

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİYLE DENETLENMESİ

Doç. Dr. Sevilay Uzunallı *

I- GİRİŞ

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerin güçlü olan 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 yönelir. Hukuk düzeninin sözleşme özgürlüğü prensibine dayanarak buna izin vermesi düşünülemez. Bu nedenle genel işlem şartlarının etkin bir şekilde denetimi oldukça önemlidir.

Sözleşme yapılırken düzenleyenin, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerini ifade eden (TBK m. 20/I) genel işlem şartlarının¹ denetimine ilişkin yeni Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlemeler yapıldığı gibi, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda da dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir (TTK m. 55 (1) bend f).

Bu çalışmanın amacı, genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümleriyle denetlenmesinin nedeninin, Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünün kapsamının ve bu hükmün Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümler ile ilişkisinin incelenmesidir. Haksız rekabet hükümleriyle genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümlere yer verilmesine giden süreci ve bu hükümlerin kapsamını açıklayabilmek için, çalışmamızda önce haksız rekabet hukukunun genel gelişim çizgisine ve bu gelişime uygun olarak, genel işlem şartlarının haksız rekabet hukuku ile denetiminin amacına değinilmiştir. Sonra Türk hukukuna ışık tutmak amacıyla İsviçre ve Alman hukuku ile Avrupa Birliği hukukunda genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümleriyle denetimi ve bu

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Genel işlem şartları kavramı için bkz. **Probst, Thomas**: Stämpflis Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) 2010, UWG 8, Nr. 1; **Hess, Markus/Ruckstuhl, Lea**: "AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG-eine kritische Auslegeordnung", AJP/PJA 2012, s. 1193; **Ulusan, İlhan M.**: "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004, s. 27 vd.; **Atamer, Yeşim M.**: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar Mart 2012, s. 9 vd.; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 9. B. İstanbul 2011, s. 169; **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 16. B. Ankara 2012, s. 321; **Eren, Fikret**: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. Ankara 2012, s. 215 vd.; **Havutçu, Ayşe**: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 71 vd.

denetimin sözleşme hukukunda genel işlem şartlarının denetimiyle ilişkisi incelenmiştir.

II- HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN GELİŞİMİ

A- Haksız Rekabet Hukukunda Amaç Değişimi

Rekabetin dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılması ve kötüye kullanılmaması amacıyla hemen her ülkede rekabet özgürlüğünün sınırlarını çizen hukuk kurallarına yer verilmiştir. İlk düzenlemelerde, rakiplerinin haksız ticari eylemlerine karşı girişimciyi korumak amaçlanmıştır². Bu amaçla haksız rekabet hukuku haksız fiil hukukunun özel bir alanı olarak düzenlenmişti. Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesinde (EBK m. 48) yer alan haksız rekabete ilişkin hüküm de bu düşüncüyü yansıtmaktadır.

20. yüzyılın akışında haksız rekabet hukukunda tüketici koruması yönünde amaç değişimi başladı. Alman hukukunda tüketici dernekleri için dava açma yetkisi düzenlenerek bu amaç kuvvetlendirilmiştir. İsviçre'de 1943 yılında yürürlüğe giren Haksız Rekabet Kanunu ve bu Kanun'a 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.

Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1984 tarihli 84/450 sayılı Avrupa Birliği³ Direktifi'ne⁴ uyumlaştırılmasıyla, bu Kanun'da rakipler dışındaki pazar aktörlerinin ve toplumun korunması fikri ön plana geçmiştir⁵. Bu fikre uygun olarak Almanya'da 2004 yılında Haksız Rekabet Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve bu Kanun'un 1. paragrafında haksız rekabet hukukunun amacı olarak tüketicinin korunmasına yer verilmiştir. Bu kapsamlı değişikliğin asıl nedeni, haksız rekabet hukukunu Avrupa Birliği hukukuna uyumlaştırmak ve yargı kararları ile geliştirilen prensipler ve hukuki kurumların kanunlaştırılmasıdır⁶.

² Örneğin bkz. **Eppe, Mark**: "Verbraucherschutz im UWG und BGB", WRP 2005, s. 810; **Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim**: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Kommentar, 30. Aufl. München 2012, UWG § 1, Nr. 1; **Glöckner, Jochen**: "Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts", Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, (Hrsg. Hilty, Reto M./Henning-Bodewig, Frauke), Berlin Heidelberg 2009, s. 265; **Ahrens, Hans-Jürgen**: "Das Verhältnis von UWG und Vertragsrecht aufgrund der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", Schutz von Kreativität und Wettbewerb Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag (Hrsg. Reto M. Hilty, Josef Drexl, Wilhelm Nordemann), München 2009, s. 407; **Arkan**, s. 310, 311.

³ Lizbon Antlaşması'nın 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle ve metin içerisinde terim birliği sağlamak amacıyla Avrupa Birliği ifadesi kullanılmıştır.

⁴ Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. 1984 Nr. L 250/17.

⁵ **Armgardt, Matthias**: "Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht: unwirksame AGB-Klauseln im Licht der neueren Rechtsprechung zum UWG und zur UGP-Richtlinie", WRP 2009, s. 125; **Eppe**, s. 811; **Köhler/Bornkamm**, UWG § 1, Nr. 1; **Glöckner**, Entwicklungslinien, s. 266.

⁶ Bkz. **Lichtnecker, Florian**: "Aus den Schwerpunktbereichen; Einführung in das Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der UWG Reform 2008", ZJS 2009, s. 321.

2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi'nin⁷ uyarlanması amacıyla, 2004 tarihli bu Kanun da yeniden önemli kapsamda değiştirilmiştir. Ancak bu uyarılama ile, 2005/29 sayılı Direktif'in koşullarını aşan bir şekilde tüketici dışında diğer pazar katılımcıları için de ek koruma sağlanmıştır⁸. Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda 30.12.2008'de yapılan bu değişiklikle, rakiplerin, tüketicilerin ve diğer pazar katılımcılarının aynı seviyede korunması şeklindeki temel yapı korunmakla birlikte, esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu metinle yapılan en önemli değişikliklerden biri, sözleşmenin yapılması sırasında olduğu gibi, sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşen ticari uygulamaların da Haksız Rekabet Kanunu'nun kapsamına alınmasıdır. Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 2 (1) 1 hükmüne göre, ticari uygulamanın bu Kanun'un kapsamına girmesi için, satışa veya satın almaya yönelme ile sözleşmenin yapılması veya yerine getirilmesinin objektif bir bağlantı içinde olması gerekir. Ticari uygulamanın tüketiciler veya diğer pazar katılımcılarının kararlarını etkileme amacı taşıması halinde bu objektif bağlantının mevcut olduğu kabul edilir.

İsviçre'de 1.3.1988'de yürürlüğe giren Haksız Rekabet Kanunu da bu gelişim çizgisine uygun olarak, rakiplerin, mesleki birliklerin, tüketicilerin ve toplumun ekonomik çıkarları bakımından dürüst ve özgür rekabetin korunmasını amaçlamıştır. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nu mehzaz alan yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (1) hükmüne göre de, "Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır." Böylece rekabet eyleminin haksız olup olmadığı sadece dürüstlük ölçüte göre değil, bu eylemin işleyen rekabet sistemine uygun sonuçları olup olmadığına göre de değerlendirilir⁹. Haksız rekabet hükümleri, bunun için özellikle girişimcinin rekabet ve arz özgürlüğünü, tüketicilerin ve ticari amaçlı satın alma faaliyetinde bulunanların karar ve talep özgürlüğünü garanti etmelidir. Rekabet ancak bu yolla düzgün işleyebilir ve bu sayede rekabetin doğru işleyişi için gerekli olan tüm pazar katılımcılarına eşit fırsat sağla-

⁷ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl EU, L 149/22, 11.6.2005. Bu Direktif Alman Haksız Rekabet Kanunu'na uyarlanırken, Kanun'un metnini basit ve anlaşılır kılmak amacıyla Direktif metni aynen alınmamıştır (Bu hususta bkz. **Köhler, Helmut**: "Die UWG-Novelle 2008", WRP 2009, s. 110; **Köhler, Helmut**: "Ein Jahr nach dem UWG-Reform –Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf das UWG", GRUR-Prax 2009, s. 47.

⁸ **Kulka, Michael**: "Der Entwurf eines "Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb", DB, s. 1550; **Köhler, Helmut**: "Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags", WRP 2009, s. 899.

⁹ Bu yönde bkz. Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit Entwurf vom 18. Mai 1983, (BBl. 1983 II, s. 31).

nabilir. Genel menfaatler de bu amaca göre belirlenmelidir¹⁰. Bu nedenle herhangi bir genel menfaat değil, sadece toplumun bozulmamış rekabete yönelik menfaati korunur¹¹. Ayrıca aynı hükmün 2. fıkrasında genel bir ilke getirilmiştir. Buna göre, “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.” Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 54 (1) hükmünde ifade edilen amaç, bozulmamış rekabet yanında dürüst rekabet olarak belirtilmişken, genel ilkeyi düzenleyen 54 (2) hükmünde, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu ilke de belirtilen aldatma, karıştırma tehlikesi yaratma gibi doğrudan tüketiciye yönelik davranışlar sadece dürüstlük kuralı bakımından değil, rekabetin işleyişinin bozulması açısından da değerlendirilecektir¹². Böylece haksız rekabetin belirlenmesinde artık sadece dürüstlük kuralı kriterleri değil, ekonomi politikasının rekabetin işleyişine yansımaları da dikkate alınacaktır¹³. Haklı rekabetin haksız rekabetten ayırımı, yukarıda da belirtildiği gibi işleyen rekabet sisteminden beklenebilen sonuçlara dayanmalıdır. O halde ticari uygulama ile rekabetin kendisi tehlikeye düşürülmüş veya ticari uygulamadan beklenen sonuçlar engellenmişse, rekabet eylemi haksızdır¹⁴. Böylece rakibin korunması kılıfı altında rekabet özgürlüğüne zarar verilmemesine de dikkat edilecektir¹⁵. Ancak bu değerlendirmenin, salt dürüstlük kuralına göre yapılan değerlendirme ile çoğu kez aynı sonuca ulaşacağı da doktrinde ifade edilmiştir¹⁶.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 55. maddesinde, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda olduğu gibi oldukça kapsamlı olarak düzenlenen haksız rekabet halleri arasında tüketicilere yönelik reklamlar veya ticari uygulamalara yer verilmiş olmasına rağmen, bu kanun bir tüketiciyi koruma kanunu değildir. Türk Ticaret Kanunu’nun 55. maddesi sadece tüketicilerle girişimciler arasın-

¹⁰ Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. **Beater, Axel**: “Allgemeinheitsinteressen und UWG”, WRP 2012, s. 15 vd.; ayrıca bu yönde, **Lichtnecker**, s. 321. Rekabetle bağlantılı genel menfaatler için ayrıntılı olarak bkz. **Glöckner, Jochen**: “Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch”, GRUR 2008, s. 963.

¹¹ **Köhler/Bornkamm**, § 1 UWG, Nr. 4.

¹² İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun 1. maddesine ilişkin bu yönde değerlendirme için bkz. **Sack, Rolf**: “Probleme des neuen schweizerischen UWG mit dem deutschen UWG”, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern, Stuttgart, 1989, s.113.

¹³ Bu yönde **Sack**, Probleme des neuen schweizerischen UWG, s. 114; **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi**: Ticari İşletme Hukuku, 14. B. İstanbul 2012, s. 315. Dürüst ve bozulmamış rekabet kavramı için bkz. **Güven, Şirin**: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012, s. 37 vd.; **Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin**: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, 4. B. Ankara 2011, s. 228.

¹⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, (BBl. 1983, s. 1060).

¹⁵ **Baudenbacher, Carl**: “Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform”, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern Stuttgart, 1989, (Hrsg. Carl Baudenbacher), s. 8.

¹⁶ Bkz. **Baudenbacher**, (UWG-Reform), s. 20.

daki değil, girişimciler arasındaki ilişkiyi de düzenleyen yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesindeki amaç ve ilkenin somutlaştırılmasını amaçlar.

B- Haksız Rekabet Hukuku'nun Sözleşme Hukuku İle İlişkisi ve Ticari Uygulama Kavramı

Sözleşme hukuku sözleşmelerin kurulmasına ilişkin koşulları, tarafların sözleşmeden kaynaklanan haklarını ve yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerin ihlalinin sonuçlarını düzenler. Haksız rekabet hukuku ise pazar katılımcılarının davranışlarında uymaları gereken kuralları öngörür. Ancak her davranış haksız rekabet hükümlerinin kapsamına girmez. Bunun için davranışın rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemesi gerekir¹⁷. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (2) hükmüne göre, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Bu hükümde rekabet eylemi “davranışlar ile ticari uygulamalar”¹⁸ olarak anılmıştır.

Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda daha önce kullanılan “rekabet eylemi” kavramı ticari uygulamadan farklı bir anlama sahip değildi¹⁹. Ancak ticari uygulama kavramı ile birlikte haksız rekabet hukukunun uygulama alanı genişlemiş ve 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 3 (1) hükmüne uygun olarak, sözleşmenin yapılmasından önceki, sözleşmenin yapılması sırasındaki ve sözleşmenin yapılmasından sonraki eylemleri de kapsamına almıştır. Buna göre 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 3 (1) hükmü, bir ürünle bağlantılı ticari uygulamanın kurulmasından önce, kurulması sırasında veya kurulmasından sonraki haksız ticari uygulamaları kapsamaktadır. Genel işlem şartları kullanımı, bu davranışın satışa teşviki amaçlamasına veya bu amaca elverişli olmasına bağlı olmaksızın haksız rekabetin uygulama alanına giren ticari uygulama niteliğindedir. Bu nedenle haksız rekabet hukuku artık sadece rekabete yönelik pazar davranışını değil, sözleşmenin diğer tarafı karşısındaki davranışı da düzenler. Nitekim dürüstlüğe aykırı genel işlem şartları kullanımını haksız rekabet hali olarak sayan İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) f) bendi böyle hükümlerdir. Bu yolla haksız rekabet hukukunun uygulama alanı önemli ölçüde genişlemiştir²⁰.

Ancak sözleşmeden doğan borcu ifa etmeme, kötü ifa, ifada temerrüt gibi edim yükümlülüklerinin yalın ihlali ticari uygulama olarak kabul edilemez²¹.

¹⁷ Rekabet eylemi bakımından bkz. BGer, 3.6.1999, -**Physikzeitschriften**, sic! 1999, s. 576 vd.

¹⁸ Ticari uygulama kavramı için ayrıntılı olarak bkz. **Köhler, Helmut**: “Wettbewerbshandlung und Geschäftspraktiken Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG”, WRP 2007, s. 1393 vd. “Ticari uygulama” kavramı, üye devletlerin haksız rekabet hukukunu uyumlaştırmada büyük öneme sahip olan 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 2. maddesinin (d) bendinde tanımlanmıştır.

¹⁹ Bu yönde, **Ahrens**, s. 408, 409; **Sosnitz, Olaf**: “Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, WRP 2008, s. 1016.

²⁰ **Köhler/Bornkamm**, § 2 I (1), Nr. 74.

