

**YENİ İSVİÇRE HAKSIZ REKABET KANUNU'NDA  
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ  
AÇIK İÇERİK DENETİMİ (UWG Art. 8)**

*Open Control of the Content of General Terms and Conditions  
on the New Swiss Federal Law Against Unfair Competition  
(UWG Art. 8)*

*Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU\**

**I. Giriş**

Genel İşlem Koşulları (GİK) sözleşmeler hukukunun uzun zamandır meşgul olduğu sorunların en önemlilerinden birini oluşturmaktadır. GİK, birden fazla sayıda yapılacak sözleşmelerde kullanılmak üzere önceden formüle edilmiş sözleşme koşullarıdır. Önceden formüle edilmesinin gereği olarak bu koşullar her bir sözleşme tarafıyla müzakere edilmezler. Bu sayede sözleşmenin daha kısa sürede kurulması mümkün olur. Bunun yanında bu koşullar, birden fazla kimseyle yapılacak sözleşmelerde rasyonelleşmeyi sağlarken, kanunda düzenlenmeyen bazı sözleşmeler bakımından yeni kuralların ihdasına da yardımcı olmaktadır<sup>1</sup>. GİK'in aynı zamanda

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/REY, Heinz/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9. Baskı, Basel 2008, s. 246; SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Bern 2009, s. 326; ATAMER, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 32-33 (GİŞ); HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s.

sözleşme formüle edilmeden önce tek taraflı olarak belirlenmesi özelliği bir gerçeği ortaya çıkarmaktadır: hukuk sistemi tarafından genel işlem koşullarının kullanımına ne ölçüde izin verilirse, bu koşulları kullanan taraf, sözleşmenin kendisi için doğuracağı riskleri o ölçüde diğerinin omuzlarına yüklemiş olur ki bu aleyhe durum sözleşmenin karşılıklı olması özelliğini kaybetmesi anlamına gelir<sup>2</sup>. İşte bu sakıncayı önlemek adına hukuk düzeni, özellikle diğer taraf için dengesizlik oluşturan GİK'leri denetim altına alma yolunda çareler aramaya başlamıştır. Bu arayışta bir yandan sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisini korumak, diğer yandan ise taraflar arasında adil bir menfaat dengesini sağlamak adına haksız ve uygunsuz içerikteki GİK'lerin sınırlandırılması amaçlanmaktadır. Haksız ve uygunsuz içerikteki GİK'leri sınırlandırma amacı ise açık içerik denetimi yoluyla sağlanmaktadır.

Açık içerik denetimi yolu İsviçre Hukuku'nda, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Haksız Rekabet Kanunu (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG) 8. madde ile benimsendi. Öncesinde uygulamada açık içerik denetimi kabul edilmemekte, ancak açık içerik denetimine olan ihtiyaç önemle vurgulanmaktaydı. Geç de olsa bu denetim yolunun benimsenmesi İsviçre Hukuku'nda önemli bir adım olarak görülmektedir.

Çalışmamızda İsviçre Hukuku'nda revize edilen UWG 8. maddesiyle getirilen açık içerik denetimi hakkında, açık içerik denetiminin uygulama koşulları üzerinde ayrıntılı incelemelerde bulunulacaktır. Açık içerik denetiminin bir unsuru olan; tarafların hak ve yükümlülüklerinde oransızlığın oluşması bakımından konu detaylıca incelenecek, bu noktada özellikle oransızlığın belirlenmesinde esas alınabilecek ölçütler üzerinde durulacaktır. Bu ölçütler aynı zamanda Türk Hukuk öğretisi ve uygulamasında da model olması açısından değer taşımaktadır. Bu sebeple söz konusu ölçütleri de örnek olarak

---

5-7 (GİŞ); HESS, Markus/RUCKSTUHL, Lea: AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslageordnung, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2012, s. 1193.

<sup>2</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1194.

konu hakkında ayrı bir başlık altında Türk Hukukunda açık içerik denetiminde esas alınabilecek ölçütler de incelenecek, bu konuda tavsiye niteliğinde açıklamalarda bulunulacaktır. Bunun yanında, GİK öğretisi ve uygulaması bakımından önemli gelişme kaydeden Alman Hukukundaki mevcut düzenlemelere de yeri geldikçe değinilecek, anlatımın son kısımlarında da Türk Hukuku'nda yürürlükte olan ve açık içerik denetimini düzenleyen 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla (TKHK) buna dayalı olarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ilgili hükümlerine karşılaştırma yapabilmek açısından yer verilecektir.

## II. Yürürlük, Yorum ve İçerik Denetimi

İsviçre uygulamasında klasik şekilde iki temel denetim yolu öngörülmekteydi: “bağlayıcılık” ve “yorum” denetimi. Yürürlük (Bağlayıcılık) denetiminde GİK'in sözleşmenin bir koşulu olması için somut her bir sözleşme bakımından değerlendirilerek kabul yoluyla bağlayıcılık kazanıp kazanmadığına bakılır. Bununla ilgili olarak günümüzde olduğu gibi toptan (global) bir kabul bu koşulların geçerli olabilmesi, GİK'i düzenleyen tarafından bunların içeriğinin öğrenilmesi imkânını karşı tarafa tanınmasını gerektirir. Bundan başka öğretisi ve mahkeme kararlarına göre global kabulün geçerliliği için ayrıca bazı ek koşulların varlığının da gerekli olduğu savunulmaktadır. Söz gelimi GİK'in belirli yazı tipinde ve belirli puntoda olması gibi. Ancak global kabul halinde bile eğer GİK arasında alışılma gelmeyen; şaşırtıcı koşullar da söz konusuysa bunlar da yeterli değildir. Bu şaşırtıcı koşullar hakkında GİK'i kullanan taraf, sözleşmenin karşı tarafına bu koşulları açıkça işaret etmelidir<sup>3</sup>. Yorum

<sup>3</sup> Yürürlük denetimiyle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. ATAMER, GİŞ, s. 81 vd.; HAVUTÇU, GİŞ, s. 105 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, s. 249-254; SCHWENZER, s. 328-331; ULUSAN, İlhan: Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004, s. 29-31; ATAMER, Yeşim M.: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK. M. 6 ve TTK. M. 55 F. 1 İle Karşılaştırmalı Olarak,

denetiminde ise sözleşme hukukunda geçerli olan yorum kurallarına göre GİK'in yorumlanması söz konusudur. Yorum sonucunda sözleşmenin lafzı ve diğer yorum araçlarının ele alınmasıyla bir açıklığa ulaşılamazsa, o koşul GİK kullanan taraf aleyhine; GİK'in geçersiz olması şeklinde yorumlanır<sup>4</sup>.

Bağlayıcılık ve yorum denetiminin yeterli olmayacağı, taraflar arasında adil bir menfaat dengesinin sağlanabilmesi için ayrıca GİK'lerin içerik denetimi yoluyla da denetlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. İçerik kontrolünde o koşulun içeriğinin uygun oluşturulup oluşturulmadığı denetlenmekte, dürüstlük kuralına aykırı, adil olmayan ve haksız nitelikteki GİK'ler geçersiz kılınmaktadır. İçerik denetimi, açık ve örtülü içerik denetimi olarak ikiye ayrılır. Açık içerik denetimi dar ve teknik anlamda içerik denetimi olup, bu denetim türünde, sözleşmenin kapsamına alınan GİK'lerin içeriğinin tarafların menfaatlerini adil biçimde dengeleyip dengelemediğine bakılır ve sonuçta hakkaniyete, dürüstlük kurallarına aykırı içerikteki GİK'ler geçersiz kılır. Görüldüğü üzere açık içerik denetiminde sözleşmenin içeriğine doğrudan müdahale edilmektedir. Açık içerik

---

Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 26 vd. (Yeni Borçlar Kanunu); **SİRMEN**, Lale: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 113-118; **ÇINAR**, Ömer: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 67 vd.; **HAVUTÇU**, Ayşe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011, s. 37 vd. (6098 S. TBK.); **SCHMID**, Jörg: Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 148/2012, s. 2.

<sup>4</sup> Yorum denetimiyle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ATAMER**, GİŞ, s. 124 vd.; **HAVUTÇU**, GİŞ, s. 148 vd.; **ATAMER**, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 300-303 (Yeni Açılımlar); **HAVUTÇU**, Ayşe: Tasarının GİŞ. İle İlgili Düzenlemelerinin İçeriği Açısından Değerlendirmeler, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Yıl 3, Sayı 34, s. 3622-3623 (Sempozyum); **SCHWENZER**, s. 331-332; **ÇINAR**, s. 107 vd.; **ATAMER**, Yeni Borçlar Kanunu, s. 35 vd.; **SİRMEN**, s. 118-119; **SCHMID**, s. 2.

denetiminin kabulünden önce, bu müdahale irade özerkliği prensibine aykırı görüldüğünden bundan kaçınılarak, uygulamada yorum yoluyla dolaylı olarak denetleme yoluna gidilmiştir. İşte örtülü içerik denetiminin konusu olan bu yöntem gereğince, hâkimin alışılmamış GİK'leri hakkaniyete aykırı yorumlayarak veya açık olmayan GİK'leri sözleşmenin diğer tarafı lehine yorumlayarak dolaylı yoldan denetlemede bulunması söz konusudur<sup>5</sup>.

Uluslararası hukukta da birçok ülkede açık içerik denetimi yolu haklı olarak kabul edilmektedir. Bu konuda Avrupa Birliği'ne üye ülkeler için 93/13 Sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Yönergede, tüketicilere yönelik olarak haksız nitelikteki sözleşme koşulları hakkında açık içerik denetimi yolu öngörülmüştü. Konuya ilişkin 3/I. maddede aynen şu düzenleme tavsiye niteliğinde olacak şekilde üye devletlerin kabulüne sunulmuştur:

*“Bireysel olarak müzakere edilmeyen bir sözleşme koşulu, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, tüketici aleyhine, sözleşmeden doğan hakları ve yükümlülüklerin dağılımında önemli ölçüde ve adil olmayacak tarzda oransızlık meydana getirdiği hallerde, kötüye kullanılabilir bir koşul olarak nitelendirilir”<sup>6</sup>.*

### III. İsviçre Hukuku'nda Açık İçerik Denetimi Hakkında Getirilen Yenilik

#### A. Yenilikten Önceki Durum

İsviçre Hukuku'nda “19 Aralık 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun” ile içerik olarak hakkaniyete aykırı GİK'lerin kullanılması, 8. maddede haksız rekabet olarak değerlendirilmişti. 8. madde aynen şöyleydi<sup>7</sup>:

<sup>5</sup> HAVUTÇU, GİŞ, s. 154-155; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, s. 254 vd.; SCHWENZER, s. 333 vd.

<sup>6</sup> ATAMER, GİŞ, s. 307; ÖZ, Turgut: Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 133-134; HAVUTÇU, GİŞ, s. 224.

<sup>7</sup> ATAMER, GİŞ, s. 43-44, 192; HAVUTÇU, GİŞ, s. 200.

*“Madde 8. Hakkaniyete Aykırı Genel İşlem Koşullarının Kullanılması  
Özellikle kim yanılıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine*

- a) *Doğrudan dođruya veya kıyas yoluyla uygulanabilecek yasal düzenlemeden önemli ölçüde sapan veya*
- b) *Sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve yükümlülük dağılımı öngören*

*önceden formüle edilmiş genel işlem koşullarını kullanırsa, haksız rekabet etmiş olur”.*

Görüldüğü üzere yanılıcı şekilde yasadaki düzenleyici nitelikteki hükümlerden önemli ölçüden ayrılan veya tarafların hak ve yükümlülükleri hakkında sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen bir dağılım haksız rekabet sayılmıştır. Maddedeki “yanılıcı olma” kullanılan GİK’in bir niteliği olarak anlaşılammakta, aksine GİK kullanan tarafın yanılıtma amacı aranmaktaydı. Ancak öğretide<sup>8</sup> GİK kullanan tarafın diğerini yanılıtmış olmasını ispat etmenin çoğu zaman imkânsız olduğu belirtilmekte, böylece maddenin istenen korumayı sağlamada başarısız olduğu ifade edilmekteydi. Bundan başka; Alman Hukuku’nda olduğu gibi, düzenlemenin içeriğinde hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına aykırı sayılan koşulların örnekseyici bir biçimde sayılmamış olması eksiklik olarak değerlendirilmekte, yine koruma kapsamına giren kimseler hakkında bir ayırım getirilmemesi sebebiyle tacirlerin de korumadan yararlanabilmesi, koruma kapsamının amacını aşacak şekilde geniş tutulduğu şeklinde eleştiriye yol açmaktaydı.

