
PROF. DR.
TURGUT AKINTÜRK'E
ARMAĞAN

Beta

II

Yayın No : 1896
Armağan : 9

YAYIN KOMİSYONU(*)

Prof. Dr. Ahmet MUMCU, Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI,
Yrd. Doç. Dr. Hülya TÜRKMEN, Yrd. Doç. Dr. Mürsel BAŞGÜL,
Öğr. Gör. Dr. Derya ATEŞ, Öğr. Gör. Atiye B. UYGUR,
Arş. Gör. Alper BULUR, Arş. Gör. Serhat GÜVEN

(*) *Armağanın hazırlanmasında büyük bir titizlik gösteren Beta Yayın Dağıtım A.Ş.'nin, başta yönetim kurulu başkanı Seyhan Satar olmak üzere, dizgide ve baskıda emeği geçen tüm çalışanlarına teşekkürlerimizi sunarız.*

EDITÖRLER

Dr. Derya ATEŞ
Alper BULUR

ISBN 978 - 975 - 295 - 793 - 0

Dizgi : Beta Basım A.Ş.
Baskı - Cilt : Kahraman Ofset
Bağcılar/İstanbul (0-212) 629 00 01
Kapak Tasarım : Gülgonca Çarpık

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No. 13-15
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
e-mail: betakitap@betakitap.com
www.betakitap.com

2008

REKLAM HUKUKUNUN ESASLARI

*Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR, LL.M. (München)**

I. Reklamın İşlevi

Reklamın değişik işlevleri bulunmakla birlikte bunların başında bilgilendirme işlevi gelmektedir. Reklam aracılığıyla üreticiler, kendi ürünleri hakkında tüketicileri bilgilendirmektedirler. Böylece tüketiciler belirli bir ürünü diğerlerinden ayırt eden özelliklerden haberdar edilerek onların doğru tercih yapmaları sağlanır. O halde piyasa sisteminin işlemlerini sağlayan bir kurum olarak reklamın sağladığı bilgi akışı olmadan tüketicinin tercih hakkı etkili kılınmaz. Bu amaçla reklamlar tüketicilerin bir üründen neyi beklediklerini açığa çıkarma konusunda yardımcı olurlar. Hedeflenen tüketicilerdeki bu beklentilere yönelik mesajların vurgulanması da reklamın doğasındandır¹.

Serbest piyasa ekonomilerinde açık bir şekilde ortaya çıkmıştır ki, reklam bir rekabet unsurudur ve piyasaya girişte, fiyatları düşürmekte ve tüketici refahını artırmakta kullanılan bir araçtır². Zira şirketlerin pazarlama anlayışı zamanla değişime uğrayarak, 1900'lü yılların başından 1930'lara kadar süren ürün odaklı ve 1930-1950 arasında satış odaklı pazarlama anlayışı artık yerini tüketici odaklı bir anlayışa bırakmıştır. Böylece tüketicilerin ihtiyaç ve istekleri pazarlamanın odak noktası olmuştur. Özellikle de 1980'lerin başında müşteri grupları küçülmüş ve her bir müşteri grubunun hayat tarzı, satın alma alışkanlıkları istek ve ihtiyaçlarına göre yeni pazarlama planları ve buna paralel olarak da iletişim planları yapılmıştır³.

Reklamlar içinde özellikle karşılaştırmalı reklamlar; ürünler arasındaki

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

¹ *Gray, John*: Reklam Yasakları ve İfade Özgürlüğü, (Çev.: Ataç Ünlü), Ankara 1997, s. 29 vd.

² *Ekulund, Robert B./Saurman, Davis S.*: Reklam ve Piyasa Süreci, (Çev. Vural Savaş), Ankara 1999, s. 154.

³ *Elden, Müge / Ulukök, Özkan / Yeygel, Sinem*: Şimdi Reklamlar, İstanbul 2005, s. 23 vd.

benzerlik veya farklılıkları göstererek tüketicinin tercih hakkını bilinçli bir şekilde kullanmasında ve çıkarlarını korumasında en etkili yöntemlerden biri olmuştur⁴.

Reklamların bir sektöre girişi engelleyen bir unsur olduğu yönündeki eleştirisine karşı olarak aslında reklamın bir sektöre giriş aracı olduğu, piyasaları daha az değil, aksine daha rekabetçi yaptığı çağdaş iktisatçılar tarafından kabul edilmektedir⁵. *Gourmet* kararında Avrupa Toplulukları Mahkemesi (Adalet Divanı, ATM) reklamların, pazara girme ve pazarı etkileme işlevini açıkça tanıtmıştır⁶.

Reklamlar karşısında tüketicilerin pasif kaldığı ve reklam ile rekabetin uyuşmadığı yönündeki geleneksel görüşün aksine çağdaş iktisatçılar rasyonel tüketici teorisini ileri sürmüşlerdir. Buna göre rasyonel tüketici, tercihlerini kişisel

⁴ *Gray* (dn. 1), s. 5 vd.

⁵ *Ekulund/Saurman* (dn. 2), s. 51 vd., 68, 117.

⁶ Bu karar konu olayda İsveç'teki alkollü içeceklerin reklam yasağı ATA m. 28 vd. hümlerinde düzenlenen malların serbest dolaşımı açısından ele alınmıştır. İsveç'te kanunen öngörülen alkollü içkilerin reklamı, belli satış yerleri haricinde yasaktır. Ancak bu yasa, satış yerlerinde dağıtılan ilanlar ve büyük bir bölümü alkollü içeceklerin üreticilerine ve bu tür içeceklerin servisinin yapıldığı otel ve restoran sahiplerine yönelik meslek dergileri için geçerli değildir. 9300 aboneli olan *Gourmet* adlı İsveç dergisinin abonelerinin % 90'ı bu tür kişilerden oluşurken, sadece % 10'u özel kişilerdir. Derginin bir sayısı 3 sayfalık alkollü içecek reklamı içermektedir. Bu üç sayfalık reklamın bir sayfası kırmızı şarap, iki sayfası da viski reklamından oluşmaktadır. İsveç'teki tüketici haklarını korumakla görevli Ombudsman tarafından dergi aleyhine dava açılır. Yerel mahkeme, belirli ticari reklamları tamamen yasaklayan ulusal düzenlemelerin ATA m. 28 ile bağdaşıp bağdaşmadığının cevabı için ATM'ye başvurur. ATM kararında, alkollü içeceklerin reklamlarının yasaklanmasının esas itibarıyla ATA m. 28'e aykırı olmayacağını belirtmiştir. Ama bu karardaki ATM'nin gerekçeleri ve özellikle bu tür yasaklamaların, üye devletler arasında ticaretin örtülü bir şekilde sınırlandırılması olup olmadığının araştırılmasıyla ATM'nin yerel mahkemeyi görevlendirmesi, *De Agostini* kararından daha ileri bir adımdır.

Gourmet kararında ATM ilk önce, İsveç'teki reklam yasağının sürüme ilişkin bir tedbir olmasına rağmen, bu yasağın etkisinin pazara girişte İsveç mallarına nazaran diğer üye devletlerin mallarını daha kuvvetli etkileyeceğini kabul etmiştir. Çünkü, İsveçli tüketiciler yerli mallara gayri iradi olarak daha fazla alışkınlardır. Bu yüzden alkollü içeceklerin reklamının yasaklanması ATA m. 28 anlamında yasaklanan bir tedbir olmasa da, bu yasağın ATA m. 30'da düzenlenen haklı sebeplerden olan, sağlığın korunması gerekçesiyle meşru olduğu ATM tarafından kabul edilmiştir. Bunun şartları olarak da bu tedbirlerin, ölçülü olması, taraflar arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama oluşturmaması gerekir. Davaya katılan İsveç Hükümeti temsilcisi tarafından İsveç'teki reklam yasağının ölçülü olduğu, bu yasağın reklama ilişkin tam bir yasak olmadığı iddia edilmiştir. Çünkü redaksiyonel olarak ve internet üzerinden alkollü içeceklerin reklamının yapılabildiği ve dahi talep edildiği takdirde kişilere reklam broşürlerinin gönderilmesinin İsveç'te yasak olmadığı vurgulanmıştır. ATM bu iddiaları yerinde bulmakla birlikte, bu kararda reklamların, pazara girme ve pazarı etkileme işlevini açıkça tanıtmıştır. *De Agostini* kararına benzer bir şekilde ATM sonuç olarak, hukuki ve fiili durumlar dikkate alınarak alkolün zararlı etkilerine karşı sağlığı koruyan tedbirlerle, Topluluk içi ticareti daha az sınırlandıracak başka tedbirler bulunmadığı takdirde, malların serbest dolaşımının sınırlandırmanın mümkün olabileceğini belirtmiştir. C-405/98 sa. ve 08.03.2001 tarihli karar için bkz. <http://curia.europa.eu>.

Malların serbest dolaşımı ve ilgili kararlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Pınar, Hamdi*: Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002: Fikri Haklar ve Rekabet Hukuku Ankara 2002, s. 692 vd.

çıkarına göre yapan bir birey olup, tercihleriyle refahını arttırmaya veya onu azaltacak etkilerden kaçınmayı ümit etmektedir. Tüketicinin rasyonel bir varlık olarak kabul edilmesiyle reklam ile rekabet birbiriyle bağdaştırılmıştır. Zira piyasanın işleyişi bir süreç olarak ele alındığı zaman, reklam rekabeti teşvik eden bir güç hatta rekabet işleminin bir unsuru olabileceği ifade edilmiştir. Özellikle tüketicileri fiyat değişimleri karşısında tepkisiz bırakmak şöyle dursun, onlara diğer mallar ile ilgili bilgiler sağladığı için reklam, tüketicileri fiyat değişimlerine daha duyarlı hâle getireceği vurgulanmıştır⁷.

Reklamcı ise, tüketicinin mülkiyet hakkını ihlâl etmeden ona, daha önce farkında olmadığı bir fırsatı tanıma imkanı vermektedir. Böylece tüketicinin gözlerinin açılarak daha önce dikkat etmediği şeyleri görmesi sağlanmaktadır⁸.

II. Türk Reklam Sektörü

Reklamcılar Derneği'nin verilerine göre, 2006 yılında 3.675 milyon YTL olarak tahmin edilen bir hacme ulaşan Türk reklam sektörü büyüklük açısından hiç de azımsanmayacak bir sektör haline gelmiştir⁹.

A. Reklam ve Medya Ajanslarının Yapısı

Sektördeki reklam ajanslarının yapısı incelendiğinde; müşteri ilişkileri, yaratıcı ve medya bölümlerine sahip ve müşterilerine tüm mecralarda hizmet verebilecek biçimde örgütlenmiş ajans sayısının 100 dolayında olduğu Reklamcılar Derneği tarafından bildirilmektedir. Ancak bu üye ajanslardan yalnızca 2'si 1960 yılından önce kurulmuştur. Bunların en kıdemlisinin kuruluş tarihi ise 1909'dur. 57 tanesi 1980 yılından sonra kurulmuştur. Reklamcılar Derneği, reklam ajanslarında çalışanların toplamının 3000 dolayında olduğunu tahmin etmektedir¹⁰.

B. Sayılarla Sektör Büyüklüğü

Reklamcılar Derneği verilerine göre, reklam taşıma potansiyeli bulunan medya kuruluşları olarak

⁷ *Ekulund/Saurman* (dn. 2), s. 48 vd.

⁸ *Kirzner, Israel M.: Ekulund/Saurman* (dn. 2) kitabının sunuş yazısı: Takdim Açık Bir Evrende Reklam, s. xi vd.

⁹ Bkz. www.rd.org.tr (son yararlanma: 05.06.2007).

¹⁰ Bkz. www.rd.org.tr (son yararlanma: 05.06.2007).

- 16'sı ulusal, 15'i bölgesel, 229'u yerel ölçekte yayın yapan 260 televizyon kanalı (53'ü kablolu),
- 30 ulusal, 108 bölgesel 1062 yerel yayın yapan 1200 radyo istasyonu,
- tüm ülkede dağıtımı yapılan 32 gazete ve 85 dergi sayılabilir¹¹.

