

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN KANUNLAR
İHTİLAFI**

Bengül KAYIŞ

Danışman
Doç. Dr. Sevilay UZUNALLI

2010

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

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

Bengül KAYIŞ

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı
Bengül KAYIŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Hızla gelişmekte olan teknoloji ile birlikte uluslararası ticaret de giderek yaygınlaşmaktadır. Buna bağlı olarak, uluslararası alanda meydana gelen haksız rekabet eylemleri çoğalmakta ve haksız rekabet sebebiyle meydana gelen ihtilaflara uygulanacak hukukun tespiti sorunuyla karşılaşmaktadır.

Haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı alanında yakın zamana değin haksız fiillere ilişkin doktrinde genel kabul gören ika yeri (*lex loci delicti commissi*) bağlama kuralı uygulama alanı bulmaktaydı. Son dönemde gerek Avrupa Birliği mevzuatında gerekse İsviçre hukuku ile Türk hukukunda ika yeri kuralının ekonomik haksız fiiller alanındaki görünümünü oluşturan ‘pazar üzerine etki’ bağlama kuralı kabul edilmiştir.

Pazar üzerine etki bağlama kuralı karşılaştırmalı hukukta rekabeti sınırlayıcı eylemler ile haksız rekabet eylemleri bakımından uzun süreden beri genel kabul görmekle birlikte hukumuza 2007 yılında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’la birlikte girmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da yer alan bu yeni bağlama kuralı bakımından, haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk hakkında şu ana kadar doktrinde ayrıntılı bir inceleme yapılmamıştır.

Tezimizde haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı alanında uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda tarihsel gelişim sürecinde izlenmesi önerilen yöntemler ve günümüzde kabul edilen pazar üzerine etki bağlama kuralı incelenmiştir. Uygulamada henüz Yargıtay kararlarına konu oluşturmayan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 37. maddesi, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ve bu kapsamda yer alan Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmeye çalışılmıştır. İncelemede mehz İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü'nden de özellikle yararlanılmıştır.

Üç bölümde oluşan çalışmanın ilk bölümü haksız rekabet kavramının açıklanmasına ayrılmış olup ikinci bölümde haksız rekabetten doğan ihtilaflarda uygulanacak hukukun tespitinde izlenebilecek yöntemler incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, Türk hukuku bakımından haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukuk incelenerek çeşitli haksız rekabet eylemleri bakımından uygulanacak hukukun belirlenmesi hususunda değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Haksız rekabet, haksız fiil, kanunlar ihtilafı, Milletlerarası Özel Hukukta haksız rekabet, Roma II Tüzüğü.

ABSTRACT

Master Thesis

The Conflict of Laws Pertaining to the Unfair Competition

Bengül KAYIŞ

Dokuz Eylül University

Institute of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

With rapidly evolving technology, international trade is becoming widespread. According to this, acts of unfair competition occurring in the international area are increasing and because of that it has been met with the problem of determination of applicable law to the disputes resulting from unfair competition.

Until recently, in the area of the conflicts of laws pertaining to the unfair competition, *lex loci delicti* rule related tortious acts which is accepted generally in doctrine, was taking place in the application area. Recently in the European Union legislation and Swiss law and Turkish law, choice of law of effect on market, which is view of *lex loci delicti* rule in economic tortious acts field, has been adopted.

Choice of the rule of effect on market has been generally accepted in comparative law related with actions of restrict of competition and unfair competition for a long time. It's adopted in our law in 2007 with the Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure No.5718. According to this new method of choice of law which takes place in the Code No.5718, it has not been made a detailed study in doctrine so far.

In our thesis, the proposed methods in the historical development about determining of applicable law in the field of conflicts of laws pertaining to the

unfair competition and the binding rule of effect on the market accepted today are investigated. Currently, Article 37 of the Code on Private International Law and International Civil Procedure, which has not been the subject of Supreme Court decisions in practice yet, has been studied in the light of Commercial Code and in the light of the regulations related unfair competition which takes place in the Turkish Commercial Code Draft and also in the light of Supreme Court decisions in this regard. In our study, Swiss International Private Code and European Community (Rome II) Regulation about the Law Applicable to Non-Contractual Obligations were especially used.

This study consists of three sections. In the first section of the study, the concept of unfair competition has been tried to be explained. In the second section, the methods that can be followed in the determination of applicable law arising from the conflicts of unfair competition are examined. In the third section, applicable law to unfair competition acts in terms of Turkish law has been examined and the determination of applicable law to various unfair competition acts according to Turkish law has been evaluated.

Key words: Unfair competition, torts, conflict of laws, unfair competition in Private International Law, Rome II Regulation.

HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	ii
ÖZET	ii
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE HAKSIZ REKABET YOLU İLE İHLAL EDİLEN MENFAATLER

§1 Haksız Rekabet Kavramı	6
I. Rekabet Hukuku İçerisinde Haksız Rekabetin Yeri	6
II. Haksız Rekabetin Tanımı	10
A. Türk Hukukunda Haksız Rekabet Kavramı	10
1. Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Kavramı	10
2. Türk Borçlar Kanunu'nda Haksız Rekabet Kavramı	12
3. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Haksız Rekabet Kavramı....	14
4. İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun Bakımından Haksız Rekabet Kavramı	18
B. Uluslararası Hukukta Haksız Rekabet Kavramı	20
1. Uluslararası Sözleşmelerde Haksız Rekabet Kavramı	20
2. Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Rekabet Kavramı	22
a. Fransa	22
b. Avusturya	22
c. Almanya	23
d. İtalya	23
e. Avrupa Birliği	24
III. Haksız Rekabetin Şartları	25

A. Haksız Rekabetin Varlığı İçin Zorunlu Olan Şartlar	25
1. Ekonomik Rekabet	25
2. Ekonomik Rekabet Hakkının Kötüye Kullanılması	26
B. Haksız Rekabetin Varlığı İçin Zorunlu Olmayan Şartlar	28
1. Kusur	28
2. Zarar veya Zarar Tehlikesi	28
3. Haksız Rekabet Sebebiyle Somut Bir Yarar Sağlanmış Olması..	29
4. Taraflar Arasında Rekabet ilişkisinin Varlığı	29
§2 Haksız Fiil Kuralları ile Haksız Rekabet Kurallarının Karşılaştırılması ...	31
§3 Haksız Rekabet Hükümlerinin Amacı	33
I. Rakibin Korunması	33
II. Müşterilerin Korunması	34
III. Mesleki Menfaatlerin Korunması	34
IV. Ekonominin Korunması	35

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET EYLEMLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

§4 Tarihi Gelişim	37
§5 Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Tespitinde İzlenebilecek Yöntemler	39
I. Olayın Meydana Geldiği Yer (İka Yeri) Hukuku (Lex Loci Delicti)	39
A. Fiilin İşlendiği Yeri İka Yeri Olarak Kabul Eden Sistem	41
B. Zararın Meydana Geldiği Yeri İka Yeri Olarak Kabul Eden Sistem	43
C. Mesafeli Haksız Fiillerde İka Yerinin Tespiti	46
II. Hakimin Hukuku (Lex Fori)	47
III. Tarafların Tabiiyetleri veya İkametgahları Hukuku	49
IV. Olayla En Sıkı İlişkili Hukuk	52
V. Sonuç Yerinden Çıkan Özel Bağlama Kuralı: Pazar Üzerine Etki Bağlama Kuralı	55

A. ‘Pazar Üzerine Etki’ Kavramı	55
B. Pazar Üzerine Etkinin Taşınması Gereken Özellikler	58
1. Etkinin Doğrudan Olması	58
2. Etkinin Öngörülebilir Olması	60
3. Etkinin Esaslı Olması	61
4. Etkinin Pazar Üzerinde Ortaya Çıkması	62
C. Pazar Üzerine Etki Bağlamasının Ortaya Çıkardığı Bir Sorun: Ülke Dışılık Kavramı ve Türk Hukukunda Haksız Rekabet Kurallarının Ülkedışı Uygulanması	64
VI. İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku Bağlama Kuralı	76
A. İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukukunun Uygulanması İçin Ön Koşul.....	76
B. İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukukunun Anlamı.....	76
§6 Avrupa Birliği Hukukunda Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuka İlişkin Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü’nün Değerlendirilmesi	81
I. Roma II Tüzüğü Hakkında Genel Değerlendirme	81
II. Roma II Tüzüğü’ne Göre Haksız Fiilden Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukuk	83
III. Roma II Tüzüğü’ne Göre Haksız Rekabetten Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukukun Seçimi	85
A. Roma II Tüzüğü’ne Göre Haksız Rekabetten Doğan İhtilaflara İlişkin 6. Madde Düzenlemesinin Değerlendirilmesi.....	86
B. Roma II Tüzüğü’ne Göre Haksız Rekabetten Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçimi.....	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA
KANUN'A GÖRE HAKSIZ REKABET EYLEMLERİNE UYGULANACAK
HUKUKUN TESPİTİ

§7 2675 Sayılı MÖHUK Döneminde Haksız Rekabet.....	93
§8 5718 Sayılı MÖHUK Döneminde Haksız Rekabet	95
I. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuk	95
A. ‘Piyasası Doğrudan Etkilenen Ülke Hukuku’ Bağlama Kuralının Değerlendirilmesi	97
B. ‘İşletmenin İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku’ Bağlama Kuralının Değerlendirilmesi	99
C. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçimi	101
D. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Tespitinde ‘Daha Sıkı İlişkili Hukuk’ Bağlama Kuralının Değerlendirilmesi	102
II. Pazar Üzerine Etki Kıstasına Dayanan İki Yanlı Bağlama Kuralına Geçiş Süreci	103
III. Pazar Üzerine Etki Kıstasına Dayanan Bağlama Kuralının Uygulama Alanını Sınırlayan Sorunlar.....	105
A. Vasıflandırma.....	105
B. Kamu Düzeni “Ordre Public”	107
C. Atıf “Renvoi”.....	109
D. Etkinin Birden Çok Pazar Üzerinde Gerçekleşmesi	111
E. İrade Muhtariyeti	112
F. Doğrudan Uygulanan Kurallar	113
§9 Türk Ticaret Kanunu’nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Düzenlenen Haksız Rekabet Eylemleri ve Bu Eylemlere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	115
I. Türk Ticaret Kanunu’nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Haksız Rekabet Hükümlerinin Genel Değerlendirmesi	115

II. Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Düzenlenen Haksız Rekabet Eylemleri ve Bu Eylemlere Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	116
A. Kötüleme (TTK m.57/1, TTK Tasarısı m. 55/1-a-1)	116
B. Gerçeğe Aykırı Bilgi Verme (TTK m. 57/2)	120
C. Yanlış ve Yanıltıcı Bilgi Verme (TTK m. 57/3, TTK Tasarısı m. 55/1-a-2)	121
D. Paye, Şahadetname veya Mükafat Almış Gibi Davranma (TTK m. 57/4, TTK Tasarısı m. 55/1-a-3)	132
E. İltibasa Yol Açma (TTK m. 57/5, TTK Tasarısı m. 55/1-a-4)	134
F. Üçüncü Kişilerin Yardımcılarını Görevlerini İhlal Etmeye Sevketme (TTK m. 57/6, TTK Tasarısı m. 55/1-b-2)	142
G. Rakibin Sırlarından Haksız Yere Yararlanmak ve Yaymak (TTK m. 57/7, 57/8, TTK Tasarısı m. 55/1-b-3, 55/1-d)	143
H. Gerçeğe Aykırı Olarak İyi Hal Belgesi Vermek (TTK m.57/9)	148
İ. İş Şartlarının İhlali (TTK m. 57/10, TTK Tasarısı m. 55/1-e)	149
J. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Öngörülen Yeni Haksız Rekabet Eylemleri	151
SONUÇ	156
KAYNAKLAR	159

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AIDI	: Annuaire de l'Institut de Droit International
AJCL	: American Journal of Comparative Law
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Dpn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Edition
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu)
EIPR	: European Intellectual Property Review
FMR	: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade
HD	: Hukuk Dairesi
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
IPRG	: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu)
Iowa L.R.	: Iowa Law Review
İBD	: İzmir Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LJ	: Law Journal
m.	: Madde

MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF – HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OJ	: Official Journal of the European Union
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TRIPS	: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret ile İlgili Yönlerine İlişkin Sözleşme)
v.	: Versus (Karşı)
vd.	: Ve devamı
V.	: Volume
WIPO	: World Intellectual Property Rights Organization
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Serbest rekabet, günümüzde hızla gelişmekte olan ve devlet tarafından da teşvik edilen liberal ekonomi anlayışının doğal bir uzantısıdır. Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen, Anayasamızın 48. maddesinde rekabet yapma hakkından açıkça söz edilmemekle birlikte, çalışma ve sözleşme hürriyetinin doğal bir sonucu olarak rekabet yapma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Rekabete dolaylı olarak değinen bu hüküm dışında, Anayasamızın 167/I maddesi¹ uyarınca, devlete rekabet ortamında özel teşebbüsün olumlu yönde gelişimine katkıda bulunmak ve piyasada fiilen veya anlaşma suretiyle ortaya çıkabilecek tekelleri önlemek görevleri yüklenmiştir. Hükümün amacı, rekabetin ortadan kalktığı, fiyatların tekeller ve kartellerce oluşturulduğu ve etkilendiği bir piyasa düzenine sahip olmanın sakıncalarını bertaraf etmektir².

Anayasa'nın bu hükümleri dışında hukukumuzda rekabet düzenini korumaya hizmet eden düzenlemeler mevcuttur. Rekabet hakkının kötüye kullanılmasının ve piyasada gerçekleşen haksız rekabetin engellenmesi amacıyla Türk Ticaret Kanunu'nda³ düzenlenen haksız rekabet hükümleri, rakiplerin menfaatinin yanı sıra kamu menfaatini de korumaya hizmet etmektedir⁴. Öyle ki, bu şekilde serbest rekabetin dürüstlük kurallarına uygun suretle sürdürülmesi gerek rakipler gerekse haksız rekabet halinde zarar görebilecek üçüncü kişiler bakımından son derece önem arz etmektedir. Haksız rekabete sosyal içerik kazandıran bu görüşe göre, haksız rekabet rakiplerin yanı sıra, piyasalarda faaliyet gösteren diğer ilgilileri ve tüketicileri de korumaya hizmet etmektedir⁵.

¹ T.C. Anayasası m. 167/I'e göre; "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler".

² ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 450; ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2005, s. 15 vd.

³ RG. 09.07.1956 T., 6762 S.

⁴ KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 373.

⁵ ARKAN, Sabih, "Haksız Rekabet – Gelişmeler – Sorunlar" (Haksız Rekabet), Batider, C.XXII, S.4, Aralık 2004, s. 5.

Haksız rekabete ilişkin kurullarla nihai olarak aynı amaca hizmet eden, haksız rekabete ilişkin kurullarla birlikte bozulmamış bir rekabet düzeninin kurulmasını amaçlayan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁶, serbest rekabetin sağlayacağı düşünülen menfaatlerin gerçekleşmesini amaçlar. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi rekabet kanunlarının temelinde, emek ve gayrete dayanmadan gerçekleştirilecek ekonomik üstünlükleri önlemek, diğer bir deyişle piyasada adaleti sağlamak düşüncesi yatmaktadır⁷.

Teknolojinin gelişimine paralel olarak uluslararası ticaretin de yaygınlaşmasıyla birlikte yabancılik unsuru taşıyan rekabet ihlalleri giderek artmaktadır. Uluslararası nitelik taşıyan rekabet ihlalleri içerisinde konumuz olan haksız rekabet eylemleri sebebiyle doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği hususu da bu nedenle son derece önem taşımaktadır. Haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle meydana gelen eylemin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için de, haksız rekabet kavramının ve haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde haksız rekabetin tanımı yer almaktadır. Buna göre haksız rekabet, aldatici hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı çeşitli şekillerde iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılmasıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde yer alan söz konusu genel hüküm uyarınca bir eylemin haksız rekabet niteliğinde olup olmadığını hakim takdir edecektir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 57. maddesinde haksız rekabet teşkil eden çeşitli hallere örnekleyici olarak yer verilmiş olup, bir eylemin haksız rekabet niteliğinin tespiti kolaylaştırılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı⁸'nin haksız rekabeti düzenleyen 56-65. maddelerinde de haksız rekabet kurumunun yapısı genel olarak korunmakla birlikte,

⁶ RG. 13.12.1994 T., 4054 S.

⁷ ASLAN, s. 11.

⁸ Türk Ticaret Kanunu'nun kabul tarihi olan 1956 yılından bu yana, teknolojiye meydana gelen gelişmeler ve bu gelişmelerin sanayiye ve ticari ilişkilere de yansımalarının yanında, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik yolunda aday ülke konumunda olmasının da sonucu olarak

mevzuat kanun olan 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda düzenlenen yeni haksız rekabet halleri Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na büyük ölçüde iktibas edilmiştir. Tarihsel temellerini haksız fiillere ilişkin hükümlerin oluşturduğu haksız rekabet hukuku ile günümüzde artık yalnızca rakiplerin değil, tüketicilerin, tedarik edenlerin diğer bir deyişle piyasaya tüm katılanların korunması amaçlanmaktadır⁹. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı tüm katılanların lehine bozulmamış bir rekabet düzeninin sağlanmasıdır.

Haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespiti bakımından, öncelikle eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesi önem taşıdığından, çalışmamızda Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı bakımından haksız rekabet teşkil eden eylemler ve bu eylemlere uygulanacak hukuk değerlendirilmiştir.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre; haksız rekabet, haksız fiilin özel bir türünü teşkil etmektedir. Haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı alanında da uzun süre haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin ika yeri (*lex loci delicti commissi*) bağlama kuralı uygulama alanı bulmuştur. Ancak özellikle son dönemde haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde haksız fiillere uygulanan bağlama kuralı terkedilmiş, diğer birçok ülke hukuku ile birlikte 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da¹⁰ da kabul edilen, haksız rekabet kurumunun günümüzdeki işlevine daha uygun düşen bir bağlama kuralı olan ‘pazar üzerine etki’ bağlama kuralı tercih edilmiştir. Her ne kadar haksız rekabet bir tür haksız fiil olarak kabul edilse de gelişen teknoloji ve değişen koşullar çerçevesinde haksız rekabetin kendi kurallarını belirler hale gelmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle hukukumuzda Rekabetin Korunması Hakkında

mevzuatımızı Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlaştırmanın gerekliliği sebepleriyle Türk Ticaret Kanunu’nun tadil edilmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu amaçla gerçekleştirilen çalışmalar neticesinde meydana getirilen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin gündeminde olup, Tasarısının yasalaşma sürecinde görüşmelerine devam edilmektedir.

⁹ Bkz. UZUNALLI, Sevilay, “Haksız Rekabet – Ticaret Unvanı”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Son Gelişmeler Sempozyumu, İzmir Barosu (24.05.2008), s. 30.

¹⁰ RG. 12.12.2007 T., 5718 S.

Kanun'nun 2. maddesinde¹¹ yer alan düzenlemede öngörülen pazar üzerine etki ilkesi, haksız rekabet eylemleri ile rekabetin engellenmesi sonucunu doğuran eylemler bakımından da bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndan esinlenilerek oluşturulan 5718 sayılı MÖHUK'a getirilen bu düzenlemeyle Avrupa Birliği mevzuatında yer alan, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) ile de uyum sağlanmıştır.

Çalışmamızın amacı, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı alanında uygulanacak hukukun tespiti ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde yer alan tek yanlı bağlama kuralının ardından bu kez haksız rekabet eylemleri ile rekabetin engellenmesinden doğan talepler bakımından Türk hukukuna 5718 sayılı MÖHUK'la giren ve hukukumuz açısından yeni bir kavram sayılan 'pazar üzerine etki' iki yanlı bağlama kuralının yabancı unsurlu haksız rekabet eylemlerine uygulanması ve söz konusu kuralın istisnaları ile ilgili bir inceleme yapılmasıdır.

Çalışmamızda haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde, tarihsel gelişim sürecine de uygun olarak öncelikle haksız fiilden doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde izlenebilecek yöntemler ele alınmıştır. Bu yöntemler değerlendirilirken çeşitli ülkelerin uygulamalarından örnekler verilmiştir. Ancak dikkat edilmelidir ki, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü Birlik üyesi devletler bakımından bağlayıcı olduğundan artık Birlik üyesi devletlerin mevzuatı bakımından da haksız rekabetten doğan ihtilaflarda uygulanacak olan hukuk Roma II Tüzüğü'ne göre belirlenecektir.

¹¹ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 2'ye göre; "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer".

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ise, 5718 sayılı MÖHUK'la haksız rekabet ve rekabeti sınırlayıcı eylemler bakımından kabul edilen pazar üzerine etki bağlama kuralının özellikleri ve uygulama alanı açıklanmıştır.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, genel olarak haksız rekabet kavramı, haksız fiil kuralları ile haksız rekabet kuralları arasındaki ilişki ve rekabet hukuku içerisinde haksız rekabetin yerine ilişkin bir inceleme yapılmıştır. İkinci bölümde ise, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı alanında uygulanacak hukukun tespiti bakımından tarihsel gelişim süreci içerisinde izlenebilecek yöntemler ve bu hususta Avrupa Birliği mevzuatında yer alan düzenlemeler değerlendirilmiştir. Nihayet üçüncü bölümde, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un haksız rekabete ilişkin 37. maddesinin değerlendirilmesinin ardından Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yer alan haksız rekabet eylemleri incelenerek bu eylemler sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıklara, yabancı unsur taşımaları halinde uygulanacak hukukun tespiti değerlendirilmiştir. Ayrı bir inceleme konusunu oluşturacak kapsamda bir konu olması sebebiyle haksız rekabet davalarında Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi çalışmamızın dışında bırakılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE HAKSIZ REKABET YOLU İLE İHLAL EDİLEN MENFAATLER

Ş1 Haksız Rekabet Kavramı

I. Rekabet Hukuku İçerisinde Haksız Rekabetin Yeri

Ekonomik rekabet, bir ülkede uygulanan ekonomi politikasına bağlı olduğundan serbest piyasa ve açık pazar ekonomisinin uygulandığı bir ekonomik rejimde rekabet de bütün unsurlarıyla birlikte gerekli olacaktır¹². Serbest piyasa ekonomisinin esas unsurlarından olan rekabet hakkının kötüye kullanılması ve kısıtlanmasına yönelik anlaşma ve uyumlu eylemlerin gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir. Söz konusu ekonominin benimsendiği her ekonomik sistemde mevcut olan rekabet yapma hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilebilmesi ve gerek rakiplerin gerekse toplumun ekonomik çıkarlarının korunabilmesi amacıyla rekabet serbestisinin sınırlarını belirleme zorunluluğu doğmuştur.

Rekabet yapma hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek ve sağlıklı işleyen bir rekabet ortamı temin edebilmek amacıyla ülkemizde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir.

Hukukumuzda haksız rekabetin engellenmesi ve rekabetin dürüslük kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanması amacıyla çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Bu anlamda, Türk Ticaret Kanunu'nun 56. vd. maddelerinde, Borçlar Kanunu'nun¹³ 48. maddesi ile İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'da¹⁴ serbest rekabeti düzenleyen kurallar yer almaktadır.

¹² MİMAROĞLU, S. Kemal, Ticaret Hukuku I, Ankara 1970, s. 282.

¹³ RG. 29.04.1926 T., 818 S.

¹⁴ RG. 01.07.1989 T., 3577 S.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve haksız rekabet hükümleri birlikte rekabet hukukunu oluşturmaktadır¹⁵. Türk hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'la¹⁶ hukuki bir zemine kavuşan dar anlamda rekabet hukuku birçok disiplinle yakından ilişkilidir¹⁷. Ancak her iki hukuk dalının da rekabet hukuku çerçevesinde ele alınıyor olması sebebiyle, dar anlamda rekabet hukuku ve haksız rekabet hukuku yakın ilişki içinde olup bu ilişki kimi zaman kavramların karıştırılmasına dahi sebep olmaktadır. Bu nedenle, her iki kurumun amaçları ve korudukları menfaatler bakımından incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Doktrinde rekabet hukukunun, haksız rekabetten gerek amaç gerekse koruduğu menfaatler ve bu yolda başvuru araçları bakımından farklı olduğu yönünde görüşler bulunduğu gibi (ayrımcı görüş), aralarında bir ayniyet, bir birlik olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.

Erdem'e göre, haksız rekabet hükümlerinin doğrudan amacı, kötüniyetli rakiplere karşı tacirlerin rekabet haklarının korunması, dolaylı amacı ise bu korumanın sağlanmasıyla mesleki faaliyetlerin ve serbest iktisadi faaliyette bulunma hakkının korunacak olmasıdır. Rekabet hukukunun amacı ise bizzat rekabet düzeninin korunmasıdır. Haksız rekabet hükümleri, rekabet hakkının sınırlarını belirleyerek rakipleri korurken, rekabet hukuku, ekonomik verimliliği temin edebilmek için rekabeti olabildiğince genişletmeye ve sınırlamaları kaldırmaya çalışır. Bu yönden, iki dal arasında bir amaç zıtlığı olduğu dahi söylenebilir¹⁸.

¹⁵ Ancak dar anlamda rekabet hukuku, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuatı ifade etmektedir. Bu nedenle, ilerleyen bölümlerde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat kısaca rekabet hukuku tabiri ile ifade edilecektir.

¹⁶ 1982 Anayasası'nın 167. maddesinde devlet, piyasaların sağlıklı işlemesi için gerekli tedbirleri almak, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi engellemekle yükümlü kılınmıştır. Ancak bu yükümlülüğü hayata geçirecek türde bir çalışma uzun süre yapılmamış, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 1994 yılında kabul edilmiştir. Kanunun bu tarihte kabulünü sağlayan temel sebep ise Avrupa Topluluğu mevzuatı ile uyumlaştırma çalışmaları ve Gümrük Birliği'dir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hazırlanmasında Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın 85. ve 86. Maddeleri ile Konsey yönergeleri esas alınmıştır. Bkz. ERDEM, Ercüment, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2002, s. 378-379.

¹⁷ Rekabet hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNAN, Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 3 vd.

¹⁸ ERDEM, s. 383-385.

Aslan, rekabet hukukunun kamu hukuku karakterli olduğunu, buna karşılık haksız rekabet hukuku kurallarının özel hukuk karakterinin ağır bastığını belirtmektedir. Her iki grupta yer alan kurallar esas olarak rekabetin bozulmasına karşı olmakla birlikte her iki hukuk dalı da konuya farklı açılardan yaklaşmakta, farklı amaçlar gütmekte ve farklı araçlar kullanmaktadır. *Aslan*'a göre, rekabetin korunması hakkında kanunla haksız rekabet hukuku bir paranın iki yüzü gibidir. Birbirlerine benzememekle beraber her iki hukuk dalında da hukuka aykırılık düşüncesini oluşturan adalet fikri aynı ortak noktada birleşmektedir¹⁹.

İnan ise, haksız rekabetin, rekabet hakkının kötüye kullanılmasını engelleyerek rekabeti sınırlama amacı güttüğünü, buna karşılık rekabet hukukunun rekabeti mümkün olduğunca genişletmeye çalıştığını belirtmektedir. Amaç, iki hukuk dalı arasında var olan zıtlığı makul bir dengede tutmaktır. *İnan*'a göre, haksız rekabet ve rekabet hukuku amaç bakımından çatışmakla birlikte örtüşükleri bazı istisnai noktalar da vardır. Örneğin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 4'te yer alan boykot ve m. 6'da düzenlenen mal satmayı reddetme halleri, haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu m. 57/10 ile yakından ilgilidir²⁰.

Aşçıoğlu Öz, hukukumuzda yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin rekabeti koruyan kurallar olduğu görüşüne katılmamakta, rekabet hukukunun gerek amaç gerekse korumakta olduğu menfaat bakımından haksız rekabetten farklı olduğunu belirtmektedir. *Aşçıoğlu Öz*'e göre rekabet hukuku kurallarıyla korunması amaçlanan, rekabet düzeninin bir parçası olan rakiplerin menfaati değil rekabetin kendisidir²¹.

Arkan'a göre ise, rekabet özgürlüğü yalnızca meşru rekabet sınırları içinde vardır, bu nedenle haksız rekabete ilişkin düzenlemeler rekabet hakkına getirilen bir sınırlama olarak düşünülmemelidir. Haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu m.

¹⁹ASLAN, s. 18 vd. Ayrıca bkz. SCHRICKER, G., (Çev. Akar ÖÇAL), Avrupa Ekonomik Topluluğuna Dahil Ülkelerde Haksız Rekabetin Önlenmesi, Ankara 1971, s. 4; POROY, Reha, "Avrupa Ekonomik Topluluğunda Rekabet Hukuku", Avrupa Ekonomik Topluluğu Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İstanbul 1973, s. 65.

²⁰İNAN, s. 14.

²¹AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 19.

56'da yer alan düzenlemenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 1'de yer alan 'rekabetin korunması' amacına uygun olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla *Arkan*'a göre, "haksız rekabeti düzenleyen hükümler ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri rekabet düzeninin korunmasına yöneliktir ve aralarında bir farklılık değil, tam aksine bir amaç birliğinin varlığı söz konusudur"²².

Eroğlu'na göre, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kamu hukuku yönü ağır basmakta olup, Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'ndaki haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ise özel hukuk karakterlidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da serbest rekabet düzeninin korunması ön plana geçerken Türk Ticaret Kanunu m. 56 vd. hükümleri rekabet hakkının aşırı kullanımlarına karşı korumayı amaçlamakla birlikte her iki kanun hükümleri de yeknesak bir rekabet düzeninin oluşmasını sağlamaya hizmet ederler. Önemli olan, söz konusu iki kanundan birinin uygulanmasının diğer kanun hükümlerinin uygulanmasını engellememesidir. Bazı durumlarda serbest rekabeti düzenleyen kurallarla haksız rekabete ilişkin kuralların uygulanması birbirine zıt sonuçlar doğurabilir. Diğer bir deyişle bir kanun hükmüne aykırı olan bir eylem diğer bir kanun hükmüne göre hukuka aykırılık oluşturmayabilir. Rekabeti koruyan kurallarla haksız rekabete ilişkin kurallar birbirinden farklı amaçlar güden kurallar olduğundan hukukun uygulanmasında söz konusu kurallar arasında bir denge sağlanmalıdır²³.

Hukukumuzda yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi amacıyla rekabet hakkına birtakım sınırlamalar getirmektedir. Ancak bu sınırlamalar, rekabet hukukunun amaçlamakta olduğu etkili bir serbest rekabet düzeninin oluşumunun önünde bir engel değil aksine aynı doğrultuda, aynı amaca yönelik bir araç teşkil etmektedir. Rekabet hukuku kuralları serbest rekabet düzeninin daha sağlıklı bir şekilde işlemesi amacıyla birtakım kurallar koyarken haksız rekabete ilişkin hükümler rekabet hakkını kullanırken hakkın sınırını aşan eylemlere karşı yaptırımlar öngörmektedir. Esas

²² ARKAN, Sabih, "Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 10.

²³ Bkz. EROĞLU, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 224 vd.

itibariyle her iki kanunun amacı da sağlıklı işleyen bir rekabet düzeninin oluşmasıdır. Nitekim bu husus, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 54. maddesinin gerekçesinde haksız rekabete ilişkin kuralların amacının tüm katılanların menfaatine bozulmamış bir rekabet düzeni sağlamak olduğu vurgulanmak suretiyle daha net bir şekilde ortaya konulmuştur. Gerekçede, 'tüm katılanlar' kavramı ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan 'ekonomi, tüketici'²⁴ ve kamu'nun ifade edilmek istendiği belirtilmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce söz konusu iki kurumu birbirine zıt olan ve birbirinin önünde engel oluşturan kurallar olarak değerlendirmek yerine, her iki kurumu da amaçları ve konuya yaklaşım noktaları farklı olan ancak bir denge içerisinde uygulanması halinde nihai amaçları aynı olan kurallar olarak değerlendirmek daha yerindedir.

II. Haksız Rekabetin Tanımı

A. Türk Hukukunda Haksız Rekabet Kavramı

1. Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Kavramı

Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde haksız rekabet, "aldatıcı hareket veya hüsnüniyet²⁵ kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali" olarak tanımlanmıştır.

²⁴ Burada sözü edilen tüketici kavramı, yalnızca nihai tüketiciyi ifade etmemekte olup, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan anlamından daha geniş anlaşılmalıdır. Bu anlamda, nihai tüketici ile birlikte toptancıdan mal temin eden sağlayıcı da tüketici sayılmalıdır.

²⁵ Maddede geçen 'hüsnüniyet' tabiri ile ifade edilmek istenen Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Madde hükmüne göre, "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır". Önceki Medeni Kanun'da objektif hüsnüniyet olarak düzenlenmiş olan kural, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda dürüstlük kuralı olarak ifade edilmiştir. Dürüstlük kuralları yazılı kurallar olmamakla birlikte "toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı kişilerin ahlak, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uyan sürekli davranışları sonucunda oluşan ve toplum tarafından da toplumun menfaatlerine ve iş hayatının gereklerine uygun görülerek benimsenen kurallar" bütünüdür. Ayrıntılı açıklama için bkz. AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2004, s. 174 vd.

Öte yandan, *Yasaman*'a göre, haksız rekabeti düzenleyen madde hükmünde yer alan dürüstlük kuralı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan dürüstlük kuralıyla her zaman örtüşmemektedir. Zira TMK. m. 2 anlamında dürüstlük kuralı sözleşmesel veya önsözleşmesel temelde taraflar arasındaki ilişkide var olan güvenle ilgilidir. Rekabet hukuku bakımından bu anlamda taraf mevcut olmayabilir. Buna göre de bazı durumlarda haksız fiil söz konusu olabilmektedir. Bkz. YASAMAN, Hamdi, "Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı", İsviçre Borçlar Kanunu'nun

“Rakipleri ezmek ve onları iktisadi rekabet alanından uzaklaştırmak amacıyla, dürüstlük kurallarına aykırı şekillerde başvurulmuş, kanuna, düzene, adaba ve teamüle göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareketlerin tümü” haksız rekabet olarak kabul edilmektedir²⁶. Bir başka ifadeye göre haksız rekabet; “aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı başka şekillerde rekabetin kötüye kullanılması ve bu yüzden bir kimsenin ticari işletmesi veya diğer iktisadi çıkarlarının zarar görmesi veya böyle bir tehlikeye düşmesidir”²⁷. Haksız rekabet, hukuk düzeni tarafından kişilere tanınmış olan iktisadi rekabet hakkının kötüye kullanılması, kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırı hareket edilmesi olarak da tanımlanabilir²⁸.

Haksız rekabet, rekabet hakkının kötüye kullanılması, bu hak kullanılırken kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırı hareket edilmesi halinde gündeme gelir. Kanunlarla koruma altına alınmış bir hak olan rekabet hakkı kullanılırken, hakkın sınırları iyi belirlenmeli ve bu sınır aşarak diğer kişilerin hak ve menfaatleri ihlal edilmemelidir. Haksız rekabet teşkil eden eylemlerin yasaklanmasının temel amacı hakkaniyet düşüncesidir²⁹. Kanunlarımızda yer alan düzenlemelerle haksız rekabetin yasaklanmasıyla ekonomik alanda faaliyet gösteren rakiplerin korunması, rakiplerin dürüstlük kurallarına aykırı hareketleri sonucu mağdur olma olasılıklarına karşı müşterilerin korunması, mesleki alandaki menfaatlerin korunması ve bunların sonucu olarak milli ekonominin korunması amaçlanmaktadır³⁰.

Rekabet hakkı kişilere hukuk düzenince tanınan ve yasalarla koruma altına alınmış bir haktır. Ancak bu hak kullanılırken mevcut kanuni düzenlemeler, örf, adet, teamül ve dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket etmek gereklidir. Bu çerçevede, müşteri çekebilmek için türlü metodlar kullanılabilir. Rekabet esas itibarıyla

İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009, s. 4.

²⁶ ÖRS, Fahri Halil, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara, 1958, s. 13.

²⁷ DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, İstanbul 2007, s. 272.

²⁸ KILIÇ, Fethi, Haksız Rekabet ve Haksız Rekabette Hukuk Davaları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1999, s.12.

²⁹ AYHAN, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 477.

³⁰ Bkz. AYHAN, Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990, s. 12 vd.

rakiplerin durumunu güçleştirici bir fiil olsa da bu fiil tek başına bir haksız rekabet durumu oluşturmaz. Haksız rekabetin meydana geldiğinden söz edebilmek için eylemin hukuki düzenlemeler ve dürüstlük kurallarına aykırı olması ve bu suretle rakiplere zarar verici nitelik arzemesi gerekmektedir³¹.

Hukuk düzeni, kişilerin iktisadi hayatta, serbest rekabet düzeni içerisinde hareket etmelerini mümkün kılmaktadır. Getirilen hukuki düzenlemelerle rakiplerin eşit koşullar altında faaliyetlerini sürdürerek birbirleriyle rekabet edebilmeleri, bu esnada farklı firmalarca sunulan mal ve hizmetler arasında tercih hakkına sahip olan müşterilerin zarara uğramalarının önlenmesi amaçlanmaktadır³².

2. Türk Borçlar Kanunu'nda Haksız Rekabet Kavramı

Borçlar Kanunu m. 48'de haksız rekabete ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, yanlış ilanlar veya iyiniyet kurallarına aykırı çeşitli hareketler ile müşterileri azalan veya bunları kaybetmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere son verilmesi için fail aleyhine dava açabilir ve failin hatası ile sebep olduğu zararın tazminini talep edebilir.

Haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin uygulama alanları bakımından doktrinde, ticari işletmeye ilişkin olarak gerçekleşen haksız rekabet eylemlerinde Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinin, buna karşılık ticari olmayan alandaki haksız rekabet eylemleri hakkında Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinin uygulanacağı savunulmaktadır³³. Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinde haksız rekabetin bir tanımı yer almamaktadır. Bu hüküm uyarınca, zarar görenin haksız rekabet sebebiyle dava açabilmesi için müşterilerinin azalması veya kaybedilmesi korkusunun ortaya çıkmış olması gerekmektedir³⁴.

³¹ KILIÇ, s. 14.

³² KILIÇ, s. 15 vd.

³³ Bkz ÖRS, s. 24.

³⁴ Haksız bir eylemle başkasına zarar veren kişiyi verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü kılan Borçlar Kanunu m. 41/2 hükmü haksız rekabeti önlemede önem taşıyan bir düzenleme olmakla birlikte, haksız rekabetin iktisadi alanda işgal ettiği önemli yer göz önüne alınarak, haksız rekabete haksız

Borçlar Kanunu'nun mehzazını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1943'te yapılan değişiklikle haksız rekabet ayrı bir kanunda ele alınarak düzenlenmiş ve bu kanun hükümlerinin hem ticari, hem de adi işlere ait haksız rekabet hallerinde uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak 1957 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında İsviçre'deki düzenlemenin hukukumuzda uygulanması yani adi işlere ait haksız rekabeti düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinin yürürlükten kaldırılarak Türk Ticaret Kanunu'nda yapılacak düzenlemenin tüm haksız rekabet hallerine tatbik edilmesi düşünülmüşse de Adliye Komisyonu'nca bu görüş uygun bulunmayarak Borçlar Kanunu'nun 48. madde hükmü muhafaza edilmekle beraber, bu hükme eklenen fıkra ile ticari işlere dair haksız rekabet halleri saklı tutulmuştur³⁵.

Halen TBMM'nin gündeminde olan ve görüşmelerine devam edilen 1/499 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 56. maddesinde³⁶, mevcut Borçlar Kanunu'nun 48. maddesi ile aynı yönde olmakla birlikte kapsamı biraz daha genişletilerek haksız rekabete ilişkin düzenleme yine muhafaza edilmiştir. Borçlar Kanunu Tasarısı m. 56'da yine Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur. Nitekim madde gerekçesinde de hükmün Borçlar Kanunu m. 48'i karşılamakta olduğu ifade edilmiştir.

Oysa Türk Ticaret Kanunu'nun mehzazını oluşturan 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda yer alan düzenleme yukarıda anılan şekilde olmasına karşılık hukukumuzda haksız rekabetin ticari iş, adi iş ayrımı yapılarak düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Doktrindeki hakim görüşe göre Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinin uygulama alanı kalmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabeti düzenleyen hükümleri, ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanımını

filin özel bir türü olarak Borçlar Kanunu m. 48 ve Türk Ticaret Kanunu m. 56 vd. maddelerinde ayrıca yer verilme gerekliliği duyulmuştur. Bkz. AYHAN, Haksız Rekabet, s. 18.

³⁵ Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun m. 41. RG. 09.07.1956 T., 6763 S.

³⁶ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 56'ya göre, "*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurunun varlığı halinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır*".

haksız rekabet saydığına göre, ticari alandaki haksız rekabet halleri ile birlikte ekonomik alandaki diğer haksız rekabet hallerinde de Türk Ticaret Kanunu m. 56-65 uygulanmalıdır. Bu durumda en uygun çözüm, ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanımını önlemek amacıyla getirilecek genel nitelikteki kanun hükümlerini Türk Ticaret Kanunu'ndan ziyade özel bir kanuna koyarak İsviçre'de olduğu gibi Borçlar Kanunu m.48 hükmünü yürürlükten kaldırmaktır³⁷.

Kanaatimizce de Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde yer alan tanımdan hareketle, ekonomik rekabet hakkının her türlü kötüye kullanımı haksız rekabet sayıldığından Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinin uygulanabilirliği kalmamıştır. Gerek Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda gerekse Borçlar Kanunu Tasarısı'nda mevcut durumu muhafaza eden düzenlemeler yapılması, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin uygulama alanlarına yönelik yapılan eleştirileri devam ettirecektir. Kanaatimizce izlenmesi gereken yol, haksız rekabete ilişkin hükümlere tek bir yerde ve bir bütünlük halinde yer verilmesidir.

3. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Haksız Rekabet Kavramı

Günümüzde hızla gelişen ticaret, internetin giderek ticaretin ayrılmaz bir parçası haline gelmesi karşısında bu alanda düzenlemelere duyulan gereksinim, uluslararası mal ve hizmet piyasalarında yer alma arzusu, Türk Ticaret Kanunu'nu etkileyen son dönemlerde değiştirilmiş diğer kanunlarla Türk Ticaret Kanunu'nun uyumlulaştırılması zorunluluğu ve özellikle Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde aday ülke konumunda olmanın getirdiği yükümlülükler Türk Ticaret Kanunu'nda köklü değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmış ve bu nedenle yeni bir Türk Ticaret Kanunu

³⁷ ARKAN, Ticari İşletme, s. 303. Aynı yönde bkz. POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2001, s. 241; KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri I, Ankara 1960, s. 452; EROĞLU, s. 220, AYHAN, Ticari İşletme, s. 456; AYHAN, Haksız Rekabet, s. 11; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 453. TTK m. 58/3'te 'esnaf derneklerine' haksız rekabet sebebiyle bazı davaları açabilme imkanı tanınmış olmakla TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin sadece tacirler arasındaki veya sadece ticari işletme ile ilgili olması sebebiyle ticari sayılan işlemlerle sınırlı olarak uygulanmayacağına tanınmış olduğunun kabulü gerekir. Nitekim TTK m. 17 çerçevesinde esnaf faaliyetlerinin ticari iş olmadığı açıktır. Karşı yönde Örs'e göre, TTK, bir ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen herhangi bir işletmeyi ilgilendiren fiil ve işlere uygulanabilir. Ancak ticari olmayan fakat müşteri ile ilgili herhangi bir mesleki faaliyetin haksız rekabete maruz kaldığı durumlarda uygulanacak hüküm BK m.48 olmalıdır. Bkz. ÖRS, s. 24; DÖNMEZ, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s. 298.

hazırlanarak tasarı haline gelmiştir³⁸. Tasarı ile birlikte pek çok alanda olduğu gibi haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde de köklü değişiklikler ve ilaveler yapılmıştır³⁹.

Mevcut Türk Ticaret Kanunumuzda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin kaynağı 30.09.1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Dair Federal Kanun'dur. Daha sonra 19.12.1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun 1943 tarihli Kanunun yerini almıştır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da haksız rekabete ilişkin hükümlere 1986 tarihli Kanun kaynak olarak alınmıştır⁴⁰.

Doktrinde *Moroğlu* tarafından yapılan değerlendirmeye göre, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki haksız rekabete ilişkin düzenlemeler de uygulama alanını aşmaktadır. Bunun sebebi, mehaz İsviçre Kanunlarının yalnızca ticari alandaki değil, tüm haksız rekabet eylemlerini kapsamasıdır. *Moroğlu*'na göre, haksız rekabete ilişkin hükümler Ticaret Kanunu içerisine hapsedilmemeli, özel bir kanunla düzenlenmelidir. Tasarı'da ise bu husus göz ardı edilmiştir⁴¹.

Doktrinde *Boztosun Odman/Ünal* tarafından da haksız rekabetin ayrı bir kanunda düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, haksız rekabete ilişkin özel ispat kuralları ile farklı dava türlerinin bir bütünlük içerisinde ele alınarak ayrı bir kanunda düzenlenmesi, bu aşamada da mehaz İsviçre kanunundan, Türk hukukundaki içtihatlardan, 2005/29 EC sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi'nden⁴²

³⁸ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı genel gerekçe; UZUNALLI, Haksız Rekabet, s. 1; CAN, Mustafa, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet", TBB Dergisi, Y. 20, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 153.

³⁹ TTK Tasarısı hakkında genel bir değerlendirme için bkz. MOROĞLU, Erdoğan, "Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme", YÜHFD, C. II, S. 1, 2005, s. 341 vd.; KUBILAY, Huriye, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler", DEÜHFD, C. 10, S. 1, 2008, s. 1 vd.

⁴⁰ UZUNALLI, Haksız Rekabet, s. 21; ALTAŞ, Soner, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet", Kazancı Hukuk Dergisi, S. 65-66, s. 214.

⁴¹ Bkz. MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı (Değerlendirme ve Öneriler), 6. Baskı, İstanbul 2009, s. 54-55.

⁴² The Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005, OJ. 11.6.2005. Yönerge metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/JOhtml.do?uri=OJ:L:2005:149:SOM:EN:HTML> (28.06.2010).

yararlanılması uygun görülmektedir⁴³. Nitekim İsviçre, Almanya gibi pek çok ülke haksız rekabete ilişkin hükümlerini ayrı bir kanunda düzenlemişlerdir⁴⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi, ticari iş ve adi iş ayrımı yapılmaksızın haksız rekabete ilişkin tüm düzenlemelerin ayrı bir kanunda ele alınması daha uygundur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde haksız rekabetin tanımı yapılmıştır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda ise mevcut kanunda yer alan tanımlama hükmü çıkarılarak 54. maddede haksız rekabete ilişkin düzenlemenin amacına ve ardından tanımına yer verilmiştir. Buna göre, kanunda yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacı; bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak ifade edilmiştir. Yeni düzenlemede, haksız rekabete ilişkin kurallar iki taşıyıcı kolon üzerine yapılandırılmıştır. 54. maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, bir kolonda katılanlar kavramı⁴⁵ diğer kolonda ise dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması yer almaktadır. Mevcut kanunda yer alan iktisadi rekabet kavramı yerine dürüst ve bozulmamış rekabet kavramının kullanılması gerekçede daha hukuki olarak nitelendirilmiş ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda 'suiistimal'de bulunan anlam ağırlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında 'dürüstlük kuralı'na kaydırılmıştır. Buna göre, mevcut kanunda bir eylemin haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için eylemin dürüstlük kurallarına aykırı olmasının yanı sıra iktisadi rekabeti ihlal etmesi de gerekmele birlikte,

⁴³ Haksız rekabete ilişkin ayrı bir kanun önerisi ve mevcut tasarı çerçevesinde madde önerilerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. ODMAN BOZTOSUN, Ayşe/ÜNAL, Akın, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", YÜHFD, C. II, S.1, 2005, s. 401 vd.

⁴⁴ Diğer düzenleme örnekleri için bkz. <http://www.wipo.int/clea/en/index.jsp> (17.05.2010).

⁴⁵ Katılanlar kavramı ile ifade edilmek istenen, rakipler, tüketici ve kamunun menfaatleridir. Tasarıda bu düzenlemenin getirilmesiyle rekabet ilişkisinin dolayısıyla haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulama alanının yalnızca rakipler arası ilişkilere uygulanmasının önü kapatılmış olacaktır. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerle korunması amaçlanan kişi ve menfaatler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. YASAMAN, s. 2; YILMAZ, Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri", İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, 2006, s. 1485 vd. Yılmaz'a göre, tasarıda korunan kişilerin kapsamı yönünden mevcut TTK'dan farklı bir düzenleme getirilmemiş, madde kapsamı genişletilmemiştir. Zira, TTK m. 58'de 'haksız rekabet sebebiyle zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan kimse' ifadesindeki kimse kavramı, Tasarı m. 54'te 'tüm katılanlar' olarak belirtilmiştir. Haksız rekabet sebebiyle açılacak davaları düzenleyen Tasarı m. 56/1'de de yine aynı yönde 'haksız rekabet sebebiyle zarar gören veya böyle bir tehlikle karşılaşabilecek olan kimse'lerin düzenlenen davaları açabileceği ifade edilmiştir.

Tasarıya göre yalnızca dürüstlük kurallarına aykırılık eylemin haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için yeterli kabul edilmiştir⁴⁶.

Amaç hükmü olarak ‘bozulmamış rekabet’ kavramının yer alması, haksız rekabet hukukunun değişim sürecinin kanuna bir yansımasıdır. Bu düzenleme gereğince, mahkemeler haksız rekabet hukukunu rekabete dayalı ekonomik düzenin korunması ilkesine göre yorumlayacak ve uygulayacaktır⁴⁷.

Esas itibariyle haksız rekabete ilişkin hükümlerle rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemeler farklı araçlardan yararlansalar da Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda haksız rekabet ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un koruma amaçlarının paralelliği vurgulanmıştır⁴⁸. Gerçekten, Tasarı ile gerek haksız rekabete gerekse rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin ortak bir şekilde rekabet hukukunu oluşturduğu ve esas itibariyle serbest rekabet düzeninin korunmasını konu aldıkları vurgulanmıştır. Ancak somut bir olayda bazen yine haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanırken kimi zaman da Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, “pazarda hemen hemen aynı büyüklükte işletmeler faaliyette ise ve bunlardan hiçbiri pazarda hakim durumda değilse ve bu işletmelerden birisi sistematik olarak ve objektif bir nedene dayanmaksızın maliyet fiyatının altında satışlar ile rakiplerini pazar dışına iterse, bu davranış Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kapsamına girmemekle birlikte haksız rekabet teşkil eder”⁴⁹.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 54/2’de ise, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile haksız rekabete ilişkin olarak dürüstlük

⁴⁶ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 54’ün gerekçesi.

⁴⁷ UZUNALLI, Haksız Rekabet, s. 23.

⁴⁸ Buna göre, haksız rekabete ilişkin hükümler yorumlanırken dürüstlük kuralı altında, rakibin rekabet özgürlüğünün sınırlanmaması, serbest rekabet düzeninin ve rekabetin işleyişinin bozulmamasına dikkat edilmelidir. İsviçre doktrininde, haksız rekabetin önlenmesi ve rekabetin korunması amaçlarının çatışması halinde ilke olarak, rekabet düzeninin korunması amacına öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. UZUNALLI, Haksız Rekabet, s. 24.

⁴⁹ Bkz. UZUNALLI, Haksız Rekabet, s. 34; Haksız rekabet ve rekabet hukuku arasındaki ilişkiye ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. §1-I.

kuralı ilkesi ortaya konulmuştur. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, burada ifade edilmek istenen dürüstlük kuralı, Türk Medeni Kanunu m. 2’de yer alan dürüstlük kuralından farklıdır. Buna göre, Türk Medeni Kanunu m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı temelde sözleşme ya da önsözleşmenin varolduğu hallerde taraflar arasında mevcut olan güvenle ilgilidir. Ancak rekabet ilişkisinde, her durumda buna benzer bir hukuki ilişki değil ve hatta çoğu kez haksız fiil ilişkisi söz konusu olmaktadır⁵⁰.

Haksız rekabeti tanımlayan Tasarı m. 54/2 hükmünde, mevcut Türk Ticaret Kanunu’ndaki düzenlemeden farklı olarak haksız rekabetin kimler arasında gerçekleşebileceği de belirtilmiştir⁵¹. Buna göre, dürüstlük kurallarına aykırı eylem ve uygulamalar, serbest piyasada rekabet eden rakiplerin ya da üretici veya satıcılarla müşterilerin arasındaki ilişkileri etkilemelidir⁵².

4. İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun Bakımından Haksız Rekabet Kavramı

Haksız rekabete ilişkin olarak hukukumuzda yer alan bir diğer düzenleme İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’dur. Kanununun 1. maddesinde, ithalatta haksız rekabet hallerinden dampinge veya sübvansiyona⁵³ konu olan ithalatın sebep olduğu zarara karşı bir üretim dalının korunması amacıyla yapılacak işlemlere, alınacak önlemlere, gerekli ilke ve uygulama kararlarını verecek

⁵⁰ CAN, s.156-157. Türk Ticaret Kanunu m. 56’da geçen ‘hüsnüniyet kaidesi’ tabirine ilişkin değerlendirme için bkz. dpn. 20.

⁵¹ MANOP, Burcu, “Türk Ticaret Kanunu ve TTK Tasarısı Açısından Haksız Rekabet Hükümlerine Bir Bakış”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 12, S. 3, 2007, s. 328. Yazara göre, TTK Tasarısı m. 54/2’nin sonundaki ‘haksız’ ifadesi, haksız olan aynı zamanda hukuka da aykırı olacağından yersizdir. Ayrıca, kanunun sistematigi bakımından, önce amaç ve ilkedan bahsedilip ardından tanım hükmüne yer verilmesi isabetli olmamıştır.

⁵² Tasarı m. 54/2 hükmü, maddede yalnızca rakip, tedarik eden ve müşterilerden söz edildiği ve bu suretle konuyu daralttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu anlamda, konunun yeni Alman Kanunu’nun 3. paragrafında düzenlendiği şekilde, tüketici ve piyasaya diğer katılanların da dahil edilerek düzenlenmesinin daha yerinde olacağı savunulmaktadır. Bkz. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı’na Hazırlanan Görüş”, Batider, C. XXIII, S. 2, Aralık 2005, s. 218.

⁵³ İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinde *damping*, bir malın Türkiye’ye ihraç fiyatının, benzer malın normal değerinin altında olması, *sübvansiyon* ise, menşe veya ihracatçı ülkenin fayda sağlayan, doğrudan veya dolaylı mali katkısını veya GATT 1994’ün XVI ncı maddesi çerçevesinde herhangi bir gelir veya fiyat desteği şeklinde tanımlanmıştır.

bir Kurul oluşturulması ve bu Kurul'un görevlerine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amaç olarak ifade edilmiştir.

İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un amacı, ülke içindeki üretim dalının yabancı haksız rekabete karşı korunmasıdır. Bu koruma, dumpingli mala ek vergi konulması ve bu suretle gelecekte ithal edilecek malların fiyatlarının artması şeklinde gerçekleştiğinden koruma kural olarak ileriye dönük olarak sağlanmaktadır⁵⁴. Kanun kapsamında önlem alınmasını gerektiren haller Kanununun 3. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, dumpinge veya sübvansiyona konu olan ithalat Türkiye'de bir üretim dalında maddi bir zarara yol açıyor veya maddi zarar tehdidi oluşturuyor veya bir üretim dalının kurulmasını fiziki olarak geciktiriyorsa bu Kanun kapsamında önlem alınması yoluna gidilmektedir. Uğranılan zarar, üretim dalını etkilememekle beraber bireysel düzeyde kalıyorsa, diğer bir deyişle Kanun'un aradığı koşullar gerçekleşmemişse bu durumda İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında haksız rekabete karşı korunma imkanı söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, üretici ve ithalatçıların haksız rekabetten Türk Ticaret Kanunu'nun 56 vd. maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde korunmaları mümkündür⁵⁵.

Bir olayda hem İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un hem de Türk Ticaret Kanunu'nun uygulanma koşulları bir arada bulunduğu takdirde diğer bir deyişle haksız rekabet olarak dumping bir üretim dalının maddi olarak zararına yol açtığı takdirde, MÖHUK gereğince, olaya Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda, haksız rekabet sebebiyle dava açma hakkına sahip olanların bireysel olarak haksız rekabet davası açmaları İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun anlamında üretim dalının uğradığı zararı engellemeye yetmeyeceğinden haksız rekabet davalarının yanı sıra dumping soruşturmasının açılması ile antidumping önlemlerin alınması mümkündür⁵⁶. Diğer bir deyişle, gerek İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un gerekse Türk Ticaret

⁵⁴ DİRİKKAN, Hanife, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, İzmir 1996, s. 268-269.

⁵⁵ Ayrıntılı açıklama için bkz. KUBİLAY, Huriye, İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önlemler, Ankara 1994, s. 76 vd.; DİRİKKAN, s. 272.

⁵⁶ DİRİKKAN, s. 273.

Kanunu'nun uygulanma koşullarının bir arada bulunması durumunda her iki Kanun kapsamında hukuki koruma sağlanması olanaklıdır.

İhracatçının, ulusal piyasalarda hukuka aykırı olarak uyguladığı fiyat farklılaştırması şeklindeki fiyat politikasının dışa yansımaları neticesinde, kendi ülkesindeki ve ihracat yaptığı ülkedeki rakiplerin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesine maruz kalmaları dolayısıyla söz konusu eylem haksız rekabet sayılabilmektedir. Zarar görenlerin özellikle küçük işletmeler olmaları durumunda bu tür üreticiler, İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'a göre korunma sistemini bireysel olarak harekete geçirme imkanına sahip olmadıklarından, ihracatçıların bu gibi eylemlerine karşı haksız rekabet hükümlerinden faydalanmak suretiyle korunma sağlayabilmeleri yerindedir. Bu anlamda, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin antidamping mevzuatını tamamladığı da söylenebilmektedir⁵⁷.

B. Uluslararası Hukukta Haksız Rekabet Kavramı

1. Uluslararası Sözleşmelerde Haksız Rekabet Kavramı

Uluslararası ticaretin hızla gelişmesi ile birlikte uluslararası alanda haksız rekabetin önlenmesine yönelik çeşitli düzenlemeler öngörülmektedir.

Sınai mülkiyetin korunmasına ilişkin olarak imzalanmış olan, Avrupa Birliği üyesi ülkelerle beraber Türkiye'nin de taraf olduğu Paris Anlaşması'nın⁵⁸ mükerrer 10. maddesinde haksız rekabet düzenlenmiş olup akit devletler, vatandaşlarına haksız rekabete karşı etkin bir koruma sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır. Paris Anlaşması'nda da Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemenin sistemine benzer

⁵⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. DİRİKKAN, s. 271 vd.

⁵⁸ Paris Anlaşması'na Türkiye, Lozan Barış Anlaşması'nın eki olan Ticaret Mukavelenamesi'nin 14. maddesi ile katılmayı kabul etmiş ve bu taahhüdünü 1925 yılında 342 sayılı Kanun'la onaylayarak yerine getirmiştir. Paris Anlaşması'nın La Haye metnini Türkiye 1619 sayılı Kanun'la (RG. 29.05.1930 T., 1506 S.), Londra metnini 30.01.1957 tarihli, 6894 sayılı Kanun'la (RG. 07.02.1957 T., 9529 S.) onaylamıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. UZUNALLI, Sevilay, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, İzmir 2008, s. 24-25; ARKAN, Ticari İşletme, s. 267 vd.

şekilde öncelikle genel bir tanım verilmiş ve ardından haksız rekabet oluşturacak birtakım örnekler sıralanmıştır. Anlaşmada, ticari ve sınai hususlarda dürüst uygulamalara aykırı olan rekabet davranışlarının haksız rekabet oluşturacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda özellikle bir rakibin ticarethanesi, malları veya sınai veya ticari faaliyetleri ile ilgili olarak herhangi bir şekilde bir karışıklığa yol açacak nitelikteki tüm davranışlar, ticari faaliyet esnasında, bir rakibin ticarethanesini, mallarını veya sınai ya da ticari faaliyetlerinin itibarını düşürecek nitelikteki sahte iddialar, ürünlerin cinsi, üretim yöntemi, özellikleri, amaca uygun olmaları veya miktarı gibi hususlarda, ticari faaliyet esnasında kullanılan, kamuyu yanıltabilecek ibare ve iddialar haksız rekabet oluşturan haller olarak kabul edilerek yasaklanmıştır⁵⁹.

1994 tarihli, Dünya Ticaret Örgütü Kurucu Anlaşması'nın eki olan "Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret ile İlgili Yönlerine İlişkin Sözleşme(TRIPS)"nin⁶⁰ 39. maddesi'ne göre üye devletler, "Paris Sözleşmesi'nin 10. mükerrer maddesinde öngörüldüğü üzere haksız rekabete karşı etkin korumayı temin etmek amacıyla 2. paragrafa göre açıklanmamış bilgileri ve 3. paragrafa göre de hükümete ya da devlet dairelerine sunulan verileri korumakla" yükümlü kılınmıştır⁶¹. 2. paragraf, dürüst ticari uygulamalara aykırı surette ele geçirilen ya da kullanılan ticari sırların kullanımını hukuken ellerinde bulunduran kişilere bu sırların açıklanmasına karşı korunma imkanı tanımaktadır.

⁵⁹ Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) tarafından 1996 yılında "Haksız Rekabete Karşı Koruma İçin Model Kanunlar" yayınlanmıştır. Bağlayıcılığı olmayan bu hükümler Paris Sözleşmesi'nin mükerrer 10. maddesine atıfta bulunmakla beraber birçok yönden söz konusu hükümle öngörülen korumayı genişletir niteliktedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. PLENDER, Richard/WILDERSPIN, Michael, The European Private International Law of Obligations, 3. Ed., U.K. 2009, s. 602.

⁶⁰ RG. 29.01.1995 T., 22186 S. Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nı 26.01.1995 tarihinde 4067 sayılı Kanun'la onaylamış ve böylece TRIPS de Türkiye için bağlayıcı hale gelmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. UZUNALLI, Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 26.

⁶¹ TRIPS Anlaşma metni için bkz. http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm (29.05.2010).

2. Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Rekabet Kavramı

ABAD⁶² tarafından haksız rekabet kavramına bağımsız bir anlam yüklenmekte ise de, kararlarının üye devletlerin kanunlarından ve temel prensiplerinden etkilendiği açıktır⁶³. Bu nedenle, bazı Avrupa Birliği üyesi devletlerin haksız rekabet konusundaki düzenlemelerini incelemek gerekli görülmektedir.

a. Fransa

Fransa'da haksız rekabet hukuku haksız fiil hukuku bağlamında gelişmiştir. Bir başkasına kusuruyla zarar veren kişiyi bu zararı tazmin etmekle yükümlü kılan Medeni Kanun'un 1382. maddesi temelinde, mahkemeler, diğerlerine ilaveten, kötüleme, karıştırılma ihtimali, taklit, aldatma gibi eylemlere karşı koruma geliştirmiştir. Bu hüküm kapsamında esasen haksız rekabete karşı bireysel anlamda rakipler korunurken, Fransız Tüketici Kanunu⁶⁴ yalnızca rakipleri değil, aynı zamanda tüketicileri, küçük işletmeleri ve genel anlamda kamuyu korumayı amaçlamaktadır. Fransız Ticaret Kanunu⁶⁵ kartellere karşı ayrıca haksız rekabet hukuku ile rekabetin sınırlandırılması arasındaki sınırlara ilişkin birtakım düzenlemeler içermektedir⁶⁶.

b. Avusturya

Avusturya Haksız Rekabet Kanunu⁶⁷, ahlaka ve adaba aykırı (*contra bonos mores*) rekabet amacıyla gerçekleştirilen eylemleri yasaklamış, bu tür davranışları yaptırıma bağlamıştır. Bu hukuk dalı, rekabet hakkına aykırı davranarak kendisine

⁶² Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın adı 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması (O.J. 17.12.2007, 2007/C 306/01) ile Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) (The Court of Justice of The European Union) olarak değiştirilmiştir.

⁶³ PLENDER/WILDERSPIN, s. 602.

⁶⁴ Code of Consumer's Protection. (*Code de la Consommation*).

⁶⁵ Commercial Law. (*Code de Commerce*).

⁶⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. PLENDER/WILDERSPIN, s. 603.

⁶⁷ Law of Unfair Competition. (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*).

haksız yarar sağlayan faili kanunlara uygun davranan rakiplerden ayırmayı ve haksız eylemi yaptırma bağlamayı amaçlamaktadır⁶⁸.

c. Almanya

Almanya’da rakipler, tüketiciler ve piyasaya diğer katılanlar haksız rekabete karşı 22 Aralık 2008 tarihli Kanun’la büyük ölçüde tadil edilmiş olan, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu⁶⁹ ile korunmaktadır⁷⁰. Haksızlık artık ahlaka aykırılık kavramı temelinde tanımlanmamakta olup haksız rekabet meydana getiren eylemler örnek kabilinden sayılmak yoluna gidilmektedir. Buna göre, hile ya da müşterileri istismar etme, aldatıcı ve hileli reklam yapma, kötüleme suretiyle rakibin ününe zarar verme, piyasayı düzenleyen kurallara aykırı davranma gibi haller haksız rekabet olarak sayılmaktadır. Kanun ayrıca tüketicinin korunmasına ilişkin AB Direktiflerini de iç hukuka uyarlamaktadır. Bu anlamda, yanıltıcı reklam, karşılaştırmalı reklam ve saldırgan satış teknikleri yasaklanmaktadır.

d. İtalya

İtalya’da, hukuken korunan bir isim ya da işaret karıştırılmaya müsait bir şekilde kullanılıyor ya da rakibin ürünleri haksız olarak karıştırılmaya müsait bir şekilde taklit ediliyorsa, rakibin mallarını ve eylemlerini kötüleyici beyanlarda bulunuluyorsa, doğrudan ya da dolaylı olarak iş koşullarına aykırı eylemlerde bulunarak diğer teşebbüse zarar veriliyorsa, bu durumda söz konusu eylem İtalyan Medeni Kanunu’nun 2598. maddesi uyarınca haksız rekabet olarak kabul edilir. İtalyan Medeni Kanunu’nun 2600. maddesine göre, haksız rekabet meydana getiren bir eylemin aynı zamanda kusurlu olduğu kabul edilmektedir⁷¹.

⁶⁸ PLENDER/WILDERSPIN, s. 603.

⁶⁹ Law of Unfair Competition. (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb “UWG”*).

⁷⁰ Alman hukukunda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. GÖKSOY, Yaşar Can, “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler”, DEÜHFD, C. 9, S. 2, 2007, s. 143 vd.

⁷¹ Ayrıntılı açıklama için bkz. PLENDER/WILDERSPIN, s. 605.

e. Avrupa Birliği

Topluluk hukukundaki ticari alanda meydana getirilen haksız eylemleri düzenleyen Direktif 2005/29 EC sayılı Topluluk Direktifi'dir. Direktifin (Yönergenin) amacı, tüketicilerin ekonomik menfaatlerine zarar veren haksız iş uygulamalarına ilişkin üye devletlerin hukuki ve idari mevzuatını uyumlaştırarak iç pazarın kesintisiz işleyişine ve tüketicinin yüksek koruma düzeyine ulaşmasına yardım etmektir⁷². Direktif, Avrupa Birliği genelinde, özellikle yanıltıcı reklam ve saldırgan satış teknikleri bakımından işletmelerin tüketiciyle ilişkilerindeki tutumlarında belirli bir standart oluşturmayı amaçlamaktadır⁷³.

Direktif, üye devletlere rekabeti düzenleyen kurallarda daha sınırlayıcı olabilme – bu sınırlandırmalar tüketici aleyhine değil haksız rekabeti önleme amacıyla yapılmak şartıyla – imkanı tanımakla birlikte, hukukun belirli alanlarındaki ticari eylemlerde bir uyumlaştırma sağlayabilme amacı gütmektedir. Direktifin kapsamında esas olarak ticari ilişki boyunca işletme ve müşteri arasında gerçekleşebilecek haksız ticari uygulamalar düzenlenmektedir. Direktif ile haksız ticari uygulamalar yasaklanmaktadır. Hangi tür ticari uygulamaların haksız sayılacağı Direktif'in 5. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, ticari bir uygulama mesleki özen yükümlülüklerine aykırı ise; ürünün sunulduğu tüketici ya da tüketici grubunun ekonomik davranışını etkilemeye yönelik ise haksız kabul edilir.

Yaş vb. sebeplerle daha zayıf durumda olan tüketici kitlesine sunulan ürünler bakımından eylemin haksız ticari uygulama oluşturup oluşturmadığı bu tüketici kitlesinin ortalama bir üyesine göre belirlenir. Tüketici geneli baz alınarak ve yasal olarak yapılan reklamlardaki abartılı ifadeler bu kapsamda değerlendirilmez. Bunun yanı sıra, Direktif'in 6. ve 7. maddelerinde düzenlenen aldatıcı ticari uygulamalar ile 8. ve 9. maddelerinde düzenlenen saldırgan ticari uygulamalar da 5. madde anlamında haksız ticari uygulama olarak nitelendirilmektedirler. Ayrıca Direktif Ek I'de her koşulda haksız ticari uygulama olarak değerlendirilecek eylemler de sayılmıştır.

⁷² 2005/29 EC sayılı Direktif m.1.

⁷³ WADLOW, "Unfair Competition", s. 799.

III. Haksız Rekabetin Şartları

Rekabet düzenini bozucu eylemlerde haksız rekabetin meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için birtakım şartların bir araya gelmesi gerekmektedir.

Haksız rekabetin şartları, bir eylemin haksız rekabet sayılabilmesi için varlığı zorunlu olan şartlar ile varlığı zorunlu olmayan şartlar olarak sınıflandırılarak incelenecektir.

A. Haksız Rekabetin Varlığı İçin Zorunlu Olan Şartlar

1. Ekonomik Rekabet

Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabetin önlenmesi için getirilen düzenlemelerin amacı rakiplerin ekonomik kişiliklerinin korunması ile birlikte ekonomik rekabet düzeninin ve tüketicinin de ekonomik menfaatlerinin korunmasıdır.

Haksız rekabet ekonomik nitelikte bir eylemdir⁷⁴. Haksız rekabette, hukuk düzeni tarafından korunmakta olan rekabet hakkı ihlal edilmektedir. Buna göre, bir eylemin haksız rekabet oluşturduğunun kabul edilebilmesi için eylemi gerçekleştiren kişinin ekonomik rekabet hakkına sahip olması gerekmektedir. Rekabet hakkı mevcut olmayan failin eyleminin haksız rekabet oluşturduğunun kabulü mümkün değildir⁷⁵.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı açısından değerlendirildiğinde de, Tasarı m. 54'te belirtilen amaçtan hareket edildiğinde haksız rekabetten söz edilebilmesi için yine ekonomik rekabet hakkının varlığının aranacağı anlaşılmaktadır.

⁷⁴ ÖRS, s. 32.

⁷⁵ EROĞLU, s. 221; AYHAN, s. 12.

2. Ekonomik Rekabet Hakkının Kötüye Kullanılması

Gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse Borçlar Kanunu'nda haksız rekabet düzenlenirken “hüsnüniyet kaidelerine” aykırı birtakım hareketlerin gerçekleşmesinden söz edilmiştir. Kanunda “hüsnüniyet” yerine “hüsnüniyet kaidesi” tabirinin tercih edilmesinin sebebi, eylemin failinin subjektif yönden kusurlu ya da kötüniyetli olması değil, eylemin normatif yönden dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığına önem verilmesidir⁷⁶.

Rekabet hakkının dürüstlük kurallarına aykırı eylemlerle ihlal edilmesi sonucunda, failin kastı bu yönde olmasa dahi, eylem haksız rekabet teşkil edebilir. Diğer bir deyişle, dürüstlük kurallarına aykırı eylem ile amaçlananın ya da meydana gelen sonucun eylemin haksız rekabet oluşturup oluşturmaması bakımından önemi yoktur. Haksız rekabet oluşturan dürüstlük kurallarına aykırı eylemin failinin ayrıca kötü niyetli olması da aranmaz⁷⁷. Rekabet hakkının dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacak şekilde kötüye kullanılması rekabet düzenini doğrudan ihlal ettiğinden bu eylem haksız rekabetin meydana gelmesi için yeterlidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralı, uygulamada tüm hakların kullanılmasında olduğu gibi rekabet hakkının kullanılmasında da sınır teşkil etmektedir. Dürüstlük kuralı, hakların kullanılırken ve borçların yerine getirilirken hangi kurallara uyulması gerektiğini gösterir. Bu kurallar, “toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı kişilerin ahlak, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uyan sürekli davranışları sonucu oluşan ve toplum tarafından da toplumun menfaatlerine ve iş hayatının gereklerine uygun görülerek benimsenen kurallar bütünü” olarak tanımlanmaktadır⁷⁸. Bu prensip bir eylemin haksız rekabet teşkil edip etmeyeceği noktasında belirleyici bir kıstastır. Bu kurallar, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan rekabet ilişkilerine uygun olarak hakim tarafından somutlaştırılmalı ve buna göre uygulanmalıdır⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, bir eylemin

⁷⁶ ÖRS, s. 31.

⁷⁷ ÖRS, s. 31.

⁷⁸ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 174-175.

⁷⁹ DİRİKKAN, s. 285; EROĞLU, s. 222.

haksız rekabet teşkil etmesi için failin kusurlu olması gerekli değildir. Kusur, haksız rekabet sonucu uğranılan zararın tazmini aşamasında gündeme gelecek bir unsurdur. Yani, bir hareket dürüstlük kurallarına aykırı olmakla birlikte bu eylemi gerçekleştirirken fail diğer tarafı aldatma kastı gütmese de eylem haksız rekabet meydana getirebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabeti tanımlayan 56. maddesinde, haksız rekabetin aldatıcı hareketler ile de meydana getirilebileceği hüküm altına alınmıştır⁸⁰. Buna göre, failin diğer tarafı aldatmak, hataya düşürmek kastıyla hareket ettiği hallerde yine haksız rekabet teşkil eden bir eylemin meydana gelmesi söz konusu olacaktır. Aldatma amacı gütmeksizin bir malı abartılı sözlerle övme hile teşkil etmeyecektir, ancak diğer tarafı malın belirli vasıflarında hataya düşürme kastı mevcutsa bu durumda hilenin varlığı kabul edilecek ve eylem haksız rekabet meydana getirecektir⁸¹.

Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabeti meydana getiren eylemler bakımından, bu eylemlerin aldatıcı veya dürüstlük kurallarına aykırı olması gerektiği belirtilmiştir. Maddede geçen aldatıcı tabiri de esasen dürüstlük kurallarına aykırı bir davranış biçimini oluşturmaktadır⁸². Buna göre, rekabet hakkı dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanıldığı takdirde ekonomik rekabet etme hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmayacağından bu tür eylemler sonucu bir zarar meydana geldiği takdirde bu zararın tazmini de gündeme gelmez⁸³.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı açısından değerlendirildiğinde, haksız rekabete ilişkin düzenlemede, “aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticari uygulamalar haksız veya hukuka aykırıdır” denilmiştir. Bu

⁸⁰ TTK'da haksız rekabet tanımlanırken ‘aldatıcı hareket veya hüsünîyet kaidelerine aykırı sair suretlerle’ şeklinde bir ifade kullanılmışsa da bu tanımlamadan iki farklı haksız rekabet kategorisinin varlığı sonucu çıkarılmamalı, aldatıcı hareketler dürüstlük kurallarına aykırılığın kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. DİRİKKAN, s. 285.

⁸¹ Örneğin, pamuktan imal edilmiş bir kumaşın ipekli veya yünlü olduğunu beyanda diğer tarafı aldatma kastı mevcut kabul edilir. Bkz. ÖRS, s. 29.

⁸² Bu nedenle maddenin düzenleniş biçiminin yerinde olmadığı söylenebilir.

⁸³ DİRİKKAN, s. 286; EROĞLU, s. 223.

ifadeden hareketle yine üst kavram olarak ekonomik rekabet hakkının kötüye kullanılmasının koşul olarak aranacağı sonucuna varılabilir.

B. Haksız Rekabetin Varlığı İçin Zorunlu Olmayan Şartlar

1. Kusur

Haksız rekabetin gerçekleştiğinin kabulü için kusurun varlığı şart değildir. Diğer bir deyişle kusurlu bir hareket söz konusu olmaksızın da haksız rekabet teşkil eden bir eylemle karşılaşılabilir. Kusur ancak haksız rekabete dayalı olarak tazminat davası açabilmek, tazminat talebinde bulunabilmek için bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Zarar veya Zarar Tehlikesi

Dürüstlük kurallarına aykırı eylem neticesinde haksız rekabetin oluştuğundan söz edebilmek için zarar veya zarar tehlikesinin varlığı zorunlu bir unsur değildir. Zira bu husus haksız rekabet sebebiyle dava açabilmenin bir koşulu olarak değerlendirilmektedir. Rekabet etme hakkının piyasadaki ilişkileri etkileyen her türlü kötüye kullanılması, rekabet etme özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurur ve hukuka aykırıdır. Dürüstlük kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen rekabet, rakibin zarar görmesine, diğer bir deyişle rakibin malvarlığında herhangi bir azalmaya sebep olmasa bile rekabet özgürlüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurduğundan hukuka aykırılık olarak değerlendirilir ve haksız rekabet teşkil eder⁸⁴.

⁸⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. DİRİKKAN, s. 289 vd. Yazara göre, TTK m. 58’de sözü edilen zarar ve zarar tehlikesi haksız rekabet bakımından kavramsal bir unsur değil yalnızca bir dava koşuludur.; EROĞLU, s. 224, dpn. 22. Aksi yönde, *Örs*’e göre ise, bir eylemin haksız rekabet teşkil edebilmesi için aldatıcı veya dürüstlük kurallarına aykırı hareketlerle rekabet hakkının ihlal edilmesinin yanısıra, bu ihlal neticesinde bir zarar veya zarar tehlikesinin doğmuş olması gerekmektedir. Yani bir hareketin haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için iktisadi rekabeti ihlal eden dürüstlük kurallarına aykırı bu hareketin başka bir kişinin ekonomik menfaatlerinde zarar meydana getirmiş olması veya getirme tehlikesinin mevcut bulunması gerekmektedir. Bkz. ÖRS, s. 33; DOĞANAY, İsmail, “Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtay’ca Nasıl Uygulanıyor?”, *Batider*, C. 5, S. 3, Mart 1970, s. 532.

3. Haksız Rekabet Sebebiyle Somut Bir Yarar Sağlanmış Olması

Haksız rekabetin oluşumu için göz önünde tutulacak önemli bir unsur, haksız rekabet teşkil eden eylemiyle failin somut bir yarar sağlamış olmasının zorunlu bulunmasıdır. Örneğin, aralarında herhangi bir rekabet ilişkisi bulunmayan bir kişiye karşı, diğer bir kişi tarafından gerçekleştirilen ve somut bir yarar sağlamayan haksız eylem de haksız rekabet meydana getirir⁸⁵.

4. Taraflar Arasında Rekabet İlişkisinin Varlığı

Haksız rekabetin önlenmesinde, rakiplerin ekonomik kişiliklerinin korunması amacı güdülmekle birlikte haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için fail ve mağdur arasında mutlaka bir rekabet ilişkisinin bulunması gerekli değildir⁸⁶. Zira haksız rekabetin önlenmesinde esas amaç rekabete dayalı ekonomik düzenin korunmasıdır⁸⁷. Modern görüşe göre de haksız rekabet, yalnızca iki rakip arasında söz konusu olan ve subjektif haklara dayanan hukuki bir kurum değil, toplumun ekonomik düzen ve dengesini koruyan hükümler topluluğu olarak kabul edilmektedir⁸⁸.

Nitekim Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 54/1’de de haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının bütün katılanların menfaatine, bozulmamış ve dürüst bir rekabetin sağlanması olduğu belirtilmiştir. Tasarı’nın 54/2 maddesinde, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir. Tasarı m. 54/2 düzenlemesindeki ‘rakipler arasındaki ilişki’ dar anlamda rekabet ilişkisini, ‘tedarik edenlerle

⁸⁵ ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN; s. 455.

⁸⁶ ÖRS, s. 32. Eski Ticaret Kanunumuz zamanında haksız rekabetin mevcudiyeti için ilgililer arasında bir rekabet bağının varlığı şart olarak gösterilmiş olmasına rağmen bu görüş modern sistemlerde artık terk edilmiştir. Aynı yönde bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 299 vd.; GÖLE, Celal, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 167 vd.; EROĞLU, s. 221; AYHAN, Ticari İşletme, s. 479. Aksi yönde, *Doğanay*’a göre, genel olarak haksız rekabetten söz edilebilmesi için, ilgililer arasında aynı tür veya benzer bir malın satılması konusunda bir rekabet ilişkisinin varlığı şarttır. Bkz. DOĞANAY, s. 533.

⁸⁷ ARKAN, Ticari İşletme, s. 306.

⁸⁸ POROY, s. 63.

müşteriler arasındaki ilişki' ise, geniş anlamda rekabet ilişkisini konu almaktadır⁸⁹. Ancak aralarında dar anlamda rekabet ilişkisi bulunmamakla birlikte, tedarik eden-müşteri ilişkisi de bulunmayan kimseler arasındaki rekabet ilişkisi Tasarı m. 54/2 hükmünde düzenleme dışı kalmıştır. Her ne kadar, Tasarı m. 54'ün gerekçesinde, haksız rekabete ilişkin kuralların yalnızca rakipler arasında gerçekleşen eylemler bakımından uygulanmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı ifade edilmişse de örneğin, ziyaretlerde paket kahve hediye edilmesine teşvik için 'çiçek yerine Onko Kahvesi' şeklinde reklam yapan kahve üreticisinin çiçek ticareti yapanlarla rekabet ilişkisi içine girebildiği gibi durumlar bakımından madde metninin her türlü rekabet ilişkisini kapsayacak biçimde düzenlenmesi daha yerinde olurdu⁹⁰. Tasarı'da yer alan düzenleme yukarıda ifade edilen gerekçeyle eleştirilmekle birlikte Tasarı bakımından da haksız rekabet eylemlerinin yalnızca aralarında rekabet ilişkisi bulunanlar arasında gerçekleşmeyeceğinin kabulü gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabetin önlenmesi için tesis edilen hükümlerin amacı rekabet hakkının serbestçe kullanılmasını sağlamak, iktisadi eylemlerin serbestçe sürdürülmesine olanak tanımak, bununla birlikte rekabet hakkı kullanılırken meydana gelebilecek kötüye kullanımları engellemektir. Haksız rekabet sebebiyle birtakım davaları açma hakkının tüketiciler ile çeşitli meslek kuruluşlarına da tanınması, haksız rekabet hükümlerinin⁹¹ amacının yalnızca rakipleri değil aynı zamanda piyasada rol oynayan diğer kişileri ve bu yolla rekabet düzenini korumayı hedeflediğinin kanıtıdır⁹². Ancak Türk Ticaret Kanunu'nda getirilen hükümlerle esas olarak amaçlanan, ticari hayatta tüketiciyi yanıltıcı faaliyetlere karşı korumak değildir. Ancak ekonomik rekabet düzeninin korunmasıyla birlikte müşteri menfaatleri de dolaylı olarak korunmuş olmaktadır⁹³.

⁸⁹ YILMAZ, s. 1495-1496.

⁹⁰ Görüş için bkz. YILMAZ, s. 1495-1496.

⁹¹ Haksız rekabet sebebiyle açılacak davalar ve dava açma hakkı olanlar için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 56.

⁹² Rakipler dışındaki kişilerce gerçekleştirilen ve ilgiliye doğrudan bir çıkar sağlaması söz konusu olmayan haksız rekabet 'parazit' haksız rekabettir ve Kanun tarafından bu tür haksız rekabet halleri de kuşkusuz hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir. Bkz. ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN; s. 455.

⁹³ ÖRS'e göre, Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemelerle öngörülen temel amaç bu olsa idi, rekabet hakkının aşırı sayılabilecek düzeyde kısıtlanması söz konusu olur ve karakteri de değiştirilmiş olurdu. Bkz. ÖRS, s. 32.

§2 Haksız Fiil Kuralları ile Haksız Rekabet Kurallarının Karşılaştırılması

Uluslararası alanda meydana gelen haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukukun tespitinde yakın zamana kadar haksız fiillere ilişkin bağlama kurallarının uygulanmakta olması sebebiyle haksız rekabete ilişkin kurullarla haksız fiillere ilişkin kurallar arasında var olan ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir.

Hukukta temel olarak borcun kaynakları, sözleşmeler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmedir. Haksız fiillerde, sözleşme dışı, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla bir kişiye zarar verilmesi söz konusudur ve haksız fiil sorumluluğunda verilen bu zararın tazmini amaçlanır⁹⁴. Haksız fiilden doğan borçlar, kişiler arasındaki hukuki bir işlemde kaynaklanmayıp kişinin kendisine yönelik olarak gerçekleşen, iradesi dışında bir eylemden kaynaklanmaktadır⁹⁵. Haksız fiil sorumluluğunun, hukuka aykırı eylem, zarar, kusur ve illiyet bağı olmak üzere dört unsuru mevcuttur. Türk hukukunda haksız fiilden doğan borçlar, Borçlar Kanunu m. 41'de düzenlenmektedir. Buna göre, diğer bir kişiye karşı kasten ya da tedbirsizlik sonucu hukuka aykırı bir fiil ika eden kişi meydana getirdiği zararı tazminle sorumlu tutulmuştur.

Toplum içinde bir arada yaşayan insanların her geçen gün artan oranda ve çeşitlilik arzeden eylemleri, bu kişilerin iş hayatında rekabet halinde iken gerçekleştirdiği faaliyetler, günlük yaşamda sıklıkla karşılaşılan çeşitli durumlar kişilerin bir şekilde zarar görmesine yol açar ve bu zararın tazmini zorunlu hale gelir. Haksız fiil sorumluluğu da etkisini bu noktada göstermektedir. Haksız fiil sorumluluğunun amacı, temeli taraflar arasındaki herhangi bir hukuki işleme dayanmayan ancak günlük yaşamda insanların bir arada yaşamasından doğarak bir kişinin hukuka aykırı eylemi neticesinde meydana gelen eylem sonucu oluşan zararın tazmin edilmesidir⁹⁶. Haksız fiil hukukunun temel prensibini failin sorumluluğunu

⁹⁴ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 468.

⁹⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007, s. 193.

⁹⁶ STRONG, S.I./WILLIAMS, Liz, Tort Law, New York 2008, s. 9.

gerektiren zarar doğurucu eyleminin sosyal yönden kabul edilemez olması oluşturmaktadır⁹⁷.

Haksız fiiler cana, malvarlığına ya da kişiliğe yönelik olarak gerçekleştirilmiş olabilirler. Haksız rekabet fiilleri ise ticari bir haksız fiil olarak nitelendirilmektedir⁹⁸. Bu görüşe göre, ticari haksız fiiller de esas olarak malvarlığına yöneliktirler. Haksız rekabet oluşturan eylemler neticesinde kişilerin kural olarak malvarlığına ilişkin menfaatleri zarara uğramaktadır. Kanaatimizce haksız rekabet eylemlerini haksız fiile benzetecek olursak, ticari bir haksız fiil olarak değil ekonomik bir haksız fiil olarak değerlendirmek daha yerindedir. Zira haksız rekabet eylemleri yalnızca ticari hayatı etkilememektedir. Haksız rekabet eylemleriyle, ticari alandaki rakiplerle birlikte müşterilerin, tedarik edenlerin ve bu suretle tüm ekonomik düzeninin etkilenmesi söz konusu olmaktadır. Nitekim haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin bir amacı da ekonomik düzenin korunmasıdır.

Doktrinde genel kabul gören görüş, haksız rekabetin haksız fiilin özel bir türünü teşkil ettiği yönündedir⁹⁹. Yargıtay'ın içtihatlarında da haksız rekabetin bir tür haksız fiil olduğu görüşü benimsenmiştir¹⁰⁰. Kanaatimizce de haksız rekabeti haksız fiilin özel bir türü olarak kabul etmek yerindedir. Zira her ne kadar haksız rekabetin meydana gelmesi için haksız fiilin zorunlu unsuru olan kusur şartının bulunması gerekli değilse de haksız fiilin diğer unsurları ve amacı nazara alındığında her iki kurum arasındaki benzerlik bizi bu sonuca götürmektedir.

⁹⁷ STRONG/WILLIAMS, s. 9.

⁹⁸ DYER, s. 386'dan naklen, ALTIPARMAK, Ayşe, Haksız Rekabette Doğan Kanunlar İhtilafi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2000, s. 19.

⁹⁹ GÖĞER, Erdoğan, "Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun" (Haksız Fiil), AÜHFD, C. 22-23, S. 1-4, Y. 1965-1966, s. 501; WENGLER, Wilhelm, "Laws Concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws", AJCL, V. 4, 1955, s. 172; ÜNAL, Şeref, "Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet", MHB, Y. 8, S. 1, 1988, s. 79; TİRYAKIOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafi, Ankara 1997, s. 153; CAMCI, Ömer, Haksız Rekabet Davaları 2, İstanbul 2002, s. 151.

¹⁰⁰ YHGK 03.04.2002 tarih, 2002/4-174E., 2002/259K.; YHGK 23.01.2002 tarih, 2002/4-12E., 2002/6K.; Yargıtay 11.H.D., 28.06.1988 tarih, 1987/8850E., 1988/4339K.; Yargıtay 11. H.D., 15.02.1999 tarih, 1998/9296E., 1999/856K.; Yargıtay 11. H.D., 10.11.1994 tarih, 1994/2242E., 1994/7490K. (Kararlar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

§3 Haksız Rekabet Hükümlerinin Amacı

Haksız rekabet kavramının kaynağı hakkaniyet düşüncesidir¹⁰¹. Dürüstlük kurallarına aykırı eylemlerle meydana getirilen haksız rekabetin çeşitli kanunlarda yer alan kurallarla engellenmek istenmesinin sebebi rekabet düzeninin, genel anlamda kamu menfaatlerinin korunmasıdır. Bunun yanı sıra rakibin, müşterilerin, mesleki menfaatlerin ve milli ekonominin, diğer bir ifadeyle pazarın bütün aktörlerinin korunması amaçlanmaktadır.

I. Rakibin Korunması

Rekabetin amacı, iktisadi alanda rakibin müşterilerini çekmek suretiyle kendi iş potansiyelini artırmaktır. Ancak rekabet hakkı kullanılırken dürüstlük kurallarına uygun hareket etmek esastır. Bu anlamda, rekabet hakkı kullanılırken dürüstlük kuralına aykırı eylemlerde bulunarak rakibin menfaatlerinin ihlal edilmemesi gerekmektedir. Haksız rekabet hükümleriyle korunmak istenenin rakibin kendisinin mi yoksa rakibe ait teşebbüsün mü olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu hususta, haksız rekabete ilişkin hükümlerle korunması amaçlananın, ‘şahsiyet hakları’, ‘teşebbüs üzerindeki hak’ ve ‘teşebbüste mevcut maddi olmayan mallar üzerindeki haklar’ olduğu yönünde görüşler öne sürülmüştür¹⁰².

Türk Ticaret Kanunu m. 58 ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 56/1 ile rakiplere haksız rekabet davalarını açma hakkı tanınmıştır. Buna göre, haksız rekabet hükümlerinin amacının rakiplerin menfaatlerini korumak olduğunu söylemek mümkündür. Bu hükümlerle, rakibin korunması ile rakibin aleyhine olarak üretim ve çalışma şartlarının bozulmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır¹⁰³.

¹⁰¹ AYHAN, Ticari İşletme, s. 477.

¹⁰² Bkz. KARAYALÇIN, s. 346.

¹⁰³ AYHAN, Ticari İşletme, s. 477.

II. Müşterilerin Korunması

Müşteri, bir işletme tarafından sunulan mal ya da hizmetleri seçen veya seçme konusunda bir tercih hakkına sahip olan kişidir¹⁰⁴. Rekabetin amacı, iktisadi alanda daha fazla müşteri çekebilmek olduğuna göre rakiplerin rekabete ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı eylemleri sebebiyle müşteriler de zarara uğrayabilir.

Müşteriler, rakiplerin dürüstlük kurallarına aykırı olarak, sundukları mal ya da hizmetlerin kalitesinde meydana gelen değişikliklerden, rakiplerin yanlış ilan, kötüleme, yanıltıcı reklam ve beyanlarından zarar görmektedirler ve bu yola müşteriler de haksız rekabet teşkil eden eylemlerin mağduru olabilmektedirler¹⁰⁵. Nitekim Türk Ticaret Kanunu m. 58 ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 56/2'de düzenlenen haksız rekabet sebebiyle açılacak davalar bakımından müşterilere de dava hakkı tanınması bu düşüncenin bir sonucudur. Ancak ülkemizde haksız rekabet oluşturan eylemler, özellikle tüketicilerin doğrudan muhatap olduğu yanıltıcı reklamlar sebebiyle zarara uğrayan münferit tüketiciler, kanun tarafından kendilerine tanınan korunma imkanından etkili bir şekilde yararlanamamaktadır¹⁰⁶.

III. Mesleki Menfaatlerin Korunması

Belirli bir meslek dalına dahil olan bir kimse tarafından gerçekleştirilen dürüst rekabete aykırı eylemler, bu tür eylemlerin doğrudan muhattabı olan rakiplere, tüketicilere olduğu kadar o meslek dalına mensup tüm müteşebbislere de zarar vermektedir. Dürüst rekabete aykırı eylemlerle bazen belirli bir rakibin ya da tüketicinin menfaatleri ihlal edilmeyebilir ancak bu tür bir hareketle o mesleğin menfaatleri zarar görebilir. Dolayısıyla rakiplerin veya tüketicilerin menfaatlerinin yanı sıra dürüst rekabete aykırı eylemlerden meslek mensuplarının ve mesleğin de korunması gerekmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ AYHAN, Ticari İşletme, s. 477.

¹⁰⁵ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 346; AYHAN, Ticari İşletme, s. 477.

¹⁰⁶ Bkz. ÜNAL, s. 74.

¹⁰⁷ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 347; AYHAN, Ticari İşletme, s. 478.

Haksız rekabet teşkil eden eylemlere karşı mesleki menfaatleri de korumayı amaçlayan haksız rekabete ilişkin hükümlerden Türk Ticaret Kanunu'nun m. 58/3 ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 56/3 ile ticaret ve sanayi odalarına, esnaf derneklerine, borsalara ve tüzüklerine göre üyelerinin menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birliklere koşulları olduğu takdirde, Türk Ticaret Kanunu m. 58/1 ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 56/1 'de yer alan tespit, men ve haksız rekabetin sonucunda meydana gelen maddi durum veya haksız rekabet yanlış ya da yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bunun düzeltilmesi davalarını açma imkanı tanımıştır.

IV. Ekonominin Korunması

Rekabet hakkının kötüye kullanılması yalnız rakipler arasında ya da tüketiciler bakımından zararlı sonuçlar meydana getirmekle kalmaz; engellenemediği takdirde özellikle uzun vadede ülke ekonomisinde de ciddi karışıklıklar ve zararlar meydana getirir¹⁰⁸. Bu sebeple haksız rekabet meydana getiren eylemlerin önlenmesinde rakiplerin ve tüketicilerin menfaatlerinin korunmasında olduğu kadar ekonominin korunması bakımından da gereksinim vardır. Yargıtay'ın bir kararında da, "*haksız rekabet hükümlerinin sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçladığı*" ifade edilmiştir¹⁰⁹. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 54/1'de de açıkça haksız rekabete ilişkin hükümleri ile, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasının öngörüldüğünü belirtmiş bulunuyoruz.

Piyasanın, ekonominin ve buradaki rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi amacıyla Devlet tarafından gerekli tedbirlerin alınarak rekabet hakkının sınırlarının doğru bir şekilde belirlenmesi ve uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda da, haksız rekabet hakkındaki hükümlerin amacının kişilerin ekonomik alandaki rekabet özgürlüğünü kısıtlamak değil, bu hakkın aldatıcı hareket

¹⁰⁸ AYHAN, Ticari İşletme, s. 478.

¹⁰⁹ Yargıtay 11. H.D., 08.11.2004 tarih, 2004/1757E., 2004/10912K. (AYHAN, Ticari İşletme, dpn. 478). Karar metni için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

veya benzeri yollarla dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kullanılmasını önlemek olduğu hususu da gözden kaçırılmamalıdır¹¹⁰.

¹¹⁰ TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1997, s. 224.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET EYLEMLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

§4 Tarihi Gelişim

Haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralları, haksız rekabetin temelini oluşturan hukuki nitelendirmeye bağlı olarak değişkenlik göstermiştir. Kanunlar ihtilafı alanında haksız rekabete uygulanacak hukukun belirlenmesi konusundaki eski bir görüşe göre, iktisadi rekabetin ihlali sonucunu doğuracak eylemler, şahsi hakların¹¹¹ ihlali olarak değerlendirilmeli ve bu hakların ihlali sonucuna yol açan eylemler, eylemin nerede meydana geldiğine bakılmaksızın, zarar görenin tabi olduğu veya ikamet etmekte olduğu ülkenin hukukuna göre yargılanmalıdır¹¹². Ancak bu yöndeki eğilim, daha sonra haksız rekabetin söz konusu olduğu durumlarda mahkemelerce terkedilmiştir. Keza doktrinde de, *Turhan*'a göre, milli kanun ya da ikametgah kanunu olarak ortaya çıkabilen şahsi kanun bağlama kuralı, ahkam-ı şahsiyeden doğan kanunlar ihtilafı alanında önemli yer tutmakla birlikte; haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı esasen 'malvarlığına' ilişkin olduğundan, malvarlığına ilişkin olmayan alanlarda belirli bir öneme sahip olan şahsi kanun bağlama kuralının haksız rekabet bakımından uygulama alanı bulması kabul edilmemektedir¹¹³.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, haksız rekabet haksız fiilin özel bir türünü teşkil etmektedir. Buna göre, haksız fiilde olduğu gibi bir kimsenin hukuka aykırı, haksız bir eylemiyle diğer bir kimseye zarar verme hali ve sonucunda bu zararı tazmin etme yükümlülüğünün doğması haksız rekabette de söz konusu olmaktadır. Haksız rekabette rekabet hakkının haksız bir eylemle, hukuka aykırı surette ihlal edilmesiyle rakipler ve menfaati olan diğer kişiler ekonomik bakımdan

¹¹¹ *Persönlichkeitsrechte*.

¹¹² WENGLER, s. 174.

¹¹³ Bkz. TURHAN, Turgut, Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara 1989, s. 229.

zarara uğramakta ve bu zararlarının haksız rekabet hükümleri uyarınca tazminini talep etme imkanına sahip olmaktadır. Yakın zamana değin, kanunlar ihtilafı alanında haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde, haksız rekabetin bir tür haksız fiil olarak değerlendirilmesi sebebiyle, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde tercih edilen bağlama kuralları uygulanmaktaydı. Ancak ileride inceleneceği üzere, haksız fiillerin çeşitliliği sebebiyle haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde de artık genel bir bağlama kuralı ile yetinilmeyip, genel kurala çeşitli istisnalar öngörülerek daha adil bir çözüm oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında klasik bir bağlama kuralı olan haksız fiilin ika yeri kuralı (*lex loci delicti commissi*) zaman içerisinde doktrinde en fazla benimsenen bağlama kuralı olmuştur¹¹⁴. İka yeri bağlama kuralı II. Dünya Savaşı'nı izleyen yıllara kadar geniş bir uygulama alanı bulurken, bu yıllardan sonra yaşanan teknoloji ve endüstri alanındaki gelişmeler çok çeşitli haksız fiil tiplerinin oluşumuna yol açmış ve bu nedenle haksız fiilin ika yerinin tespitinin zorlaşması sebebiyle ika yeri bağlama kuralı güncelliğini yitirerek eleştirilmeye başlanmıştır. İka yeri bağlama kuralı hakkında getirilen eleştiriler neticesinde, *lex loci delicti commissi* kuralı bakımından çeşitli istisnalar öngörülerek, söz konusu kuralın uygulanmasına birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

Son dönemde; gerek uluslararası alanda gerek Türk hukukunda haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bağlama kurallarının uygulanmasından vazgeçilerek haksız rekabetin, rekabet düzenini sağlamaya hizmet eden bir araç olduğu görüşüne de uygun olarak, rekabet hukuku ve haksız rekabet kurumlarının özelliklerine daha uygun düşen ve bu kurumlara özgü bir bağlama kuralı olan pazar üzerine etki bağlama kuralı tercih edilmeye başlanmıştır. Günümüzde haksız rekabet

¹¹⁴ Antik Yunan ve Roma İmparatorluğu'ndan beri uygulanmakta olduğu savunulan ika yeri kuralıyla esasen XIV. yüzyılın başlarında İtalyan Statüçüleri ilgilenmişlerdir. İtalyan Statüçülerinden hukukçu Bartolus hakim in ülkesi dışında işlenen haksız fiillere uygulanacak kanunun tespiti konusıyla ilgilenmiş ve hakim in ülkesi dışında işlenen haksız fiillere uygulanacak kanunun 'suçun işlendiği yer statüsü' olacağını ifade ederek ika yeri kuralının uygulanması yolunda önemli bir adım atmıştır. Bartolus'un bu yönde yapmış olduğu çalışmalar sebebiyle ika yeri kuralının ilk kez İtalyan Statüçüleri tarafından ortaya atıldığı görüşü de kabul görmüştür. Bkz. TURHAN, s. 12 vd.

bakımından birçok devletin hukuk sisteminde yer almakta olan pazar üzerine etki prensibi, kanunlar ihtilafı alanında Türk hukukuna getirilen düzenlemelerde de kendisini göstermektedir.

Aşağıda haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti bakımından, tarihsel gelişim sürecine de uygun olarak, öncelikle haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde tercih edilen bağlama kuralları incelenerek günümüzde ön plana geçen pazar üzerine etki bağlama kuralı hakkında ayrıntılı bir değerlendirme yapılacak, ardından bu hususta Avrupa Birliği mevzuatında yer alan düzenleme değerlendirilecektir.

§5 Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Tespitinde İzlenebilecek Yöntemler

I. Olayın Meydana Geldiği Yer (İka Yeri) Hukuku (Lex Loci Delicti Commissi)

Haksız fiillerden doğan kanunlar ihtilafı alanında doktrinde en fazla taraftar toplayan, klasik bir bağlama kuralı haline gelen ika yeri kuralı, hukuka aykırı eylem hangi devletin ülkesinde meydana gelmiş, hukuk düzenini nerede ihlal etmişse, toplum düzeninin yeniden sağlanması için hukuka aykırı eylemin meydana geldiği yer kanunlarına göre yargılanması gerektiği görüşüne dayanmaktadır. Hukuka aykırı eylemiyle toplum düzenini bozan failin, haksız eylemi gerçekleştirdiği yer kanunlarına göre, içinde bulunduğu toplumun bu konudaki anlayışı çerçevesinde yargılanması hakkaniyet duygusu bakımından da daha tatmin edici gelmektedir¹¹⁵. Kural, getirmekte olduğu “mahallileştirme kıstası ile soyut haksız fiil kavramı ile ifade edilen hayat ilişkisinden doğan dava konusu hukuki sorunları, ika yeri devletinde geçerli olan iç maddi hukuk kurallarına tabi kılmaktadır”¹¹⁶.

¹¹⁵ GÖGER, “Haksız Fiil”, s. 468.

¹¹⁶ TURHAN, s. 33.

Haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında, ika yeri bağlama kuralının uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre¹¹⁷, olaya hukuka aykırı eylemin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması, önceden öngörülebilirlik şartını sağlamakta olduğundan hukuki kesinlik ve güvenliği temin etmektedir¹¹⁸. İka yeri kuralı her duruma göre değişebilen bir özelliğe sahip olmadığından, haksız fiil halinde taraflar kendilerine uygulanacak hukuku önceden bilebilme imkanına sahip olurlar. Bu görüşe göre, ika yeri kuralının uygulanmasıyla, olaya haksız eylemin gerçekleştirildiği yer kanunları uygulanarak haksız fiil alanında objektif olarak belirli bir bağlama kuralı getirilmiş olacak, böylece uyuşmazlık hangi devletin mahkemesi tarafından incelenirse incelensin aynı esasa göre karara bağlanacak, bu suretle milletlerarası karar uyumu da sağlanmış olacaktır. Bu görüş uyarınca, haksız fiilin tarafları eylemin gerçekleştiği yerdeki hukuk düzenini bilmekte, buradaki hukuk kurallarını dikkate almakta olduklarından, haksız fiilin ika yeri kanunlarının uygulanması tarafların çıkar ve beklentilerine de uygun düşecektir. Yine aynı yönde, haksız fiilin gerçekleştiği yerde toplum düzeni bozulmuş olduğundan eylemin burada cezalandırılmasıyla toplum düzeninin korunmasına hizmet edilmiş olunacaktır. Uygulamada ika yeri bağlama kuralı, birçok ülkenin hukuk sistemlerince benimsenmiş¹¹⁹ ve kanunlarında yer almıştır.