Düzenlemeye göre, sözleşmeye uygulanabilecek düzenleyici nitelikte hükümler varsa, bu kurallarda izlenen menfaat dağılımı önemli ölçüde diğer taraf aleyhine ihlal edilmişse veya sözleşmenin doğasında öngörülen denge, sözleşmenin amacını tehlikeye düşüre-

<sup>8</sup> Bkz. HAVUTÇU, GİŞ, s. 200-202’de sayılan yazarlar; SCHWENZER, s. 336; FURRER, Andreas: Eine AGB-Inhaltskontrolle In Der Schweiz, Haftung und Versicherung (HAVE) 2011, s. 324; WILDHABER, Isabella: Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr Gefahr für die Vertragsfreiheit? Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 107/2011 s. 538.

cek şekilde diğer taraf aleyhine zedelenmişse, ortada haksız rekabet vardır. Ancak bulunması gereken bir koşul da, haksız rekabet teşkil eden bu davranışların yanıltma amacı çerçevesinde sergilenmesiydi. Davranışın yanıltıcı olması, diğer tarafın fark edemeyeceği, dikkat çekmeyecek şekilde; sözleşmede karmaşık, açık olmayan veya birden fazla anlam taşıyan GİK'e yer verilmesi olarak anlaşılmaktaydı. Özellikle GİK'in açık ve anlaşılır yazılması yerine metnin ilgisiz bir yerine sıkıştırılması ya da silik yahut küçük harflerle yazılması, yanıltıcı bir davranış sayılmaktaydı. GİK'in yer aldığı sözleşmelerde genellikle zayıf konumda bulunan tarafın deneyim ya da bilgi eksikliği, tecrübesizliği ya da zaman baskısı altında aceleci davranması; dikkatini, sunulan mal ve hizmetlerin hangi koşullarda sunulduğuna değil, o mal ve hizmetin kalitesine ve fiyatına yöneltmiş olması gibi nedenlerle GİK'i genellikle okumadığı, okusa bile anlamadığı veya başkalarının kullandığı koşullarla kıyaslama yapma imkânından yoksun kaldığı, adeta gafil avlandığı ortadadır. Konunun bu derece hassasiyet taşıması sebebiyle; GİK'in içeriğinin kolayca öğrenilmesi imkânının kısıtlanmasına yol açan yanıltıcı davranışlar haksız rekabet sayılmaktaydı. Ancak uygun içerikte olmasa da; yanıltıcı şekilde olmayan yani açık ve anlaşılır bir biçimde kaleme alınan GİK'ler açısından içerik denetimi söz konusu değildi. Aslında maddenin a ve b bentlerinde içerik denetimine ilişkin elverişli ölçütler içerse de, bunların uygulanmasının yanıltıcı olma şartına bağlanması, içerik denetimini adeta imkânsızlaştırmaktaydı. İşte bu sınırlama yoluyla içerik denetimini ortadan kaldırma hali öğretide<sup>9</sup> eleştirilmekteydi. Düzenlemenin, yanıltıcı davranışları önleyerek açık ve anlaşılır GİK'in sözleşmede yer almasını sağlama amacı üzerinde durduğu düşünüldüğünde, daha çok bağlayıcılık denetimine yaklaştığı söylenebilir<sup>10</sup>.

Türk Hukuku'nda ise bu dönemde; başka bir deyişle TBK'nın kabulünden önce, sadece tüketiciler bakımından olsa da, İsviçre

<sup>9</sup> Bkz. **ATAMER**, *GİŞ*, s. 195-196; **HAVUTÇU**, *GİŞ*, s. 205'te sayılan yazarlar; **STÖCKLI**, Hubert: *Der Neue Art. 8 UWG- Offene Inhaltskontrolle, Aber Nicht Für Alle*, *Baurecht (BR) 2011*, s. 185.

<sup>10</sup> **HAVUTÇU**, *GİŞ*, s. 206 vd.; **ATAMER**, *Yeni Borçlar Kanunu*, s. 33-34.

Hukuku'na göre bir adım ileride bir denetimi hükmü benimsendi. Bu konuda 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi mehzaz alınarak, TKHK'da 06.03.2003 tarihinde getirilen değişiklikle 6. maddede ve buna dayanılarak çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"te, tüketiciler için haksız şartlara karşı açık denetim yolu kabul edildi. TKHK 6. maddenin ilk fıkrasında "(1)Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır" düzenlemesi, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in "Haksız Şartların Değerlendirilmesi" başlıklı 6. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında "(2)Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır. (3)Şartların haksızlığının taktirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz" düzenlemesi yer almaktadır<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Dikkat edilirse burada da tarafların sözleşmenin esaslı noktalarından sayılan; asli edim yükümlülükleri bakımından kabul ettikleri şartların keza bedel unsurunun, içerik olarak uygun olmasa da, açık ve anlaşılır şekilde formüle edilmiş olmaları durumunda, içerik denetiminin kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir. Bunun sebebi, genellikle ödenen bedel ile mal veya hizmetin değeri arasında dengenin ekonominin arz-talep ilişkisi, piyasadaki rekabet gücü ve piyasa adaletiyle ilgili kuralların belirlemesi, eğer aşırı bir oransızlık varsa sadece ahlaka aykırılık veya gabin yoluyla müdahale edilebilmesidir. Bu tür bir müdahale ise içerik denetiminin dışında kalmaktadır. Bkz. ATAMER, GİŞ, s. 64, 220; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 315; ÇINAR, s. 178, 181-184; ATAMER, Yeni Borçlar Kanunu, s. 56-59. Ancak her zaman tarafların sözleşmenin esaslı noktalarını belirlemede titiz ve dürüstlük kurallarına uygun davranacaklarından söz edilemeyeceğinden, asli edim yükümlülüklerinin dahi yeri geldiğinde; içerik denetiminin izlediği; adil olmayan, haksız ve hakkaniyete aykırı koşulları geçersiz kılma amacı çerçevesinde denetlenmesinde yarar vardır. Bkz. ULUSAN, s. 40.



## B. Reform Çalışmaları ve Getirilen Yenilik

Yukarıda belirtilen eleştirilerle birlikte İsviçre öğretisinde uzun zamandır GİK'lerin açık içerik denetimi yoluyla korunması ihtiyacı üzerinde durulmakta, uygulamada ise açık içerik denetimi reddedilmekte, sadece alışlagelmemiş; sözleşmenin içeriğine yabancı olan sözleşme koşullarının örtülü içerik denetimi yapılmaktaydı<sup>12</sup>. Ancak bu kez; bu türden GİK'leri kullanan sözleşme tarafı, GİK'leri sözleşmede açık bir şekilde düzenleyerek ve diğerinin dikkatini çekerek böylesine bir denetimin önüne geçebiliyordu. Bu sebeple bu yöntem de gerçekte pazarlık gücünden ya da sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğünden yoksun kimselerin korunması ihtiyacına cevap veremiyordu. İşte yasakoyucu bu boşluğu, GİK hakkında açık ve soyut bir içerik denetimi düzenlemesiyle doldurmayı amaçlamıştır. Bunun için de Federal Konsey 2009 yılının Eylül ayında, UWG 8. madde hakkında hazırlanan Tasarıyı tartışmalara açmıştır. Bu Tasarı hükmüne göre, dürüstlük kurallarını ihlal edecek şekilde yasal düzenlemelerden ayrılan veya önemli derecede ve adil olmayacak şekilde; tarafların sözleşmeden doğan haklarının ve yükümlülüklerinin dağılımında oransızlık yaratan kimse hakkında hâkim tarafından haksız rekabetin varlığı kabul edilebilecektir. Senato tarafından da kabul edilen ancak koruma kapsamına giren kimseler açısından bir ayırım getirmeyen bu hükmün sert düzenlemesine karşı Ulusal Konsey tarafından sözleşme özgürlüğü prensibine bir müdahale ve böylece hukuk güvenliğini ihlal etme eleştirileri yöneltilmiştir. Bunun üzerine Senato hükmün yeniden kaleme alınmasını sağlayarak 2011 yılının Mart ayında önceki sert düzenlemeyi yumuşatan değişikliklere gitmiş ve sözleşme özgürlüğü prensibinin de lehine olacak şekilde, öncelikle “*yasal düzenlemelerden ayrılan*” ifadesini metinden çıkarmış, ikinci olarak düzenlemenin uygulama alanını sadece tüketicilerle sınırlamıştır. Senatonun bu önerisi Federal ve

---

<sup>12</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, s. 255 vd.; SCHWENZER, s. 337; WILDHABER, s. 538'te ve SCHMID, s. 4'te sayılan yazarlar ve Federal Mahkeme Kararları;

Ulusal Konseyin uzlaşmasıyla kabul edilerek 8. madde metni aşağıda belirtilen haliyle yasalaşmıştır<sup>13</sup>:

*“Madde 8. Kötüye Kullanılabilir Genel İşlem Koşulları*

*Haksız rekabet özellikle, dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan ve tüketiciler aleyhine, tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren genel işlem koşullarının varlığı halinde mevcut sayılabilir”.*

Federal Konsey 12 Ekim 2011 tarihinde, diğer hükümleriyle birlikte revizyonu sağlanan UWG'nin 1 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe gireceğini kararlaştırmış, sadece içerik denetimi konusundaki 8. maddenin yürürlük tarihini 1 Temmuz 2012 tarihine uzatarak, işletmelerin kullandıkları GİK'leri gözden geçirmeleri ve yeni düzenlemeye uyumlu hale getirmeleri için bir yıllık süre tanımıştır.

Türk Hukuku'nda ise açık içerik denetimi konusunda sadece tüketiciler açısından TKHK'da ve ilgili Yönetmelik'te önceden benimsenen düzenlemeler yanında, 11.01.2011 tarihinde kabul edilen 6098 Sayılı TBK 25. maddede, tüketici olsun olmasın; kapsamı daha geniş şekilde, açık içerik denetimiyle ilgili genel bir norm olarak "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*" hükmü ve bu genel normun örnek bir uygulaması niteliğindeki 24. maddede "*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır*" hükmü kabul edildi<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Metnin kabulünde gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **FURRER**, s. 324-325; **WILDHABER**, s. 538-539; **SCHMID**, s. 4-6; **HESS/RUCKSTUHL**, s. 1190-1192.

<sup>14</sup> Bunun yanında 6102 Sayılı TTK 55. maddenin birinci fıkrasının f bendinde haksız rekabet hali teşkil eden haller arasında dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak da sayılmıştır. Düzenlemede aynen "*f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden*

TKHK ve TBK düzenlemeleri UWG 8. maddeyle kıyaslandığında, objektif iyiniyet<sup>15</sup> (dürüstlük) kuralına aykırı şekilde hak ve yükümlülüklerde dengesizlikten bahsetmesi ve uygulama alanını sadece tüketicilerle sınırlandırması bakımından düzenlemenin daha çok TKHK'a benzediği görülmektedir<sup>16</sup>. UWG 8. maddenin yeni halinin TKHK ile benzerliği bulunmakla birlikte öğretide<sup>17</sup> kabul edildiği üzere; TKHK düzenlemesinde tüketiciler sadece GİK'lere karşı değil, tüketicinin içeriğine etki edemediği bireysel sözleşme koşullarına karşı da korundukları halde, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, UWG'de açık içerik denetimi sadece GİK niteliğindeki koşullar bakımından uygulama bulacaktır.

### C. Açık İçerik Denetiminin Kabulünün Altında Yatan Düşünceler

Açık içerik denetimi anayasal güvenceye bağlanmış sözleşme özgürlüğü prensibine bir müdahale gibi görünse de, hukuki ve

---

*önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur"* hükmü öngörülmektedir. Bu hüküm açık içerik denetimini değil haksız rekabeti düzenlese de, hükmün açık içerik denetiminde, denetim ölçütlerinin geliştirilmesinde, örnek teşkil etmesi açısından önem taşıdığı belirtilmelidir.

- <sup>15</sup> TKHK 6. maddede iyiniyet ifadesi kullanılmışsa da bu ifade hatalı olup, burada kastedilen objektif iyiniyet; başka bir deyişle dürüstlük kurallarıdır. Bkz. **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 303; **ÖZ**, s. 145, dn. 27; **ULUSAN**, s. 35; **ÇINAR**, s. 143. Nitekim 4077 Sayılı TKHK'a dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik'in 2. maddesinde doğru bir şekilde dürüstlük kurallarına aykırı biçimde konulmuş haksız şartlardan bahsetmektedir.
- <sup>16</sup> Dikkat edilirse TTK 55/I-f maddede kabul edilen hükmün ise 8. maddenin eski haliyle birebir örtüştüğü görülmektedir.
- <sup>17</sup> **ÇINAR**, s. 47; **HAVUTÇU**, 6098 S. TBK, s. 36; **SİRMEN**, s. 121. TKHK'nın mehaz aldığı 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde de bireysel olarak pazarlık konusu yapılmamış hükümler ibaresinden yola çıkarak hem GİK'lerin hem de bireysel sözleşme koşullarının açık içerik denetimine tabi olduğu konusunda bkz. **ATAMER**, GİŞ, s. 44; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 292, 296; **ATAMER**, Yeni Borçlar Kanunu, s. 19-20.

ekonomik gerekçelerle bu tür bir müdahalenin kabulünün haklı gerekçelere dayandığı kabul edilmektedir: öncelikle GİK kullanan taraf, sözleşme özgürlüğü prensibinin uzantısı olan sözleşmenin içeriğini dilediği gibi belirleme serbestisinin aksine, tek taraflı ve diğer tarafın aleyhine olacak şekilde içeriği belirleyebilmektedir. Bu durumda sözleşmenin içeriğinin serbestçe ve tarafların kendi hür iradeleri gereği bir uzlaşıyla belirlenmesinden söz edilemez. Sözleşme özgürlüğünün amacı, taraf menfaatlerinin en iyi şekilde dengelemesi olsa da bu amaç ancak tarafların birbirine eşit veya yakın güçte oldukları ve pazarlık imkânına sahip buldukları bir ortamda gerçekleşebilir. Pazarlık sonucunda taraflar kendileri için lehe ve aleyhe olan koşulları tartarak menfaatlerine en uygun olan noktada buluşurlar. Ancak gerçekte piyasada güçlü konumda bulunan işletmeler pazarlık imkânını ortadan kaldırarak, geniş kitlelere, bu güçlü konumları sayesinde; sadece kendi menfaatlerini dikkate alan koşulları dayatabilirler. İşte menfaatler dengesine gölge düşüren bu olumsuz durum açık içerik denetimi yoluyla engellenmeye çalışılır. Bununla birlikte açık içerik denetiminin amacı, sonradan tarafların sözleşmede eksik bıraktıkları noktaları tamamlamak veya onları düzeltmek olmayıp, sadece içerik olarak adil olmayan, haksız veya hakkaniyete aykırı koşulları geçersiz saymaktır<sup>18</sup>.

