

REKLAM HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN AVRUPA BİRLİĞİ, ALMAN VE TÜRK HUKUKLARINDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ: AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN “GUT SPRINGENHEIDE” KARARI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

CONSUMER CRITERIA IN THE EU, GERMAN AND TURKISH LAWS FROM THE PERSPECTIVE OF ADVERTISING LAW: AN ANALYSIS ON THE “GUT SPRINGENHEIDE” JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Koray GÜVEN*

Özet: Tüketici ölçütü, reklamlarda yer alan ibarelerin yanıltıcı olup olmadığı belirlenirken büyük önem arz eder. Varsayılan tüketici ne kadar az bilgili, dikkatli ve anlayışlı ise ona yönelen reklamın aldatıcı olduğuna hükmedilme olasılığı o kadar güçlenecektir. Ölçüt bu nedenle yalnızca tüketicinin korunması politikası bakımından değil, piyasadaki katılanlardan olan girişimci ile tüketici – bir başka deyişle reklam veren ve reklamın kendisine yöneldiği katılımcı- arasındaki menfaat dengesini ilgilendiren haksız rekabet politikası bakımından da önemlidir. Bu çalışmada, şimdiki ismiyle ABAD tarafından 1998 yılındaki “Gut Springenheide” içtihadı ile şekillendirilen “ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı tüketici” ölçütü ve bu ölçütün somutlaştırılma biçimleri AB, Alman ve Türk Hukukları bağlamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Gut Springenheide Kararı, Tüketici Kriteri, Aldatıcı Reklam, Haksız Rekabet Hukuku, Tüketicinin Korunması

Abstract: Consumer criterion holds importance in determining whether a statement in an advertisement is misleading. The less informed, circumspect and observant consumer is assumed; the more would be the likelihood to rule that an advertisement is misleading. Hence it is significant not only from the perspective of protection of consumer policy but also from the perspective of the unfair competition policy which concerns the balance between the interests of supplier and consumer namely the participants in the market who respectively orders the advertisements and is addressee of it. In this paper, the criteria “average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect” formulated by ECJ will be examined in the contexts of EU, German and Turkish laws.

Keywords: Gut Springenheide Decision, Consumer Criteria, Misleading Advertising, Unfair Competition Law, Protection of Consumers

GİRİŞ

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığına karar verilirken, reklamdaki bilginin yanlış veya yanıltıcı olması, tüketicinin aldanması veya aldanma ihtimalinin bulunması ve aldatıcılığın tüketicinin kararını etkileyecek nitelikte olması olmak üzere üç unsur dikkate alınır.¹ Tüketicinin aldanması veya aldanma ihtimalinin bulunması koşulunun araştırılmasında, söz konusu reklamın niteliği kadar hitap ettiği tüketicinin nitelikleri de önem taşır. Varsayılan tüketici tipi ne kadar bilgi sahibi, dikkatli ve anlayışlı kabul edilirse; ona hitap eden reklamın aldatıcı olarak nitelendirilmesi de o kadar zorlaşacaktır. Böylece kabul edilen ölçütün altında kalan tüketicinin aldanması durumunda koruma sağlanamayacaktır. Bu ölçütün belirlenmesi, ürünü piyasaya sunup reklam verenin menfaati ile tüketicinin menfaati arasındaki dengenin kurulması konusuyla doğrudan ilgilidir.² Zira varsayılan tüketicide aranan standart düştükçe, reklamın aldatıcı olarak nitelendirilmesi de o kadar kolaylaşacak ve böylece reklam veren açısından daha az esnek ve daha müdahaleci bir hukuk politikasının önü açılacaktır.³ Bu nedenle aldatıcı reklama karşı tüketicinin korunmasının derecesinin ne olacağı sorunu sadece tüketicinin korunması politikası değil aynı zamanda bir haksız rekabet politikası sorunudur.⁴

Gut Springenheide kararına konu olan olayın, hukuki sürecin ve ABAD'a yönelilen sorular ile bunlara verilen yanıtların özetleneceği ilk kısmın ardından bu ölçütün Avrupa Birliği Hukukundaki yeri açıklanacaktır. Ayrıca, kararın ilgili olduğu hukuk düzeni olması ve Türk öğretisi ile uygulamasındaki tüketici kriterinin belirlenmesinde önemli rol oynaması nedeniyle Alman Hukukunda bu kriterin gelişim çizgisi incelenecektir. Ardından, Türk hukukundaki tüketici kriteri, öğretisi ve uygulamaya göndermelerle tartışılacaktır.

¹ Emrehan İnal, "Türk Hukuku'nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008 s. 89

² Tobias Lettl, "Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform", GRUR 6/2004, s. 454

³ Reiner Schulze/Hans Schulte-Nolke/Jackie Jones, A Casebook on European Consumer Law, Bloomsbury Publishing, 2002 s. 226, Google Kitaplar'dan ulaşılabilir, (16 Ocak 2015'te erişildi)

⁴ Jürgen Keßler, "Workable Competition, Consumer Protection and Advertising Law", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008 s. 54

