

**T.C.
İSTANBUL
TİCARET
ÜNİVERSİTESİ**

ISSN: 1303-5495

SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ



Yıl: 9 Sayı: 18 Güz 2010/2

İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ HUKUK SAYISI

İSTANBUL COMMERCE UNIVERSITY JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES

Yıl:9 Sayı:18 GÜZ 2010/2

Sahibi

İstanbul Ticaret Üniversitesi Adına Rektör Prof. Dr. Sabri Orman

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Kerem ALKIN

Doç. Dr. Didem ALGANTÜRK LIGHT

Doç. Dr. Ebru GÜZELÇİK ÜRAL

Yrd. Doç. Dr. Esin OKAY

Editor

Doç. Dr. Didem ALGANTÜRK LIGHT

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi hakemli bir dergidir, yılda iki kez, Bahar ve Güz aylarında yayımlanır.

Bu dergide yayımlanan makalelerin telif hakları İstanbul Ticaret Üniversitesi'ne aittir. Bu yayını ilgilili olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan her türlü hak saklıdır. Tanıtım için yapılacak alıntılar dışında Üniversitemin yazılı izni olmadan çoğaltılamaz.

Bu dergide yayımlanan makalelerdeki görüntüler yazarlarına aittir. Üniversite bu görüntüler nedeniyle herhangi bir sorumluluk kabul etmez.

Baskı: Sena Ofset
Kapak: F. Bulent KOCAMEMİ ve Yayın Birimi
ISSN: 1303-5495

Elektronik ortamda erişim : <http://www.iticu.edu.tr/yayin/sosyal.htm>
İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
Selman-ı Pak Cad. Üsküdar/İSTANBUL
Tel:0216 553 94 22 (343)
e-posta: sosyaldergi@iticu.edu.tr

HAKEM LİSTESİ

ANADOLU ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Haluk Güngen *Prof. Dr. Fevzi Şirmeli *ANKARA ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Ercan Bayazıt *Prof. Dr. Ahmet Tolunç *BAHCESEHIR ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. A. Can Tuncay *BASKENT ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Nalan Akdoğan *Prof. Dr. Doğan Yaşar Ayhan *Prof. Dr. Erine Böge *Prof. Dr. A. Selami Sarı *Prof. Dr. Mehmet Sayan *Prof. Dr. Öhan Sevilengül *Prof. Dr. Doğan Tuncer *Prof. Dr. Selçuk Uslu *Prof. Dr. Sevinç Üreten *BEYKENT ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Erol Eren *BİLKENT ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Kürşat Aydoğan *Prof. Dr. Ahmet Ertağül *Prof. Dr. Sübidey Togan *BOĞAZICI ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Güven Alpay *Prof. Dr. Muzaffer Bodur *Prof. Dr. A. Deniz Erden *Prof. Dr. Özer Ertuna *Prof. Dr. Mine Uğurlu *CANAKKALE ONSEKİZ MART ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Ali Akdemir *DOĞUŞ ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Taner İşguden *DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Temel Ergun *Prof. Dr. Ulku Ergun *Prof. Dr. Oya Yıldırım *ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ Yrd. Doç. Dr. Oğuz Caner *GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Özden Canlıaya *Prof. Dr. Rüstem Hacırstemoglu *Prof. Dr. Yasinin İnceoğlu *Prof. Dr. Hakan Pekcanter *Prof. Dr. Duygun Yarsuvat *Prof. Dr. Hamdi Yasanen *Prof. Dr. Necmi Yılmazoğlu *Prof. Dr. Samin Ünan, Prof. Dr. Yalçın Çakır, Prof. Dr. Ercument Erdem *GAZİ ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Ahmet Aksoy *Prof. Dr. Yurdakul Çaldag *Prof. Dr. Metin Kamili Ercan *Prof. Dr. Hasan Kaval *Prof. Dr. Şakir Kızılot *Prof. Dr. Remzi Ören *Prof. Dr. Semih Hüseyin Tokay *GEBZE YÜKSEK TEKNOLOJİ ENSTİTÜSÜ *Prof. Dr. Salih Aymural *Prof. Dr. Oya Erdil *HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Mustafa Ömer İpe *Prof. Dr. Mehmet Balta Karan *Prof. Dr. Öhan Morgül *Prof. Dr. Ahmet Şahinöz *Prof. Dr. M. Erding Telatar *Prof. Dr. Hilmet Timur *HALIÇ ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Küter Aiaç *IŞIK ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Cengiz Okman *İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Yavuz Alangoya *Prof. Dr. Kaya Arıç *Prof. Dr. Mahmut Arslan *Prof. Dr. Zehneddin Aslan *Prof. Dr. Güler Bahadır *Prof. Dr. Tankut Cengel *Prof. Dr. Cengiz Erdamar *Prof. Dr. Öner Esen *Prof. Dr. Saibe Okay-Özdemir *Prof. Dr. Esin Günekin *Prof. Dr. Nüzhet Kahraman *Prof. Dr. İsmet Muca *Prof. Dr. Sait Geçgin *Prof. Dr. Esin Günekin *Prof. Dr. Nüzhet İslil Pekdemir *Prof. Dr. Rona Serozan *Prof. Dr. Füsün Sokullu-Almei *Prof. Dr. Öget Ökten *Prof. Dr. Dr. M. Süket Tekbaş *Prof. Dr. Zafet Tunca *Prof. Dr. Nihal Tuncer *Prof. Dr. Hayri Uğen *Prof. Dr. Fehmi Uğen *Prof. Dr. Haluk Yavuz *Prof. Dr. Göksel Yücel *İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Taner Berksoy *Prof. Dr. Erol Katıroğlu *Prof. Dr. Rayegan Kender İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Emre Alkin *Prof. Dr. Durmuş Dündar *Prof. Dr. Tamer Koçel *Prof. Dr. Meriç Kemal Onağ *İSTANBUL TEKNİK ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Sezer İlgin *Prof. Dr. Gülgin Kayakulu *Prof. Dr. Savaş Taşkent *İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Erdogan Alkin *Prof. Dr. Kerem Alkin *Prof. Dr. Cüney Binau *Prof. Dr. Nuri Çelik *Prof. Dr. Alişun Çiftçi *Prof. Dr. A. Hayri Durmuş *Prof. Dr. Sami Ercan *Prof. Dr. Zafet Gönen *Prof. Dr. Kayhan İpe *Prof. Dr. Sami Karahan *Prof. Dr. Yasinin Kahraman *Prof. Dr. Mustafa Erdogan *Prof. Dr. Nevzat Koç *Prof. Dr. Özcan Koknel *Prof. Dr. Numan Kurtulmuş *Prof. Dr. Bulent Pamukcu *Prof. Dr. Jale Sarmaşık *Prof. Dr. Sabri Orman *Prof. Dr. Mim Kemal Öke *Prof. Dr. Cigdem Solas *Prof. Dr. Necdet Tekin *Prof. Dr. Minever Turanlı *Prof. Dr. Yücel Oğurtu *Prof. Dr. Oğuz Uras *Prof. Dr. Aleş Vuran *Prof. Dr. Şükran Yıldız *Doç. Dr. Didem Algantürk *Doç. Dr. Özgül Cengiz *Doç. Dr. Yücel Sayman *Doç. Dr. Şükran Şipka *Doç. Dr. Emin Zeytinoglu *Yrd. Doç. Dr. Tuğba Karabulut *Yrd. Doç. Dr. Esin Okay *Yrd. Doç. Dr. Ünal Halit Özden *Yrd. Doç. Dr. Zehra Banu Sayın *Yrd. Doç. Dr. Abdullah Akil *Yrd. Doç. Dr. Masum Türk *KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Mehmet Akad *Prof. Dr. Ahmet Kızı *Prof. Dr. Selçuk Özlek *KOCATEPE ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Hülya Yengin *KOÇ ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Noyan Arsan *Prof. Dr. Selçuk Karabat *Prof. Dr. Bağı Tan *Prof. Dr. Nuri Uman *MALTEPE ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Peyami Çelikkaya *Prof. Dr. Ömer Lâlik *MARMARA ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. İslil Akgül *Prof. Dr. Müfitt Akvüz *Prof. Dr. Göktan Arslan *Prof. Dr. Ümit Ataman *Prof. Dr. Semra Altın *Prof. Dr. Betül Aydın *Prof. Dr. Esra Biryıldız *Prof. Dr. Şahmet Bulbul *Prof. Dr. Nur Cengel *Prof. Dr. Bihlerin Dinçkoç *Prof. Dr. Abdullah Dinçkoç *Prof. Dr. Melda Cınman-Şimşek *Prof. Dr. Nuran Cömert Doğan *Prof. Dr. Canan Çetin *Prof. Dr. Nazım Engin *Prof. Dr. Şükran Eren *Prof. Dr. Esat Köktepe *Prof. Dr. Hürşit Güneş *Prof. Dr. Şahvet Güdral *Prof. Dr. Selatin Güngör *Prof. Dr. Günel Kunturalp *Prof. Dr. Adnan Kulaksızoglu *Prof. Dr. Suat Oktar *Prof. Dr. Nihal Saban *Prof. Dr. Öhan Sezgin *Prof. Dr. Mehmet Sungur *Prof. Dr. Nesrin Sungur *Prof. Dr. Rona Turanlı *Prof. Dr. Aypar Topkara *Prof. Dr. Turan Yıldırım *Prof. Dr. Cevdet Yavuz *ODTÜ *Prof. Dr. Ahmet Acar *Prof. Dr. Erol Çakmak *Prof. Dr. Güniz Erat *Prof. Dr. Haluk Erat *Prof. Dr. Cengiz Erol *Prof. Dr. Erku Gökkan *Prof. Dr. Can Şimşek *YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Rayegan Kender *Prof. Dr. Mahmut Okay *Prof. Dr. Ahmet Yücel *Doç. Dr. Salih Şahin *YILDIZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ *Prof. Dr. Esin Can-Mutlu *Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu *Prof. Dr. Salih Duter *Prof. Dr. İsmail Duyumaz

