

Geliş Tarihi:

14.04.2022

Kabul Tarihi:

08.08.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: İslamoğlu, F. (2022). Elektronik ortamın yabancılik unsuru içeren haksız rekabette uygulanacak hukuka etkisi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 830-848. doi: 10.46928/iticusbe.1103765

ELEKTRONİK ORTAMIN YABANCILIK UNSURU İÇEREN HAKSIZ REKABETTE UYGULANACAK HUKUKA ETKİSİ*

Araştırma

Fatma İslamoğlu 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Barosu

fatma_islamoglu@outlook.com

Fatma İslamoğlu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Ana Bilim Dalı, Özel Hukuk Programında yüksek lisans yapmakta olup aynı zamanda İstanbul Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapmaktadır.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi Fatma İslamoğlu tarafından hazırlanan “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

ELEKTRONİK ORTAMIN YABANCILIK UNSURU İÇEREN HAKSIZ REKABETTE UYGULANACAK HUKUKA ETKİSİ

Fatma İslamoğlu
fatma_islamoglu@outlook.com

Özet

Teknolojide meydana gelen gelişmeler dünyayı küresel bir köy haline getirmiştir. Kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması özellikle internet ağının dünya çapında her geçen gün genişlemesi zaman ve mekân sınırlarına takılmadan farklı tabiiyetlere mensup olan kişilerin daha kolay bir biçimde iletişim kurmasını sağlamıştır. Dünyanın her yerinden insanın etkileşim içinde olmasını sağlayabilen elektronik ortam, bu özelliği ile ticari hayatı da etkileyerek yeni bir rekabet alanı meydana getirmiştir. Klasik anlamda alışlagelmiş olan pazarlama ve reklam faaliyetleri ile diğer ticari davranışlar elektronik ortam içinde farklı bir boyut kazanmıştır. Elektronik ortam, işletmelerin faaliyetlerini sınır ötesi alanlara taşımalarını zaman ve mekân sınırlamalarını aşarak kolaylaştırmakta olsa da diğer yandan bu özellik nedeni ile elektronik ortamda vuku bulan haksız rekabetin etkisinin de sınır ötesi olması kuvvetle muhtemeldir. Bu bakımdan yabancılık unsuru taşıyan ve elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabete uygulanacak hukukun tespiti meselesi mevcut mevzuat kapsamında değerlendirilecektir.

Amaç: Bu çalışmanın amacı yabancılık unsuru içeren ve elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun tespiti hususunda mevcut mevzuat düzenlemeleri ile inceleme yapmaktır.

Metodoloji: Araştırma yazılı ve veri tabanlı kaynakların taranması ile hazırlanmıştır.

Bulgular: Yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet hallerinde diğer özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi hâkim, uygulanacak hukuku re'sen tespit ederek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır. Haksız rekabet, haksız fiilin özel bir türü olduğundan önceleri haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı, haksız rekabet için de uygulanmaktayken zamanla meydana gelen ihtiyaçlara paralel olarak haksız rekabet hususunda özel düzenleme yapılmış ve bu düzenlemede yer alan kanunlar ihtilafı kuralı ile uygulanacak hukukun tespit edildiği görülmüştür.

Özgünlük: Çalışmanın özgün tarafı, yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet hallerini elektronik ortam özelinde değerlendirmesi ve mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet hallerine uygulanmasının beraberinde getirebileceği bazı sorunlar ile mevzuatta bu bakımdan yapılabilecek değişikliklerin öğretici görüşleriyle ele alınmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Ortam, İnternet, Haksız Rekabet, Bağlama Kuralı, Roma II Tüzüğü, E- Ticaret Yönergesi, MÖHUK

JEL Sınıflandırması: K33

THE EFFECT OF ELECTRONIC ENVIRONMENT ON THE LAW TO BE APPLIED IN UNFAIR COMPETITION INVOLVING THE ELEMENT OF FOREIGNNESS

Abstract

Developments in technology have made the world a global village. The spread of mass media, especially the expansion of the Internet network around the world every day, has allowed people belonging to different nations to interact more easily without getting stuck in the boundaries of time and space. The electronic environment, which can enable people from all over the world to interact, has also affected the commercial space. The electronic environment, which has created a new Sunday in commercial life, has caused a new competition to exist in this area. Marketing and advertising activities and other commercial behaviors, which are customary in the classical sense, have acquired a different dimension in the electronic environment. Although it has enabled the electronic environment to remove the time and space limits and to move its commercial activities to cross-border areas, on the other hand, the impact of unfair competition that may occur in this area will also be cross-border. In this regard, the electronic environment and its impact on the determination of the law to be applied to unfair competition, which has a foreign element, have been evaluated by the current legislation.

Purpose: The purpose of this study is to examine the current legislation in terms of determining the law to be applied in cases of unfair competition involving the element of alienation and occurring in an electronic environment.

Method: The research was prepared by scanning written and data-based sources

Findings: As in other private legal relations in cases of unfair competition with an element of foreignness, the judge must personally determine the law to be applied and resolve the dispute. In determining the law to be applied in resolving the dispute, it was previously seen that since unfair competition has a special appearance of a tort, the normative acts made by betting have been replaced by regulations made specifically in determining the law to be applied to unfair competition. In order to determine the law to be applied in terms of unfair competition, the existing international regulations and the regulations contained in the MÖHUK have been compared in the teaching.

Originality: The original side of the study is to evaluate unfair competition situations that have a foreign element in an electronic environment and to consider some problems that may be caused by the application of the current conflict of laws rules to unfair competition situations that occur in an electronic environment, as well as changes that can be made in this regard in legislation with the views of the teacher.

Keywords: Electronic Environment, Internet, Unfair Competition, Binding Rule, Rome II Regulation, E-Commerce Directive, MÖHUK

JEL Classification: K33

GİRİŞ

Ticari hayat, teknolojik gelişmelerden oldukça fazla etkilenen alanlardan biridir. Üretim, tüketim, dağıtım, reklam ve pazarlama teknikleri teknoloji ile değişmiştir. Fiziki mağaza yerine sanal mağaza niteliğindeki web sitelerinin kurulması, ardından mobil uygulamaların geliştirilmesi bunun örneklerindedir. Teknolojiden yararlanan ticari işletmeler böylelikle uzak coğrafyalarda da faaliyetlerini sürdürme imkânı elde eder. Haber ve bilginin çok hızlı şekilde yayılması bu bakımdan bir avantaj olarak değerlendirilebilir olsa da haksız rekabete neden olacak davranışların elektronik ortamda meydana gelmesi, mağdurun küresel çapta haksız rekabetten etkilenmesine neden olur.

Elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabetin doğurduğu sonuçların küresel çapta olması meydana gelen uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti meselesini tartışmaya açar. Yabancılaşma unsuru içeren haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun tespiti bakımından mevzuatımızda zamanla farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle haksız rekabetin haksız fiilden bağımsız olarak düzenlenmesi uluslararası hukuk sistemlerinde meydana gelen gelişmelerin bir ürünüdür.

