

DOĞALGAZ TEDARİK SÖZLEŞMELERİNDE ASGARİ ALIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE “AL ya da ÖDE” KAYDININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM*

ÖZET

Günümüzün vazgeçilmez bir enerji kaynakları arasında yer alan doğalgaz tüketimi ülkemizde de hızla yaygınlaşmaktadır. Gelişmiş ülkelere paralel olarak ülkemizde de doğalgaz sektörü serbest rekabet ortamına açılmış¹, bu alanda çalışmak isteyen firmalara belirli şartlar altında gaz tedarik etme ve pazarlama hakkı verilmiştir². Gazın depolanmasındaki aşırı güçlükler sebebiyle piyasa kendisine özgü koşullar geliştirmiştir. Bu koşulların başında müşterilerin asgari gaz alma ile yükümlü tutulması gelmektedir. Asgari alım yükümlülüğü, çoğu sözleşmede bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, yani gaz fiilen öngörülen miktarda çekilmese dahi, gazın parasının ödenmesi yönündeki bir kuralla iç içe yer almaktadır³. Böyle bir durumda söz konusu “al ya da

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

1 Avrupa Birliği ülkelerinde doğalgaz iç pazarının düzenlenmesine dair Yönerge 2003/55 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihli. Söz konusu Yönerge ile daha önce çıkarılan 98/30 sayılı Yönerge kaldırılmış ve bundan böyle üye ülkelerin mevzuatını bu yönerge hükümlerine uyumlaştırması öngörülmüştür. Ülkemizde ise doğalgaz piyasasının düzenlenmesine dair 4646 sayılı Kanun (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğalgaz Piyasası Hakkında Kanun) 02.05.2001 tarihindeki Resmi Gazetede yayınlanmış ve yürürlüğe girmiş olup, bugüne kadar birkaç önemli değişikliğe uğramıştır.

2 4646 sayılı Kanunun daha ilk maddesinde Kanunun amacının “...rekabete dayalı esaslar çerçevesinde....şeffaf bir doğalgaz piyasasının oluşturulması” olduğu belirtilmiştir.

3 Doğalgaz pazarında konulan bu hükümlerin enerji piyasasında da sıklıkla kullanılmaya başladığı görülmektedir. Bkz., Waldner, M., Funktion und Rechtsnatur des Stromlieferungsvertrages im liberalisierten Strommarkt, AJP 2010, 1311 vd., 1317; Perner, J., Die Langfristige Erdgasversorgung Europas, Oldenburg 2002, s. 88; Ayrancı, H., Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s.305.

öde (take or pay, ToP)” şeklinde ifade edilebilecek hükmün anlamının ne olduğu tartışma yaratmaktadır. Elinizdeki çalışma, bu konuya ışık tutmayı amaçlamaktadır.

MINIMUM TAKING OBLIGATION IN NATURAL GAS SUPPLY AGREEMENTS AND JUDICIAL COMPOSITION OF “TAKE OR PAY” (TOP) PROVISION

ABSTRACT

Natural gas is among the today's indispensable energy sources. In Turkey, the natural gas sector, as it is seen in the developed countries, is opened to free market competition. Rights to supply and market of gas under certain circumstances are given to the private sector companies which are eager to invest. Free market has developed its own conditions due to the extreme difficulties of the gas storage. The significant one of these conditions brings an obligation to take agreed minimum quantity of gas to the buyers. Under this type of contract, classically, a buyer is obliged either to take and pay for an agreed minimum quantity of gas or to pay for the difference between the agreed quantity of gas and that actually taken although the buyer does not take that quantity. What is the meaning of the “take or pay” (ToP) provision in these contracts has given rise to debates and this study aims to clarify this issue.

GİRİŞ

Enerji ihtiyacı, gelişmişliğin bir göstergesi olarak günden güne artmakta, insanlığı yeni enerji kaynakları arayışına itmektedir. Günümüzün vazgeçilmez enerji kaynaklarından birisi şüphesiz doğalgazdır ve çevre dostu niteliği sebebiyle kullanımı günden güne artmaktadır. Doğalgazın kullanımına imkân verecek sözleşme yapılarından önemli bir kısmını ise “tedarik sözleşmeleri” oluşturmaktadır.