Yıllara göre sektör büyüklüğünü araştıran Reklamcılar Derneği, tüm bu kuruluşlar, ölçülebilir belli başlı mecralar olan ulusal televizyon kanalları, ulusal gazete ve dergiler, ulusal ve bazı bölgesel radyolar, tüm sinemalar ve tüm açık-hava meca kuruluşlarına ödenen yayın ücretleri olarak USD ölçeğinde şöyle bir tablo ortaya koymuştur¹²:

- 1993'te 650-700 milyon USD,
- 1994'te 375 milyon USD,
- 1995'te 635 milyon USD,
- 1996'da 770 milyon USD,
- 1997'de 950 milyon USD,
- 1998'de 930 milyon USD,
- 1999'da 925 milyon USD,
- 2000'de 1.055 milyon USD,
- 2001'de 540 milyon USD,
- 2002'de 730 milyon USD,
- 2003'de 879 milyon USD,
- 2004'te 1.308 milyon USD,
- 2005'in ilk altı ayında 718 milyon USD,
- 2005'te 1.665 milyon USD
- **2006'da ise 2.087 milyon USD (1 USD = 1, 32 YTL) olarak gerçekleşmiştir.**

Bu veriler dikkate alındığında ekonomik kriz yılları olan 1994 ve 2001'deki sektör hacminde büyük daralmalar olduğu göze çarpmaktadır. Bu da reklam sektörünün ekonomik krizlerde en çok etkilen sektör olduğunu ortaya koymaktadır.

¹¹ Bkz. www.rd.org.tr (son yararlanma: 05.06.2007).

¹² Bkz. www.rd.org.tr (son yararlanma: 05.06.2007).

Reklamcılar Derneği'ne göre, ana mecra yayın gelirlerinden ibaret olan yukarıdaki sayılar, reklam sektörünün büyüklüğünü tam olarak göstermemektedir. Bu sayıya reklam yapım, basılı malzeme giderleri ile reklam ajansı komisyonları ve ölçülemeyen yerel medya gelirleri eklendiğinde Reklamcılar Derneği, sektörün gerçek büyüklüğü 2006 yılında 3.675 milyon YTL olarak tahmin etmektedir¹³. Son yıllarda Türkiye ekonomisinde büyümenin (yıllık %6-7) devam etmesine karşılık reklam yatırımları 4 yıldır %20'leri aşan bir büyüme gerçekleştirmiştir. Bundan dolayı 2007 yılının özellikle seçim yılı olması sebebiyle daha fazla reklamların ön plana çıkacağı da dikkate alındığında sektörün büyümede ciddi bir artış göstereceği anlaşılmaktadır. Türk toplumunun günlük ortalama tv seyretme süresi dünya ortalamasının üzerinde olduğu için pazar payı açısından mecra kuruluşları arasındaki sıralamada ilk sırayı tv'ler alırken; 18 milyon USD dolayında olduğu tahmin edilen bir pazar payı olan internetin bu payının, özellikle ülkemizin genç nüfus yapısı sebebiyle katlanarak büyümesi beklenmektedir¹⁴. Buna rağmen gelişmiş ülkelere karşılaştırıldığında bu rakamların çok da yüksek olmadığı ortadadır. Örneğin Almanya'da 2006 yılında reklam sektörü 30 Milyar Euro sınırına (29, 55 Milyar) ulaşmıştır. Sektördeki bu toplam miktar içinde reklam mecra kuruluşları (Werbeträger), bir önceki yıla nazaran %1'lik büyüme ile 2006 yılında 19, 78 Milyar Euro gelir elde etmişlerdir. Mecra kuruluşları içinde yine en çok kazanan günlük gazeteler (4, 4 Milyar) olmasına rağmen bir önceki yıla nazaran %1, 9'luk bir daralma olurken; internet üzerinden yapılan reklamlarda ise bu gelir %22, 5'lik bir artışla 495 Milyon Euro olmuştur. Yapılan tahminlere göre, reklamlara harcanan para dünya çapında 403, 6 Milyar USD'na ulaşmıştır¹⁵.

III. İstatistiki Açıdan Reklam Kurulu Kararları

Türkiye'de özellikle de akademik çevrelerde çok fazla dikkat çekmeyen ama uygulamaları ile reklam sektörüne yön veren Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan Reklam Kurulunun faaliyet yılı başlangıcı olan 1996'dan 2006 yılına kadar yaptığı faaliyetler incelendiğinde reklam hukukunun sektör açısından hayati bir önem kazanmış olduğu ortadadır.

¹³ Bkz. www.rd.org.tr (son yararlanma: 05.06.2007).

¹⁴ Bkz. www.rd.org.tr (son yararlanma: 05.06.2007); ayrıca internet üzerinden ticari reklam konusunda bkz. *Bilge, Mehmet Emin*: Tüketicinin Korunması Açısından İnternette Ticari Reklam Yayını, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 13 vd.

¹⁵ Almanya Reklam Sektörünün Çatı Derneği'nin verileri hakkında bkz. www.interverband.com. (son yararlanma: 23.05.2007).

| Yıllar İtibariyle Reklam Kurulu Çalışmaları ¹⁶ | | | | | | | | | |
|-----------------------------------------------------------|------------|------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|-------------------|
| | Birim | 1996 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | Toplam |
| Başvuru sayısı | Adet | 188 | 488 | 170 | 235 | 398 | 642 | 1280 | 4536 |
| İncelemeye Alınan Başvuru sayısı | Adet | 167 | 430 | 168 | 185 | 230 | 346 | 573 | 3109 |
| İncelemeye Alınmayan Başvuru Sayısı | Adet | 46 | 46 | 20 | 50 | 47 | 103 | 279 | 760 |
| 16. m.'ye Aykırı Bulunmayan | Adet | 65 | 72 | 49 | 43 | 82 | 63 | 115 | 607 |
| 16. m.'ye Aykırı Bulunan | Adet | 56 | 217 | 118 | 135 | 173 | 267 | 263 | 1857 |
| Düzeltilme Cezası | Adet | 6 | 20 | - | 1 | 14 | 2 | 5 | 205 |
| Durdurma Cezası | Adet | 9 | 44 | - | 3 | 17 | 58 | 84 | 505 |
| Para Cezası | Adet | 41 | 153 | 118 | 131 | 142 | 252 | 174 | 1192 |
| Firmalar İçin Para | YTL | 66. | 2.050. | 1.787. | 2.474. | 4.643. | 5.009. | 4.978. | 23.406.448 |
| Para Cezası | YTL | 66. | 2.050. | 1.787. | 2.474. | 4.643. | 5.009. | 4.978. | 23.406.448 |
| Reklam Ajansları İçin | | 000 | 000 | 000 | 500 | 900 | 350 | 698 | |
| Para Ceza. Toplamı Mecra Kuruluşları İçin | YTL | - | - | - | - | - | - | - | 12.000 |
| Para Ceza. Toplamı | YTL | 16. | 1.967. | 1.077. | 1.443. | 259. | 2.918. | 2.848. | 11.119.576 |
| PARA CEZALARI TOPLAMI | YTL | 82. | 4.017. | 2.864. | 3.917. | 4.902. | 7.927. | 7.826. | 34.538.024 |

Yukarıdaki tablo incelendiğinde Reklam Kurulunun reklam piyasasındaki etkisinin ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un (TKHK) 17. maddesinde düzenlenen ve çok geniş bir yelpazeden gelen 25 kişi Reklam Kurulunu oluşturmaktadır.

2006 verilerine göre, reklam şikayetlerinin rakip firmalar yerine çoğunlukla olarak tüketiciler tarafından yapıldığı görülmektedir. Bu şikayetler de daha çok elektronik başvuru şeklinde olmaktadır. İnternet ortamının yaygınlaşması ve Reklam Kurulunun Bakanlık internet sayfasında başvuruyu kolaylaştırmasının da bunda etkili olduğu görülmektedir¹⁷.

En son veri olan 2006 yılı verilerine göre TKHK m. 16'yı ihlâl eden ve idarî para cezası verilen reklamların (toplam 174); sektörel dağılımı dikkate alındığında özellikle sağlık alanındaki ihlâllerin (81) açık ara önde olduğu; bu-

¹⁶ 1996-2001 arasındaki yıllar sayfa içine yerleştirmek için tablodan çıkarılmak zorunda kalmıştır.

¹⁷ Bkz. T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü 2006 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara 2007, s. 104 vd.

nu gıda (43), turizm (24) ve kozmetik (22) sektörlerinin takip ettiği görülmektedir¹⁸.

Reklam Kurulu'nun 1996 ile 2006 yılları arasında verdiği kararlar dikkate alındığında toplamda 3109 incelemeye alınan başvurunun yaklaşık %'ü yani 1857'si TKHK m. 16'ya aykırı bulunurken, yaklaşık %'ü, yani 607'si ise aykırı bulunmamıştır. TKHK m. 16'ya aykırı bulunanlarında tamamına değil, 205'ine düzeltme, 505'ine durdurma ve 1192'sine yani yaklaşık %65'ine ise idari para cezası verilmiştir. Bu veriler de Reklam Kurulunun denetiminin gerçekten çok sıkı olduğunu göstermektedir. 2001 yılında idari para cezası verilen reklam sayısında ve cezanın miktar olarak toplamında ciddi bir yükselme olmuştur. Benzer bir yükselme özellikle son iki yıldır (2005 ve 2006) da görülmektedir. Ancak 2006 yılında incelemeye alınan başvuruların sayısı 2005'de 346 iken 2006'da 573'e yükselmesine rağmen idari para ceza verilen reklamların sayısı 2005'de 252 iken 2006'da 174'e düşmüştür.

IV. İdarî Para Cezaları ve İki Kat Ceza Uygulaması

1996-2006 yılları arasında Reklam Kurulunun verdiği para cezalarının toplamı ise 34.538.024.-YTL, bu da 26 Milyon USD gibi (1 USD = 1, 32 YTL) bir rakama ulaşmaktadır. Bu rakamın toplamında reklamcılara¹⁹ kesilen para cezaları çok cüz'î bir miktar iken büyük bölümü reklam verenler²⁰ ve mecra kuruluşlarına²¹ kesilen para cezaları oluşturmaktadır.

2007 yılı itibariyle TKHK m. 16'yı ihlâl eden bir reklama TKHK m. 25'e göre, eğer bu reklam yerel düzeyde yapılmışsa 5.919.- YTL, ülke düzeyinde yayın yapan yazılı, sözlü, görsel vesair araçlar ile gerçekleşmiş ise, bu cezanın on katı yani 59.192.- YTL idari para cezası verilmektedir. Ayrıca fiilin bir yıl içinde tekrarı halinde bu para cezaları iki misli olarak uygulanmaktadır (TKHK m. 25/11).

¹⁸ Bkz. T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü 2006 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara 2007, s. 109.

¹⁹ TKHK m. 2 (m)'e göre reklamcı, "ticari reklam ve ilanları verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzmanı gerçek ya da tüzel kişi"dir.

²⁰ TKHK m. 2/(1)'de reklam veren, "ürettiği ya da pazarladığı malın/hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırladığı, içinde firmasının ya da mal/hizmet markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek ya da tüzel kişiyi" ifade etmektedir.

²¹ TKHK m. 2/(n)'e göre mecra kuruluşu, "ticari reklam veya ilanı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır.

