline ilişkin önemli tespitler içermektedir. Davacı 'O2 and O2' ve davalı 'Hutchinson 3G' mobil telefon hizmeti sağlayıcısı olarak hizmet vermektedir. Davacı, hizmetlerinin tanıtımında baloncuk görselini çeşitli şekillerde kullanmakta olup aynı zamanda baloncuktan oluşan ticari markaların da sahibidir. Davalı yaptığı reklamda, 'O2' ismi ile baloncuk görseline yer vererek kendi hizmetlerinin daha ucuz olduğu mesajını iletmişti. 'O2 and O2'nin marka hakkının ihlaline ilişkin açtığı dava, reklamdaki fiyat karşılaştırmasının doğru olduğu, reklamın yanıltıcı olmadığı ve özellikle davacı ve davalı arasında ticari bağlantı kurmadığı gerekçeleriyle reddedilmişti. 'O2 and O2' tarafından karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması üzerine mahkeme, rakip markasının karşılaştırmalı reklamlarda kullanımına ilişkin olarak ABAD'dan o zaman yürürlükte olan 89/104/EEC sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Yakınlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi'nin²⁶⁰ (Marka Konsey Direktifi) 5/1 maddesi²⁶¹ ile yine o zaman yürürlükte olan 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin

²⁵⁹ ABAD, C-533/06, O2, 12.06.2008 t.

²⁶⁰ OJEU: 11.02.1989 t. L040 sy. Karar tarihinde yürürlükte olan bu Direktif'in yerini sırasıyla 2008/95 ve 2015/2436 sayılı Direktifler almıştır. 2015/2436 sayılı Markalar Direktifi günümüzde geçerliliğini sürdürmektedir.

²⁶¹ 89/104 sayılı Marka Konsey Direktifi'nin 5/1 maddesi şöyledir: "Tescil edilen marka, sahibine bu konuda münhasır haklar verir. Marka sahibi, kendi rızası olmayan tüm üçüncü şahısların ticaret sırasında aşağıdakileri kullanmasını önleme hakkına sahip olacaktır:

(a) markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı olan mal veya hizmetlerle ilgili olarak marka ile aynı olan herhangi bir işaret;

(b) ticari marka ile özdeşliği veya benzerliği ve ticari marka ile işaretin kapsadığı mal veya hizmetlerin özdeşliği veya benzerliği nedeniyle, işaret ile ticari marka arasında ilişkilendirme olasılığı da dahil olmak üzere, halk nezdinde karıştırılma olasılığı bulunan herhangi bir işaret" Bu maddenin 2015/2436 sayılı güncel Markalar Direktifi'ndeki karşılığının m.10/2-a ve b düzenlemesi olduğu söylenebilir. Mevzuatımızdaki karşılığı SMK m. 7/2-a ve b hükümleridir. Bu Direktif'in 5/2 hükmünün mevzuatımızdaki karşılığı ise SMK m. 7/2-c hükmüdür.

Direktif'in²⁶² 3a/1 maddesinin²⁶³ yorumlanmasını talep etmiştir. ABAD, yaptığı değerlendirmede bu şekilde kullanımda reklam verenin, mallarını ve hizmetlerini, rakip mallar ve hizmetlerle karşılaştırarak ayırt etmeye çalıştığını, bu nedenle, reklam verenin, karşılaştırmalı bir reklamda, rakibinin markasına özdeş veya benzer bir işareti, rakibinin sunduğu malları ve hizmetleri tanımlamak amacıyla kullanmasının, 89/104/EEC sayılı Marka Konsey Direktifi'nin 5/1 ve 2 maddeleri uyarınca, reklam verenin kendi malları ve hizmetleri için kullanım olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir²⁶⁴.

ABAD, 89/104/EEC sayılı Marka Konsey Direktifi ve 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif'in ilgili maddelerinin yorumuyla; tescilli marka sahibinin, markasının aynısına, üçüncü bir kişi tarafından 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif'in 3a/1 maddesinde belirtilen tüm şartları karşılayan bir karşılaştırmalı reklamda kullanmasını engellemeye hakkı olmadığını belirtmiştir. Başka bir deyişle eğer karşılaştırmalı reklam, 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif m. 3a/1 uyarınca taşınması gereken koşulları taşıyorsa marka sahibi, markasının bu reklamdaki kullanımını engelleyemeyecektir. Markanın benzeri bir işaretin, aynı veyahut benzer mal ve hizmetlerle ilgili olarak karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasının engellenmesi ise ancak bir karışıklık ihtimali yaratması durumunda mümkündür²⁶⁵. Ayrıca bu koşul, karşılaştırmalı reklamın 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif'e uygun olup olmamasına göre değişiklik göstermeyecektir. Aynı şekilde somut davaya ilişkin olayda da davacının markasının benzerinin davalı tarafından kullanıldığı ancak

²⁶² Bu Direktif 97/55/EC ile değişikliğe uğramış olup günümüzde geçerli olan 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁶³ Bu madde 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif'e 97/55/EC sayılı Direktif ile eklenmiş olup madde metni şöyledir: "Karşılaştırmalı reklamlara, karşılaştırma söz konusu olduğunda, aşağıdaki koşulların karşılanması halinde izin verilir: (a) Madde 2 (2), 3 ve 7 (1) uyarınca yanıltıcı olmaması; (b) aynı ihtiyaçları karşılayan veya aynı amaca yönelik mal veya hizmetleri karşılaştırır; (c) bu mal ve hizmetlerin fiyat da dahil olmak üzere bir veya daha fazla maddi, ilgili, doğrulanabilir ve temsili özelliklerini objektif bir şekilde karşılaştırır; (d) pazarda reklam veren ile bir rakip arasında veya reklam verenin ticari markaları, ticari unvanları, diğer ayırt edici işaretleri, malları veya hizmetleri ile bir rakibin ticari markaları, ticari unvanları, diğer ayırt edici işaretleri, malları veya hizmetleri arasında karışıklık yaratmaz; (e) bir rakibin ticari markalarını, ticari unvanlarını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya koşullarını itibarsızlaştırılmaz veya kötülemez; (f) menşe işaretli ürünler için, her durumda aynı işarete sahip ürünlerle ilgilidir; (g) bir rakibin ticari markasının, ticari unvanının veya diğer ayırt edici işaretlerinin ya da rakip ürünlerin menşe adlarının itibarından haksız bir şekilde faydalanmaz; (h) mal veya hizmetleri, korunan bir ticari marka veya ticari unvanı taşıyan mal veya hizmetlerin taklidi veya kopyası olarak sunmaz." Ayrıca bu madde, güncel 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi'nin 4'üncü maddesine karşılık gelmektedir.

²⁶⁴ ABAD, C-533/06, O2, 12.06.2008 t. para. 35, 36.

²⁶⁵ ABAD, C-533/06, O2, 12.06.2008 t., 89/104/EEC sayılı Marka Konsey Direktifi m. 5/1-b yorumu.

karıştırma ihtimali mevcut olmadığından, mahkemenin doğru bir şekilde hareket ettiği sonucuna varılmıştır.

Karşılaştırmalı reklamların hangi koşullarda marka hakkının ihlalini oluşturacağı, ABAD tarafından *L'oreal-Bellure* davasında²⁶⁶ da tartışılmıştır. Yukarıda bahsedilen olaydan farklı olarak burada, rakibin markasının 'benzeri' değil markanın kendisi karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmıştır. ABAD konuyu 89/104/EEC Marka Konsey Direktifi m. 5/2 hükmü (tanınmış marka) kapsamında ele almıştır. Davacı tarafından kendi ürünleri ile davalı ürünleri arasında yaptığı karşılaştırmalı koku listeleri karşılaştırmalı reklam olarak değerlendirilmiş, 5/2 maddesinin (mevzuatımızdaki karşılığı SMK m. 7/2-c) uygulanması bakımından karıştırma ihtimalinin aranmayacağı belirtilerek toplumun ilgili kesiminde bir bağlantı kurulması yeterli kabul edilmiştir. ABAD'a göre tanınmış markaya karşılaştırmalı listelerde yer verilmesi 89/104/EEC sayılı Marka Konsey Direktifi m. 5/1-a (mevzuatımızdaki karşılığı SMK m. 7/2-a) kapsamında bir kullanımdır ve bu kullanım salt tanımlayıcı biçimde kullanım da sayılamayacaktır. Ayrıca kararda somut olaydaki kullanımın markanın iletişim, reklam, yatırım fonksiyonları gibi fonksiyonlarından birini etkileyip etkilemediğinin görüş soran mahkeme tarafından belirleneceğini belirtilmiştir. ABAD bu kararda, 89/104/EEC sayılı Marka Konsey Direktifi m. 5/2 gereğince bu tür bir karşılaştırmalı liste kullanımının, markanın kullanılmasından haksız yararlanılması şartıyla, marka sahibi zarara uğramasa da, 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif'in m. 3a-1 düzenlemesindeki tüm şartları taşımayan karşılaştırmalı reklamların, markanın asli fonksiyonu olan kaynak gösterme fonksiyonuna zarar vermese bile diğer fonksiyonlardan birisi olumsuz etkileniyorsa marka sahibinin marka hakkı kapsamında olduğunu içtihat etmiştir. Özetle, ABAD'ın bu kararına göre tanınmış bir markanın aynısına karşılaştırmalı reklamlarda yer verilmesi, karıştırılma ihtimali aranmaksızın haksız avantaj sağlanması ve reklamın 89/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif'e aykırı olması hâlinde marka sahibi tarafından engellenebilecektir. Yargıtay da önüne gelen benzer bir olayda davalı markasının ürünlerin karşılaştırma amacıyla kullanılmasının ve kendi ürünü ile davacı ürünü birbirine benzetmesinin 556 sayılı MarkHK m. 9 (SMK m. 7) uyarınca haksız kullanım olduğunu belirtmiştir²⁶⁷.

²⁶⁶ ABAD, C-487/07, *L'oreal*, 18.06.2009 t.

²⁶⁷ "davalının parfüm satışı yaptığı 'www.em.com' adlı internet sitesinde, davacının tescilli 'Davidoff' markasını, ürünlerin karşılaştırması amacıyla kullanarak kendi ürünü ve davacı ürünü birbirine benzettiği, 556 sayılı KHK'nın 9. maddesi uyarınca davalının bu şekildeki kullanımın haksız kullanım olduğu, davacı markasının bu şekilde kullanımının dahi davacı markalarının itibarından ve bilinirliğinden yararlanma

O2 – *Hutchinson* kararı ile markanın; karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemeler içeren 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Direktif'e uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasının marka hakkının ihlali sonucunu doğuracağı kabul edilmiştir. Zaten günümüzde yürürlükte olan 2015/2436 sayılı Markalar Direktifi'nin marka sahibinin engelleyebileceği kullanımların sıralandığı 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının (f) bendinde "*işaretin, 2006/114/EC Sayılı Direktif'e aykırı bir şekilde karşılaştırmalı reklamda kullanılması*" düzenlemesi yer almaktadır. Başka bir deyişle, markanın 2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi'ne aykırılık içeren bir karşılaştırmalı reklamda kullanılmasına, marka sahibi tarafından engel olunabilecektir. 2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi yanıtıcı ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olup 4'üncü maddesi karşılaştırmalı reklamlara ilişkin detaylı düzenleme içermektedir²⁶⁸.

3.1.2. Türk Hukukunda

SMK m. 7/3-f hükmünde, işarete hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda yer verilmesinin marka hakkı sahibi tarafından engellenebileceği düzenlenmektedir. SMK m. 29/1-a hükmünün yollaması ile de bu kullanım, açık bir şekilde marka hakkına tecavüz hâlleri arasında sayılmaktadır. Bu hâl ve SMK m. 7/3-e hükmünde yer alan "*işaretin ticaret ünvanı ya da işletme adı olarak kullanılması*", MarkHKH'de yer almamaktaydı. Bu anlamda söz konusu düzenleme hukukumuz açısından yeni niteliktedir.

2015/2436 sayılı Markalar Direktifi m. 10/3-f düzenlemesi le mevzuatımıza 2016 tarihli SMK ile eklenen m. 7/3-f hükmü arasındaki benzerlik dikkat çekmektedir. Zaten ilgili SMK maddesinin gerekçesinde, 7'nci maddenin ilk fıkrasının (e) ve (f) bentlerinin mevzuata eklenmesiyle 2015/2436 sayılı Markalar Direktifine ve uluslararası uygulamalara uyum sağlandığı belirtilmiştir²⁶⁹. Yalnız bu Direktif'te işaretin "*2006/114/EC sayılı Direktif'e*

sonucunu doğurduğu, davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespitine... karar verilmiştir. ... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. ... Dava dilekçesinde, ... TL maddi tazminat talep edilmişse de, dosya kapsamında yapılmış geçerli bir ıslah işlemi bulunmadığı nazara alınmadan, ... aykırı olarak talebin aşılması suretiyle karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." 11. H.D. 24.11.2014 t. 2014/11469 E. 2014/18167 K. (www.corpus.com.tr)

²⁶⁸ Bkz. 2. böl. 2.3.2.1.

²⁶⁹ YASAMAN, "Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler", 144.

aykırı” karşılaştırmalı reklamlardaki kullanımının marka sahibi tarafından engellenebileceği düzenlenirken bizim mevzuatımızda genel bir ifade olan “*hukuka uygun olmayan*” ifadesi tercih edilmiştir.

2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi m. 4 düzenlemesindeki ifadelerin tümünün bir karşılığı mevzuatımızda yer almaktadır²⁷⁰. Mevzuatımızda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin birden çok düzenleme bulunsa da konuya ilişkin en detaylı hükümleri içeren düzenlemeler özellikle TTK, TKHK ve Ticari Reklam Yönetmeliği’dir. 2015/2436 sayılı Markalar Direktifi’nin ilgili maddesi, marka kullanımının marka sahibi tarafından engellenebilmesi için karşılaştırmalı reklamda aranan koşula ilişkin (reklamın 2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi’ne aykırılığı) SMK m. 7/3-f hükmüne göre daha somut bir gönderme yapmış²⁷¹ olsa da bu hükümdeki “*hukuka uygun olmayan*” şeklindeki genel ifadenin reklam mevzuatımızdaki dağınıklık sebebiyle kullanıldığını düşünüyoruz²⁷². Zira hukukumuzda reklam ve karşılaştırmalı reklamları tüm yönleriyle düzenleyen tek bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır.

3.2. MARKA HAKKI İHLALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Marka hakkı sahibine markasının üçüncü kişiler tarafından haksız kullanılmasını, bu haklar üzerindeki tasarrufunu ve markasına müdahalesini önleme yetkisi verir²⁷³. Marka hakkı kapsamında yer alan, ihlal niteliği taşıyan veya marka sahibinin engelleyebileceği bir fiilin üçüncü kişi tarafından geçerli bir hakka dayanmaksızın, yetkisiz, tescilsiz ve izinsiz olarak işlenmesi marka hakkının ihlaline karşılık gelir. Marka hakkının ihlali, aynı zamanda bir haksız fiil ve bir haksız rekabet fiilidir²⁷⁴. Bu anlamda hakkı ihlale uğrayan marka sahibinin haksız rekabet hükümlerine başvurup başvuramayacağı, hangi hâllerde başvurabileceği hususları önem kazanmaktadır.

²⁷⁰ Bu maddenin (a) bendinin TTK m.55/1-a-5 ve Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-b; (b) bendinin TKHK m. 61/5 ve Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-ç; (c) bendinin Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8; (d) bendinin TTK m. 55/1-a-5 ve Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-g; (e) bendinin Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-ğ; (f) bendinin TTK m. 55/1-a-5 ve Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-c ve (h) bendinin Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-h hükmüne karşılık geldiği söylenebilir.

²⁷¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 753.

²⁷² Karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırılığı şartına ilişkin daha detaylı açıklamalar için bkz. 3. böl. 3.3.7.

²⁷³ ÇAĞLAR, YILDIZ ve İMİRLİOĞLU, *Marka Vekilliği*, 70; YASAMAN, *SMK Şerhi*, 2:1604; DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 30; ÇOLAK, *Türk Marka Hukuku*, 11; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 29; KAYA, *Marka Hukuku*, 109, 112.

²⁷⁴ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 431; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 39; KAYA, *Marka Hukuku*, 528; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 774, 775; SANCAK, *Marka Hakkına Tecavüz*, 25.

Öncelikle marka hakkının ihlalinin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı hususu incelenmelidir. Mevzuatımızda haksız rekabet, TTK hükümleriyle düzenlenmektedir. Kanuna göre haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır (TTK m. 54/1). TTK m. 54 hükmünde haksız rekabet hükümlerinin amaç ve ilkeleri belirtilmiş, 55'inci maddede ise haksız rekabet oluşturan fiiller örnek kabilinden sayılmıştır. TTK m. 55 hükmünde sayılan hâllerden birine girmese dahi TTK m. 54 hükmü uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olarak ekonomik rekabetin suistimalini oluşturan fiiller de haksız rekabet kapsamında değerlendirilecektir.

Aşağıda değinileceği üzere karşılaştırmalı reklamlarda marka hakkının ihlalinin söz konusu olabilmesi için markanın yer aldığı reklamın haksız rekabet oluşturması gerekir. Haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalar ise TTK'de özel bir hükümle düzenlenmektedir. TTK m. 55/1-a-5 hükmüne göre "*Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınırlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek*" haksız rekabet oluşturan eylem olarak sayılmaktadır. O hâlde konumuzu oluşturan ihlal hâlinin *genellikle* TTK'de düzenlenen bu hükme karşılık geleceğini söylemek yanlış olmaz. Başka bir deyişle; karşılaştırmalı reklamlar yolu ile marka hakkının ihlali çoğu zaman TTK m. 55/1-a hükmünde düzenlenen haksız rekabet eylemi ile meydana gelecektir. Ancak reklamın TTK'nin bu hükmü dışındaki diğer şekillerde haksız rekabet oluşturması da mümkündür. Bu sebeple bu şekilde ortaya çıkan marka hakkının ihlali durumunda, marka sahibinin haksız rekabet korumasından faydalanması da gündeme gelebilecektir. Kümülatif koruma aşağıda ele alınacak olmakla birlikte öğretide, ağırlıklı olarak tescilli marka sahibinin, markasının ihlali durumunda doğrudan haksız rekabet hükümlerine başvurabileceğinin kabul edildiğini²⁷⁵ belirtmek gerekir.

²⁷⁵ ARSEVEN, *Alameti Farika Hukuku*, 58; YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku*, 9; ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 339; Cahit SULUK, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, sy. 2001/3 (2001): 45. Aksi görüş için bkz. NOMER, *Haksız Rekabet Hukuku*, 182.

3.3. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM YOLUYLA MARKA İHLALİNİN KOŞULLARI

3.3.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlali, belirli hukuki koşulların birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Bu kapsamda ilk olarak, ihlale konu edilen markanın geçerli ve koruma kapsamında bir marka olması gerekmektedir. Devamında, söz konusu markanın marka sahibinin izni olmaksızın kullanılmış olması aranmaktadır. Diğer bir koşul ise kullanımın karşılaştırmalı reklam kapsamında gerçekleşmesidir; bu bağlamda hem reklamın karşılaştırmalı nitelikte olması hem de markanın bu reklamda doğrudan ya da dolaylı olarak yer alması önem taşır. Ayrıca kullanımın, ticaret alanında ve markasal bir işlevle gerçekleştirilmiş olması gerekir; başka bir ifadeyle, kullanımın ekonomik faaliyet çerçevesinde ve markanın kaynak gösterme fonksiyonunu etkiler nitelikte olması aranmaktadır. Son olarak, karşılaştırmalı reklamın hukuka uygunluk sınırlarını aşması, özellikle aldatıcı, haksız rekabete yol açan, tanınmışlıktan yararlanıcı ya da itibar zedeleyici nitelikte olması durumunda, marka hakkının ihlalinden söz edilebilecektir.

3.3.2. Geçerli ve Korumaya Sahip Bir Hakkın Varlığı

Marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için ortada geçerli ve korumaya sahip bir hakkın mevcut olması gerekir²⁷⁶. Karşılaştırmalı reklamlar yolu ile marka hakkının ihlalinde de diğer marka hakkı ihlallerinde olduğu gibi; marka hakkına tecavüz edildiğini ileri süren marka sahibinin geçerli bir marka hakkına sahip olması şarttır. Başka bir deyişle mütecavizin SMK kapsamında marka korumasından yararlanması için markasının tescilli olması gerekir. Zira hak sahibinin SMK korumasından yararlanması markasını tescil ettirmiş olmasına bağlıdır. Ancak belirtmelidir ki SMK korumasından ziyade haksız rekabet korumasını tercih edecek hak sahibinin markasının tescilli olması aranmayacaktır.

²⁷⁶ ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 107.

3.3.3. Marka Sahibinin İzni Olmaksızın Kullanım

Marka kullanımının marka hakkına tecavüz teşkil etmesi için bu kullanımın marka sahibinden izinsiz şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekir. SMK m. 29/1 hükmünün (a) ve (b) bentlerinde “*marka sahibinin izni olmaksızın*” markayı 7’nci maddelerde belirtilen biçimlerde kullanmak ve markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek fiilleri marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere 2015/2436 Markalar Direktifi’nin 10/2 maddesinde olduğu gibi²⁷⁷ bu husus SMK’de de açıkça zikredilmektedir.

Markanın üçüncü kişi tarafından marka sahibinin izni ile kullanılması durumunda marka hakkının ihlalinden bahsedilemeyecek olup söz konusu iznin varlığını ispat yükü markayı kullanandır²⁷⁸. Markanın rakip marka tarafından karşılaştırmalı reklamlarında kullanımına izin veren hukuki bir ilişki pek mümkün olmasa da böyle bir ilişki kurulmasının imkânsız olduğu da söylenemez. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu kullanıma izin veren hukuki ilişkinin sonlanması durumundan sonraki kullanımlar da tecavüz teşkil edecektir.

3.3.4. Karşılaştırmalı Reklam ve Kullanım

3.3.4.1. Karşılaştırmalı Reklamın Varlığı

Karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlalinden söz edebilmek için öncelikle bir karşılaştırmalı reklam gerekmektedir. Bunun için öncelikle reklamın unsurları tam olmalı, daha sonra bu reklam karşılaştırma ve ilişkilendirme unsurlarını bir arada içermelidir. Mesaj (tanıtım), mecra (vasıta) ve reklam yapma amacı reklamın zorunlu unsurları olduğundan bunların yokluğu hâlinde reklamdan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak günümüz koşullarında reklam mecralarının çeşitlendiği göz önünde bulundurularak, mesajın iletilmesine yarayan her türlü iletişim aracının vasıta olarak kabul edilmesi gerektiği görüşümüzü tekrarlayalım. Karşılaştırmalı reklamdaki mesaj ticari amaca yönelikse, bu reklamda ayrıca reklam verenin (mesajın kaynağı) belli olması da bir unsur olarak aranacaktır. Yüz yüze birebir şekilde veya internet üzerinde kişiye özel olarak hazırlanarak sunulan kişiselleştirilmiş reklamlar aracılığıyla da reklam

²⁷⁷ 2015/2436 sayılı Markalar Direktifi’nin 10/2 maddesinin ilgili kısmı şöyledir: “... söz konusu ticari markanın sahibi, rızası bulunmaksızın ... aşağıdaki herhangi bir işareti kullanmasını önleme hakkına sahiptir. ...”

²⁷⁸ UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 28.

yapılması mümkün olduğundan karşılaştırmalı reklamların da kamuya yönelik olması gerekmediği düşüncesindeyiz. Ayrıca yine internet aracılığıyla, bununla sınırlı olmasa da, ücret ödenmeksizin reklam yapılabilmesi mümkün olduğundan ücret unsurunun karşılaştırmalı reklamlar için de zorunlu olmadığı kanaatindeyiz.

Reklamın, karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilmesi ve böylece bu reklamdaki marka kullanımının SMK m. 7/3-f hükmü kapsamında engellenebilmesi için karşılaştırma ve ilişkilendirme unsurlarının bir arada bulunması gerekir. Çünkü bu iki unsur aynı anda gerçekleşmediğinde karşılaştırmalı reklamın varlığından bahsedilemez²⁷⁹. Özetle, karşılaştırma içermeksizin ilişkilendirme, ilişkilendirme içermeksizin karşılaştırma içeren reklamlardaki kullanım halinde marka, konumuzu oluşturan SMK m. 7/3-f hükmü korumasından yararlanamayacaktır. Karşılaştırmalı reklamın varlığı, çalışmamızın konusuna esas teşkil eden ihlal hâlinin varlığı için bir ön şart olarak değerlendirilmeli, bu şartın sağlanması durumunda diğer şartların incelemesine geçilmelidir.

3.3.4.2. Markanın Karşılaştırmalı Reklamda Kullanımı

Rakibin markasına yer verilmek suretiyle yapılan doğrudan karşılaştırmalı reklamdaki kullanım, doğrudan SMK m. 7/3-f hükmü koruması kapsamındadır. Ancak dolaylı ilişkilendirme içeren karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlalinin meydana gelmesi için ilişkilendirmenin, rakibin markasına benzer şekillere yer verilmesi yoluyla yapılmış olması gerekir. Çünkü marka sahibinin işaret (marka) üzerindeki hakkı, işaretin aynı veya benzerinin aynı mal veya hizmetlerle ilişkili olarak kullanılmasıyla sınırlıdır (SMK m. 7/2). Öğretide de marka sahibinin SMK m. 7/3 hükmünde düzenlenen eylemleri engelleyebilmesi için SMK m. 7/2 hükmünde öngörülen ihtimallerden birinin söz konusu olması gerektiği belirtilmektedir²⁸⁰.

İlişkilendirmenin, rakibin markasının benzerine yer verilmesi suretiyle yapılması durumunda SMK m. 7/2-b hükmü uyarınca, halk tarafından marka ile ilişkilendirme dâhil karıştırılma ihtimali aranmalıdır. Zira ABAD da *O2 – Hutchinson* davasında²⁸¹, davacı

²⁷⁹ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 46; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 67.

²⁸⁰ Hamdi YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, c. 3 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 2702; KAYA, *Marka Hukuku*, 551.

²⁸¹ Bkz. 3. böl. 3.2.1.

tarafından yapılan ve davalının markası olan baloncuk şeklinin benzerinin kullanıldığı reklamda; rakibin markasına yer verilmesini ilişkilendirme için yeterli görerek karşılaştırmalı reklamın varlığını kabul etmiş, ancak markanın benzerinin kullanıldığı durumda 89/104/EEC sayılı Marka Konsey Direktifi 5/1-b (mevzuatımızdaki karşılığı SMK m. 7/2-b) uyarınca karıştırma ihtimalinin varlığının aranacağını içtihat etmiştir²⁸². Kanaatimizce Türk hukukunda da markanın benzerinin karşılaştırmalı reklamlarda kullanımı, SMK m. 7/2-b hükmüne tabi olacak ve böylece marka hakkının ihlalinin doğması için halk tarafından ilişkilendirme dahil karıştırma ihtimalinin varlığı aranacaktır.

Yargıtay'a konu olan bir davada davacı; müvekkilinin "*TTNET Vitamin*" ibareli markasının bulunduğunu, davalının, müvekkili şirketin ürününe benzer bir ürün çıkardığını, davalının kendisinin şirket uygulamalarını taklit ederek haksız kazanç sağlamayı amaçladığını, müvekkili şirket markasının logosu ile davalının piyasaya sürdüğü ürünün logosunda büyük benzerlik bulunduğunu, ürünün iltibasa yol açacak şekilde yansıtılmasının haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini, davalı tarafça "*öğrencilere PROTEIN de lazım*" ifadesine yer verilerek müvekkilince sunulan hizmete ilave bir hizmet veriliyormuş izlenimi yaratıldığını, davalının piyasaya sürdüğü ürünün logosunda müvekkili markasının renk, grafik, tasarım ve konseptin aynen kullanıldığını, bu durumun tüketiciler nazarında iltibasa neden olacağını ileri sürerek, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespitini talep etmiştir. Yerel Mahkeme, davacının "*TTNET Vitamin*" markası ile davalının "*DIGIPROTEIN*" markası arasında muhatap çevre nazarıyla ilişkilendirilme ve iltibas ihtimali bulunmadığı, ancak davalının hizmetlerinin tanıtımında kullandığı "*öğrencilere PROTEIN de lazım*" sloganının, davacının markasıyla muhatap çevre olarak kabul edilen öğrenci ve öğretmenler tarafından 556 sayılı KHK'nın 9/1-b (SMK m. 7/2-b) maddesine göre "*PROTEIN*" ibaresinin reklam konseptindeki fon ve yazım şekli davacı markasındaki "*VİTAMİN*" ibaresi ile büyük benzerlik gösterdiğinden işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali doğacağını belirtmiştir. Mahkeme, reklamı bir karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilse dahi davacının sunduğu mal ve hizmetler ile ilgili olarak iltibasa sebebiyet verecek böyle bir reklamın hukuka uygunluğundan bahsedilemeyeceğinden davacının "*TTNET Vitamin*" markası ve reklamında kullandığı şekil ve konseptin tanıtım vasıtası niteliğinde olduğuna, davalının "*öğrencilere PROTEIN de lazım*" şeklindeki reklam konsepti ve "*PROTEIN*" ibaresinin yazım şeklinin, davacının bu tanıtım vasıtasıyla iltibas yarattığından haksız rekabet de teşkil edeceğine ve bu

²⁸² ABAD, C-533/06, O2, 12.06.2008 t.

doğrultuda davalının eylemlerinin markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğuna karar vermiştir. Karar bu bakımdan Yargıtay tarafından onanmıştır²⁸³. Yargıtay'ın değerlendirmesine konu olan bu reklamda da rakip marka, reklamda doğrudan kullanılmamış olsa da reklam verenin markasının rakibin markasının yazı karakteri ve yazım şekline benzerlik gösterecek şekilde kullanılmasıyla, rakibin markasına benzer işaret kullanılmıştır. Yargıtay da bu kullanımı SMK m. 7/2-b hükmü kapsamında ele almış, söz konusu benzerlikler nedeniyle işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirme ihtimali olduğunu değerlendirerek bu kullanımın markaya tecavüz oluşturduğuna karar vermiştir.

Karşılaştırmalı reklamda kullanılan rakip markanın tanınmış marka olması durumunda ise bu kullanım, kullanıldığı mal veya hizmet sınıfının aynı, benzer veya farklı olmasına ve karıştırma ihtimali olup olmadığına bakılmaksızın engellenebilecektir. Bununla birlikte bu şekildeki bir engelleme hakkının bulunması, kullanımın haksız yarar elde edecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikte olmasına bağlıdır (SMK m. 7/3). ABAD, davalının markasının açıkça belirtildiği karşılaştırmalı reklama ilişkin *L'oreal-Bellure* kararında, tanınmış markalarda karıştırma ihtimali aranmadığını belirtmiş ancak bu kullanımın marka hakkının ihlali olarak değerlendirmesini, haksız yarar elde edilmesi şartına bağlamıştır²⁸⁴. Hukukumuzda da SMK m. 7/2-c hükmü gereği tanınmış markalara ilişkin korumadan yararlanabilmek için karıştırma ihtimali aranmamakta olup marka sahibinin engelleme hakkı, markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki işaret ile sınırlandırılmıştır. Başka bir deyişle, karşılaştırmalı reklamdaki tanınmış marka kullanımının marka sahibi tarafından (aynı veya benzer mal ve hizmetlerde olmasına bakılmaksızın ve karıştırılma ihtimali aranmaksızın) engellenebilmesi bu hâllerden birinin varlığına bağlıdır.

3.3.5. Ticaret Alanında Kullanım

AB marka hukukunda olduğu gibi Türk marka hukukunda da markanın ihlalinin söz konusu olması için işaretin ticaret alanında kullanılması aranmıştır. SMK m. 7/3 hükmünde marka sahibinin 2'nci fıkra hükmünce yasaklayabileceği hâller sayılırken "*işaretin ticaret alanında kullanılması*" gerektiği belirtilmiştir. 2015/2436 sayılı Marka

²⁸³ 11. H.D. 06.06.2014 t. 2013/5020 E. 2014/10820 K. (www.corpus.com.tr)

²⁸⁴ ABAD, C-487/07, *L'oreal*, 18.06.2009 t.

Direktifinin 10. maddesinin 2'inci fıkrasında ve 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün²⁸⁵ (AB Markası Tüzüğü) 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında marka sahibinin “*ticari süreçte (in the course of trade)*” yapılan izinsiz üçüncü kişi kullanımlarını engelleyebileceği düzenlenmektedir. Söz konusu şart mülga MarKHK'de yer almamaktaydı. Ancak belirtmek gerekir ki mülga MarKHK'nin yürürlükte olduğu dönemde öğretide marka hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için kural olarak bu kullanımın ekonomik ve ticari nitelikte olması gerektiği ileri sürülmüştü²⁸⁶. Yargıtay da bir kararında, “*www.yurticikargomagdurlari.com*” biçiminde internet sitesini tescil ettirerek davacının markasının kullanıldığı, bu kullanımın marka hakkına tecavüz oluşturduğu iddiasını içeren davada yerel mahkemece internet site içeriğinin ve internet alan adının ticari amaç taşımaması ve ticari herhangi bir fonksiyon görmemesine, ticari etki doğurmamasına ve bu şekildeki kullanımın markasal bir kullanım olmaması dolayısıyla marka hakkına tecavüzün bulunmadığına karar vermiştir²⁸⁷. Kararda isabetli bir şekilde, yalnızca şirketteki eski çalışanların mağduriyetlerini dile getirmek üzere kurulan ve firmanın adını içeren alan adlı internet sitesinde kullanımın ticaret alanında kullanım olmadığı değerlendirilmiştir.

İlgili madde hükmünden anlaşıldığı üzere marka hakkı sahibi markasının herhâlde kullanımını değil, yalnızca ticaret hayatındaki kullanımları engelleyebilecektir. Bu nedenle marka hakkının ihlali sonucu doğurduğu iddia edilen kullanımın ticaret hayatında kullanım olup olmadığı değerlendirilmelidir. Marka hakkının ihlalinden bahsedebilmek için marka kullanımının ekonomik amaçlı ve iktisadi olması gerekir²⁸⁸. Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlali için ise bu şart, reklamın ticari reklam olmasına karşılık gelir. Bir firma tarafından televizyon, radyo veya internet gibi diğer iletişim araçlarıyla, rakip firmayla veya onun ürünleriyle doğrudan ilişkilendirme ve karşılaştırmalı içeren, örneğin “*Bizim deterjanlarımız, X markalılarından daha iyi*” şeklindeki bir reklamın ticaret hayatında kullanım olduğu sonucuna varılmalıdır. Çünkü hem her iki taraf da ticari hayatta faaliyet göstermekte hem de reklamdaki ifadelerin doğrudan ilişkilendirme ve karşılaştırma içermesi nedeniyle reklamın ekonomik ve gelir elde etme amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Wendy's isimli restoran zinciri tarafından kendi patateslerinin Mc Donald's'inkilerden daha çok tercih edildiği iddiasıyla ‘*Mc Donald's*’ ismi ve Mc Donald's'ın logosunu andıran patates görseli içeren duvar

²⁸⁵ OJEU: 16.06.2017 t. L154/1 sy.

²⁸⁶ ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 108; UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 264.

²⁸⁷ 1. H.D. 17.03.2014 t. 2013/15738 E. 2014/5119 K. (www.corpus.com.tr)

²⁸⁸ GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 430, 431; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 167.

reklamı bu tür reklama örnektir²⁸⁹. Ancak ticaret hayatında kullanım için iletilen mesajın açık veya dolaylı olması farklılık yaratmaz. Zaten günümüzde de karşılaştırmalı reklamların çoğu, dolaylı bir şekilde rakip markadan daha iyi oldukları mesajını iletirler²⁹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki ilişkilendirme veya karşılaştırma unsurlarından birini içermeyen reklam ticari hayatta kullanım teşkil etse de karşılaştırmalı reklama vücut vermediğinden bu reklamlardaki marka kullanımı, SMK m. 7/3-f hükmü kapsamına girmeyecektir²⁹¹. Ancak bu hâllerde şartları varsa haksız rekabet hükümlerinden yararlanılabilmesi mümkündür.