I- DOĞALGAZ TEDARİK SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doğalgaz tedarik sözleşmelerinde asli edimler, gaz sağlama ve sağlanan gaz bedelinin ödenmesidir. Gaz alımı ve bedelinin ödenmesi bir çerçeve sözleşme ilişkisi kapsamında gerçekleşmekte; çerçeve sözleşmelerin süresi 25 yılı bulabilmektedir⁴. Yine bu sözleşmelerde gaz tedarik borcunun, zaman içerisinde ve müşterinin arzu ettiği miktarda gerçekleştirildiği görülmektedir. Bununla birlikte akdedilen sözleşmelerde söz konusu asli edimlerin yanı sıra bazı yan yükümlülükler hatta hukuki niteliği tartışmalı edimlere de yer verilmektedir. Sadece taşlardan veya tuğlalardan bina yapılmasının mümkün olmaması gibi, asli edimler, yan edim ve özellikle koruma yükümlülükleri ile desteklenmediği sürece sözleşmelerden arzu edilen sonuçların doğması mümkün değildir. Sözleşmelerin temelde ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin edinilmesinde araç oldukları göz önünde tutulduğunda, sektörün ihtiyaç duyduğu bir sözleşme yapısının oluşturulmasında sergilenen hareket tarzı anlamlıdır. Zira bazı yan yükümlülükler ifaya yardımcı bir mahiyet taşıırken, bazı yan yükümlülükler ise karşı tarafın bütünlük menfaatini korumaya yönelmişlerdir ve hemen her sözleşmede kendilerine bir yer bulmaktadırlar.

4 Bu kadar uzun süreli borç ilişkilerinin haksız rekabet yaratacağı Alman Federal Rekabet Bürosu'nun bir kararı ile kabul edilmiş ve sözleşmelerin üst süreleri bakımından bir sınır getirilmiştir. Buna göre, toplam ihtiyacın %50'sinden fazlasının bir tedarikçiden temin edilmesi halinde bu sözleşmenin üst sınırı dört yıl olacaktır. Bkz., http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/050125_DiskussionnspapierGasvertraege.pdf . Aynı büronun “Al ya da öde” kaydının “alınan gazı tekrardan başkasına devrini yasaklayan kayıtla (demarkationsabrede)” birlikte değerlendirildiği bir başka karar için bkz., http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell10/B10-48-09_RWE.pdf . Alman Federal Mahkemesinin benzer bir uygulamayı hukuka aykırı bulan kararı için bkz., BGH, Beschluss vom 18.02.2003 (<http://lexetius.com/2003.1433>). Kararların da değerlendirildiği bir çalışma için bkz., Schnichels, D., Marktabschottung durch langfristige Gaslieferverträge, EuZW 2003, s.171 vd.. Yazara göre Avrupa Rekabet hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde uzun süreli tüm ihtiyaç tedarik sözleşmeleri geçerli sayılamamalıdır. Birlik anlaşmasının 81/II hükmü gereği ve BGB §134'le bağlantılı olarak bu tür sözleşmeler geçersizdir.

Bu kapsamda yapılan bir tartışma gaz tedarik sözleşmesinin “sürekli bir borç ilişkisi” ne mi yoksa “dönemsel edimleri ihtiva eden borç ilişkisi” ne mi vücut verdiği.