I. KARAR⁵

A. OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ

Almanya'da faaliyet gösteren yumurta üreticisi Gut Springendeide GmbH isimli firma, marketlerle satılan onlu yumurta paketlerini üzerlerinde "6-Korn - 10 frische Eier" (6 tahıllı, 10 taze yumurta) ibaresi ile piyasaya sunmaktadır. Paketlere iliştirilen bir nota göre, yumurtaların elde edildiği tavuklar bu tahıllar ile beslenmekte, bu beslenme biçimi sayesinde yumurtalar daha sağlıklı ve lezzetli olmaktadır.⁶ Münster şehrindeki gıda denetleme ofisi, bu ibarenin ve notun kaldırılması için üst üste uyarılarda bulunduktan sonra para cezası yaptırımını uygular. Bu cezaya karşı kanun yoluna başvuran Gut Springenheide, ilk derece mahkemesi tarafından haksız bulununca temyiz yoluna gider. Temyiz mahkemesinin de ilk derece mahkemesi kararını onaması ile olay Bundesverwaltungsgericht (Federal İdare Mahkemesi)'in önüne gelir.

ABAD'ın kararında açıklık bulunmamakla beraber, kanun sözcüsünün görüşünden, cezanın ve cezayı haklı bulan mahkemelerin gerekçesi şöyle anlaşılmaktadır: Temyiz mahkemesine göre, söz konusu ibare ve not, tüketiciler açısından "tahıllar için heves" yaratıp yumurtaların özel olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Bununla beraber, temyiz mahkemesi bu yumurtaların piyasadaki diğer yumurtalardan hiçbir üstünlüğü olmadığına ikna olmuştur.⁷

B. ABAD'A YÖNELTİLEN SORULAR

Bundesverwaltungsgericht konunun tüketici ölçütü ile ilgili olduğu sonucuna vararak, ön karar başvurusunda bulunarak şimdiki adıyla ABAD'a şu soruları yöneltir:

"1. ...satışları teşvik etmek için kullanılan ifadelerin yanıltıcı olup olmadığı belirlenirken; tüketicilerin gerçek beklentileri mi yoksa yalnızca hukuki yoruma açık nesnel bir alıcı ölçütü mü benimsenmelidir?

2. Eğer tüketicinin gerçek beklentileri dikkate alınmalı ise iki soru daha ortaya çıkar:

⁵ ABAD'ın 16 Temmuz 1998 tarihli kararı: Case C-210/96 sayılı Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt

⁶ Kanun Sözcüsü Mischo'nun 12 Mart 1998 tarihli görüşü: Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt s. 4660

⁷ a.g.e. s. 4675

a. Hangisi uygun olan ölçüttür: Bilgili ortalama bir tüketicinin mi yoksa vasat bir tüketicinin görüşü mü?

b. Yanılan tüketicilerin toplam tüketici sayısı içindeki oranı, yüzdesel anlamda ifade edilebilir mi?

3. Eğer yalnızca hukuki yoruma açık objektif bir tüketici ölçütü kabul edilmeli ise bu ölçüt nasıl tanımlanabilir?"

Eğer tüketicinin gerçek beklentileri ölçüt olarak belirlenirse, piyasa araştırması yapılmadan bu beklentinin ortaya çıkarılması mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle, reklamın yöneldiği tüketici kitlesinin beklentileri, anket yaptırılması veya bilirkişi raporu istenmesi yoluyla belirlenecektir. Hukuki yoruma açık nesnel tüketici ölçütünün benimsenmesi durumunda ise mahkeme bu yollara başvurmaksızın, hitap edilen tüketicinin nasıl olması gerektiğine dair bir model belirleyerek bu tüketici modelinin söz konusu reklam yoluyla aldanıp aldanmadığını tespit edecektir.⁸

C. ABAD'IN CEVABI

Mars (1995) ve Nissan (1992) gibi daha önceki kararlarına göndermede bulunan ABAD, bu kararlarında ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı bir tüketicinin varsayılan beklentilerinin ölçüt aldığını belirtir. Bu kararlarda Divan, bilirkişi raporu veya anket isteminde bulunmaksızın karar vermiştir. Buna karşılık yeterli veriye sahip olmadığı veya önündeki verilerden bir çözüme ulaşılmasının mümkün olmadığı durumlarda, aldaticılığın belirlenmesinin ulusal mahkemelere bıraktıldığını ifade etmiştir. Topluluk Hukukunda herhangi bir kısıtlayıcı hüküm bulunmadığından, ulusal mahkemeler gerekli gördükleri durumlarda anket veya bilirkişi raporu isteminde bulunma konusunda özgürdürler. Ayrıca bu araştırma sonucunda belirlenen yüzdesel oranın –aldanan tüketicilerin, reklamın yöneldiği toplam tüketiciler içindeki yüzdesi- reklamın aldaticılığına hükmedilmesi için yeterli olup olmadığına da kendi ulusal hukukuna göre karar verecektir.

Böylece divan, tüketicilerin gerçek beklentileri ile hukuki yoruma açık nesnel bir tüketici ölçütleri arasından ikincisini seçmiştir. Bu nesnel tüketici ölçütünü ise "ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı tüketici"

⁸ Schulze\Schulte-Nolke\Jones s. 227

ci” olarak belirlemiştir. Tüketicinin gerçek beklentilerinin belirlenmesi için anket ya da bilirkişi raporuna başvurulması ise yalnızca istisnai biçimde, “özel zorlukların” varlığı halinde gereklidir.⁹

II. TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

A. TOPLULUK HUKUKUNDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

1. Genel

84/450 sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Yönerge, hitap ettiği kişileri aldatan veya aldatma ihtimali olan reklamları aldatıcı reklam olarak kabul ederken, aldatılmanın gerçekleşeceği grup olan tüketici grubu için herhangi bir kriter getirmemiştir. “Gut Springenheide” kararı ile (Avrupa Birliği Adalet Divanı - ABAD 1998), Topluluk Hukukundaki tüketici kriteri ilk defa açık bir biçimde “ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” biçiminde düzenlenmiştir.¹⁰ Daha sonra bu kıstas 2005/29 sayılı Haksız İş Uygulamaları Hakkında Yönerge ile ikincil hukukun yazılı kaynakları arasına da girmiştir.

