

**SALDIRGAN TİCARİ UYGULAMALARIN TÜKETİCİ HUKUKUNDA
İNCELENMESİ VE KONUNUN HAKSIZ REKABET BOYUTU****EXAMINATION OF AGGRESSIVE COMMERCIAL PRACTICES IN CONSUMER LAW AND
UNFAIR COMPETITION DIMENSION OF THE SUBJECT**Asena SİNANOĞLU*  [10.21492/inuhfd.981631](https://doi.org/10.21492/inuhfd.981631) **Makale Bilgi**Gönderi: 12/08/2021
Kabul : 04/01/2022**Anahtar Kelimeler***Haksız Rekabet,
Haksız Ticari
Uygulama,
Saldırgan Ticari
Uygulamalar,
Tüketici,
Tüketici Hukuku.***Article Info**Received: 12/08/2021
Accepted: 04/01/2022**Keywords***Unfair Competition,
Unfair Commercial
Practices,
Aggressive Commercial
Practices,
Consumer,
Consumer Law.***Özet**

Serbest piyasa ekonomisi düzeninde rakiplerin rekabeti hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. Nitekim haksız rekabet oluşturan fiiller yalnızca rakiplerin menfaatlerini etkilememekte, aynı zamanda tüketicilerin menfaatlerini de etkilemektedir. Haksız rekabetin engellenmesi amacıyla hukukumuzda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 54. maddesinde, haksız rekabet hükümleri ile, “bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması”nın amaçlandığını ifade etmektedir. Bu anlamda esasında tüketiciler de Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi kapsamındadır. Ayrıca tüketicilerin haksız ticari uygulamalara karşı korunması 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62 vd. hükümleri ile ve Avrupa Birliği Hukuku’nda 2005/29/AT sayılı Direktif ile sağlanmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Direktif, tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamaları yasaklamaktadır. Saldırgan ticari uygulamalar haksız ticari uygulamalardır. Saldırgan ticari uygulamalar, Direktif’in 8. Maddesinde, “Bir ticari uygulama, kendi gerçekliği içerisinde tüm özellik ve koşulları dikkate alındığında, taciz, fiziksel güç kullanımı dahil olmak üzere, cebir veya nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla ortalama bir tüketicinin ürünle ilgili seçim veya davranış özgürlüğünü ciddi şekilde bozuyor ya da bozma olasılığı mevcutsa ve aksi halde almayacağı bir satın alma kararı vermesine yol açıyorsa ya da yol açması olasılığı varsa saldırgan olduğu kabul edilir.” denilerek ifade edilmiştir. O hâlde, bir uygulamanın saldırgan olması için tanımda geçen şartları taşıması gerekir. Çalışmada öncelikli olarak ilgili hükümler incelenmiş, ardından bir uygulamanın saldırgan olup olmadığının tesbiti hususunda çalışılmıştır. Uygulamanın saldırgan olması, ortalama tüketicinin seçim özgürlüğünü bozacak ağırlıkta olması ve böylece tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması unsurları ele alınmıştır.

Abstract

In a free market economy, competitors must compete in accordance with the law and honesty. Hence, the acts that consist of unfair competition affect not only the interests of rivals but also the interests of consumers. Various regulations have been included in our law in order to prevent unfair competition. In the Article 54 of the Turkish Commercial Code No. 6102, it is states that “it is aimed to ensure fair and undistorted competition for the benefit of all participants through the codes on unfair competition.”. In this sense, consumers are also in the scope of the regulation of the Turkish Commercial Code. In addition, the protection of consumers against unfair commercial practices is guaranteed by means of Law No. 6502 on the Protection of Consumers, article 62 etc. and by means of the European Union Law and Directive 2005/29/EC. The Consumer Protection Law and the Directive prohibit unfair commercial practices against consumers. Aggressive commercial practices are unfair commercial practices. Aggressive commercial practices are defined in Article 8 of the Directive as, “A commercial practice shall be regarded as aggressive if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances, by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, it significantly impairs or is likely to significantly impair the average consumer's freedom of choice or conduct with regard to the product and thereby causes him or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.” So, for a practice to be aggressive, it must meet the conditions in the definition. In the study, first of all, the relevant provisions were examined, then it was studied to determine whether a practice is aggressive or not. The elements of the aggressiveness of the practice, the weight that will disrupt the freedom of choice of the average consumer, and thus the fact that the consumer is a party to a legal transaction that under normal conditions is not discussed.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Öğr. Gör., İnönü Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu.

Atıf Şekli | **Cite As:** SİNANOĞLU Asena, “Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketicinin Korunması Hukukunda İncelenmesi ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu”, İNÜHFD, 13(1), 2022, s.1-15 **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

In a free market economy, the competition between rivals must be realized in accordance with codes of conduct. Hence, the acts that consist of unfair competition affect not only the interests of rivals but also the interests of consumers. Various regulations are included to our law in order to prevent unfair competition. In the Article 54 of the Turkish Commercial Code No. 6102, it is stated that ensuring fair and undistorted competition was aimed for the benefit of all participants through the codes on unfair competition. In this sense, consumers are also in the scope of the regulation of the Turkish Commercial Code. However, the Turkish Commercial Code does not directly protect consumers. Regarding the protection of consumers against unfair commercial practices, Law No. 6502 on the Protection of Consumers, article 62 etc. provisions and article 61 etc. of the Law. There is the 2015 Commercial Advertisement and Unfair Commercial Practices Regulation prepared on the basis of Articles of Association. It is seen that the institution of unfair competition has the aim of providing an honest and undistorted competition environment in general. In addition, the Consumer Protection Law aims to protect consumers against unfair commercial practices. Although the interests protected in the regulations and the aims desired to be realized seem to be different, the honest and lawful realization of competition also indirectly protects the consumers. It can be said that an unfair commercial practice within the meaning of the Law on the Protection of Consumers can also create unfair competition according to the Turkish Commercial Code. As a matter of fact, the provisions on unfair competition in the Turkish Commercial Code are more comprehensive than the unfair commercial practice provisions in the sense of the Consumer Protection Law, which aims to protect consumers, as it aims to protect both the relationship between competitors and between competitors and customers. Therefore, the unfair commercial practice prohibition in Consumer Law is also considered an "unfair competition".

Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council on Unfair Commercial Practices for Consumers is one of the regulations transferred to our domestic law. The purpose of Directive is to "contribute to the smooth functioning of the internal market and to provide a high level of consumer protection by harmonizing the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on unfair commercial practices detrimental to the economic interests of consumers." expressed as. The aforementioned Directive in terms of Turkish Law has been transferred to our domestic law with the Law No. 6502 on the Protection of Consumers and the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices dated 2015, as will be examined down below. In the study, the relevant articles of the Directive were tried to be examined. Parallel to the Directive, the provisions of the Regulation have also been examined. By making a literature review on the subject, doctrinal views were tried to be transferred to the study. The Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices Regulation is largely in line with the Directive. The Consumer Protection Law and the Directive prohibit unfair commercial practices against consumers. Offensive commercial practices are one of the unfair commercial practices. Article 31 of the Commercial Advertisement and Unfair Commercial Practices Regulation defines offensive commercial practices as "a commercial practice; In the event that the average consumer significantly impairs or is likely to impair the freedom of choice or behavior regarding a good or service through harassment, coercion or unjust influence, including physical violence, and for this reason, the consumer becomes a party to or becomes more likely to be a party to a legal transaction that he would not be a party to under normal circumstances. It is considered to be." form does.

The subject of our study, as aforementioned, is the aggressive commercial practices. Aggressive commercial practices, which are one of the unfair commercial practices against consumers, prevent consumers from making decisions with their free will while taking legal actions. These applications for consumers are prohibited. As a matter of fact, the consumer's ability to decide without being influenced, in legal proceedings will be in the interests of both the consumer and the competitors in preventing unfair competition between the competitors. In this sense, in this study, firstly, the institution of unfair competition has been tried to be discussed by examining the relevant legislation. Thus, the provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Turkish Code of Obligations No. 6098 on unfair competition have been compared and tried to be examined. While comparing and analyzing, main source of the legal system, the laws were studied and doctrinal criticisms on the subject were also included to the analysis. References were made to the relevant theses and articles that discussed the subject in detail. The research continued with the Law No. 6502 on Consumer Protection for the protection of consumers. It was concluded that unfair commercial practices against consumers are prohibited. One of the prohibited applications is offensive commercial applications. These practices result in us entering into a legal relationship that we would not engage in under normal circumstances. Consumers whose freedom of choice or behavior is impaired by acts of harassment, coercion and undue influence are mentioned. It is therefore necessary to understand the acts of harassment, coercion and abuse of influence. Based on all the narratives, the study includes an introduction, three main sections and a conclusion. Firstly, the Unfair Competition institution was discussed in general, then the relevant provisions in the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Turkish Code of Obligations No. 6098 were included.