²¹ **Sosnitz**, s. 1017. Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 2. paragrafının 1. fıkrasının 1. bendindeki tanıma göre ticari eylem (geschäftliche Handlung), bir şahsın kendi işlet-

Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (2) hükmündeki “davranış ve ticari uygulama”, pazar bağlantılı veya rekabete yönelik bir davranış olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bu davranış rekabeti etkilemeye uygun olan ekonomik bir bağlantıya sahip olmak zorundadır. Böyle bir bağlantıya sahip olan davranış ticari uygulamayı ifade eder²².

Sözleşme hukuku, müşterilerin hukuka aykırı şekilde etkilenmesine karşı onlara sözleşmeyi sona erdirmeye ve tazminat talep etme gibi haklar sağlayarak mücadele ederken, haksız rekabet hukukunun görevi müşterilerin hukuka aykırı şekilde etkilenmelerine karşı, sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin kurulması sırasında veya sözleşmenin kurulmasından sonra onlara koruma sağlayarak hukuki işlemlerle ilgili karar verme özgürlüklerini garanti etmektir. Bu sadece müşterinin korunmasına değil, dolaylı olarak rakibin korunmasına da hizmet eder ve bozulmamış rekabeti sağlar. Çünkü sadece rakibin girişim özgürlüğü değil, hangi arzı seçeceği veya seçip seçmeyeceği hususunda müşterinin özgürce karar vermesi de rekabet özgürlüğüne dahildir²³. Gerçi müşteriye etkilemeksizin rekabet mümkün değildir. Ancak bunun sınırının belirlenmesi gerekir. Müşteri girişimcinin davranış sebebiyle bilgiye dayalı rasyonel karar verebilecek durumda değilse, özgürlük sınırının aşıldığı kabul edilmelidir²⁴. Bu çerçevede, üretici ve bayi arasındaki sözleşmeler, acentelik veya franchise sözleşmeleri de haksız rekabet hukukunun koruma alanına girer. Ancak eşit seviyedeki girişimciler arasındaki yatay sözleşmeler, örneğin şirket sözleşmesi haksız rekabet hükümlerinin koruma kapsamına girmez²⁵.

Girişimcinin genel işlem şartları kullanımı da bir ticari uygulamadır. Haksız rekabet hükümleri vasıtasıyla genel işlem şartlarının (içerik) denetiminin nedeni pazar aksaklığının giderilmesidir. İçerik bakımından haksız genel işlem şartları kullanılması durumunda, pazar aksaklığının görünüş biçimlerinden biri olan bilgi asimetrisi mevcuttur. Bu nedenle haksız genel işlem şartları kullanımına haksız rekabet hukukunun müdahalesi gereklidir²⁶. Haksız genel işlem şartı kullanarak –bu şartlar geçersiz de olsa- sözleşmenin diğer tarafının haklarını kullanmasını engelleyen kimse, sonuçta böyle davranmayan rakibinden daha avantajlı duruma gelebilir²⁷. Uygun genel işlem şartlarının kullanılmasının pazarın kendi işleyiş mekanizmasıyla sağlanması olanağı da

mesi veya başka işletme yararına mallara veya hizmetlere ilişkin sözleşmenin akdi veya yerine getirilmesiyle objektif bağlantıya sahip eylem ticari eylemdir. Hüküm 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin uyarlanması amacıyla getirilmiştir.

²² Bu hususta bkz. **Baudenbacher**, Kommentar UWG Vor Art. 2, Nr. 2; **Köhler**, GRUR-Prax 2009, s. 47; **Köhler**, WRP 2007, s. 1396; **Kulka**, s. 1551, 1552.

²³ Bu yönde bkz. **Köhler/Bornkamm**, § 1 UWG, Nr. 17.

²⁴ Bu yönde bkz. KG NJW 2007, s. 2268; **Köhler/Bornkamm**, § 1 UWG Nr. 17. Bkz. 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, m. 2, e, m. 5(2).

²⁵ Bu hususta bkz. **Köhler**, (Durchführung), s. 900.

²⁶ Ayrıntılı olarak bkz. **Alexander, Christian**: Vertrag und unlauterer Wettbewerb, Berlin 2001, s. 45.

²⁷ **Mann, Rüdiger**: “Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, WRP 2007, s. 1041; **Köhler, Helmut**: “Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG- Zugleich Besprechung der BGH-Entscheidungen “Gewährleistungsausschluss im Internet und Vollmachtsnachweis”, GRUR 2010, s. 1048.

bulunmamaktadır. Zira ürün arzının seçiminde genel işlem şartları değil, fiyat edim ilişkisi rol oynar²⁸. Dolayısıyla genel işlem şartı kullananlar müşterilerinin genel işlem şartlarına göre değerlendirme yapmadığını bildiği için, müşteri lehine genel işlem şartı sunmak veya onların haklarını mümkün olduğu kadar az sınırlandırmak için çaba sarf etmezler²⁹. Dolayısıyla bu aksaklığın haksız rekabet hükümleri ile de giderilmesi gereklidir.

III- İSVİÇRE HUKUKUNDA GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ

İsviçre hukukunda yargı kararları ve doktrin, sözleşme hukukunun genel prensiplerine dayanarak, genel işlem şartlarının denetimi için üç aşamalı bir sistem geliştirmiştir. Bu aşamalar, yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. Yürürlük denetimi, genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası haline gelip gelmemesi ile ilgilidir. Genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılabiliyorsa, bu şartların yorum yoluyla denetlenmesi mümkündür. Yorum denetimi, önceden formüle edilmiş sözleşme koşullarının hangi prensiplere göre yorumlanması gerektiğini ifade eder. Prensip olarak genel işlem şartları bireysel olarak müzakere edilen sözleşme hükümleri gibi, bunlarla aynı ilkelere göre yorumlanmalıdır. Ancak şüphe halinde “Belirsizlik Kuralı”na başvurulmuştur. “Belirsizlik Kuralı” belirsizliklerin genel işlem şartlarını kullanan aleyhine yorumlanmasını ifade eder. Ayrıca genel olarak formüle edilen kuralların uygulama alanı mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır. İçerik denetimi ise tam olarak açıklama yapılan genel işlem şartını karşı tarafın kabul etmesine rağmen, bu şartların içerik bakımından denetlenmesini mümkün kılar.

İsviçre hukukunda emredici hükümlere aykırı genel işlem şartları, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 19., 20. ve İsviçre Medeni Kanunu’nun 27. maddeleriyle, hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık ve kamu düzeni ile bağdaşabilirlik bakımından denetlenebilmektedir. Genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin bütünüyle geçersiz olmaması halinde, bu hükümlere aykırı genel işlem şartı yerine emredici hukuk kuralı uygulanır veya hakim İsviçre Medeni Kanun’un 1. maddesinin II. fıkrasında yer alan boşluk doldurma ilkesine kıyasen yeni bir sözleşme şartı belirler. Bunun yanında İsviçre Federal Mahkemesi, güven prensibinden hareketle, “Açık Olmama Kuralı” ve “Alışılmamış Şart Kuralı”nı geliştirmiştir. “Alışılmamış Şart Kuralı”, genel işlem şartlarının ilgilinin somut olayda dikkate almasının beklenemeyeceği kurallar olması halinde, bu kuralların bağlayıcı olmayacaklarını ifade eder. Genel işlem şartlarını kullanan güven prensibi gereğince böyle şartları sözleşme içeriği haline getiremez. “Alışılmamış Şart Kuralı”nın uygulanmasında, genel işlem şartını kabul edenin olası ticari tecrübesizliği veya ekonomik bakımdan zayıf konumu da dikkate alınır³⁰.

²⁸ Bu hususta bkz. **Wildhaber, Isabelle**: “Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischenVerkehr”, SJZ 107/2011, s. 540.

²⁹ **Atamer**, s. 68, 69.

³⁰ Bu hususta bkz. **Ehle, Bernd/Brunschweiler, André**: “Schweizer AGB-Recht im Umbruch”, RIW 2012, s. 263; **Koller, Thomas**: “Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle”, AJP/PJA 2008, s. 952; **Schmid, Jörg**: “Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG”, ZBJV 2012, s. 2; **Burri, Simone/Küchler, Marcel**: “Die Behandlung

İsviçre’de genel işlem şartlarına ilişkin pozitif düzenleme özel bir kanunda veya borçlar kanununda değil, 19 Aralık 1986 tarihli Haksız Rekabet Kanunu’nun 8. maddesinde yapılmıştır. Bu hüküm yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 55 (1) bend f) hükmüne –hemen hemen- aynen alınmıştır. Alman Genel İşlem Şartlarına İlişkin Kanun’un 9. paragrafına (şimdiki § 307 BGB) dayanan bu hükme göre, “Özellikle yanıtıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine a) Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanabilen kanuni düzenlemeden önemli olarak ayrılan veya b) Hakların ve yükümlülüklerin sözleşmenin niteliğine önemli şekilde aykırı dağılımını öngören önceden formüle edilmiş genel işlem şartları haksızdır.” Bu hüküm İsviçre doktrininde çok eleştirilmiş ve pek az uygulama alanı bulmuştur. Bunun nedeni özellikle, yanıtma koşulunun ispatındaki güçlüktür. Bu nedenle hükme yönelik en önemli eleştiri, yanıtma koşuluna ilişkindir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, hüküm, “yanıtıcı biçimde diğer taraf aleyhine” sözleşme şartını hükmün kapsamına almıştır. Bu koşul nedeniyle genel işlem şartlarının içerik kontrolünün zayıflatıldığı eleştirisi getirilmiştir.

İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun 8. maddesinin bu hükmü oldukça sert tartışmalardan sonra kabul edilmiştir. Önce Federal Meclis genel işlem şartlarının denetimi için açık içerik kontrolü önermiş³¹, Ulusal Konsey ticari çevreyi hükmün uygulama alanından çıkarmak ve sözleşme özgürlüğüne müdahaleye sadece karşı tarafın açıkça aleyhine olan genel işlem şartları için izin verilmek istendiğinden, “açıkça aleyhe” ibaresini hükme eklemek istemiştir. Ancak Senato “açıkça aleyhe” ibaresini “yanıtma” kriteri ile değiştirmiş, ticari çevreyi de hükme dahil etmiştir³². Hükmün bu içeriği nedeniyle İsviçre Federal Mahkemesi, açık içerik denetimi için yasal temelin eksik olduğu görüşünü benimsemiş ve yürürlük denetimi örtüsü altında bir tür gizli içerik kontrolüne girişmiştir³³. Çünkü uyuşmazlığa konu bir genel işlem şartının hukuki işlemin niteliğine ters düşen bir içeriğe sahip olup olmadığı ve sözleşmenin niteliğinin esaslı değişikliğine neden olup olmadığı sadece işlemin bütün olarak içerik bakımından değerlendirilmesini gerektirir.

İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun 8. maddesine yönelik diğer bir eleştiri, Alman genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler ve 93/13 sayılı Tüketicici Sözleşmelerinde Yer Alan Dürüstlüğe Aykırı Kayıtlara İlişkin Avrupa Birliği

missbräuchlicher AGB-Klauseln in der Schweiz und in der EU, Referat anlässlich des Blockseminars im Konsumentenrecht vom 5./6. Juni 1998 an der Universität”, Bern, s. 6,7 www.concordiaberne.ch. (Erişim tarihi: 22.9.2012); **Havutçu**, s. 180 vd.

³¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl. 1983 II s. 1051-1054, 1094. Erişim için bkz. <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?ID=10049038>. (Erişim tarihi: 22.9.2012).

³² Bu gelişime ilişkin bkz. **Hess/Ruckstuhl**, s. 1189; **Baudenbacher**, UWG m. 8 Nr. 24; **Wildhaber**, s. 538; **Furrer, Andreas**: “Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG”, HAVE 2011, s. 324.

³³ İsviçre hukukunda şaşırtıcılık (Ungewöhnlichkeit) kuralı örtüsü altında gizli içerik kontrolü hususunda bkz. **Koller**, s. 950 vd.

Direktifi'nden³⁴ farklı olarak haksız sözleşme şartlarını somutlaştıran siyah listeyi içermemesidir. Bu nedenle hakime çok büyük hareket alanı kaldığı ve somutlaştırmada güçlüklerle neden olduğu ileri sürülmüştür.

Diğer bir eleştiri de hükümde girişimci ve tüketici arasında ayırım yapılmamasına yöneliktir. Tacirlerin veya ekonomik faaliyette bulunan diğer girişimcilerin tüketici gibi aynı korumadan yararlanıp yararlanamayacakları hususunda kuşku duyulmuştur³⁵.

İsviçre'de Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesiyle genel işlem şartları açık içerik denetimine tabi tutulmamışken, belirli durumlarda açık içerik kontrolünü öngören bir düzenleme yapılarak hüküm değiştirilmiştir. Değişiklik 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmiştir³⁶. Bu değişiklikte "yanıltıcılık" koşulundan vazgeçilmiş ve "tüketiciler aleyhine" genel işlem şartı kullanımı halinde denetimin söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca genel işlem şartının haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde yasal düzenlemeden önemli şekilde ayrılma kriteri kaldırılmıştır. Bu değişik 8. madde hükmüne göre, "Özellikle, tüketiciler³⁷ aleyhine olarak dürüstlük kuralını ihlal eden şekilde sözleşmesel haklar ve yükümlülüklerin önemli ve haksız dağılımını öngören genel işlem şartlarını kullanan kimse haksız davranır." Bu hüküm 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Dürüstlüğe Aykırı Kayıtlara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi'nin 3 (1) hükmüyle paraleldir. Bu değişiklikte İsviçre hukukunda genel işlem şartlarının etkin, açık ve soyut³⁸ içerik denetiminin yolu açılmıştır³⁹. Gerekçede açık içerik kontrolünün getirilmesi hususunda, genel işlem şartlarını kullananla sözleşme ilişkisine giren tarafın, çoğunlukla sözleşmeyi bireysel olarak müzakere etme olanağına sahip olmadığı, ilgili branşlarda benzer genel işlem şartlarının kullanılması nedeniyle başka bir kişi ile sözleşme yapmaya yönelmenin yararsız olduğu belirtilmiştir. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesinin uygulama alanının sadece tüketiciler karşısında kullanılan genel

³⁴ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge, (ABl. L 95, 21.4.1993, s. 29-34). Bu Direktif hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Havutçu**, s. 64 vd.

³⁵ Eleştiriler için bkz. **Burri/Küchler**, s. 10; **Ehle/Brunschweiler**, s. 267; **Wildhaber**, s. 538; **Furrer**, s. 324.

³⁶ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG Değişikliği, 17.6.2011, BBl. 2011 s. 4925, 12.11.2011).

³⁷ Tüketici kavramı İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda tanımlanmış değildir. Doktrinde bu hükümdeki tüketici kavramına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, yasa koyucu bu direktife tamamıyla uyum sağlamayı amaçlamadığı için tüketici kavramı, 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne göre değil, İsviçre ZPO m. 32 (2)'deki tanıma göre belirlenmelidir. Bu hususta bkz. **Hess/Ruckstuhl**, s. 1195; **Schmid**, ZBJV 2012, s. 9; **Furrer**, s. 326; **Schott, Ansgar**: "Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen-Zur Inhaltskontrolle", ST 2/12 s. 79.

³⁸ Soyut içerik denetimi, genel işlem şartlarının somut sözleşme ilişkisi mevcut olmaksızın yargısal denetimini ifade eder. (Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, 2.9.2009, BBl. 2009, s. 6162).

³⁹ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, s. 6178. Ayrıca bkz. **Stöckli, Hubert**: "Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle", BR/DC 2011, s. 185; **Ehle/Brunschweiler**, s. 268.

işlem şartları ile sınırlandırılmasının nedeni olarak da gerekçede, Avrupa Birliği Hukukuna uyumlaştırma ve 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne uygun seviyede koruma sağlama gösterilmiştir⁴⁰. Oysa 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi üye devletlere daha kapsamlı bir koruma getirmeyi yasaklamış değildir. Dolayısıyla yeni düzenlemedeki bu sınırlama da İsviçre hukukunda haklı eleştirilere maruz kalmıştır⁴¹. İsviçre hukukunda özellikle, genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir hükme haksız rekabet hukukunda yer verilmesi eleştirilmiş ve bu hükmün borçlar kanununun genel hükümlerinde veya özel yasada düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴². Hatta bunun İsviçre'nin bilinçli bir tercihi olduğu, bu sayede İsviçre hukukunun uluslararası sözleşmelerde uygulanabilir hukuk olarak cazibesinin arttığı da ileri sürülmüştür⁴³.

Görüldüğü gibi İsviçre hukuku genel işlem şartlarının denetimine ilişkin pozitif düzenlemeyi haksız rekabet hükümleri arasında yapmasına rağmen konu 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Dürüstlüğe Aykırı Kayıtlara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi'ne uyum çerçevesinde değerlendirilmiştir. Oysa haksız rekabet hükmü ile getirilen genel işlem şartı denetimine yaklaşım, konunun bir pazar davranışı olarak ele alınmasını ve düzenlemenin bu amaçla yapılmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle sözleşme hukuku bakımından genel işlem şartı denetimi ile haksız rekabet yoluyla genel işlem şartı denetimi farklı amaçlarla hareket eden ve birbirini tamamlayan bir denetim sistemi olarak düşünülmelidir. Bu nedenle İsviçre hukukunda –eğer Avrupa Birliği direktiflerine uyum ve genel işlem şartlarına karşı geniş cepheden koruma sağlanması amaçlanıyorsa- sözleşme hukuku ile ilgili olan 93/13 sayılı Direktife uyumlaştırmanın sadece Haksız Rekabet Kanunu'nda ele alınması yeterli değildir. Çünkü haksız rekabet hükümlerine aykırı bir sözleşmenin hükümsüzlük yaptırımına tabi olup olmadığı dahi tartışmalı bir konudur⁴⁴. Dolayısıyla dürüstlüğe aykırı genel işlem şartlarını belirleyen ölçütler için 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nden yararlanılmakla birlikte, haksız rekabet hükmünün 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi çerçevesinde düzenlenmesi ve sözleşme hukuku açısından 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne uygun ayrı bir düzenleme yapılması gerekirdi.

IV- ALMAN HUKUKUNDA GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ

A- Sözleşme Hukukuna Göre Genel İşlem Şartlarının Denetimi

Alman hukukunda genel işlem şartları önce 1976 tarihli özel bir kanun ile düzenlenmiştir⁴⁵. Borçlar hukukunun modernleştirilmesi amacıyla yapılan büyük reform hareketi sonucunda genel işlem şartları, Alman Medeni Ka-

⁴⁰ Botschaft UWG, s. 6173, 6186.

⁴¹ **Stöckli**, s. 187, 188; **Hess/Ruckstuhl**, s. 1196; **Wildhaber**, s. 541.

⁴² **Hess/Ruckstuhl**, s. 1212.

⁴³ **Ehle/Brunschweiler**, s. 271

⁴⁴ İsviçre hukukunda bu konuya ilişkin görüşler için bkz. aşağıda 147. dpn.

⁴⁵ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1. (BGBl. I s. 3317, 9.12.1976)

nunu'nda düzenlenmiş⁴⁶ ve Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanun yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁷. Böylece Alman Medeni Kanunu'nun 305 vd. paragraflarında düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, sistematik ve içeriğinde önemli bir değişiklik olmaksızın, hemen hemen olduğu gibi, yürürlükten kaldırılan 1976 tarihli Kanun'un hükümlerinden alınmıştır. Ancak 1976 tarihli Kanun'un usule ilişkin hükümleri, tüketici hukuku ile ilgili diğer özel yasalardaki usul hükümleri de dikkate alınarak, Tüketici Hukukunda Önleme Davası ve Diğer İhlaller Hakkında Kanun'a alınmıştır⁴⁸.

Alman Medeni Kanunu'na göre girişimci, sözleşmelerinde genel işlem şartları kullanıp kullanmamak hususunda serbestçe karar verebilir. Ancak sözleşmelerdeki genel işlem şartlarının denetimine ilişkin kurallar getirilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafında içerik denetimine olanak veren temel düzenleme yer almaktadır. Bu paragrafta, genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin ölçütler düzenlenmiştir. Böylece, genel işlem şartlarını kullanan tarafın, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü sınırlandırılmış ve bu sınırların aşılmasına geçersizlik yaptırımı bağlanmıştır. Alman Medeni Kanunu'nda ayrıca yasak genel işlem şartları sayılmak suretiyle hukuki güvenlik sağlanmıştır (§§ 308, 309 BGB).

Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem şartları ile ilgili hükümleri öncelikle tüketicileri koruma kapsamına almakla birlikte, 310. paragrafta girişimciye veya bir kamu hukuku tüzel kişisine ya da kamusal nitelikli özel statülü mal topluluklarına karşı kullanılan genel işlem şartları hakkında sınırlama yapılmış ve Kanun'un yürürlük denetimine ilişkin 305. paragrafının 2. ve 3. fıkrasıyla, yargıca takdir yetkisi veren ve yargıca takdir yetkisi vermeyen yasak şartların liste halinde sayıldığı 308 ve 309. paragraf hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bu nedenle hükümde belirtilen kişilere karşı genel işlem şartları kullanıldığında, hakimin 307. paragrafta dayanarak içerik denetimi yapabildiği engellenmemiş, ancak bu hükme göre yapılacak içerik denetiminde, hakimin ticari teamülleri ve uygulamaları da dikkate alması gerekli görülmüştür. Böylece Alman hukukunda genel işlem şartları denetiminin kapsamı 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nden daha geniştir.

B- Haksız Rekabet Hukukuna Göre Genel İşlem Şartlarının Denetimi

Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun aksine, genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Alman hukukunda mesele, Alman Medeni Kanunu'nun içerik de-

⁴⁶ Borçlar hukukunun modernleştirilmesi çerçevesinde Alman Medeni Kanunu'nda yapılan yeniliklerin temelinde, Alman hukukunun Avrupa Birliği direktifleriyle uyumlaştırılması amacı bulunmaktadır.

⁴⁷ Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BGBl I 2001, s. 3138, Nr. 61, 26. 11. 2001, Yürürlük tarihi: 01. 01. 2002)

⁴⁸ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz - UKlaG), 26.11.2001, BGBl. I, s. 3138, 3173. Bu Kanun, Avrupa Birliği'nin 98/27 sayılı ve 19.5.1998 tarihli Direktifi'ne dayanmaktadır (Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen ABl. L 166, 11.6.1998, s. 51-55).

netimine ilişkin hükümleri nedeniyle geçersiz olan genel işlem şartlarının kullanılmasına dayanarak haksız rekabet taleplerinin ileri sürülebilip sürülemediği hususunda yoğunlaşmıştır⁴⁹. Gerçekten sorun sadece teorik bir öneme sahip değildir. Çünkü Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafına aykırı genel işlem şartlarının kullanılmasının aynı zamanda haksız rekabet olarak nitelendirilmesi, Tüketici Hukukunda Önleme Davası ve Diğer İhlaller Hakkında Kanun'da öngörülmüş olmayan, ancak Haksız Rekabet Kanunu'nun 8 (1), (3) Nr. 1 hükmünde öngörülmüş olan rakiplerin de önleme davası açabilmesi yolunu açmaktadır⁵⁰.

Belirttiğimiz gibi, Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir hükme yer verilmediğinden, Kanun'daki hükümlerden hangisinin haksız rekabet hukukunun denetimi için dayanak noktasını oluşturacağı tartışılmıştır. Mahkeme kararlarının çoğunda mesele Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. paragrafının Nr. 11 hükmünün dayanak alınıp alınamayacağı konusunda yoğunlaşmıştır. Çünkü bu hükme göre, "Pazar aktörlerinin menfaatine pazar davranışını düzenlemek için de öngörülmüş olan yasal hükme aykırı davranan haksız davranır." Bu nedenle mahkemeler Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümlerinin pazar davranışını düzenlemek için de öngörülmüş hükümler olup olmadığını değerlendirmişlerdir.

KG Berlin 4.2.2005 tarihli kararında⁵¹, Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerini, pazar katılımcısı menfaatine pazar davranışını düzenleyen kurallar olarak değerlendirmiştir. Karara konu uyuşmazlıkta internet yoluyla bilgisayar donanımı satan tacirin genel işlem şartları incelenmiştir. Bu koşulların birinde, maldaki ayıbın teslimden itibaren bir hafta içerisinde ihbarı zorunlu tutulmuştur. Mahkeme bu genel işlem şartını, gizli ayıba ilişkin kanunda öngörülen süreden daha kısa süre getirdiğinden, Alman Medeni Kanunu'nun 309, Nr. 8 b) ee) hükmüne göre geçersiz saymıştır. Açık ayıp bakımından da genel işlem şartındaki süreyi 307 (1) hükmüne göre geçersiz olarak değerlendirmiştir⁵².

OLG Hamburg 13.11.2006 tarihli kararında, tüketiciyi koruyan her hükmün pazar davranışını düzenlemek için öngörülmüş kanun hükmü olmadığına karar vermiş ve Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. paragrafı Nr. 11 hükmünün uygulanabilmesi için, genel işlem şartlarının kullanımının sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin satın alma kararına etki edebilmesine bağlı olduğunu belirtmiştir⁵³. Ancak OLG Hamburg'un bu görüşü doktrinde

⁴⁹ Bu husustaki yargı kararları için örneğin bkz. KG Berlin, WRP 2005, s. 522; OLG Köln, WRP 2007, s. 1111.

⁵⁰ **Alexander, Christian**: "Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Zugleich Besprechung der Entscheidung EuGH, 15.03.2012 -C-453/10 -Pereničová und Perenič/SOS", WRP 2012, s. 520.

⁵¹ KG Berlin, www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de. (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁵² KG Berlin, Gerekçe Nr. 3-8, www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁵³ OLG Hamburg, www.medien-internet-und-recht.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

Avrupa Birliği'nin 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Direktifi'nin geniş kapsamı ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁴.

OLG Köln 30.3.2007 tarihli kararında⁵⁵, OLG Hamburg tarafından kabul edilen görüşü sürdürmüştür. Bu kararda tüketiciyi korumayı amaçlayan her hükmün, Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. paragrafının Nr. 11 hükmü anlamında pazar davranışını düzenlemek için öngörülmüş olmadığına, ancak hükmün tüketiciyi pazarda faaliyet gösteren şahıs olarak koruması halinde, pazar davranışını düzenlemek için öngörülmüş kanun hükmü olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir⁵⁶.

OLG Köln'ün bu kararından kısa bir süre sonra OLG Frankfurt da, Alman Medeni Kanunu'na göre geçersiz genel işlem şartlarını kullanmanın haksız rekabet hukuku ile bağlantısı hakkında bir karar vermiştir. 9.5.2007 tarihli kararında⁵⁷ OLG Frankfurt, ayıplı malın değiştirilmesine ilişkin tüketicinin seçim hakkını kaldıran ve garanti talepleri için zamanaşımı süresini bir yıldan daha kısa bir süreye bağlayan, internet üzerinden mesafeli satışta kullanıcı için dört haftalık kabul süresi öngören genel işlem şartları kullanımını aynı zamanda haksız rekabet olarak değerlendirmiştir⁵⁸. Buna gerekçe olarak, genel işlem şartını kullanan girişimcinin haksız avantaj sağlaması gösterilmiştir⁵⁹.

KG Berlin 25.1.2008 tarihli kararında⁶⁰, genel işlem şartlarına ilişkin Medeni Kanun hükümlerini ihlal nedeniyle geçersiz olan sözleşme hükümlerinin haksız rekabet teşkil edip etmediği sorununu olumlu cevaplandırmıştır. KG Berlin'e göre, sözleşme ilişkisinin sona ermesine ilişkin hakların kullanılmasında tüketiciyi engelleyen ve bu nedenle geçersiz olan genel işlem şartları kullanımı, Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. paragrafının Nr. 11 hükmü gereğince haksız rekabet teşkil eder. Bu kararda KG Berlin meseleyi, kararın verildiği sırada iç hukuka uyumlaştırma süresi geçmiş olan Avrupa Birliği'nin 2005/29 sayılı Direktifi ile bağlantılı olarak da değerlendirmiştir. KG Berlin'e göre, mesleki özenin gerekleri ile çelişen ve ilgili ürünle bağlantılı olarak ortalama tüketicinin ekonomik davranışını etkilemeye uygun olan ticari uygulamalar 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 5. maddesi gereğince haksız olduğundan, artık Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. paragrafının Nr. 11 hükmünün uygulanmasının, sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin satın alma kararına etki eden genel işlem şartlarıyla sınırlandırılması yerinde değildir⁶¹.

⁵⁴ Ahrens, s. 419.

⁵⁵ OLG Köln, www.medien-internet-und-recht.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁵⁶ OLG Köln, www.medien-internet-und-recht.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁵⁷ OLG Frankfurt, www.medien-internet-und-recht.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁵⁸ OLG Frankfurt, Gerekçe Nr. 1, 2, www.medien-internet-und-recht.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁵⁹ OLG Frankfurt, Gerekçe Nr. 2, www.medien-internet-und-recht.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁶⁰ KG Berlin, www.juris.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

⁶¹ KG Berlin, Nr. 23, www.juris.de (Erişim tarihi: 22.9.2012).

Nihayet Alman Federal Mahkemesi bu tartışmayı 31.3.2010 tarihli kararıyla sona erdirmiştir⁶². Mahkeme, Medeni Kanun'da tüketiciye mal satışında tüketicinin garanti haklarını onun aleyhine sınırlayan sözleşme hükümlerinin yasaklanmasını düzenleyen 475 (1) c. 1 hükmünün Haksız Rekabet Kanunu'nun 4 Nr. 11 hükmü anlamında bir davranış kuralını gösterdiği, Medeni Kanun'un 307 vd. paragraflarının da aynı nitelikte olduğu sonucuna varmıştır. Alman Federal Mahkemesi bu kararında, Tüketici Hukukunda Önleme Davası ve Diğer İhlaller Hakkında Kanun'un, Haksız Rekabet Kanunu'ndaki usul kurallarının uygulanmasını engellemeyeceğine karar vermiştir. Bu nedenle karar, haksız genel işlem şartı kullananın rakiplerinin de haksız rekabet davalarını açabilmesine olanak tanımıştır.

Alman doktrininde hakim görüş, bir hükmün pazar aktörü yararına pazar davranışını düzenleme amacını tali de olsa taşıması halinde, bu hükmün ihlalinin Haksız Rekabet Kanunu'nun paragraf 4 Nr. 11 hükmünün kapsamına gireceği yönündedir⁶³. Doktrinde bir görüş de Medeni Kanun'un 307 vd. paragraflarına aykırı genel işlem şartı kullanımını mesleki özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiş ve bu nedenle Haksız Rekabet Kanunu'nun 3. paragrafının 2. fıkrasını genel işlem şartlarının denetimini için dayanak olarak görmüştür⁶⁴. Bu görüşe göre, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının mesleki özen yükümünün gerekleri ile çelişip çelişmediği ve ilgili ürün bakımından ortalama tüketicinin ekonomik davranışını esaslı olarak etkileyip etkilemediği veya esaslı olarak etkilemeye uygun olup olmadığı incelenmelidir.

Haksız Rekabet Kanunu'nun 3. paragrafının 1. fıkrasına göre, rakiplerin, tüketicilerin veya diğer pazar katılımcılarının menfaatlerini hissedilir biçimde etkilemeye uygun olan haksız ticari eylemler yasaktır. Bu Kanun'un 3. parag-

⁶² BGH Urt. 31.3.2010, BeckRS 2010, 24454 = GRUR-Prax 2010, s. 487 - Gewährleistungsausschluss im Internet. Aynı yönde, BGH Urt. 19.5.2010, BeckRS 2010, s. 25877 = GRUR-Prax 2010, s. 517-Vollmachtsnachweis.

⁶³ Örneğin **Gutmayer, Henriette**: Die Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, Zwickau 2012, s. 109; **Ebert-Weidenfeller/Day, Jones**: "AGB-Inhaltskontrolle im Wettbewerbsprozess", GRUR-Prax 2010, s. 521; **Tüngler, Stefan/Ruess, Peter**: "In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG? Eine Untersuchung am Beispiel von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen", WRP 2009, s. 134; **Mann**, s. 1042, 1043.

⁶⁴ **Armgarth**, s. 126; **Alexander**, WRP 2012, s. 521 vd.; **Köhler, Helmut**: "Grenzstreitigkeiten im UWG Zum Anwendungsbereich der Verbotstatbestände des § 3 Abs. 1 UWG und des § 3 Abs. 2 S. 1 UWG", WRP 2010, s. 1302. Aynı yazar, § 3 II 1 UWG veya §§ 3, 4 Nr. 11 UWG hükmünün uygulanacağı yönünde, (Durchführung), s. 909.

⁶⁵ Bu hüküm 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin uyarlanması çerçevesinde Direktif'in 5/II a hükmünden Alman Haksız Rekabet Kanunu'na alınmıştır. Direktifteki "berufliche Sorgfalt" kavramı (2005/29 sayılı Direktif m. 2 bend h) yerine "fachliche Sorgfalt" kavramı tercih edilmiştir. Bu kavramın tercihine neden olarak, Alman hukuk terminolojisinde sadece gerçek kişilerin meslek icra edebilecekleri, fakat Direktif anlamında özen yükümlülüklerinin tüzel kişileri de ilgilendirdiği gösterilmiştir (Begr. RegE UWG 2008 zu § 2 1 Nr. 5-7, BT-Drucks 16/10145 s. 21/22). İşletme faaliyetine ilişkin özen (unternehmerische Sorgfalt) kavramının tercih edilmesinin daha uygun olacağı doktrinde belirtilmiştir (**Bornkamm/Köhler**, § 2 1 (7), Nr. 127).

rafının 2. fıkrasına göre ise, tüketicie yönelik ticari eylemler, girişimci için geçerli mesleki özene uymaz ve tüketicinin bilgileneğe dayalı karar verme yeteneğini hissedilir olarak zedelemeye ve onu almayacağı bir ticari karara yönlertmeye uygansa yasaktır.

Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. paragrafı, 3. paragraftaki genel hüküm, haksız ticari eylemlerin sayımı yoluyla somutlaştırmıştır. 4. paragrafın 11. bendinde pazar katılımcısı menfaatine pazarı düzenlemek için öngörölmüş olan kanun hükmüne aykırı davranan kimsenin davranışı haksız ticari eylem olarak düzenlenmiştir. Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. paragrafının 11. bendi 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nden alınan bir hüküm değildir; bu nedenle de Direktif'te doğrudan bir dayanağa sahip olup olmadığı tereddütlere neden olmuştur. Ancak bu hüküm 2005/29 sayılı Direktiften alınan Haksız Rekabet Kanunu'nun 3. paragrafını somutlaştıran bir hüküm olduğuna göre, 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde (Bkz. m. 5 (2) bend a) dayanağa sahiptir.

Sonuç olarak bu farklı görüşlerin ortak noktası, Alman Medeni Kanunu'nun 307-309 paragraf hükümlerinin pazar davranışını düzenleyen kurallar olarak görülmesidir. Gerçekten genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümler, bir yandan burada tüketicie veya girişimci olup olmadığından bağımsız olarak, genel işlem şartlarını kullanan ile sözleşme ilişkisine girenin korunmasına hizmet eder. Diğer yandan bu hükümler rekabetin işlememesi nedeniyle ekonomik çevreyi tehdit eden sakıncaları kaldırmak ister⁶⁶.

V- GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ 2005/29 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ'NE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa Birliği'nin 11.5.2005 tarihli ve 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Direktifi'nin amacı 1. maddesine göre, tüketicilerin ekonomik menfaatlerini zedeleyen haksız ticari uygulamalara ilişkin üye devletlerin hukuki ve idari hükümlerinin uyumlaştırılmasına ve iç pazarın kesintisiz işleyişi ve tüketicinin yüksek koruma seviyesine ulaşmasına yardım etmektir. Tüketicie yaniltan, vermeyeceği bir kararı almasına neden olan yaniltıcı ticari uygulamalar ile saldırgan ticari uygulamalar bu Direktif ile yasaklanmıştır. Direktif tam uyumlaştırma amacıyla, girişimcilerin tüketiciler karşısındaki haksız ticari uygulamalarını düzenler. Ancak burada Direktif'in 8. gerekçesine dikkat çekmek isteriz. Bu Gerekçe'ye göre, Direktif, hukuka uygun davranan girişimcileri bu Direktif'in kurallarına uymayan rakiplere karşı dolaylı olarak korumakta ve bu yolla dürüst rekabeti garanti etmektedir.

2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 3. maddesine göre bu Direktif, girişimciler⁶⁷ ve tüketiciler⁶⁸ arasında ürünle bağlantılı bir ticari işlemde önce veya bu işlemin yapılması sırasında ve yapılmasından sonraki haksız ticari

⁶⁶ Mann, s. 1042, 1043.

⁶⁷ 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 2 b).

⁶⁸2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 2 a). Gerekçe 18, 2. cümle. 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne göre, sosyal, kültürel ve dilsel faktörler dikkate alınarak yeterince bilgilendirilmiş, dikkatli ve seçici olan ortalama tüketicie belirleyicidir.

uygulamalar⁶⁹ için geçerlidir⁷⁰. Direktif bir kaç istisnai hüküm dışında⁷¹ girişimcilerin tüketicilere yönelik ürün satışını ilgilendiren tüm davranış biçimlerini içerir. Direktif sözleşme akdinden önceki ve sonraki davranış biçimleri arasında ayırım yapmaksızın girişimciler ve tüketiciler arasındaki haksız ticari uygulamalara ilişkin genel bir yasak getirmiştir (Direktif 13. Gerekçe cümle 3).

Burada hemen işaret edelim ki bu Direktif, sözleşme hukukuna ilişkin bir düzenleme değildir. Bu nedenle Direktifin 3 (2) hükmünde, bu Direktifin sözleşme hukuku ve özellikle sözleşmenin geçerliliği, sözleşmenin meydana gelmesi veya hükümlerine ilişkin düzenlemelere dokunmadığı düzenlenmiştir. Buna rağmen Direktif, 3 (2) hükmü nedeniyle, sözleşmenin kurulması sırasındaki veya kurulmasından sonra sözleşmenin yerine getirilmesi ve sona erdirilmesine ilişkin eylemleri de düzenleme kapsamına almıştır. Ancak burada değerlendirme yapılırken, sözleşmeden doğan borcu ifa etmeme, kötü ifa, ifada temerrüt gibi edim yükümlülüklerini yalın ihlalin ticari uygulama olarak kabul edilemeyeceğini⁷² belirtelim. Burada ihlalin rekabeti etkilemeye uygun olan ekonomik bir bağlantıya sahip olması gerekir. Bu durumda aynı eylemin sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku bakımından farklı bakış açılarından değerlendirilmesi söz konusudur. Böylece haksız genel işlem şartları kullanımına karşı sözleşme hukuku yanında haksız rekabet hukukunun yaptırım olanaklarının da harekete geçirilmesi suretiyle geniş cepheden önlem alınması olanağı sağlanmıştır⁷³.

VI- GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME HUKUKU VE HAKSIZ REKABET HUKUKUNA GÖRE DENETİMİ ARASINDAKİ BAĞLANTIYA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARI

A- Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 15. 3. 2012 Tarihli Kararı

Avrupa Birliği Adalet Divanı 15.3.2012 tarihli kararında⁷⁴ genel işlem şartlarının sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukukuna göre denetimi arasındaki bağlantıyı incelemiştir. Ancak bu kararda, içerik denetimini düzenleyen sözleşme hukuku hükümlerini ihlalin doğrudan haksız rekabet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmemiştir. Buna rağmen söz konusu karardan hareketle bu konuya ilişkin de sonuçlar çıkarmak mümkündür.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararına temel oluşturan uyuşmazlık tüketici kredisi ile ilgiliydi. Davacılar Jana Pereničova ve Vladislav Perenič, tüketici kredisi veren girişimci ile akdetmiş oldukları kredi sözleşmesinin geçersizliğini talep etmiştir. Kredi miktarı, onaylanan kredi miktarına yaklaşık 200 Euro tutarında 33. ay taksidinin eklenmesiyle 32 ay taksitle geri ödenmesi ön-

⁶⁹ Ticari uygulama kavramı için bkz. yukarıda 18. dnp.

⁷⁰ Alman doktrininde 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin medeni hukuka özgü düzenleme alanlarına derin bir şekilde müdahale ettiği vurgulanmıştır (**Kulka**, s. 1548).

⁷¹ Bu hükümler için bkz. 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 3 (3) ve m. 3(6)-(10), Gerekçe 7, 3. cümle.

⁷² **Sosnitza**, s. 1017.

⁷³ **Alexander**, (unlauterer Wettbewerb), s. 45.

⁷⁴ EuGH, 15.3.2012 –C-453/10, WRP 2012, s. 548 vd - Pereničová und Perenič/SOS.

görülen 5.000 Euro idi. Efektif yıllık faiz sözleşmede % 50'den daha az oranda kararlaştırılmıştı. Ancak davaya bakan mahkemenin tespitlerine göre yıllık faiz fiilen % 60'ı bulmaktaydı. Zira davalı kredi masraflarının bir kısmını hesaplama dahil etmemişti. Ayrıca genel işlem şartlarına göre kurulan sözleşmede birkaç şart davacıların aleyhine idi.

Davaya bakan mahkeme Avrupa Birliği Adalet Divanı'na, girişimcinin sözleşmede fiilen uyguladığı faizden daha düşük faiz bildirmesi halinde, bu sözleşme hükmünün, 2005/29 sayılı Direktif gereğince haksız ticari uygulama olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini, bunun olumlu cevaplandırılması halinde, tüketici için daha avantajlı olması halinde sözleşmenin tamamının geçersizliğine neden olup olmayacağını soru olarak yöneltmiştir.

Adalet Divanı sorunun ilk kısmını olumlu cevaplandırmıştır. Adalet Divanı, 2005/29 sayılı Direktif'in uygulama alanının geniş olduğunu belirttiikten sonra⁷⁵, fiilen uygulanan efektif yıllık faizden daha düşük faiz uygulandığına ilişkin bilgi vermenin, kredinin toplam maliyetine ilişkin yanlış bilgi vermeyi gösterdiğini, bunun 2005/29 sayılı Direktif m. 6 (1) bend d) anlamında aldatıcı eylem olduğunu belirtmiştir⁷⁶.

Sorunun ikinci kısmı haksız ticari uygulamanın sözleşme hukuku sonuçları ile ilgilidir. Diğer bir ifadeyle mahkeme, genel işlem şartının haksızlığının tespitinin sözleşme hukukuna etki edip etmediğini öğrenmek istemiştir. Bu soru 2005/29 sayılı ve 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifleri arasındaki ilişki ile ilgilidir.

Adalet Divanı genel işlem şartının 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi anlamında haksız ticari uygulama olmasının, bu şartın aynı zamanda 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi anlamında kötüye kullanma niteliği için bir dayanak noktası olabileceğini, ancak bu durumun tek başına kötüye kullanma niteliğine temel oluşturmaya uygun olmadığını belirtmiştir⁷⁷. Aynı sorunun ikinci kısmına ilişkin olarak da, genel işlem şartının 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi gereğince haksız genel işlem şartı niteliğinde olmasının 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 6 (1) hükmü bakımından geçerliliğine etki etmeyeceğini belirtmiştir⁷⁸.

B- Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 15. 3. 2012 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yukarıdaki açıklamalarından hareketle, haksız rekabet hukuku ve sözleşme hukuku arasında karşılıklı ilişkiye dair bir sonuç çıkarmak mümkündür. Öncelikle bu iki alan birbiriyle bağlantılı bir koruma sistemini oluşturur. 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve

⁷⁵ EuGH, 15.3.2012 -C-453/10, WRP 2012, s. 549 vd. Nr. 38 vd. - Pereničová und Perenič/SOS.

⁷⁶ EuGH, 15.3.2012 -C-453/10, WRP 2012, s. 550,. Nr. 40 vd.- Pereničová und Perenič/SOS.

⁷⁷ EuGH, 15.3.2012 -C-453/10, WRP 2012, s. 550, Nr. 44, 46 - Pereničová und Perenič/SOS.

⁷⁸ EuGH, 15.3.2012 -C-453/10, WRP 2012, s. 550, Nr. 46 - Pereničová und Perenič/SOS.

93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi farklı alanları düzenlemelerine rağmen, her iki Direktif'in kapsamına giren bir durum farklı değerlendirilmemelidir⁷⁹. Her iki Direktif de tüketicinin karar verme özgürlüğünü koruma amacına sahiptir. Bu nedenle sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku birbiriyle uyumlu olarak yorumlanmalıdır⁸⁰. Ticari uygulamanın haksız rekabet hükümleri anlamında haksız olması, genel işlem şartının sözleşme hukuku anlamında dürüstlüğe aykırı olup olmadığı konusunda önemli bir dayanak noktası verebileceği gibi, sözleşme hukuku anlamında dürüstlüğe aykırı genel işlem şartı kullanımını aynı zamanda haksız rekabet teşkil edebilir⁸¹. Ancak bu iki alan arasındaki bağlantı, ticari uygulamanın haksız rekabet teşkil etmesi halinde aynı zamanda bu genel işlem şartının doğrudan sözleşme hukuku anlamında dürüstlüğe aykırı olduğu anlamına gelmez⁸². Gerçekten örneğin genel işlem şartlarını kullanan taraf, sözleşmenin diğer tarafını mesleki niteliği bakımından yanıltmışsa, bu eylem sözleşmedeki genel işlem şartı ile bağlantı içinde değildir. Dolayısıyla sözleşme bu eylem nedeniyle kurulmuşsa, burada haksız rekabet eylemi söz konusu olmakla birlikte, genel işlem şartlarının dürüstlüğe aykırılığını gösteren bir durum söz konusu olmayacaktır. Ancak yanıltma eyleminin konusu, genel işlem şartlarının içeriği ile ilgiliyse, bu olgular, tüketiciyi bütün olarak veya münferit şartlar nedeniyle sözleşme içeriğini kabul etmeye yönlendirebileceği için, yanıltma eylemi sözleşme hukuku anlamında dürüstlüğe aykırılığın değerlendirilmesinde dikkate alınır.

Sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku arasındaki ilişkiye dair, diğer bir ifadeyle haksız rekabet teşkil eden genel işlem şartı kullanımının, genel işlem şartının sözleşme hukuku bakımından değerlendirilmesine etkisine ilişkin bu görüşün dayanağını, Alman Medeni Kanunu'nun 310. paragrafının 3. fıkrasının 3 no'lu bendinde bulmak mümkündür. Bu hükme göre, 307. paragrafın 1. ve 2. fıkraları gereğince ölçüsüz bir mağduriyetin varlığının belirlenmesinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut hal ve şartlar da dikkate alınır. Bu hükmün dayanağı 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 4. maddesinin 1. fıkrasıdır. Bu hüküm Alman hukukuna kısaltılarak alınmıştır.

Aksi durum, diğer bir ifadeyle genel işlem şartının sözleşme hukuku bakımından dürüstlüğe aykırı olmasının haksız rekabet hukukunu etkileyip etkilemeyeceği hususu ise Adalet Divanı'nın kararında ele alınmamıştır. Ancak Adalet Divanı kararı ve genel vekilin sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku arasındaki bağlantıya ilişkin değerlendirmeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku bakımından dürüstlüğe aykırı olarak değerlendirilen bir genel işlem şartının kullanılmasının haksız rekabet eylemi olarak da nitelendirilebileceği sonucu çıkarılabilir⁸³.

2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, haksızlığı (Unlauterkeit) mesleki özen yükümlülüğü koşullarını ihlal olarak tanımlar (m. 5 (2) bend a). Direktif bu hükümle, ticari ilişkide girişimcinin tüketici karşısında genel davranış yü-

⁷⁹ Schlussanträge der GA Trstenjak, 29.11.2011 –C-45310, BeckRS 2011, 81770, Nr. 90.

⁸⁰ **Alexander**, WRP 2012, s. 522.

⁸¹ **Alexander**, WRP 2012, s. 519.

⁸² Schlussanträge der GA Trstenjak, 29.11.2011 –C-453/10, BeckRS 2011, 81770 Nr. 91.

⁸³ **Alexander**, WRP 2012, s. 521 vd.

kümlülüğünü hükme bağlamak ister⁸⁴. Hükümün uygulama alanı girişimcinin tüketiciler karşısındaki faaliyet alanı ile, yani tüketici ile sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin kurulması sırasında veya sözleşmenin kurulmasından sonraki süreç ile sınırlandırılmıştır. Mesleki bilgi ve özen standardı, yasada daha özel davranış talepleri düzenlenmediği kapsamda ticari eylemin haksız olup olmadığı hususunda ölçütü oluşturur. Bu talepler hem girişimcinin becerisi ve bilgisini hem de hitap edilen tüketici çevresinin menfaatleri ve koruma ihtiyacını dikkate alma ölçütü ile ilgilidir⁸⁵. Aynı Direktif'in 2. maddesinin h) bendinde, uyulması gereken ölçüt yerleşik pazar alışkanlıkları ve dürüstlük kuralı olarak belirlenmiştir. Genel işlem şartı kullanımının bu standarda uygun olup olmadığının tespitinde 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 3. maddesinin 1. fıkrasından yararlanılabilir. Bu hükme göre, ayrıntılı olarak müzakere edilmeyen bir sözleşme hükmü tüketicinin aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli ve haksız oransızlığa neden olursa haksız rekabet hukuku anlamında haksız şart olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla bu hüküm anlamında dürüstlüğe aykırı genel işlem şartı kullanılması haksız rekabet eylemi olarak nitelendirilen mesleki özenin ihlalini teşkil eder⁸⁶.

93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'yle 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi arasındaki ilişkiden hareketle genel işlem şartlarının haksız rekabet hukuku ve sözleşme hukuku bakımından ele alınıp bunlar arasındaki ilişki hakkında değerlendirme yapıldıktan sonra, haksız rekabete ilişkin düzenlemenin, girişimci tarafından tüketici karşısında genel işlem şartı kullanımıyla sınırlı olması gerekip gerekmediği de değerlendirilmelidir.

Avrupa Birliği'nin 93/13 sayılı Direktifi'nin 4. gerekçesi, üye devletlerde tüketicilerle kurulan sözleşmelerin dürüstlüğe aykırı genel işlem şartları içermemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu Direktif tüketicinin korunmasını amaçlamaktadır. Ancak söz konusu Direktif sadece asgari bir standart getirmiştir (m. 8). Bu demektir ki, üye devletler Direktif'ten daha kapsamlı koruma kabul edebilirler⁸⁷. Dolayısıyla genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, diğer bir ifadeyle bunların haksız olup olmadığı konusunda değerlendirme ölçütünü getiren 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nden hareketle, tüketici karşısında olduğu gibi, girişimci karşısında dürüstlüğe aykırı genel işlem şartı kullanımı da haksız rekabet eylemi olarak değerlendirilebilir.

⁸⁴ **Köhler, Helmut**: “Fachliche Sorgfalt” –Der weiße Fleck auf der Landkarte des UWG”, WRP 2012, s. 24.

⁸⁵ **Bornkamm/Köhler**, § 2 1 (7), Nr. 131.

⁸⁶ **Alexander**, WRP 2012, s. 521; **Köhler**, WRP 2012, s. 22 vd.

⁸⁷ Ayrıca bkz. **Wildhaber**, s. 540.

VII- TÜRK HUKUKUNDA GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN KORUMA

A- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun İle Getirilen Düzenleme

Hukukumuzda genel işlem şartlarına ilişkin ilk düzenleme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 4822 sayılı Kanun⁸⁸ eklenen 6. madde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"⁸⁹ ⁹⁰. (TKHK m. 2 ve 3). Bu Yönetmelik büyük ölçüde Avrupa Birliği'nin 93/13 sayılı Direktifi'nden tercüme edilmiştir. TKHK m. 6'ya göre, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şart sayılır. Pazarlık konusu edilmemiş ve tek taraflı olarak sözleşmeye dahil edilmiş olan her genel şart, birden fazla kullanım amaçlanmış olmasa da bu hüküm gereğince denetime tabidir⁹¹.

Bunun yanında, standart sözleşmede yer alan önceden hazırlanmış olan hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediği karinesi getirilmiş olup, bunun aksinin satıcı veya sağlayıcı tarafından ispat edilmesi gerekecektir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartlarının denetlenmesine yönelik olduğundan, bir tarafın tüketici olmadığı ve tacirler arasında kullanılan genel işlem şartlarının denetimi bu düzenlemenin kapsamı dışındadır. Örneğin bir bayinin toptancı ile yaptığı sözleşmede kullanılan genel işlem şartları Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına tabi olacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem şartlarına ilişkin 20-25. maddelerine göre "özel hüküm" oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, tüketici sözleşmesinde kullanılan genel işlem şartları öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesine tabi olacak, bu hükümlerde boşluk bulunduğu ölçüde Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. madde hükümleri uygulanacaktır⁹².

⁸⁸ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, T. 14.3.2003, S. 25048.

⁸⁹ RG, T. 13.06.2003, S. 25137.

⁹⁰ Tüketici hukuku bakımından genel işlem şartları için ayrıntılı olarak bkz. **Öz, Turgut**: "Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 128 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 176 vd.

⁹¹ **Atamer**, s. 20; **Antalya, O. Gökhan**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 293.

⁹² **Atamer**, s. 10; **Oğuzman/Öz**, s. 170.

B- Borçlar Kanunu İle Getirilen Düzenleme

Taraflardan birinin tüketici olmadığı sözleşmelerdeki genel işlem şartlarının denetimi ilk kez yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. madde hükümleriyle düzenlenmiştir.

1- Yürürlük Denetimi

Genel işlem koşullarının ilk denetim aşaması yürürlük denetimi, diğer bir ifadeyle genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığının tespiti aşamasıdır. Bu aşamada dürüstlük kuralı uyarınca, müşterinin somut olayda genel işlem şartı kullanıldığını bildiğinden hareket edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranmaktadır⁹³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin I. fıkrası 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 imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” Hüküm yürürlük denetimine ilişkin olduğundan, bu hükümlerle genel işlem şartlarını kullananın bu şartların içeriği hakkında karşı tarafa bilgi verme yükümlülüğünün değil, sadece karşı tarafı genel işlem şartları kullandığı konusunda açıkça uyarmak ve genel işlem şartı metninden haberdar olma imkanını karşı tarafa verme yükümlülüğünün getirildiği kabul edilmelidir⁹⁴.

Müşteriye genel işlem şartı metninin varlığı konusunda yukarıdaki I. fıkra gereğince uyarı yapılmış ve bir nüsha genel işlem şartları verilmiş olmasına rağmen, bu kabul ancak genel işlem şartlarının tümüne ilişkin bir kabuldür. Eğer kurulan sözleşmenin niteliğine tamamen yabancı olan genel işlem şartı varsa, bu şart da sözleşme içeriği olamaz⁹⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin II. fıkrasına göre, “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

2- İçerik Denetimi

Genel işlem koşulları Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesine göre, yazılmamış sayılmasa bile, gene de içerdikleri ağır hükümler sebebiyle geçersiz sayılabilirler. Bu “içerik denetimi” kenar başlıklı Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” Bu hükme göre genel işlem şartının hükümsüz sayılması için “dürüstlük kuralına ters düşecek ölçüde karşı tarafın menfaatine aykırı” olması gerekir. Böylece bir çok Avrupa ülkesinde 93/13 sayılı Avrupa Birliği direktifine paralel şekilde, denetimde ölçü olarak dürüstlük kuralı alınmıştır. Hükümün gerekçesinde, Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafından esinlendiği belirtilmiştir. Ancak 307. paragraf çok daha ayrıntılı bir hükümdür. Bu hükümde dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde söz konusu olacağı

⁹³ **Atamer**, s. 27; **Havutçu**, s. 105 vd.

⁹⁴ **Atamer**, s. 28.

⁹⁵ **Atamer**, s. 30; **Oğuzman/Öz**, s. 173, 174.

açıkça tanımlanmıştır. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'nun 308 ve 309. paragraflarında dürüstlük kuralına aykırı olabilecek hüküm örnekleri verilmiştir. 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi de 3. ve 4. maddelerinde dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yol gösterici ayrıntılı hükümler içermekte olduğu gibi, Direktif'in ekinde 19 haksız şart örneğine yer verilmiştir⁹⁶. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun içerik denetimine ilişkin düzenlemesi oldukça zayıftır.

3- Yorum Denetimi

Türk Borçlar Kanunu'nun 23. maddesinde genel işlem koşullarının yorumuna ilişkin bir kural getirilmiştir. Bu hükme göre, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. O halde yazılmamış sayılmayan ve dürüstlük kurallarına da aykırı olmadığı için geçerli kalan hükümlerin yorumu sorunu çıktığında bu kuralın uygulanması gerekir. Bu durumda, genel işlem koşullarında yer alan hükme anlam verilirken veya olası anlamlarından biri tercih edilirken, düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine olan sonuç benimsenir⁹⁷.

C- Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Düzenleme

1- Genel Olarak

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinde, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmak da haksız rekabet halleri arasında sayılmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) hükmünün f) bendi şöyledir:

“Dürüstlük kuralına aykırı işlem⁹⁸ şartları 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 dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”

Bu hüküm İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun son değişikliğinden önceki 8. maddesinden aynen alınmıştır. Yukarıda İsviçre hukukunda bu hükme yönelik eleştiriler belirtilmiştir. Ancak İsviçre hukukundan farklı olarak hukukumuzda genel işlem şartlarına ilişkin farklı düzenlemeler de yapılmıştır. Hukukumuzda yukarıda açıkladığımız yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 20 vd. hükümleri ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümleri mevcuttur. Bu nedenle önce Türk Ticaret Kanunu ile getirilen bu hükmün anlamı üzerinde durulacak,

⁹⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve eleştiri için bkz. **Atamer**, s. 41 vd.

⁹⁷ Bu hususta bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 175; **Eren**, s. 222.

⁹⁸ Bu kavram genel işlem şartı olarak anlaşılmalıdır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünün devamında ve gerekçesinde genel işlem şartından söz edilmiştir.

sonra da bu hükmün hukukumuzdaki diğer düzenlemelerle bağlantısı değerlendirilecektir⁹⁹.

2- Hükümün Kapsamı

Haksız rekabet hükümleri rekabeti tüm katılanlar yararına korumak istediği için, Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünün, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımına karşı sözleşmenin zayıf olan tarafı olan tüketici veya girişimcilerin korunmasını da amaçladığı kabul edilmelidir¹⁰⁰. Buna göre girişimciler arasında genel işlem şartlarını içeren sözleşme akdedilmesi veya müzakeresi de hükmün kapsamına girer¹⁰¹. Tüketici veya girişimci olduğu fark etmeksizin, sözleşmeyi müzakere etme olanağına veya gücüne sahip olmayan herkes bu hükümden yararlanabilir¹⁰². Ancak buradan hareketle hükmün sözleşmenin zayıf tarafını korumaya yönelik olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira haksız rekabet hukuku sözleşme hukukundan farklı olarak genel işlem şartlarını, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini dikkate alarak somut ilişkiye göre denetlemez. Aksine bozulmamış rekabetin korunması amacından hareketle soyut, genel bir denetimi amaçlar. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanma bir pazar davranışı olarak görülmüştür ve haksız rekabet halleri arasında sayılmıştır. Burada asıl amaç taraflar arasındaki somut ilişkide etkili içerik kontrolü yapılması değildir. Oysa sözleşme hukukunda genel işlem şartları denetiminin çıkış noktası, sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünden tek taraflı yararlanma yoluyla sözleşmede zayıf olan tarafın haksızlığa uğratılmasını önlemektir¹⁰³.

3- Hükümün Uygulanmasının Koşulları

a- Genel İşlem Şartları Kullanımı

Hükümün uygulanması için öncelikle, tarafların müzakere etmeden, sözleşmenin bir tarafınca tek yanlı olarak belirlenen sözleşme hükümlerinin kullanılması gerekir. Önceden sözleşmenin bir tarafınca hazırlanmış olsa da, taraflarca müzakere edilmiş sözleşme hükümleri artık genel işlem şartı değil, bireysel sözleşme şartı olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁴. Ancak haksız rekabet

⁹⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) f) bendinin gerekçesinde bu hükmün genel işlem şartlarını hukukumuzda ilk defa düzen altına aldığı belirtilmiştir. Oysa yukarıda da açıklandığı gibi genel işlem şartlarına ilişkin yeni Türk Borçlar Kanunu'nda ve bundan çok daha önce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hükümler getirilmiştir.

¹⁰⁰ Bu hususta bkz. **Baudenbacher**, Kommentar, UWG m. 8 Nr. 37; **Wildhaber**, s. 541.

¹⁰¹ Burada hemen yukarıda yaptığımız bir açıklamaya dikkat çekmek isteriz. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesi değiştirilmiş ve hüküm taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla tacirler veya esnaflar arasında yapılan sözleşmeler artık bu hükmün kapsamında değildir (Art. 8 UWG, 17.6.2011, BBl. 2011 4, s. 925 vd.; AmtlBull Nr. 2011, s. 227 vd.)

¹⁰² Bu yönde, **Wildhaber**, s. 541. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, 2.9.2009, BBl. 2009, s. 6180). Buna karşı bkz. **Gauch, Peter**: "Die Verwendung "missbrauchlicher Geschäftsbedingungen" – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG", BR/DC 1987, s. 55.

¹⁰³ Bu yönde, **Armgarth**, s. 125.

¹⁰⁴ **Gauch**, s. 51 dpn. 13; **Schmid**, ZBJV 2012, s. 6.

hukuku bakımından bu genel işlem şartlarına dayalı olarak sözleşmenin kurulmuş olması şart değildir. Bu nedenle sözleşme yapmak amacıyla, örneğin yanıltıcı biçimde karşı tarafın aleyhine olarak kanuni düzenlemeden önemli şekilde ayrılan genel işlem şartlarını içeren sözleşme için icapta bulunmak da haksız rekabet teşkil eder. Dolayısıyla sözleşme müzakereleri çerçevesinde genel işlem şartları kullanımı da haksız rekabet teşkil edebilir¹⁰⁵. Bu bakımdan haksız rekabet hukuku koruması sözleşme hukukunun getirdiği korumadan daha geniştir. Böylece haksız rekabet hükmüyle dürüstlüğe aykırı genel işlem şartlarına karşı önleyici koruma sağlanması amaçlanmıştır¹⁰⁶. Buna karşı genel işlem şartlarının sadece kaleme alınması, basılması ve yayınlanması Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmü anlamında kullanma değildir. Bunun için en azından sözleşme yapılması amacıyla genel işlem şartlarının karşı tarafa sunulması gerekir¹⁰⁷.

Genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğunun önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin borçlandırıcı sözleşme, tasarruf sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olması mümkündür¹⁰⁸.

Genel işlem şartlarını bir sözleşme tarafının kullanması yeterlidir. Kullanan tarafın bu şartları bizzat kaleme almış olması şart değildir. Diğer bir ifadeyle genel işlem şartları kullanıcı tarafından bizzat veya üçüncü kişi tarafından hazırlanmış olabilir¹⁰⁹. Örneğin bir derneğin, üyeleri olan esnafın kullanması için hazırladığı genel işlem şartlarının esnaf tarafından kullanılması Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmü anlamında kullanmadır.

Ayrıca genel işlem şartı sadece bir hükümden de oluşabilir. Örneğin bir işletmenin vestiyerinin bir cümleden oluşan sorumsuzluk kaydı böyledir¹¹⁰.

b- Genel İşlem Şartlarının Kullanımının Tüketici veya Girişimciye Yönelik Olması

Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (2) hükmündeki "davranış ve ticari uygulama", pazar bağlantılı veya rekabete yönelik bir davranışı ifade eder. Bunun için davranış ve ticari uygulamanın tüketiciye yönelik olması da yeterlidir. Zira belirleyici olan, davranış ve ticari uygulamanın rekabeti etkilemeye uygun olan ekonomik bir bağlantıya sahip olmasıdır. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanma bir pazar davranışıdır. Bu nedenle tacir veya esnaf sıfatına sahip müşteri karşısında ya da tüketici karşısında genel işlem şartları kullanımı da haksız rekabet teşkil edebilir¹¹¹.

¹⁰⁵ **Probst**, UWG 8, Nr. 34; Buna karşı **Gauch** genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet teşkil etmesi için sözleşmenin yapılmasını aramıştır (s. 55 vd).

¹⁰⁶ Bu hususta bkz. **Sack**, Probleme des neuen schweizerischen UWG, s. 139.

¹⁰⁷ **Probst**, UWG 8, Nr. 34; **Hess/Ruckstuhl**, s. 1194; **Schmid**, ZBJV 2012, s. 6.

¹⁰⁸ **Atamer**, s. 13.

¹⁰⁹ **Gauch**, s. 52; **Hess/Ruckstuhl**, s. 1193; **Atamer**, s. 15; **Havutçu**, s. 85.

¹¹⁰ **Atamer**, s. 19.

¹¹¹ Doktrinde **Antalya** tacirler arasındaki ticari standart sözleşmelerdeki ilişkilerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi durumunda haksız rekabet korumasının yeterli olduğunu, bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 20 vd. hükümleri ile Türk Tica-

c- Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmü, genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olmasından söz ederken, burada kullanılan tüm şartların dürüstlük kuralına aykırı olması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Her sözleşme şartının bu açıdan bağımsız şekilde değerlendirilmesi gerekir¹¹². Ancak sözleşmede kullanılan genel işlem şartlarının veya münferit bir genel işlem şartının sözleşmenin niteliğinden önemli şekilde ayrılıp ayrılmadığının belirlenmesinde prensip olarak sözleşmedeki tüm hak ve yükümlülüklerin genel dağılımı dikkate alınmalıdır. Münferit bir genel işlem şartına göre değerlendirme yapılması hükmün amacına uygun değildir. Bu yorum 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 4(1) ile de uyumludur. Bu hükme göre, genel işlem şartının dürüstlüğe aykırılığının belirlenmesinde sözleşmenin kurulması veya müzakeresine eşlik eden tüm olgular ve aynı sözleşmenin ya da genel işlem şartının bağlı olduğu başka bir sözleşmenin tüm diğer şartları dikkate alınmalıdır¹¹³.

Genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırılığının tespiti için hükümde iki ölçüt getirilmiştir. Buna göre, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı içeren genel işlem şartları dürüstlüğe aykırıdır. O halde kanuni düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden önemsiz ölçüde ayrılma halinde dürüstlüğe aykırı genel işlem şartından söz edilemeyecektir.

Bu ölçütlerden ilki, genel işlem şartının doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılmasıdır. Diğer bir ifadeyle, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli şekilde ayrılan genel işlem şartları kullanmak haksız rekabet teşkil eder. Burada kanuni düzenlemenin kapsamına emredici veya emredici olmayan kanun hükümleri dahildir¹¹⁴. Gerçi emredici hukuk kuralına aykırı olan genel işlem şartı hükümsüzdür. Ancak burada amaç, sözleşme hukuku gereğince zaten hükümsüz olan sözleşme hükümlerinin haksızlığını aynı zamanda haksız rekabet hukukunun yaptırımlarına tabi tutmaktır¹¹⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünde sadece kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartı kullanmaktan söz edilmiş olmasına rağmen, hükümdeki kanuni düzenleme sadece kanun hükümleri ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Kural olarak sözleşmelere ilişkin bütün hukuk kuralları kanuni düzenleme kavramına dahildir. Hem ilgili sözleşme ilişkisine doğrudan hem de kıyas yoluyla uygulanacak olan her hukuk normu bu çerçevede değerlendirilmelidir¹¹⁶. Kanun hükmü ile yollama yapılan teamül de kanuni düzenleme olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle kanun hükmü ile yollama yapılan teamülden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartı kullanmak da haksız

ret Kanunu'nun 54 vd. hükümlerinin yarışmayacağını ileri sürmüştür (s. 296). Yukarıda belirttiğimiz nedenlerle bu görüşe katılamıyoruz.

¹¹² Bu hususta bkz. **Probst**, UWG 8, Nr. 54.

¹¹³ **Hess/Ruckstuhl**, s. 1196; **Atamer**, s. 52.

¹¹⁴ **Probst**, UWG 8, Nr. 39; **Baudenbacher**, Kommentar UWG, m. 8, Nr. 44; **Gauch**, s. 54; **Sack**, Probleme des neuen schweizerischen UWG, s. 142, 143; **Arkan**, s. 321.

¹¹⁵ **Probst**, UWG 8, Nr. 40.

¹¹⁶ **Atamer**, s. 44.

rekabet teşkil eder¹¹⁷. Zira teamül de kanun hükmünün gönderme yapması nedeniyle dolaylı olarak yasal düzenin bir parçası haline gelir¹¹⁸. Hatta doktrin ve yargı kararları ile geliştirilen yazılı olmayan hukuk prensipleri de kanuni düzenleme olarak dikkate alınmalıdır¹¹⁹.

Hükümde genel işlem şartlarının kanuni düzenlemeden ayrılma derecesinin önemli olması aranmıştır. Genel işlem şartının emredici kanun hükmüne aykırı olması halinde her zaman önemli bir ayrılmanın söz konusu olduğu kabul edilmelidir¹²⁰. Genel işlem şartlarının kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olması halinde de artık kanuni düzenlemeden ayrılmanın önemli olduğundan hareket edilmelidir¹²¹.

Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının tespiti için ikinci ölçüt, genel işlem şartlarının sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngörmesidir. Bu ölçüte İsviçre hukukunda çoğunlukla, genel işlem şartının ayrıldığı bir kanuni düzenlemenin söz konusu olmaması halinde, tali bir kriter olarak başvurulmuştur¹²². Gerçekten bazı isimsiz sözleşmelere kanundaki kuralları kıyasen uygulamak mümkün olmadığı için ilgili kuralı hakim, sözleşmenin niteliğine dayanarak yaratması gerekecektir. Bunun gibi, kanunda düzenlenen türden bir sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş bazı unsurları için de hakim bu faaliyeti göstermesi gerekebilir¹²³.

Sözleşmenin niteliğinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Doktrinde bu ifadeyle, sözleşmenin ekonomik amacının ifade edildiği, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırılığın belirlenmesinde genel işlem şartlarının sözleşmenin ekonomik amacıyla çelişip çelişmediğine bakılmasının gerektiği belirtilmiştir¹²⁴. Bu nedenle burada genel işlem şartlarının sadece sözleşmenin niteliği ile çelişmesi yeterli değildir. Aksine hak ve borçların karşı tarafın aleyhine olarak dağılımı sözleşmenin amacına önemli olarak aykırı olmalıdır. Bu yolla karşı tarafın hukuki durumunun, haklarının sınırlandırılması veya yükümlülüklerinin genişletilmesi ile önemli şekilde zedelenmesi gerekir¹²⁵. Burada iki tarafın da sözleşme ile güttükleri amaç, özellikle sözleşmenin ekonomik amacı ve koruma beklentileri, işlemin konusu ve türü, sözleşmenin yapısı; yani ani edimli veya sürekli edimli, tek tarafa veya iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, dürüstlük kuralı uyarınca ilgili müşteri çevresinin haklı kabul edilebilecek beklentileri gibi özellikler, sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan en adil hak ve borç dağılımını tespit etmede hakime yardımcı olacaktır¹²⁶. Bu hususun değerlendirilmesinde Avrupa Birliği'nin 93/13 sayılı Direktifi'nin ekinde örnekleyici olarak sayılan dürüstlüğe aykırı sözleşme şartları listesi yol gösterici ola-

¹¹⁷ Bu hususta bkz. **Probst**, UWG 8, Nr. 39; **Gauch**, s. 54.

¹¹⁸ **Henninger, Anton**: "Vom Umgang mit AGB" BR/DC 2002, s. 137.

¹¹⁹ **Burri/Küchler**, s. 8.

¹²⁰ **Probst**, UWG 8, Nr. 43; aynı yönde, **Gauch**, s. 53.

¹²¹ **Henninger**, s. 137.

¹²² Bu hususta bkz. **Gauch**, s. 54; **Baudenbacher**, Kommentar UWG m. 8 Nr. 51; **Probst**, UWG 8, Nr. 47.

¹²³ **Atamer**, s. 46.

¹²⁴ **Baudenbacher**, Kommentar UWG m. 8 Nr. 53; **Gauch**, s. 54; **Probst**, UWG 8, Nr. 48.

¹²⁵ **Probst**, UWG 8, Nr. 49; **Henninger**, s. 137.

¹²⁶ **Atamer**, s. 46.

bilir. Örneğin girişimcinin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen, tüketicinin tüm yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğini öngören bir genel işlem şartı, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı olacaktır (Direktif Eki, bend o).

d- Genel İşlem Şartlarının Yanıltıcı Olması Koşulu

Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünde "özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine" önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananların dürüstlüğü aykırı davranmış olacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz ölçütlere göre dürüstlüğü aykırı genel işlem şartlarının, sözleşmenin diğer tarafını objektif olarak yanıltmaya uygun olması gerekir¹²⁷. Genel işlem şartlarını kullanan tarafın yanıltma niyeti önemli değildir¹²⁸. Burada yanıltıcı olması gereken bizzat genel işlem şartlarının içeriğidir. Örneğin genel işlem şartının belirsiz bir şekilde kaleme alınmış olması nedeniyle karşı tarafın, sözleşmenin niteliğine önemli şekilde aykırı hakların ve yükümlülüklerin dağılımını öngören genel işlem şartını kabul etmiş olması halinde durum böyledir¹²⁹.

Diğer taraftan genel işlem şartlarını kullanan tarafın, karşı tarafı yanıltarak sözleşmeyi akdetmesini sağlaması, başka bir ifadeyle sözleşmeyi akdetmesi için karşı tarafı yanıltması, genel işlem şartlarını öğrenme olanağı vermemesi hükmün kapsamına girmez. Belirtildiği gibi burada düzenlenen, genel işlem şartlarının içeriği bakımından yanıltmaya uygun olmasıdır¹³⁰. Hükmün lafzına bakılırsa, genel işlem şartlarının, kullanan tarafından önceden tek yanlı olarak hazırlanmış olması tek başına bu şartların aldatici olduğunu kabul etmek için yeterli değildir¹³¹. Genel işlem şartlarını kullananın potansiyel müşterilerinin önemsiz olmayan kısmının, şartların kanuni düzenlemeden önemli şekilde ayrıldığını veya hak ve yükümlülüklerin sözleşmenin niteliğine aykırı şekilde dağılımını öngördüğünü fark etmezse, yanıltma koşulunun gerçekleştiği kabul edilmektedir¹³². Ancak İsviçre hukukunda, sözleşmenin kurulması sırasında şaşırtıcı hükümlere işaret etmek ve hatta bunları açıklamak suretiyle bu hükmün uygulanmasının engellenebileceği ileri sürülmüştür¹³³. Dolayısıyla bu görüşe göre diğer tarafa açıklama yapılması durumunda genel işlem şartı bağlayıcı olacaktır. Ancak Türk hukuku için bu değerlendirme Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin II. fıkrası ile çelişecektir. Zira müşteri genel işlem şartının varlığı konusunda uyarılmış ve kendisine genel işlem şartlarını içeren bir nüsha verilmiş olmasına rağmen, müşterinin bu şartların tümüne ilişkin kabulü ancak genel işlem şartları içinde bulunması ihtimali olan sözleşme

¹²⁷ Mehaz İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesine ilişkin gerekçe için bkz. Botschaft des Bundesrates, BBl. 1983 II s. 1073.

¹²⁸ **Probst**, UWG 8, Nr. 51; **Henninger**, s. 137.

¹²⁹ Bkz. **Gauch**, s. 55.

¹³⁰ Bkz. **Gauch**, s. 55

¹³¹ Bkz. **Baudenbacher**, Kommentar UWG m. 8 Nr. 31.

¹³² **Sack**, Probleme des neuen schweizerischen UWG, s. 146.

¹³³ İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesine ilişkin olarak bu yönde, **Ehle/Brunschweiler**, s. 264; **Havutçu**, s. 205.

şartlarına ilişkin bir kabul olarak anlaşılabilir¹³⁴. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmündeki yanıltma koşulu, içerik denetimini engelleyen bir koşul olarak değerlendirilmemelidir. Genel işlem şartları kullanımı pazar davranışı olduğundan¹³⁵, yanıltma ölçütü hükmün uygulanmasına, içerik denetimine engel teşkil edecek şekilde yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla müşterilerin kendisine sunulan genel işlem şartlarının pazarlarda mutata ve pazar koşuluna uygun olduğuna güvendiklerinden hareket edilerek, Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi anlamında dürüstlüğe aykırı genel işlem şartlarının aynı zamanda yanıltıcı olduğu kabul edilebilir¹³⁶. Kaldı ki Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesinde sayılan haksız rekabet halleri örnekleyicidir. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesindeki genel ilke ve amaçtan hareketle de, Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine aykırı genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet olduğu sonucuna ulaşılabilir. Diğer bir ifadeyle haksızlığın belirlenmesinde ölçüt olarak 25. madde alınabilir. Bunun için de genel işlem şartlarının yanıltıcı olması şart değildir.

e- TTK m. 55 (1) bend f) Hükmünün TTK m. 54 İle Bağlantısı

Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (2) hükmünde, haksız rekabete ilişkin genel ilkeye yer verildikten sonra, 55 (1)'de haksız rekabet sayılan başlıca haller sayılmıştır¹³⁷. Ancak bu sayım Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere sınırlayıcı değildir. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (2) hükmündeki genel ilkeden hareketle başka haksız rekabet eylemlerinin mevcut olduğu sonucuna varılabilir.

İsviçre içtihadı, Alman hukukundan farklı olarak örnekleyici olarak sayılan haksız rekabet hallerine daha sıkı bir şekilde dayanmıştır. Zira çoğu haksız rekabet davası Haksız Rekabet Kanunu'nda sayılan haksız rekabet hallerine dayanarak açılmıştır¹³⁸. Bu durum Türk hukukunda eski Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğü döneminde 57. madde açısından da söylenebilir. Ancak kuşkusuz, Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünün kapsamına girmeyen, buna rağmen genel ilke ve amaç açısından haksız rekabet sayılan haller söz konusu olabilir. Buna göre Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünün kapsamına girmeyen genel işlem şartı kullanılmasının haksız rekabet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir.

¹³⁴ Atamer, s. 29, 30.

¹³⁵ Armgardt, s. 126.

¹³⁶ İsviçre Haksız Rekabet Kanunu 8. maddesindeki yanıltıcılık koşulu için bu yönde, Sack, Probleme des neuen schweizerischen UWG, s. 147.

¹³⁷ Haksız rekabet sayılan bu haller eski Türk Ticaret Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan haksız rekabet hallerine göre daha fazladır. Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesinde haksız rekabet hallerinin ayrıntılı olarak sayılmasının, haksız rekabet konusunda genel hüküm olan 54 (2) hükmünün göz ardı edilmesine ve ileride ortaya çıkacak haksız rekabet hallerinin de 55. maddede sayılan haksız rekabet hallerinden birisinin kapsamı içine sokulması yolunda gereksiz bir çaba gösterilmesine yol açabileceği belirtilmiştir (Arkan, s. 321, 322).

¹³⁸ Bu hususta bkz. David, Lucas: "Reformauswirkungen des neuen UWG aus der Sicht der Praxis", in Das UWG auf neuer Grundlage, Bern Stuttgart, 1989, s. 99; Sack, Probleme des neuen schweizerischen UWG, s. 122.

Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (1) hükmüne göre, "Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır." Bu amaç gereğince rekabet eylemi, sadece dürüstlük ölçütüne göre değil, bu eylemin işleyen rekabet sistemine uygun sonuçları olup olmadığına göre de değerlendirilecektir¹³⁹. Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (2) hükmünde ise genel ilke getirilmiş ve rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi, pazar katılımcıları yararına pazar davranışını düzenleyen bir kuraldır. Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesindeki amaç ve ilkedeki hareketle, bu pazar davranışı kuralına aykırılığın haksız rekabet teşkil ettiği sonucuna varılabilir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine aykırı genel işlem şartları kullanımı aynı zamanda rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşterileri arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı bir ticari uygulamadır. Dolayısıyla, yanıltma koşulunu içermeyen Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine aykırılık aynı zamanda haksız rekabet teşkil eder. Nitekim Alman hukukunda da -yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği gibi- TTK m. 55.1 bend f) gibi bir hükme yer verilmemiş olmasına rağmen, yargı kararları ve doktrin Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafını pazar davranışı kuralı olarak görmüş ve bu hükme aykırı genel işlem şartları kullanımını haksız rekabet olarak değerlendirmiştir. Sonuç olarak, yanıltıcı olmasa da¹⁴⁰ "dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler" içeren genel işlem şartları kullanılması, Türk Ticaret Kanunu'nun 54 (2) hükmü gereğince haksız rekabet sayılmalıdır¹⁴¹. Zira bu durumda da eylem rekabetin işleyişine zarar veren ve dürüstlüğü aykırı bir davranış teşkil eder¹⁴².

Gerçi Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi içerik denetiminde hakim in eline tek ölçüt olarak dürüstlük kuralını vermektedir. Hakim in dürüstlük kuralına aykırılığın genel işlem şartlarının denetimi bağlamında ne anlama geldiğini somutlaştırması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesindeki hüküm içi boşluğun doldurulmasına Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve Tüketicici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümleri yanında, Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmü

¹³⁹ Bu yönde bkz. Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit Entwurf vom 18. Mai 1983, (BBl. 1983 II, s. 31).

¹⁴⁰ Yanıltma koşulu, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda yapılan ve 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren değişiklikle kaldırılmıştır.

¹⁴¹ **Baudenbacher**, (UWG-Reform), s. 35.

¹⁴² İsviçre hukukunda genel işlem şartlarının haksız rekabet hukukuna göre değerlendirilmesinde Haksız Rekabet Kanunu'nun genel ilke ve amacına dayanmaktan kaçınılmıştır. Bunun nedeni İsviçre kanun koyucunun genel işlem şartlarının denetimini sözleşme özgürlüğüne müdahale olarak görmesi ve Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesinin oldukça sert politik tartışmalardan sonra kabul edilmiş olmasıdır. Bu nedenle de hükümdeki yanıltma koşulu genel işlem şartlarının denetiminde önemli bir engel olarak ortaya çıkmıştır. Oysa Türk kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da getirdiği hükümlerle bu konuda farklı bir tavır göstermiştir.

de önemli bir kaynaktır¹⁴³. Zira bu hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine nazaran içerik denetimi açısından daha elverişli ölçütler getirmektedir¹⁴⁴. Kuşkusuz bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun esinlendiği Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafından da yararlanılabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünün dayanağı da esasen Alman Genel İşlem Şartları Kanunu'nun 9. paragrafıdır. Bu hüküm sonra Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafına alınmıştır. Bu son hüküm de 93/13 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 3. maddesinin I. fıkrasından alınmıştır. Buna göre, ayrıntılı olarak müzakere edilmeyen bir sözleşme hükmü tüketicinin aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli ve haksız oransızlığa neden olursa haksız rekabet hukuku anlamında haksız şart olarak nitelendirilebilir. Görüldüğü gibi haksız rekabet hukuku açısından pazar davranışının ölçütleri ve sözleşme hukuku açısından içerik denetimi için ölçütlerin kaynağı aynı hükümdür.

Son olarak belirtelim ki, tüketiciye karşı kullanılan genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil edip etmediği konusunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümleri esas alınarak da, genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet teşkil edip etmediği değerlendirilebilir. Çünkü tüketici karşısında genel işlem şartları kullanımının denetime yönelik hüküm de girişimcinin pazar davranışını düzenlemek amacıyla getirilmiştir.

VIII- GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ HAKSIZ REKABET TEŞKİL ETMESİNİN SONUÇLARI

A- Açılabilir Davalar

Haksız rekabet hukukunun görevi, girişimcinin sözleşmenin kurulması sırasındaki ve sözleşme kurulmasından sonraki haksız davranışını gelecek için engellemektir. Bu nedenle haksız rekabet hukukunun, girişimcinin haksız genel işlem şartlarını kullanmasını önleme görevi oldukça önemlidir¹⁴⁵. Gerçekten Türk Ticaret Kanunu'nun 56 (1) hükmünde haksız rekabet nedeniyle açılabilir hukuk davaları, tespit, men, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması ve tazminat davası olarak sayılmıştır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 61(1) hükmünde, haksız rekabet nedeniyle dava açma hakkına sahip olan kişinin, mahkemeden mevcut durumun olduğu gibi korunmasını, gerekli diğer tedbirlerin alınmasını isteyebileceği de hükme bağlanmıştır. Önleme davası çerçevesinde mahkemenin, genel işlem şartları metni içinde dürüstlüğe aykırı genel işlem şartlarının kullanıldığını tespit etmesi halinde, bu şartların ileride müşterilerle akdedilecek olan sözleşmelerde kullanılmasına hükmetmesi gerekir. Genel işlem şartlarının matbu olarak çok sa-

¹⁴³ Atamer, s. 43, 44.

¹⁴⁴ Atamer, s. 10

¹⁴⁵ Burada hemen belirtelim ki, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinde de haksız şartların kullanılmasının önlenmesi davasına yer verilmiştir. Bu hükme göre, meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişilerin, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilecekleri öngörülmüştür. Ancak bu olanak genel işlem şartlarının tüketicilere karşı kullanılması halinde söz konusudur.

yıda basılmış olması halinde, davacının talebi halinde mahkemenin bütün bu metinlerin toplatılmasına ve düzeltilmesine hükmetmesi yerinde olacaktır¹⁴⁶. Ancak burada hemen belirtelim ki, önleme davası açabilmek için en azından sözleşme yapılması amacıyla genel işlem şartlarının karşı tarafa sunulması gerekir.

Dürüstlüğe aykırı genel işlem şartları kullanımı ile Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) ve 54. madde hükümlerinin ihlaline hükümsüzlük yaptırımı bağlanmış değildir¹⁴⁷. Ancak haksızlığın tespitinde Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi -veya karşı tarafın tüketici olması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Yönetmelik- temel ölçüt olduğu için, Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f)'ye göre dürüstlüğe aykırı genel işlem şartları aynı zamanda hükümsüzdür. Haksız rekabet davası olan maddi durumun ortadan kaldırılması davası ile sözleşmelerde yer alan bu şartların sözleşmeden çıkarılmasına karar verilebilir.

B- Davacı Sıfatı

Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesine göre, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse, ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan müşteriler, ticaret ve sanayi odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da dava açabilirler.

Kuşkusuz burada, haksız rekabet teşkil eden genel işlem şartları kullanımı nedeniyle rakiplerin haksız rekabet davalarını açabilmesi önemli bir olanaaktır. Bu husus Alman hukukunda tartışmalıdır¹⁴⁸. Ancak Alman Federal Mahkemesi 31.5.2012 tarihli kararında, hükümsüz olan genel işlem şartlarını kullanan rakiplerine karşı girişimcilerin dava açabileceğini belirtmiştir¹⁴⁹. Rakiplerin genel işlem şartları kullanımına karşı haksız rekabet davası açmasında pratik ihtiyaç mevcuttur. Borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekono-

¹⁴⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesi için bu yönde, **Atamer**, s. 65, 66.

¹⁴⁷ Ancak bu değerlendirme İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Haksız Rekabet Kanunu'nun 8. maddesini ihlal eden dürüstlüğe aykırı işlem şartları kullanımı hukuka aykırıdır. Bu İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20 maddesine göre hükümsüzlüğe neden olur (Görüşler için bkz. **Henninger**, s. 137; **Ehle/Brunschweiler**, s. 269; **Schmid**, ZBJV 2012, s. 16; **Havutçu**, s. 206 vd.) Alman hukukunda da haksız rekabet hükümlerini ihlal eden sözleşme hükümlerinin hükümsüz olup olmadıkları tartışılmıştır. Bir görüşe göre, Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 3. ve 7. paragrafları, Alman Medeni Kanunu'nun 134 paragrafı anlamında yasaklayıcı hükümler değildir (OLG Hamburg, 1994, s. 65; **Alexander**, (unlauterer Wettbewerb), s.88).

¹⁴⁸ Örneğin bkz. **Köhler**, GRUR 2010, s. 1047; **Köhler/Bornkamm**, § 4 Nr. 11.156e; **Köhler, Helmut**: "Zur Mitbewerberklage gegen die Verwendung unwirksamer AGB Zugleich Besprechung von BGH, Urt., 31.05.2012 - I ZR 45/11 -Missbräuchliche Vertragsstrafe", WRP 2012, s. 1477.

¹⁴⁹ BGH, WRP 2012, s. 1086 = GRUR 2012, s. 949 -Missbräuchliche Vertragsstrafe.

mik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşları oldukça sınırlı şahsi ve finansal kaynaklara sahip olabilirler. Diğer taraftan özellikle internette rakiplerin kullandığı genel işlem şartlarının araştırılması mümkündür. Dolayısıyla geçersiz genel işlem şartları kullanımının kaldırılmasında, hem tüketicilerin ve rakiplerin hem de toplumun bozulmamış rekabete yönelik menfaati mevcuttur¹⁵⁰. Rakipler Türk Ticaret Kanunu'nun 56 (1) hükmünde öngörülen tespit, men, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması ve tazminat davalarını açabilirler.

Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesindeki koruma amacı ve ilkeden hareketle, pazar katılımcılarının, özellikle tüketici ve rakiplerin aynı derecede korunduğu anlaşılmaktadır. Genel işlem şartlarını kullananın bu yolla kendisine haksız yarar sağlaması haksız rekabet hükümleriyle önlenmelidir. Dolayısıyla tüketici karşısında geçersiz genel işlem şartlarının kullanımı haksız rekabet teşkil ederse, genel işlem şartlarını kullanan tarafın rakibine de dava açma hakkı verilmelidir. Tüm pazar katılımcılarının korunması amacı onlara aynı derecede talep haklarının verilmesiyle yerine getirilebilir¹⁵¹.

Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümlerinde rakip kavramı tanımlanmadığı için, rakip kavramının belirlenmesinde ihlal edildiği ileri sürülen hükümün koruma amacına yönelinmelidir. Haksız rekabet hukukunda rakibin belirlenmesinde, diğer girişimcinin aleyhine etki edebilen müşteri kazanmaya yönelik somut önlemler değerlendirilmelidir¹⁵². Haksız rekabet eyleminin, bu eylem nedeniyle talepte bulunabilecek rakibin kendisine yönelik olması gerekli değildir. Müşteri çevresinin aynı olması dava açabilecek rakibin belirlenmesinde önemlidir. Ancak haksız rekabet hukukunda rakip kavramı geniş anlaşılmalıdır. Üretici veya dağıtıcı gibi farklı ekonomik aşamalarda faaliyet gösteren girişimciler de rakip olarak değerlendirilebilir¹⁵³. Genel işlem şartlarıyla haksız rekabet eyleminde engelleyici rekabet söz konusu olmadığı için, hitap edilen çevre bakımından malları veya hizmetleri birbiriyle ikame edilebilir olan girişimciler rakiptirler¹⁵⁴.

