

**İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI VE MUKAYESELİ HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM
ŞARTLARI KULLANIMININ HAKSIZ REKABET
HÜKÜMLERİ İLE DENETLENMESİ**

MEHMET RAUF BAYER

TEZ DANIŞMANI: DR. ÖĞR. ÜYESİ RABİA İLHAN

İSTANBUL, 2020

**İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI VE MUKAYESELİ HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM
ŞARTLARI KULLANIMININ HAKSIZ REKABET
HÜKÜMLERİ İLE DENETLENMESİ**

MEHMET RAUF BAYER

TEZ DANIŞMANI: DR. ÖĞR. ÜYESİ RABİA İLHAN

İSTANBUL, 2020

TEZ ONAY SAYFASI

Bu tez tarafımızca okunmuş olup kapsam ve nitelik açısından, Uluslararası ve Mukayeseli Hukuk Anabilim alanında Yüksek Lisans Derecesini alabilmek için yeterli olduğuna karar verilmiştir.

Tez Jürisi Üyeleri

(Unvan – Ad Soyad)

Kanaati

İmza

_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____

Bu tezin İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Teslim Tarihi

Mühür/İmza

AKADEMİK DÜRÜSTLÜK BEYANI

Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada özgün olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Adı Soyadı: Mehmet Rauf BAYER

İmza:

ÖZ

DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ İLE DENETLENMESİ

Yazar: BAYER, Mehmet Rauf

Uluslararası ve Mukayeseli Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Rabia İLHAN

Temmuz 2020, 141 sayfa

Haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, piyasa katılanlarının dürüst şekilde rekabet edebilmesi ve buna aykırı pazar davranışlarının engellenmesini amaçlamaktadır. Bu amacı itibarıyla İktisadi alandaki güncel duruma ayak uydurmak zorunda olan haksız rekabet hukuku, bu nedenle sürekli değişen ve gelişen bir özellik göstermektedir.

19. yüzyılda sanayi devrimi ile birlikte başta üretim olmak üzere ticari faaliyetler birçok alanda hız kazanmış ve bu sayede mal ve hizmet sunan işletmelerin, müşteri ağları genişlemiş ve pazardaki hareketliliği artmıştır. Bu gelişim ile birlikte genel işlem şartları ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline almıştır.

İktisadi alanda oldukça sık kullanılan ve kullanan tarafa kontrolsüz bir şekilde üstünlük sağlayan genel işlem şartları, iktisadi alandaki rekabetin bozulmasına yol açabilmektedir. Bu sebeple iktisadi alan için tehdit oluşturan ve hukuki ilişkide bir tarafı zayıf bırakan genel işlem şartları hakkında, başta Kıta Avrupası olmak üzere birçok ülke iç hukukunda bir takım düzenlemeler mevzuata eklenmiştir. Bu düzenlemeler ile genel işlem şartı kavramının tanımlanması ve kullanımının denetlenmesi genel amaç olarak öne çıkmaktadır.

Ülkemizde de genel işlem şartları kullanımının başta bankacılık, sigortacılık, kiralama ve taşımacılık gibi sektörlerde yaygınlaşması ile birlikte konuyla ilgili mevzuat oluşturulmaya başlanmıştır. Genel işlem şartlarına ilişkin temel düzenleme 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Daha çok sözleşme hukuku anlamında düzenlemeler ve denetimler içeren bu kanun

ile birlikte yine aynı yıl yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak, haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanılması halinde haksız rekabet hükümleriyle nasıl denetlenebileceği ve hangi yaptırımlara tabi olacağı ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dürüstlük kuralı, Genel işlem şartları, Haksız Rekabet, Yaptırım.



ABSTRACT

AUDIT OF THE USAGE OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS AGAINST THE RULE OF GOOD FAITH WITH UNFAIR COMPETITION LAW

Student Name: BAYER, Mehmet Rauf

MA in International and Comparative Law

Thesis Supervisor: Assist. Prof. Rabia ILHAN

July 2020, 141 Pages

Regulations about unfair competition law aim to ensure that market participants can compete honestly and to prevent market behavior contrary to this. For this purpose, unfair competition law, which has to keep up with the current situation in the economic field, therefore shows a constantly changing and developing behavior.

With the industrial revolution in the 19th century, speeding up commercial activities in many areas, especially in production. Thus expanded the customer networks of businesses that offer goods and services, and increased mobility in the market. With this development, general terms and conditions have become an indispensable element of commercial life.

General terms and conditions, which are used frequently in the economic field and give the user the advantage uncontrollably, it may lead to deterioration of competition in the economic field. For this reason, about the general terms and conditions that pose to the economic field and leave one party weak in the legal relationship, several regulations have been added to the legislation in the domestic law of many countries, especially Continental Europe.

With the become prevalent usage of general terms and conditions in our country, especially in sectors such as banking, insurance, leasing, and transportation, the legislation on the subject has begun to be established. The essential regulation on general terms and conditions is included in the Turkish Code of Obligations No. 6098, which enter into force in 2012. Mainly along with this law, which contains regulations and audits in terms of contract law, in the Turkish Commercial Code No.

6102, which entered into force in the same year, the usage of general terms and conditions against the rule of good faith is regulated as unfair competition.

In our thesis study, in case of general terms and conditions which are stipulated in the Turkish Code of Obligations are used contrary to the good faith, how it can be an audit by unfair competition provisions and which sanctions will be enforced discussed.

Keywords: Good Faith, General Terms and Conditions, Unfair Competition, Sanction.



İÇİNDEKİLER

ÖZ	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
BÖLÜM I GİRİŞ	1
BÖLÜM II GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER	10
2. Genel Olarak Genel İşlem Şartları	10
2.1. Genel İşlem Şartlarına Genel Bakış	10
2.2. Genel İşlem Koşullarının Tanımı, Hukukî Niteliği ve Unsurları	14
2.2.1. Genel İşlem Koşullarının Tanımı.....	14
2.2.2. Genel İşlem Şartlarının Hukuki Niteliği	14
2.2.3. Genel İşlem Şartlarının Unsurları	16
2.2.3.1. Sözleşme Hükmü Olması	17
2.2.3.2. Önceden Tek yanlı Hazırlanarak Karşı Tarafa Sunulması	18
2.2.3.3. Genel ve Soyut Nitelikte Olması	22
2.2.3.4. İleride Çok Sayıda Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanması	23
2.3. Genel İşlem Şartları Kullanımının Faydaları ve Sakıncaları.....	27
2.3.1. Faydaları	27
2.3.2. Sakıncaları	30
2.4. Genel İşlem Şartlarının Uygulama Alanı	32
2.4.1. Kişi Bakımından Uygulama	32
2.4.2. Konu Bakımından Uygulama	36
2.4.3. Zaman Bakımından Uygulama	37

BÖLÜM III GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ.....	39
3.Genel Olarak Genel İşlem Şartlarının Denetimi.....	39
3.1. Mukayeseli Hukukta Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi	39
3.1.1. İsviçre Hukukunda Öngörülen Denetim Yolları.....	39
3.1.2. Alman Hukukunda Öngörülen Denetim Yolları.....	43
3.2. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi	49
3.2.1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Getirilen Düzenlemeler	50
3.2.2. Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler	53
3.2.2.1. Yürürlük Denetimi	53
3.2.2.2. Yorum Denetimi	59
3.2.2.3. İçerik Denetimi	61
3.2.3. Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Düzenleme	64
BÖLÜM IV HAKSIZ REKABET HUKUKUNA GÖRE GENEL İŞLEM	
ŞARTLARININ DENETİMİ.....	66
4. Genel Olarak Haksız Rekabet Hukuku	66
4.1.Haksız Rekabet Hukukunun Gelişimi	67
4.2. Haksız Rekabet Kavramı ve Niteliği.....	69
4.2.1. Haksız Rekabet Kavramı	69
4.2.2. Haksız Rekabetin Hukuki Niteliği	72
4.3. Haksız Rekabet Hükümlerinin Amacı.....	72
4.4. Haksız Rekabetin Unsurları.....	73
4.4.1. Hukuka Aykırılık (Dürüstlük Kuralına Aykırı Faaliyet).....	73
4.4.2. İktisadi Rekabet	75
4.4.3. Rekabet Eylemi	76
4.4.4. Kusur	77

4.4.5. Zarar	78
4.4.6. Uygun İlliyet Bağı.....	78
4.5. Haksız Rekabet İle İlgili Düzenlemeler	79
BÖLÜM V DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI	
KULLANIMININ HAKSIZ REKABET TEŞKİL ETMESİ	84
5. Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı	84
5.1. Hükme Genel Bakış	84
5.2. Genel İşlem Şartı Kullanımının Haksız Rekabet Oluşturması İçin Gereken Şartlar	87
5.2.1. Genel İşlem Şartı Kullanımı	88
5.2.2. Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması.....	90
5.2.2.1. Kanuni Düzenlemeden Önemli Ölçüde Ayrılan Genel İşlem Şartı Kullanma	92
a) Kanuni Düzenleme	92
aa) Doğrudan veya Yorum Yoluyla Uygulanacak Kanuni Düzenlemeler	93
b) Önemli Ölçüde Ayrılma	97
5.2.2.2. Sözleşmenin Niteliğine Önemli Ölçüde Aykırı Hak ve Borçlar Dağılımının Öngörülmesi.....	97
5.2.3. Yanıltıcılık Unsuru.....	98
5.2.4. Genel İşlem Şartlarının Kişi Bakımından Kullanımı	101
5.2.5. Genel İşlem Şartlarının Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti İhlal Edecek Nitelikte Olması.....	102
5.3. Genel İşlem Şartları Kullanımının Haksız Rekabet Teşkil Etmesinin Sonuçları	103
5.3.1. Hukuki Sorumluluk.....	103

5.3.1.1. Açılabilir Davalar	103
5.3.1.1.1. Tespit Davası (TTK m. 56/1-a).....	104
5.3.1.1.2. Men (Önleme) Davası (TTK m. 56/1-b)	104
5.3.1.1.3. Düzeltme Davası (TTK m. 56/1-c)	105
5.3.1.1.4. Tazminat Davası (TTK m. 56/1-d,e).....	106
a) Maddi Tazminat Davası.....	106
b) Manevi Tazminat Davası.....	108
5.3.1.2. Hukuk Davalarının Tarafları.....	109
5.3.1.2.1. Davacılar	109
a) Zarar Gören veya Zarar Görme Tehlikesine Maruz Kalanlar (Rakipler)	109
b) Müşteriler	110
c) Meslek Birlikleri ve Kuruluşlar	110
5.3.1.2.2. Davalılar	111
a) Haksız Rekabeti Gerçekleştiren	111
b) Adam Çalıştıran	112
c) Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları.....	113
5.3.1.3. Kararın İlanı	113
5.3.1.4. Hükmün Başkası Hakkında İcrası.....	114
5.3.1.5. İhtiyati Tedbir	115
5.3.1.6. Görev ve Yetki Hususu	116
5.3.1.7. Zamanaşımı.....	117
5.3.2. Cezai Sorumluluk	117
5.4. Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımına İlgili Hükümlerin Uygulanması (Hükümlerin Çatışması Sorunu)	119

5.4.1. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerin Uygulanması	119
5.4.2. TBK ile TTK Hükümlerinin Uygulanması	121
5.5. Hakların Yarışması	125
BÖLÜM VI SONUÇ	128
REFERANSLAR	135
ÖZGEÇMİŞ	141



KISALTMALAR

Akt.	: Aktaran
b.	: Bent
BAM.	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DTÖ.	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
eBK.	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
ET.	: Erişim Tarihi
eTK.	: 6762 sayılı Ticaret Kanunu
eTKHK.	: 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
HD.	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK.	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KOBİ.	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK.	: 6052 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

- TMK. : Türk Medeni Kanunu
- TRİPS. : Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
- TTK. : Türk Ticaret Kanunu
- UWG. : Gesetz Gegen den Unlauteren Wettbewerb (Alman Haksız Rekabet Kanunu)
- vd. : ve devamında
- WIPO. : World Intellectual Property Organization



BÖLÜM I

GİRİŞ

Kişilerin belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik ortaya koydukları irade beyanları hukuki işlem olarak adlandırılır. Kişi sayısına göre ayrıma tabi tutulan hukuki işlemler, tek taraflı ve iki taraflı hukuki işlemler olarak ayrılmaktadır. Hukuki işlemler içerisinde en sık karşımıza çıkan sözleşmeler de iki taraflı hukuki işlemler arasında yer almaktadır. Borçlar hukuku içerisinde oldukça geniş yer tutan sözleşmeler hukukuna hâkim temel prensipler mevcut olup bu prensipler arasında önde gelen ise sözleşme özgürlüğü ilkesidir.

Bu özgürlük, geniş bir çerçevede ele alınacak olup kişilerin sözleşme yapmada, sözleşmenin içeriğini ve tipini belirlemede, sözleşmeyi sona erdirmeye veya içeriğini değiştirebilme özgürlükleri bu kavram içerisinde değerlendirilmelidir.¹ Bu doğrultuda sözleşme özgürlüğü ilkesi kanundan, dürüstlük kurallarından ya da tarafların karşılıklı anlaşmalarından doğan istisnalar dışında kural olarak herkese sözleşme yapıp yapmama; yapacaksa da o sözleşmenin şeklini, konusu ve şartlarını serbestçe belirleme hakkını verir.² Dolayısıyla kişilerin diledikleri hukuki sonuca ulaşmak için oluşturdukları sözleşmeler de sahip oldukları serbestlik kesin ve sınırsız olmayıp söz konusu sınırlar 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun³ 26. maddesinde

¹ Nil Karabağ Bulut, *Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, (İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2014), s. 3; Tekinay, Selahattin Sulhi, SermetAkman, Haluk Burcuoğlu, ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1. (1985), s. 323. Akt: Yargıtay HGK. E. 2017/11-1566 K. 2018/1809 T. 29.11.2018 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020); Mehmet Remzi ve Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı. (İstanbul: İkinci Sayfa Yayıncılık, 2016), s. 25; Kübra Ercoşkun Şenol, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (2016): s. 710-711.

² Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler- Özel Borç İlişkileri)*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), s. 47.

³ Türk Borçlar Kanunu (2011), T. C. Resmi Gazete, 27836, Kabul Tarihi: 04 Şubat 2011, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012. www.resmigazete.gov.tr (ET: 17.04.2020)

“ *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilir*” denilerek ortaya konulmuştur.

Bireysel sözleşme kavramı ile taraflarının TBK'nin 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşme tipi anlaşılmalıdır.⁴ Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında temel sözleşme tipi olarak bireysel sözleşme modeli yer almaktadır.⁵ Sözleşme denildiğinde asıl kastedilen ve alışlagelmiş olan bireysel sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları sözleşmede yer alan her hükmü tartışmakta ve değiştirmekte serbesttir. TBK'de borcun kaynakları arasında gösterilen sözleşmeye ilişkin hükümler (TBK m. 1-48) kural olarak bireysel sözleşmeleri, bir başka deyişle tarafların hükümleri üzerinde tartışarak ve müzakere ederek oluşturdukları sözleşmeleri esas almıştır. Böylece sözleşme şartlarının taraflar arasında karşılıklı müzakere edilerek oluşturulması, borçlar hukukunun esasını oluşturmaktadır.⁶

Ancak çağımızda gözlemlenen sosyal ve ekonomik ilişkilerin hızlı bir değişime uğramasıyla sözleşmelerin yapılış şekli değişim göstermeye başlamıştır. Özellikle ekonomik alanda yaşanan bu değişim sonucunda, borçlar hukukunun temelini oluşturan bireysel sözleşme kavramının yanında mal ve hizmetlerin kitlelere sunulmasında veya üretim-tüketim ilişkilerini içeren durumlar için kitle sözleşmeleri, formüler sözleşme, çerçeve sözleşme ve tip sözleşme isimleri ile⁷ de anılan standart

⁴ Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı,” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013): s.10.

⁵ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), s. 154-155.

⁶ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.154-155; Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, s. 47.

⁷ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.155; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), s. 68.

Nami Barlas, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğluna 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.807. Akt: Gizem Kaya Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2018) s. 9.

sözleşme tipinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁸ Standart sözleşmeler, piyasanın ekonomik anlamda güçlü katılımcıları tarafından içerisinde tek yanlı olarak hazırlanan genel işlem şartları yerleştirilerek oluşturulmakta ve bu sözleşmeler ile ileride kurulacak belirsiz sayıda benzeri hukuki işlemlerin düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu standart sözleşmeler, içerisinde genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşmeler olarak tanımlanabilir.⁹ Bu manada genellikle eş anlamlı kavramlar olarak kabul edilen standart sözleşmeler ve genel işlem şartı kavramları birbirinden ayrılmakta, standart sözleşmeler içerisinde genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşmeler olarak tanımlanabilecekken, genel işlem şartları bu sözleşme metinleri içerisinde yer alan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰

Ekonomik ilişkilerde kullanımı yayılan standart sözleşmeler, hazırlanışı itibariyle borçlar hukukunun temelini oluşturulan bireysel sözleşmelere hâkim olan müzakere ve pazarlık gibi taraf eşitliğine ve sözleşme serbestisi ilkelerini işaret eden süreçlerin terk edilerek, sözleşmeler taraflardan birinin önceden hazırlamış olduğu genel işlem şartlarının ve diğer hükümlerin karşı tarafa sunulmasıyla oluşturulmaya başlanmıştır. Genellikle ilişkide güçlü konumda bulunan bankalar, sigorta şirketleri, büyük mağazalar ve kiralama şirketleri gibi işletmeler tarafından kullanılan standart sözleşmelerin içerisinde yer alan genel işlem şartlarının, önceden tek taraflı olarak hazırlanması ve karşı tarafa müdahale imkanı tanımaması sebebiyle sözleşme özgürlüğü prensibine aykırılık arz etmekte ve sözleşmede bir tarafı zayıf konumda bırakmaktadır. Genel işlem şartlarının kullanılmasının sözleşme özgürlüğü ve taraf

⁸ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.155; Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (İstanbul, 1999)*, s. 2; Merve Acar Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2019). s. 4.

⁹ Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı,” s. 6.

¹⁰ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2013), s. 26; Ezgi Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2017): s. 1376.

eşitliği açısından sebep olduğu bu problemler, zayıf durumdaki karşı tarafın adil olmayan sözleşme şartlarına karşı korunmasını zorunlu kılmıştır.¹¹

Standart sözleşme tipine karakteristik özelliğini kazandıran genel işlem şartlarına ilişkin ilk düzenlemeler ilk defa İtalya’da 1942 yılında yapılan değişikliklerle Medeni Kanun’a alınan hükümlerle yapılmış, ardından İsveç’te 1971, Almanya’da 1976 ve Fransa’da 1978 tarihli konuya ilişkin bağımsız kanunlar yürürlüğe konulmuştur.¹² Türk Hukukunda ise genel işlem şartlarına ilişkin ilk kanuni düzenleme, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna¹³ 6 Mart 2003 yılında yapılan değişikliklerle eklenen “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlıklı 6.maddede yer almaktadır. Haksız sözleşme koşulları, eTKHK’nin 6. maddesinde, “*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*” olarak tanımlanmıştır. Yalnızca tüketiciye yönelik yüzeysel korumalar öngören kanun maddesi uygulamada sıklıkla kullanılan ve ciddi sakıncalar ortaya çıkarılabilecek genel işlem şartlarının denetimi için yeterli görülmemiş ve bunun üzerine, 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren TBK ile “genel işlem koşulları” başlığı altında kanunun, 20 ile 25. maddeleri arasında ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Burada genel işlem şartlarının tanımına, unsurlarına, yorumlanmasına, denetimine ve yaptırımına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Aynı zamanda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda¹⁴ da haksız rekabet konusunda genel işlem şartlarına ilişkin olarak TTK m. 55/1-f’de düzenleme altına alınmıştır.

¹¹ Ayşe Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, (İzmir: Güncel Yayınevi, 2003), s. 9.

¹²Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), s. 24.

¹³ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 08.03.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, 1.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş, 07.11.2013 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un kabul edilmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. www.resmigazete.gov.tr (ET: 17.04.2020)

¹⁴ Türk Ticaret Kanunu (2011), T. C. Resmi Gazete, 27846, Kabul Tarihi: 13 Kasım 2011, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012. www.resmigazete.gov.tr (ET: 17.04.2020)

Türk Hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin öngörülen denetimin sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku olmak üzere iki ana başlıkta ele alındığı söylenebilir. Sözleşmeler hukukuna ilişkin öncelikle TBK’de yer alan hükümler genel işlem şartlarına ilişkin ana denetim yollarını düzenlerken, TKHK ile daha somut olarak kullanıcı tarafında tacir veya esnaf yer alırken karşı tarafını ise tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartlar ele alınmıştır. Diğer taraftan mehz İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun esas alınarak oluşturulan ve 1 Temmuz 2012 de yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m. 55/1-f’de genel işlem şartları kullanımına ilişkin özel bir haksız rekabet hali öngörülmüştür. Madde uyarınca dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabete sebebiyet verebileceği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Böylece dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımına ilişkin denetimin kapsamı genişletilmiştir. Şöyle ki, sözleşme hukukuyla öngörülen denetim taraf ilişkilerini esas alırken haksız rekabet ile sağlanan koruma sözleşme tarafları arasındaki ilişki ile sınırlı kalmayarak haksız rekabeti engellemeyi amaçladığından daha kapsamlı bir koruma imkanı sunacaktır.¹⁵

TBK’de “genel işlem koşulları” olarak adlandırılan kurum, TTK’de ise “genel işlem şartları” olarak düzenlenmiştir. Aynı kavramı nitelendirmeleri nedeniyle iki kavramda kullanılmakla birlikte biz çalışmamızda Ticaret Kanununda yer alan hükümlere ağırlık vereceğimizden “genel işlem şartları” tabirini kullanmayı tercih edeceğiz.

Genel işlem şartları, TBK’nin 20. maddesinde “*bir sözleşme yapılırken düzenleyen(kullananın), ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarının varlığından söz edebilmek için bu şartların sözleşmenin kurulmasından önce tek taraflı olarak hazırlanması ve birden fazla sözleşmede kullanmak amacıyla, karşı tarafın bu koşullara müdahalesine imkân tanımadan sözleşmeye dâhil edilmesi gerekmektedir.

¹⁵ Antalya, Gökhan ve E. Doğa Doğancı, “İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, (2018): s. 825.

Bu nedenle genel işlem şartlarının varlığından söz edebilmemiz için bireysel sözleşmeden farklı olarak karşı tarafın genel işlem şartlarının içeriğine etki edememiş olması, ve bu şartların taraflarca uzlaşarak ya da müzakere edilerek, pazarlık sonucu belirledikleri sözleşme koşullarından olmaması gerekmektedir.¹⁶ Öte taraftan taraflarca müzakere edilerek sözleşme içeriğine dâhil edilen hükümler genel işlem şartı özelliğini yitirerek bireysel sözleşme hükmünü alacak ve genel işlem şartları için öngörülen korumalardan yararlanamayacaktır.

Genel işlem şartları, karşı tarafın şartların içeriği hakkında bilgisi olmadan ve şartlara müdahale imkanı bulunmadan sözleşme içeriğine dâhil edilmektedir. Bu sebeple genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerin kullanan taraf lehine hükümler içermesi çok sık ortaya çıkan bir durumdur. Genel işlem şartlarını kullanan taraf, sözleşmenin risklerini mümkün olduğu kadar karşı tarafa yüklemeye ve karşı tarafı mağdur etmeye yönelmektedir.¹⁷

Bahsedilen sakıncalarının yanı sıra kullanıcıya birçok kolaylığı da beraberinde getiren genel işlem şartları, mal ve hizmet sunumunda yeknesaklık ve zamandan tasarruf imkânı sağlar ve ticari ve hukuki alandaki iş ve işlemlerin daha basit ve belirgin olarak yürütülmesi sağlamaktadır.¹⁸ Sağladığı bu kolaylıklar nedeniyle bankacılık, sigortacılık gibi ticari hayatın büyük ölçekli katılımcıları tarafından oldukça sık kullanılan genel işlem şartları ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline almıştır. Bu nedenlerle genel işlem şartlarının rekabet hukuku anlamında da denetim zorunluluğu doğmuştur.

¹⁶ Atamer, Yeşim. *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – THKH m. 6 ve TTK. m. 55/I-(f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar*. Ankara, (2011). s. 61. Akt: Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 7.

¹⁷ Sevilay Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (2013): s. 383.

¹⁸ Oğuz Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2017): s.75; Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*,s.6; Açıkgöz Osman, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Şartları*, (İstanbul: 12 levha Yayıncılık, 2013), s. 210; Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014), s. 63.

Sözleşme özgürlüğünün ruhuna aykırılık teşkil eden genel işlem şartları bu özellikleri nedeniyle başta TBK’de yer alan hükümlerce denetime tabi tutulurken; genel işlem şartı kullanımını kanun koyucu tarafından bir pazar davranışı olarak kabul edilmiş ve bunun dürüstlük kuralına aykırı kullanımının haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir.¹⁹ Bu nedenle TTK’nin 55. maddesinde örneklem yoluyla sayılan haksız rekabet halleri arasında “dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımına” da yer verilmiştir. TTK m. 55/1-f hükmü genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümleriyle denetlenmesi açısından getirilen ilk düzenlemedir.

Haksız rekabet, ticari uygulamalarda dürüstlük kuralına aykırılık olarak tanımlanmaktadır.²⁰Bu bağlamda haksız rekabet kurumu; şahısların, ekonomik kişiliklerine dâhil olan rekabet etme haklarını, dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmasını ve bu suretle rekabet etme hakkının korunmasını ve iyileştirilmesini amaç edinir.²¹ Başka bir anlatımla haksız rekabet hukuku, piyasa katılanlarının sahip olduğu rekabet hakkının kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.

Hukukumuzda iktisadi alanı tanzim eden haksız rekabete ilişkin hükümler dayanağını anayasadan almaktadır. Anayasanın 48. maddesinde,

“Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

denilerek iktisadi alanda serbest piyasa ekonomisi belirlenmiş ve devletin ilgili organları da bu durumu korumakla görevlendirilmiştir. Serbest piyasa ekonomisinin temelini teşkil eden rekabet ortamının oluşturulması için de haksız rekabetin önlenmesi büyük önem arz etmektedir.²²

¹⁹ Abdüssamet Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), s. 29-30.

²⁰ Mehmet Ali Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti” (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011). s. 4.

²¹ Serhan Dinç, *Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar*, (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 15-16.

²² Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti” s. 6.

Hukukumuzda iktisadi alana hâkim serbest piyasa ekonomisini korumak amacıyla Haksız rekabete ilişkin hukuki ve cezai sorumluluk getiren haller,1986 tarihli Haksız Rekabete İlişkin İsviçre Federal Kanunu mehzaz teşkil eden²³ TTK'nin 54 ila 63. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Haksız rekabetin önlenmesinde modern sistemi benimseyen²⁴ TTK'de haksız rekabetin tespitinde hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenleme alanı bulan dürüstlük kuralı haksız rekabetin tanınmasında (teşhisinde) belirleyici hale gelmiş ve sağlanmak istenen koruma bütün katılanların lehine tanınmıştır. Yine gerekçede belirtildiği üzere bütün katılanlar ile kast edilen ünlü üçlü olarak bilinen ekonomi, tüketici ve kamudur. Kanun koyucunun “rakipler” kavramını terk ederek “katılanlar” tabirini kullanması haksız rekabet hukuku ile sağlanmak istenen korumanın kapsamını genişletmiştir.

TTK'de haksız rekabet halinin genel hali m. 54/2' de “*rakip veya sağlayıcılarla müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük ilkesine aykırı davranışlar*” olarak ifade edilmiştir. Devam maddesinde ise haksız rekabetin özel hallerini örnekleme yoluyla sıralayan kanun koyucu, ticari hayatta kullanımı oldukça yaygınlaşan genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımını da bir haksız rekabet hali olarak saymıştır. 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu'nda bulunmayan bu durum, 6102 sayılı TTK m. 55/1-f'de,

“özellikle aldatıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; (1.) doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya (2.) sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur”

denilerek bir haksız rekabet hali olarak sayılmıştır.

Bu çalışmada kullanımı giderek yaygınlaşan ve ticaret hukuku içinde oldukça önemli olan genel işlem şartlarının kullanımı, nasıl haksız rekabet oluşturabileceği ve başta haksız rekabet hükümleri olmak üzere Türk Ticaret Kanunu'ndaki ve Türk Borçlar

²³ Füsun Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı (İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2016), s. 66.

²⁴ Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 8. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998), s. 222.

Kanunu'ndaki hükümler esas alınarak nasıl bir denetime tabi tutulduğu ana hatlarıyla ele alınıp açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızda mukayeseli hukukun verilerinden de faydalanmak ve Türk Hukukundaki gelişmelerin dayanaklarını tespit edebilmek amacıyla 6762 ve 6102 sayılı Ticaret kanunlarında yer hükümlerin menşei olan İsviçre ile konuyla ilgili çalışmaların yoğunlaştığı Alman hukuklarına ve Avrupa Birliği Hukuklarına müracaat edilecektir.

Çalışmamızın ana başlığını oluşturan genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümlerince denetimi ele alınmadan önce çalışma boyunca önem arz edecek genel işlem şartı, haksız rekabet ve dürüstlük kuralı kavramları ele alınacaktır. Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde genel işlem şartlarını, ikinci bölümünde haksız rekabet hukuku ele alınacaktır. Son bölümünde ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet hükümleriyle denetimi ele alınacak ve varılan sonuçlar, sonuç bölümünde aktarılacaktır.

BÖLÜM II

GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

2. Genel Olarak Genel İşlem Şartları

2.1. Genel İşlem Şartlarına Genel Bakış

Borçlar Hukuku sözleşmelerin kurulmasında sözleşme özgürlüğü prensibini esas almıştır. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 48/1. maddesinde herkesin sözleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak konu TBK'nin 26. maddesinde “ *tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” denilerek ifade edilmiştir. Kanun koyucu sözleşme özgürlüğü prensibiyle sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme veya sözleşmenin içeriğini değiştirme gibi konularda taraflara serbestlik tanımıştır.²⁵ Ancak kanun koyucu, buradaki serbestliği sınırsız bırakmamış ve kanunda öngörülen çerçeve ile sınırlı kalınması gerektiğine işaret etmiştir. Bu doğrultuda sözleşme serbestisi ile belirlenen çerçeve içerisinde tarafların sözleşme hükümlerini hazırlamaları, müzakere etmeleri veya değiştirip kaldırmaları karşılıklı ve birbirlerine uygun iradeleri ile olacağına işaret etmektedir. Bu yol izlenerek oluşturulan sözleşmeler ise bireysel sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Temelinde taraflar arasındaki müzakere ve tartışma süreçlerinin yer aldığı bireysel sözleşmeler her ne kadar borçlar hukukunun temelinde yer alsada²⁶ bu anlayış çeşitli sebeplerle tek başına ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir.

Sanayi devrimi sonrasında sosyal ve ekonomik ilişkilerin hızla artmasıyla gerek ticari hayatta gerekse hukuk dünyasında bu gelişmeye ayak uydurma ihtiyacı ile yeni sözleşme tipleri ortaya çıkmaya başlamıştır. İlişkilerdeki bu hızlı artış ile birlikte mal

²⁵ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 362 vd; Sinem Camcı, “Genel İşlem Koşulları” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2014). s. 10.

²⁶ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 154.

ve hizmetlerin kitlelere sunumunda sözleşme hükümlerinin taraflarca serbest bir şekilde belirleneceği bireysel sözleşme tipi hantal kalmış ve bunun yerine içeriğinin tamamen veya kısmen genel işlem şartlarıyla oluşturulduğu standart sözleşme tipi ortaya çıkmıştır.²⁷ Bu açıklamadan hareketle standart sözleşmeler kısaca, genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler olarak da tanımlanabilir.²⁸ Bu noktada bireysel sözleşmeler ile standart sözleşmelerin farkı ortaya çıkmakta; bireysel sözleşmelerin kurulması ve içeriğinin hazırlanması tarafların ortak iradelerine bağlı iken, standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları tarafların şartlar üzerinde müzakeresine imkân vermeden tek taraflı olarak hazırlanmaktadır.

Modern dünyada taraflarının sözleşmeleri kurarken bir araya gelerek sözleşme koşullarını müzakere etmesi çok gerçekçi gözükmemekte ve çoğu zaman imkânsız olmaktadır. Başta bu gerekçeyle olmak üzere bireysel sözleşme tipinin kullanımı yavaş yavaş terk edilmekte ve standart sözleşme tipi birçok sektörde oldukça sık kullanılır hale gelmektedir. Özellikle bugün bankalar, seyahat ve sigorta acenteleri, satış ve kiralama şirketleri gibi mal veya hizmetlerini belirli kişilere değil de kitlelere sunan işletmeler, standart sözleşmeler hazırlamak suretiyle, gelecekte belirsiz sayıda kişi ile kurulacak hukuki ilişkilerde aynı sözleşmeyi kullanmayı tercih etmektedirler.

Kullanımı yaygınlaşan genel işlem şartlarına, günümüzde iş sözleşmelerinde de sıklıkla karşılaşılmaktadır. İş hukuku alanında genel işlem şartları, tip iş sözleşmelerinde, iç yönetmeliklerde, işyeri uygulaması veya personel yönetmeliği oluşturacak şekilde kullanılabilir. Ancak iş hukuku alanında kullanılan bu genel işlem şartları, genel iş koşulları olarak nitelendirilmektedir.²⁹

İşveren tarafından kullanılan genel iş koşulları da genel işlem şartlarında olduğu gibi tek taraflı olarak önceden, genel ve soyut biçimde düzenlenmesi nedeniyle genel

²⁷ Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1372.

²⁸ Antalya, Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul, 2015, s. 398 Akt: Antalya ve Doğanç, “İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi,” s. 824.

²⁹ Şükran Ertürk, “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi,” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013): s. 89; Gizem Kaya Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2018). s. 92.

işlem şartlarıyla ilgili esas ve kuralların, genel iş koşulları hakkında da geçerli olduğunu söylemek doğru olacaktır.³⁰ Söz gelimi işveren tarafından vakit kazanmak ve işyerinde yeknesaklık sağlamak adına önceden tek taraflı olarak hazırladığı sözleşmeler tip iş sözleşmeler olarak adlandırılacak ve bu tip sözleşme nedeniyle ortaya çıkacak uyuşmazlıkta işçinin genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri işletmesi mümkün olacaktır. Özetle genel işlem şartlarının iş hukuku alanında kullanılması halinde bu hükümler genel iş koşulları olarak adlandırılacak ve genel iş koşullarından kaynaklı uyuşmazlıklar için de genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere başvurulabilir mümkün olacaktır.

Genel işlem şartları içeren bu sözleşmeleri kullanan taraf hem her muhatabı ile ayrı ayrı müzakere için vakit harcamayarak zamandan tasarruf edecek, hem de ilişkilerinde yeknesaklık sağlayarak kurumsal imajını güçlendirecektir. Buna karşın sözleşme hürriyetinin korunamadığı genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmelerde, taraflar arasında dengesizlik ortaya çıkmakta; genel işlem şartını kullanan taraf güçlü ve sözleşme içeriğini belirlemedeki özgürlüğü tek başına kullanması sebebiyle ayrıcalıklı konumda yer alacaktır. Taraflar arasında standart sözleşme kurulurken karşı taraf kendisine sunulan bu sözleşmeyi ya bütün olarak kabul edecek ya da sözleşme hiç kurulamayacaktır. Bu durumda karşı tarafın “evet” veya “hayır” şeklinde iki seçeneği vardır, “evet ama” gibi bir tartışma seçeneği bulunmayacak ve sözleşmedeki bazı hükümlerin değiştirilmesini veya kaldırılmasını talep edemeyecektir.³¹ Bununla birlikte genel işlem şartları tek taraflı olarak hazırlandıkları için, şartları kullanan taraf genellikle ortaya çıkması muhtemel riskleri karşı tarafa yıkma eğilimindedir. Buna karşılık genel işlem şartlarının sunulduğu karşı taraf, çoğu zaman bu şartları okumadan sözleşmeyi kabul etmekte yahut okusa bile bu şartların kanundan doğduğu gerekçesiyle değiştirilemez olduğunu zannetmektedir. Bu ve benzeri sebeplerle genel işlem şartlarının kullanımında sık sık mağduriyetler ortaya çıkmakta ve bu nedenle hukuken tanınmış bir korumaya ihtiyaç duyulmaktadır.

³⁰ Sarper Süzek, “İş Hukukunda İç Yönetmelikler,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1995): s. 183.

³¹ TBK m. 20 Gerekçe; Ayhan Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” (Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2016). s. 7; Akıntürk ve Ateş, Borçlar Hukuku, s. 48.

Genel işlem şartların sözleşme içeriğini tayin özgürlüğünü bireysel sözleşmelerin aksine taraflardan yalnızca birinin inisiyatifine bırakması, hazırlanışında görüşme ve pazarlığın mümkün olmaması başta olmak üzere gerek tüketici gerekse ticari hayat için ciddi riskleri bünyesinde barındırması nedeniyle bazı ülkelerde, tüketicileri genel işlem şartlarına karşı korumak amacıyla özel kanunlar çıkartılmıştır.³²

Genel işlem şartı içeren sözleşmelere ilişkin olarak Kıta Avrupası'nda ilk kanuni düzenlemeler ilk defa 1942 yılında İtalya'da yapılan değişiklikle Medeni Kanun'a alınan hükümlerle ortaya çıkmıştır. Ardından İsveç'te 1971, Almanya'da 1976 ve Fransa'da 1978 tarihli konuya ilişkin bağımsız kanunlar yürürlüğe konulmuştur.³³ Türk Hukukunda genel işlem şartlarının denetimlerine mehzaz teşkil eden Alman Hukukunda 1976 yılında yayınlanmış bu düzenlemelerde genel işlem şartları müstakil bir kanunda ele alınmış ancak daha sonrasında konuya ilişkin hükümlere 01.01.2002 tarihinden itibaren Alman Medeni Kanununda (BGB) yer vermeye başlanmıştır.³⁴

Hukukumuzda ise 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Konuya ilişkin hukukumuzda ilk kanuni düzenleme 6 Mart 2003 tarihinde, genel işlem şartlarının denetime olanak sağlayan eTKHK'ya eklenen 'Sözleşmedeki Haksız Şartlar' başlıklı altıncı madde ile gerçekleştirilmiştir. Tüketicilere yönelik haksız şart denetimi için önem arz eden bu madde, sözleşme hukuku açısından yetersiz kalmaktaydı. Bu gerekçeyle Alman Hukukundaki genel işlem şartlarının denetimine ilişkin kurallar mehzaz alınarak, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6098sayılı TBK ile genel işlem şartları, kanunun 20 ile 25.maddeleri arasındaki hükümler ile detaylı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Ticari hayatta da oldukça sık kullanılan genel işlem şartlarına ilişkin yine aynı tarihte yürürlüğe giren TTK de ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet hükümlerince denetlenmesi mümkün hale gelmiştir.

³² Camcı, "Genel İşlem Koşulları" s. 9.

³³ Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, s. 24.

³⁴ Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, s. 26.