2. Divan’ın Getirdiği Ölçüt ve Somutlaştırılması

Kararın verildiği tarih olan 1998 yılında Topluluk Hukukundaki yazılı kural eksikliği neticesinde, söz konusu ölçütün belirlenmesi ABAD’a düşmüştür. Divan kendisinin de referans verdiği üzere, daha önce bu kriteri tam olarak ifade etmese de kritere işaret edecek bazı değerlendirmeler yapmıştır. “Nissan”(1992) kararına göre bir reklamın aldatıcı olduğuna “ancak reklamın hitap ettiği tüketicilerin önemli bir bölümünün, düşük fiyatın paralel ithalatçı tarafından satılan arabalardaki daha az sayıda donanıma denk geldiğini bilmeden satın alma kararı verdiği sabit bulunursa” hükmedilebilir.¹¹ Aynı doğrultuda “Mars”(1995) adlı kararında, ürünün gramajının %10 artmasına rağmen, bu artışı gösteren işaretlemenin kutunun %10’undan fazlasını kaplamasını aldatıcı reklam olarak kabul etmemiştir. Anlayışlı tüketici kutu üzerinde gösterilen farkın %10’dan fazla olmasına aldanma-

⁹ Savaş Bozbel, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006 s. 227

¹⁰ Schulze\Schulte-Nolke\Jones, s. 225

¹¹ Hamdi Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Peter Lang, Frankfurt 2003, s. 104

yacaktır.¹² ¹³ “Gut Springenheide” kararında ise önceki içtihatlarında işaret ettiği bu ölçütleri toparlayarak “ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” kriterini getirmiştir. Kararın ilgili olduğu Alman hukuk düzenine pek yakın bir kıstas getirmeyen bu ilke, aslında Birleşik Krallık ve Fransa’da önceden beri kullanılagelmiş tüketici kriterlerinin karşılaştırmalı hukuk metoduna uygun bir biçimde yapılandırılmasıdır.¹⁴

ABAD getirdiği bu ölçüte göre ortalama tüketicinin somutlaştırılmasında, anket düzenlettirilmesini Topluluk Hukukuna Aykırı bulmamıştır. Ancak mahkemenin kendi bilgi ve görüşünün yeterli olduğu durumda buna başvurulmaması gerektiğini, özel zorluklar durumunda gidilecek bir yol olduğunu ifade etmiştir.¹⁵ ABAD ayrıca yanılan ya da yanılma ihtimali bulunan tüketicilerin yüzdesi konusunda da kararda somutlaştırmaya gitmemiştir.¹⁶

a. Dilbilgisi Açısından Yorumu

“Ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” ölçütünün uygulanmasında ortaya çıkan ilk yorum sorunu “ortalama” sıfatının yalnızca “kendisini bilgilendirmiş” ifadesini mi yoksa ayrıca “dikkatli” ifadesini de mi nitelendirdiğidir. Kararın Almanca metninde¹⁷ bu konuda açıklık bulunmazken, İngilizce çevirisinde¹⁸ ve Fransızca çevirisinde¹⁹ bu sıfatın her iki ifadeyi de nitelediği görülmektedir.²⁰ ²¹ Böylece varsayılan tüketicinin; dikkatli, bilgili ve anlayışlı niteliklerinin, ortalama ölçüde olması öngörülmüştür.

b. Tüketici Gruplarına Göre Ayrım

Divan’ın getirdiği tüketici ölçütü, genel geçer ve tamamen somut bir kriterden çok; sosyal, kültürel ve dil ile ilgili farklılıkları gözetme-

¹² Hamdi Pınar, “Reklam Hukukunun Esasları”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008 s. 536

¹³ Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht s. 105

¹⁴ Lettl, s. 453

¹⁵ Bozbel, s. 227

¹⁶ Schulze\Schulte-Nolke\Jones, s. 227

¹⁷ “durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher”

¹⁸ “average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect”

¹⁹ “raisonnablement attentif et avisé”