Tarafların bu şekildeki öznel durumları bir yana piyasa koşullarının özelliği de GİK'lerin açık içerik denetimi yoluyla denetlenmesini gerektirmektedir. Geniş kitlelerle çok sayıda sözleşme yapmak durumunda olan işletmeler, çoğu zaman sözleşme yaptığı kimselerin kimliği üzerinde durmazlar. Müşteriler de yaptıkları sözleşmenin niteliğinden ve içeriğinden ziyade sunulan mal veya hizmetin fiyatını önemseyerek hareket ederler. İşte bu eğilim de GİK'in açık içerik denetimi yoluyla denetlenmesinin sebeplerinden birini oluşturmaktadır<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> HAVUTÇU, GiŞ, s. 6-8; WILDHABER, s. 536; SCHMID, s. 3.

<sup>19</sup> HAVUTÇU, GiŞ, s. 33; WILDHABER, s. 537.

#### IV. Açık İçerik Denetiminin Unsurları

##### A. Genel İşlem Koşullarının Kullanılması

UWG 8. maddeye göre öncelikli unsur, GİK'in bilfiil kullanılmasıdır. Bu unsur 8. maddenin eski metninde de aynen aranmaktaydı. GİK'in özelliği, bu koşulların sözleşme koşulu olarak belirli bir tipte ve sayıca çok kez kullanma amacıyla önceden genel tarzda formüle edilmiş olmalarıdır. GİK'ler doğası gereği, her bir sözleşme tarafıyla ayrı ayrı tartışma konusu edilmezler veya taraflarca bir taslak halinde tartışılıp bazılarında değişiklikler yapılmasına imkân vermezler. Eğer GİK koşulları taraflar arasında tartışma konusu yapılmış ve taraflar arasında standart GİK'in içeriğinden farklı şekilde koşullar kabul edilmişse, artık bu koşullar, üzerinde görüşülüp tartışıldığından bireysel anlaşma konusu olurlar ve GİK özelliğini kaybederler, buna bağlı olarak 8. maddeye göre açık içerik denetimi yolu da kapanmış olur<sup>20</sup>.

GİK'in kullanılmasını öneren sözleşme tarafının gerçek veya tüzel kişi olması farksızdır, yeter ki kullanan GİK'i belirli bir bransa yönelik olarak piyasada birden fazla kez kullanma amacıyla hareket etsin<sup>21</sup>. GİK'in kullanılması bakımından Alman Hukuku'nda üç kez kullanmayla çok sayıda kullanımın gerçekleşmiş olacağı kabul edilirken, İsviçre Hukuku'nda bir defada sözleşmenin kuruluşunda bu koşulların kullanılmış olması yeterlidir, ancak burada söz konusu koşulların birden fazla kez kullanılmak amacıyla kaleme alınmış olması da aranmaktadır<sup>22</sup>.

GİK'in illaki kanunda düzenlenen sözleşmelerde de kullanılmış olması da gerekli değildir; başka bir deyişle, tipik ya da atipik olsun tüm sözleşmelerde bu tür koşulların yer alması yeterlidir. Ayrıca GİK'in kullanıldığı sözleşmenin şekle bağlı olup olmaması da önem taşımamaktadır. Uygulamada GİK'in daha çok adi yazılı şekilde

<sup>20</sup> WILDHABER, s. 542.

<sup>21</sup> SCHMID, s. 6.

<sup>22</sup> HAVUTÇU, GİŞ, s. 83; ÇINAR, s. 57; ATAMER, Yeni Borçlar Kanunu, s. 16-17; HESS/RUCKSTUHL, s. 1194.

yapılan sözleşmelerde kullanıldığı söylenebilirse de, diğer şekil türlerinde de GİK yer alabilir. Söz gelimi sözlü şekilde bir temizlik şirketiyle yapılan sözleşmede ayrıca görülebilecek yerde duvara tabelada GİK'lere yer verilmesinde veya resmi şekilde Noterin matbu olarak kullandığı resmi senette GİK'lere yer verilmesinde durum böyledir<sup>23</sup>. Hatta metne dâhil olmasa; başka bir deyişle asıl sözleşmenin bir parçası olmayıp, başka bir sözleşmeye atıf yapılsa da; o sözleşmenin amacına hizmet etmek üzere GİK'in kullanılmış olması yeterlidir<sup>24</sup>.

### **B. Genel İşlem Koşullarının Tüketiciler Aleyhine Olacak Şekilde Kullanılması**

Haksız Koşullar karşısında 8. maddenin koruma kapsamına sadece tüketiciler girmektedir. Tarihsel gelişime göre eski haline nazaran yeni hükümle birlikte artık esnaf veya tacir sıfatına sahip kimseler koruma kapsamına alınmamaktadır. Bu düzenlemeyle İsviçre uygulamasında sayıca çok olan; küçük ve orta ölçek düzeyindeki girişimciler içerik yönünden GİK'in denetiminden yoksun kalacaklardır. Başka bir deyişle açık içerik denetimi yolu ticari hayatta girişimciler arasında söz konusu olmayacaktır. Değişiklik Tasarısının ilk halinde böyle bir sınırlandırma söz konusu olmayıp, en az tüketiciler kadar küçük ve orta ölçek düzeyindeki girişimcilerin de koruma ihtiyacı içinde bulunduğu, zira onların da genellikle sözleşmenin zayıf konumunda olan tarafında bulunabilecekleri kabul edilmekteydi. Sözleşme özgürlüğü prensibine açık içerik denetimi yoluyla müdahale tehlikesi, şüphesiz bir girişimciyle tüketici arasında kurulan sözleşmeye nazaran girişimciler arasında kurulan sözleşmelerde daha fazla kendisini hissettirmektedir. Bu sebeple girişimciler arasındaki sözleşmeler 8. maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak açık içerik denetiminin kabulü için sayılan gerekçeler bazı hallerde girişimciler için de söz konusu olabilir.

---

<sup>23</sup> SCHMID, s. 6-7. Sözleşmenin şekle bağlı olmasının önem taşımadığı hakkında bkz. açıkça BGB § 305 Fıkra 1 Cümle 2.

<sup>24</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1194.

Özellikle piyasadaki güçlü konumuna binaen bir girişimci diğerinin üzerinde hâkimiyet sağlayarak ve onun sözleşmenin koşullarını tartışabilme gücünden yoksunluğundan yararlanarak, dilediği GİK'leri ona kabul ettirebilir<sup>25</sup>.

Tüketici kavramı muğlak bir kavram olup, ne 8. maddede ne de İsviçre mevzuatında bu kavram için ayrıntılı bir tanım verilmemektedir. Mevzuat hükümleri dikkate alındığında, Hukuk Muhakemeleri Usulü Hakkında Federal Kanun (ZPO) 32. maddenin ikinci fıkrasına göre, sadece olağan kullanıma esas teşkil edecek şekilde ve bir kimsenin kendisinin veya ailesinin tüketimine yönelik ve mesleki amaçla edinilmeyen mal veya hizmet edimlerini içeren sözleşmeler tüketici sözleşmeleri olarak kabul edilmekte, Tüketici Kredilerine İlişkin Federal Kanun (KKG) üçüncü maddeye ve 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ikinci maddeye göre mesleki faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyecek bir amaçla hareket eden gerçek kişi tüketici sayılmaktadır. Bu tanımlar gereğince, öncelikle sözleşmenin olağan kullanıma yönelik ve mesleki amaçla edinilmeyen mal veya hizmet edimlerini içeren nitelikte bir sözleşme olması gerekir. Buna göre olağan kullanım amacını aşan nitelikteki sözleşmelerde, söz gelimi bir taşınmazın, pahalı bir tablonun ya da lüks sayılabilecek bir eşyanın komisyonculuğuna ve satımına ya da gayrimenkul yönetimi gibi karmaşık bir banka işlemine yönelik GİK kullanılması, 8. madde anlamında koruma kapsamına girmemektedir<sup>26</sup>. Ancak bir taşınmaz mesleki anlamda olmayacak şekilde yatırım veya barınma amacıyla edinilmişse bu sözleşmenin de koruma kapsamı içinde düşünülmesi mümkündür<sup>27</sup>. Bundan başka bu sözleşmenin tüketici tarafında yer alan kimselerin gerçek kişilerden oluşması<sup>28</sup> gereklidir.

<sup>25</sup> STÖCKLI, s. 185-187; WILDHABER, s. 541, 543-544; SCHMID, s. 7.

<sup>26</sup> FURRER, s. 325; STÖCKLI, s. 186; HESS/RUCKSTUHL, s. 1196.

<sup>27</sup> STÖCKLI, s. 186.

<sup>28</sup> Hukuk Usulü Hakkında Federal Kanun (ZPO) (Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008) 32/II. maddede, Tüketici Kredilerine İlişkin Federal Kanun (KKG) (Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit) 3. maddede tüketiciler için gerçek kişi ifadesi geçmektedir.

Ancak mevzuatta tüzel kişilerin de tüketici olabileceğini öngören düzenlemelere<sup>29</sup> rastlanılmaktadır. Bu düzenlemelerden hareketle bir görüş<sup>30</sup>, içerik denetimine ilişkin 8. maddenin uygulama alanının sadece gerçek kişilerle sınırlanamayacağını, faaliyet alanlarına bakılmaksızın tüzel kişilerin de bu korumadan yararlanabileceğini kabul etmektedir. Bu görüş, küçük ve orta ölçek düzeyindeki girişimciler ve kazanç sağlama amacıyla ticari işletme işleten ancak mal ve hizmet alımı bu amacın dışında kalan dernek ve vakıflar açısından anlaşılabilirse de yasakoyucunun amacıyla tam olarak örtüşmemektedir: meclis görüşmelerinden de çıkan sonuca göre yasakoyucunun 8. maddede kastettiği tüketici, ekonomik yaşamda küçük ve orta ölçekli de olsa girişimcinin dışında kalan bir kavramı ifade eder<sup>31</sup>. Bunun yanında 8. maddenin, 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi göz önünde tutularak hazırlanması ve Yönerge'nin 2-b maddesinde tüketicinin, mesleki faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyecek bir amaçla hareket eden gerçek kişi olarak tanımlanması, maddenin sadece bu sınırlayıcı anlamda tüketici kavramını ele almak istediğini göstermektedir. Nihai olarak; tüketicilerin 8. madde çerçevesinde gerçek kişi olmaları ve kişisel veya ailesiyle ilgili mal ve hizmet edinmek üzere sözleşme yapan kimseler olarak anlaşılması gereklidir. Bu mal ve hizmet edinimi yaşamın birçok alanında; banka, sigorta, kira, seyahat ya da inşaat gibi sözleşmelerde karşımıza çıkabilir. Söz gelimi inşaat sözleşmesinde ailesinin barınma ihtiyacına yönelik olarak bir arsa üzerinde yükleniciyle yapılan eser sözleşmesinde, adi bir borç için kefil olunmasında veya kredi yoluyla bir taşınmaz edinimini güvence altına almak için rehin (ipotek) verilmesinde durum böyledir<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Paket Turlar Hakkında Federal Kanun (PRG) (Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18 Juni 1993) 2/III. maddede ve Fiyatların Duyurulması Hakkında Federal Kanun (PBV) (Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978) 2/II. maddede, tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olması hakkında ayırıcı bir ifade kullanılmamaktadır.

<sup>30</sup> Bu görüş için bkz **SCHMID**, s. 8, dn. 37.

<sup>31</sup> **SCHMID**, s. 8-9.

<sup>32</sup> **SCHMID**, s. 9.