ADWORDS REKLAMLAR KARŞILAŞTIRMALI REKLAM TEŞKİL EDER Mİ? AVRUPA ADALET DİVANININ VERDİĞİ KARARLAR IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME Savaş BOZBEL*

ÖZET

5833 sayılı kanunla 536 sayılı KHK'nın m. 9/II (e) bendinde yapılan değişiklikle bir başkasının marka ya da işareti internet alan adı, yönlendirici kod ya da anahtar sözcük olarak kullanılması yasaklanmıştır. Ancak işareti kullanan kişinin işareti kullanmasına ilişkin bir hakkı ya da mesru bir bağlantısı varsa bu durumda, böyle bir kullanım marka ihlali teşkil etmeyecektir. İşte bu çalışmada, markanın anahtar sözcük olarak (keywords advertising) reklamında, özellikle Google Adwords reklamlarında kullanılmasının karşılaştırmalı reklam teşkil edip etmediği üzerinde durulacaktır.

Anahtar kelimeler: adwords reklam, karşılaştırmalı reklam, marka tescarüzü, Avrupa Adalet Divanı Adwords kararları, adwords reklamları sorumluluk

CONSTITUTE KEYWORD ADVERTISING A COMPARATIVE ADVERTISING? AN EVALUTION ON THE LIGHT OF THE DECISIONS OF EUROPEAN COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

Keyword advertising refers to any advertising that is linked to specific words or phrases. Common forms of keyword advertising are known by many other terms including pay per click (PPC) and cost per action (CPA). Google AdWords is the most well-known form of keyword advertising. Google displays search ads specifically targeted to the word (s) typed into a search box. These keyword targeted ads appear on content sites that is based on Google's system's interpretation of the subject matter on each page of the site. This is known as contextual advertising. The amendment to the MarkaHKK by Law No. 5833 was banned in Turkey, that the mark or the mark of a third party as a domain name, metatag and keyword to use without permission. This paper is taken in hand, whether comparative advertising is an advertising keyword or not.

Keywords: keyword advertising, adwords, comparative advertising, trademark infringement, Decisions of European Court of Justice about adwords, responsibility for the advertising.

* Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

SORUNUN ORTAYA KONULMASI

5833 sayılı Kanunlar değişikliği 556 sayılı KHK m. 9/II (e) bendine göre;

„işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakta veya mesru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması“, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca yasaklanabilecek filler arasına dâhil edilmiştir.

Bu düzenleme ile bir markanın anahtar sözcük (keywords) olarak kullanılması, kural olarak marka hakkının ihlali kabul edilmiştir, meğer ki markayı anahtar sözcük olarak reklâmda kullanan üçüncü kişinin işaretin kullanımına ilişkin bir hakkı veya mesru bir bağlantısı olsun. Bu durumda artık, bu tür bir kullanım marka hakkının ihlali olarak kabul edilemeyecektir. İşte burada üzerinde duracağımız husus, acaba karşılaştırmalı reklâmın bu anlamda üçüncü kişiye “işaretin kullanımına ilişkin bir hak” bahsedip etmediğidir. Zira, adwords reklâmında hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklâm olduğu sonucuna varılacak olursa, artık bu kullanımın MarkaKHK m. 9/II (e) ye ihlal teşkil etmediği sonucuna varılması zorunlu olacaktır.

1. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

1. Karşılaştırmalı Reklamın Unsurları ve Hukuka Uygunluk Şartları

İşletmeler yaptıkları ticari reklâmlarda sadece kendi ürün ve hizmetlerini övmezler aynı zamanda açık veya örtülü olarak rakiplerinin mallarını, ürünlerini ve hizmetleri hakkında da bir takım değerlendirmelerde bulunurlar².

¹ MarkaKHK m. 9/II’de düzenlenen halleri kısaca şu şekilde belirtebiliriz.

i) Tescilli marka ile aynı olan bir işaretin, aynı mal veya hizmetlerde kullanılması (işaretle ve mal veya hizmette aynılık vardır)

ii) Tescilli marka ile aynı işaretin benzer mal veya hizmetlerde kullanılması, (işaretle aynıyet, mal ve hizmette benzerlik vardır)

iii) Tescilli marka ile benzer işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması (Müşecel marka ile bir aynıyet söz konusu değildir, ancak mal veya hizmette benzerlik vardır)

iv) Tescilli marka ile benzer işaretin benzer mal ve hizmetlerde kullanılması (işaretle ve mal veya hizmetlerde benzerlik vardır)

v) Türkiye’de tanınırlık düzeyine ulaşmış markanın veya benzerinin başka mal veya hizmetlerde kullanılması (Bu halde işaretle aynıyet ya da benzerlik, mal veya hizmetlerde ise başkalaşım vardır (Otomobil için Türkiye’de tanınırlık düzeyine ulaşmış GOLF markasının ya da onun benzeri olan bir işaretin dondurma için kullanılması gibi)).