Markanın ihlalinin meydana gelmesi için gelir elde etme amacı olması veya bedel ödemesi yapılması da aranmamaktadır²⁹². Örneğin bir işletme tarafından tanıtım amaçlı olarak ücretsiz şekilde ürün dağıtımı yapılması doğrudan ticari nitelikte olduğundan bunun hayır amaçlı olarak yapılması durumu değiştirmez²⁹³. Konu reklam bağlamında değerlendirildiğinde, gelir elde etme amacı olmaksızın, reklam verenin ismine, markasına veyahut başka bir ayırt edici işaretime yer vermeksizin rakibin markasının kötülenmesini içeren bir reklam da ticaret hayatta kullanım sayılmalıdır²⁹⁴.

Uygulamada karşılaştırmalı reklamlar genellikle iktisadi amaç taşıyan teşebbüsler tarafından kullanılıyor olsa da markanın ticaret alanında kullanımının yalnızca tacirler veyahut ticari alanda faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından gerçekleştirilebileceği düşünülmemelidir. Zira ticari olmayan bir faaliyeti yürüten kişi de ticari hayattaki bir

²⁸⁹ https://lh6.googleusercontent.com/MNpQgbrKlplFs14L9GGfIO8zS62xn61rZE5P_JhDTuqXKcy04PvJVyj4B3f78p4L0bu37v09dFT7B1k9UxOEdjEcxfYxkZRht1CLUOBPko8Uix1MaGrSwl6eFg-yJ1JGT1J-8GNmQWoiERQEHSEUv_0 (E.T. 26.01.2025)

²⁹⁰ BMW tarafından sosyal medya platformunda Mercedes'in tescilli şekil markasının açık şekilde görüldüğü arabanın üzerinde BMW'nin tescilli şekil markasının görüldüğü bir araba örtüsünün bulunduğu görsel ile "Şimdi her araba kendi süper kahramanı gibi giyinebilir." ifadesini içeren reklamı, genel ve doğrudan olmayan bir üstünlük iddiasını içeren karşılaştırmalı reklamlara örnek verilebilir. Bkz. <https://x.com/BMWUSA/status/1189918847551361026> (E.T. 26.01.2025)

²⁹¹ Reklamda rakibin markasına yer verilmek suretiyle rakiple ilişkilendirme yapılan ancak karşılaştırma içermeyen rakip markası olan "Metro" kelimesinin "Metrobüse, Dolmuş, Metro'ya Son" şeklindeki ifadeleri içerir reklamda kullanımın ticari hayatta kullanım olduğu açıktır, ancak böyle bir reklam karşılaştırmalı reklam tanımına girmediğinden SMK m. 7/3-f hükmü anlamında bir marka ihlalinden bahsedilemeyecektir.

²⁹² UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 265; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 46; İrfan AKIN, "Adwords Reklam Sisteminde Marka Kullanımı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 78 (2008): 210, 211.

²⁹³ BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 46. Ancak yazar bu durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi hukukun genel ilkeleri nedeniyle ihlale bağlı sonuçların talep edilmesinin mümkün olmayabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca taklit markalı ürünlerin bedelsiz dağıtılmasının, ticari ve kazanç sağlama amaçlı olmasa da markasal olduğuna ilişkin bkz. BOZGEYİK, age, 46 ve Zeynep YASAMAN, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (Oniki Levha Yayınları, 2020), 20.

²⁹⁴ Ancak burada, ilişkilendirme ve karşılaştırma içermeyen bir reklamın, karşılaştırmalı reklam olarak değerlendirilmeyeceği ve böylece de SMK m. 7/3-f hükmü anlamında bir marka ihlalinden bahsedilemeyeceği hatırlatılmalıdır.

faaliyetinden dolayı marka hakkını ihlal edebilir²⁹⁵. Önemli olan faaliyetin ekonomik amaca yönelik olmasıdır. Kişisel kullanımlar ticaret hayatının dışında kaldığından, kişisel kullanıma ilişkin ifade ve içeriklerdeki marka kullanımında marka hakkının ihlali gündeme gelmeyecektir. Kişisel kullanım değerlendirmesinde örtülü reklam ihtimali gözden kaçırılmamalıdır çünkü kanaatimizce örtülü reklamın varlığı hâlinde ticaret hayatında kullanım olduğunun kabulü gerekecektir. Örneğin kişi tarafından birden fazla farklı markalı ayakkabı ürünlerinin gösterilerek olumsuz yorumlar yapıldığı ve ardından başka bir markalı ayakkabının övülerek sipariş usulünün gösterildiği video Reklam Kurulu tarafından örtülü reklam olarak değerlendirilmiş ve reklam hakkında durdurma cezası uygulanmıştır²⁹⁶. Bu ifadelerin kişinin şahsi sosyal medya hesabında paylaşılmış olması, doğrudan marka kullanımının kişisel olduğu anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde markanın bir dernek tarafından kullanılması da doğrudan ticari hayatta kullanım olmadığı ve marka ihlali gündeme gelmeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır²⁹⁷.

Kamuyu bilgilendirmek, bir yardım kuruluşuna destek olmak gibi amaçlarla yapılan reklamlar ticari amaç içermezler. Bu nedenle de ticaret alanında kullanım olmayan bu marka kullanımının ihlal teşkil ettiğinden bahsedilemez. Ancak açıkça belirlenemese de kamu yararı, çevrecilik, yardımseverlik gibi mesajlar içeren reklamların ticari amaçla yapılıyor olması da mümkündür. Bu anlamda politikaları gereği işçisine değer verdiği mesajını içeren bir reklam, ticari amaç içeren bir işletme reklamı (kurumsal reklam) olarak nitelendirilebilecektir²⁹⁸. Kanaatimizce bilgilendirme, destek, yardım amaçlı görünüm sergileyen reklamlardaki marka kullanımının ekonomik amaçlı olup olmadığının somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi ve tecavüzün varlığının buna göre belirlenmesi gerekir.

Karşılaştırmalı reklamlar genellikle ticari amaçla yapılmakta olup ekonomik amaçlı olmayan bir karşılaştırmalı reklama rastlamak pek mümkün olmasa da bu reklamın ticari

²⁹⁵ AKIN, "Adwords Reklam", 211; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 19.

²⁹⁶ RKK. 14.03.2023 t. 2022/3571 d. 331. T. No. (www.lexpera.com.tr)

²⁹⁷ Yargıtay, davacının markasının davalı dernek tarafından alan adı olarak kullanıldığı bir olayda MarKHK m. 9/2-e (SMK m. 7/3-d) hükmü uyarınca marka olarak tescilli olan işaretin internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde alan adı olarak kullanılmasının koşulları olduğu takdirde marka hakkına tecavüz teşkil edeceği, bu nedenle davalı tarafça kullanılan alan adının MarKHK m. 9/2-e (SMK m. 7/3-d) hükmü anlamında marka hakkına tecavüz niteliğinde bir kullanım olup olmadığı tartışılmaksızın eksik incelemeyle davanın reddinin isabetli görülmediğini belirtmiştir. 11. H.D. 08.06.2015 t. 2015/2275 E. 2015/7934 K. (www.corpus.com.tr)

²⁹⁸ Dardanel tarafından, çoğunlukla kadın işçi istihdam ettikleri bilgisini içeren reklam filmi, ürünlerine ilişkin de bilgi ve görseller içeriyor olsa da bu reklam türüne örnek olarak verilebilir. Bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=2umjENiVI-s>

amaç taşımayan bir şekilde yapılması imkânsız da değildir. Kamu yararı veyahut bilgilendirme amacı, karşılaştırmalı reklamın mantığıyla örtüşmese de piyasadaki diğer firmaları teşvik veyahut kamuoyunu bilgilendirme gibi amaçlarla bu şekilde bir reklam yapılması da mümkün olabilir. Örneğin “Biz, derneklere X markalı ürünler üreten Y firmasından daha çok maddi yardımda bulunuyoruz” veya “Bizim ürünlerimiz, A markalı ürünlerinden yüzde seksen oranında daha çok geri dönüştürülmüş materyalden yapılmış olup A markalı ürünü üreten firmayı da çevreci olmaya davet ediyoruz” gibi reklamların varlığı hâlinde, ekonomik amaç ortaya konulmadığı sürece, bu reklamlardaki rakip marka kullanımının ticaret hayatında kullanım olmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca ticari amaçla faaliyet göstermeyen dernek veya vakıflar arasında yapılacak bu şekildeki bir reklamdaki marka kullanımının da ticaret hayatında kullanım olmadığı değerlendirilmelidir.

Karşılaştırmalı reklamlarda rakip markasına yer verilmesi, yukarıda değinildiği gibi, büyük ihtimalle ticaret hayatında kullanım şartını karşılayacak olmasına rağmen markanın bu şekilde kullanımının her türlü marka hakkının ihlal edildiği sonucuna varılamaz. Ticaret hayatında kullanım sabit olduktan sonra ileride değineceğimiz²⁹⁹ reklamın “hukuka uygun olmaması” durumunun değerlendirilmesine geçilmelidir.

3.3.6. Markasal Kullanım

Markanın kullanılması kavramına SMK m. 9 ve m. 26 hükümlerinde yer verilmektedir. SMK m. 9 hükmünde tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmaksızın tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verileceği düzenlenmektedir. SMK m. 26 hükmünde ise sayılan bu durumlarda talep üzerine Kurum tarafından bu markanın iptal edileceği öngörülmüştür. Marka hakkına tecavüz sayılan 29’uncu maddenin ikinci fıkrasında da markanın kullanımı ve kullanımın ispatı hususunun düzenlendiği 19’uncu maddenin ikinci fıkrasının, tecavüz davalarında da def’i olarak ileri sürülebileceği açık bir biçimde belirtilmiş durumdadır. Ancak bu hükümler, markanın iptaline yönelik olup marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillere ilişkin değildir.

²⁹⁹ Karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırılığı şartına ilişkin bkz. 3. böl. 3.3.7.

SMK m. 7 ve m. 29 hükümlerinde “*markasal kullanma*” sözcüğüne değil “*kullanma*” sözcüğüne yer verilmiş olup markasal kullanma kavramı ne SMK’de ne de 2015/2436 Markalar Direktifi ile 2017/1001 AB Marka Tüzüğü’nde tanımlanmaktadır. Öğretide markasal kullanım, *işaretin, bu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin köken itibarıyla diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması* şeklinde tanımlanmaktadır³⁰⁰. Markasal bir kullanımdan bahsedebilmek için markanın temel işlevine uygun, bir diğer ifadeyle işletmenin mal veya hizmetlerini diğer bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yönelik olarak kullanılması gerekir³⁰¹. Bu şekilde kullanım ise ancak markanın mal ya da ambalaj üzerinde kullanılması hâlinde meydana gelecektir³⁰².

Marka hakkının ihlalinin söz konusu olabilmesi için markasal kullanımın gerekli olup olmadığı SMK’de açık olmayıp bu konuda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretilerde bazı yazarlar tarafından marka hakkına tecavüzdən söz edilebilmesi için kullanımın markasal nitelikte olması gerektiği kabul edilirken³⁰³ bazı yazarlar ise gerekmediğini ileri sürmektedir³⁰⁴.

Markanın temel işlevini (kaynak gösterme) yerine getirir şekilde kullanılmasının marka hakkına tecavüz eylemleri için şart olarak aranması marka hakkının kapsamını kısıtlayıcı sonuçlar doğuracaktır. Zira markanın kaynak gösterme işlevi dışında ve günümüzde gittikçe önem kazanmaya başlayan reklam, garanti gibi işlevleri de vardır. Kanaatimizce markanın bu işlevlerin kaynak gösterme işlevlerinden daha az koruma görmesine bir sebep bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre markanın kaynak gösterme işlevi dışındaki reklam, iletişim, yatırım, kalite ve garanti işlevlerine aykırılık teşkil edecek

³⁰⁰ ARKAN, “Markasal Kullanım”, 5 dph. 1.

³⁰¹ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 459; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 432; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 597; Muhammed Enes BAYRAM, *Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması* (Oniki Levha Yayınları, 2021), 63, 64; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 25; BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 455. Markanın temel işlevine uygun kullanıp kullanılmadığı hususunun mal veya hizmetin sunulduğu ilgili alıcı kitlesinin anlayışına göre değerlendirileceğine ilişkin bkz. DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 237; BAYRAM, *Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması*, 65. Ayrıca bkz. HGK 21.02.2019 t. 2017/119 E. 2019/187 K. ve 11. H.D. 28.03.2014 t. 2013/16785 E. 2014/6143 K. (www.corpus.com.tr)

³⁰² ARKAN, “Markasal Kullanım”, 5 dph. 1; BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 455. Öğretilerde markanın bir işletmenin iş evrakı veya reklamlarında kullanılması veya başka bir tacirin markasıyla alay edilmesi gibi hâllerin markasal kullanım olmadığını belirten yazarlar bulunmaktadır. Bkz. BİLGE, *Karıştırılma Tehlikesi*, 41; MEMİŞ ve BOZBEL, “Adwords Reklamlar”, böl. II; DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 273.

³⁰³ Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN, “Fikri Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması” içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı 16-22 Aralık 2019* (Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2019), 464; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 431; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 44; AKIN, “Adwords Reklam”, 210; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 25.

³⁰⁴ BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 456; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 433.

kullanımların da markasal kullanım olarak nitelendirilmesi gerekir³⁰⁵. ABAD da *O2 and O2 – Hutchison* kararında karşılaştırmalı reklamda rakip markasına veya benzerine rakibinin sunduğu mal ve hizmetleri tanımlamak amacıyla kullanılmasının 89/104/EEC sayılı Marka Konsey Direktifi m. 5/1 ve 2 (mevzuatımızdaki karşılığı SMK m. 7) anlamında kendi malları ve hizmetleri için kullanım olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir³⁰⁶. ABAD önceleri markanın esas fonksiyonu olan kaynak gösterme fonksiyonuna yönelik değerlendirme yapıp marka hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için markasal kullanımın şart olduğuna yönelik kararlar verirken³⁰⁷ daha sonraları markanın diğer işlevlerine yönelik kullanımların da marka koruması kapsamında olduğunu kabul etmiştir³⁰⁸. Karşılaştırmalı reklamlarda da rakibin markasına, reklam verenin kendisinin veya kendi ürünlerinin ön plana çıkarılması amacıyla yer verilmektedir.

Öğretide bazı yazarlar tarafından MarKHK m. 9/2-d (SMK m. 7/3-ç) ve MarKHK m. 12 (SMK m. 29) düzenlemelerinden hareketle marka hakkına tecavüzde markasal kullanım şartı bulunmadığı çıkarımında bulunulmaktadır³⁰⁹. *Helvacı* ise SMK m. 7/3 hükmünde aynı maddenin ikinci fıkrası anlamında “*markasal kullanım*” sayılan fiillerin belirtildiğini ifade etmektedir³¹⁰. Gerçekten de SMK’de markanın ayırt etme ve köken gösterme amacıyla ve/veya mal/hizmet üzerinde kullanım teşkil etmeyen bazı kullanımların da marka hakkına tecavüz olarak düzenlendiği ve bu şekilde bunların marka koruması kapsamına alındığı görülmektedir. Konumuzu teşkil eden karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlali de buna örnektir. Kanun koyucunun, bu hükümler yoluyla markanın yalnızca kaynak gösterme işlevini değil diğer işlevlerini de koruma saikinde olduğu sonucuna varmak gerekir. Böylece kaynak konusunda tüketiciler nezdinde bir yanılgı söz konusu olmasa bile markanın tanınmışlığından, reklam gücünden haksız yararlanma, marka sahibi ile müşteriler arasındaki iletişimde başkasının araya girerek ve bu iletişime dahil olmaya çalışarak iletişim işlevine zarar vermesi hâllerinde de kullanımın markasal olarak kabul edilmesi gerekecektir³¹¹.

³⁰⁵ ARKAN, “Markasal Kullanım”, 11; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 109; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 601; İlhami GÜNEŞ, *Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar* (İzmir: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012), 79.

³⁰⁶ ABAD, C-533/06, *O2*, 12.06.2008 t. para. 35 ve 36.

³⁰⁷ ABAD, C-63/97, *BMW*, 23.02.1999 t. para.38-42; C-17/06, *Céline*, 11.09.2007 t. para. 21-22.

³⁰⁸ ABAD, C-206/01, *Arsenal*, 12.11.2002 t. para. 37. Bu davada ABAD, marka sahibinin engelleme hakkına sahip olduğu üçüncü kişi kullanımlarının markanın işlevlerini etkileyen kullanım olduğunu belirtmiştir.

³⁰⁹ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 433; BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 456.

³¹⁰ HELVACI (ÜLGEN/KAYA/NOMER ERTAN), *Ticari İşletme Hukuku*, 395.

³¹¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 601.

3.3.7. Karşılaştırmalı Reklamın Hukuka Aykırılığı

SMK m. 7/3-f hükmüne göre “*tescilli markanın, hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması*” marka sahibi tarafından engellenebilecektir. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere markanın hukuka uygun şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması koruma kapsamına alınmamıştır. Başka bir ifadeyle karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olması hâlinde marka hakkına tecavüz meydana gelmeyecektir³¹². Ancak hükümdeki “*hukuka uygun olmayan*” ifadesi açık değildir. Bu konuda SMK’de düzenleme yer almadığından diğer mevzuat hükümlerinin incelenmesi gerekir. Öğretide karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu belirlenirken SMK, TKHK, TTK m. 55 vd. hükümleri ile Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8 hükmünün dikkate alınacağı ifade edilmektedir³¹³.

Karşılaştırmalı reklamlara yönelik en detaylı düzenleme Ticari Reklam Yönetmeliği’nde yer almaktadır. Bu yönetmeliğin 8’inci maddesinin ilk fıkrasında karşılaştırmalı reklamların uyması gereken koşullar düzenlenmiştir. Karşılaştırmalı reklamın ayrıca genel ahlaka uygunluk ile doğruluk ve dürüstlük şartlarını taşıması gerekmekte olup anılan her iki şart da TKHK m. 61/2 hükmünden kaynaklanmaktadır. Doğruluk ve dürüstlük aynı zamanda TTK m. 54/2 hükmünde de düzenlenmiş olup reklamın aldatıcı ve yanıltıcı olmaması gerekliliklerini de kapsamaktadır. Bunların dışında diğer reklamlarda olduğu gibi karşılaştırmalı reklamlar da TKHK m. 61/3 hükmü uyarınca istismar edici nitelik taşımamalı, kişilerin can ve mal güvenliğini tehlikeye atmamalı ve kamu sağlığını bozucu nitelikte olmamalıdır. Karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olması için aynı zamanda SMK kapsamında korunan bir hakkı ihlal etmemesi de gerekir.

Hukumumuzda Ticari Reklam Yönetmeliği’nin m. 8/1-a hükmü ile öngörülen doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağının ayrıca ele alınmasında fayda görüyoruz. Söz konusu madde hükmü uyarınca rakip markaya yer veren karşılaştırmalı reklamlar yasaklanmış olup buna aykırı kullanımlar hukuka aykırılık doğuracaktır. Bu şekildeki bir kullanım hâlinde reklamın hukuka uygun olmadığından bahisle ve başka bir hususa gerek

³¹² DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 129. Öğretide Arkan, karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun sayılması için karşılaştırmanın aynı amaca yönelik mal/hizmetler arasında dürüstlük çerçevesinde yapılması, karşılaştırmanın yanlış, yanıltıcı veya rakibin emeğini sömürücü, kötüleyici nitelikte olmaması gerektiğini ve karşılaştırmalı reklam dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapıldığında marka sahibinin SMK m. 7/3 hükmü uyarınca bu kullanımı engelleyebileceğini ifade etmektedir. ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 323.

³¹³ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 130; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 753; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 187; KAYA, *Marka Hukuku*, 550 dph. 132.

duyulmaksızın marka hakkına tecavüz olduğundan bahsedilebilir mi? Öğretide Yıldız, bu soruya olumlu yanıt vermiş görünmektedir. Yazara göre bu yasak nedeniyle markaların açıkça kullanıldığı reklamlar SMK m. 7/3-f hükmü gereği marka hakkını ihlal edecek ve marka hakkı sahibi başka bir hususun ispatı gerekmeksizin hem Reklam Kuruluna hem de mahkemeye başvurarak marka hakkına yönelik ihlalin sona erdirilmesini talep edebilecektir³¹⁴. *Yasaman* da reklamda rakip işletmelerin marka veya işaretlerine yer verilmesinin mevzuatımızdaki düzenlemelere aykırı olacağı ve bu kullanımın marka sahibi tarafından SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca engellenebileceğini ifade etmektedir³¹⁵. Ancak karşılaştırmalı reklamda rakibin markasına yer verilmesi durumunda, kullanımın mal ve hizmetleri ayırt etmeye değil yalnızca rakibin belirtilmesine ve onun mal veya hizmetinin gösterilmesine hizmet ettiği, bu nedenlerle mevzuat hükümlerine aykırı olmasına rağmen bu kullanımın marka hakkına tecavüz oluşturmaması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir³¹⁶. Belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı reklamlarda yalnızca rakip markaya yer verilmiş olması reklamın haksız rekabet oluşturduğu sonucunu doğurmayacaktır. Yargıtay da bir kararında eğer reklamda gereksiz yere kötülemeye veya halkı yanıltmaya yol açacak şekilde bir kullanma veya ticari itibardan yararlanma yoksa ve sadece tüketiciyi bilgilendirme amaçlanıyorsa sırf rakibin markasının belirtilmesi nedeniyle reklamın haksız rekabet oluşturduğu sonucuna varılamayacağı gerekçesiyle haksız rekabetin önlenmesi ile tazminat talepleri içeren davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır³¹⁷. Bu sebeple söz konusu ihlalin ancak reklamın haksız rekabet teşkil etmesi durumunda meydana geleceğinin kabulü hâlinde, yalnızca mevzuatımızdaki doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağına rağmen markaya reklamda yer verildiği gerekçesiyle, marka hakkının ihlali iddiasında bulunulamayacağı sonucuna varmak uygun olur.

Öğretide markanın haksız rekabet oluşturmayan şekilde kullanımının mütecavizin kendi mal veya hizmetlerini ayırt etmek amacını taşımadığı, marka hakkına tecavüzün ancak reklamın haksız rekabet teşkil etmesi hâlinde meydana geleceği de ileri sürülmektedir³¹⁸.

³¹⁴ YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku*, 149.

³¹⁵ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 556.

³¹⁶ UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 310; Sefer OĞUZ, "Marka Hakkına Tecavüz Halleri" içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı 16-22 Aralık 2019* (Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2019), 254. *Uzunalli*, karşılaştırmalı reklamda tanınmış markanın itibarından yararlanma mevcut ise MarkHK m. 9/1-c (SMK m. 7/1-c) hükmündeki tanınmış marka korumasından yararlanılabileceğini ifade etmektedir. UZUNALLI, *age*, 310.

³¹⁷ 11. H.D. 17.02.2014 t. 2013/13174 E. 2014/2769 K. (www.corpus.com.tr)

³¹⁸ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:215; OĞUZ, "Marka Hakkına Tecavüz", 254; TAŞKIN, *Tazminat Davaları*, 115. *Arkan* yalnızca benzer işaretin markasal kullanımı ile değil dürüst ticari kullanımlar hariç olmak

Çolak'a göre de markanın sulandırılmasına yol açacak biçimde kullanılması, markanın reklam gücünden haksız bir şekilde yararlanılması, ticaret sırasında ve dürüst olmayan bir şekilde kullanılması da bazı hâllerde tecavüzün varlığı için yeterlidir³¹⁹. Bahsi geçen kabule göre karşılaştırmalı reklamdaki marka kullanımının marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilebilmesi için bu reklamın haksız rekabet teşkil etmesi şarttır. Yargıtay önüne gelen markaya tecavüz iddiasını içeren bir davada haksız rekabet hükümlerine göre engellenebilecek eylemler söz konusu olmadığı sürece karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırı sayılamayacağını belirtmiştir. Karar aynen şu şekildedir:

"... Davacı vekili; müvekkili firmanın "... markasına sahip olduğunu, tescilli markanın davalı tarafından kendi ürününün reklamları sırasında izinsiz kullanıldığını, 556 sayılı KHK'nın 9. ve 61. maddesinin ihlal edildiğini, davalının kendi ürününün mevcut markalı ürünlerle eş değer olduğu imajı yaratarak haksız avantaj sağlandığını, imaj zedelemesi yapıldığını ileri sürerek markaya tecavüzün tespiti ve tecavüzün durdurulmasını, giderilmesini, 5.000 TL maddi, 10.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini, söz konusu reklamın durdurularak toplatılmasını, tecavüzün durdurulması hâlinde cezai mahiyette aylık 5.000 TL'ye karar verilmesini ve kararın ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; markaya tecavüzün söz konusu olmadığını, müvekkilinin "... adlı ürününü toptan bayilere tanıtmak için bir tanıtım broşürü hazırladığını, görsel medyada yayın yapılmadığını, broşürün karşılaştırmalı reklam kapsamında değerlendirileceğini, herhangi bir kötüleme eylemi bulunmadığından hukuka aykırı kabul edilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; her iki tarafın da tescilli markalarının var olduğu ve markaların birbirine iltibaslı olmadığı, davalının piyasa yeni çıkan "... adlı meşrubatın tanıtımı amacıyla basılan katalogta piyasada bulunan belli başlı gazoz markalarına yer verildiği, ...'un genç neslin yeni içeceği olduğunun ifade edildiği ve meşrubatın değişik olan şişesine de yer verilerek farkının vurgulandığı, katalogta herhangi bir karalama ve kötüleme ibaresine rastlanmadığı, aksine davalının kendi ayırt ediciliğini vurguladığı, davanın çözümünde esas alınması gereken ilkelerin TTK'nın 54 ve 55. maddeleri olduğu, haksız rekabet hükümlerine göre engellenebilecek eylemler söz konusu olmadığı sürece karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı sayılamayacağı, gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

üzere aynı veya benzer işaretin ticaret sırasında her tür kullanımı ve karşılaştırmalı reklamda kullanılmasının da marka hakkına tecavüz oluşturduğunu belirtmiştir ARKAN, "Markasal Kullanım", 11.

³¹⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 601.

... mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve karşılaştırmalı reklam niteliğindeki davalı eyleminin haksız rekabet oluşturmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. ...³²⁰

Davalının dağıttığı el ilanlarında “bir indirim marketinde satılan 800’ü aşkın gıda, gıda dışı bakkaliye, taze gıda ve taze gıda ürünlerinden oluşan birebir ürünler ailesinin fiyatlarını ‘Bir İndirim Marketine eşitliyoruz’ ” ifadelerinin kullanıldığı ve sloganın ilk üç sözcüğünün baş harfleri ile davacıya gönderme yapıldığı iddiası ile bu kullanımın markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine ilişkin davada Yargıtay “Bir İndirim Marketi ile aynı fiyat aynı kalite” ve “Bİ-RE-BİR ürün” şeklinde sloganlı reklam faaliyetinde karşılaştırmalı reklam yöntemi uygulandığı, karşılaştırmalı reklamın kendi başına haksız rekabet oluşturmadığı, reklamda, rakibe ilişkin kasıtlı eylemin var olmadığı, bir gönderme yapıldığı ve aynı tarzda, ekonomik sunum yapıldığı, bu bakımdan, anılan reklamın haksız rekabet oluşturmadığı gerekçesiyle markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ve önlenmesine ilişkin talebin reddine dair verilen mahkeme kararının bu kısmını onamıştır³²¹. Anılan kararlardan anlaşıldığı üzere haksız rekabet oluşturan eylemler söz konusu olmadığı sürece karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olmadığı gerekçesiyle marka hakkına ilişkin taleplerin reddine ilişkin hüküm kurulmaktadır.

3.3.8. Değerlendirme

Karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlaline ilişkin öğretilerdeki tartışmaların, reklamdaki kullanımın markasal kullanım olup olmadığı ve reklamın taşıması gereken hukuka aykırılığın niteliğine dair olduğu görülmektedir. Her ne kadar öğretilerde karşılaştırmalı reklamlarda rakiplere ait markanın kullanımının markasal kullanım olup olmadığı tartışılmış olsa da bu durumun marka hakkına tecavüz teşkil ettiği SMK’de açıkça düzenlenmektedir (SMK m. 7/3-f ve m. 29/1-a). AB mevzuatında da marka sahibinin işaretin (markanın) karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını engelleyebileceği düzenlemesi yer almaktadır (2015/2436 sayılı Markalar Direktifi m. 10/3-f). Bu düzenlemeye göre karşılaştırmalı reklamlardaki marka kullanımı, yalnızca bu reklamın 2006/114/EC sayılı Karşılaştırmalı Reklam Direktifi’ne aykırı olması hâlinde engellenebilecektir. 2006/114/EC sayılı bu Direktif’te yanıltıcı ve karşılaştırmalı

³²⁰ 11 H.D. 20.01.2016 t. 2015/6501 E. 2016/555 K. (www.corpus.com.tr)

³²¹ 11 H.D. 20.11.2013 t. 2013/7273 E. 2013/20988 K. (https://karararama.yargitay.gov.tr)

reklamların uyması gereken düzenlemeler öngör÷lmüştür. Ancak hukukumuzda, “*hukuka uygun olmayan*” ifadesi kullanılmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamda aranacak hukuka uygunluğun, reklamların düzenlendiği her türlü mevzuata uygunluk olarak yorumlanması durumunda, neredeyse rakip markasına veya benzerine yer veren her karşılaştırmalı reklamın marka hakkını ihlal edeceği söylenebilir. Çünkü reklam mevzuatına ilişkin bölümde belirttiğimiz üzere reklam ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin mevzuatımızda fazla sayıda ve çeşitte düzenleme bulunmaktadır³²². Karşılaştırmalı reklamların bu mevzuatta düzenlenen herhangi bir kurala uymaması durumunda marka hakkı ihlalinin meydana geleceğinin kabulü fikri mülkiyet korumasını orantısız bir şekilde serbest rekabetin önüne koymak anlamına gelecektir. İlgili ifade karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil etmesi olarak yorumlandığı takdirde de fikri mülkiyet korumasının işlevsiz bırakıldığı görülür. Gerçekten de, araştırmalarımız kapsamında, doğrudan SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca marka hakkının ihlaline dair açılmış bir davaya rastlanmamıştır. Hatta yukarıda verilen Yargıtay kararlarından da gör÷lmektedir ki, karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil etmediği durumlarda marka hakkına ilişkin talepler reddedilmektedir. Bu durum ve yaklaşım SMK m. 7/3-f hükmünün âtil kalmasına sebep olmaktadır. Çünkü reklamın haksız rekabet teşkil etmesi hâlinde marka korumasından faydalanabilecek olan hak sahibi, pek tabii doğrudan haksız rekabet hükümlerine de başvurabilir. Bu nedenle yürürlükteki yasal düzenlemeler ile uygulayıcıların değerlendirmeleri dikkate alındığında, fikri mülkiyet korumasının geri planda kaldığı gör÷lmektedir.

Marka sahibinin, kendi markasının karşılaştırmalı reklamlarda kullanımını SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca engellemesi durumunda tescilli marka sahibinin bir başkasının reklamına müdahalesi söz konusudur. Marka sahibinin hakkı, markası üzerindedir. Bu hak ona markasını kullanma ve üzerinde tasarrufta bulunmanın yanında bu markanın haksız kullanımlarını engelleme yetkisi de verir. Bu hakkın kapsamı SMK m. 7 hükmünde belirlenmiş olup, marka hakkının sahibine her türlü kullanımı engelleme hakkı verdiği de söylenemez. Ayrıca öğretilerde marka hakkının ticaret serbestisi ve dürüst rekabet hakkının başladığı yerde bitmesi gerektiği ifade edilmektedir³²³. Gerçekten de SMK m. 7/3-f hükmü kapsamındaki engelleme hakkı, bir başkasının reklamına müdahale içerdiğinden, söz konusu menfi yetkinin sınırlarının belirlenmesinde marka sahibinin marka hakkı ile

³²² 2. böl. 2.1.

³²³ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 404.

serbest rekabet arasındaki dengenin korunması gerekir. Marka hakkı sahibinin, markasının haksız rekabet oluşturmaya bir karşılaştırmalı reklamdaki kullanımını dahi engelleyebileceğinin kabulü, serbest rekabete orantısız bir müdahale anlamına gelebilir. Zira 2006/1114/EC sayılı Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Direktif'in 6 numaralı gerekçesinde karşılaştırmalı reklamın rekabeti teşvik ederek tüketiciye fayda sağlayabileceği belirtilmekte ve 4 – 9 maddeleri arasında yer alan gerekçelerden anlaşıldığı üzere karşılaştırmalı reklam teşvik edilmeye çalışılmaktadır. Her ne kadar haksız rekabeti düzenleyen TTK hükümlerinin kaynağı AB mevzuatı olmasa da marka hukuku mevzuatımızın mehzazını teşkil eden AB mevzuatı esas alınarak karşılaştırmalı reklamları teşvik edici tutum sergilenmeli, söz konusu reklamların yapılmasını tamamen imkânsız kılacak yorumlardan kaçınılmalıdır. Bu kapsamda kanaatimizce, marka sahibinin SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca sahip olduğu engelleme hakkının yalnızca reklamın haksız rekabet teşkil etmesiyle sınırlandırılması en uygun çözüm olarak görünmektedir. Ancak bu durum, değinildiği gibi, SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca sağlanan marka korumasının haksız rekabet hükümleri yanında âtil kalmasıyla sonuçlanabilecektir.

3. 4. MARKA HAKKI İHLALİNİN MEYDANA GELEBİLECEĞİ HÂLLER

3.4.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı reklamların ticari bir amaç içermesi olmazsa olmaz değilse de günümüzde çoğunlukla bu amaçla yapılan karşılaştırmalı reklamlara rastlanmaktadır. Ayrıca ticari amaç içermeyen bir reklamdaki kullanım, ticaret hayatında kullanım olmayacağından böyle bir reklam ile marka hakkının ihlal edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple bu bölümdeki açıklamalar, ticari amaç içeren karşılaştırmalı reklamlara yöneliktir.

Pazarda faaliyet gösteren ürün sağlayıcılar ve pazara sunulan ürün sayı ve çeşitliliğinin artmasıyla meydana gelen rekabet sebebiyle karşılaştırmalı reklamlar, gelir elde etme amacıyla faaliyet gösterenler tarafından daha sık tercih edilen bir yöntem olmuştur. Gelir elde etme ve rekabette öne geçme gayesi dolayısıyla karşılaştırmalı reklamların haksız şekilde kullanılması da ihtimal dahilindedir. Tanınmış markaların, rakipler tarafından

karşılaştırmalı reklamlarda yer verilerek ihlal edilmesi ihtimali daha yüksek olsa da³²⁴ her marka sahibi bu risk altındadır. Reklamlar yoluyla en az iki rakip veya onların ürünlerinin karşılaştırılması (karşılaştırmalı reklam) tüketici nezdinde inandırıcılığı artırmaktadır³²⁵. Bu nedenle de karşılaştırmalı reklamların veya bu reklamlarda yer alan hususların tüketiciler tarafından yanlış anlaşılması, tüketicinin aldatılması ve böylece reklamın yanıltıcı veya aldatıcı nitelikte olması ihtimali düşük değildir. Reklamların aldatıcı ve yanıltıcı olmaması aynı zamanda TKHK m. 61/2 hükmü uyarınca reklamların doğru ve dürüstlük ilkelerinin de bir gereğidir³²⁶. Ayrıca Ticari Reklam Yönetmeliği m. 7 hükmünde de reklamların doğru ve dürüst olması gerekliliği belirtilmiş, 8'inci maddesinde aldatıcı ve yanıltıcı reklamların yasak olduğu öngörülmüştür.