TKHK m. 25/11 hükmünde öngörülen iki kat para cezasının uygulamasına ilişkin Reklam Kurulunun kararları incelendiğinde reklam hukukunun özelliğinden dolayı isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Reklam Kurulu, reklam yapan firmalara veya mecra kuruluşlarına farklı ürünlerin ve/veya farklı firmaların reklamları da olsa aynı konuda tekrar eden, örneğin örtülü reklam, bir ihlâl olduğu takdirde ve bu ihlâl de aynı yıl içinde gerçekleşirse para cezasını 11. fıkra hükmüne dayanarak iki kat uygulamaktadır. İdarî para cezalarında ceza hukukundaki tekerrürden hareketle Reklam Kurulu bu yoruma gitmiştir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, kamu hukuku alanında kabul edilen ceza hukuku ile özel hukuk alanında yer alan reklam hukuku birbirinden tamamen farklıdır. Her iki hukuk dalının birbirinden çok farklı yönleri bulunmaktadır. TKHK m. 25/11'deki "fiil" tekrarını ceza hukukundaki tekerrürden ayrı değerlendirmek gerektiğini düşünüyoruz. Kaldı ki, Türkiye'de de Yeni Türk Ceza Kanunu ile eski sistemin değiştirildiği ve tekerrür halinde cezanın artırılmasından vazgeçilmiştir. Kanun koyucular, örneğin Almanya'da, tekrar suç işleyen faille farklı yaklaşım sergiledikleri görülmektedir. Bundan başka TCK m. 58/4'e göre kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Taksirli suçlar arasında tekerrür olup olmadığı konusunda da bir açıklık olmadığı ceza hukukçularınca ifade edilmekle birlikte, genel kanaat taksirli suçlarda, failde suç işleme iradesinin bulunmaması sebebiyle tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir²². Ceza hukukundaki tekerrür için, öncelikle "failin suç işleme iradesi" bulunmalıdır. Oysa reklamlarda reklam veren, reklamcı ve mecra kuruluşunun önceden hukuka aykırı bir reklam yapma kastı ve suç işleme iradesinin bulunduğunu söylemek, çok istisnâî durumlar hariç imkansızdır. Zira reklam hukukunda aynı reklamı her zaman farklı bir şekilde değerlendirmek mümkündür. Bu yüzden her olayın özelliklerine göre her reklamda farklı kararlar vermek mümkündür. Benzer ifadeler içeren bir reklam da esas alınan hedef kitleyi oluşturan kişilerinden belirlenen tüketici ölçütü ile o reklamdaki ifadenin aldatıcı olup olmadığına da farklı sonuçlara varmak mümkün olabilir²³. Ayrıca mahke-

²² TCK m. 58 gereğince tekrar suç işleyen cezası artırılmayacak, ancak seçenekli ceza öngörülen hallerde hapis cezasının uygulanması gerekecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem*: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., İstanbul 2005, s. 616 vd.; *Demirbaş, Timur*: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 599 vd.

²³ İltibasa ilişkin Yargıtay kararlarında yerleşik uygulama bu yöndedir. İltibasın olup olmadığına Yargıtay, malın hitap ettiği grubun (çocuklar, ev kadınları, fırın işleticileri gibi) için ortalama kişinin yanlışma ihtimalinin bulunup bulunmadığına göre karar vermektedir. Bir karardan Yargıtay, reçete ile satılan "Nadisan" ve "Diabesan" isimli ilaçların, ambalajları arasında bezerlik bulunsa bile iltibastan söz edilemeyeceğini kabul etmiştir. Çünkü burada hedef alınan grup eczacılar ve doktorlardır. Bir eczacının ya da doktorun ambalaj benzerliği sebebiyle yanlışlığa düşeceği söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. *Arkan, Sabih*: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005, 9.B., s. 307 vd.; *Pınar, Hamdi*: Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Frankfurt am Main 2003, s. 139 vd.

melerin ve kurulların reklamlara yaklaşımı da bir reklamın hukuka uygun veya aykırılığında çok önemlidir. Çünkü daha önce mahkemece hukuka aykırı bulunan bir reklam ileriki bir tarihte hukuka aykırı bulunmayabilmektedir. Bu konuda çokça da örnek karar vermek mümkündür. Bunun sebeplerinden biri kapalı ekonomilerde reklamlara daha mesafeli ve yasaklayıcı bir anlayışla yaklaşılabilirken; serbest Pazar ekonomilerinde reklamlara daha hoşgörülü bir yaklaşım benimsenmesidir. Örneğin bu durum filmlerdeki ürün yerleştirmesine (product placement) olan yaklaşım tarzında da göze çarpmaktadır. Son zamanlarda ülkemizde televizyonlarda hiçbir şekilde bir marka isimi gösterilmemesi için kişilerin vücut hattı dışında neredeyse hiçbir şey gösterilmemesi gibi bir eğilim göze çarpmaktadır.

Reklam Kurulu'nun TKHK'nın 24. maddesinin 11. fıkrasının bu şekilde yorumlanmasının yukarıdaki gerekçede de ifade edildiği gibi isabetli bulmuyoruz. Reklam hukuku açısından biraz daha açılması gerekirse, iki kat ile cezalandırma öncelikle bir ihlâl teşkil eden fiilin tekrarı halinde uygulama alanı bulmalıdır. Buradaki "fiil" kavramını, hukukî nitelendirme olarak, yani örtülü reklam, aldatici reklam gibi, yorumlamamak gerekir. Burada tekrar eden bir fiil ile daha önce Reklam Kurulu tarafından TKHK m. 16'ya aykırı bulunan reklamın daha sonra aynen tekrarlanması halinin anlaşılması daha doğru bir yorum olur. Bu yüzden bir firmanın değişik ürünleri için yaptığı reklamları ayrı ayrı değerlendirmek yerine Reklam Kurulunun yaptığı gibi hukukî nitelemesi aynı olan bu firmanın bütün reklamlarını bir fiilin tekrarı olarak değerlendirmek isabetli olmaz. Özellikle kendini sadece reklamlarla finanse eden mecra kuruluşları için farklı firmaların farklı ürünlerini yine sadece hukukî niteleme olarak aynı kategoride değerlendirerek fiil tekrarı olarak görmek ve iki kat para cezası vermek kanunun amacına aykırıdır. Bundan dolayı farklı firmanın reklamını ve aynı firmanın değişik ürünlerinin reklamlarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bu reklamlar yolu ile bir ihlâl olduğunda kanunda öngörülen müeyyide uygulanmalı, ancak bu cezaya rağmen aynı firma veya mecra kuruluşu tarafından ısrarla aynı reklamda devam edildiği veya ihlâl olarak değerlendirilen reklam ifadesi veya görüntüsünün başka bir reklamda aynen kullanıldığı takdirde iki kat para cezası verilmelidir. Çünkü bu durumda cezaya muhatap olan firma veya mecra kuruluşu yaptığı reklamın bir ihlâl teşkil ettiğini bile bile fiiline devam etmektedir. Böylece bir müeyyideye tâbi tutulmuş bir ihlâlâe rağmen aynı fiil, yani aynı reklam ifade veya görüntüsü tekrarlanmışsa bu sefer bu kasıtlı hareket iki kat ceza ile cezalandırılmış olacaktır. Bundan dolayı farklı reklamlar ve bunların hukuka da aykırılık teşkil edip etmediği henüz açık olmaması sebebiyle sadece hukukî nitelendirme olarak aynı olduğu için reklam veren firma ve/ve-

ya mecrâ kuruluşuna iki kat ceza verilmesi kanunun amacına aykırılık teşkil edecektir²⁴.

Ayrıca bir firmanın aynı ürünün tekrar eden reklamlarında da aynı fiil tekrar etmeyebilir. Örneğin Reklam Kurulunun bir ürün reklamını hukuka aykırı bulduğu karardan sonra aynı ürün için söz konusu karar da dikkate alınarak yeni bir reklam hazırlandığında, bu reklam yine Reklam Kurulu tarafından hukuka aykırı bulunsâ bile bunu TKHK m. 25/11 anlamında "fiil tekrarı" olarak görmemek gerekir. Çünkü tersi bir kabul halinde reklamı hukuka aykırılık teşkil eden bir ürünün reklamının artık yapılması çok büyük bir risk teşkil edecektir. Oysa reklamın hazırlanmasında reklamcılarının büyük etkisi vardır ve reklam veren firma bunu dikkate almak zorundadır. Önceden Reklam Kurulunun görüşünü alma veya menfi tespit gibi de bir müessesinin olmadığı, özdenetimin ise Reklam Kurulunu bağlayıcı olmadığı dikkate alındığında aynı ürünün yeni reklamı büyük bir risk teşkil edecektir. Reklamları tamamen engellemeye götürecek böyle bir durum kabul edilemez.

V. Reklam Hukukuna İlişkin Düzenlemeler

A. Avrupa Birliği Hukukundaki Düzenlemeler

Reklam hukukuna ilişkin kurallar açısından bakıldığında Avrupa Birliği hukukunun kaynaklarının başında yer alan birincil ve ikincil hukuka kısaca bir göz atmak gerekir²⁵. Birincil hukukî düzenleme olan Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda (ATA) genelde haksız rekabeti ilgilendiren ve dolayısı ile de reklam hukukunu da ilgilendiren hükümler yer alırken; ikincil hukukun kapsamında yer alan yönergelerle doğrudan reklamlara ilişkin bazı düzenlemeler yapılmıştır.

Genel olarak haksız rekabet hukukunu ilgilendiren ve dolayısı ile de reklamları da ilgilendiren birincil hukuku ilişkin olarak ATA'nın özellikle ortak pazarı düzenleyen 2. maddesi, Tek Pazarda bozulmamış rekabet sistemini öngören

²⁴ Bu konuda oldukça fazla Reklam Kurulu kararı bulunmaktadır. Sadece 2007 yılında Reklam Kurulu toplantılarında incelenmiş olan ve bir yıl içinde fiilin tekrarı sebebiyle iki kat para cezası verilen kararlar için bkz. **Reklam Kurulu'nun 08.05.2007 tarihli 140. Toplantısı**: II/5 nolu ve 2007/127 sayılı, III/1 nolu 2007/129 sayılı ile IV/4 nolu ve 2006/439 sayılı kararlar; **Reklam Kurulu'nun 11.04.2007 tarihli 139. Toplantısı**: 1 nolu ve 2006/432 sayılı, 6 nolu ve 2007/30 sayılı, 7 nolu ve 2007/31 sayılı ile 9 nolu ve 2006/379 sayılı kararlar; **Reklam Kurulu'nun 13.03.2007 tarihli 138. Toplantısı**: 9 nolu ve 2007/68 sayılı, 10 nolu ve 2007/103 sayılı ile 12 nolu ve 2007/66 sayılı kararları; **Reklam Kurulu'nun 13.02.2007 tarihli 137. Toplantısı**: 4 nolu ve 2006/311 sayılı, 5 nolu ve 2006/307 sayılı, 7 nolu ve 2007/33 sayılı ile 19 nolu ve 2006/570 sayılı kararlar; **Reklam Kurulu'nun 09.01.2007 tarihli 136. Toplantısı**: 12 nolu ve 2006/437 sayılı, 14 nolu ve 2006/442 sayılı, 19 nolu ve 2006/466 sayılı ile 20 nolu ve 2006/429 sayılı kararlar. Bkz. www.sanayi.gov.tr (son kullanma: 30.05.2007).

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp, Ünal / Tekinalp, Gülören*: Avrupa Birliği Hukuku, 2. B., İstanbul 2000, s. 67 vd.

3. maddenin g) bendi, üye devletlerin Topluluğa karşı olan yükümlülüklerini belirleyen 10. maddesi, ayrımcılık yasağı getiren 12. madde, Tek Pazarı öngören 14. madde, malların serbest dolaşımını düzenleyen 28 vd. maddeler ve hizmetin serbest dolaşımını düzenleyen 49 vd. maddeler ile üye devletlerin iktisadî politikalarını tespit ederken Topluluğun hedeflerini dikkate alarak belirlemeleri gerektiğini yöndeki 98. madde sayılabilir²⁶.

Reklamlara ilişkin hükümler ihtiva eden ikincil hukukî düzenlemeler olan yönergeler ise şunlardır²⁷:

- (1) 84/450 ve 97/55 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi
 - Aldatıcı Reklam Yönergesi ile kısmî uyumlaştırma öngörülmüşken,
 - Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ile karşılaştırmalı reklam alanında tam bir uyumlaştırma getirilmiş;
- (2) 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Hakkındaki Yönerge
 - Menşei ülke prensibi: ikametgâh ülkesi hukukunun uygulanması,
 - Bilgi verme yükümlülüğü;
- (3) 89/552 sayılı Televizyon İşlerinin İcrası Hakkında Yönerge
 - Özellikle televizyon reklamları, sponsorluk, tele satış
 - Menşei ülke prensibi;
- (4) 2002/58 sayılı Elektronik İletişim İçin Veri Korunması Yönergesi
 - Özellikle istenilmeyen iletişim –doğrudan reklamın– önlenmesi;
- (5) 98/27 sayılı Tüketicinin Korunması Amacıyla Men Davası Hakkında Yönerge
- (6) 2005/29 sayılı Haksız Ticarî Uygulamalar Hakkında Yönerge²⁸
 - Tüketici kavramı tanımlanmış²⁹,

²⁶ *Baumbach/Hefermehl*: Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. (bearbeitet von Köhler und Bornkamm) München 2004, Einl UWG, Nr. 3.1 vd.