İsviçre Hukuku'nda UWG 8. maddede açık içerik denetiminin uygulama alanı sadece tüketicilerle sınırlı tutulmuşken, Türk Hukuku'nda hem tüketiciler hem de girişimciler açısından açık içerik denetimi kabul görmektedir. Bu yönüyle Türk Hukuku'nun kapsamı geniş tutularak, İsviçre Hukuku'na göre daha ileri düzeyde bir koruma getirdiği görülmektedir. Türk Hukuku'nda konuyla ilgili olarak öncesinde, 4077 Sayılı TKHK'da 2003 değişikliğiyle 6. maddede ve ayrıca buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik'te tüketiciler için haksız şartlara karşı açık içerik denetimi benimsendi. Daha sonra 11.01.2011 tarihinde kabul edilen 6098 Sayılı TBK'da 20. ila 25. maddeler arasında tüketici-girişimci ayrımı yapılmadan GİK'lere ilişkin denetim yolları kabul edildi<sup>33</sup>. Özetle Türk Hukukunda, tüm mevzuat dikkate alındığında GİK denetiminin uygulama alanı şöyledir: GİK'leri kullanan taraf, kamu hukuku veya özel hukuk kaynaklı olsun tüzel kişiler veya gerçek kişiler olabilir, sözleşmenin diğer tarafı tüketiciyse özel düzenleme sayılan 4077 Sayılı TKHK ve buna dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik hükümleri uygulanır, ancak diğer tarafın tüketici olmadığı hallerde genel hüküm niteliğindeki TBK 20-25 arası hükümleri dikkate alınır<sup>34</sup>.

### C. Tarafların Sözleşmeden Doğan Hakların ve Yükümlülüklerin Dağılımında Oransızlık Oluşması

Önceden formüle edilmiş GİK'lerin aynı zamanda tarafların sözleşmeden doğan hakların ve yükümlülüklerin dağılımında oransızlık meydana getirmesi de gereklidir. UWG 8. maddede bu oransızlığın önemli derecede, adil olmayacak şekilde ve dürüstlük kurallarını ihlal edici nitelikte olması şartları aranmaktadır. GİK'in oransızlığa sebep olduğunun kabulü için bu oransızlığın, gabin halindeki oransızlıkta olduğu gibi; açık ve göze çarpıcı şekilde belirli olması gerekli değildir. Oransızlığın önemli derecede ve adil olmayacak şekilde ortaya çıkması yeterlidir<sup>35</sup>. GİK'lerden sadece bir

<sup>33</sup> TBK'nın kabulünden önce TKHK'nun 6. maddesinde sadece tüketicilerin içerik denetimi kapsamında olmalarının eleştirisi için bkz . ÖZ, s. 145.

<sup>34</sup> HAVUTÇU, 6098 S. TBK, s. 31.

<sup>35</sup> SCHMID, s. 10.

tanisinin varlığı tartışma konusu olsa da, bu koşulun sözleşmenin içeriğinde yer alan hak ve yükümlülüklerin tamamıyla ilgisi ele alınarak oransızlığın varlığı tespit edilmeye çalışılır, zira tüketici aleyhine olan belli bir GİK, tüketiciye önemli avantaj sağlayan başka bir GİK'le dengelenmiş olabilir<sup>36</sup>. Oransızlığın belirlenmesinde amaca uygun olan yöntem, GİK'lerin tamamının ele alınarak, sözleşmeden doğan bütün hak ve yükümlülüklerle ilişkilendirilmesidir. Nitekim 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin dördüncü maddesinde de kötüye kullanılabilirliğin değerlendirilmesinde, ilgili sözleşmenin veya şartın bağlı olduğu başka bir sözleşmenin bütün hükümlerinin dikkate alınacağı açıkça belirtilmektedir<sup>37</sup>. Türk Hukukunda da haksız şartların değerlendirilmesiyle ilgili olarak, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesinin ikinci fıkrasında şartın bağlı olduğu sözleşmenin tüm şartlarının birlikte değerlendirileceği açıkça belirtilmektedir.

### 1. Oransızlığın Varlığının Tespit Edilmesi

Sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin dağılımında oransızlığın hangi hallerde var olduğunu tespit etmek gerekir. Bu konuda oransızlığın varlığına dayanak alınabilecek ölçütler hakkında UWG 8. maddede bir açıklık bulunmamaktadır. 8. maddenin eski halinde sadece hakkaniyet ölçüsü dikkate alınarak; yasal düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve yükümlülük dağılımından bahsedilmekte, yeni metinde ise buna yer verilmemektedir. Bu durumda halen, yasal düzenlemelerden ayrılma ve sözleşmenin doğasına ters düşme gibi eski ölçütlerin geçerli olup olmadığı ya da hangi ölçütlerin dikkate alınabileceği konusu öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre<sup>38</sup>, 8. maddenin eski halinde sadece hakkaniyet ölçüsü dikkate alınarak; yasal düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve

<sup>36</sup> SİRMEN, s. 127; HESS/RUCKSTUHL, s. 1196.

<sup>37</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1196-1197.

<sup>38</sup> SCHMID, s. 10-11.

yükümlülük dağılımı öngören GİK'lerden bahsedilmektedir. Yeni metinde bunlara yer verilmese de bunlardan yararlanmak mümkündür. Gerçekten tipik sözleşmelerde yasakoyucunun menfaatler dengesini adil bir biçimde dengeleyici nitelikte sevk etmiş olduğu düzenleyici hükümlere de zımnen vurgu yapılmaktadır. Bu sayede GİK'in değerlendirilmesinde yasa metninde öngörülen düzenleyici nitelikteki hükümlerle yapılacak bir karşılaştırma sonucunda, menfaatler dengesi önemli ölçüde sarsılmışsa, o GİK'in oransızlık meydana getirdiği sonucuna varılabilir. Böylece o GİK yerine yasadaki düzenleyici koşullar geçerli olur. Ancak burada tekrar belirtmek gerekir ki, o GİK'in oransızlık oluşturduğunun kabulü için; tüketicilerin aleyhine olacak şekilde düzenleyici hükümlerden hissedilir ölçüde ayrılan bir içerik de aranmalıdır. Bu husus Alman Medeni Kanunu'nun 307. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde *"..yasadaki düzenlemelerin temel düşüncesinden önemli derecede ayrılan koşul.."* şeklinde açık bir şekilde belirtilmektedir. Atipik sözleşmelerde; keza kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerde ise, bu sözleşmelerin doğasına uygun düştüğü ölçüde tipik sözleşmelere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacağından, kendisine başvuru sözleşme hükmünün karşılaştırılması yoluna gidilebilir. Burada karşılaştırma yapılması yanında ayrıca sözleşme hükmünün hakkaniyet düşüncesinden önemli ölçüde ayrılıp ayrılmadığı da gözetilmelidir. Olayın tüm koşulları birlikte değerlendirildiğinden hakkaniyet düşüncesiyle uyuşmayan bir GİK'in varlığına kanaat getirilirse, o GİK'in aynı zamanda oransızlık meydana getiren bir GİK olduğu kabul edilebilir.

Diğer bir görüşe göre<sup>39</sup> ise UWG 8. maddenin eski halinde ve önceden önerilen tasarıda, yasal düzenlemelerden ayrılma ve sözleşmenin doğasına aykırılık kavramları kullanılmışsa da yeni metinde bu kavramlara bilinçli olarak yer verilmemektedir. Bu sebeple bu ölçütlerden yararlanmak mümkün değildir. 8. maddede açıkça önemli derecede ve adil olmayacak şekilde oransızlık vurgulanmaktadır. Bu düzenlemenin dayanağı olan 93/13 Sayılı Avrupa Birliği

---

<sup>39</sup> HESS/RUCKSTUHL, s.1197-1199.

Yönergesi'nde ise tüketici aleyhine bir oransızlığın varlığı, düzenleyici hükümlerin GİK ile getirilen koşullara nazaran daha elverişli bulunduğu hallerde mevcut sayılmaktadır. Oransızlığın tespitinde, elverişlilik ölçütü, tipik sözleşmelerde esas alınabildiği halde, atipik sözleşmelerde ise sözleşmenin amacı ölçütü ve uygulamada geliştirilebilecek diğer ölçütler dikkate alınmaktadır. Ancak bu ölçütlere de UWG'de yer verilmediğinden bunlardan yararlanmak da mümkün değildir. Neticede 8. maddenin lafzı dikkate alındığında; tarafların hak ve yükümlülüklerinde oransızlık arandığında göre, hak ve yükümlülüklerine dağılımına bakılmalı, eğer bir tarafın lehine, ancak diğer tarafın aleyhine hak ve yükümlülük dağılımı öngörülmüşse, şekli anlamda bir oransızlığın varlığı kabul edilmelidir. Daha sonra bu şekli oransızlık, aşağıda inceleyeceğimiz; dürüstlük kuralları gibi diğer unsurlara göre de değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede, hakkını kullanan tarafın ilişkilerde ölçülülük prensibine uygun hareket edip etmediği, keza rizikoların kimin hâkimiyet alanında gerçekleştiği, buna göre hak ve yükümlülük dağılımının uygun olup olmadığı belirlenmelidir.

Oransızlığın tespitinde bu görüşlerden başka, kurulmak istenen sözleşmenin normatif modelinden önemli ölçüde sapma ölçütünün aranabileceğini kabul edenler olduğu gibi, sözleşmenin amacının veya taraf menfaatlerinin zedelenmesi ölçütlerini yeterli görenler de bulunmaktadır<sup>40</sup>.

Alman Medeni Kanunu 307. paragrafta bu konuda ölçüsüz bir şekilde mağduriyetten bahsedilmektedir. Bu durum, GİK'in kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli düşünceye aykırı düşmesi ya da sözleşmenin doğasından doğan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek şekilde sınırlandırması halinde ortaya çıkmaktadır. Yasal düzenlemenin temelindeki düşünceye aykırılığın tespitinde; GİK'in düzenleyici kurallarla bir karşılaştırması yapılır ve karşılaştırılan düzenleyici hüküm taraf menfaatlerinin dengeye oturtulmasında model olarak ele alınır. Düzenleyici hükümler denilince sadece yazılı kaynaklar

<sup>40</sup> Bu görüşler için bkz HESS/RUCKSTUHL, s. 1197; FURRER, s. 326.

değil; yazılı olmayan örf ve adet hukuku ve teamül kuralları, eşitlik prensibi, sorumlulukta kusur prensibi, zarardan faydaların denkleştirilmesi prensibi gibi hukukun temel prensipleri hatta hâkimin yarattığı hukuk kuralları da bu kapsamda düşünülür. Sözleşmenin doğasından doğan temel hak ve borçların, sözleşmenin amacına ulaşması bakımından tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırma ölçütü ise atipik sözleşmeler bakımından özellikle dikkate alınan bir ölçüttür. Bu şekilde; tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırma, uygulamada özellikle sözleşmeden doğan sorumluluğun sınırlandırılmasına ya da tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin koşullar açısından incelenmektedir<sup>41</sup>.

## 2. Oransızlığın Önemli Derecede ve Adil Olmayacak Şekilde Oluşması

Uygunsuz içerikte bir GİK'in varlığı için sadece tarafların hak ve yükümlülüklerinin dağılımında bir oransızlığın bulunması yeterli değildir. Ayrıca bu oransızlığın önemi derecede ve adil olmayacak şekilde ortaya çıkması da gerekir. Hangi hallerde önemli derecede ve adil olmayacak şekilde oransızlığın bulunacağı meselesinin çözümünde, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde ve Alman Hukuku'nda kabul edilen yöntemler incelenmeli, sonrasında konu İsviçre Hukuku'nda UWG 8. madde bakımından irdelenmelidir.

Avrupa Birliği Yönergesi'nde önemli derecede ve adil olmayacak şekilde oransızlığın ne anlama geldiği hakkında bir tanım yapılmamıştır. Ancak öğretilerde oransızlığın varlığı şekli ve maddi anlamda incelenmektedir. Şekli oransızlıkta tarafların aynı konumda ve aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olup olmadıkları irdelenir. Sözgelimi bir taraf istediği zaman sözleşmeyi feshe yetkili, diğeri değilse veya onun sorumluluğu diğere göre sınırlandırılmışsa şekli anlamda oransızlık gerçekleşmiş demektir. 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin eki niteliğindeki listenin 1 numarasında c, d, f,

---

<sup>41</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1198 ve orada sayılan yazarlar.

ve o'da belirtilen kayıtların<sup>42</sup> şekli anlamda oransızlık halleri olduğu görülmektedir. Taraflar için bazı hallerde şekli anlamda orantı sağlanmış olsa da bu değerlendirme tek başına yeterli olmayıp, aynı değerlendirmede maddi anlamda oransızlığın olup olmadığının da incelenmesi gerekebilir. Söz gelimi iki taraf için de sözleşmeye aykırılık hali için öngörülen ceza koşulu, şeklen orantılı gibi görünse de gerçekte bu durum tüketici açısından ağır bir yük anlamına gelebilir. Bu sebeple sadece şeklen orantının değil, tarafların menfaat dengelerini gerçekten sağlayan maddi anlamda orantının da varlığı aranmalı, bunun için her sözleşme kendi somut şartlarında değerlendirilmeli, keza tarafların üstlendikleri edimlerin ve yükümlülüklerin türü de dikkate alınmalıdır. Maddi anlamda orantının değerlendirilmesinde Yönerge'nin dördüncü maddesinde örnek alınabilecek bazı yararlı ölçütler sunulmaktadır: üstlenilen mal veya hizmet ediminin türü, sözleşmenin kuruluşuna eşlik eden hal ve şartların bütünü, ilgili sözleşmenin veya koşulun bağlı olduğu bir başka sözleşmenin bütün hükümleri dikkate alınarak oransızlık belirlenebilir<sup>43</sup>.