2.2. Genel İşlem Koşullarının Tanımı, Hukukî Niteliği ve Unsurları

2.2.1. Genel İşlem Koşullarının Tanımı

Genel işlem şartlarına ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar yer almaktadır. *Tekinay* tarafından yapılan tanımda genel işlem şartları, “müteşebbisin ileride çok sayıda müşteri ile kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraşı alanına giren sözleşmelerin muhtevalarını önceden tek taraflı olarak tayin ettiği hükümler” olarak tanımlanmıştır.³⁵ *Eren* ise genel işlem şartlarını “taflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek başına hazırladığı ve sözleşmenin yapımı sırasında sözleşmenin karşı tarafına sunulan standartlaşmış sözleşme hükümleri” olarak nitelendirmiştir.³⁶ *Akıntürk* tarafından ortaya konulan tanımda ise genel işlem şartlarının karakteristik özelliğine dikkat çekilmiş ve sözleşme taraflarından birinin önceden ve tek taraflı olarak düzenlendiği ve sözleşme kurulurken karşı tarafa tartışma imkânı vermeksizin sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır.³⁷

6098 sayılı Kanun ile yapılan tanıma mehz Alman hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin yapılan tanıma uyumlu olarak hazırlandığı görülmektedir. BGB §305/1’e göre genel işlem şartları “sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartları” olarak tanımlanmıştır.³⁸ Keza TBK’nin 20. maddesinin birinci fıkrasında genel işlem şartları, “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, *tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmıştır.

2.2.2. Genel İşlem Şartlarının Hukuki Niteliği

Genel işlem şartlarının hukuk niteliğine ilişkin hukuki norm, objektif hukuk normu veya sözleşme teorisi gibi çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Genel işlem şartlarına ilişkin ilk düzenlemelerin ortaya çıktığı Alman Hukukunda şartların hukuki

³⁵ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 156.

³⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015), s. 215.

³⁷ Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, s. 48.

³⁸ Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 7; Görgeç, Başak. “Borçlar Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi,” s. 410.

niteliğinin hukuki norm olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü savunulmuştur. Genel işlem şartları biçiminde düzenlenecek sözleşme hükümlerinde kullanılan dilin kanun benzeri olması ve içeriğinin genel ve soyut nitelikte olması bu görüşün benimsenmesine neden olmuştur. Ancak genel işlem şartlarının hukuk normu olarak kabul edilmesi genel hukuk mantığına ve anayasal hukuk düzenine hakim olan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık gösterdiğinden bu görüş eleştirilmiştir. Çünkü kanun yapma yetkisi ancak meclise aittir ve bu yetki devredilemez niteliktedir. Bununla birlikte daha genel işlem şartlarında sözleşme özgürlüğünün tek taraflı olarak kullanılması sonucu genellikle kullanan kişi lehine karşı tarafın ise aleyhine hükümler içermektedir. Oysaki kanun koyucunun taraflar arasındaki dengenin korunmasını gözeterek hükümler getirmesi gerekmektedir.³⁹Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarının hukuki norm olarak nitelendirilmesi hukuk mantığıyla çoğu noktada uyuşmamaktadır.

Genel işlem şartlarının hukuki niteliğine ilişkin örf ve adet hukuku olarak değerlendirilebileceği fikri de ortaya atılmıştır.⁴⁰ Örf ve adet hukukuna ait kurallar toplumsal bir çevre tarafından konulmalı ve bu kurallar uzunca bir süre sürekli olarak tekrarlanan davranışlar olmalıdır. Örf ve adet kurallarının kanun koyucusu olarak yine toplumun kendisi kabul edilmelidir.⁴¹ Örf ve adet hukukunun bu tanımından hareketle genel işlem şartlarının örf ve adet kuralı olarak nitelendirilemeyeceği çok açıktır çünkü şartların kullanılması uzun süredir toplumsal bir uygulamadan ileri gelmiş değildir.⁴²

Genel işlem şartlarının hukuki niteliğine ilişkin hukuki norm ve örf ve adet hukukuna ait olduğuna dair nitelendirilmeler zayıflamış ve günümüzde hâkim olan görüş olarak

³⁹ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 157; Neslihan Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2011). s. 52.

⁴⁰ Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)*, 1. Baskı (İzmir: Adalet Yayınevi, 2018), s. 30; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 21; Camcı, “Genel İşlem Koşulları” s. 21.

⁴¹ Kemal Gözler, *Hukukun Temel Kavramları*, 8. Baskı, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), s. 23.

⁴² Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 101; Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 157.

“sözleşme teorisi” olarak ileri çıkmıştır.⁴³ Sözleşme teorisi gereğince genel işlem şartlarının hukuken değerlendirilebilir olması bu şartların sözleşme hükümleri olarak kullanılmasına bağlı olacaktır. Başka bir anlatımla genel işlem şartları ancak sözleşme içeriğine dâhil edilmesiyle değer kazanacaktır. Genel işlem şartlarının hukuk dünyasında sonuç doğurması içeriğini teşkil ettiği sözleşmenin karşı tarafça kabul edilmesine bağlıdır.⁴⁴

Genel işlem şartlarının tabi olacağı hükümler ve doğuracağı sonuçlar açısından hukuki niteliğinin doğru tespiti büyük önem taşımaktadır. Genel işlem şartlarının niteliğine ilişkin bir görüş birliği bulunmasa da kabul edilmesi gereken görüş sözleşme teorisi olmalıdır. Genel işlem şartlarının BGB’de yer alan “*çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartları*” TBK’de yer alan “*ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla*” ifadeleri genel işlem şartlarının asıl düzenleme amacının sözleşme içeriği oluşturmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu hükümlerin kanuni bir dil ile yazılması veya örf ve adet hukukunda olduğu gibi toplumda yaygın bir kullanıma sahip olması onun niteliğini değiştirmeyecektir. Son olarak genel işlem şartları ancak bunu kabul eden taraf için hüküm doğuracak sözleşme ilişkisi içerisinde yer alamayan kişiler için hak veya yükümlülük oluşturmayacaktır.⁴⁵

2.2.3. Genel İşlem Şartlarının Unsurları

Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem şartlarına ilişkin yapılan tanımdan hareketle bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak kabul edilebilmesi için bazı unsurların varlığı aranmaktadır. Genel işlem şartı kullanımına ilişkin denetimlerin devreye girmesi ve burada sağlanan korumalardan faydalanabilmek için şartların bu kanuni unsurları taşıyor olması gerekmektedir. Bu nedenle genel işlem şartları için öngörülen denetimlerin işletilebilmesi için öncelikle şartların, genel işlem şartları için aranan zorunlu unsurlara uygun olup olmadığına ilişkin bir ön denetim yapılması gereklidir. Söz konusu unsurlar kanunda yer alan objektif unsurlara göre belirlenecek olup, somut ilişkideki tarafların nitelikleri (tüketici, tacir gibi) göz önüne

⁴³ Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)*, s.30-31; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 218.

⁴⁴ Camcı, “Genel İşlem Koşulları” s. 28.

⁴⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 218.

alınamayacaktır. Bahsedilen unsurların başlıklandırılmasına ilişkin olarak ise doktrinde bir birlik söz konusu değildir. Kimi yazarlar 5 başlıkta incelemeyi uygun görürken⁴⁶ kimi yazar 4 başlığa ayırmayı tercih etmiştir.⁴⁷

Biz de genel işlem şartlarını dört unsura ayırarak incelemeyi uygun görmekteyiz. Bu unsurlar:

1. *Sözleşme Hükümü Olması*
2. *Önceden ve Tek yanlı Olarak Hazırlanarak Karşı Tarafa Sunulması*
3. *Genel ve Soyut Nitelikte Olması*
4. *İleride Çok Sayıda Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanması*

2.2.3.1. Sözleşme Hükümü Olması

Genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın, bu şartlara işlerlik kazandırabilmesi için bu şartları bir sözleşmede kullanması gerekmektedir. Genel işlem şartlarının tanımlandığı TBK m. 20'deki "tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" ifadesinden de genel işlem şartlarının sözleşme içerisinde yer alması gerektiği anlaşılmaktadır.

Genel işlem şartlarının kullanacağı sözleşmelerin tipi, türü, konusu ve niteliği şartların sözleşme hükümü olması açısından önem taşımamaktadır. Sözleşmenin konusu, eşya hukukuna ait olabileceği gibi bir alım satım işlemine de ilişkin olabilir veya uygulamada en çok karşılaşılan alanlardan biri olan finans kuruluşlarının işlemlerine ait sözleşmelerde yer alabilecektir. Aynı zamanda sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı niteliğini kazanabilmeleri objektif unsurlara göre belirlenecek olup, bu konuda sözleşmenin tarafların meslekleri ve sıfatları, tacir veya tüketici olup olmadıkları önem taşımayacaktır.⁴⁸

⁴⁶ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 62; Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 74; Bilmiş, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması" s.9; Özgür, "Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar" s. 10; Özuysal, "Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar" s. 54

⁴⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 218-220.

⁴⁸ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 62; Özgür, "Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar" s. 10; Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 12;

Genel işlem şartların yer alacağı sözleşmeler genellikle özel hukukta sonuç doğurmak amacıyla hazırlanır.⁴⁹ Söyle ki genel işlem şartlarının ileride daha detaylı açıklanacağı üzere şartları kullanacak tarafça hazırlanması gerekmektedir. Buna göre sözleşme içerisinde tekrar edilen kanun, tüzük, yönetmelik gibi mevzuat hükümlerini genel işlem şartı olarak nitelendirmek mümkün değildir.⁵⁰

Sözleşmede hangi hükümlerin genel işlem şartlarıyla düzenlenmesi gerektiği, genel işlem şartlarının konusunun ne olduğu da şartların geçerliliği açısından önemi yoktur. Şöyle ki genel işlem şartlarıyla sözleşmenin asli unsurları düzenlenebileceği gibi tali/yan hükümleri de düzenlenebilecektir.⁵¹ Son olarak genel işlem şartlarının sözleşmenin metninde veya ekinde yer alması da önemli değildir.⁵²

2.2.3.2. Önceden Tek yanlı Hazırlanarak Karşı Tarafa Sunulması

Bir hukuki işlemde var olan şartların genel işlem şartı olarak nitelendirilmesi için aranan bir diğer unsurda taraflardan birince, genel işlem şartlarının sözleşme kurulmadan önce ve tek yanlı olarak hazırlanmasıdır. Nitekim bu durum TBK m. 20/1'de “...Önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” diyerek ifade edilmiştir. Kanunda yer alan genel işlem şartlarının sözleşme kurulmadan önce hazırlanması ile anlatılmak istenen şu şekilde izah edilebilir. Öncelikle genel işlem şartlarını hazırlayan taraf, hukuki ilişkide genellikle banka, sigorta şirketleri ve acenteler gibi güçlü taraf olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple genel işlem şartını kullanan taraf, sözleşmelere hâkim olan sözleşme özgürlüğünü ilkesini tek başına ve kendi lehine kullanarak, sözleşmelerin içeriğini (şartları) önceden belirleyerek kendini koruma altına almak ve riskleri karşı tarafa

Aynı görüşteki Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 11. HD. E. 2016/10425 K. 2018/4812 T. 26.6.2018 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

⁴⁹ Atamer, Yeşim. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Ağustos 2005, S:4, s.109 vd. s.63; Akt: Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 9.

⁵⁰ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 62.

⁵¹ Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 91; Camcı, “Genel İşlem Koşulları” s. 20; Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” s. 64.

⁵² Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, s. 50.

yüklemek istemektedir.⁵³ Bu şekilde hazırlanan genel işlem şartlarıyla kullanıcı, şartlarını sözleşme kurulmadan önce belirleyerek karşı taraftan bu şartlara uymasını bekleyecek ve karşı tarafa kabul veya retten başka bir seçenek sunmayacaktır. Zaten niteliği gereği genel işlem şartları da tartışmaya açık veya yapılan görüşmeler sonucunda belirlenebilecek bir yapıya sahip değildir. Bu anlamda genel işlem şartlarının taslak bir sözleşme içeriği olarak sunulması ve taraflarca tartışılarak son halinin verilmesi mümkün değildir. Başka bir anlatımla, sözleşme içeriğine dâhil edilen genel işlem şartları karşı tarafa sunulurken bir müzakere amacıyla değil kabul edilip edilmediğini öğrenmek amacıyla sunulmaktadır.⁵⁴

Genel işlem şartlarının önceden hazırlanmış olması ile bu şartlarının yer aldığı sözleşmenin karşı tarafının kim olduğu bilinmeden hazırlanması gerektiğine işaret etmektedir. Bu unsur genel işlem şartlarının somut bir sözleşme için değil, ileride birçok sözleşmede kullanılacak nitelikte olmasını ifade etmektedir.⁵⁵

Günlük hayatta ve ticari ilişkilerde sıklıkla kullanılan genel işlem şartları kredi talepleri sonucunda yapılan anlaşmalarda, elektronik ortamda yapılan alışveriş tamamlanmadan önce sunulan sözleşmelerde veya sağlık kuruluşları tarafından sunulan sözleşmeler gibi birçok alanda karşımıza çıkmaktadır. İşte burada da görüldüğü üzere bahsi geçen sözleşme hükümleri karşı tarafın talepleri veya istekleri dikkate alınmadan ve sözleşme kurulmadan önce oluşturulmuş olup karşı taraftan kabul veya ret beyanını almaya yönelik olarak sunulmaktadır.

Son olarak kanunda yer alan “düzenleyen” kelimesi de hükmün yanlış anlaşılmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Düzenleyen kişi ile genel işlem şartlarını hazırlayan, oluşturan kişi anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu ifade ile genel işlem şartı kullanmak isteyen tarafın aynı zamanda şartları da bizzat hazırlaması gerektiği gibi bir sonuca ulaşmak mümkündür. Bu yüzden konu ile ilgili olarak bazı yazarlar “kullanma” ifadesinin kapsamının daha geniş olduğunu ve burada bu ifadenin

⁵³ Çağlar Özel, “Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği,” *Batıder, C. XX, S,* (1999): s. 54. Akt: Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 10.

⁵⁴ Camcı, “Genel İşlem Koşulları” s. 16; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.219.

⁵⁵ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 65; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 12.

kullanılması gerektiğine ilişkin eleştiriler getirmiştir.⁵⁶ Nitekim mehzaz teşkil eden Alman Hukukunda, “...bir sözleşenin (bunları kullananın) diğer sözleşene sözleşmenin kuruluşunda sunduğu, çok sayıdaki sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır.” şeklinde tanımlanarak, sözleşenin yani bunları kullanan kişi ifadesi tercih edilmiş ve kapsam geniş tutulmuştur. Alman Hukukundaki düzenleme ile genel işlem şartlarının kim tarafında hazırlandığının önemi yoktur. Ancak Türk Hukukundaki “düzenleyen” ifadesiyle genel işlem şartlarının üçüncü kişilerce hazırlanmasının mümkün olmadığı gibi bir sonuca varmak mümkün olacaktır.⁵⁷ TBK’de yer alan düzenleme böyle olmakla birlikte kanun koyucu tarafından TTK m. 55/1-f hükmünde, aynı durumu ifade etmek için düzenleyen kavramı yerine ‘genel işlem şartlarını kullananlar’ ifadesi kullanılmıştır.

Belirtmek gerekir ki lafzi yorumun aksine genel işlem şartlarının bizzat kullanan tarafından düzenlenmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Yani genel işlem şartları, kullanan kişi tarafından düzenlenmiş olabileceği gibi, bir üçüncü kişi tarafından da, sözleşme öncesinde hazırlanmış olabilir. Nitekim uygulamada da sıklıkla karşılaşılan durum, genel işlem şartlarının kullanan kişi tarafından değil yetkin kişilere hazırlanarak kullanılmasıdır. Burada kullanıcı tarafından asıl yerine getirilmesi gereken husus, sözleşme şartlarının önceden düzenlenmesi ve karşı tarafın herhangi bir müdahalesinin olmamasıdır.⁵⁸

Standart sözleşme bahsinde de üzerinde durulduğu üzere sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem şartları olarak kabul edilmesi hükümlerin “tek taraflı” olarak hazırlanmasına bağlıdır. Nitekim kanunda bu durum “...tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklinde ifade edilmiştir. Kanunda yer alan tek başına ifadesi ile anlatılmak istenen genel işlem şartlarının hazırlanmasında

⁵⁶ Atamer, “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi,” s. 81; Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı,” s. 15; Umut Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi,” (TBB Dergisi, 2013) s. 79.

⁵⁷ Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” s. 54.

⁵⁸ Camcı, “Genel İşlem Koşulları” s. 17; Görgeç, “Borçlar Hukukunun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme,” s. 412; Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı,” s. 14.

karşı tarafın müdahalesine yer verilmemesi veya bu şartların tartışmaya konu edilmemesidir.⁵⁹

Genel işlem şartları sözleşmenin her iki tarafın yaptığı görüşmeler sonunda kurulma aşamasında belirlenip kabul edilen hükümler değil, aksine düzenleyen tarafın sözleşmenin kurulmasından önce tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu şartlardır.⁶⁰ Aksi durumda yani tarafların görüşmeleri sonucunda sözleşmeye eklenen hükümler genel işlem şartı olma özelliğini yitirecek ve bireysel sözleşme hükmünü alacaktır.⁶¹ Bu anlamda uygulamada sıklıkla matbu halde kullanılan kredi sözleşmeleri veya sigorta sözleşmelerinde yer alan hükümlerin taraflar arasında yapılan bir müzakere sonucu ortaya çıkmadığı ve bu nedenle diğer şartları da taşıması halinde genel işlem şartı olarak kabul edilmesi gerektiği açık iken, bu sözleşmelere konulan şerhlerin genel işlem şartı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda genel işlem şartları ihtiva eden standart sözleşmelere, taraflarca eklenen şerhlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Şöyle ki yukarıda da değinildiği üzere sözleşmeye eklenen şerhler, tarafların sözleşmeye ilişkin görüşmeleri sonucunda sözleşmeye dâhil edilmekte ve bu nedenle genel işlem şartı olarak kabul edilemeyecektir. Aynı zamanda söz konusu şerhlerin, ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olma unsurunu da taşımadığını belirtmek gerekmektedir. Söz konusu durumu daha iyi açıklamak adına “sözleşmenin feshi halinde tüketicinin sözleşme bedeline ek olarak cezai şart ödeyeceği maddesine, tüketicinin ilgili bu maddeye şerh düşerek, kabul edilmediğini belirtmesini” örnek olarak göstermek mümkündür. Bu durumda sözleşmeye eklenen şerh hükmü sözleşmeyi düzenleyen tarafından tek başına değil taraflarca yapılan görüşmeler sonucunda sözleşmeye eklenmiştir. Bu nedenle bu hükmün, bir genel işlem şartı olarak değil, bireysel sözleşme hükmü olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁵⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 11.

⁶⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219.

⁶¹ Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 87; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 12.

Son olarak genel işlem şartlarının mutlaka yazılı olarak hazır bulundurulması gerekmemektedir. Her ne kadar şartlar genellikle yazılı şekilde kullanılıyor olsa da sözleşmenin kurulmasından önce belirlenmiş olması şartıyla, yazı hale getirilmiş olması şart değildir.⁶²

2.2.3.3. Genel ve Soyut Nitelikte Olması

Genel işlem şartları sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanmış olmalıdır. Bu sebeple sözleşmenin içeriğini teşkil eden bu şartlar hazırlanırken şartların kimlere sunulacağı yani sözleşmenin karşı tarafı belirli değildir. Bu nedenle genel işlem şartları bir kişiyi esas alarak hazırlanamayacaktır. Genel işlem şartlarının genel nitelikte olması zorunluluğu da buradan doğmaktadır. Başka bir anlatımla genel işlem şartları belirli bir kişi gözetilerek değil belirsiz bir kişi için hazırlanmalı ve bu sebeple genel nitelikte olmalıdır.⁶³

Genel işlem şartlarının soyut nitelikte olması ise yine şartların kullanım amacından ileri gelmektedir. Genel işlem şartlarının kullanım amacı TBK’de “*ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla*” ifadesi ile ortaya konmuştur. Bu anlamda şartlar ileride benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlandıkları için soyut nitelikte olması gerekmektedir.⁶⁴ Şartların soyut nitelikte olması ile kastedilen ise genel işlem şartlarının düzenlenme aşamasında zaman ve yer bakımından tamamen belirsiz bir sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmalarını ifade etmektedir.⁶⁵

Sözleşme içerisinde kullanılacak genel işlem şartlarının genel ve soyut nitelikte olmasına ilişkin olarak genel işlem şartlarının kullanımının en sık karşılaşıldığı kredi sözleşmeleri örnek gösterilebilir. Bu tarz sözleşmelerde yer alan hükümlerde

⁶² Ömer Çınar, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, (İstanbul: 12 levha Yayıncılık, 2009), s. 55; Mustafa Sencer Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013): s. 731.

⁶³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219; Yiğit Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2018). s. 17; Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” s. 56.

⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219.

⁶⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219; Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 17.

tarafardan genellikle herhangi bir kişi veya kurum akla gelmeyecek şekilde banka ve müşteri olarak bahsedilmektedir. Yine sözleşme içerisinde yer alan maddeler de genel işlem şartlarının genel ve soyut olma unsuruna uygun olarak hazırlanmaktadır. Örneğin taraflar arasında akdedilecek kredi sözleşmesinde yer alan vergi ve masraflar hususuna ilişkin olarak “Müşteri ve Kefiller, doğabilecek tüm vergi ve masrafların ait olduğu tarihteki taksitle birlikte ödeneceğini şimdiden kabul ve taahhüt eder.” gibi soyut ve genel ifadeler ile oluşturulmaktadır.

2.2.3.4. İleride Çok Sayıda Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanması

Genel işlem şartları, düzenleyen tarafından ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla ve içerik açısından buna uygun olarak hazırlanmalıdır. Nitekim bu durum TBK m. 20/1’de “düzenleyenin ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla” denilerek ifade edilmiştir. Ancak burada fiili bir kullanımdan değil, şartların hazırlanırken dikkate alınması gereken amaçtan bahsedilmiştir. Yani genel işlem şartlarının ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olması yeterli olup bu şartların fiilen kullanılmış olması gerekmemektedir.⁶⁶ Kullananın sözleşme hükümlerini ileride birden çok sözleşmede kullanmak üzere hazırladığını anlamak için belirli bir kıstas yoktur. Yargıtay konuya ilişkin olarak şartların yer aldığı sözleşmenin matbu bir metin haline getirilmesi ve genel ve soyut ifadelerle oluşturulmuş olmasını bu unsurunun yerine getirilmesi için yeterli olduğunu kabul etmiştir.⁶⁷ Kanunda yer alan bu düzenlemenin mefhum-u muhalifinden hareketle tek seferlik bir kullanım için hazırlanan şartların genel işlem şartı özelliği kazanamayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Bu unsurla ilgili bir diğer önemli hususta unsurun geçerliliği için asgari bir kullanım sayısının öngörülüp öngörülmediğidir. Konuya ilişkin olarak Alman Hukukunda “çok sayıda sözleşmede kullanım” şartının gerçekleşmesi için genel işlem şartlarının

⁶⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 218; Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” s. 58.

⁶⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2016/13088 K. 2018/563 T. 23.1.2018 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

asgari olarak üç kez kullanılması gerektiği öngörülmüştür.⁶⁸ Ancak hukukumuzda böyle bir asgari kullanım sayısı öngörülmemiştir.

TBK'nin 20. maddesinde genel işlem şartlarının tanımı ve unsurlarının belirlenmesi ile birlikte bu unsurların geçerliliğini etkilemeyecek hususlara yer vermiştir. Genel işlem şartlarının unsurlarına ilişkin değerlendirmeyi tamamlamadan önce kanunda yer alan bu hükümlere değinmekte fayda vardır.

İlk olarak yukarıda belirttiğimiz gibi genel işlem şartlarından söz edebilmek için birden çok sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması gerekmektedir. Bu nedenle birden çok sözleşmede kullanılan şartların ilk bakışta aynı olması gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Ancak burada aranan “aynı olma” şartı ile tıpa tıpa bir benzerlik kastedilmemektedir.⁶⁹ Nitekim kanun koyucu bu durumu TBK m. 20/2’de “aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.” diyerek ifade etmiştir. Kanun koyucu burada kanun hükmüne karşı hileyi engellemeye çalışmış ve düzenleyenin önemsiz değişiklikler ile genel işlem şartları denetiminden kurtulmanın önüne geçmek istemiştir. Hüküm doğrultusunda karşı tarafa sunulan şartların genel işlem şartları olarak kabul edilebilmesi için özdeş olması beklenmeyecektir.

Kanun koyucu tarafından genel işlem şartlarına ilişkin önemsiz sayılacak bir diğer davranışta genel işlem şartlarının içeriğine dair olarak TBK m. 20/1’de düzenlenmiştir. Madde hükmünde “Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli nitelendirmede önem taşımaz.” denilerek sözleşme metninde kullanılmak istenen genel işlem şartların tamamının veya bir kısmının sözleşme metninde veya ekinde değişik karakterlerle yazılarak emredici kanuni düzenlemelerin kapsamının dışında kalabilmenin önlenmesi amaçlanmıştır.⁷⁰ Bu anlamda örneğin otobüs veya uçak yolcu taşıma biletlerinin arkasında yer alan şartlarda genel işlem şartı olarak kabul edilebilecektir.⁷¹ Yine aynı kanun

⁶⁸ Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” s. 58; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 14; Camcı, “Genel İşlem Koşulları” s. 21.

⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 220.

⁷⁰ TBK m. 20 Gerekçe.

⁷¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 217.

maddesinden hareketle sözleşmelerde yer alan koşulların genel işlem şartı olarak nitelendirilebilmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmediğini söylemek doğru olacaktır.⁷² Bu anlamda genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmeler uygulamada çoğunlukla matbu halde kullanılıyor olsa da söz konusu sözleşmelerin sözleşmeyi kullanan tarafından el yazısı ile hazırlanmış olması, genel işlem şartlarının tarafların bireysel görüşmeleri sonucunda hazırlandığını kabul etmek için tek başına yeterli olmayacaktır.

Sözleşme hükümlerinin bireysel sözleşme hükmü veya genel işlem şartı olarak kabul edilmesinde, taraflardan birinin sözleşme hükümlerini sözleşme kurulmadan önce ve karşı tarafın müdahalesi olmadan belirleyip belirlemediği temel kıstas olacaktır. Bu doğrultuda genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşme hükümlerinin kullanan tarafından matbu olarak değil de el yazısı ile hazırlanarak kullanılması sadece bu özelliği nedeniyle söz konusu hükümleri genel işlem şartı olmaktan çıkararak bireysel sözleşme hükmü olarak kabul edilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu değerlendirme için asıl bakılması gereken hususlar, şartların hazırlanmasında karşı tarafa bu şartlara müdahale imkanının tanınıp tanınmadığına, müzakere edilip edilmediğine ve TBK m.20’de yer alan unsurların var olup olmadığıdır.

Kanun koyucu tarafından alınan önlemlerden bir diğeri 20. maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Fıkra da yer alan hükme göre “*genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*” denilerek genel işlem şartlarına ilişkin uygulamada sıkça sorun yaratan bu durum düzenleme altına alınmıştır. Kanunun gerekçesinde uygulamada sıkça standart sözleşmelerin gerçeğin aksine sözleşmede yer alan hükümlerin her birinin okunduğuna, tartışıldığına ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin kayıt düşüldüğünden bahsedilmiştir.⁷³ Ancak genel işlem şartların bireysel sözleşme hükmü halini alabilmesi için bu neviden kayıtların varlığı yeterli olmayacak; sözleşmedeki bütün hükümlerin taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılarak aynen veya kısmen değiştirilmesi ve mevcut şartlarda, karşı tarafın, yapılan öneriyi tümüyle tartışmak,

⁷² Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi.” s. 81.

⁷³ TBK m. 20 Gerekçe.

pazarlık etmek olanağına sahip olması gerekmektedir.⁷⁴ Özetle bireysel görüşmenin varlığını kabul edebilmek için, kanunun düzenleyici hükümlerinden sapan hükümler müşteriye sunulmalı ve bunlarla müzakereye açık olduğu ciddi biçimde ortaya konulmalıdır. Ancak TBK'nin ilgili maddelerinde, genel işlem şartlarında ispat yüküne dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle bunun yapıldığının ispatı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan genel ispat kuralı gereğince düzenleyen tarafından yapılmalıdır.⁷⁵ Konuya ilişkin olarak ortaya konulan Yargıtay görüşünde de, söz konusu şartların müzakere edildiğinin ispatının sözleşmeyi hazırlayan tarafça yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna ilişkin olarak TKHK m. 5/3'de yer alan hükümden hareketle önceden ve çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanmış ve belirli bir kısmı boş bırakılan sözleşme hükümlerinin müzakere edilmeden oluşturulduğunu kabul etmiştir. Sözleşme hükümlerinin müzakere edildiğini ispat etmek isteyen taraf bunun için ticari ve e-posta yazışmaları, fakslar, sözleşme taslaklı vs. sözleşme metni dışındaki ispat vasıtalarını kullanabilecektir. Müzakere edilerek belirlenen sözleşme hükümleri, bireysel sözleşme hükümleri sayılacak ve genel şartlarına ilişkin öngörülen hükümlere tabi olmayacaktır.⁷⁶

Genel işlem şartlarına ilişkin alınan son önlem ise sundukları hizmeti kanun veya yetkili makamlarca sunan kişilerin sundukları sözleşme hükümlerine ilişkindir. Bu husus TBK m. 20/4'de "*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*" denilerek belirtilmiştir. Söz konusu hüküm ile birlikte kanun veya yetkili makam izniyle yürütülüyor olsa bile kurum veya kişilerce sunulan sözleşme hükümleri, genel işlem şartları için öngörülen emredici hükümlere tabi olacaktır. Bu düzenleme ile birlikte kamu tüzel kişileri tarafından sunulan hizmetlere ilişkin sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları TBK hükümlerince sağlanan genel işlem

⁷⁴ Camcı, "Genel İşlem Koşulları" s. 25.

⁷⁵ Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı," s. 31; İsmail Atamulu, "Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2018): s. 117-118.

⁷⁶ Yargıtay 11. HD. E. 2016/10425 K. 2018/4812 T. 26.6.2018 www.kazancı.com (ET: 10.05.2020)

şartları denetimine tabi hale gelmiştir. Son olarak belirtmek gerekir ki sözleşme koşullarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması uygulama açısından bir farklılık doğurmayacaktır.⁷⁷ Bu duruma belediyeler ve aboneler arasında yapılan ve su temini hizmetini konu alan abonelik sözleşmeleri örnek gösterilebilir. Şöyle ki, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde belirtildiği üzere su hizmetinin belediyeler veya belediyelerce görevlendirilen su ve kanalizasyon idarelerince yapılması gerekmektedir. İşte bu durumda su temini hizmetini konu alan sözleşmeleri hazırlayan taraf kamu tüzel kişileri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak TBK m. 20/4'de belirtildiği üzere bu sözleşmelerde yer alan hükümlerin genel işlem şartı niteliği taşıması halinde taraflardan birinin örnekte gösterildiği gibi belediye veya bir başka kamu tüzel kişisi olması genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin işletilmesine engel teşkil etmeyecektir. Başka bir deyişle şartları hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, şartların TBK anlamında genel işlem şartları olarak nitelendirilmesi halinde genel işlem şartlarına ilişkin denetimlerin uygulanmasında bir farklılık oluşturmayacaktır.

Yukarıda bahsedilen ve kanun koyucu tarafından genel işlem şartlarına ilişkin hileli davranışlarla sözleşmenin koşullarının denetim dışında bırakılmasının önüne geçmek amacıyla getirilen hükümler, doktrinde dolanma yasakları olarak da adlandırılmaktadır.⁷⁸

2.3. Genel İşlem Şartları Kullanımının Faydaları ve Sakıncaları

2.3.1. Faydaları

Genel işlem şartının kullanıcısı, sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanan şartları karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriğine dâhil etmek isteyen kişi olarak tanımlanabilir.⁷⁹ Genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmeleri kullanmanın kullanıcıya sağladığı ilk fayda olarak zaman tasarrufu söylenebilir. Girişimcilerin üretim yahut hizmet kapasitelerinin sanayi devrimiyle ciddi şekilde artması, tüketiciler ile aralarında çok sayıda benzer anlaşmanın süratli bir şekilde yapılması

⁷⁷ TBK m. 20 Gerekçe.

⁷⁸ Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)*, s.119; Bilmiş, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması" s. 13.

⁷⁹ Kara, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri," s. 733.

ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle girişimler sözleşmelerin kurulması sürecinde geçen vakti azaltmak amacıyla sözleşmelerinde genel işlem şartları kullanmaya başlamışlardır. Genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmeler, hızlıca akdedilmesi nedeniyle zamandan tasarruf edilmesini sağlamak ve böylece kullanıcılarına hukuki ilişkilerinde zaman kazandırmaktadır.⁸⁰ Şöyle ki genel işlem şartları daha öncede belirtildiği üzere sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış olmalıdır ve bu nedenle sözleşme hükümler üzerinde müzakere veya pazarlık süreçleri yürütülmeden akdedilmekte ve bu sayede kullanıcılarına hukuki işlemlerinde hız kazandırmaktadır.

Genel işlem şartlarının kullanıcılarına sağladığı bir başka fayda da genel ve soyut nitelikte hazırlanmaları nedeniyle standardizasyon ve rasyonalizasyon sağlamalarıdır.⁸¹ Özellikle banka, sigorta acenteleri, seyahat ve taşıma işletmeleri gibi⁸² büyük girişimcilerin her müşterisi ile farklı farklı sözleşme yapma imkanı bulunmamaktadır ve bu nedenle sözleşmelerinde sıklıkla genel işlem şartları kullanılmaktadır. Her gün onlarca sözleşme imzalayan bu tarz girişimciler, bu sözleşmelerinde genel işlem şartları kullanarak hem sözleşmeler arasında ortaya çıkabilecek ciddi farklılıkların önüne geçerek müşterilerine eşit şartlar sunmuş olacak hem de sözleşmede yer alması gerekli hususların unutulması engellenecektir.⁸³

Genel işlem şartların kullanıcılarına sağladığı faydalarının yanında sözleşmenin karşı tarafına sunduğu faydalardan da bahsetmek mümkündür. Bunlardan en önemlisi olarak genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmelerin öngörülebilir olması gösterilebilir. Şartların sözleşme kurulmadan önce hazırlanması, kanuni düzenlemelerle denetim altına alınması, metinleri daha açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesine neden olacak ve sözleşme ilişkisinin daha sağlıklı, açık ve şeffaf

⁸⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 215; Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*,s.82; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 23.

⁸¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 215; Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 11.

⁸² TBK m. 20 Gerekçe.

⁸³ Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 23;Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 11.

olmasını sağlayacaktır.⁸⁴ Bununla birlikte genel işlem şartlarının sunulduğu taraf şartların hazırlanması aşamasında müdahale imkânına sahip olmadığı için genel işlem şartlarını kullanan tarafa göre zayıf konumdadır.⁸⁵ Bu nedenle TBK'nin genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri şartlar kendisine sunulan zayıf tarafı korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu anlamda genel işlem şartları her ne kadar düzenleyen tarafından kendi menfaatlerini korumak amacıyla hazırlanmış olsa da kanun koyucu da kanun hükümlerini zayıf tarafın menfaatini gözeterek hazırlamaktadır. Örneğin TBK m. 22 uyarınca sözleşmede genel işlem şartlarına ilişkin denetimin ardından yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmeden çıkarılması halinde geriye kalan hükümler ile sözleşme ayakta kalmaya devam edecek ve düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümler ile sözleşme yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir. Aynı zamanda TBK'nin 25. maddesinde kanun koyucu genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler koymasını engellemiştir. Bu hükümler doğrultusunda genel işlem şartların sunulduğu taraf her ne kadar ilişkide zayıf konumda bulursa da kanun koyucu tarafından öngörülen denetim mekanizmaları ve yaptırımlar sayesinde taraflar arasında denge sağlanmış olacaktır. Bu bağlamda çoğu zaman bu yaptırımların uygulanması zayıf durumundaki diğer tarafın faydasına sonuçlar doğurmaktadır.

Her zaman taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygun kanuni düzenleme bulunması mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda ortaya çıkan boşluğun örf ve adet hukukunda yer alan hükümlerle doldurulması yerine genellikle alanında uzman kişilerce oluşturulan genel işlem şartlarıyla doldurulması sözleşmeyi kabul eden tarafın lehine olacaktır. Taraflar kanunlarda yer alan boşlukların yol açacağı

⁸⁴ Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, s. 63-64; Özgür, "Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar" s. 17; Bilmiş, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması" s. 24.

⁸⁵ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 62; Akın Ünal, Emre Köroğlu, "Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (1995): s. 534.

güvensizlik ve belirsizlik hallerini kabul ettiği genel işlem şartlarıyla ortadan kaldıracak ve her iki taraf da bundan fayda sağlayabilecektir.⁸⁶

2.3.2. Sakıncaları

Standart sözleşmenin içeriğini oluşturulan genel işlem şartları hazırlanırken taraflara tanınan sözleşme serbestisi şartları hazırlayan tarafça kullanılır ve karşı tarafa yalnızca “evet” veya “hayır” diyebilme imkanı verilmektedir. Burada sözleşmenin sunulduğu tarafın “evet ama” diyerek hükümlere etki etme şansı bulunmamaktadır.⁸⁷ Bu sebeple hükümleri hazırlayan taraf bütün olasılıkları ve riskleri göz önüne alır ve genellikle kendi çıkarlarını koruyan hükümler hazırlamaktadır.⁸⁸ Böyle bir durumda genel işlem şartlarının kullanıcısı aleyhine sonuçlar doğurması pek beklenmemektedir. İlişkideki menfaat dengesinin bu denli bozulması nedeniyle hukuki mekanizmalar devreye girecek ve sözleşme ilişkisinde genel işlem şartlarını kullanan tarafa kıyasla daha zayıf olan taraf kanunla koruma altına alınacaktır.⁸⁹ Bu anlamda standart sözleşmelerin kullanımını nedeniyle ihlal edilen sözleşme özgürlüğünün yeniden tesisi, zayıf tarafın korunması, dürüstlük kuralına aykırılığın giderilmesi ve kamu düzeninin yeniden sağlanması için genel hukuk ilkeleri ve TBK’de yer alan hükümler devreye girecek ve yargısal denetime esas teşkil edecektir.⁹⁰

Kullanıcının genel işlem şartlarını belirlemedeki serbestisini sınırlamak amacıyla yapılan düzenleme TBK m. 21’de yer almaktadır. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere sözleşmenin geçerliliği için kullanıcı tarafın yapması gereken bir takım yükümlülükler belirlenmiştir.⁹¹ Kanun koyucu genel işlem şartlarının kullanılmasını şartları kullanacak tarafın bu koşulların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi

⁸⁶ Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması”s. 24; Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları*,s. 64; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 17.

⁸⁷ TBK m. 20 Gerekçe.

⁸⁸ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* s. 159.

⁸⁹ TBK m. 20 Gerekçe; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 24.

⁹⁰ Antalya, Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul, 2019, s. 474.