²⁷ *Baumbach/Hefermehl* (dn. 26), Einl UWG, Nr. 3.41 vd.

²⁸ Bu Yönergenin Türkçe tercüme metni için bkz. *Kayar, İsmail / İlbasmış, Özlem*: Avrupa Birliğinin 2005/29/EC Haksız Ticarî Uygulamalar Yönergesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006, sa. 1, s. 173 vd.

²⁹ Türk hukukundakinin aksine 2005/29 sayılı Yönergede, diğer ilgili Yönerge'dekiler gibi, sadece gerçek kişiler tüketici olarak kabul edilmiştir. Bunlardan da tacir, esnaf ve serbest meslek sahibi olmayan gerçek kişiler tüketici olarak kabul edilmektedir. Oysa TKHK m. 3'de 2003 yılında değişiklikle tüketici, bir mal veya hizmeti ticarî veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel ki-

- İlk kez bu Yönerge ile tüketici kriteri açıkça düzenlenmiş (m. 5 ve Gerekeç No: 18),
- Aldatıcı ve karşılaştırmalı reklama ilişkin Yönergeden sonra reklamlara ilişkin kapsamlı bir düzenleme getirilmiş,
- Yine ilk kez bu Yönerge ile 23 maddesi aldatıcı ticarî uygulamalara ilişkin ve son 8 maddesi (24-31) saldırgan satış yöntemlerine ilişkin toplam 31 maddeden oluşan ve her halükârda haksız ticarî uygulama olarak kabul edilen bir kara liste eklenmiş,
- Yine bu Yönerge'nin 5/(5)'e göre üye devletlerde bu kara liste yeknesak olarak geçerli olacaktır.

B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk hukukunda reklamlar ilişkin düzenlemeler çok geniş bir alana yayılmıştır. Haksız rekabet ve tüketici hukuku dışında basın-yayın özellikle de radyo-televizyon mevzuatında, ürünlere ilişkin özel düzenlemelerde, serbest mesleklerle ilişkin düzenlemelerde reklamlara ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bunların hepsini tek tek incelemek mümkün olmadığı için bu çalışma kapsamında reklamların anayasal temelleri, haksız rekabet ve tüketici hukukundaki hükümlerinin ana esaslarına kısaca değinilecektir.

1. 1982 Anayasasında Reklamları da İlgilendiren Hükümler

1982 Anayasasının öncelikle 167. maddesinde tanınmış olan rekabet etme hakkı, 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, 27. maddedeki bilim ve sanat özgürlüğü, 28. maddedeki basın özgürlüğü, 35. maddedeki mülkiyet hakkı, 48. maddesindeki çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile tüketicinin korunması ve bilgilendirmesini devletin görevleri arasından sayan 172. maddesi de dikkate alındığında Anayasamız açısından reklamların, yasaklayıcı bir anlayışla değil daha özgürlükçü ve reklamları teşvik edici bir yaklaşımla değerlendirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır³⁰.

şi olarak tanımlanmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda hem gerçek hem tüzel kişilerin tüketici olabileceği açıkça kabul edilmesinin AB mevzuatına uygun değildir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu hükümleri de dikkate alındığında ticarî şirketlerin 3. madde gereğince, bütün işlemleri, fiilleri ve işleri ticarî iş olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla tüketici hukuku ile ticaret hukukuna da uyumlu değildir. Nitekim bu durum Yargıtay uygulamalarında da bu sorun olarak yaşanmaktadır. Yapılması gereken tüketici tanımının yeniden düzenlenerek AB mevzuatına uyumlu hale getirilmesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan, Yılmaz*: Tüketici Hukuku, 3. B., Bursa 2006, s. 4 vd.; *Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat*: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, 3. B., s. 80 vd.

³⁰ Bkz. *Moroğlu, Erdoğan*: Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara 1994, s. 7. Bu konuda Anayasa hükümlerini daha geniş bir şekilde haksız rekabet ve özellikle reklamlarla ilişkilendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Baumbach/Hefer-*

2. Reklam Hukukuna İlişkin Genel Hükümler

Bir reklamın hukukî açıdan değerlendirilmesinde özellikle ve öncelikle haksız rekabet ve tüketici hukuku hükümlerine bakmak gerekmektedir. Zira her iki hukuk dalı da reklama karşı müeyyide öngörmüştür. Bir reklam hem haksız rekabet ihlâli sebebiyle ticaret mahkemelerin nezdinde dava konusu olurken hem de tüketici hukuku kapsamında düzenlenmiş olan Reklam Kurulu'nun önüne gelebilmektedir. Günümüzde uygulama da bu duruma sıkça karşılaşılmaktadır. Hatta aynı reklam konusunda ticaret mahkemeleri ile Reklam Kurulu'nun kararları dahi farklı olabilmektedir. Bu yüzden öncelikle reklam konusundaki hukukî düzenlemelerin ana esaslarının birlikte değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

a) Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Reklam Hukuku³¹

aa) Haksız Rekabet Hukuku

Türk hukukunda haksız rekabet, Ticaret Kanunu'nun 56 vd. maddelerinde düzenlemiştir. Kanun metninden açıkça anlaşılacağı üzere TK m. 56'da haksız rekabetin tanımı yapılmış ve TK m. 57'de ise 56. madde de öngörülen dürüstlük kuralını ihlâl eden haller örnekseme yoluyla sayılmıştır. Bu husus, Türk hukuk literatüründe ve içtihadında tartışmasız kabul edilmektedir.

TK m. 56: "*Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir.*"

mehl (dn. 26), §3, Nr. 18 vd., §5, Nr. 1.52 vd. Bu kapsamda haksız rekabet teşkil eden bazı davranışların yasaklanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlâl edebileceği yönündeki İsviçre hukukundaki tartışmalar ve ilgili mahkeme kararları için bkz. *Kırca, İsmail: Bilimsel Araştırma Sonuçlarının Yayımlanması – Haksız Rekabet ve İfade Özgürlüğü*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 439 vd.; *Pınar* (dn. 23), s. 47 vd. Tüketici hukukunun anayasal temelleri için bkz. *Aslan* (dn. 29), s. 60 vd.

Alman hukukunda da özellikle Benetton firmasının yaptığı hislere yönelik imaj reklamları kapsamında değerlendirilen çok edici reklamlar sebebiyle Anayasa hukuku açısından tartışma konusu olmuş ve Alman Anayasa Mahkemesi'ne kadar giden davalarda söz konusu mahkeme kararı Alman Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında incelemiştir. Ticarî reklamlar da ifade özgürlüğüne ilişkin temel hakların kapsamında olduğu ve reklamlarla ürün veya işletme arasında herhangi bir nesnel bağın bulunması zorunluluğu olmadığına ve ancak emek ilkesine dayalı rekabetin tehlikeye düşürülmesi halinde yasaklanabileceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kararlarında ifade özgürlüğünden artık hislere yönelik olan reklamlarla ürün veya firma arasında nesnel bir bağın bulunmasının aranmayacağı kabul edilmiştir. Ancak emek ilkesine dayalı rekabetin tehlikeye düşürülmesi kıstası Alman öğretisinde eleştirilmiş ve isabetli olmadığı vurgulanmıştır. Bunun yerine ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketicinin rasyonel-eleştirel karar verme gücünü elinden alacak şekilde hislerin güçlü bir şekilde etkilenmesi halinde bu reklamların haksız rekabete yol açacağı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Baumbach/Hefermehl* (dn. 26), §4, Nr. 1.139 vd. Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarından önceki Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararlar ve bu konudaki tartışmalar için bkz. *Kırca, İsmail: Tüketicinin Hislerine Yönelik Reklamlar*, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 342 vd.

³¹ Türk, İsviçre, Alman ve AB Hukuku açısından karşılaştırmalı olarak bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 5 vd.

Haksız rekabetin ne olduğunu tanımlayan TK m. 56 genel bir hüküm olmakla birlikte doğrudan uygulama alanı bulan bir hükümdür. TK m. 57'nin uygulamada sık sık yanlış anlaşılmaya yol açtığı gibi haksız rekabetin özel halleri değildir. "Madde 57 - Hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler hususiyle şunlardır:" şeklindeki kanun metninden de anlaşıldığı üzere, burada sadece dürüstlük kuralını ihlâl eden, örnekseme yoluyla sayılmış başlıca hâller yer almıştır³².

Ancak 1957 yılında yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanun tasarısının görüşmeleri esnasında Adliye Komisyonu, ticarî alandaki haksız rekabet hükümlerinin, ekonomik hayatın diğer sahalarında uygulama alanı bulamayacağından söz ederek, BK m. 48'in yürürlükten kaldırılması düşüncesini uygun bulmamış ve BK m. 48'e eklediği fıkra ile ticarî işlere ilişkin haksız rekabet hakkındaki TK hükümlerinin saklı tutulduğunu belirtmiştir. Türk öğretisinde haklı olarak eleştirilen bu durumun sonucu ise ticarî işlerde ortaya çıkan haksız rekabet hallerinde TK hükümleri, adî işlerdeki haksız rekabet ise BK m. 48 uygulanacaktır³³.

BK 48: "Yanlış ilânlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fülere hitam verilmesi için faili aleyhinde dâva ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.

(Ek Fıkra: 6763 - 29.06.1956) Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur."

Yargıtay verdiği bir kararında da TK hükümlerinin yanında şartların varlığı halinde BK m. 48'in de uygulama alanı bulduğuna karar vermiştir³⁴:

"Davacı fırın (gayrimenkul) sahibi olup işleticisi değildir. Bu durumu itibarıyla tacir sıfatı yoktur. Davalılar ise, köy tüzel kişiliğiyle köy muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri olup onlar da tacir değildir. Davanın konusu ise, köy tüzel kişiliğinin davacının fırınının ön kısmında yeni bir fırın inşa ettirmek suretiyle davacı fırınının çarşısı ile bağlantısının kesilmesi nedeniyle fırınının kiraya verilmesine engel olunacağından bahisle bunun bir haksız fili olduğu, kiraya verememek suretiyle zarara uğradığı iddiasıyla davalının fırınının yıktırılmasına, zarar olarak mahrum kaldığı 100.000. TL kira parasının ve 1.000.000.- lira manevi tazminatın tahsili isteminden ibarettir.

Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Yasası hükümleri

³² Yargı kararlarına eleştirel bir bakış için bkz. Pınar, Hamdi: Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından Lpg-Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar, FMR 2006/3, s. 128 vd.

³³ Arkan (dn. 23), s. 298 vd.

³⁴ 11. HD, E. 1988/2889, K. 1989/2929, T. 15.5.1989 (Kazancı veri tabanı).

saklıdır. Yanlar ve özellikle davalı yan tacir olmadığından davada bir ticari rekabet söz konusu olamaz.”

Reklam hukuku açısından bu ayrımı dikkate aldığımızda ticaret hukukunun yaptığı tacir-esnaf ayrımı dikkate alınmak zorunda olduğundan esnafların ve serbest meslek mensuplarının reklamları haksız rekabet hukuku kapsamına girmeyecektir. Böylece haksız rekabet hukuku açısından her reklam değil ticari iş sayıldığı takdirde, yani tacirlerin veya ticarî işletmelerin reklamları kapsam altına girecektir.

Yeni hazırlanan Türk Ticaret Kanunu Tasarında haksız rekabet ilişkin genel hüküm İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 1. ve 2. maddesinde düzenlenen amaç hüküm ve genel hüküm birleştirilerek 54. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

TASARI madde 54: “(1) Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst(lauter) ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır” (İsviçre UWG m.1).