Önceki bölümlerde değinildiği gibi karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmesi, markanın kullanıldığı karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil etmesine bağlıdır³²⁷. TTK m. 55/1-a hükmüne 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*” haksız rekabet hâlleri arasında sayılmaktadır. Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla birden çok şekilde haksız rekabet meydana gelmesi mümkün olsa da bu eylemlerin çoğunlukla TTK'nin anılan hükmündeki fiiller yoluyla meydana geleceğini söylemek yanlış olmaz. Ayrıca TTK m. 55/1-a hükmünde yer alan durumlar söz konusu olduğunda, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer bir şekilde aykırı bir davranış veya uygulamanın mevcut olduğu varsayılacak, ayrıca TTK m. 54/2 hükmündeki genel ilkede sözü edilen şartları aramak gerekmeyecektir³²⁸.

Hem karşılaştırmaya ilişkin özel haksız rekabet oluşturan eylemler olması hem de çalışmamızın sınırlarını korumak amacıyla reklamın gerçeğe aykırı ve yanıltıcı bilgiler içermesi (aldatıcı olması), reklamın rakibin markasını gereksiz yere kötüleyici veya onun tanınmışlığından yararlanma niteliği taşıması suretleriyle meydana gelebilecek marka

³²⁴ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 130; Gül BÜYÜKKILIÇ, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019), 609.

³²⁵ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 185.

³²⁶ İNAL, *Reklam Hukuku*, 37.

³²⁷ 3. böl. 3.3.7.

³²⁸ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 97.

hakkı ihlalleri inceleme konusu yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, rakip markasının aynısını veya benzerini içermeyen reklamlar ile rakibin markasına benzer işaret dışındaki bir unsur ile yapılan dolaylı ilişkilendirme içeren reklamlar konumuz kapsamında değildir. Ayrıca rakibin markasına veya markasına benzer bir işareti içermeyen ancak ima yoluyla yapılan gönderme sayesinde rakibin belirlenebilir olduğu reklamlar bakımından şartları varsa haksız rekabet korumasının gündeme gelebileceği de unutulmamalıdır.

3.4.2. Gerçeğe Aykırı Açıklamalar ve Yanıltıcılık

3.4.2.1. Gerçeğe Aykırı Açıklamalar

Karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil etmemesi için reklamda yer alan tüm bilgi ve açıklamaların objektif biçimde doğru olması gerekir. Örneğin ürünün saf yünden yapıldığına ilişkin reklam yapılmasına rağmen ürünün bu özelliği taşıması hâlinde haksız rekabet söz konusu olacaktır³²⁹. TTK m. 55/1-a-5 hükmünde “gerçeğe aykırı” ifadesi açıkça yer aldığından yanıltıcı olmasa bile rakibe ilişkin yanlış bir bilgi içeren karşılaştırmalı reklam haksız rekabet meydana getirebilir.

“Türkiye'nin en çok satan gazetesi” ibaresi ile “nazar boncuklu 1” rakamını içeren reklam, Yargıtay tarafından karşılaştırmalı reklam olarak değerlendirilmiş, karşılaştırmalı reklam yapılması mümkün olsa da bu reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması gerektiğini belirtmiş, reklamdaki metin ile logonun gerçeği yansıtmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur³³⁰. Önüne gelen benzer bir davada da “Türkiye' nin ilk ve tek e-okuyucusu” ifadelerini içeren reklamın, “ilk” ve “tek” sıfatlarının gerçeğe aykırı kullanılması sebebiyle haksız rekabet oluşturduğuna ilişkin tespiti içeren yerel mahkeme kararını onamıştır³³¹.

Anılan Yargıtay kararları, karşılaştırmalı reklamlardaki bilgilerin doğru ve kanıtlanabilir olması gerekliliğini göstermektedir. Ancak objektif doğruluktan anlaşılması gereken reklamdaki tüm bilgilerin yansız ve mutlak doğru olması değildir. Çünkü karşılaştırmalı

³²⁹ ADAK, “Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, 365.

³³⁰ 11. H.D. 20.02.1998 t. 1997/9233 E. 1998/1026 K. (www.corpus.com.tr)

³³¹ 11. H.D. 21.10.2019 t. 2018/5178 E. 2019/6544 K. (www.corpus.com.tr) Ancak bu davada Yargıtay, reklamın karşılaştırmalı reklam olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamış, söz konusu ifadelerle yer verilen reklamın TTK m. 55/2-a hükmü kapsamında haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir.

reklamda reklam veren kendisinin veyahut ürünlerinin tercih edilebilir yönlerini ön plana çıkararak kendisine veya ürünlerine talebi artırmak ve rakibinin önüne geçmek amacıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla reklam verenden sunduğu her bilginin mutlak olarak doğru olmasını beklemek, karşılaştırmalı reklamın özüne aykırıdır. Bu nedenle doğruluk şartı tüketicilerin satın alma kararına etki edecek hususlarda aranmalı ve aynı zamanda reklamların doğası gereği içerebileceği abartı unsurunun sınırları dikkate alınmalıdır³³². Çünkü muhatap kitle tarafından hoş görülebilirlik sınırları içinde kalan abartılı reklamlardaki her unsurda objektif doğruluk aramak, abartılı reklam yapılamayacağı anlamına gelecektir³³³.

3.4.2.2. Yanıltıcılık ve Aldatıcılık

Karşılaştırmalı reklam, eğer TTK m. 55/1-a-5 hükmündeki kullanımı meydana getiriyorsa, bu kullanımın haksız rekabet teşkil etmesi için ayrıca TTK m. 54/2 hükmündeki şartları (rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer bir şekilde aykırı bir davranış veya uygulamanın) taşıması aranmayacaktır³³⁴. Bu sebeple reklamın haksız rekabet oluşturduğundan bahsedebilmek için reklamın yanıltıcılığının yanında bir de aldatıcı olması aranmayacaktır. Ancak, karşılaştırmalı reklamın aldatıcı şekilde yapılması durumunda da haksız rekabet meydana geleceğinden, böyle bir reklamdaki marka kullanımı da marka sahibi tarafından SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca engellenebilecektir.

Reklamda yer alan tüm bilgi ve açıklamaların tüketici tarafından anlaşılabilir şekilde sunulması tüketicinin aydınlatılma hakkının da bir gereğidir³³⁵. Reklamda kullanılan ifadelerin birden fazla anlamının bulunması ve bunlardan birinin aldatıcı olması, reklamda verilen bilgi ve yapılan açıklamaların belirsizliği, tüketicinin alım kararını etkileyecek ve açıklanması gereken konularda susulması, ilgisiz veya kafa karıştırıcı

³³² ADAK, "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", 364; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 168, 171, 172, 177.

³³³ Ancak bu reklamdaki beyanlar hedef tüketici kitlesi tarafından ciddiye alınıyorsa, reklamın yanıltıcı olarak nitelendirilmemesi için, bu iddiaların kanıtlanması gerekmektedir. Bkz. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 87; BAHAR SAYIN, "Karşılaştırmalı Reklamlar", 256; İNAL, *Reklam Hukuku*, 66.

³³⁴ ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 358; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA), *Ticari İşletme Hukuku*, 559.

³³⁵ Tüketicinin aydınlatılma hakkı, satın alacağı mal ve hizmetin ne olduğunu, ne işe yaradığını, ne kadar dayanacağını açık açık herhangi bir aldatmaya fırsat verilmeksizin bilebilmesini ifade eder. GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 17.

lüzumsuz konularda bilgi sunulması gibi durumlar yanıltıcılığa sebep olabilir³³⁶. Yanıltıcılık, reklamda yer alan bilgiler gerçekliğe uygun olsa bile reklamın tüketicide yarattığı genel izlenim itibarıyla onun yanlış bir değerlendirme yapması sonucunu doğuran hâllerde de ortaya çıkabilir.

Yanıltıcılığın tespitine ilişkin yapılacak değerlendirmede reklamın yalnızca lafzı değil, bütünü yarattığı izlenimin esas alınması gerekir³³⁷. Aksi durumda somut olaya uygun olmayan sonuçlar doğabilir. Çünkü reklamdaki doğru bilgilerin veya ispatlanabilir istatistiki verilerin sunulma tarzı, yanlış anlamalara sebebiyet verebilecek şekildeyse yanıltıcılıktan bahsedilecektir³³⁸. Örneğin “Orkid” markalı ürünün Türk Jinekoloji Derneği tarafından onaylanan tek marka olduğu iddiasını içeren reklam, bu iddia doğru olmasına rağmen söz konusu derneğe başvuran tek markanın da bu marka olması nedeniyle, Reklam Kurulu tarafından aldatıcı bulunmuştur³³⁹. Yargıtay da önüne gelen bir davada, “%7’ye varan” ifadesinin reklamın geri kalan kısmına oranla küçük yazıldığı “Yakıtta %7’ye varan indirim” şeklindeki reklamın, tüketicilerin reklamın dikkat çekici kısmı olan “%7 indirim” kısmına göre yakıt satın alma kararı vermelerinin mümkün olması nedeniyle, yanıltıcı ve aldatıcı nitelikte olduğunu belirtmiş ve haksız rekabetin önlenmesi talebinin reddine ilişkin verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁴⁰.

Reklamın yanlış veya yanıltıcı olması, aldatıcı reklamın unsurları arasında olsa da aldatma veya aldatma ihtimali mevcut olmadığı sürece aldatıcı reklamdan bahsedilemeyecektir³⁴¹. Kısaca reklam, gerçeğe aykırı veya yanlış bilgi veya açıklamalar içerse dahi eğer bu reklam dolayısıyla tüketicilerin aldatılması veya aldatılma ihtimali ortaya çıkmıyorsa reklam aldatıcı reklam olarak nitelendirilemeyecektir. Örneğin abartılı reklamlarda durum böyledir. Tüketici tarafından hoş görülebilir bir abartının varlığı durumunda, tüketici bu ibareyi ciddiye almıyorsa, bu reklamdaki gerçeğe aykırı bilgiler

³³⁶ İsmail DOĞANAY, “Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabet Hükümleri Yargıtay’ca Nasıl Uygulanıyor?”, *BATİDER* c. 5, sy. 3 (1970): 537; GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 67, 172; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 174, 175, 181; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 144.

³³⁷ İNAL, *Reklam Hukuku*, 107; ÖZDEMİR, “Aldatıcı Reklamlar”, 73; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 183.

³³⁸ BAHAR SAYIN, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, 257; ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 360; GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 62.

³³⁹ RKK. 09.12.1997 t. 27 T. No. 7 No.lu karar. İNAL, *Reklam Hukuku*, 107.

³⁴⁰ Ayrıca Yargıtay reklamın algılanış şeklini, akaryakıt istasyonlarının bulunduğu güzergahtaki kara yolundan araçları ile seyir halinde iken geçen ve bu nedenle de o esnada dikkatlerini öncelikle yola ve trafiğe yoğunlaştırmış bulunan sürücüler bakımından değerlendirmiştir. Bu karar, aldatıcı ve yanıltıcılığın hedef tüketici kitlesine göre değerlendirilmesi bakımından da iyi bir örnektir. 11. H.D. 15.01.2015 t. 2014/1273 E. 2015/421. (www.corpus.com.tr)

³⁴¹ Aldatıcı reklamların unsurlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. İNAL, *Reklam Hukuku*, 105 vd.

aldatıcılık doğurmayacaktır³⁴². Karşılaştırmalı reklamda gerçeğe aykırı veya yanıltıcı bilgi, reklam verenin kendisine/ürünlerine veya rakibe/ürünlerine ilişkin olabileceği gibi karşılaştırmaya ilişkin de olabilir. Ancak reklamın aldatıcı olarak kabul edilebilmesi için aldatıcılığın reklam konusu ürüne asli değerini veren önemli bir niteliğine ilişkin olması gerekir³⁴³. Örneğin reklama konu ürünün mucidinin doğum tarihinin veya memleketinin yanlış bildirilmesi durumunda bu hususlar tüketicinin satın alma kararını etkileyen ve ürünü temsil eden bir bilgi olarak görülemeyecek ve sadece bu sebeple reklamın hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir³⁴⁴. Reklam Kurulu da bir kararında aslında tek noktalı enjeksiyonlu olan bir araba reklamında “çok noktalı enjeksiyonlu motoru ile daha güçlü” şeklinde ifade içeren reklamı “bu noktanın araç satın almak isteyen tüketicilerin tercih nedenlerinden biri olması ... dolayısıyla” demek suretiyle aldatıcı bulmuştur³⁴⁵.

Karşılaştırmalı reklamlarda karşılaştırma, işletmelerin kendisi, onların ürünleri, piyasadaki başarısı gibi birden çok şeye yönelik olabilir. Ancak eğer karşılaştırma, tüketicinin satın alma kararına etki etmeyen (önemsiz) hususlara yönelik yapıldıysa bu durum da reklamı aldatıcı hâle getirecektir³⁴⁶. Gerçekten de reklamın muhatabının satın alma kararına etki etmeyecek ve onun gözünde önemsiz bir hususun karşılaştırmalı reklama konu edilerek onun reklam verene veya ürünlerine yönlendirmeye çalışılması dürüst rekabet kurallarına aykırıdır. Örneğin çamaşır deterjanı üretimi yapan bir firma tarafından “Bizim deterjanımızın kutusu mavi, X markasınınki beyaz! Mavi kutu daha şık görünüyor!” şeklinde yapılan bir reklam, reklamın muhatabının satın alma kararına etki etmeyecek bir karşılaştırma içermektedir.

Reklamlarda karşılaştırma hafiflik, ucuzluk gibi objektif değerler üzerinden yapılabileceği gibi lezzet, şıklık gibi sübjektif değerler üzerinden de yapılabilir. Objektif değerlerin karşılaştırılması suretiyle yapılan reklamların bu konuda gerçeğe aykırı veya yanlış beyan içermesi hâlinde aldatıcılık gündeme gelecektir³⁴⁷. Sübjektif değerlere ilişkin yapılan karşılaştırmalarda reklamın aldatıcılığının tespiti ise daha zorlayıcıdır. Öğretide

³⁴² Enerji içeceği markası olan Redbull’ın reklamlarında kullandığı “Redbull kanatlandırır” ifadesi tüketici tarafından ciddiye alınmayacağından, gerçeğe aykırı olmasına rağmen aldatıcı olarak nitelendirilmeyecektir.

³⁴³ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 171, 172; İNAL, *Reklam Hukuku*, 117; ÖZDEMİR, “Aldatıcı Reklamlar”, 72; Derya İÇÖZ, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması* (İstanbul: (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008), 48. Aksi yönde bkz. KENAROĞLU, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 109.

³⁴⁴ Örnek için bkz. ASLAN, *Reklam Hukuku*, 171.

³⁴⁵ RKK. 14.07.1998 t. 1998/35 D. 34 T. No. (www.lexpera.com.tr)

³⁴⁶ İNAL, *Reklam Hukuku*, 69; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 117; CEYLAN, “Tuzak Reklamlar”, 207; İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 61.

³⁴⁷ ÖZDEMİR, “Aldatıcı Reklamlar”, 73.

bu hâlde sübjektif unsurlara ilişkin bir yanlışlıktan değil farklı bir değerlendirmeden bahsedilmesi gerektiği, bu nedenle bu karşılaştırmalarda çoğu zaman haksız rekabet meydana gelmeyeceği belirtilmektedir³⁴⁸. *Aslan* ise sübjektif değerlere ilişkin karşılaştırmaların çoğu zaman yanıltıcı nitelik taşıyacağı görüşündedir³⁴⁹.

Reklam Kurulu tarafından yapılan bir incelemede *"En üst düzeyde rahatlık için gelişmiş özelliklere ve saf buhar gücüne sahip buharlı ütü. En ideal miktarda sabit buhar çıkışı sağlar. X3 taban plakası en hızlı ve en kolay kayma sağlar."* şeklindeki reklamlardaki ifadenin soyut nitelik taşıdığı ve haksız rekabete neden olduğu, ispatlanabilir nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir³⁵⁰. Almanya uygulamasında da bir fast-food restoran zincirinin hamburger reklamında kullanılan *"Lezzet testine katılanların %62'si bizim hamburgerimizi daha lezzetli buldu."* içerikli ifade yanıltıcı bulunmuştur³⁵¹. Kanaatimize göre reklamın dayandığı değer yargısının sübjektifliğine göre doğrudan bir yanıltıcılık değerlendirmesi yapılması doğru değildir. Bu hususun somut olayın özelliklerine ve karşılaştırma ile reklamın tüketicide bıraktığı izlenime göre değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Eğer sübjektif değer esas alınarak yapılan karşılaştırmalı reklamdaki mesaj, tüketicide karşılaştırılan rakibin hiçbir şekilde bu değer yönünden daha iyi olamayacağı izlenimi bırakıyorsa, reklamın yanıltıcı olduğunun kabulü gerekir.

Karşılaştırmalı reklamda yer alan sübjektif değer yine reklamda yer alan başka bir ifade veya iddia ile somutlaştırılmış ise reklamın yanlış veya yanıltıcılığı somut iddiaya göre değerlendirilecektir. Normalde sağlamlık sübjektif bir değer olmasına rağmen reklamda sağlamlık, kullanım garantisi verilmesine bağlandıysa reklamın aldatıcılığının değerlendirilmesinde, gerçekte reklamda belirtildiği süre ve şekilde garanti verilip verilmediği değerlendirilecektir. Reklam Kurulunun bir kararında *"Biz 18 gram Koyuyoruz!"* ve *"Daha lezzetli kahve sunmak için reçetelerimizde rakiplerimizden 2 kat daha fazla kahve kullanıyoruz."* ifadelerini içerir reklamda, ifadelerin doğruluğu ispat edilemediğinden reklamın tüketicileri aldatıcı ve haksız rekabet yaratıcı nitelikte olduğu

³⁴⁸ Fahri Halil ÖRS, *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet: Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi* (Ankara: T.C. Ziraat Bankası Matbaası, 1958), 40; ADAK, "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", 365; GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 63; ÖZDEMİR, "Aldatıcı Reklamlar", 73. Ancak bu görüşün kabulü hâlinde dahi söz konusu sübjektif husus hedef kitlede genel geçerliliği olan bir değerlendirmeyi yansıttığı izlenimi uyandırıyor ise reklamın aldatıcı olduğunun kabulü gerekir. Bkz. ÖZDEMİR, age, 73.

³⁴⁹ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 185.

³⁵⁰ RKK. 11.04.2023 t. 2022/5342 D. 332 T. No. (www.lexpera.com.tr)

³⁵¹ ASLAN, *Reklam Hukuku*, 186.

belirtilmiştir³⁵². “Lezzet” subjektif bir değer olmasına rağmen bu unsurun daha fazla kahve kullanılmasına bağlanması nedeniyle, bu reklamın aldatıcılığının tespitinde bu somut iddianın ispatlanabilir olması aranacaktır.

Reklamın aldatıcılığı belirlenirken hangi tip tüketicinin veya tüketici grubunun dikkate alınacağına ilişkin hukukumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır. İltibas ile ilgili haksız rekabet davalarında, iltibasın bulunup bulunmadığının tespitinde Türk öğretisi tarafından ortalama tüketici kıstas alınmakta olup aldatıcılığın tespitinde de bu kıstasın temel alınması gerektiği kabul edilmektedir³⁵³. Burada dikkate alınacak kesim reklama konu ürünün hedef kitlesi olup³⁵⁴ değerlendirme bu kitlenin içinde yer alan makul derecede ortalama bilgi ve tecrübeye sahip kişilerin görüşüne göre yapılacaktır. Yargıtay da yanıltıcılık değerlendirmesini reklamın yönelik olduğu ortalama tüketici kitlesine göre yapmaktadır³⁵⁵. Örneğin çocuklara yönelik bir oyuncak reklamında yer alan ifadeler bir yetişkinin aldatılması sonucunu doğurmasa bile ortalama bilgi ve tecrübeye sahip bir çocuğun aldanmasına yol açabilir. Bu reklamın aldatıcılığının yetişkinlerin bakış açısına göre değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Öğretide *Aslan* ise TKHK m. 16/2 hükmü açıkça tecrübe ve bilgisi eksik tüketicileri istismar edici reklam ve ilanları yasakladığından aldatıcılığın tespitinde de bu tüketici grubunun dikkate alınması gerektiği kanaatinde³⁵⁶. Ancak aldatıcılığın, dikkat seviyesi çok düşük tüketiciye göre değerlendirilmesi hâlinde çoğu reklamın aldatıcı kabul edilmesi gerekecektir³⁵⁷. Tecrübe ve bilgisi eksik tüketicinin esas alınması durumunda, aldatıcılığın çok geniş şekilde yorumlanacağı ve bu şekilde karşılaştırmalı reklamların çok sınırlı olarak hukuka uygun kabul edilebileceğinden biz de ortalama tüketicinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

³⁵² RKK. 13.08.2024 t. 2024/4102 D. 348 T. No. (www.lexpera.com.tr)

³⁵³ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 76; Dilek CENGİZ, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Yoluyla Mark Hakkının İhlali* (İstanbul: Beta Yayınları, 1995), 30; İNAL, *Reklam Hukuku*, 107; ÖZDEMİR, “Aldatıcı Reklamlar”, 74; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 180; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 151, 152. Kötüleyici reklamlarda esas alınacak ortalama tüketici ölçütü hakkında detaylı bilgi için bkz. KARAASLAN, “Ortalama Tüketici Ölçütü”.

³⁵⁴ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 75; İNAL, *Reklam Hukuku*, 116; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 172.

³⁵⁵ 11. H.D. 19.04.2017 t. 2015/14421 E. 2017/2252 K.; 11. H.D. 02.05.2024 t. 2024/1943 E. 2024/3507 K.; 11. H.D. 10.04.2023 t. 2021/8214 E. 2023/2186 K. (www.corpus.com.tr)

³⁵⁶ İ. Yılmaz ASLAN, *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat* (Bursa, 1996), 259.

³⁵⁷ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 75.

3.4.2.3. Gerçeğe Aykırı İfadeler Yoluyla Abartı

Reklamlar, hedef kitlenin dikkatini çekerek reklamı yapılanın veya ürünün özellikleri konusunda bilgi vermek ve hedef kitleyi ikna etmek amacıyla yapılırlar. Reklamın bünyesinde barındırdığı bu hususlar nedeniyle reklamların belirli ölçüde abartı içerebileceği kabul edilmektedir³⁵⁸. Reklamda hiçbir şekilde abartı bulunmamasını beklemek reklamın özünü bağdaşmayacağı gibi reklamların herhangi bir sınır olmaksızın abartı içerebileceği de söylenemez. Reklamda yer alan abartı, olağan ve teamülde kabul edilen toleransı aştığı noktada yanıltıcı hâle gelecektir³⁵⁹. Abartının hoş görülebilir olup olmadığının değerlendirilmesi ise yanıltıcı reklamlarda olduğu gibi dürüstlük kuralları çerçevesinde reklamın hedef kitlesinin bakış açısına göre yapılmalıdır. Ortalama tüketici kitlesi, reklama konu ürünün yönelik olduğu makul derecede bilgili, özenli, dikkatli ve ihtiyatlı müşteri kitlesidir³⁶⁰. Söz gelimi, tüketen kişinin ağzından soğuk hava çıkartmak suretiyle duvarları yıkarak sürüklenmesi veya tüketen kişinin gorile dönüştüğüne ilişkin görseller içeren mentollü şeker ve çikolata reklamlarında³⁶¹ hedef tüketici kitlesi, reklamda hoş görülebilir bir abartının varlığını kabul edecektir.

Reklamlarda abartı “*en iyi, en üstün, en ucuz*” gibi kayıtlar kullanılmak suretiyle de yapılabilir. Reklamdaki bu tür iddialar tüketici tarafından ciddiye alınması beklenmeyen nitelikte ise hoş görülebilir bir abartılı reklamdan (aldatıcı olmayan reklamdan) söz edilecektir³⁶². Ancak hedef tüketici kitlesi tarafından ciddiye alınan bir beyanın varlığı hâlinde, bu reklamın yanıltıcı olarak nitelendirilmemesi için, bu iddiaların kanıtlanması gerekir³⁶³. Reklamdaki ifadenin abartılı mı yoksa yanıltıcı mı olduğunun tespiti her somut olay bakımından ayrıca bir değerlendirme gerektirir. Önüne gelen bir olayda bu hususun takdiri mahkemeye aittir. Örneğin peynir ürününe ilişkin olarak yapılan anne ile çocuk arasındaki diyalog ile “*Pınar yaparsa en güzelini yapar*” sloganını içeren reklama ilişkin

³⁵⁸ ÖRS, *Haksız Rekabet*, 36; ADAK, “Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, 363, 364; GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 79; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 73; BAHAR SAYIN, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, 257; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 177. Aynı zamanda konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. 11 H.D. 19.04.2017 t. 2015/14421 E. 2017/2252 K.; 11. H.D. 02.05.2024 t. 2024/1943 E. 2024/3507 K.; 11. H.D. 10.04.2023 t. 2021/8214 E. 2023/2186 K. (www.corpus.com.tr)

³⁵⁹ ÖRS, *Haksız Rekabet*, 36; ADAK, “Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, 363; DİŞBUDAK, *Aldatıcı Reklamlar*, 56.

³⁶⁰ İNAL, *Reklam Hukuku*, 107; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 180. Aynı zamanda konu ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. 11 H.D. 19.04.2017 t. 2015/14421 E. 2017/2252 K. (www.corpus.com.tr)

³⁶¹ Reklam filmleri için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=knDv_xONIK4 ve <https://www.youtube.com/watch?v=3FDAk5KA3nU> (E.T. 13.03.2025)

³⁶² İNAL, *Reklam Hukuku*, 106.

³⁶³ GÖLE, *Aldatıcı Reklamlar*, 87; BAHAR SAYIN, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, 256; İNAL, *Reklam Hukuku*, 66.

olarak Reklam Kurulu tarafından “*en güzel*” ifadesinin soyut, doğrulanamayan ve genel geçer bir ifade olduğu, reklamların doğası gereği sahip olabileceği abartı ve aşırı övme (şişirme) sınırları içinde kaldığı değerlendirilmiştir³⁶⁴. Yargıtay da bir kararında, “*en güzel boya*” ifadesi kullanılarak yapılan reklamın dolaylı karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğuna ancak “*sübjektif, soyut, kanıtlanamayan ve yalnızca reklam amacına yönelik*” bu ifadenin haksız rekabete yol açmayacağına hükmetmiştir³⁶⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, rakibin markasına veya benzer işarete yer vermeyen “*en*” kayıtlı reklamlar, marka hakkının ihlalini içermeye elverişli değildir. Yine de belirlenebilir bir rakibe ima yoluyla gönderme yapılması durumunda haksız rekabet hükümleri gündeme gelebilir.

3.4.3. Gereksiz Yere Kötüleyici Açıklamalar

3.4.3.1. Genel Olarak

Kötüleme, rakibin veya onun ürünlerinin gerçek veya gerçek dışı iddialarla özellikle hitap ettiği kesime kalitesiz olarak gösterilmesi, karalanması ve onların gözünden düşürülmesini ifade eder³⁶⁶. Hem kötüleme eyleminin kendisi (TTK m. 55/1-a-1) hem de kötüleyici şekilde karşılaştırmalı reklam yapmak (TTK m. 55/1-a-5) haksız rekabet olarak düzenlenmektedir. Ancak konumuzu teşkil eden karşılaştırmalı reklamların kötüleyici olması durumu TTK m. 55/1-a-5 hükmünde düzenlenen rekabet hâlini ortaya çıkaracaktır. Ayrıca Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8/1-g hükmünde de karşılaştırmalı reklamların ancak rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi koşuluyla yapılabileceği düzenlenmektedir.

Her işletmenin reklamında kendisi veya ürünlerini belli ölçüler içinde övmesi mümkündür³⁶⁷. Doğası gereği karşılaştırmalı reklamlarda da reklam veren, rakiple karşılaştırma yapmak suretiyle kendisinin veya ürünlerinin üstün yönlerini ön plana çıkarmaktadır. Bu nedenle her karşılaştırmalı reklamda dolaylı da olsa bir kötüleme mevcuttur. Çünkü “*benim ürünlerim daha iyi*” veya “*en iyi*” şeklindeki bir ifade içeren reklam dolaylı da olsa “*rakip/rakibin ürünleri kötü*” mesajı içermektedir. Ancak karşılaştırmalı reklamda kendi ürünlerinin rakibinkinden üstün yönlerinin ortaya

³⁶⁴ R.K. 14.02.2017 t. D. 2016/3783 T. No. 257 (www.lexpera.com.tr)

³⁶⁵ 11. H.D. 30.10.2009 t. 2008/1262 E. 2009/11173 K. (www.corpus.com.tr)

³⁶⁶ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 124; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 25.

³⁶⁷ ÖÇAL, “Reklam ve Haksız Rekabet”, 99.

konulması tek başına ve doğrudan kötüleme meydana getirmez³⁶⁸. Kötülemeden bahsedebilmek için kendi ürünlerini övmekten daha öte, karşılaştırmayı ölçüsüz bir şekilde küçük düşürücü ve nesnel olmayan reklam görüntüsüne büründüren ek birtakım şartların oluşması gerekir³⁶⁹. Reklamlarda kötüleme, tacirin bizzat kendisine, mallarına, hizmetlerine, iş ürünlerine, fiyatlarına, ticari faaliyetlerine veya işlerine yönelik olabilir. Ancak kötüleleyici bir karşılaştırmalı reklamdan bahsedebilmek için kötülenenin gereksiz olması ve kötülenenin belirlenebilir olması gerekir.

3.4.3.2. Kötülenenin Gereksiz Olması

Karşılaştırmalı reklamların çoğu rakipler veya onların ürünleri hakkında eleştiri içermektedir³⁷⁰. Bu anlamda karşılaştırmalı reklamlarda rakibin veya ürünlerinin eleştirilmesi mümkündür. Zira karşılaştırmalı reklamların özü de rakibi eleştirmek suretiyle reklam verenin ön plana çıkarılmasıdır. Bu anlamda eleştiri içeren her türlü reklamın yasak olduğunun kabulü, neredeyse hiç karşılaştırmalı reklam yapılmaması sonucunu doğuracaktır³⁷¹. Bu konuda sınır, eleştirinin kötüleme teşkil etmemesidir. Ayrıca TTK m. 55/1-a-5 hükmünde her türlü kötülenenin değil, gereksiz nitelikteki kötülenenin haksız rekabet oluşturduğu hüküm altına alınmıştır. Özetle, karşılaştırmalı reklamlarda rakibin kötülenmesi yoluyla haksız rekabet olduğundan söz edilebilmesi için reklamdaki ifadenin eleştiri sınırlarını aşarak kötüleme teşkil etmesi ve bu kötülenenin gereksiz olması gerekir. Şu hâlde söylenebilir ki, kötüleme teşkil etmeden eleştiri sınırları içinde kalan ifadeler veya gereksiz olmayan kötüleme içeren reklamlarda marka kullanımı, SMK hükümleri kapsamında engellenemeyecektir.

Reklamdaki ifadenin eleştiri kapsamında kaldığının kabulü için doğru, orantılı ve gerekli olması gerekmektedir. Öncelikle doğruluk şartı gereği eleştiri içeren ifade mutlak ve doğrulanabilir esaslara dayanmalıdır³⁷². Ancak salt ifadenin bu şartları taşıması, reklamın kötüleme içermediği anlamına da gelmez. Zira doğru ifadeler ile de kötüleme meydana getirilebilir³⁷³. Doğru olmasına rağmen gereksiz incitici olan bir ifade kötüleneyi

³⁶⁸ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 124.

³⁶⁹ BOZBEL, 125.

³⁷⁰ ARKAN, "Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar", 38.

³⁷¹ ARKAN, 38.

³⁷² İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 61-62; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 126-27; BAHAR SAYIN, "Karşılaştırmalı Reklamlar", 259; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 162.

³⁷³ BAHAR SAYIN, "Karşılaştırmalı Reklamlar", 259.

doğuracaktır. Öğretide, eleştiri içeren reklamların haksız rekabet teşkil etmemesi için aynı zamanda iyi niyetli olma değerlendirmesinin de yapılması gerektiği, eleştiriler doğru ve haklı olsa dahi iyi niyetle bağdaşmıyorsa haksız rekabet oluşturan davranış meydana geldiğinin kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir³⁷⁴. Aynı zamanda reklamdaki eleştirinin durumun haklı gösterdiği ve serbest rekabet ile tüketicinin bilgilendirilmesi açısından sınırı aşmayacak sertlikte olması gerekmektedir³⁷⁵. Bu husus da orantılılık kriterine karşılık gelmekte olup bu sınırları aşan ifadeler de haksız rekabet meydana getirecektir. Söz gelimi, davalının davacı şirketin önünde *“Piyasada; ticari örf ve adet kurallarına aykırı olarak ismimizi kullanan, şubemiz veya ortağımız olduğunu iddia eden, kısa vadede ticari itibar ve kazanç sağlamaya çalışan yapay firmalar bulunmaktadır...”* ifadelerini içeren el ilanları asması, radyo ve gazetede yayımlatması olayında Yargıtay, davacının davalı şirketler grubundan olduğu izlenimi uyandırdığı savunmasına ilişkin olarak; bu eyleme karşı hukuki yollar bulunmasına rağmen bu şekildeki ilanları yayımlamasının tüketicilerin uyarılması sınırlarını aştığını kabul etmiş, bu eylemin haksız rekabet oluşturduğuna karar vermiştir³⁷⁶.

İfadenin eleştiri kapsamında kaldığının kabulü için aranan bir diğer koşul da gerekliliktir. Reklamda tanıtımı yapılan ürünün özellikleri veyahut avantajlarının başka türlü anlatılması mümkün değilse eleştirinin gerekli olduğu söylenebilir³⁷⁷. Gerekliliğin tespiti ise üstün nitelikli özel veya kamusal menfaate hizmet edip etmediğine göre yapılmalıdır. Bu hususta kişilik haklarının korunmasına ilişkin TMK hükümlerinden yararlanılmalıdır zira kötüleme, kişilik hakları içinde yer alan iktisadi faaliyette bulunma hakkını hedef alır³⁷⁸. TMK m. 24/2 hükmüne göre daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Kötülemeye ilişkin yapılacak üstün nitelikte özel veya kamusal yararın varlığı ise tüketicinin menfaatine göre değerlendirilecektir. Kötüleme teşkil eden söz konusu bilgi veyahut açıklamanın tüketici tarafından öğrenilmesinde üstün bir menfaat varsa bu şekilde bir ifade içeren reklamın gereksiz kötüleme içerdiğinden ve böylece de haksız rekabet oluşturduğundan

³⁷⁴ ADAK, “Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, 363; ÖRS, *Haksız Rekabet*, 34. Adak aynı zamanda kötülemenin iyi niyet taşımayacağı gerekçesiyle her türlü kötülemenin haksız rekabet sayılması gerektiğini ifade etmiştir. ADAK, agm, 363.

³⁷⁵ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 163.

³⁷⁶ 11. H.D. 16.05.2005 t. 2004/8690 E. 2005/5073 K. (www.corpus.com.tr)

³⁷⁷ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 126; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 162.