²⁰ Lettl, s. 453

²¹ Bozbel, s. 221

ye uygun bir kıstas ortaya koyar. ABAD daha sonraki iki kararında - Lifting (2000) ve Baby-Dry (2001) - dil ile ilgili farklılıkların tüketicinin anlayışı üzerindeki etkisinin araştırılmasını doğru bulmuştur.²² Buna benzer şekilde, bütün bir toplumun değil, reklamın hitap ettiği kitlenin ortalamasının alınması gerekir.²³ Söz konusu grubun çocuk ya da yaşlılar gibi özel olarak korunmaya gereksinimi olan bir grup olması durumunda da tüketici üzerine düşen bilgi sahibi, dikkatli ve anlayışlı olma yükümü de belli ölçüde azaltılacaktır. Buna karşılık, reklamın tüm tüketicilere hitap etmesi durumunda, korunmaya daha fazla ihtiyaç duyan bu özel grupların korunması söz konusu olmayacaktır. Bu koruma boşluğu, topluluk hukukunun bilinçli tercihidir. Bir başka deyişle, söz konusu tüketici kitlesinin ortalamasının altında bilgi toplamış, dikkatli ve anlayışlı tüketici, korunmaya fazla gereksinimi olan bir gruba (hasta, yaşlı, çocuk) dahil olduğundan hareketle özel korumadan yararlanamayacaktır.²⁴

c. Tüketicinin Yükümleri

Yukarıda açıklandığı gibi rekabet politikasının da bir parçası olan aldatici reklama karşı tüketicinin korunması sorununda, "Gut Springenheide" kararı ile ABAD, daha önce "Mars (1995)" kararı ile tüketiciye yüklediği yükümü sistematize etmiştir. Buna göre tüketici sahip olduğu haklara karşılık bazı bilgiler edinmek, dikkatli ve anlayışlı davranmak gibi birtakım yükümler üstelenmelidir.²⁵ Bir başka deyişle, Avrupa ortak pazarının dinamik işleyişi içinde, tüketici davranışına ilişkin bazı zorunluluklar getirmektedir.²⁶ Ölçülülük prensibinin sınırlarını çizdiği bu resimde, tüketicinin her bir somut duruma göre yükümünün tam olarak ne olduğu ise Divan'ın içtihatları ile somutlaştırılmaktadır.²⁷

Ortalama Bilgili Olma: Gazete okuma, temel okul eğitimi gibi günlük hayattaki yollarla kazanılan normal bir bilgi düzeyine sahip olmayı ifade eder. ABAD'ın "Darbo" (2000) kararına göre, çilek reçe-

²² Lettl, s. 454

²³ Bozbel, s. 225

²⁴ Lettl, s. 454

²⁵ Annette Nordhausen/Deborah Parry/Geraint Howells/Christian Twigg-Flesner, *The Yearbook of Consumer Law*, Ashgate Publishing, 2009 s. 66, Google Kitaplar'dan ulaşılabilir, (16 Ocak 2015'te erişildi)

²⁶ Lettl, s. 455

²⁷ a.g.e. s. 454

linin “doğal” ibaresiyle satılması durumunda, ortalama bilgili bir tüketici bunun kadmiyum ve kurşun gibi hava ve su kirliliği nedeniyle doğada bulunan maddelerden arınmış anlamına gelmeyeceğini bilir.²⁸

Ortalama Dikkatli Olma: Tüketicinin ilgili ürün hakkında, normal düzeyde bilgi toplaması ve bu bilgileri dikkate almasını ifade eder.²⁹ Divan, ürünlere dayalı bir ayırım yapmaktadır. Arthur/Arthur et Felicie (1999) kararı temel alındığında bu ürün sınıflandırması “tecrübe ürünleri”, “araştırma ürünleri” ve “güven ürünleri” biçiminde yapılabilir. “Tecrübe ürünleri”, günlük hayatta sıkça satın alınan, ucuz ve kısa ömürlü ürünlerdir. Bunlarda tüketicinin dikkatli davranma yükümü en azdır. Buna karşılık bu yüküm, otomobil gibi seyrek satın alınan ve nispeten pahalı ürünler olan araştırma ürünleri için daha fazla ve ikinci el otomobil gibi satıcının verdiği bilgilerin doğruluğuna güvenmeyi gerektiren güven ürünleri için daha da yüksektir.³⁰ Böylece ürün çeşidine bağlı olarak tüketicinin dikkat etme yükümü değişmekte, reklamın aldatıcı olup olmadığı belirlenmesindeki kriter farklılaşmakta ve reklam verenin sorumluluğu da, günlük ihtiyaca yönelik ürünlerden seyrek satın alınan ürünlere doğru gidildikçe esnemektedir. Tüketicinin de tüm bu kıstaslara göre belirlenecek ortalama dikkati, ürünü sunanın verdiği bilgilere göstermesi beklenir. Örneğin yine “Darbo”(2000) kararına göre, “doğal” ibaresinin bulunduğu çilek reçelinin önce içindekiler kısmını okuması beklenen tüketicinin, pektin maddesinin reçelde olduğunu, bunu okumadığı için bilmemesi aldatıcılık teşkil etmez.^{31 32}

Ortalama Anlayışlı Olma: Tüketicinin topladığı bilgileri eleştirel bir biçimde sorgulaması ve normal ölçüde sınıflandırması, ayrıca arz edilen diğer ürünlerle karşılaştırarak karar vermesi beklenir. Yeni gerçeklere uyum sağlayan, öğrenebilen ve düşüncelerini değiştirebilen bir tüketici tipi varsayılmaktadır.^{33 34}

3. 2005/29 Sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Yönerge

Topluluk hukukunun bir parçası olan yönerge gerekçesinde (18) “makul derecede bilgili, dikkatli ve anlayışlı” tüketiciden bahsedil-

²⁸ a.g.e. s. 454

²⁹ Bozbel, s. 223

³⁰ Lettl, s. 454, 455

³¹ Bozbel, s. 223

³² Pınar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan s. 535-536

³³ Bozbel, s. 223

³⁴ Yukarıda değinilen “Mars” kararı bkz. II. 1. b.