In the second part of the study, the examination of unfair commercial practices in the Law on the Protection of the Consumer (and the Directive) is expressed in general and its relationship with unfair competition is given after mentioning the relevant legislation provisions. In the third chapter, after the offensive commercial practices are mentioned in general, the elements of offensive commercial practices are tried to be detect and final evaluations were included in the last part.

I. GİRİŞ

Saldırgan ticari uygulamalar, günlük hayatımızda karşılaştığımız önemli problemlerden birini teşkil eder. Örneğin sokakta yürümekte iken durdurularak birkaç saniyemizin istenmesi üzerine gerçekleşen genç çalışanın (işini kaybetme tehlikesinin tüketiciye yansıtılması yoluyla) hizmet sunan işyeri (örneğin yabancı dil kursu, güzellik merkezi) ile görüşülmesi konusunda ısrarı hemen hemen herkesin başına gelen bir durumdur. Kimi tüketiciler teklifi reddetmekte ise de, kimi tüketiciler acıma gibi duygularla düşünmedikleri bir sözleşmeye taraf olabilmektedirler. Saldırgan ticari uygulamalar neticesinde tüketiciler, yalnızca bu duygularla değil çalışmada ele alınmış olan diğer durumlar ile de hiç planlamadıkları bir sözleşmeye taraf olabilmekte ve üzerinde hissettiği baskı/ tesir ortadan kalktığında bu sözleşmeye neden giriştiğini sorgulayabilmektedir. Tüketicinin böyle bir durumda hangi hukuki yola başvurabileceğini bilmesi önem taşımaktadır. Bu çalışmada, saldırgan ticari uygulamalara ilişkin Türk mevzuatı ve uluslararası düzenlemeler birlikte değerlendirilmek suretiyle ele alınmıştır.

Saldırgan ticari uygulamalara ilişkin düzenlemelere Türk mevzuatında dağınık şekilde karşılaşılr. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*Haksız Rekabet*" başlıklı *Dördüncü Kısım*'ı haksız rekabete ilişkin *Genel Olarak Amaç ve İlke*'yi düzenledikten sonra madde 55/I (a/8)'de başlıca "*haksız rekabet*" halleri arasında *saldırgan satış yöntemleri*'ne yer verildiği görülmektedir. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 62. maddesinde, haksız ticari uygulamalar düzenlenirken saldırgan nitelikte olan uygulamaların da tüketicilere yönelmiş bir "*haksız ticari uygulama*" olduğu kabul edilmiştir. Maddede, "*tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalar*" yasaklanmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62/4, "*haksız ticari uygulamaların tespitini ve haksız ticari uygulamaların denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile her halükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilmesi gereken uygulamaların belirlenmesini*" yönetmeliğe bırakmıştır. 2015 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'ne uygun olarak 31. maddesinde saldırgan ticari uygulamaların tanımını yaptıktan sonra Direktif m.9'daki, ticari uygulamaların saldırgan olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken hususları ele almıştır. Ayrıca Yönetmelik Ek'inde Direktif (Ek I)'de geçen sekiz saldırgan ticari uygulamadan beşine yer verildiği görülmektedir. Ek'te sayılan uygulamalar sınırlayıcı değildir, saldırgan ticari uygulama örnekleridir. Bu uygulamaların nitelikleri gereği herhangi bir değerlendirmeye tabi olmaksızın saldırgan ticari uygulamalar oldukları kabul edilmektedir. Dolayısıyla ticari uygulamada bulunan bunun aksini ispatlayamayacaktır. Ek dışında bir ticari uygulamanın saldırgan olup olmadığı ise, genel hükümlere göre tespit edilmiştir. Bu çalışmada öncelikli olarak yukarıda sözü geçen düzenlemeler ele alındıktan sonra bir ticari uygulamanın saldırgan olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken unsurlar incelenmiştir.

II. HAKSIZ REKABET

A. Genel Olarak

Son yüzyılda bilim, sanayi ve teknoloji alanındaki gelişmelerin sonucu olarak mal ve hizmet çeşitliliğinde çok büyük bir artış olduğu görülmektedir. Bu artış, piyasada üretici ve tüketiciler bakımından birtakım hareketliliklere sebep olmuştur. Ülkemizde ekonomik yapının serbest piyasa ekonomisine dayalı olması da rekabet ortamını gerekli kılmıştır. Zira, serbest piyasa ekonomisi, özel teşebbüslerin birbirleriyle rekabet etmesi esasına dayanmaktadır¹. Ancak mal ve hizmet üretiminde nitelik, kalite ve verimlilik gibi olumlu sonuçların yanında, piyasa ortamında hem üretici hem de tüketiciler bakımından birtakım hukuki sorunlar da doğmuştur. Bu anlamda rekabetin dürüstlük kuralları çerçevesinde yürütülmesi ve hukuka uygun olması gerekmektedir². Haksız rekabet, aldatici veya dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarla ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılmasıdır. Mal ve hizmet üretenlerin hukuk düzeninin getirdiği sınırlara uygun hareket etmesi güvenli piyasa ortamının sağlanması, güvenli piyasa ortamı da tüketicilerin talebi canlı tutarak bu pazarda etkin yer almalarını sağlaması bakımından önem arz etmektedir³.

¹ ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2020, s.588; AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2015, s.372; KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Mimosya Yay., Konya 2011, s.193.

² ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.S.Vakfı), Ankara 2013, s.309; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.368; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.307; KARAHAN, s.193.

³ CEYLAN, Ebru: "Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, (15), Haziran 2020, s.124; POROY/YASAMAN, s.305; KARAHAN, s.193.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁴ m.48’de, özel teşebbüs kurma özgürlüğünün sonucu olarak rekabet etme özgürlüğünü dolaylı olarak tanımıştır⁵. Ancak belirtmek gerekir ki rekabet etme özgürlüğü sınırsız değildir⁶. Nitekim hem Anayasa m.167’de⁷, Devletin, piyasada rekabet etme hakkını ortadan kaldıran tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemesi gerektiği ifade edilmiş, hem de bu doğrultuda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁸ kabul edilmiştir. Böylelikle rekabet etme hakkının, üretici, sağlayıcı, satıcı gibi ticari faaliyet gösteren kişilerin yalnızca bir veya birkaçına değil, hepsine eşit olarak sağlanması amaçlanmıştır.

Üretici, sağlayıcı ve satıcıların ticari uygulamalarda kendi aralarında rekabete uygun davranışları, bu fiil ve davranışlarının müşteri ve tüketicilere yönelik olarak da devam etmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Nitekim mal ve hizmetin sunulduğu müşteri ve tüketicilerin kendi özgür iradeleri ile karar verme imkânları ellerinden alındığı takdirde bu durum, hem haksız rekabet teşkil eder hem de tüketici haklarının çiğnenmesi sonucunu doğurur. Bu iki sonuç aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

B. Haksız Rekabete İlişkin Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri

1. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Haksız Rekabet

Haksız rekabet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda 57. maddede, “*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*”, şeklinde ifade edilmiştir.

Düzenleme incelendiğinde Türk Borçlar Kanunu’nun, haksız rekabeti, haksız fiil kurumunun özel bir çeşidi gibi düzenlediği⁹ ve yalnızca rakipler açısından ele aldığı görülmektedir. Rakiplerden birinin diğerinin müşterilerini azaltması veya kaybettirmesi tehlikesi doğurduğunda bunun sonlandırılması ve şartları varsa zararın tazmin edilmesi gerektiğini ifade edilmektedir. İkinci fıkrasında ise, ticari işler bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Ticari işler bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümlerine atıf yapılmıştır. Ancak bu fıkra, doktrinde, haksız rekabetin yalnızca rakipler arasında değil ve fakat müşterilerin, tüketicilerin ve mesleki ve ekonomik birliklerin menfaatleri bakımından da korunması gerektiği, yönlerinden eleştirilmiştir¹⁰. Şöyle ki, hem kaynak İsviçre Hukuku bu dar görüşün dışında Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun’un ticari olsun olmasın her tür haksız rekabet halinde uygulanacağını düzenlenmiş¹¹ hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet hükümlerinin *bütün katılanların*¹² menfaatlerinin korunması amacıyla düzenlendiğine yer verilmiştir. *Katılanlar*, ifadesine yer verilmesinin sebebi, rekabet kurallarının yalnızca rakipler arasında değil, bütün katılanlar (ekonomi, tüketici, kamu) arasındaki ilişkilere de uygulanmasının istenmesidir. Böylece

⁴ RG: 09.11.1982; 17863.