Günümüzdeki teknolojik ve endüstriyel gelişmeler karşısında haksız fiillerin çeşitliliği arttığından ika yeri kuralının uygulanması güçlük arz etmektedir. Özellikle fiilin gerçekleştiği yer ile zararın ortaya çıktığı yerlerin birbirlerinden farklı olduğu durumlarda ika yeri bağlama kuralının uygulanabilmesi için, söz konusu kuralın bağlama noktasını oluşturan ika yerinin saptanması büyük önem taşımaktadır. Doktrinde fiilin işlendiği yer ika yeri kabul eden sistemi savunan görüşler bulunduğu gibi zararın gerçekleştiği yer ika yeri olarak kabul eden sistemi savunan görüşler de mevcuttur. Üçüncü bir görüş olarak, ika yeri seçiminin önceden yapılmak yerine, mahkemenin kararına yahut mağdura bırakılması gerektiği de savunulmaktadır. Fazla tarafta bulmamakla birlikte fiilin gerçekleştiği yerle zararın

¹¹⁷ Bkz. TURHAN, s. 10, dph. 36'da anılan yazarlar.

¹¹⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. TURHAN, s. 41 vd.

¹¹⁹ *Lex loci delicti commissi* bağlama kuralını kabul eden devletler arasında Fransa, Türkiye, İtalya ve Yunanistan sayılabilirken, Almanya, İngiltere ve Japonya'nın bu kuralı uygularken önemli sınırlamalar getirdiği belirtilmektedir. Bkz. GÖĞER, "Haksız Fiil", s. 468.

ortaya çıktığı yerin birlikte ika yeri olarak kabul edilmesini savunan bir görüş de mevcuttur. Doktrinde konuya ilişkin görüşler ve uygulama şöyledir;

A. Fiilin İşlendiği Yeri İka Yeri Olarak Kabul Eden Sistem

Doktrinde hakim görüş olarak savunulmamakla birlikte, fiilin işlendiği yerin ika yeri olarak kabul edilmesi görüşü taraftar bulan bir görüş olarak kabul edilmektedir.

Bu görüşü savunanların sistem lehine ileri sürdükleri görüşler¹²⁰, daha çok sorumluluk hukuku ve toplumsal düzenin sağlanması temeline dayalıdır. Sorumluluk hukukunun sosyal işlevinin “cezalandırıcı ve önleyici” olduğunu kabul eden bu görüş uyarınca, haksız fiilin temel iki unsuru olan fiil ve zarar unsurlarının farklı devletlerin ülkelerinde gerçekleşmesi halinde, fiil unsuruna verilen önem daha fazla olduğundan, bu unsur dikkate alınarak haksız fiilin gerçekleştiği yer ika yeri olarak kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, haksız fiilin taraflarının, fiilin gerçekleştiği yer kanunlarına göre hareket ettikleri kabul edildiğinden, zararın başka bir devletin ülkesinde doğması halinde, tarafları önceden öngöremedikleri bir devletin kanunlarına tabi kılmak tarafların çıkar ve beklentilerine aykırı düşmektedir. Haksız fiilin gerçekleştiği yerin ika yeri olarak benimsenmesi doktrindeki hakim görüş uyarınca kanunların ülkeselliği prensibini de yansıtmaktadır¹²¹. Bu nedenlerle, haksız fiilin gerçekleştiği yer ika yeri olarak kabul etmenin adalet ve hakkaniyete daha uygun olacağı öne sürülmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından, Fransız hukukunda özellikle haksız rekabet ve patent haklarının ihlali konularında fiilin işlendiği yer ika yeri olarak kabul eden sistemin benimsendiğini söylemek mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, Fransız mahkemelerinin haksız fiilin gerçekleştiği yer ika yeri olarak kabul ettikleri tüm davalarda eylemin gerçekleştiği yerin Fransa olması nedeniyle, Fransız mahkemelerinin eylemin gerçekleştiği yerin aynı zamanda hakim ülkesi olduğu

¹²⁰ Bkz. TURHAN, s. 155, dñn. 11’de anılan yazarlar.

¹²¹ MORRIS, J.H.C./MCCLEAN, D./ BEEVERS K., The Conflict of Laws, London 2005, s. 368.

hallerde ika yeri bağlama kuralından yararlanma eğiliminde oldukları söylenmektedir¹²².

Amerikan hukukunda, rekabet hukuku bakımından konu ele alınacak olursa, eylemin gerçekleştiği yeri ika yeri olarak kabul eden emsal karar olarak “*American Banana*” kararı gösterilebilir. Kararda, *United Fruit* şirketinin rekabete aykırı eylemlerine uygulanacak hukuk belirlenirken, bu eylemlerin Kosta Rika’da yapılmış olduğu ve bu sebeple olayda Kosta Rika kanunlarının uygulanacağı görüşü benimsenmiştir. Olaya uygulanacak hukukun tespitinde ‘eylemin gerçekleştiği yer’ kıstasından başka bir kıstas kararda nazara alınmamıştır. Amerikan mahkemeleri, rekabete aykırı eylemlerde uzun süre bu kararı temel alan kararlar vermişlerdir¹²³.

İngiliz hukuku açısından haksız fiilin işlendiği yerin ika yeri olarak kabulü konusunda belirsizliğin söz konusu olduğu söylenebilir. İngiliz mahkemelerinin fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak değerlendirdiği kararları mevcut olduğu gibi, zararın doğduğu yeri ika yeri olarak değerlendiren kararları da mevcuttur. İngiliz hukukunda ika yerinin belirlenmesi kanunlar ihtilafı sorunu olmaktan çok bir yargılama yetkisi konusu olarak ele alındığından İngiliz mahkemelerinin bu konudaki kararlarına kanunlar ihtilafı hukuku bakımından bir önem atfedilmemektedir¹²⁴.

Alman hukukunda ise, bazı yazarlarca fiilin gerçekleştiği yerin ika yeri olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuşsa da bu görüş yargılama safhasında

¹²² Rennes Yüksek Mahkemesi’nin 1924 senesinde bakmış olduğu “*Société Fiat et San Giorgio c. Société Suljer*” davasında, Fiat şirketi patent haklarının Fransa’da ihlal edildiğini ve bu nedenle şirketin İtalya’da zarara uğradığını iddia etmiştir. Mahkeme, kararında zararın meydana geldiği yer olan İtalya’yı değil, patent haklarının ihlal edildiği, zarara yol açan eylemin meydana geldiği yer olan Fransa’yı ika yeri olarak kabul etmiştir. Bkz. TURHAN, s. 162.

¹²³ Karar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. TİRYAKIOĞLU, Rekabet, s. 58 vd.

¹²⁴ TURHAN, s. 164-165. İngiliz hukuku bakımından haksız fiilden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespiti ikiye ayrılarak incelenmektedir. 1 Mayıs 1996’dan önce gerçekleşen haksız fiiller ve hakaret, kötülme vb. haksız fiillerden kaynaklanan iddialar bakımından teamül hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları, 1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda yer alan düzenleme gereğince uygulanmaya devam olunacaktır. İngiliz hukukunda haksız fiillere uygulanacak hukuku tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BRIGGS, Adrian, *The Conflict of Laws*, New York 2002, s. 174 vd.; KAYE, Peter, *Private International Law of Tort and Product Liability*, Vermont 1991, s. 89 vd.; CLARKSON, C.M.V./HILL, J., *The Conflict of Laws*, 3. Ed., New York 2006, s. 218 vd.

benimsenmemiş, uygulamada ika yerinin mahkemenin veya mağdurun yapacağı seçime göre belirlendiği alternatif sistem tercih edilmiştir¹²⁵.

Haksız fiilin gerçekleştiği yeri ika yeri olarak kabul eden sisteme karşı çeşitli eleştiriler öne sürülmüştür¹²⁶. Buna göre, güncel sorumluluk hukukunun artık cezalandırıcı ve önleyici işlevinden çok tazmin edici işlevinin ön plana çıkmış olması sebebiyle haksız fiilin gerçekleştiği yerin ika yeri olarak kabul edilmesinin geçerliliği bulunmamaktadır. Bu görüş uyarınca, tarafların haksız fiilin gerçekleştiği yer kanunlarının uygulanması beklentisinde oldukları düşüncesine de katılmak mümkün değildir. Öyle ki, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından bir ölçüde kabul edilebilir nitelikte olan bu düşünce konu haksız fiil olduğunda kabul edilebilir gözükmemektedir. Bu düşünce, hukuka aykırı fiil dolayısıyla zarar gören kişinin zararının ortaya çıktığı yer kanunlarına göre hukuki korumadan yoksun kalmasına yol açabilmekte, bu suretle haksız fiil failinin gereksiz yere korunmasına, mağdurun ise zararının artmasına sebep olabilmektedir. Fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak kabul eden sisteme karşı yöneltilen bir diğer eleştiri de özellikle haksız rekabet ve basın yoluyla işlenen haksız fiillerde, fiilin birden fazla devletin ülkesinde gerçekleşmesi durumunda ika yerinin tespit edilmesinin zorluğudur. Aynı zorluk, hareketsiz kalma suretiyle¹²⁷ gerçekleştirilen haksız fiiller alanında da kendisini göstermektedir.

B. Zararın Meydana Geldiği Yeri İka Yeri Olarak Kabul Eden Sistem

Doktrinde, ika yerinin tespiti konusunda en fazla taraftar bulan görüş, zararın meydana geldiği yeri ika yeri olarak kabul eden sistemdir¹²⁸. Bu görüşe göre, zararın meydana geldiği yer ile ifade edilmek istenen, hukuken korunan menfaatlerin zarara uğradığı yerdir. Diğer bir deyişle, bu sisteme göre ika yeri olarak kabul edilen, haksız

¹²⁵ TURHAN, s. 157.

¹²⁶ Fiilin gerçekleştiği yeri ika yeri olarak kabul eden sisteme karşı yöneltilen eleştiriler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. TURHAN, s. 165 vd.

¹²⁷ Yapmama şeklinde işlenen haksız fiillerde, yapmama fiilinde bulunan kişinin o sıradaki yerleşim yeri ya da bulunduğu yer hukukunun uygulanması yönünde görüşler ileri sürülmüşse de kabul gören görüş, ‘yapma yükümlülüğünün doğduğu yer’ hukukunun uygulanması gerektiği yönünde olmuştur. Bkz. TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2009, s. 433.

¹²⁸ GÖĞER, “Haksız Fiil”, s. 497- 498. Anglo-Sakson hukukunda ‘last event rule’ olarak anılan bu esas Kara Avrupası hukukunda da benimsenmiştir.

fiilin gerçekleştirildiği değil, haksız fiilin sonuç yeri yani ‘doğrudan zararın meydana geldiği yer’dir¹²⁹.

Zararın meydana geldiği yeri ika yeri olarak sistem lehine doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, sorumluluk hukuku gereğince amaç haksız fiili gerçekleştiren faili cezalandırmak değil, oluşan zararın tazmin edilmesini sağlayarak mağduru korumak olduğundan kusur ilkesinin bir sonucu olan fiilin gerçekleştirildiği yerden çok zararın meydana geldiği yerin ika yeri olarak tercih edilmesi sorumluluk hukukunun koruyucu ve tazmin edici karakterine de uygun olacaktır¹³⁰. Yine bu görüşü savunanlara göre, zararın doğduğu yerin ika yeri olarak kabulü, mağdur aleyhine bozulan toplumsal düzenin yeniden kurulmasına imkân vermekte, bu nedenle mağdurun çıkar ve beklentilerine daha uygun düşmektedir. Keza, zarar unsurunun haksız fiil ilişkisinin asli kurucu unsuru olduğu yönündeki görüş de bu sistemin uygulanması lehine ileri sürülmektedir¹³¹.

Doktrinde zararın doğduğu yeri ika yeri olarak kabul eden sistem çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir¹³². Bir görüşe göre, sorumluluk hukuku her ne kadar mağduru koruma ve zararını tazmin etme amacı gütsede temel işlevi önleyici ve cezalandırıcıdır. Bu gerekçeyle zararın doğduğu yeri ika yeri olarak kabul etmek sorumluluk hukukunun temel işlevine aykırılık teşkil etmektedir. Haksız fiiller çeşitlilik arzettiğinden her haksız fiil tipi için failin fiilinin hangi devlet ülkesinde zarar doğuracağını bildiğini varsaymak mağdurun haksız yere korunmasına sebep olmaktadır. Sistem aleyhine ileri sürülen bir diğer eleştiri de zararın birden çok ülkede ortaya çıkması halinde zararın doğduğu yerin belirlenmesinde karşılaşılan zorluktur. Bu durum özellikle haksız rekabet ve basın yoluyla işlenen haksız fiillerde

¹²⁹ TEKİNALP, s. 432. Örneğin, bir kişi İsviçre’den almış olduğu çikolataları Almanya’da yerse, ardından Avusturya’da hastalanır ve Türkiye’de hastaneye kaldırılırsa, sonuç yeri doğrudan zararın meydana geldiği Avusturya olur. Çünkü kişi Avusturya’da hastalanmış, kişinin hukuken korunan menfaati Avusturya’da etkilenmiş ve kişiyi etkileyen doğrudan zararlı sonuçlar burada ortaya çıkmıştır.

¹³⁰ TURHAN, s. 172.

¹³¹ TURHAN, s. 173.

¹³² Zararın doğduğu yeri ika yeri olarak kabul eden sisteme karşı yöneltilen eleştiriler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. TURHAN, s. 181 vd.

kendisini hissettirmektedir. Keza gerçekleştirilen bir haksız fiil neticesinde maddi ve manevi zararın farklı devletlerde doğması halinde de durum böyledir¹³³.

Uygulamada çok eski tarihli bazı kararlarda kabul edilmiş olsa da, Alman hukukunda zararın doğduğu yerin ika yeri olarak kabul edildiği görülmemekte, ika yerinin belirlenmesi mağdurun yapacağı seçime bırakılmaktadır¹³⁴.

Amerikan hukukunda zararın doğduğu yer ika yeri olarak kabul eden mahkeme kararlarının sayısı oldukça fazladır. I. Restatement'in¹³⁵ haksız fiilden doğan borçların tabi olduğu kanuna ilişkin 377. paragrafında, haksız fiile ilişkin en son olayın (last event) meydana geldiği yer kanunlarının uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle zararın doğduğu yer ika yeri olarak kabul eden sistemin Amerikan hukukunda da benimsenmiş olduğunu söylemek mümkündür¹³⁶.

İngiliz ve Fransız hukukunda da zararın meydana geldiği yer ika yeri olarak kabul eden mahkeme kararları mevcuttur. Özellikle Fransız mahkemelerinin, zararın doğduğu yerin Fransa olduğu hallerde zararın meydana geldiği yer ika yeri olarak kabul etme eğiliminde oldukları söylenebilir¹³⁷.

Avrupa Birliği hukuku bakımından haksız fiillerden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuk Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, haksız fiillerden doğan ihtilaflarda, haksız fiil sebebiyle doğrudan zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanmaktadır.

¹³³ Örneğin, ailesi ile birlikte Avusturya'da ikamet eden kişinin iş seyahati için gittiği Fransa'da trafik kazası geçirerek bu ülkede hastaneye kaldırılıp öldüğünü ve yine Fransa'ya gömüldüğü bir olayda kazaya ve ölüme bağlı olarak ortaya çıkan tedavi ve cenaze masraflarını kapsayan maddi zararlar Fransa'da ortaya çıkmakla birlikte, ölüm sebebiyle manevi yönden zarar gören ve destekten yoksun kalan aile Avusturya'da ikamet ettiğinden, kişinin ölümüne bağlı manevi zararın Fransa'da meydana geldiğini söylemek mümkün değildir. Örnek ve görüşler için bkz. TURHAN, s. 181 vd.

¹³⁴ Kararlar için bkz. TURHAN, s. 175.

¹³⁵ 'Restatement', Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından, uygulamacılara yol göstermek amacıyla hazırlanan, temel hukuk alanlarında emsal kararları da yansıtan bir dizi eserdir. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Restatements_of_the_Law (26.07.2010).

¹³⁶ 1949 tarihli "*La Prella v. Cessna Aircraft Co.*" davasında, Oklahoma Federe Devletinde meydana gelmiş olan bir uçak kazasına Kansas Federe Devletinde hatalı olarak imal edilen bir uçak sebep olmuştur. Davaya bakan Kansas Mahkemesi, olayda uçağın hatalı bir şekilde imal edildiği yer olan Kansas kanunlarını değil, zararın oluştuğu yer olan Oklahoma kanunlarını uygulamıştır. Örnek için bkz. TURHAN, s. 177.

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, s. 178 vd.

Türk hukuku bakımından ise, mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 25. maddesinde olduğu gibi 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'un haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren 34. maddesinde de haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi tutulmuştur. Fiilin gerçekleştiği ve zararın doğduğu ülkelerin farklı olması halinde ise tercih edilen bağlama kuralı zararın meydana geldiği ülke hukuku olmuştur.

C. Mesafeli Haksız Fiillerde İka Yerinin Tespiti

Özellikle haksız rekabet, basın yoluyla veya internet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiillerde, fiilin ika yeri ile sonuç yeri birbirinden farklı olabildiği gibi fiilin sonuçları birden çok yerde de etkisini gösterebilmektedir. Bu gibi durumlarda, fiilin ika yerinin tespiti daha da güçlük arz etmektedir.

Haksız fiil neticesinde oluşan zararın birden çok ülkede meydana gelmesi durumunda hangi ülke hukukunun uygulanacağına dair çeşitli görüşler mevcuttur. Doktrinde *Göger* tarafından bu hususa ilişkin olarak başlıca üç sistemin mevcut olduğu belirtilmiştir. Bu sistemler, haksız fiilin gerçekleştirildiği ülke kanunu, zararın meydana geldiği ülke kanunu ile bu kanunlardan mağdurun lehine olan kanunların uygulanmasını öngören sistemlerdir¹³⁸.

Mesafeli haksız fiillerde, zarara sebep olan fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanması gerektiği yönündeki görüşlerin hareket noktası haksız fiil failinin, içinde bulunduğu durumun ve yerin koşullarına göre hareket ettiğinin kabulüdür. Haksız fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak kabul eden sistem lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler mesafeli haksız fiiller bakımından da geçerlidir. Bu görüş uyarınca, zarar birden çok yerde meydana gelmiş olsa da zarara neden olan fiil hangi ülkede gerçekleştirilmiş ise o ülkenin hukuku uygulanacaktır.

Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi mesafeli haksız fiiller bakımından genel kabul gören görüş, haksız fiil neticesinde zararın meydana geldiği yer hukukunun

¹³⁸ GÖĞER, "Haksız Fiil", s. 494, 495.

uygulanmasıdır. Bu görüş, mağdur için etkin bir hukuki koruma sağlaması sebebiyle yerindedir. Bu sisteme göre hakim, bir haksız fiil neticesinde zararın meydana geldiği yerlerden birisini ika yeri olarak kabul edebilecektir¹³⁹. Ancak bu durumda daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığından söz edilebiliyorsa o hukukun uygulanması yerinde olacaktır¹⁴⁰.

İnternet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiillerde, hangi ülke hukukunun uygulanacağı günümüzdeki teknolojik gelişmeler ve internet kullanımının hızla yaygınlaşması sonucunda sorun teşkil etmektedir. İnternet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiillerde, zarar verici eylemi gerçekleştiren failin bu eylemi nereden gerçekleştirdiğinin tespiti çeşitli açılardan güçlük arz etmektedir. İnternet üzerinden gerçekleştirilen bir haksız fiil söz konusu olduğunda, haksız fiilin işlendiği ya da zararın meydana geldiği yer dünya üzerinde her yer olabilmektedir. İletişim altyapısının internet kaynaklarına her yerden ulaşılabilmesini sağlayan esnek yapısı sebebiyle haksız fiilin işlendiği yerin tespitinde sağlıklı bir çözüme ulaşılamamaktadır¹⁴¹. Doktrinde farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, internet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiillerde, mağdurun hukuken daha iyi korunabilmesi amacıyla, zarar yeri hukukunun uygulanması yerindedir. Fiilin gerçekleştirildiği yerin hukukunu uygulamak mağdurun yeterli hukuki korumaya sahip olamamasına yol açabilecek niteliktedir Zira mağdur ile daha yakından ilişkili olan hukuk zarar yeri hukukudur. Ancak zarar yerinin tespitinde, zararın doğduğu yer ile korunan hukuki menfaat arasında ‘asgari bir ilişkinin’ varlığı da aranmalıdır¹⁴².

II. Hakimin Hukuku (Lex Fori)

Bugün için çok büyük bir önem taşımayan, haksız fiile uygulanacak hukukun belirlenmesinde hakimin mensup olduğu ülke kanunlarının uygulanması esas

¹³⁹ TURHAN, s. 200.

¹⁴⁰ TEKİNALP, s. 434.

¹⁴¹ Bkz. BİLGİÇ, Haluk, “İnternet Üzerinden İşlenen Yabancı Unsurlu Haksız Fiillerden Doğan Davalarda Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi”, Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 223.

¹⁴² İnternet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiilin faili açısından eyleme uygulanacak hukukun tespiti tesadüfi bir nitelik arz etmektedir. Ancak gerçekleştirdiği haksız eylemde dünya çapında etkiye sahip olan bir iletişim aracından faydalanan failin bu duruma katlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAVUŞOĞLU, Ayfer Uyanık, “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 990 vd.

itibariyle *Savigny* tarafından ortaya atılmıştır. Bu görüşe göre, haksız fiilin nerede gerçekleştiğine ya da sonuçlarının nerede meydana geldiğine bakılmaksızın uyuşmazlık hangi devletin mahkemesi önüne getirilmiş ise hakim kendi kanununu uygulayarak uyuşmazlığı çözmektedir. Bu görüş, haksız fiillerin hukuken korunan bir menfaatin ihlali sonucunu doğurduğuna¹⁴³ ve haksız fiillere ilişkin kuralların hukuki güvenlik ve emniyeti sağlamaya yönelik kurallar olmasına¹⁴⁴ dayandırılmaktadır. Haksız fiiller alanında *lex fori* kuralının uygulanması doktrinde çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başında, *lex loci delicti commissi*'ye göre sorumlu tutulamayan failin *lex fori*'ye dayanılarak sorumlu sayılmasının hakkaniyet esasları ile bağdaşmayacağı gelmektedir. *Lex fori* esasını benimsemek mağduru kendi menfaatleri için en uygun olan devletin hukukunu aramaya yönlendirirken, haksız fiil sebebiyle toplum düzeni zarar gören devletin menfaatlerini korumayı da zorlaştırmaktadır¹⁴⁵.

Haksız fiile uygulanacak hukukun tespitinde *lex fori* esasının mutlak anlamda kabulü yukarıda sayılan gerekçelerle hakkaniyete aykırı olarak nitelendirilse de doktrinde büyük ölçüde benimsenmiş olan *lex loci delicti commissi* kuralının uygulanmasında *lex fori* bir sınırlandırma sebebi teşkil edebilir. Bir sınırlandırma sebebi olarak *lex fori*, ya hakimin mensup olduğu devletin kanunlarında açık bir hüküm olarak yer alması halinde¹⁴⁶ ya da milletlerarası özel hukukun genel problemlerine getirilen çözüm şekillerinden hareket halinde uygulama alanı bulabilir. İka yerinin tesadüfi olduğu veya taraflarla sıkı bir ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda ika yerinin *lex fori*'ye göre sınırlandırılmasında, mahkemeler özellikle vasıflandırma ve kamu düzeni problemlerine getirilen çözüm şekilleri olmak üzere

¹⁴³ Bkz. GÖĞER, "Haksız Fiil", s. 464.

¹⁴⁴ DELACHAUX s. 87'den naklen TEKİNALP, s. 429.

¹⁴⁵ GÖĞER, "Haksız Fiil", s. 465.

¹⁴⁶ İka yeri kuralının hakimin mensup olduğu devlet kanunu lehine sınırlandırılması konusunda verilen tipik bir örnek, Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu (EGBGB) m. 38'de yer alan 'yabancı ülkede işlenmiş olan bir haksız fiil nedeniyle, bir Alman vatandaşından, Alman kanunlarında öngörülenden daha fazla miktarda tazminat talebinde bulunulamaz' hükmüdür. Bkz. TURHAN, s. 231. Hukukumuzda da 5718 sayılı MÖHUK'un rekabetin engellenmesinden doğan taleplere uygulanacak hukuku düzenleyen 38/2. maddesinde Türkiye'de yabancı hukukun uygulandığı hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükümlenemeyeceği düzenlenmektedir.

milletlerarası özel hukukun genel sorunlarına getirilen çözüm şekillerine başvurmaktadır¹⁴⁷.

İka yeri kuralının *lex fori* lehine sınırlandırılmasına karşı olan görüşe göre ise, bu sınırlandırmanın temel nedeni kamu düzenine dayandırılmaktadır. Ancak failin ya da mağdurun, hakimin mensup olduğu devletin vatandaşı olması kamu düzeni ile ilişkili değildir ve bu gibi durumlarda ika yeri kuralının *lex fori* lehine sınırlanması gereksizdir¹⁴⁸.

III. Tarafların Tabiiyetleri veya İkametgahları Hukuku

Haksız fiiller alanında uygulanacak hukuk üzerinde en fazla görüş birliği sağlanan kural ika yeri kuralı olmasına karşın kimi zaman ika yerinin rastlantısal olarak tespit olunacağı düşüncesinden hareketle bu durumdan doğabilecek sakıncaları bertaraf etmek amacıyla, haksız fiilin taraflarının ortak bir tabiiyete veya ikametgaha sahip olmaları halinde ika yeri kuralının uygulamasından vazgeçilerek tarafların ortak şahsi kanununun uygulanması gerektiği savunulmuştur. Tarafların ortak şahsi kanunlarının uygulanması, rastlantısal olarak uygulanacak olan ika yeri kuralına nazaran hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanmasına daha çok hizmet etmektedir¹⁴⁹. Bu gibi durumlarda, tarafların tesadüfi bir şekilde buldukları ika yeri hukukunun uygulanmasını ve bu uygulamanın getirebileceği sakıncaları bertaraf edebilmek amacıyla her iki tarafın da aynı tabiiyete ya da aynı ülkede ikametgaha¹⁵⁰ sahip olmaları halinde bu ülke hukukunun uygulanması önerilmiştir. Bu görüşe göre, fail ve zarar gören aynı ülkede ikamet ediyorlarsa veya aynı ülke vatandaşlığına sahip iseler, olaya bu ülke kanunlarının uygulanması, ika yeri kanunlarının uygulanmasından daha adaletli sonuçlar doğuracaktır¹⁵¹.

¹⁴⁷ TURHAN, s. 234.

¹⁴⁸ Bkz. TURHAN, s. 235.

¹⁴⁹ TURHAN, s. 221.

¹⁵⁰ Uluslararası ikametgah kavramı ve ikametgahın belirlenmesinde uygulanacak yetkili hukukun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN, Işıl, Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 3 vd.

¹⁵¹ SYMEONIDES, Symeon C., "Problems and Dilemmas in Codifying Choice of Law for Torts: The Louisiana Experience in Comparative Perspective", AJCL, V. 38, 1990, s. 448.

Tarafların ikametgahlarının hangi ülkenin kanununa göre belirleneceği hususu doktrinde tartışılmıştır. *Göger*'e göre, uluslararası özel hukuk kuralları arasında sözü edilen ikametgah teriminin herhangi bir devletin maddi hukuk kurallarına dayanılarak açıklanması doğru değildir¹⁵². *Özkan*'a göre, ikametgahın belirlenmesinde yetkili hukuk, o konuda düzenlenmiş kanunlar ihtilafı kuralına göre yetkili olan hukuktur¹⁵³.

Ortak şahsi kanun hakkında doktrinde beş farklı görüş ileri sürülmüştür¹⁵⁴. Bir görüşe göre, ortak ikametgah hukuku hakim hukuku olduğu ve bu ülkenin hukuku mağdur için ika yeri hukukuna göre daha fazla koruma sağladığı takdirde, Babcock¹⁵⁵ örneğine benzer davalarda olduğu üzere, sınırlı olarak uygulanabilir. Diğer bir görüşe göre, ortak ikametgah hukuku eğer söz konusu ülke hukuku mağdurun zararının tazmini açısından en olumlu sonucu veren hukuksa uygulanmalıdır. Bir başka görüş ise, ortak ikametgah hukukunun, zararın tazmini açısından en olumlu sonucu veren hukuk olsa da olmasa da uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Farklı bir görüşe göre, haksız fiil faili ile mağdurun ikametgahları farklı olsalar dahi bu ülkelerde somut olaya uygulanan kanun hükmü aynı ise bu durumda ortak ikametgah kanunu genişletilerek uygulama imkanı bulur. Nihayet son görüşe göre ise, *lex loci delicti commissi* kuralının uygulanmadığı tüm haksız fiillerde, hangi kanunun mağdurun daha lehine olduğuna bakılmaksızın tarafların ikametgahlarının bulunduğu ortak ülke hukuku uygulanmalıdır.

¹⁵² Kanunlar ihtilafı alanında ikametgah, kişinin hayatını sürdürmesi için gerekli işlemleri fiilen gerçekleştirdiği ülke olarak kabul edilmektedir. İç hukuktan farklı olarak, uluslararası özel hukuk bakımından kişinin ikametgahının tam olarak tespiti gerekli değil, ülke olarak belirlenmesi yeterlidir. Bkz. GÖĞER, Erdoğan, "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgah", AÜHFĐ, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 247 vd.

¹⁵³ ÖZKAN, s.9.

¹⁵⁴ Bkz. SYMEONIDES, s. 449-450.

¹⁵⁵ Babcock v. Jackson davasında (12 NY2d 473), (1963), Rochester'da ikamet eden kişilerin Kanada'ya düzenledikleri gezi esnasında, Ontario eyaletinin sınırları içerisinde araç sürücüsü Bay Jackson'un direksiyon hakimiyetini kaybederek gerçekleştirmiş olduğu kazada, araçta hatırı yolcusu konumunda bulunan Bayan Babcock ağır yaralanmıştır. New York'a dönen Bayan Babcock Bay Jackson aleyhine tazminat davası açmıştır. Ontario kanunlarına göre, motorlu araçta hatırı yolcusu olarak taşınmakta olan kişilere, bu kişilerin bedensel bir zarara uğramaları veya ölmeleri halinde bir tazminat talebinde bulunma hakkı tanıyıyordu. Olayı değerlendiren New York temyiz mahkemesi, tarafların New York vatandaşı olmaları ve New York'ta ikamet etmeleri, aracın New York'ta kayıtlı ve sigortalı olması sebebiyle olayla New York'un ilgisinin daha fazla bulunduğunu, salt kazanın Ontario'da gerçekleşmesinin bu eyaletin kanunlarının uygulanması için yeterli olmayacağını ve olayda New York kanunlarının uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ÖZKAN, s. 161; CLARKSON/HILL, s. 220. Karar için bkz. http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm. (26.02.2010).

Haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulan İka yeri bağlama kuralının, tarafların ortak ikametgah veya tabiiyet kanuna göre sınırlandırılması doktrinde eleştirilmiştir. Bu hususta hakim olan görüşe göre, ortak tabiiyet ya da ortak ikametgah kanunu olarak ortaya çıkan bağlama kuralı ‘şahsi kanun’ bağlama kuralı niteliğine sahiptir. Şahsi kanun bağlama kuralı kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadır. Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda ise bu uyuşmazlıkların malvarlığına ilişkin olması sebebiyle şahsi kanun bağlama kuralı uygulanabilir niteliğe sahip değildir. İka yeri bağlama kuralının eleştirilen noktasını oluşturan; kimi olaylarda tesadüfi olabilme özelliği, ortak tabiiyete veya ortak ikametgaha sahip olma durumlarında da gündeme gelebilmektedir. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunun özelliği gereği ortak ikametgah ya da ortak tabiiyet belirleyici bir özelliğe sahip değildir. Örneğin, bir kişinin kendisi ile aynı vatandaşlığa sahip olan diğer bir kişiye zarar vermesi halinde, haksız fiil sorumluluğunun şartlarının belirlenmesinde tarafların aynı vatandaşlığa sahip olmalarının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, İka yeri kuralının ortak ikametgah veya ortak tabiiyet kanunu lehine sınırlandırılması kabul edilmemektedir¹⁵⁶.

Haksız rekabete ilişkin davalarda, ülke dışında gerçekleştirilen, ekonomik rekabetin ihlali sonucunu doğuran eylemlere karşı, özellikle tarafların tabiiyetleri veya ikametgahları yargılamanın yapıldığı ülkede bulunuyorsa o ülkenin hukukunun uygulanması yolu tercih edilmiştir. Bu hareket tarzı, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olması, bazı ülkelerde haksız rekabete karşı konulan ceza kanunu hükümlerinin eylemlerini ülke dışında gerçekleştiren vatandaşlarına da uygulanacağını öngörmesi, bir anlamda da ülkenin haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin yurtdışında ticaret yapan yerli iş adamlarına da uygulanması gerektiği sebeplerine dayanmaktadır¹⁵⁷.

Amerika’dan Kanada’ya kamp yapmaya giden bir öğrenci topluluğunda ya da Fransa’dan New York’a bir kaç aylığına ders vermeye gitmiş olan bir profesörü ziyarete giden aile örneklerinde olduğu üzere, kendi ülkelerinden çıkarak bir başka ülke toprağına giren kişiler, çoğunlukla buldukları ülke kanunları uyarınca

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, s. 229.

¹⁵⁷ WENGLER, s. 175.

birbirlerine karşı davranışlarını nasıl biçimlendireceklerinin bilincinde değildirler. Bu durumda gerçekleşen haksız fiillerde ika yeri kuralının uygulanması anlamsızlaşmaktadır. Ancak söz konusu kişiler, kısa süreli de olsa gelmiş oldukları ülke vatandaşları ile iletişime geçerler ve onlarla aralarında bir haksız fiilin gerçekleşmesi söz konusu olursa bu durumda *lex loci delicti* kuralı uygulanabilir. Ancak bu kural, haksız rekabet söz konusu olduğunda çoğu kez işlerlik kazanmamaktadır. Şöyle ki, örneğin yabancı bir piyasada iş yapan iki Alman tacir, yabancı rakipleri rekabet kuralları da dahil olmak üzere, daha serbest düzenlemelere tabi ise bu durumda Alman tacirler arasındaki rekabete daha sert kurallar getirmekte olan Alman haksız rekabet kuralları uygulanmamalıdır. Ancak aynı tabiiyete sahip rakipler dışında yabancı piyasada iş yapmakta olan başka rakip yok ise yahut bu rakiplerin kendi rekabet hukuku kurallarına göre yasaklanmış olan eylemler yabancı rakipler bakımından da yasaklanmışsa bu durumda tacirlere rekabet kuralları da dahil olmak üzere kendi kanunları uygulanabilir¹⁵⁸.

IV. Olayla En Sıkı İlişkili Hukuk

Bazı haksız fiillerde ika yeri bağlama kuralının gösterdiği tesadüfi nitelik sebebiyle taraflarla daha yakın ilişkili bir hukuk varsa olaya bu hukukun uygulanması eğilimi mevcuttur. Bir başka deyişle, olayın taraflarının daha sıkı ilişki içinde bulunduğu bir hukuk mevcutsa bu durumda ika yeri bağlama kuralı yerini ‘en sıkı ilişkili hukuk’ bağlama kuralına bırakmaktadır.

İka yeri bağlama kuralının terkedilerek ‘en sıkı ilişkili hukuk’ bağlama kuralının uygulanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁵⁹. Bu şartlardan olumsuz şart, ika yeri bağlama noktasının varlığı ve ika yeri kanunlarının olay ve taraflarla daha sıkı ilişki içinde bulunmaması; olumlu şart ise uyumsuzluğun ve taraflarının bir başka devletle daha sıkı ilişki içinde bulunmasıdır.

Haksız fiil kavramı, bünyesinde çok çeşitli tipte eylemleri barındırmakta olduğunda tüm haksız fiiller için tereddütsüz uygulanabilecek genel bir bağlama

¹⁵⁸Bkz. WENGLER, s. 177-178.

¹⁵⁹ Bkz. TURHAN, s. 236.

kuralı belirlenmesi güçlük arz etmektedir¹⁶⁰. Haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde, ika yeri bağlama kuralının uygulanmasıyla doğabilecek sorunları bertaraf etmek amacıyla bazı somut uyuşmazlıklarda en sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanmasında, hakim her somut olay bakımından “en sıkı ilişki noktalarını” araştırarak ve buna göre takdir hakkını¹⁶¹ kullanarak uygulanacak hukuku belirleyecektir¹⁶². Doktrinde *Turhan* tarafından ika yeri kuralının en sıkı ilişkili yer kanunu lehine sınırlandırılması değerlendirilmiştir. *Turhan*’a göre¹⁶³, hakim, ika yeri de dahil olmak üzere, somut olayın içermekte olduğu tüm bağlama noktalarını değerlendirmek suretiyle belirlediği en sıkı ilişkili yer kanununun uygulanması, ika yeri bağlama kuralının “sert, mekanik ve tesadüfi” yapısından kaynaklanan sakıncaları ortadan kaldıracaktır. Bunun yanı sıra hakim, en sıkı ilişkili hukuku belirlerken daha önceden bilinen birtakım bağlama noktalarından¹⁶⁴ yararlanacaktır. Hakim tarafından en sıkı ilişkili yer belirlenirken önceden bilinen bağlama noktalarından yararlanılacak olması ve bu suretle hakime mutlak bir takdir hakkı tanınmaması hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanmasına da hizmet edecektir.

En sıkı ilişkili hukuk kuralı, Alman EGBGB’nin 41. maddesinde yer almaktadır. Hükme göre, haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 40. maddede belirtilen hukuktan tarafların daha sıkı ilişki içinde olduğu bir başka hukuk bulunduğu takdirde, söz konusu haksız fiil için daha sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun (LDIP) haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 133/3. maddesine göre, meydana gelen haksız fiil taraflar arasında önceden var olan bir hukuki ilişkiyi ihlal etmişse, bu ilişkiye uygulanacak olan ülke hukuku haksız fiilden doğan uyuşmazlık bakımından da

¹⁶⁰ TEKİNALP, s. 435.

¹⁶¹ Haksız fiile uygulanacak hukukun belirlenmesinde hakime ‘sınırlı’ bir takdir hakkı tanınması, ika yeri bağlama noktasının uygulanması sonucu doğabilecek adaletsiz sonuçları önlemede yardımcı olabilecektir. Bkz. TURHAN, s. 379.

¹⁶² TEKİNALP, s. 435; MORRIS, J.H.C., “The Proper Law of a Tort”, Harvard Law Review, V. 64, 1951, s. 887.

¹⁶³ TURHAN, s. 246.

¹⁶⁴ Haksız fiilin ika yeri (fiilin işlendiği yer ve zararın meydana geldiği yer), tarafların ikametgahlarının bulunduğu yer, tarafların vatandaşlığı ve haksız fiil öncesinde varsa hukuki ilişkinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer gibi bağlama noktaları dikkate alınacaktır.

uygulanacaktır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuku düzenleyen 136/3. maddesinde de 133/3'e gönderme yapılarak haksız rekabet meydana getiren eylemin taraflar arasında önceden var olan bir hukuki ilişkiyi ihlal etmesi halinde bu ilişkiye uygulanacak olan ülke hukukunun haksız rekabet meydana getiren eylem bakımından da uygulanması öngörülmüştür. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda yer alan haksız fiillere ve haksız rekabete ilişkin düzenlemeler bakımından en sıkı ilişkili hukuk olarak taraflar arasında önceden bir hukuki ilişkinin var olup olmaması esas alınmaktadır.

AB hukuku bakımından, Roma II Tüzüğü'nün haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuku düzenleyen 6. maddesinde daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde o ülke hukukunun uygulanacağı yönünde bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak haksız rekabet sebebiyle münhasıran belirli bir rakibin menfaatleri ihlal edildiği takdirde haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin kuralın bu hususta da uygulanacağı düzenlenmektedir. Roma II Tüzüğü'nün haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuku düzenleyen 4. maddesinin 3. fıkrasında ise, meydana gelen olayla 1. ve 2. fıkrada belirtilen hukuklardan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunduğu olaya ilişkin tüm şartlar değerlendirildiğinde açıkça anlaşılıyorsa, o ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir.

Bu durum karşısında, Roma II Tüzüğü bakımından haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuku düzenleyen 4/3. maddede daha sıkı ilişkili hukukun varlığı halinde olaya bu hukukun uygulanacağını öngören düzenleme gereğince, haksız fiiller alanında uygulanacak hukukun tespitinde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına cevaz vardır. Münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerini ihlal eden haksız rekabet halleri bakımından da 6. madde haksız fiillere ilişkin 4. maddeye gönderme yaptığından, belirli bir rakibin menfaatlerini ihlal eden haksız rekabet halleri hakkında da daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının kabul edildiği söylenebilir.

V. Sonuç Yerinden Çıkan Özel Bağlama Kuralı: Pazar Üzerine Etki Bağlama Kuralı

A. ‘Pazar Üzerine Etki’ Kavramı

Doktrinde haksız rekabetten ve rekabetin engellenmesinden doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde genel kabul gören bağlama kuralı *lex loci delicti commissi*nin özel durumlara uygulanması sonucu ortaya çıkmış olan bağlama kuralı pazar üzerine etki bağlamasıdır. Diğer bir deyişle, pazar üzerine etkiyi esas alan bağlama kuralı, *lex loci delicti commissi* bağlama kuralının özel bir duruma uygulanmasını ifade etmektedir¹⁶⁵. Haksız fiilin özel bir türü olan haksız rekabet bakımından geçmiş dönemde ika yeri bağlama kuralı uygulama alanı bulmakla birlikte özellikle son dönemlerde haksız rekabetin niteliklerine daha uygun düşen, ika yeri bağlama kuralının özel bir türünü oluşturan pazar üzerine etki bağlama kuralı işlerlik kazanmıştır.

Pazar üzerine etki bağlama kuralının bir unsuru olarak nitelendirebileceğimiz etki ilkesi özellikle rekabet hukuku bakımından kabul gören bir ilke olmakla birlikte¹⁶⁶ 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK’la birlikte haksız rekabet bakımından da kanunumuzda yer alan bir ilke haline gelmiştir. Etki ilkesi, “merkezleri Türkiye dışında bulunan teşebbüslerce yapılan uyumlu eylemlerin, teşebbüs birlikleri kararlarının ve bu teşebbüslerce gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerinin, Türkiye sınırları içindeki mal ve hizmet piyasalarını etkilemesi halinde Türk hukukunun uygulanacağını” ifade eden bir ilke olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁷. Esasen etki ilkesi, genel anlamda haksız fiiller bakımından kabul edilen ika yeri kuralının ekonomik haksız fiiller alanındaki görünümü olarak ifade edilmektedir.

¹⁶⁵ TİRYAKIOĞLU, Bilgin, “Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Haksız Fiiller (Haksız Rekabet)”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010, s. 214.

¹⁶⁶ Etki ilkesi Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un uygulama alanını belirten 2. maddesinde tek yanlı bir bağlama olarak yer almaktadır.

¹⁶⁷ TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal, “Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 327.

Mesafeli haksız fiiller bakımından kabul edilen zararın meydana geldiği yer ile haksız rekabet eylemlerinde ‘etki’ nin ortaya çıktığı yer aynı anlama gelmektedir¹⁶⁸.

Uluslararası alanda, Milletlerarası Haksız Rekabet Birliği’nin 4 Mayıs 1967 tarihli karar tasarısında, iki veya daha fazla devletin karıştığı haksız rekabet olaylarına uygulanacak hukukun belirlenmesinde aynı kıstasın uygulanmasının tarafların ve toplumun menfaatlerine uygun düşeceği belirtilerek bu tür haksız rekabet olaylarında *lex loci delicti commissi* kuralının uygulanmasının uygun düşeceği ifade edilmiş ve haksız fiilin meydana geldiği yerin menfaatlerin çatıştığı yer olduğu kabul edilmiştir¹⁶⁹. Menfaatlerin çatıştığı yer olgusu haksız rekabet eylemlerinin hissedildiği pazarı ifade etmekte olup Türk hukukuna 5718 sayılı MÖHUK’la giren bu kuralın uluslararası alanda, belirtilen tarihlerde dahi tartışılmakta ve kabul görmekte olduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁰.

Rekabet hukuku ve haksız rekabet hallerinde uygulama alanı bulan pazar üzerine etki bağlama kuralının en önemli gerekçesi rekabet hukukunun ve haksız rekabetin esas itibariyle ekonomik amaç gütmeleridir¹⁷¹. Rekabet hukuku ve haksız rekabete ilişkin kurallarla pazarda rekabetin etkin ve sağlıklı bir şekilde işlemesi ve rakiplerin rekabet düzenini bozucu eylemlerine karşı önlemler alınması amaçlanır. Günümüzün teknolojik gelişmeleriyle birlikte, rekabet düzenini bozucu eylemlerin çıkış yeri ile bu tür eylemlerin zararlı sonuçlarını doğurduğu, etkilerini meydana getirdiği yer daima aynı olmamaktadır. Hatta çoğu kez rekabet düzenini bozucu eylemlerin ekonomik etkilerinin ortaya çıktığı yer önem kazanmakta bu eylemlerin gerçekleştirildikleri yer geri planda kalmaktadır. Bu tür eylemlere karşı etkili önlemlerin alınması aşamasında da eylemlerin sonuçlarını meydana getirdiği, etkilerinin ortaya çıktığı yer daha fazla önem kazanmaktadır. Rekabet düzenini bozucu eylemler hangi devletin ülkesinde gerçekleşirse gerçekleşsin önemli olan söz konusu eylemin devletin pazarını etkileyip etkilemediğidir.

¹⁶⁸ TİRYAKİOĞLU, “Haksız Rekabet”, s. 215.

¹⁶⁹ DYER, Annex G’den naklen, ÜNAL, s. 80.

¹⁷⁰ ÜNAL, s. 80.

¹⁷¹ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 77. Ayrıca bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 1. maddesinin gerekçesi.

Uluslararası nitelik taşıyan haksız rekabet eylemlerinde pazar üzerine etki prensibinin uygulanması devletlerin menfaatlerine uygun düşen bir kıstastır. Kendi pazarlarına etki eden haksız rekabet eylemlerine karşı önlem almaları ve rekabet düzenini bozucu eylemlere karşı bu konuda yürürlükte bulunan kanunlarını uygulamaları devletlerin menfaatinde. Rekabet hukuku bakımından da aynı durum geçerlidir. Rekabet, serbest piyasa ekonomisinin işlerliğini sağlayan araç durumundaki bir süreç olduğu için, rekabeti oluşturacak şartların bulunmaması durumunda piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlemesi de söz konusu olamamaktadır¹⁷². Zira rekabet hukukunu düzenleyen mevzuat kamu yararı ile de yakından ilişkilidir. Ancak bu kamu yararı rekabet mevzuatının yürürlükte olduğu milli pazar için geçerlidir¹⁷³.

Devletlerin ekonomik rekabet düzenlerinin korunmasına dair menfaatleri özellikle dış ticaret bakımından önem kazanmaktadır. Etki prensibi gereğince, bir devlete yapılan ithalat o devletin rekabet mevzuatına tabi iken ihracat ise çoğu kez ihracatın gerçekleştirildiği devletin mevzuatına tabi olmaktadır. Bu durumda ise etki prensibi, rekabet düzenini bozucu eylemlerin yabancı bir devletin pazarını etkilediği durumlarda hakim hukukunun uygulanmasını sınırlayan bir kıstas olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷⁴.

Kanunlar ihtilafı alanında bağlama kurallarının tercihinde tarafların olaya uygulanacak hukuku önceden öngörebilmeleri önem taşımaktadır. Uygulanacak hukukun önceden öngörülebilir olması hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanmasına hizmet etmektedir. Haksız rekabet veya rekabet hukukunun ihlali sonucunu doğuran eylemlerde hangi ülkenin hukukunun uygulanacağını belirleyecek olan kuralın tercihinde tarafların öngörülebilirlik menfaatinin de dikkate alınması gerekmektedir. Pazarı etkilenen ülke hukuku tarafların giriştikleri eylemlerin ekonomik sonuçlarının ortaya çıktığı yer olması sebebiyle öngörülebilirlik şartını

¹⁷² Bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un genel gerekçesi.

¹⁷³ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 79.

¹⁷⁴ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 80; GÜVEN, s. 38 vd.

sağlamakta, taraflar için haksız rekabet teşkil eden eylemlerine uygulanacak hukuk rastlantısal bir nitelik arz etmemektedir¹⁷⁵.

Haksız rekabet neticesinde pazarı etkilenen ülke hukukunun uygulanması, belli bir pazarı etkileyecek nitelikteki faaliyetlerin aynı hukuka tabi tutulmasını sağlayacak ve böylece bir pazarda faaliyet gösteren tüm bireylerin ve teşebbüslerin aynı hukuka tabi tutulması suretiyle taraflar arasında eşitlik de sağlanmış olacaktır¹⁷⁶.

B. Pazar Üzerine Etkinin Taşınması Gereken Özellikler

Uluslararası nitelik taşıyan haksız rekabet eylemlerinde haksız rekabet oluşturan eyleme uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas alınan etki prensibi ülkelerin bu konudaki düzenlemelerine çok geniş bir uygulama alanı tanıyabilmektedir. Haksız rekabet oluşturan eyleme bir devletin pazarının etkilenmesi sebebiyle o devletin mevzuatının uygulanabilmesi için pazar üzerinde oluşan etkinin belirli özelliklere sahip olması gerekmektedir. Pazar üzerine etki bağlama kuralının belirli özelliklere sahip olması halinde devletlerin haksız rekabet oluşturan olaya kendi mevzuatlarını uygulamaları öngörülen koşullara bağlanmış olacaktır.

1. Etkinin Doğrudan Olması

Haksız rekabet teşkil eden yahut rekabet hukuku kurallarını ihlal eden bir eylem dolayısıyla pazarı etkilenen ülke hukukunun uygulanabilmesi için haksız eylem neticesinde pazarda oluşan etkinin *doğrudan* etki olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, pazar üzerine etkinin bağlama kuralı olarak uygulanabilmesi için, etkiyi oluşturan eylemle oluşan etki arasında yeterli bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

¹⁷⁵ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 80.

¹⁷⁶ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 81.

Doğrudan etki kavramı ile ifade edilmek istenen, haksız rekabet oluşturan eylemin doğrudan sonucunun meydana geldiği, ekonomik zararın ya da ekonomik menfaat ihlalinin hissedildiği yerdir¹⁷⁷.

Pazar üzerine etki ilkesinin geçerlilik kazanabilmesi için etki, yansıyan etki ya da dolaylı etki olmamalıdır. Yansıyan etki ile belirtilen, etkinin doğduğu ülkeden etkilenmektir. Örneğin, Türkiye A ülkesinden doğal gaz alıyor ve A ülkesi B ülkesinden temin ettiği doğal gazı Türkiye'ye ihraç ediyorsa B ülkesinin A'ya boykot uygulaması halinde Türkiye üzerine yansıyan etkiden söz edilir¹⁷⁸.

Kademeli etki ise, pazar üzerine doğrudan etki olarak kabul edilebilmektedir. Bu tür etkide, etkiye uğrayan ülke etkiye sebep olan teşebbüsleri bünyesinde yavru teşebbüsler olarak barındırmaktadır. Diğer bir deyişle, yavru teşebbüslerin bulunduğu devlet doğrudan hedef olmakla beraber etki diğer bir ülke üzerinden gerçekleşmektedir¹⁷⁹.

5718 sayılı MÖHUK'un haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen 37. maddesinde "*piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku*"nun uygulanacağı belirtilerek etkinin doğrudan olması gerektiği Türk hukukundaki düzenlemede yer almıştır. 5718 sayılı MÖHUK'un "rekabetin engellenmesi" başlıklı 38. maddesinde; "*rekabetin engellenmesinden doğan taleplerin bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülke hukuku*"na tabi olduğu belirtilerek yine etkinin doğrudan olması şartına vurgu yapılmıştır. 37. ve 38. maddelerin gerekçelerinde de kanuna getirilen söz konusu düzenlemelerde "doğrudan etkilenen piyasa" kriterinin bağlama kuralı olarak tercih edildiği ifade edilmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 85; GÜVEN, s. 40.