mekte ve ABAD'ın içtihadı böylece ikincil hukukun kuralları arasına girmiştir. Buraya göre ayrıca sosyal, kültürel ve dil ile ilgili özellikler de kararlarda bu kriterle birlikte dikkate alınacaktır. Yönerge ayrıca Md. 5(2)(b)'de de ortalama bir tüketiciden bahsederek bu ölçütü sağlamlaştırmaktadır. Bu yönerge tüketicinin korunmasını amaçlayan diğer ikincil düzenlemelerden farklı olarak asgari değil azami uyumlaştırmayı amaçlamaktadır. Buna göre, üye devletler isterlerse daha yüksek düzeyde bir koruma sağlamak için ortalamanın altında tüketici kriteri belirleyemeyecek; yönergede belirtilen kıstası olduğu gibi hukuklarına alacaklardır.³⁵

B. ALMAN HUKUKUNDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜNÜN GELİŞİM ÇİZGİSİ

1. Genel

Tüketici ölçütü Alman Hukukunda büyük ölçüde Haksız Rekabet Kanunu'na (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG 1909) ve Federal Yüksek Mahkeme'nin (Bundesgerichtshof - BGH) bu kanunu uygularken geliştirdiği içtihatlarla dayanır. BGH, 1990lı yılların ortalarına kadar aldatıcı reklamlara karşı tüketiciyi korurken, reklam ibarelerini kısaca ve eleştirel olmayan bir biçimde dikkate alan tüketici kıstasını uygulama eğiliminde olmuştur.³⁶ Buna karşılık, 1990lı yıllardan sonra BGH, kararlarında Topluluk Hukukundan gelen tüketici kriterinin etkisiyle bu yaklaşımını tüm haksız rekabet hukuku alanında değiştirme yoluna gitmiştir.³⁷ Ayrıca, 2004 yılında yürürlüğe giren yeni UWG'nin 3. maddesinin ilk fıkrasında tüketici, rekabet edenler ve diğer katılımcıların menfaati, korunan üç menfaat olarak sayılarak, menfaatler çatışmasının dengelendiği bir üç ayaklı yapı inşa edilmiştir. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında da, iş uygulamalarına karşı ölçüt alınacak tüketici ölçütünün, iş uygulamasının hitap ettiği tüketici kitlesinin ortalaması olduğu açıkça öngörülmüştür. Bu reformlarla birlikte, "Gut Springenheide"de belirlenen "ortalama bilgi toplamış, dikkatli ve makul derecede anlayışlı" tüketici kriterine yaklaşan bir anlayış benimsenmiştir. Böylece Alman Hukukunda "ortalama bilgili, durumun gerektirdiği derecede dikkatli ve anlayışlı tüketici kavramını kabul edilmiştir.³⁸

³⁵ İnal, s. 104

³⁶ Lettl, s. 456

³⁷ Bozbel, s. 223

³⁸ Lettl, s. 456 "Durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und

Örneğin, BGH'nın bu yeni anlayışında tüketicinin mizahi reklamlarla ciddi reklamları ayırt etmesi beklenir. Bir ekonomi gazetesinde, piyango bileti fotoğrafının yanına "parayı artırmak için başka bir kağıt öneriyoruz" ibaresi yazılarak yapılan reklam aldatıcı reklam değildir.³⁹

2. Tüketici Kriterinin Somutlaştırılması

Tüketici Grupları: Reklamın hitap ettiği kesime göre farklı ortalama tüketici düzeyleri belirlenmesine yönelik olarak, reform sonrası yeni UWG'nin 4(2) numaralı hükmünde açıkça, iş hayatıyla ilgili deneyimsizlik, yaş, bedensel sağlık gibi farklılıklar kabul edilerek, tüketici kavramının özellikle bu gibi niteliklere ve daha başka niteliklere göre farklılaştırılmasının yolu açılmış, Topluluk Hukukundaki gibi özel korumaya gereksinimi olan tüketici gruplarının oluşturulması sağlanmıştır.

Ürün Çeşitleri: Ayrıca BGH, bu ölçütün somutlaştırılmasında tıpkı ABAD'ın yaptığı gibi ürün çeşidine dayanan bir farklılaştırmaya gitmiş,⁴⁰ ortalama tüketici tarafından; otomobil, doğu halısı, avukat hizmeti, bilgisayar veya sermaye yatırımı gibi pek de ucuz olmayan ürün ve hizmetlerde; günlük ihtiyaçlara yönelik ürünlerde aradığı dikkatten daha fazla dikkat gösterilmesini öngörmüştür.⁴¹

Bilginin Erişilebilirliği: Tüketici, ürünü piyasaya sunanın sağladığı bilgileri uygun ölçüde almakla yükümlüdür. Özellikle etikette ya da ürüne iliştirilen diğer ibarelerde yer alan reklamlar bu kapsamdadır. Örneğin, BGH'ya göre, belirli bir bira almak isteyen ortalama bilgili ve anlayışlı tüketici en yakın bilginin biranın arkasındaki etikette yazıldığını bilir. BGH'nın bir başka kararına göre, çarpıcı bir fiyatla oyun ve telefon paketi sunulan reklamı gören ortalama dikkatli tüketici, reklamda ağ bağdaştırıcısı sözleşmesinin de gösterildiğini ve bu çarpıcı fiyatın 24 ay taahhülle girilecek bir ağ bağdaştırıcısı sözleşmesi ile mümkün olduğunu göz önünde bulundurur.⁴²

Diğer: Bu ölçütlerin yanında, BGH ayrıca tüketicinin ürünü ya da hizmeti edinin edinemeyeceğine karar vermesi için yeterli bir süre

verständigen Durchschnittsverbrauchers"

³⁹ a.g.e. s. 459

⁴⁰ Yukarıda bkz. II. 1. cc. bbb.