Alman Hukuku'nda da oransızlığın ölçüsüz şekilde mağduriyet görünümünde ortaya çıkması aranmaktadır. Bunun tespitinde ise iki

<sup>42</sup> Şekli anlamda oransızlığa örnek teşkil edecek şekilde Yönergenin üçüncü maddesinin üçüncü fıkrasında anılan kötüye kullanılabilir koşullar arasında c, d, f ve o'da belirtilen kayıtlar şöyledir;

*"c) Tüketicinin bağlayıcı bir borç altına girerken, girişimcinin edimini ifasını – gerçekleşmesi sadece ona bağlı olan- bir şarta bağlamasına ilişkin kayıtlar,*

*d) Tüketicinin sözleşme yapmaktan veya sözleşmeyi yerine getirmekten vazgeçmesi halinde, girişimcinin benzer davranışları karşısında ona uygun bir tazminat isteme hakkı tanınmaksızın, ödediği miktarı girişimcinin alıkoymasına imkân tanınmasına ilişkin kayıtlar,*

*f) Tüketiciiye aynı hak sağlanmaksızın, girişimciye serbestçe sözleşmeyi feshetme hakkının tanınması ve girişimci sözleşmeyi feshettiğinde, henüz yerine getirmediği edimin karşılığı olarak ödenen tutarı alıkoyma hakkının tanınmasına ilişkin kayıtlar,*

*o) Girişimcinin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen, tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin kayıtlar."*

Bkz. 93/13 Sayılı Yönerge ve Ekli Listenin Türkçe çevrisi için **ATAMER**, GİŞ, s. 306 vd.; **HAVUTÇU**, GİŞ, s. 223 vd.; **ÇINAR**, s. 259 vd.

<sup>43</sup> **HESS/RUCKSTUHL**, s. 1199-1200.

aşamalı bir değerlendirme yapılmaktadır. İlk aşamada GİK'in sözleşmenin diğer tarafını mağdur edip etmediğine bakılır. Mağduriyetin oluşmasında düzenleyici hükümlerden sapma veya sözleşmenin doğasına ters düşen hak ve yükümlülük dağılımı olup olmadığı incelenir. İkinci aşamada ise düzenleyici hükümlerden sapmanın ölçüsüz derecede olup olmadığı irdelenir. Bunun gerçekleşmesinde tarafların menfaatleri geniş kapsamlı şekilde tartılır ve sözleşmenin tüm içeriği dikkate alınır. Ayrıca dürüstlük kurallarına göre de bu ölçsüzlük değerlendirildikten sonra, sözleşmenin karşı tarafının üstlendiği yükümlülükler, onun menfaatlerini önemli ölçüde zedelediği sonucuna ulaşırsa, GİK kullanan tarafın bu GİK'leri kullanmakta haklı bir menfaatinin bulunduğu kabul edilir. Bu değerlendirme yapılırken taraf menfaatlerinin belirlenmesi ve karşılıklı olarak tartılmasında, somut olaydaki taraflara ve somut olayın özelliklerine göre değil genel ve objektif değer yargılarına göre hareket edilir. Bu noktada ayrıca sözleşmenin tipi, amacı ve nitelikleri dikkate alınır<sup>44</sup>.

İsviçre Hukukunda UWG 8. maddede oransızlığın ölçülmesinde de Avrupa Birliği Yönergesi'ne benzer şekilde iki aşamalı değerlendirme sistemi kabul edilmektedir. İlk aşamada önemli derecede yani şekli anlamda oransızlığın varlığı aranmaktadır. Bu değerlendirmede, hak ve yükümlülüklerin bir tarafın yararına dağıtılıp dağıtılmadığı veya bir taraf üzerinde diğerine nazaran ağır yükümlülükler öngörülüp öngörülmediğine bakılır. Söz gelimi sadece bir tarafın sözleşmeyi her zaman feshetme hakkına sahip olduğu ya da diğer tarafın ağır yükümlülük altına girdiği hallerde şekli anlamda oransızlık gerçekleşmiş olur. Bu oransızlığın taraflarca hissedilir şekilde ortaya çıkması ve hatta somut etkilerini oluşturması da gereklidir. GİK'lerin tek tek değerlendirilmesinden sonra ilaveten sözleşmede yer alan bütün GİK'ler göz önünde tutularak, ortaya çıkan oransızlığın tüm sözleşme ilişkisi içinde gerçekleşmiş olduğu da tespit edilir. Eğer GİK başka bir sözleşmede yer almakta ve o GİK'e atıf yapılarak sözleşme kurulmuşsa, aynı değerlendirme o sözleşmenin bütünü açısından da yapılır. İkinci aşamada ise adil olmayacak şekilde yani maddi anlamda oransızlığın varlığı aranmak-

<sup>44</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1198 ve orada sayılan yazarlar.

tedir. Bu aşamada hak ve yükümlülüklerin dağılımında ortaya çıkan şekli anlamda oransızlığın aynı zamanda adil olmamasına da bakılır. Adil olmamanın varlığını tespitite ise dürüstlük kurallarından türetilmiş prensiplere aykırılığın bulunup bulunmadığı belirleyicidir. Böylece adil olmama kavramı tek başına bağımsız bir anlama sahip olmayıp, bu kavram aşağıda değinilecek olan dürüstlük kurallarına aykırılıkla birlikte açıklanmaktadır<sup>45</sup>.

### 3. Oransızlığın Dürüstlük Kurallarını da İhlal Edecek Şekilde Ortaya Çıkması

GİK'in önemli derecede ve adil olmayacak şekilde hak ve yükümlülüklerin dağılımında oransızlık meydana getirmesi yanında bu oransızlığın aynı zamanda dürüstlük kurallarına aykırı olacak tarzda gerçekleşmiş olması da gerekir. Dürüstlük kuralının ihlali, Avrupa Birliği Yönergesi'nde (m. 3/I) yer aldığı gibi, Alman Medeni Kanunu 307. paragrafının birinci fıkrasının birinci cümlesinde de aranmaktadır. 307. paragrafta göre GİK'in muhatabı olan sözleşme tarafının ölçsüz bir şekilde mağduriyete uğraması halinde aynı zamanda dürüstlük kurallarına aykırı bir ihlalin varlığı kabul edilir. İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi Alman Hukuku'nda da<sup>46</sup> dürüstlük kurallarına aykırılık, diğerleri yanında ayrı bir unsur olarak ele alınmamakta, sadece taraf menfaatlerinin adil bir şekilde denkleştirilmesinde somutlaştırma fonksiyonunu üstlenerek, ölçsüz bir mağduriyetin varlığını tespitite yardımcı olmaktadır.

UWG 8. maddenin kabulünden önce yani koruma kapsamının sadece tüketicilerle sınırlanmaması düşüncelerinin tartışıldığı zamanlarda, dürüstlük kurallarına aykırılık değerlendirmesinde, GİK kullanan taraf ile karşı tarafın piyasadaki gücünün de ele alınması ve karşılaştırılması fikri öne sürülmekteydi<sup>47</sup>. Ancak yasalaşan haliyle sadece tüketiciler koruma kapsamına alındığı için bu fikri, GİK kullanan tarafın her zaman pazarlık gücü bakımından üstün

<sup>45</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1201-1202.

<sup>46</sup> SCHMID, s. 14, dn. 57'de sayılan yazarlar.

<sup>47</sup> SCHWENZER, s. 337.



konumda olduğu, keza onun düzenli ilişkilerinden kaynaklı piyasa tecrübesi ve hukuk bilgisi seviyesi ele alındığında, tüketicilerin bu açıdan söz konusu kimselerin altında yer aldığı kabul edilecektir<sup>48</sup>. Her olayda dürüstlük kuralları çerçevesinde, kapsamlı bir şekilde taraf menfaatleri tartılarak; başka bir deyişle, bir tarafta GİK kullanan kimsenin menfaatiyle, diğer tarafta tüketicinin korunmaya yönelik menfaati birlikte düşünülerek, sözleşmenin kuruluşuna eşlik eden bütün hal ve şartlar değerlendirilerek, tarafların pazarlık gücü, piyasa tecrübesi ve hukuk bilgisi seviyesi gözetilerek dürüstlük kurallarına aykırı bir oransızlığın varlığı irdelenmelidir. Oransızlığın varlığına kanaat getirilirse, bu tespit doğru ve dürüst hareket eden objektif üçüncü kimseler açısından da haklı görülmelidir. Sözleşmenin kuruluşuna eşlik eden hal ve şartlar denince, sözleşmenin türü, amacı, konusu, sözleşmenin özellikleri dikkate alınır, sözleşimi sıfır bir aracın alımına nazaran ikinci el bir aracın satımında sorumluluktan kurtulma koşullarına daha düşük düzeyde önem verilmesi düşünülmelidir<sup>49</sup>. Dürüstlük kurallarına aykırı bir oransızlığın tespitinde ayrıca Alman Hukuku'nda 307. paragrafa göre taraf menfaatlerinin tartılmasındaki düşünceler de dikkate alınabilir. Bu hukukta, sözleşmenin tüm içeriği ele alınarak, GİK kullanan tarafın sözleşmeyi aynen geçerli tutmaktaki menfaatiyle, diğer tarafın GİK'i geçersiz kılmaktaki menfaati karşılaştırılmaktadır<sup>50</sup>. Bundan başka tarafların, hakkın kullanılmasında hassas davranılması ve ilişkilerde ölçülülük prensiplerine uygun davranıp davranmadıklarına da bakılabilir. Son olarak, sözleşmede gerçekleşen rizikonun hangi tarafın hâkimiyet alanına girdiği, böylece GİK kullanan tarafın mı yoksa tüketicinin mi bu rizikoyu engelleyecek güçte olduğu, buna göre sözleşmeden doğan rizikoların engellenmesine yönelik olarak tarafların ne kadar çabada buldukları ve ne ölçüde özen gösterdiklerine de dikkat edilmelidir<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> SCHMID, s. 13.

<sup>49</sup> SCHMID, s. 14; HESS/RUCKSTUHL, s. 1204.

<sup>50</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1204.

<sup>51</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1205.

Bu açıklamalara göre oransızlığın dürüstlük kuralına aykırı şekilde ortaya çıkmasında şu ölçütler hâkime yardımcı olacaktır<sup>52</sup>:

*i. Sözleşmede rizikonun hangi tarafın hâkimiyet alanı içinde gerçekleştiği:* GİK'in sözleşmede kullanılmasıyla aslında, tek taraflı olarak sözleşmeden doğacak rizikolar dağıtılmakta, genellikle bazı ağır rizikolar sözleşmenin karşı tarafına yüklenmektedir. Özellikle GİK kullanan taraf, sözleşmeden doğan edimi yerine getirmekten ya da sorumluluktan kurtulacağı kayıtları sözleşmeye dâhil ederek sadece kendi menfaatine uygun hareket etmektedir. Ancak söz konusu rizikonun gerçekte kimin tarafından engellenebileceğine ve buna yönelik olarak tedbirleri alabileceğine (söz gelimi rizikoyu sigortalayabileceğine) bakılarak, rizikonun onun hâkimiyet alanında olduğuna karar verilmeli, böylece GİK kullanan tarafın, tek taraflı belirleyici güç olmasının tüketici açısından doğuracağı sakınca engellenmelidir.

*ii. İlişkilerde ölçülülük ve zorunluluk prensibine göre hareket etmek gerekliliği:* tüketici sözleşmelerinde bir tarafta GİK kullanan tarafın GİK kullanmakla rasyonelleşmekteki menfaati, diğer tarafta tüketicilerin buna ilişkin korunma menfaati bulunmaktadır. Tüketicilerin korunma menfaati ne ölçüde caiz ve üstün görülmezse, o derecede tüketicilerin haklarının sınırlandırılması söz konusu olur. GİK kullanan tarafın rasyonelleşmekteki menfaati yanında ekonomik menfaati gereği GİK kullanması bazı hallerde haklı görülebilir: söz gelimi yüksek bütçe ayrılan bir yatırımın amorte edilmesi için, yapılan sözleşmelerin bağlayıcılık süresi uzun tutulmuşsa, bu GİK'i kullanmakta o tarafın korunmaya değer haklı bir menfaatinin varlığı kabul edilebilir.

*iii. Sözleşmeyle ne tür mal veya hizmetin sağlanmak istendiği:* GİK kullanılan sözleşmenin konusunu hangi edimlerin oluşturduğu ve hangi edimlerin istisna sayıldığı oransızlığın tespitinde önem taşımaktadır. Sözgelimi sıfır bir malın satımına göre ikinci el bir malın

---

<sup>52</sup> ATAMER, Yeni Borçlar Kanunu, s. 50-53; HESS/RUCKSTUHL, s. 1205-1206.

satımında GİK kullanan tarafın daha çok lehine içerikte GİK kullanılmışsa bu farklılık haklı görülebilir.

*iv. Sözleşme konusu edimle ivaz arasındaki dengenin nasıl sağlandığı:* 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi dördüncü maddesinin ikinci fıkrasında sözleşmedeki koşullar açık ve anlaşılabilir olduğu sürece, ne sözleşmenin asli konusuna ne de mal veya hizmet edimiyle bu edimin karşılığı olan ivaz veya bedel arasındaki dengeye ilişkin kötüye kullanılabilir değerlendirmesinin yapılamayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte bazı hallerde sözleşmede yer alan tüketici aleyhine GİK'ler, ivazın düşük belirlenmesi yoluyla dengelenmiş olabilir. Değerlendirmede bu yönden edim-ivaz dengesi önem taşıyabilir. Bu konuda sigorta sözleşmesinde riziko kapsamında sayılan teminat tutarları sınırlandırılarak kademeli bir şekilde fiyat olanağının tüketicilere sunulması örneği verilmektedir. Bu örnekte, korunan menfaatlerin kapsamına göre fiyatlar ayarlanmaktadır. Bu tür bir ayarlama konusunda tüketiciye şeffaflık sağlandığı sürece, bazı rizikoların sigorta korumasından hariç tutulmasında, edim-ivaz dengesinin telafi yoluyla sağlandığı ve ortada bir oransızlığın bulunmadığı kabul edilmelidir.

Oransızlığın tespitinde yararlanan bu ölçütler yanında günlük yaşamda oransızlığın varlığı konusunda öğretiler<sup>53</sup> göze çarpan şu örneklerle de değinilmektedir: GİK kullanan tarafı; söz gelimi satıcıyı, kiraya vereni, yükleniciyi veya vekili sorumluluktan kurtaran veya onun sorumluluğunu azaltan koşullar<sup>54</sup>, GİK kullanan tarafın sözleşmeyi tek başına değiştirme yetkisini saklı tuttuğu; sözgelimi sözleşme bedeli, teslim süresi veya sözleşmeyi sona erdirme nedenleri

<sup>53</sup> SCHMID, s. 12-13; HESS/RUCKSTUHL, s. 1207.

<sup>54</sup> Meclis görüşmeleri sırasında, ağır kusurdan dolayı sorumluluğu ortadan kaldıran bir koşulun UWG 8. madde kapsamında haksız bir GİK sayılabileceği örneği verilmişse de, İsviçre Borçlar Kanunu 100. maddede (aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu 115. maddede) bu tür koşullar kesin geçersizlik yaptırımına tabi olduğundan, zaten tarafların bu konuda ne bireysel sözleşmelerle ne de GİK içeren sözleşmelerle düzenleme getirme kabiliyeti olmadığını belirtmek gerekir.

konusundaki koşullar<sup>55</sup>, cezai koşullar veya maktu tazminatlara ilişkin koşullar, takas yasağına ilişkin koşullar, sözleşmedeki bir hakkın yitirilmesine ilişkin veya yazılı şekle zorunlu tutan koşullar, genel hükümlerdeki emredici kurallar saklı kalmak kaydıyla zamanlaşımına ilişkin farklı süre getiren koşullar<sup>56</sup>, borçlunun kısmi ödeme yapmasına rağmen borcun tamamı üzerinden faizin tahsil edileceğine ilişkin koşullar, süreye bağlı akdedilen sözleşmelerde; sözgelimi abonelik sözleşmelerinde tüketicinin sessiz kalması halinde sürenin otomatik olarak uzayacağına ya da onun ilaveten edim yükümlülüğü altına girmesine sebep olan başka bir sözleşme; sözgelimi garanti sözleşmesi yapma yükümlülüğü altına sokan koşullar, kişisel verilerin elde edilmesine ya da bir reklama muhatap olmasına tüketicinin rıza gösterdiğine, bu rızayı ve kişisel bilgileri verdiği yöneltik varsayımı içeren koşullar, sözleşmenin yorumuna ve ispat yüküne ilişkin koşullar, uygulanacak hukukun seçimi, mahkemelerin veya icra dairelerinin yetkisine ilişkin koşullar.

#### V. Açık İçerik Denetiminde Türk Hukuku'nda Dikkate Alınabilecek Ölçütler

Açık içerik denetiminde Türk Hukuku'nda 4077 Sayılı TKHK'da, İsviçre UWG 8. maddeye benzer bir düzenleme getirilmekte, TKHK 6. madde ve buna dayalı olarak çıkarılan Yönet-

<sup>55</sup> Türk Hukuku'nda da sözleşmeyi diğer taraf aleyhine değiştirme yetkisine ilişkin kayıtların yazılmamış sayılacağı 6098 S. TBK 24'te ayrıca belirtilmektedir. Kuşkusuz bu madde, içerik denetimiyle ilgili genel norm olan 25. maddenin örnek bir uygulaması niteliğinde olup, bu madde olmasaydı da 25. maddeye göre bu türden koşullar, karşı tarafı ölçsüz bir şekilde mağdur edeceğinden geçersiz sayılabilecekti. Bkz. **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 327; **HAVUTÇU**, Sempozyum, s. 3624; **ALTOP**, Atilla: Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 260 (Armağan); **HAVUTÇU**, 6098 S. TBK, s. 45.

<sup>56</sup> Bu konuda İsviçre Hukuku'nda Zamanlaşımında Revizyon Yapılmasına İlişkin 2011 tarihli Öntasarı'nın 133. maddesinin 3. fıkrasında, kişiye gelen zararlardan ötürü sorumlulukta zamanlaşımı sürelerinin kısaltılmasını öngören genel işlem koşulları butlan yaptırımına tabi tutulmaktadır.

melik'in ilgili hükümlerinde sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde aleyhe dengesizliğe sebep olma ölçütü aranmaktadır. Bunun Yanında Yönetmelik'te haksız şartlara ilişkin bir liste de yer almakta, böylece hâkimin aleyhe dengesizliği tespit edebilmesinde işini kolaylaştıran birtakım örnek şartlar sunulmaktadır. Bununla birlikte, listede yer alanlar gibi dürüstlük kurallarına aykırılığı aşikâr olmayan şartlar bakımından dengesizliğin hangi hallerde var olacağını tespitte öğretide<sup>57</sup> ilgili şartın bağlı olduğu yasal düzenlemenin hangisi olduğunun tespit edilmesinden sonra, kural olarak bütün yasal düzenlemelerin taraflar arasında adaleti kurmaya yönelik olduğu kabul edileceğinden, bu yasal düzenlemeden ayrılma durumunda taraflar arasındaki dengenin bozulmuş kabul edilebileceği ileri sürülmektedir. Yasal düzenlemeden ayrılma ölçütüne TKHK'da ve ilgili Yönetmelik'te yer verilmemişse de, aynı zamanda Alman Hukuku'nda (BGB § 307) hükme alınan ve İsviçre öğretisinde<sup>58</sup> de kabulü gerektiği ileri sürülen bu ölçüt hukukumuzda da aynen kabul edilebilir. Bu ölçütün kabulünü reddeden bazı yazarlar<sup>59</sup>, UWG 8. maddenin eski metninde yer alan bu ölçüte yasakoyucunun yeni metinde bilinçli olarak yer vermediğini dayanak göstermektedirler. Ancak Türk Hukuku'nda TKHK ve ilgili Yönetmelik'in kabulünde böyle bir gelişim süreci sergilenmediğine göre, kanımızca da, taraf menfaatlerini adil bir noktada dengede buluşturmayı amaçlayan yasal düzenlemeler, TKHK ve ilgili Yönetmelik açısından haksız şartın aleyhe dengesizlik oluşturduğunu tespitte yardımcı ölçüt olarak dikkate alınabilmelidir. Bunun yanında model alınabilecek yasal bir düzenleme yoksa veya böyle bir yasal düzenlemeyi belirlemek güçlük taşıyorsa, tarafların aynı konumda olduğundan yola çıkarak o şartın, biri lehine ancak diğerinin aleyhine bir şart olup olmadığına bakılmalıdır. Söz gelimi bir taraf istediği zaman sözleşmeyi feshe yetkili, ancak diğeri değilse, bu şartın şeklen dengesiz bir şart olduğu kabul edilebilir. Bundan sonra şeklen dengesizliğin

<sup>57</sup> ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 305 vd.

<sup>58</sup> SCHMID, s. 10-11.

<sup>59</sup> HESS/RUCKSTUHL, s.1197-1199.

gerçekten tüketicinin menfaat dengesini zedeleyip zedelediği yani maddi anlamda dengesizliği tespit edilmelidir. Maddi anlamda dengesizlikte dürüstlük kuralları gereği, sözleşmenin kuruluşuna eşlik eden koşulların bütünü, tarafların üstlendikleri edimlerin ve yükümlülüklerin türü, ilgili sözleşmenin tüm şartları titizlikle incelenmelidir<sup>60</sup>.

6098 Sayılı TBK açısından konuya bakıldığında, 25. maddede, dürüstlük kurallarına aykırılık, karşı tarafın aleyhine olma ve onun durumunu ağırlaştırma ölçütleri kullanılmaktadır. Ancak öğretilerde<sup>61</sup> bu ölçütlerin uygulamada etkin bir içerik denetimi sağlayamayacağı, bunun için hâkime yol gösterebilecek bazı özel ölçütlerin tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu eksikliğin, Alman Hukuku'nda yer alan; GİK'in, kendisinden saptığı yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli ilkeyle, temel düşünceyle bağdaşmaması ve sözleşmenin doğasından kaynaklanan asli hak ve yükümlülüklerin, sözleşmenin amacına ulaşmasını önleyecek derecede sınırlandırması ölçütlerinin örnek alınabileceği<sup>62</sup> ya da TKHK 6 ve buna dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik'in benimsediği; sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde aleyhe dengesizliğe sebep olma ölçütüne başvurulabileceği yahut TTK 55/I-f bendindeki "*doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılma*" veya "*sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngörme*" ölçütlerinin esas alınabileceği<sup>63</sup> belirtilmektedir.

<sup>60</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 312.

<sup>61</sup> HAVUTÇU, Sempozyum, s. 3625; HAVUTÇU, 6098 S. TBK, s. 44; aynı şekilde HAVUTÇU, GİŞ, s. 217; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 326; ATAMER, Yeni Borçlar Kanunu, s. 41; ALTOP, Armağan, s. 260; ALTOP, Atilla: Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 43-44 (Sempozyum).

<sup>62</sup> HAVUTÇU, GİŞ, s. 217; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 327; DEMİR, Mehmet: 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Yolları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2008, Sayı 76, s. 224; HAVUTÇU, 6098 S. TBK, s. 44; ALTOP, Sempozyum, s. 43-44.

<sup>63</sup> ATAMER, Yeni Borçlar Kanunu, s. 43 vd.

Kanımızca hukukumuz bakımından uygun içerikte olmayan bir GİK'in varlığının tespitinde ve denetlenmesinde, TBK'nın gerekçesinde sürekli Alman Medeni Kanunu (BGB)'ye atıf yapılmasından ötürü, orada benimsenen ölçütlerin örnek alınması mümkündür. Ancak denetimin yapılmasında izlenmesi gereken yol hakkında, İsviçre ve Alman Hukuku'nda tavsiye edilen denetim sürecinden de yararlanılabilir. Buna göre açık içerik denetiminde, öncelikle şekli anlamda oransızlığın varlığı tespit edilmelidir. Bunun için, yasal düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılma ve sözleşmenin amacına ulaşmasını önleyecek derecede sınırlandırma ölçütleri dikkate alınabilir. Bu ölçüte göre söz gelimi sadece GİK kullanan tarafın sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu ya da ceza koşulunun sadece onun yararına öngörülmesinde, yasal düzenlemelerin ruhunda yatan adil bir dengeden ayrılma olduğu açıktır. Şekli anlamda oransızlık aynı zamanda TBK 25. maddede sözü edilen "*karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı*" koşulunu sağlamaktadır. Ancak sözleşmede bazı hallerde şekli anlamda orantı kurulmuş olsa da, bu orantının varlığı her durumda yeterli olmayabilir. Her iki taraf için yüksek tutarda ceza koşulunun öngörüldüğü hallerde şekli anlamda oransızlık olsa da, ekonomik açıdan zayıf konumda olan karşı taraf için bu koşul ağır bir yükümlülük sayılabilir. İşte bu hallerde gerçekten adilane hak ve yükümlülük dağılımı olup olmadığına; başka bir deyişle maddi anlamda oransızlığa da bakılmalıdır. Bunun için ilgili GİK'in sözleşmenin bütün koşullarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bazen bir taraf aleyhine olan GİK, karşı tarafın lehine olan başka bir GİK'le veya sözleşmede öngörülen ivazla dengelenmiş olabilir. Maddi anlamda oransızlığın belirleyici ölçütü dürüstlük kurallarıdır. Bu husus TBK 25. maddede açıkça "*dürüstlük kurallarına aykırı olarak*" ifadesiyle vurgulanmaktadır. Dürüstlük kuralları gereği özellikle, tarafların karşılıklı piyasa gücü; buna bağlı olarak pazarlık yeteneği, piyasa tecrübesi ve hukuk bilgisi seviyesi gözetilmeli, ayrıca kurulan sözleşmenin türü, amacı, konusu, GİK'le karşı tarafın omuzlarına yüklenen risklerin gerçekte hangi tarafa ait olduğu ve bu risklerin engellenmesi için ne ölçüde özen gösterildiği, bu risklerin karşı tarafa yüklenmesi karşısında ivazda bir telafi sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmeleri yapılmalıdır.