Elektronik ortam coğrafi sınırları kaldırdığı için bu ortamda gerçekleşen haksız rekabet birden fazla ülke piyasasının etkilenmesine neden olabilecektir. Bu durumda hangi ülke hukukunun uyuşmazlığın çözümü için uygulanacağı meselesi gündeme gelir. Mozaik etkisi adı verilen bu durum uygulanacak hukuku re'sen tespit edecek olan hâkimin de işini zorlaştıracaktır. Bu nedenle öğretilerde mevcut düzenleme bakımından birçok eleştiri yapılmış ve çözüm önerileri geliştirilmiştir. Söz konusu eleştiriler gereğince de haksız rekabet hususunda zamanın ruhuna uygun ve teknolojik gelişmeler neticesinde değişen olaylarla uyumlu normatif düzenleme yapılmasının bir ihtiyaç olduğu sonucuna varılmaktadır.

I. ELEKTRONİK ORTAM

Günümüzde teknolojik gelişmelere paralel olarak insan hayatı birçok yönden değişmiş ve dönüşmüştür. Öyle ki bu gelişmeler insan hayatındaki en köklü alışkanlıkların bile değişmesine, yerini bir başkasına bırakmasına neden olmuştur. Teknolojik gelişmelere paralel olarak insan hayatı içinde değişen şeylerden biri de iletişim kurma biçimidir. İnsanoğlu zaman içinde önceleri ateş ve duman ile kurmuş olduğu iletişimi günümüzde en az çaba ile zaman ya da mekân gibi sınırlara takılmaksızın kurma imkânına elektronik ortamın kullanımı ile sahip olmuştur (Esen, 2019).

Elektronik ortam, genel anlamda elektrik enerjisinin kullanımı ile verilerin sayısallaştırılarak kaydedildiği ve saklandığı ortamdır (Kaya, 2015, s. 58- 59; Akkurt, 2011, s. 19). Bu açıdan başta internet olmak üzere telefon, faks, e- posta gibi iletişim araçları elektronik ortamın birer unsurudur (Arslan, 2021, s. 24; Turan, 2008, s. 88). İnternet ve elektronik ortam kavramı eş değer kavramlar olarak değerlendirilse de elektronik ortam, içine interneti de alan fakat sadece onunla sınırlı olarak açıklanamayacak bir kavramdır. Bu kavramların eş değer kavramlar olarak düşünülmesinin sebebi ise internetin en yaygın kullanılan elektronik ortam unsuru olmasındandır.

İnternet, birden fazla bilgisayarın birbirleri ile bilgisayarlar ağlarının aralarında tekrar bağlantı kurması suretiyle gittikçe genişleyen dünya çapında bir iletişim aracıdır. (İçel, 2021, s. 495; Kaya, 2019, s. 21) Ağların ağı olarak bilinen internet ile birbirine bağlı bilgisayar ve diğer akıllı sistemler aracılığı ile geniş bir iletişim ağı oluşturulmaktadır (Kaya, 2019, s. 22). İnternetin en çok tercih edilen kitle iletişim araçlarından olmasındaki önemli etkenlerden biri de web teknolojisinde meydana gelen gelişmelerdir. Web teknolojisi bugüne kadar web 1.0 biliş ağı, web 2.0 iletişim ağı, web 3.0 işbirliği ağı, web 4.0 ise entegrasyon ağı olarak tanıtılmıştır (Aghaei, Nebatbakhsh ve Farsani, 2012, s. 1). Web 1.0, web teknolojisinin ilk halini oluştururken web 2.0 teknolojisi ile birlikte iletişim tek yönden çift yöne geçiş yapmıştır. Web 3.0 teknolojisinde ise sadece insanların değil aynı zamanda makinelerin de verileri anlamlandırabilmesi amaçlanmıştır (Kapan ve Üncel, 2020, s. 278- 284; Aghaei, Nebatbakhsh ve Farsani, 2012, s. 1). Web 4.0 teknolojisi simbiyotik web olarak adlandırılmakta olup, insan ve insan etkileşiminden ziyade insan ve makine etkileşiminin ön planda olacağı bir teknolojidir (Choudhury, 2014, s. 8099; Çiner, 2022, s. 23). Web teknolojilerinin zaman içinde bu şekilde gelişmesi insanların bu ortam içinde birçok işlemi gerçekleştirmesine de zemin hazırlamıştır. Öyle ki insanlar internet ortamı içinde birbirleri ile iletişim kurabilmekte, ülke ve dünya gündemini takip edebilmekte, film izleyerek, müzik dinleyerek, alışveriş yaparak eğlenceli vakit geçirebilmekte ve daha birçok hizmetten faydalanabilmektedir.

II. ELEKTRONİK ORTAMIN HAKSIZ REKABETE ETKİSİ

Serbest ekonomik modelin vazgeçilmez unsurlarından biri rekabet özgürlüğüdür. Bu özgürlüğün etkin olarak kullanılabilmesi için karmaşanın hâkim olmadığı bir ekonomik düzen mevcut olmalıdır. Bu nedenle devletler rekabet ortamının muhafazası için çeşitli normatif düzenlemeler yapmıştır (Arkan, 2021, s. 345; Ateş, 2019, s. 43). Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." ¹ hükmü ile birlikte serbest ekonomi modeli ve rekabette bulunma hakkı düzenlenmiştir. Fakat her hakkın olduğu gibi rekabette bulunma hakkının da kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle özellikle rekabet ortamını bozucu davranış ya da uygulamaların önlenmesi amacıyla da hukukumuzda birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hususta hem haksız rekabet hem de rekabet hukuku ile ilgili düzenlemeler rekabet ortamının korunmasını ve bekasını amaç edinmiştir. Haksız rekabet hükümleri bu amacı rekabet hakkının kötüye kullanılmasını engelleyecek nitelikteki hükümler ile gerçekleştirmekte, böylelikle söz konusu hakkın dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması sağlanmaktadır (Güneş, 2021, s. 25; Nomer Ertan, 2016, s. 4; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, 2021, s. 547- 548).

Hukukumuzda haksız rekabet ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu²'nda (TTK) yer verilmiştir. TTK'nin 54. maddesinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının tüm

¹ 20.10.1982 Tarih 17844 sayılı R.G

² 14.02.2011 Tarih 27846 sayılı R.G

katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu ifade edilmiştir³. Tüm katılanlar ifadesinden hareketle rakipler, müşteriler, tedarik edenler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı, yanıltıcı davranış ve ticari uygulamalar haksız rekabet olarak kabul edilecektir (Göle ve Bozer, 2021, s. 225; Erdil, 2020, s. 55; Arkan, 2021, s. 352- 353).

