

# KÖTÜLEYİCİ REKLAMLARIN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK ORTALAMA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

*The Criterion of Average Consumer in the Context of Disparaging  
Advertisements*

**Dr. Pelin KARAASLAN\***

Geliş Tarihi: 01.08.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

## ÖZET

Reklamlarda rakibi ya da başkalarını gereksiz yere kötüleyen ifadelerin kullanılması, dürüstlük kurallarına aykırı olan ve bu nedenle reklamcılıkta hukuken yasaklanan eylemlerden biridir. Ancak “neye göre ve kime göre kötüleyici” sorusu uygulamada pek tartışılmamıştır. Her ne kadar reklam hukukunda incelemeye esas olan kriter “ortalama tüketicinin bakış açısı” olsa da söz konusu kriterin bugüne kadar içinin doldurulmaya çalışıldığı alan aldatıcı ve yanıltıcı reklamlarla sınırlı kalmıştır. Kötüleyici reklamlar ile ilgili mahkeme ve Reklam Kurulu kararlarında ortalama tüketicisi ölçütüne pek vurgu yapılmadığı görülmektedir. Bu durum kimi zaman reklam veren açısından haksız sonuçlar doğurabilir. Özellikle içinde mizah öğeleri barındıran reklamlar bakımından ilgililerin bakış açısı önem teşkil eder. Öte yandan “kötü” gibi öznel bir kavramı “ortalama tüketicinin bakış açısı” gibi objektif bir ölçüt ışığında değerlendirmek her zaman kolay değildir.

Ortalama tüketici ölçütünün kötüleyici reklamlar bakımından ne ifade ettiği, aldatıcı reklamlar için belirlenen ölçütlerle ne kadar paralellik gösterdiği bu çalışma kapsamında incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Reklam Hukuku, Tüketici Hukuku, haksız rekabet, kötüleyici reklamlar, ortalama tüketici

## ABSTRACT

The use of disparaging remarks about the competitors or others in the advertisements is one of the acts contrary to the requirement of good faith, and for that reason legally prohibited in the advertising business. However, the question of “disparaging according to what and whom” has not been discussed much in practice. Although the “viewpoint of the average consumer” serves as a basis for examination in the advertisement law, the areas applicable for this criterion till now have remained limited to the deceptive and misleading advertisements. It is to be observed that there is little emphasis on the average consumer criterion in decisions of national courts and those of Advertising Board regarding disparaging advertisements. This can sometimes have unfair consequences for the advertiser. Particularly in terms of ads that contain humor elements, the point of view of those concerned is important. On the other hand, it is not always easy to evaluate a subjective concept such as “disparaging” by using an objective criterion such as the average consumer perception.

The meaning referred to by the criterion of average consumer in respect of the disparaging advertisements and how it is parallel with the criteria determined for disparaging advertisements was examined under the scope of this study.

**Keywords:** Advertisement Law, Consumer Law, unfair competition, disparaging advertisements, average consumer

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, pkaraaslan@anadolu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5695-192X

## GİRİŞ

Reklam,<sup>1</sup> tüketicilerle iletişim kurmanın en iyi yoludur. Çok iyi kalitedeki bir ürünün bile, etkin bir reklamla tanıtımı yapılmadığı sürece geniş bir tüketici grubuna ulaşma şansının az olduğu bugün bilinen bir gerçektir. Özellikle rekabetin oldukça yoğun yaşandığı günümüz serbest piyasa ekonomilerinde reklam, bir ürünün varlığı ve özellikleri konusunda tüketiciye farkındalık sağlayarak, bir yandan işletmelerin satışlarını arttırmasına imkân verirken, diğer yandan da bu işletmelerin piyasadaki rakiplerini tanımasına ve buna göre rekabet politikalarını oluşturmalarına katkıda bulunur.

Reklamlar yalnızca üreticilere ve işletmelere yarar sağlamakla kalmaz, aynı zamanda vakit ve emek tasarrufu sağlaması bakımından tüketiciye de faydalı olur. Nitekim tüketiciler, farklı ürünlerin varlığından reklamlar sayesinde haberdar olurlar ve bunları aramak için özel bir çaba ve zaman harcamaya ihtiyaç duymazlar. Reklamcılık faaliyetlerinin tüketiciler açısından bir diğer büyük önemi ise rekabet ortamını kızıştırmaması ve böylelikle işletmeleri daha düşük fiyatla daha kaliteli ürünleri ya da hizmetleri sunmaya zorlamasıdır.<sup>2</sup>

Anılan bu rekabet ortamında işletmelerin, kendi ürünlerinin rakip firmalarından ayrılır yönlerini ortaya koymak ve bunu tüketicinin aklında kalır nitelikte kılmak istemeleri, onları reklamcılıkta orijinal ve etkili argümanlar ya da sloganlar bulmaya yönlendirir. Bu bağlamda reklamlarda abartılı ifadelerin ya da karşılaştırma kalıplarının kullanılması, kelime oyunları yapılması hiç de az rastlanmayan bir durumdur. Ancak bu ifadelerin, hukukun öngördüğü “hoşgörülebilirlik” sınırını aşmaması gerekliliği, işletmelerin reklamcılık faaliyetlerinde özellikle dikkat etmeleri gereken hususlardandır.

Reklamlardaki ifade özgürlüğüne, hukukun pek çok alanında sınırlama getirilmiştir. Özel hukuk bakımından bir tanesi de “reklamda kötüleme” hususunda karşımıza çıkmaktadır. Ancak “kötü” gibi sübjektif bir kavramı, reklam hukukunda esas alınan “ortalama tüketici algısı” gibi objektif bir ölçüt ışığında değerlendirmek her zaman kolay değildir. Zira bir tüketiciye göre kötü olan bir özellik, bir başka tüketicinin arayıp da bulamadığı şey niteliğinde olabilir. Örnek olarak, Çaykur Firması'nın “Didi” markasını taşıyan

---

<sup>1</sup> Ticari reklam, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 61/1, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4-n ve Reklam Kurulu Yönetmeliği m.3-ı hükümlerine göre; ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralınmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları ifade eder.

<sup>2</sup> Reklamların, pazarlama faaliyetleri açısından önemine değinen bir çalışma için bkz. Remziye Terkan, Importance of Creative Advertising and Marketing According to University Students' Perspective, International Review of Management and Marketing, Vol. 4, No. 3, 2014, pp.239-246.

“soğuk çay” ürünüyle ilgili yapılan, rakipleri kötüleyici ve doğru olmayan ifadeler içerdiği gerekçesiyle 2015 yılında yasaklanan reklamı gösterilebilir.<sup>3</sup> Söz konusu reklamda ünlü bir rap sanatçısı tarafından seslendirilen ve “*Acaba ne içeyim yanında yemeğin. Sarmanın, sotenin, makarna ve böreğin... Ayrıncı denedim o uyutuyor zaten. Sofrada “Didi” evet kana kana için...Her yemeğin yanında “Didi” gider...*” ifadelerini içeren şarkı sözleri ile, bir sofraya içeceği olan ayrıncının herhangi bir veriye dayanmadan kötülendiği, tüketicilere ayrıncı tüketimini engellemeye yönelik olumsuz bir mesaj verildiği ve böylece ayrıncı pazarında faaliyet gösteren firmalar aleyhine haksız rekabet yaratıldığı ileri sürülmüştür. Peki bir içeceğin uyku getirici nitelikte olması kime göre kötüdür? Kuşkusuz ki uykusuzluk rahatsızlığı çeken ya da örneğin akşam yemeğinden sonra erkenden uyumak isteyen bir tüketici açısından ayrıncının uyku getirici olarak nitelendirilmesi “kötü” bir durum yaratmaz; tam tersi sırf bu yüzden bile tüketici yemekle birlikte ayrıncı tüketmek eğiliminde olabilir. O halde “ortalama tüketici” kriterinin kimi, hangi çevreyi ifade ettiği ve bu çevrenin algısı incelenirken hangi verilerin dikkate alınması gerektiği somut olay değerlendirmesinde önem taşımaktadır. Ortalama tüketici ölçütü ile ilgili bahsi geçen ve çalışmamızın da konusunu oluşturan bu sorulara yanıt aramadan önce “kötüleyici reklam” olgusunun mevzuatta ne şekilde düzenlendiğini ve kavramsal olarak ne ifade ettiğini tespit etmek yerinde olacaktır.

## I. KÖTÜLEYİCİ REKLAMLARIN MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ

Kötüleyici reklamlara ilişkin olarak, ulusal mevzuatın farklı alanlarında çeşitli hükümlere rastlamak mümkündür. Her şeyden önce kötüleyici reklamlar, dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemlerinin kanunda yer alan örneklerinden biri olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 55. maddesi kapsamında yer almaktadır. Nitekim TTK m.55/1, a-1 gereğince, başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek haksız rekabet yaratan fillerdendir. Bunun yanında TTK kötülemeyi, karşılaştırmalı reklamlar bakımından da gözetilmesi gereken bir husus olarak değerlendirmiş ve bir işletmenin kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmanın haksız rekabet olacağını TTK m. 55/1, a-5 ile hükme bağlamıştır. Söz konusu hükümlere dayanarak dava açabilecek kişiler TTK m. 56’da belirtilmiş olup bunlar; müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kişiler, ekonomik çıkarları

---

<sup>3</sup> 11.08.2015 tarihli 239 Sayılı Reklam Kurulu toplantısında “Dosya No: 2015/967” için alınan söz konusu karara <https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari> linkinden ulaşılabilir.

zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler ile bu kişilerin menfaatlerini korumaya yetkili kurum ve kuruluşlardır.

Ticari reklamlarla ilgili bir diğer düzenleme de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 61. maddesinde yer almaktadır. Kanunda kötüleyici reklama yönelik özel bir ifade yer almamaktadır. Ancak TKHK m. 61/II'de reklamların genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmalarının esas olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla ticari reklamlarda rakipleri kötüleyici ifadelerin kullanılması, yukarıda anılan hükümlerin yanında TKHK m. 61/II'ye de aykırılık oluşturacaktır. Nitekim TKHK'ya dayanılarak hazırlanan 10/1/2015 tarihli ve 29232 sayılı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği<sup>4</sup> de 10. maddesi ile reklamların; hiçbir kişi, kurum veya kuruluşu, ticari ya da mesleki faaliyeti, malı ya da hizmeti, reklamı veya markayı aşağılayamayacağını, açıkça alay konusu edemeyeceğini ve benzeri bir biçimde kötüleyemeyeceğini öngörmüştür. Aynı yönetmelikte karşılaştırmalı reklamları düzenleyen m. 8/I-g ise kötüleyici reklamı, esasen yasal olan karşılaştırmalı reklamın yasal olmayan bir icra ediliş şekli olarak değerlendirmiş ve karşılaştırmalı reklamın, rakiplerin fikri ve sınaî mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması gerektiğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeler, kötüleme fiilinden etkilenen rakipler dava açmasa dahi Reklam Kuruluna,<sup>5</sup> 03.07.2014 tarihli Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 7. Maddesi uyarınca re'sen inceleme ve denetleme yetkisi vermektedir.<sup>6</sup> Söz konusu idari denetimi Reklam Kurulu tüketicilerden gelen başvuru üzerine de gerçekleştirebilir (Reklam Yönetmeliği m. 8).