## VI. Açık İçerik Denetiminin Hukuki Sonuçları

UWG 8. madde açısından, yukarıda belirtilen şartları taşıyan bir GİK'in varlığına ulaşırsa, artık 8. madde kapsamında içerik denetimine başvurulur. Artık o GİK'in oransızlık oluşturmadığını, oransızlığın somut olayın özel koşulları çerçevesinde gerçek anlamda bir oransızlık olarak değerlendirilemeyeceğini ispat yükü, dürüstlük kuralı gereği GİK'i kullanan taraf üzerindedir<sup>64</sup>.

İçerik denetimi sonucunda 8. maddeye aykırılığı tespit edilen GİK'ler, hukuka aykırı niteliğinden ötürü, aynı Kanun'un 2. maddesine ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 20. maddesine göre ve düzenlemenin amacına göre butlan yaptırımına tabidir<sup>65</sup>. Bu yaptırım hem öğretinin çoğunluk görüşüne<sup>66</sup>, hem de 8. maddenin meclis görüşmelerinde ifade edilen fikirlere<sup>67</sup> uygun bulunmaktadır. Butlan yaptırımı olması sebebiyle mahkeme bu geçersizlik sebebinin kendili-

<sup>64</sup> SCHMID, s. 15; HESS/RUCKSTUHL, s. 1209.

<sup>65</sup> 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6. maddesine göre kötüye kullanılabilir koşulların tüketiciler için bağlayıcı olmadığı kabul edilir ve bunun koşulları üye devletlerin iç hukuktaki düzenlemelerine bağlıdır. Kötüye kullanılabilir koşullar olmaksızın da sözleşmenin ayakta kalması mümkünse bunun bağlayıcılığı üye devletler tarafından öngörülebilir. Bu maddede, kamu düzeni sebebiyle kendiliğinden dikkate alınabilecek butlanla mı, yoksa tüketici tarafından ileri sürülebilecek bir iptal beyanı mı bağlayıcılığın olmayacağı konusunda açıklık bulunmamakta ve madde iki türlü yoruma da elverişli bulunmaktadır. Bkz. HESS/RUCKSTUHL, s. 1210.

<sup>66</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, s. 257; SCHWENZER, s. 336, 338; HESS/RUCKSTUHL, s. 1209. GİK'in otomatik olarak butlan yaptırımına değil, İBK 23-31 hükümlerine göre iptal yaptırımına tabi tutulması görüşünde olan yazarlar için bkz yine HESS/RUCKSTUHL, s. 1209. Türk Hukuku'nda da 6098 S. TBK. gereğince 25. maddenin açık içerik denetimi sonucunda diğer sözleşme tarafının ölçüsüz bir şekilde mağduriyetine neden olan GİK'in varlığını tespit edip uygulanacak yaptırım konusunda açıklık olmasa da, GİK'leri düzenleyen TBK hükümlerinin emredici olmasından ötürü, TBK 27 uyarınca emredici kurala aykırılık nedeniyle kesin geçersizliğin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.

<sup>67</sup> Bkz. SCHMID, s. 16, dn. 69-70.



ğinden göz önünde tutmalıdır. 8. maddenin eski halinde ise açık içerik denetimi yolu kabul edilmediğinden; hâkimin GİK'in tarafların menfaatlerini adil bir şekilde dengelemiş olup olmadığını denetleyerek hakkaniyete aykırı sayılan GİK'i geçersiz sayma imkânı yoktu<sup>68</sup>.

Kısmi butlanı düzenleyen 20. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme gereğince de kısmen o GİK'lerin geçersiz sayılması mümkün olup, sözleşme kalan içeriğiyle etkisini sürdürür. Kısmi butlan sebebiyle sözleşmenin tamamının geçersizliğini ileri sürmek, aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı olacağından mümkün olmamalıdır<sup>69</sup>. Geçersiz olan GİK'ler sebebiyle sözleşmede oluşan boşluğun nasıl doldurulacağı hakkında düzenlemede bir açıklık bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda BGB 306. paragrafta geçersiz olan GİK dışında sözleşmenin kalan içeriğiyle etkisini sürdüreceği, geçersiz olan GİK yerine sözleşmenin içeriğinin yasal düzenlemelere göre tayin edileceği, eğer bu şekilde bir içerik tayini sonucunda, sözleşmede meydana gelen değişiklik taraflardan biri için beklene-meyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşmenin bütünüyle geçersiz hale geleceği belirtilmektedir<sup>70</sup>. Aynı kabul, İsviçre Hukuku için de ileri

<sup>68</sup> Bu dönemde 8. maddenin Federal Mahkeme tarafından oldukça nadir şekilde ele alındığı, Mahkemenin bazı kararlarında, kötüye kullanılabilir bir GİK'i geçerlilik ve yorum denetimi yoluyla engellemeye çalıştığı ifade edilmektedir. Bkz. **HESS/RUCKSTUHL**, s. 1189.

<sup>69</sup> **SCHWENZER**, s. 338. Türk Hukukunda da TBK'nın kabulünden önce TKHK bakımından sözleşmenin tamamının geçersizliğini ileri sürmenin mümkün olmaması konusunda öğretide görüşler ileri sürülmüştü. Bkz. **ÖZ**, s. 146; **ÇINAR**, s. 195; **ALTOP**, Sempozyum, s. 41. Bkz. ayrıca **ATAMER**, GİŞ, s. 224; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 319, 327-328; **ATAMER**, Yeni Borçlar Kanunu, s. 62-63.

<sup>70</sup> Alman Hukuku uygulamasında GİK'lerin geçersizliği hakkında yapılacak bir değişiklik uygulamada ve öğretide reddedilmekte ve GİK kullanan tarafın iyiniyetli olarak GİK'i kullandığını iddia etmesinin ya da GİK'in ölçüsüzlük yarattığı konusunda kendi görüşüne göre şüphenin bulunduğunu ve GİK'in geçersizliğini engellemek adına her türlü çaba ve özeni gösterdiğini ileri sürmesinin veya ölçüsüzlüğü hiç kabul etmemesinin geçersizlik sonucunu değiştirmedeği kabul edilmektedir. Bkz. **HESS/RUCKSTUHL**, s. 1210.

sürülebilir: GİK'in geçersiz olmasıyla, onun yerine yasadaki düzenleyici nitelikteki hükümler geçerli olmalıdır. Türk Hukuku'nda ise TKHK 6/VI'ya göre sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, bu eksikliğin satıcı veya sağlayıcı tarafından giderileceği belirtilmektedir. Satıcı veya sağlayıcı bu eksikliği gidermezse, öğretide<sup>71</sup> savunulduğu üzere, tüketici Mahkemeye başvurup hâkimden boşluk doldurma yoluyla eksik unsurların belirlenmesini isteyebilir, hâkim, satıcı veya sağlayıcıya bu eksiklikleri tamamlamasını ihtar eder, satıcı veya sağlayıcı buna yanaşmazsa, hâkim kendi takdir yetkisine dayanarak bu boşluğu doldurur. TBK bakımından geçersiz GİK'lerin yerini doldurmada ise, BGB 306. paragrafta belirtilen yöntemin benimsenmesi mümkündür.

GİK'in geçersizlik yaptırımı yanında ayrıca olumsuz duruma düşen tüketiciler için haksız bir rekabetin varlığından ötürü UWG 9. maddenin sağlamış olduğu hukuki yardımlardan yararlanmak da mümkündür. Bunlar, tespit, men, hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması, mahkeme kararının yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi, maddi ve manevi tazminat davalarının açılabilmesidir. Dava hakkı ayrıca, UWG 10/II-b ve 9/I ve II hükümleri uyarınca Tüketici Organizasyonları için de saklı tutulmuştur. Bundan başka Federal Devlet de kamu yararının korunması gerektiği hallerde; sözlü gelimi bir branşta birden fazla kimsenin ya da bir grubun toplu menfaatleri bir tehdit altındaysa ya da ihlale uğradıysa, 10/III hükmüne göre dava açabilir. Meclis görüşmelerinde ifade edildiği üzere bu tür tehdit ya da ihlaller, özellikle kazanç anlaşmalarında, internet dolandırıcılığında, bir branşta faaliyet gösteren birden fazla işletmenin GİK kullanması durumunda söz konusu olabilir<sup>72</sup>.

## VII. UWG 8. Maddeye Yöneltilen Eleştiriler

Revize edilen Yeni İsviçre UWG 8. madde açık içerik denetimi konusunda sözleşme hukukunda oldukça önem taşıyan ve çığır açan bir yenilik getirmiş ve uzun yıllardır altı çizilen bir ihtiyaca cevap

<sup>71</sup> ÖZ, s. 149; ULUSAN, s. 42.

<sup>72</sup> SCHMID, s. 16-17.

vermiştir. Henüz taze nitelikteki bu düzenlemenin pratik uygulamasında, gerçekte hangi olaylar bakımından GİK'in kötüye kullanılabilir nitelikte olduğu, hangi olaylarda ise bu nitelikte olmadığı hakkında uygulama ve öğretide benimsenecek fikirlerle gelişim sağlanacaktır.

Düzenleme öğretide olumlu karşılansa da birtakım yönlerden eleştirilmektedir. Öncelikle açık içerik denetimi sürecinde, ilk olarak tarafların sözleşmesel hakları ve yükümlülükleri arasındaki dağılımında önemli derecede oransızlık olup olmadığına bakılması ve ikinci aşamada bu oransızlığın dürüstlük kuralına aykırı düşüp düşmediğinin değerlendirilmesi, tüketiciler aleyhine zorlu bir süreç olarak görülmektedir. Gerçekten bu iki aşamalı incelemeyle hem oransızlığın gerçekleşmesini, hem de bunun dürüstlük kuralına aykırı nitelik taşımasını aramak, içerik denetiminin uygulamasına sekte vuracak bir beklentidir. Oysaki Alman Hukuku'nda GİK'le ilgili 307. paragraf birinci fıkra ve birinci cümlede sadece, GİK kullanan tarafın, sözleşmenin karşı tarafını dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde olumsuz duruma düşürmesiyle, GİK'in sözleşmede etkisinin olmayacağı kabul edilmekle yetinilerek bir kolaylık getirilmektedir<sup>73</sup>.

Bundan başka öğretide<sup>74</sup> eleştirildiği üzere; kanunda haksız nitelikte sayılabilecek GİK'lere yönelik bir örnek liste yoktur, bu eksikliğin tamamlanması gerekir. Diğer yönden; maddenin uygulama alanı sadece tüketicilerle yapılan sözleşmelerle sınırlandırılmıştır. Bu yönde sınırlandırmanın altında yatan gerekçelerden ilki

<sup>73</sup> SCHMID, s. 10.

<sup>74</sup> FURRER, s. 327-328; STÖCKLI, s. 187-188; SCHMID, s. 19-20; örnek listenin eksikliği eleştirisi için bkz. HESS/RUCKSTUHL, s. 1207, 1212. Türk Hukukunda 6098 S. TBK. açısından da örnek bir listeye yer verilmesi de bunun eksiklik olarak değerlendirilmemesi, nitekim koruma ihtiyacının daha fazla olduğu tüketiciler bakımından 4077 S. TKHK'a göre çıkarılan Yönetmelikte Avrupa Birliği Yönergesi esas alınarak yasak şartların örnekseyici bir şekilde listelendiği, ancak tacirler arasında örnek listeye ihtiyaç olmadığı, genel korumanın yeterli olduğu belirtilmektedir. Bkz. HAVUTÇU, Sempozyum, s. 3625; HAVUTÇU, 6098 S. TBK, s. 44-45.

açık içerik denetiminin ekonomik yaşam üzerinde baskı aracı olmasını mümkün olduğunca sınırlandırmaktır. Ancak bu gerekçenin taşıdığı amaca ulaşması da zor görünmektedir. Şöyle ki tüketici kavramının İsviçre Hukuku'nda tam olarak tanımlanmaması sebebiyle hangi sözleşmelerin tüketici sözleşmesi sayılacağı belirsizdir. Bu belirsizlik, açık içerik denetiminin uygulamasında tartışma yaratmakta, bu tartışma ise hukuk güvenliğini zedelemektedir. Yine girişimcilerin sadece kendi aralarındaki sözleşmelerde uygulanacak, ancak tüketicilerle yapılacak sözleşmelerde kullanılmayacak öngörüsüyle GİK hazırlamalarını beklemek de gerçeklere uygun düşmemektedir. Girişimciler genellikle tüketiciler de dâhil olmak üzere, tüm faaliyet sahalarını dikkate alarak standart koşullar tespit etmeye çalışırlar. Bundan başka uygulamada, sadece girişimciler arasında ve girişimcilerle tüketiciler arasında olmak üzere iki tip sözleşme şeklinin gelişmesini beklemek ve bu sözleşmelerde de makul şekilde GİK'lerin kullanılacağını varsaymak da gerçekçi değildir. Uygulamadaki eğilim, birçok girişimcinin Avrupa Birliği'ne dâhil olan yabancı devletlerin girişimcileriyle sıkı ticari ilişki içinde olmalarıyla sözleşmelerinde artık Avrupa Birliği standartlarına uygun GİK'lere yer vermeleri şeklindedir.