³⁷⁸ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 443, 457; İNAL, *Reklam Hukuku*, 71.

bahsedilemeyecektir³⁷⁹. Örneğin bir kimsenin sağlığa zararlı ürünler sattığı, çocuk işçi çalıştırdığı veya vergi kaçakçısı olduğunun belirtilmesi, bu hususların doğru olması şartıyla, bunların öğrenilmesinde toplumun üstün çıkarı bulunduğu gereksiz kötüleme oluşturmayacaktır³⁸⁰. Ancak menfaat olduğu durumda dahi iddianın doğru olması, yanlış ve yanıltıcı olmaması gerekir. Ayrıca üreticinin kişisel hayatına dair kötülemeler, doğru olsa dahi, bunların öğrenilmesinde tüketicinin yararından bahsedilemeyeceğinden gerekli olarak nitelendirilemez.

Belirtmek gerekir ki üstün bir çıkara hizmet etse dahi kötülemenin dürüstlük kurallarına uygun olması gerekir. Kötüleme, her halükârda reklama konu ürünün tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılmalı ve hakkın suistimalini içermemelidir³⁸¹. Örneğin kötüleme içeren husus doğru olsa ve öğrenilmesi tüketicinin yararına hizmet etse dahi bu kötüleme rakibi zor durumda bırakmak veya piyasadan silmek amacıyla yapılıyorsa hukuka aykırı olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne intikal eden bir davada “*Taklit ve korsan L....Gaz Tüplerine aldanıp elinizdeki altın kıymetindeki A....Gaz tüplerini kaybetmeyiniz*” ve “*gerek standart ve içine konulan gazın kilosu ve nerede doldurulduğu ve doldurulacağı belli olmayan bu tüplerin sorumluluk anlayışını takdirinize bırakıyorum. Korsan L....gaz tüplerinden; sakınınız*” ifadelerini içerir ilan ve reklamlar ile tüketiciyi uyarmanın ötesinde, teamülün kabul ettiği toleransın aşıldığı değerlendirilmiştir³⁸². Hukuk Genel Kurulu bu kararıyla eylemin teamülün gerektirdiği toleransı aşması durumunda kötüleme teşkil edeceğini içtihat etmiştir. Yargıtay birden çok kararında reklamda yer alan ifadenin kötüleme teşkil edip etmediği incelemesinde teamülün kabul ettiği toleransa göre değerlendirme yapmıştır³⁸³.

Kötülemenin kişinin kendisine veya markasına karşı gerçekleştirilmiş bir eyleme karşılık olarak meydana getirilmesi ihtimali bulunmaktadır. Böyle bir durumda söz konusu kötülemenin, meşru müdafaa kapsamında kalıp kalmayacağı (ve böylece haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağı) öğretide tartışmalı bir husustur. Bir görüş kötüleme,

³⁷⁹ İNAL, *Reklam Hukuku*, 72; İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 62.

³⁸⁰ İNAL, *Reklam Hukuku*, 72.

³⁸¹ İNAL, 73.

³⁸² HGK 20.04.1994 t. 1993/965 E. 1994/252 K. (www.corpus.com.tr).

³⁸³ 11. H.D. 21.09.2000 t. 200/5974 E.2000/6915 K.; 11. H.D. 16.05.2005 t. 2004/8690 E. 2005/5073 K.; 11. H.D. 14.11.2014 t. 2013/15253 E. 2014/17694 K. (www.corpus.com.tr)

kendisine gerçekleştirilen bir eyleme karşı yapıldıysa haksız rekabet oluşmayacağını savunmaktadır³⁸⁴. Diğer görüş ise karşılık olarak meydana getirilen kötüleme eyleminin, saldırıyı defetmek için zorunlu olmaması ve saldırı fiiliyle aynı anda gerçekleşmemesi nedeniyle meşru müdafaa kapsamında kalmayacağına ilişkindir³⁸⁵. Kanaatimizce de bu şekildeki bir kötülemenin meşru müdafaa kapsamında kaldığı ileri sürülemez. Çünkü meşru müdafaa teşkil eden fiil, saldırıyı savuşturmak için zorunlu olmalı ve haksız fiilin hemen ardından veya onunla aynı anda gerçekleştirilmelidir³⁸⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yukarıda künyesi verilen “*Taklit ve korsan L....Gaz Tüplerine aldanıp elinizdeki altın kıymetindeki A....Gaz tüplerini kaybetmeyiniz*” ifadelerini içerir el ilanları ve hoparlör ile yapılan ilanlara ilişkin davada; daha önceki tarihte L...Gaz tarafından A...Gaz’ın tüplerinin taklit edildiği gerekçesiyle açılan derdest davada eylemlerin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin mahkeme kararı ile tespit edilmediği, bu eylemler haksız rekabet teşkil etse dahi bir tarafın haksız davranışının, diğer tarafın haksız rekabetini ortadan kaldırmayacağı değerlendirilmesini yapmıştır.

Rakibi tarafından gerçekleştirilen ve haksız rekabet oluşturan bir eylem nedeniyle zarara uğrayan işletmenin tüketici nezdinde oluşan yanlış algıyı gidermek için kötüleme içeren bir reklam yapmayı tercih etmesi mümkündür. Ancak buradaki kötüleme içeren reklam, haksız rekabet oluşturan eylemi defetmeye yönelik olmayıp yalnızca haksız rekabet oluşturan yeni bir eylem doğurmaya yarar. Gerçekten de tüketicide oluşan yanlış algıyı gidermek için kötüleme içermeyen bir ilan veyahut reklam yayımlaması ve/veya söz konusu eyleme karşı hukuki yollara başvurusu mümkün iken yeni bir haksız rekabete vücut verilmesi meşru müdafaa kapsamında korunmamalıdır. Bu nedenlerle, izah edilen şekilde meydana getirilen bir kötülemenin meşru müdafaa kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşüne katılmaktayız.

3.4.3.3. Rakibin Belirli veya Belirlenebilir Olması

Kötülemenin meydana geldiğinden söz edebilmek için reklamdaki kötülemenin yöneldiği rakibin belirli veya belirlenebilir olması gerekir³⁸⁷. Kötüleme içeren reklamda herhangi bir ilişkilendirme yapılmıyorsa veya kötülemenin yöneldiği kişi reklamın muhatap kitlesi

³⁸⁴ ÖRS, *Haksız Rekabet*, 35.

³⁸⁵ ADAK, “Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, 364.

³⁸⁶ Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 694 vd.

³⁸⁷ ÖÇAL, “Reklam ve Haksız Rekabet”, 98; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 249.

tarafından tespit edilemiyorsa, reklamın haksız rekabet oluşturduğundan bahsedilemez. Karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlali için reklamda rakibin markasına veya benzeri işaretime yer verilmesi gerektiğinden (dolayısıyla reklamın doğrudan veya dolaylı bir ilişkilendirme içermesi gerektiğinden) bu şartın kendiliğinden sağlanmış olacağı söylenebilir. Çünkü markanın veya benzerinin kullanılmadığı bir reklamda, marka hakkının ihlali zaten gündeme gelmeyecektir. Ayrıca rakibin markasına benzer bir işaret dışındaki bir unsura yer verilerek rakibin belirlenebilir kılındığı durumlarda, SMK koruması söz konusu olmayacaksa da haksız rekabet hükümlerine başvurulması mümkün olabilir. Belirtelim ki rakibin belirlenebilir olup olmadığına ilişkin değerlendirme mahkeme tarafından somut olayın şartlarına göre yapılacaktır.

3.4.3.4. İroni ve Mizah

Kötülemenin tespitinde reklamların mizah ve ironi yönünün bulunabileceği göz ardı edilmemelidir. Mizah ve ironinin aşağılayıcı ya da incitici olduğunun tespiti de objektiflik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde yapılabilir³⁸⁸. Hedef kitle tarafından ciddiye alınmayacak açıklamalar ölçülülük aşılmadığı sürece kötüleme olarak nitelendirilmemelidir³⁸⁹. Ancak Yargıtay tarafından rakibe yapılan ironik eleştiri ve göndermeler, çoğu zaman ölçülülük değerlendirmesi yapılmaksızın rakipleri gereksiz yere incitici bulunmaktadır³⁹⁰. Yargıtay'ın bu tutumu, karşılaştırmalı reklamların rekabete olumlu etkisi göz önüne alındığında eleştiriye açıktır.

3.4.4. Gereksiz Yere Tanınmışlığından Yararlanıcı Açıklamalar

3.4.4.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı reklamlarda, reklam verenin yanında rakibe, rakibin markasına veya onun başka bir ayırt edici işaretime yer verilmektedir. Bu nedenle karşılaştırmalı reklamın, başka bir reklamın bilinirliği veya tanınmışlığından yararlanmak amacıyla kullanılması da

³⁸⁸ Asuman YILMAZ, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Karşılaştırmalı Reklamlarda Gereksiz Yere Kötüleme Yasağı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 75, sy. 2 (2017): 819; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 161.

³⁸⁹ KARAASLAN, "Ortalama Tüketici Ölçütü", 156; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 125; ASLAN, *Reklam Hukuku*, 256, 257.

³⁹⁰ 11. H.D. 25.01.2021 t. 2020/789 E. 2021/391 K.; 11. H.D. 27.02.2019 t. 2017/4099 E. 2019/1572 K.; 11. H.D. 14.01.2014 t. 2012/8581 E. 2014/726 K. (www.corpus.com.tr)

mümkündür. Bu şekilde üçüncü kişi tarafından tanınmış markadan daha iyi veya en az onun ayarında olduğu iddiası öne sürülmek suretiyle, tanınmış marka tarafından yıllarca emek verilerek inşa edilen itibardan yararlanma amaçlanmaktadır³⁹¹. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak haksız rekabet oluşturur (TTK m. 55/1-a-5). Bu husus AB mevzuatında da benzer şekilde düzenlenmektedir³⁹². Ayrıca Ticari Reklam Yönetmeliği m. 11 hükmüyle de reklamlarda rakibin tanınmışlığından haksız yararlanmalar yasaklanmıştır.

Rakibin tanınmışlığından haksız yararlanmak amacıyla karşılaştırmalı reklam yapılması hâlinde bu reklam bir haksız rekabet teşkil edecek, bu reklamda rakibin markasına veya benzer işaretine yer verilmesi durumunda ise bu kullanım, SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca engellenebilecektir.

3.4.4.2. Tanınmışlık Kavramı

Reklamda tanınmış bir marka veya bu markalı ürünlerle karşılaştırma yapılması durumunda alıcı, reklam verenin markasının veya ürünün tanıdığı ve güvendiği bir marka/firmadan daha iyi olduğuna inanabilecek ve böylece işletmecinin diğer markanın tanınmışlığından yararlanması sonucu doğabilecektir. Bu hâlde reklam veren ürünlerinin tanınmış markalı üründen daha iyi, ucuz veya onunla aynı seviyede olduğunu ileri sürerek tanınmış marka sahibinin belki yıllarca emek vererek sahip olduğu olumlu değerden haksız şekilde yararlanmaya çalışmaktadır³⁹³. Tanınmışlığından yararlanan marka ise markanın sulandırılması suretiyle tanınmışlığının azalması veya yok olması riskiyle karşı karşıya kalmaktadır³⁹⁴. Özellikle toplumun belirli bir kesimi tarafından bilinen markalarla yapılan karşılaştırmalı reklamlarda durum böyledir. Ancak tanınmış marka ile karşılaştırma içeren her reklamın yanıltıcı kabul edilmesi de doğru olmayacaktır.

³⁹¹ Asuman YILMAZ, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Karşılaştırmalı Reklamlarda İtibardan (Tanınmışlıktan) Gereksiz Yere Yararlanma Yasağı", *BATİDER* c. 33, sy. 2 (2017): 53.

³⁹² 2016/114/EC sayılı Karşılaştırmalı ve Yanıltıcı Reklamlara Dair Direktif m. 4 hükmünün ilgili kısmı şöyledir: "Karşılaştırmalı reklam, karşılaştırma ile ilgili olarak aşağıdaki koşulların sağlanması halinde izin verilir: ... (f) Bir rakibin ticari markasının, ticari adının veya diğer ayırt edici işaretlerinin ya da rakip ürünlerin menşe adının itibarından haksız yarar sağlamaz. ..."

³⁹³ ASLAN, *Türk Reklam Hukuku*, 300; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 128.

³⁹⁴ ABAD, C-112/99, *Toshiba*, 25.10.2001 t. para. 34; ABAD, C-44/01, *Pippig Augenoptik/Hartlauer*, para. 50.

Tanınmışlık, SMK m. 6/5 hükmü anlamında Türkiye’de belli bir düzeyde bilinir olmayı ifade eder. Bu tanınmışlık, yalnızca markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerin müşterisi olan kişiler tarafından değil toplumun büyük bir kısmı tarafından belli bir mal veya hizmetle bağlılık içinde algılanabilecek değildir³⁹⁵. Tanınmışlıktan yararlanma yoluyla haksız rekabet oluşması için markanın SMK anlamında tanınmış marka olup olmama gerekliliği üzerinde durmak gerekir. Öğretide haksız rekabet hukukundaki tanınmışlık düzeyinin marka hukukundan farklı olmadığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁹⁶. Öğretide *Yılmaz* hükümdeki “*tanınmışlık*” ifadesinden marka hukuku anlamında tanınmışlığın anlaşıldığı, ancak bu şekilde yapılacak lafzi yorumla hükmün uygulama alanının önemli ölçüde sınırlanacağı ve hükmün düzenleme amacına uygun olmayacağını belirtmektedir³⁹⁷.

Tanınmışlıktan yararlanmada, yararlanan kişi tanınmış rakibin itibarından yararlanmayı amaçlar. Bu nedenle rakibin ticari itibarının imaj transferiyle reklam verene aktarılmasına olanak sağlayan her türlü karşılaştırmanın tanınmışlıktan haksız yararlanma teşkil edeceğini kabul etmek gerekir³⁹⁸. Bu anlamda haksız rekabetin doğduğunun kabulü için yararlanılan marka bakımından ülkesel ve marka hukuku anlamında bir tanınmışlık aranmamalıdır³⁹⁹. Ancak marka hukuku anlamında olmasa da belirli bir tanınmışlık düzeyinin varlığı gerekir⁴⁰⁰. Çünkü muhatap kitle tarafından hiç bilinmeyen bir rakibin itibarının istismar edildiği söylenemez⁴⁰¹. Tanınmış olmayan veya reklamı yapılan ürünün markası ile hemen hemen aynı tanınmışlığa sahip rakip/marka ile karşılaştırma yapılması hâlinde imaj transferi mümkün olmadığından tanınmışlığından yararlanıldığı iddia edilen markanın tanınmışlığının belirli bir seviyede olması gerektiği görüşüne katılıyoruz.

³⁹⁵ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1997, 1:105.

³⁹⁶ BİLGE, *Karıştırılma Tehlikesi*, 90.

³⁹⁷ YILMAZ, “İtibardan Yararlanma”, 54, 55. Yazar, tanınmışlıktan gereksiz yere yararlanmanın yasaklanmasının amacının tüketiciler nezdinde ticari itibara sahip olan rakiplerin ve bunların sundukları ürün veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklam aracılığıyla istismar edilmesini önlemek olduğunu belirtmiştir. Bkz. agm, 54.

³⁹⁸ YILMAZ, 53.

³⁹⁹ YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku*, 142; YILMAZ, “İtibardan Yararlanma”, 55.

⁴⁰⁰ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 173.

⁴⁰¹ YILMAZ, “İtibardan Yararlanma”, 56.

3.4.4.3. Gereksiz Yere Yararlanma

TTK m. 55/1-a-5 hükmünde “*Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, ... gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; ... karşılaştırmak*” haksız rekabet hâlleri arasında sayılmaktadır. Hükümden, tanınmışlıktan yararlanma teşkil eden reklamların haksız rekabet teşkil etmesi için bu yararlanmanın gereksiz olması gerektiği anlaşılmaktadır. Öğretide Yıldız, rakibin tanınmışlığından yararlanmanın gerekliliğinden söz edilemeyeceğinden, burada karşılaştırmının gerekli olup olmadığının kastedildiğini ifade etmektedir⁴⁰². Eğer yararlanma teşkil eden karşılaştırma, bir gerekliliğe dayanıyorsa reklam haksız rekabet teşkil etmeyecek ve böylece bu reklamdaki marka kullanımı marka hakkının ihlaline vücut vermeyecektir. Gerçekten de öğretide, “*gereksiz yararlanma*”nın yasaklandığından bahisle gereksiz olmayan yararlanmaların haksız rekabet teşkil etmeyeceğine yönelik değerlendirmeler⁴⁰³ yer alsa da söz konusu değerlendirmeler bu yararlanmayı doğuran karşılaştırmaya yönelik yorumlanmalıdır.

Karşılaştırmının gereksiz yararlanma oluşturup oluşturmadığı onun objektiflik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine göre belirlenir⁴⁰⁴. Tanınmışlıktan yararlanmanın tespitinde öncelikle reklamın objektifliği aranacaktır. *Objektiflik*, reklamdaki bilgilerin sübjektif değer yargılarından bağımsız ve doğrulanabilir olmasıdır⁴⁰⁵. Eğer reklamda sunulan bilgi veya açıklama objektif değilse yararlanmanın gereksiz olduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten de “*güzel, şık*” gibi değerlendirmelerle yapılan karşılaştırma doğrulanabilir olmadığından, böyle bir karşılaştırmının gerekli olduğu sonucuna varılamayacaktır. Bilgiler doğrulanabilir olsa dahi bu bilgiler tüketicinin bilgilendirilmesi veya rakiplerin rekabet hakkı bakımından faydalı değilse karşılaştırma *gerekli* değildir⁴⁰⁶. Ancak reklam konusu ürünün başka bir şekilde anlatılması ve tanıtılması mümkün değilse veyahut rakip belirtilip karşılaştırma yapılarak tanıtılması tüketicinin aydınlatılması için daha elverişli ise bu karşılaştırmının gerekli olduğu sonucuna varılacaktır⁴⁰⁷. Reklamda rakibi hatırlatan unsurlara tüketicinin bilgilendirilmesi ve reklam konusu ürünün tanıtımının

⁴⁰² YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku*, 142, 143.

⁴⁰³ YILMAZ, “İtibardan Yararlanma”, 56.

⁴⁰⁴ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 138; İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 62, 63; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 82; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 176.

⁴⁰⁵ ARKAN, “Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar”, 35.

⁴⁰⁶ İNAL, *Reklam Hukuku*, 74; CEYLAN, “Tuzak Reklamlar”, 208; İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 63; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 82; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 177, 178.

⁴⁰⁷ BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 138; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 82; CEYLAN, “Tuzak Reklamlar”, 208.

yapılması için yeterli ölçüde yer verilmesi ise *orantılılık* ilkesine karşılık gelir⁴⁰⁸. Yararlanma gerekli ve objektif olsa dahi eğer orantılı değilse karşılaştırmanın gereksiz olduğu sonucuna varılır. Örneğin o konuda ürün pazarlaması yapan tek bir teşebbüse, yeni bir teşebbüsün üretim yaparak rakip olması durumunda karşılaştırmanın gerekli olduğu söylenebilir. Ancak rakip markaya orantılı olmayan şekilde büyük puntolarla veyahut sürekli tekrarlamak suretiyle yer verilmesi hâlinde orantılılıktan bahsedilemeyecektir.

3.5. MARKA HUKUKU VE HAKSIZ REKABET İLİŞKİSİ

3.5.1. Kümülatif Koruma

3.5.1.1. Genel Olarak

Kümülatif koruma, bir hakkın mevzuattaki birden fazla hükümlerle korunabilmesi anlamına gelmektedir⁴⁰⁹. Fikri mülkiyet hukuku yönünden ise kümülatif koruma, birden çok hukuki düzenlemenin şartlarını taşıması hâlinde ürün sahibinin her koruma yoluna başvurabilmesini ifade eder. Gerçekten de bir ürün üzerinde birden fazla fikri mülkiyet hakkı söz konusu olabilir. Örneğin otomobilin özgün tasarımı tasarım mevzuatıyla, otomobildeki yakıt tasarrufu sağlayan buluş patent mevzuatıyla ve tasarım otomobilin hangi işletmeye ait olduğunu gösteriyorsa marka mevzuatıyla korunacaktır⁴¹⁰.

Bozgeyik/Er kümülatif korumanın aralarında genel-özel hüküm ilişkisi olmayan taleplerin yığılması olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre hak sahibi, farklı haklara dayalı taleplerde bulunabilecek ancak tek bir tazminata hükmedilebilecektir⁴¹¹.

Uzunallı ise aynı ürün üzerinde birden fazla ve farklı fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi ile tek bir ürünün birbirinden farklı fikri mülkiyet koruması altında olması hâllerini

⁴⁰⁸ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 177.

⁴⁰⁹ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 37; Hayri BOZGEYİK ve Sefa ER, "Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma", *Ticari ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* c. 5, sy. 1 (2019): 23; ŞEHİRALİ ÇELİK, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, 133.

⁴¹⁰ KARASU, SULUK ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 19.

⁴¹¹ BOZGEYİK ve ER, "Kümülatif Koruma", 24.

ayırmaktadır. Yazara göre bu ilk hâlde taleplerin yığılması söz konusuysen ikinci hâlde hakların yarışması söz konusudur⁴¹².

Suluk'a göre ise kümülatif korumada ne taleplerin yığılması ne de yarışması söz konusudur. Yazara göre bu koruma, aralarında genel-özel hüküm ilişkisi olmayan hukuki sebepler arasında hukuki taleplerin yığılması anlamına gelir⁴¹³.

Kümülatif koruma, yukarıda verilen otomobil örneğindeki gibi bir ürünün birden fazla fikri mülkiyet korumasının şartlarını taşıması durumunda meydana gelebileceği gibi fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku hükümlerinin koruma alanlarının kesişmesi sonucu da ortaya çıkabilir. Öğretide daha çok tasarım ve haksız rekabet hukuku bağlamında kümülatif koruma tartışma konusu edilmektedir⁴¹⁴. Bizim açıklığa kavuşturmaya çalışacağımız konu ise marka hukuku ile haksız rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde gündeme gelebilen kümülatif korumadır. Çünkü karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlali, yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, haksız rekabet oluşturan bir eylemle meydana gelmektedir. Bu noktada söz konusu haksız eylemden etkilenen hak sahibinin SMK hükümleri yanında haksız rekabet korumasına başvurup başvuramayacağının tespiti önem arz etmektedir. Bu husus, öğretide üzerinde uzlaşmış bir konu değildir.

3.5.1.2. Öğretideki Görüşler

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku hükümleri aracılığıyla kümülatif korumanın mümkün olup olmadığı üzerinde öğretide birden fazla ve farklı görüş bulunmakta olup bu görüşler büyük ekseriyetle fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hükümleri arasında genel hüküm özel hüküm ilişkisi olup olmadığına göre şekillenmektedir.

Karayağçın, rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kötüye kullanılması durumunda, tescilli markalar söz konusuysa genel olarak haksız rekabetin meydana geldiğini, özeld e ise bu tür eylemlerin çoğunun marka hakkına tecavüz teşkil

⁴¹² UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 454.

⁴¹³ SULUK, "Çoklu Koruma", 45.

⁴¹⁴ Bkz. BOZGEYİK ve ER, "Kümülatif Koruma"; SULUK, "Çoklu Koruma"; ŞEHİRALİ ÇELİK, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*.

edebileceğini ifade etmektedir⁴¹⁵. Yazar, bu gibi durumlarda ilgili kişinin haksız rekabet hükümlerine, marka hukukuna veya her iki düzenlemeye dayanarak dava açabileceğini belirtmektedir. Yazara göre marka hukukuna ilişkin davalardaki boşluklar, haksız rekabet hükümleri ile doldurulacaktır.

Arkan haksız rekabet ile fikri mülkiyet hukuku arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi bulunduğunu belirtmektedir⁴¹⁶. Yazara göre markaların özel bir düzenlemeye kavuşması, haksız rekabet korumasına başvurmayı gereksizleştirmiştir. Yazar, tescilli markalarda haksız rekabet korumasının markanın benzerinin tamamen farklı mal ve hizmetlerde kullanılması hâlinde meydana gelebileceğini belirtmektedir. *Noyan/Güneş* de tescilli markaların hem kendi mevzuatı hem de gerektiğinde haksız rekabet hükümleriyle korunacağını belirttiikten sonra *Arkan*'ın görüşüne yer vermektedir⁴¹⁷.

Şehirali Çelik aynı unsurun kümülatif koruma ilkesi gereğince iki farklı koruma konusunun kapsamında kalması hâlinde talep normlarının yarışması ya da taleplerin yarışmasının meydana geleceği görüşündedir⁴¹⁸. İlk hâlde tek bir talep hakkı birden fazla yasal düzenlemeye dayandırılmakta olup hukuki sonuçları aynı olan talepler bağımsız olarak nitelendirilemeyeceğinden talep yarışmasından bahsedilemeyecektir. İkinci hâl ise birbirinden bağımsız ancak aynı ekonomik menfaate hizmet eden taleplerin birden fazla yasal düzenlemeye dayandırılması durumunda söz konusu olur. Bu durumda talepler aynı amaca hizmet ettiğinden birinin ifa edilmesi yeterli olacaktır.

Nomer Ertan'a göre SMK ile TTK arasında genel-özel hüküm ilişkisi bulunmakta olup özel düzenlemede haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı sürece tescilli haklar bakımından yalnızca özel hükümler uygulanabilecek, yalnızca tescilsiz haklar bakımından haksız rekabet söz konusu olabilecektir⁴¹⁹. Yazara göre marka hakkı dahil sınai mülkiyet hakları kendi özel kanunlarına tâbi olduklarından haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁴²⁰. Yazar aynı

⁴¹⁵ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 431, 432.

⁴¹⁶ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:225.

⁴¹⁷ NOYAN ve GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 716.

⁴¹⁸ ŞEHİRALİ ÇELİK, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, 92, 93, 100.

⁴¹⁹ Füsün NOMER ERTAN, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Haksız Rekabet İlişkisi (Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Durumunda Haksız Rekabet Hükümlerine Başvurmak Mümkün Müdür?)" (Fikri Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler, Türkiye Adalet Akademisi, 2023), 13.

⁴²⁰ Füsün NOMER ERTAN, "Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması" içinde Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'nu Anma Toplantıları (Oniki Levha Yayınları, 2021), 109.

zamanda tescilli markalar için haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasının ancak özel düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda mümkün olduğu görüşündedir⁴²¹.

Erdil, SMK ve TTK'nin birlikte ve kümülatif olarak uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Ona göre, TTK'nin sağladığı koruma, ikincil bir koruma olarak değerlendirilemez⁴²². Çünkü SMK, marka, patent ve tasarım gibi sınai hakları korurken, TTK dürüstlük ilkesine aykırı eylem ve uygulamalar karşısında emeği koruma işlevi görmektedir. Bu bağlamda, tescilli sınai hak sahibi, davasını yalnızca SMK hükümlerine dayandırmak zorunda olmaksızın, doğrudan haksız rekabet hükümlerini de ileri sürebilecektir.

Öğretide yer alan bir görüşe göre hükümler arasında bulunan genel-özel hüküm ilişkisine rağmen bu iki koruma yolunun konu ve ilkeleri farklı olup bu nedenle haksız rekabet hukuku fikri mülkiyet hukuku yanında doğrudan ve birinci dereceden uygulanabilir⁴²³. Ancak kümülatif korumanın kabulü ile özel hüküm genel hüküm ilişkisi de yok sayılmamalıdır⁴²⁴. *Suluk*'a göre özel kanunun genel kanunu bertaraf edebilmesi için konusunun eksiksiz olarak düzenlenmesi ve genel kanuna göre daha kapsamlı ve üstün koruma sağlaması gerekir⁴²⁵. Ayrıca yazara göre özel kanunla getirilen sınırlamalar genel kanunla bertaraf edilemeyecek olup özel kanunda yer alan boşluklar ancak genel kanunun özel kanunun amacına uygun olması şartıyla doldurulabilir. Yazar, konuyu tasarımlar için ele aldığı eserinde, hak sahibinin özel hükmün karşı tarafı koruduğu hâller ayrık olmak üzere, genel hükümlere de başvurulabileceğini belirtmiştir⁴²⁶.

Öğretideki bir diğer görüş ise fikri mülkiyet ve haksız rekabet hükümlerinin konuları, ilkeleri ve koruduğu menfaatler bakımından birbirinden farklı olduğu, bu nedenle de bu hükümler arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi olmadığını ileri sürer. Fikri mülkiyet hukukunun konusu marka hakkı sahibinin korunması iken, haksız rekabetin konusu

⁴²¹ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 182.

⁴²² ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 42.

⁴²³ Cahit SULUK, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* c. 18, sy. 2 (2012): 171; Mehmet YILMAZ, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri", *İstanbul Barosu Dergisi* c. 80, sy. 4 (2006): 1492; Fatma KARAMAN ODABAŞI, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 63.

⁴²⁴ SULUK, "Karşılaştırmalı Hukuk", 171; KARAMAN ODABAŞI, *Haksız Rekabet*, 63-64.

⁴²⁵ SULUK, "Karşılaştırmalı Hukuk", 171.

⁴²⁶ SULUK, "Çoklu Koruma", 46.

emeği dürüstlük kuralına aykırı ticari yöntemlerden korumaktır⁴²⁷. Yıldız, özel düzenlemelerle korunan alanlarda haksız rekabet hükümlerinin uygulanmayacağıının kabulü hâlinde müşterilere ve kolektif menfaatlerin korunması amacıyla hareket eden bazı kurum ve kuruluşlara tanınan hakların da sınırlandırılmış olacağını belirtmekle kümülatif korumayı kabul etmektedir⁴²⁸. Bu görüşe göre hem fikri mülkiyet hem de haksız rekabet mevzuatına aykırı eylemler neticesinde hak sahibi istediği koruma mekanizmasına başvurabilecektir.

Uzunallı, MarkHKH (SMK) ve haksız rekabet hükümlerinin koruma amaçlarının farklı olması nedeniyle aralarında genel ve özel norm ilişkisi bulunmadığını, normların yarışması söz konusu olduğunu belirtmektedir⁴²⁹. Yazara göre, haksız rekabet hukuku koruması, marka hukuku korumasını tamamlayan bir koruma olmadığından haksız rekabetten doğan talepler, marka hukukundan bağımsız olarak ileri sürülebilir. Haksız rekabet hukuku, marka hukukunun boşluklarını dolduran ya da ona tâbi bir koruma mekanizması olarak değil, kendi özerk ilkeleri ve düzenlemeleri çerçevesinde işleyen bağımsız bir hukuk alanı olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda, haksız rekabet hükümlerinin “*tamamlayıcı koruma*” sağlayacağıından söz edilmemelidir.

Tekinalp fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukukunun kümülatif olarak uygulanacağını kabul etmekle birlikte haksız rekabet korumasının yalnızca fikri mülkiyet hakkı geçerli olduğu müddetçe var olacağını savunmaktadır⁴³⁰. Örneğin süresi sona ermiş patentin haksız rekabet hükümleri ile korunması patent korumasında süre bitince patentin toplumun serbest kullanımına bırakılması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Konuyu tasarımlar açısından ele alan *Bozgeyik/Er*, iki koruma arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisinin varlığını kabul etmekle birlikte bu ilişkinin kümülatif korumayla birlikte geçerliliğini koruyacağı fikrindedir⁴³¹. Ayrıca tasarım sahibi doğrudan haksız

⁴²⁷ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 37; SULUK, “Çoklu Koruma”, 61; İlhami GÜNEŞ, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 48; Kutlu OYTAÇ, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku - Endüstriyel Tasarımlar İçerikli* (Nobel Kitabevi, 2002), 298.

⁴²⁸ YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku*, 9.

⁴²⁹ UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 517, 518.

⁴³⁰ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 37.

⁴³¹ BOZGEYİK ve ER, “Kümülatif Koruma”, 37.

rekabete başvurabilse de bunun özel hüküm tarafından sınırlandırıldığı hâller de gündeme gelebilecektir.

3.5.1.3. Yargıtay Uygulaması

6762 sayılı mülga TTK m. 57 hükmünde “*iltibasa meydan verebilecek surette, ad, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak*” da haksız rekabet hâlleri arasında düzenlenmişti. Bu düzenleme döneminde Yargıtay tarafından kümülatif korumanın mümkün olduğuna yönelik kararlar verilmekteydi⁴³². Ancak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Kanun'da, 6762 sayılı Kanun'daki yukarıda anılan hükmün yerine getirilen 55'inci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin 4'üncü alt bendinde, “*ad, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları*” ibaresine yer verilmemiştir. Kanun gerekçesinde bu husus “*6762 sayılı Kanun hükmü, başkasının "ad, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette, ad, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları" cümle parçasına yer vermiştir. Oysa, anılan ayırt edici işaretlere ilişkin karıştırılma koşul, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kendi özel kanun hükmünde kararnamelerinde, yani MarkKHK'da, EndTasKHK'da, CoğışKHK'da ve ünvanla ilgili olarak TK'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Burada tekrar edilmeleri hem gereksizdir hem de yorum güçlüklerine sebep olmaktadır. Anılan cümle parçalarının burada yer almaları, haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikrî mülkiyete ilişkin düzenlemelerde kümülatif uygulanması yönünden de gerekli görülemez.*” şeklinde açıklanmıştır.

Çolak mülga TTK gerekçesindeki “*Anılan cümle parçalarının burada yer almamaları, haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikri mülkiyette ilişkin düzenlemelerde kümülatif uygulanması yönünden de gerekli görülemez*” ifadesi nedeniyle kümülatif korumanın dışlanmadığı yorumunu yapmaktadır. Yazar, marka hakkı tecavüze uğrayan kimsenin hem SMK hem TTK hükümlerine göre tecavüzün durdurulması, önlenmesi, sonuçlarının ortadan kaldırılmasını istemesi durumunda bu hükümlerin koruma amaçlarının farklı olması nedenleriyle her iki hükmün birlikte uygulanmasının mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir⁴³³.

⁴³² 11. H.D. 14.12.2005 t. 2004/14760 E. 2005/12302 K.; 11. H.D. 14.07.2006 t. 2005/5095 E. 2006/8641 K.; 11. H.D. 22.11.2010 t. 2009/4769 E. 2010/11782 K.; 11 H.D. 20.11.2008 t. 2007/4585 E. 2008/13092 K. (www.corpus.com.tr)

⁴³³ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 775-77.

Marka hakkı ihlalinin hem marka hakkına tecavüz hem de haksız rekabet oluşturduğu iddiası ile önüne gelen davada Yargıtay'ın verdiği karar içtihat değişikliği yaratması sebebiyle önem arz etmektedir. Karar şöyledir:

“Davacı vekili, müvekkilinin yurt içinde 5. sınıf mallar yönünden tescilli 2005/28120 sayılı “UBISTESIN FORTE”, 2005/43049 sayılı “UBISTESIN” ve 2014/11738 sayılı “UBISTESIN” sayılı markalarına istinaden, davalının “BUSTESIN” ibaresini tescilsiz olarak ilaçlarda kullanmasının müvekkilinin hem marka hakkına tecavüz hem de 6102 sayılı kanunun 55/1-a-4 maddesi uyarınca (karıştırılma ihtimali) haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti, men ve önlenmesi taleplerine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince, marka hakkına yönelik talep yönünden davanın kabulüne, haksız rekabet iddiaları yönünden ise davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın taraf vekillerince istinafi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, davalının istinaf isteminin reddine, davacı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılarak, haksız rekabetle ilgili istem yönünden, davalının eyleminin aynı zamanda 6102 sayılı TTK'nın 55/1-a-4 maddesi uyarınca dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet eylemi niteliğinde olduğu kabul edilerek, hem marka hakkına tecavüzün, hem de haksız rekabetin tespitine, davalının bu “BUSTESIN” ibareli ürünleri üretiminin, satış ve dağıtımının, ithal ve ihracı ile internet üzerinden satışa sunulmasının önlenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dairemizin 6762 sayılı mülga TTK'nın 57/5.maddesinde yazılı “Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsaait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak” şeklindeki düzenlemeden yola çıkılarak, marka hakkına tecavüz eylemleri, hem özel yasa niteliğindeki 556 sayılı Marka KHK'nın 61 ve 9.maddeleri uyarınca, hem de az önce zikrolunan hüküm nedeniyle mülga 6762 sayılı TTK'nın 57/5.maddesi hükümleri doğrultusunda kümülatif olarak korunmakta idi.