⁵ NOMER ERTAN, Nedret Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yay., İstanbul 2016, s.1; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.368; KARAHAN, s.193.

⁶ ÜLGEN Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N.Füsün: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.547; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.2.

⁷ “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”; Aynı yönde Anayasa m.48, m.172.

⁸ RG: 13.12.1994; 22140.

⁹ Haksız rekabetin unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY, Mehmet Ali: “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2011, s.31 vd.)

¹⁰ NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.4; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.312 vd; ŞENER, s.589; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.30-31; KARAHAN, s.196; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.371.

¹¹ Bundesgesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986., https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/_1.html, (Erişim Tarihi: 21.11.2021); JUNG, Peter: “UCP-Directive and Swiss Law against Unfair Competition”, Avrupa Tüketici ve Piyasa Hukuku Dergisi (EuCML), 5(2), 2016, s. 102; PEKDİNÇER, Remzi Tamer/ YILDIZ, Ozan Ali: İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.25 vd.; “İsviçre’de 1988’de yürürlüğe giren Haksız Rekabete Karşı Kanun’da da aynı anlayış çerçevesinde düzenlemeler yapılmış ve Kanun’un amacının tüm ilgililer lehine meşru ve gerçek rekabeti güvence altına almak olduğu hükme bağlanmıştır.” (ARKAN, Sabih: “Haksız Rekabet- Gelişmeler- Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 22(4), 2004, s.5.); AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.371.

¹² TTK m.54/1, “Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.” demektedir. “Tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü kastedilmiştir: Ekonomi, tüketici ve kamu. ‘Katılanlar’ gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin yolu kapatılmıştır.” (Madde 54/1 Gereçesi)

adi işlerde de Türk Ticaret Kanunu m.54 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün kılınmıştır¹³. O halde, Türk Borçlar Kanunu m.57/2'nin uygulanmasının artık mümkün olmadığı söylenebilir¹⁴.

2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet

Türk Ticaret Kanunumuz haksız rekabeti m.54-63 arasında düzenlemiştir. 54. Madde, “*Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” şeklindedir.

Haksız rekabet kurumunun amacı, “*bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁵. Bu sebepten haksız rekabetin tespitinde yalnızca dürüstlük kuralı temelinde bir tespit değil, aynı zamanda işleyen rekabet sistemi bakımından da olumsuz sonuçlar doğurup doğurmadığı bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir¹⁶. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği üzere *katılanlar* arasında kamu (toplum) da yer almaktadır. Bu anlamda kanaatimizce, rekabet sisteminin kamu menfaatinin bir gereği olduğunu belirtmek yanlış olmaz.

Dürüst davranma kuralının, aldatıcı davranışların da dürüst davranma kuralına aykırı olduğu düşünülecek olduğunda, rekabetin haksız olduğunun tespitinde belirleyici olduğu anlaşılmaktadır¹⁷. Ancak dürüstlük kuralının kesin bir tanımının yapılması oldukça güçtür. Üstelik haksız rekabet temelinde ele alınan dürüstlük kuralı ile Türk Medeni Kanunu¹⁸'nda düzenlenen (m.2/1) dürüstlük kuralı tam olarak birbirini karşılamayabilir. Türk Medeni Kanunu çoğu kez sözleşmesel bir ilişkiyi ifade eder oysa haksız rekabette böyle bir taraf durumu söz konusu olmayabilir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında, dürüstlük kuralına aykırı hareket edenin hareketi haksız rekabeti oluşturur¹⁹. Bu anlamda hâkim, somut olayda mesleki ve ticari teamüllere göre bir karar vermelidir²⁰.

¹³ ŞENER, s.589; UZUNALLI, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFM, 71(2), 2013, s.385; TOPÇUOĞLU, Metin: “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, TAAD, (24), 2016, s.21; KAYIHAN, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019, s.244; YASAMAN, Hamdi: Haksız Rekabet ve Rekabet Yasası, Seçkin Hukuk, Ankara 2020, s.14; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.375.

¹⁴ AKSOY, “Haksız Rekabet” s.29; NÖMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.31.

¹⁵ AKSOY, “Haksız Rekabet”, s.25; PEKDİNÇER/YILDIZ, s.27; GÜVEN, Şirin: “6102 Sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18(2), 2012, s.176 vd.

¹⁶ “*Gerek haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler gerekse Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtilen herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu yönündeki tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulunan temel hüküm uyarınca bir ticari işletmeye, şirkete yönelik olarak yapılan eylemlerin haksız rekabet oluşturması için bu eylemleri yapanların tacir olmaları veya haksız rekabete maruz kalan şahıs, şirket veya işletme ile aynı konularda iştigal etmeleri gerekmemektedir. Haksız eylemin özel bir türü olan haksız rekabeti oluşturan eylemin kim tarafından, hangi şekilde hangi yolla meydana getirilmiş olduğunun bu eylemin sübutu açısından bir önemi bulunmayıp, yapılan eylemin haksız olarak bir ticari işletmeye, ticari faaliyete zarar verip vermediği, güven içinde devam etmesi, işlemesi gerekli rekabet ortamını bozup bozmadığı hususu üzerinde durulmalıdır.*” (Yargıtay 11.HD., 21.02.2010, E.2008/9072, K.2010/591, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi:14.12.2021)); UZUNALLI, s.385-386; GÜVEN, Şirin: “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011, s.42 vd.; Haksız rekabete hakim olan ilkeler için bkz. AYHAN, Rıza: “Ticari İş -Ticari İşletme -Tacir -Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet”, EÜHFD, XVI(3-4), 2012, s.48.

¹⁷ “Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında (ortamın her zaman piyasa olması şart değildir) tüm katılanlar piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenmek hakkını haizdir. Dürüstlük kuralını ihlâl eden bu güvene aykırı hareket edilmiş olur. Bu da haksız rekabet oluşturur.” (Madde Gerekçesi); YASAMAN, s.79; GÜVEN, “TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler”, s.178; PEKDİNÇER/YILDIZ, s.28; KARAHAN, s.197; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.376.

¹⁸ RG: 01.01.2002; 24607.

¹⁹ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.377.

²⁰ ŞENER, s.593.

Maddede değinilmesi gereken bir diğ er husus, korunan *müş teriler* içerisinde tük eticilerin de yer almasıdır²¹. Müş teriler, tük etici kavramından daha geniş bir anlam iç ermektedir²². Ancak Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu düzenlemeler doğ rudan tük eticiyi koruyan özel düzenlemeler değ ildir. Tük eticiler, özel olarak 6502 sayılı Tük eticinin Korunması Hakkında Kanun ile koruma altına alınmıştır.

“*Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar*” başlıklı Türk Ticaret Kanunu m.55, altı bent ve yirmi bir alt bentte haksız rekabet hallerini örnek olarak sıralamıştır. Bu haller haksız rekabet hali oluşturmakla birlikte sınırlayıcı olarak sayılmış değ ildir ve bu hallerin dışında da haksız rekabetin söz konusu olması mümkündür. Ancak 55. maddede sayılan haller bakımından doğ rudan haksız rekabet hali oluşturdukları kabul edildiğ i için ayrıca bir incelemeye gerek duyulmamaktadır. M.55'de sayılan hallerin dışında bir durumun haksız rekabet olup olmadığ ının tespitinde ise, m.54/2'deki genel hükümden faydalanmak gerekmektedir²³.

Bu çalışmanın esasını oluşturması açısından tüm alt bentleri değ il, yalnızca m.55/I (a/8)'i incelemekle yetinilecektir. Madde 55, başlıca rekabet hallerini sıralarken, f.1 (a/8)'de “*müş terinin karar verme özgürlüğ ünün özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlanmasından*” söz etmektedir. “Saldırgan satış” kavramı, esasında ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ele alınmıştır. Nitekim daha önce ne Türk haksız rekabet hukukunda ne de yargı kararlarında saldırgan satış yöntemleri yer almış değ ildir. Saldırgan satış yöntemlerinin haksız rekabet hukukuna dahil edilmiş olmasının nedeni ise, sunulan mal ve hizmetin tercih edilmesinin dürüst rekabetin sonucu olarak kaliteli mal ve hizmet değ il, aksine sakatlanan irade sonucunda gerçekleşmiş olmasıdır²⁴.