⁴¹ a.g.e. s. 457

⁴² a.g.e. s. 458

verilmesi de kıstaslar arasındadır. Bir kitap kulübüne üye olunması için beş kitabın ücretsiz verileceğinin reklamının yapıldığı durumda, tüketicinin bu kitapları aldıktan sonra broşürü okuması için 10 günlük süresinin olması durumunda, tüketicinin bilgi toplamak, topladığı bilgileri dikkatle değerlendirmek ve diğer ürün ya da hizmetlerle karşılaştırma imkanına sahip olduğu varsayılır.⁴³ Bir başka somutlaştırma ölçütüne göre aldanma ihtimali olan tüketici kitlesinin, toplam hedef kitle karşısında önemli bir yüzde oluşturması esastır. %10-15 oranında tüketici kitlesinin aldanma ihtimali, aldatıcı reklamın varlığına hükmetmek için yeterli değildir. Bu da BGH'nın önceki içtihatlarında belirlediği tüketicinin koruması derecesini, bu bakımdan düşürüldüğüne işaret eder.⁴⁴

3. Alman Hukukundaki Gelişimin Sonucu

UWG hükümlerine dayanarak mahkemelerin yarattığı içtihat, onlarca yıl boyunca tüketicinin koruması konusunda Alman Hukukunu, Avrupa Birliği'nin en katı hukuku konumuna getirmiştir.⁴⁵ ABAD'ın 1984 tarihli "Bocksbeutel" kararında "dünyanın en katı rekabet hukuklarından biri" diye tarif ettiği Alman Hukuku, yine aynı kararda Divan'ın Alman Hukukuna mal ettiği "reşit olmayan, neredeyse hastalık derecesinde aptal, görmezden gelen, dikkatsiz ortalama tüketici ölçütü"nü⁴⁶ terk etmiş, "Gut Springenheide" kararına kadar ABAD'ın başka kararları ile işaret ettiği ve bu kararlar iyice somutlaştırdığı "ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı tüketici" kriterinin benimsemiştir. Başta BGH olmak üzere Alman mahkemeleri ABAD'ın içtihadına uyumlu kararlar vermeye başlarken, 2004 yılında yeni UWG'nin yürürlüğe girmesi ve 2005/29 sayılı yönerge ile bu değişim hız kazanmıştır. Öyle ki tüketicinin korunması konusu açısından Alman Reklam Hukuku alanındaki özgürleşme ve esneme, 1909 yılından 2004 yılına kadar yürürlükte kalan mülga UWG'nin yürürlüğü sırasındaki uygulamaya bakıldığında bir devrim niteliğindedir.⁴⁷

⁴³ a.g.e. s. 457

⁴⁴ a.g.e. s. 458

⁴⁵ Peter Schotthöfer, "A Revolution in German Advertising Laws?", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008 s. 171

⁴⁶ Wolfgang Seiler, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, Mohr Siebeck 2006 s. 165-166 - ABAD'ın "Bocksbeutel" kararı, Google Kitaplar'dan ulaşılabilir, (16 Ocak 2015'te erişildi)

⁴⁷ Schotthöfer, s. 174

C. TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

1. Mevzuatta Tüketici Ölçütünün Düzenlenmemesi ve Azınlık Görüşü

Türk Hukukunda, AB ve Alman Hukukundakinin aksine, bir reklamın aldatıcı olup olmadığı belirlenmesinde ölçüt alınacak tüketici tipi açıkça herhangi bir kuralda düzenlenmemiştir. TTK Md. 54(1)'de Alman UWG'ye benzer şekilde bütün katılımcıların menfaati korunan menfaatler arasında sayılmış ancak tüketici ölçütünün belirlenmesi hakkında bir açıklama yapılmamıştır. 6502 sayılı TKHK Md. 61(3) "tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici" ticari reklamdaki bahsetmekte ve yasaklamaktadır. Lafızdan hareketle öğretide bir görüş, mülga TKHK'deki benzer hükme (mülga TKHK 16/2) gönderme yaparak kanunda bilgi ve tecrübe noksanlığı olan tüketicinin esas alındığını belirtmekte ve hatta kanundaki ölçütün "bilgisiz ve tecrübesiz kişi" esas alınarak yeniden kaleme alınması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁸ Bu ölçüt, "ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı" ölçütünden daha düşük düzeyde tüketici kıstasını esas alarak tüketicinin korunmasını üst düzeye çıkarmaktadır.