Bununla birlikte, mülga 6762 sayılı TTK'nın 57/5.maddesindeki hüküm, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren mer'i 6102 sayılı TTK'nın 55/1-a-4 bendinde yer alan “Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,” şeklinde düzenlenmiş olup, Kanun'un gerekçesinde de ifade olunduğu üzere, Kanun Koyucu bilinçli bir şekilde, “ad, ünvan ve marka” kavramlarına yeni düzenlemede yer vermemiş ve buna gerekçe olarak da, bu kavramların kendi özel yasası niteliğindeki 556 sayılı Marka KHK, 554 sayılı End. Tasarım KHK ve 555 sayılı Coğrafi İş. KHK ve TTK'nın ünvan ile ilgili düzenlemeleriyle korunması gösterilmiş ve bunların bir kez de TTK'nın haksız rekabet hükümleriyle korunmasının gereksiz olduğu ve yorum güçlüklerine yol açacağına vurgu yapılmıştır.

Gerçekten de, markaların kendi özel yasası niteliğindeki 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (mülga 556 sayılı Marka KHK) hükümleriyle korunması ve 6102 sayılı TTK'nın 55/1-a-4 maddesindeki düzenleme karşısında, Dairenin bu konudaki eski içtihatlarını sürdürme imkânı kalmadığından, Bölge Adliye Mahkemesince, davacının tescilli markasının benzerinin, tescil kapsamındaki ilaç emtiasında kullanılması şeklindeki davalı eyleminin TTK'nın 55/1-a-4.maddesi uyarınca aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin gerekçesi yerinde görülmediğinden, hükmün bu kısım yönünden temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.”⁴³⁴

Yukarıda verilen karar ile Yargıtay marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet hükümlerinin kümülatif olarak uygulanmasına ilişkin içtihadını değiştirmiştir. Ancak bu karardan kısa bir süre sonra verdiği başka bir kararında özel hukuki düzenlemeler ile haksız rekabetin koruduğu konunun farklı olduğunu, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ayırt edici işaretlerin ayrı ayrı sayılmış olmasının, fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerle haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiş, *Tekinalp*'e atıf yapmak suretiyle korumanın şartları mevcut olduğu hâlde haksız rekabet hükümlerinin fikri mülkiyet hukukuna ilişkin hükümler yanında doğrudan ve birinci dereceden uygulama alanı bulacağı değerlendirmesini yapmış ve *“davalının kötü niyetli marka tescili ve kullanımları nedeniyle davacı markalarına tecavüz ve haksız rekabette bulunduğuunun tesbiti ile bu yöndeki taleplerinin kabulü gerekirken mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş”*⁴³⁵.

Ancak son zamanlarda Yargıtay tarafından tescilli haklar bakımından öncelikle ilke olarak özel düzenlemenin uygulama alanı bulacağı, kümülatif korumanın gündeme gelebilmesi için özel bir yasa hükmünün bulunması gerektiğine yönelik kararlar verildiği görülmektedir⁴³⁶. Güncel bir kararında Yargıtay konuya ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur:

“...kanun koyucunun haksız rekabete ilişkin eski ve yeni hüküm bağlamında anılan gerekçelerle eski hükümden ayrılması ile kümülatif koruma yönünden yukarıda belirtilen özel hükümlerin getirilmesi tescilli marka ve tasarım ile tescilsiz tasarımın tıpkı faydalı model ve patent hakkı gibi sadece 6769 sayılı Kanun kapsamında korunmasını yeterli bulduğu anlaşılmaktadır. O nedenle

⁴³⁴ 11. H.D. 14.03.2022 t. 2019/5189 E. 2022/1852 K. (www.corpus.com.tr)

⁴³⁵ 11 H.D. 28.12.2022 t. 2021/4883 E. 2022/9613 K. (www.corpus.com.tr)

⁴³⁶ 11. H.D. 25.12.2024 t. 2024/1470 E. 2024/9394 K.; 11 H.D. 24.12.2024 t. 2024/1029 E. 2024/9314 K.; 11. H.D. 24.12.2024 t. 2024/1030 E. 2024/9322 K.; 11. H.D. 19.12.2024 t. 2024/979 E. 2024/9243 K.; 11 H.D.19.12.2024 t. 2024/966 E. 2024/9244 K.; 11. H.D. 18.12.2024 t. 2023/6402 E. 2024/9191 K.; 11 H.D. 16.12.2024 t. 2024/851 E. 2024/9019 K.; 11. H.D. 05.12.2024 t. 2024/382 E. 2024/8713 K.; 11. H.D. 03.12.2024 t. 2024/351 E. 2024/8605 K.; 11. H.D. 14.03.2022 t. 2019/5189 E. 2022/1852 K. (www.corpus.com.tr)

artık, 6102 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara dayalı açılan davalarda, tescilli sınai haklar ile tescilsiz tasarımlar bakımından sadece özel kanun olan 6769 sayılı Kanun hükümleri uygulanabilecek olup 6102 sayılı Kanun'un haksız rekabet hükümlerinin anılan özel hükümler yanında ve aynı anda uygulanması söz konusu olamayacaktır. Diğer bir ifade ile bu kapsamda kümülatif koruma uygulanmayacaktır (bkz. Nomer Ertan/Helvacı/Kaya, s. 356 vd.; Sabih, Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 30. Bası, Ankara 2024, s.363).

Bu açıklama sonrasında somut olaya dönüldüğünde, davacı marka hakkına tecavüzün, haksız rekabetin tespiti, önlenmesi taleplerinde bulunmuş, davalı ise davanın reddini istemiştir. Davacının ihlal edildiğini iddia ettiği marka Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tescilli olup, 6769 sayılı Kanun ile getirilen özel hükümlerle haksız rekabet hukukunu da kapsayacak şekilde ve haksız rekabete göre daha üstün koruma getirerek düzenlenmiştir. Davacı bu özel hükümlere de dayanmış olduğundan markanın koruma alanları ile haksız rekabetin koruma alanının kesişmiş olduğu dava konusu olayda yalnızca özel hükümler uygulama alanı bulacak olup, özel hükmün yanında haksız rekabetin uygulanmasını gerektirir herhangi bir kanun hükmü olmadığından özel kanunla birlikte eş zamanlı olarak genel hüküm olan haksız rekabet hükümlerinin de uygulanmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Haksız rekabet hukuku hükümlerinin uygulanması, ancak markanın kapsamı dışında kalan durumlarda ve markanın haksız rekabetle kesiştiği alan dışında kalan boşluk yönünden söz konusu olacaktır. Somut olayda böyle bir boşluk bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca, Dairemizin daha önce de kabul ettiği üzere (bkz. Dairemizin 14.03.2022 gün ve 2019/5189-1852 sayılı, yine 22.04.2021 gün ve 2021/89-3054 sayılı kararları) somut olay bakımından 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanmasını gerektiren kümülatif korumanın geçerli olmadığı gözetilerek haksız rekabetin tespit ve men'ine ilişkin taleplerin reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.⁴³⁷

Yukarıdaki kararlar uyarınca Yargıtay'ın güncel olarak tescilli haklar bakımından öncelikle özel hükümlerin uygulama alanı bulacağını kabul ettiği söylenebilir. Ayrıca Yargıtay kararlarında kümülatif koruma ilkesinin uygulanmaması gerektiği görüşüyle birlikte haksız rekabet ve marka hukukuna ilişkin taleplerden birinin reddine karar verildiği görülmektedir. Ancak haksız rekabet ile marka hukuku arasında kümülatif korumanın mümkün olduğunu düşünen Çolak, markası tecavüze uğrayan hak sahibinin hem SMK hem TTK 54 vd. hükümlerine göre tecavüzün durdurulması, önlenmesi, sonuçlarının ortadan kaldırılmasını istemesi hâlinde hem marka hakkına tecavüzün hem haksız rekabetin tespitine, durdurulmasına, önlenmesine ve tüm sonuçlarının ortadan kaldırılmasına karar verilmeyecekse, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 33 hükmünde yer alan "Hakim Türk Hukuku'nu resen uygular." hükmü gereği TBK m. 60 hükmünde düzenlenen sebeplerin yarışması ilkesi de dikkate alınarak daha lehe olan

⁴³⁷ 11. H.D. 05.12.2024 t. 2024/382 E. 2024/8713 K. (www.corpus.com.tr)

yasa hükmünün uygulanması suretiyle hüküm kurulması, ancak haksız rekabete dair hukuki sebebe dayanılması nedeniyle red hükmü tesis edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴³⁸.

3.5.1.4. Değerlendirme

Kümülatif korumanın mümkün olup olmadığı değerlendirmesini yapmak için öncelikle marka hukuku ile haksız rekabet hukuku hükümleri arasındaki ilişkiyi çözümlmek gerekir. Belirli bir hukuki ilişkiyi genel anlamda detaylara yer verilmeksizin düzenleyen kurala genel kural, genel kural kapsamındaki ilişkilerin bir kısmına yönelik detaylı düzenlemeler içeren kurala ise özel kural adı verilir⁴³⁹. TTK'nin haksız rekabet düzenlemelerinin konusu haksız rekabet ve amacı, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması iken; SMK'nin marka hukukuna ilişkin hükümlerinin konusu marka hakkı ve amacı, marka sahibinin korunmasıdır. Bu anlamda ilgili düzenlemelerin konuları ile amaçları farklıdır. Gerçekten de SMK m. 7/3-f hükmü ile marka sahibinin markasının üçüncü kişi tarafından hukuka uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasının engellenmesi suretiyle bu hakkın korunması amaçlanırken TTK'nin karşılaştırmalı reklamlara ilişkin haksız rekabet düzenlemeleri ile rekabet düzeninin korunması hedeflenmektedir. Bu sebeple söz konusu düzenlemeler arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi bulunmadığını kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Düzenlemeler arası özel hüküm genel hüküm ilişkisi bulunmadığı görüşünün kabulü hâlinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin marka hukuku korumasını tamamlayıcı nitelikte olduğu da söylenemeyecektir. Anılan gerekçelerle bahsi geçen düzenlemelerin kümülatif olarak uygulanamayacağı, normların yarışmasının söz konusu olacağı kanaatindeyiz. Bu yorum çerçevesinde hak sahibinin başvuracağı düzenlemeyi tercih etme imkânı olduğu gibi; tescilli marka sahibinin doğrudan haksız rekabet korumasından faydalanması da mümkün hâle gelecektir.

⁴³⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 777.

⁴³⁹ Seyfullah EDİS, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997), 181, 182.

3.5.2. Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Koruması

3.5.2.1. Genel Olarak

SMK m. 7/3-f hükmünde işaretin hukuka uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasının marka sahibi tarafından engellenebileceği düzenlenmektedir. Bunun anlamı, reklamın hukuka uygun olması hâlinde engelleme hakkının bulunmadığıdır. Yukarıda açıkladığımız üzere öğretilerde markanın ihlalinin söz konusu olabilmesi için reklamın hukuka aykırılığının ötesinde haksız rekabet oluşturması gerektiği kabul görmektedir. Yargıtay da çoğu kararında haksız rekabet oluşturmayan karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırı sayılmayacağını belirtmektedir. Ayrıca markanın herhangi bir işlevine zarar vermeyecek şekilde haksız rekabet oluşturmayan kullanımların engellenebilmesi marka hukukunun amacıyla bağdaşmayacağından⁴⁴⁰ SMK m. 7/3-f hükmünde düzenlenen ihlal hâlinin yalnızca reklamın haksız rekabet oluşturması durumunda meydana geleceğinin kabulü uygun olacaktır.

Rakibin markasına yer verilmek suretiyle haksız rekabet oluşturan karşılaştırmaların TTK m. 55/1-a hükmünde yer alan *“Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek”* fiilini meydana getirmesi olasıdır. İhlale sebebiyet veren reklamın bu hüküm dışındaki bir hükümde öngörülen haksız rekabet fiilini gerçekleştirmesi de mümkündür. Bu sebeple konumuzu teşkil eden ihlal hâline vücut verecek kullanım şekli aynı zamanda TTK’de yer alan ilgili haksız rekabet hükmüne de karşılık gelecektir. Dolayısıyla tescilli markası bu şekilde bir ihlale uğrayan hak sahibi, SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca SMK korumasına başvurabileceği gibi doğrudan haksız rekabet korumasından da yararlanabilecektir.

Yukarıda *“Kümülatif Koruma”* başlığı altında⁴⁴¹ açıkladığımız gibi marka hukuku ile haksız rekabet hukuku hükümleri aracılığıyla kümülatif korumanın kabul edilmesi durumunda rakip markasına yer verilerek yapılan bir karşılaştırmalı reklam için her iki korumaya da başvurulabileceğinin kabulü gerekir. Ancak Yargıtay’ın güncel

⁴⁴⁰ Marka hukukunun başlıca hedefi marka sahibini rakiplerinin rekabetine karşı korumaktır. Bkz. KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 403.

⁴⁴¹ 3. böl. 3.5.1.

kararlarından anlaşıldığı üzere Yargıtay'ın görüşü kümülatif korumanın mümkün olmadığı yönünde devam etmektedir. Bu sebeple böyle bir hâlde hem SMK hem TTK hükümlerine dayalı olarak dava açılması hâlinde hâkim tarafından taleplerin bir kısmı yönünden red hükmü kurulması olasıdır. Bu anlamda tescilli marka sahibinin yalnızca haksız rekabet hükümleri veya yalnızca marka hukuku hükümlerine başvurması hâlleri arasındaki farklılıkların ortaya konulması önemlidir⁴⁴².

3.5.2.2. Hükümlerin Karşılaştırılması

Yukarıda değinildiği gibi tescilli marka hakkı sahibinin, markasına hukuka aykırı şekilde karşılaştırmalı reklamlarda yer verilmesi durumunda SMK yerine doğrudan haksız rekabet hükümlerine başvurması mümkündür. Bu bölümde söz konusu başvuru yolları arasındaki farklar ve markası tecavüze uğrayan hak sahibi açısından hangi korumaya doğrudan ve tek başına başvurulmasının daha avantajlı olabileceği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Meseleyi öncelikle söz konusu ihlal hâlinde talepte bulunabilecek ve dava açabilecek kişi/kişiler bakımından ele almak gerekir. TTK m. 56/1 hükmü, bu Kanun'da düzenlenen davaları açabilecek kişiyi "*Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse*" şeklinde düzenlemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşterilerin de araçların ve malların imhasını istemek dışında birinci fıkrada düzenlenen davaları açabilecekleri düzenlenmektedir. Haksız rekabet uyarınca dava açabilecek bir diğer kesim ise aynı maddenin 3'üncü 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 ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar*"⁴⁴³ şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan TTK kapsamında haksız rekabet davasını açabilecek

⁴⁴² Tescilsiz bir markanın karşılaştırmalı reklamlarla kullanılması durumunda marka sahibi SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca bu kullanımın markasına tecavüz oluşturduğunu ileri süremeyecek olsa da haksız rekabet hükümlerine başvurularak bu kullanımın sonlandırılmasının talep edilmesi mümkündür.

⁴⁴³ Ancak bu maddede yer verilenlerin yalnızca birinci fıkrada düzenlenen "*Fililin haksız olup olmadığının tespiti, b) Haksız rekabetin men'i, c) Haksız rekabetin sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası*" davaları bakımından davacı olabileceklerini belirtmek gerekir.

kişiler, hukuka aykırı fiil kendisine karşı işlenmiş kişiler ile sınırlı tutulmamış, fiilen piyasada faaliyet gösteren ve haksız rekabet fiilinden zarar gören veya görme tehlikesi bulunan kişilere dava açabilme imkânı verilmiştir⁴⁴⁴. Ancak tazminat talepleri bakımından zarar görme tehlikesinin yeterli olmayacağına ayrıca vurgulanması gerekmektedir.

SMK'de ise marka hakkına tecavüz hâlinde dava yoluna başvurabilecek kişiler "*sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan kişi*"dir. Bu kapsamda marka hakkının ihlali hâlinde marka veya başvuru hakkı sahibi ve inhisari lisans sahibi SMK'de düzenlenen davaları açabilecek ve bu Kanun uyarınca taleplerde bulunabilecektir. Zira SMK ile sağlanan marka koruması, tescil ile sağlanmaktadır (SMK m. 7/1). Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde dava açabilecek kişilerin TTK'nin haksız rekabet hükümlerinde daha geniş şekilde belirlendiği görülmektedir. Ancak haksız rekabet hükümlerinde talep sahibinin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalması aranmakta olup SMK kapsamında açılacak davaların davacıları bakımından böyle bir şart bulunmamaktadır. Markasına hukuka uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen hak sahibinin, zararı veya zarar görme tehlikesi olmaksızın SMK korumasından faydalanması mümkündür. Bu bakımdan SMK korumasına başvurulması hak sahibine daha hızlı ve kolay şekilde sonuçlar sağlayabilecektir. Ancak belirtelim ki tazminat taleplerinde her iki koruma için de zarar şartı bulunmaktadır.

Hakkı ihlale uğrayan hak sahibinin davasını yönlendirebileceği kişi bakımından da bir değerlendirme yapılabilir. SMK kapsamında marka hakkının ihlali hâlinde davalı mütecaviz, diğer bir deyişle SMK'de düzenlenen ihlal fiillerini gerçekleştiren kişidir. Haksız rekabet hükümleri gereği açılacak davalarda da şüphesiz davanın yöneltileceği kişi haksız rekabet oluşturan fiili meydana getirendir. Bu anlamda her iki koruma yolu arasında davalılar açısından önemli bir fark olmadığı söylenebilir. Ancak haksız rekabet hükümleri kapsamında yer alan bazı sorumluluk hükümlerine değinmek gerekir. TTK m. 57 hükmünde çalıştırmanın⁴⁴⁵ ve m. 58 hükmünde basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu düzenlenmektedir. Haksız rekabet fiilinin hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmesi hâlinde men, tespit ve kaldırma davaları çalıştıranlara karşı da açılabilir. Karşılaştırmalı reklam yoluyla

⁴⁴⁴ NOMER, *Haksız Rekabet Hukuku*, 432. Dava açma hakkı yalnızca zarar gören veya görme tehlikesi bulunan kişilere tanındığından; doğrudan zarara uğraması söz konusu olmayan tüzel kişideki ortaklar, yönetim kurulu üyeleri ve işletmede çalışan şirketler dava açamazlar. Bkz. ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 371.

⁴⁴⁵ Ancak çalıştıran aleyhine açılacak tazminat davaları TBK m. 66 hükmüne tâbi olacaktır (TTK m. 57/2).

marka hakkı ihlallerinin basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleri aracılığıyla meydana gelme ihtimalinin yüksek olduğu değerlendirildiğinde haksız rekabet korumasına başvurulması hak sahibi bakımından daha lehe görünmektedir. SMK'de böyle bir düzenlemenin bulunmaması karşısında haksız rekabet hükümlerinin bu bakımdan daha geniş bir koruma sağladığı söylenebilecektir.

Marka hakkına tecavüzdən doğan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi TBK'nin zamanaşımına ilişkin hükümlere tabidir (SMK m. 157/1). Başka bir deyişle SMK uyarınca açılacak davanın zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıl içinde açılması gerekir (TBK m. 72). Haksız rekabet davalarında zamanaşımı süresi ise TTK'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, haksız rekabet davalarının dava açma hakkı olanın bu hakkın doğumunu öğrendiği günden itibaren 1 ve herhâlde bu hakkın doğumundan itibaren 3 yıl içinde açılması gerekir (TTK m. 60/1). Ayrıca belirtilmelidir ki tecavüzün tespiti, önleme ve durdurma davaları zamanaşımına tâbi değildir.

Yetkili mahkeme bakımından her iki koruma arasında fark bulunmamaktadır. Haksız rekabet hâlinde dava, davalının ikametgâhında veya haksız rekabet bir haksız fiil olduğundan haksız rekabetin gerçekleştiği yer mahkemesinde, zararın doğduğu yerde veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Hak sahibi, marka korumasından yararlanmayı seçmesi durumunda da yetkili mahkemenin tercihi bakımından aynı imkân ve seçeneklere sahiptir. Haksız rekabet hükümlerine göre açılacak davalarda genel hükümlere göre görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemeleriyken (HMK m. 2, TTK m. 5), SMK uyarınca açılacak davalarda ise görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir (SMK m. 156/1).

Her ne kadar kanaatimizce markanın hukuka uygun olmayan şekillerde kullanılması markasal kullanım olup marka hakkına tecavüz oluştursa da, doğrudan SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca açılan bir markaya tecavüz davasına yönelik olarak verilen ve bu şekildeki kullanımın marka hakkının ihlali oluşturduğu değerlendirmesini içerir bir Yargıtay kararına rastlanmamıştır. Bu hâlin SMK'de marka hakkına tecavüz olduğu açıkça düzenlenmesine rağmen, doğrudan SMK korumasına dayanılarak açılacak davada markasal kullanım ve reklamın hukuka aykırılığının değerlendirilmesi olasıdır. Bu sebeple günümüzdeki Yargıtay yaklaşımı dikkate alındığında, somut olayda aksini

gerektirecek bir durum olmadıkça, haksız rekabet hükümlerine dayanılarak dava açmanın, hak sahibinin menfaatleri açısından daha lehe olabileceğini düşünmekteyiz.

3.6. HAK SAHİBİNİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR

3.6.1. İdari Yollar

3.6.1.1. Reklam Kuruluna Başvuru

Reklamların tüketicileri bilgilendirme ve rekabeti canlandırma işlevini yerine getirebilmesi bakımından reklamların hukuka uygunluğunun sağlanması önemlidir⁴⁴⁶. Türk hukukunda ise reklamların denetimi esas itibarıyla idari denetim mekanizmasıyla sağlanmakta⁴⁴⁷ olup idari denetim mekanizması olarak görev yapan kuruluşlardan biri Reklam Kuruludur. 6502 sayılı TKHK'nin 63 ve 84'üncü maddeleri uyarınca kurulan Reklam Kurulunun görevleri TKHK m. 63 hükmünde ve Reklam Kurulu Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Bu düzenlemelere göre bu kurul *“ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmak”* ve *“ticari reklam ve ilanları gerek re'sen gerek şikâyet üzerine incelemek ve gerektiğinde idari yaptırımlara karar vermek”*le görevlidir.

Reklam Kurulu, ticari reklam ve haksız ticari uygulamaların TKHK m. 61 ve m. 62 hükümlerinde belirlenen esaslara uygunluğunu denetlemekte ve bunlara aykırılık durumunda bu uygulamalar hakkında üç aya kadar tedbiren durdurma, durdurma, düzeltme ve para cezası müeyyideleri uygulayabilmektedir. Kurulun tüzel kişiliği olmadığından verilen kararlar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından uygulanmaktadır (TKHK m. 63/1).

Kurul kural olarak başvuru üzerine harekete geçmekte olup başkanın gerekli gördüğü hâllerde re'sen de inceleme ve denetim başlatılabilmektedir (Yönetmelik m. 15/1-c). Reklam Kurulu başvuru üzerine veya re'sen ilgili reklamı tüketici hukuku mevzuatı uyarınca inceleyerek hukuka aykırılıkları tespit etmekte ve şartları oluştuysa reklam

⁴⁴⁶ Emrehan İNAL, “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi” (Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Oniki Levha Yayınları, 2015), 125.

⁴⁴⁷ İNAL, 125.

verene idari yaptırım uygulamaktadır⁴⁴⁸. Belirtmek gerekir ki kurulun inceleme ve denetleme yetkisi ticari reklamlarla ve haksız ticari uygulamalarla sınırlıdır.

Reklamın idari denetimi, bazı durumlarda, dava açmaksızın ve daha hızlı bir şekilde dava süreci sonucunda elde edilebilecek sonuçlara ulaşmayı sağlayabilmesi açısından önem arz eder⁴⁴⁹. Örneğin markasına rakibi tarafından kötüleme içeren karşılaştırmalı reklamında yer verilen marka hakkı sahibinin, TTK m. 56/1-b hükmü uyarınca haksız rekabetin men'i davasıyla veyahut SMK m. 149/1-c hükmü uyarınca markaya tecavüzün durdurulması yoluna başvurmasına kıyasla Reklam Kuruluna başvurarak bu reklamın durdurulması sonucuna daha hızlı ve daha az masrafla kavuşabilmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki hem TTK hem de SMK korumasında ihtiyati tedbir ile hızlı bir şekilde de reklam durdurulabilecek olsa da ihtiyati tedbirin niteliği gereği bu, hak sahibine geçici bir koruma sağlayacaktır. Ayrıca henüz incelenmeye başlanılmamış veyahut incelenmesi devam etmekle birlikte henüz hukuka aykırılığı konusunda bir karar verilmemiş bir reklam için Kurul, durdurulmasında yarar görülmesi durumunda tedbiren durdurma yaptırımını da uygulayabilir⁴⁵⁰. Bu anlamda reklamın durdurulması bakımından Reklam Kuruluna başvuru, hak sahibinin markanın kullanımının ve reklamın durdurulmasına yönelik taleplerinin daha hızlı ve kolay şekilde yerine getirilmesini sağlayabilir.

İdari denetime başvuru için zarar görme veyahut zarar görme tehlikesi de aranmadığından hukuka aykırı reklama ilişkin olarak çok daha geniş bir çevre talepte bulunabilmekte ve böylelikle hem rakibin zararlarının büyümesi hem de çok sayıda tüketicinin zarara uğramasının önlenmesi mümkün olabilmektedir⁴⁵¹. İhlal oluşturan reklamın durdurulmasına rağmen etkisi devam ediyorsa söz konusu etkinin düzeltilmesi amacıyla aynı yöntemle düzeltme yaptırımına da karar verilebilir. Bu yaptırım türü bir anlamda eski hâle iade amacını taşımaktadır⁴⁵². Kurulun yapılmasına karar verebileceği düzeltici reklam önceki reklamdaki iddiaların gerçeği yansıtmadığı ve gerçek durumun ne olduğunun reklamın yayınlandığı mecra ve sürede duyurulmasıdır⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Öğretide, Reklam Kurulu tarafından yapılan inceleme ve kararlarda katı bir anlayış benimsendiği belirtilmekte, gerekçesiz ve birbiriyle çelişen kararlar verilmesi eleştirilmektedir. Bkz. İNAL, *Reklam Hukuku*, 150; BOZBEL, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 134; İNAL ve BAYSAL, *Reklam Hukuku*, 83 vd.

⁴⁴⁹ TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 153; ÜREY, *Karşılaştırmalı Reklamlar*, 74.

⁴⁵⁰ TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 155.

⁴⁵¹ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 271.

⁴⁵² TEKELİOĞLU, *Tüketicinin Korunması*, 156.

⁴⁵³ İNAL, *Reklam Hukuku*, 151; ÖZDEMİR, *Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, 112.

Anılan sebeplerle, söz konusu reklama yönelik Reklam Kuruluna başvurulması, markası hukuka aykırı şekilde karşılaştırmalı reklamda kullanılan kişi tarafından yargılama sürecinden önce göz önünde bulundurulması gereken bir yöntemdir. Çünkü marka sahibi, Kurula başvuruya kıyasla daha masraflı ve uzun sürecek dava yoluna başvurmadan da markasının bu reklamlarda kullanılmasını engellemiş olacaktır. Bununla birlikte, Reklam Kurulu tarafından gerçekleştirilen denetimin niteliği itibarıyla idari bir denetim olduğunu ve bu denetim sonucunda yalnızca idari yaptırımların uygulanabileceğini vurgulamak gerekir. Kurulun, başvuru sahibinin uğradığı zararın tazminine yönelik herhangi bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu çerçevede Kurula başvuru sonucunda verilecek durdurma ve düzeltme kararı, yalnızca hukuka aykırı reklamın daha hızlı şekilde durdurulmasına ve böylece belki de marka sahibinin uğrayacağı zararın artmasını engellemeye hizmet edecektir.

3.6.1.2. Rekabet Kurumuna Şikâyet

Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁴⁵⁴ ile kurulmuş olup ilgili Kanunun yayım tarihinden üç yıl sonra 05.11.1997 tarihinde faaliyete başlamıştır. Kurum serbest piyasalarda rekabetin yol açtığı sakıncaların giderilmesi ve rekabeti sınırlayıcı durumların engellenmesi amacıyla faaliyet göstermektedir (RKHK m. 4). Rekabet Kurumu, rekabetin korunması için tedbir alma, denetim yapma (RKHK m. 2) ve yaptığı denetim sonucunda idari yaptırım uygulama (RKHK m. 16) yetkilerine sahiptir. Kurumun düzenleme, denetim ve yaptırım yetkilerini yerine getirmek amacıyla gerçekleştirdiği işlemlerden sorumlu olan en yetkili organ Kuruldur.

Kurul, denetim yetkisini ise temel olarak RKHK'nin 4, 6 ve 7'inci maddelerinde düzenlenen yasaklı davranışların piyasa aktörleri tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini belirlemek veya bu yasaklara uyulup uyulmadığını tespit etmek amacıyla kullanmaktadır. Bu kapsamda, teşebbüslerin rekabet düzenini bozucu, kısıtlayıcı veya engelleyici nitelikteki ya da rekabet hukuku kurallarına aykırı olan anlaşma, eylem ve kararlarını belirlemek amacıyla denetim yetkisini kullanmaktadır. Kurul, Kanun'un m. 27/1-a hükmü uyarınca Kanun'da yasaklanan ve rekabet ihlali teşkil

⁴⁵⁴ RG: 13.12.1994 t. 22140 sy.

eden faaliyetler ile hukuki işlemler hakkında şikâyet üzerine veya kendiliğinden inceleme, araştırma ve soruşturma yapma görev ve yetkisine sahiptir.

Kuruma yapılacak başvurulara ilişkin usul ise Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ'de düzenlenmiştir. Tebliğ'in m. 4/1 hükmünde gerçek kişi, kurum, kuruluş, birlik, dernek ve benzeri tüzel kişilerce başvuru yapılabileceği belirtilmektedir. Tebliğ m. 5/2 hükmünde başvuruların taşınması gereken hususlar düzenlenmekte ve bu şartları taşımayan başvurular hakkında işlem yapılmayacağı belirtilmektedir. Aynı maddenin 4'üncü fıkrasında ise iddia olunan ihlale ilişkin olarak sadece ihlalin varlığına işaret eden soyut beyanlardan ibaret olan, ihlalin gerçekleşme şekli, yeri ve zamanı ile hakkında inceleme istenen teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında somut bilgi ve/veya belgeleri içermeyen ve Kurul tarafından iddiaların ciddi ve yeterli olarak ortaya konulmadığı değerlendirilen başvurular hakkında işlem yapılmayacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda markası rakibi tarafından karşılaştırmalı reklamda kullanılan hak sahibinin, reklamın rekabeti bozucu nitelikte olması durumunda Rekabet Kurumuna şikâyette bulunması da mümkündür.

3.6.1.3. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna Şikâyet

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu⁴⁵⁵ ile kurulmuş olup bu Kanun'un 6'ncı maddesi, Kurumun görevlerini düzenlemektedir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, elektronik haberleşme, internet, telekomünikasyon ve bilişim sektörlerinde düzenleme, denetim ve denetleyici işlemleri yapma yetkisine sahip olup başlıca görevleri arasında, sektördeki hizmet sağlayıcılarının denetlenmesi, tüketici haklarının korunması, rekabetin izlenmesi ve düzenlenmesi, numara tahsisi gibi işlemler yer almaktadır. Ayrıca, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁴⁵⁶ ve 5809 sayılı Kanun kapsamında dijital reklamlar, ticari elektronik iletiler ve telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin düzenlemeler yapmak da bu Kurumun görevleri arasındadır.

5809 sayılı Kanun'un m. 6/1-b hükmü uyarınca bu Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan

⁴⁵⁵ RG: 10.11.2008 t. 27050 (Mükerrer) sy.

⁴⁵⁶ RG: 05.11.2014 t. 29166 sy.

rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hâllerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almakla görevli ve yetkilidir. Kanunun 7'nci maddesinin ilk fıkrasında ise, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemek, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almak, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmek Kurumun yetkileri arasında sayılmıştır. Kurum başvuru konusu faaliyetin mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılığının tespiti hâlinde idari para cezası uygulayabilmektedir (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilât Yönetmeliği m. 8/1-ç). Bu anlamda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun rekabet ihlalleriyle yakından ilgili yetkilerinin de olduğu görülmektedir. Marka sahibi, markasının ihlaline yol açan reklamın elektronik ortamda yapılması durumunda bu Kuruma başvuru yoluna gidebilecektir.

3.6.2. Yargısal Yollar

3.6.2.1. Delil Tespiti

Geçici hukuki koruma tedbiri olan delil tespiti, delil olarak kullanılacak hususların tespiti amacıyla talep edilmektedir. Delil tespiti mevzuatımızda ne SMK'de⁴⁵⁷ ne de TTK'de özel olarak düzenlenmektedir. Bu sebeple markasına hukuka uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen hak sahibinin, SMK veya haksız rekabet hükümleri korumasına başvurması fark etmeksizin delil tespiti talebi her iki hâlde de HMK hükümleri uyarınca yapılacaktır.

⁴⁵⁷ Mülga MarKHK m. 75 hükmünde delillerin tespiti hususu düzenlenmişti. Bu maddeye göre marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebiliyordu. İlk hali "*Delil Tesbiti Davası*" olan bu maddenin başlığı 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG: 26.06.2004 t. 25504 sy.) ile "*Delil Tesbiti*" olarak değiştirilmiştir. MarKHK döneminde ve madde başlığının değiştirilmesinden önce bu hükmün HMK m. 400 (HUMK m. 368 ve 369) hükmündeki delillerin tespiti ile ilişkisi tartışma konusu olmuştu. Öğretide bahsi geçen hükümde düzenlenen hususun HMK'de düzenlenen delillerin tespitine yönelik olduğu ve delillerin tespitinden farklı olup bunun kanun tarafından düzenlenmiş bir tespit davası olduğuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktaydı. Görüşlere ilişkin bkz. DİRİKKAN, Tanınmış Marka, 302.; ARKAN, Marka Hukuku, 1998, 2:232; TEKİNALP, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 496; MERAN, Marka Hakları ve Korunması, 462. Madde metninde yapılan değişikliğin ardından, MarKHK'deki tespit davası düzenlemesinin HMK m. 106 hükmünde ifadesini bulan tespit davasından farklılaştığı, fiilin tecavüz oluşturup oluşturmadığının tespitine yönelik olmadığı ve delillerin tespit edilmesinin söz konusu olduğu kabul görmüştür. Bkz. MERAN, Marka Hakları ve Korunması, 462; ÇAĞLAR, Marka Hukuku, 121.

Delil tespiti, açılmış veya ileride açılacak bir davada ileri sürülecek olan ve gecikmesi nedeniyle kaybolma tehlikesi olan delillerin tespiti için başvuru hukuki bir çaredir⁴⁵⁸. Tespit davası maddi bir vakiya ilişkin olarak ikame edilememesine karşın delil tespiti, maddi bir vakıanın tespitine ilişkin olduğundan tespit davasından farklılaşmaktadır. Marka sahibi delil tespiti yoluyla, açacağı davada ileri sürmek üzere keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilecektir (HMK m. 400/1). Delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Delilin tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dahilindeyse hukuki yarar var sayılır (HMK m. 400/2). Bu hükümle kanun koyucu delil tespiti için gerekli olan hukuki yararın varlığı şartının çerçevesini belirlemektedir⁴⁵⁹. Ayrıca kanun koyucu bu hükümde kanunda açıkça öngörülen hâlleri hükmün dışında tutmaktadır. Buna göre delil tespiti istenebileceği kanunda açıkça öngörülüyorsa, hukuki yarar aranmaz. Ayrıca SMK m. 150/3 hükmünde marka hakkı sahibinin delillerin tespitini sağlamak amacıyla sınai mülkiyet hakkının kullanılmasına ilişkin belgelerin tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm ile marka hakkından kaynaklanan zararın ispatında yaşanan zorlukların aşılması amaçlanmıştır⁴⁶⁰. Çünkü bir sınai mülkiyet hakkı olan marka hakkının ihlalinde zararı tespit etmek ve belirlemek klasik bir haksız fiilden daha zordur.