² WIRTH, Sibylle M.: Vergleichende Werbung in der Schweiz, den USA und der EG, in: Zivilrecht, Werbe- und Medienkodizes, Zürich, 1993, s. 6; KÜNZLE, Hans Rainer: Die vergleichende Werbung im schweizerischen Wettbewerbsrecht – de lege lata und de lege ferenda, WUR (Wirtschaft und Recht) 34, 1982, 138 vd. s. 140.

Reklâmda aynı zamanda rakibin şahsı yahut ürettiği mal veya hizmet ile açık veya kapalı bağlantı kurulmak suretiyle, kendisinin yahut mal veya hizmetlerinin rakibinden daha üstün veya onun ayarında olduğunu belirtmesi de mümkündür. İşte bu sonuncu halde karşılaştırmalı bir reklâm söz konusu olur.

Karşılaştırmalı reklâmdan bahsedebilmek için adından anlaşılacağı üzere her şeyden önce, tüketicinin bir mal veya hizmeti satın alma kararına tesir edecek bir takım unsurların, niteliklerin bir şekilde *karşılaştırılması* gerekir³. Bu karşılaştırmada reklâm sahibinin ürünlerinin meziyetleri ve üstünlüklerinin rakip ürünlerle mukayese veya hat da reklâmı yapılan ürünün rakip ürünle aynı olduğunun ima edilmesi mümkündür⁴. Ancak reklâm sahibi tarafından reklâmı yapılan ürünün fiyat veya kalitesinin, tüketicilerin bizzat kendileri tarafından karşılaştırılması çağırısını hukuki anlamda bir karşılaştırmalı olarak görmemek gerekir, zira burada reklâm sahibinin kendisi tarafından herhangi bir karşılaştırmalı yapılmamaktadır⁵. Veleve ki somut olayın özelliklerinden bir karşılaştırmalı olduğu sonucu çıkarılsın⁶.

chende Werbung im schweizerischen Wettbewerbsrecht – de lege lata und de lege ferenda, WUR (Wirtschaft und Recht) 34, 1982, 138 vd. s. 140.

³ BAUMBACH/HEFERMEL, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl. München 1999, § 1 UWG Rdnr. 338

⁴ BGH GRUR 1997, 539, 541 (Kfz-Waschanlage). Örneğin Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH), “Çok ödemekense iyi görünmek daha iyidir” [Lieber besser aussehen als viel bezahlen] şeklindeki bir reklâm spotunu hukuka aykırı bulmuştur, zira bir başka işletmenin gözlüğüyle karşılaştırmaların mevcudiyetinin tespiti edilemediği sonucuna varmıştır. Bkz. BGH GRUR 1997, 227, 228.

⁵ BGH GRUR 1974, 280, 281 (Divi). BGH, bir reklâmdaki “karşılaştırmalı.. karşılaştırmalı.. sonra tekrar karşılaştırmalı.. ve daha sonra Divi’den satın alın” [Vergleichen... vergleichen... und nochmals vergleichen... dann kaufen Sie doch bei Divi] şeklindeki spotu hukuka aykırı bulmuştur. Karş. BGH GRUR 1961, 237, 240 (TOK-Band); BGHZ 139, 378, 382 (Vergleichen Sie); BAUMBACH/HEFERMEL, § 1 UWG Rdnr. 362. İşletmenin web sitesinde rakip ürünleriyle karşılaştırmalı yapma çağırısının rakip ürünlere link verne suretiyle yapılmasını da bu şekilde değerlendirmek gerekir; KÖHLER/PIPER, UWG 3. Aufl., § 2 Rdnr. 19.

⁶ BGH bu anlamda “S için en iyi reklâm, rakiplerin fiyatlarıdır” şeklindeki bir reklâmda karşılaştırmalı olduğunu kabul etmiş ve bu karşılaştırmayı hukuka aykırı bulmuştur; KG WRP 1999, 339, 340 (Die beste Werbung für S. sind die Angebote der Konkurrenten). Mahkeme kararında pazarda faaliyetle bulunan başlıca araba kiralama şirketlerinin reklâmın muhtatlarına bilinebileceğini ve rakiple işbirliğinin açık olduğu gerekçeyle reklâmın karşılaştırmalı reklâmın varlığını kabul etmemiş, bu tür spotların ancak bir satın alma çağırısı olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir, bkz. BGH GRUR 1965, 365, 367 (Lavamat II, “AEG Lavamat, den und keinen anderen”); GRUR 1971, 164, 167 (Discount-Geschäft, “Kein Geld verschenken – an Elektro V. denken”).

Karşılaştırmadan söz edebilmek için rakibin teşhis edilebildiği bir ilişkilendirmenin⁷ mevcut olması gerekir. Teşhis edilebilir bir ilişkilendirme, doğrudan ve belirtenebilir, belirli bir veya birden fazla rakiplerle bir bağlantının kurulması halinde bu ilişkilendirme mevcut kabul edilir⁸. Rakibin ismen zikredilmesi şart değildir. Önemli olan reklâmın hitap ettiği çevrenin küçümsemeyecek bir kısmı tarafından somut *olayın özellikleri* çerçevesinde rakibin yeterli derecede belirtenebilir olmasıdır⁹. Reklâmın hitap ettiği kesimce anlaşılabilir şekilde rakip ürünün ima edilmesi, rakibin pazarda hâkim durumunda bulunması ya da piyasanın duo-veya oligopolitik yapısı *olayın özelliklerine* örnek olarak verilebilir¹⁰. Reklâmın hitap ettiği çevrede bu tür bir çağrışımın oluşması ve bunun amaçlanmasını bu anlamda kâfi görmek gerekir¹¹.

Karşılaştırmalı reklamlarla ilgili açık bir düzenleme hukukumuzda 4822 sayılı Kanunla tadil edilmiş olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hk. Kanunun (TKHK) 16/III'de yer almaktadır. Buna göre, *aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir*.¹² TKHK 16. ve 17. maddeye dayanılarak çıkarılan "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin (Reklam Yönetmeliği)¹³ 11. maddesinde de karşılaştırmalı reklamlarla ilgili bir düzenleme mevcuttur. Buna göre karşılaştırmalı reklamlara,

⁷ Soyut karşılaştırmalı reklamlar denilen hallerde ise, ilişkilendirme birçok rakiple birden yapılmaktadır. Bu tür reklamların hukuka aykırı olması için yanılma, toptan kötüleme gibi ek bırakım unsurlarının olması gerekir; karşı, BGH GRUR 1973, 270, 271 (Der saftle Bitter); BGH GRUR 1985, 982, 983 (Grosser Werbeaufwand); STROTSMANN, GRUR 1988, 588, 591.

⁸ Alman Federal Temyiz Mahkemesinin yerleşmiş içtihadı bu yöndedir. Bkz. BGH GRUR 1952, 416, 417; GRUR 1952, 582, 584 (Sprechstunde); GRUR 1973, 534, 536 (Mehrwert II). BAUMBACH/HEFERMELT, § 1 UWG Rdnr. 339. BGH GRUR 1952, 416, 417 (Dauerdose); GRUR 1972, 553, 554 (Statt Blumen ONKO-Kaffee).