⁹¹ TBK m. 20 Gerekçe.

vermesine ve karşı tarafın bu şartları öğrenip kabul etmesine bağlamıştır. Öngörülen şartların gerçekleşmemiş olması durumunda kanun koyucu “yazılmamış sayılma” yaptırımını öngörmüştür. Bu yaptırım ile hükümler sözleşme içeriğine hiç dâhil edilememiş sayılacak ancak sözleşmenin geri kalanı geçerliliğini koruyacaktır. Kullanıcı aleyhine de risk burada ortaya çıkacak; kullanan taraf yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşme dışında bırakılması halinde, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir. (TBK m. 22)

Öte taraftan, karşı taraf için genel işlem şartları içeren sözleşmelere taraf olmak birçok riski de beraberinde getirecektir. Genel işlem şartları bireysel sözleşmelerde uygulanan irade özgünlüğünden yoksun olarak, tarafların sözleşme hükümleri üzerinde pazarlık ve tartışma aşamaları olmadan oluşturulmaktadır. Bu şekilde girişimci tarafından tek taraflı olarak hazırlanan şartlar ile girişimci kendi çıkarlarını koruma altına almak ve olası olumsuz durumları karşı tarafın sorumluluk alanına bırakmak istemektedir. Buna karşılık karşı tarafın bu şartlara itiraz veya değişiklik talep etme hakkı bulunmadığı için ya şartları kabul edecek ya da kabul etmeyerek sözleşmeyi kurmayacaktır.⁹² Bu da karşı taraf için bir sakınca doğurmaktadır.

Uygulamada kullanılan genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmeler genellikle uzman kişilerce hazırlanmakta, bu yüzden çok uzun ve içerik olarak anlaşılması kimi zaman güç olabilmektedir. Bu sebeple şartların sunulduğu taraf sözleşmeleri okumadan kabul etmekte veya okusa bile tam olarak kavrayamadığı için aleyhe hükümlerin farkına varamamaktadır.⁹³

Genel işlem şartı kullanımı ile karşı taraf için ortaya çıkabilecek bir diğer sakınca da kanun koyucu tarafından sözleşmelerde düzenlenmeyen eksik yerlerin giderilmesi amacıyla konulmuş yedek (tamamlayıcı) hükümlerin işlevsiz hale gelmesidir.⁹⁴ Kanun koyucunun taraflar arasındaki menfaat dengesini korumaya yönelik olarak

⁹² Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* s. 160; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 25.

⁹³ Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, s. 66 vd; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 26; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 24.

⁹⁴ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* s. 160.

öngördüğü yedek hukuk kurallarının kullananın irade özgürlüğünü tek taraflı olarak kullanarak oluşturduğu genel işlem şartlarını kendi menfaatine göre düzenlemek suretiyle, yedek hukuk kurallarını kullanım dışı bırakması, menfaat dengesini ortadan kaldırması genel işlem şartı kullanmanın bir başka sakıncasıdır.⁹⁵

2.4. Genel İşlem Şartlarının Uygulama Alanı

TBK ile düzenleme altına alınan genel işlem şartlarına, kanunun 20 ile 25. maddeleri arasında yer verilmiştir. İlgili maddeler ile genel işlem şartlarının tanımına, unsurlarına, kapsamına ve kullanımına ilişkin çeşitli denetimlere yer verilmesine karşın şartların uygulama alanına ilişkin bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Buna karşılık söz konusu kanuna mehz teşkil eden BGB’de uygulama alanına ilişkin bir takım özel düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin BGB §310/4’de genel işlem koşullarına dair hükümlerin aile, miras, şirketler hukuku, toplu iş, işyeri ve hizmet sözleşmelerinde uygulanamayacağı kaleme alınmıştır.⁹⁶

Hukukumuzda genel işlem şartları hakkında ana düzenleme olan TBK’de, şartların uygulama alanına ilişkin düzenlemenin yer almaması nedeniyle genel işlem şartları hakkındaki düzenlemelerin uygulama alanları doktrinde değerlendirilmiş ve kişi, konu ve zaman bakımından üç başlıkta ele alınmıştır.⁹⁷ Buradaki incelemede bu ayırım esas alınarak yapılacaktır.

2.4.1. Kişi Bakımından Uygulama

TBK’de genel işlem şartlarına ilişkin m. 20-25’de yer alan hükümler kural olarak her türlü sözleşme ilişkisinde uygulama alanı bulabilecektir. Hükümlerin uygulanması bakımından sözleşme taraflarının işçi, işveren, gerçek ya da tüzel kişi, tüketici, tacir, esnaf gibi sınıflar taşıması bir önem taşımayacaktır.⁹⁸ Kural bu olmakla birlikte kişi

⁹⁵ Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 19; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 26.

⁹⁶ Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları*, s. 69; Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 21.

⁹⁷ Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. v; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. ii.

⁹⁸ Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,” s. 77; Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 21.

bakımından uygulamada çeşitli istisnalardan bahsetmek mümkündür. Bu istisnalar, TBK'nin genel işlem şartları açısından genel hüküm teşkil etmesi sebebiyle şartlara ilişkin diğer kanunlarda özel hükmün yer alması halinde bu özel hükümlerin uygulama alanı bulması ile ortaya çıkmaktadır.

Genel işlem şartlarının kişi bakımından uygulamasında tartışmaya sebep olan grupların başında tacirler gelmektedir. Tacirlerin genel işlem şartlarına ilişkin genel hükümlerden yararlanıp yararlanmayacağına dair tartışma TTK m. 18/2'de tacir olmanın sonuçlarından biri olarak düzenlenen "basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünden" kaynaklanmaktadır. Ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli davranması gereken tacirler hakkında genel işlem şartları hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa hangi şartlar ve sınırlar dâhilinde uygulanacağı tespit edilmesi gereken bir meseledir.

Mukayeseli hukukta yapılacak incelemede tacirlerin genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden yararlanabilmesinin sınırlamalara tabi tutulduğu görülmektedir. Örneğin mehaz teşkil eden Alman hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin hükümler bakımından tacirlerin korunmasına ilişkin sınırlandırma getirilmiştir. Gerçekten de BGB §310/1 hükmüne göre, genel işlem şartlarında yürürlük denetimine ilişkin BGB §305/2, 3 ve §308-309 hükümleri, işletmeci, tacir veya esnafa uygulanmayacaktır.⁹⁹

Hukukumuzda ise tacirlerin genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden yararlanabileceğine ilişkin incelemeyi çalışmamızın konusuna paralel olarak haksız rekabetin ortaya çıktığı ve çıkmadığı hallerdeki durumu göz önüne alarak incelemekte fayda vardır.

Öncelikle TTK m. 55/1-f'de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanımı haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Bu halde tacirin durumuna ilişkin doktrinde görüş ayrılıkları vardır. İlk görüşe göre sözleşmeler bakımından TTK m. 55/1-f hükmünün öncelikle uygulanacağı ancak boşluk bulunması halinde TBK hükümlerinin uygulanacağı yönündedir.¹⁰⁰ Doktrinde diğer bir görüş ise genel

⁹⁹ Ersöz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması," s. 96; Özgür, "Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar" s. 24.

¹⁰⁰ Oğuzman ve Öz,*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 165; Ersöz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması," s. 91.

işlem şartları yürürlük, içerik ve yorum denetimlerinin TBK m. 20-25 ve TKHK m. 5 ile yapıldığını, TTK m. 55/1-f ile haksız rekabete ilişkin denetim yapılacağı gerekçesiyle tacirler arasındaki işlemlerde veya ticari sözleşmelerde sadece TTK m. 55/1-f'in uygulanmasının söz konusu olmayacağı belirtilmektedir. Bu görüş TTK m. 55 ile beraber TBK'nin uygulanacağı şeklinde anlaşılmaktadır.¹⁰¹ Son olarak savunulan diğer bir görüş genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet oluşturması halinde TTK m. 55 vd. hükümlerinin sağladığı imkânların kullanılmasının yanı sıra TBK m. 20-25 ve ya TKHK m. 5 düzenlemelerine dayanarak sözleşmenin geçersiz kısımlarının tespitinin de istenebileceği belirtilmektedir.¹⁰²

Kanaatimiz de ilk görüşün uygulanabilir olduğu yönündedir. Yani genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil ettiği ticari iş ve işlemlerde tacirler açısından öncelikli olarak TTK'da yer alan hükümler ve burada öngörülen yaptırımlar uygulama alanı bulacak; boşluk olması halinde TBK'de yer alan genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Haksız rekabet niteliği taşımayan genel işlem şartları içeren ticari sözleşmeler yönünden ise TBK'de yer alan genel hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı incelenmelidir. Konuyla ilgili olarak yine doktrinde çeşitli görüşlerin varlığından bahsetmek mümkündür. Bir görüşe göre TBK'de düzenlenen genel hükümlerin özel kanunlarda yer alan düzenlemeler istisna olmak üzere tarafların gerçek ya da tüzel kişi olmaları fark etmeksizin tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanması gerektiğini söylemektedir.¹⁰³ Bir diğer görüş ise talep şartı öngörmüş, söz konusu hükümlerin uygulanmasını özellikle tüketici işlemleri dışındaki ticari olsun olmasın her türlü sözleşmede düzenleyen karşısında yer alan tarafın talep etmesi şartına bağlamıştır.¹⁰⁴ Doktrinde bunların aksine geliştirilen bir diğer görüşte ise tacirlerin genel işlem şartlarına karşı korunmasının TTK ile düzenleme altına

¹⁰¹ Ersöz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması," s. 91.

¹⁰² Ersöz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması," s. 92.

¹⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 217; Ersöz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması," s. 93.

¹⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 217.

alınan haksız rekabet hali ile sınırlandırıldığı ve bunun dışında tacirlerin genel işlem şartlarına karşı korunmasının söz konusu olamayacağı belirtilmiştir.¹⁰⁵

Tacirlerin, her ne kadar basiretli davranma yükümlülükleri bulunsa da tek taraflı olarak hazırlanan ve sunulması halinde yalnızca “evet” veya “hayır” deme olanağının olduğu birtakım sözleşme hükümleri nedeniyle TBK m. 20-25’in uygulama alanı dışında bırakılmamaları hakkaniyete daha uygun olacaktır. Nitekim konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından ortaya konulan görüşte bu şekildedir. Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında “6098 sayılı TBK’nin uygulanması ile ilgili olarak kişi açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Yani genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler gerek tacirler gerekse tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) içinde uygulanabilecektir.” denilmiştir.¹⁰⁶ Ayrıca mehzaz teşkil eden Alman Hukukundan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu’nda, sözleşmenin tarafları açısından ayırım yapılmamış, tüketici yanında tacirlerin ve esnafın kapsam dışında tutulduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Genel işlem şartlarına dair düzenlemelerin uygulama alanı tüketiciler bakımından da incelenmelidir. Tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarına ilişkin, TKHK’nin 5. maddesinde “haksız şart” adı altında birtakım düzenlemeler getirilmiştir.¹⁰⁷ Aynı kanunun 3. maddesinde tüketici tanımı yapılmıştır. Tanıma göre tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle kanunda yer alan tanıma giren tüketicilere genel işlem şartları içeren sözleşmelerin sunulması halinde TKHK, TBK’de yer alan düzenlemeye göre özel hüküm teşkil edecek ve bu nedenle öncelikle TKHK uygulama alanı bulacaktır. Ancak TKHK’de düzenlenmeyen konular için genel hüküm teşkil eden TBK’de yer alan genel hükümlere müracaat

¹⁰⁵ Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,” s. 93.

¹⁰⁶ Yargıtay 3. HD. E. 2014/13539 K. 2014/16751 T. 18.12.2014; Yargıtay 11. HD. E. 2016/10425 K. 2018/4812 T. 26.6.2018: Kararda “*genel işlem şartlarına ilişkin denetim hem tacirler hem de tüketiciler için geçerli olacağı*” belirtilmiştir. www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

¹⁰⁷ Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,” s. 78.

edilebilecektir.¹⁰⁸ Nitekim bu durum TKHK'nin m. 83/1 de "bu kanunda hüküm bulunamayan hallerde genel hükümler uygulanır" denilerek açıkça belirtilmiştir.

2.4.2. Konu Bakımından Uygulama

Genel işlem şartlarının konu bakımından uygulanması ile incelenecek olan, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin hangi hukuki ilişkilere ve özellikle de sözleşmelere uygulanacağıın belirlenmesi meselesidir.¹⁰⁹ Öncelikle ifade etmek gerekir TBK'de genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin hangi tür hukuki ilişkilere uygulanacağına ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak TBK m. 20/1 de yer alan 'sözleşme hükümleri' ve üçüncü fıkrasında yer alan "genel işlem koşulları içeren sözleşme" ibaresi ile genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin genel işlem şartı içermesi koşuluyla sözleşmelere uygulanacağı sonucuna varmak mümkündür. Aksinden yola çıkarak genel işlem şartı içermeyen sözleşmelere bu hükümlerin uygulanmayacağı sonucu da çıkarılabilecektir. Kısacası genel işlem şartlarına dair düzenlemeler, sözleşme içeriğine dâhil olası koşuluyla sözleşmenin türü ve tarafına bakılmaksızın uygulama alanı bulacaktır.¹¹⁰

Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin kişi bakımında uygulanması bahsinde de belirttiğimiz üzere TBK'de yer alan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin karşısında özel düzenlemelerin varlığının bulunması halinde, genel hüküm niteliğinde olan TBK hükümleri yerine özel hüküm uygulama alanı bulacaktır.

Genel işlem şartlarına ilişkin özel hüküm niteliği gösteren düzenlemelere örnek olarak TKHK'de yer alan haksız sözleşme koşullarına ilişkin düzenlemeler gösterilebilir. Haksız sözleşme koşulları, TKHK'nin 5. maddesinde, "*tüketicikle müzakere etmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları*" olarak tanımlanmıştır. İşte burada

¹⁰⁸ Bilmiş, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması" s.21; Tunçsiper, "Genel İşlem Koşullarının Denetimi" s. 22.

¹⁰⁹ Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, s.69; Özgür, "Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar" s. 22.

¹¹⁰ Özgür, "Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar" s. 23; Tunçsiper, "Genel İşlem Koşullarının Denetimi" s. 23.

doğrudan tüketiciye yönelik getirilen bu hüküm TBK’de yer alan düzenlemelere göre özel hüküm teşkil edecek ve ondan önce uygulama alanı bulacaktır.

Genel işlem şartlarına ilişkin bir diğer düzenleme de çalışmamızın içerisinde detaylıca incelenecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda yer almaktadır. TTK’nin 55.maddenin f bendinde yer alan düzenleme esasında haksız rekabete ilişkin bir düzenleme olup, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımını haksız rekabet hali olarak düzenlemiştir. Söz konusu kanun hükmü doğrudan genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme olmadığı için genel işlem şartının kullanımının tespitinde ve diğer esasların belirlenmesinde TBK 20. ve 25.maddeler arasındaki hükümler uygulanmaya devam edecektir.

Genel işlem şartlarının konu bakımından uygulama alanına ilişkin bir diğer sınırlama da iş sözleşmelerinde karşımıza çıkmaktadır. İş sözleşmelerinde de uygulama alanı bulan genel işlem şartları ancak işçi lehine kullanabilecektir. Çünkü aksi durumda amacı iş ilişkisinde zayıf konumda bulunan işçiyi korumak olan iş hukuku devreye girecek ve TBK 20-25. madde hükümleri uygulanamaz hale gelecektir.¹¹¹

Son olarak m. 20/4 uyarınca, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından yürütmekte olan kişi veya kurumların hazırladıkları sözleşmeler niteliklerine bakılmaksızın standart sözleşme kabul edilecek ve genel işlem şartlarının emredici hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹¹² Buna karşılık her ne kadar unsurları ile genel işlem şartlarına paralellik gösterse de kamu gücü tarafından sözleşmenin içeriğinde yer alması zorunlu tutulan hükümler, genel işlem şartı olarak nitelendirilmeyecek ve burada genel işlem şartlarına ilişkin emredici hükümler uygulanmayacaktır.¹¹³

2.4.3. Zaman Bakımından Uygulama

Kural itibariyle, kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren başlayarak yürürlükten kaldırıldıkları tarihler arasındaki olaylara uygulanır. Başka bir anlatımla

¹¹¹ Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 23; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 19.

¹¹² TBK m. 20 Gerekçe.

¹¹³ Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 19.

bir sözleşmenin hukuken bağlayıcı olup olmadığı veya sonuçları o sözleşme hangi kanun yürürlükte iken yapılmışsa kural olarak o kanun hükümlerine göre belirlenecektir.¹¹⁴ Ancak bazı durumlarda bu prensibin istisnaları mevcuttur. Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin zaman bakımından incelenmesinde de bu istisnalar önem arz etmektedir.

TBK’de genel işlem şartlarına ilişkin zaman bakımından uygulamada bir düzenleme yer alamazken 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2. maddesinde “*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır*” denilmiştir. Söz konusu hükümden anlaşılması gereken TBK’de genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin olanları kanunlara ilişkin genel yürürlük kuralının istisnasını teşkil edecekken; kamun düzeni ve genel ahlaka ilişkin olmayan hükümleri kanunun yürürlük süresi boyunca uygulanabilir olacaktır. Yargıtay’da genel işlem şartlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak TBK’nin 25. maddesinde yer alan içerik denetimi öngören hükümlerin ve 21. maddesinde yer alan yazılmamış sayılma yaptırımlarının, doğrudan hâkime sözleşmenin içeriğine müdahale etme imkanı vermesi nedeniyle kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğunu kabul etmiş ve bu nedenle söz konusu hükümlerin gerçekleştikleri tarihlere bakılmaksızın uygun düşüğü ölçüde bütün sözleşmelerde uygulanabileceğini belirtmiştir. Ancak aksi yönde yani geriye dönük olarak uygulanamayacağına ilişkin kararları da mevcuttur.¹¹⁵

¹¹⁴ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 20. Baskı. (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014), s. 78; Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, s. 157.

¹¹⁵ Konuya İlişkin Yargıtay Kararı: Yargıtay 3. HD. E. 2014/13539 K. 2014/16751 T. 18.12.2014; Yargıtay 11. HD. E. 2018/3594 K. 2018/5920 T. 2.10.2018 Aksi Yönde Yargıtay Kararları: Yargıtay 11. HD. E. 2016/14407 K. 2018/7712 T. 6.12.2018 / Yargıtay 11. HD. E. 2018/3594 K. 2018/5920 T. 2.10.2018 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

BÖLÜM III

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ

3.Genel Olarak Genel İşlem Şartlarının Denetimi

Genel işlem şartları klasik sözleşme tipinden farklı olarak tek taraflı hazırlanır ve bu sebeple genellikle taraflar arasında güç dengesizliğe yol açmaktadır. Bu nedenle harekete geçen kanun koyucular, genel işlem şartları içeren sözleşmelerin zayıf tarafını korumak amacıyla birtakım düzenlemeler getirmişlerdir. Amaçları sözleşmenin zayıf tarafını korumak olan hükümler, bu amaçları nedeniyle emredici hukuk kuralları olarak düzenlenir.¹¹⁶

Genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümler öncelikle iç hukukumuzun şekillenmesinde de etkili Kıta Avrupası ülkelerinde görülmeye başlamış, daha sonra da hukukumuzda çeşitli kanunlar ile denetim yolları düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle Alman ve İsviçre Hukuklarında genel işlem şartlarına ilişkin öngörülen denetim yolları ele alınacak daha sonrasında hukukumuzdaki durum incelenecektir.

3.1. Mukayeseli Hukukta Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

3.1.1. İsviçre Hukukunda Öngörülen Denetim Yolları

İsviçre hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin denetimi üç aşamalı bir sistem geliştirmiştir. Bu aşamalar, yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.¹¹⁷ Yürürlük denetimi söz konusu şartların sözleşmenin içeriğine dâhil olması ve karşı taraf için bağlayıcılığını ifade etmektedir. Yorum denetimi ise, söz konusu sözleşme hükümlerin hangi ilkeler esas alınarak yorumlanacağına ilişkindir. Genel işlem şartlarının yürürlüğüne ve yorumuna ilişkin denetimde İsviçre ve Alman

¹¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 220; Mehmet Nuri Örs, “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2004). s. 62.

¹¹⁷ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 389.

doktrin ve İçtihatlarınca “açık olmama kuralı” geliştirilmiştir. Kural gereği sözleşmede yer alan kayıtlarından birinin açık veya anlaşılır olmaması halinde veya birden çok anlama gelmesi halinde bu hükümler müteşebbis aleyhine karşı taraf lehine yorumlanacaktır.¹¹⁸ İsviçre doktrini tarafından ortaya çıkarılan bir diğer prensip de “alışılmamış şart” kuralıdır. Bu prensip doğrultusunda sözleşmede yer alan hükümlerin alışılmamışın dışında nitelikte olması halinde dürüstlük kuralı devreye girecek ve karşı taraftan bu kaydı göz önünde bulundurması beklenmeyecektir.¹¹⁹ İçerik denetimi ise karşı tarafça kabul edilen hükümlerin kabule rağmen şartların içerik açısından denetimini ifade etmektedir.

Alışmamış şart kuralına ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 2012 tarihli kararına örnek teşkil edecektir. Yargılamaya konu uyuşmazlık, sözleşmede yer alan günlük hastalık ödeneğinin akıl hastalığı durumunda yarı yarıya azaltılması koşulunu öngören genel işlem şartlarının hukuken geçerliliğine ilişkindir.

Söz konusu duruma ilişkin olarak Federal Mahkeme bu şartın olağandışı olduğunu kabul etmiştir. Şöyle ki mahkeme akıl hastalığı durumunda tazminat da yapılacak %50 oranındaki bir indirim yaygın bir uygulama olmadığını ve buna ek olarak sektör anlamında da olağan dışı şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda mahkeme söz konusu maddeyi alışmamış kayıt olarak değerlendirmiş ve bu nedenle geçerli bir sözleşme hükmü olmadığına hükmetmiştir.¹²⁰

İsviçre Hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler, Alman ve Türk Hukuklarında olduğunun aksine borçlar hukuku içerisinde değil haksız rekabet hukuku alanında yer almaktadır. 1986 tarihli mevcut Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu'nun 8. maddesi ile birlikte ilk kez düzenleme altına alınan kurum, İsviçre hukukunda bu konudaki tek düzenlemedir.¹²¹ Söz konusu hüküm TTK m. 55/1-f'de yer alan düzenlemeye de mehzaz teşkil etmektedir. Genel işlem şartlarının denetimine ilişkin düzenlemenin haksız rekabet hukukunda yer verilmesi İsviçre doktrinince eleştirilmiş ve bu hükmün borçlar kanununun genel hükümlerinde veya özel kanunda

¹¹⁸ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 162.

¹¹⁹ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 162; Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 389.

¹²⁰ ATF 138 III 411 (rés. / trad. in: SJ 2012 I 445), [https://www.seco.admin.ch/\(ET: 01.09.2020\)](https://www.seco.admin.ch/(ET: 01.09.2020))

¹²¹ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 66-67.

düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹²² Ancak ilgili düzenlemeye getirilen tek eleştiri bununla da sınırlı değildir.

Söz konusu kanun hükmünün ilk hali şu şekildedir:

“Sözleşme taraflarından biri aleyhine yanıltıcı bir şekilde, a- doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya b- sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngören önceden yazılmış genel işlem şartı kullananlar hukuka aykırı hareket etmiş olurlar.”¹²³

Eleştirilerden ilki madde lafsızında yer alan “yanıltıcılık” unsuruna ilişkindir. Söz konusu ibareyle genel işlem şartı kullanımının bu hüküm doğrultusunda öngörülen denetime tabi olabilmesi için yanıltıcı olması gerektiği gibi bir anlam çıktığına ilişkindir. Yanıltıcılık unsurunun nitelikten ziyade bir şart olarak algılanması nedeniyle kanunun kapsamı oldukça daralmakta ve ispatının çoğu zaman mümkün olmaması nedeniyle uygulama alanını bulamamaktaydı.¹²⁴

Eleştirilerden bir diğeri de İsviçre’deki düzenlemede Alman Hukukundan farklı olarak haksız sözleşme şartlarını somutlaştıracak şekilde hangi hallerin haksızlık teşkil edeceğinin sayılmadığı ve hâkime çok büyük hareket alanı kaldığına ilişkindir.¹²⁵

Söz konusu eleştiriler dikkate alınarak İsviçre’de Haksız Rekabet Kanunu’nun 8. maddesi değişikliklere uğramış ve “*haksız rekabet özellikle, tüketiciler aleyhine olarak dürüstlük kuralını ihlal eden şekilde sözleşmesel haklar ve yükümlülüklerin önemli ve haksız dağılımını öngören genel işlem şartlarını kullanan kimse haksız*

¹²² Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 392.

¹²³ Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 154; Yağcıoğlu, Ali Haydar. “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8),” *Journal of Yaşar University*, (2013): s. 3062.

¹²⁴ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 392; Yağcıoğlu, “İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8),” s. 3063; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 66-67.

¹²⁵ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 390; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 66-67.

davranır.” şeklinde düzenlenmiştir.¹²⁶ Söz konusu düzenleme ile sıkça eleştirilen “yanıltıcılık” unsuru kaldırılmış, “tüketiciler aleyhine” ibaresi getirilerek hüküm kişi bakımından uygulama alanı tüketicilerle yapılan sözleşmeler ile sınırlandırılmıştır. Son olarak genel işlem şartlarının haklı olup olmadığına ilişkin denetimde kriter teşkil eden “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” kriteri, kaldırılmış ve hüküm sadeleştirilmiştir.¹²⁷ Kanuni düzenlemede yapılan değişikliklere rağmen İsviçre Hukuku’ndaki genel işlem şartlarının denetiminde haksız rekabet hükümlerinin kullanılması eleştirilmeye devam etmektedir.

İsviçre Hukuku’nda yer alan düzenlemeyi esas alan bir takım mahkeme kararlarından da bahsetmek mümkündür. 2012 yılında yapılan kanun değişikliğinden önce ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta mahkeme tarafından yapılan inceleme ve verilen karar şu şekilde özetlenebilir:

Sigorta şirketi tarafından hazırlanan ve sigorta sözleşmesinde yer alan "poliçe sahibi hafif kusurlu veya kusurlu olmaması olmadığı hallerde poliçe kapsamında sağlanan korumadan yararlanamayacaktır" şeklindeki genel işlem şartı taraflar arasında uyuşmazlığa neden olmuştur. Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak Federal Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede bu şart *sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngören önceden yazılmış genel işlem şartı* olarak değerlendirilmiş, bu anlamda dürüstlük kuralına aykırı olan bu şartı ekleyen tarafın hukuka aykırı olarak hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.¹²⁸

Yine yargılamaya konu olayda bir sigorta sözleşmesinde yer alan genel işlem şartları ile sözleşmeyi hazırlayan taraf, yetkili makam kararları doğrultusunda kendisi tarafından yapılan sözleşme uyarlama işlemlerine karşılık poliçe sahibinin fesih

¹²⁶ Yağcıoğlu, “İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8),” s. 3066; Maddenin diğer bir çevirisi şu şekildedir: “*Sözleşmenin içerdiği hak ve yükümlülüklerin dağılımında, dürüstlük kuralına aykırı şekilde, tüketici aleyhine kayda değer ve yersiz bir orantısızlık içeren sözleşme şartları kullanan kişi dürüstlüğü aykırı davranmış olur.*” Pekdiğer, Remzi Tamer ve Ozan Ali Yıldız, *İsviçre Hukuku İle Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı (TTK m.54-63)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s 194-195.

¹²⁷ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 391; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 66-67.

¹²⁸ Arrêt 4A_187/2007 du 9 mai 2008, [https://www.seco.admin.ch/\(ET: 01.09.2020\)](https://www.seco.admin.ch/(ET: 01.09.2020))

hakkını saklı tutmaktaydı. Sözleşmede yer alan söz konusu şartı UWG 8. madde kapsamında değerlendiren Federal Mahkeme, bu şartı *sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngören önceden yazılmış genel işlem şartı* olarak kabul etmiş ve bu nedenle hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir. Konuya ilişkin olarak Mahkeme, yeterince detaylandırılmamış bir olaya ilişkin olarak getirilen uyarılama maddesinin fesih hakkını da doğurması gerektiğini belirtmiştir. Başka bir anlatımla Mahkeme, sigorta şirketi tarafından yapılacak ve sözleşme içerisinde detaylıca ifade edilmemiş uyarılama işlemlerinde poliçe sahibinin fesih hakkının varlığını kabul etmiş ve bu görüş aksindeki genel işlem şartını dürüstlük kuralına aykırı kabul etmiştir.¹²⁹

Mahkemenin uyuşmazlığa konu genel işlem şartı hükümlerine ilişkin olarak değerlendirmesinde yukarıdaki kararlarının aksine bu şartları hukuka uygun kabul ettiği kararları da mevcuttur. Bu duruma Federal Mahkeme tarafından verilen şu karar örnek gösterilebilir;

Bir spor sözleşmesi tarafından yapılan abonelik sözleşmesine, "süre bitiminden en az 3 ay önce sözleşme abone tarafından feshedilmezse spor salonu ile yapılan abonelik sözleşmesi otomatik olarak 12 ay daha uzatılacaktır" şeklinde bir madde yer almaktadır. Söz konusu maddeye ilişkin olarak Federal Mahkeme tarafından kanun maddesinde 2012 yılında getirilen değişiklik dikkate alınarak yapılan İnceleme de bu maddenin, diğer tarafın menfaatinin hesabına katarak oluşturulduğu ve bu nedenle otomatik olarak uzatılmasını sağlayan bu maddenin olağandışı olmadığına karar vermiştir.¹³⁰

3.1.2.Alman Hukukunda Öngörülen Denetim Yolları

Alman hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler önceleri doktrin ve yargı kararları ile dile getirilmiş, ardından konuya ilişkin ilk kanuni düzenleme "Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun" un 1 Nisan 1977 yılında yürürlüğe girmesiyle hayata geçirilmiştir.¹³¹ İlk halinde müstakil bir kanun ile düzenleme altına alınan genel işlem şartları, ilerleyen dönemde Medeni

¹²⁹ ATF 135 III 1 (rés. / trad. in: JdT 2011 II 516), [https://www.seco.admin.ch/\(ET: 01.09.2020\)](https://www.seco.admin.ch/(ET: 01.09.2020))

¹³⁰ ATF 140 III 404, [https://www.seco.admin.ch/\(ET: 01.09.2020\)](https://www.seco.admin.ch/(ET: 01.09.2020))

¹³¹ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 160- 162.

Kanunun modernleştirilmesi ve Avrupa Birliği müktesebatına uyulması amacıyla yapılan reformlar ile Alman Medeni Kanunu'nun içinde düzenleme alanı bulmuştur.¹³² Günümüzde de genel işlem şartları BGB§305 vd. paragraflarında düzenlenmekte ve söz konusu düzenleme 6098 sayılı TBK'de yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere de mehz teşkil etmektedir.¹³³

Alman Hukuku'nda yer alan düzenlemenin BGB'nin içerisine taşınmasıyla birlikte hükümlere genel hüküm niteliği kazandırılmış ve kural olarak uygulama alanı sınırlandırılmamıştır. BGB'de yer alan hükümler ile genel işlem şartlarına ilişkin üç aşamalı bir denetim öngörülmüştür. Bunlar yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.¹³⁴

Alman hukukunda kanun koyucu sözleşmenin karşı tarafını korumak amacıyla genel işlem şartlarının yürürlüğe girmesi ve yorumlanmasına ilişkin çeşitli prensipler geliştirilmiş ve söz konusu hükümler BGB§305vd.düzenlenmiştir. İlk olarak BGB §305'de genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Düzenlemeye göre kullananın şartları sözleşmeye dâhil edebilmesi, şartlar hakkında sözleşmenin karşı tarafına açıkça bilgi vermesine (§305/(2)-1) ve şartları öğrenebilmesi için imkan tanınmasına (§305/(2)-2) bağlanmıştır. Bunlarla birlikte şartların sözleşmeye dâhil edilebilmesi için karşı tarafın kabulünü arayan kanun koyucu, (§305/(3)) aranan koşulların yerine getirilmemesi halinde şartların hiç yazılmamış sayılacağını belirtmiştir. Maddenin devamında kanun koyucu sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartların aynı yaptırıma (yazılmamış sayılma) tabi olacağını söylemiştir.¹³⁵

Bununla beraber genel işlem şartların denetime ilişkin olarak doktrin ve içtihatlarla başka esaslarda ortaya çıkmıştır. İlk olarak "açık olmama kuralı" gereğince, şartların yorumunda kuşku duyulması halinde bu şartların kullanıcı aleyhine yorumlanacağı

¹³² TBK m. 20 Gerekçe; Uzunallı, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi," s. 393;Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63.

¹³³ TBK m. 20 Gerekçe.

¹³⁴ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63.

¹³⁵ TBK m. 21 Gerekçe; https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ (ET: 20.04.2020)

öngörülmüştür. (§305c/2)¹³⁶ Buna ek olarak genel işlem şartlarında yer alan kaydın “alışılmışın dışında” olması halinde dürüstlük kuralı devreye girecek ve karşı taraftan bu kaydı dikkate alması beklenmeyecektir.¹³⁷ Söz konusu kayıtlar BGB’de şaşırtıcı koşul olarak nitelendirilmiştir. Şaşırtıcı koşul kavramı BGB 305c/1’de : “*hâl ve şartlara, özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullanıcı karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katmasının bekleyemeyeceği şartlar*” olarak tanımlanmış, şaşırtıcı kuralların sözleşme içeriğinden sayılmaması ilkesinin benimsendiği belirtilmiştir.¹³⁸ Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanması halinde kanun koyucu, yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmeden çıkarılarak kalan kısmın yürürlükte kalmaya devam edeceğini ve oluşacak boşluğun kanuni düzenlemelerle dolduracağını belirtmiştir.¹³⁹

Alman Medeni Kanunu’nda yer düzenlemeler ile getirilen bir diğer denetim türü ise içerik denetimidir. İçerik denetimi, sözleşme kapsamına dahil edilen şartların içerik olarak uygunluğunun denetlenmesini ve tarafların çıkarlarını adil biçimde dengelemeyen genel işlem şartlarının geçersiz sayılmasını ifade etmektedir.¹⁴⁰ Alman Hukukunda genel işlem şartlarıyla ilgili ilk kanuni düzenleme, 1976 tarihli “Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun”da yer almaktadır. Kanunun 9. maddesinde, içerik denetiminde ana kriter “dürüstlük kuralı” belirlenmiştir.¹⁴¹ Ancak bahsedilen kanun medeni kanun değişikliği ile yürürlükten kaldırılmış ve söz konusu denetim BGB §307’de “İçerik denetimi” kenar başlığı altında düzenlenmiştir.

BGB §307 hükmüne göre içerik denetimi, genel işlem şartlarında yer alan bir hükmün, sözleşmenin diğer tarafının çıkarlarını dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak şekilde ihlal etmesi, ölçsüz bir mağduriyete sebebiyet vermesi halinde söz konusu

¹³⁶ TBK m. 21 Gerekçe; Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 162; https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ (ET: 20.04.2020)

¹³⁷ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 162.

¹³⁸ Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1401- 1402

¹³⁹ TBK m. 21 Gerekçe;https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/(ET: 20.04.2020)

¹⁴⁰ Havuççu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 154; Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1401- 1406.

¹⁴¹ Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” s. 91.

olacaktır.¹⁴² Görüldüğü üzere genel işlem şartlarının içerik açısından denetiminde kanun koyucu dürüstlük kuralını esas almıştır.¹⁴³ Bununla birlikte kanun koyucu, Türk ve İsviçre Hukuklarından farklı olarak dürüstlük kuralını §308 ve §309’da saydığı örnek haller ile dürüstlük kuralına aykırılığın gerçekleşmesinde hâkime yol gösterici olmayı amaçlamış ve yasak genel işlem şartlarını sayarak hukuk güvenliği sağlanmak istenmiştir.¹⁴⁴

Son olarak yukarıda belirtildiği üzere genel işlem şartlarına ilişkin hükümler Alman Medeni Kanunu’nda düzenlenmiştir ve kural olarak herkese uygulanabilecektir. Ancak kanunun devam maddelerinde bu kurala ilişkin istisnalardan bahsedilmiştir. BGB §310’da “Uygulama Alanı” başlığı altında söz konusu hükümlerin uygulamasına ilişkin bir takım sınırlandırmalar öngörülmüştür. Bu sınırlama ile tacirlerin aralarındaki işlemler için yukarıda yürürlük denetimi bahsinde açıklanan ve kanunda BGB §305/II, III hükümleri ile düzenlenen denetimler¹⁴⁵ tacirler lehine uygulanmayacaktır.¹⁴⁶ Buna ek olarak yine tacirler arasındaki ilişkilere, BGB §308 ve §309’da liste halinde sayılan genel işlem şartlarının geçersiz kullanımına ilişkin hükümlerin de uygulanmayacağı düzenlenmiştir.¹⁴⁷ Kanun koyucu tarafından tacirler

¹⁴² Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 154; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63-64.

¹⁴³ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 162; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63-64; https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ (ET: 20.04.2020)

¹⁴⁴ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 393; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63-64.

¹⁴⁵ Burada yer alan denetimler yürürlük denetimine ilişkindir. Söz konusu düzenlemelerde kanun koyucu sözleşmenin karşı tarafını korumak amacıyla genel işlem şartlarının bağlayıcı hale gelmesi için kullanan tarafa şartlara ilişkin olarak “karşı tarafa açıkça bilgi verme ve şartların içeriğini öğrenebilmesi için makul bir imkân tanınması” yükümlülüklerini getirmiştir. Ancak kanun koyucu söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği için denetimin genel işlem şartlarının yönlendirildiği tarafın tacir olması halinde uygulanmayacağını belirtmiştir. https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ (ET: 20.04.2020)

¹⁴⁶ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63-64.

¹⁴⁷ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 41; Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 393; Çınar, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, s. 67; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63-64.

aleyhine getirilen bu sınırlandırmalar nedeniyle tacirler arası ilişkilerde hâkim BGB§308 ve §309’da sayılan haksız şart hallerini ölçü olarak kullanamayacak bu nedenle §307’deki genel hükümden hareketle bir içerik denetimi gerçekleştirecektir.¹⁴⁸

Alman hukukunda genel işlem şartlarının sözleşme hukukuna göre denetimi bu şekilde yapılmaktayken haksız rekabet hukuku ile denetimi için Alman Haksız Rekabet Kanunu’nda (UWG), İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda olduğunun aksine genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Alman doktrininde genel işlem şartlarının yapılan içerik denetimi sonucunda haksız çıkması halinde haksız rekabet hukukuna müracaat edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmalar ortaya çıkmıştır.¹⁴⁹

Genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümleriyle denetlenmesine ilişkin olarak UWG’de doğrudan bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, söz konusu durumu değerlendirirken kanunun amacını, haksız rekabet eylemine ilişkin olarak öngörülen genel hükmü ve kanunda örnek şekilde sayılan haksız rekabet hallerini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmak doğru olacaktır.

2004 tarihli kanunun birinci maddesinde haksız rekabet hükümlerinin amacı belirtilmiştir. Söz konusu maddede haksız rekabet hükümlerinin korumayı amaçladığı menfaatler “rakip teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer pazar katılımcılarının haksız rekabete karşı korunması” olarak belirlenmiştir.¹⁵⁰ Bu düzenleme ile birlikte kanun koyucu haksız rekabete ilişkin hükümlerle tüketici menfaatlerini de koruma altına almıştır. Bu durum, haksız rekabete ilişkin kanuni düzenlemenin tacirlere özgü bir haksız fiil hukuku olmaktan çıkardığını

¹⁴⁸ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 393; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63-64.