Türk Ticaret Kanunu m.55/I(a/8)'in gerekçesinde, “saldırgan” ifadesinin, ş aşırtan, beklenmedik anda, örneğ in yoldan zorla çevrilerek yapılan satışları ifade ettiğ i, bu anlamda müş terinin güç bir durumda kalarak satın alma mecburiyetinde kaldığ ı ifade edilmiştir. Aksi durumda, örneğ in el sallayarak bir kimseyi lokantasına davet edenlerin de bu hükümün kapsamına girmesi gerekeceğ i ancak, maddenin amacının bu olmadığı, burada saldırganlığ ın bir özellik taşıması ve bu anlamda muhatabı köş eye sıkıştırması gerektiğ i, ifade edilmektedir²⁵. O halde amaç, müş terileri saldırgan özellik taşıyan satışlardan korumaktır. Nitekim, bir hukuki işlem öncesinde kurulması gereken satıcı- müş teri iletişimi bakımından, örneğ in ürününü tanıtmak isteyen bir satıcının davranış ının saldırgan olduğ undan söz edilemez. Ancak bu tanıtımın yapıldığ ı saat, yer, tutum ve davranış duruma göre bu satış yöntemini saldırgan hale getirebilir.

Bir diğ er husus ise, maddenin sadece satış yöntemlerini ele almasıdır. Bu anlamda saldırgan reklamlar bu madde kapsamında değ erlendirilmemektedir. Nitekim reklam, satışa yardımcı bir araçtır ve muhatabını satın almak zorunda bırakmamaktadır. Bu anlamda saldırgan bir reklamın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığ ının genel hükme (m.54/2) göre tespit edilmesi gerekmektedir²⁶.

²¹ OKAN, Neval: “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tük eticinin Korunması”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4), 2016, s.76; AKSOY, “Haksız Rekabet”, s.17-18; YASAMAN, s.78; “Dolayısıyla örneğ in , market işleten bir gerçek kişi tacir veya limited şirketin işletme personelinin kullanımına yönelik olarak mobilya veya bilgisayar satın almasıyla da gerçek kişi tacir veya limited şirketin doğ rudan kendi işlettiğ i restoranında kullanmak üzere beyaz eş ya satın alması durumunda hem gerçek kişi tacir hem de limited şirket TKHK bakımından tük etici olarak nitelendirilmese de haksız rekabet hükümleri bakımından “müş teri”dir.”, (NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku s.95); GÜVEN, “TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğ u Menfaatler”, s.177; ARKAN, “Haksız Rekabet-Geliş meler- Sorunlar”, s.8.

²² PEKDİNÇER, Remzi Tamer: Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2020, s.29; ÖZDAMAR, Mehmet/ERMENEK İbrahim: “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat”, FMR, 7(3), 2007, s.64; Aynı yönde görüş için bkz. KARAMANLIOĞ LU, Argun: “Tük etici Hukuku'nda Saldırgan Satış Yöntemleri”, Tük eticinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yay., Ankara Ekim 2016, s.71; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku s.36.

²³ Ş ENER, s.593-594; ARKAN, Ticari İş letme Hukuku, s.317; AKSOY, “Haksız Rekabet”, s.24.

²⁴ GÜVEN, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı” s.83; Ç INAR KARABAĞ, Nihal: “Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları”, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s.114-115; AYDOĞ DU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Tük etici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.192.

²⁵ “Özellikle” ifadesi yerine “özellikli” veya “oldukça” ifadelerinin olması gereken hukuk bakımından daha yerinde olduğ u eleştirisi için bkz. KARAMANLIOĞ LU, s.67; Saldırganlığ ın ‘ağ ır’, farklı ifadeler ile ‘nitelikli’, ‘özellikli’ olmasını bir şart olarak arayan bkz. NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku s.242; Gereğ enin, “özellikle” ifadesi hakkında yapmış olduğ u açıklamalarıyla hükmü sınırladığ ı yönündeki eleştiri için bkz. KARAHAN, s.210.

²⁶ Bkz. Madde Gereğ esi; ARKAN, Ticari İş letme Hukuku, s.321; KARAMANLIOĞ LU, s.66; PEKDİNÇER, s.166; “Saldırgan reklamların saldırgan satış yöntemlerine dahil olması” gerektiğ i yönünde karşı görüş e ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SAVAŞ, Firdevs: “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Ç ıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 18(2), 2017, s.240-241.

Türk Ticaret Kanunu m.56, haksız rekabet sebebiyle ileri sürülebilecek talepleri düzenlemiştir. Saldırgan satış yöntemi karşısında, “*filin haksız olup olmadığının tespiti*”, “*haksız rekabetin men’i*”, “*haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması*” ve “*kusur varsa zararın tazmini*” istenebilir.

III. HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR

A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (ve 2005/29/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi)’da ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde Haksız Ticari Uygulamaların İncelenmesi

1.Genel Olarak

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁷ düzenlemesinin yeniden kaleme alınması ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un²⁸ getirilmesindeki temel amaç, Avrupa Birliği mevzuatı ile Türk hukukunun uyumunun sağlanması olarak belirtilmiştir²⁹. Bu anlamda çalışmanın da konusunu oluşturan Tüketicilere Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi³⁰ iç hukuka aktarılan düzenlemelerden bir tanesidir.

Direktif’in amacı 1. maddesinde³¹, tüketicilerin ekonomik çıkarlarına zarar veren haksız ticari uygulamalara ilişkin Üye Devletlerin mevzuatlarını uyumlaştırmak ve böylece yüksek düzeyde bir tüketici koruması sağlamaktır, şeklinde ifade edilmiştir. Direktif ile üye ülkelere, tüketicilerin korunması bakımından tek tip koruma yükümlülüğü getirilmiştir³².

Direktif’in, öncelikle genel hüküm (m.5), devamında aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamalar olmak üzere temel kısımlara ayrıldığı görülmektedir. Direktif m.5, haksız ticari uygulamaları yasaklamaktadır. Ayrıca bir ticari uygulamanın haksız olduğunun tespitinin yapılabilmesi bakımından iki temel ilkeye de yer vermektedir³³. Bu anlamda, bir uygulamanın mesleki özenin gereklerine aykırı olması ve hitap ettiği ortalama tüketicinin ekonomik davranış biçimini bozması veya önemli ölçüde bozma olasılığı olması halinde uygulama, haksız sayılacaktır. Mesleki özenin gerekleri, Direktif’de (m.2/h), bir tacirin tüketicilere karşı makul olarak göstermesi beklenebilecek özel beceri ve özen standardı, olarak ifade edilmiştir. O halde tacirin davranışı, sıradan bir kimsenin davranışlarına göre profesyonel olmak durumunda ve iyiniyet ve dürüstlük ilkelerine de uygun olmalıdır³⁴. Hatta mesleki özen kavramı iyiniyetten daha geniş bir anlamı ifade etmekte örneğin, dürüst bir antikacının orjinal olduğu düşüncesiyle sahte ürünler satmasında, antikacı iyiniyetli olmakla beraber mesleki özen gereklerine uygun davranmamaktadır³⁵.

Saldırgan ticari uygulamalar, 8. maddede, bir ticari uygulamanın taciz, cebir veya nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla ortalama bir tüketicinin ürünle ilgili seçim veya davranış özgürlüğünü ciddi şekilde bozması ya da bozma olasılığı bulunması halinde tüketicinin almayacağı bir satın alma kararına yol açıyorsa ya da yol açma olasılığı varsa saldırgan olacağı, şeklinde ifade edilmektedir.

Direktif, temel kısımların yanında iki de ekten oluşmaktadır. Ek 1’de her halükârda haksız olduğu kabul edilen ticari uygulamalara yer verilmiştir. Uygulamaların listede, aldatıcı ve saldırgan

²⁷ RG: 23.02.1995; 22221.

²⁸ RG: 28.11.2013; 28835.

²⁹TBMM 24. Dönem 3. Yasama yılı 490 sıra sayılı Tasarı Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021); KARA, İlhan: Tüketiciler Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015, s.41.

³⁰ “11.05.2005 tarihli 84/450/AET sayılı Konsey Direktifini, 97/7/AT, 98/27/AT ve 2002/65/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktiflerini ve 2006/2004 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü’nü Tadil Eden İç Pazarda İşletmeden- Tüketicilere Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi; 2005/ 29 /AT sayılı Direktif’i değiştiren, 27 Kasım 2019 tarihli Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Direktifi (AB) 2019/2161

ve değişiklikler” için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L2161>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021); AYDOĞDU/KAHVECİ, s.193.

³¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

³² CEYLAN, s.125; ABBOMENTE, Giuseppe B.: “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach”, Columbia Journal Of European Law Vol 12, s. 711, https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/coljeul12&id=702&men_tab=srchresults, (Erişim Tarihi: 22.11.2021)

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, İÜHFM, LXXIII(1), 2015, s.288 vd.