Reklamlarda kötüleme Avrupa Birliği mevzuatında da düzenlenmiştir. 12.12.2006 tarih ve 2006/114 sayılı Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Direktifi'nin 4/d maddesine göre, karşılaştırmalı reklam rakip bir firmanın ticari markalarının, ticari unvanlarının, diğer ayırt edici markalarının, mallarının, hizmetlerinin, faaliyetlerinin, ya da içinde bulunduğu şartların itibarını zedelemeyecek veya kötülemeyecek tarzda yapılmalıdır.

Mehaz İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (UWG) Art. 3 lit. 1-a hükmü de başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalar yoluyla kötülemek fiilini haksız rekabete örnek teşkil eden fiiller arasında saymış-

---

<sup>4</sup> Çalışmanın bundan sonraki bölümünde yalnızca "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> T.C Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan Reklam Kurulunun yapısı, işleyişi ve tüketicinin hukuka aykırı reklamlara karşı korunması bakımından rolü için bkz: Numan Tekelioğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 150 vd.

<sup>6</sup> Bkz. İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ekin Yayınevi, Eylül 2016, s. 77.



tır. Bu genel düzenlemenin yanında karşılaştırmalı reklamlar Art. 3 lit 1-e hükmünde ayrıca düzenlenmiş ve esasen hukuka uygun olan karşılaştırmalı reklamların, bir işletmenin kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırma içermesi halinde haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir. Anılan hükümler açısından UWG ile TTK paralellik göstermektedir.

Görüldüğü gibi kötüleme fiili gerek sıradan reklamların gerekse karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırılığı sonucunu doğurabilmektedir. Karşılaştırmalı reklamları sıradan reklamlardan ayıran pek çok unsur elbette ki vardır; ancak “kötüleme” fiili her iki reklam türü açısından aynı şekilde yorumlanmalıdır. Zira aksine bir çıkarım yapılmasına imkân verecek bir yasa hükmü bulunmamaktadır.

## II. KAVRAM OLARAK “KÖTÜLEYİCİ REKLAM”

### A. Konusu ve İcra Ediliş Şekli

Kötüleyici reklamlara ilişkin yukarıda anılan normlarda “kötüleyici reklam” ya da “kötüleme” kavramlarına dair bir tanım yer almamış, yalnızca kötüleme fiilinin konusuna ve icra ediliş şekline yönelik açıklamalarda bulunulmuştur. Doktrinde kötüleme “bir kişi hakkında olumsuz intiba yaratılması”<sup>7</sup> ya da “muhatabın üzerinde olumsuz etki yapan, her türde ve içerikteki karalayıcı veya küçültücü açıklama”<sup>8</sup> olarak tanımlanmıştır. Mevzuata göre kötülenin konusunu oldukça geniş bir yelpaze oluşturur. Bir kimsenin kendisi<sup>9</sup> (dolayısıyla kişilik hakkı)<sup>10</sup>, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, ürün fiyatları, fikri ve sınai

---

<sup>7</sup> Füsün Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 131; aynı şekilde Cüneyt Bellican, Bir Haksız Fiil/Haksız Rekabet Fiili Olarak Başkalarının Ya Da Ürünlerinin Kötülenmesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı: 111, Şubat 2019, s.664.

<sup>8</sup> R. Tamer Pekdiğer, Kötüleme Suretiyle Haksız Rekabet Eylemi ve Bazı Özel Durumlar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Temmuz 2017 Özel Sayı) Cilt 16, Sayı 2, s. 514

<sup>9</sup> “Kendisi” demek reklamdaki kötüleyici ifadelere konu olan kimselerin ille de bir ya da birkaç kişiden oluşması ve bunların da ismen teşhis edilebiliyor olması demek değildir. Belirlenebilir bir gruba işaret ediliyor olması yeterlidir. Buna karşın, bütün rakiplere yönelik kullanılan ifadelerin hukuken değerlendirilmesi nispeten daha zordur ve her somut olayda farklılık gösterebilir. Örneğin “bırakın pahalı rakip ürünleri, bizi tercih edin” gibi bir ifade, tüm rakiplerin ürünleri daha pahalı olmasa dahi hukuka aykırılık teşkil etmezken (bu bağlamda kıyaslayınız: OLG Hamburg GRUR 1992, 531), “tek kaliteli marka bizimki” gibi bir ifade kötüleyici reklam sayılabilir.

<sup>10</sup> Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde, kişilik hakkına yapılan saldırının unsurları ile hukuka aykırılığı, 25. maddesinde ise, kişilik hakkına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla reklamdaki ifadeler nedeniyle kişilik hakkı zedelenen kimsenin bu hükümler gereğince kanun yollarına başvurması mümkündür (ayrıca bkz. Nomer Ertan, s. 146 vd).

mülkiyet hakları gibi bir işletmenin kendisinin ya da onu işletenlerin “maddi ya da manevi değerini” oluşturabilecek her türlü olgu, kötüleme fiilinin konusudur.

Söz konusu hükümlerde ayrıca kötüleme davranışının yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalar yoluyla icra edilebileceğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Yanlış açıklamalar, bilgi açıklamaları niteliğinde olup iddia edilen durumun gerçeği yansıtmaması ya da gerçeği yansıttığına dair kesin kanıtların mevcut olmaması halinde söz konusu olabilir.<sup>11</sup> Yanıltıcı açıklamalar ise, içeriği doğru dahi olsa tarzı ve içeriği ile birlikte değerlendirildiğinde açıklamanın muhatabının yanılgıya düşmesine sebep olabilecek beyanlardır.<sup>12</sup> Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir husus şudur ki, yanlış veya yanıltıcı beyanlar yalnızca kötüleyici reklamlar kapsamında değil, bunun yanında TTK m. 55'te yer alan diğer bazı hallerde ve aldatıcı karşılaştırmalı reklamları düzenleyen Yönetmelik m. 8/1-b ile diğer her türlü aldatıcı eylemi düzenleyen Yönetmelik m. 29 kapsamında da hukuka aykırılığın unsurlarından biri olarak anılmıştır. Avrupa Birliği'nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönergesi'nin 2. Maddesinde aldatıcı reklam, “sunulması da dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan reklamlar” olarak tanımlanmıştır. Uygulamadaki örneklerine bakıldığında,<sup>13</sup> aldatıcı reklama yol açan yanlış ve yanıltıcı açıklamaların, daha çok reklam veren işletmenin kendi bünyesindeki mal ve hizmetlere ve benzeri değerlere yönelik açıklamalar niteliğinde olduğu görülmektedir.<sup>14</sup> Dolayısıyla mevzuatta “aldatıcı reklam” olarak ifade edilen reklamı yapan işletmenin amacı esasen kendi ürün ya da faaliyetlerini olduğundan daha iyi göstererek rakiplerine nazaran öne çıkarmak iken kötüleyici reklamı yapanın/yaptırtanın amacı, rakip firmaları yanlış ve yanıltıcı açıklamalarla kötü göstererek kendini öne çıkarmaktır. Ancak her iki hukuka aykırılık türünün somut olayda bir arada var olması da mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu'na göre yanlış ve yanıltıcı reklamlar dışında kötüleyici reklamların bir diğer icra edilmiş şekli de rakibi gereksiz yere incitici açıklamalar kullanmaktır. Gereksiz yere incitici beyanlar TTK m. 55/1, a-1 gerekçesinde

---

<sup>11</sup> Ansgar Ohly, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), § 4 Rn. 1/19, 7. Basım, Münih 2016; Pekdiñer, s. 516.

<sup>12</sup> Nomer Ertan, s. 139; Pekdiñer, s. 517.

<sup>13</sup> Çeşitli sektörler bakımından tüketicilere yönelik aldatıcı reklamlara ilişkin örnekler için bkz. Ergun Özsunay/Murat Özsunay, Mili Şerh, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 994-997.

<sup>14</sup> TTK m.55/1, a-2 bakımından ise bu husus “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” ifadesiyle açıkça düzenlenmiştir.

“amacını aşan değer yargıları” olarak tanımlanmıştır. Bir eleştiriyi amacını aşan değer yargısına dönüştüren şey ise “o eleştirinin yapılmasındaki ölçsüzlük ve uygun olmayan üslup” olarak ifade edilmiştir.<sup>15</sup> Böylesine bir amacını aşma durumu varsa, yapılan beyanla ilgili olarak gerçeklik payı olsa dahi eleştiri (beyan) incitcidir. Bununla birlikte incitici açıklamalar, sadece açık bir eleştiri şeklinde değil, diğer şekillerde, örneğin sözlü veya yazılı ifadeler, görüntüler, işaretler, jestler, mimikler, sesler yoluyla da yapılabilir.<sup>16</sup>

Öte yandan gerek yanlış gerekse yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici açıklamaların, piyasa katılımcılarını etkilemeye yönelik ortamlarda yapılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle, iki arkadaşın sohbeti esnasında geçen veya doğrudan rakibin kendisine iletilen sözler ya da benzer açıklamalar kötüleyici ifadeler içerse dahi yukarıda anılan hükümlere aykırılık oluşturmazlar.<sup>17</sup>

## B. Kapsamı

TTK m. 55/I, a-1 gerekçesinde kötüleminin kapsamına da yer verilmiştir. Buna göre kötüleme, somut olaya göre karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsetmeyi ve düşürmeyi de kapsayan bir olgudur. Yönetmeliğin 10. maddesi ise reklamların; hiçbir kişi, kurum veya kuruluşu, ticari ya da mesleki faaliyeti, malı ya da hizmeti, reklamı veya markayı aşağılayamayacağını, açıkça alay konusu edemeyeceğini ve benzeri bir biçimde kötüleyemeyeceğini öngörmüştür. Kötüleminin ve açıkça alay konusu etmenin birbirine denk tutulması, her türlü eleştirinin ya da (bir karşılaştırma durumu söz konusu olduğunda) bir ürünün diğerinden daha iyi olan yanlarının açıkça ortaya konduğu her durumun kötüleme fiilini oluşturmayacağı anlamına gelmektedir.<sup>18</sup> Özellikle de haklı bir nedene dayalı olarak yapılan eleştirilerin, reklamın hukuka aykırılığı sonucunu doğuracak nitelikte “kötüleme” sayılacağından bahsedilemez.