2. Baskın Görüş

Ancak öğretide ve Yargıtay kararlarında baskın olan diğer görüş ise ortalama ya da makul tüketiciden hareket etmektedir.⁴⁹ Bu görüşe göre, ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketici yaptığı işin üzerinde derinlemesine durmaz ve karşılaştığı her reklamın üstünde ayrıntılı biçimde durması kendisinden beklenemez.⁵⁰ Ayrıca bu görüş, AB hukukunda olduğu gibi reklamın yöneldiği grubun ortalama düzeyinin belirlenmesinden yanadır. Reklamın özel olarak hitap ettiği grubun özel korumaya muhtaç olup olmadığı ile ilgili ayırım yapılmalıdır. Sözgelimi çocukların hedef alındığı bir reklamın aldatıcılığı tartışılırken, çocukların bilgi ve dikkat seviyesi araştırılır.⁵¹ Bu görüşe göre, yukarıda açıklanan azınlık görüşünün önerdiği tarzda bir tüketici ölçütünün belirlenmesi halinde; saf, hiç düşünmeyen, eğitimsiz,

⁴⁸ Yılmaz Arslan, *Tüketici Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2006 s. 278

⁴⁹ İnal, Emrehan/ Baysal, Başak. (2008). *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s. 26

⁵⁰ Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983 s. 74-75

⁵¹ a.g.e. s. 75

düşük seviyeli tüketicinin kıstas alınması ihtimali ortaya çıkacak ve böylece tüm reklamların aldatıcı bulunması tehlikesiyle karşılaşılacaktır.⁵² Yargıtay'ın verdiği birkaç karar da bu görüşü destekler görünmektedir. Bir kararında, "malın bilhassa perakende alıcıları olan kimselerin normal içtimai durumu ve bilgi ve ayırt etmek seviyesini", bir başkasında, "orta seviyedeki müşterileri", bir başkasında "vasat bir alıcıyı", bir diğesinde ise "ortalama dikkat edenleri" tüketici ölçütü olarak esas almıştır.⁵³ Doktrinde bunların yanında istisnai olarak arz edilen ürünün kullanımı sonucunda çok büyük zararlar doğma olasılığında, tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunması için ortalama tüketici ölçüsünden, ortalamanın altındaki tüketici ölçüsüne inilebileceği savunulmuştur.⁵⁴

3. Reklam Kurulu'nun Tutumu

Baskın görüşün bu yaklaşımı, AB Hukuku Ve Alman Hukukunun son yıllardaki tutumuyla uyumludur. Ortalamanın altında tüketiciyi esas alan azınlık görüşü ise Alman Hukukunun 1990'lardan önceki katı görünümüne benzemektedir.⁵⁵ Baskın görüşü destekler nitelikteki 2003 tarihli Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik md. 5(e)'ye göre de reklamlar "ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi"ne göre incelenmelidir. Buna karşılık Reklam Kurulu'nun kararlarında, ortalama bir tüketicinin ölçüt alınmadığı görülmektedir. "Orada, burada, her yerde Turkcell" sloganıyla, Türkiye'nin çeşitli bölgelerinin gösterildiği bir reklam, Reklam Kurulu'na göre çekim gücünün Türkiye'nin her yerini kapsadığı izlenimi uyandırmaktadır. Çekim gücü tüm Türkiye'yi kapsamadığından aldatıcı reklam olduğuna hükmedilmiştir. Oysa ortalama bir tüketicinin, çekim gücünün tüm Türkiye'yi değil, büyük kısmını kapsadığı mesajı verildiğini anlayacak düzeyde olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle bu kararda, öğretilerdeki baskın görüşle ve Yargıtay içtihatlarıyla çelişecek şekilde ortalamanın altında bir tüketicinin esas alındığı görülmektedir.⁵⁶

⁵² a.g.e. s. 75

⁵³ a.g.e., s. 76

⁵⁴ İnal/Baysal, s. 93

⁵⁵ Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht s. 80

⁵⁶ İnal/Baysal, s. 37

4. Türk Hukukundaki Farklı Görüş Ve Tutumların Değerlendirilmesi

Reklam Kurulu'nun yukarıda işaret edilen eleştiriyeye açık bu tutumunun, Alman Hukukunun topluluk hukukunu takip etmeden önceki yaklaşımından daha da katı olduğu göze çarpmaktadır. Daha önce ifade edildiği gibi, Alman Hukukundaki gelişim ve ABAD'ın onlarca yıllık içtihadına karşıt bu katı tutumun benimsenmesi, tüm reklamların yasaklanması sonucuna götürebilecek ve reklam hukukunun varlık nedenleriyle çelişecektir. Kaldı ki reklam sahibinin bilerek gerçek dışı ve yanıltıcı iddialar ileri sürmesi ve tüketicinin yanılağını düşünerek hareket etmesi durumunda,⁵⁷ reklam verenin menfaati hiçbir durumda korunmayacaktır. Alman Hukukundaki uygulamadan hareketle, özellikle objektif olarak yanlış bir bilgi içeren reklamın varlığında, tüketici kriterinin belirlenmesi yoluna gidilmeden, bir per se haksız ticari uygulama mevcut olduğuna hükmedilebilecektir.⁵⁸ Örneğin, üreticinin tavsiye ettiği fiyatın yanlış bir biçimde çok yüksek yazıldığı bir reklamın, a priori haksız ticari uygulama olduğu söylenebilir.⁵⁹ Böylece, ortalama standarda yerleştirilmiş tüketici ölçütünün, tüketicinin menfaatini ağır biçimde ihlal etmediği de bir gerçektir. Kanımca, bu nedenlerden dolayı Yargıtay'ın yerleşik içtihadı ve öğretideki baskın görüş yerindedir.