¹⁷⁸ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 336.

¹⁷⁹ Örneğin, İngiltere merkezli, A ve B ünvanlı teşebbüsler İngiltere'de birleşse, A ve B'nin Türkiye'de yavru teşebbüsleri, şubeleri, tek ve adi satıcıları bulunmasa ve Türkiye'ye ihracatları olmasa ancak A ve B'nin İspanya'da C ve D ünvanlı yavru teşebbüsleri ve bunların da Türkiye'de E ve F ünvanlı şubeleri faaliyet gösteriyorsa, İngiltere'de gerçekleşen birleşme Türkiye pazarına İspanya üzerinden etki yapsa dahi etki yine doğrudan ancak kademelidir. Bu tür etki pazar üzerine etkinin oluşabilmesi bakımından kabul görmektedir. Bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 336.

¹⁸⁰ Bkz. 5178 sayılı MÖHUK'un 37. ve 38. maddelerinin gerekçeleri.

2. Etkinin Öngörülebilir Olması

Pazar üzerine etki bağlama kuralının uygulama şartlarından biri olarak öngörülebilirlik koşulu doktrinde ve özellikle Amerikan mahkeme kararlarında önerilmiştir. Rekabet hukuku bakımından etki doktrini uygulamasının ilk kez benimsendiği “*Alcoa*” davasında¹⁸¹ olayda Amerikan hukukunun uygulanabilmesi, Amerikan pazarı üzerinde oluşan etkinin taraflarca istenerek meydana getirilmiş olması şartına bağlı tutulmuştur. Daha sonraki kararlarda bu subjektif şarttan vazgeçilerek, etkinin öngörülebilirliği yönündeki objektif şart benimsenmiştir¹⁸².

Doktrinde, pazar üzerine etkinin doğrudan etki olması halinde öngörülebilirlik şartının aranmasına gerek olmadığı zira doğrudan bir etkinin aynı zamanda öngörülebilir etki olma özelliğine de sahip olduğu yönünde görüş mevcuttur¹⁸³. Gerçekten fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilen bir haksız rekabetin yahut rekabet hakkının ihlalini teşkil eden bir eylemin etki edeceği pazarın failce öngörülebilir olduğunun kabulü gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta İsviçre ve Almanya’da etkiyi esas alan bağlama kuralı bakımından öngörülebilirlik şartı düzenlemelerde yer almamıştır. Türk hukuku bakımından da haksız rekabet ve rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerde doğrudan etki kıstası yer almakla birlikte etkinin öngörülebilir olmasından söz edilmemiştir.

Kanaatimizce etkinin varlığından söz edilebilmesi için öngörülebilirliğin bir unsur olarak aranması yerinde değildir. Zira haksız rekabetin oluşumu bakımından eylemin bilerek ve istenerek meydana getirilmiş olması, diğer bir deyişle failin kusurlu olması gerekmemektedir. Dolayısıyla, hukuka aykırı durumu meydana getiren eylem bakımından kusur şartının aranmaması, bu eylem neticesinde oluşan etkinin öngörülebilir olması şartını da kanaatimizce ortadan kaldırmaktadır.

¹⁸¹ *Alcoa* kararında mahkeme, Birleşik Krallıkta oluşturulan fiyat bağlamındaki bir alüminyum kartelinin ABD piyasalarını etkilemesi sebebiyle Amerikan ekonomisi ile tüketicileri koruma maksadıyla, davalıların egemenlik sınırları itirazına rağmen olaya Sherman Act’ı uygulamıştır. Bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 328.

¹⁸² Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 87.

¹⁸³ Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 87.

3. Etkinin Esaslı Olması

Doktrinde pazar üzerinde meydana gelen etkinin doğrudan ve öngörülebilir olmasının yanı sıra etkinin esaslı olması gerektiği de belirtilmektedir. Türk hukukunda haksız rekabet ve rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerde etkinin yalnızca doğrudan olması gerektiği belirtilmekte aynı zamanda esaslı olmasından ise söz edilmemektedir.

Pazar üzerinde meydana gelen etkinin esaslı olması ile anlatılmak istenenin ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli yorumlar yapılmaktadır¹⁸⁴. Bir görüşe göre, esaslı etki ile ifade edilmek istenen rekabeti bozma niteliğine sahip her türlü etkidir. Buna göre, öncelikle gerçekleştirilen eylemin rekabeti ihlal eden yahut haksız rekabet oluşturan bir eylem olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu vasıflandırma sorunu giderildiğinde ise olaya uygulanacak bağlama kuralı belirlenmiş olduğundan etkinin esaslı olup olmadığı noktasında tekrar bir inceleme yapmaya gerek kalmayacaktır.

Diğer bir görüşe göre, esaslı etki, ihlal edildiği öne sürülen kuralın kurucu unsuru olan etkidir. Bu yorum ise, uygulanacak hukuk kuralı belirlenmeksizin olaya uygulanacak maddi kuralın unsurlarının nazara alınmasının mümkün olmayacağı, ayrıca bazı rekabete aykırı eylem ve uygulamaların etkisi kurucu bir unsur içermiyorsa bu şekilde tespit edilen bağlama kuralının yetkili hukuku belirleme imkanını sağlamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹⁸⁵.

Bir başka görüşe göre ise, esaslı etki kavramı ile ifade edilmek istenen etkinin *önemli*¹⁸⁶ olmasıdır. Özel hukuk bakımından pazar üzerinde meydana gelen etki sebebiyle zarara uğranıldığı iddiasıyla bir tazminat talebi söz konusu olduğu hallerde, etkinin önem taşıması zarar kavramının içine dahil olduğundan, zarara yol açan

¹⁸⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 88 vd.

¹⁸⁵ Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 88.

¹⁸⁶ Bu yorum tarzına göre önemli etki esas itibarıyla rekabet hukukunda rekabet otoritesinin harekete geçmesinde belirleyicidir. Uluslararası nitelik taşıyan eylemlerde milli pazara etki nisbi olarak önem taşıdığı hallerde rekabet otoritesinin müdahalesi söz konusu olmakta, milli pazara doğrudan bir etki söz konusu olsa bile bu etki önemli olmadığı hallerde rekabet otoriteleri harekete geçmemektedir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 89.

eylemin ortaya çıkardığı etki önemli addedilmektedir. Ancak bu durumda etkinin önemli olması, eyleme uygulanacak hukukun belirlenmesine tesir eden bir niteliğe sahip olmamaktadır.

Esaslı etkinin niteliği hakkında öne sürülen diğer bir görüş ise, pazarı etkilenen ülke hukukunun uygulanabilmesi için söz konusu etkinin *önde gelen etki* olması gerektiğidir. Önde gelen etkinin belirlenmesi haksız eylem sebebiyle pazarı etkilenen ülkelerin birden fazla olması halinde önem taşımaktadır¹⁸⁷. Son görüş, önem taşıyan ancak önde gelen etki niteliğine sahip olmayan bir etkinin meydana geldiği ülke hukukunun haksız rekabet ya da rekabet hukukunu ihlal eden eylem bakımından uygulanmaması sonucunu doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

5718 sayılı MÖHUK'ta gerek haksız rekabete gerekse rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kurallarının yer aldığı düzenlemelerde, etkinin yalnızca doğrudan etki olması gerektiğine yer verilmiştir. Kanaatimizce, haksız rekabet meydana getiren eylemler bakımından etkinin belirli bir öneme sahip olması gerekmektedir. Ancak, etkinin önemli olup olmadığı daha çok, haksız rekabet meydana getiren eylemin sonucunda ortaya çıkan zarar kavramının içine dahil olan bir unsurdur. Bu sebeple, pazar üzerinde meydana gelen etkinin esaslı olup olmadığı, eyleme uygulanacak hukukun tespitinden önce eylemin haksız rekabet meydana getirip getirmediğinin değerlendirilmesi aşamasında ele alınmalıdır¹⁸⁸.

4. Etkinin Pazar Üzerinde Ortaya Çıkması

Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin yapılış amacı ekonomik düzenin korunmasını sağlayarak, gerek tacirlerin gerekse tüketicilerin ve piyasaya diğer katılanların rekabet hakkının kötüye kullanılmasına veya kötüniyetli eylemlere karşı korunmasının sağlanmasıdır. Haksız rekabet oluşturan eylemler sonuçlarını belli bir alanda meydana getirir, etkilerini belli bir alanda hissettirirler. Bu nedenle rekabet bir

¹⁸⁷ Örneğin *Continental Ore v. Union Carbide and Carbon Corp.* (1962) davası için bkz. TİRYAKİOĞLU, *Rekabet*, s. 90, dñn. 416.

¹⁸⁸ Bkz. TİRYAKİOĞLU, *Rekabet*, s. 90.

‘pazar’ gerektirmektedir. Bu durum, rekabet hukukunun ve haksız rekabeti düzenleyen kuralların bir devletin pazarında rekabeti koruma amacının bir sonucunu oluşturmaktadır¹⁸⁹. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu da pazar kavramına açık bir şekilde atıfta bulunmaktadır. Ancak ‘pazar’ın yasal olması gereklidir zira yasal olmayan bir pazarın ve bu pazarda oluşabilecek rekabetin hukuken korunması mümkün değildir¹⁹⁰.

Pazar üzerine etki kavramı hukuki düzenlemelerde farklı adlarla kullanılabilir. İsviçre ve Türk hukukunda pazar (piyasa) üzerine etki kavramı kullanılmakta, Roma II Tüzüğü’nde ise haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukuk bakımından etkinin ortaya çıktığı ülke kavramı, buna karşılık rekabeti sınırlandırıcı eylemler bakımından etkilenen pazar kavramı kullanılmaktadır¹⁹¹. Tümü ekonomik pazarı düzenleyen kurallar olduğundan haksız rekabet ve rekabet hukukuna ilişkin olarak düzeni ihlal edici eylemlere *pazarı* etkilenen ülke hukukunun tabirinin kullanılması daha yerindedir¹⁹².

Aslan tarafından pazar kavramı ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarı olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir¹⁹³. Coğrafi pazar, “teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır”. İlgili ürün pazarı ise, “anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları

¹⁸⁹ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 91.

¹⁹⁰ YUSUFOĞLU, Fülürya, “Haksız Rekabetin Oluşmasının Şartlarından Biri Olarak Haksız Rekabet Oluşturan Fiilin Türkiye’de Sonuç Doğurması”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 84.

¹⁹¹ Bkz. Loi fédérale sur le droit international privé m.136-137; MÖHUK m. 37-38; Roma II Tüzüğü m. 6.

¹⁹² WENGLER, s. 180.

¹⁹³ Ayrıntılı açıklama için bkz. ASLAN, s. 101 vd.

bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal ve hizmetleri kapsar”.

Tiryakioğlu tarafından pazar kavramı “rekabetin ortaya çıktığı, rekabet halinde bulunan bireylerin veya firmaların menfaatlerinin karşı karşıya geldiği, müşterilerin, tüketicilerin bulunduğu yer” olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁴. Pazar kavramı nitelik itibarıyla bağlama kuralının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu aşamada pazar kavramı eyleme uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından bir işleve sahip olmaktadır. Hakim, haksız rekabet oluşturan eylemin doğrudan ve önemli etkilerinin ortaya çıktığı yeri araştırmak suretiyle olaya uygulanacak hukuku belirleyecektir.

C. Pazar Üzerine Etki Bağlamasının Ortaya Çıkardığı Bir Sorun: Ülkedışılık Kavramı ve Türk Hukukunda Haksız Rekabet Kurallarının Ülkedışı Uygulanması

Uluslararası hukukta haksız rekabet oluşturan eylemler bakımından, genel olarak haksız fiiller hakkında uygulanması kabul gören *lex loci delicti commissinin* özel bir türünü oluşturan *pazar üzerine doğrudan etki* bağlama kuralı uygulama alanı bulmaktadır. Pazar üzerine etki bağlama kuralı, bağlama noktası olarak *piyasa doğrudan etkilenen ülke hukukunu* esas aldığından çok yanlı bir bağlama kuralıdır¹⁹⁵. Pazar üzerine etki bağlama kuralının uygulanmasında genellikle hakim olaya ilişkin kendi maddi hukuk kurallarının uygulama alanını belirleme görevi görmektedir. Hakimin hukukuna geniş veya sınırlı bir uygulama alanı tanınmış olması da kanunlarının ülkedışılığı¹⁹⁶ tartışmalarını gündeme taşımaktadır.

¹⁹⁴ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 91.

¹⁹⁵ TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s.99; “Tek yanlı kanunlar ihtilafi kuralları, yalnız vatandaşlar, yalnız yabancılar veya yalnız o ülkede bulunan mallar için, milli hukukun veya yabancı hukukun tatbiki amacını taşıyan kurallardır. Çok yanlı kanunlar ihtilafi kuralları ise, bir ilişkiye hakim hukuku veya yabancı hukukun uygulanacağı konusunda açıklık getirmeden, konuyu genel olarak düzenleyen kurallardır”. Tek yanlı ve çok yanlı bağlama kurallarına ilişkin açıklama için bkz. ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 73; TEKİNALP, s. 23.

¹⁹⁶ Ülkedışılık “kanunların ülkedışı işleyişi, yani kanunların onları koyan devletin sınırlarının ötesinde bulunan, ancak hala o devletin kanunlarına tabi olan kişiler, haklar ve hukuki ilişkiler üzerinde işleyişidir” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Black’s Law Dictionary’den naklen TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 101, dpn. 458.

Devletlerin ilke olarak ülkeleri üzerinde münhasır egemenlikleri olması dolayısıyla ülkeleri üzerinde münhasır yetkilerle de donatılmışlardır. Devletlerin bu ülkesel yetkileri her türlü yasama, yürütme ve yargı faaliyetini kapsamaktadır. Bu sebeple, bir devletin ülkesinde yabancı bir devlet veya uluslararası kişi tarafından devlet yetkilerinin kullanılması ya da sınırlandırılması ancak uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde mümkündür¹⁹⁷.

Devletlerin yetkileri kural olarak ülkeleri ile sınırlı olmakla beraber uluslararası hukuk pek çok konuda devletlere ülkeleri dışında da birtakım yetkileri kullanma imkanı tanımaktadır. Bu yetkilerin bir kısmı, ülkesel nitelikli yetkiler olmakla birlikte bir devletin ülkesel yetkisinin belirli bir süreklilik içinde ülkedışına uzanması şeklinde ortaya çıkmakta, diğer bir kısmı ise devletin ülke dışına taşan, kişilere bağlı yetki niteliğinde olup devletin kişisel yetkisini oluşturmaktadır¹⁹⁸.

Rekabet kurallarının icrası hususunda yargılama yetkisini ve sınırlayıcı uygulamaları düzenleyen uluslararası alanda antlaşma eksikliği sebebiyle bazı devletler ekonomik pazarlarını koruyabilmek amacıyla kendi rekabet kurallarını ülkedışı olarak da uygulama yoluna gitmektedirler. Bu durum özellikle farklı devletlerin aynı eylem bakımından aynı anda kendi milli kanunlarını uygulamak istedikle takdirde sorun teşkil etmektedir¹⁹⁹.

Ülkelerarası ilişkilerde kanunların ülkedışı uygulaması uzun zamandan beri sorun teşkil etmektedir²⁰⁰. Milletlerarası ticaretin yoğunlaşmasıyla giderek önem kazanan bu uygulama ülkelerin kendi vatandaşlarının gerçekleştirdikleri yahut kendi

¹⁹⁷ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 7. Bası, Ankara 2008, s. 153. Bir devletin ülkesel yetkisinin bir başka devletin ülkesel yetki kullanımına saygı sonucu olarak sınırlandırılmasına yabancı devlet yargı kararlarının öteki devletlerde uygulanması bir örnek teşkil etmektedir.

¹⁹⁸ PAZARCI, s. 162.

¹⁹⁹ PONIO, Carlos Di, "Competition, Cooperation and Conflict: An Assessment of The Extraterritorial Application and Enforcement of Competition Laws in Canada and The United States", Michigan State Journal of International Law, V. 13, 2005, s. 283.

²⁰⁰ Ülkedışı yargılama sorununun çözümü için başlıca dört görüş ileri sürülmüştür. Bunlar; müzakere usulü, tek taraflı kısıtlama, kanunların uyumlaştırılması ve ülkedışı yetki konusunda anlaşmadır. Belirtilen çözüm yollarından ilk ikisi uygulamada büyük önem taşımakla birlikte genel olarak sorunun çözümünde hiçbir çözüm yolu tatmin edici sonuçlar verememektedir. Ülkedışı yargılama hakkında çözüm yolları bakımından ayrıntılı açıklama için bkz. LOWE, A.V., "The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and The Search For a Solution", ICLQ, V. 34, 1985, s. 728 vd.

lkelerinde meydana gelen eylemlere kendi ekonomi politikaları gereğince müdahalede bulunma yetkisini kendilerine tanımaları sebebiyle gündeme gelmektedir. Devletler kendi ekonomi politikalarının ve buna bağlı olarak ekonomi mevzuatlarının etkili olmasını sağlayabilmek amacıyla kendi hukuk düzenleriyle ilişkisi çok sınırlı olan eylemlerde dahi kendi maddi hukuk kurallarına uygulama alanı tanımaları neticesinde mevzuatının uygulama alanını ülkedışı olarak tabir edilen biçimde genişletmektedirler. Örneğin, A devletinin kendi mevzuat hükümlerini B devletinde eylemlerini yürüten yabancı bir firma hakkında uygulamak istemesi veya yabancı firmaya B devletinin politikası ya da kanunlarına aykırı davranma yükümlülüğünü yüklemesi halinde B devleti A devletini söz konusu eylem bakımından düzenleme yapma konusunda uluslararası hukuk ilkelerince yetkilendirmediğinden, iki devletin uyuşmazlığa düşmesi kaçınılmaz olmaktadır²⁰¹.

lkedışılık kavramı ile ifade edilmek istenen devletin mevzuatının kimi kez ülkedışı uygulanmasına kimi kez de ülkedışı etkisine yönelik olabilmektedir²⁰². Bir ülkenin ülkedışı uygulamasının ülkedışı bir etkiye sebep olması için uygulamayı gerçekleştiren devletin yanı sıra bir diğer devletin de olaya katılmasına ihtiyaç vardır. Örneğin, Türkiye’de gerçekleştirilen ve haksız rekabet oluşturan bir eylem etkilerini İsviçre piyasasında hissettiriyorsa söz konusu eyleme İsviçre kanunları uygulanacağından, İsviçre’de verilen mahkeme kararının uygulanabilmesi için Türkiye’nin katılımına gerek duyulmaktadır. Zira verilen kararın icrası için Türk mahkemelerince tenfizi gerekmektedir²⁰³.

lkedışılık kavramı geniş anlamıyla bir devletin kanunlarının devletin sınırlarını aşan bir uygulama alanına sahip olmasıdır. Bu anlamda milletlerarası unsurlu bir olayda uygulanan bağlama kuralları neticesinde devletin o konudaki kanunlarına devletin sınırlarını aşan bir uygulama alanı tanınmış olacak ve kanunların ülkedışı uygulanmasıyla karşı karşıya kalınmış olunacaktır. Bu yönüyle

²⁰¹ LOWE, s. 724.

²⁰² ülkedışı uygulama ile ülkedışı etki kavramları arasında esasen fark bulunmamaktadır. lkedışı uygulama ile eylem, ülkedışı etki ile de bu eylemin sonucu ifade edilmektedir. lkedışı uygulama hukuk kuralını koyan devletle ilgidir ancak ülkedışı etki bu hukuk kuralının uygulanmasına hiç katılmamış bir ülkede etkilerini göstermektedir. Bkz. TRYAKOğLU, Rekabet, s. 101.

²⁰³ TRYAKOğLU, Rekabet, s. 101.

lkedışılık, milletlerarası nitelik taşıyan olaylar bakımından olaya uygulanan bağlama noktasının ülkesel olup olmamasına baēlı olmaksızın sık karşılaşılan bir olgudur. Diēer bir deyişle, bir kanunun yabancı bir hukuk düzeni ile baēlantısı olan bir duruma uygulandıēı her halde Ülkedışılık söz konusu olacaktır.

lkedışılık kavramının esas itibariyle özellik gsterdiēi ve kullanıldıēı anlamı dar anlamıdır. lkedışılık kavramını geniş anlamıyla kabul etmek milletlerarası unsurlu tüm olaylara uygulanan hukuk kurallarının ülkedışı niteliēe sahip olduēu sonucunu doēurur. Ancak lkedışılık ile vurgulanmak istenen bir devletin kendi hukuk kurallarına geniş bir uygulama alanı saēlayan baēlama noktalarını kabul etmesidir²⁰⁴. Devletlerin özellikle ekonomi mevzuatına geniş bir uygulama alanı tanıma eēiliminde olmaları kanunların lkedışılıēı konusunda tartişmaları gündeme getirmekte, uygulamada çeşitli zorluklara sebep olmaktadır.

Haksız rekabet oluşturan eylemler bakımından uygulanacak hukukun belirlenmesinde tercih edilen pazar üzerine etki baēlama kuralı, bu baēlama kuralını tercih eden devletin konu ile ilgili mevzuatına geniş bir uygulama imkanı yarattıēı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Uluslararası kamu hukuku esasları uyarınca bir devletin tabiiyetinde bulunan kişiler tarafından o devletin ülkesinde gerçekteştirilen haksız rekabet teşkil eden eylemlere, bir başka devletin ülkesinde sonuçlarını gerçekteştirmesi sebebiyle diēer devletin kanunlarını uygulamak ‘devletin iē işlerine müdahale’ anlamına geleceēi gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak bu durum lkedışılıēın gayrimeşru bir uygulama olduēu sonucunu doēurmaz²⁰⁵.

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı lkesellik prensibini ilk kez 1927 yılındaki ‘‘S.S. Lotus davasında’’²⁰⁶ aēıklamıř olmakla beraber Ülkedışılık ve etki ilkesi rekabet hukuku bakımından ilk kez 1945’te ‘‘Alcoa’’²⁰⁷ kararında deēerlendirilmiřtir.

²⁰⁴ TİRYAKİOēLU, Rekabet, s. 102.

²⁰⁵ TİRYAKİOēLU, Rekabet, s. 103.

²⁰⁶ Olayda bir Türk ve bir Fransız gemisi, karasuları dışında sekiz Türk vatandaşının lmiyle sonuçlanan bir çarpışma yaşamışlardır. Fransız gemisi İstanbul’a vardıēında, geminin gzetlemeden sorumlu görevlisi yargılanarak taksirle adam öldürmeden suçlu bulunmuştur. Daha sonra Türk ve Fransız hükümetlerince, Türkiye’nin Fransız görevliyi yargılamakla uluslararası hukukun ilkelerine aykırı davranışp davranmadıēı yönünde Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nın görüşü sorulmuştur. Mahkeme, her ne kadar Fransız görevli tüm zamanını Fransız gemisinde geçirmiş olsa da suçun Türk

20. yüzyılın başlarında, 1909 yılında ABD Yüksek Mahkemesi Sherman Act'in ülkedışında meydana gelen rekabeti bozucu eylemlere uygulanmayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme "*American Banana Co. v. United Fruit Co.*" davasında Sherman Act'in uygulanma alanını tanımlamıştır. Davada Amerikan şirketi kendisini Panama'daki muz pazarından dışlamak amacıyla Kosta Rika hükümetiyle anlaşma yaptığı iddiasıyla diğer bir Amerikan şirketine dava açmıştır. Davada Hakim Holmes, Sherman Act gibi ABD kanunlarının ülkesel bazda sınırlandırıldığını ve Sherman Act'in uygulama alanının 'ABD'nin yakalama ihtimalinin bulunduğu' herkese genişletilemeyeceğini beyan etmiştir. Mahkeme bu nedenle Sherman Act'e göre yargılama yetkisini ABD sınırları içerisinde meydana gelen eylemlerle sınırlamıştır²⁰⁸.

1945'te "*U.S. v. Aluminum Co. of America*" davasında Amerika'nın uluslararası alandaki rekabeti bozucu eylemlere uygulanacak hukuk hakkındaki ülkesellik görüşünün yerini etki ilkesi almıştır. "*Alcoa*" davasında, İsviçre tabiiyetindeki bir şirket ABD'den ithal edilen alüminyuma kota koyma yönündeki anlaşmaya katılmıştır. Bu eylem neticesinde, ABD pazarındaki satışların etkilendiğine dair açık bir rapor olmamasına rağmen kotanın ABD ithalatını etkilediği kabul edilmiştir²⁰⁹. Hakim Hand, davada ele alınan anlaşmanın Amerika'da gerçekleştirildiği takdirde hukuka aykırı sayılacağını belirtmekle birlikte bu anlaşma ithalatı etkileme amaçlı olarak gerçekleştirildiyse ve fiilen etkilediyse, ülkedışında gerçekleştirilmiş olsa dahi hukuka aykırı sayılacağı ve devletlerin kendi sınırları dahilinde gerçekleştirilmemekle birlikte kendi sınırları içinde sonuç doğuran eylemlerin kendi tabiiyetlerinde olmayan faillerine de sorumluluk yükleyebileceği sonucuna varmıştır²¹⁰. "*Alcoa*" davasından önce, mahkemeler olaya Amerikan

topraklarında (Türk gemisinde) gerçekleştirilmesi nedeniyle Türkiye lehine karar vermiştir. Bkz. HAIGHT, George Winthrop, "International Law and Extraterritorial Application of The Antitrust Laws", The Yale L.J., V. 63, Y. 1954, s. 643-644; PONIO, s. 285 vd. Karar metni için bkz. http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/ (10.03.2010).

²⁰⁷ *U.S. v. Aluminium Company of America*. 148 F 2d 416 (2d Cir. 1945).

²⁰⁸ BATZ, Marie T., "A Comparative Analysis of United States and European Union Jurisdiction in Extraterritorial Antitrust Law & The Need For International Standards", Duquesne Business Law Journal, V. 9, N. 1, Spring 2007, s. 68-69.

²⁰⁹ BATZ, s. 69.

²¹⁰ HAIGHT, s. 641.

hukukunu uygulamak için eylemin Amerika ile bir bağlantısını aramaktaydılar. “Alcoa” kararından sonra, Amerikan rekabet hukuku kurallarını uygulamak için failin eylemiyle Amerikan pazarını etkileme yönündeki niyeti ve oluşan etki yeterli görülmüştür²¹¹.

“Alcoa” kararında ABD mahkemesince, etki ilkesinin, gerek ülkesellik gerekse devletlerin birbirlerinin hukuklarına saygı göstermeleri anlamına gelen uluslararası nezaket ilkesine (comity of nations) ve bu anlamda uluslararası hukuka aykırı olmadığı açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen bu konudaki tartışma günümüzde de devam etmektedir²¹².

“Alcoa”dan otuz yıl sonra, 1976 yılında “*Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*” davasında, 9. Daire, ülkesel menfaatlerle yabancı ülkelerin menfaatlerini karşılaştırarak rekabeti bozucu eyleme uygulanacak hukuk ya da hukukların belirlendiği denkleştirme ilkesini ortaya koymuştur. Mahkeme bu ilkeyi 2. Restatement’tan almıştır. “*Timberlane*” davasında, davacı, yabancı davalının kendisinin Honduras’taki kereste üretimini bozmaya yönelik ABD’ye yapılan ihracatı etkileyen bir anlaşma yaptığını ileri sürmüştür. 9. Daire, uluslararası nezaket kuralları gereğince, davalının eyleminin ABD’de zararlı etkiler meydana getirmesine rağmen davacının iddiasının ABD mahkemelerinde görülemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle, “*Timberlane*” kararına göre, diğer devletin menfaatlerinin ağır bastığı bazı davalar ABD mahkemelerinde görülememektedir. Üç yıl sonra, “*Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corporation*” davasında 3. Daire benzer bir görüş bildirmiştir. Bu davada 3. Daire ABD Anayasası’na dayanmış ve yabancı bir devlet söz konusu olduğunda, dış politika bağlamında yargı yetkisinin sınırlanması gerektiğini ortaya koymuştur. Mahkeme, dış işlerinde idarenin rolünün önemine vurgu yaparak Sherman Act’e göre ülkedışılığın söz konusu olduğu davalarda mahkemenin yetkisini sınırlandırmıştır²¹³.

²¹¹ ROSENFELD, Bruce Alan, “Extraterritorial Application of United States Laws: A Conflict of Laws Approach”, Stanford Law Review, V. 28, 1975-1976, s. 1017-1018.

²¹² Kartel üyelerinin kendi ülkelerinde hukuka aykırı bulunan eylem ve anlaşmalarını, uluslararası nezaket kurallarına dayanarak başka ülkelerde hayata geçirmeleri uluslararası hukuk bakımından kabul edilebilir değildir. Bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 332.

²¹³ Kararlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. BATZ, s. 71-72.

Yukarıda incelenen “*American Banana*”, “*Alcoa*” ve “*Timberlane*” davalarının tümünde mahkeme ülkedışı yargılama yetkisinin diğer devletlerin egemenlik haklarının ihlali sonucunu doğuran bir tutum izlemekten kaçınmıştır. “*American Banana*” kararında mahkeme ülkedışı yargılama yetkisini kullanabilmek için bir temel bulamamıştır. “*Alcoa*”da ise, 2. Daire yargılama yetkisini, rekabeti bozucu eylem ülkedışında gerçekleşmiş olsa dahi ABD pazarını etkileyen olaylarda genişletmiştir. “*Timberlane*” ve “*Mannington Mills*” davalarında mahkeme ABD mahkemelerince yargılama yapılabilecek hukuki zemine sahipken uluslararası nezaket kuralları gereğince kendi hukukunu uygulamaktan kaçınmıştır²¹⁴.

ABD uygulamasında, rekabet hukuku kurallarının ülkedışı uygulanması bakımından, Amerika ülkesi dışında gerçekleştirilen eylemlerde, olayla ilgililerin Amerikan vatandaşı olmaları durumunda kanunların daha yoğun bir şekilde uygulanması yönünde eğilim bulunmaktadır. Buna dair bir kararında, Kolombiya Bölge İstinaf Mahkemesi Tayvan’la Vietnam arasında gerçekleştirilen bir nakliyata, olayla ilgili tarafların tümünün Amerikan vatandaşı olmaları sebebiyle kendi rekabet hukuku kurallarını uygulamıştır²¹⁵.

“*Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp.*” kararında, Amerikan ve Kanada şirketlerinin Kanada vanadium pazarını bölmeye yönelik anlaşmaları hukuka aykırı olarak addedilmiştir. Benzer şekilde, “*Branch v. FTC*” kararında mahkeme, failin Latin Amerika pazarındaki yanıltıcı reklamlarını ABD’deki haksız ticaret uygulaması olarak tespit eden Federal Komisyon’un kararını onaylamıştır. Mahkeme bu kararında, Latin Amerika’daki tüketicileri değil failin ABD’de faaliyet gösteren rakiplerini koruduğunu belirtmiştir.

Uluslararası alanda rekabet hukukuna ilişkin dönemin en kapsamlı iki davası “*U.S. v. Imperial Chemical Industries*” ve “*U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center*” olmuştur. Imperial Chemical Industries davasında Federal Mahkeme, İngiliz şirketine kısmen sahibi olduğu İngiliz ortaklığıyla aralarındaki,

²¹⁴ BATZ, s. 72.

²¹⁵ ROSENFELD, s. 1018.

İngiliz Patent Kanunu'nu ihlali muhtemel olan, lisans anlaşmasını iptal etmesi direktifini vermiştir. “*Swiss Watchmakers*” kararında ise New York Bölge Mahkemesi İsviçre kartel uygulamalarına ihtarda bulunmuştur. Her iki davada da aşağıda belirtilen dört kriter değerlendirilmiştir: a) ABD ülkesi dahilinde oluşan bir etki. b) Failin ya da şubesinin ABD ile yakın bir ilişkileri olup olmadığı. c) ABD'nin davacı sıfatı ile davada yer alması. d) Oluşan tarzda etkileri önlemeye yönelik parlamentosal bir eğilim. Yukarıda belirtilen davalara ABD kanunları uygulanırken olaylarda verilen dört koşulun da sağlanıyor olması aranmış olmasına rağmen uluslararası alanda kanunların ülkedışılığı bakımından önemli güçlükler oluşmasının önüne geçilememiştir²¹⁶.

2003 tarihli “*Empagran v. F. Hoffman-La Roche*” davasında mahkeme yine rekabet kanunlarının ülkedışılığını değerlendirmiştir²¹⁷. Davada muhtelif ülkelerde bulunan vitamin alıcıları, yabancı ve yerel vitamin üreticilerinin küresel bir fiyat tespit anlaşması yaptıkları iddiasıyla dava ikame etmişlerdir. Davacılar, taleplerini rekabeti bozucu eylemlerin ABD pazarını etkilemiş olduğu hususuna dayandırmamakla beraber FTAIA²¹⁸'nin ABD yargılamasını kabul ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme'nin kararına göre, davalının rekabeti bozucu eylemi ABD'nin yerel pazarını etkilediği sürece davacıların zararı ABD'de oluşmasa dahi yerli ya da yabancı davacıların talepleri çerçevesinde ABD yargı yetkisini elinde bulundurmaktadır²¹⁹.

Topluluk hukuku bakımından AT Komisyonu etki kıstasının geniş ölçüde kullanılmasından yana bir tutum izlemiştir. ATAD ise etki kıstasına geniş bir uygulama alanı tanımaktan yana olmakla birlikte kararlarına bu kıstası dayanak yapmaktan kaçınmıştır²²⁰. ATAD'ın etki ilkesine ilişkin bu görüşü “*Dyestuffs*”²²¹

²¹⁶ ROSENFELD, s. 1019.

²¹⁷ “*Empagran*” davası ile ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. HUFFMAN, Max, “A Standing Framework For Private Extraterritorial Antitrust Enforcement”, SMU L.R., V. 60, N. 1, Winter 2007, s. 103 vd.

²¹⁸ The Foreign Trade and Antitrust Improvements Act (Dış Ticaret ve Rekabeti Bozucu Eylemlere Karşı Kanun)

²¹⁹ BATZ, s. 75-76.

²²⁰ TİRYAKIOĞLU, Rekabet, s. 73; “*Béguelin*” kararı mahkemenin etki doktrinini kabul ettiği anlamını taşımaktadır. Karara göre, rekabeti bozucu eylem ortak pazarda pek etki meydana getirmemiş olsa da fiili olarak rekabeti bozucu eylem orada gerçekleşmiş ve ilgili şirketler Topluluk

kararında açıkça görülmektedir. Karar, o tarihte Topluluk üyesi olmayan bir İngiliz şirketi ile iki İsviçre şirketi'nin boya maddelerinin fiyatlarını yükseltme amaçlı uyumlu eylemde bulunmalarına ilişkindir. Komisyon rekabeti sınırlandırıcı eylemlerin etkilerinin ortak pazar dahilinde ortaya çıktığını belirtmiş, hukuk sözcüsü Mayras etkinin 'esaslı', 'doğrudan', 'derhal' ve 'makul şartlar altında önceden öngörülebilir' olması gerektiğini savunmuştur. ATAD ise verdiği kararın gerekçesini etki ilkesine dayandırmamıştır²²². Etki ilkesinin görüldüğü önemli bir diğer karar "Wood Pulp"²²³ kararıdır. Bu kararda da açıkça etki ilkesinden bahsedilmemekle birlikte²²⁴, fiyat üzerinde etkili olan anlaşmaların uygulanmasının Topluluk dahilinde meydana gelmesi sebebiyle, söz konusu uyumlu eylemin, merkezi Topluluk dışında olan işletmelerce gerçekleştirilmesi halinde dahi Topluluk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

ATAD'a, genel olarak "Wood Pulp" kararına atıfta bulunan "Ahlstrom Osakeyhtio v. E.C. Commission" kararında AB dahilinde kağıt hamurunda fiyat tespit anlaşması yaptığı iddia olunan Amerikalı, Kanadalı, İsveçli ve Finli üreticilerin hangisinin hukukunun olaya uygulanacağı sorulmuştur. Davalılar, AB'de ikamet etmediklerinden kendileri hakkında ATAD'ın yargılama yetkisi bulunmadığı savunmasını yapmışlardır. Ayrıca, kendilerine AB rekabet hukuku kurallarının uygulanması halinde uluslararası hukukun ilkelerinden iç işlerine karışmama ilkesinin ihlal edileceğini belirtmişlerdir. Mahkeme her iki iddiayı da reddetmiş ve anlaşmanın AB'de gerçekleştirildiği (uygulama doktrini)²²⁵ gerekçesiyle olaya AB mevzuatının uygulanacağını belirtmiştir. ATAD kararında, Roma Antlaşması'nın 81. maddesinin üye devletlerdeki ticareti etkileyen tüm anlaşmalara uygulanacağını ve kağıt hamuru üreticilerinin de AB'de sipariş almak için rekabet ettiklerini belirtmiştir. Bu rekabet sebebiyle davalılar, AB yargılaması ile hukuki

topraklarında yer almıştır. Bkz. KUYPER, P.J., "European Community Law and Extraterritoriality; Some Trends and New Developments", ICLQ, V. 33, October 1984, s. 1016.

²²¹ Karar için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0053:EN:HTML> (03.03.2010).

²²² Ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 73 vd.

²²³ Karar için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61985J0089:EN:HTML#SM> (03.03.2010).

²²⁴ ATAD'ın kararlarında etki ilkesinden söz etmemesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 330-331.

²²⁵ *Implementation doctrine.*

düzenlemelerine tabi tutulmuşlardır. Mahkeme, karışmazlık ilkesi bakımından yapılan itirazları da reddederek iç işlerine karışmama yönündeki uluslararası hukuk ilkesinin, bir devletin öngörmüş olduğu yükümlülüklerin diğer devletin kanunlarınca yasaklanması halinde işlerlik kazanacağı yönünde kararını belirtmiştir²²⁶.

ABD ile AB rekabet hukuku kuralları arasında ülkedışı uygulama bakımından bir karşılaştırma yapılacak olursa²²⁷, her ikisinin de ülkedışı yargılama sorunuyla karşılaştıklarını ve her ikisinin de başlangıçta kendi rekabet hukuku kurallarına ülkesel bir uygulama alanı tanıdığı söylenebilir. Zaman içinde, gerek ABD gerekse AB kanunlarını ülkesel olarak uygulanması yönündeki görüşten vazgeçerek kanunlarını ülkedışı olarak da uygulama eğiliminde olmuşlardır. ABD, etki ilkesini benimseyerek kendi rekabet kurallarına ilişkin mevzuatını ve yargılama yetkisini Amerikan pazarını etkileyen eylemler söz konusu olduğunda genişletmiştir. Aynı şekilde, AB de uygulama doktrini adı verilen görüş çerçevesinde AB pazarını etkileyen eylemlerde kendi mevzuatını ve yargılama yetkisini genişletme eğiliminde olmuştur. ABD Adalet Bakanlığı Rekabet Komitesi'nin²²⁸ görüşüne göre, AB'nin uygulama doktrini ile ABD'nin etki ilkesi olarak nitelendirdikleri görüşler birbirlerine oldukça yakın anlam taşımaktadır.

Etki ilkesi Türk hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde yer almaktadır. Anılan kanun hükmü kapsamına, ülkemiz sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarını etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti bozucu, kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasada hakim durumda olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her çeşit hukuki işlem ve davranışlar ile rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler girmektedir.

Türk hukukunda, teşebbüsler arası anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve kararların doğrudan ya da dolaylı olarak belirli bir mal veya hizmet piyasasında

²²⁶ BATZ, s. 79-80.

²²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. BATZ, s. 81 vd.

²²⁸ *Antitrust Divison of the United States Department of Justice.*

rekabeti kısıtlamayı amaçlamaları, bu gibi davranışların hukuka aykırı sayılmaları sonucu doğurur²²⁹. Bu eylemlerin ayrıca piyasada etki doğurmuş yahut doğurabilecek nitelikte olmaları aranmaz. Bu anlamda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 2, 4. maddede yer alan hukuka aykırılığın yeterli sayılarak etkinin gerekli olmadığı kuralının bir istisnasını teşil etmektedir²³⁰.

Ülke dahilindeki piyasalarda faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen teşebbüslerin eylemleri bakımından eylemlerin hukuka aykırılığı yeterli sayılmakla beraber yabancı teşebbüslerin rekabete aykırı eylemlerine Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanabilmesi için, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 2'de yer alan 'etki' unsurunun bulunması gerekmektedir. Bu tür teşebbüsler bakımından Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanabilmesi için amaçlanan ya da amaç aşamasında kalan etki yeterli değildir²³¹.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde kanunun amacı "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" şeklinde ifade edilmiştir. 1. maddede yer alan "...gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" ifadesinden hareketle gerektiğinde ülkedeki teşebbüsleri ilgilendiren bir mevzuat yapma yetkisinin söz konusu olduğu savunulmaktadır²³².

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamını belirleyen 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün..." bu Kanun'a tabi olacağı düzenlenmiştir. Hukukumuzda etki teorisinin açıkça yer aldığı bir hüküm olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 2'den çıkan anlamla Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki mal ve hizmet piyasalarında faaliyet göstermemekle

²²⁹ Bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 4.

²³⁰ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 334.

²³¹ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 334.

²³² EROL, Kemal, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, s. 156, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=tezdeta&Id=85> (08.03.2010).

beraber eylemleriyle bu piyasaları ‘etkileyen’ teşebbüslerin de bu Kanun kapsamında olduğu düzenlenmektedir. O halde, teşebbüsler Türk veya yabancı olsun, Türkiye’de veya bir başka ülkenin mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösterebilir ya da Türkiye’de veya bir başka ülkede kurulu olsun faaliyetleriyle Türkiye piyasasını etkilediği takdirde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uygulanacaktır²³³.

Türk Ticaret Kanunu’nun 56-65. maddelerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerin ülkedışı uygulama alanı bakımından ise, 57. maddede örnek kabilinden sayılan haller ile 56. maddede yer alan tanım kapsamında haksız rekabet oluşturan hallerde, haksız rekabet teşkil eden eylemlerin mutlaka Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde veya Türk tabiiyetindeki gerçek ya da tüzel kişiler aleyhine gerçekleştirilmiş olması şartı aranmayacaktır. Bu durumda, Türk Ticaret Kanunu m. 57’nin ülkedışı uygulamasının söz konusu olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, haksız rekabete ilişkin MÖHUK m. 37/1’de yer alan genel kuralda da etki ilkesi kabul edilerek haksız rekabetten doğan taleplerin haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabi olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, Türk piyasasını etkileyen haksız rekabet eylemlerinde, eylemi gerçekleştirenin Türk ya da yabancı olmasına bakılmaksızın Türk kanunları, dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, önemli olan haksız rekabet failinin ya da mağdurunun Türk ya da yabancı olması yahut Türkiye’de faaliyet gösterip göstermediği değil, haksız rekabet teşkil eden eylem sebebiyle Türk piyasasının etkilenip etkilenmediğidir. MÖHUK m. 37/1’de getirilen iki yanlı bağlama kuralı ile, haksız rekabet sebebiyle etkilenen ülke Türkiye dışında bir ülke olduğunda da bu kez bu ülke hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır. Bu anlamda, MÖHUK m. 37/1 ile getirilen iki yanlı bağlama kuralı ile Türk piyasasını etkileyen haksız rekabet eylemleri bakımından, Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine ülkedışı uygulama alanı kazandırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

²³³ EROL, s. 158.

VI. İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku Bağlama Kuralı

A. İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukukunun Uygulanması İçin Ön Koşul

İşyerinin bulunduğu ülke hukuku bağlama kuralı, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafı alanında pazar üzerine etki kıstasını kabul eden sistemlerin bu kural bakımından öngördükleri bir istisnayı oluşturmaktadır. Bu istisna, 5718 sayılı MÖHUK'un mehzazını teşkil eden İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda mevcut olan düzenlemede olduğu üzere hukukumuzda da yer almaktadır. Buna göre, MÖHUK m. 37/1'de haksız rekabetten doğan taleplerin, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabi olduğu belirtildikten sonra, 2. fıkrada haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlal edildiği takdirde bu defa söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hususta öngörülen kanuni düzenlemelerle, haksız rekabet teşkil eden eylem belirli bir piyasaya değil ve fakat münhasıran belirli bir işletmeye yöneldiği takdirde, zarar gören işletmenin menfaatlerinin etkin bir şekilde korunması amaçlanmaktadır.

B. İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukukunun Anlamı

'İşyerinin bulunduğu ülke hukuku' kuralının bağlama noktasını oluşturan 'işletmenin işyerinin bulunduğu' ülke hukuku ile neyin ifade edilmek istendiğinin tespiti önem taşımaktadır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 136/2. maddesinde aynı kavram, 'ilgili kuruluşun yerleşim yerinin bulunduğu' ülke hukuku olarak ifade edilmektedir. Ancak özellikle merkez ve şubeleri farklı ülkelerde yer alan işletmeler bakımından söz konusu bağlama kuralının uygulanabilmesinde bağlama noktasının hangi ülke hukukunu işaret ettiğinin tespiti önem arz etmektedir.

Tüzel kişiler bakımından işyeri (iş ikametgahı) “bütün iş ilişkilerinin toplandığı, tüzel kişilerin yaşaması, üçüncü kişiler ile ilişkiye girmesi ve işlemlerde bulunabilmesi için zorunlu olan kararların alındığı ve yerine getirildiği yer” olarak tanımlanmaktadır²³⁴. Türk Medeni Kanunu m. 51’de de tüzel kişilerin yerleşim yeri “kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer” olarak ifade edilmiştir.

İş hukuku bakımından işyeri, İş Kanunu’nun²³⁵ 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir”. İşyeri yalnızca ticari ve sınai amaç güden yerleri değil, hizmet kesimine giren ve serbest meslek faaliyetlerinin görüldüğü yerleri de kapsamaktadır²³⁶. İşletme ise, “iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütün” olarak tanımlanmaktadır²³⁷. Bazen bir işletme tek bir işyerinden oluşabilir, kimi zaman da tek bir işletme birden çok işyerini kapsayabilir. İşletme ve işyeri aynı örgütün iki farklı görünüşü olarak ifade edilebilir²³⁸. Bu anlamda, işyeri daha dar ve teknik, işletme ise daha geniş ve iktisadi bir kavramdır²³⁹.

Ticaret Hukuku bakımından işletme; “bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız şekilde biraraya getirilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır²⁴⁰. Her ticari işletme esas olarak bir işletme ise de, her işletme bir ticari işletme değildir. Türk Ticaret Kanunu bakımından ticari işletme kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte Kanun’un 11,12 ve 13. maddelerinde ticari işletme sayılacak müesseseler belirtilmiştir. Buna karşılık, Ticaret Sicili Tüzüğü’nün²⁴¹ 14. maddesinde, Türk Ticaret Kanunu’nun 12. maddesinde tarif edilen ticarethane veya fabrikalar ile 13. maddesinde tarif edilen ticari şekilde

²³⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 468.

²³⁵ RG. 10.06.2003 T., 4857 S.

²³⁶ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 53.

²³⁷ NARMANLIOĞLU, Ünal, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s. 126-127; ÇELİK, s. 61-62.

²³⁸ NARMANLIOĞLU, s. 127.

²³⁹ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, s.178-179; ÇELİK, s. 52.

²⁴⁰ ARKAN, Ticari İşletme, s. 20.

²⁴¹ 29.07.1998 tarih ve 98/11548 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla “Ticaret Sicil Nizamnamesi” olan tüzük ismi, “Ticaret Sicili Tüzüğü” olarak değiştirilmiştir. RG. 08.02.1957 T., 9530 S.

işletilen diğer müesseselerin ticari işletme sayılacağı belirtilmiş, bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanunu'nun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetlerin ticari işletme sayılmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, gerek Ticaret Sicili Tüzüğü gerekse Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ticari işletmeye ilişkin hükümlerden çıkan sonuç, ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer işletmelerin ticari işletme olarak kabul edilmekle birlikte bu işletmelerin, Türk Ticaret Kanunu m.17 çerçevesinde düzenlenen esnaf düzeyinin üzerinde değillerse ticari işletme kapsamında değerlendirilmeyecekleridir²⁴².

Bir ticari işletmenin bünyesinde bir üst idare ile birlikte merkezi ve bu merkeze bağlı şubelerin bulunduğu durumlara sıklıkla rastlanmaktadır. Şube niteliğine sahip olabilmek için; merkeze bağlı ancak dışarıya karşı bağımsız bir birim olması, merkezle aynı alanda faaliyette bulunması, ayrı bir muhasebesi olması ve müşteri ile temas halinde olması gereklidir²⁴³. Türk Ticaret Kanunu m. 42/3 gereğince merkezi Türkiye'de bulunan ticari işletmelerin şubelerinin buldukları yerin ticaret siciline tescil ve ilanları zorunludur. Türk Ticaret Kanunu m. 42/4'e göre de, merkezi Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'de bulunan şubesi de yerli ticari işletme gibi tescil olunur. Birden çok şube varsa ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmenin şubeleri gibi tescil olunurlar.

Yukarıda ifade edilen kavramlardan hangisinin Uluslararası Özel Hukuk bakımından işyerini ifade ettiği hususu irdelenmelidir. 2675 sayılı MÖHUK'ta²⁴⁴ olduğu gibi 5718 sayılı MÖHUK'ta da işyeri kavramı tanımlanmamıştır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda ise gerçek kişiler bakımından işyeri kavramı m.20/c'de 'ticari ya da mesleki faaliyetlerinin merkezi olan ülke' olarak tanımlanmış, şirketlerin işyeri ise 21. maddede ifade edilmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.21'e göre, "Şirketlerin ikametgahı merkezlerinin bulunduğu yerdir. Şirketin merkezi ortaklık sözleşmesinde gösterilen yerdir. Eğer sözleşmede böyle bir

²⁴² ŞENER, Oruç Hami/UZUNALLI, Sevilay, Ticari İşletme Hukuku Uygulamaları, Ankara 2008, s. 1 vd.; ARKAN, Ticari İşletme, s. 20.

²⁴³ Ayrıntılı açıklama için bkz. ÖZKAN, s. 86 vd.

²⁴⁴ 5718 sayılı MÖHUK m.64/1 ile yürürlükten kaldırılmıştır. RG. 22.05.1982 T., 2675 S.

hüküm yoksa, merkez şirketin fiilen idare edildiği yerdir. Bir şirketin işyeri ise, şirketin merkezinin ya da şubesinin bulunduğu ülkededir”.

İşyeri kavramının hangi hukuk düzenine göre yorumlanacağı konusunda Özkan'a göre, pek çok olayda hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığından, işyeri kavramının da *lex fori*'ye tabi olması gerekir ise de, hakim tarafından yabancı bir hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması halinde işyeri kavramının *lex fori*'ye göre değil, olaya uygulanan kanunlar ihtilafı kuralının ait olduğu hukuk düzenine göre tespit edilmesi gerekmektedir²⁴⁵.

İşletmenin işyerinin bulunduğu ülke ya da ilgili kuruluşun bulunduğu ülke bağlama noktalarının ifadelerinden, bir işletmenin birden çok ülkede işyerine sahip olduğu durumlarda doğrudan hangi ülke hukukuna işaret etmekte olduğu tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşılammaktadır. Haksız rekabet oluşturan bir eylem şayet işletmenin belirli bir şubesinin menfaatlerini ihlal etmişse bu durumda menfaatleri ihlal edilen şubenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı sonucuna varılabilir. Aynı sonuca, haksız rekabet sebebiyle işletmenin menfaatleri doğrudan etkilenen işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasıyla da varılabilir. Şüphesiz, bir işletmenin kendisine bağımlı olan şubesini etkileyen olumlu ya da olumsuz her eylem dolaylı olarak işletmenin kendisini de etkilemektedir. Ancak burada önem taşıyan, haksız rekabet sebebiyle işletmenin merkezinin yahut işletmenin bütünün mü doğrudan etkiye maruz kaldığı yoksa yalnızca belirli bir şubesinin mi doğrudan etkilendiğinin tespitidir. Örneğin, dünyada pek çok ülkede faaliyet gösteren Mercedes-Benz firmasının Türkiye'de faaliyet gösteren şubelerini hedef alan ve Türkiye'deki satışlarını düşürmeyi amaçlayan karalama kampanyası şeklinde gerçekleştirilen bir haksız rekabet eylemi sebebiyle firmanın dolaylı olarak zarar göreceği kuşkusuzdur. Ancak söz konusu bağlama kuralı ile ilgili olarak yaptığımız yorum gereğince, olaya menfaatleri zarar gören işletmenin işyeri hukuku uygulanacağından bu durumda firmanın Türkiye'de faaliyet gösteren şubeleri zarara uğradığından, Türk hukuku uygulanacaktır. Verilen örnek diğer bir açıdan ele alınacak olursa, örneğin yıkıcı fiyatlama suretiyle gerçekleştirilen bir haksız rekabet

²⁴⁵ Bkz. ÖZKAN, s.91.

eylemi söz konusu olduğunda, bu durumda haksız rekabet eylemi sebebiyle ilgili pazar etkileneceğinden, olaya uygulanacak hukuk bu kez MÖHUK m. 37/1’de düzenlenen ‘haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku’ olacaktır.