C- Hakların Yarışması

Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine veya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesine aykırı genel işlem şartları kullanılması haksız rekabet teşkil ettiğinden, hem bu hükümlere hem de haksız rekabet hukuku hükümlerine göre talepte bulunulabilir¹⁵⁵. Diğer bir ifadeyle, karşı taraf

¹⁵⁰ Köhler, (Vertragsstrafe), s. 1478.

¹⁵¹ Sack, Rolf: "Neuere Entwicklungen der Individualklagebefugnis Wettbewerbsrecht", GRUR 2011, s. 959.

¹⁵² Bornkamm/Köhler, § 2 I, Nr. 92.

¹⁵³ Bu yönde bkz. Criegern, Andreas: "Die Abmahnung durch Wettbewerber bei der Verwendung unwirksamer AGB-ein Problem von praktischer Relevanz", WRP 2003, s. 1074.

¹⁵⁴ Ayrıntılı olarak bkz. Bornkamm/Köhler, § 2 I, Nr. 104, 105, 106.

¹⁵⁵ Köhler, (Durchführung), s. 912; Köhler/Bornkamm, § 2 I (1), Nr. 88. Bkz. BGH Urt. 31.3.2010, BeckRS 2010, 24454 = GRUR-Prax 2010, s. 487- Gewährleistungsausschluss im

duruma göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun veya Türk Borçlar Kanunu'na dayanabileceği gibi, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümlerine de dayanabilir. Hakim de Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi gereğince genel işlem şartlarını kullananın karşı tarafı lehine olan kuralı uygulamakla yükümlüdür. Çünkü sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku aynı eylemi farklı amaçlarla denetlemektedir. Sözleşme hukukunda genel işlem şartları denetiminin çıkış noktası, sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünden tek taraflı yararlanma yoluyla sözleşmenin zayıf olan tarafının haksızlığa uğratılmasını önlemektir¹⁵⁶.

Haksız rekabet hukukunda ise asıl amaç taraflar arasındaki somut ilişkide etkili içerik denetimi yapılması değildir. Haksız rekabet hukukunun görevi müşterilerin hukuka aykırı şekilde etkilenmelerine karşı, sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin kurulması sırasında veya sözleşmenin kurulmasından sonra onlara koruma sağlayarak hukuki işlemlerle ilgili karar verme özgürlüklerini garanti etmektir. Bu sadece müşterinin korunmasına hizmet etmez; dolaylı olarak rakibin korunmasına da hizmet eder ve bozulmamış rekabeti sağlar¹⁵⁷. Bu nedenle burada aynı eylemin sözleşme hukuku ve haksız rekabet hukuku bakımından farklı bakış açılarından değerlendirilmesi söz konusudur. Böylece dürüstlüğe aykırı genel işlem şartları kullanımına karşı sözleşme hukuku yanında haksız rekabet hukukunun yaptırım olanaklarının da harekete geçirilmesi suretiyle geniş cepheden önlem alınması olanağı sağlanmıştır.

SONUÇ

Haksız rekabet hükümleri rekabeti tüm katılanlar yararına korumak istediği için, Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmünün, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımına karşı tüketici veya girişimcilerin korunmasını da amaçladığı kabul edilmelidir. Tüketici veya girişimci olduğu fark etmeksizin, sözleşmeyi müzakere etme olanağına veya gücüne sahip olmayan herkes bu hükümden yararlanabilir.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanma bir pazar davranışdır ve haksız rekabet halleri arasında sayılmıştır. Burada asıl amaç taraflar arasındaki somut ilişkide etkili içerik kontrolü yapılması değildir. Aksine bozulmamış rekabetin korunması amacından hareketle soyut, genel bir denetimi amaçlar.

Türk Ticaret Kanunu'nun 55 (1) bend f) hükmündeki yanıtma koşulu, bu maddeye göre içerik denetimini engelleyen bir koşul olarak değerlendirilmemelidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesindeki genel ilke ve amaçtan hareketle de, Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine veya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesine aykırı genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet olduğu sonucuna ulaşılabilir. Diğer bir ifadeyle haksızlığın belirlenmesinde ölçüt olarak 25. madde veya karşı taraf tüketici ise 6.

Internet. Aynı yönde, BGH Urt. 19.5.2010, BeckRS 2010, s. 25877 = GRUR-Prax 2010, s. 517-Vollmachtsnachweis.

¹⁵⁶ Bu yönde, **Armgaradt**, s. 125.

¹⁵⁷ Bu yönde bkz. **Köhler/Bornkamm**, § 1 UWG, Nr. 17.

madde ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümleri alınabilir. Bunun için de genel işlem şartlarının yanıltıcı olması şart değildir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesine ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesine ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümlerine aykırı genel işlem şartları kullanımı aynı zamanda rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşterileri arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı bir ticari uygulamadır.

Haksız rekabet hukukunun görevi, girişimcinin sözleşmenin kurulması sırasındaki ve sözleşme kurulmasından sonraki haksız davranışını gelecek için engellemektir. Bu nedenle haksız rekabet hukukunun, girişimcinin haksız genel işlem şartlarını kullanmasını önleme görevi oldukça önemlidir. Gerçekten Türk Ticaret Kanunu'nun 56 (1) hükmünde haksız rekabet nedeniyle açılacak hukuk davaları, tespit, men, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması ve tazminat davası olarak sayılmıştır. Burada haksız rekabet teşkil eden genel işlem şartları kullanımı nedeniyle rakiplerin haksız rekabet davalarını açabilmesi de önemli bir olanaktır. Rakipler Türk Ticaret Kanunu'nun 56 (1) hükmünde öngörülen tespit, men, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması ve tazminat davalarını açabilirler. Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesindeki koruma amacı ve ilkedden hareketle, pazar katılımcılarının, özellikle tüketici ve rakiplerin aynı derecede korunduğu anlaşılmaktadır. Genel işlem şartlarını kullananın bu yolla kendisine haksız yarar sağlaması haksız rekabet hükümleriyle önlenmelidir. Dolayısıyla genel işlem şartlarını kullanan tarafın rakibine de dava açma hakkı verilmelidir. Tüm pazar katılımcılarının korunması amacı onlara aynı derecede talep haklarının verilmesiyle yerine getirilebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümlerinde rakip kavramı tanımlanmadığı için, rakip kavramının belirlenmesinde ihlal edildiği ileri sürülen hükmün koruma amacına yönelinmelidir. Haksız rekabet hukukunda rakibin belirlenmesinde, diğer girişimcinin aleyhine etki edebilen müşteri kazanmaya yönelik somut önlemler değerlendirilmelidir¹⁵⁸. Haksız rekabet eyleminin, bu eylem nedeniyle talepte bulunabilecek rakibin kendisine yönelik olması gerekli değildir. Müşteri çevresinin aynı olması dava açabilecek rakibin belirlenmesinde önemlidir. Ancak haksız rekabet hukukunda rakip kavramı geniş anlaşılmalıdır. Üretici veya dağıtıcı gibi farklı ekonomik aşamalarda faaliyet gösteren girişimciler de rakip olarak değerlendirilebilir.

¹⁵⁸ Bornkamm/Köhler, § 2 I, Nr. 92.

KISALTMALAR

AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP/PJA	: Aktuelle juristische Praxis/Pratique juridique Acutelle
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
B.	: Bası
BBl.	: Bundesblatt
BeckRS	: Beck-Rechtsprechung
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
BR/DC	: Baurecht/Droit de la Construction
C.	: Cilt
DB	: Der Betrieb
dpn.	: Dipnot
EBK	: Eski Borçlar Kanunu
EG.	: Europäische Gemeinschaft
EuGH	: Europäischer Gerichtshof
EWG	: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	: fıkra
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
GRUR-Prax	
HAVE	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Praxis im
Hrsg.	Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
İKÜ	: Haftung und Versicherung
Nr.	: Herausgeber
RG	: İstanbul Kültür Üniversitesi
RIW	: Nummer
s.	: Resmi Gazete
S.	: Recht der Internationalen Wirtschaft
sic!	: sahife
SJZ	: Sayı
T.	: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und
TBK	Wettbewerbsrecht
TKHK	: Tarih
TTK	: Türk Borçlar Kanunu
UWG	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
WRP	: Türk Ticaret Kanunu
ZBJV	: Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb
ZJS	: Wettbewerb in Recht und Praxis
ZR	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
	: Zeitschrift für das Juristische Studium
	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

KAYNAKLAR

Ahrens, Hans-Jürgen: “Das Verhältnis von UWG und Vertragsrecht aufgrund der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, Schutz von Kreativität und Wettbewerb Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag (Hrsg. Reto M. Hilty, Josef Drexl, Wilhelm Nordemann, München 2009, s. 407-423).

Alexander, Christian: Vertrag und unlauterer Wettbewerb, Berlin 2001 (Anlış: unlauterer Wettbewerb).

Alexander, Christian: “Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Zugleich Besprechung der Entscheidung EuGH, 15.03.2012 –C-453/10 – Pereničová und Perenič/SOS”, WRP 2012, s. 515-523 (Anlıř: WRP 2012).

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 16. B. Ankara 2012.

Armgarđt, Matthias: “Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht: unwirksame AGB-Klauseln im Licht der neueren Rechtsprechung zum UWG und zur UGP-Richtlinie”, WRP 2009, s. 122-127.

Atamer, Yeşim M.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1, (f) İle Karşılaştırılmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar Mart 2012, s. 9-73.

Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, 4. B. Ankara 2011.

Baudenbacher, Carl: “Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform”, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern Stuttgart, 1989, (Hrsg. Carl Baudenbacher), s. 15-36 (Anlış: UWG-Reform).

Baudenbacher, Carl: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Basel 2001.

Beater, Axel: “Allgemeinheitsinteressen und UWG”, WRP 2012, s. 6-17.

Burri, Simone/Küchler, Marcel: “Die Behandlung missbräuchlicher AGB-Klauseln in der Schweiz und in der EU, Referat anlässlich des Blockseminars, m Konsumentenrecht vom 5./6. Juni 1998 an der Universität”, Bern, www.concordiaberne.ch, erişim tarihi: 22.9.2012

Criegern, Andreas: “Die Abmahnung durch Wettbewerber bei der Verwendung unwirksamer AGB-ein Problem von praktischer Relevanz”, WRP 2003, s. 1065-1075.

David, Lucas: “Reformauswirkungen des neuen UWG aus der Sicht der Praxis”, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern Stuttgart, 1989, (Hrsg. Carl Baudenbacher), s. 99-112.

Ebert-Weidenfeller/Day, Jones: “AGB-Inhaltskontrolle im Wettbewerbsprozess”, GRUR-Prax 2010, s. 521

Ehle, Bernd/Brunschweiler, André: “Schweizer AGB-Recht im Umbruch”, RIW 2012, s. 262-271.

Eppe, Mark: “Verbraucherschutz im UWG und BGB”, WRP 2005, s. 808-812.

Eren, Fikret: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. Ankara 2012.

Furrer, Andreas: "Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG", HAVE 2011, s. 324-328.

Gauch, Peter: "Die Verwendung "missbrauchlicher Geschäftsbedingungen" – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG", BR/DC 1987, s. 51-60

Glöckner, Jochen: "Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch", GRUR 2008, s. 960-967.

Glöckner, Jochen: "Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts" Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire (Hrsg. Hilty, Reto M./Henning-Bodewig, Frauke), Berlin Heidelberg, 2009, s. 263-289 (Anlış: Entwicklungslinien).

Gutmayer, Henriette: Die Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, Zwickau 2012.

Güven, Şirin: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012.

Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

Henninger, Anton: "Vom Umgang mit AGB" BR/DC 2002, s. 133-138.

Hess, Markus/Ruckstuhl, Lea: "AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG-eine kritische Auslegeordnung", AJP/PJA 2012, s. 1188-1211.

Koller, Thomas: "Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle", AJP/PJA 2008, s. 943-953.

Köhler, Helmut: "Wettbewerbsbehandlung und Geschäftspraktiken Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsbehandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG", WRP 2007, s. 1393-1397 (Anlış: WRP 2007).

Köhler, Helmut: "Die UWG-Novelle 2008", WRP 2009, s. 109-117.

Köhler, Helmut: "Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags", WRP 2009, s. 898-913 (Anlış: Durchführung).

Köhler, Helmut: "Ein Jahr nach dem UWG-Reform –Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf das UWG", GRUR-Prax 2009, s. 47.

Köhler, Helmut: "Grenzstreitigkeiten im UWG Zum Anwendungsbereich der Verbotstatbestände des § 3 Abs. 1 UWG und des § 3 Abs. 2 S. 1 UWG", WRP 2010, s. 1293-1304.

Köhler, Helmut: "Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG- Zugleich Besprechung der BGH-Entscheidungen "Gewährleistungsausschluss im Internet und Vollmachtenachweis", GRUR 2010, s. 1047-1053 (Anlış: GRUR 2010).

Köhler, Helmut: " "Fachliche Sorgfalt" –Der weiße Fleck auf der Landkarte des UWG", WRP 2012, s. 22-32 (Anlış: WRP 2012).

Köhler, Helmut: “Zur Mitbewerberklage gegen die Verwendung unwirksamer AGB Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 31.05.2012 – I ZR 45/11 – Missbräuchliche Vertragsstrafe”, WRP 2012, s. 1475-1478 (Anliş: Vertragsstrafe).

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Kommentar, 30. Aufl. München 2012.

Kulka, Michael: “Der Entwurf eines “Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb”, s. 1548-1557.

Lichtnecker, Florian: “Aus den Schwerpunktbereichen; Einführung in das Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der UWG Reform 2008”, ZJS 2009, s. 320-326.

Mann, Rüdiger: “Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, WRP 2007, s. 1035-1044.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 9. B. İstanbul 2011.

Öz, Turgut: “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 128-151.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 14. B. İstanbul 2012.

Probst, Thomas: Stämpflis Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) 2010.

Sack, Rolf: “Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG”, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern Stuttgart, 1989, (Hrsg. Carl Baudenbacher), s. 113-159.

Sack, Rolf: “Neuere Entwicklungen der Individualklagebefugnis Wettbewerbsrecht”, GRUR 2011, s. 953-964.

Schmid, Jörg: “Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG”, ZBJV 2012, s. 1-22.

Schott, Ansgar: “Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen-Zur Inhaltskontrolle”, ST 2/12, s. 78-82.

Sosnitza, Olaf: “Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, WRP 2008, s. 1014-1034.

Stöckli, Hubert: “Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle”, BR/DC 2011, s. 184-188.

Tüngler, Stefan/Ruess, Peter: “In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG? Eine Untersuchung am Beispiel von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen”, WRP 2009, s. 1336-1343.

Ulusan, İhan M.: “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004, s. 27-47.

Wildhaber, Isabelle: “Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr”, SJZ 107/2011, s. 537-545.