³⁴ COLLİNS, Hugh: “The Unfair Commercial Practices Directive”, De Gruyter December 2, 2005, s.419; ABBOMENTE, s.705-706.

³⁵ ABBOMENTE, s.705.

ticari uygulamalar olarak ayrıldığı görülmektedir. Yirmi üç adet aldatıcı ticari uygulama³⁶ ve sekiz adet saldırgan ticari uygulama, Direktif gereği, Direktif’de yer alan şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmeksizin haksız oldukları kabul edilmektedir³⁷. Bu sebepten uygulamada bu listenin *kara liste* olarak anıldığı da görülmektedir³⁸.

Türk Hukuku bakımından anılan Direktif, aşağıda inceleneceği üzere, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 2015 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği³⁹ ile iç hukuka aktarılmış bulunmaktadır⁴⁰.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un kapsamını, tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi oluşturmakta iken, 6502 sayılı Kanun’un kapsamı, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalardır. 6502 sayılı Kanun ile tüketiciye yönelik koruma kapsamının genişletildiği görülmektedir⁴¹. Tüketiciciye yönelik uygulamaların Kanun’da bir tanımı yapılmamakla beraber⁴², gerekçede⁴³ de ifade edildiği üzere tüketicinin muhatap olduğu her türlü haksız ticari uygulamalar, ilgili Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Aşağıda görüleceği üzere, özellikle aldatıcı ve saldırgan nitelikte olan uygulamaların haksız olduğu kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır.

2. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m.62)

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 62/1, Direktif’te yapılan tanıma uygun olarak, ticari uygulamanın mesleki özenin gereklerine uymaması ve tüketicinin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması halinde, haksız kabul edileceğini ifade etmiştir.

Tüketicinin karşısında bulunan, satıcı, sağlayıcı, kredi veren, üretici, ithalatçı gibi ticari uygulamada bulunanlar tarafından tüketicinin kararını etkileyebilecek her türlü haksız ticari uygulama yasaklanmıştır. Yasağın amacı, tüketicinin hukuki işlemler yaparken özgür iradesiyle karar vermesinin istenmesidir. Haksız ticari uygulamaların yasaklanması ile tüketicilerin kendi iradeleriyle karar vermelerine imkân tanınacak ve aksi halde vermeyeceği bir satın alma kararının önüne geçilmesi sağlanacaktır. Örneğin, tüketiciye mal veya hizmetin niteliği veya menşei hakkında veya müteşebbisin özellikleri hakkında yanlış bilgi verilmesi veya tüketicinin karar vermesi için gerekli olan bazı bilgilerin kendisinden saklanması hallerinde haksız ticari uygulamaların varlığı kabul edilecektir⁴⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicilere yönelik gerçekleştirilen haksız ticari uygulamaların yaptırımını m.77/13’de, “... haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımı veya beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Kurul, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık

³⁶ 2005/ 29 /AT sayılı Direktif’i değiştiren, 27 Kasım 2019 tarihli Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Direktifi (AB) 2019/2161 ile 11. uygulamaya 11 a ve 23. uygulamaya 23 a-b-c alt bentleri eklenmiştir.

³⁷ NOMER ERTAN, Nedret Fusun: “Haksız Ticari Uygulamalar”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Ed. Kaya A., Engin B. İ., Pashı A., Aşkoğlu Ş. İ., Oğuz E., İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s.999; HOWELLS, Geraint/MICKLİTZ, Hans/WILHELMSSON: European Fair Trading Law The Unfair Commercial Practices Directive, Ashgate Publishing, England 2006, s.158.

³⁸ AKSOY, “Direktif”, s.286-287; The Unfair Commercial Practices Directive Questions And Answers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572. (Erişim Tarihi: 09.08.2021); ABBOMENTE, s.704; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s.193; HOWELLS/ MICKLİTZ/ WILHELMSSON, s.158.

³⁹ RG: 10.01.2015; 29232.

⁴⁰ Nitekim Tasarı’nın Genel Gerekçesi, “AB tüketici mevzuatının sık sık revize edildiği gerçeği karşısında Tasarıya sadece en önemli ve temel hususlar alınmış, özellikle teknik bütün ayrıntıların yönetmeliklerle düzenlenmesi tercih edilmiştir. Bu şekilde yasa koyucunun ihtiyaç duyacağı esnekliğin sağlanması amaçlanmıştır.” demektedir. (TBMM 24. Dönem 3. Yasama yılı 490 sıra sayılı Tasarı Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)); Direktif’te yer alan ancak Türk Hukuku’na aktarılmayan düzenlemeler ve eleştirisi için bkz. KARAMANLIOĞLU, s.69

⁴¹ AYDOĞDU, Murat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2013, s.18; ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara Kasım 2016, s.87.

⁴² Direktif m.2’de işletmeden tüketiciye yönelik uygulamalar, “bir ürünün tüketicilere tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olmak üzere bir tacir tarafından gerçekleştirilen bir eylem, ihmal, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dahil olmak üzere ticari iletişimi ifade eder.” şeklinde belirtilmiştir. Aynı yönde bkz. TRHTUY m.4(p).

⁴³ Bkz. Madde 2 Gerekçesi, “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ... gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır”.

⁴⁴ Bkz. Madde Gerekçesi.

ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır.” şeklinde düzenlemiştir. Sözü geçen idari yaptırımlara Reklam Kurulunca karar verilmekte ve yaptırımlar da Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca uygulanmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62’de yer alan haksız ticari uygulamalar Türk Ticaret Kanunu m.54/2 kapsamında haksız rekabet oluşturdukları için tüketiciler, Türk Ticaret Kanunu m.56’da düzenlenen hukuki yaptırımlara başvurarak uygulamanın haksız ticari uygulama olup olmadığını tespitini, önlenmesini, ortadan kaldırılmasını isteyebilir, ayrıca bir zarar görme durumu söz konusuysa tazminat da talep edebilirler⁴⁵.

Tüketicieye mal veya hizmetin niteliği veya menşei hakkında veya müteşebbisin özellikleri hakkında yanlış bilgi verilmesi sonucunda, dolayısıyla tüketicinin aldatılması neticesinde bir sözleşme yapılmışsa, irade bozukluğu ile yapılan bu sözleşme, tüketici tarafından Türk Borçlar Kanunu m.39 gereği aldatmanın öğrenilmesinden itibaren bir yıl içerisinde iptal edilebilir. Ayrıca aldatan, tüketicinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmeye mecburdur.

3. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (m.28)

2015 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (TRHTUY), 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61 vd. maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır⁴⁶.

TRHTUY, m.28/1, ticari uygulamaların hangi hallerde haksız olacağını ve haksız ticari uygulamaların tüketici işlemi öncesinde, işlem sırasında veya işlem sonrasında yapılamayacağını da hükme bağlamıştır. Böylelikle sözleşme öncesinde tüketiciye yönelik *culpa in contrahendo* sorumluluğunun da haksız ticari uygulama kapsamında kabul edildiği ve bu sorumluluğa aykırılığın yasaklandığını söylenebilir. Aynı husus sözleşmenin ard etkisi (*culpa post pactum perfectum*)⁴⁷ bakımından da geçerlidir. Böylece tüketici işlemi sona erdikten sonra da tarafların kurmuş oldukları yakınlık sebebiyle doğabilecek zararlar bakımından sorumluluk da haksız ticari uygulama olarak değerlendirilecektir.

28. maddenin son fıkrasında, “29 uncu maddede yer alan aldatıcı eylemler, 30 uncu maddede yer alan aldatıcı ihmaller ve 31 inci maddede yer alan saldırgan ticari uygulamalar ile Ek’te yer alan aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilir.”, denmektedir. Düzenleme, haksız ticari uygulama karinesine⁴⁸ ilişkindir. Keza aynı yönde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62/1 düzenlemesi de bulunmaktadır. Ancak m.28/4, 29, 30 ve 31 inci maddelerin de her halükârda haksız ticari uygulama sayılacağına düşünülmesine yol açacak sakıncalı bir ifadeye yer vermiştir. 29, 30 ve 31 inci maddelerde aldatıcı eylem, ihmal ve saldırgan ticari uygulamalar düzenlenmiş olmakla birlikte anılan maddeler, bir ticari uygulamanın haksız olup olmadığını tespitine ilişkin değerlendirme hükümleridir. Nitekim m.31/2, bir ticari uygulamanın saldırgan olup olmadığını tespitinde dikkate alınacak hususlara yer vermiştir. Ancak Ek’te yer alan hususlar doğrudan haksız ticari uygulamalardır.