Gerek TTK gerekse Yönetmelik bakımından bir açıklamanın “kötüleme” sayılabilmesi için, bunun objektif olarak haksız olması ya da haklı olmanın bahsettiği sınırlar dışında bir üslup ile ortaya konması gerekir. Tüm bu olgular ışığında, kötüleyici reklamları, “bir kişiye veya gruba ait maddi ve manevi

---

<sup>15</sup> Karşılaştırmalı reklamlar bakımından ayrıca bkz. **Emrehan İnal/Başak Baysal**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 61-62; **Hediye Bahar Sayın**, Haksız Rekabet Açısından Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Türleri, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences, Yıl: 2017) s, 258-259; **Savaş Bozbel**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 112.

<sup>16</sup> Örneğin Köln İstinaf Mahkemesi bir kararında (OLG Köln NJWE-WettbR 1999, 277) rakibin yenik, kıskanç ve çaresiz bakışlarla görselleştirilmesini hukuka aykırı bulmuştur.

<sup>17</sup> **Nomer Ertan**, s. 132 vd.

<sup>18</sup> **İnal/Baysal**, s. 61; Sayın, s.258; **Hermann-Josef Omsels**, Kommentar zum UWG (Editörler: Henning Harte-Bavendamm/FraukeHenning-Bodewig), 4. Basım, Münih 2016, § 4 Nr. 1, Rn. 18.

değerleri oluşturan olguları nesnel bir haklılığa dayanmaksızın karalayan, perdeleyen, küçümseyen ve/veya benzer bir şekilde zedeleyen yanlış, yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici açıklamalar” olarak tanımlamak mümkündür.

### C. Kötülemenin “haksızlığı”

#### 1. Kötülemenin önemli derecede olması

Tüketici hukuku ve haksız rekabet hukukunda kötüleme fiili ile ilgili yukarıda anılan şekilde bir “haksızlık” unsurunun var olabilmesi için her şeyden önce kötülemenin “önemli” olması, yani rakibin itibarını veya rakip işletme aleyhine tüketicinin satın alma kararını etkileyebilecek nitelikte olması gereklidir.<sup>19</sup> Doktrinde bu durum TTK’da düzenlenen kötüleyici reklamlar açısından “yaratılan olumsuz intiba ancak kişinin ticari hayatını da etkilemesi durumunda haksız rekabet olarak nitelendirilir” demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.<sup>20</sup> Aynı tutum, Yönetmelik m.8/1-g ve m.10’da düzenlenen kötüleyici reklamlar bakımından da aranmalıdır. Zira bu hükümlerin yasakladığı fiillerde de kötüleyici açıklamaların yöneltildiği kişi ya da nesnelere yönelik bir itibarsızlaştırma ya da olduğundan daha değersiz gösterme durumu söz konusudur. Yukarıda da işaret edildiği üzere, Yönetmelik’te kötülemenin ve açıkça alay konusu etmenin birbirine denk tutulduğu görülmektedir. Bu nedenle sadece piyasa aktörlerinin gözünde bir “itibar ya da değer azalması”<sup>21</sup> ihtimali yaratan fiiller, reklamlar bakımından kötüleyici kabul edilmelidir.<sup>22</sup>

Kötülemenin önem derecesini “kötülemenin haksızlığı” incelemesine dâhil etmek istememizdeki sebep, burada herhangi bir ortamda yapılan kötüleyici açıklamalardan değil, ticari reklamlardan bahsediyor olmamızdır. Bu reklamların belli bir ölçüde mizah, abartı ve ironiden beslendiği hususu bugün herkesçe kabul edilen bir gerçektir. Özellikle de karşılaştırmalı reklamlarda rakibe yönelik belli bir “dokundurma” bu reklam türünün kendi kavramsal özelliğini oluşturur. Dolayısıyla, reklamda ortaya konan ifadeler reklamın yöneldiği kesimce hiçbir şekilde ciddiye alınmayacak nitelikte iseler ve söz konusu kesim reklamdaki mizahi unsurları kolaylıkla ayıklayıp kendisi için gerekli olan bilgiyi içinden seçip alabilecek durumdaysa, kullanılan ifadeler

---

<sup>19</sup> İsviçre için bkz. **Lorenza Ferrari Hofer, David Vasella**, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRGund KKG, Art. 3, s. 445; Nicolas Schwarz, *Werberecht-Ein Leitfaden für Praktiker*, s. 36.

<sup>20</sup> **Nomer Ertan**, s. 131.

<sup>21</sup> Nitekim kötüleyici reklamın yukarıda anılan AB Yönergesinde kullanılan “herabsetzende Werbung” şeklindeki Almanca ifadesi ile “Denigrating Advertising” şeklindeki İngilizce ifadelerinde de kavramsal olarak bir değer azalması unsuru görülmektedir. Öte yandan aldatıcı reklamların da hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi için “önemli olma” şartı aranmış ve bu da aldatıcı reklamların Yönerge’de “ekonomik davranışları etkilemesi muhtemel olan” şeklinde ifade edilmesinden kaynaklanmıştır.

<sup>22</sup> **Ohly**, § 4 Rn.12.

kötüleyici sayılmazlar.<sup>23</sup>

O halde haksızlık unsurunun tespitinde reklamdaki beyanın hangi bütünlük içerisinde kullanıldığı değerlendirilmelidir. Reklamın içerisinden tek bir kelime ya da cümle cımbızla seçilip büyüteç altına tutulmamalı, ifadelerin bütününe bakılmalıdır.<sup>24</sup>

## 2. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması

İşletmenin itibarını zedelemeye yönelik bir ifade ya da beyanın reklamda kullanıldığının tespiti de her zaman “haksızlık” unsuru için tek başına yeterli değildir; zira somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması ihtimali de söz konusudur.<sup>25</sup> Bu bağlamda ilk akla gelen, anayasal güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden basın özgürlüğü<sup>26</sup> ile düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüğüdür.<sup>27</sup> Nitekim Anayasa m. 26 ve AİHS m. 10 herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Ticari ve ekonomik kazanç gütmeye amacıyla reklam vb. mecralarda ortaya konan ifadelerin (commercial speech) de bu bağlamda korunması gerekliliği genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu korumanın kapsamının ekonomik ve ticari amaçla kullanılmayan (örneğin siyasi, bilimsel ve sanatsal) ifade ve beyanlar ile

<sup>23</sup> Bilhassa Almanya’da bu durumu vurgulayan çok sayıda mahkeme kararı vardır. Örnek olarak bkz. BGH GRUR 2002, 828, 830 – Lottoschein; BGH GRUR 2002, 982, 984 – Die „Steinzeit“ ist vorbei!; BGH GRUR 2010, 161 Rn 20 – Gib mal Zeitung; ayrıca bkz. **Omsels**, § 4 Nr 7 Rn 18.

<sup>24</sup> **Ohly**, § 4 Rn. 1/14.

<sup>25</sup> Bu durumu, kötülemenin “gereklilik” kıstası taşıyıp taşımadığı bağlamında inceleyen yazarlar mevcuttur: bkz. örn., **İnal/Baysal**, s. 62.

<sup>26</sup> Yargıtay bir kararında (11. H.D. E. 2018/1519, K. 2019/3205, T. 29.4.2019) “*Davalı tarafından kaleme alınan yazıda kullanılan ifadelerin ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. AİHM’in yerleşik içtihatlarında, ifade özgürlüğünün sadece kabul edilen, zararsız ya da farklı olan bilgi ya da düşünceler için değil, ayrıca hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğu ifade edilmekte, kamu yararı bakımından özel bir önem atfedilen basın özgürlüğünün ise bir derece abartıyı ve hatta tahriki bile sınırları kapsamına aldığı belirtilerek, basının okuyucuların ilgisini çekebilme adına sansasyonel ve rahatsız edici ifadeler kullanarak haber yapabileceği ve basın yoluyla bu şekilde görüş açıklanabileceği kabul edilmektedir. Yapılan açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, her ne kadar davalı tarafından kaleme alınan yazıda davacı şirket yöneticisine hitaben “küstah” ve “cingöz recai” gibi ifadeler kullanılmışsa da, anılan ifadelerin incitici nitelikte kabul edilemeyeceği, reklamcılık alanında öğretim görevlisi olarak görev yapan davalı tarafından bu alanla ilgili bir hususta toplumu ve ilgili tüketiciyi bilgilendirme amacıyla sansasyonel ve rahatsız edici ifadeler kullanılarak kaleme alınmış bir eleştiri niteliğinde olduğu ve belirtilen nitelikleri hasebiyle haksız rekabet teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenlerle, mahkemenin, anılan ifadelerin incitici niteliği hasebiyle haksız rekabet teşkil ettiği şeklindeki görüşü isabetli bulunmamış, mahkemenin kabul şekli nazara alınarak hükmün anılan nedenlerle de bozulmasını gerektirmiştir.” ifadelerine yer vermiştir (www.kazanci.com)*

<sup>27</sup> Ayrıca bkz. **Pekdiğer**, s. 523 vd.

aynı ölçüde olup olmayacağı konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur.<sup>28</sup> Bir görüşe göre ticari çıkarlara hizmet eden ifadeler, siyasi ifadeler ve sanatsal ifadelere göre daha az koruma görmelidir.<sup>29</sup> Ancak böyle bir üstün tutmayı haklı kılabilecek bir sebep anayasanın ilgili maddelerinde yer almamaktadır. Öte yandan ticari ve ekonomik kazanç gütmeye amacıyla ortaya konan ifadelerin aynı zamanda hiciv, parodi, pandomim gibi sanatsal ifadeler ile kendini gösteriyor olması da mümkündür. Bu durumda reklamda kullanılan ifadelerin, sanat özgürlüğü kapsamında hukuka uygunluk nedeni oluşturması da mümkündür.<sup>30</sup>

Ne var ki reklamlarda kullanılan siyasi, mizahi, bilimsel ve sanatsal ifadelerin hukuka uygunluk nedeni oluşturması mutlak olmayıp yapılacak olan hukuki değerlendirmede reklam veren ve reklamdaki ifadelerden zarar gördüğü iddiasında bulunan işletme arasındaki menfaat dengesinin de göz önüne alınması gerekmektedir. Her ne kadar ifade özgürlüğü, ifadenin ne ile ilgili olduğu önemli olmaksızın Anayasal koruma altında olsa da bu temel hakkın karşısında yer alan “olumlu prestiji koruma” çıkarı da Anayasa’nın 48 vd. maddeleri ile güvence altına alınan çalışma hürriyetinin bir yansımasıdır. İki temel hakkın karşı karşıya geldiği bu tip durumlarda menfaat dengesinin ne şekilde çözüleceğine ilişkin olarak, kullanılan ifadelerin maddi olgulara mı yoksa değer yargılarına mı dayandığı önem taşımaktadır.