¹⁴⁹ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 393-394.

¹⁵⁰ [47](https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/(ET: 20.04.2020);Yaşar Can Göksoy, “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler,” <i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, (2007): s. 149-150; Engin Erdil, <i>Haksız Rekabet Hukuku</i>, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 55.</p></div><div data-bbox=)

göstermektedir.¹⁵¹ Hangi eylemlerin haksız rekabet teşkil edeceğine ilişkin olarak getirilen genel hüküm ise UWG §3’de yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca genel haksız rekabet eylemi; “*rakip teşebbüsler, tüketiciler veya diğer pazar katılımcıları zararına rekabeti önemsiz sayılmayacak ölçüde zedelemeye uygun nitelikteki her türlü haksız rekabet edici fiil caiz değildir.*” denilerek belirtilmiştir.¹⁵²

Bir eylemin UWG §3’de yer alan genel hüküm çerçevesinde haksız rekabet hali olarak kabul edilebilmesi için kanun koyucu tarafından haksız fiile ilişkin bir takım şartlar öngörülmüştür. Bu doğrultuda söz konusu fiil ile haksız rekabete yol açılabilmesi için fiilin pazar ortamına hâkim olan rekabeti önemli ölçüde zedelemesi ve kanunda belirtildiği şekliyle haksızlık teşkil etmesine bağlı olacaktır.¹⁵³Buna ek olarak kanun koyucu kanun 4 ile 7 maddeleri arasında haksız rekabete yol açacak örnek davranış hallerini geniş bir şekilde sıralamıştır. Ancak hukukumuzda olduğunun aksine dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımı bu hallerden biri olarak sayılmamıştır. Buna karşın genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümleriyle denetlenebilmesinin UWG §4/11 hükmü uyarınca mümkün olduğu doktrin ve mahkeme kararlarında ortaya konulmuştur. Şöyle ki, örnek türünden sayılan hallerden biri olan UWG §4/11 hükmü “hukuk ihlali” olarak ifade edilen haksız rekabet halini düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, pazar katılımcılarının menfaatlerini korumak amacıyla pazar davranışlarını düzenleyen bir kanun hükmüne aykırı davranışlar haksız rekabet eylemi olarak kabul edilmiştir.

Genel işlem şartlarını düzenleyen BGB hükümlerinin ise pazar davranışını düzenlemek için öngörüldüğü gerek yargı kararları gerekse doktrin görüşleriyle oluşan ortak kanaattir.¹⁵⁴ Buradan hareketle BGB’nin genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin bir pazar davranışını düzenleme altına almış olması nedeniyle BGB’nin genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerine aykırılık hali aynı zamanda

¹⁵¹ Göksoy, “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler,” s.145; Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, s. 55.

¹⁵² https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ (ET: 20.04.2020); Göksoy, “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler,”s. 149-150.

¹⁵³ Göksoy, “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler,” s. 149.

¹⁵⁴ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 394 vd.

UWG §4/11 hükmü uyarınca haksız rekabet eylemi olarak sayılacak ve genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet hükümleriyle denetlenmesi mümkün olacaktır.¹⁵⁵

3.2. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

Türk Hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin olarak eBK’de düzenleme yer verilmemesi nedeniyle genel işlem şartlarına ilişkin denetim yapılması için doktrinde çeşitli yollar geliştirilmiştir. Bu konuda *Serozan* tarafından savunulan görüşe göre¹⁵⁶ 1961 Anayasa’sında yer alan demokrasi, sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri gereğince hâkimlerin zayıf tarafı (astın) güçlü taraf (üst) karşısında koruması gerektiği sonucuna varmış ve söz konusu korumanın yalnızca kamu hukuku açısından değil özel hukuk bakımından da uygulanması gerektiğinden bahsetmiştir. Buradan hareketle hâkimler genel işlem şartlarını denetleyebilecek ve güçsüz tarafı korumaya yönelik tedbirler alabilecektir.¹⁵⁷

Genel işlem şartlarına ilişkin hukukumuzda ilk kanuni düzenleme 2003 yılında eTKHK’nin 6. maddesinde 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklik ile getirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile birlikte eTKHK’nin 6. maddesinde “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığı altında “haksız şart” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm, şuan yürürlükte bulunan 6052 sayılı TKHK’nin 5. maddesinde yer almaktadır. Maddede haksız şartlar, “*Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları*” olarak tanımlanmıştır. Aynı zamanda “haksız şart” hükmüne ilişkin olarak 2014 yılında bir yönetmelik de yayınlanmıştır.¹⁵⁸ Ancak söz konusu düzenlemelerin uygulama alanı

¹⁵⁵ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 64-65; Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 394 vd.

¹⁵⁶ Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, (İstanbul: 1975), s. 212; Akt: Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 165.

¹⁵⁷ Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 165.

¹⁵⁸ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (2014), T. C. Resmi Gazete, 29033, Yürürlük Tarihi: 14.06.2014. www.resmigazete.gov.tr (ET: 17.04.2020)

yalnızca tüketiciler ile sınırlandırılmış, tüketici olmayanlar buradaki korumanın dışında bırakılmıştır.¹⁵⁹

Genel işlem şartların kullanımın yaygınlaşmasıyla herkes için koruma öngören genel nitelikte bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK ile bu ihtiyaç giderilmiştir. Kanun'un 20-25. maddeleri arasında detaylı şekilde düzenlenen genel işlem şartlarının burada öncelikle tanımına ve unsurlarına yer verilmiştir. Devamında ise genel işlem şartlarına ilişkin olarak öngörülen denetim aşamalarından ve yaptırımlardan bahsedilmiştir. Bununla birlikte TBK'de yer alan hükümler, genel işlem şartlarını kullanan tarafa karşı, zayıf tarafı korumak amacıyla kanunlara eklenmiştir. Emredici nitelikteki bu kanun hükümlerinin aksi kararlaştırılamayacaktır.¹⁶⁰ TBK'de genel işlem şartlarına ilişkin Alman ve İsviçre Hukuklarında olduğu gibi üç farklı denetim türü öngörülmüştür, bunlar: yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.

Türk hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin yer aldığı TBK (m. 20-25) ve TKHK (m.5) haricinde yine 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m. 55/1-f bendinde genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmak bir haksız rekabet hali kabul edilmiş ve bu sayede genel işlem şartlarının kullanımına karşı getirilen denetimin kapsamı genişletilmiştir.

3.2.1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Getirilen Düzenlemeler

Hukukumuzda genel işlem şartlarına ilişkin ilk düzenleme 2003 yılında 4077 sayılı eTKHK'ye (4822 sayılı Kanun'la) yapılan değişiklik ile eklenen 6. maddede yer almıştır. Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁶¹ 2014 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 23.2.1995 tarihli ve 4077 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Haksız şart hükmü ise 6052 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu kanun maddesinde haksız şartın tanımı ve yaptırımı,

¹⁵⁹ Kara, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri," s. 726.

¹⁶⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 220.

¹⁶¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (2014), T. C. Resmi Gazete, 28835, Kabul Tarihi: 07 Kasım 2013, Yürürlük Tarihi: 28.05.2014. www.resmigazete.gov.tr (ET: 17.04.2020)

“Satıcı ya da sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.”

şeklinde ifade edilmiştir.

Haksız şart konusuna ilişkin olarak 93/13 sayılı AB yönergesinde sözleşmede yer alan şartların haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için dürüstlük kuralına aykırılığın tüketici aleyhine “önemli oransızlık” oluşturması şartı da aranmaktadır ancak hukukumuzda böyle bir şarta yer verilmemiştir.¹⁶² Bu doğrultuda haksız şartın varlığından söz edebilmek için ortada önceden hazırlanmış, genel ve soyut nitelikte bir tüketici sözleşmesi yer almalı ve bu sözleşmede yer alan standart şartın tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde dengesizliğe yol açması gerekmektedir.

Tüketiciyle imzalanan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Buna karşın sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir. (TKHK m. 5/2)

Haksız şarta ilişkin düzenlemenin yer aldığı madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu maddenin uygulama alanına ilişkin olarak bir takım sınırlandırmalar öngörmüştür. Kanununun 2. maddesinde “*bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar*” şeklinde belirtilmiştir. Bu düzenleme ile söz konusu hükümlerin uygulanacağı hukuki işlemlerin konusu, tüketici işlemleri veya tüketiciye yönelik işlemler ile sınırlandırılmış, kişi bakımından ise bu işlemlerde taraflardan birinin tüketici olması gerektiği ortaya konulmuştur. Başka bir anlatımla mal veya hizmet alımını konu eden bir ilişkinin söz konusu kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için, satıcı veya sağlayıcı tarafın “ticari veya mesleki amaçla hareket eden” bir kişi, mal veya hizmet alan kişinin ise “ticari veya meslek amaçla

¹⁶² Aydoğdu, *Türk Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, s. 191-192.

hareket etmeyen" bir kişi olması gerekecektir. Aynı zamanda tarafların kanunda yer alan tanımlara uyması ile aralarında bir sözleşme veya hukukî işlem bulunması gerekmektedir.¹⁶³

TKHK'nin uygulama alanı bulacağına ilişkin inceleme hangi mahkemenin görevli olduğunun belirlenmesi açısından da önemlidir. 6502 Sayılı Kanunun 73. maddesi uyarınca tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğacak uyuşmazlıklara dair davalara tüketici mahkemesi görevli kılınmıştır.

Özetle bir hukuki işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamının içerisinde değerlendirilebilmesi için söz konusu işlemin kanunun amacına (m. 1), tarafların da kanunda verilen tanıma (m. 3) uygun olması ve taraflar arasında gerçekleşen hukuki işlemin mal ve hizmet satışına dair olması gerekmektedir. Bu şartların sağlanması halinde 6502 sayılı Kanun uygulama alanı bulacak ve uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülecektir.

Haksız şart kullanımından kaynaklı uyuşmazlıklara uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Haksız şart kullanımına örnek olarak gösterilebilecek bir davada davalı tarafça sözleşmede kullanılan "... Katılım Bankası AŞ'nin yeniden ve yenilen her poliçe yahut poliçeler için ayrıca, bilgilendirme yükümlülüğü bulunmadığını kabul, beyan ve taahhüt etmekte..." şeklindeki hükmü mahkeme tarafından haksız şart olarak değerlendirilmiştir.

Şöyle ki mahkeme kararında TKHK m. 5/3'de yer alan "*Bir sözleşme şartı sözleşme önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir*" hükmünden hareketle anılan sözleşme hükmünün sözleşmeye bu şekilde eklendiğini tespit etmiştir. Mahkeme, aynı zamanda söz konusu hükmün, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olduğunu tespit etmiştir. Bu doğrultuda mahkeme

¹⁶³ Yargıtay 20. HD. E. 2016/12710 K. 2017/574 T. 30.1.2017; Yargıtay 20. HD. E. 2016/8838 K. 2016/9298 T. 18.10.2016 www.kazanci.com (ET: 11.05.2020)

TKHK m. 5 hükmünü dikkate alarak anılan sözleşme düzenlemesinin haksız şart niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.¹⁶⁴

TKHK’de yer alan haksız şart denetimi her ne kadar uygulamada karşılaşılan durum genellikle genel işlem şartları içerisinde kullanımı olsa da bu kullanım şekli ile sınırlı değildir.¹⁶⁵ Bu nedenle haksız şart hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için haksız şartların genel işlem şartları içerisinde kullanılması şart değildir.

Haksız şart hükümleriyle ilgili bahsedilmesi gereken bir diğer husus ise TBK’de yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerle arasındaki ilişki olacaktır. TBK’nin 20 ile 25 maddeleri arasında yer alan düzenlemeler, genel işlem şartlarına ilişkin olarak genel hüküm teşkil etmekte ve tüketici olsun veya olmasın genel işlem şartlarının kullanımına ilişkin tüm sözleşmelerin denetiminde uygulamama alanı bulacaktır.¹⁶⁶ Bu nedenle TKHK’de yer alan haksız şarta ilişkin hüküm, TBK m. 20-25 hükümlerine göre özel hüküm teşkil edecektir. Bu durumda öncelikle haksız şarta ilişkin kanun hükmü uygulama alanı bulacak, hükümlerde boşluk bulunması halinde ise TBK hükümleri uygulanacaktır.

3.2.2. Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler

3.2.2.1. Yürürlük Denetimi

Türk Borçlar Kanunu ile öngörülen ilk denetim türü yürürlük denetimidir. Bu denetim türüne doktrinde, “bağlayıcılık denetimi”, “örtülü içerik denetimi”, “kapsam denetimi”, “ilişkilendirme kontrolü”¹⁶⁷ gibi isimler de verilmektedir. Yürürlük denetimi genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına dâhil edilip edilmeyeceğinin

¹⁶⁴ Yargıtay 13. HD. E. 2016/22524 K. 2019/10375 T. 23.10.2019 www.kazanci.com (ET: 11.05.2020)

¹⁶⁵ Metin Topçuoğlu, “Genel İşlem Şartları İle Rekabet İhlali ve Sonuçları,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2015): s. 21-22.

¹⁶⁶ Özuysal, “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar” s. 51.

¹⁶⁷ Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 81; Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 105; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 27.

tespiti için yapılan denetimdir.¹⁶⁸ Yürürlük denetimi ile genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dâhil edilmesi yani karşı taraf için bağlayıcı hale gelebilmesi için bir takım şartlar öngörülmüştür. Söz konusu şartların ilki TBK m. 21’de düzenlenmiştir. TBK m. 21/1 hükmüne göre,

“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.” denilmiştir.

Kanun hükmünden hareketle karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartı hükmünün sözleşme içeriğine girmesi 3 şarta bağlanmıştır:¹⁶⁹

1. Şartları düzenleyen tarafın, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermeli,
2. Düzenleyen taraf, karşı tarafa şartların içeriğini öğrenme imkanı tanınmalı,
3. Genel işlem şartlarının menfaatine aykırı olan tarafça kabul edilmesi.

Burada sayılan şartların gerçekleşmemesi halinde ve TBK m. 21/2’de belirtildiği üzere genel işlem şartlarının sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olması halinde “yazılmamış sayılacaktır.”

Söz konusu kanun hükmü dikkate alındığında karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının yürürlük kazanabilmesi, şartların varlığı hakkında en geç sözleşmenin kuruluşu sırasında¹⁷⁰ karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, şartların içeriğini öğrenemeye olanak tanınması ve son olarak bu hükümlerin karşı tarafça kabul edilmesi şartlarına bağlanmıştır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde şartlar sözleşmenin içeriğine dâhil olacaktır. Nitekim konuya ilişkin olarak Yargıtay’da, önceden sözleşmenin karşı tarafına bildirilmemiş hükümlerin genel işlem koşulu denetimine hiç tabi tutulmaması gerektiğini hatta sözleşmenin bir hükmü dahi olarak

¹⁶⁸ Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 105; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 27; Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1390.

¹⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 221.

¹⁷⁰ Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 29.

sayılmaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷¹ Bu anlamda yürürlük denetimi ile öncelikle şartların sözleşmeye karşı tarafın bilgisi dâhilinde eklenip eklenmediğine bakılacak, eğer karşı taraf bu şartların varlığından açıkça haberdar ise bu halde diğer denetimlere geçilecektir. Aksi halde diğer denetim aşamalarına geçmeden söz konusu şartların sözleşmeden çıkarılması gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak oluşturulmuş bir diğer Yargıtay kararında, ticari standart kredi sözleşmesinin tip sözleşme kabul edileceğini ve bu sözleşmede yer alan “muhtelif masraflar, erken kapama komisyonu ücreti ve ipotek fek ücreti gibi kalemlerin davacıdan alınmasına ilişkin kayıtların” yazılmamış sayılmasına karar vermiştir. Mahkeme söz konusu kararın gerekçesi olarak, bahsedilen şartların sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olduğunu belirtmiş ve bu nedenle söz konusu şartların yazılmamış sayılacağına hükmetmiştir.¹⁷²

Aynı zamanda sözleşmeye dâhil edilecek şartların yürürlük kazanabilmesi için sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmaması gerekmektedir. Aksi halde söz konusu hükümler yazılmamış sayılacaktır. Konuya ilişkin olarak kanunun gerekçesinde bankalar ile yapılan kredi sözleşmelerine eklenen kredi kurumunun hiçbir neden göstermeksizin sözleşmeyi sona erdirebilecekleri ve verilen bütün kredileri geri çekebileceğine dair genel işlem şartlarının olağan dışı oldukları ve bu nedenle yazılmamış sayılacakları ifade edilmiştir. Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanabilmesi için söz konusu hükümler hakkında karşı tarafın şartlar hakkında önceden ve açıkça bilgilendirilmiş olması ve/veya söz konusu hükümlerin önceden müzakere edilmiş olması önem taşımayacaktır. Sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarına örnek olarak Yargıtay 19. HD. tarafından verilen karar gösterilebilir. Davaya konu uyuşmazlıkta her ne kadar işlemin tesis edildiği tarihte 6098 sayılı Kanun yürürlükte olmadığı gerekçesiyle yazılmamış sayılma yaptırımı işletilmemiş olsa da Mahkeme, davacı tarafından kredi sözleşmesine eklenen “*İpotek akit tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna*” ilişkin kaydın ipotek sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine uygun olmadığına ve

¹⁷¹ Yargıtay 11. HD. E. 2016/10425 K. 2018/4812 T. 26.6.2018 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

¹⁷² Yargıtay 13. HD. E. 2014/13315 K. 2014/13503 T. 29.4.2014 www.kazanci.com (ET:10.05.2020)

bu anlamda TBK m. 21/2 uyarınca şaşırtıcı şart teşkil ettiğini kabul ederek, yazılmamış sayılması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁷³

Kanun maddesinde yer alan “açıkça bilgi verme”, “içeriğinin öğrenmesine imkân sağlanması” ve “karşı tarafın kabulü” gibi ifadeler için kanunda ve gerekçesinde detaylı bir açıklamaya yer verilmediğinden öğretide bu şartların ne şekillerde yerine getirileceğine ilişkin tartışmalar ve çeşitli yöntemler öne sürülmüştür. Ancak bu detaylı ve uzun açıklamalara çalışmamızda yer verilmesi, hem kapsamını oldukça genişletecek hem de ulaşmak istediğimiz amaca hizmet etmeyecektir. Bu sebeple burada yalnızca kanun maddesinde aranan şartlardan bahsetmekle yetineceğiz.

TBK m. 21/2’de getirilen denetimle ilgili dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartların “yazılmamış sayılma” yaptırımına tabi olmasına aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan şartların yerine getirilmesi engel olamayacaktır. Bir başka anlatımla şartları düzenleyen tarafın, sözleşmenin karşı tarafına sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartlar hakkında açıkça bilgi vermiş olması, içeriğini öğrenme imkânı tanınması ve karşı tarafça bu hükümlerin kabul edilmiş olması yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasına engel olamayacaktır. Son olarak Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarına ilişkin olarak yazılmamış sayılma halinin söz konusu olması için şartların bir arada gerçekleşmemiş olması gerekmeyecek, tek bir şartın dahi gerçekleşmemiş olması, eksik kalması yazılmamış sayılma hali için yeterli kabul edilecektir.¹⁷⁴

Kanun koyucu tarafından TBK ile getirilen “yazılmamış sayılma yaptırımı” Türk Hukukunda TBK ile ilk kez kullanılmamış olup aynı zamanda, 6102 sayılı TTK m. 675/1 ve 2; 679; 682; 784; 786 ve 789’da da yer almaktadır. Bunun dışında ‘yazılmamış sayılma’ kavramı Yargıtay kararlarına da sıkça konu olabilmektedir.¹⁷⁵

¹⁷³ Yargıtay 19. HD. E. 2012/14777 K. 2013/2711 T. 13.2.2013 www.kazanci.com (ET: 11.05.2020)

¹⁷⁴ Muzaffer Şeker, Yazılmamış Sayılma, 1. Baskı (İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2015), s: 38; Akt: Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 35.

¹⁷⁵ Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 41; Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 35.

Kanun koyucu söz konusu kurallara uymayan genel işlem şartlarının yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulacağını belirtmiştir. Hukukumuzda düzenlenen yaptırım türlerinden farklı bir ifade olan “yazılmamış sayılma” yaptırımın türünün ne olduğu doktrinde tartışılan bir husustur. Kimi yazarlar bu ifadenin “kesin hükümsüzlük” şeklinde nitelendirilmesi gerektiğini düşünmekte,¹⁷⁶ kimi yazarlar ise bu ifadenin “yokluk” olarak nitelendirilebileceğini belirtmişlerdir.¹⁷⁷ Kanunun gerekçesinde ise mehzaz teşkil eden BGB §305c’de yer alan “sözleşme içeriğinden sayılmaması” şeklinde sonuç doğuran benzer bir ifadenin varlığından bahsedilmiştir.¹⁷⁸ Her ne kadar söz konusu yaptırımın türünü tam olarak belirtmek mümkün olmasa da yazılmamış sayılma yaptırımı ile anlaşılması gereken, bu yaptırıma tabi şartların sözleşme içeriğine dâhil edilmeyeceği ve karşı taraf için bağlayıcı olmadığıdır.

Yazılmamış sayılma yaptırımının TBK’de bir başka düzenlendiği yer ise “değiştirme yasağı” başlığı altında kanunun 24. maddesidir. Bu maddeye göre,

“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşme metninde, yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”

Söz konusu koruma, “tek taraflı olarak aleyhe değiştirme yasağı” olarak da anılmaktadır.¹⁷⁹ Maddede değiştirme yasağı tek taraflı olarak öngörülmüştür. Şöyle ki söz konusu düzenleme ile sözleşmede karşı taraf lehine yapılan değişiklik ve düzenlemeler geçerli olacakken; düzenleyen lehine ve karşı taraf aleyhine sözleşmede düzenleme ve değişiklik yapma yetkisi veren genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır.

Genel işlem şartlarının yazılmamış sayılmasının sözleşmeye etkisinin nasıl olacağı ise, TBK m. 22’de düzenleme altına alınmıştır. Madde metninde, “sözleşmenin

¹⁷⁶ Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1404; Ahmet Hakan Dağdelen, “Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (2019): s. 649.

¹⁷⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 221; Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1404.

¹⁷⁸ TBK m. 21 Gerekçe.

¹⁷⁹ Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, s. 51.

yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” denilmiştir. Hükme göre sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliliğinin koruyacaktır. Böylece yürürlük denetimi sonucunda yaptırıma tabi tutulan hükümler sözleşmeden atılarak, geriye kalan kısım ile hukuki ilişki ayakta kalmaya devam edecektir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından öngörülen yazılmamış sayılma yaptırımının “kısmi yokluk” olarak ortaya çıktığını söylemek mümkündür.¹⁸⁰ Kanun koyucu, yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmeden çıkarılması halinde sözleşmenin ayakta kalacağını belirtmiş ve düzenleyen tarafın TBK m. 27/2 hükmünü dayanak göstererek, sözleşmeden çıkarılan genel işlem şartları olmaksızın sözleşme yapılamayacağını ileri sürmesini engellemiştir.¹⁸¹

Yazılmamış sayılan hükümlere rağmen sözleşmenin ayakta kalacağını ifade eden TBK m. 22 hükmü, bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Belirtildiği üzere genel işlem şartlarının sözleşmenin esaslı unsurlarını düzenleyebileceği gibi ikinci derece noktalar hakkında hükümlerde içerebilir. İşte burada yürürlük denetimi sonucunda ikinci derecedeki noktalara ilişkin hükümler içeren genel işlem şartların yazılmamış sayılarak sözleşmenin ayakta kalması mümkün iken; esaslı unsurların düzenlendiği genel işlem şartlarının yazılmamış sayılarak sözleşmeden çıkarılması halinde sözleşmenin akıbeti tartışmalı hale gelecektir.

TBK m. 2 uyarınca, “ *taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır.*” denilerek taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin varlığını tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmasına bağlamıştır. Bu nedenle, genel işlem şartlarından yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanması sonrasında sözleşmenin tamamının geçerliliğini devam edip etmeyeceğinin tespiti için, yaptırıma uğrayan hükümlerin esaslı noktalar hakkında mı yoksa ikincil noktalara ilişkin mi olduğuna bakmak gerekecektir.

¹⁸⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 221.

¹⁸¹ Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 49.

Yazılmamış sayılan şart veya şartlar ile sözleşmenin esaslı noktaları düzenlenmiş ise sözleşme bir bütün olarak kurulmamış sayılmalıdır ve kurulmamış sayılan sözleşme taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Buna karşılık, yazılmamış sayılan şartlar, sözleşme içerisinde esaslı olmayan (ikinci derecedeki) noktaları düzenlemesi halinde TBK m. 22 uygulama alanı bulacak ve sözleşme yazılmamış sayılan hükümler çıkarılarak ayakta kalmaya devam edecektir.¹⁸² Ancak bu durumda ise hükümlerin sözleşmeye dâhil edilmemesi nedeniyle sözleşmede boşluk ortaya çıkmakta ve beraberinde bu boşluğun nasıl dolduracağı sorunu gündeme gelmektedir.

TBK m. 22'nin gerekçesinde Alman Hukukunda yazılmamış sayılma yaptırımı ile oluşabilecek sözleşme boşlukların kanun hükümleriyle giderileceğini belirtmiştir. Hâkim tarafından sözleşmede oluşan boşluğun giderilmesi için öncelikle kanunun emredici hükümlerine başvuru yapılacak, konuya ilişkin emredici düzenleme bulunamaması halinde kanunun tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarına müracaat edilecektir. Tamamlayıcı nitelikte bir kuralın olmaması durumunda ise hâkim, sözleşme boşluğunu en uygun şekilde dolduracaktır. (BGB §306/2)¹⁸³ Türk Hukukunda ise benzer bir yöntem izlenecektir. Sözleşmede oluşan boşluğun giderilmesi için hâkim öncelikle yedek hukuk kurallarına başvuracak, burada uygulanabilir bir hüküm bulunamaması halinde, TMK m. 2 ve m. 4 uyarınca tarafların menfaatleri doğrultusunda sözleşmenin tamamlanması gerekecektir.¹⁸⁴

3.2.2.2. Yorum Denetimi

Genel ifadeyle bir irade beyanının anlamının hâkim tarafından araştırılarak tespit edilmesine yorum denir.¹⁸⁵ Yorum denetimi ile kast edilen sözleşme içerisinde yer alacak genel işlem şartlarının anlamlarının doğru şekilde tespit edilmesidir. Yorum

¹⁸² Tunçsiper, "Genel İşlem Koşullarının Denetimi" s. 50; Bilmiş, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması" s. 41.

¹⁸³ Camcı, "Genel İşlem Koşulları" s. 72.

¹⁸⁴ Bilmiş, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması" s. 41; Tunçsiper, "Genel İşlem Koşullarının Denetimi" s. 50; Camcı, "Genel İşlem Koşulları" s. 72; Konuya İlişkin Yargıtay Kararı: Yargıtay 11. HD. E. 2016/10425 K. 2018/4812 T. 26.6.2018 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

¹⁸⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 145.

denetimi ile amaçlanan ise sözleşmenin taraflarının, karşıt yararları arasında, adalete uygun bir dengenin tesis edilmesidir.¹⁸⁶ TBK’de genel işlem şartlarının yorumlanması m. 23’te düzenlenmiştir. Madde metninde genel işlem şartlarına ilişkin yorum denetimi “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” denilerek ortaya konulmuştur. Böylece, sözleşmede yer alan genel işlem şartı niteliğindeki hükmün anlamının belirlenmesinde anlaşmazlık yaşanması halinde, hüküm düzenleyen aleyhine, karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanacaktır. Genel işlem şartlarının düzenleyen tarafından tek taraflı olarak kaleme alması ve karşı tarafın müdahalesine imkân verilememesi, sözleşme serbestisinin tek tarafça kullanılması nedeniyle söz konusu denetim taraflar arasında adalete uygun bir dengenin sağlanması adına yerinde olmuştur. Nitekim hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere Roma hukukundan gelen “in dubio contra stipulato rem” (sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır.¹⁸⁷ Buna ek olarak BGB §305c/2 benzer bir düzenlemeye vermiş, “*Genel işlem koşullarının yorumunda, tereddüt halinde kullanan aleyhine olan anlam dikkate alınır*” denilmiştir.¹⁸⁸

Genel işlem şartlarına ilişkin TBK’de öngörülen yorum denetiminin uygulanabilmesi için söz konusu şartların öncelikle yürürlük denetiminden geçmesi gerekmektedir.¹⁸⁹ Yürürlük denetimi sonrasında sözleşmeye dâhil edilmeyen ve taraflar için bağlayıcılığı olmayan veya müzakere sonucunda bireysel sözleşme hükmü haline gelen genel işlem şartları için yorum denetimi yapmak zaten mantıklı olamayacaktır. Bu sebeple denilebilir ki yorum denetimi aşamasına geçmeden önce öncelikle yürürlük denetimi yapılmalı, ardından yürürlük denetimini geçen ve taraflar açısından bağlayıcı nitelik kazanan genel işlem şartları için yorum denetimi yapılmalıdır.

¹⁸⁶ Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 44.

¹⁸⁷ TBK m. 23 Gerekçe; Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1406.

¹⁸⁸ Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 48.

¹⁸⁹ Bilmiş, “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması” s. 47; Özgür, “Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar” s. 74.

3.2.2.3. İçerik Denetimi

Çalışmamızın başında da yer verdiğimiz üzere Borçlar Hukukunun temelinde “sözleşme özgürlüğü” prensibi yer almaktadır. Sözleşme özgürlüğü, tarafların aralarında bir sözleşme kurarken onun içeriğini ve kapsamını diledikleri gibi belirleyebilmeleri olarak tanımlanabilir.¹⁹⁰ Söz konusu prensip, TBK m. 26’da “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*”denilerek ifade edilmiştir. Kanun maddesinden hareketle tarafların esasında sınırsız bir serbestliğe sahip olmadıkları ve kanunda öngörülen sınırlar içerisinde sözleşme serbestisini kullanmaları gerektiğinden bahsedilebilir. Bu noktada kanunda sözleşme serbestisine ilişkin olarak sınırlamalardan biri de genel işlem şartlarına ilişkin olarak getirilen içerik denetimidir.

Kendisine yürürlük ve yorum denetimi kurallarının uygulandığı genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmesi bu sözleşmenin her şart ve koşulda adil bir sözleşme olduğu anlamına gelmemektedir.¹⁹¹ Bu nedenle içerik denetimi ile sözleşmeyle geçerli olarak ilişkilendirilen ve taraflar için bağlayıcı hükümlerin içerik açısından uygun olup olmadıklarının değerlendirilmesi yapılmakta ve uygun olmayan, tarafların çıkarlarını adil biçimde dengelemeyen genel işlem şartlarının geçersiz sayılması sağlanmaktadır.¹⁹² İçerik denetimi ile bakılacak olan genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı, karşı taraf aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığıdır.

Genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin düzenleme TBK m. 25’de yer almaktadır. TBK m. 25 uyarınca içerik denetimi “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” denilerek belirtilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu düzenleme ile genel işlem şartlarında yer alan hükümler arasında karşı tarafa TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici ya da durumu ağırlaştırıcı hükümlerin yer alması halinde söz konusu hükümleri geçersiz saymıştır. Başka bir anlatımla kanun koyucu içerik denetimi sonucunda genel işlem şartlarının

¹⁹⁰ Akıntürk ve Ateş, Borçlar Hukuku, s. 61.

¹⁹¹ Tunçsiper, “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” s. 62.

¹⁹² Havutçu, *İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 154; Kutluay, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları,” s. 1406.

hükümsüzlüğünü dürüstlük kuralına aykırı şekilde, karşı tarafın menfaatine aykırı veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmasına bağlamıştır. Kanun koyucu genel işlem şartlarının hükümsüz olabilmesi için öncelikle dürüstlük kuralına da aykırı olması gerektiğini belirtmiş ve bu doğrultuda TMK m. 2/2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel işlem şartları için uygulanabilir hale gelmiştir.¹⁹³

Kanun maddesi ile öngörülen yaptırımın ise hükmün gerekçesinde aynı kanunun 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacağı belirtilmiştir.¹⁹⁴

Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımına ilişkin olarak elektrik dağıtım şirketi tarafından “faturalara kayıp kaçak bedelinin eklenmesi” nedeniyle doğan uyuşmazlık örnek gösterilebilir. Söz konusu uyuşmazlıkta davalı tarafça elektrik dağıtım hizmeti verilmektedir ve bu hizmet, mahkemece tekel niteliğinde kabul edilmiştir. Bu nedenle davacının faturada yer alan kayıp kaçak bedelinin ödenmemesi için alternatif bir elektrik abonelik sözleşmesi yapma imkân ve olanağı bulunmamaktadır. Bu doğrultuda mahkeme, davalı tarafın verdiği hizmetin tekel niteliğinde olması nedeniyle sözleşme özgürlüğünde bulunması gerekli güç dengesinin bir taraf aleyhine bozulduğu, sözleşme özgürlüğüne müdahale ile sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği kanısına varmıştır.

Taraflar arasındaki enerji tedarik sözleşmelerinde kullanılan “elektrik kayıp kaçak enerji bedelinin hizmet alan kişi tarafından ödenmesine” ilişkin hüküm mahkemece TBK m. 20 vd. hükümleri dikkate alınarak genel işlem şartı olarak kabul edilmiş ve söz konusu standart sözleşme hükmünün TMK'nin 2., TBK'nin 25. ve TTK'nin 55/1-f maddelerinde tarif edilen, dürüstlük kurallarıyla bağdaşmadığını belirtmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda mahkeme dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılan genel işlem şartının sözleşmeyle hüküm altına alınmış olsa bile, dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden tahsil edilemeyeceğini belirtmiş ve davacıdan tahsil edilen elektrik kayıp kaçak enerji bedelinin davacıya iadesine hükmetmiştir.¹⁹⁵

¹⁹³ Akıntürk ve Ateş, Borçlar Hukuku, s. 61; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 222.

¹⁹⁴ TBK m. 25 Gerekçesi.

¹⁹⁵ Yargıtay 3. HD. E. 2014/13539 K. 2014/16757 T. 18.12.2014 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

Bu açıklamalar doğrultusunda kanun koyucunun TBK ile getirdiği yeniliklerden birisi olarak genel işlem şartlarına ilişkin hükümler ile hâkimi sözleşmeye müdahale etmede doğrudan yetkili kıldığından bahsetmek mümkündür. Şöyle ki 818 sayılı Kanun'da genel işlem şartlarının kullanılması halinde hâkimlerin sözleşmeye doğrudan müdahale etmesine olanak tanıyan herhangi bir hükme yer verilmemişti. Bu nedenle ile hâkimlerin sözleşmeye müdahale etmesi doğrudan bir kanun maddesine değil, kamu düzeni, ahlaka aykırılık ve kişiliğin korunması gibi genel hukuk ilkelerine dayandırılıyordu.¹⁹⁶ Bu duruma örnek olarak Yargıtay 3. HD tarafından verilen karar gösterilebilir. Söz konusu kararda, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ödünç sözleşmesinde yer alan ve önceden kararlaştırılan faiz ve gecikme faizi oranları neden olmuştur. Mahkeme de olaya ilişkin kararını kurarken taraflar arasında sözleşme serbestisinin esas olduğunu belirtmiş ancak kararın devamında “Kural olarak ekonomik bakımdan zayıf, güçsüz kişilerin karşı tarafça önceden hazırlanan genel işlem şartına katılma yolu ile girdikleri sözleşme ilişkilerinde edimler arasında dengesizlik bulunduğu takdirde; sözleşmenin aynen ifası borçlunun ekonomik varlığını önemli ölçüde etkilemekte ise, hâkim özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edebilir.” denilmiştir. Bu anlamda hâkim sözleşmeye müdahalesini hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emreden MK 2/1 hükmü, ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibarıyla, kişiliğin korunmasını düzenleyen TMK'nin 24 ve BK'nin 19/2 gibi genel kurallara dayandırmış ve sözleşmesinde kararlaştırılan faiz ile gecikme faizinin bankalarca verilen kredi faizleri de gözetilerek makul bir seviyeye indirilmesine karar vermiştir.¹⁹⁷

TBK'den önceki durum böyle olmakla birlikte TBK m. 20 ile 25 maddeleri arasında yer alan hükümler ile birlikte hâkim sözleşmenin içeriğine müdahale etmesi doğrudan ilgili kanun hükümlerine dayandırılmıştır. Bu nedenle genel işlem şartları içeren sözleşmeler bir uyuşmazlığa konu olması halinde hâkimin denetimine doğrudan tabi olabilecektir.

¹⁹⁶ ÖmerFaruk İlgün, “Avukatlık Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları ve Haksız Şartlar,” (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2019). s. 142; Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi” s. 77.

¹⁹⁷ Yargıtay 3. HD. E. 2008/5324 K. 2008/5974 T. 07.04.2008 www.kazanci.com (ET: 11.06.2020)

3.2.3. Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Düzenleme

Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. maddeleri arasında yer alan genel işlem şartlarına ilişkin genel düzenleme teşkil eden hükümler için kişi bakımından sınırlandırılma öngörülmemiştir. Bu nedenle kural itibariyle tüketici veya tacir ayrımı yapılmaksızın TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak kural böyle olmakla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nda tacirlere m. 18/2 ile getirilen "basiretli davranma yükümlülüğü" nedeniyle tacirlerin ticari işletmesi ile ilgili faaliyetlerinde düşüncesizliği veya deneyimsizliğini ileri sürerek genel işlem şartlarının geçersizliğini ileri sürmeleri, bu yükümlülüklerine aykırılık olarak görülebilecektir. Bu nedenle tacirlerin TBK hükümleri ile öngörülmüş korumadan yararlanmaları kimi zaman mümkün olmayacaktır.¹⁹⁸

Genel işlem şartlarının ticari hayatta oldukça sık kullanılmaları hem tacirlerin faaliyetlerine hem de rekabet ortamına olumsuz etkilere neden olabilmektedir. Bu nedenle hukukumuzda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler TBK ile sınırlı kalmamış, buna ek olarak genel işlem şartlarına ilişkin TTK'de de düzenlemeler getirilmiştir. 6102 sayılı TTK m. 55/1-f bendinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmak, bir haksız rekabet hali kabul edilmiştir. TTK m. 55/1-f hükmü ile genel işlem şartlarının TTK ile düzenleme altına alınması ile birlikte tacirlerin genel işlem şartlarına ilişkin koruma talepleri, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir.¹⁹⁹

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımına ilişkin olarak, TTK m. 55/1-f de:

"Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur." denilmiştir.

¹⁹⁸ Kara, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri," s. 727.

¹⁹⁹ Kara, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri," s. 728.

Söz konusu düzenleme ile dürüstlük kuralına aykırı genel işle şartı kullanımı yalnızca sözleşme hukuku anlamında değil; aynı zamanda haksız rekabet hukuku anlamında da düzenleme altına alınmıştır.

TTK m. 55/1-f'de genel işlem şartlarına ilişkin denetim yapılırken taraflar arasındaki dengenin sağlanması amacıyla değil, haksız rekabetin bulunup bulunmadığının tespiti için bir inceleme yapılacaktır. Bu nedenle söz konusu düzenleme ile TBK'de yer alan düzenlemeden farklı olarak yürürlük ve içerik denetimi yapılmayacaktır. Çünkü haksız rekabet hukukunda sözleşme hukukunda farklı olarak taraflar arasındaki somut ilişki dikkate alınarak değil, bozulmamış rekabetin korunması için hareket edilir.²⁰⁰ Bu nedenle söz konusu düzenleme ile öngörülen koruma ve denetimde haksız rekabete ilişkin mekanizmalar yürütülerek yapılacak ve şartlar mevcut ise haksız rekabete ilişkin TTK m. 56 vd. yer alan cezai ve hukuki sonuçların uygulanması söz konusu olacaktır.²⁰¹

TTK'de yer alan düzenleme ile dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı haksız rekabet hali olarak düzenlenmiş ve esasında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet hükümleriyle denetimi çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu korumanın nasıl işlediğinden bahsetmeden önce haksız rekabet hukukunu etraflıca ele alacak ardından söz konusu hükmün amacını, kapsamını, koşullarını ve ilgili yaptırımları ele alacağız.

²⁰⁰ Uzunallı, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi," s. 405.

²⁰¹ Antalya ve Doğancı, "İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nin Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi," s. 836.

BÖLÜM IV

HAKSIZ REKABET HUKUKUNA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ

4. Genel Olarak Haksız Rekabet Hukuku

Rekabet, aynı sahada aynı amacı güden kimseler arasında çekişme ve ileri gitme arzusu olarak tanımlanabilir.²⁰² Kelime anlamı bu olmakla birlikte rekabet kavramı hukuki karşılığı olarak belirli bir piyasada çalışan girişimcilerin kendi girişimleriyle ilgili ekonomik konularda serbestçe karar verebilme hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰³ Günümüzde de, birçok ülkenin ticaret ortamına hakim olan liberal ekonomik anlayışın temelinde serbest rekabet ilkesi yer almaktadır. Rekabet serbestîsi, katılımcılar arasında yarışma serbestîsinin oluşturulması ve bu ortamın korunması fikridir. Serbest piyasa ekonomisini temelini oluşturan rekabet esasında ülke ekonomisine ve şahıs çıkarlarına fayda sağlamaktadır. Rekabet sayesinde girişimcilerin kabiliyetleri, teknolojik gelişmeler, sunulan mal ve hizmetlerin kalitesi ve işletmelerin verimi artarken fiyatlar aksine düşecektir. Bu yönleriyle yararlı bir olgu olan rekabet, sürdürülmeli ve girişimciler tarafından kötüye kullanılmadan dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır.²⁰⁴ Ancak zamanla girişimciler kendilerine tanınan rekabet etme hakkını kötüye kullanılarak rekabette haksız üstünlük elde etmek çabasına girişmişlerdir. Burada rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız rekabete sebebiyet verir. Başta bu girişimleri ve davranışları engellemek amacıyla ülke hukuklarında rekabet ortamının korunmasına ve bu hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin bir takım

²⁰² D. Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, 5. Baskı (İstanbul: Beyan Yayıncılık, 1988), s. 933.

²⁰³ Yavuz Erdoğan, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçu” (*İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi*, 421-461, 2012). s. 422.

²⁰⁴ İsmail Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku*, 4. Baskı (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2017), 197; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 18 Baskı (Ankara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), s. 309.

düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu kurallar haksız rekabet hukuku olarak ifade edilmektedir.

Hukukumuzda da rekabet hakkının haksız kullanımını ve buna ilişkin yaptırımları öngören esas hükümler 6102 sayılı TTK'nin 54 ila 63. maddeler arasında ayrıntılı düzenleme alanı bulmuştur. Söz konusu hükümlerde haksız rekabet hallerinin tespitinde dürüstlük kuralı temel kıstas olarak değerlendirilmiştir.²⁰⁵ Bu sayede kanun koyucu hem piyasa katılanlarının menfaatlerini korumayı amaçlamış hem de dürüstlük kurallarına uygun olarak sağlıklı bir şekilde işleyen ekonomik yapının korunmasını hedeflemiştir.

4.1. Haksız Rekabet Hukukunun Gelişimi

Günümüzde bilinen anlamıyla haksız rekabet hukukunun temelleri ilk olarak Fransa'da ortaya çıkmıştır. Haksız rekabet, Fransız Mahkemeleri tarafından 19. yüzyılın ilk yarısında, belirli bir takım ticari rekabet halleri için, Fransız Medeni Kanununun 1382. maddesinde yer alan haksız fiile ilişkin düzenleme esas alınarak oluşturulan ve geliştirilen bir kavramdır. Söz konusu kanun hükmünden hareketle tesis edilen bu karar ve neticesinde oluşturulan yeni kurum, aynı zamanda haksız rekabet hukukunun temelde bir haksız fiil hali olduğunu da ifade etmesi bakımından önem arz etmektedir.²⁰⁶ Fransa'da ortaya çıkan kavram geçen süre içerisinde diğer ülke hukuklarında da yer edinmeye başlamıştır.

Haksız rekabete ilişkin ilk kanuni düzenlemelerde hükümler, rakiplerin korunmasını amaçlamakta ve bu itibariyle rakip teşebbüslerin menfaatlerini korumaya yönelik olarak düzenlenmekteydi.²⁰⁷ Nitekim Almanya'da haksız rekabete ilişkin yapılan mevzuat çalışmaları sonucunda yürürlüğe giren 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu bu amaçla hazırlanmıştır. Mevzuatımızdaki 6098 sayılı TBK m. 57'de yer

²⁰⁵ Özcan Çabukoğlu, "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet ve Kanun'da Yer Alan Bazı Özel Suç Tipleri (Madde 62/1-b,c, d)" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2018). s. 4.

²⁰⁶ Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 19-20; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 20-21.

²⁰⁷ Göksoy, "Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler,"s. 143.

alan hüküm de bu amaca yönelik olarak düzenlenmiştir.²⁰⁸ Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin konusunu belirtildiği üzere başlarda yalnızca rakiplerin korunması oluşturmaktayken, ilerleyen zamanda bu anlayış korumanın yeterli olmadığı gerekçesiyle terk edilmeye başlanmıştır. Haksız rekabetin kapsamına toplumun ekonomik çıkarlarının da eklenmesinin gerekli görülmesiyle birlikte kanuni düzenlemeler değişikliğe uğramıştır. Bunun bir yansıması olarak örneğin Alman hukukunda yalnızca rakiplere değil buna ek olarak tüketici derneklerine dava açma yetkisi tanınmıştır. Aynı zamanda İsviçre’de 1943 yılında yürürlüğe giren Haksız Rekabet Kanunu ve bu kanuna dayanılarak hazırlanan 1957 tarihli eski Türk Ticaret Kanunu’nun 56 vd. hükümleriyle, sadece rakiplere değil, müşterilere ve mesleki-ekonomik birliklere de dava açma hakkı tanınmıştır.²⁰⁹

Haksız rekabet hukukunun kapsamının genişletilmesi anlayışı benimsenmeye devam etmiş ve bu doğrultuda çeşitli kanuni düzenlemeler ortaya çıkmıştır. Alman hukukunda haksız rekabet hukukuna ilişkin olarak yayınlanan 1896 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu, haksız rekabet eyleminin iktisadi yönü de olduğundan bahisle haksız fiilin özel bir görünümü olarak düzenleme altına almıştır. Söz konusu kanunda haksız rekabet eylemi tanımlanmamış, yalnızca uygulamada en çok karşılaşılan haksız rekabet eylemleri sayılmıştır. Bununla birlikte haksız rekabet eylemlerinden zarar gören kişilere tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Sonraki süreçte Alman Haksız Rekabet Hukuku’na ilişkin olarak 1909 tarihli eski Alman Haksız Rekabet Kanunu yürürlüğe konulmuş, söz konusu kanun ise rakipleri, tüketicileri ve piyasaya katılan diğer ilgilileri korumayı hedefleyen 2004 tarihli Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu yayınlanmasıyla birlikte bütünüyle yürürlükten kaldırılmıştır.²¹⁰ Bu kapsamlı değişiklikle birlikte kanunun kapsamı da değişiklik göstermiş, eski kanunda yer alan yalnızca rakiplerin korunmasına yönelik anlayış terk edilerek; tüketiciler, rekabet içinde olan teşebbüsler ve kamunun çıkarları koruma kapsamına dâhil edilmiştir. Nitekim söz konusu kanunun birinci maddesinde

²⁰⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.309.

²⁰⁹ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 309; Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 384.

²¹⁰ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, s. 32-33.

amacı “teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer pazar katılımcılarının haksız rekabete karşı korunması” olarak belirtilmiştir.²¹¹

Aynı zamanda İsviçre Hukuku’nda da gelişmelere uygun olarak bir takım değişiklikler yapılmıştır. İsviçre Hukukunda da haksız rekabet hükümleri hakkında Avrupa’da genel geçerliliğe sahip olan haksız rekabet hukukunun yeni boyutuna uygun olarak, haksız rekabet hükümlerinin amacı kanunun 1. maddesinde tüm katılanların menfaatine adil (dürüst) ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak belirlenmiştir.²¹²

Hukukumuzda da haksız rekabete ilişkin düzenlemeler İsviçre Hukukundaki gelişmeler esas alınarak hazırlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümleri hazırlanırken İsviçre’de 1986 yılında yürürlüğe giren “Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun” esas alınarak hazırlanmıştır.²¹³ Bu doğrultuda TTK’de yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı m. 54’de “bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” olarak belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan “bütün katılanlar” ifadesi ile ekonomi, tüketiciler ve kamu kastedilmektedir.²¹⁴ Buradan da haksız rekabete ilişkin sağlanacak korumanın rakipler ile sınırlandırılmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

4.2. Haksız Rekabet Kavramı ve Niteliği

4.2.1. Haksız Rekabet Kavramı

Haksız rekabet kavramı hukukumuzda ilk olarak Lozan Anlaşmasının imzalanmasıyla birlikte yer almaya başlamıştır. Lozan Anlaşmasıyla birlikte imzalanan Ticaret Anlaşmasının 12 ve 13 üncü maddelerinde haksız rekabete ilişkin

²¹¹ Göksoy, “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler,”s. 143.

²¹² TTK Genel Gerekçe; CanMustafa, “Borçlar Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet,” *TBB Dergisi*, (2007): s. 152.

²¹³ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 315.

²¹⁴ TTK m. 54 Gerekçesi.

hükümlere yer verilmiştir.²¹⁵ İlk olarak bir anlaşma ile hukukumuzda dâhil olan haksız rekabet kavramının tanımı 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda yer almamıştır.²¹⁶ Daha sonra yürürlüğe giren 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde ise haksız rekabet kavramı “*Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali*” olarak tanımlanmıştır. Ancak söz konusu düzenleme birçok yönden doktrin tarafından eleştirilmiştir. Öncelikle hükümde yer alan “iktisadi rekabet” kavramı ile kanunun kapsamının daraltıldığı ve sadece rakipler arasındaki rekabetin anlaşılacağına dair eleştiriler ileri sürülmüştür.²¹⁷ Söz konusu ifade ile ilgili olarak getirilen bir diğer eleştiri ise kavramın hukuki olmadığına ve anlatılmak istenenin tam olarak anlaşılmasının mümkün olmadığına ilişkindir.²¹⁸ Buna ek olarak eleştirilen bir diğer husus “aldatıcı hareket” ve “hüsnüniyet kurallarına aykırı sair suretlerin” diyerek kanun koyucunun iki farklı haksız rekabet halinden bahsetmiş gibi bir algı oluşmasına sebebiyet vermesidir. Hâlbuki aldatıcı hareket, dürüstlük kuralına aykırı rekabetin en sık görülen şekli olarak kabul edilebilir ancak kanunda yer aldığı şekilde bu doğrultuda anlamak zorlaşmaktadır.²¹⁹

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabetin genel amaç ve ilkelerinin belirlendiği 54. maddenin 2. fıkrasında ise mülga 6762 sayılı kanundan tamamıyla farklı ilkeleri esas alarak hazırlanmıştır. Söz konusu maddede haksız rekabetin tanımı “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” şeklinde yapılmıştır. Kanun hükmünde haksız rekabetin tespitinde belirleyici kriter olarak “dürüst davranma kuralı” belirlenmiştir. Böylece serbest ticaret ortamına katılan kişilerin

²¹⁵ Hüseyin Aydın, “Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları,” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008). s. 21.

²¹⁶ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 22-23.

²¹⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 316.

²¹⁸ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 24-25.

²¹⁹ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 24.

sahip oldukları rekabet haklarını dürüstlük kuralına aykırı kullanmaları haksız rekabet teşkil edecektir.²²⁰

Haksız rekabetin önlenmesine ilişkin amaç ve ilkelerin belirlendiği TTK m. 54'ü 2 ana ilkeye ayırmak mümkündür.²²¹ Öncelikle yukarıda belirttiğimiz üzere ciddi eleştirilere maruz kalan ve eTKm. 56'da yer alan "iktisadi rekabet" kavramı TTK m. 54'de yer alan düzenlemede terk edilmiş ve bu kavram yerine "tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" ifadesi kullanılmıştır. Burada "tüm katılanlar" ifadesi tercih ederek haksız rekabet hükümleriyle öngörülen korumanın kapsamına ünlü üçlü olarak bilinen ekonomi, tüketici ve kamunun menfaatleri dâhil edilmiştir.²²² İkinci unsur ise söz konusu maddede haksız rekabetin tespitinde kıstas olarak kabul edilen dürüstlük kuralıdır. Mülga kanunda "suistimal" kavramının yerine kullanılan dürüstlük kuralı daha geniş bir kapsamı ifade etmektedir. 6102 sayılı kanun ile getirilen düzenleme ile davranışın haksız rekabet teşkil etmesi için dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi yeterli kabul edilecek; rekabet etme hakkının kötüye kullanılması gerekmeyecektir.²²³

Dürüstlük kuralının haksız rekabetin tespitindeki rolü şu şekilde de izah edilebilir. Rekabet ortamına katılanlar, piyasa katılanlarının faaliyetlerini yürütürken dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket edeceklerine güvenme hakkına sahiptir. Ancak TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı davranışların ortaya konması halinde bu davranış güvene aykırılık teşkil edecek ve bu durum haksız rekabete yol açacaktır.²²⁴ Son olarak belirtmek gerekir ki haksız rekabet fiilin varlığından söz edebilmek için her ne kadar haksız rekabeti düzenleyen hükümler TTK'de yer alsada haksız fiili işleyen kişinin tacir olması şart değildir.²²⁵

²²⁰ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku* s. 202.

²²¹ TTK m. 54 Gerekçesi; Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku* s. 202.

²²² TTK m. 54 Gerekçesi.

²²³ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku* s. 202.

²²⁴ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 317.

²²⁵ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku* s. 203.

4.2.2. Haksız Rekabetin Hukuki Niteliği

Hukukumuzda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer almaktadır. TBK'de yer alan haksız rekabete ilişkin düzenleme TMK m. 24'de yer alan kişilik haklarına saldırıya dayanmakta iken TTK'de yer alan düzenleme TMK m 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı belirleyici kriter olarak belirlenmiştir. Bu nedenle TTK düzenlemeleri zarar veren fiili ve bu fiilin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı esas alınırken; BK hükümleri zarara uğrayan kişinin hakkının ihlal edilip edilmediğini esas almaktadır. Ayrıca TBK'de anlamında haksız rekabetin kabulü için kusur şartı aranmakta iken; TTK manasında haksız rekabetin kabulü için ise diğer ilgililerin ve müşterilerin menfaatleri korunduğu için kusur şartı aranmamaktadır.²²⁶

Hükümlerin koruduğu menfaatler ve haksız rekabetin tespiti için esas aldıkları kriterler farklı olmasına rağmen ister TBK düzenlemesinde esas alındığı gibi şahsiyet haklarına aykırılık ister TTK düzenlemesinde esas alındığı gibi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etsin haksız rekabetin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğu konusunda doktrinde ve uygulamada görüş birliği mevcuttur.²²⁷

4.3. Haksız Rekabet Hükümlerinin Amacı

Haksız rekabet hukukuna ilişkin hükümler ile amaçlanmak istenen esasında rekabeti sınırlandırmak veya sonlandırmak değil aksine girişimcilerin sahip olduğu rekabet hakkının korunmasını ve iyileştirilmesini sağlamaktır.²²⁸ Rekabet hakkının dürüstlük kuralı, emek ilkesi gibi ilkelere aykırı kullanılması halinde haksız rekabet hükümleri devreye girecek ve çeşitli yaptırımlar uygulayacaktır.

İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'ndan esas alınarak oluşturulan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabetin hükümlerinin amacı ve kapsamı belirtilmiştir. Kanunun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasında haksız rekabet hükümlerinin amacı "*tüm ilgili tarafların lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesidir*" olarak belirtilmiştir. Kanun koyucu haksız rekabetin amacını

²²⁶ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" s. 30.

²²⁷ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" s. 26.

²²⁸ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" s. 8.

nitelerken “dürüst” ve “bozulmamış” kavramlarını kullanmış ancak bu madde metninde kavramları tanımlamamıştır. Buna karşın kanunun gerekçesinde dürüst rekabet kavramıyla kastedilenin saf, geniş anlamda, kurallara uygun, dürüst rekabet olduğunu belirtilmiştir. Burada bahsedilen kurallara uygunluk ifadesinin doğrudan haksız rekabet ve diğer hukuk kurallarına uygunluk ile sınırlandırılmaması gerektiği ve centilmenliğe uygun olarak oynandığı katışıksız, saf bir rekabetin amaçlandığı belirtilmiştir. Aynı zamanda “bozulmamış” tabiri ile de ne anlatılmak istendiği gerekçe ile ifade edilmeye çalışılmıştır. Bozulmamış rekabet ile güven duyulan ve hilesiz rekabet ortamı anlaşılmalıdır.²²⁹

Mevzuatta yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler göz önüne alındığında haksız rekabete ilişkin hükümlerle rakiplerin, tüketicilerin, mesleki ve iktisadi birliklerin ve İktisadi ortamın korunmasının amaçlandığını söylemek mümkündür.²³⁰

4.4. Haksız Rekabetin Unsurları

Haksız rekabetin hukuki niteliği bahsinde de belirttiğimiz üzere haksız rekabet haksız fiilin özel bir halini teşkil etmektedir. Bu nedenle haksız fiilde olduğu gibi haksız rekabetin varlığı için bir takım unsurlar aranacaktır. Ancak bu unsurlar haksız rekabetin niteliği gereği haksız fiil ile birebir örtüşmeyecektir. Haksız fiili meydana getiren unsurlar hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı iken haksız rekabet için hukuka aykırılık, iktisadi rekabet, rekabet eylemi, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı unsurlarının incelenmesi gerekecektir.²³¹

4.4.1. Hukuka Aykırılık (Dürüstlük Kuralına Aykırı Faaliyet)

Haksız fiilin unsurları arasında yer alan hukuka aykırılık unsuru hukuken izin verilmemiş, yasaklanmış bir davranışın yerine getirilmesi olarak tanımlanır.²³² Bir hukuk normunun ihlali sonunda gerçekleşecek hukuka aykırılıkta söz konusu hukuk normu özel hukuk normu olabileceği gibi kamu hukuku kuralı da olabilecektir.

²²⁹ TTK m. 54 Gerekçe.

²³⁰ Çabukoğlu, “Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Ve Kanun’da Yer Alan Bazı Özel Suç Tipleri (Madde 62/1-b,c, d)” s. 7.

²³¹ Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti” s. 31-32.

²³² Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), s. 138-139.

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin yer aldığı TTK’de haksız rekabet kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde düzenlemenin amacı rekabete ilişkin ilkenin ortaya konması olarak belirtilmiştir.²³³ Söz konusu hüküm gereğince rekabetin hukuka uygunluğunun tespitinde dürüstlük kuralı esas alınacaktır. Fiili gerçekleştiren kişi tarafından ortaya konulan davranışın veya ticari uygulamanın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde haksız rekabetin varlığından söz edilecektir. Bu açıklamalar doğrultusunda kanun koyucunun serbest rekabet ortamının denetiminde dürüstlük kuralını esas aldığını söylemek mümkündür.²³⁴

Haksız rekabetin tanımında haksız rekabet için belirleyici rolü olan dürüst davranma kuralı TMK’nin 2. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmünde dürüstlük kuralına ilişkin olarak “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*” denilmiştir. Kanun koyucu burada dürüstlük kuralına ilişkin olarak genel bir düzenleme getirmiş ve kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uyması gereken genel bir davranış çerçevesi çizmiştir. Dürüst davranma kuralı ile ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Dürüst davranma kuralı ile kastedilen, bir hak sahibinin hakkını kullanırken veya bir borçlunun borcunu yerine getirirken iyi ve doğru hareket etme sorumluluğudur.²³⁵ Ancak burada bahsedilen dürüstlük kuralı TTK’nin 54’üncü maddesinin 2’inci fıkrasındaki dürüstlük kurallarıyla tam örtüşmeyecektir. Çünkü TMK’nin 2’nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, akit veya akit öncesi temelde ve taraflar arasındaki ilişkide var olan güvenle ilgilidir. Ancak rekabet hukukunda sözleşme ilişkisinde olduğu gibi her zaman bir taraf mevcut olmayabilir. Çoğu zaman haksız rekabet bir sözleşme kapsamında değil bir haksız fiil olarak ortaya çıkmaktadır.²³⁶

²³³ TTK m. 54 Gerekçe.

²³⁴ Erdoğan, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçu.” s. 428.

²³⁵ Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), s. 92.

²³⁶ TTK m. 54 Gerekçe.

4.4.2. İktisadi Rekabet

İktisadi rekabet kelime anlamı itibariyle aynı piyasada faaliyet gösteren girişimciler arasındaki yarış olarak tanımlanabilir. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali” şeklinde tanımlanmıştı. Söz konusu tanımdan hareketle kanun koyucu haksız rekabetin gerçekleşmesinin söz konusu davranışın iktisadi rekabetin kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkması gerektiğine işaret etmekteydi. Başka bir anlatımla eTK haksız rekabeti, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması ve iyiniyet kurallarına aykırılık esasına dayandırmıştı.²³⁷ Ancak söz konusu hükümde yer alan “iktisadi rekabet” kavramı hem hukuki bir kavram olmaması hem de anlamı itibariyle rakipler arasındaki rekabeti çağrıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.²³⁸ Buna ek olarak Türk Borçlar Kanunu m. 57’de yer alan düzenlemede de rakipler arasındaki ilişkiden bahsedilmiş ve rekabet eylemi dar yorumlanmıştır.²³⁹

Ancak 6102 sayılı Kanun’da yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemede “iktisadi rekabet” anlayışının terk edilerek “dürüst ve bozulmamış rekabet” in sağlanması amaçlanmıştır. Söz konusu durum Kanun’un 54. maddesinde “*Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*” denilerek belirtilmiştir. Esasında TTK hükümleriyle amaçlanan, iktisadi rekabet hakkının kötüye kullanılmasını engellemektir.²⁴⁰

TTK hükümlerince amaçlanan iktisadi rekabetin korunması değil, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının sağlanmasıdır. Bu nedenle söz konusu davranışın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının tespitinde, iktisadi rekabetin kötüye kullanılıp kullanılmadığı gibi bir inceleme yapılmayacaktır.²⁴¹ Nitekim iktisadi

²³⁷ Erdoğan, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçu.” s. 423.

²³⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 316.

²³⁹ Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti” s. 43.

²⁴⁰ Erdoğan, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçu.” s. 428.

²⁴¹ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 316.

rekabeti haksız rekabetin bir unsuru olarak kabul etmemiz halinde TTK m. 54 vd. hükümlerine başvurmak için kişiler arasında rekabet varlığı aramak gerekecekti.²⁴²

4.4.3. Rekabet Eylemi

Haksız rekabet hukukunun harekete geçebilmesi için öncelikle bir rekabet eyleminin varlığından bahsetmek gerekmektedir. Haksız rekabet hukukunun kapsamı esasında nelerin rekabet eylemi olarak kabul edildiğine göre belirlenecektir. Çünkü haksız rekabet hukuku alanını rekabet eylemleri oluşturmakta ve kapsamı bu eylemlere göre sınırlandırılmaktadır.²⁴³

Nelerin rekabet eylemi olarak kabul edileceğine dair dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı kabulden bahsetmek mümkündür. Dar anlamda rekabet eylemi ile anlatılmak istenen sadece pazara katılanların yani rakiplerin müşteri ve pazar payı için yaptıkları eylemlerdir. Geniş anlamda rekabet eylemi ise rakiplerin eylemleri ile sınırlandırılmamış buna ek olarak tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen davranışları dâhil edecek şekilde geniş anlamda rekabet oyununa dâhil olan herkes arasında ortaya çıkabilecek eylemler olarak tanımlanmıştır.²⁴⁴ Geniş anlamda rekabet eyleminde, rekabet eyleminin kimden kaynaklandığı önem arz etmemektedir. Önemli olan eylemin aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı biçimde gerçekleşmesi ve rakipler arasında veya alıcılarla satıcılar arasındaki ilişkiyi etkilemesidir.²⁴⁵

TTK’de haksız rekabetin amacının belirtildiği 54. maddenin 2. fıkrası incelendiğinde geniş anlamda rekabet eyleminin kabul edildiği görülmektedir. Dar anlamda rekabet eyleminde olduğunun aksine TTK hükümlerince haksız rekabetin gerçekleşebilmesi için taraflar arasında rekabet ilişkisi aranmayacaktır. Buna ek olarak TTK’de yer aldığı şekliyle rekabet eyleminin haksız rekabet teşkil etmesi için eylemi ortaya

²⁴² Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 29.

²⁴³ Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti” s. 32.

²⁴⁴ Şirin Güven, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011). s. 59.

²⁴⁵ Güven, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler” s. 59; Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti” s. 33.

koyan kişi önem arz etmeyecektir. Asıl önemli olan husus söz konusu eylemin rekabet ortamını etkileyebilecek nitelikte olmasıdır.

4.4.4. Kusur

Haksız fiilin unsurları arasında yer alan “kusur” kavramı, hukuka aykırı fiili yerine getiren kişi hakkındaki değer yargısı olarak tanımlamak mümkündür.²⁴⁶ Kusurun varlığı da haksız fiilden doğan sorumluluğun gündeme gelmesi için aranan unsurlardan biridir. Nitekim bu durum TBK m. 49/1’de “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” denilerek ortaya konulmuştur. Borçlar hukuku anlamında kusurun haksız fiili meydana getiren unsurlardan biri olarak sayılmasına karşın haksız fiilin özel bir görünümü olarak kabul edilen haksız rekabetin düzenlendiği TTK hükümleri açısından haksız rekabetten söz edebilmek için kusura gerek yoktur.²⁴⁷ Başka bir ifadeyle haksız rekabetin ortaya çıkması için fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu olması gerekmez. Çünkü TTK’de düzenlendiği şekliyle haksız rekabet ile ilgililerin ve müşterilerin menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır.

Haksız rekabetin varlığı için kusurun aranmaması söz konusu hükümlerin amacı ile ilgilidir. Haksız rekabet hukukunun amacını kısaca kanuni ifade ile “*dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” olarak tanımlamak mümkündür. Bu nedenle kanun hükümleri amacına uygun olarak, fiilin rekabet ortamının normal işleyişine yöneltmesiyle ve objektif olarak iktisadi rekabeti etkileyici nitelikte olmasıyla ilgilidir.²⁴⁸ Söz konusu fiil ortaya konulurken fiili gerçekleştiren kişinin rekabet ortamını etkileme niyetinde olup olmaması önemli değildir.

Rekabet ortamının korunması açısından fiili gerçekleştiren kişinin kusuru önem arz etmeyecektir. Ancak failin davranışında kusurlu olup olmadığı haksız rekabet gerekçesiyle başvurulacak davalar açısından dikkate alınmalıdır. TTK m. 56’da sayılan davalardan haksız rekabetin tespiti, meni ve düzeltilmesi davaları için failin

²⁴⁶ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 152-153.

²⁴⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 317.

²⁴⁸ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 24-25.

kusurlu olması gerekmezken, TTK m. 56/1-d,e'deki maddi ve manevi tazminat davalarının açılabilmesi için failin kusurlu olması gerekecektir.²⁴⁹

4.4.5. Zarar

Zarar bir kimsenin malvarlığında kendi rızası olmaksızın meydana gelen eksilme olarak tanımlanabilir.²⁵⁰ TTK'de düzenlenen ve asıl amacı dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olan haksız rekabet hükümleri ile haksız rekabetin gerçekleşmesi için zarar unsuru aranmış ancak zararın ortaya çıkması zorunlu sayılmayıp, zarar tehlikesi de haksız rekabetin varlığı için yeterli sayılmıştır.²⁵¹ Söz konusu durum TTK m. 56/1'de "...zarar gören veya böyle bir tehlike ile karşılaşabilecek olan kimse..." denilerek ifade edilmiştir.

Haksız rekabetin teşkilinde ve haksız rekabete ilişkin öngörülen davalara başvurabilmek için zarar görme tehlikesi yeterli kabul edilmişken; tazminat davası yolunu kullanabilmek için zararın gerçekleşmesi gerekecektir. (TTK m. 56 1/d)

Kanun tarafından zarar görme tehlikesinin haksız rekabetin oluşumu açısından yeterli görülmesi ile ortaya çıkan bir başka sonuç ise haksız rekabet fiilini ortaya koyan kişinin bu eylemi doğrultusunda menfaat elde etmesinin zorunlu olmadığıdır. Haksız rekabetin varlığı için, failin kendisi veya başkası lehine yarar sağlamış olması haksız rekabetin ortaya çıkması için şart değildir. Somut olayın haksız rekabet tanımına girmesi yeterlidir.²⁵²

4.4.6. Uygun İliyet Bağı

Haksız fiilin unsurları arasında sayılan illiyet bağı ile anlatılmak istenen, failin hukuka aykırı fiili ile ortaya çıkan zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması

²⁴⁹ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 317; Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 203; Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 33.

²⁵⁰ Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, s. 90.

²⁵¹ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" s. 35; Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 29.

²⁵² Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 29.

gerektiğidir.²⁵³ Haksız rekabet anlamında da illiyet bağının benzer şekilde yorumlanması mümkündür. Ancak haksız rekabetin varlığı için mutlaka zararın ortaya çıkması gerekmeyecek zarar tehlikesi de yeterli kabul edilecektir. Bu nedenle haksız rekabet anlamında bir kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi için aranan illiyet bağı rekabet eylemi ile ortaya çıkan zarar veya zarar tehlikesi arasında uygun nedensellik bağı olarak ifade edilecektir.²⁵⁴

4.5. Haksız Rekabet İle İlgili Düzenlemeler

Girişimciler tarafından ortaya konulan rekabet eylemleri kimi zaman rekabette öne geçmek için hukuka aykırı şekilde ortaya konulabilmektedir. İşte bu haksız rekabet eylemlerini engellemek amacıyla başta ülke hukuklarında olmak gerek ulusal gerekse uluslararası alanda bir takım düzenlemeler yapılmaktadır. Başka bir anlatımla haksız rekabet hükümleriyle yapılacak denetimlerin amacı, girişimcilerin hedeflerine ulaşırken rekabet haklarını haksız bir eylem ya da işlem kullanarak değil; emek, çaba ve yeteneğe dayanarak ulaşmasını sağlamaktır.²⁵⁵

Hukukumuzda da haksız rekabete ilişkin düzenlemeler Anayasa, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'larında yer almaktadır. Buna ek olarak Anayasa'da m. 167'de belirtilen "piyasaların denetimi ve dış ticaretin denetimi" başlıklı düzenlemesi esas alınarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur.²⁵⁶ İç hukuka dair kaynaklar bu olmakla birlikte Paris Sözleşmesi, WIPO Kuruluş Sözleşmesi, DTÖ ve TRİPS antlaşmaları Türk Hukukunun haksız rekabete ilişkin uluslararası kaynağını oluşturmaktadır.²⁵⁷

Esasında haksız rekabete ilişkin olarak Anayasa'da doğrudan bir düzenlemenin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Ancak iktisadi alanı tanzim eden haksız

²⁵³ Akıntürk ve Ateş, Borçlar Hukuku, s. 91.

²⁵⁴ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" s. 37; Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 29.

²⁵⁵ Çabukoğlu, "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Ve Kanun'da Yer Alan Bazı Özel Suç Tipleri (Madde 62/1-b,c, d)" s. 12.

²⁵⁶ Metin Topçuoğlu, "Genel İşlem Şartları İle Rekabet İhlali ve Sonuçları," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2015): s. 6.

²⁵⁷ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" s. 47.

rekabete ilişkin hükümler dayanağını anayasadan almaktadır. Anayasanın 48. maddesinde yer alan ve herkese özel teşebbüs kurma ve yaşatma hakkının tanınması ile rekabet hakkının anayasal temellerinden bahsetmek mümkündür. Aynı zamanda Anayasa'nın 167. maddesinde ekonomik anlamda teşebbüs hürriyetinin sınırlarını belirleyen hükümler haksız rekabete ilişkin dayanak kabul edilebilecektir.

Hukukumuzda haksız rekabet konusu hem TBK'de hem de TTK'de düzenleme altına alınmıştır. TBK'de söz konusu düzenleme "haksız rekabet" başlığı altında 57. maddede düzenlenmiştir. TBK m. 57/1 hükmü şu şekildedir:

"Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir."

Söz konusu hükümle kanun koyucu kişinin ekonomik alandaki faaliyet özgürlüğünün korumayı amaçlamıştır. Kanun maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için kişinin müşterilerinin azalması veya onları kaybetme tehlikesinin ortaya çıkması gerekmektedir.²⁵⁸ Aynı zamanda TBK hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için failin kusurlu olması gerekmektedir.²⁵⁹

Haksız rekabetle mücadele amacıyla yürürlüğe sokulmuş bir diğer kanuni düzenleme ise 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'dur. Kanunun amacı 1. maddede,

"İthalatta haksız rekabet hallerinde dampinge veya sübvansiyona konu olan ithalatın sebep olduğu zarara karşı bir üretim dalının korunması amacıyla yapılacak işlemlere, alınacak önlemlere, gerekli ilke ve uygulama kararlarını verecek bir Kurul oluşturulmasına ve bunun görevlerine ilişkin usul ve esasları kapsar." şeklinde belirtilmiştir.

Haksız rekabete ilişkin genel hükümler ise İsviçre Haksız rekabet Kanunu esas alınarak hazırlanan Türk Ticaret Kanunu'nda 54-63 maddeleri arasında düzenlenmiştir.²⁶⁰

²⁵⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 312.

²⁵⁹ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" s. 30.

²⁶⁰ TTK m. 54 Gerekçe.

Haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlerin amacı m. 54/1'de "bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" olarak belirtilmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında kanun koyucu "rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır" diyerek haksız rekabetin tanımı yapılmış ve genel çerçevesi çizilmiştir. Bu tanımla birlikte eTK'de yer alan "iktisadi rekabet" kavramı ile yapılan tanımdan kapsam itibariyle daha geniş bir tanım düzenlenmiştir.²⁶¹

6102 sayılı TTK'de kanun koyucu haksız rekabetin tespitinde eTK'de yer alan "suistimal" kavramının yerine "dürüstlük kuralı" kavramını kullanmıştır. TTK düzenlemeleri ile kanun koyucu davranışların veya ticari uygulamaların haksızlık oluşturmasında objektif dürüstlük kuralını kriter olarak getirmiş, emek ve dürüst davranma değerlerini koruma altına almak istemiştir.²⁶² TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı haksız rekabet halleri için belirleyici kıstas olarak kabul edilmesi nedeniyle, davranışların haksız rekabet hukuku özelinde değerlendirilmesinde dürüstlük kuralı her zaman göz önünde bulundurulacaktır.

Haksız rekabet hallerinin TTK'de düzenleniş şeklini ise 2 ana başlığa ayırmak mümkündür. Kanun'un 54. maddesinde kanun koyucu haksız rekabet eylemine ilişkin genel hükme, 55. madde de ise haksız rekabet eylemlerinden ticarî hayatta ve mahkeme içtihatlarında en çok rastlanılan hallerine yer vermiştir.²⁶³

TTK m. 54/2'de yer alan düzenleme genel haksız rekabet hali olarak kabul edilebilir.²⁶⁴ Söz konusu düzenlemenin genel hüküm olarak nitelendirilmesindeki sebep, haksız rekabete sebebiyet verecek bir durum için kanunun devamında yer alan

²⁶¹ Yüksel, Armağan Ebru Bozkurt. "Elektronik Ortamda Haksız Rekabet," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2014): s. 83.

²⁶² Çabukoğlu, "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet ve Kanun'da Yer Alan Bazı Özel Suç Tipleri (Madde 62/1-b,c, d)" s. 12.

²⁶³ Güzide Soydemir, "İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi" (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2014). s. 11.

²⁶⁴ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 317; Çabukoğlu, "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet ve Kanun'da Yer Alan Bazı Özel Suç Tipleri (Madde 62/1-b,c, d)" s. 13.

özel düzenlemelerin uygulama alanı bulamaması halinde genel hüküm devreye girecek ve uygulama alanı bulacaktır. Başka bir ifadeyle TTK m. 54/2 ile davranışın kanunda sayılan hallerden biri ile tam olarak örtüşmemesi halinde söz konusu hüküm ile davranışın haksız rekabet hali olarak sayılması mümkün olacaktır.²⁶⁵ Yargıtay'da TTK m. 54/2'de yer alan genel hükmü esas aldığı bir kararında, söz konusu hükümlerin haksız rekabetin tespitinde hâkime değişiklik gösterebilen çevresel etkilere, döneme veya ekonomik koşullara göre değerlendirme yapabilme imkanı getirdiğinden bahsedilmiştir. Haksız rekabet hükümlerinin amacına ilişkin olarak da bir değerlendirme yapan mahkeme, haksız rekabet hükümlerinin, sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, aynı zamanda rekabete dayalı ekonomik düzeni de korunmasını amaçladığını belirtmiştir.²⁶⁶

Haksız rekabete ilişkin genel haller TTK m. 54/2'de düzenlenmiş, haksız rekabetin özel halleri ise aynı kanunun 55. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Kanunun 55. maddesinde yer alan örnekler 1986 sayılı İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu'ndaki 3-8 maddeleri esas alınarak örneklem yoluyla sayılmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere söz konusu haksız rekabet halleri sınırlı sayılmamıştır. Özel hüküm olması itibarıyla söz konusu eylemin m. 55'te sayılan haksız rekabet hallerinden birinin kapsamına girmesi halinde söz konusunun fiil için bir daha genel hüküm olan m. 54/2 hükmü uyarınca bir inceleme yapılmayacaktır. Bu fiilin doğrudan haksız rekabete yol açtığı kabul edilecektir.²⁶⁷ Bir başka deyişle genel hükmün kapsamına giren ancak 55. maddede sayılan hallerden birini oluşturmayan eylemler de haksız rekabet eylemi olarak değerlendirilebilecektir.

Kanun'un 55. maddesinde yer alan özel haksız rekabet halleri altı başlıkta düzenleme altına alınmıştır. Bu başlıklar; dürüstlük kurallarına aykırı reklâm ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar, sözleşmeyi ihlâl ve sona erdirmeye yönelmek, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak, üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek, iş şartlarına uymamak ve dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak olarak sayılmıştır. Ayrıca kanun maddesinde sayılan hallerle birlikte yer

²⁶⁵ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 204.

²⁶⁶ Yargıtay 20. HD. T. 10.04.2017 ve E. 2017/5552 K. 2017/3028 www.lexpera.com (ET: 11.05.2020)

²⁶⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 327.

alan “özellikle” ifadesiyle kanun koyucu bu hallerin sınırlı sayıda olmadığını ve örneklem yoluyla sıralandığını ortaya koymuştur.

Çalışmamızın esasını oluşturan dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımı da Kanun’un 55. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde (m.55/1-f) yer alan düzenleme ile haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Söz konusu kanun maddesi şu şekildedir:

“Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1.doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya 2.sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”

Çalışmamızda 6102 sayılı Kanuna yeni eklenen genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeyi esas alarak, şartların kullanımın hangi hallerde haksız rekabete yol açacağına ve sonrasında haksız rekabet hükümlerince öngörülen dava yolu, koruma mekanizmaları, yaptırımlar gibi diğer çözüm yollarına değinilecektir.

BÖLÜM V

DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANIMININ HAKSIZ REKABET TEŞKİL ETMESİ

5. Dürüslük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı

5.1. Hükme Genel Bakış

Genel işlem şartı kullanımı bahsedilen faydaları sebebiyle tacirler tarafından oldukça sık kullanılmakta ve ticari hayat açısından vazgeçilmez bir hal almış durumdadır. Genel işlem şartları barındıran sözleşmelerde genellikle yan yükümlülüklerin ve olası risklerin sözleşmenin karşı tarafına yüklendiği görülmekte ve bu şekilde genel işlem şartı kullanan tacir, kullanmayan tarafa göre rekabette öne geçme fırsatı yakalamaktadır.²⁶⁸ Genel işlem şartı kullanımına ilişkin bu durum, konuya ilişkin denetimin sözleşme hukuku ile sınırlandırılmaması gerektiğini ortaya koymuş ve bu bağlamda ülke hukuklarında çeşitli mevzuatlar geliştirilmiştir.

Hukukumuzda da daha önce de belirttiğimiz üzere genel işlem şartlarının denetimine ilişkin ilk düzenleme 2003 yılında eTKHK'nin 6. maddesinde yapılan değişiklik ile getirilmiştir. Tüketicilere ilişkin koruma ile sınırlı bu düzenleme, genel işlem şartlarının kullanımının yaygınlaşması ile yetersiz kalmış ve sözleşme hukuku açısından denetim TBK'de yer alan hükümlerle; haksız rekabet bağlamında denetim ise TTK'de yer alan hükümlerle sağlanmıştır.

6762 sayılı eski Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet halleri arasında, genel işlem şartlarına ilişkin bu türden bir düzenleme yoktu. Ancak kanuni düzenlemeden yoksun bulunmasına karşın genel işlem şartlarının haksız kullanımı ile

²⁶⁸ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 60.

haksız rekabete yol açabileceği Yargıtay içtihatlarında ve doktrinde kabul edilmektedir.²⁶⁹

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı “bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak belirtilmiştir. (TTK m. 54/1) Amaca yönelik olarak genel ve özel haksız rekabet halleri belirleyen kanun koyucu, kullanımı uygulamada oldukça yaygın olan ve niteliği gereği denetime tabi tutulması gereken genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımını bir pazar davranışı olarak kabul etmiş ve haksız rekabet hali olarak düzenleme altına almıştır.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı TTK.’dem. 55/1-f’de bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme İsviçre Hukukunda haksız rekabete ilişkin olarak ilk ve tek düzenleme olan 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu’nun son değişikliğinden önceki 8. maddesinden alınmıştır.²⁷⁰

Bahsedilen kanunda yer alan ve TTK’deki düzenlemeye esas teşkil eden düzenleme, birçok yönden eleştirilmiş ve bu eleştiriler neticesinde kanun maddesinde 2012 yılında değişikliğe gidilmiştir. Söz konusu değişikliklerle birlikte hükümde yer alan “yanıltıcılık” unsuru hükümden çıkartılmış, denetim için genel işlem şartlarının tüketici aleyhine olması şartı eklenmiştir. Son olarak genel işlem şartlarının haksız olup olmadığının tespitinde kullanılan “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” kıstası hükümden çıkarılmıştır. Kanunda yapılan değişiklikler sonucunda söz konusu hükmün güncel hali şu şekildedir:²⁷¹

“Madde 8) Yolsuz ticari şartların kullanımı: Özellikle dürüstlük kuralına aykırı ve tüketici aleyhinde sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında açık ve haksız bir oransızlık öngören genel işlem şartı kullanımı hukuka aykırıdır.”

İsviçre Hukuku’nda genel işlem şartlarına ilişkin tek düzenleme Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun’da yer almaktadır ve burada da genel işlem şartlarının tanımı

²⁶⁹ Çabukoğlu, “Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet ve Kanun’da Yer Alan Bazı Özel Suç Tipleri (Madde 62/1-b,c, d)” s. 56-57.

²⁷⁰ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 405.

²⁷¹ Yağcıoğlu, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8),” s. 3066; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 67.

yapılmamıştır. Bu nedenle İsviçre doktrinince genel işlem şartlarının denetimine ilişkin yalnızca haksız rekabete ilişkin denetimin öngörülmüş olması eleştirilmekte ve şartlara ilişkin olarak borçlar kanununda veya müstakil bir kanunda düzenleme ihtiyacı ortaya konmuştur.²⁷²

Alman hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere ise ilk olarak 1976 tarihli müstakil bir kanunda yer verilmiş ancak daha sonrasında şartlara ilişkin hükümler Alman Medeni Kanunu'nun içerisine taşınmıştır.²⁷³ Söz konusu hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na da esas teşkil etmiş ve genel işlem şartlarına ilişkin benzer bir sistematik benimsenmiştir. Alman Hukukunda genel işlem şartlarının sözleşme hukukuna ilişkin denetiminde Türk Hukuku ile benzerlik gösterse de genel işlem şartlarını haksız rekabet bağlamında ele alışı farklılık göstermektedir. Şöyle ki Alman Hukuku'nda genel işlem şartlarına ilişkin tek düzenleme Alman Medeni Kanunu'nda yer almakta olup²⁷⁴ ayrıca Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda bir düzenleme öngörülmemiştir.

Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda hukukumuzdaki düzenlemeye benzer şekilde haksız rekabet halleri genel ve özel haksız rekabet halleri olarak basamaklandırılmıştır. Genel düzenleme söz konusu Kanun'un 3. maddesinde, haksız rekabete ilişkin özel haller ise Kanun'un 4. ile 7. hükümleri arasında sayılmıştır.²⁷⁵

Haksız rekabet hallerinin örneklem yoluyla sayılmasının, genel hükmü daha anlaşılır hale getirildiği söylemek mümkündür. Aynı zamanda bu yöntemle benzer olaylara ilişkin yargı içtihatları haksız rekabet hallerinin ortaya konulması sağlanabilir. Son olarak kanunda örneklem yoluyla sayılan hallerin yetersiz kalması halinde mahkemelerin; topluluk hukukunun değerlerini, anayasa hukukunu ve AHRK m. 1 hükmünün koruma amacını göz önünde bulundurarak söz konusu davranışı değerlendirmeleri gerekecektir.²⁷⁶

²⁷² Uzunallı, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi," s. 392.

²⁷³ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 63.

²⁷⁴ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 64-65.

²⁷⁵ Göksoy, "Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler," s. 151.

²⁷⁶ Göksoy, "Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler," s. 151.

Alman hukukunda haksız rekabete ilişkin genel çerçeve bu olmakla genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak daha öncede belirtildiği üzere Alman Haksız Rekabet Hukukunda genel işlem şartlarının denetlenmesi, kanunda örneklem yoluyla sayılan hallerden biri olan “hukuk ihlali” başlığı altında değerlendirilmesi yoluyla mümkün olacaktır.

Bahsedilen ülke hukukları dikkate alındığında, genel işlem şartlarına ilişkin olarak mevzuat alt yapısının oluşturulduğu ve üç ülke hukukunda da genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümlerince denetiminin doğrudan veya dolaylı olarak mümkün olduğu görülmektedir. Genel işlem şartlarının denetiminin sözleşme hukuku ile sınırlandırmayarak haksız rekabet bağlamında da değerlendirilmesinin gerekçelerinden de bahsetmek mümkündür. Şöyle ki sözleşme hukuku ile yapılan denetim ile taraflar arasında bozulan denge düzeltilmeye çalışılmakta ve bu nedenle taraflar arasındaki ilişki dikkate alınarak denetim yapılmaktadır. Haksız rekabet hukukunda ise düzenlemenin amacına uygun olarak genel, soyut ve rekabet ortamının menfaatleri gözetecek şekilde bir denetim yapılmaktadır. Böylece genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümlerince denetim altına alınmış olması hem rekabet ortamının korunmasına fayda sağlayacak, hem de kullanımı oldukça yaygın olan bu şartların dürüstlük kuralı esas alınarak haksız kullanımlarının önüne geçilecektir.

5.2. Genel İşlem Şartı Kullanımının Haksız Rekabet Oluşturması İçin Gereken Şartlar

TTK m. 55/1-f bendine yer alan düzenlemeye göre dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil edebilmesi için bir takım şartlar öngörülmüştür. Şartlardan bahsetmeden önce belirtmek gerekir ki söz konusu düzenlemenin uygulama alanına ilişkin kanun koyucu tarafından kişi bakımından bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Bu anlamda hükümden yararlanmak açısından tüketici veya tacir arasında bir ayırmadan bahsetmek mümkün değildir. Söz konusu durumun düzenlemenin amacından ileri geldiğini söylemek doğru olacaktır. Şöyle ki 6102 sayılı TTK’de yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacı sadece rakiplerin veya sözleşmenin zayıf tarafını korumak değil, bütün katılanların menfaatini korumaktır.

Taraflar arasında yapılan sözleşme hükümleri içerisinde yer alan genel işlem şartları içerisinde aldatıcı, yanıltıcı ve bu yönüyle hizmet ya da ürün alanın iradesini sakatlayan hükümler dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu hükümler bu aykırılık neticesinde TBK’de öngörülen yaptırıma tabi tutulabileceği gibi, TTK’de düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerle denetime tabi tutulacaktır.

TTK’de yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin haksız rekabet teşkil etmesi için aranan şartları şu şekilde sıralamak mümkündür: genel işlem şartı kullanımı, kullanılan şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olması, genel işlem şartlarının tüketiciye veya girişimciye yönelik olması ve şartların dürüst ve bozulmamış rekabeti ihlal edecek nitelikte olması gerekmektedir.

5.2.1.Genel İşlem Şartı Kullanımı

TTK m. 55/1-f’de genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemede kanun koyucu genel işlem şartlarına dair detaylı bir düzenlemeye hatta tanımına dahi yer verilmemiş yalnızca genel işlem şartlarını kullanımın haksız rekabete yansımından bahsetmiştir. Bu nedenle genel işlem şartlarına ilişkin detaylı düzenlemenin yer aldığı TBK hükümleri uygun olduğu ölçüde genel işlem şartlarının haksız rekabet hali için de uygulanacaktır.²⁷⁷

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil edebilmesi için öncelikle genel işlem şartı kullanımına ilişkin bir inceleme yapmak gerekmektedir. Ancak belirtildiği üzere bu inceleme TTK hükümleri üzerinden yapılamayacak, genel işlem şartlarına ilişkin esas düzenlemenin yer aldığı TBK hükümleri üzerinden yapılacaktır.

TBK m. 20 vd. hükümlerinde genel işlem şartlarının tanımına, unsurlarına ve denetimine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerden hareketle genel işlem şartlarının unsurlarını sözleşme hükmü olması, önceden ve tek yanlı olarak hazırlanarak karşı tarafa sunulması, genel ve soyut nitelikte olması ve ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanması olarak sıralamak mümkündür.

²⁷⁷ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 728.

Genel işlem şartlarının tanımının yer aldığı 20. maddede genel işlem şartlarına ilişkin “karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” ifadesi kullanılmıştır. Buradan hareketle genel işlem şartı kullanımına ilişkin ilk şartın geçerli bir sözleşmenin varlığı olduğunu söylemek doğru olacaktır.

Dürüstlük kuralına aykırı kullanılan genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmelerin haksız rekabet açısından niteliği (borçlandırıcı, tasarruf, usul) ve konusu önemli değildir. Sözleşme bir kredi sözleşmesi olabileceği gibi abonelik sözleşmesi de olabilecektir. Aynı zamanda sözleşmenin şekli de önem arz etmeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken sözleşmenin geçerli bir şekilde oluşturulup oluşturulmadığıdır. Çünkü geçerli olmayan bir sözleşmeye dayanılarak hak iddia edilemeyecek ve bu nedenle haksız rekabete ilişkin bir denetim anlamsız olacaktır.²⁷⁸

Genel işlem şartlarının kullanımında sözleşmenin varlığı bir şart olarak aranacak olmasına rağmen haksız rekabetin varlığını ileri sürebilmek için sözleşmenin tarafı olmak gerekli değildir. Nitekim kanunun ilgili maddelerinde haksız rekabete ilişkin davalarda davacı sıfatına sahip olanlar sözleşmenin tarafları ile sınırlandırılmamıştır.

Genel işlem şartlarının kullanımına ilişkin ilk olarak bakılması gereken unsur geçerli bir sözleşmenin varlığı olmakla birlikte hâkim tarafından genel işlem şartlarının kullanımına ilişkin aranan diğer unsurların yerine getirilip getirilmediğine ilişkin incelemenin de yapılması gerekecektir. TBK’de sayılan unsurların varlığına ilişkin denetim buradaki şartlar için yapılacak ve sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem şartı niteliğine sahip olup olmadığı incelenecektir.

Sözleşmedeki hükümlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilmesi halinde incelenmesi gereken bir diğer husus da maddede geçen “kullanım” ifadesiyle ne kastettiğidir. Kullanım şartının ne zaman gerçekleştiğine ilişkin öğretide dar ve geniş şekilde yorumlandığından bahsetmek mümkündür. Genel işlem şartlarının kullanımının gerçekleşmesine ilişkin yapılan dar yorumda genel işlem şartlarının karşı tarafa sunulmasını yeterli görmeyerek, sözleşmenin kurulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Kullanıma ilişkin geniş yorumda ise genel işlem şartlarının kullanım şartının yerine getirilmesi için karşı tarafa sunulmasının yeterli olduğunu ve

²⁷⁸ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yapıtırımı” s. 43.

sözleşmenin kurulmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.²⁷⁹ Geniş yorumda genel işlem şartlarının kullanımı için asgari olarak karşı tarafa sunulması aranmaktadır. Bu bağlamda genel işlem şartlarının kullanıcı tarafından, hazırlanması, kaydedilmesi, depolanması veya bastırılması haksız rekabet anlamında önem arz etmeyecektir.²⁸⁰

Son olarak TTK m. 55/1-f hükmünün uygulanabilmesi için sözleşmenin tarafları açısından bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Sözleşmenin karşı tarafı tüketici olabileceği gibi tacir de olabilecektir. Çünkü kanun koyucu esas itibariyle sözleşmenin zayıf tarafını veya doğrudan tüketiciyi korumayı değil katılanların menfaatine uygun rekabet ortamını korumayı hedeflemektedir.²⁸¹

5.2.2.Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

Genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil edebilmesi için aranan ikinci koşul söz konusu şartların dürüstlük kuralına aykırı olmasıdır. Nitekim kanunun gerekçesinde haksız rekabet hallerinin tespitinde kıstas olarak dürüstlük kuralının esas alındığı belirtilmiştir. Aynı zamanda hükümlerin amacında “dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” ifadesine yer verilerek esasında hükümlerle dürüstlük kuralının ihlal edilmediği bir rekabet ortamının sağlanmasının hedeflendiği belirtilmiştir.

Genel işlem şartı kullanımının amacı ve kullanımı ile elde edilmek istenen sonuç haksız rekabet açısından önem taşımayacaktır. Burada asıl önemli olan, şartların dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması ve bu suretle haksız rekabete sebebiyet vermesidir.²⁸²

TTK’de yer alan dürüstlük kuralı her ne kadar TMK m. 2’de yer alan düzenlemeye dayandırılrsa da buradaki dürüstlük kuralı taraflar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Oysa TTK’de düzenlenen haksız rekabet ve dürüstlük kuralının uygulanabilmesi için

²⁷⁹ Akt: Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 76-77.

²⁸⁰ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 76; Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 732.

²⁸¹ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 323; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 72-73; Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 405.

²⁸² Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 733.

taraf ilişkisi zorunlu değildir. Bu nedenle TTK'de yer alan düzenlemenin TMK'da yer alan düzenlemeyle tam olarak örtüştüğünü söylemek mümkün değildir.²⁸³

Dürüstlük kuralının temelinde güven ilişkisi vardır ve sözleşmenin tarafları sözleşme sürecinde sözleşme hükümlerinin uygulanacağına ilişkin birbirlerine güven duyarlar. İşte taraflar arasında sözleşme etrafında oluşturulan güven ilişkisinin kötüye kullanılmaması gerekmektedir.²⁸⁴ Burada taraflar arasında oluşan güven ilişkisinin bir benzerinin haksız rekabet bağlamında da varlığından bahsetmek mümkündür. Bu duruma ilişkin olarak kanunun gerekçesinde hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında, tüm katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranma kuralına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenme hakkına da sahiptir. Dürüstlük kuralının ihlal edilmesi aynı zamanda duyulan güvene de aykırılık teşkil eder. Bu durum da haksız rekabete yol açar denilerek ifade edilmiştir.²⁸⁵

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil edebilmesi için yanıltıcı ve aldatıcı içerik ihtiva etmesi gerekmektedir. Genel işlem şartlarının belirlenmesinde dürüstlük kuralını esas gösteren kanun koyucu bu kuralın kullanımını hakkında detay vermemiş ve kuralı somutlaştırmamış, bunun yerine 2 örnek vermeyi uygun görmüştür. Bu durum kanun maddesinde,

“Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur” şeklinde düzenlenmiştir.

Düzenlemede yer alan “özellikle” ifadesi bu iki durumun örnek niteliğinde olduğunu ve bu haller haricinde de genel işlem şartları kullanımını yoluyla başka şekilde de haksız rekabete sebebiyet verilebileceği ifade edilmiştir.²⁸⁶

Belirlenmesi gereken bir diğer husus kanun maddesinde belirtilen genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitinde sözleşmede yer alan

²⁸³ TTK m. 54 Gerekçe; Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 733.

²⁸⁴ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 45.

²⁸⁵ TTK m. 54 Gerekçe.

²⁸⁶ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 734.

hükümlerin bir bütün halinde mi yoksa her maddesinin ayrı ayrı mı değerlendirileceğine ilişkindir. Eğer genel işlem şartının sözleşmenin niteliğinden önemli şekilde ayrılıp ayrılmadığı belirlenecekse prensip olarak sözleşmedeki tüm hak ve yükümlülüklerin genel dağılımı göz önünde bulundurulmalı, bu nedenle sözleşme bir bütün olarak değerlendirilmelidir.²⁸⁷

5.2.2.1. Kanuni Düzenlemeden Önemli Ölçüde Ayrılan Genel İşlem Şartı Kullanma

Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının tespitine ilişkin kanun koyucu iki ölçüt getirmiştir. Söz konusu ölçütlerden ilki “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” olarak belirlenmiştir. Genel işlem şartlarının söz konusu şekilde kullanılması halinde haksız rekabet gündeme gelecektir. Kanun koyucu tarafından ortaya konulan ölçütün içerisinde yer alan “kanuni düzenleme” ve “önemli ölçüde ayrılma” kriterlerinin incelenmesi gerekecektir.

a) Kanuni Düzenleme

Hükümde belirtilen kanuni düzenleme kavramının kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun koyucu tarafından kanuni düzenlemelere aykırılığın aynı zamanda dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edeceğine ilişkin bir tavır ortaya koymasının sebebi kanuni düzenlemelerin her iki tarafın menfaatini korumaya yönelik olarak hareket ettiği ve adaletli davrandığı kabulünden kaynaklanmaktadır.²⁸⁸

Kanuni düzenleme ifadesinin sınırları ise belirtildiği üzere söz konusu hükümlerle açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu sebeple doktrinde kanuni düzenlemeler kavramıyla neyin kastedildiğine ilişkin dar ve geniş yorumlanması yönünde görüşler mevcuttur. Kanuni düzenleme ifadesinin dar yorumlanması halinde yalnızca maddi ve şekli anlamda kanun niteliği taşıyan düzenlemeler kapsama dâhil edilmiştir.²⁸⁹ Söz konusu

²⁸⁷ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 407.

²⁸⁸ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 737; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 79.

²⁸⁹ Akt: Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 79-80.

ifadenin geniş yorumlanması halinde ise “kanuni düzenleme”, özel veya kamu hukukuna ilişkin olarak emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı kanun hükümleri ile doktrin ve içtihatlar yoluyla oluşturulan düzeni ifade etmektedir.²⁹⁰ Kapsamı genişleten yorumu takip etmenin haksız rekabet hukukunun amacına daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.

aa) Doğrudan veya Yorum Yoluyla Uygulanacak Kanuni Düzenlemeler

Doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemeler ile kast edilen emredici hukuk kurallarıdır.²⁹¹ Emredici hukuk kuralları ilgililerin iradesi ne yönde olursa olsun dikkate alınmaksızın uygulanması zorunlu hukuk kurallarıdır ve bu kurallara aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür.²⁹² Bu nedenle kişilerin gerçekleştirecekleri hukuki işlemlerde emredici hukuk kurallarını gözetmeleri gerekmektedir.

Doğrudan uygulanacak hukuki düzenlemeye aykırılığın aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bu durumun haksız rekabet oluşturacağı açıktır. Ancak burada önem arz eden bir diğer husus kanunun emredici hükümlerine aykırılık halinin TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olacağıdır. O halde bu şartların yine de haksız rekabete sebebiyet verip vermeyeceği sorusu gündeme gelecektir. Her ne kadar emredici hükümlere aykırılık halinde hükümler sözleşme hukuku anlamında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olsalar da ayrıca haksız rekabete sebebiyet verecekler ve buradaki yaptırımlara tabi tutulacaktır. Çünkü bir pazar davranışı olarak kabul edilen genel işlem şartı kullanımının emredici hükümlere aykırı olması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması sözleşme hukuku açısından bir yaptırım olacak, ancak rekabet ortamını korumak için yeterli olmayacaktır.

Bu duruma ehliyetsiz bir kimsenin satış sözleşmesinin tarafı olması örnek verilebilir. Satıcı tarafın bu işlem sırasında TMK'nin 10 ve devamındaki maddelerinde fiil

²⁹⁰ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 323; Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 737; Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 407-408.

²⁹¹ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 68.

²⁹² Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), s. 67.

ehliyeti için belirtilen şartların taşımaması halinde taraflar arasında imzalanan sözleşme geçerli bir sözleşme olmayacak ve kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Buradaki hükümsüzlük yaptırımı kanun hükmüne aykırılık halinden ileri gelecek ve taraflar arasında kurulacak hukuki ilişkiye doğrudan uygulanacaktır. Görüldüğü üzere söz konusu kanunda yer alan emredici hükümler, tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı ve işlemlerine doğrudan etki eden kanun hükümleri olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak burada TBK m. 27 uyarınca öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımının etkisi sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki ile sınırlı kalacak ve yalnızca taraflara ilişkin bir koruma sağlayacaktır.

Kanuni düzenlemeye aykırılık hali için iki ihtimali de değerlendiren kanun koyucu hem doğrudan hem de yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelere aykırılığı haksız rekabet hali olarak düzenlemiştir. Bu doğrultuda yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartı kullanılması, haksız rekabet oluşturacaktır. Burada da incelenmesi gereken “yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenleme” ile anlaşılması gerekenin ne olduğudur.

Sözleşmeye yorum yöntemiyle uygulanacak hükümler yedek hukuk kuralları içerisinde sayılan yorumlayıcı hukuk kurallarıdır.²⁹³ Yorumlayıcı hukuk kuralları kişilerin hukuki ilişkilerde ortaya koydukları irade beyanlarının açık ve anlaşılır hale getirilmesi için öngörülmüş hükümlerdir.²⁹⁴ Kanun koyucunun “yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenleme” ifadesini eklemesi ile hükmün kapsamına isimsiz sözleşmeleri de dâhil ettiği anlaşılmaktadır.²⁹⁵

İsimsiz sözleşmeler, TBK’de veya diğer herhangi bir kanunda düzenleme alanı bulmayan sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle isimsiz sözleşmeler isimden yoksun değil doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemeden yoksun

²⁹³ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 60.

²⁹⁴ Akıntürk ve Ateş, *Medeni Hukuk*, s. 68; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 20. Baskı. (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014), s. 87.

²⁹⁵ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 323; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 82-83.

sözleşmelerdir.²⁹⁶ İsimli sözleşmelerin kanuni temelini ise yine daha önce bahsettiğimiz bir ilke olan sözleşme özgürlüğü ilkesi oluşturmaktadır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi içerisinde akdin tipinin belirleme serbestisini de barındırır. İşte isimli (atıplık) sözleşmeler bu ilkenin bir ürünüdür.²⁹⁷ İsimli sözleşmeleri üç başlığa ayırmak mümkündür. Bunlar bileşik sözleşmeler, karma sözleşmeler ve suigeneris sözleşmelerdir.²⁹⁸

İsimli sözleşmelerin ilk grubunu oluşturan bileşik sözleşmeler, iki veya daha çok bağımsız sözleşmenin, tarafların iradeleri doğrultusunda mahiyetlerine zarar verilmeksizin bir araya getirilmesiyle ortaya çıkmaktadır.²⁹⁹ Bir kişinin tarlasını kiraya vermesi (kira sözleşmesi) ve çiftçiden belli aralıklarla ürün satın alacağını (satış sözleşmesi) öngören bir sözleşme bileşik sözleşmeye örnek oluşturabilir. Bileşik sözleşmelere kendisini oluşturan sözleşmelere ilişkin kanun hükümleri uygulanacaktır.

Karma sözleşmeler ise kanunda düzenleme altına alınan çeşitli sözleşme tiplerinde öngörülen çeşitli unsurların kanunda öngörülmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş sözleşme tipidir.³⁰⁰ Karma sözleşme tipini kendi içerisinde çift edimli karma sözleşmeler, kombine sözleşmeler ve eklemli karma sözleşmeler olarak alt başlıklara ayırmak mümkündür.³⁰¹ Otelcilik sözleşmesi ve arsa payı inşaat sözleşmesi söz konusu isimli sözleşme tipine örnek olarak gösterilebilir.³⁰² Karma

²⁹⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015), s. 865; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 12. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), s. 11.

²⁹⁷ Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Ankara : Yetkin Yayınları, 2015), s. 54.

²⁹⁸ İsimli sözleşmeler doktrinde genellikle bileşik sözleşmeler, karma sözleşmeler ve suigeneris olmak üzere üç ana başlığa ayrılmaktadır. Ancak bileşik sözleşmelerin isimli sözleşmeler içerisinde yer almaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Söz konusu görüş için bkz: Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.870.

²⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.883; Aral, ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s.55; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, s. 11.

³⁰⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.871; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, s. 11-12; Aral, ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s.57.

³⁰¹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. LXXII.

³⁰² Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, s. 12.

sözleşmelere uygulanacak hukuk noktasında öğretide bir görüş birliğinden bahsetmek mümkün değildir. Bu görüşlerden ilki soğurma teorisidir. Söz konusu teoriye göre karma sözleşmelere hangi tipe ait unsur daha önemli ise o sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkindir. İkinci bir teori olan birleştirme görüşünde ise karma sözleşmeyi oluşturan her unsura, ait olduğu sözleşme tiplerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bir diğer görüşe göre ise karma sözleşmelere ilişkin hükümler kanunda yer almadığı için konuya ilişkin örf ve adet hukuku kurallarına gidilecek ancak burada da uygulanabilecek hükümler bulunamazsa TMK m. 1/2 uyarınca hâkimhukuk yaratacak ve bizzat kendisi kural koyacaktır.³⁰³

İsimsiz sözleşmelerin diğer bir türü olan suigeneris sözleşmeler ise kısmen veya tamamen kanunda öngörülmeleyen unsurlardan meydana gelmektedir.³⁰⁴ Suigeneris sözleşme tipine örnek olarak sulh sözleşmeleri gösterilebilir. Ancak kanunda doğrudan bir düzenlemeye denk gelmedikleri için suigeneris sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hususu da yoruma muhtaçtır. Konuya ilişkin olarak bu sözleşmelere nitelikleri izin verdiği ölçüde benzer sözleşme tiplerine uygulanan hükümler uygulanacaktır.³⁰⁵ Ayrıca söz konusu hükümlere TBK’de yer alan genel hükümlerde uygun düşükleri oranda uygulanabilecektir. Ancak burada da hüküm bulunamaması halinde örf ve adet hukukuna müracaat edilecek ve son halde hâkim kanun koyucu gibi hareket ederek hukuk yaratacaktır.³⁰⁶

Görüldüğü üzere “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenleme” ifadesinin izahında hükümlerin mahiyeti kadar, (emredici, tamamlayıcı veya yorumlayıcı olma) sözleşme tiplerinin doğru tespiti de önem arz etmektedir. Ayrıca doğrudan kanunda yer alan düzenlemelere denk gelmeyen karma ve suigeneris sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespitinde hâkimin hukuk yaratmasına gelene kadar diğer hukuk kuralları taranmaktadır. Bu nedenle TTK m. 55/1-f’de

³⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.877-881; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, s. 12-13; Aral, ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s.62-64.

³⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.881; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, s. 13; Aral, ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s.56-57.

³⁰⁵ Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, s. 13.

³⁰⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.882; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 83-84.

ifade edilen kanuni düzenleme ifadesinin geniş şekilde yorumlanması hükmün uygulama amacına daha uygun olacaktır.

b) Önemli Ölçüde Ayrılma

Kanun koyucu TTK m. 55/1-f'de yer alan kıstasların dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilmesi için her türlü sapmayı kabul etmemiş söz konusu sapmanın önemli derecede olması gerektiğini belirtmiştir. Bu durum kanun koyucunun sözleşme tarafları arasındaki sözleşme serbestisine müdahalesini sınırlı tutmak istemesi olarak da yorumlanabilir. Ancak kanun koyucu önemli ölçüde aykırılık için bir kıstas öngörmemiştir.

Hangi durumlarda önemli ölçüde ayrılmanın gerçekleşeceğine ilişkin olarak emredici hükümlere aykırı olarak düzenlenen genel işlem şartlarında önemli ölçüde aykırılık halinin varlığından bahsedilebilir. Çünkü tarafların emredici hükümlere uyması zorunludur ve burada tarafların hareket kabiliyeti yoktur.³⁰⁷

Emredici hükümlere aykırılık doğrudan önemli ölçüde kabul edilecekken tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlere aykırı genel işlem şartlarına ilişkin inceleme yapmak gerekecektir. Tamamlayıcı ve yorumlayıcı yedek hükümlere aykırılığın önemli ölçüde olup olmadığının tespitinde hâkim aykırılığın niteliği, kamu düzeni ve genel ahlak gibi kriterlerle değerlendirme yaparak sonuca varacaktır.³⁰⁸ Başka bir ifadeyle sözleşmeye ilişkin yorum yoluyla uygulama alanı bulacak hükümlere aykırılığın önemli ölçüde olup olmadığı emredici hükümlerde olduğunun aksine doğrudan belirlenemeyecek, hâkim tarafından yapılacak inceleme sonucunda belirlenecektir.

5.2.2.2.Sözleşmenin Niteliğine Önemli Ölçüde Aykırı Hak ve Borçlar Dağılımının Öngörülmesi

TTK m. 55/1-f'de sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartları kullanımının dürüstlük kuralına aykırı

³⁰⁷ Kara, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri," s.738; Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 59.

³⁰⁸ Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 61.

olacağı öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemenin sözleşme serbestîsi ilkesine aykırı olduğu düşünülebilir. Çünkü sözleşme serbestîsi ilkesinin çeşitli görünüşleri vardır ve bunlardan biri de sözleşmenin konusu belirleme özgürlüğüdür.³⁰⁹ Ancak kişilerce sözleşme serbestîsi kanunda öngörülen sınırlar içerisinde kullanılmalıdır. (TBK m. 26) Sözleşme serbestîsine ilişkin olarak sınırlama öngören bir diğer kanuni düzenleme de TTK'de yer alan hüküm ile getirilmiştir. Söz konusu hüküm, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımını öngören genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olacağını kabul etmiştir.

TTK m. 55/1-f(2)'de yer alan ve dürüstlük kuralına aykırılık için öngörülen kıstas İsviçre doktrininde birinci örneğe ilişkin uygulanabilecek bir hüküm bulunamaması halinde başvurulacak tali bir kaynak olarak öngörülmüştür.³¹⁰ Hukukumuzda da buna benzer bir değerlendirme yapmak mümkündür. Kanuni düzenleme kavramının geniş yorumlanması halinde emredici, yorumlayıcı ve tamamlayıcı kanun hükümleri ve buna ek olarak doktrin ve içtihatlar da bu kavrama dâhil edilebilecektir. Bu nedenle esasında kanuni düzenlemelerin uygulanamayacağı hiçbir sözleşme türü kalmayacaktır. Buna rağmen kanun koyucunun sözleşmelerin içeriğine ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer vermesi kanun hükmünden kaçmanın engellenmesini sağlamak ve sağlanan güvenceyi arttırmak amacıyla açıklanabilecektir.³¹¹

TTK m. 55/1-f(2)'de yer alan "sözleşmenin niteliği" ibaresi ile ne anlaşılacağı kesin değildir. Söz konusu hüküm ile, sözleşmeye eklenecek ve sözleşmeyle doğrudan ilişkisi olmayan alışmamış ve şaşırtıcı kayıtların saptanmasında yol gösterici olunması amaçlanmıştır. Buna göre olağandışı ve şaşırtıcı kayıtlar sözleşmenin niteliğine aykırılık teşkil edecektir.³¹²

5.2.3. Yanıltıcılık Unsuru

TTK m. 55/1-f bendinde genel işlem şartlarının dürüstlüğe aykırı kabul edilebilmesi için belirtilen durumlardan ilki genel işlem şartlarının yanıltıcı olmasıdır. Yanıltıcılık

³⁰⁹ Aral, ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s.54.

³¹⁰ Uzunallı, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi," s. 408.

³¹¹ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 87-88.

³¹² Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.322; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 87-88.

koşuluna ilişkin açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki söz konusu koşul mehzaz teşkil eden İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'un ilgili maddesinden kanunun uygulama alanını daralttığı gerekçesiyle kaldırılmıştır.³¹³

TTK m. 55/1-f bendinde kullanılan genel işlem şartlarının “özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine” olması halinde söz konusunu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olacağı belirtilmiştir. Burada bahsedilen “yanıltıcı olma” ile ne anlatılmak istendiği önemlidir. Söz konusu yanıltıcılık unsuru, her somut olay için ayrıca değerlendirilmeyecek genel ve objektif bir şekilde ele alınacaktır.³¹⁴ Yani yanıltıcılık unsurunun gerçekleşmesi için kullanıcının niyetine veya karşı tarafın yanıltılmış olmasına bakılmayacaktır.

Yanıltıcılık unsuruna ilişkin olarak bakılması gereken bir diğer husus ise bu unsurun nasıl ortaya çıktığıdır. Şöyle ki genel işlem şartlarının yanıltıcı olması için bu şartlarının kullanımı veya şekli önem taşımayacak asıl önemli olan şartların içeriği olacaktır.³¹⁵ Başka bir deyişle şartların içeriğinin yanıltıcı olması gerekmektedir. Genel işlem şartlarının içeriğindeki yanıltıcılık, şartların anlaşılır olmaması, karışık olması, birden fazla anlama gelmesi veya anlaşılması zor içeriklerin kullanılması ile meydana gelebilir.³¹⁶

TTK m. 55/1-f'de belirtilen yanıltıcı olma hususunun haksız rekabetin gerçekleşmesindeki rolü, doktrin tarafından farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Buradaki fikir ayrılıklarının sebebi yanıltıcılık unsurunun haksız rekabetin gerçekleşmesinde kanun koyucu tarafından bir şart olarak mı koşulduğu veya dürüstlük kuralına aykırılıkta yol gösterici olması için mi konulduğuna ilişkindir. Konuya ilişkin olarak doktrinde belirtilen birkaç görüşü şu şekilde izah etmek mümkündür.

³¹³ Rauf Karasu, Cahit Suluk, ve Temel Nal, “*Fikri Mülkiyet Hukuku*,” (Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 444; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 107; Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 734.

³¹⁴ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 734- 735; Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 409.

³¹⁵ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 735.

³¹⁶ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 735.

Atamer'e göre genel işlem şartlarının haksız rekabet oluşturması için yanıltıcılık unsuru zorunlu unsur olarak değerlendirilmemelidir. Söz konusu hükümde yanıltıcılık unsurunun “özellikle yanıltıcı bir şekilde” denilerek belirtilmesi nedeniyle bu ifadenin dürüstlük kuralına aykırılıkta örnek olarak gösterildiğini kabul etmek doğru olacaktır.³¹⁷

Karasu da konuya ilişkin olarak aynı yönde yorum ifade etmiştir. Yazar, TTK m. 55/1-f'de yer alan “özellikle” sözcüğü dikkate alındığında kanunda belirtilen “yanıltıcı olma” unsurunun, haksız rekabetin gerçekteşmesinde zorunlu bir unsur olmadığını, bunun yerine dürüstlük kuralına aykırılığı pekiştiren bir unsur olarak yorumlanması gerektiğini savunmuştur.³¹⁸

Uzunallı'ya göre hükümde belirtilen yanıltma koşulunun, içerik denetimini engelleyecek şekilde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Yanıltma koşulunun denetlemeyi sınırlandıracak şekilde yorumlanmaması gerektiğini savunan Uzunallı, yanıltıcılık unsurunun gerçekteşmesi için TBK m. 25 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık halinin varlığının yeterli olacağını savunmuştur. Kısaca yazar, haksızlığın belirlenmesinde TBK m. 25'in kıstas alınabileceğini belirtmiştir.³¹⁹

Kara ise yanıltıcılık unsuruna ilişkin olarak lafzi yorumu esas almıştır. Yanıltıcılık koşulunun hükümdeki konumundan hareketle koşulun temel düzenleme için değil düzenlemede yer alan örnekler için aranmış bir koşul olduğunu ileri sürmüştür. Diğer bir ifadeyle Kara'ya göre kanunda örnek niteliğinde sayılan hallerin haksız rekabet oluşturması, bu hallerin yanıltıcılık unsurunu yerine getirmelerine bağlıdır.³²⁰

Kanunda düzenlendiği şekliyle örnek halinde sayılan genel işlem şartlarının iki kullanımın haksız rekabet oluşturması için yanıltıcı olması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Çünkü söz konusu düzenlemedeki “özellikle” ifadesine yer

³¹⁷ Atamer, Yeşim. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – THKH m. 6 ve TTK. m. 55/I-(f) İle Karşılaştırılmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar”, s. 61. Akt: Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 98.

³¹⁸ Karasu (Suluk/Nal),“*Fikri Mülkiyet Hukuku*,” s. 442.

³¹⁹ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 409-410.