Kanunumuzda haksız rekabete ilişkin öncelikle bir tanım yapıldıktan sonra devamındaki maddelerde bu tanım, özellikle karşılaşılan haksız rekabet halleri ile somutlaştırılmıştır. Bu nedenle haksız rekabet halleri sadece kanunda sayılan hallerden ibaret değildir. Örnek kabilinden sayılan bu hallerden biri olmasa da yanıltıcı nitelikteki dürüstlük kuralına aykırı davranış ya da ticari uygulamalar bakımından da haksız rekabet hükümlerin uygulanması mümkündür (Bahtiyar, 2021, s. 179; Bilgili ve Demirkapı, 2021, s. 151).

TTK’de başlıca haksız rekabet halleri altı bent halinde sayılmıştır.

- Dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar,
- Sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yönelme,
- Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma,
- Üretim ve iş sınırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek,
- İş şartlarına uymamak,
- Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmak,

Kanun hükmünde her bir bent altında bu bentlerdeki hallerin örneklerine de yer verilmiştir (Kayıhan, 2021, s. 219- 220; Poroy ve Yasaman, 2019, s. 394).

Teknolojinin gelişimi ve elektronik ortamın her geçen gün hayatımızda daha fazla yer edinmesi ticari hayatın da bu alana kaymasına neden olmuştur. Bu nedenle işletmeler elektronik ortamdaki varlıklarını güçlendirmeye çalışmakta ve sanal pazar içinde süren rekabet ortamında yer almaya çalışmaktadır. Sanal pazar içinde yer alan işletmeler bu alana özgü üretim, satış, dağıtım, pazarlama teknikleri kullanmaya başlamışlardır. Teknolojinin büyük etkisini taşıyan bu yeni ticari davranışlar ve uygulamalar ise bu alana özgü haksız rekabet hallerinin doğmasına neden olmuştur (Memiş, ve Can, 2014; Bosnalı ve Özçelik, 2015, s. 50).

- Kişilere istenmeyen e- posta gönderilmesi,
- Cins ve meslek isimlerinin, markaların diğer ticari isimlerin alan adı olarak kullanılması,

³ Hukukumuzda haksız rekabet hususu hem eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK) hem de eski Türk Borçlar Kanunu’nda (ETBK) düzenlenmiştir. ETBK m. 48 hükmünde ise ticari işlere ilişkin haksız rekabet hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle ticari işlerde ETTK m. 56 ve devamındaki hükümlerin, adi işlerde ise ETBK m. 48 hükmünün uygulanması söz konusudur. Aynı husus yürürlükte olan TTK ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) bakımından da mevcuttur. Zira TTK m. 54 ve devamında haksız rekabete ilişkin hükümler düzenlenmiş, TBK m. 57 hükmünde de haksız rekabete ilişkin düzenlemeye yer verilmişken TBK m.57 hükmü, ETTK m. 48’in aynen muhafaza edilmesi ile oluşturulmuştur. Fakat m.54’te yer alan tüm katılanlar ifadesi gereğince bu kanunda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin ticari iş- adi iş ayrımı yapılmaksızın uygulanması mümkündür (Ayrıca bkz. Göle ve Bozer, 2021, s. 225).

- İnternet ortamında yapılan dürüstlük kuralına aykırı reklamlar,
- Web sayfalarını birbirine bağlayan bağlantılar (hyperlink),
- Çerçeveleme (framing),
- Yönlendirici kod kullanma, (metatag)
- Özellikle e- ticarete dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanma,
- Elektronik ortama özgü iş şartlarına uymama teknolojik alana özgü haksız rekabet hallerindedir (Bozkurt Yüksel, 2014, s. 95- 106; Memiş ve Can, 2014; Öztürk, 2021, s. 86- 102; Neval, 2011, s. 125- 129). Bu hallere gelişen teknoloji ile birlikte zamanla yenileri eklenebilecektir.

Oltaama (phishing) yolu ile işletmelere ait olan ve günümüzde dijital ortamda saklanan verilere ulaşılabilen ve ulaşılan sırların ifşa edilmesi gündeme gelebilmektedir (Bozkurt Yüksel, 2018, s. 156). Şu halde söz konusu durum da elektronik ortama özgü haksız rekabet hali olarak değerlendirilebilir⁴.

Elektronik ortamın nimetlerinden yararlanan işletmeler, mal ya da hizmetlerini farklı coğrafyalarda da tanıtmaya, satışa sunabilme, satma imkânı elde etmekte bu yolla farklı ülkelerde de müşteri çevresi edinmektedir. Elektronik ortamın mekânsal sınırları kaldırmasını avantaj olarak kullanan işletmeler küresel pazara da bu yol ile hâkim olmaktadır.

Elektronik ortamdaki rekabetin küresel çapta olması bu ortamda meydana gelen haksız rekabet bakımından da önem taşımaktadır. Zira bu alanda ortaya çıkan haksız rekabetin etkisi de küresel çapta olabilir. Örneğin elektronik ortamın etkisiyle haksız rekabeti oluşturan fiilin işlendiği yer ile etki doğurduğu yer birbirinden farklı olabileceği gibi haksız rekabet etkisi de birden fazla yerde birlikte doğabilir. Şu halde yabancılaşma unsuru taşıyan haksız rekabet halinin mevcut olması durumunda hangi ülke hukukunun uygulanabileceğinin tespiti gerekmektedir.

III. YABANCILIK UNSURU İÇEREN HAKSIZ REKABETE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Yabancılaşma unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine hangi ülke hukukunun uygulanacağını tespit etmeye yarayan maddi hukuk hükümleri milletlerarası özel hukukun konusunu oluşturmaktadır. Günümüzde dünyanın küreselleşmesi yabancılaşma unsuru içeren sayısız özel hukuk ilişkilerinin doğmasına neden olmuştur (Şanlı, Esen ve Figanmeşe, 2018, s. 5). Elektronik ortamın kullanımının yaygınlaşması ile birlikte coğrafi sınırlar kalktığından söz konusu özel hukuk ilişkilerinin kurulması daha hızlı bir hal almıştır.

⁴ Physicians Interactive v. Lathian Sys. davasında davalı şirket çalışanın davacı rakip firmaya göndermiş olduğu virüslü e- posta ile davacı şirketin müşteri bilgilerini çaldığı ileri sürülmüştür. Ayrıca bkz. A. E. Bozkurt Yüksel, Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması, s. 156.

Yabancılık unsuru içeren haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun tespitinde zaman içinde çeşitli hukuk sistemlerinde farklı bağlama kuralları tercih edilmiştir. Bu bağlama kurallarından en çok benimseneni ise haksız fiilin ika yeri (lex loci delicti commissi) olmuştur (Tekinalp, s. 352; Nomer, 2021, s. 363; Çelikel ve Erdem, 2020, 460). İka yerinin bağlama kuralı olarak kabul edilmesindeki amaç; haksız fiilin meydana geldiği yerde bozulan kamu düzenini ika yerinde yürürlükte olan hukuk kuralları ile yeniden tesis etmektir (Turhan, 1989, s. 355).

