

HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM KOŞULU KULLANMAK

Fatma SUBAŞI¹

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet, m. 54 ile 63 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 54 haksız rekabete ilişkin temel ilkeyi düzenlerken, m. 55 de başlıca haksız rekabet hallerini belirtmektedir. Haksız rekabet hallerinden birisi de TTK m. 55/1-f'de, "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak" fiili olarak düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarına ilişkin TTK'da yer alan düzenlemenin yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenleme bulunmaktadır. Bu makalemizde ilk olarak genel işlem koşullarına ilişkin genel nitelikteki hükümleri içeren TBK m. 20-25 açıklanarak, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hususlar incelenmiştir. Bu kısımda TBK hükümlerinin tacirler açısından da uygulanıp uygulanmayacağı konusu, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü dikkate alarak çözümlenmiştir. Çalışmamızda ikinci olarak TTK açısından genel işlem koşulunun hangi durumda haksız rekabet oluşturacağı ve bu doğrultuda, "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak" fiilinin söz konusu olması için gerekli unsurlar incelenmiştir. TTK m. 55/1-f'de, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yararlanılacak örnek kriterler de gösterilmiştir. Son olarak da bu çalışmamızda dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak fiili, TBK ve TTK'daki düzenlemeler bakımından bir bütün olarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, Haksız Rekabet, Genel İşlem Koşulları

THE USE OF GENERAL CONTRACT TERMS AGAINST GOOD FAITH AS AN UNFAIR COMPETITION

ABSTRACT

Unfair competition provisions are set forth under articles 53-63 of the Turkish Commercial Code ("TCC") numbered 6102. While the purpose and general principle of unfair competition law are laid down in article 54 of the TCC, article 55 of the TCC also provides a non-exhaustive list of the unfair commercial acts or practices. One of these examples is the use of general

¹ Avukat, Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: fatmasubasi@outlook.com (ORCID: 0000-0003-0971-9209)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.08.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10.09.2020

contract terms violating the concept of good faith, which is regulated under article 55/1-f of the TCC. In addition to TCC, there is also a regulation in the Turkish Code of Obligations (“TCO”) numbered 6098. Articles 20-25 of the TCO regulate the general contract conditions. Firstly this study examines critically examines the general contract conditions in terms of the law of obligations. Then, it moves to analyse the Article 55/1-f of the TCC which sets a criterion in determining whether a general contract conditions is against good faith. Lastly this article aims to make a normative assessment by taking into account the both Articles 20-25 of the TCO and the Article 55/1-f of the TCC.

Keywords: *Turkish Commercial Code, Unfair Competition, General Terms and Conditions*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile haksız rekabet hukuku alanında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerden biri de TTK m. 55/1-f’de, “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı (koşulu) kullanmak” fiilinin, haksız rekabet teşkil edeceğinin kabul edilmiş olmasıdır.

Kanun koyucu haksız rekabete ilişkin hükümler öngörmek suretiyle pazarda, tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının teminini amaçlamıştır. TTK m. 55/1-f’de yer alan düzenlemenin temel amacı da iktisadi hayatta yapılan/uygulanan/kullanılan sözleşmeler bakımından bir zorunluluk halini alan genel işlem şartı (koşulu) kullanımının haksız rekabet kapsamında etkisinin denetlenmesidir.

Çalışmamızın içeriğine dâhil olan “genel işlem şartları (koşulu)” müessesesi hem TTK’da hem de TBK’da düzenlenmiş bir kurumdur. Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-f hükmünde işlem şartı olarak ifade edilirken, TBK m. 20- 25 hükümlerinde “genel işlem koşulları” terimi tercih edilmiştir. TBK ve TTK hükümlerinde aynı kurum için kullanılan terimlerdeki bu farklılığın esasa yönelik bir etkisi bulunmamaktadır. Genel işlem koşullarına ilişkin genel bir düzenleme olan TBK’da tercih edilen isimlendirme ve uygulamada bu şekilde kullanılmasından ötürü biz de çalışmamızda “genel işlem koşulu” terimini kullanacağız.

Çalışmamızda genel işlem koşulları ve haksız rekabete ilişkin genel açıklamaların yapılmasının ardından, TTK m. 55/1-f’de düzenlenen genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabet oluşturmaları hususu incelenecektir.

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Genel işlem koşulları; düzenleyenin, bir sözleşme yapılırken ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir².

Genel işlem koşulları, sözleşme hükümlerindedir. Bu koşulların yer aldığı sözleşmeler doktrinde, “tip sözleşme”, “formüler sözleşme”, “kitle sözleşme”, “standart sözleşme”, “katılnmalı (iltihaki) sözleşme” gibi farklı isimlerle ifade edilmektedir³.

Çok sayıda kişi ile sözleşme yapan kişi ve kuruluşların, her bir sözleşmenin kuruluşunda, kurulacak sözleşme koşullarının karşı tarafla görüşülmesinin sebep olacağı zaman kaybı, sözleşmelerde yer alması gereken hükümlerin unutulma olasılığı yahut doğru biçimde düzenlenemeyeceği tehlikesinin varlığı, genel işlem koşullarının kullanılmasını gerektirmektedir⁴.

² TBK m. 20. Doktrinde ise “tarafardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek yanlı olarak soyut ve genel biçimde hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standart sözleşme hükümleri” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul 1993, s. 156; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 227; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 23.Baskı, Ankara 2019, s. 168; Murat Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 71; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 63; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 23.Baskı, İstanbul 2012, s. 71; Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 74; Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayınevi, 2.Baskı, İstanbul 2001, s. 61.

³ Eren, **a.g.e.**, s. 232; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 155; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 472; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 7; Erol Cansel/Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 129; Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, Çizgi Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 254.

⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 228; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 32; Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku–Genel Bölüm**, C.1, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 228; Ayhan Bakır, **Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kurallına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 20; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 130; Âdem Yelmen, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 63; Osman Açıkgoz, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik**

Genel işlem koşullarına ilişkin TBK, TKHK ve TTK olmak üzere 3 farklı kanunda düzenlemeler mevcuttur.

A. Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenleme

Hukukumuzda genel işlem koşullarına ilişkin genel nitelikli hükümler Türk Borçlar Kanunu'nda "Genel İşlem Koşulları" başlığıyla m. 20-25'de yer almaktadır. Diğer kanunlarda bulunan düzenlemelerden farklı olarak, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

TBK m. 20'de genel işlem koşulları "...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" şeklinde tanımlanmıştır⁵. Bu tanıma göre genel işlem koşullarının varlığından bahsedilebilmesi için: (i) Bir sözleşmenin koşullarını oluşturması, (ii) Sözleşmenin kurulmasından önce ve tek taraflı olarak düzenlenmiş olması, (iii) Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak amacıyla düzenlenmiş olmaları ve (iv) Kullanan tarafından değiştirme fırsatı verilmeden sözleşmenin karşı tarafına sunulması aranmaktadır⁶. Bir sözleşme hükmünün, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli ise genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde önem taşımaz.

Genel işlem koşulları, tartışılmaya ve değiştirilmeye açık değildir. Çoğu zaman, sözleşmenin diğer tarafına, müzakere hakkı dahi verilmez. Bünyesinde iki seçenek olarak "evet" ve "hayır" bulunur, karşı tarafa "evet ama" gibi bir seçenek sunulmamaktadır⁷.

Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 210; Mustafa Sencer Kara, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.17, S.1-2, 2013, s. 724; Havutçu, **GİŞ**, s. 2.

⁵ Bu tanımın doktrinadaki eleştirileri için bkz. Altop, **a.g.m.**, s. 257; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 49; Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C.1, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2015, s. 270; Mehmet Akçaal, "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 53; Umut Yeniocak, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.107, 2013, s. 78-80.

⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 231-233; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 168-170; Antalya, **a.g.e.**, s. 490 vd.; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 73; Bakır, **a.g.e.**, s. 27-36; Yeşim Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 12-19; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 71-72; Havutçu, **GİŞ**, s. 74-90.

⁷ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 321.

Bazı kişiler veya kurumlar önceden hazırlanan standart sözleşme metinleri üzerinde şekli değişiklikler yaparak, münferit bireysel sözleşme hazırlanmış gibi davranabilmektedir. Ancak TBK m. 20/2 “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez*” cümlesiyle bu durumun önüne geçmektedir.

TBK m. 20/3 uyarınca, 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 çıkarmayacaktır. Dolayısıyla gerçekten tartışılarak kabul edilen sözleşme koşulları söz konusu olursa ilgili sözleşme hükümleri, genel işlem koşulu niteliğini kaybedecektir⁸.

TBK’da bulunan hükümler uyarınca genel işlem koşullarına ilişkin denetim 3 aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir.

1. Yürürlük Denetimi

Genel işlem koşulu olan sözleşme koşullarının varlığı, denetimde “ön mesele” teşkil edecektir⁹. Genel işlem koşulları hakkında ilk denetim aşaması olarak yürürlük denetimi de koşulların sözleşme içeriği olup olmadığını tespit eder.

Yürürlük denetimi aşaması; somut olay bağlamında, kişinin, genel işlem koşulu kullanıldığını bilmesinin ne zaman mümkün olacağı sorusuna cevap aramaktadır¹⁰. Bu durumun tespitinde ise dürüstlük kuralı yol gösterici olacaktır. Kişinin, düzenleyenin genel işlem koşulu kullandığından haberi yoksa ve buna dayanarak tarafların irade uyuşmasının genel işlem koşulunu kapsamadığı sonucuna varılabiliyorsa, artık diğer denetim aşamalarına geçmeye gerek kalmayacaktır.

TBK m. 21/1 uyarınca, “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme 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. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” Hüküm yürürlük denetimine ilişkin olmasına rağmen içerik denetimine ilişkin “karşı

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 157-158; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 167; Ali Haydar Yağcıoğlu, “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art.8)”, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı-2013, s. 3069; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 73; Baki İlkay Engin, “Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Faktoring Sempozyumu**, 25-27 Kasım 2011- Antalya, s. 62.

⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 241; Antalya, **a.g.e.**, s. 489; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 72.

¹⁰ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 157-160; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 27.

tarafın menfaatine aykırı olma” halinden bahsetmektedir. Ancak yürürlük denetimi aşamasında hâkim, koşulun karşı tarafın menfaatine olup olmadığını incelemeyeceği için taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığını dikkate almaz¹¹. Dolayısıyla düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve sözleşmenin karşı tarafının da koşulları kabul etmesi gerekmektedir¹². Bu koşulların içeriği hakkında karşı tarafa bilgi verme yükümlülüğü ise söz konusu değildir, öğrenme imkânı sağlaması yeterli olmaktadır¹³. Bu unsurları taşımayan genel işlem koşulları, yazılmamış sayılacaktır. İlgili unsurların gerçekleştirilmesine dair ispat yükü de düzenleyen üzerinde olacaktır.

Söz konusu unsurları taşıyor olsa bile TBK m. 21/2’ye göre, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır. Bu kapsamda bulunabilecek koşullar, sözleşmeyle ilgisi bulunmayan şaşırtıcı veya olağan dışı hükümlerdir. Müşterinin asli edim yükümlülüğünü ağırlaştırıcı yahut önemli ölçüde değiştiren ve böylece sözleşmenin niteliğinin değişmesine yol açacak şartlar bu çerçevede değerlendirilebilir¹⁴.

¹¹ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 158; Yelmen, **a.g.e.**, s. 82; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 28; Ayşe Havutçu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Nisan 2011, s. s. 38. Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları olmasını arayan görüş için bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018, s. 165; Eren, **a.g.e.**, s. 234; Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 358; Engin, **a.g.e.**, s. 63.

¹² Eren, **a.g.e.**, s. 234; Antalya, **a.g.e.**, s. 497; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 157; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 64-65; Bakır, **a.g.e.**, s. 23; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 134; Akçaal, **a.g.m.**, s. 56; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 38; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 75; Engin, **a.g.e.**, s. 63.

¹³ Eren, **a.g.e.**, s. 234; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 169; Sevilay Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, **İÜHFİM**, C.71, S.2, 2013, s. 403; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 28. Sözleşmede yer alan karşı tarafın koşulun içeriği hakkında açıkça bilgilendirilmesi gerektiğini savunan aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 164. Ayrıca müşterilerin bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme sonucunda müşterinin maddelerin içeriğini öğrendiğinin, banka tarafından ispat edilmesini arayan görüş için bkz. Safa Reisoğlu, “Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, **Bankacılar Dergisi**, S. 77, 2011, s. 112.; Engin, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁴ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 194; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 237; Şevket Günay Bigat /Ensar Lokmanoğlu, “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.83, S.6, İstanbul 2009, s. 3151.

Burada yazılmamış sayılma ile ifade edilenin, hangi tür yaptırım olduğu konusunda doktrinde birçok farklı görüş ileri sürülmüştür¹⁵.

TBK m. 22 uyarınca yazılmamış sayılma, sadece ilgili genel işlem koşulu için geçerlidir. Sözleşmenin diğer şartları geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğu savunmasını da ileri süremez.

2. Yorum Denetimi

Genel işlem koşulunun; sözleşme içeriğine dahil olduğu sonucuna varılabiliyorsa, koşulun yorum yoluyla denetlenmesi mümkündür.

TBK m. 23 uyarınca; genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Bu sebeple genel işlem koşullarında yer alan hükmün yorumlanması ihtiyacı ortaya çıktığında tercih yapılırken, muhtemel yorumlar arasında düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine olan sonuç benimsenmektedir¹⁶.

3. İçerik Denetimi

Genel işlem koşulları sözleşme içeriği kabul edilmiş ve yorum yoluyla da kullanan aleyhine anlamlandırılmadığında, bu sözleşme koşullarının hâkim tarafından incelenmesi ve bazı durumlarda da hükümsüz sayılması gerekebilecektir. Bu denetimi gerçekleştirebilecek aşama da içerik denetimidir.

Genel işlem koşullarının içerik olarak denetimi ve bunun sonucunda geçersiz olacağı TBK m. 25'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu*

¹⁵ Yok hükmünde olduğunu savunan görüş için bkz. Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 165; Eren, **a.g.e.**, s. 235; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 172; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 360; Akçaal, **a.g.m.**, s. 56-57; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 403. Kesin hükümsüzlük anlamında olmayan, sözleşme kapsamına dahil olmadığını savunan görüş için bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 275; Engin, **a.g.e.**, s. 65; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 30-31; Altop, **a.g.m.**, s. 259. İkili ayırım yaparak yokluk ve kısmi kesin hükümsüzlük söz konusu olabileceğini savunan görüş için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 141; Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 75 vd. Kısmi kesin hükümsüzlük olduğunu savunan görüş için bkz. Hatemi/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 66; Havutçu, **GİŞ**, s. 144-145. Kesin hükümsüzlükten daha ağır bir yaptırım söz konusu olduğunu savunan görüş için bkz. Antalya, **a.g.e.**, s. 505; Yeniocak, **a.g.m.**, s. 86. Kendisine özgü bir yaptırım türü olduğunu savunan görüş için bkz. Yelmen, **a.g.e.**, s. 105-106.

¹⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 167; Eren, **a.g.e.**, s. 236; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 162; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 175; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 230; Hatemi/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 65; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 238; Bakır, **a.g.e.**, s. 24; Akçaal, **a.g.m.**, s. 59; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3060; Engin, **a.g.e.**, s. 65; Havutçu, **GİŞ**, s. 151-152.

ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” Karşı taraf aleyhine olma, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde onun aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırma şeklinde gerçekleşmektedir. Böylece içerik denetiminin objektif unsuru dürüstlük kuralına aykırılık iken, sübjektif unsuru da karşı taraf aleyhinde dengesizliğe neden olmasıdır¹⁷.

Bu düzenleme ile ahlâka aykırılık derecesine varmasa bile, dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır¹⁸. Genel işlem koşulunun hükümsüz sayılması için dürüstlük kuralına ters düşecek ölçüde karşı tarafın menfaatine aykırı olması gerekmektedir.

Hükümde içerik denetimine dair temel kıstas dürüstlük kuralı olsa da dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde kullanılacak kriter veya örneklere yer verilmemiştir. Bu sebeple dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının tespitinde değiştirme yasağı, TKHK m. 5’e dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek’inde bulunan haksız şart örnekleri, saydamlık kuralı, TTK m. 55/1-f’de öngörülen kriterlerden faydalanılması mümkündür.

a. Dürüstlük Kuralına Aykırılığın Tespitindeki Ölçütler

(1) TTK m. 55/1-f

TBK m. 25 bakımından dürüstlük kuralına aykırılık tespit edilirken, TTK m. 55/1-f bendinin (1) ve (2) alt bentlerinde gösterilen kriterlerden faydalanılması mümkündür¹⁹. Bu sebeple taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak olan kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngören genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilebilir.

(2) Saydamlık Kuralı

¹⁷ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 266

¹⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 321.

¹⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 245; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 6.Baskı, İstanbul 2019, s. 600; Reha Poroy/Hamdî Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 18.Baskı, İstanbul 2019, s. 463; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 365; Abdüssamet Yılmaz, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 55; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, dn. 14 ve s. 3087; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 411-412; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 43. Haksız rekabetle ilgili kuralın uygulama alanının farklı olmasından ötürü bu kritere dayanılmaması gerektiğini savunan görüş için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 269; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 124-125.

Taraflar arasındaki dengenin bozulması sonucunda dürüstlük kuralına aykırı durumun meydana gelmesi, sözleşme hükümlerinin yazılma şekliyle ilgili de olabilecektir. Saydamlık kuralı uyarınca, sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleyen kişinin, bunları, karşı taraf için açık ve anlaşılır bir içerik taşıyacak şekilde düzenleme yükümlülüğü vardır²⁰. Örneğin, müşterinin haklarının neler olduğu sözleşmenin çok farklı yerlerinde ve anlaşılmayacak şekilde bulunuyorsa, müşterinin haklarını kullanması engellendiğinden bu şekilde düzenlenen genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri sürülebilecektir²¹.

Bu kural, TKHK m. 5/6'da "*Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir*" şeklinde belirtilmektedir. Benzer bir düzenleme TBK hükümleri arasında yer almasa da TBK m. 25'deki boşluğun doldurulmasında bu düzenlemeden yararlanılması mümkün olacaktır.

(3) Değişirme Yasağı

TBK m. 24 ile kanun koyucu bir genel işlem koşulu tipi için özel düzenlemeye yer vermiştir. Bu hüküm uyarınca, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede 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 sayılacaktır.

Genel işlem koşullarının, düzenleyen tarafından tek yanlı ve önceden hazırlanmış olması, düzenleyene tek yanlı olarak değiştirme hakkı verildiği anlamına gelmez. Uygulamada bu konuda düzenleyene ayrıca yetki verilmesiyle karşılaşılmaktadır, bu şekilde yetki saklı tutulsa bile kanun hükmüyle yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür. Nitekim hükmün gerekçesinde de bu hususta özel düzenleme yapılmasına sebep olarak, uygulamada bu tip hükümlere çok fazla yer veriliyor oluşu gösterilmiştir.

Bu tip genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması sonucuyla ifade edilmek istenen, içerik denetimi söz konusu olduğu için TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzlük halidir²².

Hükmün lafzı ve gerekçesi doğrultusunda, bu tip kayıtların doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerekmektedir. Ancak Tüketici

²⁰ Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 459; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 234; Yavuz, **a.g.e.**, s. 281; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 48.

²¹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 364.

²² Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 250; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 362; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 77; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 59. Burada yokluk yaptırımı uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 236; Akçaal, **a.g.m.**, s. 61.

Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek’i listesindeki 1/h bendinde bahsettiğimiz husus “Sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar” şeklinde ifade edilerek, haksız şart olarak kabul edilmektedir. Yönetmelikte daha esnek davranılarak, sözleşmede önceden belirlenmesi şartıyla önemli sebep varlığında kişinin, sözleşme değişikliği yapmasına dair izin verilmiştir. Bu sebeple doktrinde de ifade edilen, TBK m. 24’ün TBK m. 25 ile yorumlanması ve her somut olayda değiştirme yasağının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığının incelenmesi, bunun sonucunda kesin hükümsüzlüğe karar verilmesine dair bir düzenlemenin, amaca daha uygun olacağı kanaatindeyiz²³.

(4) Tüketici Hukuku Düzenlemeleri

Genel işlem koşullarına dair dürüstlük kuralına aykırılık tespit edilirken, TKHK m. 5’den ve TKHK m. 5’e dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek’inde bulunan haksız şart örneklerinden faydalanılabilmesi de mümkündür²⁴. Haksız şartların birden fazla sözleşmede kullanılma amacıyla hazırlanması zorunluluğu yoktur. Bu sebeple haksız şartlar çoğu zaman genel işlem koşulu olarak karşımıza çıksa da haksız şartlar ve genel işlem koşulları aynı anlama gelmemektedir.

Yönetmelik Ek’inde haksız şart olarak ifade edilen hususlardan biri olarak, “Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartları” örnek gösterebiliriz. Bu şekilde Yönetmelik’te somut biçimde haksız şart durumları örnek olarak gösterilmektedir²⁵.

(5) İçerik Denetiminin Sonucu

TTK m. 25’te belirtilen durumlara ilişkin bir koşulun sözleşme içeriğine dâhil olması durumunda, emredici hukuk kuralının ihlal edilmesi sebebiyle koşul, kesin hükümsüz olacaktır²⁶. Burada söz konusu olan kısmi geçersizlik olup,

²³ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 253; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 363; Engin, **a.g.e.**, s. 66.

²⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 247; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 54; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 364; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3086; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 43; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 45.

²⁵ Yönetmelik’te örnek gösterilen haksız şart durumlarından bazıları şu şekildedir: (i) Sözleşmeyi düzenleyen yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar, (ii) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar, (iii) Sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar.

²⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 249; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 280; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 136; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 361; Yelmen, **a.g.e.**, s. 157; Akçaal, **a.g.m.**, s. 62; Yeniocak,

sözleşmenin kapsamına dâhil edilen hükümlerden, genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır²⁷.

TBK m. 27/2 uyarınca, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.

Genel işlem koşullarının yürürlük denetiminde, TBK m. 27/2'ye göre sözleşmenin yapılmayacağına dair bir savunma yapılamayacağı kanun maddesinde belirtilmiştir. Nitekim TKHK m. 5/2'de de sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Buna karşılık içerik denetimi bakımından uygulanma hususunda ise TBK'da bir açıklık bulunmamaktadır.

Sadece kendi lehine sözleşmeye dâhil ettiği bir koşulun batıl sayılması halinde genel işlem koşulu kullananın, bu koşul olmaksızın sözleşme ile bağlı olmak istemediğini ileri sürmesi ihtimali yüksek derecede mevcuttur²⁸. Dolayısıyla TBK m. 27/2'nin içerik denetimine uygulanmasının kabulü halinde, sözleşmenin batıl şartlar olmaksızın ayakta kalması mümkün olmayacaktır. Ayrıca kanun koyucu m. 24 ve m. 25'in gerekçelerinde, kesin hükümsüzlük halinde m. 27/2'nin ikinci cümlesinin uygulanmayacağını ifade etmiştir²⁹. Bu sebepler doğrultusunda, genel işlem koşullarını düzenleyen kişi, TBK m. 25 uyarınca kesin hükümsüz olan genel işlem koşulu olmasaydı, TBK m. 27/2 çerçevesinde sözleşmenin hiç yapılmayacak olmasına dair savunma ileri sürememelidir³⁰.

b. TBK Hükümlerinin Tacire Uygulanıp Uygulanmayacağı

(1) Genel Olarak

TBK'nın 20-25.maddeleri arasında genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Taraflarını,

a.g.m., s. 94; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 61; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 45; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 78.

²⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 249; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 85; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 280; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 136; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 133; Akçaal, **a.g.m.**, s. 62; Yelmen, **a.g.e.**, s. 157; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 78.

²⁸ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 280; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 62.

²⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 321.

³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 251; Nomer, **a.g.e.**, s. 84; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 283; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 366; Yavuz, **a.g.e.**, s. 284; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 62; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 45.

basiretli iki tacirin oluşturduğu bir sözleşmede; sözleşme hükümlerinin belirlenmesinde hiçbir söz hakkı olmayan tüketicinin ihtiyaç duyduğu korumaya gerek olmayacaktır³¹. Buna karşılık, bir tacirin her zaman sözleşme koşullarını müzakere olanağına sahip olduğu veya teklif edilen genel işlem koşullarını değiştirme imkânının bulunduğu da söz edilemez³². Dolayısıyla tacirler arası işlemlerde genel işlem koşulu kullanılması halinde, tüketicilere kıyasla daha az rastlanmasına karşın, bazı durumlarda sözleşmeye müdahale edilme ihtiyacı olacaktır. Örneğin, ekonomik açıdan güçlü konumda olan bankadan işletmesine kredi alan bir tacir lehine genel işlem koşulları ile ilgili denetim hükümleri uygulanabilmelidir³³. Birçok sözleşmede (standart sözleşmelerde) de tacirlerin sözleşme hükümlerini müzakere etme olanağı yoktur. Örneğin abonelik sözleşmesinin (telefon, elektrik, su, internet gibi) tarafı tacir de olsa standart sözleşme söz konusu olacağı için tacirin korunma ihtiyacı mevcut olacaktır. Bu nedenle de doktrinde bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrindeki çoğunluk görüşü, TBK hükümlerinin tacir olan/olmayan ayrımı yapmaksızın herkese uygulanabilir olduğunu savunmaktadır³⁴. Bu şekilde düzenleyen tarafın tacir olması önemsenmeksizin, küçük ve orta ölçekli işletmelerin, daha büyük ölçekli işletme sahipleriyle akdettiği sözleşmelerdeki genel işlem koşulları denetimden faydalanabilecektir. Bu görüş sadece tüketici standart sözleşmelerini herkese uygulanmadan ayrı tutarak, onlara önce TKHK ve ilgili yönetmeliğin uygulanması, orada hüküm bulunmayan durumlarda ise niteliğine aykırı düşmedikçe TBK hükümlerinin uygulanacağını savunur³⁵.

³¹ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 54; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 228; Yeşim Atamer, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler**, Tebliğler, Çiğdem Kırcı (ed.), İstanbul 2013, s. 121 vd.; Engin, **a.g.e.**, s. 60; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 32.

³² Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 462; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 53; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 142; Kara, **a.g.m.**, s. 727; Atamer, **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?** s. 126.

³³ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 53.

³⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 162; Eren, **a.g.e.**, s. 230; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 599; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 463; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 171; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 48; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 142; Akçaal, **a.g.m.**, s. 52; Murat Aydoğdu, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt I, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C.8, Özel Sayı-2013, s. 597-600; Engin, **a.g.e.**, s. 60; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 32; Altop, **a.g.m.**, s. 256.

³⁵ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 52; Engin, **a.g.e.**, s. 60.

Aksi bir görüş, TBK hükümlerinin tacirler arası işlemler olan ticari sözleşmelere uygulanmayacağını, bu durumda sadece TTK m. 55/1-f hükmünün uygulanabileceğini savunmaktadır³⁶.

Bir başka görüş de ticari sözleşmeler bakımından TTK m. 55/1-f hükmünün TBK hükümleri karşısında özel hüküm teşkil edeceği için öncelikle uygulanmasının gerektiğini, boşluk bulunduğu durumlarda ise TBK hükümlerinin uygulanacağını savunmaktadır³⁷.

TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin, tacirler bakımından da uygulama kabiliyetine sahip olması, asıl olarak yürürlük denetimi aşamasında eleştirilere sebebiyet vermektedir. Tacirler arasındaki işlemlerde genel işlem koşullarına dair gerekli korumanın içerik denetimi ile sağlanabileceği, yürürlük denetiminin uygulanması halinde, ticari hızı olumsuz etkileyecek sonuçlara sebebiyet verebileceği, buna ise gerek olmadığı dile getirilmektedir³⁸. Yürürlük denetimine ilişkin eleştiri doğrultusunda, sözleşme konusunun değer yüksekliği kıstas kabul edilerek, belirli eşik değeri aşan sözleşmelerde genel işlem koşulunun bireysel sözleşmeye dönüşebileceği, bunun sonucunda TBK'da öngörülen denetim hükümlerinin uygulanmaması yönünde bir düzenleme getirilmesi çözüm olarak önerilmektedir³⁹. Bu kabulün istisnası ise taraflar arasındaki ekonomik bir bağımlılık ilişkisi sebebiyle genel işlem koşullarının pazarlık konusu edilememiş olmasıdır⁴⁰.

Kanaatimizce TBK'nın 20-25.maddelerinin tacirler arasındaki ticari sözleşmeler açısından uygulanamayacağı kesin bir şekilde belirtilemeyecektir. Nitekim TBK, kural olarak herkese uygulanan hükümleri ihtiva ettiğinden, tacirlere uygulanmayacak hükümler özel olarak belirtilmiştir⁴¹. Genel işlem koşuluna ilişkin hükümlerde ise böyle bir düzenleme söz konusu olmadığından ötürü, direkt olarak uygulanmayacağı sonucuna varmak isabetli olmayacaktır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu, özel bir Kanun olup, tacirler hakkında uygulanacak hükümleri içermesinin yanında, TTK'da hüküm olmayan hallerde TBK hükümlerinin genel hüküm olarak uygulanması gerektiği Türk Ticaret Kanunu'nda (m. 1/1) açıkça düzenlenmiştir. TTK m. 55/1-f hükmü, tacirler arasındaki genel işlem koşullarının tanımını, unsurları ve denetimi amacıyla

³⁶ Antalya, **a.g.e.**, s. 483-486. Eleştirisi için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 165; Aydoğdu, **Kişi Bakımından Uygulama Alanı**, s. 601-602; Atamer, **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?** s. 103, dn.2; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 406, dn.111.

³⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 162.

³⁸ Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 35.

³⁹ Atamer, **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?** s. 131 vd.

⁴⁰ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 368.

⁴¹ Örneğin, taksitle satışlarda TBK 272'de; kira sözleşmesinde 6217 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde (8 yıl süreyle) tacirlere uygulanmayacak hükümler özel olarak sayılmıştı.

düzenlenmemiş olup, sadece genel işlem koşulu içeren hangi sözleşmelerin TTK anlamında haksız rekabet oluşturacağına ilişkindir. Bu sebeple TTK, genel işlem koşullarıyla ilgili doğrudan bir düzenleme ve borçlar hukuku anlamında yaptırım (yokluk, kesin hükümsüzlük gibi) içermediği için m. 55/1-f, özel bir hükümdür. Bundan dolayı TBK m. 20-25 hükümleri ticari sözleşmeler bakımından da genel hüküm olarak uygulanmalıdır.

(2) Basiretli İş Adamı Gibi Davranma İlkesinin Getirdiği Sınırlamalar⁴²

TTK m. 18/2 uyarınca, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. TBK hükümlerinin tacirlere uygulanıp uygulanmayacağı belirlenirken bu ilke çerçevesinde bir inceleme yapılması da gerekmektedir.

(i) Yürürlük Denetimi Bakımından

Basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken tacirin, her zaman tecrübeli ve tedbirli olması esastır, kanun koyucu tacirin tecrübesiz veya acemi olabileceğini kabul etmemiştir. Bu sebeple tacirin sözleşme imzalarken, içerisinde genel işlem koşulu bulunup bulunmadığına dikkat etmesi ve metni dikkatle incelemesi gerekmektedir. Dolayısıyla tacirin ticari işletmesiyle ilgili imzaladığı sözleşmede, genel işlem koşulu bulunduğunu bilmediği veya fark etmediği yahut genel işlem koşullarını okumadığı savunması tacir tarafından ileri sürülemeyecektir⁴³.

Böylece tacirin, bu ilke gereğince, TBK m. 21 kapsamında yapacağı “sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin genel işlem koşullarının varlığı hakkında kendisine bilgi vermediği” ve “genel işlem koşulları arasında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler bulunduğu” savunma iddiaları dinlenmez.

Buna karşılık yürürlük denetimi bakımından tacir, ispat yükü kendisinde olmak üzere, “kendisi talep ettiği halde sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlamadığı” savunmasını ileri sürebilir⁴⁴.

(ii) Yorum ve İçerik Denetimleri Bakımından

Basiretli bir iş adamı gibi davranma ilkesi, tacirin zor durumda bulunmasına dair ihtimali engellemeyecektir. Uygulamada da tacirlerin zor durumda kaldıkları için kendi aleyhlerinde olan genel işlem koşullarını kabul ettiklerine rastlanmaktadır. Dolayısıyla tacirlerin her durumda genel işlem koşulları

⁴² Tacirlerin genel işlem koşuluna ilişkin denetim taleplerinin, basiretli iş adamı olarak hareket etme yükümlülüğüne aykırılık oluşturmayacağını savunan görüş için bkz. Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 463, Kara, **a.g.m.**, s. 728.

⁴³ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 372; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁴ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 373.

hakkında pazarlık etme imkânı bulunmamaktadır⁴⁵. Bu durumlarda tacirin yorum ve içerik denetimi bakımından korunma ihtiyacı vardır.

Bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir sözleşmeyi imzalaması halinde, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları düzenleyenin aleyhine ve tacirin lehine yorumlanmalıdır.

Aynı şekilde tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir sözleşmeyi imzalaması halinde, TBK m. 25 çerçevesinde içerik denetimine dair inceleme yapılmalı ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak tacirin aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki genel işlem koşulları kesin hükümsüz sayılmalıdır. Ayrıca TBK m. 24 uyarınca değiştirme yasağı burada da söz konusu olmalıdır.

B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Getirilen Düzenleme

Hukumumuzda genel işlem koşullarına dair ilk düzenleme, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a, 4822 sayılı Kanun ile eklenen 6. madde ve bu madde uyarınca çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"tir.

2014'te yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar" 5. maddede düzenlenmiştir. 4077 sayılı Kanun'daki hüküm ile 6502 sayılı Kanun'daki hüküm temel olarak birbirinden farklı değildir.

6502 sayılı TKHK'da haksız şart "*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*" şeklinde tanımlanmıştır. Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, TKHK kapsamındaki haksız şart için, genel işlem koşullarından farklı olarak, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak amacıyla düzenlenmiş olması aranmamaktadır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁴⁶ de tüketici açısından dengesizliğe yol açan haksız şartları göstermektedir.

Haksız şart kavramına genel işlem koşulu olan yahut olmayan sözleşme hükümleri dahil olabileceği için, TKHK'da yer alan "haksız şart" genel işlem koşulundan daha geniş bir kavramdır⁴⁷. Dolayısıyla TBK m. 20 anlamında denetime tâbi sayılan her genel işlem koşuluna ilişkin hüküm, TKHK m. 5

⁴⁵ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 53; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 374; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁶ RG. T. 17.6.2014 – S. 29033.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 169; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 599; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 461; Akçaal, **a.g.m.**, s. 51-52; Açıkgöz, **a.g.e.**, s. 303; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 19-20.

uyarınca da denetlenebilirken, TKHK m. 5 uyarınca denetlenebilecek her hüküm, TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesi, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan haksız şartların/genel işlem koşullarının denetlenmesine yönelik olduğundan, bir tarafın tüketici olmadığı sözleşmelerde haksız şartların/genel işlem koşullarının denetimi bu düzenlemenin kapsamı dışındadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin 20-25. maddelere göre, özel hüküm oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, tüketici sözleşmesinde kullanılan genel işlem koşulları öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesine tabi olacak, ancak burada hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. madde hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir⁴⁸.

C. Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Düzenleme

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet halleri arasında düzenlenmiştir. TTK'da genel işlem koşullarının yürürlük veya içerik ya da yorum denetimine ilişkin bir düzenleme değil, genel işlem koşullarına ilişkin haksız rekabetin hangi hallerde söz konusu olacağına dair bir düzenleme mevcuttur.

Haksız rekabet hükümleri, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasını, sözleşme adaleti çerçevesinde bir yaptırıma tabi tutmamaktadır. Genel işlem koşullarının haksız rekabete ilişkin hükümlerde düzenlenmesinin sebebi, bunların dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmalarının rekabeti bozucu etkileri olacağı ve dolayısıyla pazara katılan kişilerin menfaatlerini etkileyebileceği düşüncesidir. Diğer tarafta ise TBK sözleşme özgürlüğünü ve taraflar arasında bozulan menfaat dengesini tekrardan sağlama amacına yönelmektedir⁴⁹.

II. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Hızlı bir ekonomik gelişmeyle birlikte başlayan ve rakipleri bertaraf etmek amacıyla yürütülen rekabet için anlayışın, 1930'lu yıllarda değişmeye başlamasıyla haksız rekabetin sadece rakipleri değil, aynı zamanda piyasalarda rol alan diğer ilgilileri de koruyucu nitelikte olduğu kabul edilmiştir⁵⁰. Haksız

⁴⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 162; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 599; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 353; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 138; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3073; Engin, **a.g.e.**, s. 59; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 31. Yarışan hakların söz konusu olması sebebiyle hak sahibinin, istediği kanundan yararlanabileceğini savunan görüş için bkz. Antalya, **a.g.e.**, s. 483.

⁴⁹ Antalya, **a.g.e.**, s. 474; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 70.

⁵⁰ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 555; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 25.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019, s. 345; Poroy /Yasaman,

rekabete ilişkin hükümler ile kanun koyucu, ticari hayatın gerektirdiği dürüstlüğü ve ticari ahlaki hâkim kılmayı amaçlayarak, piyasa katılımcılarının rekabet ederken tabi olacakları kuralları belirlemektedir⁵¹.

TTK m. 54/1 hükmü uyarınca, “*Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*” Haksız rekabet hukuku ile korunması amaçlanan, piyasaya katılan herkesin ve toplumun, işleyen bir rekabetin ayakta tutulmasından dolayı sağlayacağı menfaatlerdir⁵². “Bütün katılanlar” ifadesi de rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan ekonomi, tüketici ve kamuyu içermektedir⁵³. Bu doğrultuda TTK’daki haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin amacı; rakiplerin, müşterilerin dolayısıyla da tüketicilerin, meslek ve kamu çıkarlarını korumaktır.

Amaç gereğince rekabet eylemi, sadece dürüstlük ölçütüne göre değil, bu eylemin işleyen rekabet sistemine uygun sonuçları olup olmadığına göre de değerlendirilecektir⁵⁴. Kanun’un gerekçesi doğrultusunda, dürüst rekabet; dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak, saf ve hukuka uygun rekabeti ifade eder. Bozulmamış rekabet ise, güven duyulan hilesiz rekabettir⁵⁵.

TTK m. 54/2 uyarınca haksız rekabet, “*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 tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için “dürüst davranma kuralı” önemli bir işlev arz etmektedir. Ayrıca haksız rekabetin oluşabilmesi için, haksız rekabet fiilini işleyen kişinin kusurlu

a.g.e., s. 373; Bakır, **a.g.e.**, s. 38; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 85-86; Sabih Arkan, “Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.22, S.4, Aralık 2004, s. 5.

⁵¹ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 547; Arkan, **a.g.e.**, s. 345; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 378; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 3; Engin Erdil, **Haksız Rekabet Hukuku**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 20.

⁵² Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 556; Arkan, **a.g.e.**, s. 352; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 377; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 82; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s. 221; Kara, **a.g.m.**, s. 730; Şirin Güven, “6102 sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.18, S.2, 2012, s. 175.

⁵³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

⁵⁴ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 562; Arkan, **a.g.e.**, s. 353; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 387; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 1.

⁵⁵ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

olmasına gerek bulunmamaktadır. Failin kusurlu olup olmaması, sadece haksız rekabet sonucunda açılacak davaların belirlenmesi açısından önem taşır⁵⁶.

TTK haksız rekabet hakkında genel bir tanımın yanı sıra m. 55/1'de haksız rekabet olarak kabul edilen başlıca halleri saymıştır. TTK m. 55'in lafzından da anlaşılabilirliği üzere bu hükümde sayılan durumlar örnek niteliğinde olup sınırlı sayıda değildir. Bu sebeple TTK m. 55'te sayılmadığı halde, TTK m. 54/2 hükmündeki genel ilkedan hareketle başka haksız rekabet eylemlerinin mevcut olması mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TTK m. 55'te sayılan durumlardan birinin kapsamına giren davranış söz konusu olduğunda genel hükme göre bir inceleme yapılmasına gerek olmaması, bu davranışın doğrudan haksız rekabete yol açtığı hususunun kabul edilmesidir⁵⁷. TTK m. 55'te sayılan örnek durumlardan birisi de “dürüstlük kuralına aykırı işlem (şartı) koşulu kullanmak”tır.

III. BİR HAKSIZ REKABET HALİ: DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM KOŞULU KULLANMAK

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanılması, kanun koyucu tarafından piyasayı etkileyebilecek davranışlardan biri olarak görülmüş ve genel işlem koşullarının kullanılması, dürüst ve bozulmamış rekabete zarar vereceği düşüncesi ile bir haksız rekabet hali olarak nitelendirilmiştir. Bu tür genel işlem koşullarını kullanan kişi, kullanmayan rakiplerine göre rekabet yarışında haksız bir şekilde avantaj sağlayabilmektedir.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmanın haksız rekabet oluşturduğunu ifade eden TTK m. 55/1-f hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır:

“f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları⁵⁸ kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

⁵⁶ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 566; Arkan, **a.g.e.**, s. 353; Ali Bozer/Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 5.Baskı, Ankara 2018, s. 214; Bakır, **a.g.e.**, s. 53; Hayrettin Çağlar/Rıza Ayhan, **Ticari İşletme Hukuku-Genel Esaslar**, Yetkin Yayınları, 10.Baskı, Ankara 2017, s. 384; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 122; Karahan, **a.g.e.**, s. 223; Erdil, **a.g.e.**, s. 38.

⁵⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 354; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 559; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 97-98; Erdil, **a.g.e.**, s. 56. TTK md.55'te sayılan örnekler için söz konusu fiilin TTK md.54'te ifade edilen genel tanıma uygun olup olmadığının da araştırılması gerektiğini belirten aksi görüş için bkz. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 389-393; Karahan, **a.g.e.**, s. 224; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 26.

⁵⁸ Giriş kısmında da ifade ettiğimiz üzere, TTK m. 55/1-f'de genel işlem koşulu kastedilmiştir.

2. *Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*”

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki bu hükmün kaynağı, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun’un eski 8. maddesidir⁵⁹. İsviçre’de 2011 yılında yapılan kanun değişikliği ile madde değiştirilmiş, ancak Türk kanun koyucu TTK m. 55/1-f’de bir değişiklik yapmamıştır.

TTK m. 55/1-f’nin mehzaz hükmü olan İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun’un eski 8. maddesi şu şekildedir:

“Özellikle, önceden yazılmış ve diğer taraf aleyhine yanılıcı bir şekilde

a. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

b. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören

genel işlem koşulları kullanan”

Bu maddenin yeni şekli ise şu şekildedir:

“Dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde tüketiciler aleyhine önemli ölçüde ve haksızca sözleşmesel hak ve borçlar arasında dengesizlik öngören genel işlem koşulları kullanılması”⁶⁰

Hükümde yapılan bu değişiklik sonucunda “yanılııcılık” koşulundan vazgeçilmiş ve sadece tüketiciler aleyhine genel işlem koşulu kullanımı halinde denetim söz konusu olmaktadır. Ayrıca değişiklikle genel işlem koşulunun haksız olup olmadığı değerlendirilmesinde yasal düzenlemeden önemli şekilde ayrılma kriteri de kaldırılmıştır. “Kanuni düzenleme” ya da “sözleşmenin niteliği” gibi tartışmalı ifadeler yerine konuya uyumlu olarak “sözleşmedeki hak ve borçlar” ifadesinin kullanması doktrinde isabetli bulunmaktadır⁶¹. İsviçre’de borçlar kanununda genel işlem koşullarını düzenleyen genel bir hüküm bulunmaması ve genel işlem koşullarını düzenleyen tek hükmün haksız rekabet kanunundaki özel hüküm olması sebepleriyle, hükümdeki değişikliklerin sonucunda İsviçre hukukunda genel işlem koşullarının etkin, açık ve soyut içerik denetiminin⁶² yolu açılmıştır⁶³.

⁵⁹ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 598; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 348; Kara, **a.g.m.**, s. 730.

⁶⁰ İlgili madde çevirileri için bkz. Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 349.

⁶¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 93.

⁶² Soyut içerik denetimi, genel işlem koşullarının somut sözleşme ilişkisi mevcut olmaksızın yargısal denetimini ifade eder.

⁶³ Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3088-3089; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 391.

Genel işlem koşulları için TBK ile düzenlenen hukuki korumadan, sadece sözleşmenin karşı tarafı konumunda olan kişi faydalanarak dava açabilecektir. Genel işlem koşullarının haksız rekabet hali olarak düzenlenmesinin sonucunda ise üçüncü kişilere de imkân tanınarak, taraflar dışındaki kişilerin de dava açabilmesi mümkün hale getirilmektedir. Örneğin, bankaların tüketicilerle/tacirlerle yaptıkları kredi sözleşmelerinde dürüstlük kuralına aykırı hüküm bulunması durumunda tüketici derneği yahut bankalar birliği de dava açabilecektir. Ayrıca haksız rekabet düzenlemesi sonucunda açılacak dava türleri de farklılaşmaktadır.

Genel işlem koşulu kullanımı, tek başına hukuka aykırılık meydana getiren bir durum oluşturmayacaktır. Genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabet teşkil edebilmesi, bu koşulların dürüstlük kuralına aykırı olmaları şartına bağlıdır. Böylece düzenlemede “dürüstlük kuralı” temel rol üstlenmiştir. Bu sebeple TTK m. 55/1-f'nin uygulanabilmesi için ilk olarak genel işlem koşulunun kullanılmış olması, sonrasında bu genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir.

A. Genel İşlem Koşulu Kullanımı

TTK m. 55/1-f hükmü kapsamında bir denetim yapılabilmesi için ilk olarak bir genel işlem koşulunun kullanılmış olması gerekmektedir. Sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu teşkil edip etmediklerinin tespiti; TTK m. 55/1-f'de genel işlem koşullarına dair özel bir tanıma yer verilmemesi sebebiyle, genel işlem koşullarının temel düzenleme yeri olan TBK m. 20 hükmünden yararlanılmak suretiyle yapılacaktır⁶⁴.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu hükmün kaç sözleşmenin içeriğini oluşturduğunun bir önemi bulunmamaktadır⁶⁵. Kanunda açıkça önemli olan hususun, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacı olduğu belirtilmiştir.

Sözleşmede yer alan hükmün genel işlem koşulu olduğu tespit edildikten sonra, TTK m. 55/1-f'de geçen “kullanım” ifadesinin ne anlama geldiği hususunda bir inceleme yapılması gerekmektedir.

Doktrinde bir görüş “kullanım” ifadesini geniş yorumlayarak; genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin kurulmuş olmasının şart olmadığını, sözleşme yapmak amacıyla teklifte bulunmanın da haksız rekabetin oluşması bakımından yeterli kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁶. Ancak genel işlem koşullarının sadece hazırlanmış ve basılmış olması bu kapsamda kullanım olarak

⁶⁴ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 598; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 458; Çağlar/Ayhan, **a.g.e.**, s. 398 ve dn.543; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 74; Kara, **a.g.m.**, s. 731.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 163; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 156; Antalya, **a.g.e.**, s. 492; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 72.

⁶⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 76-77; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 406.

değerlendirilemeyecektir, sözleşme yapılması amacıyla karşı tarafa sunulması gerekir. Geniş yorumlanması, haksız rekabet hükmüyle dürüstlüğe aykırı genel işlem koşullarına karşı önleyici koruma sağlayacaktır. Bu görüş uyarınca sözleşme müzakereleri sırasında genel işlem koşullarının kullanımı dahi haksız rekabet teşkil edebilecektir.

Doktrinadaki ikinci görüş ise, genel işlem koşullarının kullanımı için bunların karşı tarafa teklif edilmesinin yeterli olmadığını, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleştirilen hazırlık çalışmalarının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir⁶⁷. Bu görüş uyarınca, genel işlem koşullarının kullanımından bahsedebilmek için sözleşmenin kurulması ve geçerli olması zorunluluk arz etmektedir. Görüş temellendirilirken; haksız rekabet hukukunun önleyici koruma sağlamayı konu edinmediği, haksız rekabet hukukunun ancak rekabet ortamının etkilendiği durumda devreye gireceği, genel işlem koşulu kullanıldığında rekabet ortamının etkilenmesi ve rekabet hakkının dürüstlüğe aykırı kullanılmasının ancak sözleşme ilişkisinin kurulması ile mümkün olacağı gerekçelerine dayanılmaktadır⁶⁸.

Kullanım ibaresinin, sözleşme öncesi görüşmeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması hükmün sınırlarını genişletecektir. Haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen menfaat ise “dürüst ve bozulmamış rekabet” olarak belirtilmiştir. Bir tacirin sözleşme ilişkisini kuramamış olsa da dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanması, bunları karşı tarafa sunması dürüst rekabet ortamının bozulması tehlikesini doğurabileceği için geniş yorum tercih edilmesi gerektiği düşünülebilir. Burada önem arz eden husus ise haksız rekabet hukukunun devreye girebilmesi için rekabet ortamının etkilenmesi gerekliliğidir, bu sebeple de önleyici koruma sağlama amacına sahip olduğu söylenemez. Ayrıca sözleşme müzakereleri sırasında haksız rekabetin kabul edilmesi, sözleşme kurulmadığı için TBK uyarınca denetimi de engelleyerek, geçerliliği bile olmayan koşulların haksız rekabet oluşturmasına sebebiyet verebilecektir. Bütün bu sebepler doğrultusunda, genel işlem koşullarının haksız rekabet oluşturması için sözleşmenin kurulmuş olması gerektiğini savunan ikinci görüşe katılmaktayız.

B. Genel İşlem Koşulunun Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

Kullanılan genel işlem koşulu nedeniyle bir haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için ikinci şart, sözleşmedeki genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasıdır.

Haksız rekabetin oluşabilmesi için sözleşmede bulunan tüm genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmez, sadece birinin dürüstlük kuralına aykırılığı dahi haksız rekabetin gerçekleşmesi için yeterlidir.

⁶⁷ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 464; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 601; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 376; Bakır, **a.g.e.**, s. 63; Kara, **a.g.m.**, s. 732; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3069.

⁶⁸ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 376.

Kanun koyucu genel işlem koşullarının denetiminde dürüstlük kuralını merkeze yerleştirmiştir. Gerek TBK m. 25'deki içerik denetiminde, gerekse TTK m. 55/1-f'deki haksız rekabet halinde, genel işlem koşullarının hukuka aykırılığını tespit etmek için başvuru kurum "dürüstlük kuralı"dır. Bu sebeple TBK m. 25 kapsamında yapılan denetim neticesinde dürüstlük kuralına aykırılığı ve dolayısıyla kesin hükümsüz olduğu tespit edilen bir genel işlem koşulu kullanılması, yine dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle haksız rekabet de oluşturacaktır⁶⁹.

Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında, tüm katılanlar, piyasada taraf olan herkesin dürüst davranma kuralına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenme hakkına da sahiptir. Dürüstlük kuralının ihlali, bu duyulan güvene de aykırılık teşkil ederek haksız rekabete neden olur⁷⁰.

Dürüstlük kuralına ilişkin hukukumuzdaki temel düzenleme, TMK m. 2 ile getirilmiştir. TMK m. 2'ye göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Dürüstlük kuralının temelinde güven düşüncesi bulunmaktadır⁷¹. İçerikleri kanun koyucu tarafından net bir şekilde ortaya konulmayan bu kurallar, değişken, belirsiz ve bireylerin dışında oluşan genel hükümlerdir⁷². Dürüstlük kuralı, kişiden, dürüst, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen ortalama zekaya sahip bir kimsenin benzer olaylardaki davranışı gibi hareket etmesinin beklendiğini ifade eder⁷³.

TTK m. 55/1-f hükmünde "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak" haksız rekabet hali olarak gösterilirken, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yararlanılacak ana kriterler de ilgili maddenin 1 ve 2.bentlerinde gösterilmiştir. Hüküm sınırlayıcı bir sayım yapmadığı için bu örnek kriterler dışında da dürüstlük kuralına aykırı olmasıyla haksız rekabet oluşmasına sebebiyet veren genel işlem koşulları söz konusu olabilecektir. Bu tespit yapılırken TKHK, TBK ve ilgili Yargıtay uygulamasından⁷⁴ ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız

⁶⁹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 378-379; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 410.

⁷⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

⁷¹ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 6. Baskı, Ankara 1997, s. 290.

⁷² Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.72, 2007, s. 91.

⁷³ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 25.Baskı, İstanbul 2019, s. 266; Edis, **a.g.e.**, s. 291; Kemal Oğuzman, "Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı**, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 407.

⁷⁴ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 284 vd.

Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek'inde belirtilen örnek durumlardan faydalanılması doğru sonuçlar oluşmasına yardımcı olacaktır⁷⁵.

Örnek düzenlemeler kapsamında dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulunun oluşabilmesi için koşulun önceden tek taraflı olarak hazırlanmış olması ve diğer taraf aleyhine düzenleme içermesi gerekmektedir. Bu iki unsur oluşuktan sonra ayrıca “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan” veya “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören” durumlarından biri gerçekleşmelidir.

1. Önceden Yazılmış Olma

TTK m. 55/1-f’de belirtilen “önceden yazılmış olma” ile ifade edilen, genel işlem koşulunu kullanan kişinin sözleşmenin kurulmasından önce genel işlem koşulunun içeriğini tek başına belirlemiş olmasıdır. Sözleşme müzakereleri sırasında tarafların içeriği birlikte belirlemeleri halinde önceden yazılmış olma şartı gerçekleşmeyecektir.

TBK m. 20 uyarınca genel işlem koşulunun varlığı, ilgili hükmün önceden ve tek taraflı düzenlenmesi şartına bağlanmasına rağmen; TTK m. 55/1-f’de önceden yazılmış olma unsuru tekrar edilmektedir. İlgili şartın TTK’daki tekrarı, doktrinde gereksiz bulunmakta ve haklı eleştirilere tabi tutulmaktadır⁷⁶.

2. Diğer Taraf Aleyhine Olma

TTK m. 55/1-f’de, haksız rekabete örnek durumlar açıklanırken, “diğer taraf aleyhine” olma, zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Diğer taraf ile ifade edilmek istenen, genel işlem koşulunu hazırlayan ve kullanan kişi değil, sözleşme ilişkisinin karşı tarafıdır. Karşı tarafın sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi yönünde pazarlık etme gücü bulunmadığı için kanun koyucu tarafından bu şekilde korunmak istenmiştir. Dolayısıyla genel işlem koşulu hazırlayan ve kullanan kişi aleyhine, karşı tarafın ise lehine olan genel işlem koşulu söz konusu olduğunda haksız rekabet oluşmayacaktır.

Bir genel işlem koşulunun taraflardan biri aleyhine olup olmadığının tespiti yapılırken sözleşmenin bütününün dikkate alınması gerekmektedir⁷⁷. Nitekim TKHK’da da haksız şartlar bakımından sözleşmenin tüm hükümlerinin dikkate alınması gerektiği m. 5/6’da açıkça belirtilmektedir. Hükme göre, “Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.”

⁷⁵ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 602; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 388.

⁷⁶ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 381-382.; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 73; Kara, **a.g.m.**, s. 734.

⁷⁷ Kara, **a.g.m.**, s. 736; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 52.

3. Yanılıcı Olma

TTK'nın 55/1-f hükmünde "özelliğe yanılıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine" önceden yazılış genel işlemler koşullarını kullananların dürüstlüğe aykırı davranmış olacağı belirtilmiştir.

Yanılıcı olma durumu, genel işlemler koşulunun karışık veya birden fazla anlam taşıyacak şekilde düzenlenmesi, gizlenmesi ya da belirsiz olması gibi hallerde ortaya çıkabilir⁷⁸. Bu şekilde karşı taraf aleyhine bir kullanım olduğu halde kişide, genel işlemler koşulunun onun lehine veya her iki tarafın menfaatleri dengelediği yönünde izlenim yaratılarak yanlış bir kaniya varmasına sebep olmaktadır⁷⁹.

Hüküm kapsamında dürüstlüğe aykırı genel işlemler koşullarının, sözleşmenin diğer tarafını objektif olarak yanılıtmaya uygun olması aranmaktadır. Burada genel işlemler koşullarını kullanan tarafın yanılıtma kastının olması veya karşı tarafın fiilen yanılımış olması zorunluluk teşkil etmemektedir⁸⁰. Genel işlemler koşullarının içeriğinin karşı tarafı yanılıtmaya uygun olması yeterlidir.

Öte yandan genel işlemler koşullarını kullanan tarafın, karşı tarafı sözleşmeyi akdetme hususunda yanılıtması da hüküm kapsamı dışındadır.

Kanunda verilen örnekler çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlemler koşulu kullanımının, haksız rekabet oluşturabilmesi için yanılıcılık unsurunun zorunlu olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüş, TTK m. 55/1-f çerçevesinde haksız rekabet oluşturabilecek genel işlemler koşulunun aynı zamanda yanılıcı nitelikte olmasının aranacağını savunarak, zorunlu bir unsur olarak kabul etmiştir⁸¹. Buna göre, yanılıcı olmayan fakat dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine hükümler içeren genel işlemler koşulları kullanılması, ancak TTK m. 54/2 gereğince haksız rekabet olarak kabul edilebilecektir.

Aksi görüş ise, hükmün lafzını da dikkate alarak, yanılıcılık unsurunun, haksız rekabetin oluşumunda zorunlu unsur olmadığını savunmaktadır⁸².

⁷⁸ Bakır, **a.g.e.**, s. 79; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 409; Kara, **a.g.m.**, s. 735; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3063.

⁷⁹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 382.

⁸⁰ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 382; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 94; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 409; Kara, **a.g.m.**, s. 734.

⁸¹ Uzunallı, **a.g.m.**, s. 409-411; Erdil, **a.g.e.**, s. 285. Sadece örnek durumlar için zorunlu kabul eden görüş için bkz. Kara, **a.g.m.**, s. 735.

⁸² Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 602; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 463; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 383; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 99; Atamer, **Genel İşlemler Koşullarının Denetlenmesi**, s. 67-69. Dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak örnek mahiyetinde sevk edildiğini kabul eden yazar için bkz. Atamer, **Genel İşlemler Koşullarının Denetlenmesi**,

Kanaatimizce, kanun koyucu hükmün ilk cümlesine “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak” şeklinde başlayarak, aslında haksız rekabet teşkil eden durumu açıkça belirtmiştir. Hükmün devamı dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde gerçekleşeceğine ilişkin örnek kriterlerden ibarettir. Ayrıca, kanun koyucu “özellikle” kelimesini kullandığı için yanıtıcı olsun yahut olmasın (1) ve (2) numaralı bentlerdeki hallerin meydana gelmesi durumunda, dürüstlüğe aykırılığın gerçekleştiğinin kabulü daha makul olmaktadır. Bu bakımdan yanıtıcılığın ayrı bir unsur olarak değil, dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak tanımlanmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

TTK m. 55/1-f, mehaz hükmü olan İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun m. 8’den yanıtıcılık unsurunun zorunlu olması açısından ayrılmaktadır. Kanun hükmü değişmeden önce⁸³ İsviçre Federal Mahkemesi verdiği kararlarında, hükümde belirtilen (a) ya da (b) bentlerinde yazılı olan hallerin gerçekleşmesinin yanında genel işlem koşullarının yanıtıcı nitelik taşımalarını da arayarak, yanıtıcılık unsurunu haksız rekabetin varlığı açısından zorunlu bir unsur olarak kabul etmekteydi⁸⁴.

4. Kanuni Düzenlemeden Önemli Ölçüde Ayrılma

TTK m. 55/1-f-1’de verilen örnek çerçevesinde, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem koşullarının kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

TTK m. 55/1-f-1 hükmündeki kanuni düzenleme ifadesi sadece kanun hükümleri ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Burada kanuni düzenleme ile her hukuki düzenleme kastedilmektedir⁸⁵. Bu kapsama, emredici veya düzenleyici kanun hükümleri dışında ticari teamüller de dâhil olmak üzere örf ve âdet hukuku ile yargı içtihatları ile oluşmuş ilkeler dâhildir.

Doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemeler, emredici hukuk kurallarıdır. Bu sebeple doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemelerden ayrılan sözleşme hükümleri, TBK m. 27 gereğince emredici kurallara aykırı olduğu için zaten hükümsüzdür. TTK m. 55/1-f-1 hükmüyle ise sözleşme hukuku gereğince zaten

s. 67-69; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 99. Dürüstlük kuralına aykırılığı pekiştirdiğini kabul eden yazar için ise bkz. Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 383.

⁸³ Hükmün eski ve yeni halinin karşılaştırması için bkz. yukarıda III. Başlık.

⁸⁴ Bu yöndeki kararlar için bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 95, dn.331. Yanıtıcılık unsurunun, haksız rekabetin varlığı açısından zorunlu unsur olarak kabul edilmesi, hükmün uygulanmasını neredeyse imkânsız hale getirerek uygulamada çok az yararlanılmasına neden olmuştur. (Kara, **a.g.m.**, s. 735)

⁸⁵ Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 386; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 408. Kanuni düzenleme ifadesini daha dar yorumlayarak sadece maddi ve şekli anlamda yasa niteliği taşıyan hukuki düzenlemelerin dahil olacağını savunan görüş için bkz. Karahan, **a.g.e.**, s. 253; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 81; Kara, **a.g.m.**, s. 737; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 44-45.

hükümsüz olan sözleşme hükmü, aynı zamanda haksız rekabete ilişkin hükümlerde öngörülen yaptırımlara da tabi tutulabilmektedir⁸⁶.

Kanunda düzenlenmiş olan bir sözleşmeye ilişkin hükümler elbette doğrudan uygulanır. Ancak bu sözleşmelere ilişkin kanundaki hükümlerde boşluk varsa ya da kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme söz konusuysa, ilgili diğer tipik sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerinin yorum yoluyla uygulanması söz konusu olur. Böylece yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenleme ibaresi hükmün kapsamına, isimsiz sözleşmelerin de alındığını göstermektedir⁸⁷.

Kanun koyucu denetim ölçütlerinden her türlü sapmayı bir dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelememiş, sapmanın önemli ölçüde olması gerektiğini de ifade etmiştir. İrade özgürlüğünü korumak ve hukuk güvenliğini sarsmamak adına, belli bir sınıra kadar kanun hükümlerinden sapılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz⁸⁸.

Bir sapmanın ne zaman önemli ölçüde olacağı belirlenirken sapılan denetim normunun içeriği ve korunacak hukuki değerler belirleyici olacaktır. Her kanuni düzenlemeden sapmanın aynı etkiye sahip olmayacağı kabul edilmesi gereken bir husustur. Korunacak hukuki değerlerin önemi arttıkça, ilgili normdan sapmanın da ölçüsüz sayılma ihtimali de artacaktır⁸⁹.

Taraflar arasındaki sözleşmede kullanılan genel işlem koşulları, emredici kurallara aykırı unsurları içermekteyse bunların önemli ölçüde aykırı oldukları kabul edilir⁹⁰. Genel işlem koşullarının diğer kanuni düzenlemelere aykırı olmasında ise hukuki düzenden önemli ölçüde farklılaşması belirlenirken, taraflar arasındaki hak ve borçlar dengesinin hissedilir biçimde sınırlandırılmış olması incelenmektedir⁹¹.

5. Sözleşmenin Niteliğine Önemli Ölçüde Aykırı Haklar ve Borçlar Dağılımı Öngörme

TTK m. 55/1-f'de örnek gösterilen ikinci kriter, genel işlem koşullarının, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngörmesidir. Sözleşmenin niteliğine aykırılık ifadesi, yapılması amaçlanan sözleşme ile doğrudan ilişkili olmayan olağandışı ve şaşırtıcı hükümleri belirtmeyi amaçlamaktadır⁹².

⁸⁶ Bakır, **a.g.e.**, s. 82; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 85; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 407; Kara, **a.g.m.**, s. 737.

⁸⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 83.

⁸⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 50.

⁸⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 90; Atamer, **Genel İşlem Şartları**, s. 213.

⁹⁰ Bakır, **a.g.e.**, s. 83; Kara, **a.g.m.**, s. 738.

⁹¹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 387.

⁹² Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Bakır, **a.g.e.**, s. 87.

Kanunda düzenlenmiş sözleşmeler bakımından, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma kriteri öncelikle uygulama alanı bulacağı için bu kriter, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri bakımından önem taşımaktadır⁹³.

Sözleşmede kullanılan genel işlem koşullarının veya münferit bir genel işlem koşulunun sözleşmenin niteliğinden önemli şekilde ayrılıp ayrılmadığının belirlenmesinde prensip olarak sözleşmedeki tüm hak ve yükümlülüklerin genel dağılımı dikkate alınmalıdır. Burada iki tarafın da sözleşme ile güttükleri amaç, özellikle sözleşmenin ekonomik amacı ve koruma beklentileri, işlemin konusu ve türü, sözleşmenin ani veya sürekli edimli olması, tek tarafa veya iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, dürüstlük kuralı uyarınca ilgili müşteri çevresinin haklı kabul edilebilecek beklentileri gibi özellikler dikkate alınarak sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan en adil hak ve borç dağılımı tespit edilecektir⁹⁴.

Burada da sözleşmenin niteliğine önemli şekilde aykırı haklar ve borçlar dağılımı, karşı taraf aleyhine söz konusu olmalıdır. Genel işlem koşullarını hazırlayan taraf aleyhine haklar ve borçlar dağılımı olması halinde, dürüstlük kuralına aykırılık ve dolayısıyla haksız rekabet söz konusu olmaz⁹⁵.

C. TTK m. 55/1-f'nin Değerlendirilmesi

Kanun Gerekeç'sinde TTK m. 55/1-f için "*Hüküm yeni olup, genel işlem şartlarını hukukumuzda ilk defa düzen altına almaktadır*" ifadesine yer verilmiştir⁹⁶. Bu ifade, TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin genel hükümlerin TTK ile aynı zamanda hazırlanmış olması ve TBK'nın, TBMM'de TTK'dan iki gün önce kabul edilmiş olması sebepleriyle haklı olarak eleştirilmektedir⁹⁷.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının, haksız rekabet halleri arasında düzenlenmiş olması da doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilirken⁹⁸, bazı yazarlar tarafından da gerekli görülmektedir⁹⁹.

TTK m. 55/1-f'nin isabetli bir düzenleme olmadığı görüşü, genel işlem koşullarının piyasadaki rekabet ortamını etkilemediği varsayımı ile savunulmaktadır¹⁰⁰.

⁹³ Bakır, **a.g.e.**, s. 88; Karahan, **a.g.e.**, s. 254 ve dn.1; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 45.

⁹⁴ Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 46; Kara, **a.g.m.**, s. 739.

⁹⁵ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 388.

⁹⁶ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

⁹⁷ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 10.

⁹⁸ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 601; Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 68-70.

⁹⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58-60; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 387 vd.

TTK m. 55/1-f'yi gerekli bulan aksi görüş ise, bu düzenlemeyle birlikte haksız rekabet hukukunun artık sadece rekabete yönelik pazar davranışını değil, sözleşmenin diğer tarafı karşısındaki davranışı da düzenleyeceği ve böylece haksız rekabet hukuku alanının genişlediğini savunmaktadır¹⁰¹. Kanun Gerekeçe'sinde de belirtildiği üzere, haksız rekabet hükümlerinin amacı, hukuka uygun ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır¹⁰². Dolayısıyla TTK m. 55/1-f hükmü de rekabeti etkileyebilecek bir davranışının engellenmesini amaçlayarak, haksız rekabet hukuku alanını genişletmemektedir. Bu görüşün diğer bir gerekçesi de sözleşme kurulurken veya kurulmasından sonra müşterilerin irade özgürlüğünün korunmasının, rakibin de korunmasına yol açarak bozulmamış rekabeti sağlayacak olmasıdır¹⁰³. Uygulamada ise müşterilerin tercihlerini, genel işlem koşullarının onlar için iyi ya da kötü olması şekillendirmeyecektir¹⁰⁴. Kişilerin tercihlerini oluşturan temel kriter fiyat ve kalite dengesi olacağı için, genel işlem koşulları sözleşme tarafı olmayan kişileri etkilemeyecektir. Bu sebeple iki kişi arasında akdedilen sözleşmenin, sözleşme taraflarından olmayan piyasa katılımcılarını etkileyerek, rekabet ortamını etkileyecek bir durum yaratmayacağı kanaatindeyiz.

İsviçre haksız rekabet hukukunun yeni düzenlemesi (8. madde) de hükmü sadece tüketicilerle yapılan sözleşmelerle sınırlayarak, tek başına dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanılmasını haksız rekabet oluşturulabilmesi için yeterli görmemektedir.

TTK m. 55/1-f ile ilgili eleştirilere sebebiyet veren başka bir husus da hükmün içerik denetimine ait bir husus olan dürüstlük kuralına aykırılığın tespit edilmesini arayarak, adeta içerik denetimi şeklinde yazılmasıdır¹⁰⁵. Genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin hususların temel düzenleme yeri ise TTK değil, TBK'dır. Genel işlem koşulları sözleşme içerisinde yer alan hükümlerdir, sözleşmede bulunan hükümlerin hukuka aykırılığını tespit eden ve bunların yaptırımını belirleyen ise borçlar hukukudur. Dolayısıyla genel işlem koşullarına ilişkin denetimi düzenleyen bir hükmün TTK yerine, TBK'da bulunması gerekmektedir. Genel işlem koşullarına ilişkin TTK'da bulunacak bir hükmün, denetimi düzenlememesi gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrinde TTK m. 55/1-f'nin "*Türk Borçlar Kanunu uyarınca yazılmamış sayılan veya kesin hükümsüz kabul edilen genel işlem koşulları ile Tüketicinin*

¹⁰⁰ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 390-392.

¹⁰¹ Uzunallı, **a.g.m.**, s. 387.

¹⁰² Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

¹⁰³ Uzunallı, **a.g.m.**, s. 388.

¹⁰⁴ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 391; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, 3068; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 68.

¹⁰⁵ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 601; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 43.

Korunması Hakkında Kanun uyarınca kesin hükümsüz kabul edilen haksız şartlar kullanmak” şeklinde düzenlemesi önerilmektedir¹⁰⁶. Genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabet hukuku için rekabeti etkileyebilecek bir durum yaratmayacağını düşünüyor olsak bile hükmün düzenlenmesi gerektiği durumda, bu şekilde bir düzenlemeyle, bahsettiğimiz sorunlar çözümlenebilecektir.

SONUÇ

Genel işlem koşuluna ilişkin TBK, TKHK ve TTK olarak 3 farklı kanunda düzenlemeler bulunmaktadır. 6102 sayılı Ticaret Kanunu m. 55/1-f’de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımı, haksız rekabet oluşturan durumlardan biri olarak düzenlenmiştir.

TTK’da yer alan bu hüküm, genel işlem şartlarına ilişkin bir yürürlük veya içerik ya da yorum denetimi değil, bir haksız rekabet hali düzenlemiştir. Genel işlem koşuluna ilişkin TBK’da bulunan hükümler ise koşulların yürürlük, yorum ve içerik denetimlerine ilişkin temel düzenlemelerdir. Farklı hususları düzenlemeleri sebebiyle genel işlem koşulunun yazılmamış sayılma veya hükümsüzlüğü sonucu için TBK’ya başvurulmasının yanı sıra haksız rekabete dayalı talepler için de TTK’ya başvurulabilecektir.

TTK m. 55/1-f hükmünün uygulanmasında, tüketici, tacir, tacir olmayan ayrımı söz konusu değildir. Haksız rekabet dolayısıyla zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi altındaki rakip ve müşteriler gibi, mesleki ve ekonomik birlikler de bu hükümlerden yararlanabilecektir.

TTK m. 55/1-f’de düzenlenen haksız rekabet halinin meydana gelebilmesi için ilk olarak genel işlem koşulunun kullanılmış olması, daha sonra ise bu genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralı, bir eylemin haksız rekabet niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde belirleyicidir.

Haksız rekabet hukukunun önleyici koruma amacı olmadığı için haksız rekabet oluşumunun koşullarından biri olan genel işlem koşulunun kullanılmış kabul edilmesi, sözleşmenin kurulmuş olması halinde mümkün olacaktır.

Genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde ise hüküm, yararlanılabilecek kriterler belirtmiştir. TTK m. 55/1-f’de belirtilen (a) ve (b) bentlerindeki örnek düzenlemeler için kullanılan “özellikle” ifadesinden, hükmün alt bentlerinde sayılan kriterlerin kuralın bir parçası olmadıkları ve bunların dışında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu olabileceği anlaşılmaktadır.

Örnek düzenlemeler kapsamında dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulunun oluşabilmesi için koşulun önceden tek taraflı olarak hazırlanmış olması ve diğer taraf aleyhine düzenleme içermesi gerekmektedir. Bu iki unsur

¹⁰⁶ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 603; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 392.

oluştuktan sonra ayrıca (1)kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya (2)sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırı olacaklar ve bunların kullanımı haksız rekabet teşkil edecektir.

Yanılııcılık unsuru hususunda doktrinde farklı görüşler söz konusu olsa da hükmün lafzını dikkate alarak, özellikle ifadesi kullanılmasıyla hükmün amacının zorunlu bir unsur belirtmek olmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeple dürüstlük kuralına aykırılık için yanılııcılık zorunlu bir unsur olmasa da varlığı durumunda, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan durumu pekiştirebilecektir.

TTK m. 55/1-f ile ilgili değerlendirmede öncelikle belirtilmesi gereken, bu hükmün genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi barındırması ve içerik denetimine ilişkin hususların TBK'da bulunması gerekliliğidir. Bunun yanı sıra, iki kişi arasında akdedilen sözleşmede genel işlem koşulu bulunsa dahi, sözleşme taraflarından olmayan piyasa katılımcılarını etkileyerek, rekabet ortamını etkileyecek bir sonuç yaratmayacaktır. Bu sebeple de haksız rekabet hükümleri arasında böyle bir düzenlemenin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Yine de böyle bir düzenleme yapılmak istenirse, hükmün, "*Türk Borçlar Kanunu uyarınca yazılmamış sayılan veya kesin hükümsüz kabul edilen genel işlem koşulları ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca kesin hükümsüz kabul edilen haksız şartlar kullanmak*" şeklinde düzenlenmesi isabetli bir tercih olacaktır.

KAYNAKÇA

Açıköz, Osman: Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Akcaal, Mehmet: “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, 2014.

Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 254-260.

Erdil, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2019.

Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir 2003. [GİŞ]

Havutçu, Ayşe: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011, s. 29-46. [TBK Değerlendirme]

Güven, Şirin: 6102 sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, s. 175-187.

Kara, Mustafa Sencer: “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2, 2013.

Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınevi, 27.Baskı, Konya 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2019.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukuku–Genel Bölüm, C.1, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul 2020.

Nomer Ertan, Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

Oğuzman, M. Kemal: “Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 407-415.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 18.Baskı, İstanbul 2019.

Reisoğlu, Safa:“Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, Bankacılar Dergisi, S.77, 2011, s. 108-117.

Reisoğlu, Safa:Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 23.Baskı, İstanbul 2012. [Türk Borçlar Hukuku]

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul 1993.

Uzunallı, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFİM, 2013, [C.71, S.2](#), s. 383-420.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2019.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı-2013, s. 3057-3098.

Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2015.

Yeniocak, Umut: “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, 2013, s. 75- 96.

Yelmen, Âdem: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yılmaz, Abdüssamet: Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Oğuzman, M. Kemal: “Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 407-415.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 18.Baskı, İstanbul 2019.

Reisoğlu, Safa:“Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, **Bankacılar Dergisi**, S.77, 2011, s. 108-117.

Reisoğlu, Safa:**Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 23.Baskı, İstanbul 2012. [Türk Borçlar Hukuku]

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul 1993.

Uzunallı, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, **İÜHFİM**, 2013, C.71, S.2, s. 383-420.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2019.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı-2013, s. 3057-3098.

Yavuz, Nihat: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C.1, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2015.

Yeniocak, Umut: “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.107, 2013, s. 75- 96.

Yelmen, Âdem: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yılmaz, Abdüssamet: **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