Haksız ticari uygulama karinesine ilişkin olarak m.29-31’deki hususların düzenlemede yer alan nitelikleri taşıması halinde haksız ticari uygulama olarak kabul edileceklerini ancak, ispat yükünün de gereği olarak, ticari uygulamada bulunan, uygulamanın haksız olmadığını ispatlayabilecektir. Nitekim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62/2’ye göre, “*ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi halinde, ticari uygulamada bulunan bu uygulamanın haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür.*” Bu sebepten dolayı tüketiciler haksız ticari uygulamayı ispat etmekle yükümlü değildirler. Burada tüketici lehine ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusudur. Satıcı veya sağlayıcı iddia edilen uygulamanın haksız ticari uygulama olmadığını ispat etmek durumundadır⁴⁹. Karineye ilişkin diğer önemli husus ise,

⁴⁵ NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.396; KARAHAN, s.225; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.396; POROY/YASAMAN, s.345; Ancak tüketiciler, haksız rekabetin sonucunda araçların ve malların imhasını istemezler (TTK m.56/2).

⁴⁶ TRHTUY m.3

⁴⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 18.B., Vedat Kitap, İstanbul 2020, s.40; ÖREN, Arzu: “Culpa Post Pactum Perfectum (Sözleşmenin Art Etkisi)”, Fides Hukuk Dergisi, (3), 2021, s.6.

⁴⁸ TKHK m.61/2’de haksız ticari uygulamalara ilişkin ispat yükünün, ticari uygulamada bulunan üzerinde olmasının karinenin pratik faydasını kaldırdığına ilişkin bkz. TOPÇUOĞLU, s.32.; TKHK m.62/2’den çıkan sonuç, uyuşmazlık halinde ticari uygulamanın haksız kabul edileceği dolayısıyla 62/2’nin haksız ticari uygulama karinesi olduğu yönünde bkz. ÇABRİ, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.983.

⁴⁹ CEYLAN, s.142.

Ek'te sayılan durumların aksini ispatın mümkün olmadığıdır⁵⁰. Aşağıda da ifade edileceği üzere Ek'te sayılan uygulamalar örnekseyici olup sınırlayıcı olarak sayılmamıştır⁵¹.

Burada dikkat edilmesi gereken, Ek'te sayılan uygulamalar dışında da pek tabii haksız ticari uygulamaların olması mümkündür. Ancak, uygulamada bulunanın ispat hakkını elinden alan durumlar Ek'te sayılanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla ticari uygulamada bulunan kimse, Ek'te sayılanlar dışındaki uygulamaların haksız ticari uygulama olmadıklarını ispatlayabilir⁵². Aksi takdirde ticari uygulamada bulunan satıcı veya sağlayıcının ispat hakkının elinden alınması gibi olumsuz ve sınırları belli olmayan bir sonuç ortaya çıkar.

4. Haksız Ticari Uygulamaların Haksız Rekabet ile İlişkisi

Yukarıda yapılan incelemeler neticesinde, Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet kurumunun genel olarak, dürüst, hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamını sağlama amacının olduğu görülmektedir. Bunun yanında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicileri haksız ticari uygulamalara karşı korumayı amaçlamaktadır. Düzenlemelerde korunan menfaatler ve gerçekleştirilmek istenen amaçlar farklı gibi görünse de, rekabetin dürüst ve hukuka uygun gerçekleşmesi dolaylı olarak tüketicileri de korumaktadır⁵³.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında bir haksız ticari uygulama, aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu'na göre haksız rekabet de oluşturabilir, denebilir. Nitekim, haksız rekabete ilişkin hükümler, hem rakipler arasında hem de rakiplerle müşteriler⁵⁴ arasındaki ilişkinin korunmasını amaçladığından tüketicileri koruma amacı taşıyan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında haksız ticari uygulama hükümlerine göre daha kapsamlıdır⁵⁵. Dolayısıyla Tüketici Hukukundaki "*haksız ticari uygulama yasağı*", aynı zamanda bir "*haksız rekabet*" sayılmaktadır⁵⁶.

IV. SALDIRGAN TİCARİ UYGULAMALAR

A. Genel Olarak

Haksız ticari uygulamaların ve nitekim saldırgan ticari uygulamaların yasaklanmasının amacı, satıcı, sağlayıcı, kredi veren, üretici gibi tüketici karşısında güçlü konumda bulunan kişilerin, zayıf ve tecrübesiz olan tüketicilere yönelik uygulamalarının, tüketicinin özgür iradesiyle karar vermesini zorlaştıracığıdır. Tüketicilerin serbest iradeleriyle düşünerek karar verebilmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Bir haksız ticari uygulama olarak saldırgan ticari uygulamalar, tüketicinin iradesini taciz, cebir veya haksız tesir yoluyla bozmaktadır. Bunun sonucunda tüketici, özgür iradesiyle taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmakta, tüketici bu hukuki işlemi korku, acıma, nezaket gibi duygularla kurmaktadır⁵⁷. Örneğin, satın alınan bir mobilyanın bakımının ancak satıcının elinde bulundurduğu özel bakım malzemesi ile yapılabildiği, aksi takdirde çok kısa bir süre içerisinde mobilyanın eskিয়েceği/ bozulacağı endişesi yaratılarak bakım ürününün korku ile satın alınmasına uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır⁵⁸. Burada satıcının söz ve davranışlarındaki ısrarı tüketicinin özgür iradesini bozmakta ve tüketici normalde girişmeyeceği bir hukuki işleme taraf olmaktadır. Böylelikle de tüketicinin en temel haklarından seçme özgürlüğü elinden alınmaktadır⁵⁹.

TRHTUY m.31/2, bir ticari uygulamanın; saldırgan olup olmadığının belirlenmesinde birtakım ölçütler getirmiştir. Bunlar, ticari uygulamanın zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığı, tehdit ya da hakaret içeren söz veya davranışlar içerip içermediği, ticari uygulamada bulunan tarafından getirilen ağır veya orantısız sözleşme dışı bir engelin bulunup bulunmadığı şeklindeki kriterlerdir.

TRHTUY EK, haksız ticari uygulama olarak kabul edilen örnek uygulamaları paylaşmaktadır. Bu sayılan haller, saldırgan ticari uygulamalara örnek olarak verilmiş olup

⁵⁰ TOPÇUOĞLU, s.38.

⁵¹ OKAN, s.77; KARAMANLIOĞLU, s.71; KARA, s.205.

⁵² TOPÇUOĞLU, s.38.

⁵³ "CEYLAN, s.130; KOYUNCUOĞLU, Hikmet/ÖZKUL, Zeynep: "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku", İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, 88(1), 2014, s.221)

⁵⁴ Nitekim müşteriler tüketicileri de kapsamaktadır. Bkz. TTK m.54, 55 Gereğesi; TOPÇUOĞLU, s.16.

⁵⁵ CEYLAN, s.131.

⁵⁶ KOYUNCUOĞLU/ÖZKUL, s.214; CEYLAN, s.132.

⁵⁷ OKAN, s.79; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.192.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. ÇABRİ, s.982.

⁵⁹ OKAN, s.79; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.192.

sınırlayıcı nitelikte değildir⁶⁰. Buna göre, amaçlanan hukuki ilişki kurulana kadar tüketicinin o işyerinden ayrılamayacağını örneğin psikolojik baskı yoluyla tüketiciye hissettirmek veya tüketicinin meskenini terk etmesi ve geri gelmemesi yönündeki uyarılarına rağmen tüketicinin evine ziyaretler yapmaya devam etmek veya tüketiciye, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek, aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak herhangi bir talepte bulunan tüketiciden, talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz etmesini ya da ücret ödemesini talep etmek ya da sistematik olarak konuyla ilgili görüşmekten kaçınmak ve bu yollarla onu hukuki haklarını kullanmaktan caydırmaya çalışmak, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek, ödül veya benzeri bir menfaat söz konusu olmamasına rağmen, tüketicinin bunları talep edebilmek için para ödemesi ya da bir masrafta bulunması gerektiği hallerde, bu ödül veya menfaati kazandığı, kazanacağı veya belirli bir eylemde bulunması halinde kazanacağı doğrultusunda yanlış izlenim oluşturmak, saldırgan ticari uygulamalardır.

Saldırgan satış yapanların genellikle kullandıkları davranış ve sözlere örnek olarak, satıcının belli bir oranın üstünde satış gerçekleştiremediği halde işinden olacağını söylemesi, tavır ve hareketleriyle istenilen hukuki işlemin gerçekleşmemesinin ayıp olacağı algısı yaratması, kampanyanın sona ereceği ve fırsatın kaçırılacağını ifade edilmesi⁶¹, ısrarlı tavrın örneğin lüks bir ortamda yapılması üzerine tüketicinin çevreye mahcup olmamak adına sözleşme ilişki kurması olarak gösterilebilir⁶². Nitekim bu hallerde tüketici, hukuki işleme acıma, korku ve endişe duygularıyla taraf olmaktadır.