Haksız fiilin ika yerinin tespiti ise her zaman kolay değildir. Özellikle fiil ve netice farklı yerlerde meydana gelmiş ise hangi ülke hukukun uygulanacağı meselesi gündeme gelmektedir. Maddi hukuk bakımından fiil ve zarar yeri ayrımı önem taşımayacak olsa da kanunlar ihtilafı bakımından hangisinin tercih edileceği önemlidir (Tekinalp, s. 354; Nomer, 2021, s. 365). Bazı hallerde ise zarar bir değil birden fazla yerde de meydana gelmiş olabilir. Zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi halinde hangi ülke hukukun uygulanacağını tespiti de güçtür (Çelikel ve Erdem, 2020, s. 461). Tüm bu nedenlerle ika yeri kuralının katı bir biçimde uygulanması somut uyuşmazlıkların çözümünde her zaman ihtiyaçlara cevap veremeyebileceğinden söz konusu kuralın yumuşatılması gerekmektedir (Nomer, 2021, s. 368).

Türk hukukunda da haksız fiiller bakımından ika yeri bağlama kuralı tercih edilmiştir (Tekinalp, s. 358; Nomer, 2021, s.363). Fakat haksız fiilin önemli iki unsuru olan fiil ve zararın meydana geldikleri yerlerin farklı olması ya da zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi gibi haller de nazara alınarak ika yeri kuralı yumuşatılmıştır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un⁵ 34. maddesinde haksız fiillere ilişkin düzenleme yapılmıştır. Maddenin ilk fıkrasında haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbi olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. İkinci fıkrada fiil ve zararın farklı ülkelerde meydana gelmesi halinde zararın meydana geldiği ülke hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Türk hukukunda ika yeri olarak zarar yeri kabul edilmiş ve fiil ile zararın farklı ülkelerde meydana gelmesi halinde fiil yerinin mi yoksa zarar yerinin mi ika yeri olarak kabul edileceği meselesi de açık hükme bağlanarak çözülmüştür (Nomer, 2021, s. 366; Doğan, 2022, s. 438). Üçüncü fıkrada haksız fiilin işlendiği yere nazaran daha sıkı ilişkili hukukun olması halinde bu hukukun uygulanacağı hükmü getirilmiştir. Üçüncü fıkra ile yapılan düzenleme sayesinde haksız fiil neticesinde meydana gelen zarar birden fazla ülkede meydana gelmiş olsa da daha sıkı ilişkili hukukun tespiti halinde hâkim bu hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözebilecektir (Nomer, 2021, 369; Doğan, 2022, s. 438). Kanun koyucu üçüncü fıkra ile daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halinde ika yeri kuralının terk edilmesini zorunluluk olarak öngörmüştür (Güngör, 2021, 212). Böylelikle söz konusu hükümler ile ika yeri kuralı yumuşatılmıştır.

⁵ 12.12.2007 Tarih 26728 Sayılı RG.

MÖHUK m. 34/5 hükmünde ise 5718 sayılı MÖHUK öncesinde mevcut olmayan taraflara hukuk seçme hakkı verilmiş fakat bu hak bazı sınırlamalara tâbi tutulmuştur. İlgili hüküm gereği haksız fiil halinde taraflarca hukuk seçimi ancak haksız fiil meydana geldikten sonra ve açık şekilde yapılabilecektir (Güngör, 2021, s. 209).

Yabancılık unsuru içeren haksız rekabet bakımından ise 5718 sayılı MÖHUK öncesinde ayrıca bir düzenleme yapılmamış olup bu dönemde haksız rekabet, haksız fiilin bir türü olduğundan haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı haksız rekabet için de uygulanırdı. Fakat 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesi ile kanun içinde haksız rekabet için münhasır düzenlemeye yer verildi. Bu münhasır düzenleme ile haksız rekabet bakımından özel bağlama kuralları kabul edilmiştir.

A. 5718 sayılı Kanun Kapsamında Bağlama Kuralları

MÖHUK m. 37'de haksız rekabet hali haksız fiilin özel bir türü olarak düzenlenmiştir. İlgili kanun hükmü gereğince haksız rekabet neticesinde zarar görenin işletmesine ilişkin menfaatleri ihlal edilmişse işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku, fakat ihlal edilen menfaat sadece işletme ile ilgili olmayıp, piyasayı da etkilemişse bu halde piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanması gerekmektedir. Kanun koyucu haksız fiilin yarattığı etki üzerinde durarak bağlama noktalarını belirlemiştir. Bu sebeple haksız fiil neticesinde doğan etki araştırılmalıdır (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2018, s. 318). Haksız rekabet neticesinde doğan etki araştırılırken üzerinde durulması gereken önemli nokta fiil neticesinde meydana gelen etkinin piyasa üzerinde bıraktığı izin mi yoksa rakip üzerinde bıraktığı izin mi daha fazla olduğudur. Rakip özelinde meydana gelen etki ile piyasada meydana gelen etki kıyaslandığında rakip özelinde meydana gelen etki daha ağır basmaktaysa MÖHUK m. 37/2 hükmünün uygulanması gerekir (Saatçioğlu, 2017, s. 349; Şanlı, Esen, Figan-Atameşe, 2018, s. 319).

1. Piyasası Doğrudan Etkilenen Ülke Hukuku

Haksız fiil halinde MÖHUK hükümleri gereğince uygulanacak hukuk, fiilin işlendiği yer hukukudur. Fakat her zaman fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer birbiri ile aynı olmayabilir. Bu halde ise fiilin meydana geldiği yer değil, zararın meydana geldiği yer hukuku önceliğe sahiptir (Şanlı, Esen, Figan- Atameşe, 2018, s. 310; Çelikel, Erdem, 2020, s. 463; Güngör, 2021, s. 210; Yılmaz, 2016, s. 3135). Fakat haksız rekabet bakımından özel düzenleme yapılmış ve piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama kuralı tercih edilmiştir. Bu yapılan özel düzenleme elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet halleri ve doğrudukları sonuçlar bakımından daha yerinde olmuştur (Kayış, 2010, s. 56).

5817 sayılı MÖHUK'ta da haksız rekabet hukuku bakımından yapılan özel düzenlemede piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. MÖHUK m. 37 hükmünde milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde kabul edilen etki teorisi bağlamında düzenleme yapıldığı görülmektedir. Etki teorisi kendisini haksız fiiller bakımından haksız fiilin ika yeri olarak

göstermektedir. Zararın meydana geldiği yer hukuku ile haksız rekabete uygulanacak hukukun tespitinde etki teorisi gereği piyasası etkilenen ülke hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmiştir (Çelikel ve Erdem, 2020, s. 479- 480).

Piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama noktasında doğrudan etkilenmeden ne anlaşılması gerektiği hususunda Nomer, kanun maddesinde açık bir düzenlemenin yer almadığını fakat madde gerekçesinde uygulanacak hukuku tayin eden kuralın en sıkı ilişkiyi temel aldığını belirtmiştir (Nomer, 2021, s. 376).

MÖHUK m.37 hükmünün gerekçesinde piyasası etkilenen ülke hukukunun bağlama noktası kabul edilmesi ile piyasaya katılanların tümünün menfaatinin korunmuş olacağı ifade edilmiştir. Dünya çapında haksız rekabete ilişkin düzenlemelerle sadece işletmelerin değil piyasadaki tüm aktörlerin haklarının korunması amaç edinildiğinden söz konusu bağlama kuralının kabulü uygun olmuştur.

2. İşletmenin İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku

MÖHUK m. 37/2 hükmünde münhasıran işletmenin menfaatlerinin zedelendiği hallerde işletmenin bulunduğu yerin hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanun hükmünde yer alan münhasır kavramının nasıl yorumlanması gerektiği maddenin somut olaya da doğru tatbik edilmesini sağlayacaktır. Bu hususta bir kısım yazarlar münhasır kavramını işletmenin bulunduğu pazarın etkilenmemiş olması şeklinde yorumlamıştır⁶.

Münhasıran işletmenin menfaatlerinin zedelenmesi halinde bunun dolaylı ya da sınırlı da olsa piyasayı etkileyeceğinin kabul edilmesi halinde madde hükmünün ikinci fıkrasının uygulama alanı daralmış olacak ve piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanması gündeme gelecektir. Bu nedenle öğretilerde Şanlı ve Nomer' e göre haksız rekabetin meydana getirdiği etki sadece belirli bir işletme üzerinde etki doğuruyorsa bu halde işletmenin bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır. Burada rakip üzerinde meydana gelen etki ile piyasa içinde meydana gelen etkinin karşılaştırılmasıyla sonuca ulaşılabilecektir (Şanlı, Esen, Ataman- Figanmeşe, 2018, s. 319; Nomer, 377). Roma II Tüzüğü'nde bu duruma örnek olarak ticari sırların ifşası, sözleşmeyi ihlale yöneltme, işçiyi ayartma gibi örnekler sayılmıştır (Saatçioğlu, 2017, 344- 345).

B. Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) Kapsamında Bağlama Kuralları

Akit dışı borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun yeknesak hale getirilmesi için düzenlenen Roma II Tüzüğü 2007 yılında Resmi Gazete'de yayınlanmış, 2009 yılında ise esasa ilişkin hükümleri yürürlüğe girmiştir. Tüzüğün amacı vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, culpa in contrahendo, haksız fiil, haksız rekabet gibi akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku ülkeler arasında uyumlu hale getirmektir (Tarman, 2008, s. 193- 194) . Avrupa Birliği'ne üye olan ülkeler arasında farklı bağlama noktalarının kabul edilmesi, atfın kabulü ya da reddi, kamu düzenine aykırı esasların farklı

⁶ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Nomer, 2021, s. 377; Çelikel, Erdem, 2021, s. 479; Kayış, 2010, s. 99.

değerlendirilmesi gibi nedenlerle Roma II Tüzüğü'nün amaçlarından biri de hukuki güvenliği sağlamak olmuştur (Tanrıbilir, 2010, s. 122) . Amsterdam Anlaşması ile birlikte kanunlar ihtilafı konusunda yetkili kılınan Avrupa Topluluğu, Roma II Tüzüğü'nde sadece AB üyesi olan ülke değil, üçüncü ülke hukuklarının da uygulanabileceğini kabul etmiştir (Tarman, 2008, 194).

Roma II Tüzüğü'ne göre haksız fiillerde uygulanacak hukuk, zararın meydana geldiği yer hukukudur. Zararın meydana gelmesinin yanı sıra meydana gelme ihtimalinin bulunduğu ülkenin hukuku da uygulanmaktadır. Fakat Tüzük hükümleri gereğince öncelikle tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığı irdelenmektedir. Taraflar, açık ya da zımni şekilde bir hukuk seçimi yapmışlarsa öncelikle bu hukukun tatbiki gündeme gelecektir. Kanunumuz bu hususta Roma II Tüzüğü'nden ayrılmaktadır. Zira MÖHUK'da haksız fiiller bakımından fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi yapılabileceği fakat bu hukuk seçiminin tartışmaya mahal vermeyecek şekilde açık bir biçimde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Taraflarca seçilmiş bir ülke hukuku bulunmaması halinde, tarafların ortak mutlak meskeni bulunması hali dışında zararın meydana geldiği yer ülke hukuku uygulanacaktır. Fakat tarafların zararın meydana geldiği anda ortak mutlak meskeni bulunması halinde bu ülke hukuku uygulanacaktır. Roma II Tüzüğü'nde genel kural ve istisnaya ilişkin hükme yer verilirken bir de kaçış klozu düzenlenmesi yapılmıştır. Bu düzenleme gereğince halin tüm şartlarına göre somut olayla daha sıkı ilişkili hukukun tespiti halinde bu hukukun uygulanacaktır (Yılmaz, 2016, s. 3232- 3134).

C. Elektronik Ticaret Yönergesi

E- Ticaret Yönergesi⁷, internetin haksız rekabette araç olarak kullanılması ve geniş anlamda elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet halleri bakımından önem taşımaktadır. E- Ticaret Yönergesinin 3. maddesinde menşe ülke hukuku kavramına yer verilmiştir. Bu düzenleme gereğince bir bilgi sağlayıcının sunmuş olduğu hizmet, sağlayıcının bulunduğu üye ülkenin hukukuna uygun olmalıdır. Bunun yanı sıra Yönergenin 1. maddesinde kapsamına dâhil edilmiş ve yönergenin kanunlar ihtilafı ile yetkiye ilişkin hükümlere yer vermediği ifade edilmiştir. Bu nedenle Yönergenin 3. maddesinde yer alan menşe ülke hukukunun kanunlar ihtilafına ilişkin bir düzenleme olmadığı sadece denetim kuralı olduğu belirtilmiştir (Neval, 2011, s. 130, 133).

Roma II Tüzüğü'nün 27. maddesine göre topluluk hukukun kanun ihtilafına ilişkin kuralları Roma II Tüzüğü'nden etkilenmeyecektir. Bu hususta Yönerge, haksız rekabetin elektronik ortamda işlenmesi halinde Tüzüğün aksine pazar yeri yerine, servis sağlayıcının ülkesinin hukukunu önermiştir. Bu nedenle rekabetin çevrimiçi şekilde işlenmesi halinde Yönerge gereği servis sağlayıcının hukuku uygulanacakken çevrim dışı işlenmesi halinde Roma II Tüzüğü uygulanacaktır (Neval, 2011, s. 134; Tarman, 2008, s. 208).