Şayet reklamdaki ifadeler, rakiplerle ilgili maddi olgulara, yani doğru ya da yanlış şeklinde ispatlanabilecek vakalara dayanıyorsa, iddiaların yanlış ya da doğruluğunun kanıtlanamıyor olması reklamda kullanılan ifadeyi haksız kılar.<sup>31</sup> Dolayısıyla örneğin “en iyi reklamımızı rakibimizin ürünleri yapıyor” şeklinde bir ifade, içinde mizahi öğeler barındırıyor olsa da reklamın bütünü değerlendirildiğinde haksız bir kötüleme fiili teşkil edebilir.<sup>32</sup> Buna karşın gerçek olguları temel alan ithamlar (örneğin rakibin reklamda konu edilen hizmetler bakımından arz potansiyelinin sınırlı olduğuna ya da rakip ürünlerin fiyatının daha pahalı olduğuna işaret eden gerçeği yansıtan açıklamalar) uygun bir üslup ile kullanıldığı ve gereksiz yere incitici olmadığı sürece hukuka uygundur.<sup>33</sup> Gereksiz yere incitici olup olmama bakımından reklamın hedef

---

<sup>28</sup> Konu için bkz. **Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları, 11. Basım, Ankara 2016, s. 378; **Eike Ullmann**: Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 448.

<sup>29</sup> Bkz. örn. **Angshar Ohly**: Das neue UWG –Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, 889, 893.

<sup>30</sup> **Volker Michael Jänich**, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Basım, Münih 2014, § 4 Rn. 37; İsviçre için bkz. Samue Lötscher, DieMarkenparodie, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Band/Nr. 104, 2017, s.329 vd.

<sup>31</sup> BGH WRP 2012, 77 Rn. 27 – Coaching-Newsletter; OLG Köln WRP 2013, 938 Rn. 15.

<sup>32</sup> KG Berlin, Urteil vom 18.09.1998 – KG Aktenzeichen 25U607397 25 U 6073/97

<sup>33</sup> **Klaus Ikaş/Matthias Eck**, Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Basım, Münih 2017, § 6 (UWG) Rn. 111; ayrıca bkz. **İnal/Baysal**, s. 62.

kitlesinin bilgilenme hakkının hukuken korunan kapsamına da dikkat etmek gerekir. Rakibin gizli ve özel alanına dair yapılan gerçeğe uygun açıklamalar genellikle hedef kitlenin bilgilenme hakkının kapsamı dışında ve dolayısıyla haksız kabul edilebilecek iken,<sup>34</sup> rakibin önceden işlenmiş bir suç veya tatsız bir olaya adının karıştığına reklamda ifşa edilmesi somut olaydaki diğer durumlar ile birlikte değerlendirildiğinde hukuka uygun kalabilir.<sup>35</sup>

Değer yargıları ise bir gerçekliği değil, bir değerlendirmeyi içeren ifadelerdir. Esasen ifade özgürlüğü kapsamında geniş koruma görmesi gereken reklam ifadeleri de bunlardır. Değer yargısı görünümündeki bir açıklamanın temel aldığı olgular ne kadar gerçek ve reklamın hedef kitlesinin aydınlatılmasına hizmet eder tarzdaysa, bu açıklamanın ifade özgürlüğü koruması altında kalması da o kadar mümkündür.<sup>36</sup> Bir nesnelığe dayanmayan (yani rakiplerin ya da toplumdaki başkaca kişi ya da kesimlerin herhangi bir faaliyetini değil de doğrudan kendisini hedef alan) söylemlerde bulunmak ise hukuka uygunluk argümanından faydalanamaz.<sup>37</sup> Bir kimseyi halkın düşmanlığına ve aşağılamasına sebep olacak tarzda reklamda kötülemek, onun için namus ve onuruna dokunacak fiil yakıştırmalarında bulunmak, şeref ve haysiyetine sövmek ve küfretmek bakımından da durum aynı şekildedir. Zira insan onurunun mutlak dokunulmazlığı karşısında herhangi bir menfaatin hukuken üstün gelme şansı yoktur.

Reklamda bir kimseye ait din, dil, ırk, inanç, köken gibi unsurları kötülemek de yine mutlak surette reklamın hukuka aykırılığı sonucunu doğurmakla birlikte, bu tarz reklamların Yönetmelik m. 10'daki düzenlemeden de evvel m.5-d kapsamında<sup>38</sup> hukuka aykırılık oluşturacağı ve menfaat dengelerinin tespit edilmesi vs. gibi başkaca bir değerlendirmeye gerek kalmaksızın yaptırıma tabi tutulacağı açıktır.

### III. KÖTÜLEYİCİ REKLAMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ORTALAMA TÜKETİCİ ALGISININ ROLÜ

#### A. Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve buna bağlı yönetmelik açısından geçerli olan genel ilke, reklamların hukuka aykırılığının tespitinde reklamın muhatabının bakış açısının esas alınmasıdır.<sup>39</sup> Reklam verenin, reklamda

---

<sup>34</sup> Jänich, § 4 Rn. 37

<sup>35</sup> Ohly, § 4 Rn. 1/19; ayrıca bkz. Pekdiñer, s. 522.

<sup>36</sup> Ohly, § 4 Rn. 1/20; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 37. Basım, Münih 2019, UWG § 4 Rn. 1.18.

<sup>37</sup> Omsels, § 4 Abs. 1 Rn. 27.

<sup>38</sup> Anılan hükme göre reklamlar, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri özelliklere yönelik kötüleme, istismar, önyargı veya ayrımcılık içeremez.

<sup>39</sup> Her ne kadar bu ilke, TKHK ve Yönetmelik'te ticari reklamları değil de haksız ticari uygulamaları



kullanılan ifadeler bakımından kötüleme niyetiyle hareket edip etmediğinin ya da kullandığı ifadelerin anlamı ya da etkileri konusunda bilinçli olup olmadığının ise bir önemi yoktur. Haksız rekabet hukuku bakımından da durum aynı şekildedir.<sup>40</sup> TTK'da düzenlenen kötüleyici reklamların, esasen reklamı yapan işletmenin rakiplerinin çıkarlarını korumak amacıyla yasaklanması ve tüketicilerin çıkarlarını yalnızca dolaylı yoldan koruması, reklamın onu izleyen müşteri kitlesi gözünden değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Bununla birlikte hukuki değerlendirmeye hedef kitleyi oluşturan bireylerin gösterdiği “her türlü düşünce, tutum ve algı” esas alınmaz. Buradaki kıstas, ortalama bir tüketicinin gösterdiği davranış modelidir.<sup>41</sup> Yönetmelik ortalama tüketiciyi “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamıştır (m. 4/I-j). Dolayısıyla hukuk uygulayıcıları, önlerine gelen olaylarda karar verirken kendilerini ortalama bir reklam izleyicisinin yerine koymalı, gerekli hallerde bu kimselerin bakış açısının tespit edilmesi için anket ya da uzman görüşü gibi verilerden yararlanmalıdır.

İncelemenin bundan sonraki kısmında reklamın yöneldiği hedef tüketici grubunun ve bu gruptaki ortalama tüketici modelinin kötüleyici reklamlar açısından nasıl tespit edilmesi gerektiği tartışılacaktır.

## **B. Kötüleyici Reklamın Hangi Unsurları Bakımından Reklamın Hedef Kitlesinin Görüşünün Esas Alınacağı Sorunsalı**

Reklamların kötüleyici olup olmadığının tespitinde, reklamın muhatabının bakış açısının esas alınması pek çok noktada büyük önem arz eder. Bununla birlikte “bir kişiye ait maddi ve manevi değerleri oluşturan olguları nesnel bir haklılığa dayanmaksızın karalayan, perdeleyen, küçümseyen ve benzer bir şekilde önemli ölçüde zedeleyen yanlış, yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici açıklamalar” olarak tanımladığımız kötüleyici reklamların somut olayda mevcut olup olmadığına dair yapılacak nihai tespitte reklamın hedef kitlesinin bakış açısını esas almak duruma uygun değildir. Zira tanım, “haklılığa dayanmayan” ve “gereksiz yere” gibi ampirik dayanaklar ile ortaya konması mümkün olmayan, salt hukuki tespitler gerektiren unsurlar içermektedir. Örneğin reklamlarda

---

düzenleyen hükümlerde yer almış olsa da (bkz. TKHK m. 62 ve Yönetmelik m. 28 vd.) ticari reklamlar bakımından da uygulanmalıdır. Zira TKHK gerekçesinde “Tüketicilere Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi” ile uyumun hedeflendiği belirtilmiş olup söz konusu Yönerge m. 2-d hükmünde ticari uygulamalar “bir işletmenin, ürünün tüketiciye tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olan her türlü işlem, ihmal, davranış veya beyanı ile reklam ve pazarlamayı da içeren ticari iletişimi” olarak tanımlanmıştır.

<sup>40</sup> **Nomer Ertan**, s. 143; ancak tazminat talebi söz konusu olduğunda reklam verenin kusuru olup olmadığı önem taşır.

<sup>41</sup> **Bellican**, s. 667; **Nomer Ertan**, s. 143.

kullanılan ifadelerin, koruması altında olduğu düşünce ve ifade özgürlüğünün diğer anayasal menfaatlerle çatışması halinde hakkaniyetin hangisinden yana geleceği, reklamın muhatabının bakış açısıyla tespit edilemez. Ancak elbette ki hukuk uygulayıcıları değerlendirme yaparken haklılık ve hukuka uygunluk kriterlerini reklamın yöneldiği kesimin sosyal ve kültürel yapısını göz önüne alarak tespit etmelidir. Dolayısıyla salt hukuki değerlendirme yapılırken bile reklamın yöneldiği toplum kesiminin özel durumları gözetilmek durumundadır.