“(2) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.” (İsviçre UWG m. 2).

Bu konudaki en yeni kanunlardan biri olan ve 2004 yılında çıkarılan Alman Haksız Rekabet Kanunu ise öncelikle korunan üçlü amaç (Schutzzwecktrias), yani rakiplerin, müşterilerin ve kamunun menfaatinin korunması ilk kez doğrudan kanun metninde düzenlenmiştir. Böylece her üç menfaat grubunun da aynı düzey ve kapsamda koruma altına alınmıştır³⁵. Türk hukukunda da bu üçlü menfaat grubu haksız rekabetin koruma amacı olarak kabul edilmektedir³⁶. Nitekim Yargıtay yeni bir kararında da “haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarının değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını” amaçladığını vurgulamıştır³⁷.

Türk hukukunda da artık haksız rekabet ilişkin hükümlerin Türk Ticaret Kanunu içinde tercih edilen sistem yerine herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün haksız rekabet hallerine uygulanmasına yönelik ve Almanya ve İsviçre’de olduğu gibi ayrı bir kanun olarak çıkarılması gerektiği düşüncesindeyim. Ayrıca AB

³⁵ Alman kanun değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Arkan, Sabih*: Haksız Rekabet – Gelişmeler – Sorunlar, Batider 2004, sa. 4, s. 6 vd.; kanun sistematigi açısından bkz. *Baumbach/Hefermehl* (dn. 26), Ein. UWG, Nr. 2.10 vd.

³⁶ Tartışmalar için bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 29 vd.

³⁷ 11. HD, T. 1.5.2001, E. 2001/1828, K. 2001/3862 (kazancı veri tabanı).

üyesi olmayan İsviçre modelini³⁸ aynen benimsemek yerine AB üyeliği sürecinde mevzuatın uyumlaştırılması da gözetilerek İsviçre ve Alman Haksız Rekabet Kanunları ile AB Yönergeleri dikkate alınarak bir kanun hazırlanmasının daha doğru olacaktır.

bb) TK 56'ya Göre Haksız Rekabetin Şartları

Haksız rekabeti tanımlayan TK m. 56'ya göre haksız rekabetin mevcut olup olmadığı iki maddî şartın varlığına bağlıdır. Bunlar:

(1) *İktisadî rekabet çerçevesi içinde bir eylemin (işlem veya davranış) meydana gelmesi*³⁹ ve

(2) *Bu eylemin dürüstlük kuralını ihlâl etmesi*⁴⁰

Reklamların iktisadî bir rekabet çerçevesinde bir eylem olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Pazara girmede ve rekabet ortamında en önemli araç olan reklam ile haksız rekabetin ilk şartı da gerçekleşmiş olmaktadır.

İktisadî bir rekabet çerçevesinde bir eylem için rekabet ilişkisinin bulunup bulunmadığının araştırılmasına ihtiyaç yoktur. Zira Türk hukukunda hâkim görüşüne göre, haksız rekabetten söz edebilmek için fail ile mağdur arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması şart değildir⁴¹.

Yukarıdaki iki şartın dışında TK m. 56'ya göre haksız rekabetten bahsedilmek için kusurun varlığı şart olmadığı gibi, haksız rekabeti oluşturan eylem dolayısıyla başkasının herhangi bir zarar görmüş veya görme tehlikesinin bulunması da gerekmez. Zira TK m. 58'deki kanun metni dikkate alındığında, "zarar görmüş veya görme tehlikesinin bulunması" şartının, haksız rekabet sebebiyle dava açabilmenin şartlarından olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıktır⁴².

³⁸ Bkz. *Öztek, Selçuk*: Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri, Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 417 vd.

³⁹ TK Tasarısında "iktisadî rekabet" kavramı terk edilmiştir. Bunun yerine, "dürüst ve bozulmamış rekabet kavramı" tercih edilmiş olup ve böylece Tasarı gerekçesinde ifade edildiği gibi "hukuken tanımlanabilir bir rekabet" vurgulanmak istenmiştir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, s. 418.

⁴⁰ "Suistimal" kavramı İsviçre'deki düzenlemeye paralel olarak TK Tasarısında da terk edilmiştir. Mevcut düzenlemede de haksız rekabetten söz edebilmek için dürüstlük kuralına aykırı davranılmasının yeterli olduğu, ayrıca "suistimale" gerek kalmadığı hem İsviçre öğretisinde hem de Türk öğretisinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 43 vd.

⁴¹ *Karayalçın, Yaşar*: Ticaret Hukuku, 3. B., Ankara 1968, s. 453; *Mimaroglu, Sait Kemal*: Ticaret Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 387; *Göle, Celal*: Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 167; *Arkan* (dn. 23), s. 302; karşılaştırmalı hukuk açısından bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 34 vd.

⁴² *Arkan* (dn. 23), s. 302; *Pınar* (dn. 23), s. 33 vd., *Şenocak, Kemal*: İşletme Personelinin Ayarılması Mevzuatının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi, A(Ankara)ÜHFD 2001, s. 199; karş. *Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi*: Ticarî İşletme Hukuku, 10. B., İstanbul 2004, s. 282.

Hangi hareketin dürüstlük kurallarını ihlâl edeceği konusunda bazı ilkelerden yararlanılması gerektiği belirtilmiştir. Bunlar⁴³;

- emeğe dayalı rekabet ilkesi,
- piyasada doğruluk ve açıklığın sağlanması ilkesi ve
- kamu yararının korunması ilkesidir.

Örneksime yoluyla TK m. 57'de düzenlemiş olan ve TK m. 56'yı ihlâl eden hallerden özellikle reklam hukukunu doğrudan ilgilendiren hükümler, kötüleme-ye ilişkin 1. bend ve aldatıcı reklamlara ilişkin 3. benddir.

Haksız rekabet söz konusu olduğunda haksız rekabete maruz kalan kişi, tescüllü işin kusuru aranmaksızın tespit, men, haksız rekabet sonucu oluşan maddî durumun ortadan kaldırılması davasını, eğer kusur varsa ayrıca maddî ve manevî tazminat davası açabilir⁴⁴.

b) Tüketici Hukuku Kapsamında Reklam Hukuku

aa) Tüketici Hukukunun Düzenlenişi

Avrupa Birliği hukukundaki tüketiciyi koruyucu hükümlerle uyumlaştırma amacıyla 1970'li yılların başından beri yürütülen çalışmalar nihayet Gümrük Birliği süreci ile birlikte hızlandırılmış ve 1995 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) çıkarılmıştır⁴⁵. 4077 sayılı TKHK'nın anayasal gerekçesini 1982 Anayasası m. 172'deki "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" hükmü oluşturmaktadır. Bu Kanun hazırlanırken, özellikle AB Konseyinde 1975, 1981 ve 1986 yıllarında çıkardığı tüketicilerin haklarını düzenleyen kararlar dikkate alınmıştır⁴⁶. Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere uluslararası düzeyde tüketici hakları olarak kabul edilen şu 8 hak kanun hazırlanırken göz önünde tutulmuştur⁴⁷:

- (1) Temel gereksinimlerin giderilmesi hakkı,
- (2) Güvenlik ve güven duyma hakkı,
- (3) Mal ve hizmetleri serbestçe seçme hakkı,

⁴³ İsviçre hukukunda *Lucas David*'in. (Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 1997, s. 17) ortaya koyduğu bu ilkeler Türk hukukunda da benimsenmiştir. Bkz. *Arkan* (dn. 23), s. 301.

⁴⁴ Şematik olarak haksız rekabet açısından bir olayın inceleme aşamaları için bkz. *Pınar, Hamdi*: Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul 2004, s. 105.

⁴⁵ RG 08.03.1995 – sa. 22221.

⁴⁶ TKHK'nın gerekçesi için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Cilt 77, S. Sayısı 619, s. 2.

⁴⁷ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Cilt 77, S. Sayısı 619, s. 1 vd.; ayrıca bkz. *Göle* (dn. 41), s. 14 vd.; *Zevkliler/Aydoğdu* (dn. 29), s. 35 vd.

- (4) Bilgi edinme hakkı,
- (5) Eğitilme hakkı,
- (6) Tazmin edilme hakkı,
- (7) Sesini duyurma (temsil) hakkı,
- (8) Sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı.

4077 sayılı TKHK, 6 Mart 2003 tarihinde kabul edilen 4822 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir⁴⁸. Bu değişikliğin gerekçesinde, yapılan bu düzenleme ile Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde Birliğin "Tüketici Koruma Politikasının" sonucu olan 13 adet Yönergenin öngörülen değişikliklerle birlikte, "Türk Tüketici Hukuku" ile uyumlaştırılması sağlanmış olacağı ve tüketici hukuku alanındaki uyumlaştırmanın gerçekleşmesi Avrupa Birliği'ne adaylık sürecine önemli bir katkıda bulunacağı ifade edilmiştir⁴⁹.

O halde kısaca özetlemek gerekirse, Türkiye'de tüketici hukukundaki gelişmelerin temelinde AB üyelik süreci bulunmakta ve mevzuat uyumlaştırılması çerçevesinde AB hükümleri iç hukuka aktarılmaktadır. Yukarıdaki gerekçede ifade edilen hususlar TKHK'nın amacı olarak şu şekilde ifade edilmiştir (m.1):

"Bu Kanunun amacı, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir."

bb) Reklama İlişkin Hükümler

(1) Genel Olarak

Tüketici hukuku kapsamında reklamlara ilişkin hükümler hem TKHK'da hem de ilgili yönetmeliklerde bulunmaktadır. Tanımlar başlığı altında TKHK m. 3'de "reklam veren", "reklamcı" ve "mecra kuruluşu" tanımlanırken reklam kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu tanım Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik (kısaca: Reklam Yönetmeliği)⁵⁰ m. 4/(h)'da şu şekilde yer almıştır:

⁴⁸ RG 14.03.2003 – sa. 25048.

⁴⁹ Genel Gerekçe ve madde gerekçeleri için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0477.pdf>

⁵⁰ RG 14.06.2003 – sa. 25318.

“h) Ticari reklam ve ilân: Mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu, ifade eder.”

Bu tanımın da yine bu Yönetmelikle yürürlükten kalkan önceki Tebliğideki⁵¹ tanım gibi başarılı bir tanım olduğunu söylemek mümkün değildir. Burada öğretilerdeki tartışmalara girmeden kısaca şunu ifade etmek gerekir ki, kişisel özel alan veya işletmenin kendi iç işleyişine ilişkin çerçevenin dışına çıkan her türlü görünüm veya tanıtım türü, muhatabın sayısına bakılmaksızın reklam olarak kabul edilmelidir⁵².

Reklamlara ilişkin kanunî düzenleme TKHK m. 16 ve 17’de yer almaktadır. TKHK’nın 16. maddesinde ticarî reklam ve ilânlar düzenlenirken 17. maddesi ile Türk hukukunda ilk kez bu alanda bir kurul olan Reklam Kurulu oluşturulmuştur. Her iki maddede, 4822 sayılı Kanunla uygulamada karşılaşılan sorunları gidermek amacıyla bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle yetersiz olan 16. madde daha ayrıntılı düzenlenmeye çalışılırken özellikle tartışma konusu olan ikincil düzenlemelerin durumuna açıklık getirmek amacıyla kanun metnine –gereksiz olduğunu düşündüğümüz– “Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere” ibaresi eklenmiştir. İkincil düzenlemelere ilişkin bu vurgu aslında 17. madde de Reklam Kurulunun görevleri düzenlenirken “Ticarî reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek” olarak açıkça ifade edilmiştir⁵³. Ayrıca bu yönde bir ifade de 1995’de çıkarılan 4077 sayılı Kanununun madde gerekçesinde şu şekilde yer almaktaydı⁵⁴:

“Reklam Kurulunun, reklamlarda uyulması gereken esasları belirlemede, ülkemiz koşullarının yanı sıra, konunun uluslararası boyutu da dikkate alınarak, A.T. direktifleri ve ‘Reklam Uygulamalarında Uluslararası Ahlâk Yasası’ gibi metinlerden de yararlanması gerektiği hükme bağlanmıştır.”

⁵¹ Ticari Reklam ve İlânlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliği, RG 21.12.1995 – sa. 22500. Bu Tebliği 2000 yılında değişiklik geçirmiştir. Bkz. RG 22.01.2000 – sa. 23941.

⁵² Bu konudaki tartışmaların ayrıntıları için bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 67 vd.; aynı yöndeki görüş için bkz. *Bozbel, Savaş*: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara 2006, s. 28 vd. Burada yeri gelmişken doçentlik tezi olarak takdim edilen eserlerde dahi kaynakların tüketilmesi temel esasının unutulmaması ve görüş ortaya konulurken atıf usullerine uyulmasının bir eserin bilimselliğinin asgarî unsurlardan olduğunun maalesef hatırlatılması gerekmektedir. Bu konularda bkz. *Karayalçın, Yaşar*: Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod – Problem Çözme, S. B., Ankara 2001, s. 150 vd.

⁵³ Aynı vurgu hem eski hem de yeni metinde de bulunmaktadır. 17. maddenin 1. fıkrasının eski metni şu şekilde idi: “Ticarî reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticarî reklam ve ilânları incelemek ve inceleme sonucuna göre 16 ncı madde hükümlerine aykırı hareket edenleri cezalandırmak, söz konusu reklam ve ilânları durdurmak ve/veya aynı yöntemle düzeltme hususlarında Bakanlığa öneride bulunmakla görevli bir “Reklam Kurulu” kurulmuştur.”

⁵⁴ Bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 68; yukarıdaki anılan gerekçeye atıfsız bir tartışma için bkz. *Bozbel* (dn. 52), s. 56.

(2) Genel İlkeler

Tüketici hukukunda reklamlara ilişkin maddi hukuk açısından kanunî tek düzenleme TKHK m. 16'dır. Bu maddenin ilk fıkrası 5 genel ilkeyi getiren bir hüküm niteliğinde olup, devamında, yani 2. fıkroda yasak reklam türleri sayılmaya çalışılmış ve uygulamada tartışma konusu olan karşılaştırmalı reklamlara 2003'deki kanun değişikliği ile 3. fıkroda açıkça yer verilmiştir. Yeni değişikliklerle yine ilk kez getirilmiş olan 4. fıkroda ispat külfeti ve 5. fıkroda ise ihlâlden sorumlu olan kişilerin düzenlendiği 16. madde hükmü şu şekildedir⁵⁵:

“Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.

Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler.”

Reklamlara ilişkin olarak TKHK m. 16/1'de düzenlenen genel ilkeler şunlardır:

- Kanunlara uygunluk,
- Genel ahlâka uygunluk,
- Kamu düzenine uygunluk,
- Kişilik haklarına uygunluk,
- Dürüstlük ve doğruluk.

Genel hükümler şeklinde düzenlemek getirmek yerine bu şekilde sayma yolu

⁵⁵ Değişiklikten önce 16. madde şu şekildeydi:

“Ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlâka uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır. Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanları yapılamaz.”

ile getirilen ve genel hüküm işlevi olmayan yukarıdaki ilkelerin benimsenmesinin sebebi mehzaz olan Uluslararası Ticaret Odası tarafından çıkarılan kurallardır⁵⁶.

TKHK m. 16/2'de ise bazı reklam türleri yasaklanmıştır. Bunları örnekseme yolu ile sayılmış reklam türleri olarak kabul etmek gerekmektedir. Zira genel ilkelere aykırı her türlü reklamlar her zaman 1. fıkra hükmü dikkate alınarak yasaklanabilir. TKHK m. 16/2'nin yazılışının kanun tekniği açısından isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Meselâ, aldaticılık bir üst kavram ve yanıltıcılık kavramı aldaticılığın bir alt ayırımı olduğu halde kanun metninde beraber kullanılmıştır. Ayrıca tüketicilerin tecrübe ve bilgi noksanlığını istismar edici ifadesi de gereksizdir. Zaten aldaticı reklamlar incelenirken bu tür bir istismar bir alt ayırım olarak ele alınmak zorundadır. Ancak burada hedef kitle ve bu kitleden seçilen tüketici ölçüsünün bu ölçünün ne şekilde dikkate alınacağı konusunda bir sıkıntı ortaya çıkmaktadır. Bu son ifadeden sanki ortalama bir seviyeden daha alt seviyeli bir tüketici ölçüsü alınması gerekir gibi bir yanlış anlamının doğru olmayacağını düşünüyoruz. Yukarıda zikredilen TKHK'nın gerekçesi, AB mevzuatı ve ATM (Avrupa Toplulukları Mahkemesi, Avrupa Adalet Divanı) uygulamaları göz önünde tutulduğunda "*ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici*" ölçüsü dikkate alınmalıdır⁵⁷. En katı uygulamaları olan Alman mahkemeleri de artık eski uygulamalarından dönmüş ve ATM'nin bu ölçüsünü uygulamaktadırlar. Ortalama (normal) bilgili, dikkatli ve anlayışlı ortalama bir tüketici ölçüsü ve ilgili kararlar da dikkate alındığın da şu şekilde örnekler verilmekte ve bir değerlendirme yapılmaktadır⁵⁸:

- Çilek reçelinin "naturrein" (doğalsaflık) olarak reklamının yapılması halinde **ortalama bilgili bir tüketici**, çevre kirliliği sebebiyle normal şartlarda tabiatta hava ve suyun ağır metal atıkları (kadmiyum ve kurşun) içerdiğini ve bu yüzden bu reçelin de bunlardan tamamen arındırılmış olmadığını bildiğinden söz konusu ifadeden dolayı bu reklam aldaticı değildir.
- **Dikkatli bir tüketici**: Eğer çilek reçelinin içindekiler kısmında jel maddesi gösterilmesi halinde satın alma esnasında bu tüketicinin karar verirken ilk önce içindekilerin listesini okuduğu kabul edilmelidir. Bundan

⁵⁶ "Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice" için bkz. <http://www.iccwbo.org/policy/marketing/> (son yararlanma: 05.06.2007). Eski metinlerle karşılaştırma ve eleştirilen için bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 82 vd.

⁵⁷ Türk hukukundaki tartışmalar için bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 80 vd. 2005/29 sayılı Yönerge tüketici ölçünü şu şekilde tarif etmiştir: Makul ölçüde iyi olarak bilgili, makul ölçüde dikkati ve şüpheli olan, sosyal ve kültürel faktörlerin de dikkate alındığı ortalama bir tüketici.

⁵⁸ *Baumbach/Hefermehl* (dn. 26), §1, Nr. 20 vd.; özellikle bilimsel çalışmaların nasıl yapılması, daha doğru nasıl yapılması gerektiği ve atıf şekilleri açısından önceki eserle karşılaştırılması gerektiğini düşündüğümüz eser için bkz. *Bozbel* (dn. 52), s. 222 vd.

dolayı da jel maddesi içeren çilek reçelinin “naturrein” olması aldatıcı olmayacaktır.

- **Anlayışlı tüketici:** Reklamdaki bir beyanın avantaj ve dezavantajlarını dikkate alan tüketici anlayışlı tüketicidir. Örneğin, anlayışlı tüketici, bir çikolata ambalajında “+%10” gösterildiğinde, bu gösterim ambalajın daha fazla bir yüzeyini kaplasa bile sadece ağırlık miktarı olarak %10'luk bir fark olduğu bildiğinden bu reklam aldatıcı olmaz.

Reklamın yöneldiği hedef kitle belirlendikten sonra bu kitlenin içerisinde tüketici ölçütü reklamların yasak kapsamına girip girmediği bir diğer ifade ile hukuku aykırılığının tespitinde mihenk taşı olarak göz önünde bulundurulmak zorundadır. Kanun koyucu TKHK m. 16/2'de doğrudan yasaklanmış reklamlar türleri olarak aşağıdaki saymıştır⁵⁹:

- Tüketiciyi aldatıcı reklamlar
- yanıltıcı,
- tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici;
- Kamu düzeni açısından
- tüketicin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü,
- şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici,
- kamu sağlığını bozucu, reklamlar,
- hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici reklamlar;
- Örtülü reklamlar.

Yukarıdaki genel ilkeler dışında 2003 yılında yapılan kanun değişikliği ile uygulamada yansıyan sorunları gidermek amacıyla “*Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere*” ibaresi kanun metnine alınmıştır. Böylece uygulamada sıkça karşılaşılan ikincil düzenlemelere ilişkin tartışmalara son verilmek istenmiştir. Aslında genel ilkelerin somutlaştırılması şeklinde olarak ikincil düzenlemelerin yapılması söz konusu olsaydı ve bu durumda açıkça ortaya konulabilseydi uygulama-

⁵⁹ Reklamın etkileri, haksız rekabet ve radyo ve televizyon reklamlarında denetim konularına ilişkin tartışmalar için bkz. Reklamın İzleyiciler Üzerindeki Etkileri –Panel, RTÜK Yayını, Ankara 2004, s. 5 vd.; **Güven, Özlem:** Tüketici Hukukunda Aldatıcı Reklamlar, (Uzmanlık tezi), Ankara 1996, s. 36 vd.; **İnal, Emrehan:** Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklam, İstanbul 2000, s. 29 vd.; 102 vd.; **Şahin, Oğuz:** Örtülü Reklamın Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuku Sistemindeki Yeri (Uzmanlık tezi), Ankara 2004, s. 9 vd.; ayrıca yayımlanmamış yüksek lisans tezleri için bkz. **Gürbüz Karabacak, Esen:** Tüketicilerin Korunması Yönünden Aldatıcı Yanıltıcı Reklamın Etkileri: Gıda Maddeleri Üzerine Bir Araştırma, İzmir 1997; **Ertan, Nusrettin:** Türk Hukukunda Reklam ve Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998; **Edipoğlu, Alev:** Tüketicinin Korunması Açısından Aldatıcı Reklamlar, Ankara 2001; yayımlanmış yeni bir yüksek lisans tezi için bkz. **Aygün, Özge:** Sağlık Sektöründe Reklam, Ankara 2007.

da çok büyük sorunlar çıkmazdı. Reklam hukukuna ilişkin yeterince bilimsel incelemelerin bulunmaması da bu konuda etkili olmuş, bu eksiklik sebebiyle yetkili organlara yeterince yol gösterilmemiş olabilirse de az da olsa mevcut olan bilimsel çalışmalardan yetkili kurumların ve yargının bu konuda yararlanma yolunu yeterince tercih ettikleri de pek söylenemez. Oysa AB hukukundaki ve Avrupa ülkelerindeki, özellikle de özel hukukumuzun mehazı olan İsviçre ve Alman hukukundaki kaynaklara ve mahkeme kararlarına bakılmış olsaydı mevzuatın hazırlanması ve devamında bir çok sorun kolayca aşılabılırdi. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi tüketici hukukunda reklam hükümlerinin mehazı olarak Uluslararası Ticaret Odası tarafından çıkarılmış kurallar dikkate alındığından Türk hukuk geleneğine de uygun olmayan bir şekilde kanun ve yönetmelik ikilemi ortaya çıkmıştır. Hatta karşılaştırmalı reklamlara ilişkin Yönetmelik hükmü ile kanun hükmünü daraltmış ve adeta uygulanamaz hâl getirmiştir⁶⁰.

Bu genel ilkelerin somutlaştırılmasında kanun koyucu TKHK m. 17 ile Rekabet Kurulunu görevlendirmiştir. Bu amaçla da Rekabet Kurulu, daha önce bir Tebliği⁶¹ çıkarmıştı. 2003 yılında yapılan kanun değişikliğinden sonra söz konusu Tebliğ yürürlükten kaldırılarak yerine 2003 yılında Reklam Yönetmeliği⁶² çıkarılmıştır. Bu Yönetmeliğin 5. maddesinde “temel ilkeler”⁶³, 6. maddesinde

⁶⁰ Karşılaştırmalı reklamlar konusundaki tartışmalar için bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 163 vd.; *Arkan, Sabih*: Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Batider 2001, sa. 1, s. 21 vd.; *İnal* (dn. 59), s. 60 vd.; *Özyurt, Fatma*: Ticari Reklam ve İlanlarda Karşılaştırma ve Kötüleme, (Uzmanlık tezi), Ankara 2004; s. 7 vd.; *Ceylan, Ebru*: Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar, G(Galatasaray)ÜHFHD 2003, sa. 2, s. 193 vd.; *Bozbel* (dn. 52), s. 51 vd.