⁷ 2000/ 31 Sayılı E- Ticaret Yönergesi

D. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılması

Roma II Tüzüğü'nde taraflara haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra açık ya da zımni olarak uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır. Hukukumuzda ise 5817 sayılı MÖHUK kapsamında yapılan yeniliklerden öncesinde haksız rekabet bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden haksız fiille ilgili kanunlar ihtilafı kuralları haksız rekabet hallerinde de uygulanmaktaydı. MÖHUK m. 34'te ise taraflara hukuk seçme hakkı tanınmıştı. Bu hükme göre taraflar haksız rekabetin gerçekleşmesinin ardından tartışmaya mahal vermeyecek açıklıkta somut olaya uygulanacak hukuku belirleyebilecektir (Yılmaz, 2016, s. 3129). Fakat MÖHUK hükümlerinde yapılan değişiklikten sonra haksız rekabet hali ayrıca m.37 çerçevesinde özel bir düzenlemeye konu edilmiş ve ilgili maddede böyle bir seçim serbestisinden bahsedilmemiştir. Buna rağmen Nomer'e göre haksız fiiller için hukuk seçme imkânından haksız rekabetin de bir çeşit haksız fiil olması nedeni ile istifade edilebilir (Nomer, 2021, s. 376). Kanaatimizce de hem özel hukuka egemen olan irade serbestisinin bir yansıması olarak hem de haksız fiil bakımından mevcut olan düzenleme gereği haksız rekabet halinde taraflara hukuk seçme imkânı tanınmalıdır.

E. Mozaik Etkisi

Milletlerarası özel hukuk uyumsuzluklarının çözümünde hâkim uygulanacak hukuku re'sen belirlemektedir (Şanlı, Esen, Ataman- Figanmeşe, 2018, s. 59; Nomer, 2021, s. 89). Yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet halleri nazara alındığında ise hâkimin bu ödevi yerine getirmesi her zaman kolay olmayacaktır. Zira haksız rekabet neticesinde bir değil birden fazla ülke piyasasının etkilenmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Meseleyi elektronik ortam kavramı ile birlikte düşündüğümüzde gerçekleşen ihlal neticesinde birden fazla ülke piyasasının bu ihlalden etkilenmiş olması mümkündür. Özellikle elektronik ortamın zamansal ve mekânsal sınırlara tabi olmaması işletmenin uzak coğrafyalarda pazarlama ve satış yapmasını, hizmet sunmasını, müşteri çevresi edinmesini kolaylaştırırken diğer yandan gerçekleşen ihlalin etkisinin de küresel çapta olmasına neden olabilir. Fakat elektronik ortamda meydana gelebilecek haksız rekabet ve etkileri nazara alınarak kanun maddesinde özel bir düzenleme yapılmış değildir (Cankat, 2020, s. 92). Haksız rekabet neticesinde piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku uygulanacak olsa da piyasası doğrudan etkilenen birden fazla ülke olması halinde birden fazla ülke hukukunun uygulanması gerekecektir (Nomer, 2021, s. 376).

Aynı uyumsuzluğun çözümü için birden fazla ülke hukukunun paylaşılması olarak uygulanmasına öğretilerde mozaik etkisi adı verilmektedir (Dickinson, 2008, s. 277; Cankat, 2020, s. 93; Huysal, 2012, s. 82). Fakat öğretilerde bu kavrama eleştiri getiren yazarlar da olmuştur⁸.

⁸ Nomer'e göre radyo, televizyon, internet gibi araçlarla işlenen haksız fiillerde zarar birden fazla yerde meydana geleceğinden uygulanacak hukukun belirlenmesi güçleşir. İnternet aracı ile meydana gelen haksız fiilde zarar yeri her yer olmaktadır. Bu halde ise dünya çağında bir sorumluluk tehlikesi ortaya çıkar. Bu nedenle birçok ülkede gerçekleşen haksız fiillerde zarar yeri bağlama kuralından vazgeçilerek fiil yeri tercih edilmelidir.

MÖHUK m.37’de mozaik etkisini bertaraf edecek bir sınırlandırma yapılmamıştır. Kanun metninde piyasa üzerindeki etkinin doğrudan olması şartı öngörülmüş ise de elektronik ortam araçlarının etkisi ile birden fazla ülkenin piyasasının haksız rekabetten doğrudan etkilenmesi muhtemeldir. Bu nedenle kanun hükmüne en uygun olan çözüm yolu piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuklarının birlikte uygulanması olsa da öğretilerde bu yöntem için yapılan eleştiriler geçerliliğini korumaktadır (Cankat, 2020, s. 93) Birden fazla ülke hukukunun birlikte uygulanmasının beraberinde getireceği zorlukların bertaraf edilmesi amacıyla öğretilerde farklı çözüm önerileri geliştirilmiştir.

Nomer’e göre kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri için zarar yeri değil fiil yeri bağlama kuralı olarak kabul edilmelidir. Böylelikle zarar birden fazla yerde meydana gelmiş olsa da uygulanacak hukuk fiil yerine göre tespit olunacağından birden fazla hukukun paylaşılması olarak uygulanmasına gerek kalmayacaktır (Nomer, 2021, s. 366)

Sarıöz’e göre zarar yeri bağlama kuralı olarak tercih edilmeli fakat piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuklarının uygulanması bakımından kişilik haklarının kitle iletişim araçları ile ihlali halinde mağdurun en çok tanındığı yer olması nedeni ile mutad mesken hukukun tercih edilmesinde olduğu gibi sınırlandırma yapılmalıdır (Sarıöz, 2012, s. 123- 124).

Cankat’a göre ise kanun uygulanmasında milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine de uyan farklı kriterler geliştirilip geliştirilemeyeceği hususunun ticaret hukuku hükümleri ile çözüme kavuşturulması gerekecektir. Türk hakimî lex foriye göre hangi ülke hukukun piyasasının doğrudan etkilenip etkilenmediğini belirleyecektir. TTK m.54’te haksız rekabet hükümleri ile amaçlananın tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle piyasanın doğrudan etkilendiğinin kabulü için müşteri, rakip ve ekonomiden oluşan üçlü yapının hepsinin haksız rekabetten etkilenmiş olması gerekir. Böylelikle üçlü yapının her birinin etkilenmediği ülke hukukları mozaik dışında kalacaktır (Cankat, 2020, s. 97,102).