B. Saldırgan Ticari Uygulamaların Unsurları

1. Uygulamaların Saldırgan Olması

Saldırgan ticari uygulamalar, TRHTUY m.31/1'de,

“Bir ticari uygulamanın; taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yoluyla ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozması veya bozma olasılığı taşıması ve tüketicinin bu sebeple normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması halinde saldırgan olduğu kabul edilir.” denilerek ifade edilmiştir.

Mesleki özenin gereklerine uygun hareket edilip edilmediği ticari uygulamanın haksız olup olmadığını tespitinde önemli bir unsurdur. Nitekim Direktif m.5'de ticari uygulamanın haksız olmasının ilk şartı, uygulamanın mesleki özene aykırı olmaması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Saldırgan ticari uygulamalar ise, mesleki özene nitelikleri gereği kendiliğinden aykırı davranışlardır. Bu anlamda eğer bir uygulama taciz, şiddet veya haksız tesir içeriyorsa mesleki özenin ihlalinin tespitine ayrıca ihtiyaç bulunmamaktadır⁶³.

Direktif, uygulamanın taciz (harassment), zorlama (coercion) veya nüfuzu kötüye kullanma (undue influence) içermesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁴. Şiddetin fiziksel olması şart olmayıp psikolojik olması da mümkündür. Nitekim yeterli satış yapılmadığı takdirde işten atılacağını söyleyerek tüketiciyi acıma duygusuyla hukuki işleme taraf olmak zorunda bırakmak buna örnektir⁶⁵. Mevzuatımızda yeni sayılabilecek bu unsurlar yeteri kadar tanımlanmış ve mahkeme kararlarına da yansımış değildir. Dolayısıyla sınırları belirli bir tanım yapılamamakla birlikte bu unsurlar aşağıda örneklerle ele alınmaya çalışılacaktır.

Taciz (harassment) unsuru, tüketicinin daha çok özel yaşamı ile ilgili olup, taciz fiili özel yaşama müdahale şeklinde gerçekleşmektedir⁶⁶. TRHTUY m.31/2'de (Direktif m.9) saldırganlığın tespitine yardımcı ölçütler arasında ticari uygulamanın zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığının bu anlamda belirleyici olabileceği ifade edilmiştir. O halde tüketicinin gece geç saatlerde aranması bu anlamda tacize örnek olarak verilebilir ya da tüketicinin olumsuz cevabına rağmen aranmaya devam edilmesi yine saldırgan satış şeklinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla ortalama tüketici esas alınarak

⁶⁰ KARAMANLIOĞLU, s.71; OKAN, s.77; ÇABRİ, s.983; KARA, s.207.

⁶¹ https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-commercial-practices/index_en.htm#shortcut-10, (Erişim Tarihi: 15.12.2021)

⁶² OKAN, s.78.

⁶³ AKSOY, “Direktif”, s.296; HOWELLS/MICKLİTZ/WILHELMSSON, s.172.

⁶⁴ HOWELLS/MICKLİTZ/WILHELMSSON, s.170.

⁶⁵ AKSOY, “Direktif”, s.311; Sipariş edilmeyen mal ve hizmetlerin saldırgan satış niteliğinde olduğu ve örneği için bkz. KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015, s.237; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

⁶⁶ HOWELLS/MICKLİTZ/WILHELMSSON, s.178.

her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir⁶⁷. Yer bakımından değerlendirmek gerektiğinde, örneğin ticari tesislerin dışında evinde, işyerinde veya kamuya açık alanlarda tüketiciye yaklaşılmış olması yine onun özel alanına müdahale teşkil edebilmekte ve onu psikolojik olarak savunmasız bir duruma sokabilmektedir⁶⁸. Restoranda iş arkadaşlarıyla yemek yemekte olan bir kimseye satıcının satış konusunu alması konusundaki ısrarı onu çevresine mahcup olmamak adına satış sözleşmesi yapmaya zorlamaktadır.

Zorlama/ baskı (coercion) unsuru, tüketicinin baskı ile karar almasıyla gerçekleşmektedir. Tüketicinin fiziksel veya psikolojik baskı sonucunda seçim özgürlüğü ihlal edilmektedir⁶⁹. Uygulamada daha çok psikolojik olarak gerçekleşen bu baskıya hayvanların korunması, doğanın korunması ya da örneğin ihtiyacı olan öğrenciler yararına satışın gerçekleştirildiği belirtilerek kitap/ dergi satımı ya da örneğin konser/ tiyatro bileti satımının gerçekleştirildiği görülmektedir⁷⁰. Nitekim tüketicinin bu hallerde çoğu zaman özgür iradesiyle değil, acıma ve utanma duygusuyla hukuki işleme taraf olduğu görülmektedir.

Nüfuzu kötüye kullanma/ haksız tesir (undue influence), diğer unsurların aksine, Direktif m.2/j ve aynı yönde TRHTUY m.4’de tanımlanmıştır. Fiziksel güç kullanmadan bile tüketiciyle ilgili bir güç konumundan yararlanılmasıyla tüketicinin karar verme özgürlüğünün sınırlanacağı ifade edilmektedir. Nüfuzu kötüye kullanma, ticari uygulamada bulunanın tüketiciye karşı güçlü konumunu kullanması anlamındadır⁷¹. Bu anlamda ticari uygulamada bulunanın tüketici üzerinde ekonomik veya sosyal bir nüfuzu bulunabilir⁷². Bu nüfuzun kötüye kullanılması sonucunda ise tüketici kendi özgür iradesiyle almayacağı bir karar almaktadır. Tüketicinin sürekli borçlu olduğu bir kimseye duyduğu minnet karşısında alacağı karar veyahut arkadaşlık veya akrabalık ilişkisi sonucunda taraf olmuş olduğu hukuki ilişki bu anlamda haksız tesir teşkil edecektir⁷³.

Görüldüğü üzere, bu unsurların da birbirlerinden kesin olarak ayrılmaları mümkün değildir⁷⁴. Ticari uygulama ister taciz ister zorlama isterse nüfuzun kötüye kullanılması ile gerçekleşsin, tüketicinin seçim özgürlüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğuran bir uygulama saldırgan addedilecektir.

2. Ortalama Tüketicinin Seçim veya Davranış Özgürlüğünü Bozması

Ortalama tüketici, Direktif’de tanımlanmış değildir. TRHTUY’da ise ortalama tüketiciyi, m.4/j’de, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*” şeklinde tanımlamıştır.

Saldırgan ticari uygulamadan söz edebilmek için, ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozmuş olması ya da bozması ihtimalinin doğması şartı aranmaktadır⁷⁵. Dolayısıyla bu ölçütün, etkinin derecesine göre saptanması gerekmektedir.

Ortalama tüketici, ne ortalamanın üstünde çok zeki ne de ortalamanın altında çok düşük zekâ seviyesine sahip biridir⁷⁶. Ölçüt olarak kabul edilecek tüketici tipi, ortalama bir zekâ ve makul ölçüde bilgi ve dikkate sahip olmalıdır⁷⁷. Direktif m.5/3’de ayrıca, zihinsel veya fiziksel zayıflıkları, yaşları veya saflıkları nedeniyle savunmasız tüketicilerden (vulnerable consumer) söz etmektedir. Hükme göre, bu kimselerin kendi tüketici grubunda değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁸.

Normal şartlarda tüketici, bir hukuki işleme girişirken öncelikle kendi menfaatini düşünerek hareket etmektedir. Tüketicinin seçim veya davranış özgürlüğü bozulduğunda ise, etkisi altında kaldığı psikolojik baskı/ şiddet ya da tacizden kurtulmak için hukuki işleme taraf olduğu

⁶⁷ SAVAŞ, Firdevs: “Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.52; KARAMANLIOĞLU, s.70.

⁶⁸ HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, s.182.

⁶⁹ HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, s.184.

⁷⁰ SAVAŞ, “Saldırgan Satış Yöntemleri”, s.54-55.

⁷¹The Unfair Commercial Practices Directive Questions And Answers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572, (Erişim Tarihi: 09.08.2021); HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, s.187.

⁷² SAVAŞ, “Saldırgan Satış Yöntemleri”, s.62.

⁷³ AKSOY, “Direktif”, s.311.

⁷⁴ KARAMANLIOĞLU, s.70.

⁷⁵ AKSOY, “Direktif”, s.311.