⁶¹ Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliği, RG 21.12.1995 – sa. 22500. Bu Tebliği 2000 yılında değişiklik geçirmiştir. Bkz. RG 22.01.2000 – sa. 23941.

⁶² Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, RG 14.06.2003 – sa. 25318.

⁶³ Madde 5 — Ticari reklam ve ilanlarda, aşağıda belirtilen temel ilkeler esas alınır.

- a) Reklamlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalıdır.
- b) Her reklam ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmalıdır.
- c) Reklamlar, güvenlik kurallarının gözetilmediği ve insan güvenliği açısından tehlike oluşturabilecek uygulama ve durumlarla ilgili hiçbir sunum ya da tanımlama içeremez.
- d) Biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın “reklam” olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bir reklam haber ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayımlandığında, “reklam” olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilir. Örtülü reklam yapılamaz.
- e) Reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır. Reklamdaki ana vaadin istisnası niteliğindeki ifade ve/veya görüntülerin;
 - 1) Yazılı mecralarda, okunabilir büyüklükte yazılarak,
 - 2) Görsel mecralarda, yalnızca sözle ve/veya okunabilirliğini sağlamak şartıyla yazılı olarak,
 - 3) Sözlü mecralarda, anlaşılabilir biçimde okunarak belirtilmesi zorunludur.
- f) Reklamlar, insan onurunu zedeleyici biçimde yapılmamalıdır.
- g) Reklamlar, kişilik haklarını zedeleyici biçimde yapılamaz.
- h) Reklamlar, önceden izin alınmadan, hiç kimsenin özel veya sosyal hayatını gösteremez ya da anlatamaz. Reklamlarda, hiç kimsenin özel mülkü, önceden izin alınmadan bir kişisel onay etkisi yansıtmayacak şekilde görüntülenemez veya belirtilemez.

“ahlâka aykırılık”⁶⁴ ile 7. maddesinde ise “dürüstlük ve doğruluk”⁶⁵ düzenlenmiştir⁶⁶.

- i) Reklamlar, kamu düzenini bozucu nitelikte olamaz; şiddet hareketlerine yol açıcı, göz yumucu, özendirici veya destekleyici unsurlar içeremez; yasadışı veya kınanacak davranışları cesaretlendiremez.
- j) Reklamlar, dil, din, ırk, mezhep, felsefi düşünce ve cinsiyete dayalı ayrımcılık üzerine kurulamaz, ayrımcılığı destekleyemez, kötüleme içeremez, istismar edemez.
- 64 Madde 6 — Reklamlar, ahlaka uygunluk açısından aşağıdaki hususlara aykırı olamaz.
- a) Genel ahlak kurallarına aykırı ifadeler ya da görüntüler içeremez.
- b) Cinselliğin istismarı ile pornografi içeren ifadeler ya da görüntüler taşıyamaz.
- c) Korku ve batıl inançlar istismar edilemez.
- d) Toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürlülerle ilgili ifadeler ya da görüntüler kullanılamaz.
- e) Hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü veya ifadelere yer verilemez.”
- 65 “Madde 7 — Reklamların aşağıda belirtilen hususlara göre doğru ve dürüst olması esastır.
- a) Reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde olamaz.
- b) 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 bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar yapılamaz.
- c) Reklamlar, özellikle aşağıda belirtilen konularda, eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak ve ya 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 imkânlarını, verim ve performansını, miktarını, ticari ya da coğrafi 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) Resmi tanınma ya da onay, madalyalar, ödüller ve diplomalarını,
- 7) Sosyal amaçlı yardımları,
- 8) Hizmetlerin niteliklerini,
- kapsar.
- d) Reklamlarda, alıcının satın alma işleminden doğan mevcut yasal haklarının fazlasını sağlamayan bir garantiye yer verilemez. Ancak, garantinin ayrıntılı şartları ve alıcının zararını karşılayıcı önlemler açık biçimde reklamlarda belirtildiği, ya da alıcı bu bilgileri satış yerinde yazılı olarak veya mal ile birlikte sağlayabildiği takdirde, “garanti”, “garantili”, “teminat”, “teminat altında” veya aynı anlamı taşıyan başka kelimeler kullanılabilir.
- e) Kira yoluyla satış, taksitle veya diğer tüketici kredisiyle satış şartlarını içeren reklamlar, malın peşin fiyatı, teminat, ödeme takvimi, faiz oranı, malların toplam maliyeti ya da diğer satış şartları konusunda yanlış anlamaya yer verecek biçimde sunulamaz.
- f) Kredi vermeye ilişkin reklamlarda, kredinin türü ve vadesi, istenen teminatlar ya da aranan diğer özellikler, geri ödeme koşulları, gerçek faiz ödemeleri ve olası diğer ödentiler konusunda tüketiciyi yanıltabilecek türde hiçbir ifade yer alamaz.
- g) Reklamlar, araştırma sonuçlarını veya teknik bilimsel yayınlardan yapılan alıntılarını çarpıtamaz. İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz. Reklamlarda, yer alan iddiaları, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi göstermek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanılamaz.
- h) Zehirli, yanıcı, parlayıcı ya da patlayıcı olan malların taşıdığı tehlike ve risklerin, tüketicinin ve çevrenin güvenliği açısından, ambalaj ve/veya tanıtma ve kullanma kılavuzlarında açıkça belirtilmesi zorunludur.

66 Genel ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 82 vd.

cc) Reklam Kurulu ve Kurul Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım

TKHK m. 17'e göre Reklam Kurulu 25 kişiden oluşmaktadır⁶⁷. Öncelikle bu kadar geniş bir yelpazeden oluşturulan grubun bir çok sakıncaları bulunmaktadır. Reklamlara ilişkin karar veren bu üyelerin hepsi kendi alanında uzman olabilirler. Ancak bu, onların Türkiye için yeni bir alan olan reklam hukuku alanında uzman olduğunu göstermez. Kaldı ki, 25 kişinin olduğu bir grupta tartışma ortamı ne ölçüde gerçekleşebileceği, tartışma olsa bile bunun derinliğinin ne düzeyde olacağı konusunda büyük bir soru işareti vardır. Kurulun oluşumunda önceliğin nicelikten çok nitelik olması gerekir. Bu yüzden sayının azaltılarak reklam alanında uzman daha az sayıdaki kişi ile bir Reklam Kurulunun oluşturulması gerekmektedir⁶⁸.

İnternette yayınlanan kurul kararları tarafların iddia ve savunmaları tartışılmadan ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadan çok kısa olarak yayınlanmaktadır. Uygulamada da sıkça karşılandığı üzere sadece kurul kararları değil idare mahkemesinin verdiği kararların da büyük çoğunlukla benzer şekilde olay bütün

⁶⁷ TKHK m. 17'ye göre, başkanlığı, Bakanın görevlendireceği ilgili Genel Müdür tarafından yürütülen Reklam Kurulu;

- a) Bakanlıkça ilgili Genel Müdür Yardımcıları arasından görevlendirilecek bir üye,
- b) Adalet Bakanlığınca, bu Bakanlıkta idari görevlerde çalışan hakimler arasından görevlendirilecek bir üye,
- c) Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunca görevlendirilecek reklam konusunda uzman bir üye,
- d) Yükseköğretim Kurulunun reklamcılık alanında uzman üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye,
- e) Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin görevlendireceği doktor bir üye,
- f) Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği avukat bir üye,
- g) Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin değişik sektörlerden görevlendireceği dört üye,
- h) Türkiye'deki tüm gazeteciler derneklerinin kendi aralarından seçeceği bir üye,
- i) Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye,
- j) Tüketici Konseyinin Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği veya üst örgütlerinin görevlendireceği bir üye,
- k) Türkiye Ziraat Odaları Birliğinin görevlendireceği bir üye,
- l) Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye,
- m) Türk Standartları Enstitüsünden bir üye,
- n) Diyanet İşleri Başkanlığından bir üye,
- o) Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinden bir üye,
- p) İşçi sendikaları konfederasyonlarından bir üye,
- r) Memur sendikaları konfederasyonlarından bir üye,
- s) Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğinin görevlendireceği bir üye,
- t) Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir Belediyelerinin kendi aralarından seçeceği bir üye,
- u) Türk Eczacılar Birliğinden bir üye,
- v) Türk Diş Hekimleri Birliğinden bir üye,
- y) Tarım ve Köy İşleri Bakanlığında ve Sağlık Bakanlığında ikişer üye, olmak üzere yirmibeş üyeden oluşur.

⁶⁸ Reklam Kurulunun kuruluş ve görevleri ile çalışma usul ve esaslarına ilişkin Reklam Kurulu Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bkz. RG 01.08.2003 – sa. 25186.

yönleri ile tartışılmadan ve gerekçesiz olarak verildiği görülmektedir. Böyle bir durum tartışma konularını daraltmakta, eleştirisel yaklaşımı sınırlamakta ve dolayısıyla da reklam hukukunun gelişmesini engellemektedir. Bu durumun sebeplerinden biri Reklam Kurulunun incelediği konudaki inceleme usulüdür. Kararlarına da bir ölçüde yansımakla birlikte Reklam Kurulu bir reklamı incelemeye aldığından Yönetmelik m. 14'e göre ilgili kurum ve kuruluşlara, meselâ sağlık alanındaki bir reklam söz konusu olduğunda Sağlık Bakanlığı, Tabip Odası, Diş Hekimliği Odası veya Üniversitelerin ilgili fakülte ile bölümlerine göndermektedir. Dosyanın bütün içeriği ile birlikte gönderilerek değerlendirilmesi yerine sadece söz konusu reklamın yer aldığı mecradan bir örnek alınarak, cd veya fotokopi, bir üst yazı ile gönderilip bu kurum ve kuruluşlardan değerlendirme yapılması istenmekte ve bu şekilde alınan görüşler Kurul kararlarına da temel teşkil etmektedir. Böyle bir usulün çok büyük sakıncaları olduğu ortadadır. Zira değerlendiren kişiler, reklamın bütünü üzerinden görüş beyan etmekte, hukukçu olmadıkları halde adeta Kurul yerine geçerek reklamın hukuka uygun olup olmadığına karar vermektedirler. Bunun dışında uygulamadan haberdar olmadıkları gibi bu kişilerin meslekî saiklerle hareket ederek çok katı bir tutum içinde oldukları göze çarpmaktadır. Meselâ diş macunu reklamlarında kullanılan ifadelerle karşı diş hekimleri, bitkisel ürünlere karşı veya alternatif tıp konularında tıpçılar olumsuz bir şekilde yaklaşmakta ve haliyle de bu durum görüşlerine yansımaktadır. Tarafların iddia ve savunması görülmeden ve bunlar açıkça ortaya konulup tartışılmadan bildirilen bu tür görüşlere dayanılarak Reklam Kurulunun karar vermesi çok sakıncalıdır. Bunun yanında bu kararlara itiraz mercii olan İdare Mahkemeleri, Reklam Kurulu kararlarını istisnaî hâller dışında olayı dahi özetlemeden ve maddî gerekçe yerine kanun atfı ile yetinerek onaylamaktadır.

Reklam hukukunun, sadece Reklam Kurulu kararlarının idarî bir karar olarak verilmesi dışında idare hukuku ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Özel hukuk ve daha doğrusu ticaret hukuku alanının bir alt dalı olan reklam hukukuna ilişkin kararların idarî yargıda görülmesi başlı başına bir sorun da teşkil etmektedir. Bu yüzden de genel olarak bakıldığında Türk hukukundaki uygulamalar, bu alandaki AB uyumlaştırmasına ve ATM kararlarına kadar dünyada en katı uygulamaların olduğu Alman hukukuna nazaran daha da katı bir durum arz etmektedir⁶⁹.