Kanaatimizce birden fazla ülke hukukunun birlikte uygulanmasının beraberinde getireceği sorunlar nedeniyle MÖHUK m. 37’de sınırlayıcı bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Böylelikle piyasası doğrudan etkilenen birden fazla ülke hukuku tespit edildiğinde getirilecek sınırlama kuralı devreye girecek ve hem hangi ülke hukukunun uygulanacağı tespit edilmiş olacak hem de birbiri ile çelişen kararların verilmesi ihtimali ortadan kalkacaktır. Ayrıca böyle bir sınırlama hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik ilkeleri ile de bağdaşacak olup, haksız rekabet neticesinde doğacak sorumluluğun da sınırları çizilebilecektir. Mozaik etkisini bertaraf edecek sınırlayıcı düzenlemeye örnek olarak Roma II Tüzüğü’nün 6/3- b hükmü gösterilebilir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, 2021, s. 366; Huysal’a göre aynı anda birden fazla ülke hukukunun uygulanması halinde birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkması muhtemel olup, bu önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Huysal, 2012, s. 83.

Roma II Tüzüğü'nün 6/3-b hükmüne göre birden fazla ülkenin piyasası etkilenmiş ise davacı, davasının görüldüğü yer ile davalının ikametgâhının bulunduğu yerin aynı olması ve o piyasasının doğrudan etkilenmiş olması halinde zararını lex foriye göre talep edebilecektir (Arı, 2013, s. 21; Tarman, 2008, s. 209).

F. MÖHUK Özelinde Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuk Tespitinde Elektronik Ortam Faktörünün Etkisi

Elektronik ortam özellikle de internet ortamında meydana gelen teknolojik gelişmeler neticesinde insanlar arasındaki etkileşim her geçen gün artmaktadır. Bu ortamlar sayesinde zaman ya da mekân sınırlarına takılmadan birçok insan birbiri ile iletişim içine girmektedir. Bu nedenle farklı tabiiyetlere mensup olan kişilerin de etkileşim içine girmesi daha kolay hale gelmiştir. Bu etkileşimler neticesinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklara ise hangi ülke hukukun uygulanması gerektiği sorunu gündeme gelmiştir.

Haksız rekabet bahsinde de işletmeler bu elektronik ortamdan faydalanarak sınır ötesinde ticari faaliyetlerini sürdürebilir hale gelmiş ve küresel pazar içinde yer almıştır. Bu nedenle dünyanın her yerinden erişime açık olan bu ortamda meydana gelen haksız rekabet halinin etkileri de küresel çapta olmaktadır. Özellikle küresel pazar içindeki konumu etkileyecek bir haksız rekabetin mağduru olan işletmenin buna karşı korunması önemlidir. Zira bu ortamda etkileşim çok hızlı şekilde cereyan etmektedir. Doğru ya da yanlış olmasına bakılmaksızın bilgi, haber çok hızlı şekilde yayılmakta ve bu işletmelerin oldukça fazla zarara uğramasına neden olmaktadır.

MÖHUK m. 37 hükmünde piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmiş olup, söz konusu bağlama kuralının kabulünün teknolojik gelişmeler bakımından da uygun olduğu ifade edilmiştir. Fakat kanaatimizce internetin dünyayı küçük bir köye çevirdiği, coğrafi sınırları ortadan kaldırdığı nazara alındığında bu bağlama noktası tek başına uyuşmazlıkların çözümünde yeterli olmayacaktır. Zira bir işletme hakkında gerçeğe aykırı, yanıltıcı bir paylaşım yapıldığını ve bu paylaşımın dünya üzerinde hızla yayıldığını düşündüğümüzde farklı kıta ve bölgelerdeki kişiler bu paylaşımından aynı anda haberdar olabilecektir. Dolayısı ile burada piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukunu tespit etmek oldukça zor olacaktır. Çünkü haksız rekabet halinden bir değil birden fazla piyasanın etkilenmesi kuvvetle muhtemeldir. Şu halde uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği meselesi gündeme gelecektir.

Haksız rekabet elektronik ortam araçlarının kullanımı yolu ile meydana geldiğinde piyasası etkilenen ülke hukukun uygulanabilmesi için bu etkinin doğrudan olması gerekecektir. Dolayısı ile meydana gelen haksız rekabetten bir piyasanın yüzeysel olarak etkilenmesi söz konusu ise bu piyasa hukukun uygulanması mümkün değildir. Fakat günümüzde dolaylı ya da doğrudan etki ayrımı da artık yeterli olmamaya başlamıştır. Zira dünya üzerinde mal ve hizmet hızlı bir şekilde dolaşım sağlamaktadır. Özellikle bilgi paylaşımında, reklamlarda evrensel bir dilin kullanılması da etkileşimi artırmaktadır.

İletişim ve etkileşimin en üst düzeyde yaşandığı dönemde haksız rekabetten doğrudan etkilenen birden fazla ülke hukuku mevcut olabilecektir. Bu nedenle MÖHUK m.37’de sınırlama getiren bir düzenleme bulunması kanaatimizce zaruridir.

DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ

Günümüzde teknolojiye meydana gelen gelişmeler hayatın içinde birçok alanı etkilemekte olup, ticaret de bu alanların başında gelmektedir. Ticari işletmeler Covid-19 salgın hastalığının da etkisi ile elektronik ortamdaki varlıklarını güçlendirme yoluna gitmişlerdir. Bu amaçla birçok işletme fiziki mağazacılık yerine sanal mağazacılığa önem vermiş, bu alana özgü tanıtım ve reklam faaliyetlerinin içinde yer almışlardır. Tüm bunlar ise rakipler arasındaki rekabet ortamının elektronik ortama kaymasına neden olmuştur. Rekabetin elektronik ortamda kendisini göstermesi bu alana özgü haksız rekabet hallerinin de tartışılmasını beraberinde getirmiştir.

Ticari işletmeler ticari faaliyetlerini elektronik ortamın nimetlerinden yararlanarak farklı coğrafyalarda sürdürebilmekte olduğu gibi meydana gelen haksız rekabetin etkisi de aynı şekilde farklı coğrafyalara yayılabilmektedir. Şu halde yabancılık unsuru içeren haksız rekabet hallerine uygulanacak hukukun tespiti mühimdir.

MÖHUK hükümleri incelendiğinde yapılan değişikliklerden önce haksız rekabet, haksız fiil olarak nitelendirildiğinden haksız fiil için öngörülen bağlama kuralları ile uygulanacak hukukun tespiti sağlanmaktaydı. Fakat haksız rekabetin ekonomik sonuçları bakımından da haksız fiilden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekeceği düşüncesi ile haksız rekabet hakkında özel düzenleme yapılmıştır. Haksız rekabet halinin ayrıca kanun hükmü ile düzenlenmesi fikri kanaatimizce yerinde olsa da söz konusu fikrin icrası konusunda bazı eksiklikler bulunmaktadır. Yapılan değişiklikten öncesinde haksız fiile ilişkin bağlama noktaları ile uygulanacak hukukun tespiti yapılırken taraflara tanınan hukuk seçme hakkına MÖHUK m. 37’de yer verilmemiştir. Buna karşılık Nomer’e göre haksız rekabet haksız fiilin özel bir görünümü olduğundan MÖHUK m. 34’te yer alan hukuk seçme hakkından haksız rekabet bakımından da istifade edilmesi mümkün olmalıdır. Bu hususta biz de aynı kanaate sahibiz. Zira MÖHUK m. 37’de buna engel olan bir hüküm bulunmamaktadır. Aksi halde hukuk seçme hakkının haksız rekabet bakımından mevcut olmadığının kabulü özel hukukun temel prensiplerinden olan irade serbestisine aykırı düşecektir.