Söz konusu madde hükmüne dayanarak mahkemeye ibrazı istenebilecek olan belgeler TTK m. 83 hükmünün aksine ticari defterler ile sınırlı değildir. Burada sözü edilen belge HMK m. 199 hükmünde düzenlenen anlamda belgedir. Ancak ibrazı istenecek belgelerde sınır bu belgenin zararın belirlenmesine hizmet etmesi ve zararın belirlenmesinde gerekli olmasıdır⁴⁶¹. Özellikle belgenin ticari sır olma ihtimali veyahut iddiası durumunda belgenin gerekliliği konusunun titizlikle değerlendirilmesi ve gerekli olması şartını taşıyan her belgenin kaideten ibrazının istenebileceğinin kabul edilmemesi gerekir⁴⁶². Aksi hâlde

⁴⁵⁸ Birce ARSLANDOĞAN, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*, 2. bs. (Oniki Levha Yayınları, 2020), 49.

⁴⁵⁹ ARSLANDOĞAN, 125.

⁴⁶⁰ YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 3*, 3:3064; KAYA, *Marka Hukuku*, 590. *Tekinalp*, MarKHK m. 65 hükmü ile getirilen bu düzenlemeyle "Kimse kendi aleyhine olan belgeleri ibrazla yükümlü tutulamaz" kuralına istisna getirildiğini belirtmiştir. TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 503.

⁴⁶¹ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 503.

⁴⁶² *Tekinalp*, muhasebede yer alan kayıtların evrakı, gümrük kağıtları, makine parkı listesi, ambar kayıtları, müşteriler, dağıtıcılar, lisans alanlar başta olmak üzere ilgili kişilerle yapılan yazışmalar gibi üretici, taşıyıcı, dağıtıcı, depolayanların adresini ünvanını, siparişlerini içeren tüm belgelerin bu kapsamda olduğunu belirtmiştir. TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 503; ÇOLAK ise müşteri ve dağıtıcıların listesi gibi kayıtların davacının yapacağı tercihle bağlantılı bilgiler içermemesi nedeniyle bu belgelerin ibrazının istenmemesinin dağa doğru olacağını düşünmektedir. ÇOLAK, *Türk Marka Hukuku*, 1012.

davalının ticari sırlarının ortaya çıkması söz konusu olabilir. Davalı tarafından belgelerin ibrazından kaçınılması hâlinde ise HMK m. 220 hükmü uygulanacaktır. Ancak ibrazdan kaçınma ticari sır iddiasına dayanıyor ise öncelikle bunun ticari sır olup olmadığı mahkeme tarafından değerlendirilmeli, ticari sır olduğu kanaatine varıldıysa bu belgelerin davacı ile paylaşılmasından kaçınılarak hesaplamanın yeminli bilirkişiler aracılığıyla yaptırılması gerekmektedir⁴⁶³. Davacının marka hakkı korunmak istenirken davalının ticari bütünlüğüne zarar verecek uygulamalardan da kaçınmak önem arz eder.

Delil tespiti, ileride açılacak bir davada kullanılmak üzere talep edilebileceği gibi görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş bir vakıanın tespiti amacıyla da talep edilebilir. Görülmekte olan bir davada delil tespiti talebinde bulunabilecek kişiler davacı ve davalı taraf iken ileride açılacak dava için ise öğretide herkesin bu yola başvurabileceği ifade edilmektedir⁴⁶⁴. HMK'nin "Görev ve Yetki" başlıklı 401'inci maddesine göre, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenecektir. Aynı maddenin son fıkrasına göre ise, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevli olacaktır. Delil tespiti talebi, yetkili olmayan bir mahkemeye yapıldığında, görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, mahkemenin bu talebi reddetmesi gerekir. Aynı durum, kesin yetki kuralına tabi olmayan mahkemelere yapılan delil tespiti talepleri için de geçerlidir.

Delil tespiti talebi, dilekçeyle yapılmalı ve dilekçede tespiti istenen vakıalar, tanık veya bilirkişilere yöneltilmesi istenen sorular, delillerin kaybolma veya sunulmasında güçlük yaşanabileceği endişesini doğuran sebepler ile aleyhine tespit yapılacak kişinin kimlik ve adres bilgileri yer almalıdır. Ancak, talepte bulunan kişi, mevcut koşullar nedeniyle karşı tarafı belirleyemiyorsa, bu durum talebin geçerliliğini etkilemez. Mahkeme tarafından belirlenen tespit giderleri peşin olarak ödenmeden, işlemlere devam edilmez. Mahkeme, talebi haklı bulursa, karar ve dilekçe karşı tarafa tebliğ edilir; ayrıca, delil tespitinin yöntemi, zamanı, karşı tarafın tespit sırasında hazır bulunabileceği ve varsa itiraz ya da ek soruların bir hafta içinde sunulması gerektiği belirtilir. Tespitin tamamlanmasının

⁴⁶³ Ticari sır sebebiyle belgelerin ibrazından kaçınma konusunda bkz. Güray ERDÖNMEZ, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2014), 349 vd.

⁴⁶⁴ ARSLANDOĞAN, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*, 141, 142.

ardından, düzenlenen tutanak ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği, mahkeme tarafından karşı tarafa resen gönderilir (HMK m. 402).

Markası, hukuka aykırı şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılan hak sahibi, ileride açacağı davada ileri sürmek üzere veya açtığı davada kullanılmak üzere delil tespiti talebinde bulunabilir. Örneğin reklamın, açık havada veya panolar ile yapılması durumunda keşif, yüz yüze yapılması durumunda tanık delillerinin tespitinin talebi gündeme gelebilecektir. Aynı zamanda HMK’de tespiti istenebilecek deliller sınırlı olarak düzenlenmediğinden reklamın yayından kaldırılması ihtimali varsa yapılan reklamın tespiti de gündeme gelebilir. Ayrıca reklamın internet veya sosyal medya vasıtasıyla yapılması durumunda, eğer şartları oluşmuşsa, internet sitesi veya sosyal medya hesabının sahibinin tespit edilebilmesi için bilirkişi deliline başvurulması da mümkündür.

HMK’nin görev ve yetkiyi düzenleyen 401’inci maddesinin 2’nci fıkrasında noterler tarafından 1512 sayılı Noterlik Kanunu⁴⁶⁵ uyarınca yapılan tespitler saklı tutulmuştur. Noterler, Noterlik Kanunu’nun 102’inci maddesi uyarınca gerçekleştirdikleri tespit işlemlerini tutanak şeklinde düzenler, bu tutanaklar aynı Kanun’un 82’inci maddesi gereğince resmî belge niteliği taşır ve sahtelikleri kanıtlanana kadar geçerliliğini korur. Delil tespiti geçici bir hukuki koruma olması nedeniyle yargısal bir faaliyet sonucunda sağlanabilirler. Noterler tarafından yapılan tespit işlemleri yargısal faaliyet niteliği taşımadığından vakıa ya da durum tespiti olarak değerlendirilebileceklerdir⁴⁶⁶. Ayrıca Noterlik Kanunu m. 198/A hükmü gereği tespit işlemleri elektronik ortamda da yapılabilmektedir. “*E-tespit*” adı verilen bu işlem kapsamında bir internet sitesindeki içerik, sosyal medya paylaşımı, e-postalar, mesajlaşma uygulamalarındaki yazışmalar, dijital belgeler veya herhangi bir elektronik verinin noter huzurunda tespit edilmesi sağlanır. Tespit sonunda düzenlenecek e-tespit tutanağı da 1502 sayılı Kanun’un 102’nci maddesi uyarınca resmî belge niteliğinde olup 82’nci madde uyarınca aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli bir delil olarak kabul edilecektir. Marka hakkının ihlaline sebep olan reklamın internet aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda, anılan e-tespit yöntemi elverişli bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü internetin hızlı ve değişken yapısı gereği, internet tabanlı mecralarda yapılan reklamların kaybolması veyahut kaldırılması normal reklamlara göre daha hızlı gerçekleşebilmektedir. Bu

⁴⁶⁵ RG: 05.02.1972 t. 14090 sy.

⁴⁶⁶ ARSLANDOĞAN, 159.

anlamda noter aracılığıyla yapılan e-tespit mahkeme yoluyla talep edilecek delil tespitinden daha hızlı bir yöntem olması nedeni ile önem arz etmektedir.

3.6.2.2. Tecavüzün Tespiti Davası

Tecavüzün tespiti davasına mülga MarKHK'de yer verilmemiş olmasına karşılık SMK m. 149/1-a hükmünde marka hakkı sahibinin eylemin tecavüz teşkil edip etmediğinin tespit edilmesini mahkemeden talep edebileceği belirtilmek suretiyle tecavüzün tespiti davası açık bir şekilde düzenlenmiştir. Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlali, reklamın haksız rekabet teşkil etmesi durumunda meydana geldiğinden, bu şekilde hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin doğrudan TTK m. 56 uyarınca tespit davası açabileceği açıktır.

HMK m. 106 hükmü uyarınca bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının tespiti mahkemeden tespit davasıyla istenebilir. Ancak bu davayı açmak için hukuken korunmaya değer güncel bir menfaat bulunmalıdır (HMK m. 106/2). Bu hükmün anlamı eda davası açılacak durumlarda tespit davası açılmamasıdır. Ancak aynı hükümde kanunlarda belirtilen istisnai durumlar, bu kuralın dışında tutulmuştur. SMK m 149/1-a hükmünde düzenlenen tespit davası da TTK m. 56/1-a hükmünde düzenlenen tespit davası da HMK m. 106'daki şartlara bağlı olmaksızın ikame edilebilecektir⁴⁶⁷. Öğretide *Nomer Ertan*, kanunda düzenlenmiş tespit davalarında hukuki yarar aranmaması hususu bir yana, haksız rekabetin tespitinde sadece haksız rekabete maruz kalan ya da bundan zarar gören değil, tüm piyasa katılımcılarının menfaati bulunduğundan bu davada hukuki menfaatin ayrıca aranmaması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁶⁸. *Çolak* ise SMK'de düzenlenen tespit davasının tek başına açılması durumunda hukuki yararın tartışılması mümkünse de uygulamada bu davanın genellikle eski hâle getirme ve önleme davalarıyla birlikte açıldığını ifade etmiştir⁴⁶⁹.

HMK m. 106 hükmündeki tespit davası bir hak veya hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunu içerirken, SMK m 149/1-a hükmündeki tespit davası fiilin marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığını, TTK m. 56/1-a hükmündeki tespit davası da fiilin

⁴⁶⁷ ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 249; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 191.

⁴⁶⁸ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 401, 402.

⁴⁶⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 977.

haksız olup olmadığının tespitini içerir. Her iki hüküm bakımından da tespit davasının menfi tespit davası şeklinde açılması mümkün olduğu gibi müspet tespit davası olarak açılması da mümkündür⁴⁷⁰. Başka bir deyişle, tecavüz olmadığına veya fiilin haksız olmadığına yönelik bir tespit davası da ikame edilebilir.

SMK m. 154 hükmünde ayrıca menfaati olan herkesin Türkiye’de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebileceği düzenlenmektedir. Öğretide *Balık*, SMK m. 149 hükmünde düzenlenen tespit davası karşısında tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin davanın ayrıca bu hükümle korunmasının haklı bir gerekçesi olmadığını, bu düzenlemenin görüş talebinden ibaret görülmesi gerektiğini ve madde hükmündeki bildirim bir dava şartı oluşturmadığını belirtmektedir⁴⁷¹. Ayrıca madde hükmünde sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin dava açabileceği belirtilmiş olsa da tecavüz davası açmaya yetkili diğer kişiler de tespit davası açabilirler (SMK m. 149, HMK m. 106).

SMK ve TTK uyarınca açılacak tespit davalarında markayı ihlal eden veya haksız rekabet oluşturan eylemi gerçekleştiren kişinin kast veya ihmalinin bulunması gerekli değildir. Ayrıca bu dava, tespit edilecek hukuki ilişki devam ettiği sürece açılacağından zamanaşımı söz konusu değildir⁴⁷². TTK uyarınca tespit davasını fiil veya uygulamadan zarar gören veya zarar görme tehlikesi bulunanlar açabilirler (TTK m. 56)⁴⁷³. SMK uyarınca açılacak tespit davasında ise bu davayı ikamesi için marka sahibinin zararı aranmaz⁴⁷⁴. Markasına hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen hak sahibi, zararı veya zarar tehlikesi olmaksızın SMK uyarınca tespit davası açabilecektir. Bu anlamda TTK yerine SMK koruması tercih edilebilir niteliktedir.

⁴⁷⁰ Fiil veya uygulamadan zarar gören veya zarar görebilecek kimse, fiil ya da uygulamanın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının tespitini talep edebilir NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 398.

⁴⁷¹ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 242.

⁴⁷² ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 251.

⁴⁷³ Öğretide, zarar görme tehlikesi altındaki kişilerin de bu davayı açabilmesi nedeniyle fiil veya uygulama henüz gerçekleşmeden dahi bu davanın açılacağı ifade bulunmaktadır. NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 402; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 212.

⁴⁷⁴ KAYA, *Marka Hukuku*, 560; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 191.

3.6.2.3. Önleme Davası

Mülga MarkHKH'nın "*Marka Sahibinin Talepleri*" başlıklı 62'nci maddesinde tecavüzün önlenmesinden açıkça söz edilmemişti. Ancak öğretide önleme ve durdurma davası iç içe olduğundan durdurma davasının önleme davasını da içerecek şekilde yorumlanması gerektiği ifade bulmaktaydı⁴⁷⁵. Ayrıca önleme davası madde hükmünde açıkça zikredilmiş olmasa da marka sahibinin önleyebileceği fiilleri düzenleyen MarkHKH m. 9 hükmü uyarınca da önleme talebinde bulunabileceği ifade edilmişti⁴⁷⁶. SMK m. 149/1-b hükmünde ise sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin muhtemel tecavüzün önlenmesini talep edebileceği açıkça düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeyle birlikte önleme davasını açıkça içermeyen mülga MarkHKH dönemindeki tartışmalar geride kalmıştır. TTK uyarınca ise haksız rekabetin men'i davasının düzenlendiği m. 56/1-b hükmüyle önleme talep edilebilecektir⁴⁷⁷.

Önleme davası, marka hakkına tecavüz teşkil eden/haksız rekabet oluşturan fiilin henüz başlamadığı ancak başlamasının muhtemel olduğu ya da sona ermesine rağmen tekrarlama ihtimalinin bulunduğu durumlarda açılabilir⁴⁷⁸. Eylemi gerçekleştiren kişinin eylemi gerçekleştirmemeye mahkûm edilmesi talebini içeren bu dava hukuki niteliği itibarıyla bir eda davası olup⁴⁷⁹ dava sonunda davalının belirli bir fiil veya davranışta bulunmamasına hükmedilmektedir. Ayrıca tecavüz veya haksız rekabetin gerçekleşeceği veya tekrar edeceği herhâlde anılan dava açılabilirliğinden zamanaşımı söz konusu değildir.

Önleme davası ile gerçekleşmesi veya tekrarlanması muhtemel bir eylemin önlenmesi talep edilebilecektir. Bu dava için kusur şartı aranmamakla birlikte davayı açan kişinin haksız rekabet oluşturan reklamın gerçekleşme veya tekrar etme ihtimalini ispat etmesi

⁴⁷⁵ Hakan KARAN ve Mehmet KILIÇ, *Markaların Korunması KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 493; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 497; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 122. Arkan ise tecavüz tehlikesinin varlığı hâlinde de durdurma davasının açılabilirliğini belirtmiş olup, önleme davasını durdurma davasından ayırtmamaktadır. ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:234.

⁴⁷⁶ ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 122. *Tekinalp* MarkHKH'nin 9 ve 61'inci maddeleri gereğince karıştırılma ihtimalinin bir tecavüz olması ve karıştırma ihtimalinin bir tecavüz tehlikesi olması hasebiyle tehlikenin önlenmesi amacıyla men davası açılabilirliğini belirtmiştir. Bkz. TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 497.

⁴⁷⁷ Öğretide TTK'deki bu hükümde düzenlenen men davasının esasen sadece devam etmekte olan tecavüzün sona erdirilmesi (durdurulması) talebini içerdiği ve önleme davasından farklı olduğu ifade edilmektedir. Nomer Ertan, önleme ve men davalarının birbirinden ayrılması gerektiği kanaatindedir. NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 407.

⁴⁷⁸ Hamdi YASAMAN, "Sınai Mülkiyet Hukukundan Doğan Hukuk Davaları" içinde *Fikrî Mülkiyet Hukuku Çalıştay: 16-22 Aralık 2019* (Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2019), 311.

⁴⁷⁹ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:234.

gerekir⁴⁸⁰. Söz gelimi daha önce yazılı basında yer alan ve mahkeme kararıyla haksız rekabet oluşturduğu tespit edilmiş reklamın, reklam verenin internet sitesinde kullanılacağını öğrenen rakip önleme talebinde bulunabilir⁴⁸¹. Ancak bunun için davacının ayrıca tehlikenin somut varlığını ortaya koyması gerekir. Öğretide tecavüz teşkil eden fiillerin gerçekleştirileceğine veyahut tekrarlanacağına ilişkin güçlü emarelerin bulunması durumunda tecavüz tehlikesinin varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁸². Örneğin reklamın yapılacağına ilişkin reklam veren ile ajans arasındaki reklam sözleşmesi veya reklamın basına servis edildiğine dair belgelerin varlığı güçlü emare olarak nitelendirilebilecek olup bunların sunulması durumunda tecavüz tehlikesinin varlığı kabul edilmelidir. Bu dava sonunda müteceviz bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmekte olup dava sonucunda verilecek kararda hangi eylemin haksız rekabet teşkil ettiği ve hangi hususların men'ine karar verildiği infazda tereddüde sebep olmayacak şekilde belirtilmelidir⁴⁸³.

3.6.2.4. Durdurma (Sona Erdirme) Davası

Markasına hukuka aykırı şekilde karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen hak sahibi SMK m. 149/1-c veya TTK m. 56/1-b hükmü uyarınca haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz oluşturan fiilin sona erdirilmesini talep edebilir. Ancak bu davanın ikame edilebilmesi için fiilin devam ediyor olması gerekir⁴⁸⁴. Gerçekten de bu dava tecavüz fiillerinin devam ettirilmesinin sona erdirilmesi talebini içerir bir eda davası olduğundan⁴⁸⁵ fiillerin sona ermesi hâlinde bu talepte bulunmanın önemi kalmayacaktır. Bu anlamda marka sahibi, markasının kullanıldığı karşılaştırmalı reklamın yayında olduğu/yapıldığı sürece bu davayı açabilecektir. Ayrıca bu dava fiilin devam etmesine bağlı olduğundan zamanaşımı söz konusu değildir. Eğer reklam henüz yayınlanmadıysa ve yayınlanma

⁴⁸⁰ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 411; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 497; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 122; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 216. Ayrıca Nomer Ertan, haksız rekabetin gerçekleştiği ve sona erdiği hallerde, kural olarak tekrar tehlikesinin mevcut olduğunun varsayılacağını belirtmiştir. NOMER ERTAN, *age*, 411.

⁴⁸¹ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 216.

⁴⁸² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 979, 980; KAYA, *Marka Hukuku*, 561; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 191.

⁴⁸³ ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 254.

⁴⁸⁴ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 497; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 466; NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 408, 409.

⁴⁸⁵ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:234; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 497; KAYA, *Marka Hukuku*, 562.

ihtimali varsa açılacak olan dava önleme davasıdır. Çünkü henüz gerçekleşmemiş veya sona ermiş bir haksız rekabet için durdurma davası açılmaz⁴⁸⁶.

Bazı yazarlar tarafından tecavüzün sona ermesine rağmen tecavüz fiilinin etkileri devam ediyorsa da durdurma davasının açılacağı belirtilmektedir⁴⁸⁷. Ancak bu hâlde tecavüzün kaldırılması davası ikame edilebileceğinden durdurma davasının açılmasında hukuki yarar olmadığı kanaatindeyiz⁴⁸⁸. Böyle bir ihtimalde tecavüz fiillerinin tekrarlanması tehlikesi varsa önleme, fiillerin sonuçları devam etmekteyse kaldırma ve şartları oluşmuşsa⁴⁸⁹ tazminat davaları gündeme gelebilecektir. Durdurma davasının açılması da tecavüz veya haksız rekabet teşkil eden eylemleri işleyen kusuruna bağlı değildir.

3.6.2.5. Kaldırma Davası (Eski Hâle İade Davası)

SMK m. 149/1-ç hükmünde “*Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini*” olarak düzenlenmiş bu dava, TTK m. 56/1-c hükmünde “*Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası*” olarak düzenlenmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki SMK hükmünde bu dava ile tazminat talepleri birlikte yer almasına rağmen tecavüzün kaldırılması talebi tazminat talebini içermez⁴⁹⁰. Tecavüzün giderilmesi ile tazminat talebi aynı talepler olmayıp her ikisine de hükmedilmesini isteyen marka hakkı sahibi her iki talebi ayrı olarak belirtmelidir. Yoksa yalnızca tazminat talebinde bulunulması tecavüzün kaldırılmasının da talep edildiği anlamına gelmeyecektir. SMK ve TTK’de düzenlenme şekilleri farklı olan bu davaları ayrı ayrı incelemekte yarar görüyoruz.

⁴⁸⁶ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 409.

⁴⁸⁷ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 497; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 167.

⁴⁸⁸ Tekinalp tecavüzün durdurulmasından sonra da tecavüzün etkileri devam ediyorsa ve etkilerin bertaraf edilmesi mütecevizin iktidarında ise durdurma davasının gene ikame edilebilmesi gerektiğini, ancak bununla birlikte bu varsayımda tecavüzün kaldırılması (giderilmesi) davasının da açılacağıni belirtmiştir. TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 497.

⁴⁸⁹ Tazminat sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve fiil ile zarar arasında illiyet bağının varlığı aranır. EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 594 vd.; Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs., c. 2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 11 vd.

⁴⁹⁰ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:240; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 1001. Söz konusu taleplerin aynı hükümde düzenlenmesine ilişkin eleştiri için bkz. ARKAN, age, 240.

SMK kapsamında tecavüzün kaldırılması davası, tecavüz ile ortaya çıkan sonuçların ortadan kaldırılmasını konu edinir⁴⁹¹. Bu davanın açılabilmesi için dava konusu tecavüzün sonuç doğurmuş olması ve bu etkilerin devam ediyor olması gerekir⁴⁹². Ayrıca tecavüz fiilinin devam etmesi veya devam etme tehlikesinin varlığı gerekmeyp tecavüz fiilinin hukuka aykırı sonuçlarının varlığı yeterlidir.

Tecavüzün kaldırılması için marka hakkı sahibi SMK m. 149 hükmünde düzenlenen tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması, el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası gibi taleplerde bulunabilir. Madde hükmünde sayılan bu tedbirler sınırlayıcı nitelikte sayılmadığından bu ve benzeri nitelikte farklı tedbir kararlarına hükmedilmesi de mümkündür.

Öğretide bu davanın tecavüzün sonuçları devam ettiği sürece açılabileceği⁴⁹³ ve tecavüzün sonuçlarının doğmasıyla birlikte zamanaşımı hükümlerine tâbi olacağından sonuçlar devam ettiği sürece açılabileceğinden bahsedilemeyeceği⁴⁹⁴ yönünde görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce, kaldırma davası tecavüzün sonuçlarını ortadan kaldırmayı amaçladığından, etkiler devam ettiği sürece açılacak olup talebin zamanaşımına uğrayacağına kabulü, dava ile ulaşılmak istenen menfaate uygun düşmeyecektir. Tecavüzün önlenmesi ve durdurulması davalarında da olduğu gibi tecavüzün kaldırılması davası da mütecavizin kusuruna veya marka hakkı sahibinin zararına bağlı değildir. SMK'de düzenlenen tüm bu davalar farklı bentlerde düzenlenmiş olsa da marka hakkı sahibi tarafından sadece bir davanın seçilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Markayı koruma amacının gerçekleşebilmesi için marka sahibi bu talepleri bir arada ileri sürebilecektir⁴⁹⁵. Ayrıca bu davalar ile koşulları mevcutsa tazminat davasının da ikame

⁴⁹¹ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 498.

⁴⁹² YASAMAN, "Davalar", 313; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 498; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 123; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 1001.

⁴⁹³ ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 123.

⁴⁹⁴ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 498.

⁴⁹⁵ TEKİNALP, 498; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 127; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 193.

edilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Tecavüzün kaldırılması davası ile marka hakkına tecavüz fiilinden önceki durum yeniden tesis edilmekte, başka bir deyişle eski hâle iade söz konusu olmaktadır. Bu hâllerde başvurulacak tedbir marka hakkı sahibinin hakkını koruyacak nitelikte olmalı ama davalıya da amacı aşan nitelikte zarar verici olmamalıdır⁴⁹⁶.

TTK m. 56/1-c hükmünde düzenlenen dava ile haksız rekabetin gerçekleşmesinden önceki durumun yeniden tesisi, başka bir ifadeyle haksız rekabetin etki ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasının amaçlandığı ifade edilmektedir⁴⁹⁷. Öğretide Yıldız ise, bu davanın amacının haksız rekabete neden olan maddi olguları ortadan kaldırarak hâlihazırda devam eden haksız rekabeti sona erdirmek olduğunu, bu nedenle eylem tamamlanmışsa bu davanın açılmayacağını dile getirmektedir⁴⁹⁸. Bu dava çerçevesinde; haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanılıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi ve haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası talep edilebilir.

3.6.2.6. İhtiyati Tedbir

Yargılama sürecinin uzaması, bazı durumlarda taraflar açısından hak kayıplarına yol açabilir. Öyle ki, dava kazanılsa dahi, geçen süre içinde elde edilecek sonucun taraf için artık bir anlamı kalmayabilir. Söz gelimi rakibin markasını ve kötüleme içeren bir karşılaştırmalı reklamın, açılacak dava sonucunda hüküm verilene kadar yayını/yayımı sürdürülerek pazardaki etkilerini doğurmuş olması muhtemeldir. Hak sahibinin dava sürecinde uğrayabileceği zararların önlenmesi ve dava sonunda verilecek kararın uygulanmasının güvence altına alınması amacıyla, HMK m. 389 ve devamı hükümlerinde ihtiyati tedbir müessesesi düzenlenmiştir⁴⁹⁹.

İhtiyati tedbir talebi hem SMK'de (m. 159) hem TTK'de (m. 61) ayrıca düzenlenmektedir. Her iki hükümde de ihtiyati tedbirin dava açma hakkına sahip olanlar tarafından talep edilebileceği belirtilmektedir. Ayrıca her iki hükümde de burada düzenlenmeyen hâllerde

⁴⁹⁶ KAYA, *Marka Hukuku*, 565.

⁴⁹⁷ ÖRS, *Haksız Rekabet*, 91; NOMER, *Haksız Rekabet Hukuku*, 412; BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 141. Bu dava öğretide eski hale iade davası olarak nitelendirilmektedir. Bkz. KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 468; NOMER, *Haksız Rekabet Hukuku*, 412.

⁴⁹⁸ YILDIZ, *Haksız Rekabet Hukuku*, 302.

⁴⁹⁹ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 468; Mikail Bora KAPLAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler* (Oniki Levha Yayınları, 2018), 10, 11.

HMK hükümlerinin uygulanacağı hususu yer almaktadır. İhtiyati tedbir, davadan önce veya dava esnasında talep edilebilir. İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeye, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeye yönlendirilebilir (HMK m. 390/1). Ayrıca, tedbir dava açılmadan önce talep edilmişse, tedbir kararının uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde davanın açılması gerekir (HMK m. 397/1).

TTK m. 61 hükmüne göre; TTK m. 56/1 hükmünün (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere karar verilebilir. Bu çerçevede, haksız rekabet fiili henüz gerçekleşmeden önce veya sona ermiş olmakla birlikte tekrar meydana gelme tehlikesi bulunduğu durumlarda ihtiyati tedbir talep edilebilir. Bu gibi hâllerde hâkim, mevcut durumun korunmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve bu doğrultuda belirli fiil, davranış veya uygulamalardan kaçınılmasına karar verebilir. Örneğin, piyasaya sürülme riski bulunan ve itibas yaratan bir markayı taşıyan malların piyasaya çıkmasının engellenmesi gibi önlemler alınabilir. Ayrıca, tarafların haklı menfaatlerini korumaya yönelik diğer tedbirlerin uygulanması da mümkündür. Eğer haksız rekabet devam ediyorsa ve bu duruma karşı ihtiyati tedbir talep edilmişse, hâkim mevcut durumun korunmasına, haksız rekabet sonucu ortaya çıkan maddi durumun giderilmesine ve haksız rekabetin tamamen sona erdirilmesine yönelik kararlar alabilir. Bunun yanı sıra, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi ve tarafların haklı menfaatlerini güvence altına alacak diğer tedbirlerin uygulanması da mümkündür.

SMK m. 159 hükmünde ise ihtiyati tedbirlerin özellikle; *“(a) Davacının sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması, (b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması (c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi”* hususlarını kapsaması gerektiği düzenlenmektedir. Bu hükümde tedbir hâlleri, örnek kabilinden sayılmıştır.

İhtiyati tedbir, geçici bir hukuki koruma olduğundan davanın esasını çözecek şekilde ve nitelikte tedbir kararı verilemeyeceği kuralı geçerlidir⁵⁰⁰. Bu sebeple ister SMK ister TTK kapsamında ihtiyati tedbir talep edilecek olsun, verilecek tedbir kararında bu kuralın uygulanması gerekir. TTK m. 61 hükmünde TTK m. 56/1 hükmünün (b) ve (c) bentlerindeki haksız rekabetin men'i, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasının ihtiyati tedbir olarak da ileri sürülebileceği düzenlenmektedir. Bu hükümlerden, yargılama sonucunda verilebilecek hükümlerle ihtiyati tedbirlerin aynı olabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak öğretide, ihtiyati tedbirin amacının geçici bir hukuki koruma olduğu gerekçesiyle araçların veya malların imhası şeklinde bir ihtiyati tedbire karar verilemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰¹. Yine aynı gerekçelerle SMK hükmünde düzenlenen ihtiyati tedbir kararlarının da bu çerçevede yorumlanması gerekir⁵⁰². Örneğin küçük düşürücü karşılaştırma içeren bir reklam kampanyasına ilişkin olarak billboardların toplanmasına ya da dağıtımının durdurulmasına karar verilebilir ancak davalının haklı görülebileceği ihtimali göz önüne alınarak bunların imhasına karar verilmemelidir⁵⁰³.

İhtiyati tedbir talebinde, talep edenin davanın esas yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi aranır (HMK m. 390/3). TTK hükmünde buna ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. SMK hükmünde ise ihtiyati tedbir talep edilebilmesi için dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat şartı öngörülmüştür. Öğretide, SMK'deki bu ispat olgusunun HMK'deki düzenlemeye paralel olarak yaklaşık ispat olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰⁴. Başka bir ifadeyle, markanın izinsiz olarak kullanıldığının veya kullanılması için ciddi çalışmalar yapıldığının yaklaşık olarak gösterilmesi, ihtiyati tedbir için yeterli görülmelidir. *Tekinalp* MarKHK m. 76 (SMK m. 159/1) hükmündeki ispat olgusunun HUMK m. 103 (HMK m. 389) hükmündeki "*tehrinde tehlike olan veya mühim*

⁵⁰⁰ KAYA, *Marka Hukuku*, 599.

⁵⁰¹ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 471; BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 230.

⁵⁰² KAYA, *Marka Hukuku*, 599.

⁵⁰³ BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, 230.

⁵⁰⁴ KAYA, *Marka Hukuku*, 597. Arkan, MarKHK hükmündeki ispatı tam ispat olarak anlamamak gerektiği, mahkemenin tedbir isteyen haklının bulunduğu ikna olmasının yeterli olduğu görüşündedir. ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:227.

bir zarar olacağı anlaşılabilir” ölçütüne göre daha hafif olduğu görüşündedir⁵⁰⁵. Yazara göre markanın kullanıldığı veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığının ispatı yeterlidir, ayrıca tehlike ve mühim zararın ispatı gerekmez.

Gümrüklerde el koyma tedbirine hem SMK’de (m. 159/2-b) hem de TTK’de (m. 61/4) ayrıca yer verilmiş olup karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana gelecek marka hakkı ihlallerinde el koyma tedbirinin uygulanması mümkün olmadığından bu tedbire ayrıca değinilmemiştir.

3.6.2.7. Tazminat Davası

3.6.2.7.1. Genel Olarak

Markası hukuka aykırı şekilde karşılaştırmalı reklamda kullanılan hak sahibi, marka hakkı veya haksız rekabet korumasına başvurması fark etmeksizin tazminat talebinde bulunabilir. SMK’de maddi ve manevi tazmin talebinde bulunulabileceği (SMK m. 149/1-ç), TTK’de ise kusur varsa zarar ve ziyanın tazmininin istenebileceği (TTK m. 56/1-d) kişinin (SMK’de hakkı tecavüze uğrayan, TTK’de ise zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşan) talep edebileceği hususlar arasında sayılmıştır. SMK’de ayrıca tecavüz sayılan fiilleri işleyenlerin hak sahibinin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmış (SMK m. 150/1) olup marka sahibi, belirli şartların varlığı hâlinde maddi ve manevi tazminat taleplerinin yanında itibar tazminatı da talep edebilmektedir (SMK m. 150/2).

SMK’de maddi tazminatın içinde yer alan yoksun kalınan kazanç talebi detaylı bir şekilde ayrıca düzenlenmiş (SMK m. 151), TTK’de ise tazminat olarak hâkimin haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebileceği hüküm altına alınmıştır (TTK m. 56/1). TTK’deki bu talep, yalnızca mağdurun uğradığı zararın giderilmesi sonucunda haksız rekabet gerçekleştirenin bu zararı aşan kazançtan yararlanamaması gerektiği prensibine dayanmaktadır⁵⁰⁶. Öğretide

⁵⁰⁵ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 514.

⁵⁰⁶ ÖRS, *Haksız Rekabet*, 97; KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 470; ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 369. *Karayalçın*, bu hükmün haksız fiilde tazminatın medeni ceza vasfını teyit ettiği görüşündedir. Bkz. KARAYALÇIN, *age*, 471.

bu hükmün tazminat hesaplama yöntemi olduğunu ileri sürenler olsa da⁵⁰⁷ bizim de katıldığımız görüşe göre bu hükmün kaynağı TBK m. 530 hükmünde düzenlenen vekaletsiz iş görme olduğundan bu hüküm yoluyla menfaat devri talep edilebilmesi için haksız rekabetin bir başkasına ait işin görülmesi suretiyle gerçekleşmesi gerekir⁵⁰⁸. Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana getirilen haksız rekabet hâlleri, bir başkasının işinin görülmesi suretiyle meydana gelmediğinden bu hükmün konumuz açısından gündeme gelmeyeceği kanaatindeyiz.