Kötülemeye yönelik ifadeler “yanlış” ise ve haksızlığını da bu noktadan alıyorsa, “yanlış olma” tespiti de kural olarak (çok açık bir abartı teşkil etmediği sürece)<sup>42</sup> ortalama tüketici bakış açısından yapılamaz.<sup>43</sup> Tam tersinden bakılacak olursa da örneğin “Trademark (ticari marka)” kelimesinin kısaltması olan “TM” ibaresini reklamı yapılan ithal ürünlerin markası üzerinde kullanan bir işletme, toplumun geneli bu ibareyi “Türk Malı” kelimesinin kısaltması olarak biliyor diye yanlış bir açıklamada bulunmakla itham edilemez.<sup>44</sup>

Kötüleyici reklamların çekirdek unsurunu oluşturan “kötü” kavramının kendisi; özellikle de kullanılan ifadelerin karalama, perdeleme, küçümseme niteliğinde olup olmadığı ise reklamın muhatabının bakış açısıyla tanımlanmaya uygun; hatta tanımlanması gerekli bir kriterdir.<sup>45</sup> Kötülemenin “önemli” derecede olduğu, yani tartışma konusu ifadelerle konu olan kimseye ya da ürünlere yönelik tüketicinin tutum ve davranışlarını etkileyebilecek nitelikte olduğunun tespiti de yine bu bakış açısıyla değerlendirilmelidir.<sup>46</sup>

### C. İlgili Tüketici Grubunun Belirlenmesi

Reklamların hukuka uygunluğu, belirli bir tüketici kitlesi tespit edilip onun bakış açısı esas alınarak denetlenir. Peki söz konusu tüketici grubu nasıl belirlenmelidir?

Genel olarak reklamlar, herkesin görebileceği, izleyebileceği veya dinleyebileceği mecralarda yayımlanmış olsalar da konu aldıkları ürün ya da hizmet türü bakımından her zaman herkese hitap etmezler. Bazen, ürünün hedef aldığı özel bir tüketici kitlesi olabilir. Diyabetlilere yönelik hazırlanan özel besinler, çocuklara hitap eden ürünler, hamilelere özel kıyafetler ya da oldukça yüksek bir gelir seviyesine sahip kişilere yönelik yapılan reklamlar buna örnektir.

---

<sup>42</sup> **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19. Baskı, Ankara 2014, s. 319; **Celal Göle**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983; s. 64; **Tekelioğlu**, s. 74.

<sup>43</sup> **Göle**, s. 63.

<sup>44</sup> Bu ve benzer durumlar ancak somut olayın özelliğine göre “yanıltıcı ifade” teşkil edebilir.

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 25. 4. 2002 - I ZR 272/99 (Nürnberg) die „Steinzeit“ istvorbei.

<sup>46</sup> Kıyaslayınız: **Stefan Koos**, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/Büscher/Obergfell), 3. Basım, Münih 2016, § 6 Rn. 255

İşte reklamlar bu tür bir özel müşteri grubuna hitap eder nitelikteyse reklamın hukuka aykırılığının tespitinde yararlanılacak olan tüketici algısı, söz konusu müşteri kesimi ile sınırlandırılmalıdır.<sup>47</sup> Ancak burada kastedilen tüketici grubu, sadece reklamı yapılan ürünü hali hazırda satın almış olan kimselerden oluşmaz. Potansiyel alıcılar (çok teorik olmadığı sürece) ve kendisi satın almasa da söz konusu ürün veya hizmeti doğrudan kullananlarda hukuki değerlendirmeye esas alınacak muhatap kitleyi oluştururlar.<sup>48</sup>

Eğer bu türden bir özel müşteri grubu yoksa, günlük hayatta pek çok kişi tarafından sıklıkla kullanılan ürünler ya da faydalanılan hizmetler bakımından ülkedeki genel tüketici kesimi dikkate alınmalıdır. Tüketici grubunu reklamı yapılan ürünün spesifik niteliklerine göre daraltmak, sınırlandırmak yersizdir. Yani söz gelimi reklamda asitli bir içecek tanıtımı yapılmaktaysa, tüketici grubunu “asitli içecek sevenler” olarak değil, genel nüfus olarak belirlemek gerekir.<sup>49</sup> Yine bu durumda da hem aktif ve potansiyel alıcılar hem de ürünü doğrudan veya dolaylı olarak kullananlar değerlendirmeye dâhil edilmelidir.

Reklam hukukunda genel ilke yukarıda izah edilen şekilde olmakla birlikte, kötüleyici reklamlar bakımından akla bir soru gelebilir ki o da reklamda tanıtımı yapılan mal ve hizmet türü ile reklamda kullanılan ifadeler yoluyla hakları zedelendiği iddia edilen işletmenin mal ve hizmet türü arasında bir fark olduğunda hangi tüketici kesiminin bakış açısının dikkate alınacağıdır. Kanımızca bu sorunun cevabı açıktır: Kötüleme neye yönelikse o şeyin hitap ettiği tüketici kesimi dikkate alınmalıdır. Farazi bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; çok pahalı olan ve bu nedenle sadece belirli bir gelir seviyesinin üstündeki tüketici kesimine hitap eden “yemek saklama kapları” üreten bir firma “*piyasada doğru dürüst buzdolapları satılsaydı biz de böyle özel kaplar üretmek zorunda kalmazdık*” şeklinde ifadeler barındıran bir reklam yapsaydı, burada kullanılan ifadelerin kötüleyici olup olmadığının tespitinde gelir seviyesi yüksek olan ve söz konusu saklama kaplarını alabilme ihtimali olan kesim değil, genel olarak tüm tüketici grubunun bakış açısını esas almak gerekirdi. Zira buzdolabı, toplumun genelinde kullanılan ve herkese hitap eden bir ürün niteliği göstermektedir.

Öte yandan, daha önce belirttiğimiz gibi kötüleyici reklamdan söz etmek için kötüleme fiilinin mutlaka belli bir ürüne yönelik olması gerekmez; rakibin ya

---

<sup>47</sup> **Mehmet Ali Aksoy**, Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri Ve Uygulama Örnekler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İÜHFİM) C. LXXIII, s. 290; **Nomer Ertan**, s. 144-145; **Tekelioğlu**, s. 78; İnal/Baysal, s. 27; Gunda Dreyer, Kommenar zum UWG (Editörler: HenningHarte-Bavendamm/FraukeHenning-Bodewig), 4. Basım, Münih 2016, § 3 Abs. 22 Rn. 14;

<sup>48</sup> **Karl N. Peifer/Eva Ines Obergefell**, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/Büscher/Obergefell), 3. Basım, Münih 2016, § 5 Rn. 208; BGH GRUR 1971, 305 307 – Konservenzeichen II.

<sup>49</sup> Alman Federal Mahkemesinin benzer kararları için bkz. BGH GRUR 1982, 672, 674 – Aufmachung von Qualitätsseifen; GRUR 1990, 377, 378 – RDM.

da piyasadaki diğer aktörlerin doğrudan kendilerine yönelik kötuleyici ifadeler barındıran reklamlar da hukuka aykırıdır. Dolayısıyla örneğin “aklı olan tüketici bizim ürünümüzü satın alır” şeklinde reklam yapan bir işletme, tanıttığı ürün hangi tüketici kesimine hitap ederse etsin, kullandığı ifadeler bir genelleme niteliğindedir ve bu nedenle de hukuka aykırılığı toplumun genelinin bakış açısıyla tespit edilmelidir. Doğrudan rakibin kendisini hedef alan ifadeler içeren reklamlarda da yine benzer bir bakış açısı izlenmeli ve hakkında olumsuz ifadeler kullanılan işletmenin tüm faaliyet alanlarındaki müşteri çevresi değerlendirmeye esas tutulmalıdır. Zira “kötüleme” işletmelerin prestijini etkileyen bir husustur. Doğrudan işletmenin kendisine yönelik kullanılan olumsuz ifadeler, ilgili kesim tarafından ciddiye alınması halinde, işletmenin tüm faaliyetlerindeki kazancını ve müşteri çevresini olumsuz yönde etkileyebilir.

O halde kötuleyici reklamlar bakımından somut olayın tüm koşulları dikkatle irdelenmeli ve ilgili tüketici çevresi belirlenirken duruma göre aldatıcı reklamlarda olduğundan daha geniş bir müşteri kitlesinin hukuki değerlendirmeye konu olabileceği göz ardı edilmemelidir.

#### **D. İlgili Tüketici Grubunun Ortalama Üyesi**

Ortalama tüketicinin reklamı algılayış yönündeki bakış açısını tespit etmek için hangi tüketici grubunun değerlendirmeye esas tutulacağını belirlemek yetmez; aynı zamanda ortalama tüketicinin davranış modelini de tanımlamak gerekir. Bu bağlamda gerek ülkemizde gerekse Avrupa Birliği Hukukunda bugüne kadar pek çok bakış açısı benimsenmiş; ancak günümüz itibarıyla ortalama tüketicinin durumun gerektirdiği kadar dikkatli, ortalama düzeyde bilgili, yetenekli ve anlayışlı farazi bir model olduğu yönündeki görüş içtihat ve öğretide yerleşmiştir.<sup>50</sup> Nihayetinde Yönetmelik de ortalama tüketiciyi “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciyeye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamıştır (m.4/1-j). Öyleyse bakış açısı hukuki değerlendirmeye esas tutulacak kimseler, ilgili müşteri kesiminin tüm üyeleri değil, yalnızca makul derecede ihtiyatlı, dikkatli ve bilgili olanlarıdır. Tecrübesiz, çekimser ve ortalamanın altında dikkatsiz ya da bilgisiz tüketiciler ile aşırı dikkatli ve detaycı tüketiciler ise değerlendirme dışı bırakılacaktır.

---

<sup>50</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 18. 11. 2010, Lidl,C-159/09, EU:C:2010:696, Rn. 48; Yargıtay 11. H.D, E.2018/7, K.2019/1957, T. 11.3.2019; **Aksoy**, s. 289; **Emrehan İnal**, Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 93; **Hayrunisa Özdemir**, , Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 75; ayrıca bkz. **Koray Güven**, Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD’ın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y.28 S.120 (Eylül-Ekim 2015), 493-508.