Buna rağmen Reklam Kurulunun 2003 yılında beri kararlarını internet üzerinden "Basın Bülteni" adı altında duyurması çok yerinde bir davranıştır. Vurgulamak gerekir ki, verilen kararlar konusunda ilgili herkesin bilgilendirilmesi bu

⁶⁹ Bkz. *Pınar* (dn. 23), s. 152 vd., 177 vd., 205 vd.

alandaki bir çok fayda sağlayacaktır. Bunların başında verilen kararlar sayesinde Reklam Kurulunun uygulamalarından haberdar olan reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları kendi konumlarını, alt yapılarını ve yeni reklamlarını buna uygun olarak hazırlayacaklardır. Özellikle gündemde olan bazı reklamlara ilişkin kararlar basın yolu ile duyurulduğundan tüketiciler de Reklam Kurulundan ve çalışmalarından haberdar olmaktadır.

Bu çalışmanın boyutlarını aşmamak için örnek bazı Reklam Kurulu kararlarına kısaca değinmek gerekmektedir. TKHK m. 16'ya aykırı bulunan aşağıdaki kararlar incelendiğinde Almanya'da 1961 yılında verilmiş ve hâlâ Alman öğretisinde bu alandaki kararların en çok eleştirilen kararı olarak bahsedilen tavuk gıdıklamasına ilişkin karara⁷⁰ nazire teşkil edecek niteliktedirler:

- Reklamların bizatihi özüne ters gelebilecek ve reklamdaki yaratıcılığı ortadan kaldıracak ve çocukların ve gençlerin ruh ve fizikî sağlığı konusunda Reklam Kurulunun abartılmış bir şekilde ne kadar hassas olduğunu gösteren reklamlar:

“Çeşitli televizyon kanallarında 2005 yılı Ekim-Kasım aylarında yayımlanan Çilek Mobilya Sanayi ve Pazarlama Tic. A.Ş.'ne ait, bir çocuğun Çilek Genç Odası alınana kadar eve dönmeyeceğinin ve bu arada anneannesinde/dedesinde kalacağına belirtildiği “Çilek Genç Odası” reklamının, çocukların mal veya hizmetlerin kendilerine alınması sağlamak üzere ana-babalarını ikna etmelerine yönelik doğrudan çağrı içermeme kuralını ihlal ettiği, bu çerçevede görüşleri soruların Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi İlköğretim Bölümü Okul Öncesi Eğitimi Anabilim Dalı'nın mütalaası da değerlendirildiğinde”⁷¹;

“Coca Cola Meşrubat Pazarlama ve Danışmanlık Hiz. A.Ş. tarafından 17.02.2006-20.04.2006 tarihleri arasında çeşitli televizyon kanallarında yayımlanan “Coca Cola” markalı ürüne ilişkin “Gülümse” başlıklı reklamlarda, diş tedavisi gördüğü anlaşılan bir genç kızın dişleriyle meşrubat şişesinin kapağını aç-

⁷⁰ Bu kararda besin maddeleri ithal eden bir firma radyoda yaptığı reklamda tavuk gıdıklaması sesini de kullanmıştır. Bu besinlerde taze yumurta yerine kurutulmuş yumurta kullanılmıştır. Tavuk gıdıklamasını reklamda bir malumat olarak değerlendiren mahkeme, bu gıdıklama sesinin tüketicilerde imalatta taze yumurta kullanıldığı kanaati uyandıracığı sonucuna vararak reklamı aldatıcı bulmuştur. Hatta davaya bakan İstinaf Mahkemesi bu gıdıklamanın yumurtlama mı yoksa normal bir gıdıklamamı olduğu ayrımını bile yaparak gerekçede tartışırken, Federal Yüksek Mahkeme bu tartışmalara girmeyerek kararı onamıştır. Alman öğretisinde neredeyse alay derecesine varan bu ayrımın Federal Yüksek Mahkemesi tarafından tartışılmaması büyük (!) eksiklik olarak görülmüştür. Bu konudaki tartışmalara ilişkin bütün öğretiyi dipnotta yazmak imkansız olduğundan bu alandaki temel esere bkz. *Baumbach/Hefermehl* (dn. 26), § 5, Nr. 2.38. Bu kararın maalesef Alman hukukunda yeri bilinmeden örnek olarak verilmesi Türkiye'de de yanlış uygulamalara vesile olabilir.

⁷¹ Reklam Kurulu'nun 09.05.2006 tarihli 128. Toplantısı: 1 nolu ve 2006/02 sayılı karar.

masının, özellikle ortodontik tedavi gören hastalar ve toplumun diğer üyeleri açısından ağız ve diş sağlığına zarar veren yanlış yönlendirmelere sebep olduğu⁷²;

“Ford Otomotiv San. A.Ş. tarafından çeşitli televizyon kanallarında yayınlanmakta olan “Haydi maça gidelim” temalı reklamlarda, seyahat esnasında bir grup gencin aracın yan camlarından dışarı çıkarak bayrak salladığı ve bu esnada dahi ani fren yaparak otomobil kullandığı şeklinde, tüketicilerin can ve mal güvenliği açısından tehlikeli olabilecek görüntülerin yer aldığı⁷³;

- Hedef kitleden seçilen “ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” ölçüsüne ters olarak Türk tüketicilerin meyve suyu denince üzerindeki “nektar” veya “%100” yazısını okuma zahmetine katlanmaması gerektiği veya bunların farkının bilinmediğinin düşünüldüğünü düşündüren bir karar:

“Mehmetoğlu İç ve Dış Ticaret A.Ş.’ne ait olup, çeşitli radyo kanallarında yayınlanan reklamlarda “Meyve suyunun bir numarası Bravo”, 31.08.2006-04.10.2006 tarihleri arasında çeşitli televizyon kanallarında yayınlanan reklamlarda, “Avrupa’nın tercihi Rauch’tan Bravo meyve suları.” ifadeleri ile meyve nektarı olan söz konusu ürünün meyve suyu olarak tanıtıldığı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Koruma ve Kontrol Genel Müdürlüğü’nün “meyve nektarı kategorisinde yer alan bir ürün, meyve suyu olarak değerlendirilemez ve bu isim altında satışa sunulamaz” şeklindeki görüşleri de dikkate alındığında, “Bravo” marka içeceği ilişkin reklamların⁷⁴;

- Toplumsal hoşgörünün sıfırlandığı ve herkesin artık en ufak bir şeyden dahi alındığı bir toplum olduğumuz kanaatine varan Reklam Kurulunun da bu konuda üzerine düşen görevi yerine getirdiği hakkında bir karar⁷⁵:

⁷² Reklam Kurulu’nun 26.07.2006 tarihli 130. Toplantısı: 2006/114 sayılı karar.

⁷³ Reklam Kurulu’nun 13.03.2007 tarihli 138. Toplantısı: 13 nolu ve 2006/448 sayılı karar.

⁷⁴ Reklam Kurulu’nun 13.03.2007 tarihli 138. Toplantısı: 19 nolu ve 2006/438 sayılı karar.

⁷⁵ Son haftalarda benzer bir olayda “sporda dostluk ve yardımlaşma” temalı bir reklam kampanyası yürütülmesi ile rakip klubün ve taraftarının rencide olup olmadığı tartışması ile gündeme gelmiştir. Bir petrol şirketinin (Alpet) “İlk Hedef: 5. Büyük” reklam kampanyasında gösterilen bir büyük klubün eski yöneticisinin yolda kalmış ezeli rakip olan karşı takımın taraftarlarına yardım etmesi konusu taraftarlarına yardım edilen bu spor klubü ve camiasını rencide ettiği için bu klüp tarafından reklama karşı hukukî yollara başvurulduğu gazeteler aracılığı ile duyurulmuştur. Bu olay yardımlaşma duygusunun rakip takımlar arasında mümkün olamayacağı önyargısını veya esprili bir şekilde de olsa reklam da rakipler arasında yardımlaşmanın işlenemeyeceği ya da rakip takımın yardımının hiçbir şekilde kabul edilmeyeceği ve edildiği takdirde bunun onur zedeleyeceği olacağı şeklinde bir düşüncüyü göstermesi açısından ilginçtir (bkz. Milliyet, 25.05.2007). Yukarıdaki kararına bakıldığında Reklam Kurulunun da bu önyargılarda ve hassasiyetlerde hemfikir olduğu söylenebilir.

“Türk Ekonomi Bankası A.Ş.’ne ait olup, 16.01-09.02.2007 tarihleri arasında çeşitli televizyon kanallarında yayımlanan “Doktorlar” başlıklı reklamlarda yer verilen, insan sağlığı alanında hizmet veren hekimlerin, hasta başında geçen para konulu söz konusu diyalog ile ticari bir reklama alet edilerek rencide edildiği, doktorların ekonomik sorunlarını bazen hasta sağlığından daha çok önemseyebilecekleri imajının verilerek mesleğin saygınlığına zarar verildiği”⁷⁶.

VI. Sonuç

2006 yılında 3.675 milyon YTL olarak tahmin edilen bir hacme ulaşan Türk reklam sektörü büyüklük açısından hiç de azımsanmayacak bir sektör haline gelmesi⁷⁷, 1996-2006 yılları arasında Reklam Kurulunun verdiği para cezalarının toplamı⁷⁸ ve 2007 yılı itibariyle TKHK m. 16’yı ihlâl eden bir reklama verilen idarî para cezasının miktarı dikkate alındığında reklam hukukunun önemi açık bir şekilde görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda ayrıntılı bir şekilde ortaya konulduğu üzere TKHK m. 25/11 hükmü Reklam Kurulu tarafından doğru uygulanmadığı kanaatindeyiz. Diğer hükümlerin yorumu açısından Reklam Kurulu ve yargı kararları incelendiğinde ortaya çıkan durum, reklam hukukunun etraflı bir şekilde incelenmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede her konunun diğer ülkelerin hukuk sistemi ve uygulamaları ile karşılaştırmalı olarak ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmelidir. Böylece Türk hukukunda uygulamada yaşanan sorunlara da bir çözüm getirilebilir.

Türk hukuku açısından en köklü çözüm; İsviçre, Almanya ve AB mevzuatı dikkate alınarak Türk Ticaret Kanunundan ayrı olarak yeni ve ayrı bir haksız rekabet kanunu çıkarmak olacaktır. Reklama ilişkin hükümlerde bir çatı altında toplanabilecektir. Böylece şu anki uygulamada olan ve aynı anda bir reklamın hem Ticaret Mahkemeleri hem de Reklam Kurulu önüne gelmesi ve farklı kararların çıkmasının önüne geçilebilecektir. Son yıllardaki uygulamayı dikkate aldığımızda reklamlarla ilgili en etkin mücadelenin Türkiye’de mahkeme yolu ile değil bir Kurul ile yapılabileceğini ortaya koymuştur. Zira Türkiye’de değişik sebepten dolayı mahkeme tercihinde bir çekingenlik söz konusu olmakta, buna karşılık başvuru kolaylığı gibi birçok sebepten Reklam Kurulu daha etkin bir şekilde işletilmektedir. O halde hazırlanacak yeni kanunla Reklam Kurulu yeniden,

⁷⁶ Reklam Kurulu’nun 11.04.2007 tarihli 139. Toplantısı: 1 nolu ve 2007/128 sayılı karar.

⁷⁷ Bkz. www.rd.org.tr (son yararlanma: 05.06.2007)

⁷⁸ Toplam: 34.538.024.-YTL = 26 Milyon USD (1 USD = 1, 32 YTL).

özellikle de nicelik değil nitelik açısından daha etkin kılınacak bir şekilde düzenlenmesinin doğru bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

Reklam hukukuna giriş niteliğinde olan bu çalışmamızda maddî hukuk açısından reklama ilişkin hükümler ve eleştirel olarak da Reklam Kurulunun bazı kararları genel olarak incelenmiştir. Haksız rekabet ve tüketici hukuku ile ilgili diğer hükümler açısından incelemeye devam edeceğimiz reklam hukukuna ilişkin diğer çalışmalarımızda alt konuları, yani örtülü reklam, aldatıcı reklam, karşılaştırmalı reklam ve diğer spesifik konuları, ele alacağız.