3.6.2.7.2. Tecavüzün Tespiti

Tazminat talebi genel sorumluluk hukukuna tâbi olduğundan, tercih edilen koruma yolu (marka hukuku veya haksız rekabet hukuku) fark etmeksizin tazminat talebi için aranan şartlar bakımından genel hükümler geçerlidir. Demek oluyor ki, hak sahibinin mütecavizden tazminat talebinde bulunması hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığını gerektirir (TBK m. 469)⁵⁰⁹. Tazminatın doğumu için aranan şartlar genel hükümlere tabi olmakla birlikte bu şartlar karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana gelebilecek marka hakkı ihlalleri açısından incelenmeye çalışılmıştır.

Marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat talebinde bulunulabilmesi için öncelikle marka hakkına tecavüz teşkil eden bir fiil mevcut olmalıdır. Mülga MarKHK'de marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran ile taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişinin tazminat sorumluluğundan bahsedilmiştir (m. 64). SMK'de ise sınai mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiili işleyen kişilerin hak sahibinin zararını gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir (m. 150/1)⁵¹⁰. Tazminat sorumluluğunu düzenleyen bu hükümler arasındaki fark dikkat çekmektedir. Mülga MarKHK'de tazminat sorumluluğu yalnızca

⁵⁰⁷ Öğretide *Arkan* bu hüküm ile davacının haksız rekabet sebebiyle uğramış olduğu zarar miktarını ispat etmek yükümlülüğünden kurtarıldığı görüşündedir. Ayrıca yazar, bu talep ile yoksun kalınan kazancın birlikte ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 369.

⁵⁰⁸ NOMER ERTAN, 427; ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 276. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin haksız rekabette uygulanma alanına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ece BAŞ SÜZEL, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Menfaat Devri Yaptırımı*, 2. bs., 2023, 312 vd.

⁵⁰⁹ Kusur sorumluluğunun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 594 vd.; OĞUZMAN ve ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2:11 vd.

⁵¹⁰ *Karayalçın* tazminat sorumluluğunu düzenleyen hükmün TTK'deki haksız rekabete ilişkin davaları düzenleyen madde hükmünün tekrarı niteliğinde olduğu ve bu nedenle zaruri bir hüküm olmadığı kanaatindeyiz. KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 434.

madde hükmünde sayılan fiilleri gerçekleştiren kişiler ile sınırlanmıştır. SMK'deki hükümde ise tecavüz sayılan fiili işleyen kişilerin sorumlu olduğu belirtilerek markanın taklit yoluyla ihlali dışındaki tecavüz eylemleri de kapsama alınmıştır. Tazminat sorumluluğuna ilişkin SMK hükmünde yer verilen ifadelerin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira marka hakkına tecavüz hâli yalnızca mülga MarKHK m. 64 hükmünde sayılan fiiller suretiyle meydana gelmez. Markayı m. 7 hükmünde belirtilen biçimlerde kullanmak da marka hakkına tecavüz sayılmaktadır (SMK m. 29/1-a).

Haksız rekabet hükümleri kapsamında açılacak maddi tazminat davası için ise TTK'nin 54 ve 55'inci maddeleri kapsamına giren fiillerin söz konusu olması durumunda hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü TTK'nin haksız rekabet düzenlemeleri dürüstlük kuralına aykırılık rejimine oturtulmuş olup genel olarak hakkın kötüye kullanılması suretiyle zarar verme hâlinde de haksız fiilden bahsedilir⁵¹¹. Gerçekten de TBK m. 49/2 hükmünde zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin de bu zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

TTK'de zararın tazminine ilişkin hükümde kusur açıkça belirtilmiş olmasına rağmen SMK'nin tazminata ilişkin hükümlerinde kusurdan söz edilmemektedir. Ancak bu durum tazminat talebinde kusurun aranmayacağı anlamına gelmeyecektir. Zira marka hakkına tecavüz bir haksız fiil olduğundan haksız fiile ilişkin koşulların aranması gerekir. Bilindiği üzere haksız fiil sorumluluğunda ise kusur sorumluluğu esastır⁵¹². Diğer bir ifadeyle kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek ancak bunun açıkça düzenlenmesi hâlinde mümkündür. SMK'de ise kusursuz sorumluluğa açıkça işaret eden herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu husus mülga MarKHK döneminde tartışma konusu olmuştur. MarKHK m. 64 hükmünün ilk fıkrasında kusurdan söz edilmezken ikinci fıkrasında kusurun belirtilmesi bahis konusu tartışmaların temelini oluşturmuştur. Öğretideki baskın görüş, ilk fıkrada kusurdan bahsedilmemesinin kusursuz sorumluluğu kabul etmeyi gerektirmediği, bu nedenle bu fıkradaki eylemlere ilişkin de kusurun varlığının aranacağı yönündeydi⁵¹³. SMK'de ise madde hükmünün gerekçesinde

⁵¹¹ ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 263.

⁵¹² OĞUZMAN ve ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2:11.

⁵¹³ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:241; DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 307; Hamdi YASAMAN, "Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar" içinde *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 9; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 125; UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 333. *Tekinalp* aksine ikinci fıkrada kusur açıkça belirtilirken

belirtildiği üzere tazminat hukukunun genel prensibinin kusur olması nedeniyle tazminatı düzenleyen madde metninde kusur kelimesi kullanılmamıştır⁵¹⁴. Böylece kusursuz sorumluluk öngörülmediği açıklığa kavuşmuş ve öğretideki tartışmalar temelsiz kalmıştır. Belirtelim ki tazminat sorumluluğunun doğması için tecavüz eyleminin kusurlu şekilde gerçekleştirilmesi yeterlidir, eylemin kast veya ihmal ile gerçekleştirilmesi farklılık yaratmaz. Ancak kusurdaki bu farklılık tazminatın belirlenmesine etki edecektir.

Mütecavizin tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için marka hakkı sahibinin zarara uğraması gerekir. Zira tazminat sorumluluğu zararın giderilmesi amacıyla yönelik bir yükümlülüktür (TBK m. 49/1). Bu zarar, marka sahibinin mal varlığında meydana gelebileceği gibi manevi bütünlüğünde de kendini gösterebilir. Marka sahibinin tecavüz fiili nedeniyle başvurduğu hukuki yolların masrafları maddi zarara, markasının isim soy isminden oluşması veya başka bir şekilde markası ile kişiliği arasında sıkı bir bağ olması nedeniyle kişilik haklarında meydana gelen azalma manevi zarara örnektir. Marka hukukuna özgü bir zarar kalemi olarak markanın itibarında meydana gelen zarar da mütecavizin tazminat sorumluluğunu doğurur (SMK m. 150/2). Markanın yer verildiği karşılaştırmalı reklamın özellikle bu markaya yönelik kötüleme veya aşağılama içermesi hâlinde ortaya çıkacak haksız rekabet nedeniyle markanın itibarının zarar görmesi mümkündür. İşte bu şekilde markanın itibarında meydana gelen zarar da SMK anlamında mütecavizin tazminat sorumluluğunun doğması için yeterlidir.

Son olarak tecavüz fiili ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır. Hukukumuzda kabul edilen uygun illiyet bağı teorisine göre eylem hayatın olağan akışına göre sonucu meydana getirmeye elverişli ise eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır⁵¹⁵. Marka hakkına yönelik tecavüz eylemi ile zarar arasındaki bağın tespitinde de bu husus dikkate alınmalıdır. Marka hakkına tecavüz edenin davranışı hâlin olağan akışına göre hak sahibinin zarara uğramasına uygunsa illiyet bağının mevcut olduğu söylenebilir⁵¹⁶.

ilk fıkrada belirtilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu, bu nedenle ilk fıkrada düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu görüşündedir. TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 500.

⁵¹⁴ SMK m. 150 hükmü gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: "... Tazminat hukukunun genel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle önceki düzenlemelerde yer alan kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülmüş ve metinde kusur kelimesine yer verilmemiştir. ..."

⁵¹⁵ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 621 vd.; OĞUZMAN ve ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2:45.

⁵¹⁶ GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 499; YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 3*, 3:3055; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 207; TAŞKIN, *Tazminat Davaları*, 131.

3.6.2.7.3. Tazminatın Belirlenmesi

Zararın ve tazminatın tespiti birbirinden farklıdır, ikisinin aynı miktara eşit olması gerekmez. Sorumluluk hukukunun temel amacı zarar görenin zararının giderilmesi olduğundan⁵¹⁷ tespit edilen zarar, tazminatın en üst sınırını oluşturacaktır⁵¹⁸. Dolayısıyla tecavüz sonucu hükmedilebilecek tazminat miktarı en fazla uğranılan zarar kadar olabilir. SMK m. 151 hükmünde yoksun kalınan kazanç miktarının hesaplanmasına yönelik detaylı düzenlemeler yer almaktadır. Bunun dışındaki diğer zarar kalemlerinin hesaplanmasına ilişkin ise özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple yoksun kalınan kazanç dışındaki diğer zarar kalemlerinin hesaplanmasında kıyas yoluyla TBK hükümleri uygulanacaktır. Öğretide TTK uyarınca dava açarak yoksun kalınan kazancın talep edilmesi durumunda da SMK'nin yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik hükümlerin kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiştir⁵¹⁹.

Tecavüz eyleminin kast veya ihmal ile gerçekleştirilmesi tazminat sorumluluğunun doğmasında önemli değilse de tazminatın belirlenmesine etki edecektir⁵²⁰. Kasıttaki kişi hukuka aykırı sonuca isteyerek ulaşırken, ihmal sonucun meydana gelmemesi için gerekli özenin gösterilmemesi, hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradenin yeterince kullanılmamış olmasıdır⁵²¹. Kusur somut olaya göre yapılacak değerlendirmeye göre belirlenecektir⁵²². Bu sebeple kast veya ihmali davranışlara değişmez kriterler konulması ve genel geçer örnekler verilmesi mümkün değildir.

Tacirlerin TTK m. 18/2 ile düzenlenen kanuni bir özen yükümlülükleri bulunmaktadır. Marka hakkının ihlali sonucunu doğuran karşılaştırmalı reklamı yapan kişinin tacir olması durumunda bu kişinin basiretli bir tacir gibi davranma sorumluluğu göz önünde bulundurulmalıdır⁵²³. Çünkü tacirlerin bu sorumluluğu onun bütün ticari faaliyetleri için geçerli olup söz konusu özen haksız fiillerde de beklenmektedir⁵²⁴. Bu haseple tacirlerin haksız rekabete ilişkin alacakları önlemler de bu özen ölçüsüne göre

⁵¹⁷ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 592.

⁵¹⁸ OĞUZMAN ve ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2:114.

⁵¹⁹ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 421; ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 272.

⁵²⁰ Fatih AYDIN, "Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* c. 30, sy. 133 (2017): 522; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 174.

⁵²¹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 659 vd.

⁵²² EREN, 662; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 474.

⁵²³ ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 266; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 200.

⁵²⁴ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, 218.

değerlendirilmelidir⁵²⁵. Bu kişilerin gerçekleştireceği tecavüz eylemlerine ilişkin kusur değerlendirmesi bahse konu yükümlülüğe göre yapılmalıdır. Söz gelimi bir işletme, başka bir firmanın ambalajını taklit etmek amacıyla kendisine getirilen örneğe uygun kalıplar hazırlayarak bu ambalajları üretilip çoğaltırsa, TTK m. 18/2 hükmü uyarınca basiretli bir iş insanı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırı davranmış olur⁵²⁶.

3.6.2.7.4. Maddi Tazminat

Maddi zarar kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır⁵²⁷. Markasına haksız rekabet oluşturacak şekilde karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen hak sahibi, söz konusu eylem nedeniyle malvarlığında meydana gelen zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak zarara uğrayan hak sahibi, zararını ispatlamakla yükümlüdür (TBK m. 50/1). Yargıtay marka hakkına tecavüz iddiası ve tazminat talebini içeren davada, davacının zararını kanıtlayan delil sunulmamış olmasına rağmen tazminata hükmedilmesini doğru bulmamış ve yerel mahkeme kararını bozmuştur⁵²⁸. Denebilir ki karşılaştırmalı reklam yoluyla hak ihlaline uğrayan hak sahibi zararını, ispatlayabildiği ölçüde tazmin edebilecektir. Ancak ispat yükü zarar görenin üzerinde olsa da zararın tam olarak ispat edememesi durumunda hâkimin TBK m. 50/2 hükmü gereği zararın miktarını hakkaniyete göre belirleme yetkisi bulunmaktadır⁵²⁹. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, zarar görenin kesin delil sunamasa da zararın varlığı ve miktarı konusunda kanaat oluşturabilecek olgu ve olayları ortaya koyması gerekir⁵³⁰.

Fiili zarar, eylem nedeniyle kişinin malvarlığında meydana gelen net azalma olup bu azalma malvarlığının aktif kısmında azalma veya pasif kısmında artma şeklinde gerçekleşebilir⁵³¹. Tecavüz nedeniyle piyasada oluşan karışıklığını gidermek amacıyla marka sahibi tarafından başvuru ilan ve reklam gibi yöntemlerin masrafları, tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar ve dava masrafları fiili zarar kapsamındadır⁵³². Yargıtay da *Tekinalp*'e atıfla fiili zararın pazar kaybı ve telafi masrafını (promosyon, kalıp, ambalaj

⁵²⁵ Tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü hakkında bkz. KARAYALÇIN, 218 vd.; ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 155 vd.; ÜLGEN vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 268.

⁵²⁶ 11. H.D. 17.12.2009 t. 2008/8479 E. 2009/13059 K. (www.lexpera.com.tr)

⁵²⁷ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 600; OĞUZMAN ve ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2:39.

⁵²⁸ 11. H.D. 24.11.2007 t. 2006/11276 E. 2007/14587 K. (www.corpus.com.tr)

⁵²⁹ Bu hükmün marka hakkına tecavüz hâlinde de geçerli olduğu kabul görmektedir BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 179. ve orada anılan kararlar.

⁵³⁰ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 815.

⁵³¹ EREN, 605; OĞUZMAN ve ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2:41; ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 269.

⁵³² TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 501; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 474.

değiştirme, imaj yenileme/hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları gibi) kapsadığını içtihat etmiştir⁵³³.

Marka hakkı karşılaştırmalı reklamlar yoluyla tecavüze uğrayan marka hakkı sahibinin zararı, fiili zarar ile sınırlı değildir. Hak sahibi tecavüz eylemi nedeniyle söz konusu haksız rekabet olmasaydı elde edeceği kazancından da olmaktadır. İşte bu zarar kalemi yoksun kalınan kazancı ifade eder. Yoksun kalınan kazançta kişinin malvarlığında meydana gelecek veya meydana gelme ihtimali yüksek olan artış kısmen veya tamamen önlenmektedir⁵³⁴. Örneğin alınan siparişin haksız rekabet teşkil eden fiil sonrası iptal edilmesi durumunda yoksun kalınan bir kazanç söz konusudur⁵³⁵. Karşılaştırmalı reklam yoluyla meydana gelen marka hakkı ihlalinde çoğu zaman marka cismani zarara uğramasa da eylem markanın değerinin düşmesine sebebiyet verdiği için yoksun kalınan kazanç, marka hakkına tecavüz özelinde önem teşkil etmektedir⁵³⁶.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanması için söz konusu hususun ortaya konularak bu kazancın ispatı zorludur. Çünkü bu hesaplama, fiili zararda olduğu gibi somut olgulara değil varsayıma dayanmaktadır. Hesaplamadaki bu zorluklar yoksun kalınan kazanç ve bunun hesaplanmasına ilişkin detaylı hükümler içeren SMK m. 151 hükmüyle azaltılmıştır⁵³⁷. Tekraren belirtelim ki öğretide, TTK'nin haksız rekabet hükümleri uyarınca açılacak yoksun kalınan kazancın talebini içeren tazminat davalarında SMK'nin bu hükmünün kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir⁵³⁸. Hükme göre yoksun kalınan kazanç;

- a) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelire,
- b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç,

⁵³³ "556 sayılı KHK'nin 62/1-(b) bendi uyarınca ... tazminata hükmedilmiştir. Söz konusu maddede açıklanan fiili zarar, mal veya hizmet piyasasında pazar payı kaybı ile bunun telafi edilmesi için yapılan masrafları (promosyon, kalıp, ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları vb.) ifade eder." 11. H.D. 24.11.2007 t. 2006/11276 E. 2007/14587 K. (www.corpus.com.tr)

⁵³⁴ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 606; OĞUZMAN ve ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2:41.

⁵³⁵ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 421.

⁵³⁶ UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 204.

⁵³⁷ AYDIN, "Marka Hukukunda Tazminat", 545.

⁵³⁸ NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 421; ERDİL, *Haksız Rekabet Hukuku*, 272.

- c) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplanabilir (SMK m. 151/2).

SMK uyarınca yoksun kalınan kazancını talep edecek hak sahibi, bu hükümde yer alan hesaplama usulleri arasından seçim yapmak zorundadır. Başka bir ifadeyle belirtilen yöntemlerden yalnızca biri seçilebilir ve bunların dışında bir usulün seçilmesi de mümkün değildir⁵³⁹. Yoksun kalınan kazanç talebini içeren tazminat davası açılırken tercih edilen yöntemin belirtilmesi önem arz etmektedir. Eğer bu yöntem belirtilmiyorsa, bu hususun mahkeme tarafından açıklanması gerekir⁵⁴⁰. Yargıtay'ın davacı tarafından seçilen usulün belirtilmemesi nedeniyle tazminatın hesaplanmadığı mahkeme kararını hukuka aykırı bularak bozduğu birden çok kararı bulunmaktadır⁵⁴¹. Öğretide davacının bu konuda suskun kalması hâlinde zarar görene en iyi giderim olanağını sağlayan talep sebebine göre karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁴². Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre mahkeme seçimi re'sen yapamayacak olup yöntemin davacı tarafça belirlenmesi gerekir⁵⁴³. Hâkimin davacı yerine geçerek yöntemlerden birini seçmesi taraflarca getirilme ve taleple bağlılık ilkesine aykırı görünmektedir. Çünkü hâkim tarafların söylemediği bir şeyi dikkate alamayacak olup davacının talebinden başka bir şeye de karar veremez (HMK m. 25 ve m. 26). *Yasaman* davacı tarafından herhangi bir ayırım yapmaksızın sadece maddi tazminat talebinde bulunulması durumunda (a) bendindeki hak sahibinin elde edeceği gelirin hesabı yönteminin genel kural olması, diğer benttekilerin ise özel durumlar içinde değerlendirilmesi gerektiğinden⁵⁴⁴ (a) bendindeki seçeneği seçildiğinin kabul edilmesi gerektiği görüşündedir⁵⁴⁵. Kanaatimize göre de seçilen yöntemin hâkim tarafından açıklama istenmesine rağmen belirtilmemesi durumunda, hesaplama yönteminin hâkim tarafından seçilmesi taraflarca getirilme ilkesi

⁵³⁹ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:248; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 501; YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 2*, 2:3094; AYDIN, "Marka Hukukunda Tazminat", 545.

⁵⁴⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 1013. Hâkim, uyumsuzluğun aydınlatılması için zorunluysa maddi veya hukuki olarak belirsiz gördüğü hususlar hakkında taraflardan açıklama yapmasını isteyebilir (HMK m.31). Madde hükmünde "açıklama yaptırabilir" ifadesi bulunsa da bunun hâkimin davayı aydınlatması için ödev olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Hakan PEKCANITEZ, *Medenî Usûl Hukuku*, 12. bs. (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2024), 194.

⁵⁴¹ 11. H.D. 07.03.2002 t. 2001/10185 E. 2002/2000 K., 11 H.D. 07.02.2006 t. 2006/122 E. 2006/1085 K., 11. H.D. 11.12.2017 t. 2016/5105 2017/7068 K., 11 H.D. 25.03.2004 t. 2003/8468 E. 2024/2076 K. (www.corpus.com.tr ve www.lexpera.com.tr)

⁵⁴² UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 207.

⁵⁴³ YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 3*, 3:3097.

⁵⁴⁴ YASAMAN, "Davalar", 324.

⁵⁴⁵ YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 3*, 3:3099.

gereğince uygun olmadığından, yoksun kalınan kazancın hesabında temel yöntem olan (a) bendindeki yöntemin seçilmesi en uygun çözüm yoludur.

Hesaplama yöntemini seçen hak sahibinin dava sırasında seçtiği bu yöntemi değiştirip değiştirmeyeceği de öğretide tartışma konusu olmuştur. *Arkan*, davacının seçtiği yöntemi değiştirebilmesinin mümkün olması gerektiğini belirtmektedir⁵⁴⁶. Seçilen yöntemin değiştirilebileceğini savunan yazarlar HMK m. 107 hükmünde düzenlenen belirsiz alacak davasının buna imkân tanıdığı görüşündedir⁵⁴⁷. Gerçekten de alacağın belirlenmesi imkansızsa veyahut davacıdan bunun belirlenmesi beklenemiyorsa asgari bir miktar veya değer belirtilerek dava açılabilir, bu değer veya miktarın belirlenebilmesi mümkün olduğunda iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilecektir (HMK m. 107). Bir diğer görüş ise SMK m. 151 hükmündeki yöntemlerden birinin seçimi yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan bu seçimin değiştirilemeyeceğine ilişkindir. Bu görüşe göre SMK m. 151 hükmündeki yöntemlerden birinin seçimine ilişkin değişiklik ancak ıslah ile veya karşı tarafın muvafakati ile mümkündür⁵⁴⁸.

Yargıtay davacının hesaplamasının lisans bedeline ilişkin (c) bendine göre yapılması talebinde bulunduğu ancak daha sonra bu yöntemden vazgeçerek (a), (b) ve (c) bentlerine göre yapılacak inceleme sonucunda lehe olacak tazminata hükmedilmesini talep ettiği bir davada, bu talebin karşı tarafın muvafakati olmaksızın değiştirilemeyeceği ve ıslah sureti ile de bir diğer yöntemle dayanılmadığından (c) bendinde belirtilen yöntem dışında bir yöntemle dayanılarak maddi tazminata hükmedilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁴⁹. Ancak Yargıtay yakın bir tarihte bu yöntemin seçilmesiyle seçimlik hakkın kullanıldığını ve seçilen bu yöntemin ıslahla dahi değiştirilemeyeceğini içtihat etmiştir⁵⁵⁰.

Öğretide davanın terditli olarak da açılacağı belirtilmektedir⁵⁵¹. Ancak Yargıtay güncel tarihli bir kararında, davacının zararının SMK m. 151/1-b hükmündeki yöntem ile, ancak bu şekilde hesaplama yapılması maddi yönden imkansızlaşırsa terditli olarak lisans

⁵⁴⁶ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:245.

⁵⁴⁷ ARKAN, 2:245; ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 127; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 210.

⁵⁴⁸ YASAMAN, "Davalar", 325; YASAMAN, "Tazminat Talepleri", 5; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 1013; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 484.

⁵⁴⁹ 11 H.D. 27.02.2012 t. 2010/10672 E. 2012/2762 K. (www.lexpera.com.tr) Aynı yönde bu yöntemlerden birinin seçilmesiyle seçimlik hak kullanıldıktan sonra sadece ıslah ile değiştirilebileceğine ilişkin bkz. 11. H.D. 01.03.2018 t. 2016/7907 E. 2018/1598 K. (www.lexpera.com.tr)

⁵⁵⁰ 11. H.D. 27.11.2024 t. 2024/145 E. 2024/8378 K. (www.lexpera.com.tr)

⁵⁵¹ YASAMAN, "Davalar", 324.

bedeline göre belirlenmesini talep ettiği davada seçimlik hakların bir kez ve net olarak kullanıldığı ve terditli olarak ileri sürülemeyeceği değerlendirilmesini yaparak lisans bedeline göre tazminat hükmeden yerel mahkeme kararını bozmuştur⁵⁵².

3.6.2.7.5. Manevi Tazminat

Türk hukukunda kabul gören sübjektif görüşe göre manevi zarar kişinin iradesi dışında kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmedir⁵⁵³. İşte markası haksız rekabet oluşturan karşılaştırmalı reklamlarda kullanan hak sahibi, manevi zararının tazminini de isteme hakkına sahiptir⁵⁵⁴. Bu tazminat türü, SMK⁵⁵⁵ ve TTK'de detaylı şekilde düzenlenmediğinden manevi tazminata ilişkin genel hükümler (TBK m. 58) geçerli olacaktır. Bu anlamda kişinin manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için zararının kişilik hakkının zedelenmesi suretiyle ortaya çıkması gerekir.

Manevi tazminat, marka hukuku açısından tecavüz fiili nedeniyle marka sahibine duyulan güvenin veya itibarının azalması sonucu marka sahibinin ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır⁵⁵⁶. Tecavüz eylemi sonucunda markanın ayırt ediciliğinin veya tanınırlılığının azalması, marka değerinin olumsuz etkilenmesi⁵⁵⁷, markanın aynının ya da benzerinin düşük kaliteli mallarla ilgili ya da istenmeyen bağlantılar kuracak şekilde kullanılması⁵⁵⁸ hâllerinde manevi tazminat gündeme gelebilir. Markanın isim ve soy isminden oluşması gibi nedenlerle marka sahibi ile markası arasında güçlü bir bağ olması veya markası ile şahsı arasındaki ilişkinin sıkı olduğu durumlarda piyasada oluşan yanlış algının doğrudan kişiliği üzerinde doğması gibi durumlarda da manevi zarar gündeme gelebilir. Manevi zararın varlığı için değişmez kurallar öngörülmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü bu

⁵⁵² 11. H.D. 09.09.2024 t. 2023/4175 E. 2024/6167 K. (www.lexpera.com.tr)

⁵⁵³ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 611.

⁵⁵⁴ Tüzel kişilerin de manevi tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin bkz. ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:249; DİRİKKAN, *Tanınmış Marka*, 308; NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 431.

⁵⁵⁵ SMK'de manevi tazminata ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından SMK m. 150 hükmündeki "tazminat" ifadesinin hem maddi hem manevi tazminatı kapsar şekilde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 3*, 3:3055.

⁵⁵⁶ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 504; KARASU, SULUK ve NAL, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 413; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 182. Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. 11. H.D. 06.02.2001 t. 2000/9741 E. 2001/888 K. (www.corpus.com.tr)

⁵⁵⁷ ÇAĞLAR, *Marka Hukuku*, 130.

⁵⁵⁸ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1998, 2:249.

zarar, somut olayın koşullarına göre, marka sahibinin kişilik değerlerinde azalma meydana gelip gelmediğine göre değerlendirme gerektirir.

Yargıtay tarafından marka ve sahibi arasında bağlantı aranmamakta olup markanın imajına verilen zararın aynı zamanda marka sahibinin manevi ticari varlığında kayba neden olduğu, hatta tecavüz eyleminin sabit olmasının kendiliğinden manevi tazminata hak kazandıracağı kabul edilmektedir⁵⁵⁹. Ancak bu durum genel hükümlere uygun bir yaklaşım değildir⁵⁶⁰. Çünkü TBK m. 58 hükmü gereği manevi tazminat talep edebilmek için talep sahibinin kişilik değerlerinde bir azalma meydana gelmelidir⁵⁶¹. Her marka hakkına tecavüz hâlinde de marka sahibinin kişilik değerlerinin etkilendiğini söylemek doğru olmaz.

3.6.2.8. İtibar Tazminatı

SMK m. 150/2 hükmünde sınai mülkiyet hakkına tecavüz durumunda bazı şartların varlığı hâlinde hakkın itibarının zarara uğraması durumunda hak sahibinin ayrıca bir tazminat talep edebileceği düzenlenmektedir. Bu madde hükmünde düzenlenen tazminat, itibar tazminatıdır. Bu hükme göre “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle ayrıca tazminat istenebilir.*” Belirtilmelidir ki bu tazminat türü, SMK korumasına özgü olup TTK’de düzenlenmemiştir.

İtibar “*saygınlık, borç ödemede güvenilir olma durumu, kredi*” anlamına gelmektedir⁵⁶². Marka itibarı ise markanın tüketici üzerinde oluşturduğu güven ve saygınlık duygusunu ifade eder⁵⁶³. Marka itibarı yaratmanın elbette ki maliyeti vardır. Tecavüz sonucunda marka sahibinin emek, zaman ve maddi güç harcayarak elde ettiği marka imajı zedelenmekte, bu imajın eski hâline getirilmesi için yapılması gereken yeni bir maliyet

⁵⁵⁹ Örneğin 11. H.D. 02.03.2020 t. 2019/4246 E. 2020/2188 K.; 11.H.D. 02.04.2013 t. 2012/7679 E. 2013/6613 K.; 11. H.D. 10.05.2011 t. 2009/10285 E. 2011/5659 K. (www.lexpera.com.tr ve <https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

⁵⁶⁰ Aynı yönde bkz UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 225.

⁵⁶¹ EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 611.

⁵⁶² <https://sozluk.gov.tr/>

⁵⁶³ Bilge AYTUĞAR ve Sultan KÜÇÜK, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 11, sy. 1 (2020): 111.

doğmaktadır. İşte itibar tazminatı, tecavüz eylemi nedeniyle meydana gelen bu zararı konu edinir. Marka hakkına tecavüz edilen marka sahibi koşulların⁵⁶⁴ var olması şartıyla mütecevizden bu zararın giderimini isteyebilir. Örneğin ürünler kaliteli olsa bile marka sahibinin tercih etmeyeceği işporta veya pazar sergisi gibi satış kanallarının kullanılması da itibar tazminatına hak kazandırabilir⁵⁶⁵. Ayrıca bu tazminatı talep edebilmek için marka hakkı sahibinin itibarının zarar görmesi gerekmez⁵⁶⁶, markanın itibarının zarar görmesi yeterlidir. Ayrıca itibar tazminatının yalnızca tanınmış marka sahibi tarafından talep edilebileceği düşünülebilirse de tanınmış marka dışındaki markaların da itibarının zarar görmesi mümkündür. Markanın itibarı, onun tanınmışlığına bağlı bir husus değildir. Bu nedenle tanınmışlık düzeyi ne olursa olsun her markanın sahibi, itibar tazminatı talep edebilir⁵⁶⁷. Ancak markanın tanınmış olması hâlinde bu markanın tüketici kitlesi tarafından daha çok biliniyor olması nedeniyle itibarının zarara uğraması daha muhtemeldir, bu nedenle de itibar tazminatının tanınmış markalar için daha çok önem arz ettiğini söylemek yanlış olmaz.

Yargıtay'ın itibar tazminatına ilişkin verdiği bir kararda şu ifadeler yer almıştır: “*Markanın itibarı kavramı, marka ile inşa edilen imajı ifade etmektedir. Zira imaj ve güven oluşturmanın bir maliyeti vardır. İtibar zararı ise inşa edilen veya edilmekte olan imajın zedelenmesi nedeniyle doğan zarardır. İtibar tazminatı belirlenirken, bir taraftan imaj inşası için gerçekleştirilen giderlerden hareket ederek zararın giderilmesi için yapılması gereken (reklam kampanyası gibi) giderleri dikkate almalı, diğer taraftan da itibar kaybının manevi yönünü göz önünde tutulmalıdır.*”⁵⁶⁸

Maddi tazminat uğranılan maddi zararı, manevi tazminat ise kişide meydana gelen elem, acı ve ızdırabı gidermeye yönelikken itibar tazminatında markanın itibarının gördüğü zararın tazmini amaçlanır. Bu anlamda itibar tazminatı maddi ve manevi tazminattan

⁵⁶⁴ Hakka konu ürün veya hizmetin tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi veya uygun olmayan bir tarzda piyasa sürülmesi ve bu eylemler sonucu marka hakkının itibarının zarara uğraması (SMK m. 150/2)

⁵⁶⁵ GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 514.

⁵⁶⁶ YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 2*, 2:1182; AYTUĞAR ve KÜÇÜK, “İtibar Kaybı Tazminatı”, 117; KAYA, *Marka Hukuku*, 585.

⁵⁶⁷ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 508; GÜNEŞ, *Marka Hukuku*, 515; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 223; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 189. Öğretide Çolak ise, itibar tazminatına ilişkin düzenlemede markanın kalite ve güven imajının korunmasının amaçlandığını belirterek, bu tazminatın ancak tanınmış ve kalite sembolü hâline gelmiş markalar için geçerli olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 1067.

⁵⁶⁸ 11. H.D. 05.05.2016 t. 2015/8175 E. 2016/5114 K. (www.corpus.com.tr)

farklı olup onlardan bağımsız olarak da talep edilebilir⁵⁶⁹. İtibar tazminatının niteliği öğretide tartışma konusu olmuştur. Bir görüş itibar tazminatının manevi tazminat niteliğinde olmadığını ileri sürerken⁵⁷⁰ diğer görüş itibar tazminatını maddi ve manevi tazminatın unsurlarını taşıyan bir tazminat olarak görmektedir⁵⁷¹. Gerçekten de zarar gören itibarın yeniden eski hâline getirilmesi bakımından maddi, itibarın zarar görmesi sonucunda hak sahibinin manevi zararına yol açabilecek olması nedeniyle manevi tazminat ile yakından ilgilidir. Her ne kadar bu tazminat markanın itibarında meydana gelen maddi ve manevi olumsuz sonuçların giderilmesini amaçlasa⁵⁷² da doğrudan hak sahibinin kişilik değerlerinde meydana gelen azalmanın telafisi amacına yönelik olmadığından itibar tazminatının manevi tazminat niteliği taşımadığı görüşüne katılıyoruz. Yargıtay da marka hakkına tecavüzün tespiti, maddi, manevi tazminat ve itibar tazminatı istemlerine ilişkin davada, davacının davalıya karşı birden fazla istemini aynı dava içerisinde ileri sürebileceğini belirtmek suretiyle itibar tazminatının maddi ve manevi tazminattan bağımsız ayrı bir tazminat türü olduğunu kabul etmiştir⁵⁷³. Öğretide *Yasaman* ise tecavüz sonucunda marka değerinin olumsuz etkilenmesi hâlinde belirlenebilir bir zararın söz konusu olduğu, itibara yönelik saldırıların marka değerini etkileyerek malvarlıksal bir zarar yarattığı ve bu nedenle manevi zarardan söz edilemeyeceğini belirtmekte ve markanın itibarına verilen zararın fiili zarar içinde değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır⁵⁷⁴. Ayrıca yazar bu tazminat türünün gidermeyi amaçladığı zararın maddi zarar içinde yer almasından dolayı ayrı bir hükümde düzenlenmesini gereksiz bulmaktadır.

İtibar tazminatının talep edilebilmesi için hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarının zarara uğraması gerekir (SMK m. 150/2). Şu demek ki, bu tazminatın talebi için marka hakkına tecavüz fiilinin yanında markanın kötü ya da uygun olmayan

⁵⁶⁹ İtibar tazminatının maddi ve manevi tazminat taleplerinden ayrı olarak talep edilebilmesine bağlı olarak itibar tazminatı talebiyle önüne gelen davada mahkeme söz konusu talep için de karar hükmü kuralıdır. Bkz. 11. H.D. 11.05.2009 t. 2008/1536 E. 2009/5629 K. (www.corpus.com.tr)

⁵⁷⁰ YASAMAN, "Tazminat Talepleri", 16, 17; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 186; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 223.

⁵⁷¹ KARAN ve KILIÇ, *Markaların Korunması*, 553. *Tekinalp'e* göre itibar tazminatının belirlenmesinde tecavüz ile olumsuz etkilenen marka imajının eski haline getirilmesi için yapılması gerekenler ve bunun giderleri ile bu kaybın manevi tarafı da göz önüne alınmalıdır. TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 506. Öğretideki görüşlere ilişkin bkz. AYTUĞAR ve KÜÇÜK, "İtibar Kaybı Tazminatı", 112 dpn. 8.

⁵⁷² BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 187.

⁵⁷³ 11. H.D. 01.06.2015 t. 2015/2112 E. 2015/7408 K. (www.corpus.com.tr)

⁵⁷⁴ YASAMAN, "Tazminat Talepleri", 15.