Bununla birlikte reklamın yöneldiği tüketici kitlesinin ortalama üyelerinin, bir başka reklamın ulaşmayı hedeflediği kesimin ortalama üyelerine nazaran daha yüksek ya da daha düşük bir bilgi ya da dikkat düzeyine sahip olabileceği durumlar söz konusu olabilir. Hedef kitlenin ve dolayısıyla bu grubun ortalama üyesinin yüksek seviyede bilgi ve dikkat seviyesine sahip olmasına örnek olarak sağlık sektöründe çalışanlara yönelik reklamlar verilebilir.<sup>51</sup> Öte yandan, günlük hayattaki ihtiyaçların giderilmesi için hemen herkes tarafından sıklıkla edinilen ve piyasada çok yüksek fiyatlar ile sunulmayan mallar bakımından tüketicinin reklama üst düzey bir dikkatle yaklaşması beklenmezken,<sup>52</sup> belli bir itibar ve statü simgesi haline gelmiş ve oldukça yüksek alım gücüne sahip tüketicilere hitap eden malları konu edinen reklamlar açısından grubunun ortalama bir üyesinin daha yüksek bir dikkat ile reklamda kullanılan ifadeleri irdeleyeceği düşünülebilir.<sup>53</sup> İşte örneklendirilen bu ve bunun gibi hallerde, grubun ortalama üyesinin yüksek ya da daha düşük bir algı ve dikkat seviyesine sahip olması “ortalama tüketici” kriterinin uygulanmasına istisna oluşturmaz.<sup>54</sup> Zira burada grubun tüm üyelerinin bilgi, algı, tecrübe vs. seviyesi diğerlerinden farklıdır. Dolayısıyla grubun ortalama üyelerinin durumu da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Ortalama tüketicinin durumun gerektirdiği kadar dikkatli, ortalama düzeyde bilgili ve anlayışlı farazi bir model olduğu yönünde yukarıda ifade edilen görüş, bir reklamın aldatıcı ya da yanıltıcı olup olmadığının tespitinde gözetilmesi gereken unsurların içeriğini doldurmaktadır. Ancak şu durum göz ardı edilmemelidir ki yanıltıcı reklamlar bir ifadenin tüketici tarafından objektif olarak nasıl algılandığına ilişkin olan, dolayısıyla tüketicinin dikkat ve tedbir düzeyinin esas alınmasını şart koşan bir duruma ilişkin iken kötüleyici reklamlar, doğruluk, dürüstlük, ahlak gibi sübjektif yargıların değerlendirme süzgecinden geçen ve toplumun mizah anlayışı ile yakından ilgili açıklamalar içerir. İşte tüketicinin karar alma özgürlüğünün dikkat ve tedbir düzeyinden ziyade reklama karşı verilen psikolojik ve duygusal tepkiden, mizah anlayışından ve sahip olunan değer yargılarından etkilendiği bu tip hallerde ortalama tüketici kavramının içeriğine “ortalama bir etik anlayışına sahip, ortalama derecede hassas, alingan ve duygusal tüketici” modelinin de dâhil edilmesi gerekir.<sup>55</sup> Bu durum, ilgili tüketici kitlesi içerisindeki aşırı toleranslı ve

---

<sup>51</sup> Nomer, s. 145.

<sup>52</sup> Özdemir, s. 74.

<sup>53</sup> Bkz. Aksoy, s.292.

<sup>54</sup> Keza yine bu sebepten, doktrinde “bazı tüketici grupları ortalama tüketiciye oranla daha zayıf durumundadır” şeklinde ifade edilen görüşe (bkz. Özsunay/Özsunay, s. 1038; ayrıca bkz: Aksoy, s. 295, Aslan, s. 80; Göle, s. 75) katılmamaktayız.

<sup>55</sup> Tobias Lettl, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2004, 449, 452 f. ; benzer görüşü ilk derece Avrupa Mahkemesi “Ficken” ibaresinin marka olarak tescil edilebilirliğine ilişkin

aşırı hassas kimselerin bakış açısı ile reklamın değerlendirilmemesi anlamına gelir.

Bununla birlikte, aynen reklamların aldatıcı olup olmadığı incelemesinde dikkate alınması gerektiği gibi, kötileyici olup olmadığının tespitinde de reklamın özellikli bir kesime hitap etmesi durumunda ortalama tüketici algısı bu spesifik kesimin özelliklerine göre belirlenmelidir. Reklamın hedef kitlesi, reklamlardan kolay etkilenmeye meyilli kimseler (örneğin çocuklar, gençler, kolay inanmaya meyilli veya tedirginliğe yatkın yaşlılar<sup>56</sup>), belirli bir dili konuşanlar ya da belirli bir dine ya da meslek grubuna mensup olanlar vb. şekilde tanımlanabiliyorsa, bu kimselerin içinde “ortalama hassas ve toleranslı olanları” ortalama tüketici modeli olarak gözetilmelidir.

Bunun yanında ortalama tüketicinin duygusallık, tolerans ve hassaslık seviyesinin, aynen dikkat seviyesinde olduğu gibi,<sup>57</sup> reklama konu olan ürünlerin cinsi bakımından değişkenlik göstermesi mümkündür. Örneğin insan sağlığı ile yakından ilişkili olan ürünler açısından tüketiciler, sağlıklarına yönelik risk almamak adına reklamda yer alan olumsuz ifadelerden daha kolay etkilenme ve ürün tercihlerini değiştirme eğilimindedirler.<sup>58</sup>

Diğer taraftan ilgili tüketicinin hangi dili konuşan, hangi sosyal ve kültürel yapıya sahip olan insanlardan oluştuğu da somut olayda önem taşıyabilir.<sup>59</sup> Örneğin İtalyanlar için kötü anlama gelen bir mimik ya da el işareti, Türkiye’de bulunan ve böylesi bir anlamın varlığından haberdar olmayan tüketicilere yönelik yapılan bir reklamda kullanıldığında, reklamın kötileyici olduğundan söz edilemez.

Sonuç olarak ilgili tüketici grubu belirlendikten sonra, bu kitlenin sosyal, kültürel, dilsel ve yaşa dair özellikleri gibi durumları ile reklama konu edilen ürün veya hizmetlerin nitelikleri bir arada değerlendirilmeli ve bu grubun ortalama bir üyesinin nasıl bir duygu, anlayış ve karar alma mekanizmasına sahip olacağı belirlenmelidir.

---

bir uyumsuzlukta savunmuş ve ilgi tutulacak ortalama tüketicinin ne aşırı toleranslı ne de aşırı hassas bir tüketici modeli olması gerektiğini ileri sürmüştür, bkz.: General Court (EUG) Urteil vom 14.11.2013 –T-52/13 (CELEX 62013TJ0052); benzer şekilde bkz.:EuG, Urteil vom 5.10.2011 - T-526/09 (CELEX 62009TJ0526).

<sup>56</sup> Bu kimseler öğretilerde “zayıf tüketiciler” olarak tanımlanmıştır, bkz: **Aksoy**, s. 294; **Özsunay/Özsunay**, s. 1038-1039.

<sup>57</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) GRUR 2006, 237, 240 (Rn. 42) – Picasso; GRUR Int. 1999, 734, 736 (Rn. 26) – Lloyd; BGH GRUR 2001, 158, 60 – Drei-Streifen-Kennzeichnung.

<sup>58</sup> BGH GRUR 1995, 50, 53 – Indorektal/Indohexal; BPatG, Beschl. v. 18.09.2012, Az: 28 W (pat) 24/11, BeckRS 2012, 24606 – tobys/TOBI; BPatG, Beschl. v. 09.02.2012, Az: 25 W (pat) 45/10, BeckRS 2012, 08024 – BONA/Don.

<sup>59</sup> Aksoy, s. 293; Özsunay/Özsunay, dipnot: 2796.

## E. Bölünmüş Tüketici Algısı

Bazı tüketici gruplarının diğerlerine nazaran daha farklı bir algı ve anlayış düzeyleri olabileceği hususu, reklam sadece o ilgili tüketici kitlesine hitap ettiği sürece sorun teşkil etmez. Çünkü hukuki değerlendirmeye sadece ilgili tüketici grubunun ortalama üyesinin bakış açısı esas tutulur. Fakat reklamın birden fazla farklı tüketici kitlesine hitap etmesi halinde, “hangi tüketici grubunun ortalama üyesinin algısına bakılarak reklamın kötüleyici olup olmadığı tespit edilmelidir?” sorusu akla gelebilir.

Bu soruyu cevaplama evvel hemen belirtelim ki, aynı tüketici grubu içinde birbirinden farklı özellikteki insanların veya görüşlerin varlığı halinde ortalama tüketicinin hangi kesime göre belirleneceği gibi bir problem ortaya çıkmaz. Zira “ortalama tüketici” ölçütü getirilmesinin temel nedeni, şu veya bu bakış açısının algısı diye ayırım yapılmasının önüne geçmek, tek tip bir tüketici algısı belirlemek ve bu bakış açısından hukuka aykırılığı tespit etmektir. Ortalama tüketici ölçütü normatif bir kavramdır ve aynı grup içerisinde farklı türden ortalama algıların yaşamasına izin vermez.<sup>60</sup>

Buna karşın reklamın, objektif olarak birbirinden ayrılabilen, farklı nitelikteki tüketici gruplarına hitap etmesi halinde (*gespaltene Verkehrauffassung*) bu kitlelerin her birindeki ortalama tüketici algısının diğerinden farklı olması mümkündür.<sup>61</sup> İşte bu şekilde birbirinden keskin surette ayrılabilen kitlelere hitap eden reklamlar açısından birden fazla “ortalama tüketici” ölçütü gözlemlenebilir. Kanımızca bu durumda, reklamın bir kesimin ortalama tüketici modeline göre kötüleyici nitelikte olması, diğer şartların da varlığı halinde hukuka aykırılık tespiti için yeterlidir.<sup>62</sup> Ancak gruplardan birine ait ortalama tüketici modelinin reklamı “kötüleyici” görmesi halinde diğer gruplar reklamı bu şekilde değerlendirmese dahi reklamın yasaklanabilmesi için gruplar arasındaki ayrılığın nesnel ölçütlere dayanması gerekir.<sup>63</sup> Nesnellik ile kastedilen, yaş, cinsiyet, konuşulan dil gibi faktörlerdir. Öyleyse bir reklam farklı dillere mensup kişilere hitap ediyorsa bu gruplardan birinin ortalama tüketici modelinin reklamı kötüleyici olarak yorumlaması, reklamın hukuka aykırılığını kabul etmek için yeterli olacaktır. Aynı durum gerek genel tüketiciye gerekse belli bir meslek grubuna hitap eden reklamlar açısından da geçerlidir. Genel kesim için kötüleme teşkil etmeyen bir ifade, belirli bir meslek grubu

---

<sup>60</sup> BGH GRUR 2014, 1013 Rn. 33– Original Bach-Blüten; ayrıca bkz. marka hukuku bakımından: BGH GRUR 2013, 631 Rn. 64– AMARULA/Marulablu.

<sup>61</sup> **Olaf Sosnitza**, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), § 5 Rn. 125; 7. Basım, Münih 2016.