³²⁰ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 735.

alan hallerin örnek mahiyetinde olduğunu ve genel işlem şartlarının başka kullanımlar ile de haksız rekabete yol açılabileceğini belirtmek için yer verilmiştir. Bu nedenle yanıltıcılık unsurunun hallerin gerçekleşmesi için şart olarak aramak yanlış olmayacaktır. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere 6102 sayılı Kanun ile haksız rekabet hükümleriyle getirilen korumanın kapsamı genişletilmiş ve 54. maddede haksız rekabetin tespitinde dürüst davranma kuralı esas alınmıştır. Bu nedenle yanıltıcılık unsurunun haksız rekabetin gerçekleşmesinde bir şart olarak aranması korumanın kapsamını daraltacak ve kanunun amacına aykırı bir yorumlama olacaktır. Bu doğrultuda yanıltıcılık unsurunun dürüstlük kuralına aykırılığın ortaya çıkmasının bir görünümü olarak kabul edilmesi haksız rekabet hükümlerinin amacına daha uygun düşecektir.

Kanunda belirtilen ve genel işlem şartlarının kullanımına ilişkin örneklerinin dürüstlük kuralına aykırı olabilmesi için belirlenen bir diğer kıstas ise şartların karşı taraf aleyhine olmasıdır. Burada incelenmesi gereken husus maddede geçen “diğer taraf” ifadesiyle kanun koyucunun kimi kastettiğidir. Bahsettiğimiz üzere genel işlem şartları sözleşme içerisinde kullanılmak üzere hazırlanmalıdır. Bu nedenle genel işlem şartlarının sözleşme içeriği oluşturmakta ve bu doğrultuda sözleşme ilişkisine paralel olarak iki taraflı bir yapıdan bahsetmek mümkün olacaktır. Genel işlem şartlarını kullanan taraf (kullanıcı) sözleşmenin bir tarafını oluşturmaktayken; sözleşmenin karşı tarafı da ilişkinin diğer tarafını oluşturmaktadır.³²¹

5.2.4. Genel İşlem Şartlarının Kişi Bakımından Kullanımı

Haksız rekabete ilişkin hükümlerde benimsenen anlayış eski düzenlemelerde rakipler arasındaki ilişkinin denetlenmesine ve rakip menfaatlerinin korunmasına yönelik iken, mevcut düzenlemelerde asıl amacın daha geniş tutularak bütün katılanların menfaatine düzgün ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak belirlenmiştir. Bu amaca uygun olarak kanun koyucu korumadan yararlanacak kişilerin çerçevesini de genişletmiştir. Söz konusu çerçeve ile birlikte fiilin haksız rekabet teşkil edebilmesi için fiilin tacir ile tacir veya tacir ile tüketici arasında ortaya çıkması önem arz etmeyecektir. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere haksız rekabet ile

³²¹ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 735.

korunanlar; rakipler, tedarikçiler, alıcıları ve özellikle tüketicilerdir.³²² Buradan hareketle haksız rekabetle öngörülen korunmanın öznesini tüketici, tacir veya esnaf sıfatına sahip müşteriler olabilecektir.³²³ Bu nedenle ticari hayatta oldukça sık kullanılan ve bir pazar davranışı olarak kabul edilen genel işlem şartları kullanımının haksız rekabete yol açabilmesi için söz konusu şartların piyasa katılanlarından girişimciye veya tüketiciye yöneltilmiş olması gerekli ve yeterlidir.³²⁴ Başka bir anlatımla genel işlem şartlarının kullanımı ile haksız rekabete sebebiyet verilebilmesi için söz konusu şartların yöneltildiği taraf, piyasa katılımcılarından tüketiciler olabileceği gibi tacir veya esnaf sıfatına sahip girişimciler de olabilecektir.

5.2.5. Genel İşlem Şartlarının Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti İhlal Edecek Nitelikte Olması

Bir fiilin haksız rekabet teşkil etmesi için Kanun'un 55. maddesinde yer alan hallerden birinin gerçekleşmiş olması yeterli olmayıp aynı zamanda korunan değere zarar verecek nitelikte olması gerekmektedir.

TTK'nin 54'ncü maddesi hükmüne göre; haksız rekabete ilişkin hükümlerin düzenlenme amacı "*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*" Buradan hareketle TTK'de yer alan hükümler ile korunmak istenen değer ticaret ortamındaki rekabet olduğunu söylemek mümkündür.³²⁵ Bu nedenle rekabet eyleminin haksız olup olmadığının tespitinde dürüstlük ölçütü tek başına yeterli olmayacak, aynı zamanda bu eylemin dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını ihlal edecek nitelikte olması gerekmektedir.³²⁶ Dürüstlük kuralına aykırı fiilin haksız rekabet teşkil etmesi için rekabet ortamının işleyişini bozabilecek nitelikte olması yeterli görülmemekte olup rekabet ortamının bozulmuş olması gerekmeyecektir.³²⁷

³²² TTK m. 55 Gerekçe.

³²³ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 100-101.

³²⁴ Uzunallı, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi," s. 406.

³²⁵ Erdoğan, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu." s. 433.

³²⁶ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 101; Uzunallı, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi," s. 385.

³²⁷ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 102.

Genel işlem şartı kullanımının TTK m. 55/1-f hükmü uyarınca haksız rekabet teşkil edebilmesi için aranan şartlardan birisi de dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını en azından bozacak nitelikte olmasıdır. Bu durum esasında kanunun amacından kaynaklanmaktadır. Kanun hükümleriyle korunmak istenen dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının sağlanmasıdır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için tehlike arz edecek davranışların varlığı halinde söz konusu haksız rekabet hükümleri devreye girecektir. Aksi halde yani dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının rekabet ortamı için bir tehdit oluşturmaması halinde şartlara ilişkin genel düzenlemelerin yer aldığı TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

5.3. Genel İşlem Şartları Kullanımının Haksız Rekabet Teşkil Etmesinin Sonuçları

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabete yol açması halinde menfaati olan kişiler TTK m. 56'da sayılan haksız rekabete ilişkin davaları açabileceklerdir. TTK'de yer alan hükümlerle haksız rekabete ilişkin olarak hem hukuki hem de cezai sorumluluk öngörülmüştür.

5.3.1. Hukuki Sorumluluk

5.3.1.1. Açılacak Davalar

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse, fiilin haksız olup olmadığının tespitini, haksız rekabetin men'ini, haksız rekabet sonucunda oluşan durumun düzeltilmesini, kusur veya zarar ve ziyanın tazmini ve TBK m. 58'de yer alan şartların sağlanması halinde manevi tazminat talep edebilecektir.(TTKm. 56/1)

Haksız rekabetin söz konusu olması halinde ortaya çıkacak hukuki sorumluluğun düzenlendiği TTK m. 56 hükmü uyarınca açılacak davaları şu şekilde sıralamak mümkündür: haksız rekabetin tespiti davası, haksız rekabetin meni (önlenmesi) davası, haksız rekabetin düzeltilmesi davası, maddi ve manevi tazminat davası.

Davalara ilişkin incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki haksız rekabete ilişkin davaların açılabilmesi için tazminat davası haricinde diğer davalar için failin

kusurlu olması şart değildir. Buna karşın tazminat davasında failin kusurlu olması ve haksız rekabet sonucunda zarar ortaya çıkması gerekmektedir.

5.3.1.1.1. Tespit Davası (TTK m. 56/1-a)

Tespit davasının konusunu geçmişte kalmış, mevcut veya gelecekteki bir davranışın³²⁸ haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı tespitinin talebi oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla tespit davası ile söz konusu fiilin haksız rekabete yol açıp açmadığı tespit edilmektedir. TTK m. 56/1'de “zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek” ifadesine yer verilmesi nedeniyle zarar tehlikesi de tespit davası açmak için yeterli görülmektedir.

Bir hukuki ilişkide henüz şartları oluşmadığından eda davası açılmıyorsa tespit davasına başvurmak gerekecektir. Bu yönüyle tespit davası eda davasının açılmadığı durumlarda onun öncüsü konumundadır.³²⁹ Ancak haksız rekabet hukukunda yer alan tespit davasında usul hukuku açısından istisna teşkil eden bir durum vardır. TTK m. 56'da yer alan tespit davası eda davası açılma olanağı olsa bile yine de açılabilir.³³⁰

5.3.1.1.2. Men (Önleme) Davası (TTK m. 56/1-b)

Haksız rekabetin men'i davası, devam ettiği veya devam etme tehlikesi bulunduğu sürece haksız rekabet halinin durdurulması istemiyle açılmaktadır. Haksız rekabetin men'i davası haksız rekabetin önlenmesine ilişkindir.³³¹ Önleme davasında verilen kararda haksız rekabetin tespitine ilişkin bir inceleme yapılır ve yapılan inceleme sonucunda haksız rekabetin tespit edilmesi halinde davranışın ya da tekrarının durdurulmasına karar verilir.³³² Mahkeme tarafından verilecek bu önleme kararının konusunu dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının oluşturması halinde söz

³²⁸ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 83.

³²⁹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016), s. 190.

³³⁰ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 218; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 85.

³³¹ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 124.

³³² Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 218.

konusu kararın bu şartların ileride akdedilecek olan sözleşmelerde kullanılmasını engelleyecek şekilde olması gerekir.³³³

Bir kimse aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılan genel işlem şartı nedeniyle oluşan haksız rekabetin menı davası neticesinde verilmiş hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur. (TTK m. 56/4)

Haksız rekabetin tespiti ve önlenmesine ilişkin davalara da uygulamalarda sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin Yargıtay incelemesine konu olan bir uyuşmazlıkta, davacı taraf kendisine ait olan “uyurken İngilizce öğrenme/öğretme programı” fikrine ilişkin olarak söz konusu çalışmasının davalı tarafa ait internet sitesinde izinsiz olarak çoğaltıldığı veyine davalı tarafından internet sitesi aracılığıyla online şekilde pazarlandığını iddia etmiş ve bu nedenle ortaya konulan haksız rekabet eyleminin tespitini ve men’ini talep etmiştir. Bu talebe ilişkin olarak mahkeme, davalı tarafından ortaya konulan bu eylemin TTK m. 54 ve m. 55 uyarınca haksız rekabet niteliğinde olduğunu tespit etmiştir. Kararın devamında mahkeme, davalıya ait olan “uykudaingilizce.com” internet sitesi erişimin engellenmesine karar vererek davalı tarafı haksız rekabetten men etmiştir.³³⁴

5.3.1.1.3.Düzeltilme Davası (TTK m. 56/1-c)

Bu dava ile haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması ve haksız rekabete yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yol açılmışsa bu beyanların düzeltilmesi amacıyla açılacaktır. Düzeltilme davasının açılabilmesi için maddi durumda bir değişiklik olması gerekmektedir.³³⁵ Düzeltilme davası mevcut zararın tazmini amacıyla değil haksız rekabetin etkilerini ortadan kaldırmak ve eski halin tesis edilmesini sağlamak amacıyla açılmaktadır.

Düzeltilme davasında taraflar haksız rekabete konu eylemin niteliğine göre haksızlığa yol açan ürünlerin ambalajlarının sökülmesi, tabela, afiş vb yerlerde yer

³³³ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 412-413.

³³⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2019/1872 K. 2020/111 T. 07.01.2020 www.lexpera.com (ET: 11.07.2020)

³³⁵ Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, s. 415; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 96.

alan ifadelerin düzeltilmesi ve kullanımına son verilmesi veya haksız üretimin satışının durdurulmasını talep edebilmektedir.³³⁶ Haksız rekabet yol açan eylem dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı olması halinde de davacı taraf genel işlem şartlarını içerisinde bulunduran söz konusu sözleşmelerin kullanımına son verilmesini talep edebileceği gibi dürüstlük haksızlığa yol açan şartların sözleşmeden çıkarılmasını da talep edebilecektir.

Düzeltilme davasının düzenlendiği kanun maddesine davacıya düzeltme davası açma hakkı ile birlikte haksız eylemin etkisinin devam etmesi ve haksızlığın önlenmesi için başka bir yol mevcut değilse “*haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını*” isteme hakkı da tanınmıştır. Araçların ve malların imhası yaptırımı, haksız rekabete yol açan taklit ürünlerin toplatılması ve imhası veya taklit ürünlerin üretiminde kullanılan ve başka bir amaçla kullanımı mümkün olmayan araçların imhası gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır.³³⁷

5.3.1.1.4. Tazminat Davası (TTK m. 56/1-d,e)

a) Maddi Tazminat Davası

TTK m. 56/1-d’de maddi tazminat davası “Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören kimse, kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini isteyebilir.” denilerek düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemeden hareketle maddi tazminat davasına başvurulabilmesi bazı şartların varlığına bağlıdır.

Haksız rekabet sebebiyle maddi tazminat davası açılabilmesi için failin kusurlu olması gerekmektedir.³³⁸ Nitekim bu durum kanundaki ilgili hükümde yer alan “kusur varsa” ifadesiyle ortaya konulmuştur. Failin kusurluluğunun ispatı ise davacı tarafa aittir.

³³⁶ İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 6. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 411.

³³⁷ Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, s. 415.

³³⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 325: Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 219.

Haksız rekabet sebebiyle açılacak maddi tazminat davalarında ispatı gerekli bir diğer unsur ise davacı tarafın zararıdır. Tazminat davalarına müracaat edilebilmesi için haksız rekabete sebebiyet veren davranış sonucunda zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Nitekim tazminat davalarının da asıl amacı haksız rekabete sebep olan eylemler nedeniyle oluşan zararın giderilmesidir.³³⁹ Zarar hususuna ilişkin önem arz eden bir diğer durum ise ortaya çıkan zararın ispatın hangi tarafça yapılacağına ilişkindir. Tazminat davasında zararın ispatı TBK m. 50/1 hükmü uyarınca kural olarak davacıya aittir. Ancak uygulamada haksız rekabete maruz kalan davacının zararını ispat etmesi oldukça zordur. Bununla birlikte zararın miktarının TBK m. 50/2 hükmü uyarınca hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi de tatmin edici bir çözüm olarak gözükmemektedir.³⁴⁰ Zararın tespitinin zorluğu ve TBK’de yer alan hükümlerin yetersiz kalması sebebiyle kanun koyucu TTK m. 56/1-d’ye bir cümle ilave etmiştir: “*Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığında da karar verebilir.*” Söz konusu düzenleme ile birlikte davacı tarafın tazminat davasında taleplerini ileri sürebileceği iki seçeneği oluşmuştur. Bunlardan birincisi belirttiğimiz üzere zararını ispatlayarak talep edilen tazminat miktarını ortaya koyması, ikincisi ise davalının elde etmesi mümkün görülen kazançların tazminata konu edilmesidir. Bu ikinci durumda davacı zararını ispat yükümlülüğünden kurtulmuş ve mahkemenin tazminat bedeli olarak davalının haksız rekabet sonucunda elde edebileceği menfaatlerine karşılık gelen bedele de hükmedilme olanağı getirilmiştir.³⁴¹ Ancak bu iki kalem bir arada talep edilemeyecektir.³⁴² TTK’de yer alan hükümde (m. 56/1-d) davalının elde edilmesi mümkün gözükken menfaatinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenlemeye yer

³³⁹ Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 100.

³⁴⁰ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 326; Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku*, s. 219; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 101; Güzide Soydemir, “İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi” (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2014). s. 204.

³⁴¹ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 326.

³⁴² Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 326; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 102.

verilmemiştir. Davalının elde edilmesi mümkün gözükün menfaati davalının defterleri incelenerek belirlenecektir.³⁴³

Böylece dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı ile menfaati zarar gören kişinin haksız rekabetin varlığı halinde ortaya çıkan zararın tazmini için önünde iki yol vardır. Bunlardan ilkinde davacı taraf zararını ispat ederek tazminatını talep edebilir. İkinci yolda ise davalının haksız rekabete yol açan davranışı nedeniyle elde etmesi mümkün menfaat karşılığına hükmedilmesini talep edebilecektir.

b) Manevi Tazminat Davası

Haksız rekabet halinde maddi tazminatın yanı sıra kanunda öngörülen şartların varlığı halinde manevi tazminat davası açmak da mümkündür. Söz konusu dava kanunun m.56/1-e’de yer alan hükmünde,

“Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören kimse, Türk Borçlar Kanunu’nun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini isteyebilir.” şeklinde belirtilmiştir.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı ile menfaati zarar gören kişinin manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için davalının kusurlu olduğunu, manevi olarak zarar gördüğünü (kişilik haklarının zedelendiği) ve kusur ve zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi gerekmektedir.³⁴⁴

Haksız rekabet eylemlerinin varlığı nedeniyle açılan davalarda tazminat taleplerine oldukça sık rastlanmaktadır ve bu anlamda mahkemelerin talepleri değerlendirirken ve tazminat miktarını belirlerken nasıl bir inceleme yaptığı önem arz etmektedir.³⁴⁵

³⁴³ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 326; Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku*, s. 220; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 103.

³⁴⁴ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku*, s. 220; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 105.

³⁴⁵ Konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. HD. tarafından verilen karar örnek gösterilebilir. Söz konusu uyuşmazlıkta, davacı taraf kendisine ait henüz tescil edilmemiş markasının ve ticaret unvanının davalı tarafından haksız rekabet oluşturacak şekilde kullanıldığını iddiasıyla mahkemeye başvuruda bulunmuştur. Söz konusu talep ve diğer incelemeler doğrultusunda mahkeme davalı tarafın davacıya

5.3.1.2. Hukuk Davalarının Tarafları

5.3.1.2.1. Davacılar

Haksız rekabete ilişkin davaların kimler tarafından açılabileceği TTK’de sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre haksız rekabet davalarını; zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalanlar, müşteriler ve meslek birlikleri ve kuruluşlar açabilecektir.

a) Zarar Gören veya Zarar Görme Tehlikesine Maruz Kalanlar (Rakipler)

TTK m. 56/1 hükmü uyarınca, “*Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek kişiler, haksız rekabet hükümleri uyarınca dava açma hakkına sahip olacaktır.*” Söz konusunda hükümden hareketle dava açma hakkına sahip olan esas grup rakiplerdir.³⁴⁶ Ancak 6102 sayılı TTK’de yer alan haksız rekabet davalarına başvurabilmek için taraflar arasında rekabet ilişkisinin bulunması zorunlu değildir.³⁴⁷ Buna ek olarak haksız rekabete yol açan fiilin doğrudan davacı tarafa yönetilmiş olması da gerekmeyecek ve dava açmak için zarar görme tehlikesi yeterli olacaktır.

Haksız rekabet eyleminden zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi hukuki menfaatinin bulunması halinde TTK m. 56/1’de yer alan tüm dava türlerinde davacı sıfatıyla yer alabileceklerdir, kanunda buna ilişkin bir sınırlandırma öngörülmemiştir.

ait ticaret unvanının kendi lehine haksız bir algı yaratacak şekilde kullandığını tespit etmiş ve haksız rekabetin varlığına hükmetmiştir. Davacı tarafından yapılan maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak ise mahkeme, davalının ihtarına rağmen haksız kullanımını sürdürdüğünü ve bu nedenle kusurlu olduğuna belirtmiş ve durumun maddi ve manevi tazminat şartlarının oluştuğunu ifade etmiştir. Yargıtay 11. HD. E. 2015/11138 K. 2016/5911 T. 30.05.2016 www.lexpera.com (ET: 11.07.2020)

³⁴⁶ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 328; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 113-114.

³⁴⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 328; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 113-114; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 106.

b) Müşteriler

Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir zarar görme tehlikesiyle karşılaşabilecek müşteriler haksız rekabete ilişkin olarak TTK'de öngörülen davalarda davacı sıfatıyla yer alabilecektir. Güncel düzenlemede durum böyle olmakla birlikte eTK'de müşterilerin haksız rekabete ilişkin hukuk davalarında davacı sıfatına sahip olabilmeleri için zarar görme şartı aranmaktaydı.³⁴⁸ Ancak 6102 sayılı Kanun'da bu durum esnetilmiş zarar görme tehlikesi de yeterli kabul edilmiştir.

Müşteriler de tüm haksız rekabet hukuk davalarında davacı sıfatına sahip olabilecektir ancak araçların ve malların imhasını isteyemeyeceklerdir. (TTK m. 56/2)

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının doğrudan muhatabı, yöneltildiği kitle genellikle müşterilerdir. Bu nedenle müşterilerde genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımı nedeniyle zarara uğramaları veya böyle bir zarar görme tehlikesiyle karşılaşmaları halinde haksız rekabete ilişkin hukuk davalarına başvurabileceklerdir.

c) Meslek Birlikleri ve Kuruluşlar

TTK m. 56/3'de yer alan hüküm uyarınca ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlara da dava açma hakkı tanınmıştır. Ancak sayılan mesleki birlikler ve kuruluşlara maddi ve manevi tazminat davası açma yetkisi verilmemiştir. Şöyle ki, tazminat davaları ortaya çıkan bir zararın giderilmesi amacıyla açılmaktadır. Ancak meslek birlikleri haksız rekabet eylemleri nedeniyle zararı gören taraf konumunda yer alamayacakları için, kendilerine tazminat davası açma hakkı da tanınmamıştır.

³⁴⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 328; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 114-115; Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 107.

eTK’da meslek birliklerinin ve kuruluşlarının söz konusu davaları açabilmesi için kendilerinin veya üyelerinin dava açma hakkına sahip olmaları şartına bağlanmıştır ancak bu durum 6102 sayılı TTK’de aranmayacaktır. Bu nedenle TTK ile söz konusu kurumların haksız rekabete ilişkin davaları açabilmesi için aranan tek şart tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunmalarındır.

TTK m. 56/3’de yer alan kuruluşlara dava açma hakkı verilmesiyle haksız rekabetin sadece rakiplerin çıkarını korumadığını buna ek olarak belli bir meslek kolunun, sektörün ve geniş ölçekte toplumun çıkarlarını koruma amacı ortaya konulmuştur.³⁴⁹

Genel işlem şartları açısından söz konusu hüküm değerlendirildiğinde ise müşterilere tanınan dava açma hakkı çok tercih edilmemektedir. Şöyle ki, tüketicilere yöneltilen dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları hakkında haksız rekabet davalarını müşteriler yerine TTK m. 56/3 hükmü ile birlikte davacı sıfatına sahip olabilecek tüketici kuruluşları daha ağırlıklı olarak açmaktadır. Bu sayede genel işlem şartlarına ilişkin denetimin çerçevesi genişletilmiş ve haksız rekabete yol açacak genel işlem şartı kullanılmasının caydırıcılığı arttırmıştır.

Kanun koyucu tarafından TTK m. 56/3’de yer alan kuruluşlara haksız rekabet davalarını açma hakkı tanınmasını kamunun doğrudan ekonomiye müdahale etmeden mesleki birlikler ve kuruluşlara bu hakkı tanınmasının ekonomik kamu düzeninin³⁵⁰ sağlanmasına yönelik olduğunu söylemek mümkündür.

5.3.1.2.2. Davahlar

a) Haksız Rekabeti Gerçekleştiren

Haksız rekabet eden kişiye (faile) karşı TTK m. 56/1’de yer alan bütün davaların açılması mümkündür.³⁵¹ Failin davalı olabilmesi için kusurlu (tazminat davaları

³⁴⁹ ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 330.

³⁵⁰ “Ekonomik kamu düzeni kavramı kamu düzeni kavramının ekonomik boyut kazanmış türü olarak tanımlamak mümkündür.” Turgut TAN, “Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi,” *Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları*, (2014): s. 516-517.

³⁵¹ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 221; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 117.

hariç) ve rakip olması gerekmemektedir.³⁵² Aynı zamanda davalının tacir olması da gerekmemektedir.³⁵³

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabete sebebiyet vermesinde ise haksız rekabeti yapan kişi (fail) genel işlem şartlarını kullanan kişidir. Buradaki kullanım şartı ise en azından genel işlem şartlarının basılması ve kullanıma hazır hale getirilmesi halinde mümkün olacaktır. Çünkü kanun koyucu dava açma şartı olarak zarar görme tehlikesini yeterli kabul etmiştir.

b) Adam Çalıştıran

TTK m. 57/1’de yer alan hüküm doğrultusunda haksız rekabet davaları, adam çalıştıranlara karşı da açılabilir. Söz konusu düzenlemeye göre haksız rekabet fiili, hizmet veya işlerini gördükleri esnada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa tespit, men ve haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması davaları çalıştırana karşı açılabilir.

Adam çalıştıranın sorumluluğu ise TBK m. 66’da düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*” Maddenin ikinci fıkrasında ise adam çalıştıran lehine kurtuluş beyyinesi imkanı tanınmıştır. Bu sayede adam çalıştıran zararın doğmasını engellemek için gerekli bütün dikkati ve özeni gösterdiği ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak adam çalıştıran haksız rekabet sebebiyle davalı olduğu durumlarda TBK m. 62/2’de yer alan kurtuluş beyyinesinden yararlanması mümkün değildir.³⁵⁴

Son olarak diğer başlıklarda olduğu gibi tazminat davalarının adam çalıştırana karşı açılması için davacının zarar görmüş olması ve adam çalıştıranın kusurlu olması gerekmektedir. Buna karşılık TTK m. 57/2’de yer alan hüküm uyarınca adam çalıştıran aleyhine açılacak tazminat davaları TBK m. 66 hükmüne tabi olacaktır. Bu

³⁵² Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 221; Bakır, “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı” s. 109.

³⁵³ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 117-118.

³⁵⁴ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 331; Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 221.

nedenle tazminat davalarında davalı konumundaki çalıştırının kurtuluş kanıtı getirme imkanı vardır.

c) Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları

TTK m. 58'de yer alan hüküm haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmesi halini özel olarak düzenlemiştir. Haksız rekabete yol açan fiil söz konusu basın vasıtasıyla işlenmiş olması halinde yazı sahibi veya ilan veren aleyhine tespit, men ve düzeltme davalarının açılması mümkündür. Eğer yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa, yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa, başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa, yukarıda anılan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir. (TTK m. 58/1-a,b,c) TTK m. 58'de hükmüne göre ise sayılan kişilerden birinin kusurunun bulunması halinde dava sıraya bakılmaksızın kusurlu kişi hakkında açılabilir.

TTK m. 58/4'de hizmet sağlayıcılarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre hizmet sağlayıcı aleyhine tespit, men ve düzeltme davaları açılmayacaktır. Ancak mahkeme, haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya göre uygulanabilir başka tedbirler alabilir.

5.3.1.3. Kararın İlanı

Haksız rekabet davaları sonucunda mahkeme tarafında verilecek kararların ilanına ilişkin düzenleme TTK m. 59'da yer almaktadır. Söz konusu hükümde kararın ilanına ilişkin olarak "*Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız*

çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine de karar verebilir. İlan şeklini ve kapsamını mahkeme belirler” denilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca kararların ilanı talep şartına bağlanmıştır. Haksız rekabet davalarında verilen kararların ilanı uygulama açısından birçok bakımdan fayda sağlamaktadır. Örneğin ilan edilen kararlarla haksız davranışlar piyasa katılanlarına duyurulmuş olur ve bu sayede hem girişimciler hem de müşteriler haksız davranış hakkında farkındalık edinmiş olurlar.³⁵⁵ Mahkeme tarafından dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı hakkında verilen kararların ilan edilmesi halinde hem şartların dürüstlük kuralına aykırı kullanılması durumuna caydırıcılık teşkil edecek ve kullanıcılar için yol gösterici olacaktır.

5.3.1.4. Hükmün Başkası Hakkında İcrası

Hukukumuzda davalar iki taraf sistemi üzerine kurulmuştur ve dava sonucunda verilecek kararlar yalnızca taraf olan kimseleri ilgilendirecek ve kural olarak üçüncü kişiler hakkında herhangi bir etki doğurmayacaktır.³⁵⁶ Ancak bu kurala ilişkin TTK m. 56/4’de bir istisna getirilmiştir. Hükmü göre *“bir kimse aleyhine haksız rekabet davalarından önleme ve düzeltme davalarında verilen kararlar, haksız rekabete konu olan malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur”* denilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken üçüncü kişilerin malları ticari amaçla elde etmiş olması hususudur. Aksi halde yani malları şahsi amacı için elinde tutan kişilere söz konusu düzenleme uygulanmayacaktır. Bir başka deyişle, bu malları kendi kişisel gereksinimleri için elinde bulunduranlara söz konusu kural uygulanmayacaktır.³⁵⁷ Bu düzenlemeyle kanun koyucu haksız eylem sonucunda menfaati zedelenen kişinin haklarını daha etkili korumak ve dürüst rekabeti bozacak eylemlere karşı daha etkin bir mücadele vermek amacını hükmü eklediğini söylemek mümkündür.³⁵⁸

³⁵⁵ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku*, s. 223.

³⁵⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, s. 315-316.

³⁵⁷ Can, “Borçlar Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet,” s. 169.

³⁵⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 331-332.

5.3.1.5. İhtiyati Tedbir

Konuya ilişkin esas düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunda ihtiyati tedbir kavramı dava açılmadan önce veya dava sırasında mevcut durumda meydana gelebilecek değişimlerin yol açabileceği zararların önüne geçmek amacıyla getirilmiş bir yol olarak ifade edilmiştir. (HMK m. 389 vd.) Yargılamaların uzun sürmesi ve bu nedenle birçok sakınca ortaya çıkabileceği için ihtiyati tedbir yolu uygulamada oldukça sık kullanılan bir yoldur. Bu nedenle kanun koyucu HMK'da yer alan düzlemeler esas alınarak haksız rekabet davalarında da ihtiyati tedbir talebine başvuru imkânı tanımıştır.

TTK m. 61'de yer alan düzenlemeye göre,

“Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, men ve düzeltme davalarında öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere karar verebilir.”

Ancak belirtildiği üzere burada verilecek ihtiyati tedbir kararı HMK hükümleri esas alınarak verilecektir.

İhtiyati tedbire ilişkin düzenlemeler, HMK'nin 389 ile 399 maddeleri arasında yer almaktadır. İhtiyati tedbir kararının alınabilmesi için kanunun 392. maddesinde ise teminat hususu düzenlenmiştir. İhtiyati tedbir kararlarında, İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermesi zorunludur. Ancak mahkeme durum ve koşullar gerektiriyorsa gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Bu anlamda ihtiyati tedbir kararının alınması halinde davalının veya üçüncü kişilerin uğrayacakları zararların ortaya konulması güç ise bu durumda mahkeme teminat alınmaksızın ihtiyati tedbire karar verebilecektir.³⁵⁹

Bu anlamda haksız rekabet davalarında mahkeme tarafından TTK m. 61 uyarında verilebilecek ihtiyati tedbir kararlarını şu şekilde sıralamak mümkündür. Mahkeme

³⁵⁹ Erhan Günay, *Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, 1. Baskı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 116.

ihtiyati tedbir kararını mevcut durumun korunması, haksız rekabet neticelerinin ortadan kaldırılması, haksız rekabet sayılan davranışın geçici olarak yasaklanması, yanlış ve yanıltıcı beyanların düzeltilmesi, gümrüklerde haksız rekabete konu mallara el konulması ve gerekli her türlü diğer tedbirlerin alınması şeklinde açıklayabilecektir.³⁶⁰

Bu anlamda haksız rekabetin varlığı halinde mahkeme tarafından verilecek ihtiyati tedbir kararını somutlaştırmak gerekirse, taklit ürünlerin piyasaya sürülmesinin sona erdirilmesi veya önlenmesi, benzer markaların işletme adının ya da ticaret unvanının kullanılmasının sona erdirilmesi veya önlenmesi ve elektronik ticaret faaliyeti yürüten bir internet sitesinin haksız rekabet teşkil eden içeriğine erişimin tedbiren engellenmesi örnek gösterilebilir.³⁶¹ Haksız rekabete konu eylemin dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kulumu olması halinde söz konusu hükümlerin yer aldığı sözleşme metinlerin kullanılmasının sona erdirilmesine veya önlenmesine hükmeden bir ihtiyati tedbir kararı söz konusu olabilecektir.

5.3.1.6. Görev ve Yetki Hususu

Görevli mahkeme belirlenirken öncelikle söz konusu işin niteliğini belirlemek gerekmektedir. Ticari davalar, kanun koyucu tarafından TTK'de sayılmıştır. Tarafların sıfatına ve ticari işletmesine ilişkin olup olmamasına bakılmaksızın TTK'de düzenlenen hükümler mutlak ticari dava sayılacaktır. Haksız rekabet hususu da TTK içerisinde düzenleme alanı bulduğu için haksız rekabete ilişkin davaların taraflarına ve tarafların ticari işletmesiyle ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava kabul edilecektir. Ticari davalara bakmakta görevli mahkeme ise TTK m. 5/1 hükmü uyarınca asliye ticaret mahkemeleridir.

Haksız rekabete ilişkin davalarda mahkemenin yetkisi ise TTK'de özel bir düzenleme yer almaması nedeniyle HMK hükümlerince belirlenecektir. (HMK m. 5) Yetki hususuna ilişkin genel kural HMK m. 6'da belirtilmiştir. Söz konusu kurala göre yetkili mahkeme davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Bu kural haksız rekabet davaları içinde uygulama alanı bulacaktır.

³⁶⁰ Nihal Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*. 2. Baskı (Seçkin Yayıncılık, 2019) s. 170-171.

³⁶¹ Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, s. 472.

Ayrıca daha önce belirtildiği üzere haksız rekabet haksız fiilin özel bir görünüşüdür. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin davalarda yetkili mahkemenin belirlenmesinde HMK'da haksız fiil için öngörülen yetki hükümleri (m. 16) de uygulama alanı bulacaktır.³⁶²

5.3.1.7. Zamanaşımı

Zamanaşımı dava açma hakkını elde eden kişinin bu hakkı kullanması için kanunen öngörülmüş süredir. TTK m. 60'da zamanaşımı süresi "*davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*" denilerek belirlenmiştir. Aynı maddenin devamında ise haksız rekabet fiilin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur denilmiştir. (TTK m. 60)

Haksız rekabetin devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Çünkü haksız rekabet eylemi devam ettiği sürece her gün için yeniden dava hakkı doğmaktadır. Bu nedenle haksız rekabete zamanaşımı süreleri haksız rekabete yol açan fiilin bitiminden itibaren başlayacaktır.³⁶³ Men davalarında ise zamanaşımı süresinden bahsetmek mümkün değildir çünkü burada haksız rekabete sebep olan eylem henüz sonuçlanmamıştır. Ancak men davalarına ilişkin bu istisnai durumun dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Örneğin men davasının davaya konu davranışın başlangıcından çok sonra açılması halinde bu hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı kabul edilecek ve davanın reddedilmesi gerekecektir.³⁶⁴

5.3.2. Cezai Sorumluluk

Haksız rekabete sebebiyet veren eylemi gerçekleştirmek yalnızca hukuki sorumluluk oluşturmayacaktır. Bunun yanında haksız rekabete yol açan eylemi gerçekleştiren

³⁶² Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 224.

³⁶³ Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 224; Can, "Borçlar Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet," s. 171.

³⁶⁴ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 332; Kayar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, s. 224; Bakır, "Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı" s. 113-114.

kişinin cezai sorumluluğu da gündeme gelecektir. Bu anlamda kanun koyucu tarafından haksız rekabet eylemi olarak kabul edilen davranışlardan birçoğunun aynı zamanda suç teşkil edeceğini de söylemek mümkündür. Hangi haksız eylemlerin cezai sorumluluğum gerektireceği ise TTK m. 62’de sayılmıştır.

TTK m. 62’de suç sayılan ve cezayı gerektiren haller şu şekilde sıralanmıştır:

- “a. Haksız rekabet fiillerinden (m. 55’de sayılan hallerden) birini kasten işlemek,
- b. Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, işürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek,
- c. Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatmak,
- d. Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmemek.”

Söz konusunun cezai sorumluluğu oluşturan haller genel işlem şartı kullanımı dikkate alındığında, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanarak haksız rekabete sebebiyet verenlerin, bu fiili kasten gerçekleştirmeleri halinde cezai sorumlulukları ortaya çıkacaktır. Aynı zamanda çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet niteliğindeki genel işlem şartlarını kullandığını öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenlerin TTK m. 62 uyarınca cezayı sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Yukarıda sayılan suçların takibi şikâyete bağlıdır. Konuya ilişkin olarak TTK m. 62’de,

“fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56’ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren

fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar” denilmiştir.

Tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında gerçekleştirdikleri fiilleriyle haksız rekabete yol açmaları halinde cezai hükümler, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır. Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir. (TTK m. 63)

5.4. Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımına İlgili Hükümlerin Uygulanması (Hükümlerin Çatışması Sorunu)

Hukukumuzda genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasına ilişkin düzenlemeler üç farklı kanunda yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler TKHK'nin 5. maddesinde, TBK m. 20 vd. hükümlerinde ve TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinde yer almaktadır. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının ortaya çıkması halinde olaya uygulanacak hükmün tespiti sorunu ortaya çıkmaktadır. Hükümlerin çatışması halinde hukuk kurallarında bir boşluk yoktur aksine olaya ilişkin uygulanabilecek birden çok hukuk kuralı vardır. Bu halde şartlara uygulanabilecek hükümler arasındaki çatışma incelenerek olaya uygulanacak hukuk kuralı tespit edilecektir.³⁶⁵

5.4.1. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerin Uygulanması

Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımına ilişkin olarak 6502 sayılı TKHK'nin 5. maddesinde “tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” başlığı altında bir takım düzenlemeler ve yaptırımlar öngörülmüştür. Buna ek olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik de yürürlüğe konulmuştur. Ancak Kanun'un kapsamının çerçevesinin çizildiği 2. maddede “*bu Kanun her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar*” denilmiştir. Buradan hareketle TKHK'de yer alan hükümlerin sözleşmenin karşı tarafının tüketici olması halinde devreye gireceğini söylemek mümkündür. Bu nedenle TKHK'de yer alan düzenlemenin uygulama alanını tespit edebilmek için öncelikle tüketici kavramını izah etmek gerekecektir.

³⁶⁵ Gözler, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 128.

Tüketici kavramı TKHK m. 3/1-k'de tanımlanmıştır. Söz konusu düzenlemede tüketici, *“Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. Buradan hareketle tüketicinin mal veya hizmeti ticari veya mesleki kaygıları olmaksızın kendi kişisel ihtiyaçlarını gidermek için kullanan kimse olarak tarif etmek mümkündür.³⁶⁶ Bu anlamda TKHK'de yer alan şartlara sahip gerçek veya tüzel kişilerin tüketici sıfatına sahip olabilmeleri mümkündür. Ancak tanımdan da anlaşılacağı üzere her alıcının tüketici sıfatına sahip olamayacaktır. Bu nedenle konunun birde tacirler açısından değerlendirilmesinde fayda vardır.

Tacirlerin tüketici sıfatını elde edip edemeyeceğine ilişkin olarak değerlendirmeyi gerçek kişi tacirler ve tüzel kişi tacirler açısından ayırarak incelemekte fayda vardır. TTK m. 19/1 hükmü gereğince bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Bu durum kanunda *“Ticari İş Karinesi”* olarak adlandırılmıştır. Ayrıca kanun koyucu söz konusu karinenin istisnaları sayarken *“Ancak gerçek kişi olan bir tacir...”* ifadesine yer vererek bu istisnaların yalnızca gerçek kişi tacirler tarafında getirilebileceğini ifade etmiştir. Buna göre tüzel kişinin tüm borç ve işlemleri ticari iş karinesine tabidir ve ticari iş niteliğindedir. Bu nedenle tüzel kişi tacirler hiçbir iş ve işlemlerinde tüketici sıfatına haiz olamayacak ve TKHK'nin kapsamında sağlanan korumadan yararlanamayacaktır. Tüzel kişi tacirler için durum böyle olmakla birlikte gerçek kişi tacirler için durum daha farklıdır. Belirttiğimiz üzere gerçek kişi tacirlerin işleri ticari iş karinesine tabi olmakla birlikte kanun koyucu gerçek kişi tacirler için istisnalar öngörmüştür. Söz konusu istisnalar TTK m. 19/1'de şu şekilde ifade edilmiştir: *“... Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.”* Söz konusu istisnalardan birinin varlığı halinde tacirin tüketici sıfatını elde etmesi mümkün olacak ve bu şekilde TKHK'de yer alan korumadan yararlanabilecektir.³⁶⁷

³⁶⁶ Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,”s. 79.