şekilde kullanılması gerekmektedir⁵⁷⁵. Hükümde itibar tazminatı talep edilebilecek durumlar tahdidi olarak sayılmış durumdadır. Marka hakkı ihlalinin karşılaştırmalı reklamlar yoluyla meydana getirilmesi hâlinde itibar tazminatının gündeme gelip gelmeyeceği hususu tartışılabilir. Çünkü reklamda kullanılan ifadenin rakip markaya yönelik kötüleme içermesi gibi yollarla itibarın zarar görmesi mümkünse de bu kullanımın SMK m. 150/2 hükmü anlamında bir kullanım sayılıp sayılmayacağı hususu açık değildir.

İtibar tazminatına hükmedilecek durumlar madde hükmünde açık ve sınırlı şekilde sayıldığından markaya karşılaştırmalı reklamda yer verilmesi hâlinde bu tazminata hükmedilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Öğretide de maddede sayılanların dışında kötüleme ve ilanlarda abartılı ifadelerle ezme veya karartma durumlarında itibar tazminatının söz konusu olmayacağı savunulmaktadır⁵⁷⁶. Yargıtay da davacının ticaret unvanının çekirdek unsuru olan “*tunçmatik*” sözcüğünün davalı tarafından “*tunçmatikalmayin*” şeklinde internet alan adında ve internet sitesi içerisindeki sayfa başlıklarında kullanımı haksız rekabet olmakla birlikte bu kullanımlar markasal kullanım olmadığından itibar tazminatı talep edilemeyeceğini belirten yerel mahkeme kararını onamıştır⁵⁷⁷. Burada yapılacak yorum, reklamda kullanımın markasal kullanım teşkil edip etmediğine yönelik değerlendirmeye bağlıdır. Marka korumasının markanın reklam ve yatırım işlevleri dahil tüm işlevleri kapsar şekilde yorumlanması ve bu şekilde de karşılaştırmalı reklamlarda markaya yer verilmesinin de markasal kullanım olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatimizi yukarıda belirtmiştik⁵⁷⁸. Bu sebeple bu kullanımın itibar tazminatını düzenleyen madde hükmü için de geçerli olduğunu ve karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkının ihlali hâlinde itibar tazminatı talep etmenin mümkün olduğunu kabul etmek gerektiğini düşünüyoruz.

İtibar tazminatı, markanın itibarına verilen zararı gidermeyi amaçladığından tazminat ile ek tanıtım ve açıklama gibi marka itibarının haksız eylemden önceki hâline getirilmesi için yapılan masrafları kapsamı gerekir⁵⁷⁹. İtibar tazminatının hesaplanmasında markanın itibarında meydana gelen zararın telafisinin ne tür bir çalışma ile

⁵⁷⁵ YASAMAN, *SMK Şerhi Cilt 2*, 2:3060; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 187; TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 507.

⁵⁷⁶ TEKİNALP, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 507.

⁵⁷⁷ “... markasal kullanım söz konusu olmadığı için 556 sayılı KHK'nın 68. maddesi anlamında markanın kötü ve uygun olmayan bir şekilde kullanılmasından bahsedilemeyeceği için bu madde anlamında bir itibar tazminatı talep edilemez.” 11. H.D. 14.02.2014 t. 2013/12525 E. 2014/2599 K. (www.corpus.com.tr)

⁵⁷⁸ Markasal kullanmaya ilişkin bkz. 3. böl. 3.2.4.

⁵⁷⁹ YASAMAN, “Tazminat Talepleri”, 15; UZUNALLI, *Marka Hukuku*, 224; BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 190.

giderilebileceği ve bu çalışmaların masraflarının ne kadar olabileceği bilirkişi vasıtasıyla hesaplanmalıdır⁵⁸⁰. İtibar kaybının giderilmesi amacıyla yapılan ek tanıtım ve açıklama için yapılan zorunlu harcamalar da tazmin edilmelidir. Ancak burada olağan tanıtım ve reklam masraflarının bu tazminat kapsamında kalmayacağı hususuna dikkat etmek gerekir⁵⁸¹. İtibar tazminatı ile giderilmesi amaçlanan zarar kalemlerinin başka isimler altında tamamen karşılandığı hâllerde ise itibar tazminatı talep edilemeyecektir⁵⁸². Markanın kötü ve uygun olmayan kullanımı nedeniyle bozulan durumun düzeltilmesi için yapılan masraflar ve bu yüzden meydana gelen müşteri veya satış kayıpları nedeniyle oluşan kazanç kaybı zararın hesaplanmasında dikkate alınmışsa itibar tazminatı işlevi yerine gelmiş olacaktır⁵⁸³.

⁵⁸⁰ BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 189.

⁵⁸¹ BOZGEYİK, 190.

⁵⁸² BOZGEYİK, 190.

⁵⁸³ UZUNALLI, *Markanın Korunması*, 454.

SONUÇ

Marka hakkı, işaretin seçilmesi ve kullanılması yoluyla meydana gelir. Marka seçip kullanmanın ihtiyari olduğu gibi markanın tescili de ihtiyaridir. Markanın tescili yalnızca onun SMK'de düzenlenen özel koruma yollarından yararlanmasını sağlar. Tescilli marka SMK ile korunabilirken tescilsiz markalar ise genel hükümler ve özellikle haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmaktadır. Ancak tescilli markalar, sırf tescilli olmaları sebebiyle genel hükümlerin korumasından yoksun kalmazlar. Başka bir deyişle tescilli marka hem SMK hem genel hükümlere göre korunabilirken, tescilsiz marka yalnızca genel hükümlerin korumasından yararlanabilir.

Gayri maddi bir mal varlığı hakkı olan marka hakkı, mutlak bir hak olup hak sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir. Başka bir deyişle hak sahibi, marka hakkının ihlal edilmemesini herkesten talep edebilir, bu hakkını ileri sürmesi için aralarında bir hukuki ilişki olması gerekmez. Marka hakkı, sahibine marka olarak seçilen işaret üzerinde müspet ve menfi yetkiler sağlar. Müspet yetki yönüyle hak sahibi markası üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilirken menfi yönüyle ise markasının üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını ve kendi marka hakkına yapılan müdahaleleri engelleme hakkına sahiptir.

Marka tescilinden doğan hakkın kapsamı, markayla aynı veya benzer işaretin markanın tescilli olduğu veya benzer mal veya hizmet sınıflarında kullanılmasıyla sınırlıdır. Tescilli marka hakkı sahibi, markasıyla aynı işaretin tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılmasını önleyebileceği gibi (SMK m. 7/2-a); aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasını da önleyebilir (SMK m. 7/2-b). Tescilli tanınmış marka sahipleri ise kullanımın aynı veya benzer mal ve hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki kullanımlara engel olabilir. SMK m. 7/3 hükmünde ise ayrıca marka sahibinin engelleyebileceği durumlar sıralanmış, bunlar SMK m. 29/1-a hükmü yollamasıyla marka hakkına tecavüz teşkil eden hâller arasında sayılmaktadır.

Markanın, marka sahibi dışında bir kişi tarafından onun izni olmaksızın kullanılması, marka hakkının ihlalini doğurur. Ancak markanın her türlü kullanımı, hakkın ihlaline sebebiyet vermez. Marka ihlalinin meydana gelmesi için markanın ticaret alanında ve markasal olarak kullanılması gerekmektedir. Ticaret alanında kullanım, markanın ekonomik amaçlı olarak kullanılmasını ifade eder. Markasal kullanımın tanımı ise markanın markayı taşıyan mal/hizmetlerin işletmesel köken bakımından diğer mal/hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması şeklinde yapılmaktadır. Markanın kaynak gösterme işlevi ön plana çıkarılarak yapılan bu tanım, markanın reklam ve yatırım gibi diğer işlevlerinin günümüzde ön plana çıkması ve önem kazanmasıyla birlikte genişlemeye başlamıştır. Marka ihlalinin, markanın kaynak gösterme işlevi dışındaki diğer işlevlerine yaptığı olumsuz etki de koruma kapsamında değerlendirilmelidir.

SMK m. 7/3-f hükmünde düzenlenerek SMK m. 29/1-a hükmü yollamasıyla marka hakkına tecavüz sayılan hâllerden birisi de markanın hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasıdır. SMK'de açık bir şekilde markaya tecavüz olarak sayılmış olsa da bu kullanımın markasal olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Çünkü markanın bu kullanımı, doğrudan kaynak gösterme işlevini yerine getirir şekilde bir kullanım değildir. ABAD tarafından verilen yakın tarihli bir kararda markanın karşılaştırmalı reklamlarda kullanımının markasal kullanım olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Karara göre karşılaştırmalı reklamda markanın, reklam veren tarafından rakibi veya onun ürünlerini tanımlayacak şekilde kullanılması, reklam verenin kendi mal ve hizmetleri için kullanım olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de karşılaştırmalı reklamda rakip marka kullanılarak reklam verenin veya ürünlerinin ön plana çıkarılması amaçlanmaktadır. Karşılaştırmalı reklamların yapısı gereği içerdiği söz konusu amaç nedeniyle bu reklamlarda rakip marka kullanımının markasal kullanım olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca markanın tüm işlevleri korumayı hak ettiğinden, markanın onun reklam işlevine zarar verici şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması da marka sahibi tarafından engellenebilmelidir. Karşılaştırmalı reklamlar ticari bir amaç gütmek zorunda olmasa da karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlali, ancak ticari amaçla yapılan karşılaştırmalı reklam yoluyla meydana gelebilir. Başka bir deyişle, marka ihlalinden söz edebilmek için markanın ticaret hayatında kullanılması gerekliliği nedeniyle, markanın kullanıldığı karşılaştırmalı reklamın ticari olması gerekir.

Karşılaştırmalı reklamlar, reklam verenin veya reklamı yapılan ürünün belirli bir kişiden veya onun ürünlerinden veyahut da diğer herkesten daha iyi, daha uygun olduğu gibi mesajları içeren reklamlardır. SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca meydana gelen bir marka hakkı ihlalinden bahsedebilmek için öncelikle bir karşılaştırmalı reklamın varlığı gerekir. Karşılaştırmalı reklamlar öncelikle reklam olmaları hasebiyle bir mesaj içermeli, bir mecra vasıtasıyla yapılmalı ve reklam verende reklam yapma amacı bulunmalıdır. Ticari karşılaştırmalı reklamlarda ise reklam verenin kimliği belirlenebilmelidir. Reklamın zorunlu unsurları olan bu hususları içermeyen ifadeler/uygulamalar hukuki olarak bir reklam olarak kabul edilmeyecektir. Ayrıca bir reklamın karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilebilmesi için karşılaştırma ve ilişkilendirme unsurlarını birlikte içermesi gerekir. Karşılaştırma, iki özelliğin veya unsurun karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi; ilişkilendirme ise reklamda reklam veren ile karşılaştırılanın belirtilmesi veya belirlenebilir olmasıdır. Reklamın zorunlu unsurları yanında bu iki unsuru da birlikte içermeyen reklamlar karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilemeyeceğinden konumuz kapsamı dışında kalacaktır.

Karşılaştırmalı reklamda ilişkilendirme rakibin ismine, markasına veya diğer ayırt edici işaretlerine yer verilmek suretiyle açıkça yapılıyorsa doğrudan; karşılaştırma yapılan rakip açıkça belirtilmemekle birlikte rakibin reklamın muhatap kitlesi tarafından belirlenebileceği şekilde yapılıyorsa dolaylı karşılaştırmalı reklam meydana gelir. Marka sahibinin engelleme hakkı markasının aynısı veya benzerinin kullanılmasıyla sınırlı olduğundan, karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkının ihlalinden söz edilebilmesi için reklamın ya rakibin markasına doğrudan yer veren doğrudan karşılaştırmalı reklam ya da markasının benzeri bir işaretin kullanıldığı dolaylı karşılaştırmalı reklam olması gerekir.

Markanın karşılaştırmalı reklamlarda her türlü kullanımı marka hakkının ihlaline yol açmaz. SMK m. 7/3-f hükmünde markanın *“hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanımının”* engellenebileceği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, marka sahibi markasının hukuka uygun karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasına engel olamaz. Marka ihlalinin meydana gelmesi markanın kullanıldığı karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olmamasına bağlanmıştır. Ancak madde hükmündeki *“hukuka uygun olmayan”* ifadesi açık değildir. Öğretide, karşılaştırmalı reklamın hukuka uygunluğunun belirlenmesinde TKHK, TTK ve SMK hükümleri ile Ticari Reklam Yönetmeliği m. 8 hükmünün dikkate alınması gerektiği, haksız rekabet teşkil

etmeyen karşılaştırmalı reklamlardaki kullanımın marka hakkının ihlali doğurmayacağı ileri sürülmüştür. “*Hukuka uygun olmayan*” ifadesinin geniş yorumlanmasıyla hukuka aykırılık içeren her türlü karşılaştırmalı reklamdaki marka kullanımının markaya tecavüz oluşturacağı kabulü, neredeyse hiç karşılaştırmalı reklam yapılamaması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca markanın herhangi bir işlevine zarar vermeksizin haksız rekabet oluşturmayacak şekilde kullanımın marka sahibi tarafından engellenebilmesi markanın korunmasının amacıyla da bağdaşmaz. Bu sebeple karşılaştırmalı reklam yoluyla marka hakkı ihlalinin yalnızca reklamın haksız rekabet oluşturması durumunda meydana geleceğinin kabulü gerekir.

Karşılaştırmalı reklamda reklamın niteliği gereği, reklam verenin rakiplerinden daha iyi olduğu vurgulanarak doğrudan veya dolaylı şekilde rakip veya rakipler eleştirilmektedir. Karşılaştırmalı reklamların, yapısı gereği içerdiği bu eleştiriler nedeniyle haksız rekabet oluşturması ihtimali düşük değildir. Ayrıca haksız rekabet oluşturan karşılaştırmalı reklamlarda ilişkilendirmenin rakibin markasına veya markasına benzer bir işarete yer verilerek yapılması durumunda marka hakkının ihlali gündeme gelecektir. Bu reklamlar, farklı şekillerde haksız rekabet oluşturabilecek olsa da uygulamada meydana gelme ihtimali nedeniyle reklamda gerçeğe aykırı ve yanıltıcı açıklamalarda bulunulması, reklamların rakibi gereksiz yere kötüleyici veya onun tanınmışlıktan yararlanıcı nitelikte olması ihtimallerinin öne çıktığı söylenebilir. Başka bir ifadeyle, karşılaştırmalı reklamlar yoluyla haksız rekabet genellikle TTK m. 56/1-a-5 hükmünde düzenlenen fiillere karşılık gelecektir.

Karşılaştırmalı reklamın rakibe, onun ürünlerine, markasına veya karşılaştırmaya ilişkin doğru olmayan bilgiler içermesi gerçeğe aykırı; bilgiler doğru olsa dahi reklamın muhatap kitlesi tarafından yanlış anlaşılmaya müsait şekilde sunulması, açıklanması gereken durumlarda susulması veya tüketicinin satın alım kararında etkili olmayan hususların karşılaştırma konusu yapılması gibi durumlar yanıltıcı reklama sebebiyet verebilir. Gerçeğe aykırı reklamın tespiti bilginin doğruluğuna göre yapılırken, reklamın yanıltıcılığı reklamın muhatap kitlesinin bakış açısına göre değerlendirmeyi gerektirir. Ayrıca belirtmek gerekir ki gerçeğe aykırılık ve yanıltıcılık değerlendirmesinde, reklamın içerebileceği abartılı ifadeler dikkate alınmalıdır. Abartılı ifadelerin, reklamın muhatap kitlesi tarafından abartılı olduğu anlaşılabilir ve ifadeler bu kitle tarafından ciddiye alınmıyorsa, sırf bu sebeple reklamın haksız rekabet oluşturduğu sonucuna gidilmemelidir.

Reklamın içerdiği eleştiri itibarıyla rakibin kötülenmesine sebebiyet vermesi de mümkündür. Ancak reklamın kötülleme içerip içermediğini tespit edebilmek için reklamdaki eleştirinin ölçülülük ve teamülde kabul edilen toleransa göre değerlendirilmesi gerekir. Karşılaştırmalı reklamdaki ifade ve beyanlar, doğruluk, orantılılık ve gereklilik sınırlarını aşmadığı sürece eleştiri sınırları içinde kaldığı ve böylece reklamın kötülleme içermediği sonucuna varılmalıdır. Karşılaştırmalı reklamların, reklam veren tarafından rakibinin tanınmışlığından yararlanma amacıyla da yapılması mümkündür. Reklamın tanınmışlıktan yararlanma şeklinde yapıldığının kabulü için ise karşılaştırmanın imaj transferi mümkün olacak şekilde, başka bir deyişle reklam verenden veya onun markasından daha tanınmış bir rakiple yapılması gerekir. Ancak bu husus da doğrudan tanınmışlıktan yararlanma sonucunu doğurmayacak olup karşılaştırmanın gereksiz olması da aranır.

Markasına hukuka uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen hak sahibi, söz konusu reklama yönelik olarak öncelikle Reklam Kuruluna başvurmak yoluyla reklamın durdurulmasını sağlaması mümkündür. Kurulun vereceği karar idari olduğundan marka sahibi lehine bir hüküm kurulamayacak olsa da dava yolundan daha kolay ve masrafsız şekilde reklamın durdurulması mümkün olabilecektir. Ayrıca şartlarının oluşması durumunda Rekabet Kurumu ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna şikâyet usullerine başvurulması da mümkündür.

Markaya tecavüz fiili nedeniyle SMK ve haksız rekabet hükümlerinin kümülatif olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususu da gündeme gelebilir. Kanaatimizce marka hukuku ile haksız rekabet hukukunun koruduğu menfaatlerin farklı olması nedeniyle kümülatif koruma mümkün olmayıp sebeplerin yarışması söz konusudur. Kümülatif korumadan ziyade marka sahibinin haksız rekabet hükümleri veya SMK'ye doğrudan ve yalnızca başvurma imkanının değerlendirilmesi konumuz açısından önem arz etmektedir. Çünkü marka hakkının ihlali için reklamın haksız rekabet oluşturmaya gerektiğinden markasına bu şekilde karşılaştırmalı reklamda yer verilen hak sahibinin, doğrudan TTK'nin haksız rekabet hükümlerinden yararlanması da mümkündür.

Markasına haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen hak sahibi SMK m. 7/3-f hükmü uyarınca bu kullanımı engelleyebilecek olup doğrudan söz konusu reklamlara ilişkin haksız rekabet korumasına başvurmak suretiyle de bu reklamı ve

dolayısıyla markasının kullanımını engellemesi mümkündür. Hak sahibinin tercih edeceği hükümlere göre başvurabileceği hukuki yollar genel itibarıyla örtüşmektedir. Hak sahibi her iki hâlde de önleme, durdurma, kaldırma ve tazminat davalarına başvurabilir. Ayrıca her iki hâlde de delil tespiti ve ihtiyati tedbir talep edebilmesi mümkündür. Ancak tercih edilen koruma yöntemleri sonucunda başvurulabilecek hukuki yöntemler arasında marka sahibinin tercihi için önemli olabilecek küçük de olsa farklılıklar bulunmaktadır.

Her iki koruma yolunda da tazminat davası açabilmek için zararın varlığı ve ispatı şarttır. Ancak tazminat davası dışındaki talepler için haksız rekabet davasına dayanarak dava açmak isteyen marka hakkı sahibinin zarar görmesi veya zarar görme ihtimali bulunması gerekirken SMK uyarınca dava açmak için hak sahibi olmak yeterlidir. Marka hakkı sahibinin SMK uyarınca açacağı, tazminat dışındaki davalarda, zararını veya zarar görme tehlikesini kanıtlamak zorunda olmamasının, marka hukuku korumasının haksız rekabet korumasına tercihini avantajlı kılacak durumlardan biri olduğu söylenebilir. Açılacak tazminat davasının şartları her iki durumda da genel hükümlere tabidir. Ancak SMK uyarınca markanın itibarının gördüğü zararın tazmini de talep edilebilmektedir. Her ne kadar bu sebeplerle markasına karşılaştırmalı reklamda yer verilen hak sahibinin doğrudan SMK korumasına başvurması daha lehine sonuçlar doğurabilecekse de buna ilişkin yerleşmiş bir uygulama olmaması sebebiyle açılacak böyle bir davada mahkeme tarafından markasal kullanım ve reklamın hukuka aykırılığının tartışma konusu yapılması mümkündür. Bu nedenle, aksini gerektiren bir durum bulunmadıkça, doğrudan haksız rekabet hükümlerine başvurulması hak sahibi için daha lehe görünmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki, markasının aynısı veya benzeri kullanılmaksızın, rakibin belirlenebileceği şekilde karşılaştırmalı reklam yapılması durumunda, marka ihlali gündeme gelmeyeceğinden marka sahibinin doğrudan haksız rekabet hükümlerine başvurması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ADAK, Agâh. "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet". *Adana İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, sy. 4 (1975): 351-66.
- AKIN, İrfan. "Adwords Reklam Sisteminde Marka Kullanımı". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 78 (2008): 205-26.
- ARKAN, Sabih. "Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar". *BATİDER* c. 21, sy. 1 (2001): 21-43.
- . "Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu". *BATİDER* c. 20, sy. 3 (2000): 5-13.
- . *Marka Hukuku*. c. 1. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- . *Marka Hukuku*. c. 2. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- . *Ticari İşletme Hukuku*. 29. bs. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023.
- ARSEVEN, Haydar. *Alameti Farika Hukuku: Nazari ve Tatbiki*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1951.
- ASLAN, Adem. *Türk Reklam Hukuku*. 1. bs. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021.
- ASLAN, İ. Yılmaz. *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat*. Bursa, 1996.
- AYDIN, Fatih. "Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* c. 30, sy. 133 (2017): 517-76.
- AYHAN, Rıza, Hayrettin ÇAĞLAR, Burçak YILDIZ ve Dilek İMİRLİOĞLU. *Sınai Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- AYTUĞAR, Bilge ve Sultan KÜÇÜK. "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 11, sy. 1 (2020): 110-25.
- BABACAN, Muazzez. *Nedir Bu Reklam?* 3. bs. İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- BAHAR SAYIN, Hediye. "Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Türleri" içinde *Proceedings Book of 2nd International Scientific*

Researches Congress on Humanities and Social Sciences (Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi-2017), İstanbul: e-Kitap, 2017, 250-60.

BALIK, İfakat. *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

———. “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bağlamında Öngörülen Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı”. *BATİDER* c. 35, sy. 3 (2019): 151-83.

BAŞ SÜZEL, Ece. *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Menfaat Devri Yaptırımı*. 2. bs. Oniki Levha Yayınları, 2023.

BAYRAM, Muhammed Enes. *Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması*. Oniki Levha Yayınları, 2021.

BİLGE, Mehmet Emin. *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

BOZBEL, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2015.

———. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

BOZER, Ali ve Celal GÖLE. *Ticari İşletme Hukuku*. 7. bs. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.

BOZGEYİK, Hayri. *Marka Hakkının Korunması*. 3. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

BOZGEYİK, Hayri ve Sefa ER. “Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma”. *Ticari ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* c. 5, sy. 1 (2019): 19-38.

BÜYÜKKILIÇ, Gül. *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019.

CENGİZ, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Yoluyla Mark Hakkının İhlali*. İstanbul: Beta Yayınları, 1995.

CERAN, Yunus ve Süleyman KARAÇOR. “Pazarlama İletişimi Aracı Olarak Reklam: Reklam Maliyetleri ve Muhasebeleştirilmesi”. *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* c. 6, sy. 1 (2013): 9-24.

CEYLAN, Ebru. “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2 (2003): 194-215.

- ÇAĞLAR, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar*. 2. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- ÇAĞLAR, Hayrettin, Burçak YILDIZ ve Dilek İMİRLİOĞLU. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık*. 3. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- ÇOLAK, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. 5. bs. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2023.
- DEMİRBAŞ, Ali. "Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam - Doğrudan mı Dolaylı mı?" *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 24, sy. 1 (2020): 31-53.
- DİRİKKAN, Hanife. *Tanınmış Markanın Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- DİŞBUDAK, Aylın. *Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar*. Ankara: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- DOĞAN, Beşir Fatih. "Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu". *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* c. 6, sy. 3 (2006): 17-42.
- DOĞANAY, İsmail. "Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet Hükümleri Yargıtay'ca Nasıl Uygulanıyor?" *BATİDER* c. 5, sy. 3 (1970): 531-61.
- DURCEYLAN, Mekin. *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- EDİS, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- ELDEN, Müge. *Reklam ve Reklamcılık*. 4. bs. Say Yayınları, 2016.
- ELDEN, Müge ve Zakir AVŞAR. *Reklam ve Reklam Mevzuatı*. Ankara: RTÜK, 2004.
- ERDİL, Engin. *Haksız Rekabet Hukuku*. 3. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- ERDÖNMEZ, Güray. *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2014.
- EREN, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 26. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- GÖLE, Celal. *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1983.
- . "Türk Hukukunda Reklamların Ön-Denetimi Sorunu". *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi* c. 40, sy. 1 (1985): 255-68.

- GÜNEŞ, İlhami. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*. 3. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- . “Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markaların Kullanılması”. *Terazi Hukuk Dergisi* c. 3, sy. 27 (2008): 71-75.
- . *Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar*. İzmir: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- . *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- HACIOĞLU DENİZ, Müjgan. “Markalı Ürün Tercihlerinin Satın Alma Davranışları Üzerindeki Etkisi”. *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, sy. 61 (2012): 243-68.
- İÇÖZ, Derya. *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*. İstanbul: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- İMİRLİOĞLU, Dilek. *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*. 2. bs. Adalet Yayınevi, 2018.
- İNAL, Emrehan. *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*. 1. bs. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.
- . “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Oniki Levha Yayınları, 2015, 123-34.
- İNAL, Emrehan ve Başak BAYSAL. *Reklam Hukuku ve Uygulaması*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2008.
- KAPLAN, Mikail Bora. *Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler*. Oniki Levha Yayınları, 2018.
- KARA, Elif. *Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi*. Oniki Levha Yayınları, 2018.
- KARAASLAN, Pelin. “Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* c. 11, sy. 40 (2019): 149-73.
- KARAMAN ODABAŞI, Fatma. *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- KARAN, Hakan ve Mehmet KILIÇ. *Markaların Korunması KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

- KARAN, Ulaş. *İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2*. Ankara, 2018.
- KARASU, Rauf. "Ses Markaları". *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* c. 7, sy. 2 (2007): 29-54.
- KARASU, Rauf, Cahit SULUK ve Temel NAL. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*. 5. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- KARAYALÇIN, Yaşar. *Ticaret Hukuku*. 3. bs. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968.
- KAYA, Arslan. *Marka Hukuku*. 2. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024.
- KENAROĞLU, Soner. *Haksız Rekabet Hukuku'nda Karşılaştırmalı Reklam*. İstanbul: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- MEMİŞ, Tekin ve Savaş BOZBEL. "Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar". *E-Akademi*, sy. 81 (2008). (<http://www.e-akademi.org/>)
- MERAN, Necati. *Marka Hakları ve Korunması*. 4. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- MOROĞLU, Erdoğan. "Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları" içinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 11*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1994.
- NOMER ERTAN, Füsun. "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Haksız Rekabet İlişkisi (Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Durumunda Haksız Rekabet Hükümlerine Başvurmak Mümkün Müdür?)", 3-20. Türkiye Adalet Akademisi, 2023.
- . *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016.
- . "Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması" içinde *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'nu Anma Toplantıları*, Oniki Levha Yayınları, 2021, 103-10.
- NOYAN, Erdal ve İlhami GÜNEŞ. *Marka Hukuku*. 5. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- OĞUZ, Sefer. "Marka Hakkına Tecavüz Halleri" içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı 16-22 Aralık 2019*, Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2019, 245-60.
- OĞUZMAN, Kemal ve Turgut ÖZ. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 14. bs. c. 2 İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

- OYTAÇ, Kutlu. *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku - Endüstriyel Tasarımlar İçerikli*. Nobel Kitabevi, 2002.
- ÖÇAL, Akar. "Reklam ve Haksız Rekabet". *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* c. 6, sy. 2 (1970): 96-101.
- . *Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- ÖRS, Fahri Halil. *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet: Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi*. Ankara: T.C. Ziraat Bankası Matbaası, 1958.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa. "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 53, sy. 3 (2004): 61-90.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı. *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan. *Medenî Usûl Hukuku*. 12. bs. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2024.
- PINAR, Hamdi. "Reklam Hukukunun Esasları" içinde *Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK'e Armağan*, Ankara: Beta Yayınları, 2008, 515-44.
- POROY, Reha. "Avrupa Ekonomik Topluluğunda Rekabet Hukuku" içinde *Avrupa Ekonomik Topluluğu Çeşitli Hukukî Sorunlar Üzerine Konferanslar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973, 59-70.
- POROY, Reha ve Ünal TEKİNALP. "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar" içinde *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, 333-45.
- POROY, Reha ve Hamdi YASAMAN. *Ticari İşletme Hukuku*. 19. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- SANCAK, Furkan Fatih. *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Marka Sahibinin Hakları*. Mersin: Yayımlanmamış Yüksel Lisans Tezi, 2021.
- SULUK, Cahit. "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler". *Ticari ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* c. 4, sy. 1 (2018): 91-109.
- . "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)". *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, sy. 2001/3 (2001): 43-72.

- . “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* c. 18, sy. 2 (2012): 157-74.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal. *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet Odaklı Bir İnceleme*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014.
- TAŞKIN, Bedriye İlkiz Tuana. *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- TATARİ, Ece. *Karşılaştırmalı Reklam Yoluyla Haksız Rekabet*. İstanbul: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- TAYFUR, Gıyasettin. *Reklamcılık*. 5. bs. Nobel Akademik Yayıncılık, 2013.
- TEKELİOĞLU, Numan. “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 8, sy. 1 (2018): 1-34.
- . *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*. Oniki Levha Yayınları, 2016.
- TEKİNALP, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*. 5. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- UZUNALLI, Sevilay. *Marka Hukuku*. 3. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- . *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- ÜLGEN, Hüseyin, Mehmet HELVACI, Arslan KAYA ve N. Füsün NÖMER ERTAN. *Ticari İşletme Hukuku*. 7. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- ÜREY, Yelda. *Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar*. İstanbul: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- YAĞMUR, Özgür. *AB ve Türk Hukuku Uygulamalarında Karşılaştırmalı Reklam*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- YASAMAN, Hamdi. “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2 (2004): (151-158).
- . “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler” içinde *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, 125-72.

- . “Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar” içinde *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- . “Sınai Mülkiyet Hukukundan Doğan Hukuk Davaları” içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı 16-22 Aralık 2019*, Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2019, 309-30.
- . *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. c. 2 Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- . *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. c. 3 Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- YASAMAN, Zeynep. *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. Oniki Levha Yayınları, 2020.
- YILDIZ, Ozan Ali. *Haksız Rekabet Hukuku*. Oniki Levha Yayınları, 2023.
- YILMAZ, Asuman. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Karşılaştırmalı Reklamlarda Gereksiz Yere Kötüleme Yasağı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 75, sy. 2 (2017): 813-25.
- . “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Karşılaştırmalı Reklamlarda İtibardan (Tanınmışlıktan) Gereksiz Yere Yararlanma Yasağı”. *BATİDER* c. 33, sy. 2 (2017): 45-66.
- YILMAZ, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri”. *İstanbul Barosu Dergisi* c. 80, sy. 4 (2006): 1479-1536.
- YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya. “Fikri Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması” içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı 16-22 Aralık 2019*, Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2019, 463-528.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-YL-15
		Yayın Tarihi Date of Pub.	04.12.2023
	FRM-YL-15 Yüksek Lisans Tezi Orijinallik Raporu <i>Master's Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA

Tarih: .../.../.....

Tez Başlığı: **KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR YOLUYLA MARKA HAKKININ İHLALİ**

Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)*:.....

Yukarıda başlığı verilen tezimin a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam **175** sayfalık kısmına ilişkin, **02/05/2025** tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı **% 24** 'dir.

Uygulanan filtrelemeler*:

- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- Kaynakça hariç
- Alıntılar hariç
- Alıntılar dâhil
- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tezimin herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Ad-Soyad/İmza

Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	
	Öğrenci No	
	Enstitü Anabilim Dalı	
	Programı	

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.
(Unvan, Ad Soyad, İmza)

* Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

**Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları İkinci bölüm madde (4)/3'te de belirtildiği üzere: Kaynakça hariç, Alıntılar hariç/dahil, 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç (Limit match size to 5 words) filtreleme yapılmalıdır.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-YL-15
		Yayın Tarihi Date of Pub.	04.12.2023
	FRM-YL-15 Yüksek Lisans Tezi Orijinallik Raporu <i>Master's Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

TO HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PRIVATE LAW

Date: .../.../.....

Thesis Title (In English): **INFRINGEMENT OF TRADEMARK RIGHTS THROUGH COMPARATIVE ADVERTISING**

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on **02/05/2025** for the total of **175** pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled above, the similarity index of my thesis is **24 %**.

Filtering options applied**:

- Approval and Declaration sections excluded
- References cited excluded
- Quotes excluded
- Quotes included
- Match size up to 5 words excluded

I hereby declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

Kindly submitted for the necessary actions.

Name-Surname/Signature

Student Information	Name-Surname	
	Student Number	
	Department	
	Programme	

SUPERVISOR'S APPROVAL

APPROVED
(Title, Name and Surname, Signature)

**As mentioned in the second part [article (4)/3]of the Thesis Dissertation Originality Report's Codes of Practice of Hacettepe University Graduate School of Social Sciences, filtering should be done as following: excluding refence, quotation excluded/included, Match size up to 5 words excluded.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-YL-09
		Yayın Tarihi Date of Pub.	22.11.2023
	FRM-YL-09 Yüksek Lisans Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu <i>Ethics Board Form for Master's Thesis</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev. Date	25.01.2024

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
..... **ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA**

Tarih: .../.../.....

Tez Başlığı (Türkçe):.....

Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)*:

Yukarıda başlığı verilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır.
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne veya ruh sağlığına müdahale içermemektedir.
4. Anket, ölçek (test), mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme gibi teknikler kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen araştırma niteliğinde değildir.
5. Diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri kullanımını (kitap, belge vs.) gerektirmektedir. Ancak bu kullanım, diğer kişi ve kurumların izin verdiği ölçüde Kişisel Bilgilerin Korunması Kanuna riayet edilerek gerçekleştirilecektir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kuruldan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Ad-Soyad/İmza

Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	
	Öğrenci No	
	Enstitü Anabilim Dalı	
	Programı	

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.
(Unvan, Ad Soyad, İmza)

* Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu <i>Form No.</i>	FRM-YL-09
		Yayın Tarihi <i>Date of Pub.</i>	22.11.2023
	FRM-YL-09 Yüksek Lisans Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu <i>Ethics Board Form for Master's Thesis</i>	Revizyon No <i>Rev. No.</i>	02
		Revizyon Tarihi <i>Rev. Date</i>	25.01.2024

HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF.....

Date: .../.../.....

Thesis Title (In English):.....

My thesis work with the title given above:

- Does not perform experimentation on people or animals.
- Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).
- Does not involve any interference of the body's integrity.
- Is not a research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from the participants by using techniques such as survey, scale (test), interview, focus group work, observation, experiment, interview.
- Requires the use of data (books, documents, etc.) obtained from other people and institutions. However, this use will be carried out in accordance with the Personal Information Protection Law to the extent permitted by other persons and institutions.

I hereby declare that I reviewed the Directives of Ethics Boards of Hacettepe University and in regard to these directives it is not necessary to obtain permission from any Ethics Board in order to carry out my thesis study; I accept all legal responsibilities that may arise in any infringement of the directives and that the information I have given above is correct.

I respectfully submit this for approval.

Name-Surname/Signature

Student Information	Name-Surname	
	Student Number	
	Department	
	Programme	

SUPERVISOR'S APPROVAL

APPROVED
(Title, Name Surname, Signature)