<sup>62</sup> Almanya’da da uygulama bu şekildedir, bkz. (aldatıcı reklamlar için) BGH GRUR 2012, 54 Rn. 9 – Maalox/Melox-GRY; BGH WRP 2013, 778, 784 Rn. 64 – AMARULA/Marulablu; GRUR 2014, 1013 Rn. 33 – Original Bach-Blüten; BGH WRP 2015, 732, 734 Rn. 22 – PINAR.

<sup>63</sup> BGH WRP 2013, 778, 784 Rn. 64 – AMARULA/Marulablu; **Sosnitza**, § 5 Rn. 125.



için kötüleyici nitelikteyse reklamın hukuka aykırılığı kabul edilmelidir.<sup>64</sup>

Ancak bu noktada, “kötüleyici reklamın unsurları” başlığı altında vurguladığımız hususa yeniden işaret etmekte fayda vardır. Şöyle ki, reklamın içinde geçen ifadelerden bir ya da birkaç tanesinin herhangi bir tüketici grubuna göre kötü bir anlam ifade etmesi, hukuka aykırı nitelikteki bir kötüleyici reklamın kabulü için yeterli değildir. Reklamın geneli yorumlanmadan, orada geçen tek bir sözcüğe odaklanıp kalmak, hukuken eksik bir değerlendirmedir.

#### **F. Genel Değerlendirme ve Uygulamadan Örnekler**

Kötüleyici reklamların tespitinde hangi tüketici grubunun bakış açısının esas alınacağı, bu tüketici grubunun ortalama bir üyesinin davranış modelinin ne olduğunun ve bu davranış modeli ile esasen hangi sorulara cevap aranacağı belirlenmesi ve varsa hukuka uygunluk nedenlerinin normatif bir şekilde tespit edilmesi ile birlikte somut olayda tartışma konusu reklamın hukuka aykırılığı hususunda genel bir kanıya varmak mümkündür. Peki, uygulamada reklamın hukuka aykırılığı tespit edilmeden evvel bu tarz bir genel değerlendirme yapılmakta mıdır?

Çalışmamızın giriş bölümünde verdiğimiz “Didi” reklamı örneği üzerinden gidilecek olursa; her şeyden önce Reklam Kurulu haklı olarak kararını genel bir tüketici kitlesi gözünden ortaya koymuş, “uyku problemi olanlar-olmayanlar”, “şekerli içecek sevenler-sevmeyenler” gibi öznel ölçütlere dayalı alt tüketici grupları belirlememiştir. Bir üst başlıkta belirtildiği üzere, nesnel ölçütlere dayalı tüketici gruplaştırmaları hukuka uygun iken, sübjektif nitelikler dikkate alınarak yapılacak gruplaştırmalar “ortalama tüketici” kriterinin hukukta uygulanma amacına aykırıdır. Bu açıdan Kurul’un tutumu isabetlidir. Ancak genel bir tüketici kitlesine hitap ettiği örtülü de olsa tespit edilen bir reklamda “*Ayrıyından denedim o uyutuyor zaten*” ifadesi ortalama derecede hassas, duygusal ve etki altında kalan bir tüketici modeli için ne kadar kötüleyicidir? Kurul tarafından tartışma konusu yapılmayan nokta budur. Reklamın Türkiye’de yaşayan izleyicilere hitap ettiği ve burada yaşayan halkın, küçüklüğünden beri süt ile süt ürünleri tüketiminin uyku getirdiği ve vücudu gevşettiği söylemleriyle büyüyen bireylerden oluştuğu göz önüne alınırsa Kurul kararında yer aldığı gibi, ayrıyından herhangi bir veriye dayanmadan kötülendiği kanısına varmak güçtür. Kaldı ki, yukarıdaki açıklamalarımızda da ortaya koyduğumuz gibi, bir reklamda yer alan ifadelerin yanlış olması tek başına kötüleyici reklamın kabulü için yeterli değildir. “Yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olma” kötüleme tespit edildikten sonra, bunun haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı

---

<sup>64</sup> Ancak “ilgili tüketici grubunun belirlenmesi” başlığı altında açıkladığımız gibi, reklamın herkes tarafından görülebiliyor ya da izleniyor olması, reklamın her kesime hitap ediyor olması anlamına gelmez.

incelenirken göz önüne alınan hususlardır.<sup>65</sup> Somut olayda kötüleme yoksa bu unsurların incelenmesine de gerek yoktur.<sup>66</sup> O halde öncelikle kötüleme tespit edilmelidir. Bunu yaparken de kullanılan ifadelerin reklamın doğasına özgü bir abartıdan ibaret olup olmadığı, ortaya konuluş biçimi ve reklamın bütünü içindeki yeri bakımından tüketicinin kararını etkileyecek önemi gösterip göstermediği değerlendirilmelidir.

Reklam Denetleme Kurulu'nun bu ve bunun gibi birçok kararında<sup>67</sup> ortaya koyduğu genel bakış açısını ortalama tüketicinin muhtemel algı düzeyi üzerine temellendirmediği dikkat çekmektedir. Bu durum kanımızca eleştirilmesi gereken bir husustur.<sup>68</sup>

Kötüleyici reklamlara yönelik yargı içtihatlarında da "ortalama tüketici" vurgusunun aldatıcı reklamların değerlendirilmesinde olduğu kadar öne çıkmadığı görülmekle birlikte, reklamın hukuka aykırılığının tespitinde daha ihtiyatlı davranıldığı gözlenmektedir. Yargıtay, "ilan ve reklamlarda, müşterilerin göz, kulak ve zihinlerinde yarattığı etki bakımından kolaylıkla karşı taraf ile bağ kurulmasına yol açabilecek nitelikte olan ve teamülün kabul ettiği toleransı aşan beyanlar haksız rekabet oluşturur" demek suretiyle, hem reklamın bütünüyle yarattığı intibanın somut olayda önem taşıdığını hem de kötülemenin belli bir ölçüyü aşması gerekliliğini vurgulamıştır.<sup>69</sup>

Bir diğer kararında Yargıtay,<sup>70</sup> "...Efendim orda burada ucuzuz diyorsunuz peki fiyatlarınızı neden internette yayınlamıyorsunuz, ...fiyatı internette olmayana inanma..." şeklindeki reklam içeriğinin, davacı şirketi gereksiz yere incitecek, kötüleyecek, halka yanlış ve yanıltıcı malumat vermek suretiyle rakiplerine nazaran davalıyı üstün duruma getirecek veya iyiniyet kurallarına aykırı bir davranışta bulunmak suretiyle haksız rekabet yaratacak nitelikte olmadığını ileri süren mahkeme kararını onamıştır.

Avrupa'da da mahkemeler olaylara esnek yaklaşmakta ve reklamların belirli ölçüde mizah, ironi ve abartıdan beslendiğini kararlarında sıklıkla vurgulamaktadırlar. Örneğin Zürih Ticaret Mahkemesi, kahve presi ürünü için "make taste, not waste (tat üret, atık değil)" sloganıyla reklam yapan ve bu reklamda ayrıca "kahve hazırlamanın açıkça en iyi yolu" ifadesini kullanan işletmenin fiilini haksız rekabet olarak nitelendirmemiştir. Mahkeme,

---

<sup>65</sup> Hofer/Vasella, s. 456; aynı şekilde Nomer Ertan da bu görüştedir: bkz. s. 138 "Kötüleme içeren açıklama ancak yanlış, yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici ise haksız rekabet olarak nitelendirilebilir."; ayrıca bkz. Pekdinçer, s. 516; Bellican, s. 665.

<sup>66</sup> Bkz. açıkça İsviçre Federal Mahkemesi, 05.09.2018 , 6B\_106/2018.

<sup>67</sup> Kurul kararları için erişim linki: <https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>

<sup>68</sup> Reklam Kurulu kararlarına getirilen eleştirilere yönelik bir özet için bkz.: Tekelioğlu, s. 160 vd.

<sup>69</sup> 11. H.D, E. 2013/15253 K. 2014/17694 T. 14.11.2014 (www.kazanci.com).

<sup>70</sup> 11. H.D, E. 2012/9468, K. 2013/11545,T.3.6.2013 (www.kazanci.com).

tüketicinin bu ifadelerin abartı niteliğinde olduğunu çok açık bir şekilde görebileceğini; bu yüzden de yanıltıcı veya gereksiz yere incitici bir ifadenin bulunmadığını ileri sürmüştür.<sup>71</sup>

Almanya’da ise Federal Mahkemenin “Gib Mal Zeitung” Kararı<sup>72</sup> reklamın haksız yere kötüleyici olup olmadığını tespitinde mizahın ve ifade özgürlüğünün ağır geldiği kararlara en net örnektir. Reklamda bir adam, üzerinde sadece bir atlet, altında eşofman, ayağında ise çorabın üzerine giyilmiş sandaletlerle sabahleyin içki ve gazete satan bir büfenin önüne gider. Adam, büfedeki satıcıya yerel bir şive ile “*bana bir gazete ver*” der. Satıcı ise “*kalmadı*” diye cevap verir. Adamın gazete ile “BILD” Gazetesini kastettiği, reklamda izleyiciye bu gazetenin boş rafları gösterilerek açıklanmıştır. Adam daha sonra “*Ne demek bitti?*” diye sorar; satıcı ise bunun üzerine adama yavaşça Tageszeitung (TAZ) Gazetesini uzatır. Adam “*bu ne şimdi? Beni bitirme*” der. Satıcı da bunun üzerine tezgâhın altına sakladığı son bir BILD gazetesini çıkararak adama verir ve ortamdaki herkes gülmeye başlar. Buna benzer birkaç ifadeye ve görsele yer verilen reklamda genel izlenim olarak, adamın Almanya’da üçüncü sınıf haberler yapan bir bulvar gazetesi olarak bilinen BILD okuyucusu olduğu ve “TAZ” Gazetesini gazeteden saymadığı çok açıklıkla gösterilmektedir. Ne var ki bu reklamı yapan gazete TAZ Gazetesidir ve reklamın sonunda şu ifadeleri kullanır: “*TAZ zaten herkese göre değil, sorun değil*”<sup>73</sup> Bild gazetesi bu reklam için mahkemeye başvurur. İlk derece mahkemesi reklamdaki ifadelerin kötülemeye yönelik haklılık sınırını aştığına karar verir. Reklam yayından kaldırılır. İstinaf mahkemesi de oldukça gerekçeli olarak kaleme alınmış ve somut olayda gözetilmesi gereken, anayasal haklara ilişkin bir menfaat karşılaştırması yapan argümanlar ile kararı onar. Ancak dosya Federal Mahkemeye geldiğinde durum değişir. Mahkeme kararında öncelikle, komik bir şekilde giyinmiş ve komik bir şive ile konuşan adamın söz konusu reklamın mizahi yönünü oluşturduğunu; Almanya’daki ortalama reklam izleyicisinin reklamlarda bu tip komik ve hiciv içeren unsurlar görmeye alışkın olduğunu, ayrıca bu ifadelerin “ifade özgürlüğü kapsamında” kaldığını belirtir. Bunun ardından mahkeme, söz konusu hukuka uygun görseller bir kenara bırakıldığında geriye sadece “Taz herkese göre değil” ifadesinin kaldığını, bir gazetenin herkese hitap etmeyeceğinin de zaten bilinen bir gerçek olduğunu vurgular.<sup>74</sup>

Bir an için Federal Mahkemenin yukarıdaki açıklamaları yapmadığını; bunun yerine farazi olarak “Bu ifadeler ile TAZ okuyucusunun daha kaliteli bir okuyucu olduğu izlenimi verilmek istenmekte ve BILD Gazetesi ile BILD okuyucuları

---

<sup>71</sup> Handelsgericht Zürich vom 14.6.2012 in sic! 2013/10.