⁷⁶ KARA, s.204.

⁷⁷ NOMER ERTAN, “Haksız Ticari Uygulamalar”, s.1001; ABBOMENTE, s.707.

⁷⁸ CEYLAN, s.125; The Unfair Commercial Practices Directive Questions And Answers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572. (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

görülmektedir. Dolayısıyla, tüketicinin korku, şükran, acıma, gafil avlanma gibi duygularla kendini sözleşme akdetmeye zorunlu hissetmesi halinde davranış özgürlüğünün bozulduğundan bahsedebiliriz⁷⁹.

3. Tüketicinin Normal Şartlarda Taraf Olmayacağı Bir Hukuki İşleme Taraf Olması

Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesi ve bunun sözleşmeler temelinde görünümü olan sözleşme özgürlüğü, kişinin dilediği bir kimseyle sözleşme yapıp yapmamak konusunda serbest olmasını ifade eder. Bir kimse sözleşme yapmak istediği kişiyi özgür iradesiyle belirler. Sözleşme yapmak konusunda zorlanamaz veya kısıtlanamaz. Oysa, yukarıda da ifade edildiği üzere, tüketicinin seçim veya davranış özgürlüğü bozulduğunda, etkisi altında kaldığı psikolojik baskı/ şiddet ya da tacizden kurtulmak için hukuki işleme taraf olduğu görülmektedir. Dolayısıyla tüketici maruz kaldığı etki altında hukuki işleme taraf olmakta, daha doğru bir ifadeyle uğradığı baskı sonucunda normalde taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmakta ya da taraf olmayı düşünmektedir.⁸⁰ Nitekim taraf olma olasılığının artması da saldırgan uygulama olarak düzenlenmiştir. O halde, saldırgan uygulama ile taraf olunan tüketici işlemi arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir.⁸¹

V. SONUÇ

Günümüzde pazarlama yöntemlerinin artışı ile piyasada mal ve hizmet sunum ve satışında da artış meydana gelmiştir. Ancak artan mal ve hizmet satışıyla daha zayıf konumda bulunan tüketicilerin korunması gerekmiştir. Nitekim dürüstlük kurallarına aykırı pazarlama yöntemleri ile tüketicinin mal veya hizmet alırken özgürce karar verme iradesinin sakatlanması sonucu doğmaktadır. Tüketici baskı altında imza attığı, taraf olduğu sözleşme nedeniyle mağdur olmaktadır. Tüketicilere yönelik bu davranışlar haksız ticari uygulama oluştururlar. Tüketicilerin haksız ticari uygulamalara karşı korunması gerekmektedir. Bu koruma, hem Türk Hukuk mevzuatı ile hem de Avrupa Birliği Hukuku ile sağlanmaya çalışılmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu saldırgan satış yöntemlerini haksız rekabet hali olarak ele almıştır. Türk Ticaret Kanunu tüketiciyi doğrudan korumamaktadır. Ancak koruması kapsamında tüketiciler de bulunmaktadır. Doğrudan tüketiciyi koruyan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği bulunmaktadır. Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi de tüketici korumasından bahsetmektedir.

Ticari uygulamada bulunanların piyasada mal veya hizmeti satarken mesleki özene uygun hareket etmeleri ve ortalama tüketicinin mal ve hizmete yönelik ekonomik davranış biçimini bozmamaları gerekmektedir. Saldırgan ticari uygulamalar taciz, zorlama, nüfuzu kötüye kullanma ile ortalama tüketicinin ekonomik davranış özgürlüğünü bozar. Tüketici, normal şartlar altında taraf olmayacağı bir sözleşmeye taraf olur. Oysa sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği bir kimsenin ve tüketicinin de sözleşme yapıp yapmamak, sözleşmenin tarafını seçmek konusunda özgürlüğü bulunmaktadır. Haksız ticari uygulamalar böylece hem tüketiciyi mağdur etmekte hem de güvenilir rekabet ortamını bozmaktadır. Haksız ticari uygulama neticesinde ekonomik çıkarları zarara uğrayan tüketicinin çeşitli yaptırımlara başvurması mümkündür. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki idari yaptırımlar Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hukuki yaptırımlara ek başvurulabilecek yollardır.

⁷⁹ KARAMANLIOĞLU, s.67-68.

⁸⁰ ABBOMENTE, s.706.

⁸¹ TOPÇUOĞLU, s.32.

KAYNAKÇA

- ABBOMENTE, Giuseppe B.: “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal Of European Law*,12, s.695-712.
- AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *İÜHFİM, LXXIII(1)*, 2015, s.279-318. (Direktif, olarak kısaltılmıştır.)
- AKSOY, Mehmet Ali: “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2011. (Haksız Rekabet, olarak kısaltılmıştır.)
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.S.Vakfı)*, Ankara 2013.
- ARKAN, Sabih: “Haksız Rekabet- Gelişmeler- Sorunlar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22(4), 2004, s.5-20
- AYDOĞDU, Murat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2013, s.1-62.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: *Ticari İşletme Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yay., Ankara 2015.
- AYHAN, Rıza: “Ticari İş -Ticari İşletme -Tacir -Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet”, *EÜHFİM, XVI(3-4)*, 2012, s.31-53.
- CEYLAN, Ebru: “Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar Ve Uygulama Örnekleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 8, (15), Haziran 2020, s.123-147.
- COLLINS, Hugh: “The Unfair Commercial Practices Directive”, *De Gruyter December 2*, 2005, s.417-441.
- ÇABRİ, Sezer: *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ÇINAR KARABAĞ, Nihal: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları”, *Seçkin Yay.*, Ankara 2019.
- GÜVEN, Şirin: “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, Ankara 2011. (Haksız Rekabet Hukukunun Amacı, olarak kısaltılmıştır.)
- GÜVEN, Şirin: “6102 Sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(2), 2012, s.175-188. (TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler, olarak kısaltılmıştır.)
- HOWELLS, Geraint/MICKLITZ, Hans/WILHELMSSON: *European Fair Trading Law The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate Publishing, England 2006.
- JUNG, Peter: “UCP-Directive and Swiss Law against Unfair Competition”, *Avrupa Tüketici ve Piyasa Hukuku Dergisi (EuCML)*, 5(2), 2016, s.102-106.
- KARA, İlhan: *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, Ankara 2015.
- KARAHAN, Sami: *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Mimoza Yay., Konya 2011.
- KARAMANLIOĞLU, Argun: “Tüketici Hukuku’nda Saldırgan Satış Yöntemleri”, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*, Seçkin Yay., Ankara 2016, s.65-72.
- KAYIHAN, Şaban: *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019.
- KOYUNCUOĞLU, Hikmet/ÖZKUL Zeynep: “Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku”, *İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, 88(1), 2014.
- NOMER ERTAN, Nedret Füsün: *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yay., İstanbul 2016.
- NOMER ERTAN, Nedret Füsün: “Haksız Ticari Uygulamalar”, *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*, Ed. Kaya A., Engin B. İ., Paslı A., Aşikoğlu Ş. İ., Oğuz E., İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s.997-1023.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- OKAN, Neval: “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicinin Korunması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(4), 2016, s.73-85.
- ÖREN, Arzu: “Culpa Post Pactum Perfectum (Sözleşmenin Art Etkisi)”, *Fides Hukuk Dergisi*, (3), 2021, s.1-16.
- ÖZDAMAR, Mehmet/ERMENEK İbrahim: “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat”, *FMR*, 7(3), 2007, s.43-71.
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer: *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2020.

- PEKDİNÇER, Remzi Tamer/YILDIZ, Ozan Ali: İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- SAVAŞ, Firdevs: “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 18(2), 2017, s.227-248.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- SAVAŞ, Firdevs: “Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018. (Saldırgan Satış Yöntemleri, olarak kısaltılmıştır.)
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2020.
- TOPÇUOĞLU, Metin: “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, TAAD, (24), 2016, s.15-57.
- UZUNALLI, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFM, 71(2), s. 383-420, 2013.
- ÜLGEN Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N.Fusun: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- YASAMAN, Hamdi: Haksız Rekabet ve Rekabet Yasası, Seçkin Hukuk, Ankara 2020.
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara Kasım 2016.

Elektronik Kaynaklar:

- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L2161>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572, (Erişim Tarihi: 09.08.2021).
- https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/_1.html, (Erişim Tarihi: 21.11.2021).
- https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/coljeul12&id=702&men_tab=srchresults, (Erişim Tarihi: 22.11.2021)
- www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 14.12.2021)
- https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-commercial-practices/index_en.htm#shortcut-10, (Erişim Tarihi: 15.12.2021)