8. maddenin uygulama alanının sadece tüketicilerle yapılan sözleşmelerle sınırlandırılmasındaki diğer gerekçe, girişimciler arasında yapılan sözleşmelerin, zaten özel hükümlerde öngörülen içerik denetimine ilişkin hükümlerle denetlenebilmesi (İMK 27/II, İBK 100 ve 256 gibi), bu kimselerin zaten hem bağlayıcılık, hem de yorum denetimi yoluyla korunmalarındadır. Bunun yanında genel hükümlerde yer alan dürüstlük kuralı (İMK 2/II), kamu düzeni (İBK 19) ve geniş yorumla ele alınabilecek gabin haliyle (İBK 21) içerik denetimi de her türlü sözleşmede uygulanabilmektedir. Ancak bu gerekçe de gerçekçi değildir. Bugüne kadar gelişen uygulamada bu hükümlerle her zaman tatmin edici bir koruma sağlanabilmiş değildir.

Son olarak öğretide<sup>75</sup> düzenlemenin UWG yerine İBK'nın genel hükümleri arasına alınmaması ya da bunun için özel bir kanun çıkarılmaması eleştirilmekte, ayrıca kötüye kullanılabilir koşulları belirlemeye ilişkin maddede açık ölçütlerin belirtilmemesi ya da yukarıda belirtildiği gibi buna ilişkin örnekseyici bir listenin getirilmemesi sebebiyle kötüye kullanılabilir koşulların sınırlarının sağlıklı bir şekilde belirlenemeyeceği, gerçekten; yorumlanmasında oldukça zorlanılan belirsiz ve muğlak ifadelerle dolu hukuki kavramları uygulamaya bırakan düzenlemenin tatmin edici olmadığı ve hukuk güvenliğini sağlamada bir katkısının olmadığı ifade edilmektedir.

### VIII. UWG 8. Madde Dışında Açık İçerik Denetimi Yolları

UWG 8. maddenin uygunsuz ve haksız içerikteki GİK denetimi sadece tüketicilere yönelik olmak üzere kabul edilmiş olup, düzenlemede haksız rekabet halleri hakkında genel bir ilke getiren 2. maddenin somutlaşmış bir uygulaması olan GİK'in kullanılması ele alınmaktadır. Ancak açık içerik denetimi sadece bu kanunda düzenlenmiş değildir. Bundan başka mevzuatta sözleşmeler için içerik kontrolünü öngören birçok emredici hüküm de bulunmaktadır. Karşı tarafı tüketici olsun olmasın ve ister bireysel sözleşmede, isterse GİK içeren sözleşmede kararlaştırılmış olsun, butlan yaptırımına tabi olacak şekilde söz gelimi İBK 100/I. maddeye göre kastından veya ağır ihmalden sorumlu olmayacağına yönelik sözleşmenin yapılamayacağı, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) 27/II. maddeye göre bir kimsenin kişilik haklarını aşırı ölçüde kısıtlayan sözleşme yapılamayacağı, yine İBK 256/II-a. maddeye göre kiracının, 288/II-a. maddeye göre hasılat kiracısının aleyhine olacak şekilde GİK kararlaştırılmayacağı belirtilmektedir.

Bu özel düzenlemeler yanında genel hükümlerden de açık içerik denetimini çıkarmak mümkündür. Nitekim 8. maddenin kabulünde meclis görüşmeleri sırasında tüketicilerle sınırlı olmayacak şekilde; sözleşme özgürlüğünün, her özgürlük gibi mutlak olmadığı,

<sup>75</sup> HESS/RUCKSTUHL, s. 1212.

sözleşme özgürlüğünün güçlü tarafın istediği gibi hükümleri diğere kabül ettirebilmesi olarak anlaşılmalayacağı, böyle anlaşılırsa taraf menfaatleri arasında haksız şekilde bir dengesizlik oluşacağı düşünceleri ifade edilmişti. Genel hükümlerden çıkarılabilecek açık içerik denetimi normları arasında en başta herkesin davranışlarında dürüstlük kurallarına uygun hareket etmesini öngören İMK 2/I maddesi gelmektedir. Bundan başka İBK 19. maddeye göre kamu düzenine aykırılık ve 21. maddeye göre gabin halinin geniş yorumlanmasıyla da aslında açık içerik denetimi yönünde bir faaliyette bulunulmuş olur. Bu hükümlere dayanarak olumsuz durumdan kurtulmak isteyen sözleşme tarafının artık UWG 9. maddede kendisine öngörülen özel dava yollarına başvurma hakkı bulunmamaktadır<sup>76</sup>.

### IX. Sonuç

İsviçre Hukukunda revize edilen UWG'den önce 8. maddede, yanıltıcı şekilde yasadaki düzenleyici nitelikteki hükümlerden önemli ölçüden ayrılan veya tarafların hak ve yükümlülüklerini sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen bir dağılım haksız rekabet sayılmıştı. Ancak bu düzenlemede açık içerik denetiminde esas alınabilecek; yasal düzenlemelerden ayrılma ve sözleşme doğasına aykırılık gibi başarılı ölçütlere yer verilse de, özellikle yanıltıcı şekilde bir davranışa vurgu yapılmasıyla, içerik olarak uygun olmasa da açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınan GİK'ler denetim dışında kalmaktaydı. Bu durum özellikle maddeye yöneltilen; istenen korumayı gerçekleştirilememeye eleştirilerinin asıl sebebi olarak görülmekteydi. Uygulamada açık içerik denetimi bir ihtiyaç olarak hissedilse de sadece alışılmamış; sözleşmenin içeriğine yabancı olan sözleşme koşullarının örtülü içerik denetimi yapılmaktaydı. Ancak bu yöntem de içeriğin uygunluğunu denetleme imkânı sunmuyordu. Açık içerik denetiminin kabul edilmediği bu dönemde Türk Hukuku bir adım ileri giderek 2003 yılı değişikliğiyle, sadece tüketiciler için olsa da, açık içerik denetimini kabul etmişti.

---

<sup>76</sup> SCHMID, s. 18-19.

İsviçre Hukuku'nda açık içerik denetimi konusundaki bu boşluk, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren revize UWG 8. maddenin yeni haliyle dolduruldu. Yeni düzenlemede dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan ve tüketiciler aleyhine, tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren genel işlem koşullarının varlığı halinde haksız rekabetin oluşacağı belirtildi. Düzenleme yeri açısından; açık içerik denetiminin halen, Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri yerine Haksız Rekabet Hukuku'yla ilgili kurallar arasında düzenlemeye kavuşturulmasından vazgeçilmediği, uygulama alanı itibariyle de düzenlemenin sadece tüketicileri kapsamına aldığı, bu yönüyle de korunma ihtiyacı içinde olabilecek özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin bu korumadan yoksun kaldığı görülmektedir. Sözleşme serbestisi prensibine yönelik müdahaleden kaçınma ana düşüncesinin yattığı bu sınırlı düzenleme yoluna nazaran Türk Hukuku'nda 6098 Sayılı TBK daha ileri seviyede sayılabilecek bir düzenlemeyi kabul etti. Kabul edilen düzenlemeyle Türk Hukuku'nda tüketici ya da girişimci olsun, herkes uygun olmayan içerikteki GİK'lere karşı denetim korumasından yararlanma imkânına sahip oldu.

Henüz çok yeni olsa da UWG 8. maddede açık içerik denetimi konusunda öğretilen tavsiye edilen ölçütler, Türk Hukuku'nda da değer taşımaktadırlar. Nitekim TBK 25. maddede uygulamada etkin bir içerik denetimini sağlayacak yeterlilikte özel ölçütlere yer verilmemektedir. Bu durumda ister istemez konunun karşılaştırmalı hukuktaki yerini inceleyerek ve yeni fikirleri de model olarak özel ölçütler geliştirmek, bu ölçütlerle uygulamaya yardımcı olmak gerekliliği doğmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda oransızlığın varlığını tespitinde, yasal düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve yükümlülük dağılımı öngörme ölçütlerine bakılabileceği ya da bir tarafın lehine, ancak diğer tarafın aleyhine hak ve yükümlülük dağılımı öngörülmüşse ilk görünüşte şekli anlamda oransızlığın kabul edileceği fikirleri ileri sürülmektedir. Oransızlığın aynı zamanda önemli ölçüde ve adil olmayacak şekilde

ve dürüstlük kurallarını ihlal edici nitelikte ortaya çıkmasının arandığı bu değerlendirmede, şekli anlamda oransızlık ölçütünün yeterli olmadığı hallerde ise ikinci aşamada özellikle dürüstlük kurallarına göre yapılacak bir değerlendirmeye sonuca ulaşılmaktadır. Bu noktada özellikle tarafların karşılıklı piyasa gücü; buna bağlı olarak pazarlık yeteneği, piyasa tecrübesi ve hukuk bilgisi seviyesi, ayrıca kurulan sözleşmenin türü, amacı, konusu, GİK'le karşı tarafın omuzlarına yüklenen risklerin gerçekte hangi tarafa ait olduğu ve bu risklerin engellenmesi için ne ölçüde özen gösterildiği, bu risklerin karşı tarafa yüklenmesi karşısında ivazda bir telafi sağlanıp sağlanmadığı değerlendirmeleri yapılmaktadır. Bu ölçütlerin Türk Hukuku'nda TBK 25'te hükme bağlanan açık içerik denetimi açısından da dikkate alınması mümkündür. 25. maddede açık içerik denetiminde ele alınacak ancak yetersiz nitelikte olan; dürüstlük kurallarına aykırılık, karşı tarafın aleyhine olma ve onun durumunu ağırlaştırma ölçütleri kullanılmaktadır. Bu ölçütlerden karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırma ölçütünün, şekli anlamda oransızlığın belirlenmesinde, dürüstlük kurallarına aykırılık ölçütünün ise maddi anlamda oransızlığın belirlenmesinde esas alınması mümkündür.



## KAYNAKLAR

- ALTOP**, Atilla: Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 26-44 (Sempozyum).
- ALTOP**, Atilla: Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260 (Armağan).
- ATAMER**, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291-331 (Yeni Açılımlar).
- ATAMER**, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, 2. Bası, İstanbul 2001 (GİŞ).
- ATAMER**, Yeşim M.: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK. M. 6 ve TTK. M. 55 F. 1 İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 7-79 (Yeni Borçlar Kanunu).
- ÇINAR**, Ömer: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- DEMİR**, Mehmet: 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Yolları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2008, Sayı 76, s. 217-231.
- FURRER**, Andreas: Eine AGB-Inhaltskontrolle In Der Schweiz, Haftung und Versicherung (HAVE) 2011, s. 324-328.
- GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter R./**SCHMID**, Jörg/**REY**, Heinz/**EMMENEGGER**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9. Baskı, Basel 2008.
- HAVUTÇU**, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (GİŞ).

- HAVUTÇU**, Ayşe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011, s. 29-46 (6098 S. TBK).
- HAVUTÇU**, Ayşe: Tasarının GiŞ. İle İlgili Düzenlemelerinin İçeriği Açısından Değerlendirmeler, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Yıl 3, Sayı 34, s. 3616-3625 (Sempozyum).
- HESS**, Markus/**RUCKSTUHL**, Lea: AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslageordnung, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2012, s. 1188-1212.
- ÖZ**, Turgut: Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 128-152.
- SCHMID**, Jörg: Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 148/2012 S. 1, s. 1-16.
- SCHWENZER**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Bern 2009.
- SİRMEN**, Lale: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s.79-102.
- STÖCKLI**, Hubert: Der Neue Art. 8 UWG- Offene Inhaltskontrolle, Aber Nicht Für Alle, Baurecht (BR) 2011, s. 184-188.
- ULUSAN**, İlhan: Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004, s. 27-48.
- WILDHABER**, Isabella: Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr Gefahr für die Vertragsfreiheit? Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 107/2011, s. 537-545.