SONUÇ

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının belirlenmesi, reklam sonucu aldanana veya aldatılma ihtimali bulunan tüketici kriterinin belirlenmesine bağlıdır. Bu kriterin aşağıya ya da yukarıya doğru değiştirilmesi, tüketicinin reklamlara karşı ne derecede korunacağı ve hangi reklamların aldatıcı kabul edileceği sorununa doğrudan etki eder. Böylece tüketici kriterinin, reklamların aldatıcı olup olmadığı konusunda da kıstas getirerek yasakçı ya da esnek bir reklam ve dolayısıyla haksız rekabet hukuku politikası seçilmesinde payı olduğu söylenebilir.

Öte yandan Avrupa Birliği'nin getirdiği ortak pazarın yarattığı dinamizme ayak uydurmak amacıyla, ürün veya hizmet sunanın menfaati ile tüketicinin menfaati arasında bir denge kurma ihtiyacı

⁵⁷ Bozbel, s. 121, 122

⁵⁸ Lettl, s. 456, 457

⁵⁹ a.g.e. s. 457 BGH'nun "Falsche Herstellerpreisempfehlung" kararı

doğmuştur. Reklam veren belli standartlara uyma sorumluluğunu üstlenirken; tüketici de, tüketicinin korunması politikası sonucu reklamlara karşı kazandığı koruma karşılığında, birtakım yükümleri yerine getirmelidir. İşte reklam veren ile tüketicinin menfaatleri arasında da bu menfaat dengesi kurulurken, tüketici ölçütü etkili olacaktır.

Avrupa Birliği Topluluk Hukukunda bu kriter, ABAD'ın 1990lardan beri işaret ettiği kararlarla şekillenmeye başlamış, "Gut Springenheide" kararı ile net bir biçimde sistematize edilmiştir. "Ortalama bilgi toplamış, dikkatli ve anlayışlı tüketici" ölçütü, Divan'ın daha sonraki kararlarıyla da somutlaşmıştır. Alman Hukuku da bu tüketici anlayışından etkilenecek, onlarca yıldır benimsediği ortalamanın altında tüketici kriterini terk etmiş, katı haksız rekabet hukukunu esnetmiştir.

Türk Hukukunda da Yargıtay ve öğretideki baskın görüşün ortalama tüketici kıstasını benimsediği görülmektedir. Öte yandan öğretilerdeki azınlık görüşü ve Reklam Kurulu'nun kararlarıyla şekillenen diğer anlayışın, Alman Hukukunun topluluk hukukuna uyum sağlamadan önceki yapısına benzer şekilde ortalamanın altındaki düzeyde tüketiciyi nazara aldığı gözlenebilir. AB Hukukunun tartışmasız biçimde benimsediği ve arz eden ile tüketici arasındaki menfaat çatışmasını dengeli biçimde çözmeye yönelik anlayışa karşıt olarak; Alman Hukukunun 1990lı yıllarda terk ettiği ortalama seviyenin altındaki tüketici kıstasının uygulanması, fazlasıyla katı bir haksız rekabet ve reklam hukuku politikasına götüreceğinden kanımca yerinde değildir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arslan Yılmaz, Tüketici Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2006
- Bozbel Savaş, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- Göle Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983
- İnal Emrehan, "Türk Hukuku'nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008
- İnal Emrehan\Baysal Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008
- Keßler Jürgen, "Workable Competition, Consumer Protection and Advertising Law", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008

Pınar Hamdi, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Peter Lang, Frankfurt\ Almanya 2003

Pınar Hamdi, "Reklam Hukukunun Esasları", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2008

Schotthöfer Peter, "A Revolution in German Advertising Laws?", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008

Sürelî Yayınlar

Lettl Tobias, "Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform", GRUR 6/2004, s. 449-461.

Elektronik Kitaplar

Nordhausen Annette/ Parry Deborah/ Howells Geraint/ Twigg-Flesner Christian, The Yearbook of Consumer Law, Ashgate Publishing, Surrey\ İngiltere 2009 16 Ocak 2015 tarihinde https://books.google.com.tr/books?id=hoKPX1vbP64C&dq=yearbook+of+Consumer+Law+2009&hl=tr&source=gbs_navlinks_s adresinden erişildi.

Schulze Reiner/ Schulte-Nolke Hans/ Jones Jackie, A Casebook on European Consumer Law, Bloomsbury Publishing, Portland Oregon\ ABD 2002 16 Ocak 2015 tarihinde https://books.google.com.tr/books?id=P9LbBAAQBAJ&dq=A+Casebook+on+European+Consumer+Law&hl=tr&source=gbs_navlinks_s adresinden erişildi.

Seiler Wolfgang, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, Mohr Siebeck, Tübingen\ Almanya 2006 16 Ocak 2015 tarihinde https://books.google.com.tr/books?id=tQc1YZ0NQecC&dq=Verbraucherschutz+auf+elektronischen+M%C3%A4rkten&hl=tr&source=gbs_navlinks_s adresinden erişildi.

Uluslararası Hukuk Kaynakları

2005/29 Sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Yönerge (*İng*: Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market) (11 Mayıs 2005'te kabul edildi)

Uluslararası Karar ve Davalar

ABAD'ın 16 Temmuz 1998 tarihli kararı: Case C-210/96 sayılı Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt

ABAD'ın Kanun Sözcüsü Mischo'nun 12 Mart 1998 tarihli görüşü: Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt