

TUZAK PAZARLAMA (AMBUSH MARKETING)

Ar. Gör. Dr. Emrehan İnal*

Ar. Gör. Başak Baysal**

GİRİŞ:

Son yıllarda işletmelerin, bir ticari iletişim yöntemi olarak sponsorluk uygulamasına sıklıkla başvurdukları görülmektedir. Sponsorluk uygulamasında işletmeler, hedef kitleye doğrudan klasik reklam faaliyetleriyle değil de, bu kitlelerin hoşlandıkları sportif, sanatsal veya sosyal faaliyetlerin gerçekleşmesine katkıda bulunarak ulaşmaktadırlar¹. Bu yolla sponsor, desteklediği kurumun veya faaliyetin itibarından, gördüğü ilgi ve topladığı beğeniden yararlanmakta², desteklenen ise faaliyetleri için kaynak elde etmektedir. Ticari bir işletme, sponsor olmak suretiyle desteklediği kurum veya organizasyona katkıda bulunurken³ esas itibariyle ticari iletişime ilişkin amaçlarını gerçekleştirmek istemektedir⁴.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1 Gülçin Elçin Grassinger, Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara 2003, s. 30.

2 Sponsor, desteklediği faaliyet yoluyla, izleyicilerin dikkatini kendi üzerine çekmek istemektedir. İmaj transferi olarak da adlandırılan bu durumda sponsor, desteklediği faaliyetin kamuoyunda bıraktığı hayranlık, memnuniyet gibi olumlu duygu ve düşüncelerin, böyle bir faaliyetin destekleyicisi olması sıfatıyla kendisine yansımaları amaçlamaktadır, Elçin Grassinger, s. 26.

3 Her sponsorluk ilişkisinde, ağırlık derecesi değişmekle birlikte belirli bir teşvik amacı bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir, Elçin Grassinger, s. 25; Selma Hülya İmamoğlu, Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara 2003, s. 48-49.

4 Bu konuda yapılan araştırmalar, sponsorluğun genel olarak şu amaçlarla yapıldığını göstermektedir: (1) Marka ve kurum kimliğinin tanınmasına ve gelişmesine katkıda bulunmak; (2) kurum ismini hedef gruplara duyurmak; (3) kurumun tanıtımına katkı sağlamak; (4) kurum imajını güçlendirmek; (5) kurum kültürünü geliştirmek; (6) topluma katkıda bulunarak kamuoyunun takdirini kazanmak; (7) kurum içi iletişimi desteklemek; (8) marka ile müşteri arasında bir bağ kurarak markanın oluşumuna ve tanın-

Özellikle büyük organizasyonların gerçekleştirilebilmesi aynı oranda büyük mali kaynak gerektirmekte, bu kaynağın sağlanmasında sponsorluk özel bir önem arz etmektedir. Bu tip organizasyonlara sponsor olmak için çok yüksek sponsorluk ücretleri ödenmektedir. İşte bazı işletmeler, herhangi bir sponsorluk ücreti ödemeksizin, reklam veya pazarlama faaliyetlerinde kendilerini veya ürünlerini sponsor olmadıkları bir kurum veya organizasyon ile ilişkilendirmekte veya hiç değilse, ilgili kurum veya organizasyonun gördüğü ilgiden, yarattığı çekim gücünden veya ortamdan mümkün olduğu kadar yararlanmak için çeşitli pazarlama taktikleri geliştirmektedir. Sponsorluk uygulamalarındaki artışa paralel olarak, sponsor olmayan veya olamayan işletmelerin de sıklıkla bu tip pazarlama taktiklerine başvurdukları görülmektedir. Sponsor olmayan işletmeler bu sayede, hem sponsor olan rakiplerinin bu surette elde etmeyi amaçladığı başarıyı gölgelemekte, hem de kendi reklam veya pazarlama amaçlarını gerçekleştirmektedir.

Acaba bu durum hukuka uygun mudur? Bir işletme, sponsor olmadığı bir kurum veya organizasyonun gördüğü ilgiden, yarattığı çekim gücünden istifade edebilir mi veya kendisini bunlarla ilişkilendirebilir mi; ya da bu yönde bir çaba ne dereceye kadar caizdir? Aşağıda bu sorulara cevap aranmaya çalışılacaktır.

I. TUZAK PAZARLAMA FAALİYETLERİ:

1. Kavram ve Terminoloji:

Sponsor olmayan işletmeler, büyük organizasyonlar sırasında izleyicilerin ilgisini, resmi sponsor olan rakiplerinden uzaklaştırarak kendi üzerlerine çekmek, bu yolla hem sponsor olan rakiplerinin başarısını önlemek hem de ilgili organizasyonun topladığı ilgiden yararlanmak istemektedirler. İşte bu amaca yönelik faaliyetler "ambush marketing"⁵ olarak adlandırılmaktadır. Özellikle Olimpiyat Oyunları, Dünya Kupası, Dünya veya Avrupa şampiyono-

masına katkıda bulunmak; (9) çalışanların motivasyonunu ve kuruluşa olan sadakatlerini artırmak; (10) kitle iletişim araçlarında yer almak; (11) yeni bir ürünü tanıtmak veya potansiyel ürünleri alanda test etmek; (12) satışları desteklemek; (13) çeşitli eğlence imkanları yaratarak kuruluşun amaçlarını gerçekleştirmesine katkıda bulunmak; (14) yöneticinin belirli bir alanda duyduğu kişisel ilgiyi tatmin etmek, Aydemir Okay, Sponsorluğun Temelleri, İstanbul 2005, s. 44.

⁵ "Ambush marketing" ifadesi Türkçe'ye "pusu veya tuzak pazarlama" şeklinde tercüme edilebilir.

nalari gibi büyük organizasyonlar sırasında sponsor olmayan işletmelerin yürüttüğü yoğun ve şiddetli tanıtım faaliyetleri, büyük bedeller ödeyerek sponsor olan rakiplerinin elde etmeyi amaçladıkları kazanımları zayıflatmaktadır.

Ambush marketing ifadesi yerine, “gerilla pazarlama”, “sinsi pazarlama”, “tuzak pazarlama” veya “parazit pazarlama” kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir⁶. Parazit rekabet, haksız rekabet hukukunda kullanılmakta olan bir kavram olması itibarıyla⁷, parazit pazarlama kavramı sadece haksız rekabet teşkil eden, yani hukuka aykırı bir fiili ifade etmektedir. Buna karşılık ambush marketing olarak ifade edilen yöntemlerin tümünü her durumda hukuka aykırı olarak kabul etmek mümkün bulunmamaktadır. Parazit pazarlama kavramı, sadece hukuka aykırılık teşkil eden ambush marketing uygulamalarını ifade etmek üzere kullanılabilir. Ancak ambush marketing olarak ifade edilen yöntemlerin tümünü hukuka aykırı kabul etmek mümkün olmadığından, bu kavramı karşılamak üzere “tuzak pazarlama” kavramını kullanmayı, hukuka aykırılık teşkil eden tuzak pazarlamaları ise parazit pazarlama olarak nitelendirmeyi uygun buluyoruz.

2. Genel Olarak Tuzak Pazarlama:

a. Tanımı:

Mevzuatta tuzak pazarlamanın tanımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Hatta yabancı hukuklarda Olimpiyat Oyunlarında tuzak pazarlamanın önlenmesine ilişkin özel hükümler getiren düzenlemelerde dahi açık bir tanıma rastlanmamaktadır.

Tuzak pazarlama kavramının literatürde, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlandığını görmekteyiz: Dar anlamda tuzak pazarlama, doğrudan rakibi hedef alarak rakibin sponsorluk bedeli karşılığında elde ettiği resmi sponsorluk konumunu ve bundan beklentilerini zayıflatma gayreti; geniş anlamda tuzak pazarlama ise, sponsoru olmadığı veya iznini almadığı bir organizasyon ile kendisi veya ürünü arasında bir ilişki kurarak, bu organizasyonun itibarından, gördüğü ilgi ve topladığı beğeniden

⁶ Metin Argan, Spor Sponsorluğu Yönetimi, Ankara, 2004, s. 227; Okay, s.166.

⁷ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, Ankara 1968, s. 455; Fahiman Tekil, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 238.

faydalanma gayreti olarak tanımlanmaktadır⁸. Dar anlamda tuzak pazarlama, doğrudan rakibi ve rakibin sponsorluğunu başarısızlığa uğratmaya yönelik bir gayreti ifade ederken (kimin sponsor olduğu konusunda tüketicilerin zihninde karışıklık yaratma çabası gibi), geniş anlamda tuzak pazarlama, doğrudan veya kasti bir şekilde rakibi tuzağa düşürmek gayreti olmaksızın, yani rekabet ilişkisinden bağımsız olarak, tuzak pazarlamacının kendisi ile organizasyon arasında ilişki kurmasını ifade etmektedir⁹.

Şu halde tuzak pazarlama kavramı en geniş anlamıyla, yani hem dar hem de geniş anlamda tuzak pazarlamayı kapsayacak şekilde ve hukuka aykırılık teşkil edip etmediği sorunundan bağımsız olarak şu şekilde tanımlanabilir: Tuzak pazarlama, sponsor olmayan bir işletmenin, rakibi hedef alsın ya da almasın, bir organizasyon ile kendisi arasında ilişki kurmak suretiyle izleyicilerin ilgisini ve dikkatini kendi üzerine çekmeye yönelik her türlü faaliyetini ifade eder.

b. Çeşitli Tuzak Pazarlama Yöntemleri:

Tuzak pazarlama faaliyetlerinin çok çeşitli şekillerde karşımıza çıktığını görmekteyiz¹⁰. Tuzak pazarlama faaliyetinde bulunan işletme, genellikle sponsorluk anlaşmalarındaki boşluklardan veya yayın faaliyetlerinden ya da alt kategorilerdeki sponsorluk faaliyetlerinden faydalanarak tuzak pazarlama faaliyetinde bulunur¹¹.

⁸ Lori L. Bean, "Ambush Marketing: Sport Sponsorship Confusion and the Lanham Act", Boston University Law Review, September 1995, s.1099-1100; Janet Hoek / Philip Gendall, "Ambush Marketing: More than Just a Commercial Irritant?", Entertainment Law, Summer 2002, V.1(2), s.73-74; Anita M. Moorman / T. Christopher Greenwell, "Consumer Attitudes of Deception and the Legality of Ambush Marketing Practices", Journal of Legal Aspects of Sports, Summer 2005, s.184; Jason K. Schmitz, Ambush Marketing: The Off-Field Competition at the Olympic Games, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Spring 2005, V.3(2), s.205; Steve McKelvey / John Grady, "Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers", Entertainment and Sports Lawyer, 2004, s.9; Edward Vassallo / Kristin Blemaster / Patricia Werner, An International Look At Ambush Marketing, The Trademark Reporter, November-December 2005, V.95, s.1339; Jeremy Curthoys / Christopher N. Kendall, Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games Protection Act, (çevirimiçi) http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n2/kendall82_text.html, kn.12 vd.; Okay, s.167.

⁹ Bu yönü itibariyle verilen bir tanımda tuzak pazarlama, "en basit anlamda, resmi sponsor olmayan firmaların sponsor oldukları izlenimi uyandıran pazarlama faaliyetleri yapmasıdır" şeklinde tanımlanmıştır, Argan, s. 227.

¹⁰ Okay, s. 167 vd.; Argan, s. 228.

¹¹ Detaylı inceleme için bkz. Argan, s. 228 vd.

Tuzak pazarlama faaliyeti bazı durumlarda markanın basitçe izinsiz kullanımı olarak ortaya çıkabileceği gibi, bazı durumlarda daha yaratıcı ve şaşırtıcı pazarlama taktikleriyle yapılabilir. Tuzak pazarlama faaliyeti markanın izinsiz kullanımından ibaret olduğu durumlarda marka hukuku çerçevesinde korunma sağlanacağından dolayı, bu gibi durumlarda hukuki mücadele nispeten daha kolaydır. Ancak tuzak pazarlama faaliyetlerinde hukuka aykırılık unsuru her zaman bu kadar aşikar değildir. Aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz üzere tuzak pazarlama yöntemlerinin hukuka aykırılığının *a priori* kabul edilmemesi gereğini vurgulamak isteriz. Zira tuzak pazarlamanın her zaman hukuka aykırı olduğunu iddia etmek, sponsorluk ve pazarlama faaliyetinin kendisine zarar verir. Daha küçük ölçekte sponsorluk yapabilen işletmeler, alt kategorilerde sponsor olmayı planladıklarında, daha güçlü olan ve ana sponsor olan rakiplerinin onlara yöneltebilecekleri tuzak pazarlamacılık iddialarından korkup sponsorluk faaliyetine hiç girişemeyebilirler¹². Bu husus mutlaka dikkate alınmalı ve tuzak pazarlama faaliyetinin hukuka aykırılığı her somut olayda ayrı değerlendirilmelidir. Burada tuzak pazarlama örneklerinin olası görünüm şekillerini incelerken, dava konusu olan olaylar dışında bunların hukuka uygunluğu ile ilgili bir değerlendirme yapılmayacak, hukuka uygunluk tartışması takip eden bölümde incelenecektir.

Tuzak pazarlama teşkil eden tüm durumları sınırlı bir biçimde saymak da mümkün bulunmamaktadır. Yaratıcı insan zekasının her gün yeni yöntemler geliştireceği muhakkaktır. Ancak şimdiye kadar uygulanan belli başlı tuzak pazarlama yöntemleri sıralanabilir¹³.

Hukuk ve meslek ahlakı açısından tartışma doğurabilecek belli başlı tuzak pazarlama yöntemlerinden biri organizasyonun değil, yayının sponsorluğunu üstlenmektir. Yayın sponsorluğu özellikle büyük organizasyonlarda sıkça karşımıza çıkar. Organizasyonu medyadan takip eden izleyicilerin de sayısı düşünülürse tuzak pazarlama faaliyeti açısından ne denli elverişli olduğu daha iyi anlaşılır¹⁴. Örneğin 1984 Los Angeles Olimpiyatlarında¹⁵,

12 Vassallo/Blemaster/Werner, s. 1353.

13 Okay, s. 167; Vassallo/Blemaster/Werner, s. 1339-1340.

14 Okay, s. 168.

15 1984 Olimpiyat Oyunları doktrinde tuzak pazarlama faaliyetinin başladığı oyunlar olarak kabul edilmektedir, Hoek/Gendall, s. 72.

Olimpiyat oyunlarının resmi sponsoru Fuji iken Kodak Olimpiyat Oyunlarını yayınlayan televizyon kanalının yayıncı sponsoru olmuştur¹⁶. Yayın sponsorluğunu alan Kodak, sponsoru olduğu kanalın organizasyonla ilgili hak sahibi olduğu sembolleri, logoları da kullanarak etkili bir tuzak pazarlama faaliyetinde bulunmuş ve Fuji sponsorluk faaliyetinden beklediği yararı sağlayamamıştır¹⁷.

Bir diğer tuzak pazarlama yöntemi ise tali veya kısmi sponsorluğu (alt kategori sponsorluğu) kullanmaktır. Büyük organizasyonlarda organizasyon sahibi, sponsorluk sözleşmesinde¹⁸ resmi sponsor olmak isteyen işletme ile genel olarak bir ürün kategorisinde anlaşma yaptığında "münhasırlık koşulunu" ekleyecektir¹⁹. Bu durumda rakip işletmeler, bu ürün kategorisinde organizasyonun resmi sponsoru olamayacakları için alt kategorilerde sponsorluk yaparlar²⁰. Türkiye açısından bu durum, 2002 Dünya Kupası'nda ortaya çıkmıştır. Coca-Cola 2002 Dünya Kupası'nın resmi sponsoru iken, Pepsi Cola alt kategori olan Türkiye Milli Futbol Takımının sponsoru olmuştur²¹. Türkiye'de dünya kupası esnasında Pepsi-Cola ünlü şarkıcılarla da anlaşarak Milli Takımı destekleyici şarkılar hazırlatmış ve dünya kupasında üçüncü olan Türkiye'de dünya kupası esnasında Coca-Cola'ya nazaran daha etkili olmuştur. Ana sponsorluğa göre çok daha düşük maliyetle dünya kupasıyla bu şekilde bağlantı kurulması sağlanmıştır. Yıldız sporcularla yapılan sponsorluk anlaşmaları da bu tür tuzak pazarlama amaçlı kullanılabilir.

Reklam faaliyetlerinin planlanması ve reklamların yerleştirilmesi de tuzak pazarlama stratejileri açısından önemlidir. Organizasyonun yayını öncesinde, sırasında ve sonrasında reklam süreleri satın alınarak veya reklam faaliyeti, organizasyonun zamanına ve yerine göre ayarlanarak tuzak pazarlama faaliyetinde bulunulabilir. Organizasyonun gerçekleştiği alanlara yakın satış noktaları kurmak, reklam panoları veya afişleri yerleştirmek, bedava

16 Argan s. 229; Okay, s. 168.

17 Okay, s. 168.

18 Bkz. aşağıda II (1) b.

19 Örnek olarak FIFA, 2002 Dünya Kupası'nda yaptığı sponsorluk sözleşmesinde alkolsüz içki kategorisinde sadece Coca-Cola ile resmi sponsor olarak anlaşmıştır, bkz. Argan, s. 230.

1 20 Hoek/Gendall, s. 75.

1 21 Argan, s. 230.

tişört veya şapka dağıtarak kameralar tarafından görüntülenebilecek seyircileri ayaklı reklam panosu olarak kullanmak vb. şekillerde, organizasyonla fiziki yakınlık tesis ederek de tuzak pazarlama faaliyetinde bulunulabilir. 1996 Atlanta Olimpiyat Oyunlarında da, Reebok resmi sponsor iken Nike Atlanta Olimpiyat parkı yakınındaki reklam ilan panolarında büyük reklam faaliyetlerinde bulunmuştur²². 1984 Los Angeles Olimpiyatlarında resmi sponsor Converse iken Nike organizasyonun yapıldığı mekanların yakınındaki büyük duvarlara Nike logosunun reklamını yerleştirmiştir; ayrıca birçok atlet de müsabakalarda Nike ürünlerini kullanmışlardır²³. Başka bir örnek de, Barselona Olimpiyatlarında yaşanmıştır. American Express, resmi sponsor olan kredi kartı şirketi Visa olmasına rağmen, Uluslararası Olimpiyat Komitesinin (IOC) resmi mekanı olan bir otelin oda anahtarlarının üzerindeki reklam yeri olarak ayrılan etiketlere reklam vermiştir²⁴; böylelikle Olimpiyat oyunları ile bir ilişki kurmaya çalışmıştır.

Rakibin desteklediği organizasyonla eş zamanlı büyük reklam veya promosyon faaliyetleri yürütmek ve reklamlarda organizasyonla ilişki akla getirebilecek görüntü veya sloganlar kullanmak, kampanya veya çekilişler düzenlemek ve özellikle bu çekilişlerde organizasyonun biletlerini vermek²⁵ veya kazananları organizasyona götürmek de bir başka tuzak pazarlama stratejisidir. *NHL (National Hockey League-Milli Hokey Ligi) v. Pepsi-Cola Canada Ltd.* davası buna güzel bir örnektir²⁶. NHL'in kupa playoff karşılaşmalarının resmi sponsoru Coca-Cola iken, Pepsi "Pro-Hockey Playoff Pool" (profesyonel hokey playoff bahisleri) adı altında bir reklam promosyon kampanyası kapsamında tüketicilerin NHL playoff karşılaşmalarının sonuçlarını kullanarak katılabilecekleri bir yarışma düzenlemiştir. Bununla birlikte özellikle marka hukukundan kaynaklanan çeşitli ihlal olasılıklarını engellemek için bazı önlemler de almıştır²⁷. Örneğin NHL'in, karşılaşmaların ve ku-

22 Hoek/Gendall, s. 75; Argan, s. 232.

23 Christina Garrigues; "Ambush Marketing: A Threat to Global Sponsored Events?", http://www.twobirds.com/english/publications/articles/Ambush_Marketing_Sponsored_Events.cfm#_ftn1

24 Hoek/Gendall, s. 75.

25 McKelvey/Grady, *Entertainment and Sports Lawyer* 2004, s. 9.

26 Moorman/Greenwell, s. 187; Bean, s. 1108 vd.; Hoek/Gendall, s. 77; McKelvey/Grady, *Entertainment and Sports Lawyer* 2004, s. 9.

27 Hoek/Gendall, s. 77.

panın resmi adları kullanılmamış, takımlar dahi sadece şehir isimleriyle adlandırılmıştır. Hatta ürünler ve reklamlar üzerinde Pepsi'nin NHL ile bir ilgisinin bulunmadığı vurgulanmıştır. Dava konusu olan bu olay, Pepsi lehine sonuçlanmıştır. Mahkeme tüketici anketlerine dayanarak Pepsi'nin promosyon aktivitelerinin resmi sponsorluk izlenimi uyandırmadığını belirlemiş ve uyandırmış olsa dahi ürün ve reklamlarda yer alan uyarı yazılarının bu gibi izlenimleri engellemek açısından yeterli bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu karar eleştirilmiş ve "parazit pazarlamaya açık davet" olarak değerlendirilmiştir²⁸.

c. Hukuka Uygunluk Tartışması:

Tuzak pazarlama (ambush marketing) uygulamalarının hukuka ve meslek ahlakına uygunluğu, gerek pazarlamacılık tekniği açısından gerekse hukuki açıdan tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta bazı yazarlar, bu uygulamaları "akıllı rekabet" yöntemi olarak görmekte ve takdirle karşılamaktadırlar²⁹. Tuzak pazarlama kavramı, en geniş anlamıyla, yani sponsor olmayan işletmenin, bir organizasyon ile kendisi arasında ilişki kurmak suretiyle izleyicilerin ilgisini ve dikkatini kendi üzerine çekme çabası olarak anlaşıldığında, bu yöndeki çabaların hukuka aykırılık oluşturduğu durumlar bulunmakla birlikte, bunların her zaman hukuka aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Zira bu tanım doğrultusunda bir işletmenin, rakibinin sponsorluğu sırasında yoğun reklam faaliyeti yürütmesi, organizasyonun yayını aralarına reklamlar verilmesi dahi, bir tuzak pazarlama oluşturmaktadır³⁰. İşte bir tuzak pazarlamanın hukuka aykırılık teşkil edip etmediğinin tespiti, diğer bir ifadeyle uygulanan pazarlama yönteminin hukuka uygun ve akıllı bir rekabet tekniği mi, yoksa hukuka aykırı bir parazit pazarlama mı olduğunun saptanması hassas bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce aşağıda belirteceğimiz parazit pazarlamanın unsurlarını taşımayan tuzak pazarlama teknikleri kural olarak hukuka aykırılık teşkil etmez. Ancak genel hukuk prensiplerine bir aykırılık bulunmamasına rağmen, özellikle Olimpiyat Oyunlarında sponsorların ve desteklenenin menfaatlerinin korunması için

28 Moorman/Greenwell, s. 188.

29 Schmitz, s. 208.

30 Hoek/Gendall, s. 74.

Olimpiyat Oyunlarını düzenleyen ülkelerin reklam ve pazarlama faaliyetlerine ilişkin özel bazı sınırlamalar getirdiğini de belirtmek gerekir. Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC), 1997 yılında, Olimpiyat Oyunlarını düzenlemek isteyen bir şehrin, oyunların oynandığı bir ay boyunca şehir içindeki tüm reklam alanlarını sadece resmi sponsorlara ayırması gerektiğini, aksi takdirde başvurunun reddedileceğini açıklamış bulunmaktadır³¹. Bunun üzerine Sidney (2000) ve Atina (2004) Olimpiyatlarında, sponsor olmayan işletmelerin reklam ve pazarlama faaliyetlerine bazı sınırlamalar getirildiği gibi, Pekin (2008) ve Londra (2012) oyunları için de özel düzenlemeler getirilmektedir³².

Şu halde tuzak pazarlamanın hukuka aykırı olup olmadığı kesin ve genei bir yargı şeklinde ifade edilemez. Tuzak pazarlamanın hukuka uygunluğunun sınırı, Olimpiyat Oyunlarına ilişkin olanlar gibi, özel düzenlemelere aykırılık oluşturup oluşturmamasına veya somut olayın parazit pazarlama teşkil edip etmemesine göre tespit edilmelidir.

3. Hukuka Aykırı Olan Tuzak Pazarlama (Parazit Pazarlama):

Hukuka aykırılık teşkil eden tuzak pazarlama, yani parazit pazarlamanın tanımı ise şu şekilde yapılabilir: Bir işletmenin, kendisini veya ürününü sponsoru olmadığı veya iznini almadığı bir kişi, kurum veya organizasyon ile ilişkilendirerek, bu kişi, kurum veya organizasyonun itibarından, gördüğü ilgi ve topladığı beğeniden haksız veya yanıltıcı surette faydalanmasına yönelik her türlü faaliyet parazit pazarlama teşkil eder. Bu tanıma, kısmi veya tali sponsor olmasına rağmen, ana sponsor olduğu izlenimi yaratma çabalarını da eklemek gerekir. Şu halde bir tuzak pazarlamayı hukuka aykırı kılan husus, ilişkilendirmenin haksız veya yanıltıcı olmasıdır. Her tuzak pazarlama faaliyeti, az ya da çok, açık veya örtülü, organizasyonla bir ilişkilendirme ifade etmektedir. Ancak bu ilişkilendirme haksız veya yanıltıcı ise tuzak pazarlama, parazit pazarlama niteliği taşıyor demektir.

4. Hukuka Aykırı Olan Tuzak Pazarlamanın Unsurları

Yukarıda verdiğimiz tanım doğrultusunda, hukuka aykırı olan

³¹ Vassallo/Blemaster/Werner, s.1353.

³² Bkz. aşağıda I (5).

tuzak pazarlamanın, yani parazit pazarlamanın unsurlarını şu şekilde belirtebiliriz: (1) Tanıtım yapan işletme ile desteklenen arasında bir ilişkilendirme olması; (2) bu ilişkilendirmenin haksız veya yanıltıcı olması; (3) resmi sponsorun veya desteklenenin zarar görme ihtimali bulunması. Bunların dışında, parazit pazarlamadan bahsedebilmek için, parazit pazarlamacının kusurunun bulunması, parazit pazarlamanın başarıya ulaşması veya resmi sponsorun veya desteklenenin bir zarara uğraması şart değildir.

a. İlişkilendirme Unsuru:

Parazit pazarlamadan bahsedebilmek için ilk olarak, bu yola başvuran işletmenin, kendisini veya ürününü, sponsoru olmadığı veya iznini almadığı bir kişi, kurum veya organizasyonla ilişkilendirmesi gerekir. Bu ilişkilendirme, parazit pazarlama faaliyetlerinin çeşitli tuzak pazarlama yöntemleri başlığı altında incelediğimiz gibi, çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak bu ilişkilendirme çoğu zaman örtülü bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Parazit pazarlamacı, açık bir şekilde, sponsor olduğunu iddia etmez. Ama ilgili kişi, kurum veya organizasyon ile kendisi arasında bir ilişki kurmak suretiyle bunların itibarından, gördüğü ilgi ve topladığı beğeniden yararlanmak ya da rakibi olan resmi sponsorun, sponsorluk ilişkisi çerçevesinde sağlamak istediği kazanımları (ticari iletişime ilişkin amaçları), başarısızlığa uğratmak veya zayıflatmak ister.

Buna karşılık hiçbir ilişkilendirme olmaksızın, sponsor olunan organizasyonla aynı zamana denk getirilerek yoğun reklam faaliyetleri yürütülmesi şeklindeki bir tuzak pazarlama yöntemi, resmi sponsorun beklentilerini zayıflatsa dahi, çoğu zaman parazit pazarlama olarak kabul edilemeyecektir. Parazit pazarlamanın özellikle Olimpiyat Oyunları, Dünya Kupası, Dünya veya Avrupa şampiyonaları gibi büyük sportif organizasyonlar döneminde uygulandığını görmekteyiz. İşte sponsor olmayan işletmelerin, bu büyük organizasyonların yapıldığı dönemlerde hiçbir tanıtım faaliyetinde bulunamayacağı söylenemez. Elbette sponsor olmayan işletmeler de bu dönemlerde yoğun tanıtım faaliyetinde bulunabilirler. Ancak bu tanıtımlarda ilgili organizasyonla ilişki kurulması, "akıllı bir rekabet yöntemi" olarak görülen tuzak pazarlamanın hukuka aykırı, yani parazit pazarlama haline dönüşmesine sebebiyet verebilir. Sportif organizasyonlar döneminde, spor ürünlerine ilişkin reklamlarda, ilgili organizasyonla, uzak da olsa bir iliş-

ki olmaksızın reklam yapılması çok zordur. Reklamda doğal olarak çoğu zaman sporla ilgili görüntü ve ifadeler yer alacak ve izleyiciler ister istemez ilgili organizasyonla bir ilişki kuracaklardır. Ancak reklam, salt bu ilişkilendirmeye kalmıyor, parazit pazarlamanın diğer unsurlarını da taşıyorsa hukuka aykırıdır.

b. İlişkilendirmenin Haksız veya Yanıltıcı (Paraziter) Olması Unsuru:

İlişkilendirmenin haksız veya yanıltıcı olması gerekir. Bir tuzak pazarlamaya, parazit pazarlama niteliği kazandıran husus, ilişkilendirmenin haksız veya yanıltıcı olmasıdır. Yoksa bir ilişkilendirmenin bulunması tek başına tuzak pazarlamanın hukuka aykırı kabul edilmesini sağlamaz. Nihayetinde organizasyon sahibi sadece organizasyonun sahibidir, bütün olarak bir spor veya müzik ruhunun, kavramının ya da bunların topladığı ilginin, yani organizasyonun ilgili olduğu konu ne ise tümüyle onun sahibi değildir³³. Örneğin Wimbledon tenis turnuvası sırasında bir işletmenin reklamlarında tenis raketi kullanması, bu reklamlar büyük çoğunlukla tüketicide tenis turnuvasını akla getireceği için bir ilişkilendirme teşkil eder. Ancak bu ilişkilendirmenin haksız veya yanıltıcı olduğu kolayca söylenemez. Buna karşılık reklamlarda, sadece bir raket görüntüsü yerine, turnuvanın düzenlendiği kortun veya önceki bir yıla ait final müsabakasının görüntülerine yer verilmesi durumunda ilişkilendirmenin haksız olduğu kabul edilebilir.

İlişkilendirmenin haksız olması, tanıtım yapanın, desteklenenin sponsoru olmamasına, diğer bir ifadeyle sponsorluk bedeli ödememesine ve desteklenenin iznini almamasına rağmen desteklenen ile kendisi veya ürünü arasında açık veya gereksiz bir ilişki kurması anlamına gelir. İlişkilendirmenin yanıltıcı olması ise, tanıtım yapanın, sponsor olmamasına rağmen tüketiciler nezdinde sponsor olduğu ya da tali veya kısmi sponsor olmasına rağmen ana sponsor olduğu izlenimi yaratmasıdır.

Haksız bir ilişkilendirme çoğu zaman tüketicilerde, parazit pazarlamacının sponsor olduğu izlenimini yaratacağı için aynı zamanda yanıltıcı da olur. Ancak ilişkilendirme her zaman yanıltıcı olmayabilir. Reklamlarda, "manevi sponsor", "unofficial sponsor" gibi ifadeler kullanılması; hatta ilgili organizasyonun sponsoru

³³ Moorman/Greenwell, s.184.

olunmadığının vurgulanması³⁴ ya da kendisiyle doğrudan bir ilişki kurmaksızın, rakibi ile desteklenen arasındaki sponsorluk ilişkisine olumlu veya olumsuz tarzda atıf yapılması vb. suretiyle de desteklenenle ilişki kurulması mümkündür. Bu gibi durumlarda ilişkilendirme yanıltıcı olmasa dahi haksız olabilir ve parazitlik unsuru gerçekleşmiş olur.

c. Zarar Görme İhtimali:

Parazit pazarlama uygulamaları, bir taraftan masraf yaparak sponsor olan işletmelerin, diğer taraftan sponsor olunan kişi, kurum veya organizasyonun menfaatlerini ihlal eder ve çoğu zaman önemli ölçüde zarara uğramalarına sebebiyet verir. Ancak parazit pazarlamadan bahsedebilmek için, resmi sponsorun veya desteklenenin mutlaka bir zarara uğraması aranmaz: Zarar görme ihtimalinin varlığı yeterlidir. Diğer taraftan aynı şekilde, parazit pazarlama faaliyeti neticesinde izleyicilerin fiilen aldanmaları ve parazit pazarlamacıyı sponsor zannetmeleri şart olmayıp, aldanma ihtimallerinin bulunması, parazit pazarlamanın kabulü için yeterlidir.

d. Bir Başkasının Sponsor Olması Gerekip Gerekmediği Sorunu:

Parazit pazarlamadan bahsedebilmek için, acaba bir başkasının ve özellikle bir rakibin resmi sponsor olması gerekir mi? Sponsorlar arasında bir rakip olmamasına ya da ilgili kişi, kurum veya organizasyonun hiçbir sponsoru bulunmamasına rağmen, bir işletme kendisini veya ürünlerini böyle bir kişi, kurum veya organizasyon ile haksız veya yanıltıcı olarak ilişkilendirirse, bu durumda da bir parazit pazarlamadan bahsedilebilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Her ne kadar, şimdiye kadar görülen uyuşmazlıklarda veya örneklerde sponsor olarak hep bir rakip bulunmasına ve parazit pazarlama faaliyetleri hep rakip sponsor bakımından değerlendirilmesine rağmen, parazit pazarlamadan bahsedebilmek için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Parazit pazarlama, hiçbir sponsoru bulunmayan bir organizasyon sahibinin de menfaatlerini ihlal edebilir. Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi durumunda, rakip işletme veya diğer başka bir sponsor bulunsun ya da bulunmasın parazit pazarlama gerçekleşmiş demektir.

³⁴ Karş. NHL v. Pepsi-Cola Ltd. davası, bkz. yukarıda dn. 24-26'ya ilişkin metin.

5. Yabancı Hukuklarda Tuzak Pazarlama Faaliyetlerinin Önlenmesine İlişkin Özel Düzenlemeler:

Tuzak pazarlama faaliyeti özellikle büyük organizasyonlara ev sahipliği yapan ülkelerde sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Çoğu zaman genel düzenlemelerle bu soruna hukuki çareler üretilirken, bazı ülkelerde tuzak pazarlama faaliyetiyle mücadele etmek için özel düzenleme yoluna gidilmektedir. Tuzak pazarlama faaliyetleri ile mücadele için özel kanuni düzenlemeler yapan ülkelere baktığımızda bu ülkelerin Olimpiyat Oyunlarının gerçekleştirildiği veya gerçekleştirileceği ülkeler olduğunu görmekteyiz³⁵. Zira Olimpiyat Oyunlarında tuzak pazarlama faaliyetlerinin giderek yaygınlaşması, büyük meblağlar tutan sponsorluk gelirlerini, dolayısıyla sponsorların daha kapsamlı bir şekilde korunmasını bir gereklilik haline getirmiştir. Haksız (parazit) rekabet veya aldatici reklam yasakları, tuzak pazarlama faaliyetlerine karşı sponsorların ve desteklenenin arzu edilen derecede korunmasına, diğer bir ifadeyle hukuka aykırılık teşkil etmeyen tuzak pazarlama yöntemlerinin önlenmesine yetmemektedir. İşte bu özel düzenlemeler sayesinde, genel hükümler çerçevesinde hukuka aykırılık teşkil etmeyen tuzak pazarlama yöntemlerinin de önlenmesi mümkün olmaktadır.

Tuzak pazarlama faaliyetlerinin önlenmesine yönelik düzenlemelerden ilki Avustralya'nın 1993 yılında 2000 Olimpiyat Oyunlarını düzenlemeye hak kazanmasının ardından kabul edilmiş olan 1996 tarihli Sidney 2000 Oyunları Koruma Kanunu'dur³⁶. Avustralya hukukunda bu düzenlemeden önce 1987 tarihli Olimpik İşaretlerin Korunması Kanunu³⁷ çerçevesinde, Olimpiyat meşalesi veya Olimpiyat halkaları gibi klasik Olimpik semboller için var olan koruma, 2000 Oyunları Koruma Kanunu'nun özellikle 8. ve 9. bölümlerinde öngörülen düzenlemelerle, makul bir kişide Sidney 2000 oyunları ile bir ilişki olduğu düşüncesi yaratan görsel veya işitsel ("Sidney oyunları", "oyunlar şehri", "Olimpiyatlar"

³⁵ Stephen McKelvey/John Grady, "An Analysis of the Ongoing Global Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers "Take" the Gold in Greece?", *Journal of Legal Aspects of Sport*, Summer 2004, s. 191-216.

³⁶ The Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act 1996. Bu kanunun incelenmesi için bkz. Graeme Orr, "Marketing Games: The Regulation of Olympic Indicia and Images in Australia", *European Intellectual Property Review*, 1997(9), s. 504; Curthoys/Kendall, kn. 43 vd.

³⁷ The Olympic Insignia Protection Act 1987.

gibi ifadeler dahil olmak üzere) sunumları da kapsamak üzere genişletilmiştir³⁸.

Bu özel düzenlemelerden en yeni tarihlisi ise, İtalyan "Torino 2006 Kış Olimpiyatları Organizasyonu ile ilgili olan Olimpik sembollerin korunması ile ilgili önlemler" kanunudur³⁹. Bu kanunun en önemli özelliklerinden biri tuzak pazarlama kavramına yer verilmiş ve bunun yasaklanmış olmasıdır. Bu kanunda tuzak pazarlama (ambush marketing) ifadesi açık olarak geçmiştir (m. 2 III ve m. 3 III). Kanunun Olimpik sembollerin hak sahipleri ile ilgili ikinci maddesinde parazit ticaret ile tuzak pazarlama arasında doğrudan bir bağlantı kurulmuştur. Bu kanunla Olimpiyatların yarattığı imajdan, özellikle de "Olimpiyat Oyunları" veya "Olimpik" ifadesinin kullanılması suretiyle izinsiz yararlanmak, bununla bir ilişkilendirmede bulunmak yasaklanmıştır. Kanuna göre, Olimpiyatlara izinsiz göndermede bulunan her türlü ticari girişim yasak kapsamındadır. Torino Kış Olimpiyatları öncesi özellikle Olimpiyat Komitesi tuzak pazarlama faaliyetine karşı önlem alma girişimlerini yoğunlaştırmıştır.

Nihayet İngiltere'de de 2012 yılında düzenlenecek olan oyunlar için hazırlanmış olan bir Londra Olimpiyatları Tasarısı⁴⁰ bulunmaktadır. Bu tasarının tuzak pazarlama konusunda son derece kapsamlı ve katı bir tutum sergilediği görülmektedir. Tasarının 17. vd. hükümleri, oyunların düzenleneceği alanların civarındaki her türlü reklam faaliyetlerinin; 23. vd. hükümleri ise yine bu alanlar civarında açık alanlardaki ticari (alış veriş) faaliyetlerin, bütün yönleri itibariyle ve gerekli görülen süre boyunca ilgili Bakan tarafından yapılacak düzenlemelere tabi olacağını öngörmektedir. Bu düzenlemelere aykırı davranışların suç oluşturacağı (madde 19/1, 25/1), failerin tutuklanabileceği (madde 36), ayrıca haklarında ağır para cezalarına hükmedileceği öngörülmektedir. Bu sayede sponsor olmayan işletmelerin, oyunların gerçekleştiği alanlar civarında tuzak pazarlama dahil olmak üzere herhangi bir ticari faaliyet göstermesinin önüne geçilmek istenmektedir. Tasarının 30. hükmü ve bu hükmün tasarının sonunda bulunan Olimpik Sembollerin Korunması başlıklı Liste (Schedule) 2'ye yap-

³⁸ Curthoys/Kendall, kn.44.

³⁹ Legge a tutela del simbolo Olimpico- L. n167 del 17 agosto 2005, Misure per la tutela del simbolo olimpico in relazione allo svolgimento dei Giochi invernali "Torino 2006". http://www.torino2006.org/ITA/OlympicGames/bin/page/C_3_page_ita_80_spalla_paragrafo_0_attachments_s_alle-gato_1_object_s.pdf

⁴⁰ London Olympics Bill, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmbills/045/2006045.htm> adresinden erişilebilir.

tığı atıf çerçevesinde, tüm Olimpik sembollerin ve özellikle içinde veya kökünde Olimpik veya Paralympic kelimelerini barındıran tüm ifadelerin korunması sağlanmaktadır.

Ancak Londra Olimpiyatları Tasarısının tuzak pazarlamaya ilişkin en özgün ve önemli düzenlemesini, 31. madde hükmünde ve bu hükmün atıf yaptığı Liste 3'te yeni bir hak olarak öngörülmüş olan Londra Olimpiyatları İlişkilendirme Hakkı oluşturmaktadır. Tasarı ile yaratılan Londra Olimpiyatları İlişkilendirme Hakkı, Londra Olimpiyatları ile mallar veya hizmetler veya bunları sunan kişi arasında toplumun zihninde bir ilişki kurma ihtimali doğuracak şekilde görsel veya işitsel herhangi bir sunumun kullanılmasına ilişkin münhasır haklar tanımaktadır (Schedule 3, kloz 1). Organizasyon komitesi tarafından bir yetkilendirme olmaksızın bu yönde bir ilişki bulunduğu izlenimi yaratılması ise bu hakkın ihlali oluşturmaktadır (Schedule 3, kloz 2). Ayrıca tasarı ile, bazı ifadelerin bir arada kullanılmasının kural olarak, toplumun zihninde Londra Olimpiyatları ile bir ilişki kurma ihtimali yaratacağının kârîne olarak kabul edileceği, yani Londra Olimpiyatları İlişkilendirme Hakkının ihlali niteliği taşıyacağı öngörülmüştür. Buna göre, "oyunlar", "ikibinoniki", "2012", "yirmi oniki" ifadelerinden herhangi ikisinin bir arada veya bunlardan birinin, "altın", "gümüş", "bronz", "Londra", "madalya", "sponsor" ve "yaz" ifadeleri ile bir arada kullanılması, aksini gösteren deliller bulunmadığı sürece, toplum zihninde Londra Olimpiyatları ile ilişki kurulması ihtimali doğuracağı şeklinde kabul edilecektir, (Schedule 3, kloz 3).

Tuzak pazarlama faaliyeti ile ilgili özel düzenlemelerin azlığı aslında daha önce değindiğimiz hukuka uygunluk tartışması ile de yakından ilgilidir. Tuzak pazarlama faaliyetleri hukuk açısından çoğu zaman gri alanda kalan faaliyetlerdir. Özellikle pazarlamacılık stratejilerinin her geçen gün daha yaratıcı çözümlere ulaşması da dikkate alınırca genel bir hukuka aykırılık nedeni olarak görülemeyeceği daha iyi anlaşılır. Bu nedenle özel düzenlemelerde bile koruma hem belli bir organizasyon dahilinde hem de süre ile sınırlı tutulmaktadır⁴¹.

⁴¹ Örneğin Torino Kış Olimpiyatları ile ilgili çıkarılan özel düzenleme 31.12.2006 tarihine kadar geçerli olacaktır (m. 2). Her ne kadar tuzak pazarlama faaliyeti ile mücadeleden açıkça bahsedilmese de, özellikle Olimpiyat sembollerinin korunması ile ilgili hükümler içeren 3796 sayılı İstanbul Kentinde Yapılacak Olimpiyat Oyunları Kanunu'nun (RG. 5.5.1992, S. 21219) geçici ikinci maddesi "İstanbul Olimpiyat Oyunları bittikten ve tasfiye işlemleri tamamlandıktan sonra" bu kanunun yürürlükten kalkacağını öngörmüştür.

II. TUZAK PAZARLAMA FAALİYETLERİ İLE MÜCADELE:

Bir kurumu veya faaliyeti⁴² desteklemek ve bu şekilde ticari iletişime⁴³ ilişkin amaçlarını gerçekleştirmek isteyen sponsor, bu yönde masraf yapmaktadır. Buna karşılık rakip bir işletme, sponsor olmaksızın, diğer bir ifadeyle herhangi bir masraf yapmaksızın, kendisini bu kurum veya organizasyon ile ilişkilendirir ve sponsor tarafından desteklenen kişi, kurum veya organizasyonun itibarından, gördüğü ilgi ve topladığı beğeniden sponsor olmamasına rağmen yararlanırsa, bu durumdan sponsorun ve desteklenenin zarar göreceği kolayca anlaşılabilir. Bu bakımdan tuzak pazarlama faaliyetlerinin önlenmesi, gerek sponsorun ve gerek desteklenenin menfaatlerinin korunması bakımından büyük önem taşımaktadır.

1. Sözleşme Hükümleri Yoluyla:

Tuzak pazarlama faaliyeti ile hukuki mücadelede çeşitli yollar mümkünse de, gerek tuzak pazarlama stratejilerinin hukuka aykırılığının her zaman çok açık olmaması gerekse de hukuki yollara başvurunun her zaman istenilen sonuca ulaşmaması riski sponsorları tuzak pazarlama faaliyeti daha ortaya çıkmadan kendilerini korunmaya iter. Bu koruma da sözleşme hükümleri yoluyla mümkündür.

Sözleşme hükümleri yoluyla tuzak pazarlama faaliyeti ile mücadele, özellikle organizasyonun gerçekleşeceği yerlerde önemli

42 Faaliyetin konusuna göre sponsorluğun, spor sponsorluğu, kültür ve sanat sponsorluğu, çevre sponsorluğu, sosyal sponsorluk, bilim sponsorluğu ve program sponsorluğu gibi türleri bulunmaktadır, Elçin Grassinger, s. 53 vd; İmamoğlu, s. 80 vd.; Okay, s. 79 vd.

43 Sponsorluk mutlaka ticari iletişim amacıyla yapılmak zorunda değildir. Sponsorluk terimi, çoğu zaman ticari kuruluşların yaptığı faaliyetleri ifade etmek üzere kullanılmakla birlikte, sponsorun mutlaka ticari hayatta faaliyet göstermesi şart değildir. Kamu kurumları başta olmak üzere, tacir olmayan gerçek veya tüzel kişiler de sponsor olabilirler, (Okay, s.11-12; Elçin Grassinger, s. 21, İmamoğlu, s. 45). "Ticari iletişim" kavramına ilişkin olarak belirtelim ki, bu kavramın özellikle AB mevzuatında her türlü reklam-pazarlama-tanıtım kavramlarını kapsayacak şekilde, nispeten yeni ve üst kavram olarak kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. "bilgi toplumu hizmetlerinin belirli hukuki yönlerine, özellikle elektronik ticarete ilişkin Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 2000/31/EC Yönergesi (Elektronik Ticaret Yönergesi)"nin 2. kısmı, (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on electronic commerce), O.J. L. 178/1, 17.7.2000).

bir koruma sağlar. Organizasyonun yapılacağı yerlerle (stadyum gibi) ilgili söz sahibi kişiler organizatörlerdir. Sponsorların organizatörlerle yapacakları sözleşmelerle sponsorluk faaliyetlerini etkili kılmaları daha kolaydır.

Bu kapsamda ilk akla gelen doğal olarak sponsorluk sözleşmeleri ve yine sponsorluk sözleşmeleri kapsamında yapılan lisans sözleşmeleridir⁴⁴.

a. Genel Olarak Sponsorluk Sözleşmesi⁴⁵:

Sponsorluk kavramı doktrinde çok çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır⁴⁶. Bu tanımlar, sponsorluk kavramına farklı yaklaşım göstermeleri itibariyle temel olarak iki grup altında toplanabilir. Genel olarak kabul gören birinci yaklaşım, sponsorluğu "edim-karşı edim" ilişkisini esas alarak değerlendirmekte ve tanımlamaktadır. Bu yönüyle de sponsorluğun çeşitli tanımları bulunmakla birlikte, sponsorluğu genel olarak ele alan bir tanım şu şekilde yapılmaktadır: Sponsorluk, sponsorun desteklenene finansal kaynak, maddi araç gereç ya da hizmet edimi sunmasına karşılık, desteklenenin teşvik aldığı faaliyeti yerine getirmeyi ve bu sayede sponsorun kamuoyu ile iletişimini sağlayarak iyi bir imaj bırakması ve tanıtım alanını genişletebilmesi için bazı haklarının kullanılmasını sponsora devretmeyi yükümlendiği bir sözleşmedir⁴⁷. Diğer yaklaşım ise sponsorluğu, edim-karşı edim ilişkisi yerine, olay veya etkinlik bağlamında ele almaktadır. Bu bakış açısına göre sponsorlukta temel olan, olay vasıtası ile iletişimidir ve

⁴⁴ Lisans sözleşmesi ve sponsorluk arasındaki ilişkinin detaylı incelenmesi için bkz. Elçin Grassinger, s. 71/72; İmamoğlu, s. 156 vd.

⁴⁵ Bu başlık altında sponsorluk sözleşmesi, geniş kapsamlı ve detaylı bir incelemeye tabi tutulmamış, çalışma konumuz itibariyle aşağıdaki açıklamalarımıza ışık tutmaya yetecek derecede genel bilgilere yer verilmiştir.

⁴⁶ Sponsorluk kavramına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Elçin Grassinger, s.20-21; İmamoğlu, s.44-46; Okay, s. 6 vd. Radyo ve televizyon mevzuatında, genel olarak sponsorluk kavramına ilişkin olmamakla birlikte, radyo ve televizyon programlarının desteklenmesi uygulamalarına ilişkin olarak bir tanım getirilmiş bulunmaktadır. Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin (RG. 17.04.2003, S. 25082), tanımlar kenar başlıklı 4. maddesinde yer alan bu tanıma göre, "Program Desteklemesi (Sponsorluk); Yayına konu olan programların veya bu programlarda kullanılan görsel ve işitsel eserlerin üretimi dışında faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin, kendi adını, markasını, logosunu veya faaliyetlerini tanıtmak amacıyla bir programın finansmanına doğrudan veya dolaylı olarak, aynı, nakdi veya sair suretlerle destek olmalarını ifade eder".

⁴⁷ Elçin Grassinger, s. 21; İmamoğlu, s. 44.

buna ilişkin tanımlarda, sponsor veya ona ait bir marka ile desteklenen olay ya da etkinlik arasında bir bağlantı kurulmaktadır. Mesela bu yöndeki bir tanıma göre sponsorluk, tüketicinin zihninde sponsorun markasını veya teşebbüsünü kültürel veya sportif bir olayla ilişkilendiren özel bir iletişim tekniğidir⁴⁸.

Sponsorluk ilişkisi, sponsor ile desteklenen arasında akdedilen sponsorluk sözleşmesi ile kurulur. Sponsorluk sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴⁹. Sponsorun borcu, bir kültür, spor, sanat vb. faaliyetinin ortaya konabilmesi için desteklenene parasal katkı, maddi edim veya hizmet edimleri biçimindeki destek edimlerinin temin edilmesidir. Desteklenen ise karşı edim olarak, sponsorun (sponsor olmakla hedeflediği) iletişimle ilgili amaçlarına ve özellikle tanıtımına yardımcı olur; onun bu doğrultuda istifade edebileceği edimler sunar. Bu edimler, yani desteklenenin borcunun konusu, her somut sponsorluk ilişkisinde farklılık gösterebilir. Bunları esas itibariyle üç grupta toplamak mümkündür: Buna göre desteklenen (1) isim, resim, ses gibi kişisel değerlerini veya marka, logo, amblem, unvan gibi diğer tanıtıcı unsurlarını iletişimsel amaçlarla yararlanmak üzere sponsorun kullanımına bırakabilir; (2) sponsorun, reklam, halkla ilişkiler ve diğer sürüm artırıcı faaliyetlerine fiilen katılabilir; (3) sponsora, desteklenen organizasyon çerçevesinde tanıtım yapma imkanı (mesela reklam alanları sağlanması gibi) tanıyabilir⁵⁰. Bu edimler, tek tek olabileceği gibi, bir arada da yükümlenilebilir.

b. Sponsorluk Sözleşmesi Hükümleri Yoluyla:

Tuzak pazarlama faaliyetlerini önlemek amacıyla akla gelen ilk yöntem sponsorluk sözleşmelerinde alınacak önlemlerdir. Organizasyonu düzenleyenlerle sponsorlar arasında yapılan detaylı sponsorluk anlaşmaları sayesinde tuzak pazarlama faaliyetine karşı önlemler alınabilmektedir. Bu sözleşmeler özellikle organizasyonun yapılacağı yerlerdeki koruma açısından önemlidir.

Türk Hukukunda özellikle son yıllarda sponsorluk sözleşme-

48 İmamoğlu, s. 45.

49 Sponsorluk sözleşmesi kanun tarafından düzenlenmemiş olması itibariyle atipik bir sözleşmedir. Sponsorluk sözleşmesinin hukuki niteliğine ve diğer özelliklerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Elçin Grassinger, s. 59 vd.; İmamoğlu, s. 113 vd.

50 İmamoğlu, s. 183.

leri büyük önem kazanmış ve bu konuda düzenlemeler yapılmıştır⁵¹. Bilindiği gibi sponsorluk sözleşmesinde sponsorun asli amaçlarından biri hedeflediği kitleye ulaşmak, onlar üzerinde olumlu bir intiba bırakmaktır⁵². Özellikle büyük ölçekteki organizasyonlarda sponsorluk faaliyeti de karmaşık bir hal alır ve birlikte sponsorluk⁵³ daha fazla gündeme gelir. Birlikte sponsorlukta hedef kitleye ulaşma amacı da daha karmaşık hale gelir. Özellikle asli sponsor bakımından sözleşmede bu konuda önlem alınması son derece önemlidir. Asli sponsorluk faaliyetinde bulunan sponsor bu faaliyetini vurgulamak için özellikle faaliyet alanının sınırlarını sözleşmede iyi çizmelidir. Organizasyonun içerisinde yer alan kişilere ve hatta bazı örneklerde organizasyonun düzenlendiği şehre sponsor olma yoluyla parazit pazarlama yapılabilmektedir⁵⁴. Bu gibi olasılıklar sponsorluk sözleşmesinin kurulması aşamasında iyi hesaplanmalı ve sözleşme hükümleri bunlar dikkate alınarak oluşturulmalıdır.

Sponsorluk sözleşmelerinde münhasırlık koşulunun eklenmesi bu yönde akla gelen ilk önlem olabilir. Münhasırlık kaydı veya başkaca sınırlayıcı koşullar ile sponsor, sponsorluk gösterdiği faaliyet alanlarının sınırını çizebilir. Desteklenenin üçüncü kişilerle bu alanda sponsorluk sözleşmesi yapması halinde, her ne kadar bu sözleşme geçersiz hale gelmese ve üçüncü kişilere müdahale edilemese bile sponsorluk sözleşmesinde münhasırlık kaydına aykırılık dolayısıyla borca aykırılık gündeme gelebilir⁵⁵.

Sponsorluk sözleşmesinde sponsor, desteklenenden, ticari haklarını ve itibarını korumaya yönelik tedbirleri almasını isteyebilir. Tuzak pazarlama nedeniyle sponsor sponsorluk sözleşmesinden beklediği faydayı elde edememişse ve desteklenen de özellikle organizasyon dahilinde bu faaliyeti engellemek için gerekli önlemleri almadıysa desteklenenin kötü ifasından da bahsedilebilir⁵⁶. Tuzak pazarlama faaliyetine karşı en etkin önlemleri özellikle büyük organizasyonlarda organizasyon sahipleri almaktadır.

51 3289 sayılı Gençlik ve spor genel müdürlüğünün teşkilat ve görevleri hakkında kanun, ek madde 3.

52 Grassiger, s. 126.

53 Elçin Grassinger, s. 50.

54 Vassallo/Blemaster/Werner, s. 1340.

55 Elçin Grassinger, s. 126.

56 Elçin Grassinger, s. 149.

Desteklenen, tuzak pazarlama faaliyetinde bulunacakların organizasyon mekanlarına girişini engelleyebilir⁵⁷. Sözleşmede bu husus açıkça kararlaştırılabileceği gibi yoğun bir tuzak pazarlama faaliyetini engelleme aynı zamanda sponsorun ticari haklarını ve itibarını korumak anlamına da geldiğinden, bu yönde önlem alınmamış olması, duruma göre desteklenenin kötü ifası sayılabilir. Ancak tüm bunların organizasyonun yapılacağı mekanlarda alınacak önlemler olduğunun altını çizmek gerekir.

Organizasyonun yapılacağı mekanlar dışında kalan yerlerde tuzak pazarlama faaliyetleri ile mücadelede (örneğin radyo televizyon reklamları, mekanların dışında ama yakın yerlerdeki tuzak pazarlama faaliyetleri gibi), sözleşme hükümleri yetersiz kalabilir. Zira sözleşme ancak taraflar arasında hüküm doğuracağı için üçüncü kişilerin faaliyetleri ile ilgili sınırlayıcı hükümler ancak sözleşmenin konusu ile kesiştiği ölçüde mümkündür.

Özellikle de spor sponsorluklarında alt kategorilerde sponsorluk yoluyla⁵⁸ ve(ya) sporculara sponsorluk yaparak tuzak pazarlama faaliyetinde bulunulmaktadır⁵⁹. Örneğin Dünya Kupasına ana sponsor olmanın maliyeti çok yükselteceğini düşünen işletmeler sıklıkla alt kategorilerde veya sporculara sponsor olmayı tercih edeceklerdir. Özellikle karmaşık organizasyonlarda birlikte sponsorluk faaliyetinin doğallığı düşünüldüğünde alt kategoride sponsorluk faaliyetinde bulunan her sponsorun tuzak pazarlama faaliyetinde bulunduğunu da söylemek hukuken zordur. Yukarıda belirttiğimiz sözleşme hükümleri yoluyla önlem almak bu nedenle de oldukça önemlidir.

Diğer yandan, sponsorun desteklediği spor kulübü ile yapacağı sponsorluk sözleşmesinin bu kulübe bağlı sporculara etkisi de düşünülmelidir. Acaba kulübe sponsorluk, kulübe bağlı sporcuların başka sponsorlarla sponsorluk sözleşmesi yapmalarını engeller mi? Bu konu doktrinde tartışmalıdır⁶⁰. Türk hukukunda kabul edilen görüşe göre "*belli bir sponsoru olan kulübe üye ol-*

57 Örneğin Atina Olimpiyatlarında, tuzak pazarlama faaliyeti ile mücadele için Olimpiyat Oyunlarının yapıldığı yerlerde tuzak pazarlama açıkça yasaklandığı gibi, resmi sponsorlara rakip sayılabilecek şirketlerin logolarını taşıyan işaretlerle bu alanlara giriş dahi sınırlanmıştır. <http://www.at-hens2004.com/en/specAdviceRestricted>

58 Argan, s. 229.

59 Argan, s. 231.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Elçin Grassinger, s. 97 vd.

makla sporcu, kulübün sponsorluk sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu tanıtım borcunun ifasına katılmayı kabul etmiş sayılacaktır"⁶¹. Bu nedenle sporcu kulübün tanıtım faaliyetlerine katılmalıdır. Ancak sporcunun tek başına sponsorluk sözleşmesi kurmasında da herhangi bir hukuki engel yoktur. Bunu engellemenin tek yolu kulüp tüzüğüne veya sporcu ile yapılan anlaşmaya aksine bir hüküm koymaktır⁶². Özellikle sporcunun sonradan kurduğu sponsorluk sözleşmesinden doğan tanıtım borcunun ifası, kulübün kurduğu sponsorluk sözleşmesinden doğan tanıtım borcunun ifasını etkilemeyeceğine ve bu durum sporcunun kulüp üyesi olarak kulüpteki hak ve görevlerini sınırlamayacağına ilişkin hükümler sözleşmeye konulabilir⁶³.

Sporcunun sponsoru olarak tuzak pazarlama faaliyetinde bulunan işletme eğer sporcunun tanıtım faaliyetini, spor organizasyonu esnasında, spor organizasyonunun veya kulübün tanıtım faaliyetini üstlenen ana sponsorun tanıtımının önüne çıkarır ve bu yolla organizasyonla işletme arasında ilişki sağlamaya çalışırsa artık sporcunun tanıtım faaliyetinin kulübün tanıtım faaliyetini dolaylı yoldan engellediği ve sporcunun kulübün tanıtım faaliyetine katılma borcunun kötü ifası sonucuna da varılabilir.

Diğer bir önlem de, organizasyonun biletlerini kullanarak yapılacak promosyonların önüne geçmektir. Sponsorun rakibi, organizasyonun biletlerini promosyon amacıyla dağıtarak tuzak pazarlama faaliyetinde bulunabilir. Bu uygulama, biletlerde belirtilecek bir sınırlama ile engellenebilir⁶⁴.

c. Lisans Sözleşmesi Hükümleri Yoluyla:

Sponsorluk sözleşmesinden doğan tanıtım borcunun ifası için desteklenenin gayrimaddi haklarının kullanımını devretmesi ge-

61 Elçin Grassinger, s. 98.

62 Elçin Grassinger, s. 99.

63 Karş. Elçin Grassinger, s. 99.

64 Amerika Birleşik Devletlerinde *NCAA v. Coors Brewing Co.* davasında mahkeme, tuzak pazarlama faaliyetinde bulunan *Coors*'un faaliyetlerinde sözleşmeye aykırılığın ve haksız rekabetin varlığını kabul etmiştir. *Coors* NCAA erkekler basketbol final karşılaşmalarının biletlerini, gerçekleştirdiği bir promosyon vesilesiyle ödül olarak sunmuştur. Ancak NCAA biletlerin arkasındaki biletlerin promosyon amacıyla kullanılamayacağına ilişkin ibareye dayanarak lisans sözleşmesine aykırılığın varlığını iddia etmiştir, *Vassallo/Blemaster/Werner*, s. 1354.

rekebilir⁶⁵. Gayrimaddi hakların kullanımının devri ise lisans sözleşmeleri yoluyla olur⁶⁶. Lisans sözleşmesi “kanunlarca özel olarak korunan gayri maddi bir hakkın veya özel kanunlar tarafından değil, genel hukuk normları ile korunan bir gayrimaddi hakkın veya fiili durumun kullanılmasının başkasına bırakıldığı bir sözleşmedir”⁶⁷.

Desteklenenin marka hakkı, desteklenene ait sembol, logo, amblem, isim, armalar hatta sloganlar, desteklenenin, sponsorun faaliyetlerinde yararlanması için kullanımına bıraktığı gayrimaddi haklara örnek olarak gösterilebilir⁶⁸. Özellikle sponsorun desteklenen ile tanıtımı için gerekli gayrimaddi hakların münhasır olarak kullanım hakkı konusunda anlaşması ve inhisari lisans verilmesi de tuzak pazarlamayı önlemek açısından etkili bir yöntemdir. Şöyle ki, inhisari lisansta lisans veren üçüncü kişilere lisans konusu hakla ilgili olarak lisans veremeyeceği gibi sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe aynı hakkı bizzat kendisi de kullanamayacaktır. Basit lisans verilmesi durumunda ise lisans veren – desteklenen, sahip olduğu gayrimaddi hakları gerek yer olarak gerek zaman olarak aynı koşullarda başkasına da tanıyabilir⁶⁹. Tuzak pazarlama faaliyeti açısından böyle bir boşluk bırakılması tehlikeli olabilir. Örneğin sponsor olmasa da lisans sözleşmesi ile organizasyonun logosu, sembolü, amblemi gibi bir gayrimaddi hakkın kullanım yetkisini elde eden rakip işletme kolaylıkla organizasyonla ilişki kurmayı başaracaktır. Basit lisans söz konusu olsa da bu gibi tehlikeleri engellemek için basit lisansa da sınırlayıcı hükümler getirmekte fayda vardır.

Gayrimaddi haklara ilişkin lisans verilmesinde ise lisans alanın üçüncü kişilere karşı dava açması için bu hakkın kanunda yer alan özel bir hükümlerle lisans alana tanınması gerekmektedir⁷⁰. Tuzak pazarlama faaliyetinden zarar gören en başta lisans alan sponsordur. Bu nedenle sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişi tuzak pazarlamacıya doğrudan dava açması oldukça önemlidir.

65 Elçin Grassinger, s. 72.

66 Lisans sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe Oktay-Özdemir; Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002, s. 30 vd.

67 Oktay-Özdemir, s. 30.

68 İmamoğlu, s. 157.

69 Oktay-Özdemir, s. 13.

70 Oktay-Özdemir, s. 25.

Marka Hukukunda lisans alana böyle bir hak belli şartlarda tanınmıştır.

Desteklenen, özellikle büyük organizasyonlarda sponsora sponsorluk faaliyeti esnasında kullanması için markasının kullanım hakkını marka lisans sözleşmesi ile devreder⁷¹. Örneğin spor sponsorluğunda sponsor böylelikle desteklenen takımın veya organizasyonun logosunu kullanarak sponsor olduğunu vurgulayacak ve böylelikle sponsorluk sözleşmesinin sponsora sağladığı tanıtım amacını gerçekleştirecektir.

Marka hakkı sahibinin, mutlak hakkına dayanarak markasının izinsiz kullanımını engelleyeceği hususunda kuşku yoktur. Marka hakkına tecavüz, sponsorluk ilişkisi çerçevesinde marka lisansı alan sponsorun hukuki durumunu şüphesiz etkileyecektir. Bu nedenle ona da marka hakkına tecavüze karşı savunma imkanları tanınmıştır⁷². Kuşkusuz özellikle tuzak pazarlamanın desteklenenin markasını izinsiz kullanmak suretiyle yapılması durumunda, tuzak pazarlamadan büyük ekonomik zarar gören marka kullanım hakkı sahibi lisans alan sponsorun da bu faaliyete karşı hukuki korumaya ihtiyacı vardır. Türk Hukuku bakımından marka hakkına tecavüz edilmesi halinde lisans alana dava açma hakkı tanınmıştır, ancak bir ayırma gidilmiştir. Marka hakkına tecavüz davasını kural olarak sadece inhisari lisansa sahip bulunan kişi açabilecektir (MarkKHK m. 21 VI), inhisari olmayan lisans sahiplerinin ise dava açma hakları yoktur (MarkKHK m. 21 VII ve m. 73). İnhisari lisans sözleşmelerinde, lisans veren marka sahibi başkalarına lisans vermemeyi ve marka kullanım hakkını açıkça saklı tutmamışsa markayı kullanmamayı taahhüt eder (MarkKHK m. 21 II)⁷³. Ancak inhisari olmayan (basit) lisansla, lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir. Marka sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, gerekli davanın açılmaması halinde, lisans alan

71 Çağlar Özel, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002, s. 45; Elçin Grassinger, s. 71/72. Bu durumda MarkKHK'de aranan şekil şartlarına da uyulmalıdır. Her ne kadar sponsorluk sözleşmesi özel bir şekil şartına bağlı değilse de, marka hakkı devri söz konusu olunca KHK'nin 15. maddesinde aranan şekil şartına uyulmak gerekecektir. Elçin Grassinger, s. 83.

72 Hamdi Yasaman/Sıtkı Anlam Altay, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, c. 2, m. 21, İstanbul, 2004, s. 747.

73 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. bası, İstanbul, 2005 s. 435; Özel, s. 49.

yaptığı bildirimini de ekleyerek, kendi adına dava açabilir. Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir (MarkKHK m. 21 VII). Tuzak pazarlama faaliyetiyle karşı karşıya kalan ana sponsor, desteklenenin marka hakkına tecavüz söz konusuysa, basit lisans alan olarak bile böyle bir ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. Zira tuzak pazarlama faaliyeti özellikle de reklam yoluyla ve organizasyon süresince yapılıyorsa, organizasyonun sona ermesinden sonra gerçekleştirilen müdahale amacına ulaşmayacaktır.

2. Hukuki Düzenlemeler Yoluyla:

Sözleşme hükümleri yoluyla tuzak pazarlamanın önüne geçebilmek ancak bir noktaya kadar mümkündür. Sözleşmede her türlü önlem alınmasına rağmen, tuzak pazarlama faaliyetiyle karşılaşmak yine de mümkündür. Tuzak pazarlamanın hukuka aykırılık oluşturması, diğer bir ifadeyle parazit pazarlama teşkil etmesi durumlarında, sözleşme hükümleriyle bunların önüne geçmek her zaman mümkün olmayacaktır. Mesela sponsorluk sözleşmesine konacak hükümler, tuzak pazarlamacının aldatıcı reklam yapmasını engellemeyecektir. İşte bu gibi durumlarda, parazit pazarlamanın önlenmesi hukuki düzenlemeler yoluyla mümkün olacaktır. Bu düzenlemeler, haksız rekabet hukuku, reklam hukuku ve fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde bulunmaktadır.

a. Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde:

i) Genel Olarak:

Rekabet hakkının⁷⁴, hukuka uygun olarak cereyan etmesi, bir başka deyişle başkalarının haklarını veya menfaatlerini ihlal etmemesi gerekmektedir. Ekonomik rekabet etme hakkının iyiniyet kaidelerine aykırı olarak kullanıldığı hallerde, fiili işleyen kişinin rakiplerinin ve tüketicilerin zarar görmesi ihtimal dahilinde-

⁷⁴ Serbest piyasa ekonomisinin temelini rekabet özgürlüğü oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nın 48. ve 167. maddeleri serbest piyasa ekonomisini ülkemiz için kabul etmekte ve bu maddeler devlete serbest piyasa ekonomisini ve serbest rekabeti (rekabet özgürlüğünü) koruma görevini yüklemektedir. Gerçi "Anayasamızda rekabet özgürlüğünden açıkça bahsedilmemiştir. Ancak Anayasa'nın 48. maddesinde, kişilerin, diledikleri alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahip oldukları belirtilmiştir. Özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün kabul edilmiş olmasının sonucu da rekabet özgürlüğünün varlığıdır." (Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005, s. 295, dn.1).

dir. Ayrıca haksız fiilin mesleki menfaatleri zedelemesi de mümkündür. Rakiplere, tüketicilere ve mesleki menfaatlere zarar veren bir fiilin sonuçta kamu düzenini olumsuz yönde etkileyerek milli ekonomiye de zarar vereceği açıktır⁷⁵. Bu sebeple hemen hemen her ülkede, rekabet özgürlüğünün sınırlarını çizme gereği duyulmuştur⁷⁶.

BK.m.48 ve özellikle ticari işlerde uygulanacak olan TTK.m.56 vd. hükümleri Türk hukukundaki haksız rekabet düzenlemesini oluşturmaktadır⁷⁷. Ekonomik faaliyetler ve özellikle satış, pazarlama ve reklam faaliyetlerinin sürekli gelişerek değişiklikler göstermesi sebebiyle, hep yeni bir takım haksız rekabet halleri ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla haksız rekabet hallerinin önceden tek tek ve kesin bir şekilde belirlenememesine imkan bulunmamaktadır. Bu durum karşısında kanun koyucu, önce haksız rekabeti genel bir hükümle düzenlemiş (TTK m.56), sonra da uygulamada sık rastlanan bazı haksız rekabet hallerini örnek şeklinde sıralamıştır (TTK m.57). TTK.m.56'ya göre haksız rekabet, *aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir*⁷⁸.

-
- 75 Celal Göle, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s.160.
- 76 Hukuk düzeni bir taraftan "haksız rekabet hukuku" ile rekabet özgürlüğünün sınırını çizer. Dürüstlük kuralı (MK.m.2, TTK.m.56 vd., BK.m.48) bu özgürlüğün sınırını oluşturur. Diğer yandan ise, "rekabet hukuku" ile mal ve hizmetlerin sağlanmasını, üretimini, dağıtımını ve fiyatlarını etkilemek amacıyla yönelik anlaşmalar, kararlar veya sınırlayıcı uygulamaların ya da pazardaki gücü kötüye kullanan tekeller, düopoller veya oligopollerin serbest rekabet düzenini bozması önlenir, yani "rekabet özgürlüğü" korunur. Bu amaçla çıkarılan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1.maddesinde "*Bu Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır*" hükmü yer almaktadır (RG.13.12.1994, S.22140).
- 77 Görüldüğü gibi, haksız rekabet BK.m.48'de de düzenlenmiştir. Ancak TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri karşısında BK.m.48 ticari işler dışında uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir ifade ile, serbest meslek mensuplarının (hekimlerin, avukatların vs.) ve esnafın haksız rekabetinde BK.m.48/I uygulanacaktır. Şu halde ticari işlerde ortaya çıkan haksız rekabet halleri TTK hükümlerine, adi işlerdeki haksız rekabet ise BK.m.48 hükmüne tabi olacaktır, (Karayalçın, s. 451-452; Arkan, s. 298-299).
- 78 Bu hükme göre, bir fiilin haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu fiilin ekonomik rekabet etme hakkını kötüye kullanması gerekir. Ayrıca bu kötüye kullanma sonucunda, bir başkasının ekonomik menfaatleri zarar görmüş olmalı ya da zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya gelmiş bulunmalıdır. Fiili işleyen kişinin kusurlu olup olmaması haksız rekabetin tayininde önemli değildir. Kusur ancak haksız rekabet nedeniyle açılacak tazminat davalarının nevinin ve hükmolunacak tazminatın miktarını tayin ve takdirde rol oynayan bir unsurdur, (Göle, s. 167).

ii) Haksız Rekabet ve Parazit Pazarlama:

Bir işletmenin kendisini, esasında hiç sponsor olmadığı bir kurum veya faaliyetle ilişkilendirerek sponsor olduğu ya da tali veya kısmi sponsor olmasına rağmen sanki ana sponsormuş izlenimini yaratması, ekonomik rekabet etme hakkının iyiniyet kaidelerine uygun kullanılması olarak değerlendirilemez. Parazit pazarlama uygulamaları, bir taraftan masraf yaparak sponsor olan işletmelerin, diğer taraftan sponsor olunan kurumun veya faaliyetin menfaatlerini ihlal eder ve önemli ölçüde zarara uğramalarına sebebiyet verir. Ekonomik rekabet etme hakkı kötüye kullanılarak parazit pazarlama taktiklerine başvurulması, hiç şüphesiz TTK.m.56 ve özellikle TTK.m.57/3⁷⁹ gereğince haksız rekabettir ve haksız rekabet hükümlerine göre müeyyidelendirilmesi gerekir.

Parazit pazarlama faaliyetleri karşısında TTK.m.58 gereğince, haksız rekabetin (a) tespiti, (b) menii, (c) haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi (refi), (d) kusur varsa zarar ve ziyanın tazmini ve (e) BK.m.49'da gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminata hükmedilmesi talep edilebilir⁸⁰. Tazminat davaları dışında kalan davaların açılabilmesi için failin kusurlu olması şart değildir.

Parazit pazarlama uygulamaları çoğu zaman bu yola başvuran işletmenin reklamları şeklinde ortaya çıkar. Bu reklamlar, parazit pazarlamacıyı sponsor olmadığı halde sponsor, ya da tali veya kısmi sponsor olmasına rağmen sanki ana sponsormuş gibi gösterdiği için yanıltıcı, dolayısıyla aldatıcıdır. Bu tip reklamlarla mücadelede en önemli husus ise, hukuka aykırı reklamın mümkün olan en kısa zamanda durdurulmasıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar reklamın devam etmesi durumunda reklam amacına ulaşır, tüketiciler aldanır, böylece rakipler ve sponsor olunan ilgili kurum veya organizasyon zarara uğrar. İşte TTK.m.63 ve HUMK.m.101 vd. hükümleri çerçevesinde ihtiyati tedbir yoluyla

79 TTK.m.57/3'e göre "Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veya hut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek" bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir.

80 Bu davalarla ilgili açıklama için bkz. Karayalçın, s. 468 vd.; Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 9. Bası 1991, s. 85-86; Arkan, s. 310 vd. Göle, s. 175 vd.

parazit pazarlama oluşturan reklam ve diğer uygulamaların durdurulması imkanı, haksız rekabet davaları yoluyla parazit pazarlama faaliyetlerinin önlenmesinde bu davaların işlerliği ve etkinliği bakımından son derece önemlidir. Öte yandan reklamlar amacına ulaşmış ve tüketiciler üzerinde yanlış kanaat oluşturmuş ise, bu durumda refi davası yoluyla aldatıcı reklamın tüketici üzerinde yarattığı olumsuz etkiler silinmeye çalışılır. Bu noktada "düzeltici reklam", başvurulabilecek en etkili yol olup, hakim TTK.m.58/c çerçevesinde düzeltici reklam yapılmasına hükmetmesi mümkündür⁸¹.

TTKm.58 gereğince haksız rekabet davalarını açabilecek olan kişiler şunlardır: (1) Haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimseler. Şu halde bu hüküm çerçevesinde parazit pazarlama sebebiyle hakları ihlal edilen sponsor ve sponsor olunun kurum veya ilgili faaliyeti düzenleyenler haksız rekabet davalarını açabilirler. (2) Haksız rekabet yüzünden menfaatleri haleldar olan müşteriler. Bu hüküm gereğince tüketicilerin haksız rekabet davalarını açabilmeleri için zarar görmüş olmaları gerekmekte olup zarar görme ihtimalinin varlığı yeterli değildir⁸². (3) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birliklerdir⁸³. Bunlar ancak tazminat davası dışında kalan haksız rekabet davalarını açabilirler, (TTK.m.58). Tüketici örgütleri TTK.m.58/III'de açıkça sayılmamış olmakla birlikte bunların da haksız rekabet fiilinin işlendiği hallerde dava açma hakkının mevcut olduğu kabul edilmektedir⁸⁴.

Haksız rekabet davaları: (1) Haksız rekabeti gerçekleştiren fail hakkında açılabilir. Bu kişi rakip olabileceği gibi bir üçüncü ki-

81 İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, Bursa, 2004, s.310 vd. karşı. Göle, s. 182.

82 Bu düzenleme tarzı tüketicinin korunması açısından yeni gelişmelerin gerisinde kalmıştır, (Aslan, s. 268). Nitekim İsviçre'de yeni Haksız Rekabete Karşı Kanun (m.10/I) ile müşterilerin dava açabilmesi için de, zarar görme tehlikesinin varlığı yeterli görülmüştür, (Arkan, s. 314).

83 Bunların haksız rekabet davalarını açabilmeleri için, hiç olmazsa üyelerinden birinin dava açma hakkını haiz olması gerekir. İsviçre'de yeni Haksız Rekabete Karşı Kanun ile bu zorunluluk kaldırılmıştır, (Arkan, s. 315, dn.2).

84 Göle, s.189 dn.184; Aslan, s. 268-269.

şi, reklam ajansı veya mecra kuruluşu da olabilir. (2) Eğer haksız rekabet bir müstahdem tarafından hizmet veya işin görülmesi sırasında işlenmiş olursa istihdam edene karşı tespit, men ve refi davaları açılabilir. Tazminat davaları BK.m.55 hükmüne tabidir (TTK.m.59). (3) Haksız rekabetin basın yoluyla gerçekleşmesi halinde tespit, men ve refi davaları yazı sahibi veya ilan veren aleyhine açılır⁸⁵ (TTK.m.60).

Mahkemeyi kazanan tarafın talebi üzerine, giderleri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra, ilan edilmesine de karar verilebilir. İlanın şeklini ve şümülünü hakim tayin eder (TTK.m.61).

Haksız rekabetten doğan davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TTK.m.62).

b. Reklam Hukuku Çerçevesinde:

Parazit pazarlama uygulamaları, sıklıkla bir reklam⁸⁶ faaliye-

⁸⁵ Ancak yazı veya ilan, ilgilinin haberi olmaksızın ya da rızalarına aykırı olarak yayınlanmışsa veya yazı sahibi veya ilan verenin kim olduğunun açıklanmasından kaçınılırsa ya da başka sebepler yüzünden yazı sahibi veya ilan verenin meydana çıkarılması veya aleyhine bir Türk Mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa bu davalar yazı işleri müdürü; bir ilan sözü konusu ise ilan servisi şefi; yazı işleri müdürü ve ilan servisi şefi gösterilmemişse nâşir; bu da gösterilmemişse matbaacı aleyhine de (kanundaki sıra gözetilerek) açılabilir. Ancak bu kişilerden birinin kusuru varsa sıraya bakılmaksızın kusurlu olan aleyhine dava açılabilir. Bu kişiler aleyhine açılacak tazminat davalarında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

⁸⁶ Reklamın çeşitli şekillerde tanımlandığını görmekteyiz. "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik", (RG.14.06.2003, S.25138. Bu yönetmelikten önce ise, genel olarak aynı içeriğe sahip Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ - TRKGM - 95/142-143, yürürlükte idi, RG.21.12.1995, S.22500), tanımlar başlıklı 4.maddesinde, reklamın tanımına yer vermiş bulunmaktadır. Buna göre ticari reklam ve ilan: "*mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecra da yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu*" ifade etmektedir. Bu tanım reklamın bir vasıta ile yayımlanmasını gerekli görmektedir. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (RG.20.04.1994, S.21911), m.3/u hükmü ise reklamı, "*bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyurular*" şeklinde tanımlamaktadır. Düzenleme

ti şeklinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple bir parazit pazarlama uygulaması, reklam hukuku kurallarına aykırılık teşkil eder. Diğer bir ifadeyle bu uygulamalarla reklam hukuku mevzuatı çerçevesinde de mücadele edilebilecektir. Reklam hukuku mevzuatı karşısında parazit pazarlama uygulamalarını incelemeye geçmeden önce Türkiye'de reklam hukukunun genel görünümünü kısaca incelemekte fayda görmekteyiz.

i) Türkiye'de Reklam Hukukunun Genel Görünümü:

Mevzuatımızda, doğrudan doğruya reklamlara ilişkin hukuki düzenlemelerin, yukarıda incelediğimiz haksız rekabet hükümleri yanında, iki ana kaynaktan toplandığını görmekteyiz: Bunlardan birincisi tüketici hukuku mevzuatında, ikincisi ise radyo ve televizyon hukuku mevzuatında yer almaktadır. 4077 sayılı TKHK.m.16-17 hükümleri, hukukumuzdaki reklamlara ilişkin genel düzenlemeyi teşkil etmektedir. Ayrıca bu hükümlere dayanılarak reklamların hukuka uygunluğunun idari yoldan denetlenmesi amacıyla kurulmuş bulunan Reklam Kurulu'nun yapacağı inceleme esaslarını düzenleyen bir de yönetmelik bulunmaktadır. TKHK.m.17 hükmü, Reklam Kurulu'na, reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme görevini yüklemiştir. İşte bu hükmün gereğini yerine getirmek üzere, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik"⁸⁷ yayın-

alanı itibariyle sadece radyo ve televizyonlarda yayınlanan reklamlara ilişkin olarak tanım getiren bu hüküm ise, reklamın ücret veya benzer bir karşılık suretiyle yayınlanması gereğini aramaktadır. Avrupa Birliği hukukunda, Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge'nin ("Council Directive of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising, 84/450/EEC", bkz. O.J. No. L.250/17, 19.09.1984. Bu yönerge, 6 Ekim 1997 tarihli yönerge ile karşılaştırmalı reklamları da kapsayacak şekilde değiştirilmiş bulunmaktadır, bkz. "Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising", O.J. No. L.290/18, 23.10.1007) 2.maddesinde yer alan tanıma göre, "reklam, bir ticari işle veya meslek ve sanatla ilgili olarak, gayrimenkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere, malların ve hizmetlerin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekildeki tanıtım anlamına" gelmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından yayınlanmış olan Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın (ICC International Code of Advertising Practice, www.iccwbo.org adresinden erişilebilir) tanımlar başlığı altında, "reklam terimi, en geniş anlamıyla, kullanılan mecra ya bakılmaksızın ve ambalaj, etiket ve satış noktası malzemeleri üzerindeki reklam mesajları da dahil olmak üzere, mal, hizmet ve olanaklar için yapılan her türlü reklamı kapsamaktadır" ifadesi yer almaktadır.

87 RG 14.06.2003, S.25138.

lanmış bulunmaktadır. Reklam hukukunun ikinci ana kaynağını ise, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un⁸⁸ m.19-23 hükümleri ile, bu kanun tarafından kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nca (RTÜK) yayınlanan "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik"⁸⁹ reklamlara ilişkin hükümleri oluşturmaktadır

TKHK.m.16/I hükmünde reklamlara ilişkin olarak öngörül-müş olan genel esaslar şunlardır⁹⁰: (1) Hukuka uygunluk⁹¹; (2) genel ahlaka uygunluk ve (3) doğruluk ve dürüstlük. Burada ifade edilen doğruluk ve dürüstlük ilkesi çalışma konumuzu yakından ilgilendirmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi reklam yapma hakkı, rekabet/sözleşme özgürlüğüne dayanır ve bu hakkın sınırı dürüstlük kuralı ile çizilmiş durumdadır (MK.m.2, TTK.m.56). İşte bu kural TKHK.m.16/I'de de ifade edilmiştir. Dürüstlük kuralı tüketiciler karşısında doğruluk ve dürüstlük⁹² ve rakipler karşısında doğruluk ve dürüstlük olmak üzere iki ayrı yönden bu hakkın sınırını teşkil etmektedir. Dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı topluma hakim ahlaki ölçülere, cari adetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir⁹³.

88 RG.20.04.1994, S.21911.

89 RG.17.04.2003, S.25082.

90 TKHK.m.16 hükmü, reklamlarda uyulması gereken genel esasları belirtti-ten sonra, ikinci fıkrada bu esaslara aykırılık teşkil eden özel bazı durumlara örnek olarak saymış ve bu şekilde reklam yapılamayacağını özellikle vurgulamıştır. Şu halde ikinci fıkrada belirtilen durumlar tahdidi değildir. Burada sayılmamış olmakla birlikte, birinci fıkrada getirilen esasları herhangi bir şekilde ihlal eden reklamlar da caiz değildir.

91 Madde metninde, reklamların "kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun" olması gereği ifade edilmiş olmakla birlikte, tüm bu durumları "hukuka uygunluk" başlığı altında ifade etmek yerinde olacaktır.

92 Reklam yaparak tüketiciyle ilişkiye giren kişi, dürüst davranma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, (1) tüketicinin kararına etki edecek hususlarda yanlış ve yanıltıcı davranışta bulunmamayı ve gerekli bilgileri ver-meyi; (2) tüketicide önceden varolan yanlış kanaatlerden, tüketicinin tecrübe ve bilgi eksikliğinden veya vatan sevgisi, hayırseverlik duygusu gibi du-yarlı olduğu konulardaki hislerinden ya da hasta, özürlü, çocuk, yaşlı gibi zayıf kişilerden yararlanmamayı gerektirir. Birinci durumda aldatıcı rek-lam, ikinci durumda istismar edici reklam söz konusudur. Şu halde, tüke-ticiler karşısında doğruluk ve dürüstlük, reklamın aldatıcı nitelik taşıma-masını ve hisleri veya zayıf kişileri istismar edici olmamasını gerektirir.

93 Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul 2005, 12. Bası, s. 184.

ii) Reklam Hukuku Mevzuatı Karşısında Parazit Pazarlama:

Parazit pazarlama uygulamasında reklam veren, kendisini, esasında hiç sponsor olmadığı bir kurum veya faaliyetle ilişkilendirmekte ve tüketiciler nezdinde sponsor olduğu ya da tali veya kısmi sponsor olmasına rağmen sanki ana sponsormuş izlenimini yaratmaktadır. Böyle bir reklam, başta aldatıcı reklam yasağı olmak üzere, reklam hukuku mevzuatında yer alan bazı hükümlerin ihlali anlamına gelmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz doğruluk ve dürüstlük ilkesinin doğal bir sonucu ve uzantısı da aldatıcı reklam yasağıdır. Nitekim TKHK.m.16/II hükmünde aldatıcı reklam yasağı ifade edilmiştir. Reklamların aldatıcı olmaması gereği, reklamların hem tüketici hem de rakipler açısından dürüst ve doğru olması esasının bir gereğidir.

Aldatıcı reklam, önemli, yani tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikte yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içereyerek hitap ettiği kitlede, orta seviyedeki (makul) tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlardır⁹⁴. Bu tanımdan yola çıkarak bir reklamın aldatıcı olduğuna karar verebilmek için şu üç unsurun bir arada olmasını aramak gerekecektir: (1) Reklamın yanlış veya yanıltıcı olması ya da eksik bilgi içermesi; (2) reklamın hitap ettiği orta seviyedeki tüketiciyi aldatması veya aldatma ihtimalinin bulunması ve (3) reklamdaki aldatıcılığın önemli yani tüketicinin kararını etkileyebilecek olması⁹⁵. Bunun dışında reklam sebebiyle bir zararın doğmuş olması veya aldatma kastı veya niyeti ve hatta reklam verenin reklamın aldatma ihtimalini bilip bilmemesi 'aldatıcı reklam'ın kabulü bakımından önemli değildir.

⁹⁴ Emrehan İnal, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul 2000, s. 104; Karş. Göle, s. 209; Aslan, s. 238 vd.

⁹⁵ AB'nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönergesi'nin 2. maddesinde "Aldatıcı reklam, sunulması da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri dolayısıyla bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar anlamına gelir" şeklinde bir tanım yapılmıştır. Bu tanımdan hareketle Yönerge'nin, aldatıcı reklamların unsurlarını şu şekilde belirlediğini görmekteyiz: (1) Yöneltildiği veya ulaştığı kişileri aldatan veya aldatması muhtemel olan bir reklam olacak ve (2) bu şekildeki aldatıcı reklam tüketicilerin ekonomik davranışlarını, yani satın alma kararlarını etkileyebilecek veya rakibe zarar verebilecek bir nitelik taşıyacaktır. Geniş açıklama için bkz. İnal, s. 102 vd.

Parazit pazarlama teşkil eden bir reklamı, belirttiğimiz bu aldatıcı reklam tanımı ve unsurları ışığında inceleyecek olursak:

(1) Reklamın yanlış veya yanıltıcı olması ya da eksik bilgi içermesi: Reklamdaki beyanın veya görüntünün, yanlış ya da yalan olduğunun objektif ölçülerle kanıtlanabildiği hallerde, diğer unsurların da bulunması şartıyla, o reklamın aldatıcı olduğu kabul edilir⁹⁶. Şu halde reklam veren doğru olmadığı halde bir kurum veya faaliyetin sponsoru olduğunu iddia ediyorsa bu reklam yanlış, dolayısıyla aldatıcıdır. Buna karşılık bir reklamın lafzen doğru olması da, her zaman için onun aldatıcı olmadığı anlamına gelmez. Reklamın aldatıcı olup olmadığının tespitinde reklamı yalnız lafzi açıdan değerlendirmek, yani sadece sarih iddiaları göz önünde bulundurmamak yeterli değildir. Aldatıcılığın tespitinde reklamın bütünü yarattığı izlenim esas alınmalıdır. Bu izlenim yanıltıcı ise, reklamdaki ifadeler veya açık iddialar objektif olarak doğru bile olsa, o reklam aldatıcıdır⁹⁷. Nitekim parazit pazarlama uygulamalarında reklam veren sponsor olmadığı halde sponsorluk iddiasında bulunmaz. İşte reklam veren, sponsor olduğunu iddia etmemekle birlikte, reklamın bütünü veya sunumu, reklam verenin sponsor olduğu veya tali sponsor olmasına rağmen ana sponsor olduğu izlenimini yaratıyorsa bu reklam yanıltıcı, dolayısıyla aldatıcıdır. Nihayet, reklamdaki ifade doğru bile olsa, dürüstlük kuralına göre verilmesi gereken önemli bilgileri ve gerekli açıklamaları içermeyen bir reklam yine aldatıcıdır⁹⁸. Reklam verenin, bir organizasyonun ana sponsoru değil tali veya kısmi sponsoru olması durumunda, bu durumun reklamdan anlaşılması gerekir. Mesela Dünya Kupası'nın değil, Türk Milli Takımı'nın sponsoru olduğu ya da tüm festivalin değil, sadece o geceki gösterimin sponsoru olduğunun reklamdan anlaşılması gerekir.

(2) Reklamın hitap ettiği orta seviyedeki tüketiciyi aldatması veya aldatma ihtimalinin bulunması: Bir reklamın aldatıcı olup

⁹⁶ Yanlış bir reklam esas itibariyle aldatıcıdır. Ancak bazı hallerde reklam yanlış olduğu halde aldatıcı olmayabilir. Tüketiciler tarafından ciddiye alınması beklenemeyecek derecede yanlış ifadeler, yani aşık abartmalar aldatıcı olarak değerlendirilemez, Göle, s. 64; Aslan, s. 240-241.

⁹⁷ Göle, s. 62; İnal, s. 107.

⁹⁸ Göle, s. 69. Bu duruma örnek olarak, satılan ikinci el arabanın daha önce bir sürücü kursuna ait olduğunun veya taksi olarak kullanılmış olduğunun veya elbisenin çabuk alev alan bir kumaştan yapılmış olduğunun reklamda açıklanmamış olmasını verebiliriz.

olmadığının saptanmasında ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicilerin göz önüne alınması ve reklamın bu kişiler açısından aldatıcı olup olmadığının tespiti gerekir⁹⁹. Reklamın aldatıcılığının saptanmasında ortalama dikkat ve bilgi seviyesindeki tüketici kıstasının yanında reklamın kime ya da kimlere yöneldiği de göz önüne alınmalıdır¹⁰⁰. Yani özel bir gruba hitap eden reklamın aldatıcı olup olmadığının tespitinde, bu gruba dahil ortalama (makul) tüketicinin reklamdan çıkarttığı anlam esas alınacak ve bu anlam aldatıcı ise reklamı aldatıcı olarak kabul etmek gerekecektir¹⁰¹. Reklam, hitap ettiği orta seviyedeki tüketicide, gerçeği yansıtmayacak şekilde reklam verenin sponsor olduğu izlenimini yaratıyorsa aldatıcı bir reklamdan bahsedilir.

(3) Reklamdaki aldatıcılığın önemli, yani tüketicinin kararını etkileyebilecek olması: İçerisinde aldatıcılık unsuru taşıyan her reklam değil, önemli hususlarda aldatıcı olan, yani içerdiği aldatıcılık tüketicinin satın alma kararını etkileyebilecek nitelikte olan reklamlar aldatıcı reklam olarak değerlendirilmelidir. Bir reklamdaki aldatıcılık, önemsiz, yani tüketicinin kararını etkilemeyecek nitelikteyse, bundan ne tüketicilerin, ne de rakiplerin zarar görme ihtimali bulunmaktadır. Zarar verme ihtimali bulunmayan ve herhangi bir menfaati ihlal etmeyen böyle bir reklam için denetim organları ve mahkemeler meşgul edilmemeli, gereksiz yere yasaklama kararı veya müeyyide uygulanmamalıdır. Bir festivaldeki gösterimlerden sadece bir tanesine sponsor olan işletmenin bunu belirtmeyerek festivalin sponsoru olduğunu iddia etmesi durumunda aldatıcılık önemlidir ama festivaldeki onlarca gösterimden sadece bir iki tanesine sponsor olmayıp geri kalan tüm etkinliklere sponsor olan bir işletmenin reklamlarında bunu belirtmemesi, aldatıcı reklam olarak kabul edilemez.

99 Göle, s. 74; İnal, s. 114. Ortalama tüketici ölçüsünden uzaklaşarak, sadece saf, hiç düşünmeyen, eğitimsiz, kısacası çok düşük seviyeli tüketicilerin esas alındığı hallerde, tüm reklamların aldatıcı olduğu sonucuna varılabilir", (Göle, s. 75). Gerçi Türk hukukunda, reklamın aldatıcılığını tespit ederken hangi tip tüketicinin veya tüketici grubunun ölçü alınacağı düzenlenmemiştir. Ancak bu hususta iltibas ile ilgili haksız rekabet davalarında iltibasın mevcut olup olmadığının saptanmasında Türk doktrini ve Yargıtay ortalama (makul) tüketiciyi kıstas almaktadır, (Arkan, s.298; Poroy/Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, 2004, s. 455; İmregün, s. 83; Göle, s. 76; Cengiz Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s. 30).

100 Göle, s. 75; İnal, s. 116.

101 Halbuki reklamın yönelmiş olduğu özel tüketici grubu reklamdaki abartıyı anlayabilecek iken sıradan kişiler bunu ciddiye alabilirler.

Parazit pazarlama faaliyetleri neticesinde Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin, "ticari itibardan haksız yararlanma" kenar başlıklı 15.maddesinin ihlali de söz konusu olabilir.

Parazit pazarlama faaliyeti radyo ve televizyon reklamı şeklinde gerçekleşirse, bu durumda Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 19.maddesi ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 8. ve 10. maddelerinin ihlali gerçekleşebilir ve RTÜK tarafından bu düzenlemelerde öngörülmüş olan müeyyidelerin uygulanması gündeme gelebilir.

c. Marka Hukuku Çerçevesinde:

Tuzak pazarlama faaliyetine karşı Fikri Mülkiyet Hukuku çerçevesinde korumadan bahsedildiğinde akla ilk olarak Marka Hukukunun sağladığı koruma gelir. Fikir ve sanat eserleri hukuku, patent hukuku ve endüstriyel tasarım hukuku tuzak pazarlama faaliyeti ile mücadelede çok gündeme gelmez. Tuzak pazarlama faaliyetinde sponsor olmayan işletme reklam faaliyetleri ve diğer başka yöntemlerle faaliyette bulunurken kendi ismi ile organizasyonun ismini yan yana koymaya çalışabilir. Organizasyonun ismi ise genellikle Marka hukuku ile ilgilidir¹⁰².

Sponsor olmayan bir işletmenin, izinsiz olarak organizasyona ait logoları, tescilli markaları kullanması durumunda fikri hakların ihlali gündeme gelir. Bu konuda Türk Hukukunda gerekli düzenlemeler mevcuttur. Ancak tuzak pazarlama açısından marka hukuku yoluyla korunmanın sağlanması her zaman mümkün değildir. Zira tuzak pazarlamada bulunan kişi çoğunlukla sponsor işletmenin markasını kullanmayacak, belli bir organizasyona göndermede bulunurken kendi markası ile tuzak pazarlama faaliyetinde bulunacak ve markasının bu olayla özdeşleştirilmesini sağlayacaktır¹⁰³. Yukarıda incelediğimiz, doktrinde tuzak pazarlama faaliyeti ile ilgili ilk dava olarak gösterilen¹⁰⁴ *NHL (National*

¹⁰² Ancak tuzak pazarlama faaliyeti sırasında herhangi bir diğer fikri hak ihlali söz konusu ise elbette ki diğer korumalar gündeme gelebilir. Örneğin fikri eser sayılabilecek bir sloganın tuzak pazarlama faaliyeti sırasında kullanılması durumunda fikir ve sanat eserleri kanununa aykırılık söz konusu olabilecektir.

¹⁰³ Vassallo/Blemaster/Werner, s. 1341.

¹⁰⁴ Moorman/Greenwell, s. 187.

*Hockey League) v. Pepsi-Cola Canada Ltd.*¹⁰⁵ davasında Pepsi, marka hakkına tecavüz iddiasına karşı en başından önlem almış ve hiç bir şekilde tescilli bir markayı izinsiz kullanmamıştır. Bu nedenle davada marka hakkına tecavüz iddiası da temelsiz kalmıştır¹⁰⁶.

Ancak sponsorun veya sponsorluk yapılan organizasyonun tescilli markalarını kullanır veya benzer işaretler kullanarak bu markalardan haksız yarar sağlarsa akla marka hukuku koruması gelebilir. Örneğin Türk Futbol Federasyonu tuzak pazarlama faaliyeti teşkil eden Coca Cola reklamını "Milli takım forması giyiliyor" diye yasaklatabilmiştir¹⁰⁷.

Tescil edilmiş bir markanın sahibi, 556 sayılı "Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin MarkKHK 9. ve 15. maddesine göre, izni olmadan markasının kullanılmasını ve üzerinde tasarrufta bulunulmasını engelleyebilir. Türk hukukunda da diğer birçok ülkede olduğu gibi, marka hakkı sahibi tescilli markasının "aynı" veya "benzeri" olan işaretlerin aynı veya benzer mal ve hizmetler için kullanılmasını engelleyebilir¹⁰⁸.

Tuzak pazarlama faaliyeti esnasında, tescilli bir markanın aynen kullanılmasına pek rastlanmaz ancak tuzak pazarlamacı kendi hizmetini sunarken hak sahibi olmadığı tescilli markanın benzerini halkın karıştırmalarına sebep olabilecek şekilde kullanırsa yine marka hakkına tecavüz söz konusu olur ve marka hakkı sahibi bunu men edebilir (MarkKHK m. 9 (2) b)¹⁰⁹. Ayrıca haksız işaretin reklamlarda kullanılması da markanın haksız kullanımı olup marka sahibi tarafından yasaklanabilir (MarkKHK m.9 (2) d).

Parazit pazarlama faaliyetinin gündeme geldiği organizasyonlara sıklıkla tanınmış markaların resmi sponsorlukları vardır. Marka hakkının ihlali söz konusu olursa ve bu marka tanınmış marka ise, tanınmış markanın korunmasına tanınan istisnalar-

105 Bkz. Bölüm I (2) b.

106 Hoek/Gendall, s. 77.

107 Argan, s. 242.

108 Tekinalp, s. 404 vd..

109 Tekinalp, s. 417.

dan¹¹⁰ bu markalar da doğal olarak yararlanır¹¹¹. Türkiye'nin de taraf olduğu Paris sözleşmesinin 6. maddesindeki ifadeyle "herkesçe bilindiği mütalaa edilen" markaların farklı mal ve hizmetler için olsa bile korumadan yararlanacağı Türk Hukukunda da kabul edilmiştir (MarkKHK m.9 (1) c). Tanınmış bir markanın korunabilmesi için Türkiye'de tescil edilmiş olması şart değildir (MarkKHK m. 7 (1) g) ¹¹².

Tuzak pazarlama faaliyeti ile en sık karşılaşılan organizasyonlar Olimpiyatlar olduğu için Olimpiyat sembollerinin tuzak pazarlama faaliyetinde kullanılması mümkündür. Bu nedenle Olimpiyat sembollerinin haksız kullanımının engellenmesi tuzak pazarlama faaliyeti ile mücadelede son derece önemlidir. Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi (TMOK), 1 Eylül 2004'te yürürlüğe giren Olimpik Anlaşma Kuralları (The Olympic Charter¹¹³) çerçevesinde hareket etmektedir¹¹⁴. Olimpik Anlaşma Kurallarına göre Olimpiyat sembolünün, Olimpiyat bayrağının, Olimpiyat düsturunun (*Citius . Altius . Fortius*), Olimpiyat amblemlerinin, Olimpiyat marşının, Olimpiyat Oyunları ve bunun gibi ifadelerin, Olimpiyat sloganlarının kullanımı üzerinde tek hak sahibi Uluslararası Olimpiyat Komitesidir (m.7; 8-14). Milli Olimpiyat komiteleri ülkelerinde Olimpik Anlaşma Kurallarına uyulmasını sağlamakla yükümlüdürler (m. 28). Türk Hukukunda da buna uygun olarak Olimpiyat ad ve ambleminin korunması ile ilgili düzenleme mevcuttur¹¹⁵.

¹¹⁰ Tanınmış marka ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Hamdi Yasaman, "Tanınmış Markalar", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 691; Dominique Brandt, La protection élargie de la marque de haute renommé au delà des produits identiques ou similaires, Etude de droit comparé, Genève, 1985; Füsün Nomer, "Tanınmış Marka: Nike (İsviçre Federal Mahkemesi'nin 24 Mart 1998 tarihli kararı)", Erdoğan Moroğlu'na Armağan, 2. bası, İstanbul, 2001, s. 487 vd; Samiye Eyüboğlu, "Tanınmış Marka", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001, sayı: 2, s. 112.

¹¹¹ Bunun dışında Fransız doktrininde savunulan bir görüşe göre bir spor organizasyonunun kendisi yeterli bir üne sahipse tanınmış marka sayılabilir. Bu görüş Fransız yargıtayının yakın tarihli bir kararına dayanmaktadır (Cour de cassation, chambre commerciale, 17.01.2006 - 04-10.710), JCP éd. E 2001, p. 227, comm. Christophe Caron.

¹¹² Yarg. HGK 19.11.2003, E. 2003/11-578, K. 2003/703. Tekinalp s. 389 vd.

¹¹³ Metin için bkz. http://multimedia.olympic.org/pdf/fr_report_122.pdf

¹¹⁴ <http://www.olimpiyatkomitesi.org.tr/tr/Tmok/Gorev/ilke.html>. Ayrıca Olimpik Anlaşma Kurallarının, milli Olimpiyat komiteleri için bağlayıcı olduğu bu anlaşma kurallarında da belirtilmiştir (Bölüm I, 1,2).

¹¹⁵ Diğer ülkelerdeki benzer düzenlemelerin incelenmesi için bkz. McKelvey/Grady, Journal of Legal Aspect of Sport 2004, s. 195 vd.

3796 sayılı "İstanbul Kentinde Yapılacak Olimpiyat Oyunları Kanunu"nun "Olimpiyat Ad ve Ambleminin Korunması" başlıklı 18. maddesine göre "Olimpiyat ad ve ambleminin ticaret, propaganda ve benzeri amaçlarla kullanılması İstanbul Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulunun iznine tabidir"¹¹⁶.

SONUÇ:

Sponsorluk uygulaması varlığını ve önemini koruduğu sürece tuzak pazarlama faaliyetlerinin sıklıkla görüleceğini kolayca tahmin edebiliriz. Bütün işletmelerin aynı büyük organizasyona sponsor olması mümkün değildir ve sponsor olamayan işletmeler, bu büyük organizasyonun yarattığı ilgi ve çekim gücüne kayıtsız kalmayacaklar, bundan yarar sağlamaya çalışmaktan geri durmayacaklardır. Şüphesiz sponsorun ve desteklenenin haklarının korunması gerekir. Ancak sponsorun ve desteklenenin korunması, sponsor olmayan işletmelerin reklam ve rekabet özgürlüğünün engellenmesi olarak da anlaşılamaz.

Sponsor olmayan bir işletmenin, rakibi hedef alsın ya da almasın, bir organizasyon ile kendisi arasında ilişki kurmak suretiyle izleyicilerin ilgisini ve dikkatini kendi üzerine çekmeye yönelik her türlü faaliyeti tuzak pazarlamadır. Tuzak pazarlamanın hukuka aykırı olup olmadığı, kesin ve genel bir yargı şeklinde ifade edilemez. Somut olayın özellikleri her durumda göz önünde bulundurulmalıdır. Tuzak pazarlamanın hukuka uygunluğunun sınırı, somut olayın parazit pazarlama teşkil edip etmemesine veya parazit pazarlama niteliği bulunmasa dahi Olimpiyat Oyunlarına ilişkin olanlar gibi, özel düzenlemelere aykırılık oluşturup oluşturumamasına göre tespit edilmelidir. Tanıtım yapan işletme ile desteklenen arasında bir ilişkilendirme olması, bu ilişkilendirmenin haksız veya yanıltıcı olması ve resmi sponsorun veya desteklenenin zarar görme ihtimali bulunması durumlarında tuzak pazarlama, parazit pazarlama teşkil eder ve hukuka aykırıdır.

¹¹⁶ Olimpik Sembollerinin Korunması Hakkındaki Nairobi Antlaşmasının da (*Nairobi Treaty on the Protection of the Olympic Symbol*) marka hukuku bakımından önemi büyüktür. Bu antlaşmaya taraf olan ülkeler Olimpik sembollerin veya Olimpik semboller içeren markaların tesciline müsaade etmemeyi, böyle bir tescil yapılmışsa hükümsüz sayılmasını taahhüt etmişlerdir. Türkiye bu antlaşmaya taraf olmamakla birlikte Olimpiyat sembollerinin Türk Hukukuna göre de marka olarak tescili ve izinsiz kullanımı mümkün değildir. 26 Eylül 1981 tarihli sözleşmenin metni için www.wipo.int/treaties/en/ip/nairobi/trtdocs_wo018.html

Tuzak pazarlama faaliyetlerinin önlenmesinde, sponsorluk sözleşmesine konulacak hükümler önemli bir görev ifa ederler. Bu hükümlerin yetersiz kaldığı durumlarda ise, tuzak pazarlama faaliyetinin hukuka aykırılık teşkil etmesi durumunda, somut olaydaki hukuka aykırılığın niteliğine göre, haksız rekabet, reklam hukuku ve marka hukuku çerçevesinde, tuzak pazarlamanın önlenmesi mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA:

- Argan, Metin:** Spor Sponsorluğu Yönetimi, Ankara, 2004.
- Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2005.
- Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku, Bursa, 2004.
- Bean, L. Lori:** "Ambush Marketing: Sport Sponsorship Confusion and the Lanham Act", Boston University Law Review, September 1995, s.1099.
- Brandt, Dominique:** La protection élargie de la marque de haute renommé au delà des produits identiques ou similaires, Etude de droit comparé, Genève, 1985.
- Curthoys, Jeremy / Kendall, N. Christopher:** "Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games Protection Act", (çevirimiçi) http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n2/kendall82_text.html
- Dilek, Cengiz:** Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995.
- Elçin Grassinger, Gülçin:** Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara, 2003.
- Eyüboğlu, Samiye:** "Tanınmış Marka", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001, sayı:2, s. 112.
- Garrigues, Christina:** "Ambush Marketing: A Threat to Global Sponsored Events?", http://www.twobirds.com/english/publications/articles/Ambush_Marketing_Sponsored_Events.cfm#_ftn1
- Göle, Celal:** Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara, 1983.
- Hoek, Janet / Gendall, Philip:** "Ambush Marketing: More than Just a Commercial Irritant?", Entertainment Law, Summer 2002, V.1(2), s. 72.

- İmamoğlu, Selma Hülya:** Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara, 2003.
- İmregün, Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 9. Bası 1991.
- İnal, Emrehan:** Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul, 2000.
- Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Hukuku, Ankara, 1968.
- McKelvey, Steve / Grady, John:** "Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers", Entertainment and Sports Lawyer, 2004, s. 8.
- McKelvey, Stephen / Grady, John:** "An Analysis of the Ongoing Global Efforts to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers "Take" the Gold in Greece?", Journal of Legal Aspects of Sport, Summer 2004, s. 191.
- Moorman, M. Anita / Greenwell, T. Christopher:** "Consumer Attitudes of Deception and the Legality of Ambush Marketing Practices", Journal of Legal Aspects of Sports, Summer 2005, s.183.
- Nomer, Füsun:** "Tanınmış Marka: Nike (İsviçre Federal Mahkemesi'nin 24 Mart 1998 tarihli kararı)", Erdoğan Moroğlu'na Armağan, 2. bası, İstanbul, 2001, s. 487.
- Oğuzman/Barlas:** Medeni Hukuk, İstanbul, 12. Bası, 2005.
- Okay, Aydemir:** Sponsorluğun Temelleri, İstanbul, 2005.
- Oktay-Özdemir, Saibe:** Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002.
- Orr, Graeme:** "Marketing Games: The Regulation of Olympic Indicia and Images in Australia", European Intellectual Property Review, 1997(9), s. 504.
- Özel, Çağlar:** Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002.
- Poroy/Yasaman:** Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, 2004.
- Schmitz, K. Jason:** "Ambush Marketing: The Off-Field Competition at the Olympic Games", Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Spring 2005, V.3(2), s. 203.
- Tekil, Fahiman:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1997.
- Tekinalp, Ünal:** Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. bası, İstanbul, 2005.

Vassallo, Edward / Blemaster, Kristin / Werner, Patricia: "An International Look At Ambush Marketing", The Trademark Reporter, November-December 2005, V.95, s. 1338.

Yasaman, Hamdi / Altay, Sıtkı Anlam: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, c. 2, m.21, İstanbul, 2004.

Yasaman, Hamdi: "Tanınmış Markalar", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 691.