MÖHUK m. 37’de piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama kuralı olarak tercih edilmiş olsa da birden fazla piyasanın etkilenmesi halinde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği meselesi hakkında düzenleme yapılmamıştır. Kanun koyucu pazar üzerindeki etkinin doğrudan olmasını aramış olsa da bu sınırlama özellikle elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet açısından yeterli olmayacaktır. Zira bu alanda etkileşim düzeyi oldukça yüksek düzeydedir. Dolayısı ile örneğin internette bir ticari işletme hakkında çıkan karalayıcı haber hızla yayılarak işletmenin hâkim olduğu birden fazla piyasayı etkileyebilir. Bunun sonucunda hâkim piyasası doğrudan etkilenmiş birden fazla ülke hukuku tespit edebilir. Bu ülke hukuklarından hangisinin önceliğe sahip olduğu hakkında ise

hukukumuzda henüz bir düzenleme yoktur. Bu nedenle hâkim tespit ettiği hukukları paylaşmalı olarak uygulayacak olsa da bu durum verilen kararların çelişkili olması, sorumluluğun geniş çapta olması gibi pek çok sıkıntıyı beraberinde getirmektedir. Hem hükmün uygulamasını kolay hale getirmek hem de hukuk güvenliği ile öngörülebilirlik prensibi gereği kanun maddesinde sınırlayıcı bir hükme yer verilmesi gerektiği, bu hususta Roma II Tüzüğü m. 6/3-b hükmünün örnek teşkil edebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aghaei, S. & Nebatbakhsh, M. A & Farsani, H. K., (2012), "Evolution Of The World Wide Web: From Web 1.0 to Web 4.0", International Journal Of Web & Semantic Technology, C. 3, S. 1, s. 1- 10.
- Akkurt, S. S., (2011), "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, s. 19- 46.
- Arı, B., (2013), "Rekabet İhlallerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukukun Tespiti", Rekabet Dergisi, C. 14, S. 1, s. 1- 40.
- Arkan, S., (2021), "Ticari İşletme Hukuku", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Arslan, M., (2021), "Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ateş, M., (2019), "Rekabet Hukukuna Giriş", Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- Bahtiyar, M., (2021), "Ticari İşletme Hukuku", Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul.
- Bilgili, F. & Demirkapı, E., (2021), "Ticari İşletme Hukuku", Dora Yayınları, Bursa.
- Bosnalı, Ö. & Çelik, B., (2015), " Unfair Competition On The Internet, GSI Articleletter", <https://www.goksusafiisik.av.tr/home/gsi-articleletter-summer-2015/> (Erişim Tarihi: 08/04/2022)
- Bozer, A. & Göle, C. (2021) "Ticari İşletme Hukuku", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 7. Bası, Ankara.
- Bozkurt Yüksel A. E., (2018), "Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, S. 33, s. 143- 192.
- Cankat R. (2020) "Elektronik Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ticaret Hukuku Yaklaşımı" , Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 185- 186, s. 81- 106.
- Choudhury, N. (2014), "World Wide Web and Its Journey From Web 1.0 to Web 4.0", International Journal Of Computer Science and Information Technologies, S. 5, s. 8096- 8100.
- Çelikel, A. & Erdem, B., (2020), "Milletlerarası Özel Hukuk", Beta Basım, İstanbul.
- Çiner, B., (2022), "İnternet Yayınlarının Cezai Sorumluluğu ve Erişimin Engellenmesi", Seçkin Yayınları, Ankara.
- Dickinson A., (2008), "The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non- Contractual Obligations, Oxford University Press.

- Doğan, V., (2022), “Milletlerarası Özel Hukuk”, Savaş Yayınları, Ankara.
- Erdil, E., (2020), “Haksız Rekabet Hukuku”, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Esen, F. S., (2019), “Dumandan Sosyal Medyaya Kitle İletişimin Kısa Tarihi”, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara.
- Güneş, İ., (2021), “Haksız Rekabet Davaları”, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Güngör G.,(2021), “Türk Milletlerarası Özel Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Huysal, B., (2012), “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk”, Rekabet Dergisi, C. 13, S. 2, s. 69- 94.
- İçel, K., (2021), “Kitle İletişim Hukuku”, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Kapan, K. & Üncel, R. (2020), “Gelişen Web Teknolojilerinin (Web 1.0- Web 2.0- Web 3.0) Türkiye Turizmine Etkisi, Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi, C. 3, S.3, s. 276- 286.
- Kaya, M., (2015), “Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme- İnternet- Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kaya, T., (2019), “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayihan, Ş., (2021), “Ticari İşletme Hukuku”, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayış, B., (2010), “ Haksız Rekabette Doğan Kanunlar İhtilafı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir.
- Memiş T. & Can M., (2014), “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri”, Mevzuat Dergisi, Y. 7, S. 81, <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm> (Erişim Tarihi: 08/04/2022)
- Neval O.,(2011), “İnternette Haksız Rekabet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S.1, s. 123- 139.
- Nomer E., (2021), “Devletler Hususi Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul.
- Nomer Ertan, N. F. (2016) “Haksız Rekabet Hukuku”, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul.
- Öztürk, Ü., (2021), “Sanal Ortamda Haksız Rekabet Halleri” , Konya Barosu Dergisi, Y. 2021, S. 1, s. 71- 109.
- Poroy, R. & Yasaman H.,(2019) “Ticari İşletme Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 18. Bası, İstanbul.
- Saatçioğlu, O., (2017), “5718 sayılı MÖHUK m.37/2 Hükmünde Yer Verilen “Münhasıran” Kavramı ile “Söz Konusu İşletmenin İşyeri” İfadesi Hakkında Değerlendirmeler, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S.1, s. 333- 364.

- Sarıöz, A. İ., (2011) “Haksız Rekabette Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Şanlı, C. & Esen, E. & Ataman- Figanemeşe, İ., (2018) “Milletlerarası Özel Hukuk”, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Tanrıbilir, F. B.,(2014) “Akit - Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, Ankara Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, s. 121- 140.
- Tarman, Z. D., (2008), “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S.2, s. 193- 223.
- Tekinalp, G., (2006), “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, Ankara.
- Turan, G., (2008), “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 77, s. 87- 119.
- Turhan, T., (1989), “Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Hukuku, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara.
- Ülgen H. & Helvacı M. & Kaya, A. & Nomer Ertan N. F., (2021) “Ticari İşletme Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 7. Bası, İstanbul.
- Yılmaz, G., (2016), “Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, s. 3111- 31142.