<sup>72</sup> BGH, Urteil v. 01.10.2009 –I ZR 134/07.

<sup>73</sup> Reklamın izlenebileceği link için bkz.: <https://www.youtube.com/watch?v=skY4nddI5q0>

<sup>74</sup> BGH, Urteil v. 01.10.2009, I ZR 134/07.

reklamda ti'ye alınmaktadır" diyerek kararı hukuka aykırı bulunduğunu düşünelim. Eğer bu tarz ifadeler kararda yer alsaydı "mahkemelerin, kişinin kıyafetini, giyim ve konuşma tarzını yorumlayarak onun kalitesi hakkında karar verme yetkisi var mıdır?" sorusu akla gelebilirdi. Dolayısıyla Federal Mahkemenin kararda bu tür ifadelere yer vermemesi, reklamdaki adamın kıyafetini ve konuşmasını sadece "mizahi" olarak yorumlaması ve hukuka uygun olarak görmesi kanımızca son derece isabetlidir. Reklamda alenen bulunmayan aşağılamaya, mahkemelerin ya da idari mercilerin kararlarını gerekçelendirirken kendilerinin yol açmaması gerekir.

Batılılara nazaran iyi yönlerimizi ortaya koyarken bile mizahtan daha iyi anladığımızı sıklıkla vurgulayan bir toplum olarak, hukuku uygularken esas alınması gereken ortalama tüketici ölçütünde bu durumu gözetmemek, mizahtan ve abartıdan hiç anlamayan, her şeyi lafzı ile yorumlayan, çok çabuk etkilenen ve aşırı dozda alınan bireylermişiz gibi değerlendirilmek kanımızca reklam hukukunun temelinde yatan "ortalama tüketici" ölçütü ile bağdaşmamaktadır.

## SONUÇ

Hukuken yasaklanan kötüleyici bir reklamın varlığından söz edebilmek için öncelikle bir "kötüleme" fiili; sonrasında ise "kötülemenin haksızlığı" tespit edilmelidir. Kötüleme fiilinin somut olayda var olup olmadığı ilgili tüketici kitlesinin bakış açısından tespit edilir. Reklam yapanın kötüleme niyeti ile hareket edip etmediğinin TTK, TKHK ve ilgili Yönetmelik bakımından önemi yoktur. İlgili tüketici kitlesinin doğru belirlenmesi, somut olayda değerlendirmeye esas alınacak ortalama tüketici ölçütünün tespiti için önem teşkil eder. Nitekim her müşteri grubu bakımından ortalama tüketici algısı diğer gruplarda olduğundan farklı olabilir. Bununla birlikte kötüleyici reklam incelemesine esas alınacak müşteri kitlesi somut olayda aldatıcı reklamlara göre daha geniş bir çevreyi ifade edebilir. Zira aldatıcı reklamda, promosyonu yapılan ürünün hâlihazırda ve potansiyel alıcıları ile kullanıcıları ilgili çevreyi belirlerken, kötüleyici bir reklamda, negatif ifadelerle maruz kalan rakip, kullanılan ifadelerin niteliğine göre tüm müşteri çevresinin gözündeki itibarının zedelenmesi tehlikesi ile karşılaşabilir.

Kötüleyici reklamlar bakımından gözetilmesi gereken ortalama tüketici modeli esasen "ortalama derecede hassas, alınan, duygusal ve toleranslı" kimseleri ifade eder. Dolayısıyla, ilgili tüketici çevresinin içinde aşırı toleranslı ya da aşırı hassas olanlar kötüleyici reklamların tespitinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Öte yandan, aldatıcı reklamlarda gözetilen "ortalama derecede bilgili, tedbirli ve dikkatli" olma durumu, kötüleme fiili bakımından doğrudan önem taşımaz; ancak genel olarak kötüleyici reklamın nihai tespitinde rol oynar. Zira kötüleyici reklamdan söz edebilmek için kötüleme

filinin yanında bir de haksızlık unsurunun bulunması gerekir. Haksızlık, duruma göre kullanılan ifadelerin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olması sebebiyle ortaya çıkabilir. Buradaki “yanıltıcı” olma unsurunun tespitinde “ortalama dikkatli, bilgili ve tedbirli” tüketici modeli gözetilebilir. “Yanlış” olma ise objektif bir durumdur. Burada tüketici algısı kural olarak önem taşımaz. “Gereksiz yere incitici olma” ise inciticiliğin tespiti bakımından ortalama tüketicinin bakış açısının esas alınmasını şart koşsa da “gereksizlik” somut olayın tüm koşulları, özellikle de Anayasa ile korunan menfaatler değerlendirilerek tespit edilir. Aynı zamanda “gereksizlik”, hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda var olup olmadığının denetiminde de rol oynar. Dolayısıyla “gereksizlik” kriteri ortalama tüketicinin bakış açısına değil, hukuk uygulayıcılarının reklamın yöneldiği kesimin sosyal ve kültürel yapısını da gözeten normatif değerlendirmelerine dayanmalıdır.

Öte yandan kötülemenin haksız olması çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir durum da kötülemenin “önemli” derecede olmasıdır. Bu da, reklamın rakibin itibarını veya rakip işletme aleyhine tüketicinin satın alma kararını etkileme ihtimali doğurur nitelikte olması demek olup bu bağlamda yine ortalama tüketicinin bakış açısının esas alınmasını gerektirir. Ölçüt yine ortalama derecede duygusal ve ortalama derecede olaylardan etkilenebilen tüketici modelidir. Bunun belirlenmesinde özellikle, reklamın yöneldiği kesimin içinde bulunduğu toplumun mizah anlayışı rol oynar. Reklamdaki abartıyı ve hicivsel öğeleri fark eden tüketici, reklamda kullanılan ifadeler nedeniyle bir başkası aleyhine olumsuz değer yargıları oluşturmaz. Tüketici gözünde bir itibarsızlaştırma, değer azalması durumu yaratmayan açıklamalar önemli derecede kötüleme teşkil etmezler.

Tüm bu parametreler değerlendirilmeden, sadece bir ya da birkaç kelimenin lafzına dayanılarak reklamın kötüleyici ve hukuka aykırı olduğuna hükmetmek, ifade özgürlüğüne yönelik haksız bir müdahaledir.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

**AKSOY Mehmet Ali**, Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri Ve Uygulama Örnekler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İÜHFİM) C. LXXIII, S. 279-318.

**ARKAN Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19. Baskı, Ankara 2014.

**ASLAN İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ekin Yayınevi, Eylül 2016.

**BELLİCAN Cüneyt**, Bir Haksız Fiil/Haksız Rekabet Fiili Olarak Başkalarının Ya Da Ürünlerinin Kötülen-mesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Şubat 2019, S.663-671.

**BOZBEL Savaş**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

**DREYER Gunda**, Kommentar zum UWG (Editörler: Henning Harte-Bavendamm/ Frauke Henning-Bodewig), 4. Basım, Münih 2016.

**GÖLE Celal**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983.

**GÖZÜBÜYÜK Şeref / GÖLCÜKLÜ Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları, 11. Basım, Ankara 2016.

**GÜVEN Koray**, Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD'ın 'Gut Springenheide' Kararı Üzerinden Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y.28 S.120 (Eylül-Ekim 2015), 493-508.

**HOFER Lorenza Ferrari / VASELLA David**, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRGund KKG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Basım, 2016.

**IKAS Klaus / ECK Matthias**, Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Basım, Münih 2017.

**İNAL Emrehan / BAYSAL Başak**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

**İNAL Emrehan**, Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, S. 87-104.

**JÄNİCH Volker Michael**, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Basım, Münih 2014.

**KOOS Stefan**, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/Büscher/Obergf ell), 3. Basım, Münih 2016.

**LETTL Tobias**, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2004, 449, 452.

**LÖTSCHER Samuel**, Die Markenparodie, SMI - Schriften zum Medien- und Immaterialgüter-recht Band/Nr. 104, 2017.

**NOMER ERTAN Fusun**, Haksız Rekabet Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**OHLY Ansgar**, Das neue UWG –Mehr Freiheit für den Wettbewerb?,GRUR 2004, 889, 893.

**OHLY Ansgar**, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), 7. Basım, Münih 2016.

**OMSELS Hermann-Josef**, Kommenar zum UWG (Editörler: HenningHarte-Bavendamm/FraukeHenning-Bodewig), 4. Auflage, Münih 2016.

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

**ÖZSUNAY Ergun / Özsunay Murat**, Mili Şerh, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016.

**PEİFER Karl N. / OBERGFELL Eva Ines**, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/ Büscher/Obergfell), 3. Basım, Münih 2016.

**PEKDİNÇER Tamer**, Kötüleme Suretiyle Haksız Rekabet Eylemi ve Bazı Özel Durumlar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Temmuz 2017 Özel Sayı) Cilt 16, Sayı 2, s. 513-538.

**SAYIN Hediye Bahar**, Haksız Rekabet Açısından Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Türleri, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Degisi (Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences, Yıl: 2017) s, 258-259.

**SCHWARZ Nicolas**, Werberecht-Ein Leitfade für Praktiker, e-book, ISBN: 9783738646276.

**SOSNITZA Olaf**, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), § 5 Rn. 125; 7. Basım, Münih 2016.

**TEKELİOĞLU Numan**, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016,

**TERKAN Remziye**, Importance of Creative Advertisingand Marketing AccordingtoUniversityStudents' Perspective, International Review of Management and Marketing, Vol. 4, No. 3, 2014, pp.239-246.

**ULLMANN Eike**, Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 448.