⁹ Alman Federal Temyiz Mahkemesinin yerleşmiş içtihadı. Örneğin bkz. BGH GRUR 1963, 372, 374 (Wäschestärkemittel); GRUR 1966, 327, 329 (Richtpreiswerbung I); GRUR 1997, 304, 305 (Energiekosten-Preisvergleich II).

¹⁰ MOESNER, NJW 1987, 1789, 1789; BGH GRUR 1970, 422, 423 (Tauchküher); GRUR 1989, 602, 603 (Die echte Alternative); GRUR 1997, 304, 305 (Energiekosten-Preisvergleich II).

¹¹ Örneğin BGH, *Cola-Test-Kararında*, isim zikredilmeden yapılan bir testteki Colaam, reklâmın hitap ettiği çevrede pazarda hâkim durumda bulunan Coca-Cola olarak algılanacağı sonucuna varmıştır, BGH GRUR 1987, 49, 50 mit Ann. SACK; ayrıca METTANG, GRUR 1988, 106.

¹² Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, 14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı RG. Bu Yönetmeliğin 22. maddesiyle "21/12/1995 tarih ve

- a) Karşılaştırmalı mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,
- b) Karşılaştırmalı mal veya hizmetlerin aynı mülkiyet ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi,

c) Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması, halinde yer verilebilir"

Ayrıca Reklam Yönetmeliği madde 15'e göre "reklamlarda; a) Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılmaz. b) Bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşu ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanamaz".

Şu halde hukukumuzda mevcut mevzuat bakımından karşılaştırmalı bir reklamın hukuka uygun olabilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekir:

- Karşılaştırmalı yapılan mal ve hizmetler aynı ihtiyaçları karşılamalı ya da aynı amaca yönelik olmalı [TKHK md. 16/III ve Reklam Yönetmeliği md. 11/b].
- Karşılaştırmalı reklâm aldatıcı (yanlış ve yanıltıcı) olmamalı [TKHK md. 16/II ve Reklam Yönetmeliği md. 11/c, RTÜK Yönetmelik md. 5 (m), md. (a) ve (b)].
- Karşılaştırmalı reklamlar rakibi veya onun mal veya hizmetlerini kötülememelidir. [Reklam Yönetmeliği md. 14]¹³.
- Karşılaştırmalı reklamlarda başkasının ticari itibarından haksız olarak yararlanamaz [Reklam Yönetmeliği md. 15¹⁴, RTÜK Yönetmelik md. 8 (b)].

22500 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ ile 22/01/2000 tarih 23941 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ" yürürlükten kaldırılmıştır.

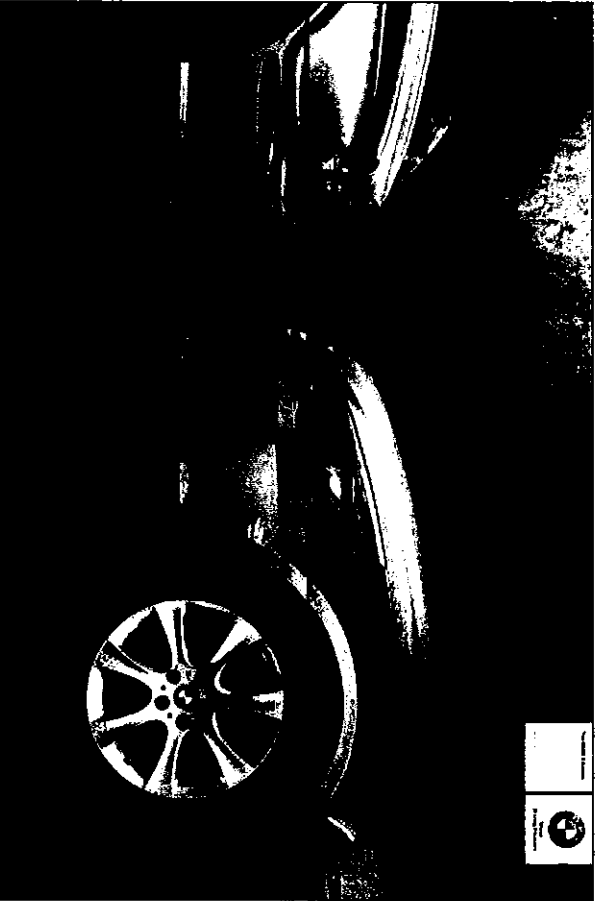
¹³ Reklam Yönetmeliği madde 14: "Reklamlar, hiçbir firmayı, kurum veya kuruluşu, hiçbir endüstriyel, ticari veya diğer bir faaliyeti veya mesleği, hiçbir mali veya hizmet aşılayarak ya da alay konusu ederek veya benzer herhangi bir biçimde kötüleyemez".

¹⁴ Reklam Yönetmeliği madde 15: "Reklamlarda: a) Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılmaz. b) Bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşu ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanamaz".

- Karşılaştırmalı reklâm rakipler veya onların ürünleriyle iltibasa sebebiyet vermemelidir [RTÜK Yönetmelik md. (f)]
- Karşılaştırmalı reklâmlarda, karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi gerekir [Reklâm Yönetmeliği md. 11/a].

2. Karşılaştırmalı Reklama Örnekler

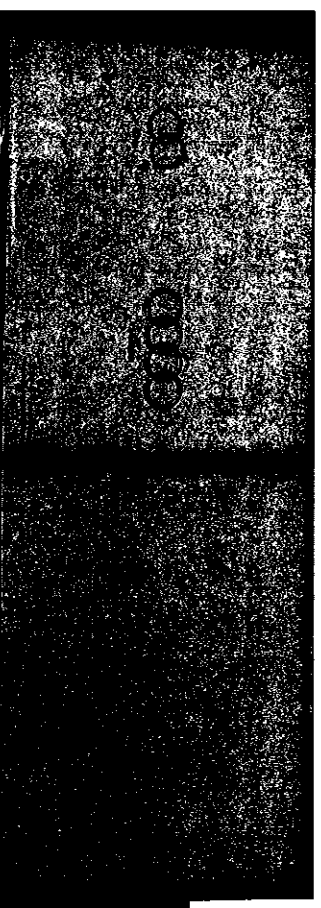
Aşağıda, konunun daha iyi anlaşılması amacıyla karşılaştırmalı reklama örnekler verilmiştir. Hemen belirtelim ki, bu reklâmlarda sadece karşılaştırmının varlığı üzerinde durulmuştur, bunun hukuka aykırılığı başka bir konudur ve bu konuda fikir beyan edilmemiştir.



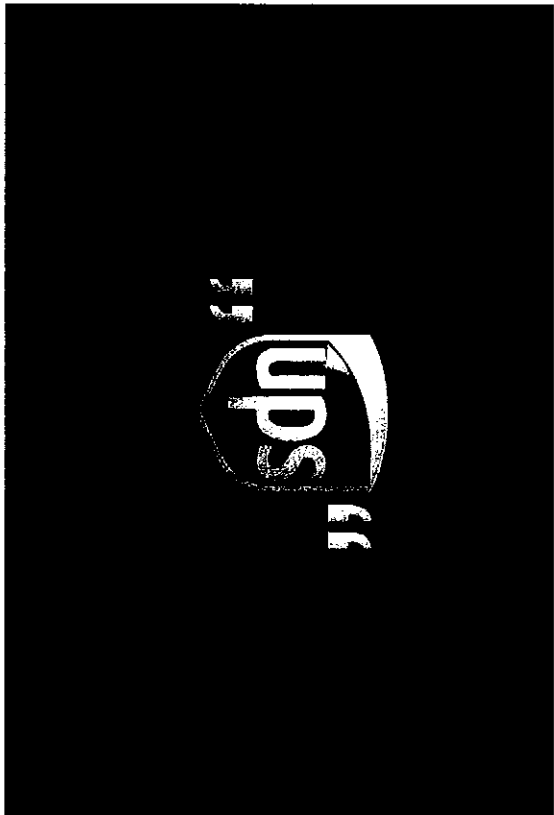
Buradaki BMW tarafından yapılan reklâmda, rakibi Jaguar'a ince bir gönderme yapılmakta ve BMW'yi gören Jaguar'ın adeta kaçıdığı görsel olarak anlatılmak istenmektedir.



Burada Media Markt Almanya tarafından yapılan reklâmda, rakibine kelime oyunları yapılarak göndermede bulunmaktadır. Almanca'daki iyi, güzel anlamına gelen "toll" kelimesi "dell" şeklinde ifade edilerek ünlü bilgisayar şirketi DELL'in yaptığı reklama, broşürde yer vermek suretiyle açık bir karşılaştırmalı reklam yapılmaktadır.



Burada, Mercedes-Benz şirketi tarafından bilboardlara yapılmış olan ilana, Audi tarafından hemen yanındaki bilboarda reklam vermek suretiyle cevap verilmekte ve Mercedes tutkusunun seks gibi geçici olduğu, buna mukabil Audi tutkusunun bir aşk olduğu belirtilmektedir.



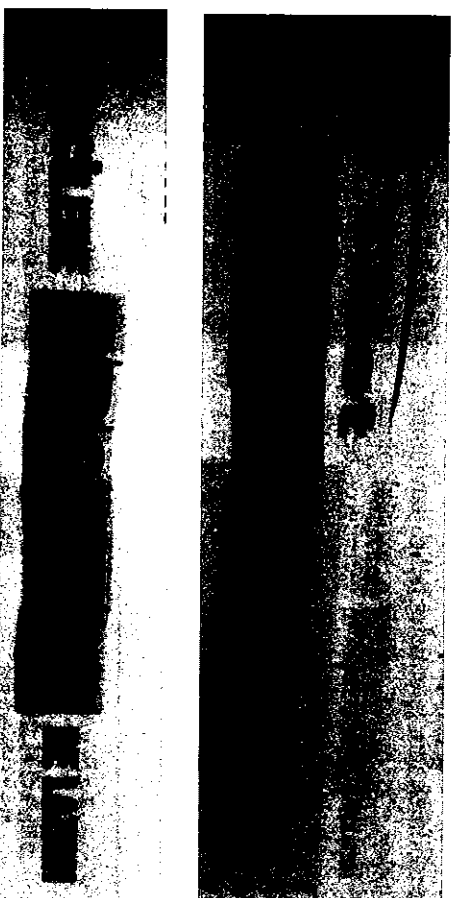
Alman lojistik şirketi DHL tarafından rakip Amerikan şirketi UPS'e atıfta ve markasını açıkça kullanmak suretiyle yaptığı bir başka karşılaştırmalı reklam. Burada da yine DHL tarafından kelime oyunları yapılmakta, Almanca'da bir sakarlık, şaşkınlık ya da özür dilenmei gerekli hallerde kullanılan "ups" kelimesi ünlü Amerikan lojistik şirketi için kullanılmaktadır.



Burada, Pepsi tarafından yapılan reklamlarda rakip Coca-Cola açıkça yer almasa da, kutunun biçiminden aslında bunun Coca-Cola kutusu olduğu rahatlıkla teşhis edilebilmektedir.



Yine burada, rakip firmanın renklerini çağrıştıracak renk kompozisyonu kullanılmak suretiyle, rakip firmanın konuşma ürettiriminin pahalı olduğu iğnecileyici ve esprili bir şekilde karşılaştırmalı reklamlarda anlatılmaktadır.



Burada da internet erişim hizmetleri sektörünün lideri tarafından sunulan bir hizmette kullanılan "Vitamin" ibaresine rakip bir işletme tarafından verilen hizmette "Protein de lazım" ifadeleriyle atıfta bulunularak karşılaştırma yapılmıştır.

II. ADWORDS REKLAMLAR

1. Adwords reklamların niteliği ve Türk Hukukunda durum

Literatürdeki yaygın adıyla “*keyword advertising*” denilen bu halde aslında, internet arama motorları vasıtasıyla yapılan bir reklam türü söz konusudur.¹⁵ Kısaca bu tür reklamlar, arama motorlarına girilen kavram ve sözcüklere duyarlı reklam yapma imkânı olarak tanımlayabiliriz. İşletmelerin, arama motorlarıyla yaptığı anlaşmalar çerçevesinde, internet kullanıcısının aradığı kavramlara göre belirten, bilgisayar ekranında özellikle arama sonuçları yanında ya da üst tarafında kendi işletmelerinin reklamlarının yer aldığı bir reklam türüdür. Bu reklam türünün en yaygın hali ise sektörün lider arama motoru Google tarafından kullanılan “*Adwords*” reklamlardır. Diğer internet arama motorları da benzer sistemler kullanmaktadır¹⁶. *Adwords*, İngilizce “*advertising words*” un kısaltılmışıdır ve işletmelerin, anahtar kelimelere bağlı olarak internet arama motorlarında yaptıkları reklamları ifade eder.

Reklamın, internet kullanıcısının ekranında görünüp görünmemesi tamamen arama motorlarına girilen sözcük ve kavramlara bağlıdır. Kullanıcıların arama motoruna girdiği kavramı ve kelimelerde, mümkün mertebe çok görüntülenebilmek için işletmeler belirli kavramları, genelde üst kavramları ve sözcükleri, “keyword” (anahtar sözcük) olarak seçmektedirler¹⁷. Bu suretle internet kullanıcısı, reklamı verenerce belirlenmiş herhangi bir kavram ya da sözcüğü (adwords) arama motoruna girdiği takdirde, dört satırlık reklam ilanı, arama sonuçlarından ayrı ve onun üstünde ya da yanında olarak yer almaktadır. İnternet sitesi birden çok reklama imkân verdiğinden, reklamların kaçınıcı sırada yer alacağı, işletmelerin kendileri belirlemektedir; zira sıralama, işletmenin reklama her tıklama için ödemeye hazır olduğu fiyata göre

belirlenmektedir. *Google Adwords* reklamlarında, bir anahtar sözcük için en yüksek ücreti ödeyen kimse reklam sıralamasında yukarılarda, hatta ilk sırada yer almaktadır. Reklam veren işletmeci ise internet kullanıcısının reklamı dikkate alıp reklamdaki linke tıklayarak, işletmenin internet sitesine girdiği tıklamalar için reklam ücreti ödemek durumundadır¹⁸.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıda Google üzerinden yapılan “Media Markt” ve “Hyundai” aramalarında, rakip firmaların ekranın sağ tarafından “sponsor bağlantılar” başlığı altında görüldüğü ekran çıktıları yer almaktadır.

media markt

Yaklaşık 3.400.000 sonuç (0.6 saniye)

Media Markt

Sizin aradığınız **Media Markt** -- Seçin -- Adana Seyhan, Ankara Eryaman, Ankara Etilk, Ankara Çankaya, Bursa Mithat Ertanır, İstanbul Beşiktaş ...

www.mediamarkt.com.tr - Onbellek - Benzer

Beyaz

Mediazarlar

İletişim

3D Tünelörler

mediamarkt.com.tr alanından daha fazla sonuç >

Mediazarlar - Media Markt

Size En Yakın **Media Markt**, Bulunduğunuz bölgeyi seçin -- **Media Markt** -- Seçin -- Adana Seyhan, Ankara Eryaman, Ankara Etilk, Ankara Çankaya --

www.mediamarkt.com.tr - Onbellek - Benzer

Hyundai

Yaklaşık 100.000.000 sonuç (0.26 saniye)

Hyundai

Modeler, fiyatlar, kampanyalar, haberler, yetkili satıcılar ve servisler, insan kaynağına, bayi ağına, ...

www.hyundai.com.tr - Onbellek - Benzer

Fiyat Listesi

Acemi Eza

Kampanyalar

Sayı & servisler

Hyundai.com.tr alanından daha fazla sonuç >

Hyundai

6 Ekim 2010 -- **Hyundai**den Türkiye'de en büyük yarımları olan **Hyundai Asan**ın kurucu ortağı ve Yönetim Kurulu Başkanı Ali Kızıldaş, Türkiye'ye köre hatırlanıyor --

www.hyundai.com.tr/Content.aspx?id=... - Onbellek - Benzer

Hyundai

Sponsorlu bağlantılar

Fiat Standi Autoshow da

Autoshow Fiat standında

satıcılar için bağlantılar

www.fiat.com.tr

ABANK Taziti Kredisi

ABANK'tan Taziti Kredisi alın

60 ay vadeli vadele geri ödeyin

www.abank.com.tr/taziti-kredisi

Reklamınız burada görün >

Hyundai

Sponsorlu bağlantılar

Fiat Standi Autoshow da

Autoshow Fiat standında

satıcılar için bağlantılar

www.fiat.com.tr

ABANK Taziti Kredisi

ABANK'tan Taziti Kredisi alın

60 ay vadeli vadele geri ödeyin

www.abank.com.tr/taziti-kredisi

Reklamınız burada görün >

¹⁵ *Keyword advertising*, bir üst kavram olarak adwords ve adsense reklamlarını da kapsayan, başta Google olmak üzere, Yahoo ve Microsoft gibi önde gelen arama motorlarınınca

kullanılan, arama içeriğine bağlı, anahtar sözcüklerle yapılan reklam sistemini ifade etmektedir. *Keyword advertising*, internet arama motorlarının temel gelir kaynağını oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZBEL, Savaş; Markanın İnternet Alanı, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması (5833 sayılı Kanunla Değişik 556 sayılı KHK m. 9.1.(e) bendi; Doç. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Ankara 2009, s. 229 vd.; ayrıca memis, Tekin / BOZBEL, Savaş E.-Akademik.org, Kasım 2008 (www.e-akademik.org).

¹⁶ Bu konuda bkz. MEYER, Sebastian; Google & Co. - Aktuelle Rechtswertungen bei Suchmaschinen“, K&R (Kommunikation und Recht), 2007, 178 ve aynı yazar, “Google AdWords: Wer haftet für vermeintliche Rechtsverletzungen?”, K&R 2006, 557.

¹⁷ MEYER, K&R 2006, 557.

¹⁸ MORITZ, Hüsni: “Der Gebrauch geschützter Kennzeichen als Advertising Keywords (AdWords)”, K&R 2006, 223 vd.

Kanun koyucunun, bu tür bir kullanımı, marka sahibi tarafından yasaklanabilecek fiiller kapsamına dahil etmesinin nedeni, reklamı yapılan internet sitesinde marka sahibinin mallarının sunulduğu şeklinde bir ithba oluşturulacağı, bu şekilde marka sahibi ile "zihinsel bir bağlantı" meydana getirileceği, yahut "*adwords*"ı kullanan kimse, yıllardan beri oluşturulan markanın şöhretinden kendisine yarar sağlamak amacıyla olduğundan hareket ettiğini söylemek yanlış olmasa gerek¹⁹.

2. ATAD Kararlarında Adwords Reklamlar

Avrupa Adalet Divanı 2010 yılı içinde verdiği bir dizi kararında „Adwords“ reklamlarını ele almıştır. Bu kararlar;

- 23.03.2010, C-236/08 - 238/08 – „Google vs. Louis Vuitton u.a.“,
- 25.03.2010, C-278/08, „BergSpechte vs. trekking.at“,
- 08.07.2010 - C-558/08 – „Portakabin/Primakabin“;
- 26.3.2010, C-91/09 (Eis.de GmbH ./ BBY Vertriebsgesellschaft mbH, Eis.de ./ BBY Vertiebsgesellschaft [Bananabay]).

ATAD verdiği bu kararlarda, reklamı veren ya da Google tarafından bir ihlal yapılarak yapılmadığı, Google'ın müşterilerinin marka ihlalinin sorumlu tutulup tutulmayacağı ve internet yer sağlayıcıları için tanınan (Art. 14 der ECRL) imtiyazdan yararlanıp yararlanmayacağı sorularına cevap aramıştır.

3. Reklam veren tarafından marka ihlali gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği

ATAD'a göre, Google'ın adwords hizmetinden yararlanarak üçüncü bir kişi'nin markasıyla aynı işareti seçen reklam sahibi kimse bu işareti markasal olarak²⁰ da kullanmış olur. Mahkemeye göre reklam sahibi, marka ile aynı olan anahtar sözcüğü seçmek suretiyle, reklamları yer alan link üzerinden kendi mal ve hizmetlerinin sunulduğu internet sitesine erişilmesini amaçlamakta ve bunu da temin etmektedir. Böyle bir durumda, internet kullanıcılara, marka sahibinin mal veya hizmetlerine alternatifler sunmak amacıyla

¹⁹ Alman Hukukunda da, *adwords* reklamların marka ihlali olacağı yönünde görüş bildirilenler bu gerekçeleri ileri sürerler. Karş. LG Braunschweig, 9. Zivilkammer, 28.12.2005, 9 O 2852/05 (388), 9 O 2852/05; OLG Braunschweig 2. Zivilsenat, 11.12.2006, 2 W 177/06 = CR 2007, 177; OLG Dresden 14. Zivilsenat, 09.01.2007, 14; OLG Dresden 14. Zivilsenat, 09.01.2007, 14 U 1958/06; OLG Stuttgart 2. Zivilsenat, 09.08.2007, 2 U 23/07.

²⁰ Burada markanın ihlali söz konusu olduğu için markaya tecavüzde markasal kullanım aranmayacağı söylenebilir. Ancak burada kastedilen "markasal kullanım" KHK m. 9/II anlamında tecavüz teşkil eden kullanım halleridir.

anahtar sözcüğün özellikle seçilmesi, markasal kullanım bakımından önemlidir.

Ancak bu durum, bir ihlalin varlığını kabul etmek için yeterli değildir. Daha ziyade, markanın köken gösterme işlevinin zarar görmesinin buna eklenmesi gerekir. ATAD'a göre adwords reklamlarda böyle bir zarar, üçüncü kişinin ilanında, bu kişi ile marka sahibi arasında iktisadi bir bağlantı olduğu ithbayı uyandırması halinde gerçekleşir. Aynı şekilde, vasat düzeydeki dikkatli bir internet kullanıcısı, reklam linkinden ve onu takip eden reklam mesajından, reklam veren ile marka sahibi arasındaki ilişkinin niteliğini, bağımsız bir üçüncü kişi mi yoksa onunla iktisadi bir bağının mı olduğu hususunu anlamamıyor ya da çok zor anlaşılabiliyorsa, yine markanın köken gösterme işlevi zarar görmüş demektir. Dolayısıyla reklam veren, reklamı düzenlerken, marka sahibi ile iktisadi bir bağlantısının olmadığını açıkça ortaya koymalı, belirtmeli, markaya tecavüzden sakınmalıdır. Ancak, adwords reklamları yabancı markanın arama sonucu olarak görünmesi, tek başına markanın köken gösterme işlevine bir müdahale teşkil etmez.

ATAD, markanın reklam işlevinin adwords reklamları ihlal edilmediğini zira reklamları arama sonuçlarının açıkça ayırt edilebildiğini belirtmiştir. Marka sahibinin elinden, kendisinin adwords reklam yapılması imkânının alınmış olması da, bu işlevin zarar gördüğü anlamına gelmez.

4. Google tarafından marka ihlali gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği

ATAD'a göre, Google'ın verdiği adwords hizmeti tek başına koruma altındaki işaretin markasal kullanımını teşkil etmez.

Bir işaretin kullanılması için teknik imkân ve şartların hazırlanması, böyle bir hizmet ücret karşılığında sunulmuş olsa bile, bu hizmeti sunan tarafından işaretin kullanıldığı anlamına gelmez. Bu nedenle, Google tarafından markanın ihlal edilmesi söz konusu değildir.

5. Google'ın müşterilerinin marka ihallerinden dolayı sorumluluğu

Google'ın bizzat kendisince marka haklarının ihlal edilmediği tespiti, Google'ın yine de müşterileri tarafından gerçekleştirilen ihallerden sorumlu olup olmayacağı hususunu açıklığa kavuşturmamaktadır.

ATAD, (C-236/08 - C-238/08) kararlarında, Google'ın Art. 14 der ECRL'de yer sağlayıcılar (hosting provider) için öngörülen imtiyazdan yararlanıp yararlanmayacağını ele almıştır. Mahkeme ilk önce, Google'ın adwords reklamlarının Direktif anlamında bir "bilgi toplumu hizmeti" olarak görülmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme, sorumluluk bakımından öngörülen bu imtiyazın uygulanmasını mümkün görmekte beraber, bu sorunun

kesin cevabını ulusal mahkemelere bırakmıştır. ATAD'ın kararında belirtildiği, Google'ın anahtar sözcüğün verilmesi ve kullanılmasında, kaydedilen verilerden işletmenin haberinin ya da onlar üzerinde bir kontrolünün olması anlamında aktif bir rolü olamaz. ATAD'ın kararlarına göre önemli olan husus, Google'ın reklam metnlerinin oluşturulmasında ya da anahtar sözcüğünün seçiminde nasıl bir rol oynadığıdır.

Adwords reklamları hem reklamın metni hem de anahtar sözcük reklam evreni tarafından seçildiğinden, Google yer sağlayıcılarla ilgili imtiyaza kural olarak istinat edebilir. Google aktif bir şekilde anahtar sözcüğün seçimine katılmamaktadır. Ancak, hizmeti sunan, ilgili markaları uygun anahtar sözcük olarak öneren bir "Keyword-Generator" sunuyorsa, bu halde anahtar sözcüklerin oluşumuna etki ediyor demektir.

Görüldüğü üzere ATAD, markanın adwords reklamlarda kullanılmasının karşılaştırmalı reklam teşkil edip etmediği hususunda herhangi bir şey söylememektedir.

III. ADWORDS REKLAM VE KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

Bu açıklamalar ışığında, yabancı bir marka ya da işaretin reklam verence *google adwords* reklamlarında anahtar sözcük olarak kullanılması halinde, bir karşılaştırmalı reklam olup olmadığı düşünülebilir. Bir karşılaştırmalı reklamlardan bahsedebilmek için her şeyden önce tüketicinin bir malı veya hizmeti satın alma kararına tesir edecek bir takım unsurların, niteliklerin bir şekilde karşılaştırılması gerekir²¹. Reklam sahibi tarafından yapılan ürünün fiyat veya kalitesinin, tüketicilerin bizzat kendileri tarafından karşılaştırılması çağırısı (ama sadece çağırısı, "kendiniz kıyaslayın" gibi) hukuki anlamda bir karşılaştırma olarak görmemek gerekir, zira burada reklam sahibinin kendisi tarafından herhangi bir karşılaştırma yapılmamaktadır²².

İnternet ortamında, işletmenin internet sitesinde rakip ürünlerle karşılaştırma yapma çağırısının, rakip ürünlere (ya da markaya) link verme suretiyle gerçekleştirilmesi halinde bir karşılaştırmalı reklamlardan söz etmek mümkün değildir²³. Gerçekten de, adwords reklamlarda olduğu gibi, internet kullanıcısı

tarafından bir marka ya da işaret arama motoruna verildiğinde, üzerine tıklandığında kullanıcıyı – araması yapılan mal veya hizmeti sunan - rakip bir işletmenin mal veya hizmetine yönlendiren bir link, arama sonuçlarının üstünde ya da sağında, reklam olduğu açıkça anlaşılacak şekilde, internet kullanıcısının ekranında görüntüleniyorsa, bir karşılaştırmalı reklam söz konusu olacaktır. Bu anlamda reklamın bizzatlı marka sahibi ya da yetkilendirdiği bir üçüncü kişi tarafından (örneğin lisans alan, distribütör, tek satıcı, acenta vs.) yapılmasının bir önemi yoktur.

Şu halde, adwords reklamının metninde/içerisinde açıkça rakip işletmenin ürünlerine bir atıf varsa, reklam somut olarak rakibin bir ürününü içermese de, bir karşılaştırmalı reklamın varlığını kabul etmek gerekir. Her ne kadar bu halde rakip işletmenin ürünlerinin nitelikleri ile ilgili doğrudan bir karşılaştırma olmasa da, rakip işletmenin ya da marka sahibinin internet sitesinde, farklı ürünler farklı fiyatlarla yer alıyorsa, internet kullanıcıları adwords reklamlarındaki bu link üzerinden rahatlıkla ürünler hakkındaki bilgilere ulaşabileceklerdir²⁴.

Arama sonuçları ile reklam, grafik ve yazı ile birbirinden ayrıldığı için vasat düzeydeki dikkatli bir internet kullanıcısı, arama sonuçları ile reklamı rahatlıkla birbirinden tefrik edilecektir, burada internet kullanıcısı bu reklamın, aradığı marka ya da işaretin sahibi tarafından verilen bir reklam olmadığını anlayabildiği ölçüde, yanıltıcı bir reklam da söz konusu olmayacaktır²⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere, "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulamaları Esaslarına Dair Yönetmeliğin 11. maddesinde karşılaştırmalı reklamlarda "karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi" istenmiştir. Oysa adwords reklamları, karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adı açıkça yer almaktadır. Şu halde, internet arama motorlarının reklam sistemlerinde (Google örneğinde *adwords*) anahtar sözcük olarak, başka birisinin markasının ya da işaretinin kullanılması bir karşılaştırmalı reklam teşkil etse de, böyle bir reklamlarda rakip işletmelerin marka ya da işaretinin açıkça belirtilmesi hukukumuzdaki mevcut düzenlemelere aykırı olacaktır²⁶. Ancak

²¹ BAUMBACH/HEBERMehl, § 1 UWG Rdnr. 338

²² BGH GRUR 1974, 280, 281 (Divi). BGH, bir reklamdaki "karşılaştırın... karşılaştırmalı... sonra tekrar karşılaştırmalı... ve daha sonra DIVI'den satın alın" [vergleichen... vergleichen... und nochmals vergleichen... dann kaufen Sie doch bei Divi] şeklindeki sporu hukuka aykırı bulmamıştır. Karş. BGH GRUR 1961, 237, 240 (TOK-Band); BGHZ 139, 378, 382 (Vergleichen Sie); BAUMBACH/HEBERMehl, § 1 UWG Rdnr. 362.

²³ KOHLER/PIPER, UWG 3. Aufl., § 2 Rdnr. 19.

²⁴ Aynı yönde, bkz. OHLV; GRUR 2009, 709, 716; aksi görüş için KOHLER/BOBKAMM, UWG 28. Auflage 2010, UWG § 6 Rn. 85. Yazara göre, arama sonuç listesinde yanında rakip firmanın duyurusunun yer alması, her iki reklam duyurularının birbirinden bağımsız olarak yan yana durması karşısında § 6 f. 1 UWG'nin şartlarının oluşmadığı görülmektedir. Ayrıca bu konuda BGH GRUR 2009, 500 – Beta-Layout.

²⁵ Aynı yönde bkz. BGH GRUR 2009, 500 – Beta-Layout.

²⁶ 89/104/AET Yönergesi m. 6 /I, lit. c hükümlerine göre, sunulan mal veya hizmetin niteliği ya da amacı konusunda bilgilendirmek için gerekli ise başka birisinin markasını kullanılmasına (açıkça belirtilmesine) izin verilmiştir. AAD (EuGH)'nin içtihatları da bu yöndedir EUGH

hemen belirtelim ki, rakibin markasının açıkça belirtilmemesi, mevcut Avrupa Birliği düzenlemeleri ile uyumlu değildir²⁷. Ayrıca 4077 sayılı Kanunun 16. Maddesinde, karşılaştırmalı reklamlarla ilgili düzenlemelerde, markanın belirtilmeyeceğine dair bir hüküm yer almamaktadır. Kanun tarafından kısıtlanmayan bir hususun, yöneltimle kısıtlanması, yasaklanması normlar hiyerarşisine ve kanunun ruhuna aykırı olacaktır.

Sonuç itibarıyla, karşılaştırmalı reklamlarda *de lege lata* rakibin markasının kullanılması, açıkça belirtilmesi Reklam Yönetmeliği'nde yasak olmasına rağmen bu durum MarkaKHK m. 9/II (e) bendine aykırılığı ortadan kaldıracak bir "üstün hak" teşkil edecektir. *De lege ferenda* karşılaştırmalı reklamlarla ilgili düzenlemelerin AB mülkesebatı ile uyumlaştırılması, rakibin marka, logo ya da isminin de karşılaştırmalı reklamlarda kullanılabilmesi gerekir.

SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız sonuç ve önerileri şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Üçüncü bir şahsın hak sahibi olduğu bir marka ya da işaretin, *google ads* reklamlarında, reklam veren işletme tarafından anahtar sözcük olarak kullanılması ve bu adwords reklamının metninde/içerisinde açıkça rakip işletmenin ürünlerine bir atıf varsa, bu bir karşılaştırmalı reklam teşkil edebilir.
2. Böyle bir adwords reklamında karşılaştırmalı reklamın varlığı ve hukuka uygunluk şartlarının gerçekleştiği durumda, artık üçüncü bir şahsın hak sahibi olduğu marka ya da işaretin adwords reklamında kullanılması 556 sayılı KHK m. 9/II (e) bendini ihlal etmeyecektir, zira bu durum 556 sayılı KHK m. 9/II (e) bendi anlamında "işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hak" teşkil edecektir.
3. Avrupa Adalet Divanının adwords reklamlarla ilgili vermiş olduğu kararların daha ziyade bu tür kullanımın marka ihlali teşkil edip etmediği ve sorumluluk yönündendir, adı geçen kararlarda bunun adwords reklam teşkil edip etmediği üzerinde durulmamıştır.

(EUGH, Sığ. 1999, I-905 = EuZW 1999, 244 Rdcm. 58 bis 60 - BMW). Bu durumda, hukukumuzda karşılaştırmalı reklamlarda rakibin markasının kullanılmasına (açıkça belirtilmesine) izin verilmemesi Avrupa Birliği mevzuatıyla çelişmektedir.

²⁷ 97/55 sayılı AB Direktifinin başlangıç bölümünün (dibacesinin) 15. Paragrafında, markanın hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasının, marka hakkının ihlali anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir.

KAYNAKÇA:

- Bozbel, Savaş ve Memiş, Tekin, "Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamları" E-Akademik, Sayı 81, Kasım (2008).
- Bozbel, Savaş; Markanın İnternet Alanı, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması (5833 sayılı Kanunla Değişik 556 sayılı KHK m. 9, I, (e) bendi; Doç. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armagan, C. III, Ankara 2009, s. 229.
- Hüsch, Moritz, "Der Gebrauch geschützter Kennzeichen als Advertising Keywords (AdWords)", K&R 2006, 223.
- Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 28. Aufl., München 2010.
- Köhler/Piper Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage München 2002.
- Künzle, Hans Rainer, Die vergleichende Werbung im schweizerischen Wettbewerbsrecht – de lege lata und de lege ferenda, WuR (Wirtschaft und Recht) 34, 1982, 138.
- Mettang, Uwe; Cola-Test - Die vermeintliche Liberalisierung des kritischen Werbevergleichs GRUR 1988, 106.
- Meyer, Sebastian; „Google & Co. – Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen“, K&R (Kommunikation und Recht), 2007, 178.
- Meyer, Sebastian; "Google AdWords: Wer haftet für vermeintliche Rechtsverletzungen?", K&R 2006, 557.
- Mooser, Ekkehard; Neuere Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung NJW 1987, 1789.
- Ohly, Ansgar; Keyword-Advertising auf dem Weg von Karlsruhe nach Luxemburg GRUR 2009, 709.
- Strothmann, York; Tatbestandsvoraussetzungen und unlauterkeitskriterien der kritisierenden vergleichenden Werbung - zugleich Stellungnahme zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - GRUR 1988, 588.
- Wirth, Sibylle M.; Zürich, 1993 Vergleichende Werbung in der Schweiz, den USA und der EG, in Zivilrecht, Werbe- und Medienkodizes, Zürich, 1993.