³⁶⁷ Konuya ilişkin Yargıtay Kararı: Yargıtay 13. HD. E. 2015/27410 K. 2017/8279 T. 18.9.2017 www.kazanci.com (ET: 11.05.2020)

5.4.2. TBK ile TTK Hükümlerinin Uygulanması

TBK ile TTK arasında genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanması sorununu incelemeden önce iki kanunda da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK’de haksız rekabete ilişkin hükümler Kanun’un 54. vd maddelerinde kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. TBK’de ise konuya ilişkin olarak 57’nci maddede yer verilmiştir. TBK m. 57:

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

Burada TTK ve TBK hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesi noktasında çeşitli görüşler ortaya konulmuştur. Bir görüşe göre TTK hükümleri ticari iş ve işlemlerde, TBK hükümleri ise adi iş ve işlemlerde uygulanması gerektiğini öne sürmektedir. Diğer bir görüş ise TTK’de yer alan hükümlerin niteliğine bakılmaksızın bütün haksız rekabet halleri için uygulanabileceğine ilişkindir.³⁶⁸

TBK m. 57/2’de “Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır” hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, TTK m. 54-63 hükümlerinin, TBK m. 57’nin uygulanmasına engel oluşturmadığı söylemek doğru olacaktır. Çünkü 6102 sayılı kanunda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümler özel hüküm niteliğinde iken, 6098 sayılı TBK m. 57 hükmü ise genel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle TBK m. 57 hükmünün uygulama alanının TTK’de yer alan hükümlere göre oldukça sınırlı olduğunu söylemek mümkündür. Zira söz konusu hüküm TTK kapsamında değerlendirilemeyen ihlal iddiaları açısından gündeme gelecektir.³⁶⁹ Buradan hareketle kanun koyucunun iki hükmün uygulama alanını ticari ve adi işler olarak ayırma niyetinde olduğunu anlamak mümkündür. Nitekim kanun koyucunun ticaret hükümlerine mehzaz teşkil eden İsviçre

³⁶⁸ Akt: Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,”s. 89.

³⁶⁹ Çağlar Özel, ve Semih Sırrı Özdemir, “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları,” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, (2017): s. 194.

Hukuku'nda olduğunun aksine haksız rekabete ilişkin hükümlere tek bir kanunda yer vermemesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Yargıtay'ın da ticari olmayan işlerde TBK hükümlerinin, ticari işlerde ise TTK hükümlerinin uygulanması yönünde kararları mevcuttur.³⁷⁰

Hukukumuzda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı belirttiğimiz üzere üç farklı kanunda düzenleme alanı bulmuştur. Bunlar TKHK, TBK ve TTK'dır. TKHK ve TBK'de yer alan hükümler konuyu sözleşme hukuku açısından değerlendirirken, TTK'de yer alan hükümler haksız rekabet hukuku bakımından değerlendirmiştir.³⁷¹ TKHK'de yer alan hükümlerin hangi hallerde tacirlere uygulanabileceğine ilişkin inceleme kanunda hükümlerin uygulama kapsamının belirtilmesi nedeniyle açıktır. Ancak TBK hükümlerinin uygulama alanıyla ilgili kanunda bir sınırlandırma öngörülmemesi sebebiyle doktrinde söz konusu hükümlerin tacirler içinde uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışma ortaya çıkmıştır.³⁷²

Taraflarının tacir olduğu ve hükümleri içerisinde genel işlem şartları barındıran sözleşmeler, ticari standart sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır.³⁷³ Başka bir anlatımla ticari standart sözleşmelerde genel işlem şartları içeren sözleşmeleri kullanan ve bu sözleşmelerin yönlendirildiği kişiler tacirdir. Bu halde ortaya çıkan sözleşmelere TBK m. 20 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına veya TTK hükümleri ile aralarında nasıl bir ilişki olacağının tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. Konuya ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşlerin varlığından bahsetmek mümkündür.

³⁷⁰ Konuya ilişkin Yargıtay Kararları: Yargıtay 11. HD. E. 2015/4509 K. 2015/12220 T. 18.11.2015; Yargıtay 4. HD. E. 2015/6609 K. 2016/6888 T. 24.5.2016www.lexpera.com(ET: 11.05.2020); Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı," s. 90.

³⁷¹ Antalya ve Doğanç, "İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi," s. 836.

³⁷² Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 140.

³⁷³ Antalya ve Doğanç, "İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi," s. 836; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 140.

Doktrinde yer alan görüşlere geçmeden önce kanunlarca öngörülen denetimler arasındaki farktan bahsetmekte fayda vardır. Çalışmamız boyunca çeşitli başlıklar altında ifade ettiğimiz üzere TTK kapsamında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir ve burada TBK’de yer alan denetimlerden farklı olarak yürürlük ve yorum denetimlerine yer verilmemiştir. TTK için esas olan genel işlem şartları kullanımıyla haksız rekabete sebebiyet verilip verilmediğidir. Kanunların öngördükleri yaptırımlarda birbirinden farklılık göstermektedir. TBK anlamında düzenlemeye aykırılık halinde yazılmamış sayılma yaptırımı devreye girecektir. Buna karşın TTK açısından eğer genel işlem şartı kullanımı ile haksız rekabete sebebiyet verilmişse TTK m. 56 vd. belirtilen hukuki ve cezai sorumluluk gündeme gelecektir.³⁷⁴

Doktrinde konuya ilişkin olarak ortaya konulan bir görüşte, TBK’de yer alan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin her iki tarafın tacir olduğu, ticari standart sözleşmelere uygulanmayacağını ileri sürmüştür. Söz konusu görüşe gerekçe olarak tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü ve hâkimlerin TBK hükümlerini uygulanması halinde dolaylı yoldan piyasaya müdahale edeceği gösterilmiştir.³⁷⁵

Doktrinde yer alan diğer bir görüş işe ticari standart sözleşmelere TTK m. 55/1-f’de yer alan hükmün öncelikli olarak uygulama alanı bulacağını ve boşluk bulunması halinde TBK hükümlerinin uygulanacağı yönündedir.³⁷⁶ Buna ek olarak doktrinde TTK’de yer alan hükümlerin yalnızca haksız rekabete ilişkin denetim öngördüğünü

³⁷⁴ Antalya ve Doğanç, “İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi,” s. 836.

³⁷⁵ Antalya ve Doğanç, “İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi,” s. 837; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 140-141.

³⁷⁶ Burada yer verilen boşluk ifadesiyle kanun boşluğunun anlaşılması gerekmektedir. Nitekim TMK’nin 5. maddesinde “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*” şeklindeki ifadeye yer verilerek özel hukuk ilişkilerinde TMK ve/veya TBK’de duruma uygulanabilecek bir hüküm bulunması halinde kanun boşluğunun oluşmayacağı ortaya konmuştur. Bu doğrultuda söz konusu ifade ile işaret edilen durumun kanun boşluğu değil, ilgili duruma TTK’de uygulanacak bir hüküm bulunamaması halinde TBK hükümlerine başvurulacağı olduğu açıktır.

ve yürürlük, yorum ve içerik denetimlerine yer verilmediğini belirtmiştir. Bu gerekçeyle söz konusu denetimler için TBK hükümlerine başvurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşte TTK ve TBK hükümlerinin bir arada uygulanması fikrinin savunulduğunu söylemek mümkündür.³⁷⁷

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımını yoluyla haksız rekabete sebebiyet veren sözleşmenin taraflarından ikisinin de tacir olması halinde öncelikle TTK hükümleri yani haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TBK’de yer alan hükümler sözleşme hukukuna ilişkin hükümler öngörmekte ve taraflar arasındaki somut ilişkiyi dikkate alacak şekilde bir değerlendirme yapacaktır.³⁷⁸ Bu nedenle TBK’de genel işlem şartlarına ilişkin olarak taraflar arasındaki dengenin korunmasına ilişkin olarak şartların yorumlanmasına, değiştirme yasağına ve içeriğinin denetlenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Burada sayılan denetimler TTK’de yer almamaktadır. Bu nedenle TTK hükümlerinde bir boşluğunun bulunması halinde TBK’de yer alan hükümlerinin uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür.³⁷⁹

Genel işlem şartlarının yer aldığı standart sözleşmelerde taraflar arasındaki dengenin bu şartların nitelikleri gereği bozulduğunu ve şartlara ilişkin hükümlerin de zayıf tarafı korumak niyetiyle getirildiğinden bahsetmiştir. İşte burada genel işlem şartlarının yöneltildiği ve zayıf konumda bulunan taraf tacirlerde olabilecektir. Bu nedenle ekonomik açıdan sözleşmenin karşı tarafına nazaran daha zayıf bulunan tacirler de korunmadan yararlanması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Buradan hareketle TBK’de yer alan korumaların büyük işletmeler karşısında küçük ve orta ölçekte işletmelerin (KOBİ) korunması amacıyla da kullanılabilecektir.³⁸⁰ Konuya ilişkin mahkeme tarafından ortaya konulan kararda da tacir tarafından alınan ticari kredi sözleşmesinde yer alan genel işlem şartlarına karşı ilişkide zayıf tarafta bulunan tarafın tacir olsa da bu korumalardan yararlanabileceğini belirtmiştir.

³⁷⁷ Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,” s. 91.

³⁷⁸ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 405.

³⁷⁹ Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması,” s. 92.

³⁸⁰ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 142.

Mahkeme kararında, taraflarının tacirlerden oluştuğu sözleşmelerde de taraflar arasında ekonomik açıdan bir tarafın daha üstün konumda bulunabileceğini ve bu halde tacirlerin de tüketiciler gibi genel işlem şartlarına ilişkin korumalardan yararlanması gerektiği görüşüne katıldığını belirtmiştir.³⁸¹ Bu açıklamalar doğrultusunda TBK’de genel işlem şartlarına ilişkin yer alan şartların uygun düştüğü tacirler arasındaki ilişkilerde de uygulanabileceğini söylememek mümkündür.

5.5.Hakların Yarışması

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanımına ilişkin hükümler hakkında incelenmesi gereken bir diğer husus ise hakların yarışması durumudur. Hakların yarışması kavramı bir kişinin diğer bir kişiye karşı aynı konuda belirli bir sonuca ulaşmak için değişik hukuksal sebeplere başvurabilmesi halinde hakların yarışmasının varlığından bahsedilecektir. Buradan hareketle hakların yarışması hususunun unsurları aynı alacaklı, aynı borçlu, aynı olay, aynı sonuç ve değişik hukuki nedenler olarak sayılabilir.³⁸² Hakların yarışmasına ilişkin olarak TBK m. 60’da da bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme hakların yarışması hususunu “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” şeklinde düzenlemiştir. Bu durumda yani hakların yarışması halinde davacı tarafın hukuki imkânlardan birini talep etme hakkı bulunmaktadır.³⁸³

Kanunların yarışması halinde olaya uygulanacak hükümler arasında özel hüküm ve genel hüküm ilişkisi vardır. Bu durumda temel hukuk metodoloji gereğince olaya ilişkin genel hüküm uygulama alanı bulamayacak ve olaya doğrudan özel hüküm uygulanacaktır. Buna karşın hakların yarışması halinde söz konusu hükümlerin

³⁸¹ İstanbul BAM. 13. HD. E. 2018/217 K. 2018/985 T. 17.10.2018 www.kazanci.com (ET: 10.05.2020)

³⁸² Ömer Faruk Karacabey, “Hakların Yarışması,” Ankara Barosu Dergisi, (1980): s. 667-668.

³⁸³ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 143.

hepsinin uygulanma olasılığı vardır. Başka bir deyişle hakların yarışması halinde hükümler arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi bulunmayacaktır.³⁸⁴

Daha önce de belirttiğimiz üzere genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımı halinde karşı tarafın başvurabileceği birden çok hukuki düzenleme yer almaktadır. Hukukumuzda söz konusu düzenlemeler TBK m. 25, TKHK m. 5 ve TTK m. 55’de yer almaktadır. Başka bir anlatımla kişi tarafına yönetilen şartların dürüstlük kuralına aykırı olması halinde bu üç kanun hükmü de gündeme gelecektir.³⁸⁵ O halde incelenmesi gereken söz konusu hükümler arasında hakların yarışması halinin olup olmadığıdır.

Hakların yarışması halinin mevcut olabilmesi için öncelikle hükümlerin arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi olmaması gerekmektedir. TKHK ile TBK hükümleri arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi olduğundan bahsetmek mümkündür. Çünkü her iki düzenlemede söz konusu haksız şartları sözleşme hukuku açısından ele almaktadır. TKHK’de yer alan hükümler özel hüküm teşkil edecekken, TBK’de yer alan hükümler genel hüküm niteliğindedir. Yine TKHK ile TTK arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi mevcuttur. Ancak TBK ve TTK’de yer alan hükümler arasında yapılacak değerlendirme daha farklıdır.

TBK’de yer alan hükümler ile TTK’de yer alan hükümler incelendiğinde her ne kadar söz konusu hükümler aynı tarihlerde yürürlüğe girmiş ve aralarında öncelik sonralık ilişkisi olmasa da³⁸⁶ aralarında genel hüküm özel hüküm ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir. Şöyle ki TBK m. 25’de yer alan hükümle amaçlanan dürüstlük kuralına aykırı davranışların genel işlem şartı alanında yani geniş çerçevede sözleşmelerde kullanılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.³⁸⁷ Başka bir

³⁸⁴ Karacabey, “Hakların Yarışması,” s. 670-671; Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 143-144.

³⁸⁵ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 415.

³⁸⁶ 6098 sayılı Kanun m. 648: Bu Kanun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girer. 6102 sayılı Kanun m. 1534: Kenar başlıkları metne dâhil olan bu Kanun 1/7/2012 tarihinde; (...) (1) yürürlüğe girer. Bu hükümler doğrultusunda Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunlarının aynı tarihte yürürlüğe girdikleri ve aralarında öncelik sonralık ilişkisi olmadığı anlaşılmaktadır. www.mevzuat.gov.tr (ET: 17.04.2020)

³⁸⁷ TBK m. 25 Gerekeçe.

anlatımla TBK’de yer alan hükümlerle dürüstlük kuralına aykırı fiilin sözleşme ilişkilerinde yer almasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Buna karşın TTK’de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanımını engellemek amacıyla getirilen haksız rekabet hükmünün asıl amacı tacirlerin haksız şartlar kullanarak rekabette haksız üstünlük elde etmelerini önlemek ve müşterilerin bu haksız uygulamalardan etkilenmesini önlemektir.³⁸⁸ Buradan hareketle her iki hükmün de dürüstlük kuralının aykırı genel işlem şartı kullanımını engellenmek istediği sonucuna varmak mümkündür. Ancak belirlediğimiz gibi söz konusu hükümlerin varmak istedikleri sonuç (dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımını engellemek) aynı olsa da hükümleri harekete geçiren nedenler farklı olması nedeniyle hükümler arasında genel hüküm özel hüküm ilişkisinden bahsedilemeyecektir.³⁸⁹

TBK ve TTK hükümleri arasında genel hüküm özel hüküm ilişkisinin olmadığı çıkarımının ardından söz konusu hükümler arasında hakların yarışmasının varlığı incelendiğinde hükümler arasında bir yarışmanın var olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Şöyle ki TTK m. 55/1-f hükmü ile TBK’de yer alan 20 ile 25. arasındaki maddeler de genel işlem şartlarına ilişkin denetimler öngörülmüştür. Ancak konuyu değerlendirme açılarından söz konusu hükümler farklılık arz etmektedir. TBK’de genel işlem şartlarının içeriğine ilişkin öngörülen denetim içerik denetimi olarak ifade edilmektedir. Ancak TTK’de TBK’den farklı olarak söz konusu düzenleme bir içerik denetimi olarak değil, bir haksız rekabet hali düzenlenmiştir.³⁹⁰ Bu nedenle bahsedilen düzenlemeler arasında bir yarışmadan bahsetmek mümkündür.

Kısacası aynı eylemi farklı amaçlarla ele alan TBK ve TTK hükümleri arasında hakların yarışmasından bahsetmek mümkündür. Bu halde TBK m. 60 hükmü devreye girecek ve hakimin genel işlem şartlarını kullananın karşı tarafı lehine olan kuralı uygulaması gerekecektir.³⁹¹

³⁸⁸ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 415.

³⁸⁹ Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, s. 144-145.

³⁹⁰ Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” s. 728.

³⁹¹ Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” s. 414-415.

BÖLÜM VI

SONUÇ

Anayasa ve kanunlar ile benimsenen sözleşme serbestisi, borçlar hukukunun da temelini oluşturur. Sözleşmenin taraflarına tanınan bu özgürlüğünün kural olarak taraflarca birlikte kullanılması gerekmektedir. Nitekim bu şekilde tarafların ortak ve özgür iradelerine dayanarak oluşturulan hükümlerin yer aldığı sözleşmeler, klasik sözleşme tipini teşkil eden bireysel sözleşme tipini ifade etmektedir.

Borçlar hukukunun temelinde bireysel sözleşme hükümleri yer alsa da günümüz dünyasında tüm sözleşmelerin bu esasa uygun olarak yapılması neredeyse imkansız hale gelmiştir. Üretimin hızlanması, ticaretin elektronik ortamı taşınması, tüketimin artması gibi hususlar nedeniyle bireysel sözleşme tipi “kullanışsız” kalmış ve bu nedenle “standart sözleşme” tipi ortaya çıkmıştır. Söz konusu sözleşme tipi içerisinde taraflardan birinin tek başına, sözleşme kurulmadan önce, karşı tarafa hükümler üzerinde müzakere imkanı verilmeden ve ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan şartlar barındıran sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tip sözleşmeler uygulamada genellikle bankalar, sağlık kuruluşları, sigorta şirketleri veya kiralama şirketleri tarafından kullanılmaktadır.

Girişimci ile tüketici arasındaki ilişkinin hızlanmasıyla kullanımı da artan genel işlem şartları, her ne kadar sağladığı faydalar itibariyle kullanımı gerekli görülse de hazırlanışı gereği bireysel sözleşmelerde görülen taraflar arasındaki eşitliğin bozulmasına ve eşit olmayan taraflar arasında sözleşmeler oluşturulmasına neden olmuştur. Bu nedenle sözleşmelerde genel işlem şartlarının kullanımındaki artışa paralel olarak genel işlem şartı kullanımına ilişkin düzenlemeler ve denetimler yürürlüğe geçirilmiştir.

Hukukumuzda genel işlem şartları kullanımı sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku olmak üzere iki farklı açıdan ele alınmıştır. Sözleşme ilişkisi içerisinde zayıf konumda bulunan tarafı korumak amacıyla hareket eden kanun koyucu, genel işlem şartlarını sözleşme hukuku alanında TKHK’de ve TBK’de düzenlemeleri ile

korumuştur. Ticari hayat içinde oldukça önemli bir yer tutan genel işlem şartlarının kullanımı bu niteliği nedeniyle de TTK'de yer alan haksız rekabet halleri arasında düzenlenerek ticari hayat ve katılımcıları koruma altına alınmıştır. TTK'de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiş ve söz konusu şekilde genel işlem şartı kullanarak haksız rekabete sebebiyet veren kişinin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğacağından bahsedilmiştir.

Söz konusu düzenlemelerin amacı dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımını engellemek olsa da, denetleme amaçları ve metotları itibarıyla farklılık göstermektedir. TKHK'de yer alan haksız şart düzenlemesi haksız kullanılan genel işlem şartlarına ilişkin bir koruma öngörmesine rağmen bu korumanın uygulama alanı tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalar ile sınırlandırılmıştır. Sözleşme hukuku açısından TBK'de yer alan ve denetim öngören düzenlemeler ise sözleşme taraflarının sıfatlarına bakılmaksızın herkese uygulanabilir niteliktedir. Genel işlem şartlarının denetimine ilişkin olarak hükümlerin yer aldığı bir diğer kanun ise Türk Ticaret Kanunu'dur. Kanun içerisinde genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeye haksız rekabet başlığı altında yer verilmiştir.

Haksız rekabet hükümleri ile amaçlananın gerçekleşmesine engel oluşturacak davranışlar, haksız rekabet eylemi olarak kabul edilecek ve fiili gerçekleştiren kişi kanunda öngörülen yaptırımlara tabi olacaktır. Bu anlamda kanun koyucu tarafından genel işlem şartı kullanımı da bir pazar davranışı olarak düzenlenmiş, rekabet ortamında kullanılan ve haksız rekabete sebebiyet veren bir davranış olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle haksız rekabet hukukunda genel işlem şartlarının kullanımına ilişkin yapılan denetim somut sözleşme ilişkisi esas alınarak değil bozulmamış rekabet ortamının sağlanması için genel ve soyut bir şekilde yapılmaktadır.

Söz konusu düzenlemeler açısından bahsedilen farklılıkların yanı sıra ortak bir diğer husustan da bahsetmek mümkündür. Her iki alanda da yapılan düzenlemeler de genel işlem şartlarının haksız kullanımına ilişkin düzenlemelerin temeline dürüstlük kuralı yerleştirilmiştir.

Dürüstlük kuralı hukukumuzda hakların kullanılmasında temel ilke olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda sözleşme hukuku alanında kişilere tanınan istediği konuda, istediği kişiyle ve istenilen şekilde sözleşme yapma hakkının hukuka uygun

şekilde kullanılıp kullanılmamasının değerlendirilmesinde dürüstlük kuralı temel kriter olacaktır. Nitekim genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerde de kanun koyucu bu hususa yer vermiştir. Kişilerin sözleşme hukuku anlamında genel işlem şartı olarak belirledikleri sözleşme hükümlerinin geçerliliği, bu kullanımın dürüstlük kuralına aykırı olmamasına bağlı olacaktır. Haksız rekabet hukuku anlamında da benzer durumdan bahsetmek mümkündür. Ticari hayatın olmazsa olmaz unsuru rekabettir. Ancak ticari hayatın katılımcılarına tanınan bu rekabet etme hakkı hukuka uygun şekilde kullanılmalıdır. İşte bu hakkın hukuka veya kanunda geçen ifadesiyle dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması haksız rekabet kavramını gündeme getirecektir.

Hangi eylemlerin haksız rekabet olabileceğine ilişkin de kanun koyucu başlıca hallere yer vermiştir. Haksız rekabet hallerinin örnek yoluyla sayan kanun maddesi içerisinde konumuzun da esasını oluşturan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmayı da açık bir haksız rekabet hali olarak saymıştır. Genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet eylemi olarak kabul edilebilmesi, bu eylemin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına bakılarak tespit edilecektir.

Genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil edebilmesi için kanunda aranan bir takım şartların varlığından bahsetmek mümkündür. Aranan ilk şart sözleşmede yer alan şartların TBK'de düzenlendiği şekliyle genel işlem şartları olarak kabul edilebilir olmasıdır. Sözleşmede genel işlem şartlarının varlığı halinde aranacak ikinci şart ise dürüstlük kuralına aykırılık halidir. Genel işlem şartlarının dürüstlüğe aykırılığına ilişkin olarak kanunda örnek kabilinden iki hal sayılmıştır. Bunlardan ilki genel işlem şartlarının doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeye önemli ölçüde aykırılık teşkil etmesidir. Böylece kanuni düzenlemeye aykırılık aynı zamanda dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir. Kanunda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek bir diğer hal ise genel işlem şartlarının sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borç dağılımı öngörmesidir. Söz konusu düzenleme ile amaçlanan genel işlem şartlarında ihlal edilen sözleşme serbestisinin doğurabileceği muhtemel riskleri engellemektir. Ne var ki sözleşmenin niteliğine ilişkin düzenleme ikincil niteliktedir. Çünkü esasında kanuni düzenleme kavramının geniş yorumlanması halinde herhangi bir kanuni düzenlemenin uygulanamayacağı sözleşme tipi kalmayacaktır. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırılıkta sözleşme

niteliğine ilişkin getirilen ikinci hükmün ikincil nitelikte ve ilave koruma amacıyla getirildiğini söylemek doğru olacaktır. Kanunda belirtilen bu hallerin gerçekleşmesi yeterli görülmemiş aynı zamanda bu aykırılığın önemli ölçüde olması gerektiği belirtilmiştir.

Kanunda yer alan ve gerek doktrin gerekse uygulama açısından sorun oluşturan bir diğer şartta genel işlem şartlarının yanıltıcı olması koşuludur. Esasında burada sorun oluşturan durum yanıltıcılık unsurunun TTK m. 55/1-f'de yer hükmünde yer alan örneklerin devreye girmesi için aranan bir koşul olarak mı yoksa dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak mı algılanması gerektiğine ilişkindir. Yanıltıcılık unsuruna ilişkin olarak her iki durumu destekleyen görüş mevcut olsa da kanun koyucunun haksız rekabetin varlığına ilişkin tavrının değişen kanuni düzenlemelerle birlikte daha geniş çerçevede algıladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yanıltıcılık unsurunun da kanuni düzenlemenin kapsamını daraltacak şekilde genel işlem şartı kullanımı yoluyla haksız rekabete sebebiyet verilmesi için bir şart olarak değil, dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak algılanması gerekmektedir.

Gene işlem şartı kullanımı ile haksız rekabete yol açılabilmesi için aranan son şart ise söz konusu davranışın dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını bozabilecek nitelikte olmasıdır. Kanunda haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak belirtilmiştir. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin hükümler bu amacın gerçekleşmesine tehdit oluşturabilecek davranışların varlığı halinde devreye girecektir. Bu yüzden haksız rekabetin varlığı için TTK m. 55/1-f'de yer alan hallerden birinin varlığı yeterli olmayıp aynı zamanda bu halin rekabet ortamını etkileyecek nitelikte olması gerekmektedir.

Yukarıda sayılan hallerin varlığı halinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı ile haksız rekabet gerçekleşmiş olacak ve haksız rekabet hukukunun öngördüğü yaptırımlar devreye girecektir. Haksız rekabet halinin varlığı halinde açılacak davalar ve diğer yaptırımlar TTK m. 56 ve devamındaki maddelerde sayılmıştır.

Haksız rekabet davalarında davacı sıfatına haiz olabilecekler; zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalanlar, müşteriler ve mesleki ve ekonomik birliklerdir. Ancak mesleki ve ekonomik birliklere tazminat davalarını açma yetkisi

verilmemiştir. Ayrıca eTK’de müşterilerin davacı sıfatına haiz olabilmeleri için zarar görme şartı aranmış ise de yeni TTK’de zarar görme tehlikesi de yeterli görülmüştür. Haksız rekabet davalarında davalılar ise; haksız rekabete sebebiyet veren fiili gerçekleştiren kişi (fail), istihdam eden ve basın, yayın, iletişim ve bilişim kurumlarının sahipleri ile ilan verenler olarak sayılmıştır. Basın, yayın, iletişim ve bilişim kurumlarının sorumluluğu ise yeni TTK ile getirilmiştir.

Haksız rekabetin varlığı halinde davacıya verilen bir diğer hak da ihtiyati tedbir talep etme hakkıdır. Haksız rekabete sebep olan mallara hak sahibinin talebi halinde ihtiyati tedbir kararıyla el konulabilecektir.

Haksız rekabet hukukunda öngörülen hukuk davaları, davaya hakkı olan tarafın bu hakkını öğrenmesinden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Söz konusu zamanaşımı süreleri haksız fiil devam ettiği sürece işlemeye başlamayacak, süreler son gerçekleştirilen haksız eylemin bitmesiyle başlayacaktır.

Genel işlem şartlarının yer aldığı TBK ve TTK hükümlerine ilişkin olarak incelenmesi gereken son husus söz konusu düzenlemeler arasında hakların yarışmasının var olup olmadığıdır. TBK m. 60 hükmü uyarınca hâkim zarar gören için diğer şartlarının da sağlanması halinde zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine karar verecektir. TBK hükümleri genel işlem şartlarını sözleşme hukuku özelinde denetlerken, TTK hükümleri genel işlem şartlarını haksız rekabet hukuku bağlamında değerlendirmektedir. TBK hükümleri somut sözleşme ilişkisini esas alarak taraflar arasında bozulan dengenin yeniden sağlanmasını amaçlarken, TTK’de yer alan hükümler dürüstlüğe aykırı olarak kullanılan genel işlem şartlarının kullanılmasını engelleyerek tüketicilerin veya girişimcilerin etkilenmelerini engellemek ve şartları kullanan kişinin bu yolla rekabette haksız üstünlük elde etmesinin önüne geçmektir. Söz konusu hükümler aynı eylemi farklı amaçlarla ele almıştır ve bu yüzden hükümler arasında yarışmadan bahsetmek mümkündür. Bu nedenle hâkim dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartının kullanılması halinde karşı tarafın lehine en iyi giderimi sağlayan hükme göre hareket edecektir. Böylece genel işlem şartlarının dürüstlüğe aykırı kullanılması halinde hem sözleşme hukuku hem de haksız rekabet hukukunun yaptırım olanakları harekete

geçebilecek ve böylece söz konusu davranışa karşı alınan önemlerin çerçevesi genişlemiş olacaktır.

Haksız rekabete konu eylemlerin ticari iş ve işlemlerden doğması halinde TTK, diğer adi işlerde ise TBK'nin uygulanacağına ilişkin bir sonuca varmak doğru olmayacaktır. Şöyle ki haksız rekabete ilişkin TTK'de yer alan düzenlemeleri konuya ilişkin haksız rekabetin tanımına, hükümlerin amacına, haksız rekabete ilişkin genel ve özel hallere ve yaptırımlara yer vermesi nedeniyle temel düzenleme olarak kabul etmek doğru olacaktır. Bununla birlikte kanun koyucu haksız rekabete ilişkin koruma mekanizmalarını işletirken eylemi gerçekleştiren veya bu eylemden zarar gören/görme tehlikesi bulunan tarafın tacir olup olmadığına değil, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının sağlanmasına dikkat edecektir. Bu anlamda söz konusu hükümlere mehz teşkil eden İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da konunun müstakil bir kanunda ele alınması gerektiğine ilişkin eleştiriler değerlendirilebilir. Haksız rekabete ilişkin düzenlemeler esasında bir ticari ilişkiden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenebilecek herkese bir takım haklar ve yükümlülükler getirmektedir. Buna ek olarak TTK'da yer alan düzenlemeler açısından da kanun koyucu kişi bakımından bir sınırlandırma öngörmemiştir. Bu anlamda haksız rekabet hükümlerinin TTK'da düzenlenmiş olması her ne kadar konuya doğrudan ticari iş niteliği kazandırıyor olsa da bu durum uygulama açısından bir sorun oluşturmamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce mevcut durum uygun olup, söz konusu hükümlerin işlerliği arttırılabilir.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanması halinde kullanıcının hukuki sorumluluğu doğabileceği gibi haksız rekabete kasten gerçekleştirmesi halinde cezai sorumluluğu da doğacaktır. Haksız rekabet eylemlerinin varlığı nedeniyle kişilerin cezai sorumluluklarının gündeme gelmesi üzerinde tartışmaların yapıldığı bir konudur. Bu noktada kimi ülkeler bazı haksız rekabet hallerinin cezai sorumluluk doğuracağını kabul ederken TTK'da olduğu gibi kimi ülkeler ise genel olarak tüm haksız rekabet hallerini haksız rekabet suçu olarak düzenlemiştir. Kanaatimizce buradaki esas kriter ülkelerin rekabet ortamlarını ve katılımcıların menfaatlerini ne ölçüde korumak istediklerine ilişkindir. Ülke menfaatleri açısından oldukça önemli bir noktada bulunan dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının tesisi için getirilen kanuni düzenlemeler, her ne kadar konu edindikleri eylemler itibariyle cezai

sorumluluk ağır olarak değerlendirilebilir olsa da, bahsettiğimiz bu stratejik konumu nedeniyle de anlaşılabilir bir yaptırımdır.

Son olarak genel işlem şartlarının uygulamadaki kullanımının oldukça yaygın olması buna ek olarak haksız rekabete ilişkin ilginin ve bu alanın önemini her geçen gün arttırmasıyla birlikte konuyu destekleyen ve yargı organlarının konuya bakışını gösteren emsal yargı kararlara olan ihtiyacı her geçen gün arttırmaktadır. Bu anlamda genel işlem şartları ve haksız rekabet konularının kesişimini teşkil eden dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımıyla ilgili çalışmaların yargı anlamında da desteklenmesi oldukça faydalı olacaktır.



REFERANSLAR

- Açıköz, Osman. *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Şartları*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2013.
- Akçaal, Mehmet. “Borçlar Hukukunun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında BİR İnceleme.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014): 49-69.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler- Özel Borç İlişkileri)*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- Aksoy, Mehmet Ali. “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti.” Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011.
- Antalya, Gökhan. *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Antalya, Gökhan. *Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Gökhan ve E. Doğa Doğançacı. “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununın TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (2018): 823-860.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara : Yetkin Yayınları, 2015.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku. 18. Baskı*. Ankara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), 2013.
- Atamer, Yeşim. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul, 1999.
- Atamer, Yeşim. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – THKH m. 6 ve TTK. m. 55/I-(f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları.” Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar. Ankara: 8 Nisan 2011: 7-73.

- Atamutlu, İsmail. “Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2018): 101-147.
- Aydın, Hüseyin. “Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları,” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.
- Aydoğdu, Murat. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013): 1-50.
- Aydoğdu, Murat. *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Aydoğdu, Murat. *Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25), 1. Baskı*. İzmir: Adalet Yayınevi, 2018.
- Bakır, Ayhan. “Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı.” Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2016.
- Bilmiş, Merve Acar. “Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2019.
- Bulut, Nil Karabağ. *Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2014.
- Camcı, Sinem. “Genel İşlem Koşulları.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2014.
- Can, Mustafa. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet” *TBB Dergisi*, (2007): 151-176.
- Çabukoğlu, Özcan. “Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet ve Kanun'da Yer Alan Bazı Özel Suç Tipleri (Madde 62/1-b,c, d).” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2018.
- Çınar, Ömer. *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2009.
- Dağdelen, Ahmet Hakan. “Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (2019): 637-652.
- Dinç, Serhan. *Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Doğan, D. Mehmet. Büyük Türkçe Sözlük. 5. Baskı. İstanbul: Beyan Yayıncılık, 1988.

Ekonomi İşleri Devlet Genel Sekreterliği(SECO). <https://www.seco.admin.ch/>

Erdil, Engin. *Haksız Rekabet Hukuku 2. Baskı.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Erdoğan, Yavuz. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçu.” *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi.* 421-461, 2012.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler.* 19. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler.* 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Ersöz, Oğuz. “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması.” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* (2017): 69-104.

Ertan, Füsün Nomer. *Haksız Rekabet Hukuku.* 1. Baskı. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2016.

Ertürk, Şükran. “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* (2013): 81-118.

Göksoy, Yaşar Can. “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* (2007): 143-174.

Görgeç, Başak. “Borçlar Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* (2013): 403-440.

Gözler, Kemal. *Hukukun Temel Kavramları.* 8. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

Güneş, İlhami. *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları.* 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Günay, Erhan. *Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz.* 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Güven, Şirin. “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler.” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011.

Havutçu, Ayşe. *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir: Güncel Yayınevi, 2003.

Kanunum - Güncel Hukuki Veri Tabanı .<https://www.kanunum.com>.

Kara, Mustafa Sencer. “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013): 723-742.

Karacabey, Ömer Faruk. “Hakların Yarışması.” *Ankara Barosu Dergisi*, (1980): 666-684.

Karasu, Rauf, Cahit Suluk, ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 2. Baskı. Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kayar, İsmail. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*. 4. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Kazancı-İçtihat Bilgi Bankası.<https://www.kazanci.com>.

Kodakoğlu, Mehmet. *Medeni Usul Hukuku*. 21. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.

Kutluay, Ezgi. “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017: 1369-1422.

LEXPERA - Hukuk Bilgi Sistemi.<https://www.lexpera.com.tr>.

Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

Oğuzman Kemal, ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2013.

Oğuzman, Kemal, ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. 20. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

Örs, Mehmet Nuri. “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık.” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2004.

Özel, Çağlar. “Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği.” *Batıder*, C. XX, S, (1999): 53-69.

Özel, Çağlar, ve Semih Sırrı Özdemir. “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler.” *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan*, (2017): 189-206

Özgür, Gizem Kaya. “Genel İşlem Koşulları Ve Benzer Kurumlar.” Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2018.

Özuysal, Neslihan. “Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar.” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2011.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, ve Muhammet Özeker. *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Pekdinçer, Remzi Tamer ve Ozan Ali Yıldız. *İsviçre Hukuku İle Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı (TTK m.54-63)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Poroy, Reha, ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. 8. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998.

Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.

Remzi, Mehmet, ve Sezer Aydın. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: İkinci Sayfa Yayıncılık, 2016.

Resmi gazete.<https://www.resmigazete.gov.tr>.

Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: 1975.

Soydemir, Güzide. “İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi.” Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2014.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda İç Yönetmelikler.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1995): 183-191.

Swisslex - Online Hukuk Kütüphanesi.<https://www.swisslex.ch/de/>

Şeker, Muzaffer. *Yazılmamış Sayılma*. 1. Baskı. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2015.

Şenol, Kübra Ercoşkun. “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27.” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (2016): 709-738.

Tan Turgut. "Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi." *Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları*, (2014): 513-524.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Topçuoğlu, Metin. "Genel İşlem Şartları İle Rekabet İhlali ve Sonuçları." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2015): 3-70.

Tunçsiper, Yiğit. "Genel İşlem Koşullarının Denetimi." Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2018.

Türk Hukuk Sitesi. <https://www.turkhukuksitesi.com>.

Türkiye'nin Online Akademik Portalı. <https://www.turcademy.com>.

Uzunallı, Sevilay. "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (2013): 383-420.

Ünal, Akın, ve Emre Köroğlu. "Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2019): 523-550.

Yağcıoğlu, Ali Haydar. "Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)." *Journal of Yaşar University*, (2013): 3057-3098.

Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.

Yelmen, Adem. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014.

Yeniocak, Umut. "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi." *TBB Dergisi*, 2013: 75-96

Yıldız, Abdussamet. *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Yüksel, Armağan Ebru Bozkurt. "Elektronik Ortamda Haksız Rekabet." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2014): 79-112.

ÖZGEÇMİŞ

Ad ve Soyad:

Mehmet Rauf BAYER

Eğitim Bilgileri:

2014 – 2018 Hukuk, Lisans, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Türkiye

2018 – 2020 Uluslararası ve Mukayeseli Hukuk, Yüksek Lisans, İbn Haldun Üniversitesi, Türkiye

İş Deneyimi:

2019 – İstanbul Barosu, Avukat.