T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK(TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN AMACI VE KORUDUĞU MENFAATLER

Doktora Tezi

Şirin GÜVEN

ANKARA-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK(TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN AMACI VE KORUDUĞU MENFAATLER

Doktora Tezi

Şirin GÜVEN

Tez Danışmanı
Prof.Dr. İsmail KIRCA

ANKARA-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK(TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN AMACI VE KORUDUĞU MENFAATLER

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. İsmail KIRCA

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof. Dr. İsmail Kırca	
Prof. Dr. Asuman Turanboy	
Prof. Dr. Fırat Öztan	
Prof. Dr. Sabih Arkan	
Yrd. Doç. Dr. Hamdi Pınar	
.....	

Tez Sınav Tarihi 15.06.2011

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(25.02.2011)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I
KISALTMALAR IV
GİRİŞ 1

I. BÖLÜM
HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA FERDÎ YAKLAŞIM: *RAKİPLERİN EKONOMİK KİŞİLİKLERİNİN KORUNMASI*

I. GENEL OLARAK 9
II. HAKSIZ REKABETİN FERDÎ YÖNÜ VE RAKİPLERİN EKONOMİK KİŞİLİKLERİNİN KORUNMASI 10

II. BÖLÜM

HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA MODERN YAKLAŞIM: *HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN SOSYAL YÖNÜ VE HAKSIZ REKABETLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İŞLEVSEL UYGULAMASI*

I. HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN SOSYAL YÖNÜ 22
II. HAKSIZ REKABETLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İŞLEVSEL UYGULAMASI 32
1) Genel Olarak 32
2) İşlevsel Açıdan Kaleme Alınan Modern Haksız Rekabet Düzenlemelerinin Amacı ve Kapsamı 42
A) Amaç: Dürüst ve Bozulmamış Rekabetin Korunması 42

B) Kapsam: Rekabet Oyununa Dahil Olanlar Arasındaki İlişkileri Etkileyen Davranış ve Ticarî Uygulamalar 58

III. BÖLÜM

HAKSIZ REKABETİ TANIMLAYAN GENEL HÜKMÜN İŞLEVSEL UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

I. GENEL OLARAK 64
II. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR VE TESTLER 67
III. SALDIRGAN SATIŞ YÖNTEMLERİ VE REKLAMLAR 83
1) Psikolojik baskı altında satın almalar 89
2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan saldırgan reklamlar 90
IV. TÜKETİCİLERE YÖNELİK DİĞER HAKSIZ SATIŞ YÖNTEMLERİ VE REKLAMLAR 93
1) Müşterileri ayartma konusunda aşırıya kaçılması 93
2) Tüketicilerin hislerini istismar eden reklamlar 95
3) Bilinç altı reklamlar, telkin edici reklamlar 98
V. PROMOSYONLU SATIŞLAR, OYUNLAR, YARIŞMALAR, ÇEKİLİŞLER 99
VI. TUZAK FİYAT 107
VII.RAKİPLERE YÖNELİK UYGULAMALAR(ENGELLEME VE YOK ETME REKABETİ) 114
1) Genel Olarak 114
2) Kıran kırana fiyat kırma 118
3) *Sürümün engellenmesi* 122
VIII. ORİJİNAL MALLARIN KİTLE HALİNDE KARŞILIKSIZ OLARAK DAĞITILMASI 129
IX. MALİYET FİYATININ ALTINDA SİSTEMATİK OLARAK YAPILAN SATIŞLAR 137

IV. BÖLÜM

AMAÇLARI VE KORUDUKLARI MENFAATLER AÇISINDAN HAKSIZ REKABET HUKUKU İLE REKABETİN KORUNMASI HUKUKU ARASINDAKİ SINIRIN TAYİNİ

I. GENEL OLARAK 147
II. KONUYLA İLGİLİ OLARAK ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA İLERİ SÜRÜLEN KURAMLAR 148
1) Ayırımcı Kuram 148
2) Rekabetin Dürüstlüğü ile Rekabet Serbestisinin Birbiriyle Çelişmesi Kuramı 150
3) Birlik Kuramı 152
4) Vorfeld Kuramı 155
III. TÜRK HUKUKUNDA DURUM 158
1) Öğreti 158
2) Yargıtay'ın ve Rekabet Kurulu'nun Yaklaşımı 163
IV. DEĞERLENDİRMEMİZ 167

SONUÇ 172
BİBLİOGRAFYA 177
ÖZET 188
ABSTRACT 190

KISALTMALAR

A.	Auflage
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AET	Avrupa Ekonomi Topluluğu
Allg.	Allgemein
AMK	Alman Medeni Kanunu
Anm.	Anmeldung
Ant.	Antlaşma
Art.	Artikel
AT	Avrupa Topluluğu
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral
Aufl.	Auflage
B.	Baskı
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentschiede
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bis	mükerrer
bkz.	bakınız
BT	Botschaft
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
c.	Considérant
C.	Cilt
CC	Code Civil
CF	Counseil Fédéral
CMLR	Common Market Law Reports

Çev.	Çeviren
dn.	dipnot
Dr.	Drucksache
E.	Esas
EC	European Commission
ECJ	European Court of Justice
ECR	European Court Report
Ed.	Edition
EEC	European Economic Community
EIPR	European Intellectual Property Review
EUI	European University Institute
f.	Fıkra
FF	Feuille Fédérale
FMR	Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Rechtsprechungs-Report
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H.D.	Hukuk Dairesi
Hrsg.	Herausgeber
İFM	İsviçre Fédéral Mahkemesi
IIC	Internationale Review of Intellectual Property and Competition Law
JdT	Journal des Tribunaux
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
KaG	Kantonsgericht
KG	Kartellgesetz
KHK	Kanun Hükmünde Kararname

KOBİ	Küçük Orta Büyük Ölçekli İşletme
LG	Landesgericht
m.	madde
MarKHK	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MD.	Madde
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NJWE-WettbR	Neue Juristische Wochenschrift- Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
No.	Numara
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OJ	Official Journal
OLG	Oberlandsgericht
R.A.	Roma Antlaşması
Rdn.	Randnummer
RDS/ZSR	Revue de droit suisse(Zeitschrift für schweizerisches Recht
Rev.	Revue
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.I.C.	Revue Internationale de la Concurrence
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RSDIC	Revue suisse du droit international de la concurrence
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
RTÜK	Radyo Televizyon Üst Kurulu
s.	sayfa
S.	Sayı

SJZ/RSJ	Schweizerischer Juristenzeitung(Revue suisse de jurisprudence)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht(Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
T.D.	Ticaret Dairesi
Trim.	trimestrielle
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
v.	versus
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
vs.	vesair
WIPO	World Intellectual Property Organization
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuR	Wirtschaft und Recht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen juristenvereins
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zurich

GİRİŞ

Ticarî hayatı etkileyen iktisadî rekabet, öncelikle rekabet etme hakkını ticarî ahlâkla bağdaştırılamayacak biçimde kullanan rakipler karşısında tacirleri korumak amacıyla ortaya çıkan haksız rekabet hukuku kapsamında ele alınmıştır. Haksız rekabet hukuku, kişinin hukuken korunan ve ekonomik kişiliğinin bir parçası olan ticaret yapma ve rekabet etme hakkını, hukukun elverdiği sınırlar çerçevesinde kullanması esasına dayanmıştır. Söz konusu sınırların belirlenmesinde, ahlâk ve âdap kuralları, dürüstlük kuralları, meslek kuralları gibi farklı ölçütler alınmıştır. Bu ölçütlerden hareketle haksız rekabet, kendi emeğini ortaya koymadan, rakiplerini rekabette engellemeye veya onları rekabet dışına çıkarmaya ya da kendi ürünlerini bir adım öne çıkarmaya yönelik her türlü davranış olarak somutlaştırılmıştır. Emeğe dayalı rekabet ilkesi olarak adlandırılan bu ilke ile, haksız rekabet hukuku, rakip tacirlerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmiştir. Bu ferdîyetçi anlayış neticesinde, haksız rekabet hukukunun sağladığı koruma, oldukça dar kapsamlı olmuştur.

Daha sonra, rakiplerin yanı sıra rakip olmayan diğer piyasaya katılanların(müşteri, tüketici) da menfaatlerinin zarar gördüğü haksız rekabet eylemlerinin ortaya çıkması ile haksız rekabetin önlenmesinde, sadece rakiplerin değil, toplumun(kamunun) da ekonomik menfaatinin bulunduğu kabul edilmiştir. Bunun sonucunda da, haksız rekabeti ferdî açıdan ele alan yaklaşım yerini toplum ve diğer pazara katılanların menfaatlerini de gözeten sosyal yönlü haksız rekabet

kavramına bırakmıştır. Bu yaklaşımdan hareketle, öncelikle meslekî ve ticarî teşekküllere, daha sonra tüketicilere ve tüketici kuruluşlarına dâva açma hakkı tanınmıştır. Artık, haksız rekabetin tayininde, eylemin, sadece rakiplerin değil, toplumun menfaatleri açısından da dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Böylelikle, haksız rekabet hukukunun koruduğu menfaatler çevresi genişlemiştir.

Rekabet hakkının kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlayan haksız rekabet kuralları, rekabetin en iyi şekilde işlemesini engelleyen, hatta rekabeti ortadan kaldıran uygulamaların ortaya çıkması ve yaygınlaşmasıyla serbest piyasa ekonomisinin temel unsuru olan rekabet serbestisini korumakta yetersiz kalmış, bunun üzerine Kartel Kanunları yapılmıştır. Alman hukukunda da 1957'de yürürlüğe giren Kartel Kanunu(GWB), haksız rekabet hukuku üzerinde etkili olmuş, rekabet serbestisine ve toplum menfaatlerinin korunmasına verilen önem artmıştır. Rekabet serbestisinin öne çıkarılması, ticarî hayatta yeni ticaret yöntemlerine sıkça başvurulmasına sebep olmuş, böylece haksız rekabet teşkil edebilecek bu uygulamalar karşısında rekabetin ve dolayısıyla toplum menfaatlerinin daha etkili bir şekilde korunması ihtiyacı doğmuştur. Özellikle, tüketicileri hedef alan yeni ikna edici ve saldırgan satış yöntemlerinin ortaya çıkması ve yaygınlaşması karşısında 1960'lı yıllarda ivme kazanan tüketicinin korunması hareketi, bu yeni yaklaşımın sonuçlarından birisidir. Somutlaştırmak gerekirse, tüketici ekonomide rekabet eylemlerinin sadece muhatabı olarak pasif değil, aynı zamanda yaptığı seçimler ve verdiği kararlar ile ekonomiyi olumlu/olumsuz yönde şekillendirdiğinden aktif role de sahip olup, tıpkı rakipler, tedarikçiler gibi rekabet oyununun bir parçası haline gelmektedir. Bu çerçevede, dürüst rekabetten, tüketicinin ihtiyacına uygun olan mal

ya da hizmeti seçebilmesi için piyasada doğru ve yeterli bilginin mevcut olması ve tüketicinin kendisine yapılan teklifi ve vaad edilen edimi iyi anlaması, diğer bir ifadeyle pazarın şeffaf olması da anlaşılmalıdır. Bu çerçevede, karşılaştırmalı reklamlar, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, promosyonlu satışlar, yarışmalar, piyangolar, haksız rekabet hukukunun kapsamına dahil edilmiştir.

Toplumun rekabetin sağlıklı bir şekilde işlemesindeki menfaatinin korunması, sadece tüketici menfaatlerinin korunması değil; aynı zamanda, pazardaki rakipleri engellemeye ve hatta yok etmeye yönelik ve bunun sonucunda piyasadaki rekabetin varlığını tehlikeye düşüren eylemlerin de önlenmesi şeklinde yorumlanmıştır. Özellikle, rekabetin normal işleyiş sürecinde bazı teşebbüslerin piyasadaki gücünün giderek artması ve diğer rekabete katılanlardan bağımsız kararlar alabilmesi sonucunda, kendilerinden daha zayıf olan rakiplerinin rekabet etmelerini engelleyip onları piyasanın dışına itmeleri, bu tür uygulamalar karşısında haksız rekabetle ilgili düzenlemelere başvurulup başvurulamayacağı tartışmasını gündeme getirmiştir. Haksız rekabet hukukunun da, rekabet serbestisinin ve kurum olarak rekabetin korunmasına hizmet etmek suretiyle rekabetin korunması hukuku ile birlikte ekonomik düzenin gerçekleşmesine ve ekonominin şekillendirilmesine katkıda bulunduğu, dolayısıyla ekonomi politikaları ile arasında bağlantı olduğu ileri sürülmüştür. Haksız rekabetle ilgili düzenlemelerin işlevsel uygulamasında, kanunu uygulayanların, ekonomik düzenin esası ve genel olarak rekabet hukukunun(hem haksız rekabet hem rekabetin korunması hukuku) amaç ve anlamı hakkındaki mülâhazaları da dikkate alarak karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Rekabet serbestisinin korunması ve pazar gücü ile ilgili bu konuların, Kartel Kanunları'ndaki

boşluklar nedeniyle uygulamada haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulaması çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı yönündeki tartışma beraberinde, haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın belirlenmesi meselesini de getirmiştir.

Bu konuda İsviçre ve Alman öğretilerinde çeşitli kuramlar geliştirilmiştir. Bu çerçevede, öncelikle, haksız rekabet ve rekabetin korunması hukuklarının rekabeti tamamıyle farklı açılardan ele aldıkları ileri sürülmüştür. Daha sonra, haksız rekabetle ilgili düzenlemelerin işlevsel uygulaması ile birlikte, haksız rekabet ve karteller ile ilgili düzenlemelerin, amacı rekabeti kurum olarak korumak olan birleştirilmiş tek bir rekabet kanununun esaslı parçaları olduğu iddia edilmiş, hatta bundan hareketle, kartellerle ilgili düzenlemelerin pazar hakimiyetinin kötüye kullanılması ve ayrımcılık ile ilgili hükümlerinin uygulanamadığı durumlarda, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün öncelikle uygulanacağı savı ortaya atılmıştır. Bununla birlikte, mahkemelerin çekimser tutumu ve daha sonrasında da, Alman ve İsviçre Kartel Kanunları'nda yapılan değişiklikler neticesinde haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulama alanının bu yönde genişlemesinin önüne geçilmiştir.

Hukukumuzda da, haksız rekabet düzenlemelerinin sadece rakiplerin değil, kamunun menfaatlerini de gözettiği yönündeki sosyal yaklaşım benimsenmiş; haksız rekabet eylemini yapan ile bu eylemden menfaatleri zarar gören ya da görme tehlikesine maruz kalan kimse arasında rekabet ilişkisi aranmamıştır. Öte yandan, uygulamada, eylemin haksızlığı tayin edilirken, dürüstlük kurallarına aykırılık

kıstası, çoğu zaman 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu(6762 sayılı TTK) m.57'deki hallerle sınırlı olarak yorumlanmıştır. Ancak, Yargıtay'ımızın son kararlarında, haksız rekabet kurallarının piyasa faaliyetlerinde doğrudan yer alan veya bunlardan etkilenen menfaat gruplarını gözetmesi nedeniyle rekabete dayalı ekonomik düzenin korunmasını amaçladığı ifade edilmiştir. Bu yaklaşımın, eylemin haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde, aynı zamanda piyasa ve rekabetin işleyişi üzerindeki olumsuz etkilerinin de dikkate alınacağı anlamına gelip gelmediği üzerinde durulmalıdır.

Ayrıca, haksız rekabet kurallarının kamunun menfaatlerini gözetmesi noktasında, özellikle tüketicilerin özgürce ve bilinçli bir şekilde karar almasını engelleyen uygulamalara karşı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(TKHK) yanı sıra, haksız rekabet hukuku çerçevesinde de önlem alınması gerekip gerekmediği, haksız rekabet hukukumuzun işlevsel uygulamasının somutlaştırılması açısından üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

Keza, rekabete dayalı ekonomik düzenin korunması, başlı başına ekonomik bir amaç olduğundan, haksız rekabet hukuku ile ekonomi politikaları arasında bir bağlantı olduğunun; diğer bir deyişle, haksız rekabet hukukunun ekonomi politikası hedeflerinin gerçekleşmesine katkıda bulunduğunun, bundan hareketle, haksız rekabet hukukunun rekabetin korunması hukuku ile yakınlaştığının ileri sürülüp sürülemeyeceği de haksız rekabet hukukumuzun işlevsel uygulaması kapsamında ele alınması gereken bir diğer meseledir.

Sonuç olarak, TBMM tarafından 13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilerek yasalaşan ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda(6102 sayılı TTK) öngürülen haksız rekabet hükümlerinin, işlevsel niteliği ile birlikte kaleme alınmış olan 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'ndan(1986 tarihli İsv. UWG) esinlenerek hazırlanmasından hareketle, haksız rekabetle ilgili düzenlemelerin amacının ve koruduğu menfaatlerin yeniden bir doktora tez çalışması çerçevesinde incelenmesinin faydalı olacağı kanaatine varılmıştır. Bu konu ile bağlantılı olarak ortaya çıkan haksız rekabet hukuku ve rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın belirlenmesi meselesi de, çalışmamızda ele alınan konular arasında yer almaktadır.

Çalışmamızda karşılaştırmalı hukukun verilerinden yararlanmak amacıyla, 6762 ve 6102 sayılı TTK'ndaki hükümlerin menşei olan İsviçre ile konuyla ilgili tartışmaların yoğun olarak yapıldığı Alman hukuklarına başvurulmuştur. İngiliz-Amerikan hukuk sistemi, konunun özellikle İngiliz hukukunda tümüyle farklı bir şekilde ele alınıyor olması ve hem İngiliz hem Amerikan hukuk sisteminin Kıta Avrupası sisteminden çok farklı olmaları nedeni ile, faydalı bir karşılaştırma olanağı vermeyeceği düşüncesinden hareketle tezin kapsamı dışında bırakılmıştır. Fransız hukukuna da, sadece haksız rekabet kavramının ilk ortaya çıktığı yer olması nispetinde değinilecektir. Kavramın Fransız hukukundaki gelişiminin İsviçre ve Alman hukuklarından tamamen farklı bir yönde olması ve çalışmamızda tartışacak olduğumuz konularla bir bağlantısının bulunmaması sebebiyle, kuramsal ve pratik anlamda tezimize bir katkı sağlamayacağı kanaatine varılmıştır.

Dört bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde, ilk olarak, haksız rekabetin kavram olarak ortaya çıkışı ve rakiplerin ekonomik kişiliklerinin korunması esasına dayanan ferdî yaklaşım incelenecektir. İkinci bölümde, haksız rekabetin sosyal yönünün de olduğunu ileri süren ve bunu hayata geçirebilmek için ortaya atılan Haksız Rekabet Kanununun işlevsel olarak uygulanmasına dair görüş izah edilmeye çalışılacaktır. İşlevsel uygulamaya ilişkin kısa bir açıklamadan sonra, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulamasının Alman ve İsviçre öğretilerinde birbirlerinden farklı olarak nasıl geliştiği ortaya konulacaktır. Bu bölümün son kısmında, işlevsel yaklaşım esas alınarak hazırlanmış olan İsviçre ve Alman Haksız Rekabet Kanunları ile benimsenen temel ilkeler tespit edilmek suretiyle, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'dan esinlenilerek hazırlanmış olan 6102 sayılı TTK'nun haksız rekabete dair hükümleri ile benimsenen sistem hakkında ayrıntılı olarak bilgi verilecektir.

Üçüncü bölümde, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel olarak uygulandığı örnek durumlar ele alınacaktır. İşlevsel uygulamanın kapsamının oldukça geniş olması sebebiyle, çeşitli menfaat gruplarına yönelik bu uygulamaların ayrı bir bölüm içerisinde ele alınmasının daha uygun olacağı düşünülmüştür.

Son bölümde, İsviçre ve Alman öğretilerinde haksız rekabet ve kartel hukuku arasındaki sınırın belirlenmesi meselesini ele almak üzere geliştirilmiş olan kuramlar hakkında açıklama yapıldıktan sonra, konu, hukukumuz çerçevesinde, öğretide ileri sürülen görüşler ve Yargıtay ve Rekabet Kurulu uygulamaları dikkate alınarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamız, konuyla ilgili olarak varılan sonuçları ve yapılan tespitleri kapsayan bir kısımla son bulmaktadır.

I. BÖLÜM

HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA FERDÎ YAKLAŞIM: *RAKİPLERİN EKONOMİK KİŞİLİKLERİNİN KORUNMASI*

I. GENEL OLARAK

Ticaret ve sanayi serbestisi ilkesinin kabulü ile birlikte ekonomide, rekabet serbestisi ilkesi esas alınmıştır. Rekabet serbestisinin temelini, müteşebbislere geniş bir hareket serbestisi imkânı temin etmek ve bu serbestiyi korumak düşüncesi oluşturmuştur[1]. Ancak, zamanla tacirler, bu serbestiden hareketle, ticaret yaparken meşru olmayan vasıtalara başvurmak suretiyle, rakipleri karşısında haksız üstünlükler elde etmeye başlamışlardır. Özellikle aynı tür malları üreten rakip firmaların, birbirlerinin ticaret unvanlarını ve markalarını taklit etmeleri ve alıcı(müşteri, tüketici) nezdinde iltibasa yol açmaları ya da birbirlerini(mallarını, hizmetlerini, işletmelerini, vs.) kötülemeleri, en sık başvurdukları rekabet yöntemleri olmuştur[2]. Bu gelişmeler neticesinde, rakiplerinin ticarî ahlâk ile bağdaştırılamayan rekabet eylemlerine maruz kalan dürüst ve ahlâklı tacirlerin korunması gereksinimi doğmuştur.

---

[1] **ÜNAL**, Ş.: 'Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet', Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 1988, S. 1, s. 71.

[2] **SCHRICKER**, G.(Çev. **ÖCAL**, A.): Avrupa Ekonomi Topluluğuna Dahil Ülkelerde Haksız Rekabetin Önlenmesi, Ankara 1971, s. 3; **BEIER**, F. K.: 'The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany-An Outline', IIC 1973, s. 78; **BİLGİŞİN**, Ş. M.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1948, s. 242-243; **KARAYALÇIN**, Y.: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 446; **ÖRS**, F. H.: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, s. 1; **AYHAN**, R.: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990, s. 5.

II. HAKSIZ REKABETİN FERDÎ YÖNÜ VE RAKİPLERİN EKONOMİK KİŞİLİKLERİNİN KORUNMASI

Haksız rekabet kavramı, ilk olarak, Fransız mahkemelerinin geliştirdiği bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Fransız yargısı, haksız rekabeti, aynı tür malları üreten rakip tacirler arasında görülmesinden hareketle, rakiplerin müşteri çevresinin ele geçirilmesine yönelik bir haksız fiil olarak değerlendirmiş ve haksız fiil hükümlerinden(Fransız Medeni Kanunu'nun 1382. ve devamı maddeleri) faydalanarak *haksız rekabet dâvası(action en concurrence déloyale)* adı altında özel bir dâva türü geliştirmiştir[3]. Haksız rekabet dâvasının açılabilmesi için, haksız fiil sorumluluğunun koşulları aranmıştır. Buna göre, öncelikle tacir hukuka aykırı bir eylem sebebiyle zarara uğramış olmalıdır. Haksız rekabet eyleminin neden olduğu bir zararın varlığından bahsedebilmek için, haksız rekabet dâvasına taraf olanlar müşterilerin ele geçirilmesi bakımından bir rekabet ilişkisi içerisinde bulunmalı, aralarında rekabet olmalıdır[4]. Gerek yargı gerek öğreti, her iki rakibin aynı müşteri çevresine hitap etmesi ve sonuç olarak, aynı ya da benzer mal ya da hizmetleri sunmaları halinde, böyle bir rekabet ilişkisinin varlığını kabul etmiştir[5]. Bundan hareketle, haksız rekabet eylemi oldukça dar bir kapsamda, doğrudan rakibe yönelik davranış olarak değerlendirilmiş ve haksız rekabet dâvasını açma hakkı haksız rekabet eyleminden zarar gören rakibe ve yine zarar gören rakipler adına ticaret

[3] **BEIER**, The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany, s. 77.
[4] **ROUBIER**, P.: Le droit de la propriété industrielle, Vol. 2, Paris 1952-1954, s. 499, nº 108.
[5] Kusurun varlığı ise, teamüller, gelenek görenek(*les usages)* kıstas alınarak tayin edilmiştir, **ULMER**, E./**KRASSER**, R.: La répression de la concurrence dans les Etats membres de la Communauté économique européenne, France, Tome 4, Paris 1972, s. 51 vd., n° 64 vd.; bkz. Cour de cassation, 19 juillet 1976, JCP 1976 II 18507.

örgütlerine tanınmıştır. Böylelikle haksız rekabet hukuku, sadece haksız rekabet eylemi sonucunda zarar gören tacirin zararının tazmin edilmesi suretiyle menfaatlerinin korunmasına hizmet etmiştir.

İsviçre hukukunda da, henüz haksız rekabete dair bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde, Fransız hukukunun etkisiyle haksız rekabet, öncelikle başkasının müşteri çevresinin ayartılmasına yönelik eylemler olarak nitelendirilmiş ve haksız fiil hükümlerine başvurulmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi(İFM) rekabet eyleminin haksız olup olmadığını değerlendirirken, kullanılan yöntemi esas almıştır. Mahkeme, kişinin, başkasının müşteri kitlesini kendine çekmek için kınanabilir yöntemler kullanmasını(örneğin başkasına ait üstünlükleri, haksız araçlarla ve rakiplerine zarar verme niyeti ile hukuka aykırı biçimde ele geçirmek gibi) haksız rekabet kabul etmiştir[6]*(eylemin niteliği kıstası*[7]*)*.

Alman hukukunda ise, Fransız ve İsviçre haksız rekabet hukuklarının esas aldığı genel haksız fiil kuramından ayrı olarak, haksız rekabet eyleminin iktisadî niteliğini de hesaba katan özel bir haksız fiil hukuku geliştirilmiş ve özel bir düzenleme yapılması yolu tercih edilmiştir. Bu çerçevede yapılan ilk düzenleme, haksız rekabetin tanımına yer verilmeksizin, sadece uygulamada en sık görülen rekabet eylemlerini(kötüleme, aldatıcı reklam, ticaret unvanının hileli kullanımı, ticaret sırlarının ifşası gibi) yasaklayan ve bu eylemlerden dolayı zarar görenlere

[6] ATF 19 253(**WAGEN,** G.: La théorie des droits de la personnalité et la notion de concurrence déloyale, Etude de droit suisse, Thèse, Lausanne 1952, s. 21'den naklen).
[7] **WAGEN,** s. 21-22. Aynı yönde görüş için bkz. **VALLOTTON**, J.: La concurrence déloyale et la concurrence illicite, Thèse, Lausanne 1895, s. 47 vd.; **MARTIN-ACHARD**, E.: 'La notion de la concurrence déloyale', JdT 1977, s. 34; **MARTIN-ACHARD**, E.: La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986(LCD), Lausanne 1988, s. 27.

tazminat dâvası açma hakkı tanıyan 1896 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu(1896 tarihli Alm. Hak. Rek. Ka.) olmuştur[8]. Bu Kanun'un uygulaması, Fransız ve İsviçre hukuklarından çok da farklı olmamış, haksız rekabet eylemlerinin doğrudan muhatabı olan rakiplerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmiştir. Dolayısıyla, Kanun, kapsamı itibarıyla haksız rekabet ile mücadelede yetersiz kalmış[9], bunun sonucunda 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu(1909 tarihli Alm. Hak. Rek. Ka.) yürürlüğe girmiş ve 2004 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

1909 tarihli Kanun'da, haksız rekabeti tanımlayan genel bir hükme yer verilmiştir(1'inci paragraf). Burada haksız rekabet, ticaret hayatında rekabet amacıyla yapılan ahlâk ve âdaba aykırı hareket olarak tanımlanmıştır. Bu genel hüküm ile Alman kanunkoyucusu, haksız rekabetle mücadelede mahkemelere oldukça geniş bir hareket alanı yaratmış ve mahkemeler de bu esnek hükümden faydalanmak suretiyle haksız rekabet uygulamalarının çoğunu içine alan kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir[10].

---

[8] **VANDEVELD**, T.: Les moyens d'action des consommateurs face aux pratiques commerciales abusives, Etude de droit comparé, Lausanne 1979, s. 19-20; **BUECHE DE COURT**, F.: La Concurrence Déloyale et Les Droits de la Personalité en tant que Restrictions de la Publicité, Etude Comparée de Droits Civils Suisse, Allemand et Français, Thèse, Lausanne 1979, s. 38; **BEIER**, F. K.: 'The Law of Unfair Competition in the European Community-Its Development and Present Status', 1985, 10 EIPR, s. 285; **BEIER**, The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany, s. 78-79; **DE VREY**, R.: Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families, a comparative study of English, German and Dutch Law in light of existing European and International legal instruments, Utrecht 2005, s. 150; **HENNING-BODEWIG**, F.: 'A New Act Against Unfair Competition in Germany', IIC Vol. 36, 4/2005, s. 412.

[9] Haksız rekabetle mücadelede, 1896 tarihli UWG yürürlükte iken, 1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun ahlâka aykırı fiili düzenleyen hükmüne(AMK 826. paragraf) de başvurulmuştur. Her ne kadar bu hükmün, tüm haksız rekabet hallerini kapsayacak bir genel hüküm işlevi görmesi amaçlanmış olsa da, ahlâka aykırı fiilden söz edebilmek için kastın varlığının aranması, hükmün uygulama alanını sınırlandırmış, dolayısıyla bu ikili uygulama da ihtiyaçları tam olarak karşılayamamıştır, **REIMER**, D.: La répression de la concurrence déloyale, Paris 1978, s. 93; **DE VREY**, s. 150-151.

[10] **BEIER**, The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany, s. 79.

Fransız hukukundan farklı olarak, Alman öğretisinde ve uygulamasında, rekabet amacıyla yapılan eylem ve dolayısıyla haksız rekabet, müşterilerin ele geçirilmesinden daha geniş bir kapsamda değerlendirilmiştir. Buna göre, bir kimsenin mallarının sürümünü diğerinin zararına olacak şekilde arttırmasına yardımcı olan, dolayısıyla yeni müşterilerin temini ile yetinmeyip mevcut müşterilerin de korunmasını kapsayacak şekilde kişinin rekabetteki durumunu iyileştirmesine yönelik her türlü eylemi, rekabet eylemi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, rekabet eylemi, sadece objektif değil, sübjektif açıdan da ele alınmış ve kişinin söz konusu rekabet eylemi ile diğerlerinin zararına olacak şekilde mallarının sürümünü arttırma yönünde bir amacının olması da aranmıştır[11].

Rekabet amacıyla yapılan bir eylemden bahsedebilmenin ikinci koşulu olarak, rekabette durumu iyileşen ile bu iyileşme zararına gerçekleşen kişi arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması şartı ileri sürülmüştür. Buna göre, iki taraf arasında bir rekabet ilişkisinin varlığından söz edebilmek için, ilgili çevrelerin anlayışına göre, her iki tarafın mallarının ya da hizmetlerinin birbirlerinin satışını engellemeye elverişli olması yeterlidir[12]. Bu doğrultuda, haksız rekabet eden tacir ile aynı ya da benzer mal ya da hizmeti üreten, tedarik eden ya da piyasaya süren her tacirin ve meslekî menfaatleri korumak üzere kurulan ticaret örgütlerinin haksız rekabetin men'ini talep etme hakkı olduğu kabul edilmiştir(1909 tarihli Alm. Hak. Rek. Ka.'nun 13. paragrafının 1. bendi). Dolayısıyla Fransız hukukundan farklı olarak, taraflar arasındaki rekabet ilişkisi ve buna bağlı olarak dâva açma hakkının kapsamı

[11] **BUECHE DE COURT,** s. 41; **DE VREY**, Towards a European Unfair Competition Law, s. 158.
[12] **REIMER**, s. 98; **BUECHE DE COURT,** s. 41-42; **KAUFMANN**, P. J.: Passing off and Misappropriation, IIC Studies(Studies in Industrial and Copyright Law), Vol. 9, Weinheim 1986, s. 7; **ULMER**, Unfair Competition Law in the European Economic Community, s. 191; **DE VREY**, s. 158.

daha geniş ele alınmıştır. Bununla birlikte, Alman hukukunda da, ilk zamanlar, haksız rekabet eylemlerinin rakip tacirler arasında görülmesinden hareketle, Haksız Rekabet Kanunu'nun gerek münferit gerek toplu olarak rakipleri korumaya hizmet ettiği görüşü hâkim olmuştur[13].

Rekabet eyleminin hukuka aykırılığı konusunda Fransız, İsviçre ve Alman hukukları farklı kıstaslara başvurmuşlardır. Fransız hukukunda, meslek kurallarına başvurulurken[14], Alman hukukunda, başlangıçta ahlâk ve âdap kurallarına, daha sonra ise dürüstlük kurallarına başvurulmuştur.

Fransız haksız rekabet hukukunu ve uygulamasını, haksız rekabet hukukumuzun kaynağını oluşturan İsviçre ve dolayısıyla Alman hukuklarından oldukça farklı oluşu sebebiyle incelememize dahil etmemenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Alman haksız rekabet hukuku ele alınacak olursa, rekabet eyleminin haksızlığının, ahlâkî temeller üzerine oturtulduğu görülecektir. Diğer bir deyişle, serbest ticaret hakkının sınırları ahlâk ve âdap kuralları ile çizilmiştir. Esas itibarıyla Almanya'da 1909 tarihli Hak. Rek. Ka.'nun yürürlüğe konulması sırasında haksız rekabetin tanımına ilişkin birinci paragrafta ahlâk ve âdaba aykırılığa mı yoksa dürüstlük kuralına aykırılık kavramına mı yer verileceği hususunda tartışmalar yapılmış ve sonuçta ahlâk ve âdaba aykırılık kavramı tercih edilmiştir. Alman kanunkoyucusunun bu tercihi yapma sebebi, Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulanabilmesi için ilgililer(rakipler, müşteriler, vs.) arasında bir borç ilişkisinin, bir hukukî ilişkinin bulunması şartı aranmamakla birlikte, Kanun'un yürürlüğe

[13] **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection in Western Europe, s. 418; **VANDEVELD**, s. 21; **BUECHE DE COURT,** s. 39.
[14] **ROUBIER**, s. 515, nº 114.

konulduğu sırada dürüstlük kuralının sadece mevcut bir borç ilişkisine uygulanacağı anlayışının hâkim olmasıdır. Öte yandan, bu anlayış daha sonra terkedilmiş olup, ahlâk ve âdaba aykırılık kavramı ile dürüstlük kuralı kavramı arasında içerik açısından bir fark kalmamıştır[15].

Ahlâka aykırılık kavramı, esasen, ahlâka aykırı fiili düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun(AMK) 826. paragrafından alınmış olmakla birlikte, genel hüküm açısından söz konusu olan, genel ahlâk kuralları değil; rekabette geçerli olan ahlâk ve âdap kurallarıdır. Bu anlamda, ahlâk ve âdap kuralına aykırı rekabet eylemi, rekabet hukuku tarafından menfaatleri korunan ilgili çevrelerin, genel olarak, itibar ettiği görgü kurallarına, teamüllere, meslekî ödevlere ya da kamu yararına aykırı davranış olarak tanımlanmıştır[16].

Öte yandan, bu kuralların kesin olarak ifade edilmesi mümkün olmadığından, kavramın somutlaştırılması amacıyla haksız rekabet hukukuna özgü bir ilke olan emeğe dayalı rekabet ilkesi(emek ilkesi, *Leistungsprinzip*)[17] geliştirilmiştir. Buna göre, kendi emeğini ortaya koymadan gerçekleşen ve rakiplerini rekabette engellemeye veya onları rekabet dışına çıkarmaya ya da kendi ürünlerini bir adım öne çıkarmaya yönelik her türlü davranış haksızdır[18]. Dolayısıyla tacirin, kendisinin

---

[15] İsviçre haksız rekabet hukukunda başlangıçta bu yaklaşım hakim olmuştur, **KIRCA**, İ.: 'Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar', Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE, Ankara 1998, s. 343, dp. 47'den naklen).

[16] **VANDEVELD**, s. 72; **BUECHE DE COURT,** s. 42; **GOUSENBERG**, V.: La concurrence déloyale et sa répression en Suisse, Thèse, Genève 1945, s. 92 vd.

[17] Bu prensip, Almanya'da ilk defa A. Lobe tarafından ortaya atılmış ve Nipperdey tarafından geliştirilmiştir, bkz. **PERRIN**, A.: La Concurrence Êconomique, selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, 30 septembre 1943, Lausanne 1960, s. 97; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986, s. 99-102.

[18] **LOBE**, A.: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907, s. 56-57(**BUECHE DE COURT,** s. 35'den naklen).

uygun bir emeği ve gayreti olmadan başkasının emeğinden faydalanması, rakibini kötülemesi ya da tüketicinin talebini yanlış ya da yanıltıcı beyanlarla etkilemek suretiyle serbest rekabette kendisine haksız bir üstünlük sağlaması, haksız rekabet kabul edilmiştir[19]. Özellikle marka, ticaret unvanı gibi işaretlerin taklit edilmesinin veya bunlar arasında iltibas yaratılmasının önüne geçilmesi, parazit rekabet ve bu anlamda parazit reklamların engellenmesi, başkasının iş ürünlerinden özellikle patent ve faydalı model haklarından izinsiz yararlanmanın önlenmesi amacıyla sıkça bu ilkeye başvurulmuştur[20].

Bu objektif unsurların yanında, aynı zamanda, hile ya da yok etme amacı, haksızlığa dair unsurların bilinmesi ya da göz ardı edilmesi gibi sübjektif unsurların da, iş ahlâkına aykırılığın belirlenmesinde önemli rol oynayacağı ifade edilmiştir[21]. Nitekim, rakiplerin fiyatının altında satış yapmak ya da çalışanları ayartmak[22], kural olarak hukuka uygun olmakla birlikte, eylemin rakibi yok etme ya da sistematik olarak zarar verme amacıyla yapılması halinde, haksız rekabet teşkil edebilecektir[23]. Öte yandan, sübjektif unsurların(özellikle eylemin nedeni ve amacı) varlığı, rakibin

[19] **WAGEN,** s. 98; **GRISEL**, A: 'La notion de la concurrence déloyale selon article 48 du Code des obligations et la loi fédérale sur la concurrence déloyale', JdT 1945 I 162, s. 168; **PERRIN**, s. 97; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986, s. 18; **TROLLER**, K.: Précis du droit suisse des biens immatériels, Bâle, Genève, München 2001, s. 330; **TROLLER**, K.: Manuel du droit suisse des biens immatériels, Bâle, Frankfurt-sur-le-Main 1996, s. 909-910; **WIPO**, Protection Against Unfair Competition, Geneva 1994, s. 23-24; "Ekonomik faaliyette kendisinin uygun bir emeği ve gayreti olmadan, serbest rekabette başkasını engelleyecek ya da başkalarının sunumları karşısında kendi sunumuna haklı olmayan bir üstünlük sağlayacak nitelikte ya da ona yönelik araçlar kullanan kimse, haksız rekabetten sorumludur", *Elco* kararı, ATF 72 II 393.

[20] **YILMAZ**, M.: 'Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması İle Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri', İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, Yıl: 2006, s. 1482-1483.

[21] **REIMER**, s. 120; **BUECHE DE COURT,** s. 43.

[22] Haksız rekabet örneği olarak çalışanların ayartılması konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. **ŞENOCAK**, K.: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, Y. 2001, s. 193-246.

[23] **REIMER**, s. 123; **BUECHE DE COURT,** s. 44.

düşüncesinden hareketle değil, aksine eylemin objektif unsurlarından hareketle somut bir şekilde ortaya konacaktır[24].

Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da emeğe dayalı rekabet ilkesi, rekabet eyleminin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde sıkça başvurulan ilkelerden biri olmuştur. İFM'nin bu yönde oluşturduğu içtihatlar[25], 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun(1912 tarihli İBK) "haksız rekabet" başlıklı 48. maddesi ile kanunlaşmıştır[26]. Buna göre, "Yanlış ilânlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketlerle müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dâva ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir". Madde metninde haksız rekabet kavramına yer verilmemiştir. Hüküm, hukukumuza da aktarılmış olup(1926 tarihli Borçlar Kanunu'nun 48. maddesi)(1926 tarihli TBK'nun 48. maddesi), dürüstlük kurallarına aykırı davranış ya da yöntem neticesinde kişinin müşterilerinin azalması ya da müşterilerini kaybetme korkusuna maruz bulunmasını haksız rekabet olarak kabul etmiştir. Davranışın ya da yöntemin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığına karar vermek için, ilk önce (rakip) tacirin rekabet eylemini nitelemek gerekmektedir. Bu niteleme de, (rakip) tacirin hukuk düzeninin kendisine tanıdığı sınırları aşıp aşmadığının belirlenmesi ile olacaktır[27]. Bu çerçevede, rakibin müşterilerini çekmek yahut onun çalışma imkânını ortadan kaldırmaya veya rekabet kâbiliyet ve kudretini azaltmaya yönelik bütün

[24] **REIMER**, s. 120, dn. 118.
[25] Bkz. ATF 20 1049, ATF 22 184, ATF 23 211, ATF 23 262, ATF 23 646, ATF 23 1755, ATF 23 1815, ATF 24 II 608, ATF 24 II 716, ATF 25 II 526, ATF 26 II 82.
[26] Bu Kanun yürürlüğe girmeden önce, İFM hem dürüstlük kurallarını ihlâl hem kişilik hakkına zarar verilmesi ölçütlerini eş zamanlı olarak da kullanmıştır, **WAGEN,** s. 28.
[27] **WAGEN,** s. 112.

faaliyetler dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilecektir[28]. Sonuç olarak, haksızlığın tespitinde esas alınacak yegâne kıstas, eylemin(yöntemin) niteliği olup[29], üçüncü kişiler bakımından meydana getirdiği sonuçlar değerlendirilmeyecektir[30].

Haksız rekabet hukuku ile korunan hakkın ne olduğu meselesi de, İsviçre ve Alman hukuklarında, Fransız hukukundan farklı gelişmiştir. Fransız hukukunda rakibin müşteriler üzerinde bireysel bir hakkı olduğu ve haksız rekabet dâvası ile, rakibin müşteri çevresinin muhafazasının sağlandığı ileri sürülmüştür[31]. Ancak, bu görüş gerek öğretide gerek uygulamada derhal eleştiriye maruz kalmış, müşteri hacminin hukuken güvence altına alınmasının rekabetin varlığını inkar etmek anlamına geleceği[32], bu nedenle haksız rekabet dâvasının müşteri çevresinin muhafazasını temin etmeye hizmet edemeyeceği[33] ifade edilmiştir. Bu görüşe karşılık, haksızlığın eylemin müşteri çevresinin ele geçirilmesine neden olup olmamasından bağımsız olarak, kullanılan araçların niteliğine göre tespit edilmesi gerektiği savunulmuş, bu amaçla meslek kurallarına başvurulmuştur[34].

Alman hukukunda ise haksız rekabet ile korunan hak konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar içerisinde genel olarak kabul gören, rakibin kişiliğine bağlı bireysel bir hakkın korunduğuna dair görüştür. Buna göre, haksız rekabet hukukunun işlevi, meslekî faaliyette bulunan rakibin kişiliğini korumaktır.

---

[28] **HİRŞ**, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1946, s. 170.
[29] **WAGEN,** s. 50-51, 55-56.
[30] **WAGEN,** s. 31.
[31] **BUECHE DE COURT,** s. 51-52.
[32] **ROUBIER**, s. 520, nº 115; bkz. Trib. Comm. Lyon 2 août 1928, Ann. 1929, 69; Trib. Comm. Seine 26 février 1929, Ann. 1930, 252.
[33] **ROUBIER**, s. 493. nº 106.
[34] **ROUBIER**, Le droit de la propriété industrielle, s. 515, nº 114.

Diğer bir ifadeyle, haksız rekabet hukuku, rakibin kişilik haklarının bir parçası olarak iktisadî faaliyette bulunma özgürlüğünü(rekabet etme özgürlüğünü) güvence altına almak suretiyle, ekonomik kişiliğinin korunmasını amaçlamaktadır(*rakibin kişiliğine bağlı olan sübjektif hak kuramı*)[35].

Kişilik hakkı kuramına karşıt olarak, haksız rekabet hukukunun, müteşebbisin şahsından ayrı ve gayri maddî mal olarak *teşebbüsü* ve *mesleği*[36] ya da *ticarî ve ekonomik faaliyeti*[37] korumayı hedeflediği kuramları da ortaya atılmış, ancak bu kuramlar, haksız rekabet hukukunun koruduğu hakkın ne olduğu meselesini aydınlatmakta yeterli olamamıştır[38].

Alman hukukunu takiben İsviçre hukukunda da, kişiliği koruyan hükümler, özellikle üçüncü kişilerden gelen saldırılara ilişkin olan İsviçre Medeni Kanunu'nun(İMK) 28. maddesi esas alınarak, haksız rekabet hukukunun ekonomik kişiliğin korunmasına hizmet ettiği fikri benimsenmiştir[39]. Buna göre, İMK'nun 28. maddesinin tacire, özellikle ticarî alanda ekonomik kişilikten doğan pek çok hak(ticarî unvan, marka üzerindeki hak, ticarî itibar, ticarî sır hakkı, vs.) tanıdığı ve ticaretin sorunsuz bir şekilde icrası, yani haksız rekabete karşı korunma ve mesleğini serbestçe icra etme hakları(kişinin serbestçe iktisadî faaliyette bulunma, ticaretteki

[35] Haksız rekabet hukukunun ekonomik kişiliği koruduğu görüşünü savunan yazarlar, Kohler, Lobe ve Rosenthal'dir(**REIMER**, s. 102, dp. 27'den naklen); **TOLUN**, O.: 'Gayri Kanunî Rekabet Hukukunda Âmme Menfaatleri', Adalet Dergisi, Sayı:5, 1956, F: 4, s. 527.

[36] Haksız rekabet hukukunun teşebbüsü ve mesleği koruduğunu savunan yazar, Baumbach'dır(**REIMER**, s. 102, dp. 28'den naklen).

[37] Haksız rekabet hukukunun ticarî ve ekonomik faaliyeti koruduğunu savunan yazarlar, Nerreter ve Fikentscher'dir(**REIMER**, s. 102, dp. 30); **BİLGİŞİN**, s. 245; **TOLUN**, s. 527.

[38] **REIMER**, s. 102.

[39] İMK m. 28'e başvurulmasının nedeni, hukuken korunan ve haksız rekabet neticesinde zarar gören hak konusuna, gerek İBK m. 41 vd.'da yer alan haksız fiil hükümlerinin gerek İBK m. 48'in herhangi bir açıklık getirmemiş olmasıdır, **WAGEN,** s. 57.

konumunu geliştirme ve buna saygı gösterilmesine dair hakkı) da bunlar arasında yer aldığı[40], bu anlamda haksız rekabet eyleminin, ekonomik kişiliğe bir saldırı niteliği taşıdığı kabul edilmiştir[41].

Hukukumuzda ise, haksız rekabet, İBK'nun 48. maddesinden aktarılan 1926 tarihli TBK'nun 48. maddesi yanı sıra 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda(56 ilâ 62. maddelerİ)(1926 tarihli TTK) da düzenlenmiştir. 1926 tarihli TBK'nun 48. maddesi, haksız rekabeti, tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, kişiliğin korunması ilkesi açısından genel olarak düzenlemiştir. 1909 tarihli Alm. Hak. Rek. Ka.'ndan esinlenilerek hazırlanan 1926 tarihli TTK'nda ise sadece bazı haksız rekabet halleri yasaklanmıştır[42]. 1926 tarihli TTK'nda "gayrikanunî rekabet" başlığı altında yer alan hükümlerde haksız rekabet, tacirler arası bir eylem olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, tacirler, tacirlere karşı korunmuştur. Sözgelimi, 58. maddede bir tacirin, rekabet etmek maksadıyla diğer bir tacirin menfaatine veya ticaretine zarar verecek gerçeğe aykırı neşriyatta ve 59. maddede aynı cins malları satan diğer bir tacirin müşterilerini celbetmek maksadıyla kendi mallarının menşei veya vasıfları hakkında veya ticarethanesinin kapsam ve önemine dair gerçeğe uymayan işaalarda bulunmasını ve esasen haiz olmadığı bir paye veya şahadetname veya takdirnameyi haizmiş gibi ilân vermesini ve haber yaymasını yasaklayan bu hükümlerin uygulanabilmesi için, haksız rekabet edenin tacir sıfatını haiz olması ve yapılan ilân ve işaaların rekabet amacıyla yapılması aranmıştır.

---

[40] **WAGEN,** s. 59.
[41] **WAGEN,** s. 60.
[42] **ARSLANLI**, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumî Hükümler, 3. B., İstanbul 1960, s. 225; **DALAMANLI**, L.: 'Haksız Rekabet', Adalet Dergisi 1961, s. 666.

Diğer hükümlerde ise bazen ticarî işletmeyi korumak, bazen de ticaret hakkının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla rekabet ilişkisi aranmaksızın bazı fiiller yasaklanmıştır[43]. Bir tacirin, kendi mallarını sürmek için hile ve desise kullanması(57. madde), diğer bir tacirin veya imalâthane sahibinin müşterilerini öğrenmek veya kendisine celbetmek maksadiyle o tacirin veya imalâthane sahiplerinin memur ve müstahdemlerini ayartması(60. madde), iyiniyet sahibi diğer tacirleri iğfal maksadıyla gerçeğe uygun olmayan iyi hâl ve iktidar şahadetnameleri vermesi(61. madde), bir tacirin şahsî ve malî gücü hakkında istihbarat acentalarının kasten veya ağır bir kusur neticesi olarak yanlış bilgi vermeleri, yasaklanan fiiller arasında zikredilebilir.

Sonuç itibarıyla, 1926 tarihli TTK'nda yer alan hükümlerde, sadece yasaklanan haksız rekabet eylemleri yer almakta olup, dâva açma hakkına sahip olanlar düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu maddelerde tacirlerin hak ve menfaatleri mevzubahis edildiğinden, öğretide ve uygulamada zarara uğrayan kimselerin sadece tacirler olduğu, dolayısıyla dâva açma hakkının da, sadece tacirlere ait olduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak, gerek 1926 tarihli TBK'nun 48. maddesi gerek 1926 tarihli TTK' nda yer alan haksız rekabet hükümleri birbirleriyle rekabet halinde bulunan tacirleri gayri kanunî rekabete karşı korumuş, tazminat ve haksız rekabetin men'i talebinde bulunma hakkı, münhasıran zarar gören ya da görme tehlikesine maruz kalmış tacirlere tanınmıştır[44].

[43] **KARAYALÇIN**, s. 450; **BİLGİŞİN**, s. 245; **TOLUN**, s. 530.
[44] **TOLUN**, s. 526, 527.

II. BÖLÜM

HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA MODERN YAKLAŞIM: *HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN SOSYAL YÖNÜ VE HAKSIZ REKABETLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İŞLEVSEL UYGULAMASI*

I. HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN SOSYAL YÖNÜ

Haksız rekabetin, sadece rakiplere yönelik bir olgu olduğunu, dolayısıyla, taraflar arasında bir rekabet ilişkisinin olması gerektiğini savunan görüşün geçerliliği, rakibin kişiliği ile doğrudan bağlantısı olmayan ve hatta rakip olmayanların menfaatlerinin de haleldar olabildiği haksız rekabet eylemlerinin ortaya çıkması ile tartışılmaya başlanmıştır[45]. Alman İmparatorluk Mahkemesi(AİM), aldatıcı reklamlarla ilgili olarak 1930'lu yıllarda verdiği kararlarda, üretilen mal ve hizmetin, reklamlar yoluyla yaratılan beklentilere cevap verecek düzeyde olmaması nedeniyle müşterilerin aldatıldığı bu tür uygulamalar karşısında, rakiplerin yanı sıra, toplumun ticarette dürüstlüğün temin edilmesinden umduğu faydanın da gözetilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir[46]. Alman İmparatorluk Mahkemesi, aldatıcı reklamlara ilişkin hükümlerin bu amaca hizmet ettiğine hükmetmiştir. Şöyle ki; 1909 tarihli

---

[45] **VANDEVELD**, s. 27 ; **SCHRICKER**, G.: 'Twenty-Five Years of Protection Against Unfair Competition', IIC 6/1995, s. 786; **SCHRICKER**, G.: 'International Aspects of The Law of Unfair Competition', International Harmonization of Competition Laws, 1995, s. 131.

[46] Bu kararlardan bazıları, RG 24.01.1928−*Markenschutzverband*−, RGZ 120, s. 49; 29.04.1930−*Graf Zeppelin*−, RGZ 128, s. 342 vd. ; 21.04.1931−*B-Werke*−, RGZ 132, s. 317 ; 09.11.1934−*Bestattungswerbebesuche*−, RGZ 145, s. 399 ; 15.11.1935−*Gummiware* −, RGZ 149, s. 228 ; 27.03.1936−*Diamantine*−, GRUR 1936, s. 812 ; 19.10.1937−*Persil*−, GRUR 1938, s. 210 ; 24.06.1939−*Locken-wickler*−, RGZ 160, s. 389(bkz. **VANDEVELD**, s. 27'den naklen).

UWG'de, haksız rekabetten kaçınma talebinde bulunma hakkının, sadece zarar gören tacire değil; aynı ya da benzer branşta faaliyet gösteren tacirlere ve tacirlerin menfaatlerini korumak üzere kurulan ticaret örgütlerine de tanınmıştı(13'üncü paragrafın birinci fıkrası)[47]. Alman İmparatorluk Mahkemesi, bu hükümden hareketle, söz konusu talebin sadece rakibi korumaya yönelik olmadığına, aynı zamanda toplumun yararına rekabetin kötüye kullanılmasına da engel olduğuna, bu nedenle, ihlâller için yargıya başvurulmasının sadece doğrudan zarar gören tarafın takdirine bırakılmaması gerektiğine hükmederek, haksız rekabetten kaçınma talebinde bulunabileceklerin kapsamını geniş yorumlamıştır[48]. Burada, mahkeme, söz konusu rekabet eyleminin *emeğe dayanan rekabet ilkesi*'ne aykırı olmasından hareketle, aldatıcı reklam yapan ya da aldatıcı işaret, vs. kullanan tacire karşı doğrudan zarar görmemiş rakibin dâva açabileceğini kabul etmiştir. Söz gelimi, aldatıcı menşe işareti kullanan tacir, sadece orijinal malın üreticilerinin ve satıcılarının satış kaybına uğramalarına sebep olarak onların menfaatlerine zarar vermekle kalmaz, ayrıca, mallarını doğru biçimde etiketleyen diğer rakipler karşısında haksız bir üstünlük de temin etmiş olur. İşte, emeğe dayanan rekabet ilkesine aykırı hareket ederek rekabette haksız üstünlük elde eden tacire karşı eylemden doğrudan zarar görmemiş tacirlere de dâva açma hakkı tanınması suretiyle, yeniden rekabette dürüstlüğün temin edileceği ve bu vesileyle tüketicinin de korunacağı kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, emeğe dayalı rekabet ilkesi ile, tüketici ile rakibin menfaatleri arasında bir bağ oluşturulmuş, yani, tüketici ve rakibin

[47] Dolayısıyla, Alman haksız rekabet hukukunun baştan itibaren rekabetin dürüstlüğünü sadece rakipler için değil, toplum için de koruduğu söylenebilir, **SCHRICKER**, Twenty-Five Years of Protection Against Unfair Competition, s. 786; **SCHRICKER**, International Aspects of The Law of Unfair Competition, s. 131.

[48] **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection in Western Europe, s. 418-419'den naklen.

korunması ilişkilendirilmiştir[49]. Dolayısıyla, haksız rekabetin sosyal yönünü ortaya koyan anlayış doğrultusunda tüketicinin korunması, ilk planda, rakibin menfaatlerinin korunmasının bir yansıması olarak hayata geçirilmiştir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihatları öğretide de benimsenmiş ve sadece doğrudan etkilenen, hatta zarar gören rakibin bireysel menfaatlerini değil(*rakiplerin birbirine karşı korunması, yatay koruma*), aynı zamanda rakiplerin kollektif olarak menfaatlerini ve toplumun rekabetin ticarî ahlâk ve dürüstlük kurallarına uygun olmasındaki yararını(*dikey koruma, üçlü koruma*) koruyan bir haksız rekabet hukuku kavramı ortaya atılmıştır(*haksız rekabet hukukunun sosyal yönü*)[50]. Öte yandan, bazı yazarlar, sosyal yaklaşıma ve bu suretle haksız rekabet hukukunun koruduğu menfaat çevresinin genişletilmesine karşı çıkmıştır. Haksız rekabet kanununun, dar anlamda rekabet ilişkilerinin sınırlarını aştığı takdirde, sosyal ve ekonomi politikalarının bir aracı haline dönüşme riskine maruz kalacağı ve böyle bir kanunun rekabet serbestisini de tehdit edeceği ileri sürülmüştür. Başka bir ifadeyle, rakibin korunmasının arka plana itileceği, dolayısıyla, bireysel menfaatlerin sosyal menfaatler karşısında daha zayıf bir konuma getirileceği, genel anlamda toplum menfaatlerinin korunması kavramının soyutluğu karşısında, eylemin hukuka aykırılığının değerlendirilmesinde ekonomi politikalarına

[49] **BEIER**, The Law of Unfair Competition in the European Community, s. 285; **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection in Western Europe, s. 418-419.

[50] **HOFFMANN**, W.: 'Der Einzelne und die Allegemenheit im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz', JW 1936, s. 153, 156vd. ve **ULMER**, E.: 'Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht', GRUR 1937, s. 769, 771vd.(**REIMER**, s. 104'den naklen); **BEIER**, The Law of Unfair Competition in the European Community, s. 285; bu yöndeki mahkeme kararlarından bazıları, 27.3.1936 *–Diamantine–*, GRUR 1936, s. 810-812; 19.10.1937 *–Persil–*, GRUR 1938, s. 207-210; s. 237-238(**VANDEVELD**, s. 28'den naklen).

ilişkin mülahazaların devreye gireceği iddia edilmiştir[51]. Ancak, öğretide ileri sürülen bu muhalif görüşler azınlıkta kalmıştır.

Haksız rekabete sosyal içerik kazandıran anlayış, tüketicileri hedef alan yeni ikna edici ve saldırgan satış yöntemlerinin ve reklamların ortaya çıkması ve yaygınlaşması karşısında 1960'lı yıllarda ivme kazanan tüketicinin korunması hareketinin yarattığı ortamın etkisiyle[52], 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulama alanının genişlemesine zemin oluşturmuştur. Tüketicinin ekonomide rekabet eylemlerinin sadece muhatabı olarak pasif bir role sahip olmadığı, aynı zamanda yaptığı seçimler ve verdiği kararlar ile rekabet oyununu olumlu/olumsuz yönde şekillendirdiği, dolayısıyla tıpkı rakipler, tedarikçiler gibi aktif rolünün de olduğu dikkate alınmaya başlanmıştır[53]. Bu doğrultuda, ileride ayrıntılarıyla değineceğimiz üzere[54], mahkemeler, tüketicileri hedef alan ve onları yanlış, yanıltıcı ya da eksik bilgi ile yanlış yönlendiren reklamları(*aldatıcı reklam, karşılaştırmalı reklam*) haksız rekabet saymıştır. Aynı şekilde, tüketicilerin karar alma serbestilerini sakatlayan satış yöntemleri(*kartopu satışları, sipariş edilmeyen malların yollanması, hediyeli, piyangolu ya da yarışmalı satışlar*) saldırgan ya da tüketicinin özel alanına müdahale olarak nitelendirilmiş ve yasaklanmıştır[55]. Böylelikle, eylemin haksız olduğuna karar verilirken, tüketici menfaatleri dikkate alınmış, 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun, rakibin menfaatleri yanı sıra tüketici menfaatlerini tereddüte yer vermeyecek şekilde koruduğu ortaya konmuştur. Nitekim, tüketici derneklerine bağımsız olarak haksız rekabetin men'i

[51] Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **VANDEVELD**, s. 29, dp. 29.
[52] **VANDEVELD**, s. 175.
[53] **KAUFMANN**, s. 34vd.
[54] Bkz. III. Bölüm, s. 63 vd.
[55] **VANDEVELD**, s. 29.

dâvasını açma hakkı tanımak suretiyle kanunkoyucu bu amacın gerçekleştirilmesine uygun bir araç da sağlamıştır(1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 13'üncü paragrafının birinci fıkrasının a bendi) [56]. Diğer yandan, tüketiciye bizzat haksız rekabet dâvalarını açma imkânı verilmemiştir[57]. Bu anlamda, Alman haksız rekabet hukukunda tüketici menfaatleri, toplu olarak ve temsilen korunmuştur.

Haksız rekabete sosyal içerik kazandıran görüş, İsviçre hukukunda da benimsenmiştir. Haksız rekabeti rakibin kişiliğine ilişkin olan bir hakkın ihlâli olarak değerlendiren ve bu nedenle rakibin iktisadî kişiliğinin korunması esasına dayanan*(sübjektif haksız rekabet kavramı)* 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 48'inci maddesinin, rakibin kişilik hakkının ihlâli niteliği taşımayan haksız rekabet eylemleri ile mücadelede piyasaya katılan diğer ilgililerin(müşteriler, tüketiciler, toplum) korunması açısından yetersiz kalması üzerine[58] kaldırılmasına karar verilmiş ve yerine iktisadî rekabetin her türlü kötüye kullanılmasını yasaklayan*(objektif haksız rekabet kavramı)* 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu kabul edilmiştir[59].

Hukukumuzda da, 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nun yenilenmesi çalışmaları sırasında, Kanun'un haksız rekabete dair hükümlerinin sosyal korumayı

---

[56] 1909 tarihli UWG'de değişiklik yapan 21 Temmuz 1965 tarihli Kanunun 13. paragrafının 1. fıkrasının a bendine göre, tüketici derneklerinin men davası açabilmeleri için, tüzüklerinde belirtilen görevleri arasında, açıklama ya da tavsiye yoluyla, tüketici menfaatlerinin korunmasının yer alması gereklidir, bu hususta bkz. **VANDEVELD**, s. 41 vd.; **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection in Western Europe, s. 430; **BEIER**, The Law of Unfair Competition in the European Community, s. 287-288.

[57] Ancak, rekabet eylemi neticesinde zarara uğramışsa, o takdirde, özel hukuk yollarına başvurabilecektir.

[58] **WAGEN,** s. 71 vd.; İBK m. 48 ile UWG m. 1'in ayrıntılı karşılaştırması için bkz. **GRISEL**, s. 163 vd.

[59] **WAGEN,** s. 95-96.

gerçekleştirmekten uzak olduğu, bu nedenle, söz konusu hükümlerin müşterinin, toplumun ve meslek menfaatlerinin de korunmasını öngörecek şekilde ve hatta özel bir kanun bünyesinde düzenlenmesi gerektiği, ayrıca 1926 tarihli Borçlar Kanunu'nun 48'inci maddesinin uygulama alanının, tüm haksız rekabet hallerini kapsayamayacak şekilde dar olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşlerden hareketle haksız rekabet, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu esas alınmak suretiyle, fakat İsviçre'nin aksine özel bir kanun bünyesinde değil, 1957 tarihli Ticaret Kanunu içerisinde düzenlenmiştir(6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı ve devamı maddeleri)[60].

Genel hüküm niteliğindeki 56'ncı maddede(mehaz 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci maddesi) haksız rekabet, 'aldatıcı veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair vasıtalarla iktisadî rekabetin her türlü suiistimali' şeklinde tanımlanmak suretiyle, rekabet eyleminin hukuka aykırılığının tespitinde, artık rakibin sübjektif bir hakkının(kişilik hakkı, müşteri çevresi ya da teşebbüsü üzerindeki hakkı, fikri mülkiyet hakkı) ihlâli kıstasından vazgeçilerek, rekabet

[60] Bu hususta bkz. **TOLUN**, s. 535; öte yandan, İsviçre haksız rekabet hukukundan farklı olarak hukukumuzda,1943 tarihli İsviçre Kanunu(İsv. UWG) esas alınarak hazırlanan ilk TTK Tasarısında, BK m. 48'in, İsviçre'de olduğu gibi yürürlükten kaldırılması öngörülmüş, ancak Tasarıyı gözden geçiren Komisyon, TTK'da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin sadece ticarî alana inhisar edebileceği, iktisadî hayatın diğer sahalarında uygulanamayacağı gerekçesiyle, bu maddenin yürürlükte kalmasını uygun bulmuştur(AEM, S. Sayısı 199, TBMM Zabıt Ceridesi, C. 12, sh. 15). Bununla birlikte hükme, Tatbikat Kanunu m. 41/II-a ile "Ticarî işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır" fıkrasını eklemiştir. 1957 tarihli TTK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte bu ikili düzenleme gerek öğretide gerek uygulamada, BK m. 48'in ticarî sayılmayan haksız rekabet fiillerine, TTK m. 56 vd.'nın ise, ticarî işlere ilişkin haksız rekabet fiillerine uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır, **ÖRS**, s. 24; **DOĞANAY**, İ.: 'Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtayca Nasıl Uygulanıyor?', BATİDER, Mart 1970, C. V, S. 3, s. 532. Buna karşılık, öğretide çoğunluk görüş, bu ikili düzenlemenin isabetli olmadığı, çünkü TTK m. 56'da yapılan haksız rekabet tanımında «iktisadî rekabetin her türlü suiistimali» nin esas alındığı, bu nedenle, adî işlerdeki haksız rekabet hallerinin de TTK m. 56-65 kapsamına gireceği yönündedir, **MİMAROĞLU**, s. 384; **KARAYALÇIN**, s.452; **POROY**, R.: Ticarî İşletme Hukuku, B. 2, İstanbul 1977, s. 178; **ARSLANLI**, s. 222; **ARKAN**, S.: Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, Ankara 2004, s. 294.

hakkının dürüstlük(objektif iyiniyet) kurallarına aykırı şekilde kullanımı esas alınmıştır[61]. Dürüstlük kuralları, (rakip) tacirler arasında, herbirinin rekabet etme hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanacaklarına, dürüst davranacaklarına dair karşılıklı bir güven ilişkisi tesis eder[62]. Ayrıca dürüstlük kuralları, sadece tacirler arasındaki ilişkilerde değil, tacirlerle toplum arasındaki ilişkiler açısından da geçerlidir. Tacirlerin mallarını ya da hizmetlerini piyasaya sürdükleri anda, kendileri ile toplum arasında muhtemel bir sözleşmenin kurulması ile birlikte bir bağ oluşur[63]. Bu itibarla, rekabet ilişkisine dahil olan herkesin dürüstlük kurallarına uygun hareket etmesi, sadece tacirlerin değil, toplumun da menfaatine olacağı kabul edilmiştir[64]. İşte, 1943 tarihli Haksız Rekabet Kanunu ile kanunkoyucu, dürüstlük kurallarına uygun hareket edilmesinin, ekonomik faaliyette bulunanlar arasında belli bir dengenin sağlanmasına ve bunun rakiplerin olduğu kadar tüketicinin de menfaatine olduğu görüşünden hareketle, bu dengeyi bozan ya da tehlikeye düşüren yöntemleri yasaklayarak, söz konusu dengenin, toplumun menfaatleri ve özellikle serbest rekabetin lehine yeniden tesisini ve muhafazasını temine çalışmıştır[65]. Başka bir deyişle, Haksız Rekabet Kanunu, işlevi, rekabetin dürüstlüğünü temin etmek olan rekabete dayalı düzenin(*Wettbewerbsordnung*) ve bu vesileyle rakiplerin yanı sıra toplum ve tüketici menfaatlerinin korunmasına hizmet etmelidir[66].

---

[61] **DUTOIT**, B.: 'Droit de la concurrence déloyale et rapport de concurrence: un couple indissociables? Un essai de réponse comparative', Mélanges en l'Honneur de Jacques-Michel Grossen, 1993, s. 297; **WAGEN,** s. 95-96; **ARSLANLI**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 227; **ÖRS**, s. 27; **KARAYALÇIN**, s. 449, 454; **MİMAROĞLU**, s. 386; **DALAMANLI**, s. 665; **DOĞANAY**, Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtayca Nasıl Uygulanıyor, s. 534; **GÖLE**, s. 161.

[62] **WAGEN,** s. 51.

[63] **MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 39.

[64] **MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 39.

[65] **MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 41.

[66] **GERMANN**, O. A.: Concurrence déloyale, Unlauterer Wettbewerb, Concorrenza sleale, Zurich 1945, s. 255; **MATTER**, E.: 'Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb', ZBJV 1951, s. 459(**MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 42'den naklen); **BUECHE DE COURT,** s. 28-29; bu yönde verilmiş olan 26 Mart 1957 tarihli ATF 83 II 154,

Bu amaç doğrultusunda kanunkoyucu, sadece ekonomik menfaatleri zarar gören ya da zarar görme ihtimali olan tacirlere değil, aynı zamanda ekonomik menfaatleri zarar görmüş müşterilere(İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 2'nci maddesinin ikinci fıkrası, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 58'inci maddesinin ikinci fıkrası) ve üyelerinin menfaatlerinin zarar görmesi koşuluyla meslek ve ticaret örgütlerine(İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 2'nci maddesinin üçüncü fıkrası, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 58'inci maddesinin üçüncü fıkrası) de haksız rekabet dâvalarını açma hakkı tanımıştır. Öte yandan 1943 tarihli mehaz İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun ve 6762 sayılı Ticaret Kanunu'muzun ilgili hükümlerinde tüketicilerden açıkça söz edilmemekle birlikte, hukukumuzda "müşteri" kavramının tüm tüketicileri kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasında isabet olduğu[67]; ancak, müşteriler gibi onların da, sadece ekonomik menfaatlerinin zarar görmesi halinde dâva açma hakkına sahip olacakları ileri sürülmüştür[68]. Dolayısıyla, Türk/İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı olarak, tüketicinin bizzat haksız rekabet dâvalarını açabilmesine imkân verilmiştir. Ancak ifade etmemiz gerekir ki, gerek İsviçre gerek Türk hukukunda, müşteri ya da tüketici tarafından açılan haksız rekabet dâvalarına rastlanılmamıştır. Dolayısıyla, müşteri ya da tüketicilerin, münferit olarak, haksız rekabetle mücadelede aktif bir role sahip oldukları söylenemeyecektir.

'Blumenhalter-Fall' kararı; kararın ilgili bölümünün fransızca tercümesinin alındığı eser, **PEDRAZZINI,** M.: 'La bonne foi en droit de la concurrence', in: Abus de Droit et Bonne Foi, Enseignement de 3eme Cycle de Droit 1992, Publié sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg 1994, s. 182; **MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 42; **WAGEN**, s. 73.

[67] ATF 129 III 426, c. 2.2, **GUYET**, J.: 'Les actions en justice', in: La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la jounée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988, s. 89.

[68] **GÖLE**, s. 186-187.

Yargı cephesinde ise, özellikle İsviçre Federal Mahkemesi, 1943 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer alan 'ekonomik rekabetin kötüye kullanılması' ifadesini, 'rekabet hakkının kötüye kullanılması' ve dolayısıyla İsviçre Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin bir uygulaması(ekonomik faaliyette bulunma serbestisinin kötüye kullanımına karşı bir hüküm) olarak değerlendirmekle birlikte, hükmü oldukça dar yorumlamışlardır. Şöyle ki; İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin uygulamasının taraflar arasında mevcut *bir borç ilişkisinden doğan* güven ilişkisinin(*Vertrauenverhältnis*) varlığını esas aldığını, bundan hareketle, haksız rekabetin, ancak aralarında böyle bir güven ilişkisi bulunan rakipler açısından söz olabileceğini kabul etmiştir[69]. Bunun sonucunda, dürüstlük kuralları kıstası, rekabet ilişkisi içinde bulunanlara yönelik kurallar olarak algılanmış ve 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu, sadece rakip tacirlerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmiştir[70]. Dolayısıyla, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun rekabet oyununa katılan diğer aktörler ile(müşteriler, tüketiciler) tacirler

[69] **BUECHE DE COURT,** s. 32; **DUTOIT**, Droit de la concurrence déloyale et rapport de concurrence, s. 297. Zürrer kararında, İsviçre Federal Mahkemesi, eylemin haksız rekabet olup olmadığına karar verebilmek için, davacı ve davalı arasında var olan sözleşmesel bağları dikkate almıştır. Genel hükmü(UWG43 m. 1) uygulamak için, güven ilişkisinden kaynaklanan bağlılık yükümlülüğünü ortaya koymuştur. İsviçre Federal Mahkemesi kararında, bağlılık yükümlülüğünü önemsememe ve iyiniyet kurallarının ihlaline dayanan rekabetin, haksız olduğunu ifade etmiştir(ATF 77 II 263); Spielmann kararında, davacı, davalının talebi üzerine ona kumaş örnekleri göndermiştir. Bunu takiben, davalı başka bir işletmede benzer pamuklu kumaşlar üretmiş ve bunlardan yapılan giyim eşyalarını piyasaya sürmüştür. İsviçre Federal Mahkemesi, davalının kumaş örneklerini, onları taklit etme kasdıyla talep ettiğini ve bu nedenle iyiniyet kurallarına aykırı hareket ettiğine karar vermiştir(ATF 90 II 517)(**MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 47-48' dan naklen); aynı doğrultudaki kararlardan bazıları, ATF 82 II 544; 90 II 195-196; 95 II 159; 100 II 397, 108 II 327; 110 II 421; 114 II 109. Öğretide ise, *Merz* ve *Deschenaux*, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün İsvMK m. 2'ye yollamada bulunduğuna dair görüşe karşı çıkmışlardır. *Merz*'e göre, İMK m.2, esasen sözleşme ilişkisi içerisinde olan kimselerle ilgilidir. Rakipler arasında böyle bir özel bağ olmadığından UWG m.1'deki dürüstlük kuralları İMK m. 2 ile bağlantılı değildir. *Deschenaux* ise, dürüstlük kurallarının uygulanabilmesi için taraflar arasında halihazırda güven ilişkisi tesis eden belli hukukî bağların olması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, rakiplerin davranışları, sadece hukuka, ahlâk ve adaba uygunluk, kişilik haklarına saygı çerçevesinde düzenlenmelidir(**MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 38-39'dan naklen).

[70] **SCHLUEP**, W. R.: 'Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Lauterkeitsrechts', in: Un droit européen de la concurrence déloyale en formation, Genève 1994, s. 86, 87(**BERGER**, M.: Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, These, Zurich 1998, s. 210'dan naklen).

arasındaki dengenin sağlanmasına ve böylece toplum menfaatlerinin gözetilmesine yönelik işlevi, yani haksız rekabetin sosyal yönü hayata geçirilememiştir.

Öte yandan, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda, tıpkı Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda olduğu gibi, haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm yanı sıra, uygulamada en sık karşılaşılan dürüstlük kurallarına aykırılık örnekleri(2'nci madde ve devamı, aynı şekilde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesi) düzenlenmiş olup, söz konusu hükümler incelendiği takdirde, haksız rekabetten söz edebilmek için taraflar arasında mutlak surette mevcut bir borç ilişkisinin ve bu ilişkiden doğan özel bağın(güven) varlığının arandığı sonucuna ulaşmak mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, söz konusu örnekler tüm haksız rekabet eylemlerini kapsamamaktadır. Bu nedenle, bu örnekler arasında yer almayan bir haksız rekabet eyleminin haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün(6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi) kapsamına girmesi halinde, haksız rekabet olarak nitelendirilebileceği kabul edilmiştir[71]. Diğer taraftan, İsviçre Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin uygulanabilmesi için taraflar arasında mevcut olan borç ilişkisine dayalı özel bir bağın varlığının aranması gerektiğine dair görüş geçerliliğini yitirmiştir.

[71] Dürüstlük kurallarına aykırılık kavramının içeriğini kesin olarak belirlemenin mümkün olmaması nedeniyle, hakim, sorunu meslekî ve ticarî teamülleri göz önüne alarak bizzat ya da ilgili ticaret odalarından veya diğer meslekî kuruluşlardan görüş isteyerek halledebilecektir, **KARAYALÇIN**, s. 454; **DOĞANAY**, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 1974, m. 56, s. 239.

II. HAKSIZ REKABETLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İŞLEVSEL UYGULAMASI

1) Genel Olarak

Rekabet hakkının kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlayan haksız rekabet düzenlemeleri, rekabetin en iyi şekilde işlemesini engelleyen, sınırlayan ya da ortadan kaldıran uygulamaların ortaya çıkması ve yaygınlaşması ile, serbest piyasa ekonomisinin temel unsuru olan rekabet serbestisini korumakta yetersiz kalmıştır. Bu gelişmeler üzerine, Kartel Kanunları çıkarılmıştır. Almanya'da da, 1957'de ilk Kartel Kanunu(GWB) yürürlüğe girmiş ve bu Kanun'un uygulanması, haksız rekabet hukuku üzerinde de etkili olmuştur. Şöyle ki; rekabet serbestisinin ve rekabet kurumunun korunmasına verilen önem nedeniyle, mahkemeler haksız rekabetle ilgili kararlarında rekabet serbestisini ve rekabetin düzgün işlemesinde toplumun(ve tüketicinin) menfaati olduğunu giderek artan bir şekilde vurgulamaya başlamışlardır[72].

Bu içtihatları takiben öğretide de, sadece rakipler arasındaki değil, piyasada kurulan ilişkilerin bütünü açısından haklılığın temin edilebilmesinin, rekabet eyleminin, sadece rekabet ilişkisi içinde olanlar açısından değil; aynı zamanda, genel olarak, rekabete dayalı düzende meydana getirdiği veya getirebileceği (olumsuz)

[72] **BEIER**, The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany, s. 84; **VANDEVELD**, s. 31-32; **KAUFMANN**, s. 54.

etkilerin de, diğer bir anlatımla, rekabetin işlevleri açısından(kurumsal olarak) dikkate alınması ile mümkün olacağı kanısı baskın hale gelmiştir[73].

Bu görüşlerden hareketle, Haksız Rekabet Kanunu'nun da içerisinde yer aldığı ekonomi hukukuna ilişkin kuralların ekonomik düzenin gerçekleşmesine ve ekonominin şekillendirilmesine yapacağı katkının sorgulanması, yani işlevsel olarak uygulanması, geniş anlamda yorumlanması*(Die funktionale Rechtsanwendung)*[74] gerektiği yönünde görüş ortaya atılmıştır[75]. Bu yorumu yaparken uygulayıcıların, mevcut iktisadî düzenin gerçeklerine uygun olacak şekilde normları somutlaştırmaları ve bunu yaparken, rekabet hukukunun amaç ve anlamına ilişkin mülahazaları da dikkate almaları gerektiği ileri sürülmüştür. Diğer bir deyişle, haksız rekabet ile ilgili karar verilirken, bu kararın piyasa açısından meydana getireceği sonuçlar da göz önünde bulundurulmalıdır[76].

---

[73] **MATTER**, Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, s. 449 vd., 458(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 165-166'den naklen); aynı görüşü paylaşan yazarlardan bazıları, **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 165-166; **BERGER**, M.: 'Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz', (in) Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, Zurich 1995, s. 34.

[74] İşlevsel yorum, öncelikle sosyoloji alanında geliştirilmiş bir yöntemdir. Sosyoloji alanında işlevsel yorumla ilgili temel metin için bkz. **MERTON**, R. K.: 'Funktionale Analyse', in: Moderne amerikanische Soziologie, hrsg. von Heinz Hartmann, 2. Auf., Stutgart 1973, s. 171 vd.(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 173'den naklen). Daha sonra modern ekonomi hukuku öğretisinde, gerek kanun yapımında gerek kanunun uygulanmasında da başvurulmuştur. İşlevsel yorumun hukuk sosyolojisi açısından ele alındığı metinler için bkz. **SCHELSKY**, H.: Systemfunktionaler, antropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, in: Die Funktions des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 1, Bielefeld 1970, s. 39 vd., 43, 56(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 173'den naklen).

[75] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 162.

[76] **SACK**, R.: 'Das Verhältnis von «Verkaufs-veranstaltungen» i. S. v. § 1 Abs. I Sonderveranstaltungsordnung(AO) und «Dienst-leistungsveranstaltungen», ins besondere das Problem der sog. Mischangebote, WRP 1978, 492 Anm. 30; **ULMER**, P.: 'Der Begriff 'Leistungswettbewerb' und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen', GRUR 1977, s. 565 vd.; **MÖSCHEL**, W.: Presskonzentration und Wettbewerbsgesetz: Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb und Sanierungsfusionen im Pressbereich, Tübingen 1978, s. 147

Haksız Rekabet Kanunu'nun işlevsel uygulamasında, haksız rekabeti tanımlayan genel hükme başvurulmuştur. Haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün uygulamada rekabetin işlevlerini yerine getirmesine, kendisinden beklenen olumlu sonuçlara ulaşılmasına nasıl katkı sağlayacağı, diğer bir deyişle, genel hükmün nasıl somutlaştırılacağı meselesine ilişkin olarak Alman öğretisinde, ekonomi politikalarına ilişkin mülâhazaların dikkate alınması görüşü öne çıkmıştır. Şöyle ki; bir ülkenin ekonomik düzeni, ekonomik olayları amaca uygun olarak organize etmeyi hedefler ve bu hedeflerin gerçekleşmesini takip eder. Bu suretle, politik bir görev yerine getirir. İşte haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulaması ile, ekonomik düzenin gerçekleşmesi ve ekonominin şekillendirilmesi açısından ekonomi hukuku kurallarının, söz konusu ekonomi politikaları hedefleri dikkate alınarak uygulanması kastedilmiştir. Ekonomi politikaları ise alanlarına göre üçe ayrılmaktadır[77]:

1) Düzen politikası; özellikle ekonomiyi koordine edecek mekanizmanın seçimi ve uygulanması ile ilgilenir. Ekonomik gelişmelere uzun vadede hukukî bir çerçeve çizen ve bu yolla ekonomik yapıyı değiştiren düzenleyici normları kapsar.

2) Yapısal politika; ekonominin bileşenleri sorusuyla meşgul olur. Düzen politikası, esas olarak, ekonominin tamamını ele alırken, yapısal politika belirli pazarlara ve ekonomik birimlere yönelir. Alt yapı, sektörel, bölgesel ve piyasaya ilişkin yapısal politikalar gibi.

---

vd.(**BAUDENBACHER**, C.: Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980, s. 153'den naklen).

[77] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 204.

3) Seyir politikası; konjonktürel dalgalanmaların giderilmesi için mevcut çerçeve içerisinde seyreden ekonomik sürecin tamamının idaresine yöneliktir ve kısa ve orta vadeli bir niteliğe sahiptir. Para, kredi, finans politikaları gibi.

Alman öğretisinde, haksız rekabet hukukunun, ekonomiyi koordine eden mekanizma olarak rekabetin bozulmasını engellemek ve böylelikle rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işlemesine katkıda bulunmak suretiyle, düzen politikaları(*Ordnungspolitik*) doğrultusunda belirlenen hedeflere ulaşılmasına hizmet ettiği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla, haksız rekabet hukukunun, ekonomi bilimi ve ekonomi politikaları ile bağlantı içerisinde olduğu kabul edilmelidir[78]. Uygulamada Alman Federal Mahkemesi, öğretide ileri sürülen bu görüşler karşısında uzun süre iktikrarsız bir görüntü çizmesinin ardından, kararlarında ekonomi politikalarına ilişkin mülahazaları dikkate aldığını açık bir şekilde ortaya koymuştur[79].

Düzen politikalarının yanı sıra piyasa yapısının korunmasına yönelik yapısal politika(*Strukturpolitik*) hedeflerinin Haksız Rekabet Kanunu'nun işlevsel uygulamasında dikkate alınmasının gerekip gerekmediği konusunda, yapısal politikaların haksız rekabet hukukuna yabancı olduğu ve öyle de kalması gerektiği ortak bir fikir olarak ortaya konmuştur[80].

---

[78] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 152; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 204.

[79] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 153.

[80] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 158; bu yöndeki görüşler için bkz. **KRIEGER**, H. J.: 'Ist das UWG reformbedürftig?, GRUR 1968, s. 516; **SCHRICKER**, G.: 'Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs', GRUR 1974, s. 581; **SACK**, R.: 'Wettbewerbsverzerrungen durch "Anzapfen", WRP 1975, s. 263; **LEHMANN**, M.: 'Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz', GRUR 1977, s. 637-638 f.

Öte yandan, haksız rekabet kurallarının, düzen politikalarının hedefleri doğrultusunda uygulanmasının, yapısal politikalar ile dolaylı olarak ilgili olan sonuçlara yol açması durumunda da, aynı görüşün geçerli olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur[81]. Bu durum, özellikle pazarda artan yoğunlaşmaya bağlı olarak, piyasadaki varlıkları tehlikeye giren orta büyüklükteki teşebbüslerin korunması ihtiyacının önem kazanması ile ortaya çıkmıştır[82]. Piyasada kendi iç dinamikleri ile büyüyen teşebbüsler, hâkim konumda olmamakla birlikte, rakipleri karşısında önemli pazar gücü elde edince, bu gücü kötüye kullanmaya başlamışlardır. Nitekim, önemli satın alma gücüne sahip olan perakendeci teşebbüsler, belli mal ya da hizmetlerin sağlayıcısı ya da alıcısı olmaları nedeniyle kendilerine bağımlı olan küçük ve orta büyüklükteki işletmelere karşı maliyet fiyatının altında sistematik satışlar ya da kıran kırana fiyat kırma gibi rekabeti engelleyici(*Behinderungswettbewerb*) ya da ayrımcı(*Diskriminierung*) uygulamalarda bulunmuşlar ve bu uygulamalar neticesinde de, piyasada faaliyet gösteren orta büyüklükteki rakip teşebbüsler rekabet edemez hale gelmiştir[83]. Sonuç olarak, piyasadaki rekabetin varlığının ve buna bağlı olarak rekabetçi piyasa yapısının tehlikeye düştüğü durumlar ortaya çıkmıştır.

Bu gelişmeler karşısında, Alman öğretisinde, rekabeti, işlevleri, yani kendisinden beklenen olumlu sonuçlara ulaşılması açısından ele alan yaklaşımdan hareketle, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün, pazar yapısını bozacak şekilde rekabetin varlığının tehlikeye düştüğü engelleme ve ayrımcılık uygulamalarına da

---

[81] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 159.
[82] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 159.
[83] **ULLRICH**, H.: 'Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?', February 2005, EUI Law Working Paper No. 2005/01, http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/2832/1/law05-01.pdf, s. 37.

uygulanabileceği ifade edilmiştir[84]. Diğer bir ifadeyle, genel hükmün işlevsel uygulamasında, eylemin piyasadaki rekabetin varlığını tehlikeye düşürüp düşürmediği de değerlendirilmiştir. Engellemenin haksız olup olmadığının, diğer bir deyişle, rekabetin varlığını ve işleyişini tehlikeye düşürüp düşürmediğinin belirlenmesinde, mutlak surette bir engelleme niyetinin bulunması aranmıştır[85]. Bununla birlikte, böyle sübjektif bir kıstasın ispatlanmasının oldukça zor olacağı; bu nedenle, engelleme niyetinin, sadece, objektif koşulların varlığı halinde kabul edilebileceği dile getirilmiştir[86].

Diğer yandan, daha önce Kanun'un konusu dışında kaldığı kabul edilen rakiplerin sahip olduğu pazar gücü olgusunun da eylemin haksızlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği; çünkü, bir rekabet eyleminin haksızlığından, rekabetin işleyişinin bozulduğu durumlarda söz edilebileceği ve rekabetin işleyişini bozan teşebbüsün üstün pazar gücüne sahip olması durumunda, bozulmanın seviyesinin daha ileri olacağı ileri sürülmüştür[87]. Sonuç olarak, rekabet düzeninin bizzat korunması gerektiği durumlarda, 1909 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun işlevsel uygulamasının, tarafların böyle bir ekonomik güce sahip olup

---

[84] **SACK**, R.: 'Zur Zulässigkeit von Vorspannangeboten', WRP 1975, s. 72 vd.; **KÜBLER/SIMITIS**, 'Press und Wettbewerb', JZ 1969, s. 452; buna karşılık, bu tür uygulamaların, öncelikle rekabete aykırı tarzda rakiplerin engellenmesi hali olarak ele alınması gerektiğini dile getiren yazarlar da olmuştur, **LEHMANN**, Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, s. 637-638(**BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 159'dan naklen).

[85] Öte yandan, öğretide, engelleme niyetinin, bozulmamış pazar kıstasından ziyade, ticarî ahlâk kıstası ile daha kolay belirleneceğini ileri süren yazarlar olmuştur, **VASELLA**, D.: 'Zur Fallgruppe der Behinderung und beschreibenden Domainnamen: Der «tax-info»-Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt', sic! 2/2005, 143, Zur Diskussion, s. 3.

[86] **BERGER,** Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 251.

[87] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 168.

olmamaları açısından farklılık arz etmesi gerektiği savunulmuştur[88]. Böylelikle, rekabet serbestisinin korunması ve pazar gücü konuları, genel hükmün işlevsel uygulaması ile, haksız rekabet hukuku kapsamında da ele alınabilecektir.

İşlevsel uygulamanın bu derece geniş yorumlanmasında, dönemin Kartel Kanunu'nun(1957 tarihli GWB) yetersiz kalmasının yanı sıra, Kartel Kanunu'nda düzenleme olan durumlara 1909 tarihli Haksız Rekabet Kanunu uyarınca da müdahale edilmesi önemli rol oynamıştır[89]. Öte yandan, mahkemelerin, 1909 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulama alanını bu derece geniş yorumlama konusundaki çekimser tutumu[90] ve daha sonrasında da kanunkoyucunun Kartel Kanunu(GWB)'nda yaptığı değişiklikler[91], genel hükmün bu yönde uygulanmasının önünü kesmiştir.

Haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün ekonomi politikaları mülahazaları doğrultusunda işlevsel olarak uygulanması neticesinde, Alman haksız rekabet hukukunun uygulama alanı genişlerken; İsviçre hukukundaki gelişim, bunun tam aksi bir yönde olmuş, anılan yaklaşım uygulamada oldukça uzun bir süre benimsenmemiştir. Daha sonra İsviçre Federal Mahkemesi, 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun işlevsel uygulamasına dayanan mahkeme

---

[88] **MÖSCHEL**, Presskonzentration und Wettbewerbsgesetz, s. 130vd., 148; **LINDACHER**, W. F.: Lockvögel- und Sonderangebote: rechtliche Grenzen selektiver Niedrigpreisstellung, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, s. 38 vd.(**BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 159 ve 168'den naklen).

[89] **ULLRICH**, s. 38.

[90] Bkz. BGH, 11.3.1977, GRUR 1977, 668.

[91] Özellikle, 1973 yılında, GWB §20'ye eklenen 2. ve 3. fıkralar, 1990'da eklenen 4. fıkra ve 1998'de, §20(4)'e eklenen 2. cümle ile, §20'nin uygulama alanı, KOBİ'ler ile onların ilişki içerisinde oldukları, hakim durumda olmamakla birlikte, onlara kıyasla daha güçlü konumda olan teşebbüsler arasındaki ihtilafları(ayrımcılık, satın alma gücünün kötüye kullanılması, maliyet fiyatı altında satış) kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

içtihatlarından etkilenerek, maliyet fiyatının altında sistematik satışlar[92] konusunda düzen politikalarına ilişkin mülahazalardan hareketle verdiği bir kararında[93], piyasadaki rekabetin varlığını ortadan kaldırıp, kontrolü tek başına ele geçirmek amacıyla başvurulan yöntemin, haksız rekabet teşkil edeceğine hükmetmiştir[94]. Böylelikle, Federal Mahkeme, hukuka aykırılığın tespitinde, eylemin piyasadaki rekabetin varlığı ve piyasa yapısı açısından sonuçlarını dikkate almıştır. Öte yandan, 1962 tarihli ilk Kartel Kanunu'nun(KG) yürürlüğe girmesiyle birlikte, Alman hukukundan farklı olarak, rekabet serbestisinin ve kurum olarak rekabetin korunmasının münhasıran Kartel Kanunu'nun yetki alanında olacağı; haksız rekabet düzenlemelerinin(1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu) amacının, sadece rekabetin dürüstlüğünü korumak olduğu, bu nedenle, haksız rekabet hukukunun ekonomi politikaları ile bir ilgisinin olmadığı; başka bir anlatımla, ekonomi politikası aracı olmadığı görüşü benimsenmiştir[95]. Bu görüşün etkisi ile, rekabetin varlığını tehlikeye düşüren engelleyici ve ayrımcı uygulamalara genel hüküm ile müdahale edilmemiştir[96].

Daha sonra, Alman haksız rekabet hukukunu etkisi altına alan 1909 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun işlevsel uygulamasından hareketle, İsviçre öğretisinde de, Haksız Rekabet ve Kartel Kanunları'nın da içerisinde yer aldığı ekonomi hukukuna ilişkin kuralların, ekonomik düzenin gerçekleşmesine ve ekonominin

[92] Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 78-84.
[93] ATF 85 II 450.
[94] BGE 85 II 450.
[95] **MATILE**, J.: 'L'avilissement des prix constitue-t-il un acte de concurrence déloyale?', SJZ 1956, Heft 6, s. 92; **KUMMER**, M.: Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, s. 120, 123(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 164'den naklen; **BAUDENBACHER**, C.: 'Neues Kartellgesetz-Neues UWG', in: **ZACH**, R.(Hrsg.): Kartellrecht auf neuer Grundlage, 1989, s. 362'den naklen).
[96] **BAUDENBACHER**, Neues Kartellgesetz-Neues UWG, s. 358.

şekillendirilmesine yapacağı katkının sorgulanması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır[97]. Bu çerçevede, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulamasının, ekonomiyi koordine eden mekanizma olarak rekabetin bozulmasını engellemek suretiyle, rekabetten beklenen olumlu sonuçların ortaya çıkmasına; diğer bir deyişle, rekabetin işlerliğine yaptığı katkıdan ibaret olduğu savunulmuştur(*ılımlı işlevsel uygulama görüşü, die gemässigt funktionale Ausrichtung*)[98]. Başka bir anlatımla, genel hüküm, ekonomik düzenin gerçekleşmesine en iyi katkıyı sağlayacak şekilde uygulanmalı, mevcut ekonomik düzenin gerçeklerine, ihtiyaçlarına uygun olacak şekilde boşlukların doldurulmasına hizmet etmelidir[99]. Bu anlamda, genel hükmün işlevsel uygulaması, pazara katılanların, rekabetten beklenen olumlu sonuçların gerçekleşmesine engel olacak, yani rekabetin işlevine aykırı davranış tarzlarının yasaklanması yönünde yapılmalıdır[100]. *Schluep*, bu davranış tarzlarının haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde, iş ahlâkına aykırılık kıstası yanında "*rekabet içinde bulunan teşebbüsün makul davranışı(reasonable competitor)*" kıstasının ele alınmasını savunmuştur[101]. Buna göre, rekabete katılan her mantıklı teşebbüs, rekabetin ekonomiyi koordine etme işlevini yerine getirmesine engel olacak davranışlardan kaçınacaktır. Böyle bir teşebbüs, iş ahlâkına uygun hareket edecek ve diğer rakiplerin

---

[97] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 162.

[98] **SCHLUEP**, W. R.: 'Vom lauteren zum freien Wettbewerb', in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, s. 79vd; **SCHLUEP**, W. R.: 'Über den Begriff der Wettbewerbsverfälschung', Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, s. 517vd.; **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 152; **SCHLUEP**, W. R.: Ueber Funktionalität im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zurich 1994, s. 173 vd.(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 163'den naklen).

[99] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 152; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 163.

[100] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 164.

[101] **SCHLUEP**, W. R.: 'Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Lauterkeitsrechts', in: Un droit européen de la concurrence déloyale en formation, Genève 1994, s. 87(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG , s. 210'dan naklen).

kendisinin mantıklı ve doğru bir rakip olarak hareket edeceğine(kendisine tanınan ekonomik özgürlüğü normal rekabet davranışının gerektirdiği sınırlar içinde yaşamasına) dair olan güvenini boşa çıkarmamak için rekabetin işleyişini bozmayacaktır, çünkü rekabetin ve ekonomik sistemin iyi sonuçlar doğurması her mantıklı ve doğru hukuki süjenin çıkarınadır[102].

Berger, *Schluep*'in görüşünü daha somut bir hale getirmek suretiyle geliştirmiştir. Buna göre, doğru ve mantıklı bir rakibin, diğer rakiplerin kendisinden beklediği normatif, yani dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışta bulunması, "mübadele sürecinin" artık işlevini yerine getirememesine neden olduğu zaman haksız hale gelir. İş yapan taraflar, bu süreçte rakibin kullanmasını beklemedikleri araçlara başvurması nedeniyle, arz ve talebin tam olarak örtüşüp örtüşmediğini kontrol edecek durumda olamayacaklarından, arz ve talebin serbestçe etkileşiminin ortadan kaldırılması, taraflar için işin en iyi şekilde yapılamamasına neden olur. Ürünlerin karşılıklı olarak karşılaştırılması imkânsız hale getirilmiş olur[103]. Dolayısıyla rekabet, artık ekonomik olayları(arz ve talebi) koordine edemez hale gelir ve işlerliğini yitirir. Bunun sonucunda ise, rekabet artık işlevini yerine getiremez ve beklenen sonuçlardan farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olur. Piyasa ekonomisinin kurumsal bir ilkesi olan rekabetin işlevini yitirmesi halinde piyasa da işleyemez hale gelir. Piyasaların bu şekilde bozulmaları, kamunun ve bundan etkilenenlerin yararına olarak engellenmelidir. Bunun için 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun işlevsel uygulaması uygun bir araçtır[104].

---

[102] **SCHLUEP**, Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Lauterkeitsrechts, s. 87(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG , s. 210'dan naklen).
[103] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 243.
[104] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 217-218, 243.

İşlevsel uygulama, gerek Alman gerek İsviçre öğretisinde pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Haksız rekabet kanunlarının(1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu ve 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu), münferit pazar katılımcılarına yönelik, açık ve seçik bir davranış kuralı içermesi gerektiği; işlevsel uygulamanın aşırıya kaçmasının, münferit dâvalarda mahkemenin nasıl karar alacağı konusunda artan bir belirsizliğe yol açacağı; hukuk mahkemesi hakiminin, münferit bir davranışı genel ekonomi perspektifinden değerlendirmesi halinde, iş yükünün daha da artacağı yapılan eleştirilerden bazılarıdır[105].

2) İşlevsel Açıdan Kaleme Alınan Modern Haksız Rekabet Düzenlemelerinin Amacı ve Kapsamı

A) Amaç: Dürüst ve Bozulmamış Rekabetin Korunması

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 1. maddesinde(6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun[106] 54'üncü maddesinin birinci fıkrası), "Kanun'un amacı, tüm ilgili tarafların lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesidir" ifadesi yer almaktadır. Metinden de anlaşılacağı üzere hüküm, Kanun'un amacını ve koruduğu süjeleri düzenlemektedir. Korumanın amacını ve süjelerini Kanun'da

[105] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 232 vd.; **BÜRGİ**, J./**LANG**, C.: 'Momentaufnahme des Lauterkeitsrechts', recht 1998, s. 240.
[106] 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, 13 Ocak 2011 tarhinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilerek yasallaşmış olup, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

açıkça ifade etmek suretiyle kanunkoyucu, Kanun'un işlevsel niteliğini(işlevini) vurgulamak istemiştir[107].

Şöyle ki; amaç maddesi ile, haksız rekabetle ilgili tüm kurallar iki sütun üzerine oturtulmuştur. Birincisi, "*tüm ilgili taraflar*"; ikincisi, "*dürüst ve bozulmamış rekabet*" kurumudur. Madde Gerekçesi'nde, "*tüm ilgili taraflar*" ibaresi ile korumanın süjelerinin kastedildiği; bunların, rekabet oyununa doğrudan ya da dolaylı olarak katılan herkes, yani, genel kapsamda ülke ekonomisi, tüketiciler ve toplum, olduğu ifade edilmiştir[108]. İlgililer arasında rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan ekonomi, tüketici ve topluma yer verilmiş olmasının ve her üçünün de eş değerde korunmasının, *Kanun'un üç boyutlu (trimensialité)* özelliğini ortaya koyduğu vurgulanmıştır[109]. Böylelikle, haksız rekabet kurallarının, sadece rakipleri değil, aynı zamanda piyasalarda rol alan diğer ilgilileri ve bu arada tüketicileri de koruyucu nitelikte olduğunu kabul eden yaklaşım(*haksız rekabetin sosyal yönü*) Kanun'a da yansıtılmıştır. Nitekim, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 2'nci maddesinde(6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55'inci maddesi) ve 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 4 ilâ 7'nci paragraflarında yer alan karşılaştırmalı reklamlar, tuzak fiyat uygulamaları, promosyonlu satışlar, yarışmalar, çekilişler, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, örtülü reklamlar, bu yaklaşımla değerlendirilen haksız rekabet örnekleridir.

---

[107] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1069.

[108] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1091 vd.; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 35; **MARTIN-ACHARD**, E . : 'Les Principes Généraux de la Nouvelle Loi', s. 11.

[109] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1091 vd.; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasının gerekçesi, TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 15-16.

Korunan menfaatler, piyasaya katılan herkesin ve toplumun, işleyen bir rekabetin ayakta tutulmasından dolayı sağlayacağı menfaatlerdir[110]. Bunlar, alıcıların ve satıcıların, en iyi şekilde iş görmelerini, alıcıların(özellikle tüketicilerin) ürünlerin sağlıklı bir şekilde karşılaştırmasını yapabilmelerini, piyasada mevcut olan ürünlerden ihtiyaçlarına en uygun olanını kolayca ve bilinçli bir şekilde seçebilmelerini sağlayacak şeffaf bir pazarın var olmasından[111], piyasaya katılan herkesin, aralarında bir rekabet ilişkisi bulunmaksızın, rekabete yapılan haksız müdahalelerden korunmasından elde edecekleri menfaatlerdir[112].

2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda da, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'na benzer şekilde amaç maddesine yer verilmiştir(1'inci paragraf). Buna göre, 'Kanunun amacı; haksız rekabet eylemlerine karşı, hem rakipleri, tüketicileri ve piyasaya katılan diğer ilgilileri korumak, hem kamunun rekabetin bozulmamasındaki menfaatini gözetmektir'. Dolayısıyla, tıpkı 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda olduğu gibi, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda da korumanın amacı, süjeleri ve korunan menfaatler açıkça kaleme alınmış ve bu üç grubun menfaatlerinin aynı düzey ve kapsamda korunacağı ifade edilmiş[113] olmakla birlikte, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'ndan farklı olarak, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu, korumanın süjelerini, yoruma yer bırakmaksızın, tek tek saymıştır. Böylelikle, kanunkoyucu, artık tüketicilerin 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet

[110] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 143.
[111] Nitekim, Kanun'da yer alan birçok haksız rekabet hali(karşılaştırmalı reklamlar, tuzak fiyatla satış, ikramiyeli satışlar, vs.) bu yaklaşımla düzenlenmiştir.
[112] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 144.
[113] BT-Drucksache 15/1487, s. 23; **WERNLI**, /**ROMY**, /**GAUTIER**, : UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung, Lausanne 1989, s. 125.

Kanunu'nda ele alındığı gibi yansıma yoluyla değil, diğer süjelerle birlikte aynı düzeyde ve kapsamda korunacağı konusuna açıklık getirmiştir[114].

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amaç maddesinin ikinci ayağı olan "*dürüst ve bozulmamış rekabet*" kavramları ise, korumanın konusu olup; genel ilkeyi ortaya koymakta, rekabetin niteliğini belirtmekte ve hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamaktadır[115]. Bu kavramların ne anlama geldiği hususunda öğretide *Troller* öncelikle rekabetin saf, berrak olması, bozulmaması ve kanunkoyucunun belirlediği amaca göre ve genel hüküm ve onu tamamlayan özel hükümlere uygun biçimde işlemesi gerektiğini ifade etmiştir. *Dürüst rekabet(lauteren Wettbewerb)* kavramı ile ilgili olarak yazar, «*lauter*» sıfatının, saf, berrak anlamına da geldiğini, bu durumda edimin üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla anlaşıldığı durumlarda dürüst rekabetten söz edileceğini, ancak kelimenin bu anlamının, Almanca kaleme alınan Kanunu Fransızcaya tercüme edenler tarafından ihmâl edildiğini ve doğrudan dürüstlük kurallarının ihlâli ile eş anlamlı olan "*déloyal*" sıfatının kullanıldığını ifade etmiştir[116]. Dolayısıyla yazar, *bozulmamış rekabet(unverfälscht Wettbewerb, la concurrence non fausée, authentique)* kavramını da, *dürüst rekabet(lauteren Wettbewerb)* kavramına benzer şekilde, edimin, sağlayıcının ifade ettiği ve gösterdiği kadarıyla, tüketicinin beklentilerine hitap ettiği rekabet[117] şeklinde tanımlamıştır. Bu itibarla, «*lauter*» sıfatının saf, berrak anlamı da

[114] **HENNING-BODEWIG**, F.: 'Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG Reform', GRUR Int., 2004, s. 184(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 6'dan naklen).
[115] Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da, iktisadî rekabet kavramının, hukukî olmadığı gibi, anlam ve içeriği bakımından da belirsiz olduğu ve aynı zamanda, rakipler arası rekabeti akla getirdiği ifade edilmiştir, TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 15.
[116] **TROLLER**, A.: Immaterialgüterrecht, Band II, s. 907 vd.(**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 34.
[117] **TROLLER**, A.: Immaterialgüterrecht, Band II, s. 907 vd.(**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 35'den naklen).

dikkate alınmak suretiyle *dürüst rekabet* ile *bozulmamış rekabet* kavramlarının aynı şeyi ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim, öğretide de, kanunkoyucunun, "dürüst" ve "bozulmamış" ifadelerini eş anlamlı olarak[118], aslında Kanun'a işlevsel bir nitelik kazandırmak amacıyla kullandığı; diğer bir deyişle, 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Kanun'un 1'inci maddesinde yer alan dürüst rekabet kavramının alanının, klasik ticarî ahlâk kurallarına dayanırken; bozulmamış rekabet teriminin, rekabetin işleyişini ve mevcudiyetini korumayı amaçladığının söylenemeyeceği[119], böylelikle eskisi gibi sadece iktisadî rekabetin dürüstlük kurallarının ihlâli ile kötüye kullanılmasını engellemeyi değil; genel olarak dürüst ve gerçek rekabetin teminini de amaçladığı kabul edilmiştir[120].

Bu çerçevede, dürüstlük kurallarına uygun hareket edilip edilmediğinin tespitinde, ticarî ahlâkın ve iktisadî rekabetin tam işlev görebilmesini sağlayan kuralların ihlâl edilip edilmediğinin araştırılması gerekir[121]. Kendisinden beklenen işlev ve görevleri yerine getiren bir ekonomik düzenden söz edebilmek için, iktisadî rekabete katılan her şahsın(rakip, tüketici), dürüst, serbest rekabet kurumunun işlemekte olduğuna dair haklı güveninin boşa çıkmaması gerekir. Başka bir anlatımla, iktisadî rekabete katılan her şahıs, iktisadî ilişkiler yumağıyla örülü bu

---

[118] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 143.

[119] **BAUDENBACHER**, C.: 'Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform', Das UWG auf Neuer Grundlage, Bern 1999, s. 17(**UZAR**, G. N.: "Haksız Rekabet Hukuku ve Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki", Yayınlanmamış Ödev, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk(Ticaret Hukuku) Doktora Programı, Haksız Rekabet Hukuku Dersi Ödevi, Ankara 2002, s. 20'den naklen).

[120] **DAVID**, L.: Schweizerischen Wettbewerbsrecht, Bern 1988, s. 22(**UZAR**, s. 19'dan naklen).

[121] **BAUDENBACHER**, C.: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb(UWG), St. Gallen 2000, vor Art. 2 Rdnr. 18, s. 114-115(**ŞENOCAK**, K.: "Haksız Rekabet Açısından Boykot", Batider 2009, C. 25, S. 1, s. 86'dan naklen).

topluluğa bağlı kalındığına ve dürüst ve hileli olmayan rekabetin işleyişini sekteye uğratacak davranışlardan kaçınıldığına dair güveni boşa çıkartmayacak şekilde davranmalıdır. Dürüstlük ilkesine aykırı ve rekabete karşı olarak ya da rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini, özellikle de rekabetin işlerliğini engellemek için yapılan her davranış, haksız rekabet olarak nitelendirilecektir[122]. *Troller*, rakibin, edimini sunmasında ve ifasında engellenmediği, diğer yandan tüketicinin, kötülemede olduğu gibi, hukuka aykırı fiillerle bu sunumu kabul etmekte cesaretinin kırılmadığı ya da engellenmediği takdirde *işleyen rekabet(funktionierend Wettbewerb, la concurrence fonctionnelle)*'ten söz edileceğini ileri sürmüştür[123]. Dolayısıyla yazar, rekabetin işlediğinden söz edebilmek için, rakiplerin ekonomik faaliyette bulunma serbestileri ile tüketicilerin karar alma serbestilerinin mevcut olmasına ve bu serbestilerinin korunmasına dikkat çekmiştir.

David[124] ise, rekabetin işlerliğini sağlamak için pazara katılanların uyması gereken dört davranış kuralı bulunduğunu; bunların, emeğe dayalı rekabet ilkesi*(Leistungswettbewerb)*, piyasada doğruluğun ve açıklığın sağlanması ilkesi*(Wahrheit und Klarheit im Auftreten am Markt)*, alıcının(müşterinin) kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi*(Achtung vor der Persönlichkeit des Abnehmers)* ve toplumun rekabetin sağlıklı işlemesindeki yararının gözetilmesi ilkesi*(Wahrung der Interessen der Allgemeinheit)* olduğunu ifade ederek, dürüstlük kuralları kavramının

[122] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1068.
[123] **TROLLER**, Immaterialgüterrecht, s. 907 vd.(**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 36'dan naklen).
[124] **DAVID**, L.: Wettbewerbsrecht, 1997, § 59(**ARN**, R.: La publicite choquante, Vers une nouvelle dimension du droit de la concurrence déloyale?, Etude des droits allemand, finlandais, norvégien, français et suisse, Lausanne 2001, s. 265'den naklen).

amaç maddesi ile birlikte rekabetin işleyişine yönelik olarak nasıl somutlaştırılması gerektiğine açıklık getirmiştir.

Bunlardan emek ilkesi ile, daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere[125], rekabetin, kişinin rakiplerinin rekabet etme, ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü ihlâl etmeden, kendi çaba ve emeğine dayanması gerektiği; başkasını kötülemek, karalamak, başkasının çaba ve emeğinden yararlanmaya çalışmak suretiyle rekabet yapılmasının haksız rekabet sayılacağı ifade edilmektedir. Bu ilkenin, tüm haksız rekabet eylemlerini açıklamak konusunda yetersiz kalması nedeniyle uygulama alanı oldukça daralmıştır[126]. Özellikle, toplumun da rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işlemesinde yararı bulunduğu düşüncesinden hareketle, rekabet hakkının bu yararı gözetecek bir tarzda kullanılması[127] ve 1960'lı yıllardan itibaren tüketicinin korunması kavramının gelişmesi ile birlikte piyasada doğruluk ve açıklık(şeffaflık) ilkelerinin (özellikle iltibas, karşılaştırmalı reklam uygulamalarında), eylemin dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığının belirlenmesinde öne çıkması neticesinde, emeğe dayalı rekabet ilkesi geçerliliğini

[125] Bkz. I. Bölüm, s. 16-17.

[126] Emek ilkesi, haksız rekabet hukukuna ahlâki bir prensip getirmiş olmakla birlikte, bütün haksız rekabet hallerini bu prensip ile açıklamak mümkün olmayabilir. Örneğin, fiyatların düşürülmesi, bir hakkın ihlaline dayanmadıkça ve bir rakibi doğrudan dışarda bırakmayı hedeflemediği sürece hukuka uygundur. Martin-Achard, bu ilkenin açık olmadığını ve rekabetin haklı ya da haksız olduğuna karar vermek bakımından bu ilkeye başvurmanın pek mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Yazar, bu ilkenin, rakiplerin emeklerini karşılaştırmak konusunda, her zaman karşılaştıracak iki emeğin olmaması ya da mutlak bir karşılaştırma ölçütü olmaması nedeniyle, her zaman elverişli olmayacağını ifade etmektedir. Yazar, müşterilerin seçiminin, sübjektif olduğu kadar objektif nedenlere de dayandığı ve bir rakibin başarısının çoğu zaman yaptığı reklamdan, kişisel koşullardan, fırsatlardan, tarzdan olduğu kadar malın ya da hizmetin kalitesinden de ileri geldiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, emek ilkesi, her haksız rekabet fiili için geçerli olabilecek bir ölçüt değildir ve olmamalıdır. Bununla birlikte, hakime, haklı rekabeti haksız rekabetten ayırması açısından birçok durumda(özellikle parazit rekabetin sözkonusu olduğu haller) faydalı olabilir, **MARTIN-ACHARD**, La notion de la concurrence déloyale, s. 44-45; aynı görüşte bkz. **WAGEN,** s. 98-99; **KARAYALÇIN**, s. 455; emek ilkesine yönelik diğer eleştiriler için bkz. **PERRIN**, s. 111-114; öte yandan emek ilkesi, Alman hukukunda engellemeye dayalı rekabet(*Behinderungswettbewerb*) eylemlerinin haksızlığının tayininde de kullanılarak geçerliliğini sürdürmüştür, .

[127] **ARKAN**, Ticarî İşletme Hukuku, s. ; **KUBİLAY**, H.: 'Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk, Haksız Rekabet', Prof.Dr.Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 550.

yitirmiştir. Nihayet, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu ile kanunkoyucu, bundan böyle, haklı-haksız rekabet ayrımının iş ahlâkı kıstaslarından bağımsız olarak, rekabetin iyi işlediği bir sistemden beklenen sonuçlara göre tayin edilecek olmasından hareketle, artık emek ilkesine itibar edilemeyeceğini, nitekim Federal Mahkeme'nin yakın zamanda verdiği bir kararda da(ATF 107 II 283), bu ilkenin söz konusu ayrımı yapmaya uygun bir kıstas olmadığını ifade ettiğini belirtmiştir[128].

Piyasada doğruluğun ve açıklığın sağlanması ilkesinden ise kastedilen şudur: Piyasada doğruluğun sağlanması demek, üretilen mal ve hizmetin, reklamlar yoluyla yaratılan beklentilere cevap verecek düzeyde olmasıdır[129]. Piyasada açıklığın sağlanması ise, pazardaki farklı tekliflerin şeffaf olması; tüketicinin, satın aldığı malların değerini ve niteliklerini dikkate alabilmesi, farklı rakipler tarafından yapılan teklifleri objektif olarak karşılaştırabilmesi; bu teklifler üzerinde seçimini özgürce ve bilinçli olarak yapmasına imkân verecek genel bir fikre sahip olabilmesi anlamına gelmektedir[130]. Dolayısıyla, bu ilkeyi ihlâl eden uygulamalar, haksız rekabet sayılmaktadır. Aldatıcı reklam, karşılaştırmalı reklam, örtülü(gizli) reklam, bu ilkeden hareketle yasaklanmıştır[131].

Bir diğer ilke, alıcının(özellikle tüketicinin) kişiliğine saygı gösterilmesidir. Daha somut bir ifadeyle, satıcı, ticaret yaparken alıcıyı sarsıcı ya da taciz eden

---

[128] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1069-1070.
[129] **DAVID**, Schweizeriches Wettbewerbsrecht, § 59(**ARN**, s. 265'den naklen).
[130] **TROLLER**, Manuel du droit suisse des biens immatériels, s. 912; **TROLLER**, Précis du droit suisse des biens immatériels, s. 331.
[131] **ARN**, s. 266.

davranış ya da yöntemlerden kaçınmalıdır. Bu anlamda, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, kasten alıcı aleyhine genel işlem şartları kullanılması, korku salan reklamlarla panik havası yaratılarak tüketicileri düşünmeden mal veya hizmet ürünü satın almaya sevk edilmesi, alıcının kumar eğiliminden faydalanılması, haksız rekabet teşkil edecektir[132].

Nihayet, toplumun rekabetin sağlıklı işlemesindeki yararının korunması düşüncesiyle bağdaşmayan davranışlar da, rekabet hakkının kötüye kullanımı oluşturabilir. Toplumun çıkarları, değişik üreticiler tarafından piyasaya değişik tür malların sürülmesinden, mallara ulaşabilmek için yeterli satış noktalarının bulunmasından yanadır. Dolayısıyla, kısa veya uzun vadede, piyasaya mal arz eden işletmelerin sayısında ya da bunlar tarafından üretilen mal türlerinde azalmaya neden olacak her türlü ticarî uygulama, yöntem ya da davranışın(rakip işletmeleri piyasadan silmek ya da zayıf duruma düşürmek amacıyla maliyet fiyatının altında fiyatla sistematik olarak satış yapılması, benzer mal/hizmet için farklı satış koşullarının uygulanması, ayrımcılık yapılması, bazı boykot uygulamaları) da, haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmektedir[133]. Ayrıca, pazarın şeffaf olması ilkesine aykırı eylemler de, tuzak fiyat hariç[134], İsviçre hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda toplumun rekabetin sağlıklı işlemesindeki yararının korunması başlığı altında

[132] **ARN**, s. 267.
[133] **ARKAN**, Ticarî İşletme Hukuku, s. 297.
[134] *Tuzak fiyat*, hem rakiplerin ekonomik menfaatlerine zarar vermekte ve sayılarının önemli ölçüde azalmasına yol açma tehlikesi yaratmakta hem de tüketcileri aldatma unsuru içermekte, farazi fiyatlarla onları satış yerine çekmeyi ve onlara normal fiyatlı diğer ürünleri satmayı hedeflemektedir, **ARN**, s. 281, dp. 989.

değerlendirilmektedir. İsviçre hukukunda ise, bu uygulamalar aldatma kapsamında ele alınmaktadır[135].

Sonuç itibarıyla, Kanun Gerekçesi'nde ifade edildiği üzere, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulaması, dürüstlük kuralları kavramının, ticarî ahlâk kurallarının yanı sıra rekabetin iyi işlemesini temin eden kuralların da ihlâlini kapsayacak şekilde yorumlanmasından başka bir şey değildir[136].

Öte yandan, haklı rekabet-haksız rekabet ayrımının, rekabetin iyi işlediği bir sistemden beklenen sonuçlara göre yapılmasının, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının piyasanın düzenlenmesi olduğu anlamına gelmemesi gerektiği de öğretide ifade edilmiştir[137]. *Troller*'e göre, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu, sadece ekonomik aktörler tarafından doğru davranışın devamını hedeflemektedir. Buna karşılık, yazar, sadece Kanun Gerekçesi'ne bakıldığı vakit 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının, daha ziyade, piyasanın düzenlenmesi, ekonomik etkinliğin arttırılması, tüketicinin mutlak surette korunması, rekabetin iyi işlemesi suretiyle malların daha adil bir şekilde dağılımı, rakiplerin kendilerini geliştirme serbestilerinin korunması olduğu sonucuna varılacağını ileri sürmüştür. Oysa, piyasanın düzenlenmesinin ve işleyişinin sağlanmasının, insanlararası ilişkilere ve davranışlara özgü bir kavram olan dürüstlüğün öz anlamı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, yazar, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının pazara katılanlar,

[135] **ARN**, s. 281.
[136] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1073.
[137] **TROLLER**, Manuel du droit suisse des biens immatériels, s. 907.

ekonomik süjeler arasında dürüst ve bozulmamış rekabeti temin etmek şeklinde ifade edilmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir[138]. Kanaatimizce, yazarın da belirttiği üzere, Kanun Gerekçesi'nde ifade edildiği şekli ile 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacı, rekabetin korunmasına dair kanunların(GWB, KG, RKHK) amacını ve hedeflerini çağrıştırmaktadır. Zira, piyasaların düzenlenmesi, yani piyasada rekabetin tesis edilmesi ve korunması(rekabetin niceliği), rekabetin korunmasına dair kanunların amacıdır ve ekonomik etkinliğin arttırılması ve tüketicinin bundan adil bir pay alması, kaynakların etkin bir şekilde dağılımı ise, serbest rekabete dayalı piyasa düzeninden beklenen ekonomik ve sosyal faydalardır. Bu açıdan bakıldığında, bahsi geçen ekonomik ve sosyal sonuçların, dürüstlük kuralları ve dolayısıyla 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu ile bir ilgisinin olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yazarın da ifade ettiği gibi, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının pazara katılanlar bakımından dürüst ve bozulmamış rekabetin temini olarak yorumlanması gerektiğini ve dürüst ve bozulmamış rekabet kavramının rekabetin niteliğini ifade ettiğini düşünüyoruz.

Nitekim, İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 1'inci maddesinin karşılığı olan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin gerekçesinde de, haksız rekabeti, kötüye kullanma ile tanımlayan ve dürüstlük kurallarına aykırılığı aldatıcı hareket vb. yollarda olduğu gibi sadece kanunî rekabeti ihlâl eden birer araç olarak kabul eden anlayış terk edilerek, bunların amaç olması gereği, dolayısıyla, dürüst davranma kuralının haksız rekabetin teşhisinde belirleyici

[138] **TROLLER**, Manuel du droit suisse des biens immatériels, s. 907-908.

hale geldiği vurgulanmıştır[139]. Ayrıca, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'nci maddesinde(6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi), "kötüye kullanma"ya verilen ağırlığın, böylece, "dürüstlük kuralları"na kaydırıldığı, artık dürüst davranma kuralının, haksız rekabetin tayininde belirleyici olacağı vurgulanmıştır. Öğretide *Yılmaz* tarafından da, bu madde ile, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin temel aldığı 'iktisadî rekabet' kavramından daha geniş olan 'dürüst ve bozulmamış rekabet' kavramının getirildiğini, böylelikle gelişen yeni ekonomik, sosyal ve ticarî anlayışa uygun bir yaklaşım izlendiğini ifade etmiştir[140].

İlgililerin[özellikle rakiplerin, tedarik edenlerin, alıcıların(tüketiciler dahil)], dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesine ilişkin menfaatlerinin korunmasını sağlamak amacıyla İsviçre hukukunda, rakiplerin yanı sıra müşterilere de zarar görme tehlikesinin varlığı halinde dâva açma hakkı tanınmıştır(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 9'uncu maddesinin birinci fıkrası). Ayrıca, gerek meslekî-iktisadî birliklerin gerek tüketici kuruluşlarının dâva açma hakları konusunda da 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılarak, bu örgütlerin dâva açma hakları genişletilmiştir[141]. Bu çerçevede, üyelerinin dâva haklarına(ekonomik menfaatlerinin zarar görmesi ya da zarar görme

[139] TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 15.
[140] **YILMAZ**, s. 1496-1497.
[141] Bkz. **GUYET**, s. 90 vd.; **DESSEMONTET**, F.: La Propriété Intellectuelle, Lausanne 2000, s. 366; **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 12-13. Öte yandan, *Yılmaz*, "tüm katılanlar lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması" ifadesiyle rakiplerin, müşterilerin, meslekî ve ekonomik birlikler ile ekonominin korunmasının amaçlandığının vurgulanmasına karşın, Tasarı'nın korunan kişiler yönünden mevcut TTK'nın öngördüğü koruma kapsamından daha geniş bir koruma getirdiğinin söylenemeyeceğini; çünkü dava açma hakkına ilişkin maddenin(TTK Tasarı m. 56/1), TTK m. 58/1'in tekrarı olduğunu, sadece meslekî ve ekonomik birliklerin dava hakkının yumuşatıldığını, sonuç olarak, Tasarı'da korunacak kimselerin kapsamı açısından, TTK'daki düzenlemelerden farklı bir hüküm getirilmediğini ileri sürmüştür, **YILMAZ**, s. 1494-1495.

tehdidi altında bulunması koşuluna) bağlı olarak birliklere tanınan dâva hakkı, bu bağlılıktan kurtarılmış ve bu örgütlere kendi haklarına dayanarak doğrudan dâva açma imkânı verilmiştir(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası). Böylelikle birliklerin, sadece üyelerinin kişisel menfaatlerini değil, üyesi olmamakla beraber aynı alanda faaliyette bulunan kişilerin menfaatlerinin de-ortak menfaat- gözetilmesine hizmet edeceği ifade edilmiştir[142]. Tüketicilerin korunması için kurulan kuruluşların dâvacı olabilmeleri ise, dâva açma hakkının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla[143], kuruluşun, bölgesel olarak ya da tüm İsviçre'de faaliyet göstermesi şartına bağlanmıştır (1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasının b bendi).

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu esas alınarak hazırlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'muzun 56'ncı maddesi ile, müşterilere ekonomik menfaatlerinin zarar görme tehlikesi içerisinde olması halinde de dâva açma hakkı tanınmakta, birliklerin dâva hakları ise üyelerinin dâva haklarına bağlı olmaktan kurtarılmaktadır. Diğer yandan, ağırlıklı olarak küçük meblağlı alışveriş yapan tüketici yönünden uğranılan zararların dâva yoluyla talebi pek tercih edilmediğinden, bu durumda tüketici örgütleri ile meslekî ve iktisadî birliklerin öngörülen yollara başvurma(haksız rekabet dâvalarını açma) konusunda çok daha duyarlı davranmaları gerekecektir[144]. Nitekim, anılan örgüt ve kuruluşların dâva haklarını kullanabilmeleri açısından üyelerinin dâva açabilme hakkına bağlı olmaları şartının kaldırılmış olması

[142] **BAUDENBACHER**, C.: Lauterkeitsrecht, Basel 2001, Art. 10, Rdn. 20(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 12, dp. 39'dan naklen).
[143] **GUYET**, s. 93; **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 13.
[144] **YILMAZ**, s. 1534.

ve tüketici örgütlerine dâva açma hakkının açıkça tanınmış olması, bu yöndeki gelişmelere fırsat verebilecektir.

Öte yandan, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda sadece rakiplere tazminat dâvası açma hakkı tanınırken, men ve eski halin iadesi dâvalarını, rakiplerin yanı sıra meslek birlikleri, tüketici kuruluşları, ticaret ve sanayi odaları ve esnaf odaları da açabilecektir(paragraf 8.3.2-4). Tüketicilere ise, koruma süjesi olarak söz edilmelerine rağmen münferiden dâva açma hakkı verilmemiş, sadece kollektif ve dolaylı bir koruma öngörülmüştür(paragraf 8.3.3). Öğretide kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının sebebinin, haksız rekabete ilişkin Kanun'un, doğrudan tüketiciyi koruma kanunu haline gelmesini önlemek olduğu ifade edilmiştir[145]. Nitekim Kanun'un hazırlık çalışmalarında tüketici dernekleri, tüketicinin, haksız rekabet halinde bir sözleşmeyi sona erdirme hakkı gibi, sözleşme hukukunun genel hükümlerine dayanarak müdahale edebilmesini sağlayacak çeşitli çözüm önerilerinde bulunmuşlar[146]; bu öneriler, tüketiciler tarafından açılacak çok sayıda dâvanın, sonuçta ekonomi üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle reddedilmiştir[147]. Bu gerekçenin geçerliliği tartışılabilir olmakla birlikte[148], gerek sözleşme gerek haksız fiil hukuku ile, tüketicilere yeterli münferit korumanın sağlandığı, bu nedenle, haksız rekabet hukuku bünyesinde münferit dâva açma hakkı

---

[145] **HEIDENREICH**, J. P.: 'The New German Act Against Unfair Competition', http://www.iuscomp.org/gla/literature/heidenreich.htm#C, **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 7.

[146] **HENNING-BODEWIG**, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 432.

[147] BT-Drucksache 15/1487, s. 22(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 7' den naklen).

[148] Nitekim, İsviçre'de müşterilere dava hakkı tanınırken parlamentodaki müzakereler sırasında dile getirilen çok sayıda dava ile karşılaşılması riski gerçekleşmemiş ve uygulamada tüketiciler, münferiden uğradıkları zararın düşük olması nedeniyle dava açma yoluna gitmeyi tercih etmemişlerdir, **BAUDENBACHER**, C.: 'Probleme des Rechtsverfolgung im schweizerischen Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR, 1980, s. 347(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 7, dipnot 13' den naklen).

tanınması yoluna gidilmemesinin isabetli olduğu söylenmiştir[149]. Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş, Haksız Rekabet Kanunu'nun, tüketicilerin haklarını toplu olarak koruduğu, tüketicinin münferit olarak haklarının Medeni Kanunda düzenlenmesi gerektiği yönündedir[150].

Bu görüşlerden farklı olarak *Sack*, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı ile, tüketicilerin, rakipler ve diğer ilgililer ile aynı düzeyde koruma altına alınmış olduğunu belirterek, doğrudan haksız rekabetin mağduru olan tüketicilerin de Kanun'a göre tazminat dâvası açabileceği ve tazminat talebinin, haksız rekabet yardımıyla kurulan sözleşmenin iptali talebini de içereceği fikrini ileri sürmüştür[151].

Tüketicinin haksız rekabet eylemi nedeniyle zarar gören ya da görme ihtimaline maruz kalan menfaatleri, rekabetin düzgün işleyişiyle ilgili menfaatlerdir. Bu noktadan hareketle, tüketiciye haksız rekabet eylemi karşısında menfaatlerini koruması amacıyla dâva hakkı tanınması, sadece sözleşme ya da haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi tüketicinin zararının ortadan kaldırılmasına değil, aynı zamanda dürüst ve bozulmamış rekabetin yeniden tesisine hizmet edecektir. Ayrıca, tüketicinin rekabet oyununda, sadece rekabet eylemlerinin muhatabı olması nedeniyle pasif değil, aynı zamanda verdiği kararlarla rekabetin ortak şekillendiricisi olarak aktif bir role de sahip olduğu ve hatta, taklit olduğunu bildiği bir malı satın

---

[149] **LETTL**, T.: 'Der Schutz der Verbraucher der UWG-Reform', GRUR, 2004, s. 460(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler, s. 7' den naklen); **FINGER**, M./**SCHMIEDER**, S.: **'**The New Law Against Unfair Competition:An Assesment', German Law Journal Vol. 6, No. 1, 1 January 2005, s. 8-9; **FINGER/SCHMIEDER,** s. 3; **HEIDENREICH**, s. 10.

[150] **HENNING-BODEWIG**, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 432.

[151] **SACK**, R.: 'Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs, GRUR, 2004, s. 629-630(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler, s. 7, dipnot 14' den naklen).

alması halinde hukukî anlamda sorumlu da olduğu dikkate alındığı takdirde, tüketicilere tanınacak ferdî dâva açma hakkı, haksız rekabet kurallarının amacına ulaşmasına daha fazla katkıda bulunacaktır. Bu sebeple, tüketicilere münferit olarak dâva açma hakkı tanınması ve bu imkânı kullanmaları konusunda bilgilendirilmeleri ve teşvik edilmelerinde fayda bulunduğunu düşünüyoruz.

Tüketici menfaatlerini korumak üzere getirilen diğer bir imkân, meslekî-ekonomik birliklere, tüketici kuruluşlarına ve sanayi-ticaret odalarına, haksız rekabet yasağına aykırı davranılması sonucunda elde edilen kazancın Federal bütçeye iadesini isteme hakkı verilmesidir(paragraf 10). Bu düzenleme, Kanun'un getirdiği en önemli yenilik olarak nitelendirilmiş ve amacın, haksız rekabet fiili nedeniyle çok sayıda tüketicinin düşük miktarlarda zarara uğraması halinde(*diffuse damage*) tüketicilerin gerek bilgisizlik gerek masrafların yüksekliği dolayısıyla dâva açma yoluna başvurmamaları ve sonuç itibarıyla haksız rekabetten sağlanan kazancın failde kalmasının önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir[152]. Böylelikle, eski Kanun zamanındaki bir boşluğun doldurulduğu ve haksız rekabetin, yapanın yanına kâr kalmaktan çıkarıldığı ileri sürülmüştür[153]. Bununla birlikte, failin haksız rekabetten sağladığı kazancın elinden alınmasına karşılık zarar gören tüketicilere dağıtılmaması, bu yöntemin tüketici menfaatlerini ancak dolaylı bir şekilde koruyabileceği anlamına gelmektedir. Keza, birliklerin tüm dâva masraflarına katlanma riskini taşımaları ve sonuçta dâvayı kazansalar bile kazanca el koyamamaları karşısında, bu yola

[152] BT-Dr 15/1487, s. 13, 23-24(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 14'den naklen).
[153] **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 14, dipnot 48; **FINGER**./**SCHMIEDER,** s. 7; **HEIDENREICH**, s. 10. Bu yeniliğin faydalı olup olmayacağı hakkında eleştiriler için bkz. **FINGER**./**SCHMIEDER,** s. 9; BT-Drucksache 15/1487, s. 35. Karş. s. 43(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 16'dan naklen); **HENNING-BODEWIG,** A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 431-432.

başvurmayacakları, dolayısıyla bu imkânın beklenen faydayı sağlamayabileceği ifade edilmiştir[154]. Diğer yandan kanaatimizce, yöntem, dürüst ve bozulmamış rekabetin temini konusunda meslekî ve ekonomik birliklerin, tüketici kuruluşlarının ne kadar etkin bir role sahip olabileceklerini, özellikle tüketicilerin ve genel olarak toplumun haksız rekabete karşı bilgilendirilmesine ve bilinçlendirilmesine katkıda bulunabileceklerini de ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda böyle bir talep hakkına yer verilmemiş olması, kanaatimizce, yukarıda ifade ettiğimiz sebepler dikkate alınacak olursa, yerinde bir tasarruf olmamıştır.

B) Kapsam: Rekabet Oyununa Dahil Olanlar Arasındaki İlişkileri Etkileyen Davranış ve Ticarî Uygulamalar

Haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm ile, "dürüst ve bozulmamış rekabetin temini" amacı, kapsam olarak somut bir hale getirilmiştir. Buna göre, "Rakipler ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır"(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 2'nci maddesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin ikinci fıkrası). Bu çerçevede, dürüstlük kurallarına aykırı davranışların,

[154] BT-Drucksache 15/1487, s. 35. Karş. s. 43(**ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 16'dan naklen); bu yöndeki görüşler için bkz. **FINGER./SCHMIEDER,** s. 9; **HENNING-BODEWIG,** A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 431-432; **HEIDENREICH**, s. 10.

sadece pazara katılanların, müşteri ve pazar payı için yaptıkları mücadele[155] şeklinde değil(rakipler arasında, *dar anlamda rekabet ilişkisi*)[156]; rakipler ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen davranışlar olarak da(rekabet oyununa dahil olanlar arasında, *geniş anlamda rekabet ilişkisi*) ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, rakipler ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiyi etkileyen rekabet eyleminin, diğer bir rakipten ya da üçüncü bir kişiden kaynaklanıp kaynaklanmaması önem arz etmemektedir[157]. Önemli olan, eylemin rekabet oyununa katılanlar arasındaki ilişkileri etkileyebilecek, böylelikle, rekabetin işleyişini bozabilecek nitelikte olmasıdır[158].

Bundan hareketle, üçüncü kişilerin[159] pazara ekonomik faaliyette bulunmak suretiyle katılmamakla birlikte, yaptıkları açıklamaların(*eleştiri, bilimsel görüş, karşılaştırmalı testler, vs.*), açıklamayı yapan ile açıklamanın yöneldiği hedef kitle(*alıcılar; sağlayıcılar, tüketiciler*) arasında bir rekabet ilişkisi olmamasına rağmen, hedef kitlenin davranışını etkileyebilecek nitelikte olduğu durumlar da, rekabetin işleyişini bozan eylem olarak değerlendirilmiş ve üçüncü kişilerin de

---

[155] Nitekim, bir tacirin, bir malın tüketiciye tanıtımı, satışı ya da tedariği ile doğrudan bağlantılı olan her türlü eylemi, ihmali, davranış biçimi ya da temsili, reklam ve pazarlama dahil ticari iletişimi şeklinde tanımlanabilecek '*ticari uygulamaları*' bu tür faaliyetler arasında zikredilir. Örneğin reklamlar, hediyeli satışlar, indirimli satışlar, en sık görülen ticari uygulamalardır, EC Regulation on Unfair Commercial Practices, art. 2(e), **HENNING-BODEWIG**, F.: Unfair Competition Law, European Union and Member States, The Hague 2006, s. 59; ticari uygulamalardan kasıt, piyasada ortaya çıkan sonuçları(fiyat, ürün imajı, vb.) doğrudan etkileyen uygulamalardır, **HERTIG**, G.: 'Les Nouvelles LCD et LCart: Convergences et Divergences', (in) Das UWG auf neuer Grundlage, 1989, s. 41, dipnot 18.

[156] **BÜRGİ/LANG**, s. 239.

[157] **BÜRGİ/LANG**, s. 239; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 220-221.

[158] **ARN**, s. 264.

[159] Bunların arasında, rakiplerin ortakları, reklamcılar, vekiller, temsilciler, gazeteciler, televizyon ve diğer basın, tüketici organizasyonları, dernekler, kamu kurum ve kuruluşları, karşılaştırmalı test yapan enstitüler, belli malları boykot etmek üzere çağrıda bulunanlar sayılabilir, **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 41; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 220-221.

haksız rekabet kurallarının muhatabı olacakları kabul edilmiştir[160]. Burada hedef kitlenin, ki bu çoğu zaman tüketicilerdir, sadece rekabet eyleminin muhatabı(*pasif rol*) olarak değil, aynı zamanda, davranışı yani yaptığı seçim ya da verdiği karar ile rekabeti, diğer katılanlarla(rakipler, tedarik edenler, vs.) ortaklaşa şekillendirmesi, rekabete doğrudan katılması, rekabet oyununun bütünleyici parçası olmaları(*aktif rol*) dikkate alınmıştır. Hatta, tüketicilerin bu aktif rolleri nedeniyle, rekabetin işleyinden sorumlu oldukları dahi ileri sürülmüş, söz gelimi, bir tüketicinin, taklit bir ürünü almak suretiyle, söz konusu haksız fiilin rekabet üzerindeki (olumsuz)etkisini arttıracağı, rekabetin işlerliğini bozacağı, bu nedenle haksız rekabet eden rakiplerin suç ortağı olacağı ifade edilmiştir[161].

Rekabet eylemini ifade etmek üzere kullanılan terimlerin seçimi de, Kanun'un uygulama alanının daha genel bir üslupla kaleme alınması çabalarını açıkça ortaya koymuştur. Şöyle ki; 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda yer alan ve oldukça dar yorumlanan "yöntem, *procédé*" terimi, "davranış ya da ticarî uygulama, *comportement ou pratique commercial* " kavramları ile değiştirilmiştir. Böylece, rekabete haksız surette müdahalede bulunan ve onu bozan her tür davranış,

[160] **TROLLER**, Immaterialgüterrecht, s. 918(**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 41'den naklen); *Bernina*, ATF 117 IV 193; *Mikrowellen*, ATF 120 II 76; taraflar arasında rekabet ilişkisinin aranmayacağı yönündeki benzer kararlar, ATF 120 IV 32 Rechtsanwalt, NZZ Nr. 71, 25.03.1994, s. 23.

[161] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1038; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 30, 41; **TROLLER** K. : 'Les interrelations entre l'ancienne et la nouvelle loi contre la concurrence déloyale selon l'interprétation du Tribunal fédéral', SJZ, 85. Jahrgang, 1989, s. ; ATF 117 IV 192; ATF 123 IV 211; **TROLLER**, Précis du droit suisse des biens immatériels, s. 330, 333-334; ATF 117 IV 192; ATF 124 III 72; **BÜRGİ/LANG**, s. 238; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 221.

özel yöntemlere başvurulsun ya da başvurulmasın, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun kapsamına girecektir[162].

2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 3'üncü paragrafında yer alan genel hükümde ise, rekabet yasağının, 'Rekabeti, rakiplerin, tüketicinin veya piyasaya katılan diğer ilgililerin aleyhine olmak üzere önemsiz olmayan ölçüde etkileyen haksız rekabet fiillerinin yapılması yasaktır' şeklinde kaleme alındığı görülmektedir. Maddenin Gerekçesi'nde, "*rekabetin bozulması*"ndan, piyasa ekonomisi kurumu olarak *rekabet*' in bozulmasının anlaşılmaması gerektiği; burada ölçütün, daha ziyade, rekabete aykırı davranışların piyasa olayları üzerindeki etkileri olduğu ifade edilmiştir[163]. Bu bağlamda, rekabetin önemsiz olmayan ölçüde etkilenip etkilenmediği saptanırken somut olayın tüm koşulları dikkate alınmalı ve ihlâlin türü ve ağırlığı yanı sıra, rekabet üzerindeki muhtemel etkileri ve rekabet hukukunun koruma amacı gözönünde bulundurulmalıdır. Söz gelimi, pazara katılanlar(*Marktteilnehmer*) üzerinde münferit etkisi az olmakla birlikte, çok sayıda katılanın davranışının etkilenmesinin ya da önemli bir taklit edilme tehlikesinin(*Nachahmungsgefahr*) söz konusu olduğu durumlarda, bozulmanın önemsiz olmayan boyutta olduğu söylenebilecektir[164].

Bu doğrultuda, öğretide de, yeni genel hüküm ile haksızlığın, artık 'ahlâk ve hukuk' kavramlarından ziyade[165], pazara katılanların hareket ve karar alma

[162] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s.
[163] BT-Drucksache 15/1487, s. 17.
[164] BT-Drucksache 15/1487, s. 17.
[165] Gerek amaç maddesinin gerek genel hükmün metninden "*ahlâk ve adap kurallarına aykırı*" ifadesinin kaldırılmış olmasından hareketle bu görüş ileri sürülmüştür.

serbestilerinin korunması anlamında "*rekabetçi işlev*" kavramıyla belirleneceği ifade edilerek[166], rekabetin önemsiz olmayan ölçüde etkilenmesi kavramı somutlaştırılmıştır. Nitekim 4'üncü paragrafın 10'uncu bendinde düzenlenmiş olan 'hedef alınan rakiplerin engellenmesi'ne yönelik uygulamalar, rakiplerin hareket serbestilerinin korunmasını gözeten anlayışın somut örneği olarak düzenlenmiştir. Keza, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, belli bir malın satın alınması koşuluna bağlı olarak düzenlenen promosyon amaçlı kampanya, oyun, yarışma, piyango ya da çekilişler, pazara katılan tüketicilerin karar alma serbestilerinin korunması amacıyla yasaklanmıştır.

Ayrıca "*rekabetin önemsiz olmayan ölçüde etkilenmesi*" de, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer verilmemiş bir ibare olup, rekabetin korunması hukukundaki "*de minimis ilkesi*"ni çağrıştırmaktadır[167]. Kanun Gerekçesi'nde, *önemsiz olmayan* ölçütüyle, ehemmiyetsiz olayların takibinin önüne geçilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir[168].

Kanaatimizce, her iki Kanun'un genel hükümlerinin kaleme alınışlarında farklılıklar olmakla birlikte, haksızlığın tayininde, her iki maddenin gerekçelerinden hareketle, rekabet eyleminin pazardaki olaylar, diğer bir deyişle, pazara katılanların davranışları üzerindeki etkilerinin dikkate alınacağı söylenebilir.

---

[166] **HENNING-BODEWIG**, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 426; **HEIDENREICH**, s. 4.
[167] **HEIM**, S.: "Protection of competitors, consumers and the general public—The New German Act Against Unfair Competition", Journal of Intellectual Property Law and Practice, Vol. 1, No: 8, July 2006, s. 528.
[168] BT-Drucksache 15/1487, s. 17.

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu hakkında yaptığımız açıklamalar, bu Kanun'u esas alan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından da geçerli olmakla birlikte, öğretide, kaynağı 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı ve devamı maddelerinin, aralarında rekabet ilişkisi olmayan kişilerin de ekonomik menfaatlerinin korunabildiği bir sistem öngördüğü, dolayısıyla, uygulamada, 56'ncı maddede yer alan genel hüküm ile üçüncü kişilerin rekabetin işleyişi üzerinde etkili olabilecek davranışlarına müdahale edilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir[169]. Nitekim, Yargıtay'ın son dönemde verdiği ve ileride inceleyeceğimiz bazı kararlarında[170], haksız rekabet hükümlerinin, sadece rakipleri değil; rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçladığını belirtmesi, kanaatimizce, yürürlükteki haksız rekabet hükümlerine işlevsel bir nitelik kazandırma gayreti içerisinde olup olmadığı sorusunu akla getirmiştir. Bununla birlikte, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'ndaki genel hüküm, haksız rekabetle ilgili hükümlerin işlevsel niteliğini daha açık bir şekilde ortaya koyacaktır. Öğretide *Yılmaz* da, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasının, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinden farkının, temelde rekabet ilişkisi içinde olan veya olmayan kişiler yönünden değil; iktisadî rekabet anlayışının aşılması ve iktisadî rekabet de dahil olmak üzere rekabet sujeleri arasındaki dürüst ve bozulmamış rekabetin teminine yönelik olmasında aranması gerektiğini[171] ifade etmek suretiyle, bir kez daha, haksız rekabet hukukunun rekabet ilişkisinden ziyade, rekabet oyununa dahil olanlar arasındaki ilişkiler açısından ele alınması gerektiğinin altını çizmiştir.

---

[169] **GÖLE**, s. 162.
[170] Bu hususta sadece bkz. Yargıtay 11. H.D.'nin, 01.05.2001 tarih, E. 2001/01828, K. 2001/03862 sayılı kararı(Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).
[171] **YILMAZ**, s. 1534-1535.

III. BÖLÜM

HAKSIZ REKABETİ TANIMLAYAN GENEL HÜKMÜN İŞLEVSEL UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

I. GENEL OLARAK

Haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulamasına yönelik gerek Alman gerek İsviçre öğretilerinde ileri sürülen görüşleri izah ettikten ve bu yaklaşımın haksız rekabete dair yasal düzenlemelere nasıl ve ne ölçüde yansıtıldığını inceledikten sonra, bu bölümde hükmün işlevsel uygulamasından örneklere ayrıntılı bir şekilde göz atacağız. İşlevsel uygulamaya dair bu örnekler, haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm çerçevesinde, Kanun'un amacı ve koruduğu menfaatlerin kapsamının tayin edilmesinde büyük önem taşımaktadır. Ele alacağımız örneklerin büyük bir kısmı daha sonra işlevsel açıdan kaleme alınan 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu ve 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen haksız rekabet hükümlerinin 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu esas alınarak hazırlanmış olması nedeniyle, bahsi geçen örnekler haksız rekabet hukukumuzun uygulama alanına dahil olmuştur. Bu örnek uygulamaların bir kısmının hukukumuz bakımından yeni müesseseler olmaları da dikkate alındığında, gerek 6102 sayılı Kanun'da yer alan ilgili hükümlerin daha iyi anlaşılması gerek bu düzenlemeleri

uygulayacak makamlara yapacakları değerlendirmelerde ışık tutması bakımından söz konusu örneklerin haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulaması ile nasıl ele alındığını ortaya koymakta fayda görmekteyiz.

Haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulamasına dair örnekler arasında, karşılaştırmalı reklamlar(*vergleichende Werbung, la réclame comparative*), saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar[psikolojik baskı altında satın almalar(*psychologischer Kaufzwang*), müşterileri çekmek için abartılı yollara başvurulması(*Übertriebenes Anlocken, excessive enticement*)], tüketicilerin hislerine yönelik reklamlar(*gefülsausnutzende Werbung*), promosyonlu satışlar(*Zugaben*), tuzak fiyat(*Lockvögelpreise, le prix d'appel*), rakibin sürümünün engellenmesi(*Absatzbehinderung*), orijinal malların bedâva dağıtılması(*Verschenken von Originalware*) ve maliyet fiyatı altında sistematik satışlar(*Systematische Verkäufe unter Einstandpreise, la vente systématique sous le prix de revient*) sayılabilir.

Bu haksız rekabet eylemleri, öğretide, müşterileri yakalamaya yönelik uygulamalar*(Kundenfang)*, engelleme ve yok etme rekabeti*(Behinderungs- und Vernichtungswettbewerb)* ve piyasanın bozulması ya da piyasaya ilişkin haksızlık*(Marktstörung, la perturbation du marché)* başlıkları altında sınıflandırılmıştır[172]. *Müşterileri yakalamaya yönelik uygulamalar* ile, müşterilerin ya da diğer pazara katılanların karar alma ve seçim yapma serbestilerini ya aldatma, ya psikolojik baskı yaratılması ya da makul olmayan tarzda etkide bulunulması

[172] **BAUMBACH/HEFERMEHL**, Wettbewerbsrecht, UWG Einl., §§ 160 vd.(**ARN**, s. 108'den naklen).

veyahut istismar yoluyla engelleyen ya da ihlâl eden her türlü satış ya da pazarlama yöntemi kastedilmektedir[173]. Başka bir anlatımla, bu uygulamaların bir kısmında, müşteri mal ya da hizmet konusunda aldatıcı, eksik ya da mevcut olmayan bilgi nedeniyle makul ve sağlıklı karar veremez iken; diğer kısmında ise, iradesinin baskı ya da makul olmayan tarzda tesir altında kalarak sakatlanması söz konusudur. Müşterileri yakalamaya yönelik uygulamalar arasında, karşılaştırmalı reklamlar, psikolojik baskı altında satın almalar, müşterileri çekmek için abartılı yollara başvurulması, tüketicilerin hislerine yönelik reklamlar, şok reklamlar, promosyonlu satışlar ve tuzak fiyat uygulamaları ele alınmıştır.

Engelleme ve yok etme rekabeti(Behinderungs- und Vernichtungswettbewerb), bir teşebbüsün rakip teşebbüsün faaliyetlerinin normal gelişimini engellemek suretiyle ona zarar vermeye yönelik uygulamalardır[174]. Diğer bir ifadeyle, engelleme ve yok etme rekabeti, rakipleri hedef alan uygulamalardır. Belli bir rakibi hedef alan kıran kırana fiyat kırma uygulaması, rakibin sürümünün engellenmesi ve boykot, bu kapsamda değerlendirilen uygulamalara örnek teşkil etmektedir.

Piyasanın bozulması, aksaması ya da *piyasaya ilişkin haksızlık*[175] halleri ise, dürüst ve bozulmamış rekabetin korunmasında menfaati olan kamuya(topluma) yönelik olup, ekonomik düzeni bozan ve piyasadaki şeffaflığı engelleyen

[173] **ARN**, s. 108.
[174] **ARN**, s. 108.
[175] *Piyasanın bozulması, aksaması* kavramı, öncelikle Alman öğretisinde, *Burmann* ve *Raiser*; daha sonra İsviçre öğretisinde, *Berger* tarafından kullanılmıştır, **BERGER,** Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 339 vd.

uygulamaları kapsamaktadır[176]. Orijinal malların kitle halinde karşılıksız dağıtılması(*Verschenken von Originalware*) ve tuzak fiyatla yapılan satış(des *ventes à prix d'appel*) bu kategoride ele alınmakla birlikte, kavramın böylesine geniş yorumlanmakta oluşu öğretide halen tartışılmaktadır[177].

Bununla birlikte, kanaatimizce, kimi zaman müşterileri(tüketicileri) kimi zaman rakipleri hedef alan kimi zaman da belli bir hedefe yönelik olmayıp, piyasanın işleyişini bozan ve hatta piyasadaki rekabetin varlığını tehlikeye düşüren ve piyasaya katılanları genel olarak etkileyen bu uygulamaları, öğretide yapılan sınıflandırmalara sıkı sıkıya bağlı kalmadan ele almak daha doğru olacaktır.

Bu çerçevede, öncelikle örnek uygulama hakkında kısa bir tanım vermek suretiyle esaslı unsurlar belirtildikten sonra, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulaması kapsamında ele alınma nedenleri irdelenecektir. Bu amaçla, ilk olarak Alman ve İsviçre mahkeme kararlarına göz atılacak ve daha sonra da Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları değerlendirilecektir.

II. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR VE TESTLER

Rakibin şahsı yahut ürettiği mal veya hizmet ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantı kurulmak suretiyle kendisinin, yahut mal veya hizmetlerinin rakibinkinden

[176] **ARN**, s. 108.
[177] Bkz. **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 162.

daha üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi şeklinde yapılan reklamlara, karşılaştırmalı reklam adı verilmektedir[178].

Karşılaştırmalı reklamlar, başlangıçta, sadece mal ya da hizmetleri reklama konu edilen rakibin menfaatlerinin korunması esasına dayanan ferdî haksız rekabet hukuku yaklaşımı çerçevesinde ele alınmış ve Alman hukukunda belli istisnalar(sistem karşılaştırması, savunma ve bilgi verme amaçlı karşılaştırma, gelişmişlik karşılaştırması) dışında ilke olarak haksız rekabet sayılmıştır[179]. Alman İmparatorluk Mahkemesi, rakibin iş faaliyetleri, ürünü daha düşük nitelikte olsa bile, bu hususların rekabet halinde bulunduğu bir kimse tarafından ürünlerinin satışlarını arttırmak amacıyla kullanılmasına katlanmak zorunda olmadığı(*mahremiyet hakkı kuramı, right of privacy*), bunun sadece rakibin müşteri çevresinin sömürülmesi ve ona zarar verilmesi ile sonuçlanacağı, dolayısıyla rakibin ticarî faaliyetine müdahale teşkil ettiği gerekçesiyle yasaklamıştır[180]. Ferdî yaklaşımın karşılaştırmalı reklamları kural olarak haksız rekabet kabul etmesinin ikinci argümanı, karşılaştırmalı reklamların emeğe dayalı rekabet ilkesine aykırı olduğu, reklamı yapanın, sunduğu mal ya da hizmetleri kalite, fiyat vs. bakımından geliştirmeksizin, sadece rakibin sunduğu mal ya da hizmet hakkında olumsuz değerlendirmelerde bulunmak ve böylece onu engellemek suretiyle pazardaki konumunu iyileştirdiği(*Behinderungswettbewerb*) iddiasıdır[181].

---

[178] **MOROĞLU**, E.: 'Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara 13-14 Mayıs 1994, Batider, s. 4.

[179] **SCHRICKER**, G.: 'Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments', 3 IIC (1997), s. 204; **BOZBEL**, S.: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara 2006, s. 153; **MOROĞLU**, s. 8.

[180] **BOZBEL**, s. 38, 153-154; **DOMINGUEZ PEREZ**, E. M.: "Review of Comparative Advertising-German Case Law in Light of EC Directive", IIC Vol: 32, 1/2001, s. 22.

[181] **NIPPERDEY**, H. C.: Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930, s. 24-25, 28(**DOMINGUEZ PEREZ**, s. 24'den naklen).

İsviçre hukukunda ise, Alman hukukundan farklı olarak, karşılaştırmalı reklamlar kural olarak, hukuka uygun bir rekabet eylemi olarak nitelendirilmiş, ancak bu tür reklamın yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici beyanlarla rakibin şahsını, mallarını, ürünlerini, faaliyetlerini, hizmetlerini veya ticarî ilişkilerini kötüler nitelikte olması halinde haksız rekabet oluşturacağı kabul edilmiştir[182].

Sonuç itibarıyla, bu dönemde karşılaştırmalı reklamlar, sadece rakiplerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmiş, ne kurum olarak rekabet, ne tüketici haksız rekabet hukuku kapsamında ele alınmış(uygulamanın rekabetin işleyişi üzerindeki etkileri dikkate alınmadığından), tüketicilerin ve kamunun menfaatlerinin rakiplere sağlanan koruma vasıtasıyla yeterli ölçüde korunduğu kabul edilmiştir[183].

Haksız rekabete sosyal içerik kazandıran görüşün etkisiyle tüketici menfaatlerinin korunmasına verilen önemin artması, Alman yargısının karşılaştırmalı reklamlar konusundaki katı tutumunun 1960'lı yıllarda öğretide sert bir şekilde eleştirilmesine neden olmuştur[184]. Karşılaştırmalı reklamın, aynı ihtiyacı gidermeye yönelik olan ve değişik kişiler tarafından piyasaya sürülen malları ve hizmetleri (nitelik ve fiyatları[185] açısından) birbiriyle ilişkilendirdiği için başta tüketiciler olmak üzere, piyasadaki tüm katılımcıların daha fazla bilgi sahibi olmalarını sağladığı, diğer bir deyişle, piyasanın şeffaflığını arttırdığı ve bu suretle satın alma kararının daha

[182] Bkz. BGE 87 II 115 vd.; BGE 94 IV 38: BGE 102 II 292 vd.; BGE 104 II 124 vd.
[183] **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 22-23.
[184] Bu eleştiriler için bkz. **REIMER**, s. 367 vd.
[185] Fiyatları arasında karşılaştırma yapılan mal veya hizmetlerin, nicelik ve nitelik açısından birbiriyle karşılaştırılabilir nitelikte olmaları gereklidir.

rasyonel olmasına katkı sağladığı ileri sürülmüştür[186]. Ayrıca, tüketicinin pazarda en uygun fiyattan sunulan mal ve hizmetleri bulmak için yapacağı araştırmanın yol açacağı masrafları(zamansal ve parasal anlamda) da, ki ürün farklılaştırmasının çok fazla olması halinde bu masraflar daha da artacaktır, azaltacağı ifade edilmiştir[187]. Bu görüşlere ek olarak, tüketicilerin reklamlar sayesinde, sadece piyasaya sunulan mal ve hizmetler değil, aynı zamanda bu mal ve hizmetlerle ikame edilebilir nitelikte başka mal ve hizmetin bulunup bulunmadığı hakkında da bilgi edinebildikleri belirtilmiştir[188]. Bu bilgilendirmenin, rekabete dayalı düzenin esasını oluşturan fiyat rekabetinin daha fazla olmasını sağlayan çapraz talep esnekliğini arttırdığı, böylelikle, markaya bağlılığın neden olduğu giriş engellerini azaltıp, fiyatları düşürerek rekabet gücü zayıf olan işletmelere pazara girme ve mal ve hizmetlerini piyasada tutunmuş ürünlerle karşılaştırmak gibi etkili bir imkân verdiği ileri sürülmüştür[189]. Keza, piyasaya mal ya da hizmet sunanlar arasındaki rekabeti teşvik etmesi sebebiyle pazar payının arttırılmasında en uygun araç olduğu da ifade edilmiştir[190].

Bununla birlikte, karşılaştırmalı reklamın sunulan mal ya da hizmet hakkında tüketiciye bilgi aktardığına dair görüşe karşı çıkanlar da olmuş, ancak, bu karşı görüşler öğretide benimsenmemiştir. Bunlardan ilki, karşılaştırmalı reklamda, reklam sahibinin kendi ürünlerini rakiplerinkiyle karşılaştırırken ve bir yargıda bulunurken "kendi dâvasının hakimi" konumunda olduğu, hiç kimsenin de kendi dâvasında

[186] **REIMER**, s. 367; **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments, s. 205; **BOZBEL**, s. 36; **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 29; **ARKAN**, S.: 'Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar', Batider 2001, C. XXI, S. 1, s. 28.
[187] **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 29-30; **KAUFMANN**, s. 35.
[188] **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 31; **KAUFMANN**, s. 35.
[189] **KAUFMANN**, s. 35.
[190] **BOZBEL**, s. 37.

hakim olarak objektif davranmayacağına ilişkindir[191]. İkincisi de, karşılaştırmalı reklamların pazarın şeffaflığını arttırmak konusunda yeterli bir yöntem olmadığı, çünkü bunun için reklamda yer alan bilgilerin tam olması, yani, mal ya da hizmetin hem iyi hem kötü yanlarının belirtilmesi gerekirken, reklam sahibinin tüm bilgileri vermediği ve bu nedenle, reklamın hitap ettiği kesim üzerinde aldatma ve yanıltmalara sebep olduğudur[192].

Karşılaştırmalı reklama ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bu lehte ve aleyhte görüşlerin akabinde, Alman Federal Mahkemesi içtihatını değiştirmiş ve karşılaştırmalı reklamın, karşılaştırmanın gerçeğe uygun ve objektif olması, aldatıcı olmaması, karşılaştırma yapmak için yeterli bir nedenin bulunması ve gereklilik sınırlarının aşılmaması koşulu ile kural olarak hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir[193]. Mahkeme, kötüleyici beyanın meşru menfaatleri savunmak amacıyla yapıldığı durumlarda yeterli bir nedenin olduğuna hükmetmiştir. Meşru menfaat kapsamında rakibin değil, toplumun objektif bilgi temin etmesindeki ve rekabetin düzgün işlemesindeki menfaatlerini ve tüketicinin ise doğru ve yeterli bir şekilde bilgilendirilmesindeki menfaatini dikkate almıştır[194]. Böylelikle, tüketici menfaati soyut bir kavram olarak değil, bilgiye dayalı ekonomilerin ve şeffaflığın hayati önem

---

[191] Bkz. BGH, GRUR 1931−*Hellegold*–, s. 299 vd.; **BOZBEL**, s. 38, 153; **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 22; **KAUFMANN**, s. 53.

[192] **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 27; **KAUFMANN**, s. 54.

[193] Bkz. BGH, GRUR 1962 −*Betonzusatzmittel*–, s. 45; BGH, GRUR 1965−*20% unter dem empfohlenen Richtpreis*–, s. 96; **BEIER**, The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany, s. 84; **MOROĞLU**, s. 8; **WIPO**, s. 61-62; karşılaştırmalı reklâmlara, rekabet serbestisinin ve kurumsallığının korunması açısından izin verilmesi gerektiği görüşü için bkz. **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 169-170.

[194] Bkz. BGH, GRUR 1965−*20% unter dem empfohlenen Richtpreis*–, s. 96; BGH, GRUR 1968−*40 % können Sie sparen–,* s. 40; BGH, GRUR 1970−*Tauchkühler*–, s. 422(**BASTIAN**, E. M.: 'Comparative Advertising in Germany-Present Situation and Implementation of EC Directive', IIC Vol. 31, 2/2000, s. 153'den naklen).

taşıdığı piyasa sürecinin bütünleyici bir parçası olarak kabul edilmiştir[195]. Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin yaklaşımdaki bu değişiklik, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 6'ncı paragrafı ile somutlaştırılmıştır.

Benzer şekilde İsviçre uygulamasında da, haksız rekabeti tanımlayan genel hükümden hareketle, karşılaştırmalı reklamların, rekabeti, hem rakipler hem tüketiciler(alıcılar) aleyhine bozmadıkları sürece hukuka uygun olacağı kabul edilmiş[196] ve bu doğrultuda bir düzenleme yapılmıştır(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 3'üncü maddesinin e bendi[197]). Burada rekabetin tüketici aleyhine bozulmasından, mal farklılaştırmasının söz konusu olduğu bir pazarda, reklamın, konusunu oluşturan ürün ya da hizmet hakkında, muhatabı olan tüketiciye, rasyonel bir karar(ihtiyacını en iyi karşılayacak olan mal ya da hizmeti satın alması) vermesini sağlayacak yönde bilgi vermemesi ya da belirsiz, önemsiz veya eksik bilgi vermesi ve bunun sonucunda da pazarda şeffaflığın sağlanamaması ve tüketicinin ve onun aracılığıyla da piyasanın yanlış yönlendirilmesi anlaşılmalıdır[198]. Karşılaştırmalı açıklamalar, yanlış veya yanıltıcı olsalar bile; ancak ve mutlaka, rakipler ya da satıcı ve alıcılar arasındaki ilişkiyi fiilen etkilemeleri kaydıyla, haksız rekabet hukuku kapsamında ele alınacaklardır. Bunun için de,

---

[195] **KAUFMANN**, s. 57.

[196] **KORALNIK**, A.: 'La publicité comparative en droit suisse et en droit comparé', RDSA 2000, s. 116, dn. 61; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 58-59; **CEYLAN**, E.: 'Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar', Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/2003, s. 204-205.

[197] 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 3'üncü maddesinin e bendi, Federal Mahkeme'nin 1943 tarihli Haksız Rekabet Kanunu döneminde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak verdiği kararların kanunlaştırılmasından ibarettir. Buna göre, bir kimse, "kendisini, mallarını, iş mahsullerini, edimlerini veya bunların fiyatlarını yanlış, yanıltıcı, gereksiz yere incitici veya asalaklık oluşturacak şekilde başkalarının şahsı, malları, iş mahsülleri, edimleri veya bunların fiyatları ile karşılaştırır yahut aynı suretle üçüncü kişileri rekabette üstün duruma getirirse haksız rekabet yapmış olur".

[198] **KAUFMANN**, s. 31-32.

karşılaştırmalı açıklamaların, ilgili mal ya da hizmetin tedavülü ile bağlantısı olan çevrelerin pazar davranışı üzerinde etkide bulunmaya müsait olmaları gerekmektedir. Zira, haksız rekabet hukukundan kaynaklanan yasaklar, kendiliklerinden devreye girmezler. Söz konusu yasaklar, daha ziyade, rekabetin haksız vasıtalar ile bozulmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu amaç, aynı zamanda haksız rekabet hukukunun uygulama alanının sınırlarını da çizmektedir[199].

Karşılaştırmalı reklamların yanı sıra, tarafsız araştırma enstitüleri veya tüketici dernekleri tarafından yapılıp yayınlanan karşılaştırmalı testler de, tüketicileri söz konusu mal ve hizmetler hakkında bilgilendirmeleri, ihtiyaçlarını en iyi karşılayanı seçmelerine yardımcı olmaları ve toplumun rekabetin işlemesindeki yararına hizmet etmeleri bakımından faydalı olmakla birlikte[200], test sonuçlarının yanlış olması halinde tüketicinin yanlış yönlendirilmesine, üreticilerin haksız yere dezavantajlı konuma düşürülmesine ve toplum yararının gözetilememesine de yol açabilmektedir. Bu nedenle, Alman hukukunda karşılaştırmalı testlerin, gerçekçi, açık, iyi düşünülmüş ve bilgilendirici olmaları durumunda hukuka uygun olacakları kabul edilmiştir[201]. İsviçre hukukunda ise, karşılaştırmalı testlerin herhangi bir reklam amacı taşımamaları ve rekabet ilişkisi içerisinde yer almamaları halinde bile, rekabet ilişkilerini dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde etkiledikleri anda, madde kapsamında değerlendirileceği kabul edilmiştir[202](1986 tarihli İsviçre Haksız

[199] BGE 125 III 286(**KUBİLAY**, H./**YILDIRIM**, A.H./**AYAN**, Ö./**GÖKSOY**, Y.C.: Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme MD. 1-135, İçtihatlar-İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, İstanbul 2004, s. 281-282'den naklen).
[200] **SCHRICKER**, G.: 'Comparative Testing of Products and Services under German Law', IIC 1977, Heft 01, s. 54.
[201] **SCHRICKER**, Comparative Testing of Products and Services under German Law, s. 57-58.
[202] Message a l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1098, konuya ilişkin kararlara örnek ATF 102 II 294-JT 1977, 516; ATF 104 II 124- JT 1978, 282.

Rekabete Karşı Kanunu'nun 3'üncü maddesinin e bendi, Rule No. 3.6 of Rules by Swiss Commission for Fairness in Advertising).

Hukukumuzda da, 1943 tarihli mülga İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda olduğu gibi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet hükümleri arasında karşılaştırmalı reklamlar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, gerek öğretide gerek uygulamada karşılaştırmalı reklamlar per se yasaklanmamış[203], belli koşulların varlığı halinde haksız hale geleceği kabul edilmiştir. Karşılaştırmalı reklamların hangi koşullarda haksız olarak nitelendirileceği konusunda öğretide bir kısım yazarlar, reklamda mal ya da hizmeti karşılaştırma konusu yapılan tacirin menfaatlerinin korunması düşüncesinden hareketle, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinde düzenlenmiş olan kötüleme, gerçeğe aykırı bilgi verme ve yanlış veya yanıltıcı bilgi vermeye dair bendlere(sırasıyla, 1'nci, 2'nci ve 3'üncü bendler), diğer kısım yazarlar ise, 56'ncı maddeye başvurulabileceğini ileri sürmüşlerdir[204]. Öte yandan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda karşılaştırmalı reklâmlar, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun konuyla ilgili hükmü aynen esas alınarak düzenlenmiştir(55'inci maddenin birinci fıkrasının a-3'üncü bendi).

---

[203] Karşılaştırmalı reklamların, tüketicilerin piyasadaki mal ve hizmetler hakkında bilgilenmesi ve bilinçli seçim yapabilmeleri açısından etkili ve önemli bir rekabet yöntemi olduğuna dair görüş için bkz. **MOROĞLU**, s. 4; **GÖLE**, s. 83; **MİMAROĞLU**, s. 397; **DOĞANAY**, Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Yargıtay'ca Nasıl Uygulanıyor, s. 537; **ÖRS**, s. 38-39; **CEYLAN**, s. 200; karşılaştırmalı reklamların hem çirkin hem haksız birçok durumun ortaya çıkmasına yol açacağı, reklamcılığın savaş halini alacağı, karşılaştırma doğru olsa bile buna cevaz verilmesinin hakkaniyete ve tüketicinin yararına uygun düşmeyeceği yönündeki karşı görüş için bkz. **POROY**, Avrupa Ekonomi Topluluğunda Rekabet Hukuku, s. 66.

[204] *Doğanay*, TTK m. 57/1., 2. ve 3. bentlerin(rakibi kötüleme, rakip hakkında gerçeğe aykırı açıklama yapma, kişinin kendisi ya da üçüncü kişi hakkında yanıltıcı bilgi vermek suretiyle(*Doğanay*, İ: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 4. Bası, Ankara 2004, s. 393); *Kalpsüz*, TTK m. 57/3'ün uygulanabileceğini ileri sürmüş('Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1994, s. 27'deki konuşması); *Moroğlu* ise, bu özel durumlarda, bir kimsenin kendi şahsı, malı veya hizmeti ile rakibin şahsı, malları veya hizmeti arasında herhangi bir bağlantının kurulması, doğrudan ya da dolaylı olarak bir karşılaştırma yapılması söz konusu olmadığından, karşılaştırmalı reklama uygulanamayacağını, sadece m. 56'ya başvurulabileceğini savunmuştur(**MOROĞLU**, s. 5-7).

Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklâmlar, rekabeti, sadece rakipler değil; tüketiciler aleyhine de bozmadıkları sürece hukuka uygun kabul edilecektir. Reklamın, konusunu oluşturan ürün ya da hizmet hakkında, muhatabı olan tüketiciye, rasyonel bir karar(ihtiyacını en iyi karşılayacak olan mal ya da hizmeti satın alması) vermesini sağlayacak yönde bilgi vermemesi ve bunun sonucunda tüketicinin ve onun aracılığıyla da pazarın yanlış yönlendirilmesi halinde, karşılaştırmalı reklâm haksız rekabet oluşturacaktır.

Yargıtay da, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete dair hükümleri çerçevesinde verdiği kararlarda, karşılaştırmalı reklamlardaki bilgilerin yanlış veya yanıltıcı olması durumunu rakiplerin menfaatleri açısından ele alarak değerlendirmiş ve 56'ncı madde ile 57'nci maddenin 3'üncü bendine(yanlış, yanıltıcı bilgi verme) birlikte başvurmuştur. Söz gelimi, "İlanda Karacan 1." kararında[205] dâvacı, dâvalının "İlanda Karacan 1." başlıklı gazete ilânlarıyla sahibi olduğu "Kadın" ve "Sanat Olayı" adlı dergilerini alanlarında birinci göstermek suretiyle, diğer rakip dergileri alıcılar nezdinde daha alt sıralara ittiği; ilânlarda her ne kadar "Sıralamada ilânlar tam sayfa esası ile dikkate alınmıştır" açıklamasına yer verilmiş ise de bunun çok küçük(8 punto) harflerle yapıldığını; en çok satan dergilerin kendi dergileri olduğunu, reklam gelirlerini olumsuz yönde etkilemek için dâvalının *en çok kendi dergilerinin satıldığı görünümünü yaratmaya çalışarak* aldatıcı ve hüsnüniyet kurallarına aykırı bir şekilde haksız rekabette bulunduğunu ileri sürerek söz konusu ilân ve reklamların men'ini talep etmiştir. Dâvaya bakan mahkeme, "Yapılan ilânın gerçeği yansıttığı konusunda taraflar arasında ihtilaf olmadığı, ilânda neyin ölçü

[205] Yargıtay 11. H.D.'nin 09.10.1989 tarihli, E. 1988/7434, K. 1989/5174 sayılı kararı, karar için bkz. **MOROĞLU**, s. 16-17.

alınacağının tamamen ürün sahibinin inisiyatifinde bulunduğu, reklamda kullanılan yazı ve rakamların aynı boyda olması şartının aranamayacağı..." gerekçesiyle dâvanın reddine karar vermiştir. 11. Hukuk Dairesi ise, dâvalının tam sayfa esasına göre ilânda birinci sırayı aldığının çekişmesiz olduğu ve dâvalının verdiği ilânda gerekli notu koyarak okuyucuyu uyarmış bulunduğu gerekçesiyle hükmün onanmasına oyçokluğu ile karar vermiştir. Bir üye, ilânda gösterilen "1." rakamı altında yer alan yazıların kolayca okunabilecek büyüklükte olmadığı ve "1." rakamının altında olmakla etkisiz kaldığı, ilânda birinciliğin hangi hususta olduğunun kolayca okunacak puntolarla okuyucuya iletilmesi gerektiğini belirterek, *dâvacının eyleminin TTK m. 56 ve 57/3'e göre haksız rekabet oluşturduğu* gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır.

Karşılaştırmalı reklamlarla ilgili ikinci karar, "Boyada birinci" kararıdır[206]. Bu dâvada dâvacı, dâvalı gibi boya ve benzeri kimyasal ürünlerin üretimi ile uğraştığını, dâvalının bir süreden beri reklamlarında "Boyada birinci" şeklinde bir slogan kullanmak suretiyle *kendilerine ve diğer boya firmalarına karşı haksız rekabete girdiğini ve alıcılar üzerinde yanıltıcı etki yarattığını*, fiilin iktisadî rekabetin hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde suiistimali olduğunu ileri sürerek dâvalının haksız rekabetinin men'ine karar verilmesini talep etmiştir. Dâvaya bakan mahkeme, bir boyanın "birinci" olarak nitelenmesi ile boya piyasasının en iyi mamülü olduğu izleniminin doğmasının kaçınılmaz olduğu, Türkiye'de boya üretiminde "ilk" ve üretim ve ciro büyüklüğü bakımından en büyük olunsa bile, bunların "birinci" sözcüğü ile ifade edilmesiyle reklam amacından sapılarak yanlış ve yanıltıcı izlenimler yaratılmış olacağı; ne bakımdan olduğu anlaşılamayan genel bir

[206] Yargıtay 11 H.D.'nin 22.12.1992 tarihli ve E. 1991/4992, K. 1992/11613 sayılı kararı, karar için bkz. **MOROĞLU**, s. 18-20.

birincilik iddiasının *yanıltıcı özellik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde "ikinci" konumuna düşüreceği*; bu nedenle, *dâvalının reklamının TTK m. 56 ve 57/3 uyarınca haksız rekabet oluşturacağı* gerekçesiyle haksız rekabetin men'ine karar vermiş ve bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunulması sonucunda inceleme yapan Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi de, ilk derece mahkemesinin kararını aynen benimseyerek oyçokluğuyla onamıştır.

Karşılaştırmalı reklamla ilgili üçüncü karar ise, "Türkiye'nin en çok satan gazetesi" kararıdır[207]. Burada dâvacı, dâvalı Sabah Gazetesi'nin isminin yanında "Türkiye'nin en çok satan gazetesi" ibaresinin yer aldığını, yine aynı yerde üzeri "nazar boncuklu 1" rakamının bulunduğunu, bunun gerçeği yansıtmadığını zira Mart 1993'ten itibaren Türkiye'nin en çok satan gazetesinin kendi gazetesi(Milliyet) olduğunu, bu nedenle dâvalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme, *dâvalı gazetenin tutumunun gazete satışlarını etkilemediği, kendini övüp tanıtmanın dâvacıyı kötüleyici ve küçültücü amaç taşımadığı* gerekçesiyle dâvanın reddine karar vermiştir. Karar önce temyiz edilmiş ve Yargıtay'ın ilgili dairesinin temyiz itirazlarını reddetmesi üzerine karar düzeltme talebinde bulunulmuştur. Karar düzeltme talebi üzerine yapılan inceleme sonucunda, 11'inci Hukuk Dairesi, dâvalıların çıkardığı Sabah gazetesinin başlığında yer alan "Türkiye'nin en çok satan gazetesi" şeklindeki sunum metninin ve "nazar boncuklu 1" rakamını havi logonun gerçeği yansıtmadığına, bu nedenle, *dâvalının, TTK m. 57/3 gereğince yanlış ve yanıltıcı bilgilerle dâvacı rakip gazeteye nazaran kendini üstün duruma getirerek haksız rekabette bulunduğu* anlaşıldığından,

[207] Yargıtay 11. H.D.'nin 20.2.1998 tarih ve E. 1997/9233, K. 1998/1026 sayılı kararı için bkz. **BOZBEL**, s. 67-68.

mahkemenin bu sonuca göre inceleme yapıp karar vermesi gerekirken dâvanın reddine karar vermesini doğru bulmayarak, karar düzeltme talebini kabul etmiş ve ilgili daire kararını bozmuştur.

Bu üç karar çerçevesinde öğretide *Bozbel*, Yargıtay'ın tüketici açısından karşılaştırmalı reklamların aldatıcı olup olmamasına temas etmediğini, bunun nedeninin, mevcut düzenlemelere göre haksız rekabetin, iktisadî rekabetin kötüye kullanılmasını önlemeye çalıştığını, tüketiciler de dahil olmak üzere rekabetin tüm aktörlerini korumayı amaçlamadığını ileri sürmüştür[208]. *Moroğlu* ise, "Boyada birinci" kararına ilişkin olarak, karşılaştırmalı reklamın dayandığı verilerin doğru olmasına rağmen, haksız rekabet olarak nitelenip yasaklanmasının, müşteriler yönünden ana işlevi onları bilgilendirip aydınlatmak ve tercihlerini doğru kullanmalarını sağlamak olan karşılaştırmalı reklamların bu işlevinin gözardı edilmesi anlamına geleceğini ifade etmiştir[209].

Öte yandan, yakın zamanda, BP şirketi; "BP'de yakıt mükemmel" ile "süper kalorifer yakıtı" şeklindeki reklamları dâvacı tarafından diğer gerekçelerin yanında aynı rafinerilerden alınan petrol ürünlerinin bu şekilde tanıtım ve reklamlarının; *sanki kendi ürününün daha üstün ve rakiplere ait ürünlerin de daha düşük kalitede olduğuna yönelik tüketiciyi yanıltıcı reklam teşkil ettiği* iddiasıyla haksız rekabet dâvası açmıştır. İlk derece mahkemesi, katkı ilâvesi kabul edilse bile bunun tüm yakıtlara konulmadığı, katkı ilâvesinin büyük ölçüde fark oluşturmayacağı, iyileştirici bir işlemin etkisinin abartılmasının ve tüm ürünlere katkı ilâve edilmediği

[208] **BOZBEL**, s. 72-73.
[209] **MOROĞLU**, s. 13.

halde yurt genelinde tüm ürünlere katkı ilâve edilmişçesine reklam yapılmasının bütünü itibarı ile yanıltıcı nitelik taşıdığı, *orta düzeyde tüketiciyi yanıltma ihtimali bulunduğu* ve haksız rekabet teşkil ettiği gerekçeleriyle dâvanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay'ın 11'inci Hukuk Dairesi, *dâvalının akaryakıt ürününe yaptığı katkıların ne oranda iyileştirici fark oluşturduğunun bilimsel bir şekilde ortaya konulup mukayesesi yapılmadan* ve *piyasada mevcut diğer ana dağıtım firmalarının da benzeri ilanlar ile tüketicilere reklam yolu ile hitap ettiği gerçeği de göz önünde bulundurulmadan* sonuca gidilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur[210].

Kanaatimizce Yüksek Daire bu son kararında, her ne kadar 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun hangi maddesine hitaben kararını tesis etmiş olduğunu belirtmemiş ise de, karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olup olmadığının tayininde, reklamın, tüketicilere piyasaya sunulan mal ya da hizmetler hakkında objektif nitelikte bilgi temin edip etmediğinin incelenmesi ve söz konusu uygulamaya piyasada yoğun bir şekilde başvurulmasının da dikkate alınması gerektiği sonucuna varmış, tüketiciler açısından meydana getirebileceği olumsuz sonuçları dikkate almıştır. Böylece, reklam konusu ürünün hedefi olan ortalama tüketicide yanlış anlamalara yol açması ve onu yanıltması unsurunu açık bir şekilde dikkate alarak, eylemin öncelikle tüketiciler açısından meydana getireceği olumsuz sonuçları ortaya koymuştur. Dolayısıyla, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra karşılaştırmalı reklâmları düzenleyen maddenin bendinin uygulamasının mevcutuygulamadan bir farklılık göstermeyeceği kanaatindeyiz.

[210] Yargıtay 11. H. D.'nin 14.03.2002 tarihli E. 2001/10574, K. 2002/2316 sayılı kararı, BATİDER 2002, C. XXI, S. 3, s. 127-130.

Dâvacı ve dâvalı arasında rekabet ilişkisinin bulunmadığı, üçüncü kişilerin, özellikle karşılaştırmalı test yapan kuruluşların yaptıkları açıklamalar çerçevesinde, davranışın haksız rekabet teşkil edip etmediği konusunda ise, Yargıtay'ın henüz vermiş olduğu bir karar bulunmamakla birlikte, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, bu tür açıklamaların, rekabet ilişkilerini dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde etkilemeleri koşuluyla, ilgili madde? kapsamında değerlendirilebileceklerini düşünüyoruz.

Öte yandan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu dışındaki mevzuatta da(Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[211], Reklam Yönetmeliği[212] ve Radyo Televizyon Üst Kurulu'nun Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliği[213]) karşılaştırmalı reklamla ilgili düzenlemeler bulunmakla birlikte, bunlar daha ziyade tüketicilerin korunmasına yönelik olup, rakipler ve diğer

[211] 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenen 16'ncı maddenin üçüncü fıkrasına göre, "Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir".

[212] Ticarî Reklamlar ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11'inci maddesinde de, karşılaştırmalı reklamlara yer verilebilmesi için aranan şartlar arasında, "dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması" belirtilmiştir.

[213] Radyo Televizyon Üst Kurulu'nun Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliği'ninde karşılaştırmalı reklamlarla ilgili açık bir düzenleme bulunmayıp, genel olarak reklam yayınlarında uyulması gereken ilkeler düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, 5'inci maddenin (m) bendinde, "Halkı aldatacak, yanıltacak veya haksız rekabete yol açacak reklam yayınlarına yer verilmemelidir"; 6'ncı maddenin (a) ve b bentlerinde, "bütün reklam [ların] adil ve dürüst, yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmaması" gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, 8'nci maddede, haksız rekabete yol açmamak amacıyla reklam yayınlarında; a) "...bilimsel ve istatistikî bilgilerin tüketici tercihlerini gerçek durumun aksine yönlendirecek şekilde verilmemesi, b) ürün ve hizmetlerle ilgili sınaî mülkiyet hakları ve ... konusunda yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi, bir başka işletmenin unvanı, amblemi, logosu ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının haksız biçimde kullanılmaması, e) başka ürün ve hizmetlere ait reklamların genel düzeninin... tüketiciyi yanıltacak ya da karışıklığa yol açacak şekilde taklit edilmemesi, f) haksız biçimde, bir başka firma, şirket ya da kurumun adının veya ... diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının...tüketiciyi yanıltacak veya karışıklığa yol açacak biçimde kullanılmaması ve taklit edilmemesi ilkelerine uyulmalıdır" hükümlerini getirmiştir.

piyasaya katılanlar açısından bu hükümlere başvurmak pek mümkün görünmemektedir[214].

Karşılaştırmalı reklamlarda reklam yapanın rakibin ismini kullanması da yöntemin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda tartışmaya yol açmıştır. Haksız rekabetin ferdî yaklaşımla ele alındığı dönemde, *rakibin mahremiyet hakkı kuramı*'dan hareketle, reklamda gönderme yapılan rakibin adından açıkça bahsedilmesini yasaklayabileceği kabul edilmiştir. Daha sonra, bu kuram terkedilmiş ve mesele, rakipten bahsedilmesinin onun itibarından faydalanma teşkil edip etmemesi açısından ele alınmaya başlamıştır[215].

Karşılaştırmalı reklamlarda başkasının marka ya da logosunu kullanmak halen tartışmalı bir konudur. Bir kısım yazarlar, başkasının markasının reklamda açık bir şekilde kullanılmasının, tüketicinin hangi mal ya da hizmetin reklamı yapıldığını bilmesinin gerekli olup olmadığına bakılmaksızın, kural olarak, hukuka uygun olduğunu[216], diğer kısım ise, böyle bir kullanımın sadece tüketicinin reklamda kimin mal ya da hizmetine gönderme yapıldığını bilmesinin kesin surette gerekli olduğu durumlarda hukuka uygun olmasını[217] savunmaktadır.

Hukukumuzda, Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına dair Yönetmelik'in 11'inci maddesine göre karşılaştırmalı reklamlara, karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi halinde yer

[214] **BOZBEL**, s. 61-62.
[215] **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 47.
[216] Bu görüş, İspanya doktrininde A. Tato Plaza tarafından ileri sürülmüştür(**DOMINGUEZ PEREZ**, s. 48-49'dan naklen).
[217] **DOMINGUEZ PEREZ**, s. 49.

verilebileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme, sadece tacirin korunması amacıyla kaleme alınmıştır. Öte yandan, gerek rakibin gerek tüketicinin menfaatlerini dengelemek için, karşılaştırmalı reklamlarda sadece tüketicinin söz konusu rakibi teşhis edebilmesi açısından gerekli olduğu takdirde rakibin markasının kullanılmasının hukuka aykırı olmayacağının kabul edilmesi gerekir. Böylelikle, mal ya da hizmetine göndermede bulunulan tacirin, üçüncü kişinin markasını kullanmasını ve böylece çok büyük masraflar ve insan emeği sonucunda elde ettiği markasının imajının değiştirilmesini önlemesi ve tüketicinin de rakibin markasının kullanıldığı reklamda bahsedilen mal ya da hizmet hakkında tüm bilgileri edinmesi gözetilmiş olur[218].

Sonuç olarak; yukarıda anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, karşılaştırmalı reklamlar, sadece rakipler değil; diğer piyasaya katılanlar(tüketiciler dahil) açısından da bir takım sonuçlar doğurması nedeniyle genel olarak rekabetin işlerliği üzerinde etkili olmaktadır. Söz gelimi, tüketicilerin zaman ve para harcamadan, piyasaya sunulan mal ve hizmetlerin özellikleri hakkında, rasyonel kararlar almalarını sağlayacak düzeyde bilgi temin etmeleri ve böylelikle pazarda şeffaflığın artması söz konusu olmaktadır. Bunun sonucunda da rekabete dayalı sürecin düzgün işlemesine ve dolayısıyla kamunun menfaatinin gözetilmesine de katkı yapmaktadır(olumlu etki). Öte yandan, bu bilgilerin gerçeğe aykırı, aldatıcı veya sübjektif olması halinde ise, ilgili mal ya da hizmetin tedavülü ile bağlantısı olan çevrelerin pazar davranışı üzerinde etkili olmakta ve böylece mübadele sürecini olumsuz etkilemek suretiyle rekabetin düzgün işleyişine engel olabilmektedir. Bu nedenlerle, karşılaştırmalı

[218] Bu görüş, İspanya doktrininde J. M. Otero Lastres tarafından ileri sürülmüştür(**DOMINGUEZ PEREZ**, s. 49-50'den naklen).

reklamların hukuka aykırılığına hükmederken, karşılaştırmalı açıklamaların yanlış veya yanıltıcı niteliği değil; ilgili mal ya da hizmetin tedavülü ile bağlantısı olan çevrelerin pazar davranışları üzerinde etkili olup olmadığı esas alınmalıdır. Haksız rekabet düzenlemelerinin işlevi(dürüst ve bozulmamış rekabetin temini) açısından uygulanması ile kastedilen budur.

III. SALDIRGAN SATIŞ YÖNTEMLERİ VE REKLAMLAR

Saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, tüketiciye şahsen ve somut olarak hitap eden ve onun karar alma ve seçim yapma serbestilerini psikolojik baskı kurmak suretiyle engelleyen uygulamalardır[219]. Burada müşterinin, sunulan mal ya da hizmeti satın almasının nedeni, söz konusu malı ya da hizmeti niteliği, fiyatı ve diğer unsurları itibarıyla, piyasadaki diğer mal ya da hizmetlerle objektif bir şekilde karşılaştırması ve bunun sonucunda ihtiyacını en iyi şekilde karşıladığına dair bir karar vermiş olması değildir. Aksine, böyle bir satın alma kararı, mala ya da hizmete yabancı olan unsurların dayatılması ya da etkisi altında kalınması nedeniyle verilmektedir[220]. Dolayısıyla, kişinin seçim yapma ve karar alma serbestisi sakatlanmaktadır.

Saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, haksız rekabetin ferdî açıdan ele alındığı dönemlerde, sunulan mal ya da hizmetin niteliklerinin, fiyatının, vs.'nin

[219] **REIMER**, s. 667; **ARN**, s. 273, 274-275; bkz. Bezirksgericht Zürich du 8 mai 1990, ZR 1994, nº 96, p. 304(305ss).
[220] **REIMER**, s. 667.

karşılaştırılmasına dayanan rekabete aykırı niteliği ve (emeğe dayalı rekabet ilkesi) müşterileri etki altına alma derecesi açısından ticarî ahlâk kurallarına aykırı kabul edilmiştir[221].

Zamanla saldırgan satış yöntemlerinin ve reklamların çeşitlenmesi ve ticarette yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanması neticesinde, özellikle tüketicileri hedef alan bu uygulamalar karşısında tüketici menfaatlerinin korunması önem kazanmıştır. Tüketicilerin ekonomide, rekabet eyleminin muhatabı olmaları nedeniyle sadece pasif değil; aynı zamanda yaptıkları seçimlerle rekabetin işlerliğine katkıda bulunduklarından aktif role de sahip oldukları görüşünden hareketle saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, tüketicinin seçim yapma ve karar alma serbestisini sakatlaması ve bunun sonucunda rekabetin işleyişini olumsuz yönde etkilemesi açısından ele alınmaya başlanmıştır[222].

Saldırgan satış yöntemlerine ve reklamlara yönelik yasak, Alman hukukunda başlangıçta çok katı uygulanmış, tüketicinin karar alma ve seçim yapma serbestisi üzerinde etkili olabilecek her türlü uygulama yasaklanmıştır. Piyasalarda yoğunlaşmanın artması ile serbest rekabet ilkesinin daha fazla vurgulanmaya başlanması ve bunun neticesinde haksız rekabet hukukunun daha liberal bir hale getirilmesi ihtiyacının doğması, saldırgan satış yöntemlerine ve reklamlara yönelik yasaklayıcı tutumun değişmesine neden olmuştur[223]. Keza, bilgiye dayalı

[221] **REIMER**, s. 667.
[222] **KAUFMANN**, s. 34.
[223] **SOSNITZA**, O.: 'German Law of Unfair Competition: Toward Liberal Standards', IIC Vol. 36, 5/2005, s. 538-539.

ekonomilerin gelişmesi ile daha bilinçli ve bilgili bir tüketici modelinin ortaya çıkmasının da, bu gelişmede önemli bir payı olmuştur[224].

Nitekim 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu bu saiklerle kaleme alınmış olmakla birlikte, yeterince liberal olmadığı ve özellikle, *ortalama makul tüketici anlayışı*'na[225] ters düştüğü, bu nedenle, Alman haksız rekabet hukukunun, özellikle reklamlar konusunda, tüm tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kuracak düzeye ulaşamadığı eleştirilerine maruz kalmıştır[226]. Bu doğrultuda, bahsi geçen saldırgan yöntemlerin, sadece müşterinin seçim yapma ve karar alma serbestisini tümüyle ortadan kaldırdığı durumlarda yasaklanması savunulmuştur[227].

İsviçre öğretisinde de çoğunluk[228], başlangıçta Alman hukukunda olduğu gibi, bu tür uygulamalara karşı çok katı bir tutum takınarak tüketicinin karar alma özgürlüğüne zarar verilmesi olgusunu çok geniş yorumlamış ve büyük bir kısmının yasaklanmasını savunmuş olmakla birlikte, İsviçre mahkemeleri, oldukça dar bir yorum yapmışlardır. Şöyle ki; mahkemeler, davranışın haksız rekabet olduğuna hükmedilebilmesi için, "müşterinin karar verme özgürlüğünün, *özellikle* saldırgan satış yöntemleri ile sınırlanmış" olmasını öngörmüşlerdir[229]. Bu yönde yerleşmiş olan

---

[224] **KAUFMANN**, s. 35.

[225] *Ortalama makul tüketici*, kolaylıkla ulaşılabilen bilgiyi dikkate almaya istekli, dikkatli, sorumluluk bilinci içerisinde kararlar alabilen tüketicidir, **ARKAN**, Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar, s. 30; bu yaklaşımı yansıtan kararlardan bazıları, ECJ, [1980] E.C.R. 3839, GRUR Int. 1981, 392 *–Fietje–*; [2000] E.C.R. I-2321, GRUR Int. 2000, 756 *–Darbo–*; [1990] E.C.R. I-667, GRUR Int. 1990, 955 *–GB-Inno-BM–*; [1993] E.C.R. I-2384, GRUR Int. 1993, 763 *–Yves Rocher–*; [1995] E.C.R. I-1923, GRUR Int. 1995, 804, 805 *–Mars+ 10%–*; [1994] E.C.R. I-317, GRUR 1994, 303 *–Clinique–*.

[226] **SOSNITZA**, German Law of Unfair Competition, s. 537, 539-541.

[227] **HENNING-BODEWIG**, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 426.

[228] Bu yazarlardan bazıları, **DAVID**, Wettbewerbsrecht, §§81ss et 301ss; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, p. 66ss(**ARN**, s. 283'den naklen).

[229] Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından bazıları, FF 1983 II 1037(1101); KaG Zug, 13.10.1990, *Sweepstakes I*; KaG Zug, 17.03.1992, *Sweepstakes II*.

içtihatlardan hareketle, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda "özellikle saldırgan satış yöntemleri", dürüstlük kurallarına aykırı uygulamalar arasında düzenlenmiştir(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 3'üncü maddesinin h bendi). Hüküm, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da aynı şekilde kaleme alınmış olup, hükmün uygulanması konusunda madde gerekçesine ve konuyla ilgili İsviçre yargı kararlarına başvurulması yerinde olacaktır.

"Özellikle saldırgan" ibaresinden, tüketiciye uygulanan baskının dayanılmaz ya da aşırı olması ve bu nedenle tüketicinin kendisini satın almaya mecbur hissetmesi ve yöntemin kendisine şahsen ve somut olarak, örneğin, evin kapısına gelerek ya da yolda zorla çevirerek yöneltilmiş olması kastedilmektedir[230]. Müşterinin, sözleşmenin akdedilmesinde serbest iradesiyle değil; korku, şükran, nezaket veya utanma gibi duyguların etkisinde kalarak hareket etmesine, adeta köşeye sıkışmasına yol açan her yöntem, bu madde kapsamında değerlendirilecektir[231]. Dolayısıyla, tüketicinin karar alma serbestisini etkileyen her türlü satış yöntemi değil; sadece bu serbestiyi, tüketiciyi o yönde karar vermek zorunda bırakacak derecede sınırlayan, hatta ortadan kaldıran uygulamalar haksız rekabet teşkil edecektir. Böylelikle, rekabet serbestisinin korunması ile müşterilerin karar alma serbestilerinin korunması, diğer bir deyişle, geniş anlamda rekabet edenlerin menfaatleri ile tüketici menfaatleri arasında bir denge sağlanması hedeflenmiştir. Bunun yanı sıra, tüketicinin karar alma serbestisinin sınırlanması, sadece tüketicinin bireysel ekonomik menfaatlerinin zarar

[230] **ARN**, s. 274-275; TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 21.
[231] Message du Conseil Fédéral a l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83. 038, s. 1101; **DUTOIT**, B.: "Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre", La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la jounée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988, s. 28; **ÖZTEK**, S.: "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 424-425.

görmesi değil; genel olarak, bu sınırlama doğrultusunda verilen kararın piyasayı yanlış yönlendirmesi ve rekabetin işleyişini bozması açısından da değerlendirilmiştir.

Madde kapsamında incelenebilecek eylemler arasında, satışa sunulan malın satın alınmaması halinde sıhhat yönünden tehlike doğacağını imâ etmek; ikâmette satışlarda psikolojik yönden baskı yapmak; sokaklarda ve meydanlarda muhtemel alıcıları durdurup mal satmaya çalışmak; herhangi bir sipariş olmadığı halde malı re'sen, posta ile, ikametgâha göndermek(özellikle ödemeli olarak); herhangi bir sipariş olmadığı halde mal satın alınmışçasına fatura yollamak ve benzeri yöntemler sayılabilir[232]. Bununla birlikte, hüküm, Alman hukukundan farklı olarak, sadece müşteriye doğrudan yöneltilen saldırgan satış yöntemlerini ele almış, saldırgan reklamları kapsam dışında bırakmıştır[233]. Öte yandan, telekomünikasyon(telefon, faks, elektronik posta) yoluyla yapılan saldırgan reklamlar, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda 01.04.2007 tarihinde yapılan değişiklik ile getirilen 3'üncü maddenin o bendi ile özel olarak düzenlenmiştir. Diğer saldırgan reklam türleri açısından, alıcının karar alma serbestisi üzerinde etkili olması koşuluyla, genel hüküm(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 2'nci maddesi) kapsamında değerlendirme yapılabilecektir[234].

Hukukumuzda ise, saldırgan reklamlar konusunda Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 9'uncu maddesinde

---

[232] **ÖZTEK**, s. 425; **ARN**, s. 274; KaG Zug, 17 Mart 1992, RSPI 1992, s. 346(354), c. 4.1; Bezirksgericht Zürich, 8 Mayıs 1990, ZR 1994, No. 96, s. 304-305.

[233] **DUTOIT**, Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre, s. 28-29; **ARN**, s. 273.

[234] **DUTOIT**, Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre, s. 28-29; **ÖZTEK**, s. 425; **ARN**, s. 275.

doğrudan satış reklamları ve 10'uncu maddesinde sipariş edilmeden gönderilen mallar konulu iki düzenleme yer almaktadır. Buna göre, 9'uncu maddenin c bendinde, reklamı yapılan mal veya hizmetlerin alım satımının, kiralanmasının reklama cevap veren kişinin adresinde gerçekleştirileceği veya sağlanacağı mesajını veren doğrudan satış reklamlarında, reklama cevap verenin, satış temsilcilerinin adresine getirdikleri mal veya hizmeti geri çevirme hakkı olduğunun belirtilmesinin zorunlu olduğu; 10'uncu maddede de, reklamların, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorunluymuş izlenimi veren dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Alman ve İsviçre hukuklarında haksız rekabet örnekleri arasında yer alan ve aşağıda ayrıntılı olarak açıklama yapacağımız telekomünikasyon yoluyla yapılan saldırgan reklamlar konusunda ise henüz bir düzenleme söz konusu değildir.

Sonuç itibarıyla, hukukumuzda saldırgan satış yöntemleri bahsi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile haksız rekabet hükümleri arasında düzenlenmiştir. Saldırgan reklamlar ise, haksız rekabeti tanımlayan genel hükümden faydalanmak suretiyle hem haksız rekabet hukuku çerçevesinde, hem Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Yönelik Yönetmelik ile reklam hukuku çerçevesinde ele alınabilecektir. Böylelikle, tüketiciler bu yeni uygulamalar karşısında daha etkin bir şekilde korunabilecektir.

Saldırgan satış yöntemlerinin ve reklamların haksız rekabet olarak nitelendirilmelerinin nedenlerini ve ilgili düzenlemeleri ortaya koyduktan sonra, bu

kategoride yer alan uygulamalar ve haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulaması çerçevesinde nasıl değerlendirildikleri konusunda kısaca bilgi vermek istiyoruz.

1) Psikolojik baskı altında satın almalar

Saldırgan satış yöntemleri ve reklam uygulamalarının başında, *psikolojik baskı altında satın almalar(psychologischer Kaufzwang, psychological pressure to purchase)* gelmektedir. *Psikolojik baskı altında satın almalar,* müşteri üzerinde, kendisini bir şey satın alma mecburiyetinde hissetmesine yol açacak, böylelikle, onun karar alma serbestisine zarar verecek ve hatta bu serbestiyi tamamen ortadan kaldıracak şekilde psikolojik baskı kuran uygulamalardır[235]. Burada, reklamı yapanın, müşterinin iradesini, onu bir şey satın almaya zorlayacak yöntem ve koşullarla etkilemesi söz konusudur[236]. Dikkat edilmesi gereken nokta, müşterinin satın aldığı mal ya da hizmet ile reklam konusu arasında herhangi bir bağlantının olmamasıdır.

Müşterinin psikolojik baskı altında olduğu olgusu, Alman öğreti ve yargısında oldukça katı bir yaklaşımla değerlendirilmiştir. Örneğin, bir yarışmaya katılmak isteyen kimsenin, ücretsiz olarak verilen yarışma biletini alabilmek için bir

---

[235] **SOSNITZA**, s. 537; **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments, s. 200; **HEIDENREICH**, s. 5; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 66; **ÖZTEK**, s. 424.

[236] BGH, GRUR 1971, 322 *–Lichdi-Center–;* GRUR 1989, 757 *–McBacon–;* GRUR 1992, 621 *–Glücsball-Festival–;* GRUR 1998, 475 *–Erstcoloration–*(Bkz. **SOSNITZA**, s. 537-538).

dükkâna girmek zorunda olması halinde, bu kimsenin dükkândan bir şey satın alma konusunda kendisini psikolojik baskı altında hissedebileceği kabul edilmiştir. Şöyle ki; bu kişi dükkâna girdiğinde, satış personeli ile iletişim kuracağını ve satış personelinin de kendisine potansiyel bir müşteri olarak öncelikli muamelede bulunacağını varsayar. Bu nedenle, dükkâna sadece yarışmaya katılmak için bilet almak üzere geldiğinin anlaşılması durumunda, kişinin, artık potansiyel bir müşteri olarak gerekli ilgiyi ve saygıyı görememe korkusunu duyacağı; böyle bir durumun, müşteride utanma duygusuna yol açabileceği ve bu nedenle, sadece yarışmaya katılmakla ilgileniyor olmasına rağmen, küçük bir alışveriş yapabileceği, dolayısıyla iradesinin etkileneceği ifade edilmiştir[237]. Keza, müşterilerin farklı yerlerde bulunan dükkânlardan ücretsiz olarak nakledilmeleri hizmetinin verilmesi halinde de, satın alma konusunda üzerlerinde psikolojik baskı yaratılacağı kabul edilmiştir[238]. Mahkemelerin müşterinin psikolojik baskı altında olduğu ve bundan dolayı eylemin yasaklanması yönünde verdikleri kararlarda, haksız rekabet hukukunun daha liberal bir şekilde yorumlanmasına yönelik gelişmeler sonrasında da önemli bir değişiklik olmamıştır.

2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan saldırgan reklamlar

Telekomünikasyon yoluyla yapılan saldırgan reklamlar(*Unzumutbare Belästigungen*), tüketicilere ve diğer pazara katılanlara, açık ya da anlaşılır bir

[237] BGH, GRUR 1977, 727 –*Kaffee-Verlosung I*–; GRUR 1973, 591 –*Schatzjagd*–; GRUR 1973, 418 –*Das goldene A*.–; GRUR 1987, 243 –*Alles frisch–;* GRUR 1998 , 735, 736 –*Rubbelaktion*–; GRUR 2000, 820-821 –*Space Fidelity Peep-Show*–(Bkz. **SOSNITZA**, s. 538).
[238] BGH, GRUR 1971, 322 –*Lichdi-Center*–, supra note 93; GRUR 1972, 364 –*Mehrwet-Fahrten–;* GRUR 1972, 603 –*Kunden-Einzelbeförderung*–(Bkz. **SOSNITZA**, s. 538).

talepleri olmaksızın, telefon, faks, elektronik posta yoluyla yöneltilen, makul olmayan derecede rahatsız edici, tacizkâr ya da sıkıntı verici(*belästigend*) reklamlardır[239]. Uygulamanın haksız rekabet eylemi olarak nitelendirilmesinin nedeni, bu yöntem ile, bu tür saldırılara karşı korumasız olan tüketicinin özel alanına tecavüz edilmiş olmasıdır[240]. Burada, pazara katılan bir kimseye(müşteri, tüketici), talepte bulunmadığı sürece, herhangi bir pazarlama yönteminin ya da reklamın yöneltilmesinin makul olmayacağı, bu nedenle, kişinin bu konuda açık ya da zımnî rızasının bulunup bulunmadığının aranması ilkesi benimsenmiştir(*opt-out kuralı*)[241]. Böylelikle, kişinin özel alanına satış yöntemi ya da reklam yoluyla müdahale edilmesi ve bu müdahalenin yarattığı baskı ortamında karar vermeye zorlanması önlenmek istenmiştir. Pazara katılan kimse(müşteri, tüketici), özel alanında tecavüze uğramadan, sunulan ürünün kendi ihtiyaçlarına, beklentilerine uygun olduğuna kendi iradesiyle ve makul surette karar verebildiği sürece, işleyen rekabetten söz edilebilecektir. Tüketiciyi karar verme sürecinde baskı altına alacak her tür uygulama haksız rekabet teşkil edecektir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan saldırgan reklamlar, bu ilkeler doğrultusunda, hem 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 7'nci paragrafında[242] hem İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda 1 Nisan 2007

---

[239] **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments, s. 198-199; bkz. BGH, GRUR 1970 523 –*Telefonwerbung*–; BGH, GRUR 1973 20 –*Telexwerbung*–.
[240] **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments, s. 198.
[241] Bkz. **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 133; **HEIDENREICH**, s. 7.
[242] 2004 tarihli Alman UWG paragraf 7'ye göre, bir reklamın saldırgan olarak nitelendirilebilmesi için, a) Reklamın alıcı tarafından istenmediğinin bariz olması,
b) Tüketicilere önceden açık onayları alınmadan ya da diğer pazara katılanlara, en azından farazi olarak dahi onayları olmaksızın, yöneltilmiş telefon ile aramaların mevcut olması,
c) İnsan müdahalesinin söz konusu olmadığı otomatik arama sistemlerinin, faksın ya da elektronik postanın, alıcının önceden onayı alınmaksızın doğrudan satış amacıyla kullanılması,

tarihinde yapılan değişiklik ile getirilen 3'üncü maddenin o bendinde[243] düzenlenmiştir. Ayrıca, İsviçre'nin Dürüstlükten Sorumlu Komisyonu(Commission Suisse pour la Loyauté)'nun yayınladığı "*Loyauté dans la Communication Commerciale, Ticarî İletişimde Dürüstlük Kuralları*" arasında da konuyla ilgili bir hükme yer verilmiştir(Kural no. 4.4/2)[244]. Hukukumuzda ise, bu konuda herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır Bu nedenle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinde düzenlenmiş olan haksız rekabeti tanımlayan genel hükme başvurulabileceğini düşünmekteyiz.

---

d) Reklamda yer alan bilgide, adına iletide bulunulan kimsenin kimliğinin gizlenmiş olması ya da alıcının bu tür iletilerin sona ermesi için, temel tarifeye bağlı iletişim masrafları hariç, herhangi bir masrafa katlanmaksızın, talepte bulunabileceği geçerli bir adresin bulunmaması gerekir.

Öte yandan, elektronik posta bakımından saldırgan reklamla ilgili genel yasağa bir istisna getirilmiştir. Eğer müteşebbis, müşterinin elektronik iletişim bilgilerini, bir mal ya da hizmetin satışı kapsamında temin etmişse, müteşebbis bu bilgileri kendisine ait benzer mal ya da hizmetin doğrudan satışı için kullanmışsa ve müşteri bu bilgilerin kullanılmasına itiraz etmemişse, elektronik iletişim bilgileri toplanırken müşteriye açıkça ve özellikle bu tür kullanıma her zaman itiraz edebileceği(temel tarifeye dayanan iletişim masrafları dışında başka bir masrafa katlanmaksızın) tavsiye edilmişse, o takdirde saldırgan reklam yasaklanmayacaktır.

[243] 1 Nisan 2007'de yürürlüğe giren Telekomünikasyon Kanunu'nun(RO 2007 941; FF 2003 7245) Ekinin 1. bölümü ile, 1986 tarihli İsviçre UWG'ye telekomünikasyon yoluyla yapılan reklamlara ilişkin olarak özel bir haksız rekabet hali eklenmiştir. Buna göre, telekomünikasyon yoluyla, talep edilen bilgi ile doğrudan bir bağlantısı olmayan kitle reklam gönderilmek ve müşterilerin önceden onayının alınması, göndereni doğru olarak belirtme ya da müşterileri masrafsız ve kolaylıkla buna karşı çıkma hakları konularında onları bilgilendirme gereğini ihmal etmek, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Ancak, müşterilerinin adresini, malların, eserlerin, iş mahsüllerinin satışı esnasında temin etmiş olan ve onlara telekomünikasyon yoluyla kitle mesaj gönderilmesine karşı çıkabileceklerini belirtmiş olan kimse, benzer mal, eser ya da iş mahsulü ile ilgili reklamları, onayları olmaksızın onlara yollarsa haksız rekabet etmiş olmaz(İsv. UWG m. 3/o).

[244] Bkz. http://www.lauterkeit.ch/pdfF/grundsaetzeF.pdf.

IV. TÜKETİCİLERE YÖNELİK DİĞER HAKSIZ SATIŞ YÖNTEMLERİ VE REKLAMLAR

1) Müşterileri ayartma konusunda aşırıya kaçılması

Tüketicilere yönelik diğer haksız satış yöntemleri ve reklamlar arasında, müşterilerin ya da diğer pazara katılanların(tüketicinin) karar alma ve seçim yapma serbestilerine, makul olmayan tarzda etkide bulunarak halel getiren rekabet eylemleri de bulunmaktadır. Bunlar arasında, *müşterileri ayartma konusunda aşırıya kaçılması* ifade edilebilir. *Müşteriyi ayartma konusunda aşırıya kaçılması*'na örnek bir durum, sıradan bir satış teklifinin eşi benzeri olmayan bir imkânmış gibi takdim edilmesidir. Ayartmanın aşırıya kaçması olgusu, müşterinin esas ürünün değeri ya da niteliği bakımından yönlendirilmeyip, aksine teklifin aşırı cömertliğinden etkilenmesi nedeniyle ürünü satın alması halinde söz konusudur[245]. Dolayısıyla, müşteri, sadece kendi ihtiyaçlarını değil; aynı zamanda diğer (rakip) tacirlerin piyasaya sürdüğü ürünlerin niteliklerini de dikkate almadan bir karar vermektedir. Tüketiciler de, verdikleri kararlar ile, tıpkı rakipler gibi, rekabet oyununa aktif olarak katıldıkları için, rekabetin işleyişi, pazarı koordine etme işlevi üzerinde etkili olmaktadırlar. Bu nedenle, tüketiciyi yanlış yönlendiren ve makul olmayan kararlar vermesine yol açan bu tür uygulamalar, rekabetin işleyişini bozduğu için haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir.

[245] BGH, GRUR 1967, 254 –*Waschkugel*–; BGH, GRUR 1973, 418 –*Das goldene A.*–; OLG Hamburg, NJW-RR 1994, 428(Bkz. **SOSNITZA**, s. 529); **REIMER**, s. 657.

Kıstasın oldukça geniş olması, Alman mahkemelerinin bu konuda geniş bir içtihat hukuku oluşturmasına imkân vermiştir. Söz gelimi, devremülk tatil alanın yanında getireceği ikinci kişiden ücret alınmayacağı teklifi[246], fotoğraf malzemeleri satan bir dükkânın 20 Alman markı ödemek suretiyle üye kartı alan herkese önemli ölçüde indirilmiş fiyattan 20 adet film alma ve 20 set fotograf tab ettirme imkânı vermesi[247], süpermarketin kahve ve yumurtadan oluşan küçük bir kahvaltıyı bedâva olarak vermesi[248], müşterinin ayartılmasında aşırıya kaçılması olarak nitelendirilmiştir.

Alman mahkemelerinin bu katı tutumu, haksız rekabet hukukunun liberalleştirilmesi hareketi ile biraz yumuşamış olmakla birlikte, müşterilerin ayartılmasında aşırıya kaçılmasına dair yasak kaldırılmamış, sadece daha dar bir kapsamda uygulanacağı ifade edilmiştir. Nitekim, Alman Federal Mahkemesi teklifin, tüketicinin, rakip malları ve hizmetleri objektif bir şekilde karşılaştırmak yerine başka bir yöne dikkatini çekecek derecede çekici olup olmadığını tespit ederken tüm faktörlerin dikkate alınması gerektiğini bir kez daha vurgulamıştır[249]. Bu çerçevede yakın tarihte verilen bir kararda, tüketici açısından, yapacağı seçimin makul olması gereği tümüyle arka plana itilmiş ise, o takdirde yapılan teklif ile müşterinin ayartılmasında aşırıya kaçıldığının varsayılacağına hükmedilmiştir[250].

[246] BGH, 3 IIC 519 (1972) –*Besichtigungsreisen*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 530).
[247] BGH, GRUR 1981, 286 –*Goldene Karte I*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 530).
[248] OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 42 –*Einkaufen&frühstücken bei Kaiser's*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 530).
[249] **SOSNITZA**, s. 530, bu yöndeki kararlardan bazıları, BGH, GRUR 1998, 735-736 –*Rubbelaktion*–; BGH, GRUR 1998, 1037-1038 –*Schmuck-Set*–; BGH, GRUR 2000, 820-821 –*Space Fidelity Peep-Show*–; BGH, GRUR 2002,1000, 1002 –*Testbestellung*–(bkz. . **SOSNITZA**, s. 530, dp. 33).
[250] **SOSNITZA**, s. 530; bkz. BGH, GRUR 2003, 1057-1058 –*Einkaufsgutschein*–.

2) Tüketicilerin hislerini istismar eden reklamlar

Tüketicilere yönelik diğer haksız satış yöntemleri ve reklamlar kapsamında ele alınan bir diğer uygulama ise, tüketicilerin hislerini istismar eden reklamlardır(*gefülsausnutzende Werbung*). Bu reklamlar, bir malı tüketicilere tanıtmaksızın onların bazı hislerini istismar ederek ürünün satılmasını hedefler[251].

Tüketicilerin hislerini istismar eden reklamlar, tüketicilerin merhamet(acıma), yardımseverlik, şefkat, bağışseverlik, sosyal sorumluluk, vatanseverlik, dindarlık gibi hislerini uyandırarak ürünün satılmasını sağlamayı hedefleyen, hisleri istismar eden reklamlardır[252]. Bu tür reklamlar, reklamda ifade edilen hususlar gerçeği yansıttığından, aldatıcı olmaktan çok, müşterinin ürünü satın alıp almamasına ilişkin düşünme sürecinde duygularını istismar ederek vereceği kararı etkilemeyi hedefler. Bu etkileme, rekabetin kişinin kendi çabasına ve emeğine dayanması ilkesine aykırı biçimde gerçekleştiğinden ve satın alma kararında ürünün kalitesinin ve fiyatının tüketici tarafından dikkate alınmaması sonucunu doğurduğundan, haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir[253]. Bu tür reklamlara örnek olarak, bir fast-food şirketinin, satılan her köfteden belli bir yüzdenin UNICEF gibi çocuklara yönelik yardım kuruluşlarına bağışlanacağına dair yaptığı reklam[254], bir mobilya mağazasının, belli günlerde elde edilen hasılattan çalışanlarının faydalanacağına dair

---

[251] **KIRCA**, s. 334.
[252] Konu hakkında bkz. **KIRCA**, s. 336; bkz. **SOSNITZA**, s. 531.
[253] **KIRCA**, s. 336; **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments, s. 203; **REIMER**, s. 671; **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 132.
[254] BGH, GRUR 1987, 534 –*McHappt-Tag*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 531).

yaptığı reklam[255], bir araba satıcısının kendi bayinin sattığı her araba için şehre bir ağaç dikeceğine dair yaptığı reklam[256], bir şeker mağazasının çikolata satışlarından elde edeceği gelirin belli bir yüzdesini yok olma tehlikesi ile karşı karşıya olan türleri korumaları amacıyla hayvanat bahçesine bağışlayacağına dair yaptığı reklam[257] gösterilebilir.

Tüketicilerin hislerine yönelik reklamların, aynı zamanda saldırgan nitelik taşımaları halinde de, haksız rekabet oluşturabileceği ileri sürülmüştür. Nitekim, meramını sadece elindeki daha önceden yazılmış bir kağıdı karşı tarafa göstermek ve onu okutmak suretiyle anlatabilen konuşma özürlü kişilerin bir dergiye abone bulmak amacıyla evleri ziyaret etmeleri[258] örneğinde olduğu gibi, kullanılan vasıtanın saldırganlığı, taciz edici niteliği nedeniyle alıcının serbest iradesinin bertaraf edilmesi, kendisini abonelik sözleşmesi yapmaya mecbur hissetmesi halinde de haksız rekabetten söz edilebilecektir[259].

Alman mahkemelerinin tüketicilerin hislerine yönelik reklamları yasaklayıcı tutumu, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin hem tüketicilere hem girişimcilere daha fazla serbesti tanınması gerektiğine dair düşüncesinden hareketle 2002 yılında verdiği emsal niteliğindeki karar[260] sonrasında değişmiştir. Mahkeme, tüketicinin hislerine yönelik her reklamın haksız rekabet eylemi oluşturduğunu varsaymanın bireyin ifade özgürlüğünün ihlâli anlamına geldiğine, bireysel hareket etme

[255] BGH, GRUR 1991, 545 –*Tageseinnahmen für Mitarbeiter*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 531).
[256] OLG Berlin, GRUR 1984, 605 –*Ein Baum Für Köln*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 531).
[257] OLG Hamburg, GRUR 1988, 41 –*Sportfördermarken*–; OLG Stutgart, WRP 1996, 628 –*Unterstützung des Artenschutzes*–; OLG Stutgart, WRP 1999, 456 –*Schokolade für die Umwelt*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 531).
[258] GRUR 1986, s. 261-262(**KIRCA**, s. 338'den naklen).
[259] **KIRCA**, s. 338.
[260] BVerfG, GRUR 2002, 455 –*Tier- und Artenschutz*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 531).

özgürlüğünün aynı zamanda bireyin takdir etme hakkını kullanmak suretiyle, belli bir mal ya da hizmeti seçmesinin nedenlerine karar verme hakkını da kapsadığına hükmetmiştir[261]. Bu kararı takiben uygulamada, tüketicilerin hislerine yönelik reklamların, *prima facie* haksız rekabet eylemi olarak kabul edilemeyeceği, sadece tüketicinin karar verme serbestisini ortadan kaldıracak derecede etkili olduğunun tespiti halinde haksız rekabetten söz edilebileceği açıkça kabul edilmiştir[262]. Alman mahkemelerinin bu yönde yerleşen kararlarından hareketle, tüketicilerin hislerine yönelik reklamlar, 2004 tarihli Kanun'da haksız rekabet halleri arasında düzenlenmiştir(Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 4'üncü paragrafının 1'inci ve 2'nci bendleri).

Tüketicilerin hislerine yönelik reklamlar konusunda, İsviçre hukukunda herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, öğretide bu tür reklamların haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 2'nci maddesi) ve özellikle saldırgan satış yöntemlerini düzenleyen 3'üncü maddesinin h bendi çerçevesinde değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür[263]. Bu değerlendirme, Türk haksız rekabet hukuku açısından da geçerli olacaktır, çünkü, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu esas alınarak hazırlanmış olup, bahsi geçen hükümler bu Kanun içerisinde de yer almaktadır. Buna ek olarak, Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in "ahlâka uygunluk" başlıklı 6'ncı maddesinin d bendinde, reklamlarda, toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürlülerle ilgili ifadeler ya da görüntüler kullanılmasının

[261] BVerfG, GRUR 2002, 455 –*Tier- und Artenschutz*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 531).
[262] OLG Hamburg, NJW-RR 2003, 407 –*Bringt die Kinder durch den Winter*–; OLG Hamm, WRP 2003, 396 –*Regenwald-Projekt*–(bkz. **SOSNITZA**, s. 531).
[263] Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **ARN**, s. 283, dp. 999.

ahlâka aykırı olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Yönetmeliğin "dürüstlük ve doğruluk" başlıklı 7'nci maddesinin (c) bendinde sosyal amaçlı yardımları konu edinen reklamların, eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içerdiği takdirde, doğruluk ve dürüstlük ilkesine ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla reklam hukukumuz çerçevesinde de bu tür reklamlar hukuka aykırı kabul edilmiştir.

3) Bilinç altı reklamlar, telkin edici reklamlar

Bilinç altı reklamları(*la publicité subliminale, unterschwellige Werbung*), çok kısa sürelerle imaj veren elektronik aygıt ya da başka bir araç kullanılarak ya da yapılarını, izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinç altıyla algılanmasını sağlayan reklamlardır(Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 7'nci maddesinin b bendi). Tanımdan da anlaşıldığı üzere, *bilinç altı reklamları*, muhtemel alıcıları, süresi veya yoğunluğu çok zayıf olan ışıklı ya da sesli uyarmalarla etkilemek suretiyle mal ya da hizmeti almaya yönelten reklamlardır. Bu reklam türünde uyarma, alıcı tarafından fiziksel olarak algılanmakta, fakat sürenin ya da yoğunluğun zayıflığı nedeniyle bu algılama bilinçli bir algılama olamamaktadır[264]. Bununla birlikte, alıcının karar alma serbestisi üzerinde etkili olduğundan haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir. Bilinç altı reklamlar, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda haksız rekabet

[264] **ÖZTEK**, s. 425.

halleri arasında düzenlenmiştir(4'üncü paragrafın 3'üncü bendi). Bununla birlikte, İsviçre hukukunda henüz bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır.

Telkin edici reklam(*la publicité suggestive, suggestive Werbung*) ise, objektif içerikten, bilgiden yoksun olan ve yegâne amacı tüketicide psikolojik dürtüler meydana getirerek onu fiilî haklı mülâhazaların dışında kalan sebeplerle satın almaya sevkeden ve böylece alıcının karar alma serbestisini etkileyen reklam türüdür[265]. Bu açıdan, telkin edici reklamın, aynı maddenin (c) bendi uyarınca tüketiciyi yanıltıcı reklamlar ya da koşulları gerçekleştiği takdirde saldırgan reklamlar(m. 9. 10) olarak da ele alınabileceği kanaatinde olduğumuzu ifade etmek isteriz[266].

V. PROMOSYONLU SATIŞLAR, OYUNLAR, YARIŞMALAR, ÇEKİLİŞLER

Promosyonlu satış; yoğun reklam, müşteri ziyareti, telefon veya mektupla özendirme, gösteriler, ödüllü yarışmalar, eşantiyon dağıtımı, tek ürün fiyatına iki

---

[265] **ÖZTEK**, s. 424-425; **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments, s. 201.

[266] Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 7/c: "Reklamlar, özellikle aşağıda belirtilen konularda, eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içeremez. Bunlar;
1)Malın yapısını, bileşimini, üretim yöntemi ve tarihini, amaca uygunluğunu, kullanım alanları ve imkanlarını, verim ve performansını, miktarını, ticarî ya da coğrafî veya jeolojik kökeni, çevreye etkisi gibi özelliklerini,
2)Mal veya hizmetin değeri ve ödenecek gerçek toplam fiyatını,
3)Kiralama yoluyla satış, kiralama, taksitle satış ve kredili satış gibi diğer ödeme şartlarını
4)Teslim, değiştirme, geri alma, garanti, bakım ve onarım şartlarını,
5)Telif haklarını; patent, marka, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler gibi sınai mülkiyet haklarını ve ticaret unvanlarını,
6)Resmî tanınma ya da onay, madalyalar, ödüller ve diplomalarını,
7)Sosyal amaçlı yardımları
8)Hizmetlerin niteliklerini,
kapsar".

ürün verme gibi devamlılık göstermeyen yöntemlerle tüketicilerin satın alma arzularını, mala yönelik taleplerini artıran ve onları tüketime teşvik eden bir pazarlama yöntemidir[267].

Promosyonlu satışlarda, promosyonlu satımı dağıtımcı firma ile birlikte düzenleyen kuruluş, kampanya konusu mal veya hizmetin(ana edim) satışını arttırmak için, ana edimin yanında, değeri itibarıyla tüketicilerden bir karşılık istemeden, ek bir ürün adı altında başkaca bir mal ve/veya hizmetin sağlanmasını ya da diğer bir ürünün(promosyonun) katılımcı tüketiciye verilmesini taahhüt eder[268]. Burada asıl ürün ile promosyon olarak verilen ürün arasında doğrudan bir ilişki bulunmaz, ilâve bir ürün veya hizmetin söz konusu olması gereklidir(*ayrı olma şartı-Merkmal der Getrenntheit*). Ayrıca, promosyon olarak verilen ürünün alınması, asıl ürünün alınmasına bağlı olmalıdır, ancak asıl ürünle eş zamanlı olarak verilmesi gerekli değildir(*ikramiyenin asıl ürüne bağlı olması şartı*). Nihayet, promosyon olarak verilen ürünün fiyatı, toplam fiyat açısından da olmak üzere, hiçbir şekilde alıcıya yansıtılmamalıdır(*ikramiyenin özel olarak fiyatlandırılmaması şartı*)[269].

Alman hukukunda, bir mal ya da hizmet ile birlikte, ticarî değeri olan başka bir mal ya da hizmetin promosyon olarak verilmesi, teklif edilmesi ya da ilân edilmesi, 1932 tarihli özel düzenleme(*Zugabe-Verordnung*) ile, kural olarak, yasaklanmıştı. Kanunkoyucunun amacı, promosyon kavramını dar bir açıdan ele almak olmakla birlikte, mahkemeler, bir süre sonra, bu sınırlı uygulamayı bırakıp,

---

[267] **BAYKAL**, C. M.: "Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Bakımından Gazete Promosyonları", Yargıtay Dergisi, C. 23/3, 1997, s. 342.
[268] **ABİK**, Y.: Promosyonlu Satım Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 64-71.
[269] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 283.

teklif edilen her makul ekonomik avantajı kapsayacak şekilde kavramı oldukça geniş yorumlamaya başlamış ve böylelikle, promosyonlu satışları büyük ölçüde yasaklamıştır[270].

Özel düzenlemenin yanı sıra, asıl ürün yanında promosyon olarak başka bir ürün verilmesi, haksız rekabet hukuku çerçevesinde de ele alınmıştır. Uygulamada konu, başlangıçta rakibin menfaatleri açısından değerlendirilmiş ve emeğe dayalı rekabet ilkesine aykırı bulunmuştur. Bu ilke uyarınca, müşterinin satın almaya ilişkin kararını rakip malların fiyat, kalite, vs. özelliklerini karşılaştırarak vermesi gerekmektedir. Oysa teklif edilen ana ürünle ilgisi olmayan bedâva malların dağıtılması suretiyle yapılan promosyonlu satışlarda, müşteri promosyon olarak verilen ürünün özelliklerinden ziyade teklifin çekiciliği nedeniyle ürünü satın aldığından emeğe dayanmayan rekabetin söz konusu olduğu, bunun sonucunda da promosyon yapanın, rakiplerinin aleyhine kendisine haksız üstünlük sağladığı ve uygulamanın diğer tacirler tarafından da taklit edilmesi halinde ticaret üzerinde makul olmayan bir yüke yol açma tehlikesi taşıdığı ileri sürülmüş ve uygulama mahkemeler tarafından kısıtlanmıştır[271].

---

[270] **SOSNITZA**, s. 532-533; bkz. OLG Düsseldorf, 1991 GRUR 69 -*Kostenloser Kaffeeausschank*; BGH, 1991 GRUR 329 -*Family-Karte*; 1994, GRUR 656, 658 -*Stofftragetasche*; OLG Berlin, 1992 NJW-RR 1194, 1992 WM 1447; OLG Munich, 1992 GRUR 181, 24 IIC 270(1993) -*Tankbeleg mit Mc-Donalds-Gutschein*; BGH, 1994 GRUR 230 -*Euroscheck-Differenzzahlung*; OLG Franfurt, 1997 BB 2128 - *Euroscheck-Differenzzahlung*; OLG Cologne, 1997 WRP 869 -*Full Service*; BGH, 1991 GRUR 933 -*One for two*; 1992 GRUR 116 -*Topfgucker-Scheck*; 1989 GRUR 697 -*Vertrauensgarantie*; OLG Stutgart, 1974 WRP 286; OLG Hamburg, 1984 GRUR 895 -*Tauschgarantie*; OLG Frankfurt, 1998 WRP 335 -*Geld-zurück-Garantie*; OLG Hamburg, 1992 NJW-RR 497 -*Ski-Umtauschgarantie*; OLG Hamburg, 1992 WRP 191; BGH, 1988 GRUR 321 -*Zeitwertgarantie*; OLF Berlin, 1995 WRP 630 -*Umtauschrecht bei Gebrauchtwagen*; BGH, 1998 GRUR 502 -*Umtauschrecht I*; OLG Berlin, 1996 WRP 543; OLG Düsseldorf, 1994 EwiR 311; OLG Frankfurt, 1995 BB 2604 -*Uneingeschränktes Umtauschrecht bei Gebrauchtwagenkauf.*

[271] **SYMONS**, N.: 'Merchandising Through the Use of Lotteries and Contest**s**: A Study of Trade Regulation in Germany and United Stat**es**', IIC 1977, Heft 04, s. 327.

Daha sonra, öğretide de promosyonlu satışların hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde, sadece rakiplerin değil, tüketici menfaatlerinin de ele alınması gerektiği, çünkü promosyonun tüketicilerin ürünleri satın almaya karar verirken etki altında kalmalarına neden olduğu(psikolojik baskı altında satın alma; müşteriyi ayartmada aşırıya kaçılması), ürünlerin(sözde) karşılıksız olarak verilmesi yoluyla fiyatının gizlendiği ve bu nedenle, artık müşterilerin çeşitli ürünleri fiyat ve kalite ilişkisi bakımından değerlendirememe tehlikesi içerisinde oldukları ileri sürülmüştür. Ayrıca, promosyon olarak dağıtılan ürün piyasasının zarar gördüğü, asıl ürünün çekiciliğinin azaldığı ve yöntemin abartılı olarak uygulanma tehlikesini içinde barındırdığı ileri sürülerek yasaklanması gerektiği iddia edilmiştir[272].

Promosyonlu satışların diğer bir görünümü ise, bu amaçla düzenlenen oyun, yarışma ya da çekilişlerdir. Burada, ya söz konusu oyun ya da yarışmaya katılabilmek için reklamı yapılan mal veya hizmetin satın alınması ya da ona ait belli sayıda kupon, etiket, kapak veya benzeri unsurların biriktirilmesi suretiyle kişiye, piyango ya da ikramiye çekilişine katılma hakkının verilmesi söz konusudur[273]. Promosyon amaçlı düzenlenen yarışmalara ya da şans oyunlarına, piyangolara katılabilmenin ön şartı olarak bir mal ya da hizmetin satın alınmasının şart koşulması ve böylelikle kazanma şansının malın satın alınmasına bağlanması[274]; yarışma, oyun ya da piyango kurallarının ya da bunları tanıtan reklamın halkı kazanma ihtimalleri

---

[272] **BAUMBACH/HEFERMEHL**, Wettbewerbsrecht, N 5, 6 vd. des Allg. Teils zur ZugabeVO(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 283'den naklen); ayrıca **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 134; **SCHRICKER**, Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments, s. 200.

[273] Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 8/b.

[274] **SYMONS**, s. 327-328, 332-333; konuyla ilgili kararlardan bazıları, *–1500 Lose–,* BGH, GRUR 1930 1204; *–Treasure Hunt–,* BGH, 5 IIC 231 (1974); *–Das Goldene A–,* BGH, GRUR 1973 418.

konusunda yanlış yönlendirmesi[275]; yarışma, oyun ya da piyangonun katılımcı açısından, ihtiyacı olan mal ya da hizmeti, kalitesini ya da fiyatlarını dikkate almadan, sadece yarışmaya katılabilmek için satın almasına neden olacak derecede çekici olması[276] haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Burada, özellikle müşterilerin kumar oynama eğiliminin, malların satılması konusunda istismar edilmesi ve müşterilerin bu büyük ödülü kazanma uğruna masraflara katlanmaya zorlanmaları dikkate alınmıştır[277].

Uzun yıllar uygulanan ve rekabet serbestisini aşırı ölçüde sınırlayan bu Kanun, haksız rekabet hukukunun liberalleştirilmesi hareketinin bir parçası olarak, 2001 yılında yürürlükten kaldırılmış, promosyonlu satışlar, kural olarak, hukuka uygun kabul edilmişlerdir. Bununla birlikte, 2004 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nda ödüllü *yarışma* ya da *oyunların* hangi koşullarda haksız rekabet teşkil etmeyeceği iki özel düzenleme ile kaleme alınmıştır. Kanun'un 4'üncü paragrafının 5'inci bendine göre, reklam niteliğinde olan *ödüllü yarışma ya da oyunlara* katılma koşulları, açık ve seçik bir şekilde bildirilmelidir. Kanun'un 4'üncü paragrafının 6'ncı bendinde ise, *promosyon amaçlı yarışma* ya da *oyunlara* katılabilmenin ön koşulu olarak, bir mal ya da hizmetin satın alınması mecburiyetinin şart koşulamayacağı belirtilmiştir. *Ödüllü yarışma* ya da *oyunların*, bu özel hükümler haricinde, aynı zamanda, aldatıcı reklam (2004 tarihli Kanun'un 5'inci paragrafı) ve karar verme serbestisine zarar

[275] **SYMONS**, Merchandising Through the Use of Lotteries and Contests, s. 329-331; konuyla ilgili kararlardan birisi, *Treasure Hunt,* 5 IIC 231 (1974)
[276] **SYMONS**, s. 333-334; konuyla ilgili kararlardan bazıları, *–Geldgewinnspiele–*, BGH, GRUR 1974 156, ingilizce çevirisi için bkz. *–Cash Prize Contest–*, 5 IIC 236(1974); *–Treasure Hunt–,* BGH, 5 IIC 231 (1974); *–Das Goldene A–,* BGH, GRUR 1973 418.
[277] **SOSNITZA**, s. 539; bkz. BGH, 1973 GRUR 474 *–Preiseausschreiben–;* 1990 GRUR 611, 616 *–Werbung im Programm–; Rubbelaktion, supra note 100;* 2002 GRUR 976, 978 *–Kopplungsangebot I–;* 2002 GRUR, 1003, 1004 *–Gewinnspiel im Radio–*.

verilmesine[278](2004 tarihli Kanun'un 4'üncü paragrafının 1'inci bendi) ilişkin genel hükümlere de uygun olmaları şart koşulmuştur. Dolayısıyla, uygulamanın, yanlış ya da aldatıcı ifadeler içermemesinden başka, aynı zamanda, mal ya da hizmet hakkında yeterli bilgi vermemesi durumunda olduğu gibi, piyasanın yeterince şeffaf olması koşulunu yerine getirmemiş olması ve müşterinin karar verme serbestisini ihlâl etmesi de, bir haksızlık ölçütü olarak açıkça Kanun'da ifade edilmiştir[279]. Bu ifade, 2004 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun işlevsel niteliğini açıkça ortaya koymaktadır.

İsviçre hukukunda ise, promosyon dağıtılmasına, ilke olarak, izin verilmiştir. 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 3'üncü maddesinin g bendine göre, prim vermek suretiyle müşterileri ürünün gerçek değeri konusunda yanıltan kimse haksız hareket etmiş olur. Buna göre, alıcının dikkatinin belirli bir mal satın alındığı takdirde verileceği vaad edilen prim üzerinde, satışa sunulan malın değeri ile fiyatı arasındaki ilişkiyi gözden kaçırmasına sebep olacak tarzda yoğunlaştırılmış olması nedeniyle, rakiplerin uyguladığı fiyatlarla mukayeseye girişemeyerek malı yüksek fiyattan almış olması durumunda haksız rekabetten söz edilecektir[280]. Dolayısıyla, İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 3'üncü maddesinin g bendi dürüstlüğe aykırı iki eylem içermektedir. Birincisi, malın değerinin, armağanlar, bedelsiz verilen mallarla saklanması suretiyle, müşterinin

---

[278] Karar verme serbestisine zarar verilmesinden, ancak, ayartmanın, makul bir karar vermeyi neredeyse imkansız hale getirdiğinde söz konusu olacağı kabul edilmiştir, **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 135; bkz. BGH GRUR 2004, 1359 *−500 DM-Gutschein für Autkoauf–*.

[279] **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 134; Öte yandan, bu konuda dönüm noktası olan *Kopplungsgeschäfte I* ve *II* kararlarında(BGH GRUR 2002, 976 ve 979), Alman Federal Mahkemesi'nin, makul ölçüde dikkatli, gözlemci ortalama tüketicinin, normal koşullarda, bu tür uygulamalardan böylesine etkilenmeyeceğine karar vermesi, promosyonlu satışların, özellikle aldatma ve şeffaflık yönünden, bir nevi kötüye kullanma denetimine tâbi olacağını ortaya koymuştur, **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 135; **HEIM**, s. 530.

[280] **ÖZTEK**, s. 427.

bunu düşünmekten saptırılmasıdır. İkincisi, müşterinin karar verme serbestisinin ürünün değeri(fiyat, kalite, vs. açısından) konusunda yanılması nedeniyle etkilenmesidir[281]. Böylelikle, aldatma unsuru, ürünün değeri ile ilişkilendirilmiştir. Buna göre, değeri gizlendiği için alıcılar tarafından rakip ürünlerin değeriyle karşılaştırılamayacak olan mal ve hizmetlerin sunulması haksızlık oluşturur[282].

Keza, asıl ürünün maliyet fiyatı ile promosyon olarak dağıtılan ürünün maliyet fiyatının toplamının, istenen satış fiyatından fazla olması halinde, asıl ürünün satıldığı pazarda promosyon olarak verilmesi ya da maliyet fiyatının altında satış ya da orijinal malın maliyet fiyatının altında satılması veya karşılıksız olarak verilmesi ile eş tutulabilecektir[283].

Hukukumuzda ise, promosyonlu satışlarla ilgili olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun ilgili hükmü(3'üncü maddenin g bendi) aynen düzenlenmiştir(Kanun'un 55'inci maddesinin birinci fıkrasının a-7'inci bendi). Ayrıca, aynı maddenin birinci fıkrasının a-2'nci bendinde de, kişinin satış kampanyasının biçimi hakkında gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı bilgiler vermesinin dürüstlük kurallarına aykırı bir haksız rekabet hali teşkil edeceği de düzenlenmiştir.

Bunun yanı sıra, promosyonlu ve ikramiyeli satışlara ilişkin düzenlemelere, reklam hukuku kuralları arasında da yer verildiğini görmekteyiz. Ticarî Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 8'inci maddesinde, "*satışı özendirici reklamlar*" başlığı altında, mal veya hizmetlerin

[281] TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 21.
[282] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 284.
[283] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 283-284.

satışlarını özendirici pazarlama tekniklerini uygulamak veya yarışmalar düzenlemek suretiyle yapılan reklamlar düzenlenmiştir. Bu maddenin a bendinde yer alan, "Reklamı yapılan mal veya hizmetlerin satın alınması halinde müşteriye ayrıca hediye mal veya hizmetlerin veya ikramiyelerin de verileceği belirtiliyorsa, hediyeli veya ikramiyeli mal veya hizmetlerin piyasa değeri ve bunun uygulanma süresinin açıklanması...gerekir" ifadesi ile, müşterilerin asıl ürünün değeri konusunda aldatılmaları engellenmek istenmiştir. Maddenin (b) bendinde de, reklamı yapılan mal veya hizmetlere ait belli sayıda kupon, etiket, kapak veya benzeri unsurların biriktirilip piyango ya da ikramiye çekilişine katılma hakkı veren pazarlama tekniklerini duyuran reklamlar ele alınmış ve promosyon süresinin, ikramiye çekiliş sonuçlarının duyuruluş şeklinin, malın teslimi ile hizmetin yerine getirilme tarihinin açıklanmasının gerekli olduğu düzenlenerek, müşterinin yeterli biçimde bilgilendirilmesi imkânı sağlanmıştır.

Son olarak, 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da, süreli yayın kuruluşlarının düzenledikleri promosyonlu kampanyalarla ilgili düzenlemeden(17'nci madde) bahsetmek gerekirse, bu hüküm, özellikle yazılı basın kuruluşlarının, hem promosyon adı altındaki ürünlerin satışını hem süreli yayınının tirajını ve dolayısıyla sürümünü artırma amaçlarıyla, günlük tüketime özgü maddeler de dahil olmak üzere çeşitli ürünler vermeleri sonucunda, süreli yayınların halkı bilgilendirici ve aydınlatıcı işlevlerini gerçekleştirmekten uzaklaşarak, ticarî amaçlara yönelmeleri ve tüketici menfaatlerine zarar vermeleri ve bunun yanı sıra, sektördeki diğer rakip olan ve olmayan kuruluşlar açısından da haksız rekabete yol

açma endişesi yaratmaları karşısında, tüketicileri korumak üzere düzenlenmiştir[284]. Dolayısıyla hüküm, bu tür promosyon kampanyaları açısından, tüketiciye koruma sağlamakta, kampanya dolayısıyla sektördeki diğer kuruluşların zarara uğramaları hali, kapsam dışı kalmaktadır. Bu nedenle, bu kuruluşların, haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm uyarınca ya da bu konuda kaleme alınacak özel bir düzenleme ile yasal yollara başvurabilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

VI. TUZAK FİYAT

Tuzak fiyat uygulaması(Lockvögelpreise, le prix d'appel)[285], satıcının, aldatıcı, diğer bir deyişle, aslında etkin bir fiyat politikasının sonucu olmayıp, sadece reklam amacıyla yaptığı ve bunu tüketiciden gizlediği sürekli fiyat indirimleri ile onu etkilemeyi, dükkânına çekmeyi amaçladığı bir uygulama olarak ortaya çıkmıştır[286]. İşletmesinin fiyat politikası hakkında tüketicide bu olumlu intibayı bırakmak için satıcı, genellikle, fiyatı halk tarafından iyi bilinen birkaç malın fiyatını aşağı çekmektedir. Bunu takiben, mağazaya çekilen müşteriler, tanıtımı yapılan ürünlerin tükendiğinin ya da o malın kalitesinin çok bozuk olduğunun, ancak o mala benzer daha iyi kalitede başka ürünlerin bulunduğunun söylenmesi suretiyle daha yüksek

[284] **DEMİR**, M.: '4282 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler', Batider 2003, C. XXII, S. 1, s. 228.
[285] Öğretide, aynı zamanda, zararına satış(**ÖZTEK**, s. 421-424); tuzak reklam(**GÖLE**, s. 98-99; **CEYLAN**, s. 209-210) terimleri ile de anılmakta olup, tuzak fiyat tabirinin kavramın bütünü itibarıyla daha iyi kavranmasını sağlayacağı düşüncesinden hareketle, çalışmada tuzak fiyat tabiri tercih edilmiştir.
[286] **DUTOIT**, Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre, s. 20; **ÖZTEK**, s. 421.

fiyatlı olan bu ürünleri satın almaya itilmektedir[287]. Böylece meydana gelen kazanç eksikliğini satıcı, alıcının, işletmesi hakkında edindiği olumlu intiba nedeniyle, fiyatını tam olarak bilmediği diğer malları da tereddütsüz bir şekilde satın alması, dolayısıyla işletmenin, normal fiyattan sattığı malların sürümünü artırması suretiyle, kolaylıkla kapatabilmektedir[288].

Tuzak fiyatla yapılan satışlar, işletme sahibinin yanı sıra rakiplerin de performans yeteneği ve itibarı konusunda tüketicileri aldatıcı nitelikte olabilmektedir. Örneğin, tüketicinin normal fiyatlarla çalışan teşebbüsleri yüksek fiyatlar uygulayıp aşırı kâr yapan teşebbüsler olarak görmeye başlaması, rakip teşebbüsler açısından dolaylı bir kötüleme teşkil edebilir[289]. Keza, normal fiyattan satışa sunulan malları satabilmek için tanınmış markalı mallarda tuzak fiyat uygulandığı takdirde, tanınmış markalı malın başka yerlerdeki normal fiyatı tüketici tarafından yüksek telâkki edilebilir ve bundan da tanınmış markanın prestiji ile sürümü zarar görebilir[290].

Sonuç itibarıyla, tuzak fiyat yöntemi tacirin, kendisinin ya da rakiplerinin performans yeteneği konusunda belli bir grup mal, iş mahsulü, vs. için sistematik olarak yaptığı fiyat indirimleri ile müşterileri aldatmaya yönelik bir uygulaması olması nedeniyle uygulamada, öncelikle müşterilerin(tüketicilerin) menfaatlerinin korunması çerçevesinde ele alınmış ve dürüstlük kurallarına aykırı bir haksız rekabet eylemi olarak değerlendirilip yasaklanmıştır(ferdî yaklaşım).

---

[287] **GÖLE**, s. 98-99; **CEYLAN**, s. 209.
[288] **DUTOIT**, Les nouveaux délits de concurrence, s. 27; **ÖZTEK**, s. 421; **KÖHLER**, H./**BORNKAMM**, Wettbewerbsrecht, 10-196, s. 431.
[289] **DUTOIT**, Les nouveaux délits de concurrence, s. 27; **ÖZTEK**, s. 422; **KÖHLER**, H./**BORNKAMM**, J.: Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, München 2004, s. 431, 10-199.
[290] **DUTOIT**, Les nouveaux délits de concurrence, s. 27; **ÖZTEK**, s. 422; **KÖHLER**/**BORNKAMM**, Wettbewerbsrecht, s. 432, 10-204.

Öte yandan, tuzak fiyat yönteminin, geniş mal yelpazesine sahip büyük mağazalar(hipermarket, alışveriş merkezleri gibi) tarafından rekabet yöntemi olarak uygulanması ile birlikte yöntemin piyasadaki rekabetçi yapı üzerinde yaygın bir şekilde olumsuz etkileri görülmeye başlanmıştır. Çok geniş müşteri kitlesine sahip olan büyük mağazaların tuzak fiyat uygulamasına başvurmaları ile, tüketiciyi olduğu kadar, büyük mağazalar karşısında küçük mağaza sahiplerini de korumak ihtiyacı doğmuştur. Şöyle ki; tuzak fiyat yöntemiyle satış uygulaması, ancak geniş bir mal yelpazesine ve büyük malî imkânlara sahip işletmelerde verimli sonuçlar verecektir. Küçük mağazaların bu yöntemi başarılı bir şekilde uygulayabilmeleri çok güçtür. Zira; küçük perakendeci, maliyet fiyatının altında satış yaptığı zaman uğradığı kazanç eksikliğini, sunduğu ürün yelpazesi az olduğu için, normal fiyattan sattığı diğer malların satışından elde ettiği kazanç ile telâfi etmek imkânından yoksundur. Ayrıca, sürümü az olduğundan, küçük perakendeciye, satışa sunduğu malları tedarik ederken yapılan indirim genellikle önemsizdir. Öte yandan, küçük perakendeci, maliyet fiyatı altında satışın başarıya ulaşması için gerekli yoğun reklam kampanyasının zorunlu kıldığı malî imkânlardan da mahrumdur ve malî bakımdan zayıf olduğu için başarısız bir tuzak fiyat uygulaması teşebbüsü çok sarsabilir[291]. Dolayısıyla, bu yönteme başvuran büyük mağazalar karşısında küçük mağaza sahiplerinin rekabet edememe ve piyasadaki varlıklarını sürdürememe tehlikesi doğmuştur.

[291] **DUTOIT**, Les nouveaux délits de concurrence, s. 27; **ÖZTEK**, s. 422.

Tuzak fiyat uygulaması, rekabetin işleyişi ve piyasadaki varlığı açısından yol açabileceği bu olumsuz etkilerine rağmen, Alman ve İsviçre uygulamasında, sadece müşterileri aldatmaya yönelik bir haksız rekabet eylemi olarak nitelendirilmiştir[292]. Uygulama hakkında 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda, *özel* ya da *indirimli fiyatlar* adı altında özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, özel ya da indirimli fiyat diye reklamı yapılan fiyat indirimlerinde, reklamda belirtilen fiyatın makul olmayacak derecede kısa bir zaman süresince uygulanmış olması(5'inci paragrafın 4'üncü bendi) ya da mala olması beklenen talebi karşılayacak stoğun bulunmaması(5'inci paragrafın 5'inci bendi) hallerinin aldatma teşkil edeceği düzenlenmiştir[293].

İsviçre hukukunda da tuzak fiyat, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda haksız rekabet örnekleri arasında sayılmıştır(3'üncü maddenin f bendi). Buna göre, "Mallarından, iş mahsüllerinden veya faaliyetlerinin sonuçlarından seçtiklerini, mükerreren, tedarik fiyatlarının[294] altında satışa arz eden ve bunu reklamlarında özellikle değerlendirerek müşterileri kendisinin veya rakibinin gücü hakkında aldatan... bir kimse dürüst olmayan bir şekilde hareket etmiş olur; satış fiyatı, aynı nitelikteki malların, iş mahsüllerinin veya faaliyetlerin sonuçlarının

[292] Alman mahkeme kararları, BGH, GRUR 1970, s. 33, BGH, GRUR 1974, s. 344; BGH, GRUR 1978, s. 652; BGH, GRUR 1979, s. 321; BGH, GRUR 1984, s. 204; İsviçre mahkeme kararları, l'arrêt de la Cour civile de Genève du 27.01.1989, *Alexia's Boutique SA et Micheline Poncet c. Charles Kevin TT Trade Textile SA,* RSPI 1990, 182; la décision du président du Tribunal de commerce du Canton d'Argovie du 29.12.1989, *Club-Einstiegsangebot*, RSPI 1990, 219; l'arrêt du président de la première Cour civile du 20.12.1996, *Blue Window*, sic! 1997, 38.

[293] **HEIDENREICH**, 4 no'lu başlık altında: Misleading advertising, sec 5 UWG.

[294] Gerekçe' de tedarik fiyatı ile kastedilenin, alım fiyatından(fatura fiyatından) muhtemel indirimler düşüldükten ve satın alınan mala ilişkin masraflar(nakliye masrafları, sigorta, gümrük, komisyon, vs.) ile bu malın alımı nedeniyle ödenen vergi alım fiyatına(fatura fiyatına) eklendikten sonra beliren meblağ olduğu ifade edilmiştir(alış maliyeti fiyatı). Şu halde, bu fiyatın genel masrafların bir kısmını ve doğrudan doğruya masrafları da içeren satış maliyeti fiyatı ile karıştırılmaması gerekir, Message, à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale(LCD), Feuille Fédérale 1983 II, s. 1076.

benzer hacimde alımları için piyasada geçerli olağan tedarik fiyatından daha düşük ise aldatma mevcut sayılır; dâvalı, fiilî maliyet fiyatını ispat edebilirse, karar vermek için bu fiyat belirleyicidir". Maddeden tuzak fiyatla satış uygulamasında, seçilmiş mal ya da hizmetin maliyet fiyatının altında fiyatlardan müteaddit defalar piyasaya arz edilmesi, malın tanıtımında tuzak fiyatla satışın özellikle ön plana çıkarılması ve böylelikle müşterilerin, satıcının veya rakiplerin performans yeteneği konusunda aldatılmasının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır[295].

Burada dürüstlüğe aykırı olan hususlardan ilki, satıcının yaptığı sürekli fiyat indirimlerinin, etkin bir fiyat politikasının sonucu olmayıp, kendi performans yeteneği konusunda, müşterileri(tüketicileri) aldatmaya yönelik bir reklam niteliği taşıması ve bunun tüketiciden gizlenmesidir[296]. İkincisi, sunulan malın 'mostra' rolü oynaması, diğer bir deyişle, kalitesi ve maliyet fiyatı ile seçilmiş mallara, hatta miktara özgülenmiş bulunmasıdır. Gerçekte, sunanın malı, mostranın kalitesi düzeyinde değildir veya mostrayı gösterenin elinde mostranın kalitesinde yeteri kadar mal yoktur veya satıcı o kalitede malı varsa daha yüksek fiyatla satmakta veya satmayı amaçlamaktadır[297].

İsviçre öğretisinde, söz konusu düzenleme pek çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle hükmün, bu yöntemi yaygın ve sıkça uygulamakta olan büyük mağazalar karşısında gerek tüketicileri gerek küçük işletmeleri korumak amacıyla yapılmış olmasına rağmen, rekabeti bozan tüm unsurları ele alıp almadığının tartışılması gerektiği ileri sürülmüştür. Şöyle ki; düzenleme, sadece tekrarlanan maliyet fiyatının

[295] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 279.
[296] **ÖZTEK**, s. 421.
[297] TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 20; **CEYLAN**, s. 209.

altında satışlar neticesinde rekabetin(fiyat, kalite, çeşitlilik, vs. rekabeti) azalmasını önlemeyi amaçlamakta; ancak, uygulamanın piyasadaki rekabete dayalı düzen açısından meydana getirebileceği sonuçların denetimini öngörmediği ifade edilmiştir[298].

Bunun yanı sıra, tuzak fiyatın, aldatıcı olduğuna ilişkin bir karine ile düzenlenmiş olmasının özel bir düzenleme yapılmasını gerektirmediği, genel hükme başvurmak suretiyle sorunun halledilebileceği ileri sürülmüştür[299]. Öte yandan, kanunkoyucunun bu konuda özel bir düzenlemeye gitmesinin sebebi, geçmiş uygulamada, mahkemelerin tuzak fiyata genel hükmü uygulamak konusunda oldukça isteksiz davranmaları olmuştur[300].

Ayrıca, aldatmanın, maliyet fiyatının altında satışın ana unsurlarından biri olmadığı, nitekim, büyük mağazaların reklâmlarında maliyetin altında fiyatla satış yapacaklarını alenen duyurmaları durumunda, artık uygulamanın aldatma unsuru içermeyeceği, bu nedenle, Kanun'un dolanılabileceği, dolayısıyla, düzenlemenin fayda getirmeyeceği söylenmiştir[301]. Keza, söz konusu düzenlemenin, kamuoyunun dikkatini tuzak fiyat konusuna çekmekten başka bir pratik yararı olmadığı da ifade edilmiştir[302].

Son olarak, *Berger*, tuzak fiyatla yapılan satışların, satıcının kendisinin ya da rakiplerinin performansı konusunda tüketicileri aldatıcı nitelikte olması ve bu

[298] **HERTIG**, s. 40, dp. 15.
[299] **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986(LCD), s. 63.
[300] Message, à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale(LCD), Feuille Fédérale 1983 II, s. 1076.
[301] **ÖZTEK**, s. 423.
[302] **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986, s. 63.

nedenle, tüketicilerin artık piyasadaki mal ve hizmetleri birbiriyle karşılaştıramamasına ve işini en iyi şekilde görememesine, böylelikle mübadele sürecinin bozulmasına neden olması açısından, dürüstlük kurallarına aykırı bir davranış tarzı olarak kabul edilmesinin yanı sıra, fiyat indirimlerinin sistematik olarak uygulanması açısından da, piyasadaki diğer rakiplerin varlığını ve dolayısıyla rekabeti tehdit edici bir yöntem olduğunu ileri sürmüştür[303].

Konuyu hukukumuz açısından değerlendirmek gerekirse, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet ile ilgili hükümleri arasında, tuzak fiyat uygulamasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, öğretide tuzak fiyat uygulamasının temel unsurları arasında, aldatma ve reklam yer aldığından, tuzak fiyatın, aldatıcı reklam olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştü[304].

Öte yandan, TTK Tasarısı'nda, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu esas alınarak hazırlanan 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile tuzak fiyat uygulaması bir haksız rekabet eylemi olarak hukukumuzda düzenlenmiştir(ncı madde). Bu itibarla, İsviçre öğretisinde tuzak fiyata ilişkin madde bakımından yapılan tartışmaların hukukumuz açısından da dikkate alınması gerektiğini ifade etmek isteriz. Diğer bir deyişle, tuzak fiyat uygulamalarının büyük mağazalar tarafından objektif nedenlere dayanmaksızın sistematik olarak gerçekleştirilmesi ve bunun sonucunda piyasada rekabet eden diğer rakiplerin rekabet edemez hale gelmeleri, hatta piyasa dışında kalmaları ve böylelikle piyasadaki rekabetin varlığının tehlikeye girmesi durumunda, uygulamanın sadece müşteriler açısından

[303] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 279, 280.
[304] **GÖLE**, s. 99; **CEYLAN**, s. 209.

değil; genel olarak piyasanın yapısı açısından da sorunlara yol açabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Dolayısıyla, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nda yer alan hükmün yanı sıra, Büyük Mağazalar Kanunu Tasarı Taslağı'nda yer alan maliyet fiyatının altında satışlara dair hükmün de yürürlüğe girmesi ile birlikte, maliyet fiyatı altında sistematik olarak yapılan satışlara karşı, RKHK hükümleri de dahil olmak üzere, daha etkili bir koruma sağlanacağını düşünmekteyiz.

VII. RAKİPLERE YÖNELİK UYGULAMALAR(ENGELLEME VE YOK ETME REKABETİ)

1) Genel Olarak

Engelleme ve yok etme rekabeti(Behinderungs- und Vernichtungswettbewerb), bir teşebbüsün rakip teşebbüsün faaliyetlerinin normal gelişimini engellemek suretiyle ona zarar vermeye ve hatta onu yok etmeye[305] ya da pazara katılımına doğrudan engel olmaya[306] yönelik uygulamalarıdır. Dolayısıyla, engelleme ve yok etme rekabeti, rakipleri hedef alan uygulamalardır. Belli bir rakibi hedef alan kıran kırana fiyat kırma uygulaması, rakibin sürümünün engellenmesi,

[305] **ARN**, s. 108.
[306] **HEIM**, s. 531.

alan adlarının sistematik olarak tescili ve boykot, bu kapsamda değerlendirilen uygulamalara örnek teşkil etmektedir[307].

Haksız rekabetin ferdî yaklaşımla ele alındığı dönemlerde(klasik haksız rekabet hukuku), rakipleri engellemek ve yok etmek amaçlı eylemlerin, gayrî ahlâkî nitelikleri nedeniyle haksız rekabet oluşturduğu kabul edilmiştir[308]. Rekabet etme hakkı engellenen mağdur teşebbüsün menfaatlerinin korunması düşüncesinden hareket edilerek, eylemin haksızlığının belirlenmesinde, emeğe dayalı rekabet ilkesi ölçüt alınmıştır. Rekabetin emeğe dayalı olmayıp, sadece rakiplerin rekabet etmesini engellemeye ya da onları rekabet sahasından bertaraf etmeye yönelik olduğu hallerde, haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmiştir[309].

Öte yandan, piyasadaki yoğunlaşmanın artmasına bağlı olarak, engelleme ve yok etme rekabetinin, piyasada güçlü olan teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi, piyasadaki diğer rakiplerin rekabet edemez hale gelmelerine yol açmış, hatta piyasadaki rekabetin tümüyle ortadan kalkması tehlikesi doğmuştur. Bu gelişmeler neticesinde, Alman öğretisinde, rekabet serbestisine ve korunmasına verilen önem artmış ve haksız rekabet kurallarının kartel düzenlemeleri yanı sıra ekonomiyi düzenleyen kuralların bir parçası olduğu, dolayısıyla, rekabet serbestisini ve kurum olarak rekabeti koruduğu, bu itibarla, rekabeti engellemeye ve yok etmeye yönelik bu uygulamaların haksız rekabet olarak değerlendirilebileceği görüşü ortaya

[307] **HEIM**, s. 531.
[308] Özellikle kollektif boykot ve kıran kırana fiyat kırma uygulamaları bu şekilde değerlendirilmiştir, bkz. BGH, 10.11.1985(BGHZ 96 337 vd.); **DİRİKKAN**, H.: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, İzmir 1996, s. 303.
[309] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 182-183.

atılmıştır[310]. Buna karşın, uygulamada Alman mahkemelerinin Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulama alanını bu derece geniş yorumlama konusunda çekimser davranmaları ve daha sonrasında da Alman Kartel Kanunu'nun(GWB) pazar gücü ile ilgili maddelerinde yapılan değişikliklerle[311], konuya kartel hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi, genel hükmün bu yönde uygulanmasının önünü kesmiştir[312].

Rekabet serbestisi, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda, doğrudan rakibi engellemeye yönelik eylemlerin haksız rekabet hali olarak açıkça düzenlenmesi suretiyle, haksız rekabet hukukunun sağladığı korumanın kapsamına dahil olmuştur(4'üncü paragrafın 10'uncu bendi). Öğreti de, hükmün, haksız rekabet hukukunun amacının, pazara katılanların ekonomik faaliyette bulunma ve karar verme özgürlüklerini de korumak olduğu düşüncesinden hareketle kaleme alındığını ifade etmiştir[313]. Engelleme rekabetini düzenleyen genel hüküm niteliğindeki madde, sadece münferit bir rakibe yönelik olarak ve engelleme kasdıyla yapılan rekabet eylemlerini ele almıştır. Buna karşılık, piyasanın geneline yönelik engellemeler, örneğin orijinal malların kitle halinde karşılıksız olarak dağıtılması sonucu piyasanın tıkanmasında olduğu gibi, belli bir kimsenin hedef alınmasının söz konusu olmadığı durumlar, maddenin kapsamı dışında kalmıştır[314].

---

[310] **SACK**, R.: 'Zur Zulässigkeit von Vorspannangeboten', WRP 1975, s. 72 vd.; buna karşılık, bu tür uygulamaların, öncelikle Kartel Kanunu anlamında rekabete aykırı tarzda rakiplerin engellenmesi hali olarak ele alınması gerektiğini dile getiren yazarlar da olmuştur, **LEHMANN**, Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, s. 637-638(**BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 159'dan naklen).

[311] Özellikle, 1973 yılında, GWB §20'ye eklenen 2. ve 3. fıkralar, 1990'da eklenen 4. fıkra ve 1998'de, §20(4)'e eklenen 2. cümle ile, §20'nin uygulama alanı, KOBİ'ler ile onların ilişki içerisinde oldukları, hakim durumda olmamakla birlikte, onlara kıyasla daha güçlü konumda olan teşebbüsler arasındaki ihtilafları(ayrımcılık, satın alma gücünün kötüye kullanılması, maliyet fiyatı altında satış) kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

[312] **ULLRICH**, s. 39.

[313] **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 128.

[314] **HENNING-BODEWIG**, Unfair Competition Law, s. 136; **HENNING-BODEWIG**, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 429.

Öte yandan, İsviçre uygulamasında engelleme ve yok etme rekabeti, haksız rekabet hukukunun, sadece, rekabetin dürüstlüğünü koruduğu, eylemin piyasa üzerindeki etkileri ile ilgilenmediği görüşünden hareketle, Haksız Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilmemiştir. Nitekim, gerek 1943 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nda gerek 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Kanun'da, konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, İsviçre öğretisinde *Berger*[315], davranışın dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmesi neticesinde piyasadaki mübadele sürecinin bozulması, diğer rakiplerin bir süre için pazara katılma olanaklarının imkânsız hale gelmesi ve hatta piyasanın tıkanması halinde, haksız rekabetten söz edileceğini ileri sürmüştür.

Haksız rekabet hukukumuzda da, engelleme ve yok etme rekabetini düzenleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, Yargıtay'ın son dönemde vermiş olduğu 'LPG-tüpleri' kararında[316], rakiplere ait tüpleri piyasadaki dönüşümlerini engelleyecek şekilde piyasadan toplayıp elde tutmanın dürüstlük kurallarına aykırı bir davranış olarak nitelendirmesi(rakip malların sürümünü engelleme), yürürlükteki haksız rekabet hükümleri ile, rakipleri engellemeye yönelik uygulamalara müdahale edilip edilemeyeceği meselesinin daha yakından incelenmesini gerektirmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet hükümleri arasında da, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu esas alınarak kaleme alınmış olduğundan konuyla ilgili bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Öte yandan, 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile benimsenen dürüst ve bozulmamış rekabetin temini amacı ile haksız

[315] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 249.
[316] Yargıtay 11 H.D.'nin 18.04.1002 tarih ve E. 2002/762, K. 2002/3613 sayılı kararı(Yayınlanmamıştır);

rekabeti tanımlayan genel hükmün birlikte ele alınması suretiyle, rakiplerin ve diğer piyasaya katılanların arasındaki ilişkileri(piyasanın işleyişini) etkilemek koşuluyla engelleme ve yok etme rekabeti uygulamalarının da haksız rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olacağı kanaatindeyiz.

2) *Kıran kırana fiyat kırma*

Teşebbüslerden birinin rakibini piyasadan silmek maksadıyla sistematik olarak rakibinin fiyatı ve hatta kendi ve piyasadaki maliyet fiyatının altında mal satması halinde kıran kırana fiyat kırma olgusundan bahsedilir[317]. Alman uygulamasında, 1957 tarihli ilk Alman Kartel Kanunu'nun(GWB) yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, sahip olunan üstün ekonomik güç ile, münferit bir rakibin kasıtlı olarak ticaretin dışına itilmesine yönelik *kıran kırana fiyat kırma uygulamaları*, 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı kapsamında, öncelikle gayrî ahlâkî olarak nitelendirilmiştir[318]. Fiyat kırma olgusunun rekabetten değil, rakibi piyasa dışına itme ve böylelikle uzun vadede piyasadaki rekabetin ortadan kalkmasını sağlama amacından kaynaklanması nedeniyle, yöntemin emeğe dayalı rekabet ilkesine aykırı olduğu kabul edilmiştir[319]. Somut olayda böyle bir niyetin kanıtlanmasının oldukça güç olması nedeniyle, basiretli bir

[317] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 281.
[318] Bu konuda Benrath kararı emsal niteliğindedir, BGH RGZ 134, 342− *Benrath(***REIMER**, s. 733'den naklen; **OECD**, Predatory Pricing, 1989, www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf, s. 55'den naklen); benzer yönde diğer kararlar için bkz. RG MuW 1933, 403, 406 −*Tilsiter Zeitung*–; RG GRUR 1936, 139, 141 −*Putztuchwäscherei*–; LG Regensburg BB 1955, 271; OLG Karlsruhe BB 1959, 392; LG Düsseldorf BB 1962, 778; BGH GRUR 1975, 26 –*Colgate*–; BGHZ 23, 365 –*Suwa*– (**REIMER**, s. 728, 731'den naklen).
[319] **DİRİKKAN**, s. 304.

tacirin sergilemesi gereken davranış açısından olayın koşulları değerlendirilmiştir. Burada belirleyici olan husus, fiyatın belirlenmesinde ticaret ilkelerine göre kabul edilebilir bir hâl tarzının tespit edilip edilemeyeceği veya teşebbüsün ilk planda rakibi zor duruma düşürmeye yönelik bir davranışının söz konusu olduğunun açıklanıp açıklanamayacağıdır[320]. Bu itibarla, rakibin fiyatının, maliyet ya da diğer ekonomik gerekçeler dikkate alınmadan sistematik olarak kırıldığı durumlarda, böyle bir niyetin var olduğu kabul edilmiştir[321].

Daha sonra böyle bir fiyat savaşının piyasadaki güçlü iki teşebbüs arasında yapılması halinde, sadece hedef alınan rakibin değil, piyasadaki küçük rakiplerin de yok olmasına yol açabileceği, dolayısıyla piyasadaki rekabetin ortadan kalkabileceği görülmüştür[322]. Bundan hareketle kıran kırana fiyat uygulaması, bu sonuçları da dikkate alınmak suretiyle haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(1909 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı) kapsamında değerlendirilmeye başlanmış ve haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Hatta, bu uygulamalar, Kartel Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de, Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulama alanı içerisinde ele alınmaya devam etmiştir[323]. Mahkemelerin, 2004 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun 4'üncü paragrafının 10'uncu bendi uyarınca, rakipleri hedef alan engellemeye yönelik rekabet eylemlerinin haksız rekabet örnekleri arasında düzenlenmesinden sonra, belli bir rakibi hedef alan kıran kırana fiyat uygulamalarına bu hüküm çerçevesinde müdahale edip etmeyeceği merak konusudur.

---

[320] **KÖHLER/BORNKAMM**, Wettbewerbsrecht, s. 430, 10.192.
[321] **REIMER**, s. 733'den naklen; **OECD**, Predatory Pricing, s. 55-56; **KÖHLER/BORNKAMM**, Wettbewerbsrecht, s. 430, 10.192; **DİRİKKAN**, s. 303-304.
[322] Bkz. BGH WuWE 2547; BGH GRUR 1990, 371(**ULLRICH**, s. 38'den naklen).
[323] **ULLRICH**, s. 38.

İsviçre uygulamasında, kıran kırana fiyat kırma uygulaması ile ilgili bir mahkeme kararına rastlanılmamıştır. Öğretide *Berger*[324], bu durumun nedenini, rakibi piyasadan silme niyetinin kanıtlanabilir nitelikte olmaması[325], böyle bir niyetin varlığına ancak bir davranışın objektif unsurları değerlendirilerek varılabileceği şeklinde açıklamaktadır. Yazara göre, bir davranış tarzının haksızlığını, bu tür bir davranışı sergileyen rakip nezdinde böyle bir niyetin varlığına bağlamak, İsviçre haksız rekabet hukuku çerçevesinde tartışmalara yol açacaktır. Çünkü, İsviçre haksız rekabet hukukunda, haksızlık, ilke olarak, eylemin objektif unsurlarına göre değerlendirilmekte olup, sübjektif koşullar dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla, yazar, kıran kırana fiyat kırma uygulamasının kendisinin, her zaman haksız olacağından hareketle, rekabetin bozulduğunun kanıtını ayrıca aramaya gerek olmadığını ileri sürmüştür[326]. *Vasella* ise, kıran kırana fiyat kırmanın, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulamasından ziyade, ticarî ahlâk kuralları çerçevesinde haksız rekabet olarak kabul edilmesinin daha uygun olabileceğini ileri sürmüştür[327].

Haksız rekabet hukukumuz çerçevesinde de, kıran kırana fiyat kırma uygulamaları konusunda herhangi bir düzenleme ya da içtihat bulunmamaktadır. Kanaatimizce, sistematik olarak fiyat kırma eylemi, başlı başına dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmez. Rakibine kıyasla üstün olan bir kimsenin bu üstünlüğü

---

[324] **BERGER**, Die functionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 281.
[325] Hakim durumdaki teşebbüslerin ayrımcı uygulamalarına karşı mahkemeler, böyle durumlarda ayrımcılık niyetini ispatlamak çok zor olduğundan, 1962 tarihli İsv. KG m. 4'ü uygulamamışlardır, **BAUDENBACHER**, Neues Kartellgesetz-Neues UWG, s. 360'dan naklen).
[326] **BERGER**, Die functionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 281.
[327] **VASELLA**, D.: 'Zur Fallgruppe der Behinderung und beschreibenden Domainnamen: Der «tax-info» Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt', sic! 2/2005, 143, Zur Diskussion, s. 3.

kullanarak rakiplerinin rekabet etmesini engellemesi ve hatta pazarı terk etmek zorunda bırakması, serbest rekabete dayalı piyasa rejiminin gereğidir. Ayrıca fiyat, ekonomik bir parametredir ve fiyat rekabeti, piyasa ekonomisini ilgilendiren bir olgudur. Bu nedenle, RKHK kapsamında değerlendirilmelidir. Keza, piyasada faaliyet gösteren diğer rakipler açısından da doğabilecek olumsuz bir takım sonuçların(piyasada rekabet edemez hale gelmeleri) ve bunun akabinde piyasadaki rekabetin tamamıyla ya da büyük ölçüde ortadan kalkmasının haksız rekabet hukukunun kapsamı dışında kalacağı kanaatindeyiz. Haksız rekabet hukuku çerçevesinde rakibin engellenmesi, kötüleme ya da aldatıcı veya karşılaştırmalı reklamlarda olduğu gibi, rakip hakkında yanlış, eksik ya da yanıltıcı bilgi verilmesi şeklinde düşünülebilir. Diğer bir deyişle, engellemenin, dürüstlük kurallarına aykırı bir eylemle gerçekleştirilmesi gerekir.

Öte yandan, Alman yargısında hakim olan, eylemin haksız rekabet oluşturduğundan söz edebilmek için, rakibin engellenmesi ya da yok edilmesi amacının izlenmesi görüşüne katılamıyoruz. Haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için, somut olayda bu tür sübjektif unsurların(kasıt, kusur) varlığı aranmaz. Haksızlık, objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Nitekim, kıran kırana fiyat kırma bakımından objektif kriter, piyasa yapısının işletmeyi bu tür fiyat belirlemeye zorlayıp zorlamadığı ya da böyle bir davranışın başka bir haklı nedene dayanıp dayanmadığı olacaktır[328]. Kusurun varlığı, haksız rekabetin tespitinde değil, tazminat miktarına hükmedilirken rol oynar(6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin birinci fıkrasının d bendi).

[328] **DİRİKKAN**, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, s. 301.

3) S*ürümün engellenmesi*

Haksız rekabet olarak kabul edilen bir diğer engellemeye dayalı rekabet uygulaması, *sürümün engellenmesi*(*Absatzbehinderung*)'dir[329]. *Sürümün engellenmesi*, mal ilişkili, müşteri ilişkili engelleme şeklinde olabilir. Malın sürümünün engellenmesi, rakibin mallarının yok edilmesi, ortadan kaldırılması veya rakibin mallarına zarar verilmesi şeklinde olur[330]. Yargıtay'ın 2002 yılında verdiği "LPG-tüpleri" kararını[331], rakibin malının sürümünü engellemenin haksız rekabet olarak nitelendirilmesine somut bir örnek olarak zikredebiliriz. Yargıtay, "haklı bir sebep olmaksızın ve ihtiyaç dışında 173 adet gibi oldukça yüksek sayıdaki dâvacı markasını taşıyan tüplerin piyasadaki dolaşımını da engelleyecek şekilde depo ve ticarî araçlarında bulundurulmasının haksız rekabet olduğunun kabulü" yönünde karar vermiştir. Böylelikle, Yargıtay, bir bayinin, yetkili bayisi olmadığı başka bir firmanın çok sayıda orijinal markalı boş LPG-tüplerini, *tüplerin piyasadaki dönüşümünü engelleyecek şekilde*, piyasadan toplayıp elinde tutmasını, dürüstlük kurallarına aykırı bir davranış olarak nitelendirmiştir.

Kanaatimizce, yetkili olmayan bir bayi tarafından "*haklı bir sebep olmaksızın*" ve "*oldukça yüksek sayıda*" boş LPG-tüplerinin "*piyasadaki dönüşümlerini de engelleyecek şekilde toplanması*" eylemi, bizzat LPG-tüpleri

---

[329] Ayrıntılı bilgi için bkz. **BAUMBACH /HEFERMEHL**, Wettbewerbsrecht, § 4, No. 10-56-10.62, s. 378-379.
[330] **PINAR**, H. : 'Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG-Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar', FMR 2006/3, s. 145.
[331] Yargıtay 11 H.D.'nin 18.04.1002 tarih ve E. 2002/762, K. 2002/3613 sayılı kararı(Yayınlanmamıştır); karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. **PINAR**, s. 141-142, 144.

toplanan yetkili bayinin ekonomik faaliyette bulunmasının, rekabet etmesinin engellenmesine ve böylelikle rekabette haksız üstünlük elde edilmesine yöneliktir. Oysa rekabetin işlediğinden söz edebilmek için, piyasada rakibin mal ya da hizmetini sunarken engellenmemesi, tüketicilerin farklı ürünler arasından ihtiyaçlarına en uygun olanını kolayca ve bilinçli bir şekilde seçebilmelerinin sağlanması gerekir. Bu itibarla, kanaatimizce Yargıtay'ın kararı yerindedir. Ayrıca, Yargıtay'ın eylemin hukuka aykırılık nedeni olarak *tüplerin piyasadaki dönüşümünü engelleyecek şekilde piyasadan toplanıp elde tutulmasını* göstermesi, kanaatimizce haksız rekabet eyleminin pazardaki mübadele süreci(arz yönünden) üzerindeki olumsuz etkisini de dikkate aldığının bir göstergesidir. Her ne kadar karar metninden Yargıtay'ın hangi kanun hükmüne dayanarak kararını verdiği anlaşılamamakta ise de, Yargıtay, kanaatimizce somut olayda, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinde yer alan genel hükmü esas almış ve bu hükmü işlevsel açıdan uygulamıştır. Aynı şekilde, dürüst ve bozulmamış rekabetin teminini amaç edinen 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da kanunu uygulayanların, rakipleri engellemeye yönelik rekabet eylemlerini, haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(6102 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesi) çerçevesinde değerlendirebilecekleri konusunda şüpheye yer olmadığı kanaatindeyiz.

Sürümü engellemenin diğer bir şekli, müşteri ilişkili engellemedir. Sürümün müşteri vasıtasıyla engellenmesi, alan adı olarak, cins veya meslek adının tescil ettirilmesi halinde ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki; bir alan adı, sadece ilk başvuran, diğer bir ifadeyle, adına ilk tescil ettiren kişi tarafından kullanılabilmektedir(ilk

geken alır prensibi=first come, first serve)[332]. Aynı alan adının ikinci bir kişi tarafından internette kullanılması mümkün değildir. Cins ya da meslek adları ise, herkesin kullanımına açık olan adlardır. İşte, bir cins ya da meslek adının alan adı olarak tescil ettirilmesi halinde, söz konusu ilkeden hareketle başkaları tarafından kullanılması mümkün olmayacaktır. Bunun sonucunda, sanal ortamda arama motorunu[333] kullanan müşteri, bir cins ya da meslek adı ile arama yaptığı takdirde, alan adı sahibi müşteri kitlesini ürünlerinin tanıtımını yaptığı kendi internet sayfasına haksız olarak yönlendirebilmektedir. Böylelikle, hem rakiplerinin sunum yapmalarını, hem müşteri kitlesini kendi internet sayfasına yönlendirmek suretiyle sürümlerini engellemiş olmaktadır[334].

Alman uygulamasında, cins ve meslek isimlerinin alan adı olarak kullanılmasına ilişkin olarak verilmiş bir kararda[335], "*mitwohnzentrale*"(birlikte oturma/ev bulma bürosu) isminin alan ismi olarak alınmasının, müşteri kitlesini yönlendirmesi nedeniyle, 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'nci paragrafı uyarınca haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Mahkeme, alan isminin

---

[332] **NOMER**, N. F.: "İnternet Alan Adının(Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı, İstanbul 2001, s.399.

[333] Arama motorları, internet üzerinde bulunan içeriği aramak için kullanılan bir mekanizmadır. Bu mekanizma, üç bileşenden oluşur: web robotu, arama indeksi ve kullanıcı arabirimi. Mekanizma şöyle çalışmaktadır: Robot internet üzerinde bulunan web sitelerini, sitelerin birbirine verdiği bağlantıları kullanarak otomatik olarak gezmekte ve bu sayfa içeriklerini saklamaktadır. Bu içerik daha sonra indekslenerek hızlı bir şekilde aranabilir hale getirilmektedir. Kullanıcı arabirimi ise, liste halinde arama motorlarına verilmekte ve bunlar, oluşturulan indeksin aranmasını sağlamaktadır(meta-tags), *Vikipedi Özgür Ansiklopedi*, http://tr.wikipedia.org/wiki/Arama_motoru.

[334] **MEMİŞ**, T.: 'İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar', Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan 2000, C. VI, S. 1-2, s. 466-467; aynı yazar, 'Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Sorunlar', Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukuk'ta Etkiler Sempozyumu 2001, Ankara, s. 203 vd.; bkz. **GUILLERON**, P.: 'Les noms de domaine: Possibilités de protection et de résolution des conflits', sic! 2000, p. 71-83; **BAUMBACH /HEFERMEHL**, Wettbewerbsrecht, § 4, No. 10.87-10.99, s. 390-393; OLG Dresden NJWE-WettbR 1999, 133, 136.

[335] BGH, 17.05.2001−*mitwohnzentrale.de*−I ZR 216/99−OLG Hamburg.

jenerik adlarından oluşması halinde, bunların aldatıcı olmaması ve kullananın rakipleri engelleme amacı taşımaması durumunda, haksız bir engellemeden söz edilemeyeceğine karar vermiştir[336].

İsviçre uygulamasında ise, İsviçre Federal Mahkemesi'nin "*berneroberland.ch*" kararında[337], bir kişinin coğrafi yer ismi olan "*Berner Oberland*" ismini alan ismi olarak kullanması, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 2'nci(genel hüküm) ve 3'üncü(iltibas) maddeleri uyarınca, haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, karara konu olan coğrafi isimlerin, herkesin kullanımına açık bulunduğunu, ancak bu kullanımın, dâvacının iddia ettiği gibi sınırsız bir kullanım hakkı olmadığına işaret etmiştir. Şöyle ki; herkesin kullanımına açık olan bu isimler, uzun süre kullanılmaları nedeniyle ayırt edici bir özellik kazanmışlarsa, artık bunların bir rekabet ilişkisi içinde başkaları tarafından kullanılmaları engellenecektir. İkinci olarak, bu tür isimlere özel ilaveler yapılması suretiyle iltibas tehlikesi bertaraf edilmedikçe kullanımları yasaklanacaktır. Mahkeme konusu olan olayda, dâvalı, sadece "*berneroberland.ch*" alan ismini almamış, değişik varyasyonlarını da kendi adına kaydettirmiştir. Böylelikle, dâvalı, tekel oluşturmanın değişik bir görünümünü burada sunmakta, rakiplerinin rekabetini engellemektedir. Bu nedenle, olayda mahkeme, dâvalının eylemini dürüstlük kurallarına aykırı bir haksız rekabet hali olarak nitelendirip, dâvalı adına kayıtlı bulunan alan isminin silinmesi hakkındaki ilk derece mahkemesinin kararını onaylamıştır[338].

---

[336] Anılan karar için bkz. **VASELLA**, s. 5, dp. 19; benzer yönde bir başka karar, LG Köln, 07.09.1998(www.gravenreuth.de/kennzei.html)(**MEMİŞ**, s. 472'den naklen).
[337] BGE 126 III 239, sic-online! 2000, Ausgabe 5, http://www.sic-online.ch/2000/403.shtm.
[338] **MEMİŞ**, s. 473'den naklen.

İsviçre uygulamasında, Basel ilk derece mahkemesinin verdiği 10 Mart 2005 tarihli bir kararında[339] ise, dâvacının, dâvalının alan adı olarak kullandığı jenerik ismini, haksız rekabet hükümleri(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 2'nci maddesindeki genel hüküm ve 3'üncü maddesindeki iltibas) uyarınca men edip edemeyeceği tartışılmıştır. Mahkeme, öncelikle, "*Tax-info*" ambleminin, hedef kitleyi tasvir eden bir jenerik isim olması nedeniyle, uzun süredir kullanılmasından ötürü ayırt edici bir nitelik kazanmadığı sürece, korunamayacağına karar vermiştir. Genel hüküm çerçevesinde yaptığı değerlendirmede ise, dâvalının kullandığı "*tax*" ve "*info*" alan isimlerinin internet kullanıcılarını, dâvacının sunduğu mal/hizmetlerden dâvalının sunduklarına yönlendirmeye ve böylelikle müşterilerin yakalanmasına(*Abfangen von Kunden*) müsait olduğunu, bu nedenle, haksız surette sürümün engellenmesi(*Absatzbehinderung)* hali oluşturduğu sonucuna varmıştır[340].

Öğretide *Vasella*[341], Basel ilk derece mahkemesinin verdiği kararı eleştirmiş, sürümün engellenmesinden, sadece, müşterilerin yakalanmasının nihai amacının rakiplerin sürümünü azaltmak olduğu durumlarda söz edilebileceğini, eğer sürümün azalması bunun tali bir sonucu ise, engellemenin söz konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Öğretide, müşterilerin yakalanmasına benzer bir durumun, bir mağaza alanı içerisinde bulunan müşterinin yakalanıp, başkasının dükkânına yönlendirilmesi halinde söz konusu olacağı ileri sürülmüştür. Henüz bir mahkeme kararına dayanak olmamakla birlikte, böyle bir durumda haksızlığın, halihazırda satın alma konusunda bir karar verilmiş olmasına rağmen, kişinin doğrudan başka bir teklife

[339] Zivilgericht Basel-Stadt, 10.03.2005, "www.tax-info.ch/www.info-tax. ch" kararı, sic-online! 2005, s. 821 vd.
[340] **VASELLA**, s. 5'den naklen.
[341] **VASELLA**, s. 5.

yönlendirilmesi halinde ortaya çıkacağı iddia edilmiştir(*bereits gefasster Kaufentschluss unmittelbar auf das eigene Angebot umgeleitet wird*)[342]. Öte yandan, halihazırda verilmiş bir satın alma kararının hangi koşullarda yeniden yönlendirilmiş olacağı ya da müşterinin yakalanmasının dayanağının ne olacağı konusunda öğreti bir açıklama getirmemektedir. Bununla birlikte bu görüşten hareketle dâva konusu olayı değerlendirecek olursak, arama motoruna jenerik adını yazıp arama yapan kullanıcının, henüz vermiş olduğu bir satın alma kararından söz edilmeyeceğinden, bu jenerik adlarını içeren alan adına sahip kimsenin müşterisi olduğu kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla, yazar, bu tür eylemlerin haksızlığını tayinde, rakiplerin sürümünün azalıp azalmadığından ziyade, müşteriyi etkilemekte kullanılan araç ve muhtemel engelleme amacının önem taşıdığını ileri sürmüştür[343].

Hukukumuz bakımından, henüz alan isimleri konusunda yukarıda izah etmeye çalıştığımız sorunlara ilişkin herhangi bir yargı kararına rastlanmamıştır. Konuya ilişkin özel bir düzenlemenin de bulunmayışı sebebiyle, sorunun 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(56'ncı madde) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Cins ve meslek ismi gibi herkes tarafından kullanılan genel kavramların alan ismi olarak kullanılması halinde, sırf bu nedenle rakibin sürümünün engellendiğinden ve sonuç olarak, haksız rekabetin varlığından söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Diğer yandan, kullandığı alan ismi sayesinde, müşteri kitlesini kendi internet sayfasına yönlendiren kimse, bir yandan müşterilerin piyasada mevcut olan diğer mal ve hizmetlere ulaşmasına ve böylelikle sağlıklı bir karşılaştırma yapmasına, diğer yandan

[342] **BAUDENBACHER**, Lauterkeitsrecht, Kommentar, UWG 2 N 119(**VASELLA**, s. 5'den naklen).
[343] **VASELLA**, s. 5.

rakiplerinin mal ya da hizmetinin sürümüne engel olarak(engelleme rekabeti) rekabette haksız bir üstünlük elde etmişse, o takdirde haksız rekabet söz konusu olacaktır. Ancak bu, önemli bir ispat sorunu teşkil eder diye düşünüyoruz. Bu çerçevede, eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğine karar verirken, kişinin alan isminin değişik görünümlerini de kendi adına tescil ettirmek suretiyle alan ismi üzerindeki tekel hakkını mutlak nitelik taşıyacak bir duruma getirmesi ya da kendi internet sayfasında rakiplerin mal ya da hizmetleri hakkında olumsuz ifadelerin yer alması gibi objektif kriterlerden hareketle, rakiplerini engellemeye yönelik bir amacın var olduğu sonucuna gidilebilir.

Haksız rekabetle ilgili hükümlerin dışında, Türkiye'nin kodu olan *.tr* altındaki alan adlarının verilmesinde yetkili kuruluş olan ve dolayısıyla uygulamayı yönlendiren ODTÜ'nün izlediği kurallara, her ne kadar bürokratik olsalar da Türk hukuku bakımından pek çok ihtilafın doğmasını engelleyecek nitelikte olmaları sebebiyle, değinmekte fayda vardır. Söz gelimi, bu kurallar arasında, talep edilen alan adının, jenerik olarak tanımlanan alan adlarından olmamasının, yani herhangi bir sektörü ya da bir sektörün bir kısmını tanımlayan ve başvuru sahibine doğrudan veya dolaylı haksız kazanç veya öncelik sağlayabilecek bir alan adı olmamasının arandığı ifade edilmektedir[344]. Dolayısıyla, bir cins ya da meslek adını(jenerik adları) alan adı olarak tescil ettirmek üzere başvuruda bulunulduğu takdirde, bu başvuru mevcut kural gereği reddedilebilecektir. Burada ODTÜ, tescil edilmesi talep edilen alan adının, başvuru sahibine doğrudan veya dolaylı haksız kazanç veya öncelik sağlayıp sağlayamayacağını değerlendirecektir. Bu denetim, kanaatimizce, jenerik

[344] "*.tr* Altında Yeralan Internet Alan Adlarının(Domain Names) Belirlenmesinde İzlenen Politikalar, Yöntemler ve Kurallar", http://www.dns.metu.edu.tr/v21.html.

adlarının alan adı olarak tescil ettirilmek suretiyle müşteri açısından rakibin sürümünün engellenmesine yönelik haksız rekabet eylemlerinin de ortaya çıkmasında caydırıcı olabilir.

VIII) ORİJİNAL MALLARIN KİTLE HALİNDE KARŞILIKSIZ OLARAK DAĞITILMASI

Orijinal malların kitle halinde karşılıksız dağıtılması(*Verschenken von Originalware*), ticarî hayatta malların deneme ya da tanıtım amacıyla çok sayıda müşteriye karşılıksız olarak ulaşmasını sağlayan bir pazarlama yöntemidir. Öğretide "piyasanın aksaması, bozulması(*Marktstörung*)[345]" ya da piyasaya ilişkin haksızlık olarak adlandırılan ve ekonomik düzeni bozan ve piyasadaki şeffaflığı engelleyen uygulamalar arasında zikredilmiştir. Amaç, müşterilere söz konusu malı tanıtmak ya da halihazırda bilinen ve piyasaya sunulan bir malda yapılmış olan değişiklikleri, iyileştirmeleri aktarmak ya da malın sürümünü arttırmaktır. Dolayısıyla yöntem, piyasadaki rekabeti teşvik edici ve müşterileri bilgilendirici, onların piyasadaki diğer mallarla karşılaştırma yapabilmelerini ve ihtiyaçları doğrultusunda daha rasyonel kararlar verebilmelerini sağlayıcı bir işleve sahiptir. Alman içtihatlarında, orijinal malların kitle halinde karşılıksız dağıtılması yönteminin, mal hakkında fikir sahibi olmaya yetecek ölçüde deneme amaçlı olması(*Probezwecks*) halinde haksız rekabet

[345] *Piyasanın bozulması, aksaması* kavramı, öncelikle Alman öğretisinde, *Burmann* ve *Raiser*; daha sonra İsviçre öğretisinde, *Berger* tarafından kullanılmıştır, bkz. **BERGER,** Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 339 vd.

teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir[346]. Ancak dağıtımın, kapsam ve süre olarak, malların dağıtıldığı kişilerin bilgilendirilmesi amacını aşarak âdeta ihtiyaçlarını giderecek ve bu mala alışmalarına(*alışma etkisi*, *Gewöhnungseffekt*) neden olarak rakip malları talep etmemelerine yol açacak bir düzeye ulaşması halinde, yöntemin emeğe dayalı rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına yol açabileceği ifade edilmiştir[347]. Böylelikle, ilgili rakiplerin yararına, sistematik ve karşılıksız olarak malların dağıtılması yoluyla rekabetin süregelen varlığına, ki bunda, aynı zamanda kamunun da menfaati vardır, yönelik bir tehdit bertaraf edilmek istenmiştir.

Alman Federal Mahkemesi, aynı zamanda, diğer rakiplerin de aynı yönteme başvurması(*taklit edilme tehlikesi, Nachahmungsgefahr*) halinde, piyasa üzerindeki etkilerinin rakiplerle sınırlı kalmayıp daha da yaygınlaşacağını, öyle ki, piyasanın bedâva mallarla dolması durumunda rakiplerin(küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin) piyasadan dışlanabileceğini, piyasada rekabetin geçici olarak ortadan kalkabileceğini ve böyle bir durumun ise, toplumun rekabetin piyasada devamlı olarak var olmasındaki menfaatine yönelik bir tehdit oluşturacağını da dikkate almış ve yöntemin haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir[348].

Bu değerlendirmede altı çizilmesi gereken nokta, Alman yargısının, bir davranışın haksız olduğu konusunda ciddi şüpheler varsa ve henüz haksız olarak

---

[346] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 250; bu yönde verilmiş kararlardan bazıları, BGH GRUR 1957, 265 –*Suwa*–(**REIMER**, s. 111, paragraf 41'den naklen); BGH GRUR 1957, 363 –*Sunil*–; BGH GRUR 1969, 295 –*Goldener Oktober*–; BGH GRUR 1975, 26 –*Colgate–;* BGHZ 43, 278 –*Kleenex*–; (**BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 162-163'den naklen); OLG Hamburg GRUR 1979, 246 –*100 Gramm Gläser*–; en yeni karar BGH 11.11.2003, GRUR 2004, 602(**ULLRICH**, s. 40'dan naklen).

[347] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 250.

[348] Bkz. BGH GRUR 1975, 26 –*Colgate*–(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 257'den naklen).

nitelendirilmemişse, diğer rakipler tarafından taklit edilmesi tehlikesini, yani davranışa cevaz verilmesi halinde rekabeti bozacak ve bunun olumsuz etkilerini arttıracak şekilde diğer rakiplerin aynı davranışta bulunma tehlikesini ve bunun piyasada doğurabileceği muhtemel sonuçları dikkate almasıdır[349].

Öte yandan gerek İsviçre hukukunda gerek hukukumuzda, malların kitle halinde karşılıksız dağıtımına ilişkin herhangi bir özel düzenleme ya da mahkeme kararı bulunmamakla birlikte, İsviçre öğretisinde konu ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[350]. *Berger*, malların karşılıksız olarak dağıtımının müşterilerin çeşitli malları birbiriyle karşılaştırma olanakları üzerinde meydana getireceği etkilerin rekabetin bozulması kıstası olarak alınması gerektiğini savunmuştur[351]. Bu kapsamda kampanyanın deneme amaçlı olması kıstası dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır. Diğer bir deyişle, malların karşılıksız olarak dağıtılması, sadece müşterilerin malı deneyebilmesi ve bu konuda kapsamlı bir fikir sahibi olabilmesi için gerekli ölçüde olmalıdır. Bu ölçünün aşılması neticesinde müşteriler malları karşılaştırıp ihtiyaçlarına uygun olanını seçemez hale gelmişlerse, kural olarak mübadele sürecinin ve bu suretle piyasanın bozulması söz konusu olacaktır[352].

---

[349] '*Taklit edilme tehlikesi*' kıstası, Alman öğretisinde oldukça eleştirilmiştir. Böyle bir tehlikenin kanıtlanabilir nitelikte olmadığı, yargıcın teşebbüslerin pazarda gelecekte sergileyecekleri davranış hakkında zor bir tahminde bulunmak zorunda bırakıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca, davranışı sergileyene kendisinin üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığı başkalarına ait gelecekte ortaya çıkması muhtemel davranışları isnat etmenin hukukî dayanaktan yoksun olacağı; kaldı ki, bu kişilerin aynı şekilde hareket edip etmeyeceklerinin belli olmadığı dile getirilmiştir, **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s.

[350] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 165; **REIMER**, s. 111, paragraf 41; İsviçre öğretisinde *Berger*, malların ücretsiz kitle halinde dağıtımının, işlevsel yaklaşım ile haksız rekabet teşkil edebileceğini ileri sürmüştür, **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 255.

[351] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 258-259.

[352] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 259.

Yazar, ürünlerin karşılıksız olarak dağıtılmasının, piyasanın ücretsiz mallarla dolmasına ve bu sebeple rakip malların talep edilmemesine bağlı olarak diğer rakiplerin ilgili pazara katılma olanağının ellerinden alınmasına, hatta bir süre için bunun imkânsız hale gelmesine, bu durumun ise piyasanın tıkanmasına yol açacağını ileri sürmüştür[353]. Ayrıca, bu tür davranışların, rakiplerin rekabet yeteneklerini ciddi bir şekilde zayıflatmaları nedeniyle pazarda zor duruma düşmelerine veya pazarı terketmelerine sebep olabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte yazar, rakiplerin pazarda çok zor duruma düşmelerinin ya da pazarı terk etme tehlikesine maruz kalmalarının, tek başına, davranışın haksız olarak kabul edilmesinde kıstas oluşturmayacağının, bunun, sadece mantıklı rakibin örnek davranışından(dürüstlük kurallarına uyan) sapan bir davranışın sonucu olması halinde dikkate alınacağını iddia etmiştir[354]. *Berger*, rekabetle ilgili bir davranışın rekabeti somut olarak bozma tehlikesinden söz edebilmek için, pazara ilişkin sonuçlarının belirli bir yoğunlukta olması gerektiğini belirtmiştir. Bu yoğunluktan, davranışın, alıcıların çeşitli ürünleri birbiriyle karşılaştırmakta önemli ölçüde zorlanmalarına neden olacak derecede mübadele sürecini etkilemesi anlaşılacaktır.

Son olarak, *Berger*, Alman yargısının aksine, uygulamanın piyasa yapısını tehlikeye düşürdüğüne yönelik iddiaların da, piyasanın bozulup bozulmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmasının gerekçesi olamayacağını, Haksız Rekabete Karşı Kanun'un doğru rekabeti ve piyasa yapılarında sürekli değişimlerin

[353] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 259.
[354] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. S. 5

gerçekleşmesini sağlayan dinamik bir süreci koruduğunu, böyle bir amacın piyasada belli yapıların korunmasına zıtlık teşkil edeceğini de dile getirmiştir[355].

Baudenbacher ise, uygulamanın rakipleri piyasada engellemek amacıyla yapılması halinde, haksız rekabet teşkil edeceğini iddia etmiştir[356].

Orijinal malların kitle halinde karşılıksız olarak dağıtılması konusunda, hukukumuzda yasal düzenleme ya da mahkeme kararı bulunmadığını yukarıda söylemiştik. Benzer şekilde, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nda öngörülen örnek haller arasında da, böyle bir uygulamaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte, böyle bir uygulamanın dâva konusu olması halinde, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinde yer alan genel hükme başvurulabileceği kanaatindeyiz. Bu durumda, söz konusu uygulamanın, malların dağıtıldığı kişilerin ihtiyaçlarını karşılama kapsamı ve süresine bağlı olarak, bu kişilerin diğer ürünlerle orijinal mal arasında karşılaştırma yapmalarını ve rasyonel bir karar almalarını engellemek suretiyle piyasanın işleyişini bozması halinde haksız rekabetten söz edilebilecektir. Bununla birlikte, Alman yargısının, yöntemin haksız rekabet olarak nitelendirilmesinde piyasaya katılanların muhtemel ve müstakbel davranışlarını ölçüt almasını doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Ayrıca haksız rekabet hukuku, hukukun tanımladığı rekabet kavramını esas almakta olup, eylemin hukuka aykırılığının tespitinde bahsi geçen bu hukuk kurallarına başvurmaktadır. Sadece ekonomik parametrelerden hareket edilmesi ve böylece hukukdışı argümanlara dayanılması, kanaatimizce, haksız rekabet hukukunun amacını ve uygulama alanını aşacaktır.

[355] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. s. 6
[356] **BAUDENBACHER**, C.: Lauterkeitsrecht, Basel 2001, UWG 2, Rn. 166(**VASELLA**, s. 3'den naklen).

Orijinal malların karşılıksız olarak dağıtılmasına benzer diğer bir uygulama da, basılı ürünlerin karşılıksız olarak dağıtılmasıdır. Bu sebeple, yöntemin hukuka aykırılığı, orijinal malların karşılıksız olarak dağıtılması için geliştirilen kurallara göre değerlendirilmektedir. Basılı ürünler, tür olarak birbirleri ile ikame edilemeyecek ölçüde çeşitli olduğundan, günlük gazeteler, dergiler, redaksiyon kısmı olmayan ilân gazeteleri ve redaksiyon kısmı olan ilân gazeteleri arasında bir ayrım yapılmalıdır. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında, günlük gazetelerin ve dergilerin deneme amaçlı olarak karşılıksız dağıtılmaları hukuka uygun bulunmaktadır. Deneme amacından söz edebilmek için, karşılıksız dağıtımın belli bir zamanla sınırlı olması gerekir. Bu zaman dilimi, alıcının gazete hakkında bir fikir sahibi olabilmesi için gereken süreyle sınırlıdır. Gazete ya da derginin karşılıksız olarak dağıtılmasının daha uzun süreli olması ve piyasadaki diğer rakipler tarafından da benzer bir yönteme başvurulması halinde, emeğe dayalı rekabetin kısıtlanacağı ve bunun sonucunda da piyasanın bozulmasına neden olabileceği kabul edilmiştir[357]. Mahkeme, ayrıca, somut olayda pazar davranışını kotrol altına almanın, aynı zamanda pazar yapısının da kontrol altına alınmasına yol açacağına dikkat çekmiştir. Böyle bir durumun ve özellikle Alman Haksız Rekabet Kanunu ile Alman Kartel Kanunu'nun paralel uygulamasının ise, haksız rekabet hukuku çerçevesinde yapılan bir değerlendirme söz konusu olduğunda bile, sürekli olarak Alman Kartel Kanunu'nun amaçlarının da dikkate alınmasını gerektireceğini vurgulamıştır[358].

İsviçre öğretisinde ise *Berger*, okuyucuların gazete ya da dergiyi ücretsiz olarak edinmelerinin, mübadele sürecini bozacağını ve müşterilerin çeşitli ürünleri

[357] 1991 BGH GRUR 767 –*Motorboot-Fachzeitschrift*–; 2001 BGH GRUR 80, 81 –*ad-hoc-Meldung*–; 2001 BGH GRUR 752, 753 –*Eröffnungswerbung*–; 2004 BGH IIC 1066 –*20 Minuten Köln*–.
[358] 2004 BGH IIC 1066 –*20 Minuten Köln*–.

karşılaştırma olanağını kısıtlayacağını ya da imkânsız hale getireceğini ileri sürmüştür. Yazar, söz konusu gazete ya da derginin okuyucuları tarafından artık satın alınmaması halinde rekabetin bozulduğundan söz edileceğini ifade etmiştir[359].

Günlük gazete ya da ihtisas dergileri dışında, ilân gazetelerinin de karşılıksız dağıtılması mahkeme kararlarına konu olmuştur. İlân gazeteleri, finansmanını ilân gelirlerinden sağlar. Dolayısıyla, ilân gazetesi çıkaranların hedefi, okuyucular değil, ilânlarının yayımlanması için para ödeyen ilân sahipleridir. Mümkün olduğunca büyük bir okuyucu kitlesi kazanma gayreti söz konusu olmadığından, orijinal malların karşılıksız olarak dağıtılması için uygulanan ilkeler, ilân gazeteleri için geçerli olmayacaktır.

Öte yandan, ilân gazeteleri, redaksiyon kısmı olan ve olmayan gazeteler[360] olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Redaksiyon kısmı olmayan ilân gazeteleri açısından ücretsiz olarak dağıtma olayı, bu tür gazetelerin özelliğidir. Redaksiyon kısmı olan ilân gazeteleri ise, sadece ilân verenleri değil, okuyucu kitlesini de hedef alır, bu nedenle, hem ilân hem okuyucu pazarında diğer günlük gazete ve dergiler ile rekabet edebilir. Böyle bir rekabetten söz edebilmek için, redaksiyon kısmı olan ilân gazetesinin, okuyucuların önemli bir kesimi tarafından günlük bir gazete ile ikame edilebilecek nitelikte olması, ki böyle bir niteliğin varlığından söz edebilmek için, redaksiyon kısmının belli bir ölçüde güncel olaylar hakkında haber vermesi, belirli bir kapsama, güncelliğe ve muhabir kalitesine sahip olması gerekir.

---

[359] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. S. 14.

[360] Redaksiyon kımı olan ilân gazeteleri, içerisinde hem okuyuculara yönelik yazıların hem ilân sahiplerinin ilânlarının yer aldığı gazetelerdir. Öte yandan, redaksiyon kısmı olmayan ilân gazetelerinde, sadece ilânlar yer alır.

Bu noktada Alman Federal Mahkemesi, ilân gazetesinin redaksiyon kısmının halkın önemli bir kesimi tarafından günlük gazete ile ikame edilmesine yol açabilecek nitelikte olması ve bunun akabinde, kurum olarak anayasa ile teminat altına alınan günlük basının sürekliliğinin tehlikeye düşmesi durumunda, 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı uyarınca haksız rekabet teşkil edebileceğini kabul etmiştir[361]. Ayrıca mahkeme, ticarette kimsenin konumunu, müşterileri değişmeyecek şekilde, muhafaza etmesinden söz edilemeyeceğini, haksız rekabet hukukunun böyle bir görevi olmadığını ifade etmiştir. Tam tersine, haksız rekabet hukuku rejiminin, yasal çerçevede pazar güçlerinin serbestçe etkileşimine imkân verme esasına dayandığının altını çizmiştir[362]. Dolayısıyla, eylemin hukuka aykırılığında, rakibin rekabetteki konumunun kötüleşmesi değil, bilakis rekabet düzeninin topluma zarar verecek şekilde bozulması kıstas olarak alınmıştır(işlevsel yaklaşım)[363].

İsviçre öğretisinde ise *Berger*, redaksiyon kısmı olan ilân gazetesinin karşılıksız olarak dağıtılmasının, dürüstlük kurallarını ihlâl etmediği, diğer bir deyişle, mantıklı bir rakipten beklenen davranışa uygun olduğu ve rakibin davranışına duyulan güveni boşa çıkarmadığı sürece, hukuka uygun olacağını ileri sürmüştür[364].

---

[361] 1985 BGH GRUR 881, 882 –*Bliestal-Spiegel*–(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 268'den naklen).
[362] 2004 BGH IIC 1068'den naklen –*20 Minuten Köln*–; aynı yönde verilen kararlardan bazıları, 1990 BGH GRUR 44, 45 –*Annoncen-Avis*–; 1991 BGH GRUR 767 –*Motorboot-Fachzeitschrift*–.
[363] 1971 BGH GRUR 477 –*Stutgarter Wochenblatt II*–(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 267'den naklen); 1985 BGH GRUR 881, 882 –*Bliestal-Spiegel*–(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 268'den naklen).
[364] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. S. 17.

Haksız rekabet hukukumuz kapsamında basılı ürünlerin kitle halinde karşılıksız dağıtılmasına ilişkin olarak herhangi bir görüş ya da mahkeme kararına tesadüf edilmemiştir. Bu konuya ilişkin özel bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yöntemin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, uygun olduğu ölçüde, orijinal malların kitle halinde karşılıksız olarak dağıtılması bakımından belirlenmiş olan ilkelere başvurulabileceği kanaatindeyiz.

IX. MALİYET FİYATININ ALTINDA SİSTEMATİK OLARAK YAPILAN SATIŞLAR

Fiyatları serbestçe belirleme hakkı, serbest piyasa ekonomisi sisteminin karakteristik özelliği ve işleyen bir rekabetin temel koşulu olduğundan, rakiplerin düşük fiyatla satış yapması, rekabeti bozan değil, rekabeti teşvik eden bir yöntem olarak kabul edilmiştir[365]. Bununla birlikte, bu hak, sınırsız olmayıp, haksız rekabet ve rekabetin korunması hukukları tarafından sınırlandırılmıştır.

Alman öğreti ve uygulamasında, piyasanın bozulmasına yol açan maliyet fiyatının altında yapılan haksız satışlar ile belirli piyasa sonuçları doğuran ve bilinçli olarak yapılan kıran kırana fiyat kırma uygulamaları arasında bir ayırıma gidilmiştir. Belirli piyasa sonuçları doğuran ve bilinçli olarak yapılan kıran kırana fiyat

[365] **BAUMBACH/HEFERMEHL**, Wettbewerbsrecht, N 870, 871 zu § 1 UWG(**BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 275'den naklen).

uygulamalarını, rakiplere yönelik uygulamalar bahsinde incelemiş bulunuyoruz. Burada ele alacağımız mesele, maliyet fiyatı altında satışın(*Verkäufe unter Einstandpreise, la vente sous le prix de revient*), belli bir rakibi hedef almaksızın sistematik olarak yapılması durumunda, piyasanın bozulmasına yol açıp açmayacağıdır.

Alman uygulamasında, maliyet fiyatı altında sistematik olarak yapılan satışların, piyasadaki rekabetin varlığını tehlikeye sokması, rakipleri haksız biçimde engellemesi ya da piyasa dışına itmesi durumunda haksız olacağı kabul edilmiştir[366]. Böyle bir tehlikenin var olup olmadığını tespit edebilmek için, tacirin düzenli(sistematik) olarak bu satışı yapmasının objektif bir nedeninin olup olmaması(dayanıksız ya da modası geçmiş ürünleri elden çıkarmak, ürün tanıtmak, piyasaya girebilmek), satışın yoğunluğu ve zaman aralıkları, tacirin pazar konumu(belli bir pazar gücüne sahip olması), pazarın genel yapısı ve uygulamaya cevaz verilmesi halinde, diğer rakiplerin de aynı davranışta bulunmak(*taklit etme, Nachahmungsgefahr*)[367] suretiyle uygulamanın rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini arttırması tehlikesi dikkate alınmıştır[368]. Böylelikle, mahkemeler haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel açıdan uygulamak suretiyle uygulamanın haksız olduğuna hükmederken, uygulamanın hem piyasanın işleyişi hem piyasadaki rekabetin varlığı üzerindeki muhtemel etkilerini göz önünde bulundurmuşlardır[369]. Öte yandan, mahkemelerin maliyet fiyatının altında sistematik olarak yapılan

[366] BGH GRUR 1979, 323; karar için bkz. **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 165.
[367] **ULLRICH**, s. 38; BGH GRUR 1979, 321 vd.(**BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 164-165'den naklen); BGH GRUR 1990, 687(**ULLRICH**, s. 39, dp. 123'den naklen).
[368] Taklit edilme tehlikesi ve yöneltilen eleştiriler ile ilgili olarak, orijinal malların kitle halinde karşılıksız dağıtılması bahsinde açıklama yapıldığından, burada tekrar yer verilmemiştir.
[369] **ULLRICH**, s. 39.

satışları haksız rekabet olarak nitelendirdiği kararlar oldukça sınırlıdır. Diğer bir deyişle, uygulama, çoğu zaman hukuka uygun bulunmuştur[370].

Maliyetin altında sistematik satış uygulamaları, 1957 tarihli ilk Kartel Kanunu'nun(GWB) yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de, haksız rekabet hukuku ve rekabetin korunması hukukunun, ekonomi politikalarının hedefleri doğrultusunda, serbest rekabete dayalı ekonomik düzeninin hukukî temellerini oluşturdukları ve bu nedenle, rekabet serbestisini ve rekabeti kurum olarak birlikte korudukları görüşünden(*birlik kuramı*)[371] hareketle, rekabeti engelleyici uygulamalar arasında 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulama alanı içerisinde de ele alınmaya devam etmiştir[372].

2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda, rakipleri hedef alan engellemeye yönelik rekabet eylemlerinin haksız rekabet örnekleri arasında düzenlenmesi nedeniyle, belli bir rakibi hedef almayan maliyet fiyatı altında satışlar bakımından bu hükme başvurulması mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce bu durumda, haksız rekabeti tanımlayan genel hükümden(2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı) faydalanılacaktır. Diğer yandan, maliyet fiyatı altında satışı piyasada hakim konumda olan bir işletmenin gerçekleştirmesi halinde, Alman Kartel Kanunu'nun 20'nci paragrafının 4'üncü bendinin ikinci cümlesi uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

[370] **ULLRICH**, s. 39.
[371] Birlik kuramı hakkında IV. Bölüm'de detaylı olarak açıklama yapılmıştır, bkz. s. 154-155.
[372] **ULLRICH**, s. 38.

İsviçre hukukuna gelince, maliyet fiyatının altında satış konusunda, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, öğretide ve uygulamada, fiyatların alıcıları aşikâr bir şekilde aldatması halinde dürüstlük kurallarına aykırı olacağı kabul edilmiştir[373]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, alıcıların maliyet fiyatının altında satış nedeniyle açık bir surette aldatılmaları halinde, aldatmayı düzenleyen özel hükme(1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasının a bendi) başvurmakla birlikte, aldatmanın söz konusu olmadığı durumlarda genel hükmü uygulamak konusunda çekingen davrandığı görülmüştür[374].

Daha sonra, İsviçre Federal Mahkemesi, Kanun'un işlevi açısından yorumlanması yönündeki görüşlerden hareketle, henüz 1962 tarihli Kartel Kanunu' nun yürürlükte olmadığı bir dönemde aldığı konuya ilişkin bir kararında[375], Alman uygulamasına benzer şekilde, sistematik fiyat düşürmelerinin, kural olarak hukuka uygun olduğuna, ancak fiyatların sırf rakiplerin düşük fiyatlarla rekabet edemeyip piyasadan silinmesi ve sonrasında da tek başına piyasaya hükmetmek amacıyla düşürülmesi durumunda haksız rekabet oluşturacağına hükmetmiştir. Böylelikle mahkeme, ekonomi politikasına ilişkin mülahazalardan hareket ederek, maliyet fiyatı altında satış yönteminin hukuka aykırılığını öncelikle piyasadaki rekabetin varlığı ve buna bağlı olarak piyasanın yapısı açısından sonuçlarını dikkate alarak tespit

[373] **ÖZTEK**, s. 422.
[374] Message, à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale(LCD), Feuille Fédérale 1983 II, s. 1076.
[375] ATF 85 II 450 (**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 171-172'den naklen).

etmiştir[376]. Bu itibarla, fiyatların düşürülmesi, rekabet açısından arzu edilmeyen sonuçlara, örneğin, rakiplerin pazardan silinmesine yol açtığı takdirde haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir.

1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun piyasadaki rekabetin varlığının korunması yönündeki bu işlevsel uygulamasına, Alman hukukundan farklı olarak, 1962 tarihli İsviçre Kartel Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte son verilmiş, rekabet serbestisi ve rekabetin kurum olarak korunması görevinin Kartel Kanunu'na ait olduğu, dolayısıyla haksız rekabet hukukunun ekonomi politikaları açısından tarafsız olduğu görüşü kabul edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bu dönemde aldığı Denner kararında, bu görüşten hareketle, ekonomik anlamda güçlü bir teşebbüsün fiyatları düşürmesinin tek başına bir haksız rekabet eyleminin göstergesi olamayacağına; ekonomik düzende meydana gelecek olumsuz gelişmelerin, sadece kartel hukuku çerçevesinde önlenebileceğine hükmetmiştir[377].

1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu ile 1962 tarihli İsviçre Kartel Kanunu'nda revizyona gidilmesi yönünde çalışmaların yapıldığı dönemde, haksız rekabet kurallarının da, tıpkı kartel hukuku gibi rekabetin kurum olarak korunmasına hizmet ettiğine, bu açıdan ekonomi politikaları ile ilgisinin olmadığından söz edilemeyeceğine, dolayısıyla rakipleri engelleyici ve ayrımcı uygulamalara karşı haksız rekabet kurallarına da başvurulması gerektiğine dair öğretide çeşitli

[376] **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 171-172.
[377] ATF 107 II 277vd., 282, 286vd.(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 172'den naklen).

görüşler[378] ileri sürülmüşse de, bunlar uygulamada benimsenmemiştir. 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu ile, uygulamada gelişen tuzak fiyat yöntemi, aldatıcı bir uygulama olarak düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla, maliyet fiyatı altında satışların her koşulda haksız rekabet olarak nitelenmesi ve mutlak bir yasak getirilmesi, ekonomi politikası tercihleri(rekabete dayanan serbest piyasa ekonomisi) nedeniyle kabul edilmemiştir[379].

Öte yandan, öğretide *Berger*[380], maliyet fiyatının altında satışların sistematik olarak; diğer bir deyişle, müteaddit defalar veya sürekli olarak yapılması halinde, haksız rekabet teşkil edeceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, tacirin, piyasaya ilişkin ve objektif olarak savunulabilir bir nedeni(örneğin, modası geçmiş veya hızla bozulan malları elden çıkarmak ya da yeni bir malın tanıtımı gibi) olmaksızın mallarını sistematik olarak maliyet fiyatının altında satması, '*mantıklı bir rakip(reasonable competitor)*'ten beklenecek bir hareket tarzı değildir. Bu itibarla, tacirin bu davranışı piyasadaki mübadele sürecini olumsuz etkileyecektir. Müşterilerin, çeşitli ürünleri fiyat, kalite, vs. bakımından birbiriyle mukayese etmeleri ve ihtiyaçlarını en iyi karşılayan ürünü seçmeleri engellenecek, böylece rekabetin işleyişi bozulacaktır(işlevsel yaklaşım).

Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi hukukumuzda da, maliyet fiyatının altında satışlar yasaklanmamıştır. Yargıtay da, yasal düzenlemelerle tespit

[378] Bu görüşler, bir sonraki bölümde *birlik* ve V*orfeld kuramları* adı altında detaylı olarak açıklanacaktır.
[379] **HERTIG**, s. 62.
[380] **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 280.

edilmiş olan ücretlerin altında ücret uygulanmasına dair verdiği bir kararında[381], bu tür uygulamaların serbest ticarete gireceği ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 56'ncı ve devamı maddelerinde yer alan unsurlar bulunmadığı sürece haksız rekabet oluşturmayacağı sonucuna varmıştır. Öğretide ise *Dirikkan*[382], maliyet fiyatı altında satışların 6762 sayılı Kanun'un 57'nci maddesinin 10'uncu bendi uyarınca yasaklanabileceğini ileri sürmüştür. Yazar, anılan bendin amacının, tarifeye veya diğer iş yaşamı koşullarına uyan rakipleri korumak olduğunu, diğer bir deyişle, sosyal açıdan rekabette belirli bir aşama kaydeden rakipleri, onlar için maliyet fiyatının altında satış anlamına gelebilen fiyat düşürme olaylarına karşı da koruyacağını savunmuştur. Böylelikle malı satın alan tüketiciler, gerçek edim yeteneği ve ticarî dürüstlük konusunda kendilerini yanıltacak davranışlardan dolaylı olarak korunmuş olacaklardır. Kanaatimizce, piyasaya ilişkin ve objektif olarak savunulabilir bir neden(örneğin, modası geçmiş veya hızla bozulan malları elden çıkarmak ya da yeni bir malın tanıtımı gibi) olmaksızın başvurulan maliyet fiyatının altında satış uygulamasına, piyasanın işleyişini bozarak kamuya(topluma) zarar verici bir hale gelmesi[383] durumunda haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesi) uyarınca müdahale edilebilecektir[384].

Yasal düzenlemelerle tespit edilmiş ücretlerin altında satış yapılması ise, hem haksız rekabet hem rekabetin korunması hukuku açısından ayrı sonuçları olan bir

[381] Yargıtay 11. HD'nin, 1.7.1981 tarih ve E. 3341, K. 3381 sayılı kararı(Yayınlanmamıştır).
[382] **DİRİKKAN**, s. 288.
[383] Böyle bir durumdan, gerek kamunun gerek piyasaya katılanların, mal ve hizmetlerin özellikleri(fiyat, kalite, vs. bakımından) hakkında piyasadan doğru ve yeterli bilgi temin edememesi; diğer bir deyişle, piyasanın şeffaf olmayışına bağlı olarak, sağlıklı bir şekilde mal/hizmet karşılaştırması yapamamaları ve bunun sonucunda da doğru ve rasyonel kararlar verememeleri halinde söz edilecektir.
[384] Aynı doğrultuda görüş için bkz. **DİRİKKAN**, s. 304.

uygulamadır. Her ne kadar haksız rekabet hukuku açısından düşük ücret uygulaması, serbest rekabet ilkesinden hareketle hukuka uygun kabul edilse de, rekabetin korunması hukuku açısından söz konusu uygulama yaptırıma bağlanmış olup olmamasına göre farklı değerlendirilmektedir. Şöyle ki; yasal düzenlemelerle tespit edilmiş ücretlerin altında satış, bağlayıcı olmadıkları sürece engellenemeyecektir. Eğer söz konusu düzenleme yaptırıma bağlanmış ise, bu takdirde doğrudan fiyatlara, fiyat rekabetine müdahale teşkil ettiğinden, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca kendiliğinden(*per se*) hukuka aykırı ve geçersiz olacaktır(4'üncü maddenin a bendi). Aslında, asgari ücret tarifelerinin düzenlenmesindeki amaç, öncelikle o mesleği icra edenleri ve bu vesileyle de meslekî menfaatleri korumaktır. Öte yandan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, piyasada rekabetin var olmasını sağlayarak rekabete dayalı düzeni ve dolayısıyla kamunun menfaatini korumaktadır. Fiyat/ücret rekabeti ise, rekabetin en çok karşılaşılan görünümüdür. Rekabetin var olmadığı bir ekonomik düzende, serbest meslek icra etmenin de bir anlamı olmayacaktır. Dolayısıyla, bu noktada kamunun rekabetin korunmasındaki menfaati, serbest meslek icra edenin bireysel menfaatlerinin önüne geçecektir.

Maliyet fiyatının altında satış konusunda, Büyük Mağazalar Kanunu Tasarısı'nın 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde de bir düzenleme öngörülmektedir. Buna göre, "Diğer işletmelere zarar verecek ve haksız rekabet oluşturacak şekilde maliyetinin altında, zararına satışlar yapmak" yasaklanmıştır. Yöntemin, özellikle büyük mağazalar tarafından gerçekleştirilmesi durumunda piyasanın işleyişi bakımından yol açabileceği önemli sorunlar dikkate alınmak

suretiyle, Büyük Mağazalar Kanunu Tasarısı bünyesinde yasaklanması isabetli olmuştur. Kural olarak, büyük mağazaların piyasa ekonomisi koşullarında elde ettiği fırsatlar ile maliyet ve etkinlik avantajlarını, maliyet fiyatının altında satış yapmak suretiyle fiyatlarına yansıtmaları doğaldır ve bunda hukuka aykırı bir durum yoktur. Öte yandan, hüküm çerçevesinde yasaklanan, maliyet fiyatının altında satış uygulamasının dürüstlük kurallarına aykırı olması ve bu nedenle haksız rekabet teşkil etmesidir. Haksız rekabet, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 56'ncı ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, Taslağın bu hükmünün uygulanmasında 6102 sayılı Kanun hükümlerine başvurulacaktır. Dolayısıyla, maliyet fiyatının altında yapılan satışın ne zaman dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edeceğinin belirlenmesi gerekecektir. Bu çerçevede, uygulamanın piyasa koşullarından kaynaklanan objektif bir nedeninin(modası geçmiş veya hızla bozulan malları elden çıkarmak ya da yeni bir ürünü tanıtmak gibi) bulunup bulunmadığı ve sistematik olarak belirli aralıklarla yapılıp yapılmadığı dikkate alınmalıdır. Hükme "sistematik olarak yapılan" ifadesinin eklenmesi ile uygulamanın bir defaya mahsus olarak yapılması halinde de haksız rekabet olarak nitelendirilmesinin önüne geçileceği kaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Hem fiyat serbestisi ilkesinin gözetilmesi hem dürüst ve bozulmamış rekabetin temini amaçları açısından hükmün bu şekilde tamamlanması daha uygun olacaktır.

Tasarı ile ilgili olarak Rekabet Kurumu'nun hazırladığı Görüş'te[385] ise, maliyetin altında satış yapılmasının hakim durumu kötüye kullanma hallerinden birisi olduğu, dolayısıyla, hakim durumda olan bir teşebbüsün maliyetin altında satış

[385] www.rekabet.gov.tr/word/gorus/perakendegorus.doc, s. 6.

yoluyla bu durumunu kötüye kullanmasının, zaten 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile yasaklandığı ifade edilmiştir. Kanaatimizce, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca maliyet fiyatı altında satışın yasaklanması, işletmenin hakim durumda olması ile sınırlı olduğundan, Rekabet Kurulu, sadece hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki maliyet fiyatının altında satışlara müdahale edebilecektir. Oysa, Büyük Mağazalar Kanun Tasarısı bakımından böyle bir koşul aranmamaktadır. Bu nedenle, Tasarı ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, maliyet fiyatının altında sistematik olarak yapılan satışlar bakımından, birbirlerini tamamladıkları düşüncesindeyiz.

IV. BÖLÜM

AMAÇLARI VE KORUDUKLARI MENFAATLER AÇISINDAN HAKSIZ REKABET HUKUKU İLE REKABETİN KORUNMASI HUKUKU ARASINDAKİ SINIRIN TAYİNİ

I. GENEL OLARAK

Haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın tayini meselesi, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulamasının, sadece rekabetin işleyişini değil, rekabetin bizzat varlığını tehlikeye düşüren uygulamaları da kapsayacak bir şekilde genişlemesi ve böylelikle, her iki hukukun uygulama alanlarının birbirine yaklaşması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Meselenin çözümüne ilişkin olarak, gerek Alman gerek İsviçre öğretilerinde çeşitli kuramlar ileri sürülmüştür. Bunlardan bazıları(*ayırımcı kuram* ve *birlik kuramı*[386]) uygulamada da etkili olmuş, bazılarına(*rekabetin dürüstlüğü ile rekabet serbestisinin birbiriyle çelişmesi kuramı* ve *vorfeld kuramı*) ise itibar edilmemiştir.

Çalışmamızda, gerek bu kuramların ortaya çıktığı özel koşulları ve halen geçerli olup olmadıklarını ortaya koyabilmek, gerek hukukumuz çerçevesinde ortak ya da zıt noktalarının bulunup bulunmadığını tespit edebilmek ve haksız rekabeti

[386] Birlik kuramı, aşağıda inceleneceği üzere, *Purtschert* ve *Sack*'ın ileri sürdüğü şekliyle hayata geçmemiştir. Her iki kurallar bütününün birbirini tamamlaması anlamında bir birlikten söz edilmektedir.

tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulama alanının sınırlarını çizebilmek amacıyla, bu kuramlara ayrıntılı bir şekilde göz atmakta fayda görmekteyiz.

II. KONUYLA İLGİLİ OLARAK ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA İLERİ SÜRÜLEN KURAMLAR

1) Ayırımcı Kuram

İsviçre öğretisinde, haksız rekabet hukukunun ekonomi politikaları ile bir ilgisinin olmadığı görüşünü savunanlar, Haksız Rekabet Kanunu ile Kartel Kanunu'nun, rekabeti tümüyle farklı açılardan düzenlediklerini ileri sürmüşlerdir(*ayırımcı görüş, Trennungstheorie*)[387]. Buna göre; rekabet serbestisinin ve rekabet kurumunun korunması, münhasıran kartel kanunlarının görevidir(*düzen politikası ile olan bağlantısı*). Dolayısıyla kartel hukuku, rekabetin var olup olmadığı, rekabetin niceliği ile ilgilidir. Bu nedenle, Kartel Kanunu'na aykırılıktan söz edebilmek için, rekabete dayalı fiilin kendisi değil, ancak bu fiilin pazardaki rekabet üzerinde yarattığı etki ve sonuçlar dikkate alınmalıdır[388].

---

[387] Bkz. **KUMMER**, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, s. 119; **SCHURMANN**, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, s. 175-176.; **MERZ**, Das schweizerische Kartellgesetz, s. 131-132 ve **SCHMID**, C.: Gtarisanzeiger und Presswettbewerb, Bern 1983, s. 180 vd.(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 168'den naklen).

[388] **BERGER**, Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 33-34; **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 164.

Öte yandan, bu kurama göre Haksız Rekabet Kanunu'nun görevi, rekabetin iş ahlâkı yönünden doğruluğunu temin etmektir. Başka bir anlatımla, haksız rekabet hukuku, nasıl rekabet edildiği, rekabetin niteliği ile ilgilenmektedir. Piyasadaki rekabetin var olması ya da olmaması ya da azalması, haksız rekabet hukuku çerçevesinde ele alınan konulardan değildir. Bu nedenle, haksız rekabet hukukunun ekonomi politikaları ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Haksız rekabet hükümleri, rekabet eyleminin haksız olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında eylemin kendisini, başvurulan yöntemi esas alır, piyasa üzerinde doğurduğu etkilerle ilgilenmez[389]. Bu itibarla, piyasadaki rekabetin varlığını tehlikeye düşüren rakipleri engellemeye ve yok etmeye yönelik uygulamalar ile(belli bir rakibi hedef alan fiyat kırmalar, maliyet fiyatının altında sistematik satışlar, boykot) ayrımcı uygulamalara haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci maddesi) ile müdahale edilmemiştir[390].

Öte yandan, ayırımcı görüş taraftarları, boykot ve fiyat kırma uygulamaları bakımından, 1962 tarihli İsviçre Kartel Kanunu'nun rekabet serbestisinin ve kurum olarak rekabetin korunması açısından sahip olduğu münhasır yetkiye istisna getirilebileceğini ileri sürmüş, söz konusu faaliyetler bakımından Kartel Kanunu ve Haksız Rekabet Kanunu'nun paralel uygulamasından(*taleplerin yarışması*) söz

[389] **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 168; **BERGER**, Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 39; İsviçre Federal Mahkemesi, 1981 yılında verdiği bir kararında da bu görüşü benimsemiş ve haksız rekabet hükümleri ile kartel kanununun, rekabeti farklı açılardan ele alarak düzenlediğini, rekabet serbestisinin, kartel kanununun münhasır koruması altında olduğunu kabul etmiştir, GRUR Int. 1982, s. 468-470(**ARKAN**, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, s. 8' den naklen).

[390] **BAUDENBACHER**, Neues Kartellgesetz-Neues UWG, s. 359.

etmişlerdir[391]. Böylelikle, ayırımcı görüşü savunanlar, kendi görüşleri içerisinde çelişkiye düşmüşlerdir. Bu iddialara rağmen, uygulamada, boykotun haksızlığı, rekabetin devamlılığını tehlikeye düşürmesine değil; doğru olmayan iddialarda bulunulmasına, iş ahlâkına aykırı yöntemlere başvurulmasına dayandırılmıştır[392].

Ayırımcı kuram, Alman hukukunda, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün(1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı) işlevsel uygulamasından hareketle kısa bir süre sonra terkedilmiş iken, İsviçre haksız rekabet uygulamasında oldukça uzun bir süre etkili olmuştur. Ancak, rekabeti kurum olarak korumak amacıyla hazırlanan 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ve böylece gerek haksız rekabet hukukunun gerek rekabetin korunması hukukunun aynı amaca yönelik olduğu görüşünün ileri sürülmesi ile birlikte kuram geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiştir. Buna karşılık, 1995 tarihli İsviçre Kartel Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da, öğretideki bazı yazarların bu görüş doğrultusunda, haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukukunun uygulama alanlarının ayrı olduğunu iddia ettikleri göze çarmaktadır[393].

2) Rekabetin Dürüstlüğü ile Rekabet Serbestisinin Birbiriyle Çelişmesi Kuramı

Alman öğretisinde, ayırımcı görüşü takiben, rekabetin dürüstlüğü ve rekabet serbestisi arasında uzlaştırılamaz bir aykırılığın mevcut olduğu iddia edilmiş; fiyat

[391] **KUMMER**, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen den unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, s. 132,134(**BERGER**, Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 39'dan naklen).
[392] **BAUDENBACHER**, Neues Kartellgesetz-Neues UWG, s. 359.
[393] **TERCIER**, P./**BOVET**, C.: Droit de la Concurrence, Commentaire Romand, 2002, s. 576.

kırma, karşılaştırmalı reklam gibi uygulamaların yasaklanmasının, zorunlu olarak rekabet özgürlüğünün sınırlanması ile sonuçlandığı belirtilmiştir. Bu nedenle, haksız rekabet hukuku tarafından elde edilmek istenen hedeflerle, kural olarak, rekabetin korunması hukukunun ulaşmak istediği hedeflerin birbirine zıt olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş taraftarları, rekabet serbestisi ilkesinin, pazar ekonomisinde üstün olması gerektiğini savunmuşlardır. Hatta, haksız rekabetle mücadelenin, serbest ticaret ilkesinin yasal bir istisnası olarak, dar bir çerçevede ele alınması ve aldatma ve kötüleme gibi, sadece ahlâk ve adap kurallarının asgari standartlarında kaldığı sürece haklı bulunabileceği ileri sürülmüştür[394]. Ancak, 1957 tarihli ilk Alman Kartel Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde savunulan bu fikir, azınlık fikri olarak kalmıştır.

Schluep[395], rekabetin korunması hukukunun rekabeti mümkün olduğunca genişletme amacı güderken, rekabetin kötüye kullanılmasına engel olma fikrinden yola çıkan haksız rekabet hukukunun, sonuçta rekabete sınırlamalar getirdiği[396] ve dolayısıyla bu iki hukuk dalı arasında bir çatışma bulunduğu görüşüne ilişkin olarak, rekabetin, meşru rekabet standartları dikkate alınarak genişletilmesi gerektiğini, aksi durumun, sadece görünüşte bir özgürlük sağlayacağını, ancak sonuçta mutlaka rekabet kurumuna zarar vereceğini savunmuştur.

---

[394] **STEINDORFF**, E.: "Die gutten Sitten als Freiheitsbeschränkung", in Summum Ius Summa Iniuria, Tübingen 1963, s. 58(**BEIER**, The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany-An Outline, s. 82' den naklen).

[395] **SCHLUEP**, Vom lauteren Wettbewerb zum freien Wettbewerb, s. 448 (**ARKAN**, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki, s. 9-10' dan naklen).

[396] **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 169-170; yazar, özellikle körü körüne taklit durumunu örnek vermek suretiyle, iki hukuk dalının uygulama alanları bakımından birbirleri üzerindeki etkisini açıklamaya çalışmaktadır. Bu çerçevede, yazar, körü körüne taklitte, eğer iş mahsülleri çok sıkı biçimde korunursa, bu durumun, tekel oluşumu ile eş anlamlı olacağını ve böylelikle rekabetin devamını tehlikeye düşüreceğini ileri sürmektedir.

Baumbach/*Hefermehl*[397] de, piyasa ekonomisi sisteminde rekabet serbestisi ile haksız rekabeti önlemeye yönelik hükümlerin birbirleriyle çelişki içinde olduğunun söylenemeyeceğini; ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünün, sadece meşruiyet sınırları içinde var olduğunu, ancak meşru rekabetin sınırları çizilirken de rekabet serbestisinin ve bu kurumun kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirmesine engel olunmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Kısacası rekabet serbestisi, sadece meşru rekabet sınırları içinde vardır; dolayısıyla haksız rekabete ilişkin hükümler, rekabet özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak değerlendirilemez[398].

3) Birlik Kuramı

Haksız rekabet hukuku ve rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırı belirlemek üzere öğretide bazı yazarlar tarafından ileri sürülen diğer bir kuram ise, birlik kuramıdır(*Einheitstheorie*). Bu kuramın savunucusu *Purtschert*, haksızlığın ekonomi politikaları açısından arzu edilmeyen sonuçları ile birlikte ortaya konması durumunda, artık rekabet serbestisinin korunmasının, rekabetin dürüstlüğünün korunmasından bağımsız bir sorun olmaktan çıkıp, onun özel bir şekli haline

[397] **BAUMBACH**, A./**HEFERMEHL**, W.: Wettbewerbsrecht, 16. Auflage, München 1990, Anm. 86,87(**ARKAN**, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, s. 10'dan naklen).
[398] **BAUMBACH/HEFERMEHL**, Wettbewerbsrecht, 16. A., Anm. 87(**ARKAN**, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, s. 10'dan naklen).

geleceğini ileri sürmüştür[399]. Diğer bir deyişle, rekabetin dürüstlüğünün korunmasının, ekonomi politikaları ile bir ilgisi olmadığı kuramı(ayırımcı kuram) terkedilecek olursa, bu görüşü savunanlar tarafından ortaya konulan Haksız Rekabet Kanunu ve Kartel Kanunu arasındaki net ayrım bulanıklaşacak, böylece rekabet serbestisinin ve kurum olarak rekabetin korunması görevinin Kartel Kanunu'nun münhasır alanında olduğu söylenemeyecektir[400]. Dolayısıyla, her iki Kanun bir bütünlük oluşturmakta ve birlikte rekabetin kurum olarak korunmasına hizmet etmektedirler[401]. Bu itibarla aralarında bir farklılık değil, tam aksine amaç birliği söz konusudur[402].

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanun'un Gerekçesi'nde de, gerek Kartel Kanunu'nun gerek Haksız Rekabet Kanunu'nun, ekonomik düzenin temelini oluşturan rekabeti korumak ve sağlıklı işlemesini sağlamak için adeta yarıştıkları, bu nedenle, her iki Kanun'un da amaçları arasında fark olmadığı ifade edilmekle birlikte; 1962 tarihli Kartel Kanunu'nun, rekabet serbestisini, rekabetin sağlıklı işlemesini(ki bunun anlamı piyasada asgari düzeyde bir rekabetin varlığıdır) temin etmekle; diğer bir deyişle, rekabetin ortadan kalkmasını ya da engellenmesini önlemekle görevli olduğu, buna karşılık Haksız Rekabet Kanunu'nun, ilk planda

---

[399] **PURTSCHERT**, J.: Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer arbeits- oder Unternehmensleistung, Freiburg/Schweiz 1974, s. 195 vd(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 171'den naklen).

[400] **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 171.

[401] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 169.

[402] **SACK**, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit deutschen UWG, s. 118(**ARKAN**, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki, s. 10' dan naklen); aynı doğrultuda görüş için bkz. **REMICHE**, B.: 'Droits de la concurrence et de la concurrence déloyale: Objets Différents et Objectif Commun', R.I.C. 1996, No: 2, s. 30; **REMICHE**, B.: 'La Relation actuelle entre le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale est-elle satisfaisante?', R.I.C. 1995, No: 2, s. 60.

mevcut rekabetin yozlaşmaması ve işlevsel açıdan istismar edici hale gelmemesi ile ilgilendiği belirtilmiştir[403]. Öte yandan, böyle bir sonuca varılmış olmasının temelinde, 1962 tarihli Kartel Kanunu'nun rekabete dayalı piyasa ekonomisini korumaktan ziyade, teşebbüslerin rekabet serbestilerinin korunmasına hizmet etmiş bir Kanun olması yatmaktadır.

Buna karşılık, Alman öğretisinde *Sack* tarafından, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu ile getirilen genel hükümden sonra Kanun'un, sadece rekabetin dürüstlüğünü değil; "*gerçek(unverfälscht)*" rekabeti de koruyacağı ifade edilerek; hükmün, hem klasik ticarî ahlâk kurallarına uymayan, hem özellikle rekabetin işleyişini engelleyen hallere uygulanacağı, böylelikle 1986 tarihli Kanun'un 1'inci maddesinin lafzının açıkça Haksız Rekabet Kanunu ile Kartel Kanunu arasındaki gereksiz farklılığa bir son verdiği ileri sürülmüştür[404]. Yazar, maddede yer alan "*gerçek(unverfälscht)*" kelimesinin, ticarî uygulamaların kartel hukukuna ilişkin ilkeleri ihlâl etmeleri karşısında Haksız Rekabete Karşı Kanun uyarınca yasaklanmalarını da haklı çıkardığını ifade etmiştir[405].

[403] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1070.
[404] **SACK**, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, s. 113 (**UZAR**, s. 19'dan naklen).
[405] **SACK**, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, s. 119 (**UZAR**, s. 19'dan naklen).

4) Vorfeld Kuramı

Haksız Rekabet ve Kartel Kanunları'nın birlikte rekabeti kurum olarak koruduğunu ileri süren birlik kuramı taraftarları, bu iki Kanun arasındaki sınırın belirlenmesi noktasında, Vorfeld kuramını(*Vorfeldthese*)[406] geliştirmişlerdir[407].

Alman öğretisinde geliştirilen bu kurama göre, pazarda hakim durumda olmayan bir teşebbüsün rakipleri engellemeye yönelik ya da ayrımcı uygulamalarda bulunması neticesinde, pazarın etkinliğini ve konumunu, uygulamanın tıpkı hakim durumda olan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde olduğu kadar tehlikeye düşürmesi halinde haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(1909 tarihli Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı) uygulanacaktır. Böyle durumlarda, pazar hakimiyetine ilişkin hükümler(kötüye kullanma ve ayrımcılık gibi) uygulanamayacağından, bu boşluğu Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafı doldurmalıdır[408]. Böylelikle, pazar gücünün büyümesi ve kötüye kullanılması nedeniyle pazar yapısında meydana gelebilecek tehlikeli gelişmeler etkili bir şekilde önlenmiş olacaktır[409]. Diğer bir deyişle, rekabetin kurum olarak korunması, haksız

---

[406] Kavramı geliştiren, Wernhard Möchel'dir(**BERGER**, Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 40, dp. 50'den naklen).

[407] **BERGER**, Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 40.

[408] Bu kuram ve kuramı savunan yazarlar için bkz. **RAISER**, L.: 'Marktbezogene Unlauterkeit', GRUR Int. 1973; s. 443 vd.; **ULMER**, Der Begriff 'Leistungswettbewerb' und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, s. 577 vd.; **BAUDENBACHER**, C.: 'Machtbedingte Wtbbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, Zugleich Beitrag zum Verhältnis von UWG und GWB', GRUR 1981, s. 24-25; **BAUMBACH**, A./**HEFERMEHL**, W.: Wettbewerbsrecht, 13. Aufl., München 1981, § 1 N. 691d; **SACK**, R.: 'Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln', GRUR 1975, s. 297 vd., 302(**BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 177'den naklen).

[409] **MERZ**, A.: Die Vorfeldthese: die Anwendung von [Par.] 1 UWG im Vorfeldbereich der horizontalen Marktbehinderungstatbestände des GWB, Baden 1988, s. 21(**BERGER**, Über das

rekabet hukukunun yapısal politikaların hedeflerine hizmet etmesi ile daha etkili olacaktır. Bu amaçla, pazarda hakim durumda olmayan teşebbüslere yönelik kurallar geliştirilmelidir[410].

Vorfeld kuramının ileri sürülmesine neden olan gelişme, piyasada artan yoğunlaşma neticesinde orta büyüklükteki teşebbüslerin varlıklarının tehlikeye düşmesi olmuştur[411]. Piyasada kendi iç dinamikleri ile büyüyen teşebbüsler, hakim konumda olmamakla birlikte, rakipleri karşısında önemli pazar gücü elde edince, bu gücü kötüye kullanmaya başlamıştır. Nitekim, önemli satın alma gücüne sahip olan perakendeci teşebbüsler, belli mal ya da hizmetlerin sağlayıcısı ya da alıcısı olmaları nedeniyle kendilerine bağımlı olan küçük ve orta büyüklükteki işletmelere karşı maliyet fiyatının altında sistematik satışlar ya da kıran kırana fiyat kırma gibi rekabeti engelleyici ya da ayrımcı(*Diskriminierung*) uygulamalarda bulunmuşlar ve bu uygulamalar neticesinde de, piyasada faaliyet gösteren orta büyüklükteki rakip teşebbüsler rekabet edemez hale gelmişlerdir[412]. Sonuç olarak, piyasadaki rekabetin ortadan kalkması ile, rekabetçi pazar yapısının tehlikeye düştüğü durumlar ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler karşısında, o dönemde yürürlükte olan 1957 tarihli Alman Kartel Kanunu'nun özellikle pazar gücünün kontrolüne ilişkin hükümlerinin de yetersiz kalması üzerine, rekabet serbestisinin ve rekabetin kurum olarak korunması görevinin sadece Kartel Kanunu'nun değil, aynı zamanda Haksız Rekabete Karşı

Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 40'dan naklen).

[410] **MERZ**, Die Vorfeldthese, s. 29(**BERGER**, Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 40-41'den naklen).

[411] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 159.

[412] **ULLRICH**, s. 37.

Kanun'un da görevi olduğu görüşünden hareketle, haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm ile bu boşluğun doldurulabileceği ileri sürülmüştür(*işlevsel uygulama*).

Öte yandan kuram, öğretide eleştirilmiştir. *Kraft*[413], haksız rekabetin davranış normlarının(*Verhaltensnormen*) ihlâli olarak anlaşılması, rekabet eylemlerinin uzun vadede etkilerinin dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Nitekim, mahkemelerin, Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulama alanını bu derece geniş yorumlama konusundaki çekimser tutumu[414] ve daha sonrasında da kanunkoyucunun pazar gücünün kontrolüne ilişkin olarak Kartel Kanunu(GWB)'nda yaptığı değişiklikler[415], genel hükmün bu yönde uygulanmasının önünü kesmiştir.

Vorfeld kuramı, İsviçre öğretisinde *Baudenbacher* tarafından benimsenip geliştirilmiştir. Yazar, Alman öğretisine benzer bir yorumla, Kartel Kanunu'nun uygulanmasının söz konusu olmadığı durumlarda(eylemin pazarda 1962 tarihli İsviçre Kartel Kanunu anlamında hakim durumda olmayan ya da kartel üyesi olmayan bir teşebbüs tarafından yapılması), rekabetin varlığını, fonksiyonlarını yerine getirmesini tehlikeye düşüren davranışları(diğer rakiplerin rekabete dahil olmasını ya da rekabet etmesini engellemek amacıyla devamlı surette maliyet fiyatı altında satış veya ayrımcılık yapılması) engellemek hususunda haksız rekabeti tanımlayan genel hükümden(1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci

---

[413] **KRAFT**, A.: 'Wettbewerbsrecht und Diskrimierungsverbot', in: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, s. 395-396(**BERGER**, Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz, s. 42'den naklen).

[414] Bkz. BGH GRUR 1977, 668(**ULLRICH**, Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law, s. 39, dp. 128'den naklen).

[415] Özellikle, 1973 yılında, GWB §20'ye eklenen 2. ve 3. fıkralar, 1990'da eklenen 4. fıkra ve 1998'de, §20(4)'e eklenen 2. cümle ile, §20'nin uygulama alanı, KOBİ'ler ile onların ilişki içerisinde oldukları, hakim durumda olmamakla birlikte, onlara kıyasla daha güçlü konumda olan teşebbüsler arasındaki ihtilafları(ayrımcılık, satın alma gücünün kötüye kullanılması, maliyet fiyatı altında satış) kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

maddesi) yararlanılmasının gerekeceğini ifade etmiştir[416]. Öte yandan, bu görüşlere ek olarak, rekabetten beklenen sonuçların gerçekleşmesine, diğer bir deyişle işlevlerini yerine getirmesine engel olan ya da tehlikeye düşüren tüm davranışları yasaklayan ve Haksız Rekabet Kanunu ve Kartel Kanunu'nu tek bir kanunda toplayan *birleşik bir piyasa kanunu*'nun düzenlenmesini de önermiştir[417]. Ancak, yazarın görüşleri ayırımcı kuramın etkisi altında kalan uygulama tarafından benimsenmemiştir. Böylelikle, engellemeye yönelik ve ayrımcı uygulamalara, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu uyarınca müdahale edilmememiştir. Nitekim, 1985 ve 1995 tarihli İsviçre Kartel Kanunları'nın yürürlüğe girmesi ile, rekabeti engelleyici ve ayrımcı uygulamalar, pazar gücü ve kontrolü konuları ile birlikte Kartel Kanunu'nun uygulama alanına dahil olmuştur.

III. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

1) Öğreti

Hukukumuzda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun öncesinde, birleşme, anlaşma, uyumlu eylem, tekelleşme gibi rekabeti bozan davranışların haksız rekabetin bir şekli olduğu ileri sürülmüştür[418].

4054 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın tayini konusunda iki görüşün öne

[416] **BAUDENBACHER**, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, s. 176 vd.
[417] **BAUDENBACHER**, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, s. 170.
[418] **BAŞTUĞ**, İ./**ERDEM**, E.: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1997, s. 117.

çıktığı görülmektedir. Çoğunluğu temsil eden görüş, haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukukunun benzer konuları düzenlemekle birlikte, amaçları, korudukları menfaatler ve dayandıkları temel esaslar yönünden farklı olduklarını savunmaktadır. Buna göre, haksız rekabet hukuku, rekabetin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla ticarî hayatta faaliyet gösteren tacirlerin uyması gereken davranış tarzlarını belirlemekte, böylece rekabet hakkının sınırlarını çizmektedir[419]. Rekabetin korunması hukukunun amacı ise, hem piyasaya katılanlar arasında hem piyasada rekabeti teşvik etmek suretiyle, sosyo-ekonomik amaçların gerçekleştirilmesidir[420]. Bu itibarla, piyasada rekabetin var olmasını sağlamak, rekabetin korunması hukukunun işlevidir[421].

Korunan menfaatler bakımından, haksız rekabet hukukunun rakiplerin ya da rekabet sürecini oluşturan kişilerin menfaatlerini[422]; buna karşılık, rekabetin korunması hukukunun, rekabet kurumunu ve rekabete dayalı düzeni ve bu vesileyle kamu menfaatini koruduğu[423] ileri sürülmektedir. Dayandıkları temel esaslar

---

[419] **İNAN**, T. N.: 'Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi', Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları I, Ankara, Ekim 1999, s. 10; **GÜL**, İ.: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, s. 6; **AKINCI**, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Doktora Tezi, Ankara 2001, s. 17; **TOPÇUOĞLU**, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s. 33.

[420] **GÜL**, s. 6; **SANLI**, K. C.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, s. 24.

[421] **GÜL**, s. 6.

[422] **AŞÇIOĞLU ÖZ**, G.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Doktora Tezi, Ankara 2000, s. 19; **BADUR**, E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar(Uyumlu Eylem ve Kararlar), Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s. 17; *Sanlı*, modern haksız rekabet düzenlemelerinde, sadece rakiplerin değil; aynı zamanda, müşteri ve meslek kuruluşları vasıtasıyla toplum menfaatinin de korunduğunu, ancak bu korumanın, kuralların konuluş amacı dikkate alınınca, tıpkı rekabet hukukunun ihlâli neticesinde ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, talî öneme sahip olduğunu savunmaktadır, **SANLI**, s. 24.

[423] **ASLAN**, İ. Y.: Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa 2001, s. 12; **AKINCI**, s. 18; **AŞÇIOĞLU ÖZ**, s. 19; **BADUR**, s. 17; **SANLI**, s. 24.

açısından ise, haksız rekabet hukukunun ahlâkî, rekabetin korunması hukukunun ise ekonomik olgulardan hareket ettiği ifade edilmektedir[424].

Öğretide ayrıca rekabet sınırlamalarının(iktisadî merkezî yoğunlaşma süreci) haksız rekabetten daha geniş ve yoğun olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş taraftarlarına göre, haksız rekabet durumunda teşebbüslerin rekabet hakkının dürüstlük ilkesi ile çizilen sınırının aşılması sonucunda, genel olarak, sadece rekabet hakkı sınırlanan tarafın menfaatleri zarar görmekte, oysa rekabet hukukunu ihlâl eden davranış rekabet düzenine zarar vermektedir. Bu nedenle, haksız rekabet hükümleri, rekabet hukuku kurallarının işlevini yerine getirmekten uzaktır[425].

Tüm bu farklılıklara rağmen, haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukukunun farklı olduklarını savunanlar, bazı durumlarda iki hukuk dalının çakıştıklarını da iddia etmektedir. *İnan*, boykot ve mal satmayı reddetme hallerinde, her iki kanunun örtüştüğünü, dolayısıyla hem haksız rekabete ilişkin hükümlerin hem Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulanabileceğini(hakların yarışması) iddia etmiştir[426]. *Sanlı* ise, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 10'uncu bendinin geniş yorumlandığı takdirde, rekabet hukuku kuralları ile haksız rekabet hükümlerinin bir arada uygulanmasına sebebiyet verebileceği; bu durumda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre rekabeti sınırlayıcı eylem ve işlemlerin aynı zamanda 6762 sayılı Ticaret Kanunu hükümlerine göre haksız rekabet teşkil edebileceği ve şartları varsa tazminata yol açabileceği görüşündedir[427].

---

[424] **SANLI**, s. 24.
[425] **TOPÇUOĞLU**, s. 33-34; **SANLI**, s. 24.
[426] **İNAN**, s. 14.
[427] **SANLI**, s. 55, dn. 130.

Erdem de, rekabetin korunması hukukunun sağladığı rekabet ortamında, rekabet hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilen pek çok haksız rekabet halinin, aynı zamanda rekabetin korunması hukukuna da aykırılık teşkil edeceğini iddia etmiştir[428]. Yazar, bu açıdan bakıldığında iki hukukun birbirlerini tamamladıkları ve birlikte bir bütün oluşturdukları sonucuna vardığını ifade ederek, haksız rekabete ilişkin hükümlerin 6762 sayılı Ticaret Kanunu'ndan bağımsız olarak, ayrı bir "Haksız Rekabet Kanunu"nda düzenlenmesini önermektedir. Böylelikle, bu yeni hazırlanacak kanunun ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un birlikte bir rekabet kodu oluşturmalarının amaca daha iyi hizmet edeceğini düşünmektedir[429].

Haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın tayini meselesinde öğretide ileri sürülen ancak azınlıkta kalan ikinci görüş, haksız rekabeti, sadece rakipleri değil; ekonomik düzenin temelini oluşturan serbest rekabetin ve onun işlerliğini koruyan hükümlerin bütünü olarak kabul etmektedir. Bu çerçevede *Poroy*, haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki benzerliğin hem terminoloik hem içerik açısından söz konusu olduğunu belirttikten sonra, haksız rekabetin iki rakip arasında sözkonusu olan ve sübjektif haklara dayanan bir hukukî müessese değil, fakat toplumun ekonomik düzen ve dengesini koruyan hükümlerin kümesi olarak kabul edilmesini esas alan modern görüşten hareketle, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 10'uncu bendinin,

[428] **ERDEM**, E.: 'Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi', Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, İstanbul 2002, s. 395; yazar, bu makalesinde, fiyat tespiti, girişlerin engellenmesi(özellikle boykotun hem TTK m. 56 hem TTK m. 57/10 çerçevesinde ele alınabileceğini dair görüşü için bkz. a.g.m., s. 189), ayrımcılık ve hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin, haksız rekabet oluşturacağını ileri sürmüştür, s. 388-390.
[429] **ERDEM**, s. 395-396.

geniş yorumla damping uygulaması ve hatta rekabeti kısıtlayan birleşmelere dahi uygulanabileceğini savunmuştur[430].

Benzer şekilde *Dirikkan*'a göre, rekabetin piyasa ilişkilerini etkileyen her türlü ihlâli, rekabet özgürlüğünün de ihlâli anlamına gelir ve hukuka aykırıdır; çünkü, rekabet özgürlüğü, bir ekonomik düzen çerçevesinde anlamlıdır ve hiçbir zaman bu özgürlük, düzenden daha üstün görülemez[431].

Arkan ise*, birlik kuramı*'ndan etkilenerek, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinde yer alan hükmün, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1'inci maddesindeki "rekabetin korunması" amacına uygun bir şekilde değerlendirilmesi ve anlaşılması gerektiğini, dolayısıyla, gerek haksız rekabet hükümleri gerek Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, rekabet düzeninin korunmasına yönelik olduklarını ve bu itibarla aralarında amaç birliği olduğunu ileri sürmüştür[432]. Yazar, bu görüşten hareketle, piyasada hakim durumda olmayan bir teşebbüsün, rakiplerini piyasadan silmek amacıyla maliyet fiyatı altında satış yapmasının rekabet kurumuna zarar vereceğini ve bu tür davranışlara ancak haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm ile engel olunabileceğini(*vorfeld kuramı*), böylelikle, rekabet düzeninin hiçbir boşluk bırakılmadan tam olarak koruma altına alınabileceğini iddia etmiştir[433].

---

[430] **POROY**, Avrupa Ekonomi Topluluğunda Rekabet Hukuku, s. 62-63.
[431] **DİRİKKAN**, s. 287.
[432] **ARKAN**, S.: 'Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki', Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 10.
[433] **ARKAN**, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki, s. 11-12.

Nihayet *Odman Boztosun*, haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukukunun amaçlarının çelişmediğini, aksine, özellikle tüketici faydasını en üst düzeye çıkarma amacında birleştiklerini ve genel olarak kamu yararının sağlanmasından da bu amacın anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür[434].

2) Yargıtay'ın ve Rekabet Kurulu'nun Yaklaşımı

Öncelikle, Yargıtay'ın haksız rekabet kuralları ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hükümleri arasındaki sınırın tayini konusunu bizzat ele aldığı bir kararına rastlayamadığımızı ifade etmek isteriz. Bununla birlikte, 1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, rekabetin korunmasına dair kurallara tâbi olması gereken bir uygulamanın haksız rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirildiği bir ilk derece mahkemesi kararı[435] mevcuttur. Karara konu olan olay, S.S. Bursa Ekmek Fabrikaları Sanayi İmalat ve Satış Kooperatifi'ne üye olan dâvalının, kooperatif tarafından tespit edilen bakkalların dışında bakkallara kooperatifin tespit ettiği fiyattan daha düşük fiyatla satış yapması üzerine Kooperatif'in kendisine para cezası vermesi ve dâvalının bu cezayı ödememesi nedeniyle kendisine haksız rekabet dâvası açılmasıdır. Mahkeme verdiği red kararının gerekçesinde "Kanun Koyucunun haksız rekabeti müeyyide altına koyduğu kadar kişinin serbest rekabet hakkını da koruduğu hatta haksız

[434] **ODMAN BOZTOSUN**, A.: 'Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, s. 202.
[435] Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 1987/170, K. 1987/911(Yayınlanmamıştır).

rekabet hükümleri kişinin serbest rekabetini sağlayan hukuk düzeninin bir parçası olduğunu.....marka taklit ederek piyasadan pay koparmak nasıl haksız rekabet ise, rakiplerin bir araya gelip aralarında anlaşıp daha ucuza satılabilecek bir metayı daha yüksek bir fiyatta piyasaya empoze etmelerinin de aynı nitelikte haksız rekabet olduğunu, zira bu durumda da serbest rekabetin ortadan kaldırıldığını.....dâvaya konu edilen fiyat anlaşmalarının dünyanın her yerinde ağır müeyyidelerle karşılandığını keza belirli bir muhitten başka bayi ve bakkallara mal satmama kararının dahi aynı şekilde mütalaa edilebileceğini....." ifade etmek suretiyle, rekabeti sınırlayıcı uygulamaların da haksız rekabet teşkil ettiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla, mahkeme rekabetin korunmasına dair bir kanunun bulunmamasının yarattığı boşluğu haksız rekabet hükümlerini uygulamak suretiyle kapatmaya çalışmıştır. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi de, ...tarih ve E. 8861, K. 7838 sayılı yayınlanmamış kararıyla, mahkeme kararını onamıştır. Karara konu olan fiyat tespiti ve pazar paylaşmaya dair uygulamalar 1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile yasak faaliyetler arasında düzenlenmiş olup, kararın önemi, bahsi geçen Kanun'un yürürlükte olmadığı bir dönemde, rekabeti sınırlayıcı bir uygulamanın her ne kadar haksız rekabet kuralları çerçevesinde tartışılmış olsa da bu tür uygulamaları ele alan bir rekabet kanununun gerekli olduğuna dikkat çekmiş olmasıdır[436].

Yargıtay her ne kadar haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın tayini meselesi ile ilgili henüz bir karar tesis etmiş olmasa da, haksız rekabet hukukunun rekabet düzeninin korunması amacına hizmet ettiğini ve bundan hareketle korunan menfaat çevresinin genişlediğini ortaya koyduğu kararlar vermiştir. 11'inci Hukuk Dairesi., 01.05.2001 tarih ve E. 1828, K. 3862 sayılı

[436] **ASLAN**, İ.Y.: Rekabet Hukuku, Türkiye'de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi, Bursa 1993, s. 13.

kararında[437], dâvacının ürettiği ve piyasaya sürdüğü cam kapları toplayıp yeniden üçüncü kişilere satan dâvalının fiilini 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 10'uncu bendi uyarınca haksız rekabet olarak değerlendirmiştir. Yüksek Daire kararında, "*Her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünebilirse de bu maddenin TTK'nun 56. maddesi ile birlikte mütalaa edilmesi gerekmektedir. Zira haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçlar*" demek suretiyle, haksız rekabetin sadece rakipler arası bir olgu olmadığını, aralarında rekabet ilişkisi bulunmayan kimselerin de, eylemleri ile rekabete dayalı ekonomik düzeni bozabileceğini ortaya koymuştur. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, 08.11.2004 tarih ve E. 2004/1757, K. 2004/10912 sayılı kararında[438] da, aynı ifadeyi tekrarlamıştır. Bu kararlardan hareketle, en azından, 11'inci Hukuk Dairesi'nin, haksız rekabet hukukunun da rekabetin korunması hukuku gibi, rekabeti kurum olarak koruduğu, dolayısıyla her iki hukukun amacının ortak olmakla birlikte, bu amacı farklı açılardan gerçekleştirdikleri sonucuna vardığını söyleyebiliriz.

Rekabet Kurulu'nun yaklaşımına gelince; Kurul'un haksız rekabet hükümleri ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulama alanlarına ilişkin olarak değerlendirme yapma fırsatı bulduğu ve bizim tespit edebildiğimiz tek karar, *TMMOB* kararıdır[439]. Burada Kurul, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği(TMMOB) ve üyesi olan Şehir Plancıları Odası'nın asgari ücret tarifeleri belirlemek suretiyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl

[437] Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.
[438] http://www.ajanstuba.com.tr.
[439] Rekabet Kurulu'nun 22.01.2002 tarih ve 02-04/40-21 sayılı kararı(soruşturma), http://www.rekabet.gov.tr/pdf/02-04-40-21.pdf, s. 28.

ettiklerine karar vermiştir. Kurul kararında, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'ndaki "haksız rekabet" ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un konusu olan "rekabet ihlâli" kavramlarının birbirlerinden farklı olduğunu şu ifadelerle izah etmiştir: "Haksız rekabet, Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suiistimali olarak tanımlanmıştır. Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet kavramı, iktisadî yaşamda aldatıcı davranış ve başkaca yollarla iyi niyet kurallarına aykırı hareket türündeki davranışlardır. Rakip firma ürünlerinin kötü nitelikte olduğunu kasten ve haksız yere yaymak, haiz olmadığı ehliyet ve şahadetnameleri haizmiş gibi ilan etmek veya piyasada aranan ve tutulan bir ürünün markasını taklit ederek kolay ve haksız kazanç sağlamaya çalışmak haksız rekabet kavramının pratikteki yansımalarıdır. Haksız rekabet eylemlerine ilişkin olarak meslek örgütlerinin üyelerini koruyucu düzenlemelerde bulunması uygun görülebilir. Ancak, 4054 sayılı Kanun, asgari fiyat uygulamalarına ilişkin teşebbüs birliği kararlarını yasaklamıştır. Hiç şüphesiz fiyat rekabetinin TTK tarafından düzenlenen haksız rekabet kavramıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, haksız rekabeti engellemek için rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunulması bu davranışları makul kılmamaktadır".

Bu kararından hareketle Rekabet Kurulu'nun, haksız rekabet hukukunu, rakiplerin menfaatlerini kötüleme, iltibas, parazit rekabet gibi uygulamalara(klasik haksız rekabet halleri) karşı koruyan kurallar olarak yorumladığı anlaşılmaktadır. Kurul, haksız rekabet eylemlerine karşı meslekî çıkarları ve meslek mensuplarını korumak amacıyla düzenleme yapılabileceğini, ancak bu suretle piyasadaki rekabetin ortadan kaldırılamayacağına dikkat çekmiştir. Nitekim asgarî fiyat

uygulaması, tavsiye niteliği taşımadığı takdirde fiyat rekabetini ortadan kaldırması nedeniyle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca yasaklanmıştır. Fiyat rekabeti, rekabetin en önemli görünümüdür. Fiyatların tespit edilmesi, rekabet edilmediği; diğer bir deyişle, rekabetin var olmadığı anlamına gelir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amacı ise, piyasalarda rekabeti tesis etmek ve varlığını korumaktır. Öte yandan, Rekabet Kurulu kararına konu olan düzenlemede, tarifeye uymayanlara yaptırım uygulanacağı öngörüldüğünden, oda üyelerini bağlayıcıdır. Sonuç olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un açık hükümleri karşısında, mesleği ve meslek mensuplarını haksız rekabet uygulamalarından korumak amacıyla bağlayıcı nitelikte asgari ücret tespiti yapılması hukuka aykırı olacaktır.

IV. DEĞERLENDİRMEMİZ

Haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın tayini meselesi ile ilgili olarak Alman ve İsviçre öğretisinde ileri sürülen kuramlar, haksız rekabet hukukunun da, tıpkı rekabetin korunması hukuku gibi, rekabet serbestisini ve kurum olarak rekabeti koruyup korumadığı ve bu bağlamda ekonomi politikaları ile bir ilgisinin olup olmadığı ekseninde gelişmiştir.

Ayırımcı kuramı savunanlara göre, haksız rekabet hukukunun amacı, rekabetin dürüstlüğünü temin etmektir. Dürüst rekabetten, rekabet oyununa katılanların ticarî ahlâk ve dürüstlük kurallarına uygun biçimde rekabet etmeleri

halinde söz edilecektir. Dolayısıyla, rekabet eyleminin haksız olup olmadığını değerlendirilirken, eylemin ticarî ahlâk ve dürüstlük kurallarına aykırı niteliği esas alınacak, piyasada meydana getirdiği sonuçlarla ilgilenilmeyecektir.

Ayırımcı kuram, ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünün meşruiyet sınırlarını çizerken, sadece ticarî ahlâk ve dürüstlük kurallarına dayanmış ve rekabetin niteliğine, nasıl rekabet edilmesi gerektiğine yoğunlaşmıştır. Rekabet serbestisinin ve bu kurumun kendisinden beklenen sonuçları yerine getirmesini dürüst, doğru rekabetin tayininde gözönünde bulundurmamış, bu konuların haksız rekabet hukukunun konusunu oluşturmadığını savunmuştur.

Aslında, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu, rekabet ilişkilerini esas alır ve eylemin rekabet ilişkileri üzerindeki etkilerine bakar. Burada rekabet ilişkisinden kastedilen, sadece iki rakip arasındaki dar anlamda rekabet değil; aynı zamanda rekabet oyununa katılan diğer ilgililer(ürün sağlayıcıları ile müşteriler[tüketiciler]) arasındaki geniş anlamda rekabet ilişkisidir. Dolayısıyla, İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu, bu sınırlar içerisinde rekabetin bozulmasını engeller, düzeyini korumaya çalışır. Bu koruma, sadece rakiplerin değil, tüketicinin de yararına olmaktadır. Öte yandan, rekabetin korunması hukukunun rekabetten anladığı, rekabet sürecidir ve bu süreçte rekabetten beklenen olumlu sonuçlara ulaşılması hedeflenmektedir. Rekabet teorisi incelendiği vakit, rekabetin işlevlerini yerine getirmesi ve rekabetten beklenen olumlu sonuçlara ulaşılması hedefine haksız rekabet düzenlemeleri ile ulaşılmasının mümkün olmayacağı görülecektir. Şöyle ki;

rekabetin işlevselliği ve rekabetten beklenen sonuçlara[440] ulaşılması, rekabet teorisinde[441] aynı başlık altında ele alınmaktadır. Bunlar özet olarak şunlardır:

a) Üretim faktörlerinin koordinasyonu ve dağılımı(emek, sermaye, toprak ve eğitimli yöneticinin optimal şekilde dağılımı; nerede ihtiyaç varsa ve nerede ihtiyaca en uygun şekilde kullanılacaksa ve nerede en yüksek katma değer elde edilecekse)

b) Teknolojik gelişim

c) Gelir dağılımında denge

d) Teşebbüslerin iç sağlığı, sağlıksız olanların elenmesi vs. Tüm bu sonuçlar, ekonomi politikaları doğrultusunda belirlenen hedeflerdir.

Diğer yandan rekabetin işlerliği, pazarda rekabetin oluşabilmesi için gereken asgari şartların korunması, yoksa oluşturulması demektir. Bu şartlar; birbiriyle ikame edilebilecek mal ya da hizmet olması, bu mal ya da hizmeti arz eden en az iki müteşebbisin olması, talep eden en az bir kişinin olması ve bu kişilerin rekabet etme ruhuna sahip olmasıdır. Gerek yukarıda ifade ettiğimiz hedefler gerek bu hedeflere ulaşmak için oluşturulması gereken koşullar, kanaatimizce İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun, bu Kanun'u uygulayacak olanlara sunduğu araçlarla gerçekleştirilemez. Bu anlamda, Kanun'un Gerekçesi'nde kanunkoyucunun rekabet sürecine(rekabetin işlevselliği, rekabetten beklenen sonuçlara ulaşma) yaptığı atfı

[440] **STOCKMANN**, K.(Çev. ÖĞÜT, M.): 'Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması', Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet Boyutu, İzmir 1992, s. 20-25; **TOPÇUOĞLU**, s. 23-27.

[441] Öğretide pek çok rekabet teorisi geliştirilmiş olup, bunlar içerisinde Türk hukuk sisteminin de model olarak benimsediği etkin rekabet sistemidir. Hem etkin rekabet hem diğer rekabet teorileri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPÇUOĞLU**, s. 16-21; **WHISH**, R.: Competition Law, London, Edinburg 1993, s. 1-12.

yorumlarken, bu noktanın gözardı edilmemesi gerekir. Burada belki kanunkoyucunun, Haksız Rekabete Karşı Kanun'un Kartel Kanunu'nu tamamlayıcı bir şekilde uygulanabilmesi imkânını açık tutmayı istediği ihtimali üzerinde durulabilir. Bunun dışında, haksız rekabet hukukunun, ekonomi politikalarına yönelik hedeflerin gerçekleştirilmesine hizmet edemeyeceğini, bu nedenle, rekabet eyleminin hukuka aykırılığının ekonomi politikaları açısından arzu edilmeyen sonuçları ile birlikte ortaya konmasının ancak rekabetin korunması hukuku ve düzenlemeleri çerçevesinde yapılabileceğini ifade etmek istiyoruz. Vardığımız bu noktadan hareketle, birlik kuramının dayandığı gerekçelerin, günümüzde geçerliliğini yitirmiş olduğunu düşünüyoruz. Buna karşılık, haksız rekabet hukukunun, rekabet sürecinin bir parçası olan rekabet oyununda(mübadele süreci), bu oyuna katılanlar arasında dürüst rekabeti temin etmesi amacı, kanaatimizce, rekabetin korunması hukukundan farklı bir kapsamda ve ekonomi politikaları hedeflerinden bağımsız olarak, rekabetin kurum olarak korunmasına hizmet ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla, her iki hukukun, ancak bu çerçevede ortak bir kurumun, yani, rekabet kurumunun korunmasına katkıda bulunduğu ileri sürülebilecektir.

Pazar gücünün büyümesi ve piyasada faaliyet gösteren diğer rakipleri rekabette engelleyecek şekilde kullanılması halinde, Kartel Kanunu'nun uygulanamadığı durumlarda Haksız Rekabet Kanunu'na başvurulabileceğini ileri süren *vorfeld kuramı*'nı da kabul etmek mümkün değildir. Şöyle ki; bir kere, bu kurama sebebiyet veren durum, yani Kartel Kanunu'ndaki boşluk, sonradan yapılan düzenlemelerle ortadan kalkmıştır. İkinci olarak, pazar gücü ve kontrolü konusu, piyasadaki rekabetin niceliği ile ilgilidir ve ekonomik parametrelere dayalı olarak değerlendirilen, dolayısıyla ekonomi biliminin verilerini referans alan bir konudur.

Eylemin haksız olup olmadığını değerlendirirken eylemi yapanın pazardaki konumu, ekonomik analizle ortaya konacaktır. Haksız Rekabet Kanunu ise, rekabet ederken uyulması gereken standartları belirler ve böylelikle rekabetin düzeyini korur. Eylemin haksız rekabet olarak nitelendirilmesinde, eylemi yapanın pazardaki konumu değil, eylemin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı dikkate alınır. Bu nedenle, *vorfeld kuramı*'nın da geçerliliğini yitirdiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Haksız rekabet hukuku, ticarî hayatın gerektirdiği dürüstlüğü sağlamak ve rekabet etme serbestîsini bu yönden sınırlamak amacıyla ortaya çıkmıştır.

Rakibin kişiliği ile doğrudan bağlantısı bulunmayan ve hattâ rakip olmayanların menfaatlerinin de(müşteri, tüketici) zarar görebildiği farklı haksız rekabet eylemlerinin(aldatıcı reklamlar, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar gibi) ortaya çıkması neticesinde, dürüst rekabetin temin edilmesinde, sadece rakiplerin değil; toplumun(tüketici dahil) da menfaati bulunmaktadır. Bu yaklaşım, haksız rekabet hukuku ile korunan menfaat çevresinin genişlemesine zemin oluşturmuştur.

Haksız rekabet hukukunun, rekabete aykırı uygulamaların ortaya çıkması ve yaygınlaşması ile serbest piyasa ekonomisinin temel unsuru olan rekabet serbestîsini korumakta yetersiz kalması üzerine, kartel kanunları çıkarılmıştır. Kartel kanunlarının etkisiyle, haksız rekabetle ilgili kararlarda rekabet serbestîsi, toplumun rekabetin düzgün işlemesinden umduğu menfaatler ve dolayısıyla rekabetin kurum olarak korunması hususu giderek artan bir şekilde vurgulanmaya başlamıştır. Alman öğretisinde, "haksız rekabet hukukunun da rekabet serbestîsinin ve kurum olarak rekabetin korunmasına hizmet ettiği; çünkü haksız rekabet hukukunun, rekabetin korunması hukuku ile birlikte ekonomik düzenin gerçekleşmesine katkıda bulunduğu" ileri sürülmüş; bu görüşten hareketle, rekabete aykırı olup, Kartel Kanunu'nun uygulanamadığı hallere haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün işlevsel uygulanması suretiyle müdahale edilmesi gerektiği (birlik ve vorfeld

kuramları ile) savunulmuştur. Ancak, mahkemelerin, bu görüşü benimsememesi sonucunda, haksız rekabeti tanımlayan genel hükmün uygulama alanının rekabetçi piyasa yapısına yönelik müdahaleleri ele alacak genişlikte yorumlanması engellenmiştir. Konuya ilişkin olarak, İsviçre hukukunda ise, haksız rekabet hukukunun, ekonomi politikaları ile bir ilgisinin olmadığına dair görüşün etkisiyle, rekabet serbestîsine yönelik müdahaleler ve pazar gücünün denetimi konularının kartel kanunları çerçevesinde ele alınması fikri kabul edilmiştir.

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda kanunkoyucu, "Tüm ilgili taraflar lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesi" ibaresi ile, korumanın amacını ve süjelerini açıkça ifade etmiş ve bu suretle Kanun'un işlevini vurgulamaya çalışmıştır. İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun Gerekçesi'nde Kanun'un amacı konusunda yapılan açıklamalar, rekabetin korunmasına dair kanunların amacını ve hedeflerini çağrıştırmaktadır. Oysa Kanun'da geçen "*bozulmamış rekabet*" kavramından, piyasa ekonomisi kurumu olarak rekabetin bozulması anlaşılmamalıdır. İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu, dürüstlük kurallarına aykırı davranışın, ilgili mal ya da hizmetin tedavülü ile bağlantısı olan çevrelerin pazar davranışını ve böylelikle pazara katılanlar arasındaki ilişkileri etkileyip etkilemediği ile ilgilenir. Davranışın ya da kullanılan yöntemin, salt aldatıcı nitelikte olmasından hareketle haksız rekabet teşkil edeceği söylenemez. Bu nedenle, İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının pazara katılanlar bakımından dürüst ve bozulmamış rekabetin temini olarak yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz. 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda yer alan düzenlemeler

de, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda mevcut olan hükümlere büyük bir benzerlik göstermektedir.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete dair hükümleri, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanmış olup, kaynak Kanun hakkında İsviçre öğretisi ve uygulaması bakımından yapılan açıklamaların 6102 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanmasında da dikkate alınması gerekmektedir.

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 1'nci maddesinin karşılığı olan 6102 sayılı Kanun'un 54'ncü maddesi ile, dürüst davranma kuralının haksız rekabetin teşhisinde belirleyici hâle geldiği vurgulanmaktadır. Kanun'un amacının açıkça kaleme alınmış bulunduğu bu madde, kanaatimizce, haksız rekabetle ilgili hükümlerin işlevini daha isabetle ortaya koymaktadır. Zira, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinden farklı olarak, iktisadî rekabet de dahil olmak üzere rekabet oyununa dahil olanlar arasındaki dürüst ve bozulmamış rekabetin teminini hedeflemektedir.

Nitekim, Yargıtay'ın son dönemde verdiği bazı kararlarda, "haksız rekabet hükümlerinin, sadece rakipleri değil; rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçladığını" belirtmesi, kanaatimizce, Yargıtay'ın, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin işaret ettiği "tüm ilgililerin lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temini" ilkesine yakın duran bir anlayışı benimsediğini ve

yürürlükteki haksız rekabet hükümlerine işlevsel bir nitelik kazandırma gayreti içerisinde olduğunu ortaya koymuştur.

"Tüm ilgililerin lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temini" amacına yönelik olarak, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi ile getirilen bir diğer yenilik de, müşterilere, ekonomik menfaatlerinin zarar görme tehlikesi içerisinde olması halinde de dâva açma hakkının tanınması, birliklerin dâva haklarının ise üyelerinin dâva haklarına bağlı olmaktan kurtarılmasıdır.

Haksız rekabet hukuku ile rekabetin korunması hukuku arasındaki sınırın tayini konusunda değişik hukuk düzenlerinde ileri sürülen, "her iki hukukun da rekabet serbestisinin ve kurum olarak rekabetin korunmasına hizmet ettiği ve amaçları arasında fark olmadığı" görüşüne katılmıyoruz. Haksız rekabet hukukunun, rekabet sürecinin bir parçası olan rekabet oyununda(mübadele süreci), bu oyuna katılanlar arasında dürüst rekabeti temin etmesi amacı, kanaatimizce, rekabetin korunması hukukundan farklı bir kapsamda ve ekonomi politikaları hedeflerinden bağımsız olarak, rekabetin kurum olarak korunmasına hizmet ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla, her iki hukukun, ancak bu çerçevede, ortak bir kurumun, yani, rekabet kurumunun korunmasına katkıda bulunduğu ileri sürülebilecektir.

Ayrıca, piyasanın işleyişini bozan her eylemin, aynı zamanda rekabet serbestîsini de ihlâl edeceği görüşünü paylaşmıyoruz. Zira, piyasanın işleyişi, sadece rekabet serbestîsini değil, aynı zamanda, piyasaya katılanların karar alma serbestîlerini de ihlâl eden ve bazen de bizzat piyasanın işleyişini bozmaya yönelik eylemler nedeniyle aksayabilmektedir.

Keza, "rekabetin korunması hakkındaki düzenlemelerin uygulanamadığı durumlarda bu boşlukları doldurmak üzere haksız rekabet kurallarına başvurulacağı" görüşüne de katılmamaktayız. Zira, bu görüş, belli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin, piyasa yapısı üzerinde, rekabeti bütünüyle ya da önemli ölçüde ortadan kaldırabilecek düzeydeki uygulamaları açısından ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, pazar gücünün denetimi ve piyasa yapısının korunması konuları, haksız rekabet hukukunun uygulama alanı içerisinde değil; münhasıran, rekabetin korunması hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir.

BİBLİOGRAFYA*

Abik, Y.: **Promosyonlu Satım Sözleşmesi**, Ankara 2002.

ARKAN, S.: 'Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar', **Batider** 2001, C. XXI, S. 1, s. 21-43.

ARKAN, S.: 'Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki', **Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara 2003, s. 3-12.

ARKAN, S.: 'Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar', **Batider** 2004, C. XXII, S. 4, s. 5-20.

ARN, R.: **La publicité choquante, vers une nouvelle dimension du droit de la concurrence déloyale?**, Etude des droits allemand, finlandais, norvégien, français et suisse, Thèse, Lausanne 2001.

ARSLANLI, H.: **Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumî Hükümler**, 3. B., İstanbul 1960.

ASLAN, İ.Y.: **Rekabet Hukuku, Türkiye'de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi**, Bursa 1993.

ASLAN, İ.Y.: **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa 2001.

AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Doktora Tezi, Ankara 2000.

AYHAN, R.: **Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi**, Konya 1990.

BADUR, E.: **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)**, Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara 2001.

* Kaynakçada kısaltılmış şekilleri gösterilmemiş olan eserler, metinde sadece yazarlarının soyadı ile belirtilmiştir. Bir yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde ayrıca gösterilmiştir.

BASTIAN, E. M.: 'Comparative Advertising in Germany-Present Situation and Implementation of EC Directive', **IIC** Vol. 31, 2/2000, s. 151-161.

BAŞTUĞ, İ./ERDEM, E.: **Ticarî İşletme Hukuku**, Ankara 1997.

BAUDENBACHER, C.: 'Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG', **ZHR**, 1980, s. 145-170.

BAUDENBACHER, C.: Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, **ZBJV**, 1983, s. 161-187.

BAUDENBACHER, C.: 'Neues Kartellgesetz-Neues UWG', in: **ZACH**, R. (Hrsg): **Kartellrecht auf neuer Grundlage**, Bern 1989, s. 345-370.

BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: **Wettbewerbsrecht**, München 2001.

BAYKAL, C. M.: "Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Bakımından Gazete Promosyonları", **Yargıtay Dergisi**, C. 23/3, 1997, s. 341-371.

BEIER, F.: 'The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany-An Outline', **IIC** 1973, Heft 01, s. 77-89.

BEIER, F.K.: 'The Law of Unfair Competition in the European Community-Its Development and Present Status', 1985, 10 **EIPR**, s. 284-291.

BERGER, M.: 'Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz', (in) **Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht**, Zurich 1995, s. 31-50.

BERGER, M.: **Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG**, These, Zurich 1998.

BİLGİŞİN, Ş. M.: **Ticaret Hukuku Prensipleri**, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1948.

BOZBEL, S.: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Ankara 2006.

BUECHE DE COURT, F.: **La Concurrence Déloyale et Les Droits de la Personalité en tant que Restrictions de la Publicité**, Etude Comparée de Droits Civils Suisse, Allemand et Français, Thèse, Lausanne 1979.

BURGI, J./LANG, C.: 'Momentaufnahme des Lauterkeitsrechts', **recht** 1998, s. 237-256.

CEYLAN, E.: 'Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar', **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2/2003, s. 193-215.

DALAMANLI, L.: 'Haksız Rekabet', **Adalet Dergisi** 1961, s. 664-675.

DEMİR, M.: '4282 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler', **Batider** 2003, C. XXII, S. 1, s. 201-236.

DESSEMONTET, F.: **La Propriété Intellectuelle**, Lausanne 2000.

DE VREY, R. W.: **Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families, a comparative study of English, German and Dutch law in light of existing European and international legal instruments**, Thesis, Utrecht 2005.

DİRİKKAN, H.: **Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler**, İzmir 1996.

DOĞANAY, İ.: 'Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtayca Nasıl Uygulanıyor?', **Batider**, Mart 1970, C. V, S. 3, s. 531-561.

DOMANİÇ, H.: **Ticaret Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul 1970.

DOĞANAY, İ.: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. 1, Ankara 2004.

DOMINGUEZ PEREZ, E. M.: "Review of Comparative Advertising-German Case Law in Light of EC Directive", **IIC** Vol: 32, 1/2001, s. 20-51.

DUTOIT, B.: 'Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre', **La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne**, Lausanne 1988, s. 17-34.

DUTOIT, B. : 'Droit de la concurrence déloyale et rapport de concurrence: un couple indissociables? Un essai de réponse comparative', **Mélanges en l'Honneur de Jacques-Michel Grossen**, 1993, Publié par la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université de Neuchâtel, s. 297-313.

ERDEM, E.: 'Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi', **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Armağanı**, C. I, İstanbul 2002, s. 377-398.

EREM, S. T.: **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku Prensipleri**, C. I, Ticarî İşletme, 3. B., İstanbul 1967.

FINGER, M./SCHMIEDER, S.: 'The New Law Against Unfair Competition: An Assessment', **German Law Journal**, Vol. 6, No. 1, 1 January 2005, http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=500.

FRANKO, N.: 'İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet(TTK m. 57 f. 5)', **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, 2001, s. 115-140.

GÖLE, C.: **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, BTHAE, Ankara 1983.

GRISEL, A.: 'La notion de la concurrence déloyale selon article 48 du Code des obligations et la loi fédérale sur la concurrence déloyale', **JdT** 1945 I 162, s. 162-186.

GUILLERON, P.: 'Les noms de domaine: Possibilités de protection et de résolution des conflits', **sic!** 2000, p. 71-83.

GUYET, J.: 'Les actions en justice', **La nouvelle loi contre la concurrence déloyale, Travaux de la Journée d'étude organisée par le centre du droit de l'entreprise le 1o Mars 1988 à l'Université de Lausanne**, Lausanne 1988, s. 89-108.

GÜL, İ.: **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000.

HEIDENREICH, J. P.: 'The New German Act Against Unfair Competition', http://www.iuscomp.org/gla/literature/heidenreich.htm.

HEIM, S.: "Protection of competitors, consumers and the general public—The New German Act Against Unfair Competition", **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, Vol. 1, No: 8, July 2006, s. 524-538.

HENNING-BODEWIG, F.: ' A New Act Against Unfair Competition in Germany', **IIC** Vol. 36, 4/2005, s. 421-433.

HENNING-BODEWIG, F.: **Unfair Competition Law, European Union and Member States**, The Hague 2006.

HERTIG, G.: 'Les Nouvelles LCD et LCart: Convergences et Divergences', (in) **Das UWG auf neuer Grundlage**, 1989, s. 37-69.

HIRSCH, E.: **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Bası, İstanbul 1946.

İMREGÜN, O. : **Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Ticaret Ortaklıkları, Kıymetli Evrak**, İstanbul 1984.

İNAN, T. N.: 'Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi', **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları I**, Ankara, Ekim 1999, s. 3-30.

KARAYALÇIN, Y**.: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara 1968.

KAUFMANN, P.J.: Passing off and Misappropriation', **IIC Studies**, Vol. 9.

KIRCA, İ.: 'Tüketicilerin Hisslerine Yönelik Reklamlar', **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, BTHAE, Ankara 1998, s. 333-347.

KORALNIK, A.: 'La publicité comparative en droit Suisse et en droit comparé', **RDSA** 2000, s. 111-120.

KÖHLER, A./BORNKAMM, J.: Wettbewerbsrecht, 23. A., München 2004.

KUBİLAY, H.: 'Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk-Haksız Rekabet', **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir 2000, s. 543-561.

KUBİLAY, H./YILDIRIM, A.H./AYAN, Ö./GÖKSOY, Y.C.: **Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme MD. 1-135, İçtihatlar-İsviçre Federal Mahkemesi Kararları**, İstanbul 2004.

MARTIN-ACHARD, E.: 'La notion de la concurrence déloyale', **JdT** 1977, s. 34-57.

MARTIN-ACHARD, E. : **La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale**, Lausanne 1988.

MARTIN-ACHARD, E . : 'Les Principes Généraux de la Nouvelle Loi', **La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la jounée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne**, Lausanne 1988, s. 9-15.

MATILE, J.: 'L'Avilissement des prix constitue-t-il un acte de concurrence déloyale?', **SJZ** 1956, Heft 6, s. 91-92.

Message du CF à l'Assemblé fédéral à l'appui d'une loi sur la concurrence déloyale du 3 novembre 1943, FF 4320.

Message du CF à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038.

MEMİŞ, T.: 'İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar', **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Erzincan 2000, C. VI, S. 1-2, s. 463-478.

MEMİŞ, T.: 'Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Sorunlar', **Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukuk'ta Etkiler Sempozyumu 2001**, Ankara, s. 203 vd.

MİMAROĞLU, S. K.: **Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku**(Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme), Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1978.

MOROĞLU, E.: 'Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları', **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI**, Ankara 13-14 Mayıs 1994, Batider, s. 5-31.

NOMER, N. F.: "İnternet Alan Adının(Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı**, İstanbul 2001, s. 395-419.

ODMAN BOZTOSUN, N. A.: 'Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması', **XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, 9- 10 Aralık 2005, BTHAE, Yayin No : 427, Ankara 2005, s. 197-235.

OECD, **Predatory Pricing**, 1989, www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf.

ÖRS, F. H.: **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi**, Ankara 1958.

ÖZDEMİR, N.: 'Türk Hukukunda Haksız Yarışma(Rekabet)', **Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi**, 1969, C. 1, S. 2, s. 1 vd.

ÖZTEK**,** S.: 'Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri', **Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan**, s. 417-429.

PEDRAZZINI, M. : 'La bonne foi en droit de la concurrence', in: **Abus de Droit et Bonne Foi**, Enseignement de 3ème Cycle de Droit 1992, Publié sous la direction du Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg 1994, s. 181-190.

PERRIN, A. : **La Concurrence Êconomique, selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale**, du 30 septembre 1943, Thèse, Lausanne 1960.

PINAR, H.: 'Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG-Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar', **FMR** 2006/3, s. 117-149.

POROY, R.: 'Avrupa Ekonomi Topluluğunda Rekabet Hukuku', **Avrupa Ekonomi Topluluğu, Çeşitli Sorunlar Üzerine Konferanslar**, İstanbul 1973, s. 59-70.

REIMER, D.: **La Répression de la Concurrence Déloyale en Allemagne**, Paris 1978.

REMICHE, B.: 'La relation actuelle entre le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale est-elle satisfaisante?', **R.I.C.** 1995, No: 2, s. 35-62.

REMICHE, B.: 'Droits de la concurrence et de la concurrence déloyale: objects différents et objektif commun', **R.I.C.** 1996, No : 2, s. 29-39.

ROUBIER, P.: **Le droit de la propriété industrielle**, Vol. 2, Paris 1952-1954.

SANLI, K. C.: **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği**

Kararlarının Geçersizliği, Yüksek Lisans Tezi(Rekabet Kurumu Yayını), Ankara 2000.

SCHRICKER, G.: 'Unfair Competition and Consumer Protection in Western Europe, **IIC** 4/1970, s. 415-450.

SCHRICKER, G.(Çev. ÖCAL, A.): **Avrupa Ekonomi Topluluğuna Dahil Ülkelerde Haksız Rekabetin Önlenmesi**, Ankara 1971.

SCHRICKER, G.: 'Comparative Testing of Products and Services under German Law', **IIC** 1977, Heft 01, s. 54-58.

SCHRICKER, G.: 'Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments', 3 **IIC** (1977), s. 185-228.

SCHRICKER, G: 'Twenty-Five Years of Protection Against Unfair Competition', **IIC** 1995 Heft 06, s. 782-801.

SOSNITZA, O.: 'German Law of Unfair Competition; Toward Liberal Standarts', **IIC** Vol. 36, 5/2005, s. 525-542.

SYMONS, N.: 'Merchandising Through the Use of Lotteries and Contests: A Study of Trade Regulation in Germany and United States', **IIC** 1977, Heft 04, s. 322-349.

ŞEHİRALİ, F. H.: 'Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar', **Türkiye'de Fikrî-Sınaî Hakların Etkin Uygulanması Sempozyumu**, 6-7 Mayıs 2004 İstanbul, http://www.abgm.adalet.gov.tr/8-2-TR-Sehirali.pdf.

TEOMAN, Ö.: **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. I, Hukukî Mütalaalar 1998-1999.

TERCIER, P./BOVET, C.: **Droit de la Concurrence, Commentaire Romand**, 2002.

TOLUN, O.: 'Gayrî Kanunî Rekabet Hukukunda Amme Menfaatleri', **Adalet Dergisi**, S. 5, 1956, F. 4, s. 522vd.

TOPÇUOĞLU, M.: **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2001.

TROLLER, K. : 'Les interrelations entre l'ancienne et la nouvelle loi contre la concurrence déloyale selon l'interprétation du Tribunal fédéral', **SJZ**, 85. Jahrgang, 1989, s. 134-137.

TROLLER, K. : **Manuel du droit suisse des biens immatériels**, Tome 2, Basel 1996.

TROLLER, K. : **Précis du droit suisse des biens immatériels**, Basel 2001.

TTK Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005.

ULLRICH, H.: 'Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?', EUI Working Paper, Law No. 2005/01, http://www.iue.int/PUB/law05-01.pdf

ULMER, E.: 'Unfair Competition Law in the European Economic Community', **IIC** 1973, s. 188-200.

ULMER, E./KRASSER, R.: **La répression de la concurrence dans les Etats membres de la Communauté économique européenne**, France, Tome 4, Paris 1972.

UZAR, G. N.: "Haksız Rekabet Hukuku ve Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki", Yayınlanmamış Ödev, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk(Ticaret Hukuku) Doktora Programı, Haksız Rekabet Hukuku Dersi Ödevi, Ankara 2002.

ÜNAL, Ş.: 'Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet', **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 1988, S. 1, s. 71-83.

VALLOTTON, J.: **La concurrence déloyale et la concurrence illicite**, Thèse, Lausanne 1895.

VANDEVELD, T.: **Les moyens d'action des consommateurs face aux pratiques commerciales abusives**, Etude de droit comparé, Thèse de licence et de doctorat, Université de Lausanne, 1979.

VASELLA, D.: 'Zur Fallgruppe der Behinderung und beschreibenden Domainnamen: Der «tax-info» Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt', **sic!** 2/2005, 143, Zur Diskussion, s. 1-7.

WAGEN**,** G.: **La théorie des droits de la personnalité et la notion de concurrence déloyale**, Êtude de droit suisse, Thèse, Lausanne 1952.

WIPO, **Protection Against Unfair Competition, Analysis of the Present World Situation**, Cenevre 1994.

YILMAZ, M.: '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, S. 4, Yıl: 2006, s. 1478-1536.

ÖZET

Haksız rekabet hukuku, ticarî hayatın gerektirdiği dürüstlüğü sağlamak ve rekabet etme serbestîsini bu yönden sınırlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. İlk olarak, haksız rekabet eyleminden zarar gören rakiplerin menfaatleri(ekonomik kişilikleri) korunmuştur. Daha sonra, rakibin kişiliği ile doğrudan bağlantısı bulunmayan ve hattâ rakip olmayanların menfaatlerinin de(müşteri, tüketici) zarar görebildiği farklı haksız rekabet eylemlerinin ortaya çıkması neticesinde, dürüst rekabetin temin edilmesinde, sadece rakiplerin değil; toplumun(tüketici dahil) da menfaatinin bulunduğu kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, haksız rekabet hukuku ile korunan menfaat çevresinin genişlemesine zemin oluşturmuştur.

Kartel kanunlarının etkisiyle, haksız rekabet hukukunun da tıpkı rekabetin korunması hukuku gibi, rekabet serbestisini ve rekabeti kurum olarak koruduğu, bu sebeple, ekonomik düzenin gerçekleşmesine katkıda bulunduğu ve ekonomi politikaları ile ilgisinin olduğu ileri sürülmüş ve uygulama alanının genişletilmesi önerilmişse de, bu görüşler kalıcı olamamıştır.

Haksız rekabet ile ilgili düzenlemelerin(1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabetle ilgili hükümleri) amacı, tüm ilgililerin lehine dürüst ve bozulmamış rekabeti temin etmektir. "*Bozulmamış rekabet*" kavramından, piyasa ekonomisi kurumu olarak

rekabetin bozulması anlaşılmamalıdır. Haksız rekabet hukuku, dürüstlük kurallarına aykırı davranışın, ilgili mal ya da hizmetin tedavülü ile bağlantısı olan çevrelerin pazar davranışını ve böylelikle pazara katılanlar arasındaki ilişkileri etkileyip etkilemediği ile ilgilenir. Davranışın ya da kullanılan yöntemin, salt aldatıcı nitelikte olmasından hareketle haksız rekabet teşkil ettiği söylenemez. Bu nedenle, haksız rekabetle ilgili düzenlemelerin amacının, pazara katılanlar bakımından dürüst ve bozulmamış rekabetin temini olarak yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz.

Öte yandan, belli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin, piyasa yapısı üzerinde, rekabeti bütünüyle ya da önemli ölçüde ortadan kaldırabilecek düzeydeki uygulamaları, haksız rekabet hukukunun uygulama alanı içerisinde değerlendirilemez. Pazar gücünün denetimi ve piyasa yapısının korunması, münhasıran rekabetin korunması hukukunun konularıdır. Dolayısıyla, haksız rekabet hukuku ve rekabetin korunması hukuku, farklı açılardan rekabet kurumunun korunmasına hizmet etmektedir.

ABSTRACT

Unfair competition law aims at assuring fairness in commercial affairs and restricting the freedom of competition from this respect. Firstly, the interests(the economic personality) of competitors who were damaged by the unfair competition act were protected. Next, as a result of different unfair competition acts which are not directly related to the personality of the competitor and even by which the interests of non-competitors might be damaged(client, consumer), it has been accepted that not only the competitors, but, also the public(including consumer) has an interest on the assurance of fair competition. This approach has established a basis for the enlargement of the scope of protected interests.

Under the influence of cartel laws, it has been claimed that, like competition law, unfair competition law protects the freedom of competition and the competition itself as an institution and therefore, unfair competition law contributes to the settlement of economic order and has a relation with economy policies and its scope of application should be extended. Nonetheless, this idea did not remain.

The aim of the unfair competition rules(Swiss Code Against Unfair Competition, German Act Against Unfair Competition and the provisions on unfair competition of Turkish Commercial Code which shall enter into force by July 2012) is in favour of all concerned parties, to assure fair and undistorted competition. By the concept of "*undistorted competition*", it should not be understood the distortion

of competition as an institution of market economy. Unfair competition law is concerned with whether the unfair conduct influences or not the market behaviour of the milieu, which is related to the exchange of the concerned good or service, and eventually the relations between market participants. The conduct or the applied method could not be qualified as unfair competition, solely by its deceptive nature. For this reason, the aim of the unfair competition rules should be interpreted as the assurance of fair and undistorted competition with respect to the market participants.

However, the practices of enterprises with certain market power, which could annihilate, completely or to a considerable extent, the competition in the market could not be treated in scope of unfair competition law. The control of market power and the protection of market structure are exclusively the matters of competition law. Therefore, unfair competition law and competition law serve to the protection of competition as an institution from different aspects.