AB hukuku bakımından sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen Roma II Tüzüğü’nün 6/2 maddesine göre, haksız rekabet sonucunda yalnızca belirli bir işletmenin menfaatleri ihlal edildiği takdirde Tüzüğün haksız fiillere ilişkin genel kuralı işlerlik kazanacak ve haksız rekabet sebebiyle zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır. Bu çerçevede yukarıdaki örnek değerlendirilirse olaya uygulanacak hukuk, zararın meydana geldiği ülke hukuku olan Türk hukuku olacaktır. Roma II Tüzüğü’nün haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren 4. maddesinin tatbikinde esas alınacak olan dolaylı zararın meydana geldiği yer değil, doğrudan zararın meydana geldiği yerdir²⁴⁶.

Uluslararası Özel Hukukta kanunlar ihtilafı alanında kabul edilen bağlama kurallarının devletlerce benzer şekillerde kabul edilerek yeknesak şekilde uygulanması milletlerarası karar uyumunun sağlanması bakımından son derece önem taşıdığından işletmenin merkezi ile şubelerinin farklı ülkelerde olduğu durumlarda, ‘münhasıran menfaatleri zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku’ bağlama kuralının, işletmenin menfaatlerinin ihlal edildiği işyeri ya da şubesinin bulunduğu ülke hukuku olarak anlaşılması kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

²⁴⁶ Bkz. Roma II Tüzüğü gerekçesinin 17. paragrafı.

§6 Avrupa Birliği Hukukunda Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuka İlişkin Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü'nün Değerlendirilmesi

I. Roma II Tüzüğü Hakkında Genel Değerlendirme

Amsterdam Antlaşması'nın²⁴⁷ 65/b ve Lizbon Antlaşması'nın²⁴⁸ 81/2-c maddeleri ile öngörülen, hukuk sistemlerinde yer alan kuralların uyumlaştırılması amacı çerçevesinde, Avrupa Birliği bünyesinde kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırma çalışmalarının bir sonucu olarak 864/2007 EC sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Tüzüğü (Roma II) 31.7.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış²⁴⁹ ve Tüzüğün esasa ilişkin hükümleri 11.1.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Birlik bünyesinde yer alan hukuk sistemlerini ve kanunlar ihtilafı kurallarını uyumlaştırma amacıyla akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda yapılan çalışmalar uzun bir sürece yayılarak gerçekleşmiştir. Roma II Tüzük tasarısı 2003 yılında hazırlanmış olup 2005 yılında yasalaşması planlanan Tüzüğün esasa ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesi ancak 2009 yılında gerçekleşmiştir. Akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında Roma I Tüzüğü²⁵⁰ ise 04.07.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Toplam yedi bölümden oluşan Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanı 1. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre Tüzük, özel hukuka ve ticaret hukukuna ilişkin yabancı unsurlu akit dışı ilişkilerden doğan ihtilaflarda uygulanacak hukukun

²⁴⁷ OJ. C 340 of 10.11.1997. 2 Ekim 1997 tarihinde imzalanan ve 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması (Treaty of Amsterdam) hakkında bkz. GÜNUĞUR, Haluk, Avrupa Birliği, Ankara 2007, s. 30 vd.

²⁴⁸ OJ. 17.12.2007, 2007/C 306/01.

²⁴⁹ OJ. L 199, 31.07.2007. Tüzük metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?year=2007&serie=L&textfield2=199&Submit=Search&submit=Search&hmlang=en> (22.04.2010).

²⁵⁰ 19 Haziran 1980 tarihinde imzalanan Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (OJ. L 177, 04.07.2008) metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2008:177:SOM:EN:HTML> (12.07.2010).

belirlenmesinde rol oynayacaktır. Tüzük özellikle, vergi, gümrük, idari konular ile devletin sorumluluğu veya kamu otoritesinin kullanılması ile ilgili akit dışı fiillerden doğan sorumluluğa uygulanmayacaktır. Tüzüğün uygulama alanının belirlenmesinde önemli olan, “akit dışı borç ilişkisine dayanan talebin kamu otoritesinden alınan bir yetkinin kullanılmasına dayanmamasıdır”²⁵¹. Özel hukuk alanına dahil olmakla birlikte, Tüzüğün kapsamında yer almayan diğer akit dışı borç ilişkilerine de m.1/2’de yer verilmiştir²⁵².

Tüzüğün uygulama alanı konusunda belirtilmesi gereken önemli bir husus, Roma II Tüzüğü’nün evrensel olarak uygulanacağıdır. Tüzüğün uygulanma alanını gösteren 3. maddesine göre, Tüzükte yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkilendirilen hukuk, üye devletlerden birinin hukuku olsun ya da olmasın olaya uygulanacaktır. Tüzüğün 3. maddesinin başlığı olan ‘evrensel olarak uygulanma’ bu anlama gelmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki bir olayın bir üye ülke ile bağlantısının bulunması zorunluluğu yoktur²⁵³. Tüzüğün 3. maddesine göre, Tüzük’te yer alan düzenlemeler gereğince uygulanacağı öngörülen hukuk, söz konusu hukukun Birlik üyesi devletlerden birine ait olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır.

Roma II Tüzüğü’nün haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen 6. maddesinde, haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde, münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin hükme gönderme yapılmıştır. Bu nedenle Roma II Tüzüğü kapsamında haksız fiilden doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun temel noktaları belirlendikten sonra Tüzük’te özel bir hükümle düzenlenmiş olan haksız rekabete uygulanacak hukukun tespiti değerlendirilecektir.

²⁵¹ TARMAN, Zeynep Derya, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 196.

²⁵² Tüzüğün uygulama alanına çok sayıda istisna getirilmekle birlikte, bu istisnalar arasında ceza hukukuna ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Haksız rekabet hukuku bakımından ceza hukuku hükümleri de büyük önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, Roma II Tüzüğü düzenlediği hukuk alanlarının ceza hukuku hükümlerini ele almamaktadır. Bu hususta bir istisna hükmüne Roma II Tüzüğü’nde yer verilmemiş olması eleştirilebilir niteliktedir.

²⁵³ Dolayısıyla Roma II Tüzüğü uygulama alanını Ortak Pazar ile sınırlamamaktadır. Bkz. TARMAN, s. 198.

II. Roma II Tüzüğü'ne Göre Haksız Fiilden Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukuk

Haksız fiillerden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklara, kural olarak, haksız fiil sonucu zararın doğduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Zararın meydana geldiği ülke hukuku belirlenirken, zarara sebep olan olayın gerçekleştiği ya da olayın dolaylı sonuçlarının meydana geldiği ülke hukukları dikkate alınmayacaktır. Bu anlamda, Tüzükte yer alan düzenlemeyle, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında genel kabul görmüş olan ika yeri bağlama kuralında ika yeri, doğrudan zararın meydana geldiği yer olarak kabul edilmiş, ika yeri ifadesine yer verilmemiştir.

Tüzükte haksız fiillere ilişkin bağlama kuralı olarak zarar yeri hukukunun tercih edilmesinin sebebi Tüzük gerekçesinin 16. paragrafında açıklanmıştır. Buna göre, fiilin işlendiği yer hukuku failin, zarar gören kişinin mesken yeri hukuku da mağdurun menfaatlerini korumakta olduğundan taraflar arasındaki menfaatlerin dengelenmesi amacıyla zarar yeri bağlama kuralı kabul edilmiştir. Zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması, bu yer ile zarar görenin mutad meskeninin aynı yer olması halinde zarar gören bakımından olumlu olacak ve olaya zarar gören kişinin bildiği ve öngörebildiği yer hukuku uygulanmış olacaktır²⁵⁴.

Tüzük'te haksız fiilden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk bakımından kabul edilen zarar yeri hukuku her olay için mutlak olarak kabul edilmemiş, bu kurala iki istisna tanınmıştır. Tüzük m. 4/2'ye göre, fail ile zarar görenin zararın meydana geldiği tarihteki, mutad meskenlerinin aynı ülkede olması halinde olaya bu ülke hukuku uygulanacaktır²⁵⁵. Ancak tarafların ortak mutad meskene sahip olması halinde uygulama imkanı kazanacak olan bu kural, Tüzük'te yer alan genel kurala

²⁵⁴ Bkz. TARMAN, s. 199.

²⁵⁵ Mutad mesken kavramı Tüzüğün 23. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, şirket, dernek ve tüzel kişilerin mutad meskeni idare merkezleri; zarara sebep olan haksız fiil, tüzel kişinin şubesi, acentesi ya da bağlı bir kuruluşunun faaliyeti sonucunda gerçekleşmişse bu şubenin, acentenin veya bağlı kuruluşun mutad meskeni buldukları yer; kendi iş faaliyetleri doğrultusunda hareket eden gerçek kişilerin mutad meskeni de kural olarak iş faaliyetlerini yürüttüğü yerdir. Mutad mesken kavramına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. ÖZKAN, s. 31 vd.

göre haksız fiile uygulanacak olan hukukun tesadüfi niteliğini bertaraf etmek amacıyla getirilmiştir²⁵⁶. Buna göre, haksız fiilin taraflarının mutad meskenlerinin aynı yerde olması halinde, zarar yeri hukukunun uygulanmasından vazgeçilerek tarafların daha sıkı ilişkili olduğu hukuk olan mutad meskenleri hukuku uygulanacaktır.

Tüzüğün haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda getirdiği diğer istisna kuralı olan 4/3. maddeye göre, haksız fiilde somut olayın koşullarına göre, 1. ve 2. fıkrada belirtilen ülke hukuklarından tarafların daha sıkı ilişki içinde oldukları bir başka ülke varsa bu ülkenin hukuku uygulanır. Diğer ülke ile olan daha sıkı ilişki, sözleşme gibi taraflar arasında önceden var olan ve meydana gelen haksız fiille doğrudan bağlantılı bir ilişkiye dayanabilir. Madde metninde, Tüzükte daha sıkı ilişki ile neyin ifade edilmek istendiği örneklendirilerek açıklanmıştır. Doktrinde *Öztekin Gelgel* tarafından maddenin bu şekilde örneklendirilerek açıklanmasının sakıncalı olduğu; keza bu durumun maddede yer alan söz konusu istisna kuralının uygulanabilmesi için taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkinin olması ve bu ilişkinin sözleşmesel olmasının zorunlu olduğu gibi bir yaklaşımın benimsenmesine yol açacağı savunulmaktadır. Bu nedenle *Öztekin Gelgel* tarafından madde metninin örneklendirici bir açıklama yapmak yerine ‘açıkça daha sıkı ilişkili hukuk’ şeklinde formüle edilmesinin daha yerinde olacağı savunulmuştur²⁵⁷. Kanaatimizce de madde metninde yer alan ifade, daha sıkı ilişkili hukuk kavramı ile getirilmek istenen düzenlemenin kapsamını daraltacak biçimde kaleme alınmış olup, daha basit bir anlatımla, tarafların bir başka ülke hukuku ile açıkça daha sıkı ilişkili olmaları halinde bu hukukun uygulanacağını biçiminde bir düzenleme getirilmesi daha yerinde olurdu.

Roma II Tüzüğü’nde haksız fiiller bakımından taraflara hukuk seçimi yapma imkanı tanınmıştır. Roma II Tüzüğü’nün 14. maddesine göre, taraflar haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra veya tarafların her biri ticari bir faaliyet ilişkisi içinde ise

²⁵⁶ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul 2006, s. 104.

²⁵⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. ÖZTEKİN GELGEL, s. 108-108; TARMAN, dpn. 28.

zararı doğuran olay gerçekleşmeden önce serbestçe müzakere etmek koşuluyla akit dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçebilirler.

Milletlerarası nitelikli haksız fiil olaylarında taraflar menfaatlerini eşit düzeyde koruma imkanına sahip olmadıklarından ve bu nedenle sınırsız bir hukuk seçimi imkanı tanınmasıyla zarar gören tarafın istismar edileceği düşüncesiyle hukuk seçimi imkanı taraflara sınırlı olarak verilmiştir²⁵⁸. Ayrıca taraflar yapacakları hukuk seçimi ile üçüncü kişilerin haklarına hanel getiremeyeceklerdir²⁵⁹.

Tüzüğün 14. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında hukuk seçimi ile uygulanması bertaraf edilemeyecek hükümler belirtilmiştir. Buna göre, haksız fiilin gerçekleştiği sırada olaya ilişkin tüm unsurların bulunduğu ülkenin emredici hükümleri tarafların yapacakları hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyecektir. Yine, haksız fiilin tüm unsurlarının Birlik üyesi devletlerden birinde veya birkaçında bulunduğu takdirde, taraflar yapacakları hukuk seçimi ile Topluluk hukukunun hükümlerinin uygulanmasına engel olamayacaklardır. Bu durum, tarafların Birlik üyesi bir devletin hukukunu seçmeleri halinde bir önem taşımayacak ancak seçilen hukukun Birlik üyesi olmayan bir devletin hukuku olması halinde önem kazanacaktır²⁶⁰. Bu nedenle, haksız fiilin tüm unsurlarının Birlik üyesi devletlerinden birinde veya birkaçında bulunduğu olaylarda, haksız fiilin taraflarının Birlik üyesi olmayan bir devletin hukukunu seçmeleri mümkün değildir.

III. Roma II Tüzüğü'ne Göre Haksız Rekabetten Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukukun Seçimi

Roma II Tüzüğü'nde akit dışı borç ilişkilerinden özellikle bazı haksız fiil türleri için özel düzenlemeler getirilmiştir. Haksız rekabetten doğan ihtilaflar da bu

²⁵⁸ ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 215; TARMAN, s. 202.

²⁵⁹ Örneğin, zarar veren ile zarar gören kişi arasında hukuk seçimine ilişkin olarak yapılacak anlaşma sigortacıyı etkilemeyecek, sigortacı, objektif haksız fiil statüsü uyarınca sorumlu olacağı meblağdan daha fazla ödemeyecektir. Bkz. TARMAN, s. 203.

²⁶⁰ ÖZTEKİN GELGEL, s. 116; TARMAN, s. 203.

özel düzenleme getirilmiş alanlardan birini oluşturmaktadır²⁶¹. Tüzüğün haksız fiiller başlıklı 2. bölüm, 6. maddesinde haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı eylemler bakımından uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Tüzük gerekçesinin 21. paragrafına göre, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku düzenleyen 6. madde, haksız fiillere ilişkin 4. maddede yer alan düzenlemenin bir istisnasını oluşturmamakta olup onun bir sınıflandırması niteliğindedir.

A. Roma II Tüzüğü'ne Göre Haksız Rekabetten Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukuka İlişkin 6. Madde Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

Roma II Tüzüğü'nün haksız rekabete uygulanacak hukuku gösteren 6. maddesinin 1. fıkrasına göre; haksız rekabet teşkil eden bir eyleme, rekabet ilişkisinin veya tüketicilerin toplu menfaatlerinin zarar gördüğü veya zarar görmesinin muhtemel olduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Maddede 'pazar' kavramı yerine 'ülke' kavramının bağlama noktası olarak tercihi dikkat çekicidir. Bu kavramın, haksız rekabet meydana getiren eylemin birden çok devletin piyasasını etkilemesi ihtimali sebebiyle tercih edildiği öne sürülmektedir²⁶².

Roma II Tüzüğü'nün 6/2. maddesi uyarınca, haksız rekabet oluşturan eylem yalnızca belirli bir rakibin menfaatlerini zarara uğratmışsa bu durumda haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 4. madde uygulama alanı bulacaktır. Münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerini zarara uğratan bir haksız rekabet eylemine uygulanacak hukuk 4. maddede düzenlenen üç aşamalı bağlama kuralı değerlendirilmek suretiyle belirlenecektir²⁶³. Buna göre, münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerini ihlal eden haksız rekabet eylemine kural olarak Tüzüğün 4/1. maddesinde düzenlenen, doğrudan zararın doğduğu ülke hukuku uygulanacak, zarar

²⁶¹ Haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı eylemler konusunda özel bir bağlama kuralına ihtiyaç olup olmadığı Avrupa Parlamentosu, Komisyon ve Konsey tarafından uzun süre tartışılmış, Parlamento'nun bu konudaki olumsuz görüşü yasalaşan Tüzüğe yansımaya haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı eylemlere uygulanacak hukuk Tüzükte özel bir düzenleme olarak yer almıştır. Bkz. TARMAN, s. 207.

²⁶² PLENDER/WILDERSPIN, s. 617.

²⁶³ Ayrıntılı açıklama için bkz. DICKINSON, Andrew, The Rome II Regulation: The Law Applicable To Non-Contractual Obligations, New York 2008, s. 397 vd.

gören ile fail aynı ülkede mutad meskene sahipse 4/2. maddeye göre zararın doğduğu ülke hukuku yerine mutad mesken hukuku uygulanacak, şayet 4/1 ve 4/2. maddelerde uygulanacağı öngörülen ülke hukuklarından meydana gelen haksız rekabetle daha sıkı ilişkili bir ülke mevcutsa daha sıkı ilişki içinde bulunan ülke hukuku uygulanacaktır. Özellikle, rakibin müşterilerini ayartma, rüşvet, sanayi casusluğu, iş sırlarını ifşa ile sözleşmeyi bozmaya yönlendirme gibi haksız rekabet eylemleri belirli bir rakibin menfaatlerini ihlal etmekle birlikte pazar üzerinde olumsuz bir etki de meydana getirdiğinden çift yanlı etki göstermektedir²⁶⁴. Bu gibi durumlarda, belirli bir rakibin menfaatleri zarar görmeye birlikte söz konusu haksız rekabet eylemi neticesinde pazar üzerinde etki de meydana geldiğinden olaya uygulanacak hukuk Tüzüğü'nün 6/1. maddesine göre belirlenecektir.

Belirli bir rakibin menfaatlerini etkileyen eylemler bakımından Roma II Tüzüğü'nde haksız fiillere ilişkin genel kuralın uygulanacağını öngörüldüğünü belirtmiş bulunuyoruz. Türk hukukunda bu hususta, münhasıran bir işletmenin menfaatleri zarar görmüşse bu durumda söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı açık olarak düzenlenmişken Tüzük'te bu konuda haksız fiillere ilişkin genel kurala atıf yapılmıştır. Buna göre, Roma II Tüzüğü uyarınca, haksız rekabet neticesinde münhasıran bir rakibin menfaatleri zarar gördüğü takdirde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır. Haksız rekabeti gerçekleştiren fail ile zarar görenin mutad meskenleri aynı yerde olduğu takdirde zararın nerede meydana geldiğine bakılmaksızın ortak mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacaktır. Tarafların mutad meskenleri aynı ülkede ise bu ülkenin hukuku haksız rekabet oluşturan olaya uygulanması seçimlik değil zorunludur²⁶⁵.

Olayda tarafların bir başka ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili oldukları halin icabından açıkça anlaşıldığı takdirde olaya uygulanacak hukuk daha sıkı ilişki içinde

²⁶⁴ PLENDER/WILDERSPIN, s. 611-612. Örneğin, bir ticari sırları ele geçirme olayında davalı elde etmiş olduğu sırlarla ürünleri daha ucuza üretebilmekte ve bu suretle kendisine avantaj sağlamaktadır. Bu şekilde hareket eden davalı, hem ticari sırrın sahibine karşı hem de piyasada faaliyet gösteren diğer üreticilere karşı haksız rekabet oluşturan bir eylemde bulunmaktadır. Bu durumda uygulanacak hukuk Tüzüğü'nün 6/1. maddesinde düzenlenen kurala göre belirlenecektir.

²⁶⁵ WADLOW, "Unfair Competition", s. 797.

bulunulan ülke hukuku olacaktır. Tüzüğün 4/3. maddesiyle getirmekte olduğu, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağına ilişkin bağlama kuralı ancak istisnai durumlarda uygulanacak bir kaçış hükmü olarak değerlendirilmektedir. Bu bakımdan hükmü daha esnek ve subjektif bir kıstas olarak ifade etmek mümkündür.

Tüm şartlar değerlendirildiğinde, meydana gelen haksız fiilin 1. ve 2. fıkralarda öngörülen hukuklardan başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğu anlaşılıyorsa o ülke hukukunun uygulanacağını düzenleyen Tüzük m. 4/3'ün uygulanmasında bazen öngörülemeyen sorunlar doğabilmektedir. Örneğin, haksız fiilden doğan uyuşmazlıkları haksız fiil sonucu doğrudan zararın meydana geldiği ülke hukukuna tabi kılan m. 4/1'e göre, haksız rekabet oluşturan eyleme uygulanması gereken hukuk, zararın meydana geldiği yer hukuku olan X devletinin hukukudur. Ancak taraflar Y devletinde mutad meskene sahiptirler. Roma II Tüzüğü'nde yer alan haksız fiile ilişkin düzenlemeye göre, m. 4/3'e göre daha sıkı ilişkili bir hukuk mevcut olmadığı takdirde, m. 4/2'de öngörülen (zararın doğduğu tarihte taraflar aynı ülkede mutad meskene sahipse o ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenen) hukukun uygulanması m. 4/1'de öngörülen hukuktan önce gelmektedir. Ancak taraflar zararın meydana geldiği X devletinin olayla daha sıkı ilişkili olduğu konusunda hemfikirlerse bu durumda ortak mutad mesken hukuku olan Y devletinin hukukunun uygulanmasından vazgeçilerek X devletinin hukukunun uygulanmasını isteyebilecekler midir? Tüzük m.4/3'ün 4/2'nin önüne geçme yetkisi olmakla birlikte daha sıkı ilişkili ülke hukuku olarak belirlenen hukuk m.4/1'de belirlenen hukuk olamamaktadır. Zira m.4/2'de yer alan düzenlemeyle bertaraf edilen X devleti hukukunun m.4/3'e dayanılarak tekrar uygulanması söz konusu olmamaktadır. 4/3. maddeyle uygulanabilecek olan daha sıkı ilişkili hukuk ancak 4/1-2. maddelerde öngörülen hukuklardan farklı bir hukuk, Z devleti hukuku olabilmektedir²⁶⁶.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Roma II Tüzüğü'nde haksız rekabete ve rekabeti sınırlandırıcı eylemlere uygulanacak hukuk konusunda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu²⁶⁷ ve Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu²⁶⁸ ile aynı

²⁶⁶ Bkz. WADLOW, "Unfair Competition", s.798.

²⁶⁷ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen 136. maddede 'sonuç' terimini kullanırken, rekabeti sınırlandırıcı eylemlere uygulanacak hukuku

doğrultuda olarak ‘pazarı etkilenen yer hukuku’ bağlama kuralı benimsenmiştir. Milletlerarası Hukuk Enstitüsü 30 Ağustos 1983 tarihli rapor doğrultusunda 1984’te Cambridge toplantısında verdiği kararında da aynı yaklaşımı benimsemiştir. Buna göre, “haksız rekabetin sebep olduğu zararın belirli bir pazarda ortaya çıkması halinde, söz konusu pazarın bulunduğu ülkenin iç hukukuna davanın taraflarının haklarını ve sorumluluklarını belirleme konusunda yetki tanınması, zarar doğuran eylemin böyle bir sonucu ortaya çıkaracağına makul şartlar altında önceden öngörülebilir olduğunun tespitine bağlıdır”²⁶⁹.

Roma II Tüzüğü’nde haksız rekabetin bir tanımı yer almamaktadır. Bununla birlikte Avrupa Komisyonu’na göre, “haksız rekabete ilişkin kuralların amacı, rekabet düzenine tüm katılanların oyunu aynı şartlarla oynamalarını sağlamaktır. Diğer hususların yanı sıra bu kurallar, talebi etkileyen ve rekabeti engelleyen eylemleri de yasaklamaktadır. Modern rekabet hukuku kuralları yalnızca rakipleri korumamakta aynı zamanda tüketiciyi ve piyasa düzenini de korumayı amaçlamaktadır”²⁷⁰. Rekabet hukukunun bu üç boyutlu fonksiyonu modern kanunlar ihtilafı kurallarına da yansımıştır²⁷¹. ‘Pazar üzerine etki’ bağlama kuralının haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde genel kural olarak kabul edilmesinde rekabet hukukunun ekonomik amacı rol oynamaktadır. Bu amaç doğrultusunda, etkin bir rekabet ortamı sağlanacak ve düzenli bir serbest rekabet ortamının teminiyle devletin menfaati ile birlikte bireylerin menfaati de gerçekleşmiş olacaktır²⁷². Roma II Tüzüğü’nün 6. maddesi bu anlamda rekabet hukukunun üçlü amacını da yansıtmaktadır. Düzenleme kural olarak, pazar üzerine etkiyi esas almakla beraber rakiplerin menfaatleri üzerindeki etki ile birlikte tüketicilerin

düzenleyen 137. maddede ‘doğrudan etki’ terimini kullanmıştır. Ancak esas olarak iki kavramla da belirtmek istenen aynıdır.

²⁶⁸ Bkz. Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht – IPRG) m.48/2. Kanun metni için bkz. http://www.internet4jurists.at/ges/iprg.htm#§_48. (02.06.2010).

²⁶⁹ Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 76; ÖZTEKİN GELGEL, s. 200; karar için bkz. AIDI, V. 60/II, Y. 1984, s. 293-295; karar öncesinde hazırlanan rapor için bkz. REESE, W.L.M./VISCHER, F., The Conflict of Law Rules on Unfair Competition, 21. Commission, www.idi-ijl.org/idiE/resolutionsE/1983_camb_01_en.PDF (26.04.2010).

²⁷⁰ PLENDER/WILDERSPIN, s. 601.

²⁷¹ WADLOW, Christopher, “The New Private International Law of Unfair Competition and The ‘Rome II’ Regulation”, Journal of Intellectual Property Law&Practice, 4(11), 2009, s. 792.

²⁷² ÖZTEKİN GELGEL, s. 202.

menfaatleri üzerindeki etkiyi de değerlendirmektedir²⁷³. Pazar üzerine etki bağlama kuralı açıklanırken ifade edildiği üzere, pazar üzerine etkinin sahip olması gereken birtakım özellikler vardır. Pazar üzerinde gerçekleşen her türlü etki sebebiyle pazarı etkilenen ülke hukukunun uygulanması yoluna gidilmesi doğru olmayacaktır. Pazar üzerine etki, doğrudan, esaslı, öngörülebilir ve bir pazar üzerinde gerçekleşmiş olmalıdır²⁷⁴. Pazar üzerine etki bağlama kuralı için kabul edilen bu özellikler Roma II Tüzüğü'nün etki kıstasına dayalı bağlama kuralının uygulanması bakımından da geçerlidir.

Roma II Tüzüğü'nün haksız rekabete uygulanacak hukuka ilişkin maddesinin hazırlık çalışmalarında Hamburg Grubu uygulanacak hukuka dair bu yaklaşımın, üye devletlerin milletlerarası özel hukuk kuralları ile birlikte Avrupa Komisyonu ve Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi de dahil olmak üzere uluslararası alanda genel kabul gören ve rekabet kurallarının ülkesel sınırlarını belirleyen bir kural olan etki prensibi ile de uyumlu olduğu görüşünü savunmuştur²⁷⁵.

Roma II Tüzüğü'nde yer alan haksız rekabete uygulanacak hukuk konusundaki kuralın uygulanmasında bir sorun, zararın birden çok devletin ülkesinde meydana gelmesi, diğer bir deyişle haksız rekabetin etkisinin birden çok ülkede doğması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda her bir ülke için ayrı bir hukuki değerlendirme yapmayı gerekli kılan mozaik bir kanunlar ihtilafı sisteminin (mosaikbetrachtung) uygulanması önerilmektedir²⁷⁶. 2003 raporunda Komisyon bu konudaki görüşünü şu şekilde belirtmiştir:

²⁷³ WADLOW, "Unfair Competition", s. 792.

²⁷⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. §1 – V.

²⁷⁵ PLENDER/WILDERSPIN, s. 597.

²⁷⁶ Bkz. WADLOW, Christopher, "Trade Secrets and The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligations", EIPR 2008, 30(8), http://www.tradesecretsblog.info/2008/09/trade_secrets_and_the_rome_ii_1.html (26.04.2010). Örneğin, Çin'de faaliyet gösteren davalı, Levi's markasını taşıyan taklit pantolonları Almanya'ya ihraç ederse rekabet ilişkileri ile tüketicilerin toplu menfaatlerinin ihlali kıstaslarını karşılamakta olduğundan olaya Alman hukuku uygulanır. Aynı satıcı taklit pantolonları tüm Avrupa Birliği'ne ihraç ederse bu durumda kıstasları karşılayan tek bir devlet olmadığından iddiaların devlet devlet incelenerek uygulanacak hukukun farklılık göstermesi kaçınılmaz olur. Bkz. WADLOW, "Unfair Competition", s.793.

“Tüzüğün 6. maddesi haksız rekabet sebebiyle rekabet ilişkilerinin ya da tüketicilerin toplu menfaatlerinin etkilendiği ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak öngörmektedir. Burada sözü edilen pazar, rakiplerin tüketicilerin taleplerini karşılama arzusunda oldukları pazardır. Söz konusu hüküm gereğince genellikle mağdurun ekonomik düzenini yöneten hukukun uygulanması öngörüldüğünden bu çözüm tarzı mağdurun beklentilerine uygun düşmektedir. Bu durum aynı zamanda aynı pazarda faaliyet gösteren rakiplerin eşit şartlara sahip olmasını da sağlar. Rekabet hukukunun amacı serbest piyasa düzenini korumak olup tazminata ilişkin talepler tamamen ikincil niteliktedir”. Komisyon aynı zamanda önerilen kuralın iddialar doğrultusunda uygulanacak hukuku çoğaltacağını kabul etmiştir. Bu görüş doğrultusunda doktrindeki yazarlarca, pazar üzerine etki bakımından yalnızca haksız rekabetin esaslı ve doğrudan etkisinin değerlendirmeye alınacağı kabul olunmuştur. Bu husus, uluslararası nitelik taşıyan olaylarda rekabete aykırı eylemin birden çok pazar üzerinde etki gösteren durumlar bakımından uygulanacak hukukun tespitinde önem kazanmaktadır²⁷⁷.

Ayrıca Hamburg Grubu tarafından hazırlanan raporda rekabet düzenini ihlal eden reklamların haksız rekabet bakımından sahip olduğu öneme vurgu yapılarak maddede haksız rekabete neden olan reklamlar için özel bir düzenleme yapılması teklif edilmiştir²⁷⁸. Ancak yasalaşma sürecinde bu teklif madde metnine yansımamıştır. Bu konuda ve Tüzükteki düzenlemede özel olarak yer verilmeyen internet yoluyla gerçekleşen haksız rekabet eylemleri gibi eylemler bakımından Topluluk hukukunda yer alan, belirtilen konulara ilişkin yönergeler önem kazanmaktadır. Bu kapsamda Roma II Tüzüğü'nün 27. maddesi uyarınca, Topluluk hukukunun akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak kanunlar ihtilafı hükümleri Roma II Tüzüğü'nden etkilenmeyecektir²⁷⁹.

²⁷⁷ Bkz. WADLOW, “Unfair Competition”, s. 793-794.

²⁷⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. ÖZTEKİN GELGEL, s. 205.

²⁷⁹ Örneğin, AT bünyesinde yürürlükte olan Elektronik-Ticaret Yönergesi (O.J. 08.06.2000, 2000/31/EC) elektronik verilerle gerçekleşen reklamların şartlarına ve servis sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin kurallar öngörmektedir. Yönergenin 3. maddesinde, kanunlar ihtilafı alanında e-ticaret yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerinde etkilenen pazar yeri kıstası yerine servis sağlayıcısının orijin ülkesinin hukuku en uygun hukuk olarak önerilmektedir. Elektronik sözleşmelerden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuka ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak

B. Roma II Tüzüğü'ne Göre Haksız Rekabetten Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçimi

Roma II Tüzüğü'nde haksız fiillerden doğan ihtilaflara ilişkin bağlama kuralını düzenleyen 4. madde bakımından zarar doğuran olayın meydana gelmesinden sonra haksız fiilin taraflarının yapacakları bir anlaşmayla haksız fiilden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmelerine imkan tanınmış olmakla birlikte haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı eylemlere uygulanacak hukuku düzenleyen m. 6/4'te bu madde uyarınca uygulanacak hukukun taraflar arasında 14. madde çerçevesinde yapılacak bir anlaşmayla bertaraf edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince, haksız rekabetten ve rekabeti sınırlandırıcı eylemlerden doğan ihtilaflarda tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmeleri mümkün değildir.

Münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerini ihlal eden haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukuk bakımından, haksız fiillere ilişkin 4. maddeye atıf yapıldığından ve bu maddede taraflara hukuk seçimi konusunda imkan tanındığından münhasıran bir rakibin menfaatlerine zarar veren eylemler bakımından hukuk seçimi imkanının mevcut olduğu savunulabilir²⁸⁰.

Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003. Rekabetin 'çevrimdışı' ihlal edilmesi durumunda ise Roma II Tüzüğü ve pazar yeri hukuku uygulanacaktır. Bkz. TARMAN, s. 208.

²⁸⁰ Bkz. DICKINSON, s. 426; TARMAN, s. 210.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN'A GÖRE HAKSIZ REKABET EYLEMLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

§7 2675 Sayılı MÖHUK Döneminde Haksız Rekabet

5718 sayılı MÖHUK'tan önce yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK döneminde mevzuatta haksız rekabete uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu nedenle haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilafi sorunlarında MÖHUK m. 25'te yer alan haksız fiillere ilişkin düzenleme uygulama alanı bulmaktaydı.

2675 sayılı MÖHUK m. 25 hükmüne göre; “*Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir.*”

Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır.

Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir”.

Buna göre, haksız rekabet teşkil eden eylemlere uygulanacak hukuk bakımından 2675 sayılı MÖHUK m.25'te düzenlenen, haksız fiilin işlendiği yer²⁸¹

²⁸¹ Doktrinde *Turhan* tarafından haksız fiillere ilişkin bağlama kuralının MÖHUK'ta bu şekilde kaleme alınması eleştirilmiştir. *Turhan*'a göre, kanun koyucu MÖHUK m.25/1'de ika yeri kuralı lehine yapmış olduğu tercihi doğru bir şekilde ifade edememiştir. 25/1. maddede ‘haksız fiilin vuku bulunduğu yer’ ya da ‘haksız fiilin meydana geldiği yer’ ifadesi yerine, yapma veya yapmama şeklinde dış dünyaya yansıyan ‘haksız fiilin işlendiği yer’ ifadesinin kullanılması, ‘hareketin yapıldığı yer’i ifade etmekte ve 25/2'de yer alan hareketin yapıldığı yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanacağını öngören kural ile çelişmektedir. Oysa, kanun koyucunun bu hükümle amaçladığı, fiilin işlendiği ya da zararın meydana geldiği yer ayrımı yapmaksızın haksız fiilden doğan borçları kural olarak haksız fiilin meydana geldiği yer kanunlarına tabi kılmaktır. Bkz. TURHAN, s. 346-347.

yani haksız rekabet oluşturan eylemin meydana geldiği ülke hukuku uygulanmaktaydı.

2675 sayılı MÖHUK m. 25/2’de haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hali düzenlenmiştir. Haksız rekabetten doğan ihtilaflarda da haksız rekabet oluşturan olayın gerçekleştirildiği yer ile haksız rekabet sonucunda zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde bulunması halinde, zararının meydana geldiği ülke hukuku uygulanmaktaydı. Fiilin işlendiği yer ile zararın doğduğu yerin farklı ülkelerde olması halinde zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağını öngören 25/2. madde düzenlemesi ile 25. maddenin ilk fıkrasında yer verilen ‘fiilin işlendiği yer hukuku’ ile ifade edilmek istenenin zararın meydana geldiği yer olduğu vurgulanmış olmaktadır.

25/3. maddede ise, meydana gelen haksız fiilin bir başka ülke hukuku ile daha sıkı irtibat halinde olması durumu düzenlenmiştir. Bu hükmü haksız rekabet oluşturan olaylar bakımından uygularsak, haksız rekabet teşkil eden bir olayın, bütün esaslı unsurları göz önünde tutularak bir başka ülke ile daha yakından ilişkili olduğu sonucu çıkarılıyorsa bu durumda olaya daha sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır. Söz konusu madde hükmünde haksız fiilden doğan borç ilişkisinin bir başka ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanacağı belirtilmekle birlikte hangi hallerin daha sıkı ilişki meydana getireceği belirtilmemiştir. Özellikle ifade etmek gerekir ki, ika yerinin taraflar için tesadüfi ve geçici bir nitelik arzettiği hallerde, haksız fiilin taraflarının ortak tabiiyete veya ortak ikametgaha sahip olmaları halinde ya da taraflar arasında haksız fiil öncesinde mevcut olan hukuki ilişkiyi idare eden hukukun farklı bir ülke hukuku olması halinde daha sıkı ilişkili hukukun varlığından söz edilebilir²⁸².

İka yeri kuralının uygulanmasını haklı gösteren çeşitli gerekçeler mevcuttur. Öncelikle, haksız fiilin ika yeri devletinin hukukunun uygulanmasıyla orada bozulan

²⁸² İka yeri hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk lehine sınırlandırılmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. TURHAN, s. 382 vd.; PALMER, Edith, “The Austrian Codification of Conflicts Law”, AJCL, V. 28, 1980, s. 220.

kamu düzeni ve emniyet yeniden sağlanmış olur²⁸³. İka yeri kuralının uygulanması, meydana gelen bir haksız fiilde tarafların kendilerine hangi ülke hukukunun uygulanacağını önceden bilmelerini sağladığından hukuki kesinlik ve güvenliğin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir²⁸⁴. Bunların yanı sıra, haksız fiilden doğan ihtilaflarda ika yeri bağlama kuralının yeknesak bir şekilde uygulanması, uyuşmazlık hangi devletin mahkemesinin önüne giderse gitsin uygulanacak hukuk değişmeyeceğinden milletlerarası karar uyumu da sağlanmış olacaktır²⁸⁵.

Haksız rekabet haksız fiilin özel bir türünü oluşturduğundan ve MÖHUK'ta haksız rekabet teşkil eden eylemlere uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından, haksız rekabet meydana getiren eylemlere uygulanacak hukukun belirlenmesinde MÖHUK'un haksız fiillere ilişkin düzenlemesinden yararlanılması doktrinde kabul görmüş ve uygulama bu yönde olmuştur.

§8 5718 Sayılı MÖHUK Döneminde Haksız Rekabet

I. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuk

2675 sayılı MÖHUK döneminde tüm haksız fiil tipleri için 25. maddede düzenlenen haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralı uygulama alanı bulmakta iken 5718 sayılı MÖHUK'la birlikte birtakım haksız fiil tipleri için özel bağlama kuralları getirilmiştir. Haksız rekabet de hakkında özel bağlama kuralı öngörülen bir haksız fiil tipini oluşturmaktadır. Haksız rekabete ilişkin olarak özel bir bağlama kuralına duyulan ihtiyaç doğrultusunda 5718 sayılı MÖHUK'un 37. maddesinde önceki kanunda mevcut olmayan bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, *“Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabidir.*

²⁸³ SEVİĞ, Vedat Raşit, Kanunlar İhtilafı, 2. Bası, İstanbul 1974, s. 114; BERKİ, Osman Fazıl, Türk Hukukunda Kanun İhtilafları, Ankara 1971, s. 186; TURHAN, s. 354; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 430.

²⁸⁴ TURHAN, s. 350; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 430.

²⁸⁵ TURHAN, s. 352.

Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlal edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır”.

5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan düzenlemede, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndan esinlenilmiştir²⁸⁶. Gerek İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda gerekse Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda haksız rekabete uygulanacak hukuk ayrı bir madde olarak düzenlenmiş ve haksız rekabete ilişkin bağlama kuralı 'piyasası etkilenen ülke hukuku' olarak belirlenmiştir. MÖHUK'ta yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemeyle, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 137. maddesinin 1. ve 2. fıkraları hemen hemen aynı içeriğe sahiptir.

Kanunumuzda yer alan düzenlemeden farklı olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 1. fıkrasındaki düzenlemede 'piyasası doğrudan etkilenen' ifadesi yerine, 'piyasası üzerinde etkinin meydana geldiği' tabiri kullanılmıştır²⁸⁷. İsviçre ve Avusturya²⁸⁸ Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda etkinin doğrudan olması gerektiğine değinilmemle birlikte uygulamada pazar üzerine etkinin 'doğrudan' etki olması gerektiğinin dikkate alınmakta olması sebebiyle ve maddede bu kavrama yer verilmek suretiyle maddeye açıklık getirileceği düşüncesiyle 5718 sayılı MÖHUK'ta piyasa üzerine etkinin 'doğrudan' olması gerektiğine yer verilmiştir²⁸⁹.

²⁸⁶ Bkz. 5718 sayılı MÖHUK m. 37'nin gerekçesi.

²⁸⁷ Bkz. Loi Fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé art. 136; KARRER, Pierre A./ARNOLD, Karl W., Switzerland's Private International Law Statute, Boston 1989, s. 127 vd.; AYBAY, Rona/ DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 282.

²⁸⁸ IPRG m. 48/2'de haksız rekabetten doğan zarara ilişkin ve diğer taleplerin, piyasası haksız rekabetten etkilenen ülke hukukuna tabi olacağı belirtilmektedir. Avusturya kanunlar ihtilafı kuralları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. PALMER, s.197 vd.

²⁸⁹ Bkz. TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 450; pazar üzerine etkinin taşınması gereken özellikler hakkında bkz. TİRYAKİĞLU, s. 84 vd.

A. ‘Piyasası Doğrudan Etkilenen Ülke Hukuku’ Bağlama Kuralının Değerlendirilmesi

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 37. maddesinin ilk fıkrasında haksız rekabetten doğan tüm talepler ‘piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna’ tabi tutulmuştur. Söz konusu bağlama kuralı, dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarla gerçekleştirilen tüm haksız rekabet eylemlerini kapsamaktadır²⁹⁰.

‘Piyasası etkilenen ülke hukuku’ bağlama kuralı ekonomik haksız fiiller bakımından kabul edilmiş bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Haksız rekabet eylemi neticesinde ‘piyasası etkilenen ülke’ esas olarak, mesafeli haksız fiiller bakımından uygulanması öngörülen ‘zararın meydana geldiği ülke’ hukukuna karşılık gelmektedir. Bu anlamda, zarar yeri hukuku ile *lex loci delicti commissi*nin özel bir duruma uygulanması anlamına gelen etkilenen pazar yeri hukuku aynı anlama gelmektedir²⁹¹.

MÖHUK m. 37/1 ile korunmak istenen ülkenin piyasası diğer bir deyişle pazarı ve burada süregelen rekabet düzenidir. ‘Pazar üzerine etki’ bağlama kuralının kabul edilmesiyle, ülkelerin kendi piyasalarının ve burada sürdürülen serbest rekabet ortamının korunmasıyla beraber rekabet piyasasında yer alan rakipler, tüketici ve kamunun da korunması sağlanmış olmaktadır. Bu anlamda, haksız rekabete ilişkin kurallar devletin piyasasını düzenleme amacına hizmet eden kurallar kapsamında değerlendirileceğinden, söz konusu durum haksız rekabet oluşturan eylemleri o devletin hukukuna tabi tutmanın gerekçelerini oluşturmaktadır²⁹². Diğer bir deyişle,

²⁹⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 403. MÖHUK m. 37’de haksız rekabet oluşturan eylemler ile m. 38’de rekabetin engellenmesi sonucunu doğuran eylemlerin her ikisi de piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabi tutulmuş olsa da, her iki alanda düzenlenen konu rekabet ile ilgili olmakla beraber gerek her iki konuda yer alan kamu menfaatinin farklı yoğunluğa sahip olması gerekse madde içeriklerinin paralellikler taşımasına rağmen farklı konuları da kapsaması sebebiyle her iki alana ilişkin bağlama kurallarının farklı maddelerde düzenlenmiş olması yerindedir. Benzer görüş için bkz. TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 450.

²⁹¹ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 404; TİRYAKİOĞLU, “Haksız Rekabet”, s. 215.

²⁹² Bkz. WENGLER, s. 178 vd; TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 76.

haksız rekabete ilişkin düzenlemeler belirli bir meslek grubunun ya da sınıfın menfaatlerini korumaktan öte piyasa düzenini korumak amacıyla konulmuşlardır²⁹³.

MÖHUK m. 37'nin gerekçesinde, haksız rekabete uygulanacak hukukun tespitinde uygulanması öngörülen 'piyasa doğrudan etkilenen ülke hukuku'nun rekabet piyasasındaki tüm kişilerle aynı oranda sıkı ilişkili olduğu ve rekabet piyasasına katılan herkesi koruduğu ifade edilmektedir²⁹⁴. Kanaatimizce de günümüzde giderek artan yabancı unsurlu haksız rekabet eylemlerine karşı etkin bir koruma sağlanması öncelikli olarak bu tür haksız rekabet eyleminden etkilenen piyasanın ve bu piyasaya katılanların korunmasıyla sağlanacaktır.

MÖHUK m. 37 hükmünün uygulanmasında bir sorun, haksız rekabet sebebiyle piyasanın henüz etkilenmediği ancak etkilenmesinin muhtemel olduğu durumlarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda gündeme gelebilir. Haksız rekabet teşkil eden bir eylem sebebiyle, piyasa üzerinde etki oluşmamakla birlikte etkinin gerçekleşmesinin muhtemel olduğu durumlar bakımından MÖHUK m. 37/1 hükmünde yer almayan bir düzenlemeye Roma II Tüzüğü'nde yer verilmiştir. Roma II Tüzüğü'nün 6/1. maddesine göre, haksız rekabetten doğan ihtilaflara, haksız rekabet teşkil eden eylem sebebiyle rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin toplu menfaatlerinin etkilendiği ya da etkilenmesinin muhtemel olduğu ülke hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m. 37/1'de ise, haksız rekabetten doğan taleplerin, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabi olduğu düzenlenmiştir. Kanaatimizce, haksız rekabet teşkil eden eylem sebebiyle piyasa üzerinde henüz etki oluşmamakla birlikte oluşmasının muhtemel olduğu durumlarda da MÖHUK m. 37/1 'de düzenlenen bağlama kuralı uygulanmalıdır. Zira, etki haksız rekabetin oluşması için bir koşul olmadığından piyasa üzerinde henüz etki gerçekleşmemekle birlikte haksız rekabet meydana getiren bir eylemin söz konusu olduğu durumlarda da MÖHUK m. 37/1'in uygulanması, söz konusu düzenlemenin uygulanmasıyla sağlanacağı öngörülen haksız rekabete karşı piyasa üzerinde etkin koruma amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir. Ayrıca, Türk hukukunun

²⁹³ WENGLER, s. 179.

²⁹⁴ Bkz. MÖHUK m. 37'nin gerekçesi.

Avrupa Birliği mevzuatı ile yeknesak bir şekilde uygulanması ve hükmün bu şekilde yorumlanması milletlerarası karar uyumunun sağlanması da temin etmiş olacaktır.

B. ‘İşletmenin İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku’ Bağlama Kuralının Değerlendirilmesi

5718 sayılı MÖHUK m. 37/2’de, 1. fıkradaki düzenlemeye bir istisna getirilerek haksız rekabet sonucunda zarar görenin yalnızca ve özellikle işletmesine ilişkin menfaatleri ihlal edilmişse söz konusu işletmenin iřyerinin²⁹⁵ bulunduğu ülke hukukunun uygulanması öngörölmüştür. Söz konusu madde hükmünde yer alan düzenleme uyarınca, işletmeye yönelik olmakla birlikte işletmenin yer aldığı pazarı etkilememiş bir haksız rekabet eyleminin varlığı halinde pazar üzerinde etki kıstasına dayalı bağlama kuralından vazgeçilmektedir²⁹⁶. Haksız rekabete ilişkin 1. fıkrada yer alan düzenlemeye böyle bir istisna getirilmesinin sebebi, haksız rekabetten olumsuz biçimde etkilenmiş bir piyasa söz konusu olmamakla beraber belirli bir işletmenin aleyhine, haksız rekabet teşkil eden bir eylem sebebiyle, muhtemel gelişmelerden yoksun kalma suretiyle oluşan menfaat ihlalinin giderilmesidir²⁹⁷. Örneğin, tüm kırmızı et piyasasına yönelik olarak yapılmayan, yalnızca belirli bir işletmeye karşı, işletmeye ait markayı taşıyan sucuklarda deli dana hastalığının bulunduğuna dair yapılan yalan kampanya ile gerçekeştirilen haksız rekabet sonucu oluşan zarara uygulanacak hukuk, sucukları üreten, menfaati ihlal edilen şirketin işyerinin bulunduğu ülke hukukudur²⁹⁸. MÖHUK m. 37/2 kapsamına giren pek çok durumda, asıl olarak etkilenecek pazar ile pazardaki olumlu gelişmelerden yoksun kalan işletmenin işyerinin aynı yer olması muhtemel olmakla birlikte henüz pazar üzerinde etki ortaya çıkmadığından ‘etkilenen piyasanın bulunduğu ülke hukuku’nun uygulanma imkanı bulunmamaktadır. MÖHUK’a getirilen bu düzenleme ile, işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasının öngörölmüş olması,

²⁹⁵ Maddede uygulanacağı belirtilen ‘işletmenin’ bulunduğu ülke hukuku ile ifade edilmek istenen, ‘işletmenin işyeri hukuku’dur. Zira ihlal edilen menfaatle en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk işletmenin menfaati zarar gören işyerinin bulunduğu ülke hukukudur. Bkz. MÖHUK m. 37’nin gerekçesi, bu hususta değerlendirme için bkz. §5 - VI; ÇELİKEL/ERDEM, s. 404.

²⁹⁶ TİRYAKİOĞLU, “Haksız Rekabet”, s. 215.

²⁹⁷ Bkz. MÖHUK m.37’nin gerekçesi; ÇELİKEL/ERDEM, s. 404; AYBAY/DARDAĞAN, s. 283; TİRYAKİOĞLU, “Haksız Rekabet”, s. 215.

²⁹⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 404.

gerek piyasa üzerinde etkinin henüz oluşmadığı durumlarda haksız rekabet teşkil eden eylem sonucu menfaati ihlal edilen işletmenin haklarının korunmasının sağlanması, gerekse işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun ihlal edilen menfaatle en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olması sebebiyle yerindedir²⁹⁹.

İşletmenin birden fazla ülkede işyerinin bulunduğu durumlarda, meydana getirilen haksız rekabet eylemlerinde uygulanacak hukuk kanaatimizce menfaatleri *doğrudan* zarar gören işyerinin bulunduğu ülke hukuku olmalıdır. Zira MÖHUK m. 37/2’de de ‘işletmenin işyerinin bulunduğu ülke’ kavramı tercih edilmiştir. Belirli bir işletmeyi doğrudan ya da dolaylı olarak zarara sokan bir haksız rekabet eylemine her durumda işletmenin merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı yönünde bir görüşün benimsenmesi, bu tür haksız rekabet eylemlerinde ‘işletmenin işyerinin bulunduğu ülke’ hukukunun uygulanacağını öngören düzenlemeye kanaatimizce aykırılık oluşturur. Öyle ki, kanun koyucu tarafından birden fazla ülkede faaliyet gösteren bir işletmeye yönelik haksız rekabet eylemlerinde münhasıran zarar gören işletmenin merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı öngörülmüş olsaydı, ‘işletmenin işyerinin bulunduğu ülke’ bağlama noktası yerine ‘işletmenin merkezinin bulunduğu ülke’ bağlama noktası tercih edilirdi.

MÖHUK m. 37/2’de yer alan, ‘işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku’ bağlama kuralının uygulanmasında, haksız rekabet meydana getiren eylem neticesinde münhasıran belirli bir işletmenin mi menfaatlerinin ihlal edildiği yoksa bu tür bir eylem neticesinde dolaylı olarak da olsa piyasa üzerinde mi etkinin oluştuğu değerlendirilmelidir. Özellikle iltibas suretiyle gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerinde, söz konusu eylem genellikle belirli bir rakibin mallarına ya da faaliyetlerine yönelik olmaktadır. Ancak iltibas yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet eylemi, piyasada yer alan tüketicilerin de aldatılmasına sebep olduğundan bu durumda piyasa üzerinde etkinin oluştuğunun kabulü gerekecektir. Diğer bir deyişle, belirli bir rakibe yönelen haksız eylemin bir şekilde pazarla bağlantısı oluşuyor ve pazarı etkiliyorsa bu durumda olaya piyasası etkilenen ülke hukuku uygulanmalıdır. Zira bu tür eylemlerde, haksız rekabet meydana getiren eylemin pazarla bağlantısını

²⁹⁹ TİRYAKİOĞLU, “Haksız Rekabet”, s. 215.

tüketici oluşturmakta, tüketicilerin menfaatlerinin ihlal edilmesi yoluyla pazar üzerine etki gerçekleşmektedir.

Haksız rekabet sebebiyle belirli bir rakibin zarar gördüğü durumlar bakımından içerik itibariyle Roma II Tüzüğü'nde yer alan düzenlemenin MÖHUK'tan çok farklı olmadığı söylenebilir. Şöyle ki, MÖHUK'taki düzenlemede yer alan menfaatleri ihlal edilen işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku ile Roma II Tüzüğü'ndeki düzenlemede yer alan rakibin menfaatlerinin zarar gördüğü ülke hukuku çoğunlukla birbirini karşılamaktadır³⁰⁰. Rakibin haksız rekabet sebebiyle işletmesine ilişkin uğrayacağı zarar çoğu kez malvarlığına ilişkin olacak ve zarar görenin işletmesinin bulunduğu yerde ortaya çıkacaktır. Roma II Tüzüğü ve MÖHUK düzenlemeleri arasında farklılık esas olarak, belirli bir rakibin menfaatleri zarara uğradığı takdirde uygulanacak olan Tüzük m. 4'teki haksız fiile ilişkin düzenlemenin istisnalarında ortaya çıkacaktır.

C. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçimi

2675 sayılı MÖHUK döneminde, haksız rekabetten doğan ihtilaflara Kanun'da yer alan haksız fiillere ilişkin düzenleme uygulanmakta iken, haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen m. 25 hükmü uyarınca haksız fiiller alanında irade muhtariyetine imkan tanınmamıştı. Dolayısıyla haksız rekabet oluşturan eylemler bakımından da uygulanacak hukuk konusunda tarafların herhangi bir seçim imkanları yoktu.

5718 sayılı MÖHUK'la birlikte haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 34. maddenin 5. fıkrasında³⁰¹ taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden sonra ve açık bir şekilde yapılabilecek kısıtlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmış olmasına rağmen, böyle bir düzenleme yeni kanunda haksız rekabete ilişkin olarak yer almamaktadır. Bu sebeple, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar bakımından tarafların haksız rekabet teşkil eden olayın meydana gelmesinden önce ya da sonra bir hukuk seçimi yapma imkanına sahip oldukları söylenemez. Nitekim, Roma II

³⁰⁰ PLENDER/WILDERSPIN, s. 615-616.

³⁰¹ Açıklama için bkz. MÖHUK m. 34'ün gerekçesi.

Tüzüğü'nün haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuku düzenleyen 6. maddesinin son fıkrasında da bu madde uyarınca uygulanacağı öngörülen hukukun taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile bertaraf edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

D. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Tespitinde 'Daha Sıkı İlişkili Hukuk' Bağlama Kuralının Değerlendirilmesi

5718 sayılı MÖHUK'un haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 34. maddesinde haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olduğu belirtildikten sonra maddenin 3. fıkrasında haksız fiilden doğan borç ilişkisinin bir başka ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili olduğu takdirde bu ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'la getirilen yenilikle ayrı bir madde olarak düzenlenen haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuka ilişkin 37. maddede ise bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 136. Maddesinin - Kanunumuzun 37. maddesinde yer verilmeyen - 3. fıkrasında, Kanun'un 133. maddesinin 3. fıkrası saklı tutulmuştur. Anılan hüküm, "haksız fiilin, fail ile zarar gören arasında mevcut bir hukuki ilişkiyi ihlal etmesi halinde, haksız fiilden doğan taleplerin bu hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tabi olacağı"nı belirtmektedir³⁰². Söz konusu maddeye yapılan atıf sebebiyle, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 133/3 maddesindeki genel hüküm haksız rekabetten doğan talepler bakımından da geçerli kabul edilmiştir³⁰³.

Mehaz kanun olan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen 136. maddede Kanun'un 133/3 fıkrasının saklı tutulmuş olması sebebiyle haksız rekabetin taraflar arasındaki bir başka hukuki ilişkiyi ihlal etmesi halinde söz konusu haksız rekabet eyleminden doğan taleplerin tarafların arasındaki hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tabi olacağı düzenlenmiş iken hukukumuzda haksız rekabet açısından böyle bir düzenleme öngörülmemiş ve Kanun

³⁰² Loi Fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé art. 136.

³⁰³ AYBAY/DARDAĞAN, s. 283.

gerekçesinde de bu konuya ilişkin herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Kanunumuzda haksız fiillere ilişkin olarak da böyle bir hükme yer vermeyen kanun koyucu haksız rekabete ilişkin düzenleme mehzaz kanundan alınırken yapılan atıf da çıkartılarak alınmıştır. Dolayısıyla kanunda yer alan düzenlemeden haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanacağı sonucuna ulaşılammaktadır. Ancak haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk MÖHUK'ta ayrı bir madde olarak düzenlenmekle birlikte haksız fiilerden doğan borçlara uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme genel bir hüküm olarak kabul edildiği takdirde somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapıldığında olayla daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunduğu durumlarda ve bu hukukun uygulanmasıyla tüm şartlar değerlendirilerek daha adil bir sonuca ulaşılacağına tespiti halinde, haksız rekabet teşkil eden olaylar bakımından da daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanabileceği yorumu da yapılabilir. Yorum yoluyla ulaşılabilen bu sonuca ilişkin düzenleme, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda yer alan, bir hukuki ilişkinin ihlali sonucu oluşan haksız rekabet halinde hukuki ilişkiye uygulanan hukukun haksız rekabet oluşturan eyleme de uygulanmasını öngören hükme paralel şekilde Kanunumuza da mehzaz kanundaki şekliyle iktibas edilerek hukukumuzda yer alabilirdi.

II. Pazar Üzerine Etki Kıstasına Dayanan İki Yanlı Bağlama Kuralına Geçiş Süreci

5718 sayılı MÖHUK'tan önce rekabet hukuku alanında etki prensibini esas alan tek kural, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanını belirleyen 2. maddesinde yer alan tek yanlı bağlama kuralıydı. Uluslararası alanda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu gerek haksız rekabet gerekse rekabetin engellenmesi konularında bağlama kuralını belirlerken etki prensibini esas almış olsa da hukukumuzda etki prensibine dayanan iki yanlı bir bağlama kuralının girişi 5718 sayılı MÖHUK ile olmuştur.

Tiryakioğlu'na göre, etki ilkesini temel alan iki yanlı bağlama kuralının kabulü için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, karşılaştırmalı

milletlerarası özel hukuk ve milli rekabet kanunları arasında farklılıklar mevcut olmakla beraber genel olarak devletler benzer şekillerde rekabet lehine ekonomik, ticari ilişkiler ile pazar ilişkilerine müdahalede bulunmaktadır. Ayrıca devletler rekabet ilişkilerine dair düzenlemeler yaparken birbirlerine paralel düzenlemeler yapma yoluna gitmektedirler. Böylece iki yanlı bir bağlama kuralı tarafından uygulanacağı gösterilen yabancı hukuk kuralının uygulama alanı hemen hemen hakim maddi hukuk kuralının uygulama alanını karşılayacaktır³⁰⁴.

Doktrinde, etki kıstasına dayanan iki yanlı bağlama kuralının bireylerin ve devletin menfaatine hizmet ettiği kabul edilmektedir³⁰⁵. Buna göre, etki kıstasına dayanan iki yanlı bağlama kuralının kabul edilmesi öncelikle milletlerarası karar uyumunu sağlamaya yardımcı olacaktır. Öyle ki, haksız rekabet oluşturan eylem nerede gerçekleşirse gerçekleşsin ve buna ilişkin dava hangi ülkede açılırsa açılsın haksız eylemin sonuçlarının etkilerini doğurduğu yer, pazar üzerine etkiyi esas alan iki yanlı bağlama kuralı ile aynı şekilde belirlenecektir. Bu şekilde gerçekleşen uygulamayla bir devlet kendi mahkemelerinde haksız rekabet oluşturan bir eylem sebebiyle pazarı doğrudan etkilenmiş olan bir başka devlete ait kanunların uygulanmasına olanak tanıdığı ölçüde, o devletin menfaatlerine hizmet etmiş ve uluslararası alanda önemli bir işbirliği davranışında bulunmuş olmaktadır.

Etki ilkesine kıstasına dayalı iki yanlı bağlama kuralının uygulanması sırasında çeşitli eleştirilerle karşılaşılması da muhtemeldir³⁰⁶. İki yanlı kuralın ‘yabancı kamu hukukunun uygulanmazlığı’³⁰⁷ ilkesine aykırı olduğu iddia edilse dahi, etki ilkesine dayalı iki yanlı bağlama kuralının kabul edilmesiyle bu bağlama kuralıyla gösterilen yabancı hukukun da uygulanması söz konusu olacağından bu iddianın kabul edilmesi olanağı yoktur. İki yanlı bağlama kuralına ilişkin bir diğer eleştiri de, bağlama kuralının gösterdiği yabancı hukukun tespitinin zor olduğu yönündedir. Ancak salt yabancı hukukun içeriğinin tespit edilmesinin zor olduğu

³⁰⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 148-149.

³⁰⁵ Ayrıntılı açıklama için bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 150 vd.

³⁰⁶ Eleştiriler için bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 151.

³⁰⁷ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 13. maddesinin 2. cümlesinde yabancı kamu hukukunun uygulanmazlığı ilkesi reddedilmiştir. Düzenlemeye göre; “Yetkilendirilen yabancı hukukun hükümlerinin uygulanmasından, yalnızca, söz konusu hükümlerin kamu hukuku olarak nitelendirilmesi sebebiyle vazgeçilemez”.

gerekçesiyle iki yanlı bağlama kuralının uygulanmasından vazgeçilmesi kabul edilebilir değildir.

III. Pazar Üzerine Etki Kistasına Dayanan Bağlama Kuralının Uygulama Alanını Sınırlayan Sorunlar

A. Vasıflandırma

Uluslararası Özel Hukukta kanunlar ihtilafı kurallarının yorumlanmasında bağlama kuralının konusunu oluşturan kavramın yorumunda doğabilecek tereddütler nedeniyle ortaya çıkan probleme “vasıflandırma problemi”, ve bu problemin çözümünde yapılan yoruma “vasıflandırma” adı verilmektedir³⁰⁸. Çelikel tarafından yapılan tanıma göre de; “milletlerarası hukukta vasıf ihtilafı, yabancılık unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun, o hukuki olay ve ilişkiye ve bu ilişkileri düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanınmış olmasından doğan ihtilaflardır”³⁰⁹.

5718 sayılı MÖHUK'ta haksız rekabet oluşturan eylemlere uygulanacak hukuk bakımından ‘pazar üzerine etki’ iki yanlı bağlama kuralının kabul edilmesiyle birlikte somut olaya konu olan eylemin hukuki niteliğinin tespiti diğer bir deyişle eylemin haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağına hangi hukuka göre belirleneceği önem kazanmaktadır. Zira gerçekleşen eylemin hukuki niteliğini belirlemeksizin olaya uygulanacak hukuku tespit etmek olanaklı değildir³¹⁰.

Vasıflandırma ihtilaflarının çözümünde doktrinde çeşitli alternatifler teklif edilmektedir. Vasıflandırmanın *lex fori*, *lex causae* ya da kanunlar ihtilafı kurallarının yorumu için özel olarak oluşturulan bağımsız ve milli hukuklar üstü bir sisteme tabi olması gerektiği yönünde görüşler mevcut olduğu gibi modern

³⁰⁸ TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 38.

³⁰⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 78.

³¹⁰ BERKİ, s. 40.

literatürde vasıflandırmanın her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş de mevcuttur³¹¹.

Doktrinde vasıflandırmanın çözümünde çeşitli metodlar öngörülmekte ise de, en yaygın görüş vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması gerektiği yönündedir³¹². Zira bağlama kurallarının da hakim hukukunun bir parçası olduğu savunulmaktadır³¹³.

Vasıf ihtilaflarının çözümünde yaygın görüş *lex fori*'nin uygulanması olmakla birlikte somut olaydaki hukuki ilişkinin vasıflandırılmasında çok katı davranılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Milletlerarası özel hukuk kurallarının amacı milletlerarası özel hukuk alanında adaletin ve istikrarın gerçekleştirilmesi olduğundan, olaya konu olan bir kurum *lex fori* tarafından tanınmadığı gerekçesiyle reddedilmemeli, olayın özelliğine göre, *lex causea* olduğu iddia edilen hukuk, müşterek milli hukuk ise ve taraf menfaatleri de o hukukun uygulanması yönündeki yorumu haklı kılıyorsa olaya *lex causea* uygulanabilmelidir³¹⁴.

Vasıflandırmanın *lex fori*'ye tabi olduğu yönündeki görüşün kabulü doğrultusunda mahkeme, hangi eylemlerin haksız rekabet oluşturduğunu kendi hukukuna göre belirleyecek, eylemi Türk Ticaret Kanunu m. 56 vd. hükümleri kapsamında değerlendirerek eylemin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığını tespit ettikten sonra eyleme uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK'un ilgili hükümlerinden yararlanacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet teşkil eden

³¹¹ Bu görüşe göre, vasıflandırma sorunu her somut olaydaki hukuki ilişkinin özelliği ve ve bu ilişki bakımından milletlerarası özel hukukun koruduğu çıkarlar dikkate alınarak *lex fori* veya *lex causae*'ya göre çözümlenmelidir. Buna göre, *lex fori* ve *lex causae* aynı ölçüde geçerlidir ve hakim bunlar arasındaki tercihi her somut olay bakımından ayrı ayrı yapmalıdır. Bkz. GÖĞER, Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1977, s. 88. Doktrinde mevcut olan görüşler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s.83 vd.; NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 104 vd.; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 39 vd.; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 135 vd.

³¹² ÇELİKEL/ERDEM, s. 91; NOMER/ŞANLI, s. 104; TEKİNALP, s. 39. Vasıf ihtilaflarının çözümünde *lex fori*'nin uygulanması gerektiğini belirten hukukçuların dayandıkları temel, devletlerin yabancı devletin kanununa uygulama alanı tanımakla kendi egemenlik haklarından fedakarlık ettikleri ve bu sebeple devletlerin milletlerarası adaleti gerçekleştirmek için katlandığı fedakarlığın sınırlarını kendi iç hukuk kuralları ile çizmeleri gerektiğidir. Bkz. GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku, s. 85.

³¹³ Bkz. TEKİNALP, s. 39.

³¹⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s. 90.

haller örnekleyici olarak sayıldığından, haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu m. 56'daki genel hükümden de yararlanması suretiyle hakimin bu hususta geniş bir takdir hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekir.

B. Kamu Düzeni “Ordre Public”

Hukukumuzda kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kuralları tarafından gösterilen yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen istisnai bir işleve sahiptir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı, iç hukuka göre daha dar ve sınırlı bir kapsamda değerlendirilmektedir³¹⁵.

Çelikel'in tanımına göre kamu düzeni kuralları; “bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki ilişkilerde huzur ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kurallar bütünüdür”³¹⁶.

Kanunlar ihtilafı kuralları tarafından gösterilen yabancı hukukun olaya uygulanacak hükümleri, hakimin hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu takdirde hakim yabancı hukuku uygulamak zorunluluğunu kamu düzeni sebebiyle bertaraf ederek olaya kendi hukukunu uygulayacak ya da olayla sıkı ilişkili olan bir başka hukuku uygulamak yolunu seçebilecektir³¹⁷.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin hukuki niteliği konusunda başlıca iki görüş mevcuttur. Günümüzde geçerliliğini büyük ölçüde kaybetmiş, *Mancini* doktrini olarak da adlandırılan görüşe göre, kamu düzeni kuralları, yetkili hukuka gidilmeksizin bağlama kuralları gibi olaya doğrudan uygulanır. Bu görüş, kendi hukukunun uygulanmasını haklı kılan her durumun kamu düzenine ait olduğunu kabul eder. Alman hukukçusu *Savigny* tarafından ortaya atılan ikinci görüşe göre ise,

³¹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 148.

³¹⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 149.

³¹⁷ TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 49; ÇELİKEL/ERDEM, s. 148 vd.; NOMER/ŞANLI, s. 163 vd.

kamu düzeninin müdahalesi, kanunlar ihtilafı kuralına göre yetkilendirilen yabancı hukukun hukukumuzda uygulanması prensibinin bir istisnasını oluşturur³¹⁸.

Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen ‘kamu düzeni’ kavramının birtakım özellikleri mevcuttur³¹⁹. Buna göre, kamu düzeni yetkili yabancı hukukun uygulanmasını istisnaen engellemektedir. Yetkili yabancı hukukun kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespiti hakimin takdirindedir. Devletin hukuk siyaseti ile yakından ilişkili olan kamu düzeni yer ve zaman bakımından değişkenlik gösterebilmektedir. Olayla hakimin mensup olduğu devlet arasında hiçbir ilişkinin bulunmadığı durumlarda kamu düzeni kavramının işleminin yersiz olması sebebiyle kamu düzeni aynı zamanda görecelidir.

Hukukumuz bakımından MÖHUK m. 5’te, yetkili yabancı hukukun olaya uygulanacak hükmünün Türk kamu düzenine ‘açıkça’ aykırı olması halinde, kamu düzenine aykırılık teşkil eden kanun hükmünün uygulanmayacağı, gereken hallerde olaya Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, yetkilendirilen hukuka kamu düzeni müdahalesi her durumda değil ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir. Kamu düzeninin müdahalesinde hakime geniş bir takdir hakkı verilmiş olmakla birlikte hakim bu takdir hakkını belirli kurallar dahilinde kullanmakla yükümlüdür. MÖHUK m. 5’te yer alan ‘açıkça’ tabiri ile ifade edilmek istenen de kamu düzenini bozan her olay değil, milletlerarası özel hukukun niteliği bakımından aşikar olan aykırılıklardır.

Haksız rekabet oluşturan eylemler bakımından, bağlama kuralı ile olaya uygulanacağı gösterilen yetkili hukuk Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu takdirde, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilerek gerekli olan hallerde Türk hukuku tatbik edilecektir³²⁰.

³¹⁸ Görüşler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku, s. 95-96; NOMER/ŞANLI, s. 163; ÇELİKEL/ERDEM, s. 150.

³¹⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz. GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku, s. 97 vd.

³²⁰ Hakim görüş, kamu düzeni sebebiyle uygulanamayan yabancı kanun hükümlerinden doğan boşluğun *lex fori*’ye göre doldurulması olmakla birlikte kararın iç ve dış ahenginin bozulmaması bakımından boşluğun aynı yabancı kanunun diğer hükümlerinden yararlanılmak suretiyle de doldurulabileceğinin dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku, s. 100.

Haksız rekabete ilişkin olarak MÖHUK'ta yer alan düzenlemede kamu düzenine dayalı olarak yabancı hukukun uygulanmasını sınırlandıran bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla haksız rekabete uygulanacak hukuka ilişkin olarak kamu düzeni sebebiyle bir sınırlandırma ancak MÖHUK m. 5'te yer alan genel hüküm çerçevesinde gündeme gelebilecektir.

Rekabetin engellenmesi bakımından ise, rekabetin engellenmesinden doğan taleplere uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.38/2'de, Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazlasına hükmedilemeyeceği düzenlenmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da bu yönde bir sınırlamaya, genel kamu düzeni kuralı olan 17. maddenin yanı sıra, 137/2. maddede³²¹ de yer verilmiştir. Bu doğrultuda Türk mahkemelerinde rekabetin engellenmesinden doğan taleplere yabancı hukukun tatbik edildiği hallerde, söz konusu talepler kamu düzenine ilişkin MÖHUK m. 38/2'deki özel düzenlemeyle karşılaşacaklar ve rekabetin engellenmesinden doğan talepler bakımından hükmedilecek tazminatta üst sınır olaya Türk hukuku uygulansaydı hükmedilecek tazminat miktarı olacaktır.

C. Atıf “Renvoi”

Atıf; “davayı gören mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının olaya uygulanmak üzere yetkilendirdiği yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının o ihtilafa uygulanmak üzere başka bir devlet hukukunu yetkili görmesidir ki bu hukuk, bazen üçüncü bir devletin hukuku bazen de mahkemenin hukuku olmaktadır” şeklinde tanımlanmaktadır³²².

2675 sayılı MÖHUK döneminde atıf m. 2/3'de “*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu*

³²¹ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 137/2'ye göre; “Rekabetin sınırlandırılmasından doğan taleplere yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, söz konusu hukuka aykırı rekabeti sınırlandırıcı eyleme İsviçre kanunları uygulansaydı hükmedilecek olan tazminattan daha fazlasına hükmedilemez”.

³²² ÇELİKEL/ERDEM, s. 113.

hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır” hükmüyle düzenlenmişti. Türk hukukundaki düzenlemeye göre, kanunlar ihtilafı kurallarınca tespit edilecek yetkili hukukun, iç maddi hukuk kuralları ile birlikte milletlerarası özel hukuk kuralları da dikkate alınmalıdır. Buna göre hakim tarafından kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen yetkili hukukun milletlerarası özel hukuk kuralları da re’sen tespit edilmeli ve uygulanmalıdır³²³. Bu düzenlemeye göre hukukumuzda atfa cevaz verilmekle birlikte, 2. dereceli ve iade atfı, ‘1. dereceli atfı’ olarak yalnızca bir defa göz önünde bulunduruluyordu. Maddedeki düzenlemede ‘bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır’ ifadesiyle atfın bir kere yapıldıktan sonra durması, dördüncü ya da beşinci devlet hukuklarına yapılacak atıfların önlenmesi öngörülmüştür³²⁴.

5718 sayılı MÖHUK’ta yabancı hukukun uygulanması konusunda önemli bir değişiklik getirilmiş ve doktrinadaki eleştiriler de nazara alınarak³²⁵ yabancı hukukun bir başka hukuku yetkili kılması yalnızca kişinin hukuku ile aile hukukuna ilişkin ihtilafalarda kabul edilmiştir. Kişinin en yakın ilişki içinde olduğu hukukun uygulanması kişinin hukuku ve aile hukuku konularında özellikle önem arzettiği için atfın yalnızca bu alanlarla sınırlı olarak kabul edilmesi yerindedir. Ancak akdi borç ilişkileri, haksız fiiller gibi alanlarda atfı kurumunun kabul görmesi pratik bir fayda sağlamamaktadır.

Önceki MÖHUK döneminde mevcut olan kanuni düzenleme tüm hukuki ilişkiler için atfı kabul ettiği için haksız rekabet halinde uygulanacak hukukun tespiti aşamasında da atfı sorunuyla karşılaşılması muhtemeldi. Diğer bir deyişle, kanunlar ihtilafı kuralımızca yetkilendirilen yabancı hukukun kendini yetkili görmemesi yahut hukukumuzda bağlama noktasını oluşturan etki ilkesini farklı yorumlaması halinde durum sorun teşkil edebilirdi. Ancak 5718 sayılı MÖHUK m. 2/3 atfı yalnızca

³²³ ÇELİKEL, Aysel, “Türk Milletlerarası Özel Hukuk’unda ‘Atfı’ Prensiplerinin Uygulanması”, MHB, Y. 3, S. 2, 1982, s. 1.

³²⁴ Bkz. TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 42; ÇELİKEL/ERDEM, s. 130; NÖMER/ŞANLI, s. 160-161. *Seviğ* ise, yalnız bir ve iki dereceli atıfların değil, atfı yapılan üçüncü devletin de kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınacağını belirtmekte, ‘topaç atfı’ olarak tabir ettiği atfı şeklinin uygulanmasının sakınca oluşturmayacağını ifade etmektedir. Bkz. SEVİĞ, Vedat Raşit, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atfı, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, MHB, Y. 2, S. 1, 1982, s. 15-16.

³²⁵ Atfı teorisi lehinde ve aleyhindeki görüşler için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 121 vd.; Atfın aile hukuku ve şahsın hukuku konuları ile sınırlandırılması hakkındaki öneri için ayrıca bkz. ÇELİKEL, “Atfı Prensiplerinin Uygulanması”, s. 4.

kişinin hukuku ile aile hukukuna ilişkin ihtilaflarla sınırlı olarak kabul ettiğinden haksız rekabete ilişkin ihtilaflarda atfin uygulanma olanağı tamamen ortadan kalkmıştır. Artık haksız rekabete ilişkin ihtilaflarda MÖHUK m. 37’de yer alan bağlama kuralınca öngörülen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınmaksızın iç maddi hukuk kurallarının doğrudan uygulanması söz konusu olacaktır.

D. Etkinin Birden Çok Pazar Üzerinde Gerçekleşmesi

Haksız rekabet teşkil eden eylemlere uygulanacak hukuk bakımından pazar üzerine etki bağlama kuralının benimsenmesiyle birlikte etkinin birden çok pazar üzerinde ortaya çıkması sorunuyla karşılaşmaktadır. Küresel rekabet nedeniyle, haksız rekabet oluşturan bir eylemin etkilerini birden çok pazar üzerinde doğurması kuvvetle muhtemeldir.

Haksız rekabet oluşturan eylemin etkisini birden çok pazar üzerinde meydana getirmesi halinde, etki kıstası tek başına uygulanacak hukukun tespitinde yetersiz kalmaktadır. Birden çok pazarın etkilenmesinin söz konusu olduğu hallerde, etkinin doğrudan etki olması koşuluna bağlı olarak pazarları etkilenmiş olan ülkelerin kanunlarının paylaşılması bir şekilde uygulanması önerilmektedir³²⁶. Ancak pazarı etkilenen ülkelerin konu ile ilgili kanunlarının birbirine zıt hükümler içermesi halinde eyleme uygulanacak tek bir hukukun belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, MÖHUK’ta en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını olanaklı kılan genel bir istisna kuralı yer almamakla beraber haksız rekabet haksız fiilin özel bir türünü teşkil ettiğinden MÖHUK m. 37’nin uygulanmasından doğabilecek boşluklar bakımından kanaatimizce haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 34’ten genel hüküm olarak yararlanılabilir. Dolayısıyla, haksız rekabet oluşturan eylemin birden çok ülkenin piyasasını doğrudan etkilemesi söz konusu olduğunda, etkilenen ülkelerden hangisi daha sıkı ilişkiliyse o ülke hukukunun uygulanması yoluna gidilebilir. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde

³²⁶ Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 160.

göz önüne alınabilecek hukuk, ‘üstün gelen en önemli etkinin kendini hissettirdiği ülkenin hukuku’ olabilecektir³²⁷.

E. İrade Muhtariyeti

İrade serbestisi gerek önceki 2675 sayılı MÖHUK’ta gerekse 5718 sayılı MÖHUK’ta akitten doğan borç ilişkileri alanında birtakım farklılıklarla kabul edilmiş olmakla birlikte haksız fiiller alanında irade serbestisine 5718 sayılı MÖHUK’ta ilk kez yer verilmiştir.

5718 sayılı MÖHUK m. 34/5 hükmüyle, taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden sonra³²⁸ ve açık olarak yapacakları bir seçimle haksız fiile uygulanacak hukuku seçebilme imkanı tanınmıştır. Bu düzenleme, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanan Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) ile de uyumlu olmuştur. Ancak Roma II Tüzüğü’nün 14/1 maddesinde tanınan zımni hukuk seçimi MÖHUK’taki düzenlemede benimsenmemiştir³²⁹.

Haksız fiillerden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk bakımından irade serbestisine bir ölçüde de olsa imkan tanınmış olmakla birlikte haksız rekabete ilişkin MÖHUK m. 37’de yer alan hükümde, haksız rekabete uygulanacak hukukun taraflarca seçimi konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Haksız rekabet teşkil eden eylemlere uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK’ta özel bir düzenleme getirilmemiş olsaydı, diğer bir deyişle haksız rekabete uygulanacak hukuk önceki MÖHUK’ta olduğu gibi haksız fiillere ilişkin bağlama kuralına göre belirlenseydi, bu durumda haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda bir ölçüde de olsa irade serbestisine imkan veren düzenlemenin haksız rekabet oluşturan eylemler hakkında da uygulanabileceği sonucuna varılabilirdi. Ancak 5718 sayılı MÖHUK’un haksız rekabete ilişkin olarak özel bir düzenleme

³²⁷ Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 160.

³²⁸ Haksız fiilin meydana gelmesinden önce de prensip olarak taraflara hukuk seçimi yapabilme imkanının tanınması gerektiği hakkında bkz. NOMER/ŞANLI, s. 351.

³²⁹ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 388.

öngörmesi ve tarafların irade serbestisine haksız fiiller alanında yer verirken haksız rekabet alanında bu konuda bir hükme yer vermemesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak yorumlanmalıdır.

Doktrinde rekabeti sınırlayıcı eylem ve uygulamalara uygulanacak hukuk bakımından irade serbestisine yer verilmemesinin daha yerinde olduğu yönündeki görüşler kanaatimizce haksız rekabet eylemleri bakımından da geçerlidir. Buna göre, belirli ölçüde eşitliğin hakim olmasının önem taşıdığı bir alan olan rekabet alanında tarafların yaptıkları anlaşmayla, etkilenen pazar hukukunun uygulanmasını engellemeleri söz konusu eşitliğin bozulması sonucunu doğuracaktır³³⁰. Rekabet düzeninin korunmasına ilişkin kurallar özel hukuk kişilerinin yanı sıra piyasa düzenini ve bu anlamda kamu menfaatini de korumaktadır. Bu nedenle sonradan dahi olsa yapılacak bir hukuk seçimi yalnızca zarar gören kişi ya da teşebbüsü değil aynı zamanda piyasa düzenini de zedeleyeceğinden haksız rekabete uygulanacak hukuk konusunda taraflara bir irade serbestisi tanımamak gereklidir³³¹. Haksız rekabete uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi halinde, bugün rekabet hukuku ve haksız rekabet bakımından genel kabul gören etkilenen pazar hukuku bağlama kuralından vazgeçilmesiyle milletlerarası karar uyumu gereksiz şekilde bozulacağı gibi taraflarca yapılacak hukuk seçimi piyasası bu eylemden zarar gören devletin menfaatlerine de hizmet etmeyecektir.

F. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci normlar), “esas görevi kişilerin menfaatini ve kişiler arasındaki adaleti temin etmek olan özel hukuk hükümlerini dikkate almaksızın, doğrudan devletin genel kamu menfaatine hizmet eden sosyal ve ekonomi politikasına ilişkin kurallardır”³³².

Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin sosyal ve ekonomik politikalarına bağlı olarak özel hukuk alanına müdahalede bulunan kurallardır. Bu kurallar, özel

³³⁰ Bkz. TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 161.

³³¹ Bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 343-344.

³³² NOMER/ŞANLI, s. 188.

hukuk ilişkilerine etki eden ve kamu menfaatini gözeten emredici hükümler olarak belirlenmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar genel olarak, kamu hukukuna ait sevk ve idare tedbirlerini içermekle birlikte bu tür kuralların her zaman kamu hukuku bünyesinde yer alması zorunlu değildir³³³.

Türk hukukunda, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları 5718 sayılı MÖHUK'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır*”. Söz konusu düzenlemeye göre, Türk kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkilendirilen yabancı hukukun uygulanması, Türk hukukunun doğrudan uygulanma niteliğine sahip kuralları ile sınırlanmaktadır.

‘Doğrudan uygulanan kural’ niteliğine sahip kurallar, bizzat ilgili hükmün amacından hareket edilerek belirlenmektedir. Buna göre, hüküm yalnızca tarafların menfaatine hizmet eden bir nitelik taşımamalı, ağırlıklı olarak bir kamu menfaatine hizmet amacı taşınmalıdır. Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak, kendi uygulama alanlarını bizzat kendileri belirler³³⁴. Bu bağlamda, ithalat ve ihracat yasakları, kotalar, para politikasına ilişkin hükümler ile döviz mevzuatı hükümleri doğrudan uygulanan kurallar olarak sayılabilir³³⁵.

Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin, ‘doğrudan uygulanan kural’ olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği söz konusu düzenlemeyle getirilen kuralın amacı çerçevesinde belirlenir. Haksız rekabete ilişkin düzenlemeler esas olarak özel hukukun kapsamında yer almakla birlikte ülkede rekabet düzenini bozan eylemleri yasaklamaları sebebiyle düzenlemeyi yapan ülkenin ekonomik yapısının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, *Tiryakioğlu*'na göre, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin uluslararası unsurlu davalarda uygulanmasında

³³³ NÖMER/ŞANLI, s. 188.

³³⁴ NÖMER/ŞANLI, s. 188.

³³⁵ AYBAY/DARDAĞAN, s. 142.

genellikle doğrudan uygulanan kurallar alanında izlenen yönteme yakın bir yöntem izlenmektedir³³⁶.

Kanaatimizce MÖHUK m. 37’de getirilen iki yanlı bağlama kuralı ile birlikte etki ilkesinin kabul edilmesiyle Türk piyasalarını etkileyen haksız rekabet eylemlerinde Türk hukukunun uygulanması sağlanmış ve bu yolla devlet menfaati de temin edilmiştir. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin kurallar, pazarı düzenleme, pazarda bozulmamış bir rekabet düzeni sağlama amacı gütmelerine rağmen, etki ilkesini esas alan bağlama kuralının uygulanmasıyla Türk piyasalarını etkileyen eylemlerde Türk hukuku uygulanacağından haksız rekabete ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirilmesi gerekmemektedir.

§9 Türk Ticaret Kanunu’nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Düzenlenen Haksız Rekabet Eylemleri ve Bu Eylemlere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

I. Türk Ticaret Kanunu’nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’ndaki Haksız Rekabet Hükümlerinin Genel Değerlendirmesi

Türk Ticaret Kanunu’nda olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda da birtakım haksız rekabet hallerinin örnekseyici olarak sayılması tercih edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu’nun 57. maddesinde “hüsnüniyet kaidelerine aykırı” haller olarak sıralanan haksız rekabet eylemleri, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55’te “aşağıda sayılan davranışlar, dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet halleridir” denilmek suretiyle sıralanmıştır. Ancak maddenin ifadesi nedeniyle sayımın sınırlayıcı olduğu düşünülmemelidir. Maddede ‘özellikle’ kelimesi yer alsa idi, sayımın sınırlayıcı değil örnekseyici olduğu daha belirgin olarak anlaşılabilirdi³³⁷. Bu anlamda, Türk Ticaret Kanunu m. 57 ile Tasarı m. 55’te sayılan haksız rekabet hallerine girmeyen bir durum, Türk Ticaret Kanunu’nun 56. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 54/2 maddesi uyarınca değerlendirilerek haksız rekabet teşkil edebilir.

³³⁶ WENGLER, s. 183-184; TİRYAKİOĞLU, s. 52-53.

³³⁷ UZUNALLI, Haksız Rekabet, s. 34.

Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, haksız rekabet hallerine ilişkin örneklerin sıralandığı 55. maddede haksız rekabet oluşturacak daha fazla durum belirtilmiştir³³⁸.

Türk mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda *lex fori*'ye göre yapılan vasıflandırma gereğince, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki haksız rekabeti düzenleyen gerek genel hükme dayanılarak gerekse örnek kabilinden sayılan hallerden yola çıkılarak belirlenen haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 37'ye göre tespit edilirken, haksız rekabet meydana getiren eylem neticesinde bütün piyasanın mı etkilendiği yoksa yalnızca belirli bir kişinin, işletmenin mi menfaatinin ihlal edildiğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Aşağıda, Türk Ticaret Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yer verilen haksız rekabet eylemleri kısaca incelendikten sonra belirtilen hallere MÖHUK m. 37 çerçevesinde hangi hukukun uygulanabileceğinin ihtimalleri üzerinde durulacaktır.

I. Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Düzenlenen Haksız Rekabet Eylemleri ve Bu Eylemlere Uygulanacak Hukukun Tespiti

A. Kötüleme (TTK m. 57/1, TTK Tasarısı m. 55/1-a-1)

Türk Ticaret Kanunu m. 57/1'de yer alan düzenlemeye göre; “*başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek*” haksız rekabet sayılmıştır.

³³⁸ 55. maddenin mevcut TTK'dan farklı olarak, daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi ve daha çok haksız rekabet örneğine yer vermesi, maddede yer alan (a,b,c,...) başlık düzenlemelerinin yeterli olup, alt düzenlemelerin gereksiz olduğu, nitekim uygulamada da gereksiz tartışmalara neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. ULAŞ, Işıl, “Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Bakış”, Batider, C. XXIII, S. 2, Aralık 2005, s. 192-193.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 55/1-a fıkrasına göre; Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir.

Tasarı m. 55/1-a-1 bendine göre; “başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticarî işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek” haksız rekabet olarak sayılmıştır. Tasarı m. 55/1-a-1 bendi, mevcut Türk Ticaret Kanunu’nun 57/1. maddesinin tekrarı niteliğindedir. Tasarıdaki düzenlemeye Türk Ticaret Kanunu’ndan farklı olarak ‘fiyatlarını’ ibaresi eklenmiştir.

Kötülemenin varlığının kabulü için, kötüleme niteliğindeki beyanın belli bir rakibe yöneltilmiş olması gerekmektedir³³⁹. Doktrinde, kötüleme kavramı beyan suretiyle kötüleme ve eleştiri suretiyle kötüleme şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir³⁴⁰.

Gerçeğe uygun olmayan, yanlış isnatlar içeren ve rakibin itibarını düşürme amacı güden beyanlar Türk Ticaret Kanunu’nun aradığı anlamda kötüleme olarak kabul edilir³⁴¹. Belirtilen beyanlar gerçek olsalar dahi gereksiz yere incitici olmaları durumunda iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ettiği için eylem yine haksız rekabet olarak nitelendirilecektir³⁴². Kötüleyici nitelik taşıyan beyan, “beyanın yöneldiği kişinin içinde bulunduğu toplumun makul üyeleri nezdinde sahip olduğu itibarını incitici bir nitelik taşımaları, toplumun anılan üyelerince nefret, aşağılama, küçük görme, korku duyguları ile yaklaşmalarına ve kişi hakkında bu olumsuz duyguların etkisinde tavır takınmalarına” sebep olmalıdır³⁴³. Türk Ticaret Kanunu m. 57/1’de beyanlar tabiri kullanılmışsa da maddede Örs’e göre, ilanlarla veya çeşitli şekillerde

³³⁹ ARKAN, Ticari İşletme, s. 307.

³⁴⁰ Bkz. ÖRS, s. 34 vd.

³⁴¹ Yargıtay 7. C.D.’nin 18.04.1995 T., 1995/1991-3657 sayılı kararına göre; “şikayetçiyle aynı alanda ticari faaliyette bulunan sanığın, kendisine daha fazla müşteri sağlamak amacıyla, şikayetçiye ait benzin istasyonunda satışa sunulan benzinin kaçak ve katkılı olduğundan bahisle ilçede yaygın bir şekilde beyanda bulunması” haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. (GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları (Haksız Rekabet), Ankara 2009, s. 134-135).

³⁴² KILIÇ, s. 38.

³⁴³ CAMCI, s. 47. “Bir işletmenin, eski makineleri tamir edip yeni makine olarak sattığını, satılan makinelerin alıcıları memnun etmediğini başka bir işletmenin müşterilere bildirmesi kötüleme sayılmıştır. Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 354.

çıkartılan her türlü söylenti, verilen bilgi ve araçlar kastedilmektedir. Kötüleme tabirinin içine bir rakip tarafından gerçekleştirilmemekle birlikte o rakip lehine başkası tarafından yapılan yerici beyanlar da girmektedir³⁴⁴.

Eleştiri suretiyle kötüleme ise, yapılan eleştirinin dayandığı objektif esasların tespit edilememesi ve niteliği itibarıyla bu esaslar hakkında yanlış düşünceler uyandırması durumunda söz konusu olur. Kamunun bildiği konularda fikir beyan etmek hukuka aykırı değildir, ancak yapılan bu eleştirinin objektif ve gerçeğe uygun olması zorunludur. Şayet eleştiri objektiflik sınırlarını aşar ve rakip de bundan zarar görür veya görmesi muhtemel olursa eylem haksız rekabet olarak nitelendirilebilir³⁴⁵.

MÖHUK'a göre haksız rekabete uygulanacak hukuka ilişkin bir değerlendirme yapılırsa, haksız rekabet oluşup oluşmadığı her somut olayın özelliğine göre değişmekle birlikte, kötüleme suretiyle meydana getirilen haksız rekabet halinde bir firmaya yahut kişiye yöneltilen kötüleme niteliğindeki beyanlar çoğunlukla belirli bir şirketi ya da gerçek kişiyi hedef aldığından, yöneldiği işletmenin menfaatlerinin zedelenmesine sebep olur. Belirli bir kişiye yöneltilen kötüleme niteliğindeki beyanların yahut eleştirilerin piyasayı etkilemesi istisnaidir. Ancak kötüleme niteliğindeki beyanlar, bir faaliyet alanına bir üretim koluna ilişkin olduğu takdirde o ürün grubuna ait piyasanın etkilenmesi muhtemel olacaktır. Yargıtay'ın bir kararında *“Bir gazetenin yayınlarıyla basın görevini aşarak davacı ortaklığın faaliyetlerini yanlış ve yanıltıcı biçimde kötülemesi”* haksız rekabet olarak kabul edilmiştir³⁴⁶. Söz konusu Yargıtay kararı, yabancı unsurlu bir olay olarak kabul edilerek olaya uygulanacak hukuk konusunda bir değerlendirme yapılacak olursa, davacı ortaklığın faaliyetleri hakkında yanlış ve yanıltıcı bilgiler verilmesi münhasıran o ortaklığın menfaatlerine zarar verdiği takdirde olaya söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

³⁴⁴ ÖRS, s. 34.

³⁴⁵ ÖRS, s. 35.

³⁴⁶ Yargıtay T.D., 11.05.1973, 1554 E./2307 K. (ERİŞ, Gönen, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, 1. Cilt, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 1018).

Yargıtay'ın diğerk bir kararına göre; "...Ancak sanık firma tarafından Rusya'ya ihraç edilen söz konusu votkalardan dolayı zehirlenme hadiselerinin kendilerine intikali nedeni ile nereden temin edildiğı belli olmayan votka ve rakıları tahlil ettirerek Hıfzıssıhha Enstitüsü ve Adli Tıp Kurumundan aldığı sağığa zararlı raporları ile ihracatı gerçekleştirdiğı Alman firması tarafından gönderilen Rus denetim komitesi raporlarına da dayanarak 18.05.1995 tarihinde basın bülteni yayınlanıp Tekelin ürettiğı içkilerin zehirli olduğı iddia edilmiştir. Oysa ki, sanık firma ile tekel arasında yapılan anlaşma gereğı ilk partide gönderilen 600.000 şişe binboğa votka dışında başkaca teslimat yapılmadığı gibi, bu teslimat sırasında her partiden şahit numune alınarak analiz yaptırılıp teslim gerçekleştirilmiş olup, basın bültenine konu edilen raporlardaki numuneden şahit numunelerden alınmadığı gibi, satışa konu olmayan tekel idaresinin üretip satışa arz ettiğı şeklinde lanse edilen rakılarında sağığa zararlı olduğundan bahisle tekel idaresinin itibarı zedelenmiştir. TTK'nun 56. maddesinde aldatıcı hareket ve iyi niyet kurallarına aykırı vesair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalinin haksız rekabet teşkil edeceği açıklanıp, aynı yasanın 57. maddesinde de iyi niyet kurallarına aykırı hareketleri örnek olarak gösterilmiştir. Yine ticari hayatta serbestlik ilkesi hakim ise de bu serbestlik iyi niyet, dürüstlük sınırları çerçevesinde ticari ahlak ilkelerine de uygun olmalıdır. Başkasının iş mahsullerini kötüleme, ticari faaliyetleri ile ürünleri hakkında tehlikeli, işe yaramaz olduğu şeklinde yakıştırmalar yapıp, öğrenilen sırların yayılması ticari ahlak ve dürüstlüğün açıkça istismarı olup, haksız rekabet olgusunu da ortaya koymaktadır.

Dava konusu olayımızda sanık firma tekel idaresinden satın alıp ihraç ettiğı votkaların numuneleri mevcut olmasına rağmen ne şekilde elde edildiğı saptanamayan numunelere ilişkin raporlara istinaden, ayrıca aralarında satışa konu edilmeyen rakılara ilişkin raporları da ekleyerek düzenlediğı basın toplantısında, TSE'den alınan 24.05.1995 tarihli yazı içeriğinde votka ve rakı konusunda henüz standardın hazırlanmadığı hususunun açıklanmadığı gözetilmeden ve Tekel idaresinin sunduğı ödüllere rağmen raporlar arasındaki çelişkilerin giderilmesi yolu seçilmeden tekelden aldığı iddia ettiğı rakıları kötüleyerek tekel idaresinin satışını engelleyecek, itibarını zedeleyecek şekilde açıklamalarda bulunduğu dolayısıyla

*haksız rekabet suçunun unsurlarının oluştuğu nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi ...*³⁴⁷. Söz konusu karara göre, Tekel idaresinin sağlığa zararlı, zehirli içki üretip piyasaya sürdüğü yönündeki haksız ve yanıltıcı beyanların haksız rekabet olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sanık firmaca gerçekleştirilen bu beyanlar Tekel'in içki satışlarını etkiler niteliktedir. Karara konu olan olaya uygulanacak hukuk MÖHUK'a göre değerlendirilecek olursa içki piyasasında faaliyet gösteren, Tekel dışında başkaca firmaların bulunduğu da nazara alınır, haksız rekabet oluşturan beyanların içki piyasasını değil fakat Tekel işletmesini zarara sokması, satışlarını olumsuz yönde etkilemesi sebebiyle uyuşmazlığa Tekel işletmesinin doğrudan zarar gören işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

B. Gerçeğe Aykırı Bilgi Verme (TTK m. 57/2)

Türk Ticaret Kanunu m. 57/2'de "*Başkasının ahlaki veya mali iktidarı hakkında hakikata aykırı malumat vermek*" haksız rekabet teşkil eden bir hal olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kimin tarafından gerçekleştirilse gerçekleştirilsin bir tacirin itibarını sarsacak, küçük düşürecek nitelikte gerçeğe aykırı beyanda bulunmak haksız rekabet teşkil etmektedir.

Eski Ticaret Kanunu'nun 63. maddesinde 'istihbarat acentesinin' gerçeğe aykırı bilgi vermesi hali düzenlenmişken mevcut düzenlemede istihbarat acenteleri yer almamıştır³⁴⁸. Türk Ticaret Kanunu m. 57/2'de yer alan düzenleme, niteliği itibariyle Avrupa'da tacirlerin ihtiyaç duydukları durumlarda başvurdukları istihbarat acenteleri için yapılmış bir düzenlemedir. Türk hukukunda ise, bankaların, müşterilerine ve muhabirlerine gizlice sorumluluklarını üstlenerek mali durumu iyi olan bir tacir hakkında kötü istihbarat vererek onun kredi almasını önlemede olduğu gibi gerçekleştirilen haksız rekabet hallerinde anılan düzenleme uygulama alanı kazanır³⁴⁹.

³⁴⁷ Yargıtay 7. C.D., 17.06.1998 T., 1998/3951 E., 1998/5722 K. (GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 135).

³⁴⁸ KILIÇ, s. 42.

³⁴⁹ GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 177.

Türk Ticaret Kanunu m. 57/2'ye göre haksız rekabet sayılan eylemelere uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidilmesi gerektiği takdirde uygulanacak hukuk, menfaatleri zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır. Zira, maddedeki düzenlemeden anlaşıldığına göre, bu tür haksız rekabet eylemlerinde genellikle belirli bir kişiyi yahut işletmeyi hedef alarak onun hakkında gerçeğe aykırı bilgi vermek ve menfaatlerini zarara uğratmak söz konusudur.

Gerçeğe aykırı bilgi verme suretiyle gerçekleştirilen haksız rekabet hallerine örnek olarak, ürünün üzerine gerçek duruma aykırı bir şekilde 'katkı maddesi içermez' şeklinde yazı yazılması halinde bu kez münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerinin ihlal edilmesi değil, tüketicilerin yanıltılması suretiyle piyasanın etkilenmesi söz konusu olmaktadır. Bu yolla gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukukun tespitinde, olaya uygulanacak bağlama kuralı 'piyasa etkilenen ülke hukuku' olacaktır.

C. Yanlış ve Yanıltıcı Bilgi Verme (TTK m. 57/3, TTK Tasarısı m. 55/1-a-2)

Türk Ticaret Kanunu m. 57/3'te "*kendi kişisel durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek ya da üçüncü kişiler hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek*" haksız rekabet olarak sayılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55/1-a-2 bendi; "*kendisi, ticarî işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirme*"yi haksız rekabet olarak saymıştır. Hükme göre, yanıltıcı veya gerçek dışı beyanlarla, kendisi ya da üçüncü bir kişi yararına avantaj sağlama haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir. 'Rekabette öne geçirme' övme ya da üstün gösterme şeklinde gerçekleşmeyip, müşterinin alım kararını etkileme amaçlı bir yanıltma suretiyle de

gerçekleştirilebilir³⁵⁰. Yanıltıcı veya gerçek dışı beyanlar değerlendirilirken somut olayda hedef kitlenin nitelikleri göz önünde bulundurulmalıdır³⁵¹. Hükümün kapsamına ayrıca satış kampanyaları da dahil edilerek düzenlemeye yeni bir boyut kazandırılmıştır³⁵².

Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda benzer şekilde ele alınan bentlerin kapsamında düzenlenen haksız rekabet eyleminin tipik örneğini reklam yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet eylemleri meydana getirmektedir. Serbest piyasa ekonomisinin temeli serbest rekabettir ve reklam bunun en önemli araçlarından biridir³⁵³. Reklam yapma bir haktır ve kanuni sınırlar içinde reklam yapan bir kişinin bu hakkının ihlal edilmesi ticaret serbestisine aykırılık oluşturur³⁵⁴. Her reklamda bir abartı vardır ve reklamlarla sadece ilan arasındaki farkı da bu abartı oluşturmaktadır. Ancak önemli olan reklam, ilan ve beyanlardaki abartının teamülün kabul ettiği oran dahilinde kalması, iyi niyet kurallarının sınırlarını aşmamasıdır³⁵⁵. Bir tacir aldatici ve yanıltıcı olarak gerçekleştirdiği reklamlarla daha çok mal sattığı ve daha çok kar elde ettiği takdirde, kendi emeğinin ürünü olmayan bir kazanç elde etmiş olacaktır³⁵⁶.

Reklam, bir kişinin yalnızca kendisinin veya ürettiği malın veya hizmetin üstün niteliklerini belirterek yapılabileceği gibi rakibin şahsı ya da ürettiği mal veya hizmet ile aralarında açık veya kapalı bir bağlantı kurularak kendisinin yahut mal ve hizmetlerinin rakibinden daha üstün olduğunu belirterek de gerçekleştirilebilmektedir³⁵⁷.

³⁵⁰ Bkz. m.55/1-a-2'nin gerekçesi.

³⁵¹ CAN, s. 158.

³⁵² Satış kampanyaları, yalnızca mevsim sonu satışları değil, her çeşit kampanyayı, promosyonu ve bunlara dair programları kapsamaktadır. Bkz. m. 55/1-a-2'nin gerekçesi.

³⁵³ MOROĞLU, Erdoğan, "Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara, 13-14 Mayıs 1994, s. 3.

³⁵⁴ ÖRS, s. 36.

³⁵⁵ ÖRS, s. 36.

³⁵⁶ GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 138. "Belli bir malın, gerçeğe uygun olmayan şekilde, en fazla satış yaptığı şeklindeki beyan etmek bu duruma bir örnektir". Reklam türleri ve reklamın haksız rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi için ayrıca bkz. KIRCA, İsmail, "Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 333 vd.; ŞENGEL, Berkant, "Reklamlarda Haksız Rekabet", Yargıtay Dergisi, C. 26, S. 3, Temmuz 2000, s. 459 vd.

³⁵⁷ MOROĞLU, Karşılaştırmalı Reklam, s. 4.

Türk hukukunda reklamın belirli bir tanımı yer almamakta olup reklama ilişkin düzenlemelere çeşitli kanunlarda yer verilmiştir³⁵⁸. Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun m. 40/2³⁵⁹, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m. 3/u³⁶⁰, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 4/h³⁶¹ ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik m. 4'te³⁶² reklama ilişkin çeşitli tanımlar yer almaktadır.

³⁵⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. YUSUFOĞLU, Fülürya, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar”, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009, s. 122 vd.

³⁵⁹ RG. 09.01.1961 T., 195 S. Kanun m. 40/2'ye göre, “satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlardır”.

³⁶⁰ RG. 21.05.2002 T., 4756 S. Kanun m. 3/u'ya göre reklam, “bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralınmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyurular”dır.

³⁶¹ RG. 14.06.2003 T. Yönetmeliğin 4/h maddesine göre ticari reklam ve ilan, “mal, hizmet veya markayı tanıtmak, hedef kitlesi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralınmasını sağlamak ya da artırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu” ifade eder.

³⁶² RG. 17.04.2003 T. Yönetmeliğin 4. maddesinde reklam, “bir ürün veya hizmetin, alım, satım veya kiralınmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanı tahsis edilen kamuya yönelik duyuruları”, haksız rekabete yol açıcı reklam, “tüketicinin güvenini, saflığını, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar eden reklamları”, yanıltıcı reklam ise, “bir ürün veya hizmetin teknik özellikleri, boyutları, değeri, dayanıklılığı, performansı hakkında abartılı, eksik ve/veya ilgisiz bilgiler içeren reklamları” ifade etmektedir. Yönetmeliğin haksız rekabete yol açıcı reklam ve tele-alışveriş yayınlarını düzenleyen 8. maddesine göre, “haksız rekabete yol açmamak amacıyla reklam ve tele-alışveriş yayınlarında;

- a) Reklamı yapılan ürün ve hizmetlere verilen ödül, madalya ve sertifika gibi üstünlük ima eden unsurların, en az ülke düzeyinde kabul görmüş yarışma sonuçlarına veya üniversitelerin veya kanunla kurulmuş bilimsel kurumların değerlendirmelerine dayandırılmadan duyurulmaması, bilimsel ve istatistikî bilgilerin tüketici tercihlerini gerçek durumun aksine yönlendirecek şekilde verilmemesi,
- b) Ürün veya hizmetlerle ilgili sınai mülkiyet hakları ve ticari unvanlar konusunda yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi, bir başka işletmenin unvanı, amblemi, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının haksız biçimde kullanılmaması,
- c) Reklamı yapılan ürün ve hizmetlerle birlikte karşılıksız olarak verilen ürün veya hizmetlerin veya ikramiyelerin gerçek durumu yansıtmaması veya taahhüt edilenden farklı olmaması,
- d) Uzun süreden beri pazarlanan bir ürün veya hizmetin, yeni bir ürün veya hizmet olduğu izlenimini verecek şekilde duyurulmaması,
- e) Başka ürün veya hizmetlere ait reklamların genel düzeninin, metninin, sloganının, görsel sunumunun, müzik ve ses efektlerinin ve benzeri unsurlarının tüketiciyi yanıltacak ya da karışıklığa yol açacak şekilde taklit edilmemesi,
- f) Haksız biçimde, bir başka firma, şirket ya da kurumun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının; başka reklamların genel düzeninin, metninin, sloganının, görsel sunumunun, müzik ve ses efektlerinin tüketiciyi yanıltacak veya karışıklığa yol açacak biçimde kullanılmaması ve taklit edilmemesi ilkelerine uyulmalıdır”.

Türk Ticaret Kanunu m. 57/3'ün ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55/1-a-2'nin kapsamında özellikle aldatıcı reklamlar ele alınmaktadır³⁶³. Aldatıcı reklamlar kötülenin bir başka türü olarak kabul edilir³⁶⁴. Hangi reklamların aldatıcı reklam olarak kabul edileceği, reklamın hitap ettiği kitlenin sosyal durumuna ve algılama durumuna göre değişebilmekte bu nedenle aldatıcı reklamın kesin bir tanımının yapılması zorlaşmaktadır³⁶⁵. Aldatıcı reklamın unsurlarına yer veren doğrudan bir düzenleme hukukumuzda yer almazken Borçlar Kanunu m. 48/1 reklamların yanlış olmasını esas almakta, Türk Ticaret Kanunu m. 57/3 ile Tasarı m. 55/1-a-2 ise reklamda verilen bilginin yanlış ya da yanıltıcı olmasını aramaktadır.

Reklamda yer alan bir beyanın veya görüntünün yanlış ya da yalan olduğu objektif olarak kanıtlanabildiği durumlarda reklamın aldatıcı olduğu söylenebilir³⁶⁶. Bununla birlikte, bir reklamın lafzı itibariyle doğru olması onun aldatıcı olmasına engel değildir³⁶⁷. Reklamda yer alan ifadenin ve reklamdaki gösterimin, reklamı yapılan mal veya hizmeti desteklemesi gerekmektedir. Ayrıca reklamda yer alan bilgilerin reklamı yapılan mal veya hizmetin önemli noktalarını açıklar nitelikte olması da reklamın aldatıcı olarak nitelendirilmemesi bakımından bir zorunluluk teşkil etmektedir³⁶⁸.

³⁶³ Aldatıcı reklamlar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. GÖLE, s. 10 vd.

³⁶⁴ ÖRS, s. 38.

³⁶⁵ AB'nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin 10 Eylül 1984 tarihli 84/450 sayılı Yönergesi'nin 2. maddesinde aldatıcı reklama ilişkin olarak; "sunulması da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri dolayısıyla bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlardır" tanımı yer almaktadır. Bkz. CHRISTIE, Andrew/GARE, Stephen'dan aktaran GÜNEŞ, İlhami, "Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markanın Kullanılması", Terazi Hukuk Dergisi, C. 3, S. 27, Kasım 2008, s. 74.

³⁶⁶ GÖLE, s. 63. "Örneğin, bir otomobil lastiğinin ömrünün en az 60.000 km. olduğunu iddia eden bir reklam, otomobil lastiğinin çok çabuk eskimesi durumunda aldatıcı olarak kabul edilir".

³⁶⁷ Örneğin, bir reklamda Orkid marka ürünün Türk Jinekoloji Derneği tarafından onaylanan tek marka olduğu iddia edilmiştir. Bu iddia lafzen değerlendirildiğinde yanlış değildir ancak onay için derneğe başvuran tek marka Orkid'dir. Reklamdaki ifadede derneğin piyasadaki bütün markaları incelediği, sonuç olarak diğer markalara onay vermeyip yalnızca Orkid'i onayladığı anlamı çıktığı için reklam aldatıcı bulunmuştur. Bkz. Reklam Kurulu'nun 09.12.1997 tarih ve 27 sayılı toplantıda alınan 7 no.lu kararı. (KAPLAN, Muammer Özgür, "Aldatıcı Reklamların Haksız Rekabet Açısından Değerlendirilmesi", www.tim.org.tr/dosyalar/hukuk/aldatici_reklamlar.pdf (29.12.2009), s. 3'ten naklen.

³⁶⁸ Bkz. GÖLE, s. 63 vd. "Örneğin, bir ekmek reklamında, reklamı yapılan ekmeğin çocukların büyümeleri için gerekli olan vitamin ve mineralleri kapsadığı belirtiliyorsa, piyasada mevcut diğer ekmekler de söz konusu vitamin ve mineralleri kapsadığı takdirde reklam aldatıcı olarak nitelendirilecektir".

Tacirler, kendi mal ve hizmetlerini aynı türdeki diğer mal ve hizmetlerle fiyat ve kalite bakımından karşılaştırarak karşılaştırmalı (mukayeseli) reklam yapabilirler. Karşılaştırmalı reklam uygulaması Türk Ticaret Kanunu'nda açık olarak düzenlenmemekle birlikte hukukumuzda bu uygulamaya cevaz verilmiş bulunmaktadır³⁶⁹. Nitekim Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 55/1-a-5. maddesinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Tasarı m. 55/1-a-5'te, "*kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirme*" hali düzenlenmiştir. Bu bentte, mehaz İsviçre haksız rekabet hukukuna 1986 tarihli Kanun'la giren, AET'nin 84/450 sayılı Yönergesi ile bunda değişiklik yapan Yönergede (28.05.1991) düzenlenen karşılaştırmalı reklam ele alınmıştır³⁷⁰. Mevcut Türk Ticaret Kanunu bakımından hukuka aykırı olarak addedilmemekle beraber, bir düzenlemeye de sahip olmayan karşılaştırmalı reklamlar Tasarıya getirilen söz konusu düzenleme ile yasal bir zemine kavuşmuştur.

Karşılaştırmalı reklamın temel unsuru, reklamda rakibin kişiliği, malı, hizmeti ya da bunların fiyatı veya diğer özellikleri ile reklamı yapılan mal veya hizmetle aralarında bir bağlantının kurulmuş olmasıdır³⁷¹. Karşılaştırmalı reklamda, birbirleri ile mukayese edilen ürünler aynı tür ve aynı nitelikte olmalı ve karşılaştırma objektif bir usulle gerçekleştirilmiş olmalıdır³⁷². Karşılaştırmalı reklamın açıkça rakibi kötüler nitelikte olması, iş hayatının gerektirdiği teamül ve iyi niyet esaslarına aykırı davranılması durumunda reklam hakkı kötüye kullanılmış olur. Reklam, gerçeğe uygun olduğu, tek taraflı beyanlar içermediği ve malın fiyat ve

³⁶⁹ Bkz. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 16/3; Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, m.11'e göre karşılaştırmalı reklamlara; karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması halinde yer verilebilir. AB hukuku bakımından karşılaştırmalı reklamlar ilişkin bir değerlendirme için bkz. ARKAN, Sabih, "Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar", Batider, C. XXI, S. 1, Haziran 2001, s. 21 vd.

³⁷⁰ Karşılaştırmalı reklam düzenlemesi hakkında açıklama için bkz. m. 55/1-a-5'in gerekçesi.

³⁷¹ MOROĞLU, Karşılaştırmalı Reklam, s. 5.

³⁷² GÖLE, s. 80 vd.; ARKAN, Ticari İşletme, s. 309; SCHRICKER, s.16-17; YUSUFOĞLU, "Karşılaştırmalı Reklamlar", s. 117 vd.

niteliği bakımından faydalı bilgiler içerdiği sürece aldatıcı olarak değerlendirilmez³⁷³. Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 15’te, bir kişinin adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşa ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamayacağı düzenlenmiş olup, buna göre, bir üreticinin üretmiş olduğu malın en az başka bir üreticinin malı kadar iyi olduğu beyanıyla yapılan reklamların aldatıcı sayılacağı kabul edilmekte, bu yönde yapılan reklam bir kişinin elde ettiği başarıdan bir başka kişinin herhangi bir bedel ödemeksizin yararlanması olarak nitelendirilerek haksız rekabet teşkil ettiği belirtilmektedir³⁷⁴.

Bilimsel araştırma sonuçlarının reklamlarda kullanılması, araştırma sonuçları tam ve doğru olarak tüketiciye ulaştırıldığı takdirde reklam hakkının ihlali olarak nitelendirilmemektedir³⁷⁵. İki bilim adamının mikrodalga fırınların kanser yaptığı ve zararlı olduğu konusunda yapmış oldukları araştırma İsviçre’de bir dergide yayımlanmış olup bu yayının haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmiştir. Yayının yapan dergi ve ilgili mesleki dernek rekabet ilişkisi içerisinde bulunmamasına karşılık Federal Mahkeme’ce konu haksız rekabet hükümlerine göre incelenmiş ve bu yayının haksız rekabet oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Karar, davalı tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne götürülmüş ve söz konusu yayının fikir açıklama özgürlüğü içinde mütalaa edilmesi konusundaki itiraz Mahkeme’ce kabul edilmiştir. Bu karardan sonra Federal Mahkeme’ce yapılan incelemede, söz konusu eylemin rekabeti etkileyici nitelikte olup olmadığı üzerinde

³⁷³ ÖRS, s. 38-39. Örneğin, ‘en büyük’, ‘en iyi’ şeklinde yapılan reklamlar gerçeğe uygun olduğu takdirde aldatıcı reklam sayılmaz. Yine, bir üreticinin mallarını maliyetinin altında özel bir fiyatla sattığı yönünde yaptığı reklam bazı mallar bakımından geçerli olmakla birlikte tüm mallar bakımından geçerli olduğu izlenimini uyandırıyorsa aldatıcı kabul edilir. (Bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 309-310).

³⁷⁴ ARKAN, Ticari İşletme, s. 309. “Örneğin, Persil değil ama en az onun kadar iyi ifadesiyle gerçekleştirilen bir reklam haksız rekabet oluşturmaktadır”.

³⁷⁵ Ayrıntılı açıklama için bkz. KIRCA, İsmail, “Bilimsel Araştırma Sonuçlarının Yayımlanması – Haksız Rekabet ve İfade Özgürlüğü”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 439 vd. Yazara göre, “bir iddianın bilimsellik niteliğini kazanabilmesi için, o bilim dalında geçerli olan asgari ölçülere sahip bir araştırmanın ürünü olması gerekir. Hiç veya gereken nitelikte bir araştırma olmaksızın ortaya konulan bir iddianın bilimsel değer taşıdığı söylenemez”. Bu nedenle, bilimsel araştırma sonuçlarının haksız rekabet oluşturması verilerin gerçekten bilimsel bir değer taşıyamaları ve bu suretle yanlış beyanlarla kötüleme olarak değerlendirilebildikleri durumlarda söz konusu olacaktır.

durulmuştur. Buna göre, bilimsel araştırmaların yayınlanması akademik bir çerçeve içinde yapılmak kaydıyla rekabete özgü tasarruflar değildir. Ancak yayın, hedef kitlenin objektif algılama düzeyi dikkate alındığında pazara katılanların pazardaki davranışlarını etkileyecek bir etkiye sahip olduğu takdirde, bu tür bilimsel açıklamalar da rekabete özgü tasarruflar olarak nitelendirilecektir. Buna göre de, bilimsel verilere atıf yapan olumlu ya da olumsuz reklamlarda önemli olan söz konusu bilimsel görüşün sağlam bilimsel gerçeklerle örtüşmesi ve kamuyu yanıltıcı nitelik taşımamasıdır³⁷⁶.

Yargıtay'ın karşılaştırmalı reklam konusunda vermiş olduğu bir kararında; *"...Davacı vekili; tarafların boya ve benzeri kimyasal ürünlerin üretimi ile iştigel ettiklerinin, davalının bir süreden beri renk kartelalarında, tabela ve diğer bazı reklamlarında (Boyada Birinci) şeklinde bir slogan kullanmak suretiyle müvekkili ve diğer boya firmalarına karşı haksız rekabete girdiğini, TTK'nın 57/3-4. maddesi hükmüne aykırı olarak alıcılar üzerinde yanıltıcı etki yarattığını, fiilin iktisadi rekabetin hüsünüyet kaidelerine aykırı bir şekilde suiüstimali olduğunu ileri sürerek davalının haksız rekabetinin men'ine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili; reklamın yanlış veya yanıltıcı olduğu objektif ölçülere göre kanıtlanabildiği hallerde o reklamın aldatıcı olduğunun söylenebileceğini, oysa müvekkilinin reklamının yanlış ve yanıltıcı niteliği bulunmadığını, üstünlük (iddia) eden mesajı olmadığını ve mukayeseye girişmediğini, dava açılması için zarara uğramak veya zarar tehlikesi içinde bulunmak gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak bir boya mamulünün birinci olarak nitelenmesi ile **onun boya piyasasının en iyi mamulü olduğu izleniminin doğmasının kaçınılmaz bulunduğu, ne bakımdan olduğu anlaşılmayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci konuma ittiği, bu durumda davacının zarar görmemesi veya zarar tehlikesi içinde olmamasının tabiata ters düştüğü, davalının eyleminin TTK'nın 56. ve 57/3. maddeleri gereğince haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davalı reklamlarındaki bu sloganın çıkartılması suretiyle haksız rekabetin men'ine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki***

³⁷⁶ Kararlara konu olan Mikrowelle kararları ve kararların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. YASAMAN, s. 7 vd.

*yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir*³⁷⁷.

Yukarıda belirtilen Yargıtay kararı doktrinde *Moroğlu* tarafından değerlendirilmiştir. Yapılan değerlendirmede, dava konusu reklamda boyanın birinci olarak nitelendirilmesinin doğrudan haksız rekabet oluşturmayacağı ancak bu söylemin gerçeği yansıtmaması, iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmesi durumunda reklamın aldatıcı olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir³⁷⁸.

Söz konusu Yargıtay kararına konu olay, MÖHUK çerçevesinde değerlendirilecek olursa, davalı tarafından yapılan reklamın haksız rekabet oluşturduğu kabul edilirse, davalının ‘boyada birinci’ sloganıyla yaptığı reklamın belirli bir firmayı hedef aldığı değil, tüm boya piyasasını hedef aldığından doğrudan piyasanın etkilendiğinin kabulü gerekir. Şayet davaya konu olan olay, yabancı unsurlu bir olay olsaydı ve gerçekleşen haksız rekabet sebebiyle uygulanacak hukukun tespiti sorunuyla karşılaşılsaydı uygulanacak hukuk haksız rekabet oluşturan eylemin etkilemiş olduğu piyasanın bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Reklamın hukuken kabul edilebilir ve haklı olmasını sağlayan temel iki unsur, üreticinin malını veya hizmetini müşterilere tanıtması ile aynı amaca hizmet etmek üzere piyasaya sunulan mal veya hizmetlerden en uygun olanının seçilebilmesini sağlamak bakımından müşterilerin aydınlatılmasıdır. Karşılaştırmalı reklam ise bu işlevleri en uygun şekilde gerçekleştiren bir reklam çeşididir³⁷⁹.

İsviçre hukuku bakımından, Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin kaynağını oluşturan 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda

³⁷⁷ 11. H.D. 22.12.1992 gün, 1991/4992 E., 1992/11613 K. sayılı kararı. (Bkz. GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 143-144).

³⁷⁸ Kararın ayrıntılı incelemesi ve karar üzerine tartışmalar için bkz. MOROĞLU, Karşılaştırmalı Reklam, s. 11 vd. Bu kez ‘En Güzel Boya’ sloganıyla yapılan reklamın haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağı hususunda bir inceleme ve mütalaa için bkz. MOROĞLU, Erdoğan, Hukuki Mütalaaalar, İstanbul 2007, s. 328 vd.

³⁷⁹ MOROĞLU, Karşılaştırmalı Reklam, s. 6-7.

karşılaştırmalı reklamlar yasaklanmamış olmakla birlikte açık bir düzenleme olarak da yer verilmemiştir. 1 Mart 1988’de yürürlüğe giren ‘Haksız Rekabete Karşı Kanun’da ise 1943 tarihli eski kanunda sayılan haksız rekabet hallerine ek olarak, aralarında karşılaştırmalı reklama ilişkin olarak düzenlemenin³⁸⁰ de bulunduğu on iki haksız rekabet teşkil eden hal daha özel olarak düzenlenmiştir.

Karşılaştırmalı reklamın, Haksız Rekabete Karşı Kanun m. 3/e kapsamında değerlendirilmemesi için, gerçeği yansıtması, doğru veriler üzerine oturtulması ve dürüstlüğe aykırı olmaması gerekir. Bu anlamda reklamı yapılan tacirin kendi şahsi durumu, mal ve hizmetleri hakkında verilen bilgilerinde olduğu kadar rakibin şahsi durumu ile mal ve hizmetleri hakkında da doğru bilgilerin verilmesi gerekmektedir³⁸¹.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin *Gordon&Breach Science Publishers Ltd.* ile *American Institute of Physics* ve *American Physical Society* arasındaki davaya ilişkin olarak verdiği 03.06.1999 tarihli kararında³⁸²; “... Uyuşmazlığın odak noktası davalı tarafından yayınlanmış olan çeşitli fizik dergileri arasındaki maliyet farklılıklarının Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun 3/e maddesi uyarınca haksız rekabet olarak görülüp görülemeyeceğidir. Ticaret Mahkemesi, haksız rekabet olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Davacılar, bu değerlendirmenin federal hukuka aykırı olduğunu iddia etmektedirler.

Çeşitli fiyat teklifleri hakkındaki karşılaştırmalı bilgilerin yayınlanması, İsviçre’de uzun zamandan bu yana kural olarak hukuka uygun kabul edilmektedir. Çeşitli rekabet katılımcıları tarafından sunulan mal ya da hizmetleri içeren somut açıklamalar, kamunun bilgilendirilmesine hizmet etmektedir. Karşılaştırmalı reklam

³⁸⁰ Haksız Rekabete Karşı Kanun m. 3/e. Bkz. <http://www.admin.ch/ch/fr/241/a3.html> (24.03.2010). Bu madde uyarınca, “kendi şahsını, mallarını, iş mahsullerini, faaliyetlerinin sonuçlarını veya fiyatlarını yanlış, yanıltıcı, lüzumsuz yere incitici veya parazit bir şekilde bir rakibin şahsı, malları, iş mahsulleri, faaliyetlerinin sonuçları veya fiyatlarıyla karşılaştıran ya da bu tür karşılaştırmalarla üçüncü şahısları rakiplerine oranla üstün konuma getiren” bir kişinin eylemi haksız rekabet olarak nitelendirilecektir.

³⁸¹ ÖZTEK, Selçuk, “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 421.

³⁸² BGE 125 III 286. Bkz. KUBİLAY, Huriye/GÖKSOY, Yaşar Can/AYAN, Özge/YILDIRIM, Ali Haydar, Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme – İçtihatlar ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, C. I, İstanbul 2004, s. 279-280.

sınırsız olarak serbestçe yapılamaz. Kendisini, mallarını, eserlerini, hizmetlerini veya bunların fiyatlarını; yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici veya istinat edici şekilde; başkaları, bunların malları, eserleri, hizmetleri veya fiyatları ile karşılaştıran kimse; Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'un 3/e maddesi uyarınca haksız rekabet işlemiş olur. Belirsiz, önemsiz veya eksik olan ve bu nedenle kamunun ciddi bir bölümünde yanlış düşünceler çağrıştırmaya müsait bulunan bir karşılaştırma, doğru bilgilere dayansa bile yanıltıcı addedilebilir. Bu türden bir yanıltma tehlikesi, özellikle önemsiz karşılaştırma faktörleri üzerinde durulduğu halde, esaslı olgular hakkında açıklama yapılmayan durumlarda söz konusu olur. Diğer taraftan, bir karşılaştırmanın, akla gelen tüm karşılaştırma kriterlerini içermemesi nedeniyle haksız rekabet oluşturduğunu söylemek mümkün değildir. Karşılaştırmanın sadece belirli kriterler ile sınırlandırılmış olması durumunda, bu sınırlandırmanın, yayından yeterli derecede anlaşılır şekilde çıkarılabilmesi gerekir. Birbiriyle karşılaştırması yapılan ürünlerin geniş kapsamlı bir karşılaştırmalı değerlendirmesi yapılması gerektiği iddiası ileri sürülemez. Karşılaştırmaları yapan, karşılaştırmanın dayanaklarını da açıklamakla yükümlüdür. Kamunun karşılaştırma sonuçlarının doğruluk derecesini sağlıklı bir şekilde değerlendirebilmesi ancak bu şekilde mümkündür. Ayrıca, sadece gerçek anlamda karşılaştırılabilirliği olan hususlar arasında bağlantı kurulabileceği de dikkate alınmalıdır. Bu durum özellikle fiyat karşılaştırmaları için geçerlidir. Fiyatları arasında karşılaştırma yapılan mal veya hizmetlerin, nicelik ve nitelik açısından birbirleriyle karşılaştırılabilir nitelikte olmaları gereklidir. Mevcut hal ve şartlar çerçevesinde, kamunun maruz kalabileceği yanlış anlamaların önüne geçebilmek bakımından, fiyat karşılaştırmasının hesapsal dayanaklarına ilişkin detaylı bilgilerin de verilmesi gerekir.

Karşılaştırmalı açıklamalar, yanlış veya yanıltıcı olsalar bile; ancak ve mutlaka, rakipler ya da satıcı ve alıcılar arasındaki ilişkiyi fiilen etkilemeleri kaydıyla, rekabet hukuku açısından önem taşımaktadırlar. Bunu için de, karşılaştırmalı açıklamaların, ilgili mal ya da hizmetin tedavülü ile bağlantısı olan çevrelerin pazar davranışı üzerinde etkide bulunmaya müsait olmaları gerekmektedir. Çünkü rekabet hukukundan kaynaklanan yasaklar, kendiliklerinden devreye girmezler. Söz konusu yasaklar, daha ziyade, rekabetin haksız vasıtalar ile

bozulmasını engellemeyi amaçlamaktadır. (Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun m.1). Bu amaç, aynı zamanda rekabet hukukunun uygulama alanının sınırlarını çizmektedir...”.

Yargıtay’ın yanlış yere yanıltıcı bilgi vererek rakiplere karşı üstünlük sağlamanın söz konusu olduğu bir kararına göre; “...Davacı vekili, müvekkilinin ülkede en çok tanınan ve en çok satılan tuz üreticisi olduğunu, gıda kodeksine uygun olarak üretim yaptığını, davalının piyasaya sürdüğü ürün ambalajı üzerine "Sağlığınız için kaya tuzu, Çevre Kirliliği etkisi altında bulunan deniz veya göl tuzundan değil, yer altı kaya tuzu yataklarından elde edilen kaya tuzunun modern İsviçre teknolojisi ile el değmeden tam otomatik rafinasyon yöntemi ile üretilmiştir" yazısını kullandığını, bu ibarenin kaya tuzu haricindeki tuzların sağlıklı olmadığı konusunda tüketiciyi yanılttığını, bu ibarenin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, haksız rekabetin tespiti ile men'ine, bu şekilde ilan ve tanıtım yapılmasının önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, ibarenin haksız rekabet olmayıp, bilimsel araştırma sonuçlarının tuz paketlerinde reklam olarak kullanılması olduğunu, artık bu ibarenin de kullanılmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, davaya konu ibarenin davalının ürettiği tuz dışındaki tuzların çevre kirliliğine uğramış olduklarını, diğer tuzlara göre ürettiği tuzun kaynağının temiz olduğu intibasını ortaya çıkardığı, bunun da tüketiciyi aldatıcı ve diğer firmaları kötüleyici nitelikte olduğu gerekçesiyle, haksız rekabetin tespit ve men'ine, davalının belirtilen biçimde ilan ve tanıtım yapmasının önlenmesine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir”³⁸³.

Yargıtay kararına konu olan yukarıdaki olayın yine yabancı bir unsur taşıdığı kabul edilerek olayda gerçekleşen haksız rekabet eylemine uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidilmesi gerekseydi, olayda davalının yapmış olduğu reklamın tüketiciler üzerinde kendi ürettiği tuz dışındaki diğer tuzların sağlıklı olmadığı

³⁸³ Yargıtay 11. H.D., 17.10.2005 tarih, 2004/12379 E., 2005/9851 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

izlenimini yaratması sebebiyle haksız rekabet oluşturduğunun kabulünün ardından davalı tarafından yapılan reklamın belirli bir işletmeyi hedef alarak ya da belirli bir firmanın menfaatlerini ihlal eder nitelikte yapıldığı söylenememektedir. Davalının kendi üretimi olanlar dışındaki diğer tüm tuzların sağlıklı olduğu izlenimini yaratan reklamları piyasada faaliyet gösteren tüm tuz üreticilerinin menfaatlerini ihlal etmesinin yanı sıra tüketiciyi de yanıltır niteliktedir. Bu nedenle, olaya uygulanacak hukuk, davalının haksız rekabet teşkil eden eylemiyle menfaatlerini zarara uğrattığı tuz üreticilerinin faaliyet gösterdiği piyasanın bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, reklam yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet eylemleri genellikle belirli bir firmayı değil, belirli bir faaliyet alanını kapsayan piyasadaki tüm üreticileri hedef almakta ve bu suretle piyasayı etkilemektedir. Ayrıca reklam suretiyle gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerinde tüketicilerin de yanıltılması söz konusu olmaktadır. Bu durum karşısında, reklam yoluyla gerçekleşen haksız rekabet eylemlerinden doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde kural olarak MÖHUK m. 37/1’de yer alan ‘piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku’ bağlama kuralından yararlanılacaktır.

D. Paye, Şahadetname veya Mükafat Almış Gibi Davranma (TTK m. 57/4, TTK Tasarısı m. 55/1-a-3)

Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan diğer bir haksız rekabet hali m. 57/4’te yer alan “*paye, şahadetname veya mükafat almadığı halde bunlara sahip imişçesine hareket ederek müstesna kabiliyete malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna müsait olan yanlış unvan yahut mesleki adlar kullanmak*” halidir. Fıkraya göre, paye, nişan, ödül gibi istisnai yeteneği bulunduğu düşüncesini yaratan birtakım özelliklere sahip olmamasına rağmen varmışçasına hareket etmek ve buna uygun mesleki adlar kullanmak haksız rekabet oluşturmaktadır.

Tasarı m. 55/1-a-3 düzenlemesinde, “*paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve*

sembollerini kullanmak” bir haksız rekabet türü olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, Türk Ticaret Kanunu m. 57/4’ün tekrarı niteliğindedir.

Kişinin kendisinin sahip olmadığı bir ad veya ünvanı kullanırken aldatma niyetiyle hareket etmesi zorunlu değildir. Kullanılan ünvan ve adların bunların asıl sahibi olan kimselerin sahip oldukları niteliklere kişinin sahip olduğu izlenimini doğurması yani ad veya ünvanın aldatılma niteliğine sahip olması yeterlidir³⁸⁴. Örneğin, ‘yüksek mühendis’ olmayan bir kişinin bu ünvanı kullanması³⁸⁵, hukuk doktoru olan bir kimsenin kimya laboratuvarında üretilen şurubun reklamında hukuk doktoru olduğunu belirtmeksizin yalnızca doktor ünvanını kullanması³⁸⁶ haksız rekabet sayılmaktadır. Yine gerçeğe aykırı olarak bir ticari mal için ‘Dünya Kalite Ödülüne sahip’ şeklinde reklam yapmak ya da bir konserve üreticisinin ‘Avrupa lezzet ödülünü almıştır’ şeklinde ilanlarda bulunması haksız rekabet teşkil etmektedir³⁸⁷.

Bir kişinin uzun zamandan beri kullanılmakta olan bir usulün yaratıcısı olduğunu bildiren beyanlarda bulunması veya bunun böyle olduğu yönünde hiç mevcut olmayan kimselerin beğenilerini belirten sözlerine dayanması, bir malın günlük satışının, bir gazetenin tirajının çok yüksek gösterilmesi ya da belirli bir firma ile mevcut olmadığı halde aralarında iş ilişkisinin bulunduğu izleniminin uyandırılması halleri de haksız rekabete örnek gösterilebilir³⁸⁸.

Paye, nişan, ödül gibi istisnai yeteneği bulunduğu düşüncesini yaratan birtakım özelliklere sahip olmamasına rağmen, varmışçasına hareket etmek suretiyle meydana getirilen haksız rekabet eyleminden doğan ihtilaflar bakımından uygulanacak hukukun tespitinde, bu tür haksız rekabet eylemlerinin genellikle belirli bir firma üzerinde değil fakat pazar üzerinde etki gösterdiği kabul edilebilir. Yukarıda verilen örnekler bakımından da geçerli olmak üzere, paye, nişan veya ödül almışçasına hareket ederek piyasada rol alan tüketicilerin etkilenmesi amaçlanır. Bu

³⁸⁴ ÖRS, s. 42.

³⁸⁵ ARKAN, Ticari İşletme, s. 310.

³⁸⁶ NOYAN, Erdal, Marka Hukuku, Ankara 2009, s. 625.

³⁸⁷ KILIÇ, s. 55.

³⁸⁸ ÖRS, s. 42; KILIÇ, s. 56.

nedenle bu tür eylemlerin piyasayı etkilediğinin ve bu yönden bu tür uyuşmazlıklardan doğacak ihtilaflara MÖHUK m. 37/1'in uygulanmasının kabulü gerekir.

E. İltibasa Yol Açma (TTK m. 57/5, TTK Tasarısı m. 55/1-a-4)

Türk Ticaret Kanunu m. 57/5 hükmüne göre; *“başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak”* haksız rekabet sayılmıştır.

Haksız rekabetin tipik bir örneğini oluşturan iltibasta, tacirin mal ve hizmet alıcılarını yanıltması, karışıklığa sebep olacak işaret ve taklit unsurlarını kullanarak alıcıları aranan ürün yerine iltibasta bulunanın ürünlerine yöneltmesi söz konusu olmaktadır³⁸⁹.

Tasarı m. 55/1-a-4'te de; *“başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya müsait önlemler almak”* bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Tasarıda yer alan madde hükmü 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 57/5. maddesi ile anlam bakımından aynı olmasına karşılık ifade olarak farklıdır. Türk Ticaret Kanunu m. 57/5'te 'iltibas' kavramı kullanılmış, buna karşılık Tasarı'da 'karıştırılma' ibaresi tercih edilmiştir. Madde gerekçesinde, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'da iltibas yerine karıştırılma ibaresi kullanıldığı için Tasarıda yer alan düzenlemede de uyumun sağlanması amacıyla aynı terimin kullanıldığı belirtilmiştir³⁹⁰. Bu hüküm kapsamında, ilgili KHK'larda

³⁸⁹ GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 144-145.

³⁹⁰ İltibas ve karıştırılma kavramlarına ilişkin değerlendirme için bkz. DEMİR, Hatice Özge, TTK'daki 'İltibas' ile 556 sayılı KHK'daki 'Karıştırılma İhtimali' Kavramlarının Karşılaştırılması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006.

yer alan düzenlemelerdeki koşulları sağlamayan özellikle tescilsiz markaların, tasarımların vb. korunması sağlanabilmektedir³⁹¹.

İltibasta, bir tacirin rakibi olan diğer bir tacirin ününü, ticari itibarını, ticaret unvanını, müşterilerini yanlış düşünceye sevkedecek şekilde kullanması, karışıklığa meydan vererek emek prensibine aykırı davranılması söz konusudur³⁹². İltibastan söz edebilmek için, iltibasın istenmiş olması ya da meydana gelmiş olması önemli değil, objektif bakımdan bir karıştırılma tehlikesinin var olması yeterlidir³⁹³.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK³⁹⁴, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK³⁹⁵ ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK³⁹⁶ ile marka, tasarım ve patent haklarının özel düzenleme ile koruma altına alınmış olması karşısında Türk Ticaret Kanunu m. 57/5 hükmünün uygulama alanı daralmıştır. Ancak özellikle marka, unvan ve işletme adı gibi tanıtma araçlarının *tescilli* olmadığı durumlarda Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler önem kazanmaktadır³⁹⁷. Türk Ticaret Kanunu m. 57/5 hükmünün uygulanabilmesi için, bir başka kişinin '*haklı olarak*' kullandığı bir

³⁹¹ Örneğin endüstriyel tasarım hakkının ve sahibi olduğu markanın ihlal edildiği iddiasıyla ikame olunan bir davada konunun haksız rekabet hükümleri açısından değerlendirilmesi ile 554 ve 556 sayılı KHK'lar kapsamında değerlendirilmesi hususunda bir karşılaştırma için bkz. ASLAN, Yılmaz, "Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler", FMR, Y. 1, C.1, S.2001/1, s. 19 vd.

³⁹² ÖRS, s. 42-43. Ayrıca bkz. ODMAN BOZTOSUN, Ayşe, "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, s.197 vd. Yazara göre, "başkasının emeğinden yararlanma olgusu kural olarak iltibasın özünde yer almasına rağmen, iltibasın varlığının kabulü için yeterli değildir. İltibasın varlığı belirlenebiliyorsa ayrıca iltibasa konu olan ürün için emek sarf edilmiş olup olmadığı araştırılmaz. Aynı şekilde başkasının emeğinden haksız yararlanma halinde de iltibasın varlığının ispatlanması zorunlu değildir".

³⁹³ ÖRS, s. 43. İltibas sebebiyle haksız rekabetin meydana gelme şartlarına ilişkin açıklama için bkz. FRANKO, Nisim, "İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s. 116 vd.

³⁹⁴ RG. 27.06.1995 T., 556 S.

³⁹⁵ RG. 27.06.1995 T., 554 S.

³⁹⁶ RG. 27.06.1995 T., 551 S.

³⁹⁷ Marka iltibası yoluyla gerçekleşen haksız rekabet hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. FRANKO, Nisim, "Yargıtay Kararları Açısından Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. X, 9 Nisan 1993, s. 5 vd.; ÇERNİS, Volf, "Marka ve Haksız Rekabet Hukuku ile İlgili Bir Dava Münasebetiyle İlginç Bazı Hukuki Meseleler", Batider, C. VII, S. 1, Haziran 1973, s. 59 vd. Ayrıca bkz. ANSAY, Tuğrul, "Yabancı Markaların Türkiye'de Himayesi", Batider, C. II, S. 2, 1963, s. 270 vd.

marka, ticaret unvanı gibi tanıtma aracı kullanılarak iltibasa sebebiyet verilmiş olması gerekir. Burada haklı kullanma ise, *'ilk defa kullanmayı'* ifade etmektedir³⁹⁸.

Yargıtay'ın bir kararına göre, *"davacı işyeri ile bitişik konumda olan ve aynı işi yapan davalıların zorunlu olmadığı halde, davacının kendine has yöntemi ile bulup geliştirdiği 'saç koleksiyonu' yönteminin ve işyerinde kullanılış biçiminin davalılarca aynen taklit edilmesinin Türk Ticaret Kanunu'nun 57/5 maddesi anlamında iltibasa yönelik ve haksız rekabet olduğunun kabulü zorunlu olduğu"* sonucuna varılmıştır³⁹⁹.

Yargıtay bir kararında LPG tüp piyasasında sıklıkla görülen haksız rekabet hallerine ilişkin olarak; *"...TTK'nın 56. maddesinde aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalinin haksız rekabet teşkil edeceği açıklanmış ve aynı yasanın 57. maddesinde de iyi niyet kurallarına aykırı hareketler örnek olarak gösterilmiştir. TTK'nın 57/5 maddesinde başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtım vasıtaları ile iltibasa meydan verecek surette ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanma veyahut iltibasa meydan veren malları durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak iktisadi rekabetin suistimali olarak kabul edilmiştir. Müdahil firmaların bayii olmadığı boş tüpleri deposunda bulundurmaktan ibaret sanığın eyleminin TTK'nın 57/5 maddesinde belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturacağı ve aynı yasanın 64/1-5 maddesinde müeyyide altına alındığı ve Dairemiz ile 11. Hukuk Dairesinin istikrar bulan bu doğrultudaki kararları gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır"*⁴⁰⁰.

Yargıtay'ın bir diğer kararına göre; *"Davacılar vekili, müvekkillerinden Orsam GmbH'nin Almanya'da ürettiği ve lisans sahibi diğer müvekkilinin ithal*

³⁹⁸ ARKAN, Ticari İşletme, s. 310-311.

³⁹⁹ 11. H.D. 24.01.2002 gün, 2001/78414 E., 2002/450 K. Sayılı kararı. (Bkz. GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 147).

⁴⁰⁰ 7. C.D. 02.11.2004 gün, 2003/10954 E., 2004/12329 K. Sayılı kararı. (Bkz. GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 147-148). LPG tüp piyasasındaki haksız rekabet eylemlerine ilişkin olarak bkz. ERTAŞ, Şeref, "Başka Firmalara Ait LPG Tüplerini Pazarlamanın Haksız Rekabet Teşkil Edemeyeceği Hususunda İçtihatlar ve Bir Not", İBD, S. 3, Temmuz 1987, s. 43 vd.

ederek pazarladığı TPE'ce tescilli "Orsam" ve "DULUX" markalı enerji tasarruf ampülleri ile iltibas yaratan "PELUX" markalı kalitesiz ve ucuz ürünlerin davalı tarafından satışa sunulmuş olmakla, davalıların haksız rekabet, marka ve tasarım haklarına tecavüz fiillerinin saptanmasına ve önlenmesine, taklit ürünlerin toplatılmasına, ithalatın önlenmesine, müvekkillerinin uğradığı zararın saptanmasına şimdilik (100.000.000) TL. maddi ve (1.000.000.000) TL. manevi tazminatın faiziyle birlikte tahsiline, hükmün gazete ile ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, tarafların gerek markaları gerekse ürün ambalajları arasında hiçbir benzerlik bulunmadığını belirterek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının pazarladığı ampul ambalajlarının davacı taraf ürün ambalajlarına benzerlik taşıdığı ve orta düzeydeki tüketicileri yanıltabileceği bu benzerliğin TTK.nun 56 ve 57/5. maddesi hükümleri uyarınca haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle haksız rekabetin tespitine ve önlenmesine, davalının "Pelux" ambalajlı ürünlerin ambalajlarının toplatılmasına, ithalatının önlenmesine, tazminat istemlerinin kabulüne dair tesis edilen hükmün taraf vekillerince temyizi üzerine karar Dairemizin 2001/3965 E, 5825 K. sayılı ilamıyla bozulmuş, mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, davacının "Orsam" ile davalının "Pelux" markaları arasında yanılmaya neden olabilecek hiçbir benzerliğin bulunmadığı, gerekçesiyle, ambalaj kutularına ilişkin karar kesinleştiğinden başkaca hüküm tesisine yer olmadığına, markalar arası haksız rekabet talebinin reddine, (100.000.000) TL. maddi ve (1.000.000.000) TL. manevi tazminatın davalıdan tahsiline dair verilen kararın taraf vekillerince temyizi üzerine karar bu defa Dairemizin 2002/11492 E, 2003/3118 K. sayılı ilamıyla bozulmuş, bozma sonrası dosya görevsizlik kararı ile kendisine gelen İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince, incelemenin "Orsam" ve "Pelux" ibareleri arasında değil "Dulux" ve "Pelux" ibareleri arasında yapılmasının gerektiği, kelimelerin son hecelerinin aynı olduğu, gerek görsel, gerekse işitsel anlamda kelimeler arasında benzerlik olduğunun kabulünün gerektiği, bu durumun haksız rekabete yol açtığı, 556 sayılı KHK'nin 62. maddesine göre, marka hakkının tecavüze uğrayan marka sahibinin tecavüzün giderilmesi ile birlikte, maddi ve manevi zararın tazminini talep

edebileceği, bilirkişi raporuyla davalının "Pelux" markalı ürünleri satmak suretiyle elde ettiği kazanç tespit edilmiş olduğundan, talep gibi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle, davacı ile davalı ürünlerinin ambalajları ile haksız rekabet yaratıldığına ilişkin önceden verilen hüküm kesinleştiğinden bu konuda tekrar hüküm kurulmasına yer olmadığına, davalının ürünleri üzerinde kullandığı, "Pelux" ibaresi ile davacının tescilli "Dulux" markası arasında iltibas yaratıldığı ve bunun haksız rekabete yol açtığına tesbiti ile men'ine, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle (100.000.000) TL. maddi tazminatın faiziyle (1.000.000.000) TL. manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir"⁴⁰¹. Karar Yargıtay'ca onanmıştır.

Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararlarına konu olan olaylara MÖHUK çerçevesinde uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidilirse, öncelikle olayda haksız rekabet sebebiyle etkilenen bir piyasa mı yoksa yalnızca bir işletmenin menfaatleri mi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. İlk olayda, bayii olmadığı halde müdahil firmalara ait boş LPG tüplerini elinde bulundurmak eylemi ile piyasanın değil fakat müdahil firmaların zarara uğradığının kabulü gerekir. Bu nedenle ilk olay bakımından uygulanacak hukuk, etkilenen bir pazarın varlığı henüz söz konusu olmadığından, menfaatleri zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku olmalıdır.

İkinci olayda Yargıtay'ca davalı tarafından satışa sunulan "Pelux" markalı ampullerin davacı tarafından piyasaya sunulan "Orsam" markalı değil fakat "Dulux" markalı ürünle iltibas oluşturduğu tespit edilmiştir. Olayda davalı tarafından piyasaya sunulan ampuller gerek görüntü gerekse söyleyiş bakımından davacı tarafından piyasaya sürülen ampullerle benzerlik göstermekte olup, orta düzeydeki alıcı kitlesi tarafından markalar arasında karıştırılma ihtimali mevcuttur. Bu nedenle davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğunun kabulü gerekir. Davalı tarafından satışa sunulan "Pelux" markalı ampuller her ne kadar rakibin menfaatlerini ihlal etmekte ise de, aralarında karıştırılma ihtimali bulunan ampullerin piyasaya sürülmesiyle piyasada rol alan tüketicilerin de menfaatlerinin etkilendiğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda, olaya uygulanacak hukukun tespitinde, uygulama alanı bulacak olan

⁴⁰¹ Yargıtay 11. H.D., 03.04.2007 tarih, 2005/14026 E., 2007/5267 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

bağlama kuralı, haksız rekabet eylemi neticesinde piyasanın etkilenmiş olması sebebiyle MÖHUK m. 37/1’de yer alan ‘piyasanın doğrudan etkilendiği ülke hukuku’ olacaktır.

İltibas yoluyla meydana getirilen haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukuk tespit edilirken özellikle şu hususun dikkate alınmasında yarar vardır; İltibas neticesinde meydana gelen haksız rekabet eylemlerinde malı, iş ürünü, faaliyeti veya ticari işletmesiyle karıştırılmaya sebep olacak eylemlere muhatap olan gerçek ya da tüzel şahıs zarara uğramakta, menfaati ihlal edilmektedir. Ancak bu tür haksız rekabet eylemlerinde, bir başkasının malı, iş ürünü, faaliyeti veya ticari işletmesiyle karıştırmaya neden olacak eylemler pazarda yer alan tüketicilerin de mağdur olmalarına yol açmaktadır. Belirli bir kişi ya da firmanın menfaatinin ihlaline neden olan iltibas suretiyle gerçekleştirilen haksız rekabet eylemi aynı zamanda tüketicilerin de mağdur olmalarına yol açtığından, bu yolla pazarın da etkilendiğinin kabulü gerekecektir. Bu nedenle, olaya ilişkin somut koşullar değerlendirildiğinde, haksız rekabet neticesinde işletmenin menfaatlerinin yanı sıra tüketicilerin de menfaatlerinin ihlal edilmesi dolayısıyla pazarın etkilendiği sonucuna ulaşılıyorsa olaya uygulanacak hukukun seçiminde uygulanacak bağlama kuralı, MÖHUK m. 37/1’de yer alan etkilenen pazar yeri hukuku bağlama kuralı olacaktır.

İltibasın bulunup bulunmadığı, kural olarak, kullanılan tanıtma araçları arasında orta seviyede bir alıcının aldanmasına neden olacak bir benzerliğin söz konusu olup olmamasına göre belirlenmektedir⁴⁰². Bunun yanında, iltibas meydana getiren mal ya da hizmet, ev hanımları, marangozlar gibi belirli bir alıcı kitlesine hitap ediyorsa bu durumda iltibasın bulunup bulunmadığı bu özel alıcı kitlesinin yanılma ihtimali göz önüne alınarak belirlenecektir⁴⁰³.

Türk Ticaret Kanunu m. 57/5 hükmüne göre, iltibas, bir başkasının malları, iş ürünleri, ticari faaliyetleri, ticari işletmeleri veya tanıtma araçlarıyla meydana getirilebilir.

⁴⁰² Bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 312, dñn. 1’de anılan kararlar.

⁴⁰³ Bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 312, dñn. 2’de anılan kararlar.

Ticari mallarda iltibas, müşterilerin dikkatsizliğinden faydalanarak, piyasada tanınan ve müşteri tarafından esas itibariyle alınmak istenen mal ile karıştırılarak taklit malın alınmasının sağlanması suretiyle gerçekleştirilmektedir⁴⁰⁴. Başkasına ait malın, sunum şeklinin veya ambalajının taklit edilmesi de haksız rekabet oluşturmaktadır ancak malın korunmasının ya da kullanımının ve satışının bir gereği olarak böyle bir ambalaj zorunlu ise bu durumda eylem haksız rekabet oluşturmaz⁴⁰⁵.

Ticari malda iltibastan farklı olarak, iş ürünlerinde iltibasta tacir, haksız rekabete konu olan ürünü kendisi ürettiği ve bu suretle iltibasa kendisi yol açtığı için haksız rekabet gerçekleştirmiş olur⁴⁰⁶. Üretim şeklinin daha önceden bilinen ve kullanılan bir sisteme dayanması halinde o iş ürünleri arasında iltibas gerçekleştiğinden söz edilemez. Örneğin, davalı tarafından sobalara bir tertibat ilavesi yapılması davacının buluşuna bir tecavüz sayılmamaktadır⁴⁰⁷.

Ticari faaliyet ile iltibasta ise, tacirin serbest rekabet ortamında daha fazla müşteriye hitap edebilmek için kendisinin bir tür kişiliği olarak ortaya çıkan reklam, pazarlama gibi faaliyetleri kapsayan girişimci kimliği ile oluşturulan iltibas anlaşılmaktadır. Ticari faaliyet başlı başına korunmaya değer bir hak olarak görülmemekle beraber Türk Ticaret Kanunu ticari faaliyetle iltibas meydana getirmeyi iyiniyet kurallarına aykırı bir hareket olarak ele alıp tacirin ticari işletmesi içerisinde yer alan subjektif iktisadi hakkını korumayı hedefler⁴⁰⁸.

Bir tacir ticari işletmesini diğer işletmelerden farklı kılmak için, gerek personelinin görüntüsü gerekse işyeri ve işletmesinin dekoru ve tanıtımında yeni birtakım yöntemler izleyebilir. Bu durum müşteriler üzerinde, tacirin ticari işletmesinin ayırt edicilik kazanmasını sağlar. Bu anlamda, bir tacirin izlemekte olduğu satış yönteminin diğer bir tacirce de kullanılması yahut satışlarının artması için kullandığı kampanya, hediye verme gibi yöntemlerin başka tacirlerce de denenmesi haksız rekabet oluşturmaz. Ancak bir tacirin diğer bir tacirin işletmesinin

⁴⁰⁴ ÖRS, s. 45; KILIÇ, s. 59.

⁴⁰⁵ ÖRS, s. 45.

⁴⁰⁶ KILIÇ, s. 62.

⁴⁰⁷ ÖRS, s. 48.

⁴⁰⁸ ÖRS, s. 43; KILIÇ, s. 64.

karakteristik hale gelen görüntüsünü vb. taklit etmek suretiyle aralarında karışıklık meydana getirebilecek surette iltibasa sebep olması haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir⁴⁰⁹.

Tanıtma araçlarında meydana getirilen iltibasta, başta ad, unvan, marka ve işaretler olmak üzere, ticari işletmeyi tanıtan ve işletme ile bütünlük oluşturan her türlü kısaltılmış adres, gazete, dergi, broşür, haber bültenlerine verilen adların bir başka tacir tarafından taklit edilerek kullanılması suretiyle karışıklık meydana getirilmesi söz konusu olmaktadır⁴¹⁰.

Bir markaya gerçekleştirilen iltibasta, iltibası gerçekleştiren kişi, o markayla ilgili olarak müşteri kitlesinde daha önceden oluşan olumlu düşüncelerden yararlanarak kendi mal veya hizmetinin satışını artırmayı hedeflemekte ve bu amaçla tecavüzü gerçekleştirmektedir⁴¹¹.

Tanıtma araçları bakımından meydana getirilen iltibaslara karşı korumanın sağlanması çoğunlukla ilgili KHK'larda yer alan düzenlemelerle temin edilmektedir. Ancak korunma için KHK'larda yer alan koşulların sağlanmadığı ve özellikle tescilsiz ad ve işaretler bakımından genel hüküm niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine başvurulabilmektedir⁴¹².

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte internet üzerinden gerçekleştirilen haksız rekabet eylemleri de giderek artmakta ve önem kazanmaktadır. Bu durumun tipik bir

⁴⁰⁹ ÖRS, s. 45.

⁴¹⁰ KILIÇ, s. 65.

⁴¹¹ GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 155.

⁴¹² Yargıtay'ın bir kararına göre, "... Dava, haksız rekabetin men'i ve davalının ticaret unvanının terkinine talebine ilişkindir. Ticaret ortaklığının, yani şirketlerin unvanına ilişkin işlemler hakkında müşterek hükümler TTK m.47'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, bir tüzel kişinin ticaret unvanı Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmişse, bu unvanın diğer bir unvandan ayırt edilmesi için, sonradan tescil edilen tüzel kişi ortakların unvanlarına gerekli eklerin yapılması zorunludur. Bir başka deyişle; unvanlarda iltibas var ise, önceden ticaret sicil kaydını yaptıran tüzel kişilik haksız rekabetin men'i davası açabilir. Dava konusu olayda, her iki tarafın ticaret unvanında yer alan (FIRAT) kelimesi her iki unvanda da vurgu sözcüğü olup, iltibasa mahal vermekte ve davalı şirket tarafından ticaret unvanında kullanılan bu kelime, daha önce tescil yapan davacının unvanına tecavüz teşkil etmektedir. Bu itibarla, davalının ticaret unvanındaki (FIRAT) kelimesinin ticaret sicilinden terkinine TTK m. 54 uyarınca karar vermek gerekirken..."11. H.D. 01.10.2001 gün, 2001/4562 E., 2001/7295 K. Sayılı kararı. (Bkz. GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 157).

örneği Google gibi arama motorlarına verilen anahtar kelimenin bir başkasına ait olması, diğer bir deyişle yönlendirici alan adı olarak başkasına ait bir markanın kullanılmasıdır.

İlk zamanlarda Google cins ve meslek adlarının internette reklamlarda kullanılabilmesine olanak tanırken sonraları rakip firmalara ait marka, ticaret unvanı ya da başkalarına ait isimlerin de reklamlarda kullanılabilmesine imkan sağlamıştır. Google tarafından gerçekleştirilen bu reklam uygulaması, “adwords” reklam uygulaması olarak ifade edilmektedir⁴¹³. Adwords reklam uygulaması ile bazen bir markaya bazen de bir ticaret unvanına tecavüz gerçekleştirilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen eylemlerin de 556 sayılı KHK kapsamında bir hukuki korunmaya sahip olmadığı durumlarda yine haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirileceği de göz önünde tutulmalıdır.

F. Üçüncü Kişilerin Yardımcılarını Görevlerini İhlal Etmeye Sevketme (TTK m. 57/6, TTK Tasarısı m. 55/1-b-2)

Türk Ticaret Kanunu m. 57/6’da “*üçüncü kişilerin müstahdemlerine, vekillerine veya diğer yardımcılarına, onları görevlerini ihlale sevk etmek suretiyle kendisine veya başkasına menfaatler sağlamak amacıyla veya bu tür menfaatleri sağlamaya elverişli olacak şekilde hak etmedikleri menfaatler temin veya vadetmek*” haksız rekabet olarak belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 55/1-b-2. maddesinde; “*Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak*

⁴¹³ “Dünyanın tanınmış arama motoru Google, “Sponsor Edilmiş Bağlantılar” şeklinde hazırlanmış “AdWords” adını verdiği ve reklam verenlerin reklamlarını, aramada kullanılan kavramlarla bağlantılı olarak kullanıcılara gösteren bir sistem kullanmaktadır. *Adwords*, İngilizce “*advertising words*” un kısaltılmışıdır ve işletmelerin, anahtar kelimelere bağlı olarak internet arama motorlarında yaptıkları reklamları ifade eder. *Keyword advertising*, internet arama motorlarının temel gelir kaynağını oluşturmaktadır. Pazarın lideri konumundaki Google kendi reklam programını “*Google Adwords*” olarak adlandırmaktadır. *Google Adwords* reklamlarında, bir anahtar sözcük için en yüksek ücreti ödeyen kimse reklam sıralamasında ilk sıralarda yer almaktadır”. Bkz. MEMİŞ, Tekin/BOZBEL, Savaş, “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar”, E-Akademi, Kasım 2008, S. 81, s. 1 vd. (25.11.2009).

veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak” haksız rekabet meydana getiren bir hal olarak düzenlenmiştir.

Sahip olduğu personelin iyi seçilmiş, iyi yetişmiş diğer bir deyişle kalifiye olması bir ticari işletmenin başarısını belirleyen önemli faktörlerdendir. Personel, teknik ve mesleki bilgi bakımından işletmenin birçok sırrına vakıf olduğundan işletmeler arasında ayrı bir rekabetin de konusunu oluşturur. Bu anlamda işletmelerin rakibinin personelini elde ettikleri takdirde rekabet şansları artar⁴¹⁴. Örneğin, bir sanayi işletmesinin satış servisinde görevli bulunan bir kimsenin, bir ticari işletmenin satın alma işlemlerini yapan bir başka kişiye, sipariş temini amacıyla para veya başka bir menfaat temin etmesi, yine menfaat karşılığı fiyat veya müşteri listelerinin temin edilmesi haksız rekabet teşkil etmektedir⁴¹⁵.

İyi niyet kuralları çerçevesinde bir başkasının personelini istihdama cevaz olmakla birlikte bu durum sistematik olarak bir başka taciri zorda bırakacak biçimde gerçekleştirildiği takdirde iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturur ve haksız rekabet teşkil eder⁴¹⁶.

Bu tür eylemlerle meydana getirilen haksız rekabet hallerinde, genel olarak belirli bir işletmenin personelinin yükümlülüklerine aykırı davranmaya sevk edilmesi söz konusu olduğundan uygulanacak hukuk MÖHUK m. 37/2’ye göre, menfaatleri ihlal edilen işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

G. Rakibin Sırlarından Haksız Yere Yararlanmak ve Yayımak (TTK m. 57/7, 57/8, TTK Tasarısı m. 55/1-b-3, 55/1-d)

Türk Ticaret Kanunu m. 57/7 kapsamına göre, *“müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcıları ayartma suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirme veya ele geçirme”* de haksız rekabet oluşturur. Türk Ticaret Kanunu m. 57/8’de ise haksız rekabeti oluşturan bir hal olarak, *“iyi niyet*

⁴¹⁴ ÖRS, s. 59.

⁴¹⁵ ÖRS, s. 60-61.

⁴¹⁶ ÖRS, s. 61.

kurallarına aykırı biçimde, elde edilen veya öğrenilen imalat veya ticaret sırlarından haksız olarak yararlanmak ya da bunları başkalarına yaymak” düzenlenmiştir. Anılan her iki fıkra hükmü de iyi niyet kurallarına aykırı suretle rakibin imalat veya ticaret sırlarından yararlanılmasını düzenlemekle birlikte 57/7 hükmünde bu eylem başkasının personelini veya vekilini kandırma, ayartma suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55/1-b-3 hükmüne göre; *“İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek”* haksız rekabettir. Tasarı m. 55/1-d düzenlemesine göre ise; *“üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur”*. Tasarı m.55/1-d’de yer alan düzenleme, Tasarı m. 55/1-b-3’te yer alan düzenlemeyle benzerlik göstermektedir. Ancak 55/1-b-3 bendinde, elde etme, (d) bendinde ise kullanma esas alınmıştır⁴¹⁷.

Bir tacirin ticari işletmesine ait, müşterileri, defter ve kayıtları, işletme organizasyonu, acente ve yardımcıları, henüz tescil edilmemiş olan buluşları, know-how, iktisadi ve mali durumu gibi bilgileri gizlenmesi gerekli birer sır niteliğinde olabilirler⁴¹⁸. Bir kişinin, rakibinin yanında çalışanları ayartmak, kandırmak suretiyle onlardan ticari işletmeye dair sırlarını öğrenmek, ele geçirmek haksız rekabet oluşturmaktadır. Türk Ticaret Kanunu m. 57/7’de imalat sırları ile ticaret sırrı kavramları birbirlerinden ayrı olarak ifade edilmiştir. İmalat sırrı, bir ürünün yapımında, üretiminde izlenen yol olarak ifade edilmektedir⁴¹⁹. Ticaret ise, geniş anlamıyla üretilen mal ve hizmetlerin piyasaya arzı ile tüketiciye ulaştırılmasını da

⁴¹⁷ Bkz. m.55/1-d’nin gerekçesi.

⁴¹⁸ ÖRS, s. 62-63.

⁴¹⁹ YEŞİLTEPE, Salih Önder, “Ticari Sır-İş Sırrı”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 410. Bu anlamda, üretim usulleri, kalite kontrol yöntemleri, araştırma ve geliştirme planları, işletmede mevcut makine ve tertibatın yerleştirilme durumu imalat sırlarındandır. Bkz. CAMCI, s. 95.

kapsamaktadır. Bu nedenle, ticari sır kavramı esasen üretim aşamasını da içermektedir⁴²⁰.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun⁴²¹ 47/A.1. maddesinde, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde maddi çıkar sağlamak veya bir zararı önlemek biçiminde tanımlanan *içerden öğrenenlerin ticareti* (insider trading) de haksız rekabet oluşturur⁴²².

İş sözleşmesi devam ettiği sürece çalışanlar ve işveren vekilleri⁴²³ çalıştıkları süre boyunca işletme ile ilgili olarak öğrendikleri bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler⁴²⁴. Taraflarca kararlaştırıldığı takdirde, çalışanın iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da işçi işverenle kendi adına rekabet edecek bir iş yapmama, rakip bir firmada çalışmama ya da böyle bir firmada ortak sıfatıyla bulunmama taahhüdü altına girebilir⁴²⁵.

İşletme personelinin ayartılması suretiyle gerçekleştirilen haksız rekabet eylemleri her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir

⁴²⁰ Bkz. YEŞİLTEPE, s. 410; CAMCI, s. 95.

⁴²¹ RG. 30.07.1981 T., 2499 S.

⁴²² ARKAN, Ticari İşletme, s. 314. İçeriden öğrenenlerin ticareti suçu, "sermaye piyasalarında eşitlik ve dürüstlüğü bozan, haksız kazançlara ve şirket el değiştirmelerine yol açan işlemler zinciri olarak da kabul edilmektedir". Ayrıntılı açıklama için bkz. EVİK, Ali Hakan/EVİK, Vesile Sonay, "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", İÜHF, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 3 vd.; MANAVGAT, Çağlar, "Türk Hukukunda 'İçerden Öğrenen' Kavramı, Batider, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 177 vd.

⁴²³ Ticari temsilciler ve ticari vekillerin BK m.455 çerçevesindeki rekabet yasağı hk. ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, "Ticari Müessesiler ve Diğer Ticari Vekiller", Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 438 vd.

⁴²⁴ Bu yükümlülük işçinin işverene karşı olan sadakat borcunun bir gereğidir. İşçinin bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde haksız rekabet değil akde aykırılık meydana gelir. Ancak işçileri bu şekilde davranmaya yönlendiren diğer kimselerin eylemlerinin haksız rekabet oluşturduğunun kabulü gereklidir.

⁴²⁵ Sadakat yükümlülüğü işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borcu olmakla birlikte rekabet yasağı sözleşmesi ancak açıkça kararlaştırıldığı ve yazılı şekilde düzenlendiği hallerde işlerlik kazanmaktadır. Ayrıca rekabet etmeme borcu doğuran hükmün geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılmasının yanı sıra belirli bir iş, yer ve süre ile sınırlandırılmış olması ve işçinin iktisadi geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye sokmaması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, M.Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 134 vd.; ALTAY, Sabah, "Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", MÜHF – HAD, C.14, S.3, 2008, s. 171 vd.

birlikte başlıca, iş sözleşmesinin asli yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi suretiyle ihlaline teşvik ve tahrik, personelin sözleşmeyi ihlal etmesi durumundan faydalanma, sözleşmenin usulüne bir biçimde sone erdirilmesine teşvik ve tahrik ile headhunting⁴²⁶ şekillerinde gerçekleşmektedir⁴²⁷.

Rakip firma tarafından işten çıkarılan personelin veya işveren vekilinin istihdam edilmesi ve bu kişinin önceki çalıştığı firmada edindiği bilgi ve tecrübelerden yararlanmasının sağlanması haksız rekabet teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, önce işten çıkarılan personelin rakip bir firmada çalışması sağlandıktan sonra tekrar işe alınması hali haksız rekabet meydana getirir⁴²⁸.

Üçüncü bir kişinin bir başka tacire ait bir sırrı elde ederek ve bunu kötüye kullanarak bir diğer kişiye devretmesi hali de haksız rekabet meydana getirir. Böyle bir davranışta bulunan kişinin eylemi iyi niyet kurallarını doğrudan doğruya ihlal etmemekle birlikte eylemin haksız rekabet teşkil etmesi için kişinin sır sahibinin rakibi olması ve sırrın başkasına ait olduğunu bilmesi yeterlidir⁴²⁹.

Know-how kapsamında yer alan, tescil dışı bilgi, usul ve verilerin, dürüstlüğü aykırı olarak izinsiz kullanımı da haksız rekabet hükümleriyle korunmaktadır. Yargıtay 11. H.D.'nin bir kararına göre; “...Davacılar vekili, müvekkili Contitech Luftfedersysteme GmbH'nin davalılardan gerçek kişi olanlar ile imzaladığı sözleşme ile dava dışı Aktaş Lastik San. ve Tic. A.Ş.'nin %50 hissesini devraldığını, daha sonra bu şirketin ünvanının Contitech Aktaş Lastik San. Tic. A.Ş. olarak değiştiğini, bilahare 02.08.1999 tarihli hisse devir sözleşmesi ile bu kişilere ait hisselerin tamamının müvekkili ve bağlı şirketleri tarafından satın alındığını ve şirketin ünvanının Contitech Lastik San. Tic. A.Ş. olarak değiştiğini, müvekkili şirketin

⁴²⁶ Personel ayartmanın özel bir türünü oluşturan ‘headhunting’de özellikle yüksek kademedeki yöneticilerin ayartılması söz konusu olmaktadır. Söz konusu yönetici elemanlarının bulunmasında, ilan verme yönteminden ziyade yönetici adayıyla şahsen temasa geçme yöntemi uygulanmaktadır. Türk hukuku bakımından kural olarak headhunting caiz olmakla birlikte eylemin dürüstlük kurallarına aykırı suretle gerçekleştirilmesi halinde eylem haksız rekabet meydana getirmektedir. Bkz. ŞENOCAK, Kemal, “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001, s. 241 vd.

⁴²⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. ŞENOCAK, s. 212 vd.

⁴²⁸ ÖRS, s. 62.

⁴²⁹ ÖRS, s. 63.

gerçek kişi davalılarla birlikte ortak olduğu Aktaş Lastik San. ve Tic. A.Ş. ile imzaladığı 11.12.1996 tarihli know-how sözleşmesiyle müvekkilinin sahip olduğu üretim ve pazarlama teknolojisini bu şirkete sunduğunu ancak gerçek kişi davalıların müvekkili şirket ile ortaklık ilişkilerinin bitiminden sonra kurdukları davalı Aktaş Hava Süspansiyon San. Tic. A.Ş. adı altında müvekkili şirketin üretim ve pazarlama tekniklerini kullanmaya devam ederek haksız rekabette bulduklarını, yine tasarımları müvekkili Contitech Luftfedersysteme GmbH'a ait üretim makinelerinin teknik resimlerini kopyalayarak ürettikleri makinelerin üretiminde kullandıklarını yine üretimde kullanılan ve know-how sözleşmesiyle davalıların elde ettiği hamur reçetesinin davalı şirketçe kullanıldığını ve bu eylemlerin haksız rekabet ve marka ihlaline yol açtığını ileri sürerek, haksız rekabetin men'i ve etkilerinin ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüyle kataloglarda bulunan resimler bakımından haksız rekabetin tespiti ve men'i ile fiili durumun ortadan kaldırılmasına, fazlaya ilişkin istemlerin reddine ilişkin olarak verilen karar davacılar vekilinin temyizi üzerine Dairemizce onanmıştır. Davacılar vekili karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve mahkemece alınan her iki bilirkişi raporunda da taraf ürünlerinin terkinin farklı olduğunun tespit edilmiş bulunmasına ve kodlama ile ilgili uyumsuzluğun ise çözümünün özel ve teknik bilgiyi gerektirmeyip, hukuki mahiyette olmasına göre, davacılar vekilinin tüm karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmiştir...⁴³⁰.

Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararına konu olan olayda Türkiye'de faaliyet gösteren bir Alman şirketi aleyhine bir Türk şirketi tarafından rekabet hakkının ihlali suretiyle gerçekleştirilen bir haksız eylem söz konusudur. Türk şirketi, Alman şirketiyle önceki dönemde mevcut olan ortaklığında edindiği bilgileri Alman şirketi aleyhine kullanmak suretiyle Alman şirketini zarara uğratmıştır. Türk şirketinin bu eylemi piyasayı değil ancak münhasıran Alman şirketinin menfaatlerini ihlal etmiştir. Bu sebeple olay bakımından uygulanacak hukukun tespiti gerektiği takdirde,

⁴³⁰ Yargıtay 11. H.D., 11.02.2005 T., 2005/609 E., 2005/1083 K. (GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 160-161).

MÖHUK m. 37/2 uygulama alanı bulacak ve uyuşmazlığa Alman şirketinin menfaatlerinin ihlal edildiği ülke hukuku olan Türk hukuku uygulanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 57/6,7,8. fıkralarında düzenlenen haksız rekabet halleri ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 55/1-b-3, 55/1-d fıkralarında düzenlenen haksız rekabet hallerinde, üçüncü kişilerin yardımcılarını görevlerini ihlale sevk etmek veya yardımcılardan onların ticari sırlarını ele geçirmek ile hukuka aykırı olarak ele geçirilen bilgilerden haksız yere faydalanmak gibi durumlar düzenlenmektedir. Her bir eylemi somut olayın özelliğine göre değerlendirmek kaydıyla, çoğu kez bu tür haksız rekabet eylemlerinin piyasayı değil ancak münhasıran bu eyleme muhatap olan işletmeyi etkilediği kabul edilmelidir. Zira, bu tür eylemler doğrudan belirli bir işletmeyi hedef olarak gerçekleşmekte ve bu suretle haksız menfaat elde edilmektedir. Bu sebeple, bu tür eylemler bakımından uygulanacak hukuk, menfaatleri ihlal edilen işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku, diğer bir deyişle MÖHUK m. 37/2 olacaktır. Ancak diğer yönden, hukuka aykırı surette ele geçirilen bir ticari sırrın kullanılması neticesinde yalnız eyleme muhatap olan rakibin değil piyasadaki tüm rakiplerin bu eylemden olumsuz olarak etkileneceği ve haksız eylem neticesinde zarar uğrayacağı da göz önünde tutulmalı, bu gibi durumlarda MÖHUK m. 37/1 hükmünün uygulanması yoluna gidilmelidir.

H. Gerçeğe Aykırı Olarak İyi Hal Belgesi Vermek (TTK m. 57/9)

İyi niyet sahibi kişileri aldatabilecek şekilde gerçeğe aykırı iyi hal ve iktidar belgeleri verilmesi Türk Ticaret Kanunu m. 57/9 hükmüne göre haksız rekabet oluşturmaktadır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda haksız rekabet eylemler bakımından benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İşinden herhangi bir sebeple ayrılan işçiye işveren tarafından, işin çeşidini ve süresini gösteren, işçi isterse kendisinin çalışma süresi boyunca gösterdiği performansı belirten bir belge verilir⁴³¹. Çalışma belgesi olarak adlandırılan bu

⁴³¹ ÖRS, s. 63-64.

belgenin verilmesi İş Kanunu m. 28’de ve Borçlar Kanunu m. 335’te de düzenlenmiş ve bunun işveren için aynı zamanda bir zorunluluk olduğu hüküm altına alınmıştır.

Çalışanın, çalıştığı süre boyunca gösterdiği performans olumlu olmadığı halde işverence olumlu imiş gibi gösterilmesinin sebebi, beceri ve yeteneği yeterli olmadığı halde aksini gösteren belge verilmesi halinde buna dayanarak söz konusu kişiyi çalıştıracak olan rakiplere zarar verecek, iş ve faaliyetlerini olumsuz yönde etkileyerek aksatacak olmasıdır⁴³². Rakipler üzerinde gerçekleştirilen, rakiplere ait işletmenin menfaatlerini ihlal edici bu tür eylemlerden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk kural olarak MÖHUK m. 37/2’de düzenlenen ‘işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku’ olacaktır.

İ. İş Şartlarının İhlali (TTK m. 57/10, TTK Tasarısı m. 55/1-e)

Türk Ticaret Kanunu m. 57/10’da “*rakipler hakkında da geçerli olan kanun, tüzük, sözleşme ya da mesleki veya mahalli adetlerle belirlenmiş iş hayatı koşullarına uymamak*” haksız rekabet olarak sayılmıştır.

Tasarı m. 55/1-e düzenlemesi gereğince de; “*iş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur*”. Anılan hüküm, tasarıyla getirilen yeni bir düzenleme olmayıp, Türk Ticaret Kanunu’nun 57/10 maddesi ile paraleldir.

İş şartlarına uyma mecburiyeti, hem hakları bu şekilde ihlal edilmiş olan rakip hem de fail bakımından geçerli olduğu takdirde eylem haksız rekabet olarak nitelendirilebilir⁴³³.

⁴³² CAMCI, s. 131. İş Kanunu m. 28/2’de çalışma belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede yer alan bilgilerin doğru olmamasından zarar gören işçi veya işçiyi işe alan yeni işverenin eski işverenden tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir.

⁴³³ ÖRS, s. 65.

İş koşullarına uymamak İş Kanunu'na göre suç teşkil ettiği gibi⁴³⁴ sosyal damping adı verilen bir tür haksız rekabet eylemi olarak da kabul edilir. Bu şekilde eylemde bulunularak, iş şartlarına uygun hareket eden kişiler aleyhine bir fiil ika edilmiş olur⁴³⁵. Örneğin, ilgili meslek kuruluşlarınca belli dönemlerde yapılması öngörülen indirimlerin belirlenen dönem dışında yapılması halinde ya da çevre ve gıda mevzuatına aykırı eylemlerde bulunulması durumunda haksız rekabet meydana gelecektir⁴³⁶.

İş koşullarına uyulmaması suretiyle gerçekleştirilen eylemlerin haksız rekabet teşkil etmesinin sebebi, tüm rakipler bakımından öngörülen kurallara uymayarak piyasada onlardan daha avantajlı duruma gelmektir. Bu anlamda, vergi kaçırmak, çalıştırılan işçilerin sigorta primlerini ödememek yahut geç ödemek, asgari ücret koşuluna uyulmaması ve ticari işlemlerde rüşvet ve yolsuzluk eylemlerinde bulunulması rakipler bakımından da geçerli olan iş şartlarına uyulmaması suretiyle haksız rekabet meydana getirir⁴³⁷.

Yargıtay 11. H.D.'nin emsal teşkil eden bir kararında, bir defa kullanılmak üzere üretilip pazarlanan cam kapların bir başkası tarafından toplanıp tekrar piyasaya sürülmesinin, taraflar rakip olmasalar dahi üreticinin pazar payını daraltıp zarara uğratacağından eylemin Türk Ticaret Kanunu m. 57/10'a göre haksız rekabet sayılacağı belirtilmiştir⁴³⁸.

⁴³⁴ Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu m. 98 vd.

⁴³⁵ ÖRS, s. 64.

⁴³⁶ ARKAN, Ticari İşletme, s. 314.

⁴³⁷ Özellikle ticari işlemlerde rüşvet ve yolsuzluk eylemlerinin haksız rekabet meydana getirmesi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. KUBİLAY, Huriye, "Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk – Haksız Rekabet –", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 546 vd.

⁴³⁸ "... Bir defa kullanılmış cam kapların tekrar piyasaya arz edilmesinin davacıların pazar payını daraltacağı ve dolayısıyla zarara uğrayacakları muhakkaktır. Davalıların bu fiili TTK'nın 57/10 maddesinde yazılı 'rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek' hükmüne uygunluk arz etmektedir. Her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünülebilirse de bu maddenin TTK'nın 56. maddesi ile birlikte müatalaa edilmesi gerekir. Zira haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçlar. Madde, iyi niyet kurallarına aykırı iktisadi rekabetin her türlü suiistimalini haksız rekabet olarak tanımlamış, TTK'nın 58. maddesinde ise bundan zarar gören ve böyle bir tehlikeye maruz kalan kimseye dava hakkı tanınmıştır. Atık cam kapların toplanıp kırılarak ham madde haline getirilmeden piyasaya arz edilmesi, dönüşümsüz şişelerin aynı şekilde yeniden doluma sunulması haksız rekabet teşkil eder. Öte yandan, 560 sayılı KHK'nın 19. maddesi gereğince çıkarılan Atık Yönetmeliği'nin 1,4,7,9. maddeleri ile çevreye zarar verebilecek katı atıklarla ilgili üretim, depolama gibi bazı faaliyetler denetim ve

Yargıtay kararına konu olan olay ile Türk Ticaret Kanunu m. 57/10 ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı 55/1-e maddesi uyarınca haksız rekabet oluşturan diğer hallerde genel olarak rekabet hakkını ihlal eden davranışın belirli bir işletmeyi değil o üretim koluna ait tüm pazarı etkileyeceğinden bu tür uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK m. 37/1’de yer alan piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku olacaktır.

J. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Öngörülen Yeni Haksız Rekabet Eylemleri

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 55/1-a maddesinde dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar haksız rekabet oluşturan eylemler olarak düzenlenmiştir. Tasarı m.55/1-a kapsamında düzenlenen haksız rekabet hallerinin bir kısmı Türk Ticaret Kanunu’nda mevcut birtakım haksız rekabet halleri ile ortak özellikler taşırken bir kısım haller Tasarı ile ilk defa düzenlenmiştir.

Tasarının 55/1-a-6 bendinde; *“seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan*

gözetim altına alınmış ve 10. madde ile de çevre kirliliğini önleme bakımından bazı geri dönüş kotaları belirlenerek uyulmaması hali bazı yaptırımlara bağlanmıştır. Bu durumda davacıların, davalı Abdullah’a karşı böyle bir dava açmakta hukuki menfaati bulunduğu kabulü gerekir.

Diğer davalılar yönünden ise, üzerlerinde üretici firması belli olan ve bir defa kullanılmaya mahsus cam kapları bilerek daha ucuza mal etme çabasındaki bu davalıların eylemleri de genel olarak iktisadi rekabetin suiistimali olduğu gibi, 4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanun’un 4. maddesi gereğince, bir defa kullanıma mahsus cam kapların tekrar kullanımı nedeniyle üretici ve pazarlamacı firmaların sorumlu tutulabileceği nazara alındığında, böyle bir dava açmakta davacının hukuki yararının bulunduğu ve davalı Abdullah ile işbirliği halindeki davalıların eylemlerinin haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmelidir”. 11. H.D. 01.05.2001 gün, 2001/1828 E., 2001/3862 K. sayılı kararı. (Bkz. GÜNEŞ, Haksız Rekabet, s. 162-163). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. H.D., 26.02.1999 T., 1999/1155E., 1999/1574K. Kararın değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. YASAMAN, s. 11 vd. Yazara göre, Yargıtay atık şişe ve hurdaların yeniden ekonomiye kazandırılmalarını, bunun ekonomik düzen için yararlı olduğu varsayımını dikkate almayarak dürüstlük kuralını incelememiş ve sadece rakibin emeğinden yararlanmayı haksız rekabet için yeterli görmüştür.

tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıtmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur”, 55/1-a-7 bendinde; “müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıtılmak”, 55/1-a-8 bendinde; “müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak”⁴³⁹, 55/1-a-9 bendinde; “malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıtılmak”, 55/1-a-10 bendinde; “taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukukî işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek”, 55/1-a-11 bendinde; “tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak”, 55/1-a-12 bendinde; “işletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyat, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin dönme veya fesih hakkı veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak” haksız rekabet halleri olarak sayılmıştır.

Tasarının 55/1-a-6 ila 12. bentleri özellikle tüketiciyi koruma amaçlı getirilen düzenlemeler olup, bu nitelikteki haksız rekabet teşkil eden durumlara söz konusu bentlerde yer verilmiştir. Ayrıca, söz konusu düzenlemeler, tüketicinin korunmasının yanı sıra pazarın şeffaflığını artırmakta ve pazardaki rekabeti güçlendirmeye de yardımcı olmaktadır⁴⁴⁰. Belirtilen düzenlemelerde öngörülen haksız rekabet halleri, esas itibarıyla, belirli bir işletmeye yönelmemekte, belirli bir kimsenin menfaatlerini zarara uğratmamaktadır. Söz konusu haksız rekabet eylemleri, bilhassa tüketicileri hedef alarak onların menfaatlerine hâlel getirmekte, bu suretle rekabet hakkını ihlal etmektedir. Bu nedenle, bu tür eylemler söz konusu olduğunda uygulanacak hukuk kural olarak MÖHUK m. 37/1, diğer bir deyişle, piyasası etkilenen ülke hukuku

⁴³⁹ Bentte saldırgan satış yöntemleri uygulamanın haksız rekabet sayılacağı belirtilmiştir. Saldırgan reklamlar ise, genel hükmün kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55/1-a-8’in gerekçesi.

⁴⁴⁰ UZUNALLI, Haksız Rekabet, s.39.

olmalıdır. Zira bu tür eylemlerle, belirli bir kişi ya da işletme zarara uğramamakta, piyasadaki serbest rekabet düzeni zarar görmektedir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 55/1-b hükmünde, sözleşmenin taraflarından birisini, sözleşmenin dışından gelen etkilerle sözleşmeyi ihlale yahut feshe yönetilmesi düzenlenmektedir. 55/1-b-2 ve 3 hükümleri Türk Ticaret Kanunu'nda mevcut düzenlemelerle paralellik gösterirken, 55/1-b-1 ve 4 hükümleri yenilik içermektedir.

Tasarı m. 55/1-b'ye göre; *“Sözleşmeyi ihlâlâ veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;*

1. Onlarla kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, müşterileri başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek” haksız rekabet oluşturan haller olarak düzenlenmiştir.

Tasarı m. 55/1-b-1 ve 4'te düzenlenen haksız rekabet eylemleri genel olarak belirli bir rakibe, belirli bir rakibin müşterilerine yönelmektedir. Bu anlamda, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda meydana gelen uyuşmazlığa uygulanacak hukuk MÖHUK m. 37/2 hükmü yani haksız rekabet teşkil eden eylem neticesinde, menfaatleri ihlal edilen işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Tasarı m. 55/1-c düzenlemesinde; *“Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;*

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak” haksız rekabet teşkil eden haller olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenleme Türk Ticaret Kanunu’nda mevcut olmayan, haksız rekabet hukuku bakımından yeni bir düzenlemedir. Bu hükmün konulmasıyla amaçlanan, fikri ve sınai hakları korumak değildir. Tasarı m. 55/1-c düzenlemesi, esas olarak, hukuken özel olarak korunmamakla beraber iş, faaliyet, üretim vb. yönlerden öneme haiz olan teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz olarak yararlanmayı önlemektir⁴⁴¹. Diğer bir ifadeyle, söz konusu hüküm, bir başkasının emeğinden, deneyiminden ve çalışmasından haksız olarak faydalanmayı önlemek amacıyla düzenlenmiştir⁴⁴². Bu gibi durumlarda da yine haksız rekabet neticesinde tüm piyasasın etkilenmesi değil, emeğinden haksız şekilde yararlanan mağdurun menfaatlerinin ihlal edilmesi söz konusudur.

Tasarı m. 55/1-f hükmüne göre ise; “dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak; özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur”.

Söz konusu hüküm, Türk Ticaret Kanunu’nda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Genel işlem şartları, tüketicileri sözleşmede yer alan haksız şartlara karşı koruyan hükmün mevcut olduğu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un⁴⁴³

⁴⁴¹ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55/1-c’nin gerekçesi.

⁴⁴² Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55/1-a-8’in gerekçesi; CAN, s. 164.

⁴⁴³ RG. 08.03.1995 T., 4077 S.

ardından, haksız rekabet hukuku bakımından ilk kez yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur⁴⁴⁴.

Genel işlem şartlarına karşı koruma sağlamayı amaçlayan ve Tasarı ile getirilen düzenlemeler piyasada eşit koşullar altında rekabetin teminine hizmet etmektedir. Sözleşmelere dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları konulması belirli bir rakibi hedef alan haksız rekabet eylemleri değildir. Bu tür eylemler, genellikle sözleşmeye dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem şartları koyan tarafın kendisini tüketiciden üstün bir konuma getirme çabasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tür haksız rekabet eylemleriyle belirli bir kişinin menfaatlerinin ihlal edilmesi değil fakat bu yola başvuran kişinin haksız surette kendisini daha avantajlı duruma getirmesi söz konusu olduğundan rekabet düzenine aykırılık oluştuğunun kabulü gerekir. Bu nedenle, sözleşmelere dürüstlük kurallarına aykırı olarak genel işlem şartları koyma şeklinde gerçekleştirilebilecek haksız rekabet eylemlerinde uygulanacak hukuk belirlenirken pazar üzerinde olumsuz bir etkinin meydana gelmesi söz konusu olduğundan uygulanacak hukuk da kural olarak haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku olmalıdır.

⁴⁴⁴ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 55/1-f'nin gerekçesi.

SONUÇ

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü'nde haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukukun tespiti bakımından kabul edilen, 'pazar üzerine etki' bağlama kuralı Türk hukukuna 2007 tarih, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 37. maddesi ile girmiştir. Çalışmamızda söz konusu Kanun hükmünden hareketle, tarihsel gelişim süreci de göz önüne alınarak haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde izlenebilecek yöntemler değerlendirilmiş, ayrıca haksız rekabet kavramı, haksız rekabetin haksız fiiller ve rekabet hukuku ile ilişkisi ve Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yer alan haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukukun tespiti konusunda incelemeler yapılmıştır.

Dürüstlük kurallarına aykırı şekilde rakipleri iktisadi rekabet alanından uzaklaştırmak amacıyla başvuru ve hukuk düzenince korunmayan hareketler haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir. Haksız rekabetin varlığından söz edilebilmesi için, ekonomik rekabet hakkı ve ekonomik rekabet hakkının kötüye kullanılması gerekmekte olup haksız rekabetin tarafları arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması zorunlu değildir. Doktrinde genel kabul gören görüş uyarınca, haksız rekabet haksız fiilin özel bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda, haksız rekabet eylemlerinin ekonomik bir haksız fiil oluşturduğu söylenebilmektedir. Uygulamada haksız rekabet hukuku ile rekabet hukuku sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır. Doktrinde haksız rekabet ile rekabet hukukunun birbirinden tamamen bağımsız alanlar olduğu, haksız rekabet hükümlerinin rekabet hakkının sınırlarını belirlemekte buna karşın rekabet hukukunun ekonomik verimliliği sağlayabilmek için rekabeti olabildiğince genişletmeyi amaçladığı yönünde görüşler bulunduğu gibi, her iki kurumun da esas olarak yeknesak bir rekabet düzeninin oluşmasına hizmet ettikleri yönünde görüşler de mevcuttur. Kanaatimizce, her iki kurum da nihai olarak sağlıklı işleyen bir rekabet düzeninin oluşmasını amaçlamakta ancak konuya farklı noktalardan yaklaşmakta ve farklı noktalar hakkında düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle, her iki kurumu birbirine tamamen zıt

amaçlar taşıyan kurumlar olarak değerlendirmek yerine aynı amaca hizmet eden iki farklı araç olarak nitelendirmek daha yerindedir. Zira Türk Ticaret Kanunu Tasarısı bakımından da, haksız rekabet hükümlerinin amacının bozulmamış bir rekabet düzeni sağlamak olduğu ifade edilerek bu hususa vurgu yapılmıştır.

Tarihsel gelişim süreci içinde haksız rekabet bir tür haksız fiil olarak ele alındığından, kanunlar ihtilafı alanında da uzun bir dönem haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde haksız fiillere ilişkin bağlama kurallarından yararlanılmıştır. Bu anlamda, doktrinde en fazla kabul gören ika yeri (*lex loci delicti commissi*) bağlama kuralı uygulanmıştır. Haksız fiillerden doğan ihtilaflar bakımından ika yeri bağlama kuralının yanı sıra, *lex fori*, tarafların tabiiyetleri veya ikametgahları hukuku, olayla en sıkı ilişkili hukuk gibi bağlama kuralları da teklif edilmiş olsa da adı geçen bağlama kuralları daha çok ika yeri kuralını sınırlandırıcı bir işleve sahip olmuşlardır. Son dönemde ise ika yeri bağlama kuralının ekonomik haksız fiiller dolayısıyla haksız rekabet alanındaki bir görünümünü oluşturan ‘pazar üzerine etki’ bağlama kuralı yaygınlık kazanmıştır.

Pazar üzerine etki bağlama kuralı İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda ve Avrupa Birliği mevzuatında yer alan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Tüzüğü’nde olduğu üzere, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da da kabul edilmiştir. Gerçekten Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da tek yanlı bağlama kuralı olarak yer almakla birlikte haksız rekabet bakımından 5718 sayılı Kanun’la birlikte hukukumuza giren ve haksız rekabet ile rekabetin engellenmesi konularında özel bir bağlama kuralı olarak tercih edilen pazar üzerine etki iki yanlı bağlama kuralı, bu kurumların yapısına ve niteliğine daha uygun düşmektedir.

Haksız rekabet oluşturan eyleme uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 37/1’de, haksız rekabet oluşturan eylemin piyasayı doğrudan etkilemesi etkilemesi halinde, pazar üzerine etki bağlama kuralını esas alınmakta, m. 37/2’de ise bu kuralın istisnasına yer verilerek, haksız rekabet eyleminin yalnızca belirli bir

işletmenin menfaatinin ihlal etmesi halinde, menfaati ihlal edilen işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmektedir.

Pazar üzerine etki bağlama kuralının uygulanmasında, etkinin meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, Kanun'da yer alan düzenlemede de açık olarak belirtildiği üzere etkinin doğrudan olması gerekmektedir. Doktrinde etkinin ayrıca öngörülebilir ve esaslı olması gerektiği de savunulmaktadır. Bu hususların yanı sıra etkinin bir pazar üzerinde ortaya çıkmış olması aranmaktadır.

Haksız rekabet meydana getiren eylemin pazarı değil fakat belirli bir işletmenin menfaatlerini ihlal etmesi halinde şayet işletmenin birden fazla ülkede işyeri mevcutsa, doğrudan menfaati ihlal edilen işyeri hangi ülkede ise, olayla en sıkı ilişkili olan hukuk da işyerinin bulunduğu ülke hukuku olduğundan haksız rekabet olayına o ülkenin hukuku uygulanacaktır. Nitekim MÖHUK m. 37/2'de de bağlama kuralı olarak 'işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku' tercih edilmiştir.

Uygulamada henüz yayınlanmış bir Yargıtay kararına konu olmayan haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 37 düzenlemesi, çalışmamızda Yargıtay'ın iç hukukta haksız rekabet davalarına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar ele alınarak, söz konusu kararlara konu olan olayların yabancı unsurlu varsayılarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi yoluna gidilmiştir. İlerleyen tarihlerde, MÖHUK m.3 7 düzenlemesi Mahkeme kararlarına konu oldukça söz konusu hükmün uygulanmasından doğabilecek sorunlar ve hükmün uygulamasına ilişkin yaklaşımlar daha açık bir şekilde anlaşılacaktır.

KAYNAKLAR

AKİPEK, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.1, 4. Bası, İstanbul 2002.

ALTAŞ, Soner: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet”, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 65-66, s. 213-221.

ALTAY, Sabah: “Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, MÜHF – HAD, C. 14, S. 3, 2008, s. 171-207.

ALTIPARMAK, Ayşe: Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2000.

ANSAY, Tuğrul: “Yabancı Markaların Türkiye’de Himayesi”, Batider, C. II, S. 2, 1963, s. 270-275.

ARKAN, Sabih: “Haksız Rekabet – Gelişmeler – Sorunlar”, Batider, C. XXII, S. 4, Aralık 2004, s. 5-20 (Haksız Rekabet).

ARKAN, Sabih: “Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar”, Batider, C. XXI, S. 1, Haziran 2001, s. 21-43.

ARKAN, Sabih: “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 3-12.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2009 (Ticari İşletme).

ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2005.

ASLAN, Yılmaz: “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler”, FMR, Y.1, C. 1, S. 2001/1, s. 19-42.

AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.

AYBAY, Rona/ **DARDAĞAN**, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Baskı, İstanbul 2008.

AYHAN, Rıza: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990 (Haksız Rekabet).

AYHAN, Rıza: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007 (Ticari İşletme).

BATZ, Marie T.: “A Comparative Analysis of United States and European Union Jurisdiction in Extraterritorial Antitrust Law & The Need For International Standards”, Duquesne Business L.J., V. 9, N. 1, Spring 2007, s. 65-89.

BERKİ, Osman Fazıl: Türk Hukukunda Kanun İhtilafları, Ankara 1971.

BİLGİÇ, Haluk: “İnternet Üzerinden İşlenen Yabancı Unsurlu Haksız Fiillerden Doğan Davalarda Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi”, Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 207-271.

BRIGGS, Adrian: The Conflict of Laws, New York 2002.

CAMCI, Ömer: Haksız Rekabet Davaları 2, İstanbul 2002.

CAN, Mustafa: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet”, TBB Dergisi, Y. 20, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 151-175.

CLARKSON, C.M.V./HILL, J.: The Conflict of Laws, 3. Ed., New York 2006.

ÇAVUŞOĞLU, Ayfer Uyanık: “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 967-997.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008.

ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2009.

ÇELİKEL, Aysel: “Türk Milletlerarası Özel Hukuk’unda ‘Atıf’ Prensibinin Uygulanması”, MHB, Y. 3, S. 2, 1982, s. 1-4.

ÇERNİS, Volf: “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku ile İlgili Bir Dava Münasebetiyle İlginç Bazı Hukuki Meseleler”, Batider, C. VII, S. 1, Haziran 1973, s. 59-76.

DICKINSON, Andrew: The Rome II Regulation: The Law Applicable To Non-Contractual Obligations, New York 2008.

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

DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010.

DOĞANAY, İsmail: “Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtay’ca Nasıl Uygulanıyor?”, Batider, C. 5, S. 3, Mart 1970, s. 531-561.

DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, İstanbul 2007.

DÖNMEZ, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992.

EKŞİ, Nuray: Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004.

ERDEM, Ercüment: “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul 2002, s. 377-398.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.

ERİŞ, Gönen: Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C.1, 3. Baskı, Ankara 2004.

EROĞLU, Sevilay: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.

EROL, Kemal: Rekabet Kurallarının Ülkedışı Uygulanması, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=tezdetay&Id=85> (08.03.2010).

ERTAŞ, Şeref: “Başka Firmalara Ait LPG Tüplerini Pazarlamanın Haksız Rekabet Teşkil Edip Edemeyeceği Hususunda İçtihatlar ve Bir Not”, İBD, S. 3, Temmuz 1987, s. 43-44.

EVİK, Ali Hakan/**EVİK**: Vesile Sonay, “İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu”, İÜHFİM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 3-56.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: “Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 407-443.

FRANKO, Nisim: “İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, İzmir 2001, s. 115-140.

FRANKO, Nisim: “Yargıtay Kararları Açısından Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. X, 9 Nisan 1993, s. 5-22.

GÖĞER, Erdoğan: “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun”, AÜHFD, C. 22-23, S. 1-4, Y. 1965-1966, s. 451-506 (Haksız Fiil).

GÖĞER, Erdoğan: “Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgah”, AÜHFD, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 237-252.

GÖĞER, Erdoğan: Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1977 (Devletler Hususi Hukuku).

GÖKSOY, Yaşar Can: “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler”, DEÜHFD, C. 9, S. 2, 2007, s. 143-174.

GÖLE, Celal: Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983.

GÜNEŞ, İlhami: Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 2009 (Haksız Rekabet).

GÜNEŞ, İlhami: “Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markanın Kullanılması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 3, S. 27, Kasım 2008, s. 71-75.

GÜNUĞUR, Haluk: Avrupa Birliği, Ankara 2007.

HAIGHT, George Winthrop: “International Law and Extraterritorial Application of The Antitrust Laws”, The Yale L.J., V. 63, Y. 1954, s. 639-654.

HUFFMAN, Max: “A Standing Framework For Private Extraterritorial Antitrust Enforcement”, SMU L.R., V. 60, N. 1, Winter 2007, s. 103-156.

İNAN, Nurkut: “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 3-29.

KAPLAN, Muammer Özgür: “Aldatıcı Reklamların Haksız Rekabet Açısından Değerlendirilmesi”, www.tim.org.tr/dosyalar/hukuk/aldatici_reklamlar.pdf (29.12.2009).

KARAHAN, Sami/ **SULUK**, Cahit/**SARAÇ**, Tahir/**NAL**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri I, Ankara 1960.

KARRER, Pierre A./**ARNOLD**, Karl W.: Switzerland’s Private International Law Statute, Boston 1989.

KAYE, Peter: Private International Law of Tort and Product Liability, Vermont 1991.

KILIÇ, Fethi: Haksız Rekabet ve Haksız Rekabette Hukuk Davaları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1999.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007.

KIRCA, İsmail: “Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 333-347.

KIRCA, İsmail: “Bilimsel Araştırma Sonuçlarının Yayımlanması – Haksız Rekabet ve İfade Özgürlüğü”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 439-465.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003.

KUBİLAY, Huriye: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler”, DEÜHFD, C. 10, S. 1, 2008, s. 1-8.

KUBİLAY, Huriye: “Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk – Haksız Rekabet –”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 543-561.

KUBİLAY, Huriye/**GÖKSOY**, Yaşar Can/**AYAN**, Özge/**YILDIRIM**, Ali Haydar: Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme – İçtihatlar ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, C.I, İstanbul 2004.

KUBİLAY, Huriye: İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önlemler, Ankara 1994.

KUYPER, P.J.: “European Community Law and Extraterritoriality; Some Trends and New Developments”, ICLQ, V. 33, October 1984, s. 1013-1021.

LOWE, A.V.: “The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and The Search For a Solution”, ICLQ, V. 34, 1985, s. 724-746.

MANAVGAT, Çağlar: “Türk Hukukunda ‘İçerden Öğrenen’ Kavramı, Batider, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 177-204.

MANOP, Burcu: “Türk Ticaret Kanunu ve TTK Tasarısı Açısından Haksız Rekabet Hükümlerine Bir Bakış”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 12, S. 3, 2007, s. 327-342.

MEMİŞ, Tekin/**BOZBEL**, Savaş: “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar”, E-Akademi, Kasım 2008, S.81 <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABET%20H>

[UKUKU%20BAKIMINDAN%20ADWORDS%20REKLAMLAR&kimlik=1227080164&url=makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm](http://www.yuhfd.org.tr/ukuku%20bakimindan%20adwords%20reklamlar&kimlik=1227080164&url=makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm) (25.11.2009).

MİMAROĞLU, S. Kemal: Ticaret Hukuku I, Ankara 1970.

MOROĞLU, Erdoğan: “Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme”, YÜHFD, C. II, S. 1, 2005, s. 341-351.

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 6. Baskı, İstanbul 2009.

MOROĞLU, Erdoğan: “Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara, 13-14 Mayıs 1994, s. 3-32 (Karşılaştırmalı Reklam).

MOROĞLU, Erdoğan: Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2007.

MORRIS, J.H.C./**MCCLEAN**, D./ **BEEVERS**, K.: The Conflict of Laws, London 2005.

MORRIS, J.H.C.: “The Proper Law of a Tort”, Harvard Law Review, V. 64, 1951, s. 881-895.

NARMANLIOĞLU, Ünal: Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998.

NOMER, Ergin/**ŞANLI**, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009.

NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, Ankara 2009.

ODMAN BOZTOSUN, Ayşe/**ÜNAL**, Akın: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C. II, S. 1, 2005, s. 383-421.

ODMAN BOZTOSUN, Ayşe: “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, s. 197-235.

ÖRS, Fahri Halil: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958.

ÖZKAN, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

ÖZTEK, Selçuk: “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 417-429.

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul 2006.

PALMER, Edith: “The Austrian Codification of Conflicts Law”, AJCL, V. 28, 1980, s. 197-234.

PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 7. Bası, Ankara 2008.

PLENDER, Richard/**WILDERSPIN**, Michael: The European Private International Law of Obligations, 3. Ed., U.K. 2009.

PONIO, Carlos Di: “Competition, Cooperation and Conflict: An Assessment of The Extraterritorial Application and Enforcement of Competition Laws in Canada and The United States”, Michigan State Journal of International Law, V. 13, 2005, s. 283-307.

POROY, Reha: “Avrupa Ekonomik Topluluğunda Rekabet Hukuku”, Avrupa Ekonomik Topluluğu Çeşitli Hukuki Sorunlar Üzerine Konferanslar, İstanbul 1973, s. 59-70.

REESE, W.L.M./VISCHER, F.: The Conflict of Law Rules on Unfair Competition, 21. Commission, www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1983_camb_01_en.PDF (26.04.2010).

ROSENFELD, Bruce Alan: “Extraterritorial Application of United States Laws: A Conflict of Laws Approach”, Stanford Law Review, V. 28, 1975-1976, s. 1005-1038.

RUHİ, Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2009.

SCHRICKER, G., (Çev. Akar ÖÇAL): Avrupa Ekonomik Topluluğuna Dahil Ülkelerde Haksız Rekabetin Önlenmesi, Ankara 1971.

SEVİĞ, Vedat Raşit: Kanunlar İhtilafı, 2. Bası, İstanbul 1974.

SEVİĞ, Vedat Raşit: “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, MHB, Y. 2, S. 1, 1982, s. 14-16.

SOYER, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008.

STRONG, S.I./WILLIAMS: Liz, Tort Law, New York 2008.

SYMEONIDES, Symeon C.: “Problems and Dilemmas in Codifying Choice of Law for Torts: The Louisiana Experience in Comparative Perspective”, AJCL, V. 38, 1990, s. 431-473.

ŞENER, Oruç Hami/**UZUNALLI**, Sevilay: Ticari İşletme Hukuku Uygulamaları, Ankara 2008.

ŞENGEL, Berkant: “Reklamlarda Haksız Rekabet”, Yargıtay Dergisi, C. 26, S. 3, Temmuz 2000, s. 459-473.

ŞENOCAK, Kemal: “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001, s. 193-246.

TARMAN, Zeynep Derya: “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 193-222.

TEKİL, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1997.

TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2009.

TEKİNALP, Gülören/ **TEKİNALP**, Ünal: “Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 327-346.

TİRYAKIOĞLU, Bilgin: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997 (Rekabet).

TİRYAKIOĞLU, Bilgin: “Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Haksız Fiiller (Haksız Rekabet)”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010 (Haksız Rekabet).

TURHAN, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara 1989.

ULAŞ, Işıl: “Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Bakış”, Batider, C. XXIII, S. 2, Aralık 2005, s. 189-210.

ULUOCAK, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989.

UZUNALLI, Sevilay, “Haksız Rekabet – Ticaret Unvanı”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Son Gelişmeler Sempozyumu, İzmir Barosu (24.05.2008). (Haksız Rekabet)

UZUNALLI, Sevilay: Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, İzmir 2008 (Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi).

ÜLGEN, Hüseyin/**TEOMAN**, Ömer/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.

ÜNAL, Şeref: “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet”, MHB, Y. 8, S. 1, 1988, s. 71-83.

WADLOW, Christopher: “The New Private International Law of Unfair Competition and The ‘Rome II’ Regulation”, Journal of Intellectual Property Law&Practice, 4(11), 2009, s. 789-804 (Unfair Competition).

WADLOW, Christopher: “Trade Secrets and The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, EIPR 2008, 30(8), s. 309-319.

WENGLER, Wilhelm: “Laws Concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws”, AJCL, V. 4, 1955, s. 167-188.

YEŞİLTEPE, Salih Önder: “Ticari Sır-İş Sırrı”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 403-421.

“Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı’nca Hazırlanan Görüş”, Batider, C. XXIII, S. 2, Aralık 2005, s. 213-248.

YILMAZ, Mehmet: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, 2006, s. 1480-1536.

YUSUFOĞLU, Fülürya: “Haksız Rekabetin Oluşmasının Şartlarından Biri Olarak Haksız Rekabet Oluşturan Fiilin Türkiye’de Sonuç Doğurması”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 83-113 (Haksız Rekabet).

YUSUFOĞLU, Fülürya: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 115-160 (Karşılaştırmalı Reklamlar).