Gaz tedarikinde sürekli borç ilişkisi niteliği, edimin belirli veya belirsiz bir süre zamana yayıldığı, teslim edilecek miktarın kesin olarak belirtilmediği, tedarikçinin müşterinin ihtiyacına göre istediği miktarı her an teslim amade olduğu bir durumda kabul edilmektedir⁵. Buna karşın dönemsel edimleri içeren borç ilişkisinde ise zaman içerisinde birden fazla vuku bulan münferit satım sözleşmeleri mevcuttur. Her bir satım sözleşmesinde sözleşme konusu gaz miktarı belirlenmiştir ve bu miktar belirlenen zamanda teslim edilecektir. Böyle bir sözleşme yapısında “Just-in-Time” sözleşmelerde olduğu gibi sürekli borç ilişkisine vücut verecek, her an talepte bulunabilirlik ve dolayısıyla emre amadelik ön planda değildir⁶.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanaatimizce taraflar arasındaki somut sözleşme hükümlerine bakılmak suretiyle sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinde mi yoksa, belirli bir zaman dilimine yayılmış birden fazla ani edimli borç ilişkisi mi olduğu değerlendirilmelidir. Buna göre müşterinin belirli bir zaman diliminde ihtiyaç duyduğu gaz miktarının, gaz tedarikçisi tarafından üstlenildiği sözleşmelerde dönemsel edimleri içeren bir borç ilişkisi söz konusudur. Buna karşın gaz tedarikçisinin önceden tedarik edilecek gaz miktarının kararlaştırılmadığı bir durumda, müşteri tarafından bildirilen miktar kadar belirli bir fiyattan gaz tedarik etmeyi üstlendiği bir sözleşmede ise sürekli borç ilişkisi niteliği kabul edilmemelidir⁷.

II- ASGARİ ALIM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DOĞAL GAZ SÖZLEŞMELERİNDEKİ ANLAMI VE ÖNEMİ

⁵ Benzer durumlar, telekomünikasyon ve enerji sektöründe söz konusudur. Burada telekomünikasyon şirketi veya enerji sağlayan şirket, hizmeti, müşterinin her an emrine amade olarak hazır bulundurmakta (çerçeve ilişkisi) her bir çağrı ve enerji kullanma isteği ise ayrıca bir sözleşmeye (eser veya satım) vücut vermektedir.

⁶ Sachsenhauser, R., Zulaessigkeit von Take-or-Pay Klauseln in Gasliefervertraegen mit Sondervertragskunden, Contracting und Recht (CuR) 2009, S. 96 vd., 97.

⁷ Sachsenhauser, CuR 2009, 97.

Doğalgaz mahiyeti itibariyle üretimi doğal şartlara tabi ve dolayısıyla istenilen yerde üretilemeyen, tüketim mahallerine iletilebilmesi için boru hatları döşenmesi gereken; sıvılaştırılabilen (LNG) ve bu şekilde de pazarlanabilen, sıvılaştırılmadığı takdirde mutlaka tüketilmesi gereken, sıvılaştırılmayan ve depolanmayan üretim fazlasının çoğunlukla yakıldığı⁸, depolanması ve iletilmesi oldukça güç ve pahalı bir doğal kaynaktır. Diğer yandan boru hatlarının döşenmesi ve işletilmesi büyük yatırım maliyeti gerektirmektedir. Bu sebeple işletmeciler yatırımlarının amortismanını belirli bir süre içinde gerçekleştirebilmek için çeşitli çareler aramaktadırlar. Doğalgazın yukarıda belirtilen özellikleri haliyle piyasasını etkilemekte, taleplerin istikrara kavuşturulması ve tüketimle uyumlu bir arz planlaması yapılabilmesi bakımından sözleşmelerin genellikle uzun süreli yapıldığına (Longterm Contract) şahit olunmaktadır. Uzun süreli sözleşmelerin yaratacağı sakıncalardan kurtulmak için de, tarafların piyasa koşullarına esneklik sağlayan arayışlara yöneldikleri ve bu çerçevede sözleşmelere bir hüküm sevk ederek, yatırım rizikolarını azaltmak üzere, müşterilerine asgari alım yükümlülüğü getirdikleri görülmektedir⁹. Söz konusu hükümlerle, talebin sözleşmede öngörülen az olması halinde, sözleşmede öngörülen asgari alımın bedelinin satıcıya ödenmesi kararlaştırılmaktadır. Müşteri böyle bir

⁸ Doğalgazla petrolün bileşenleri aynıdır (hidrokarbon). Doğalgazın ayrı bir kaynak olarak değerlendirilmesinden önce, petrol üretiminde istenmeyen bir unsur olarak görülmekte ve petrolden, yakılmak suretiyle uzaklaştırılmakta idi (Wikipedia, doğalgaz).

⁹ Scott E. Masten/Keith J. Crocker; Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas, *Amerikan Economic Review*, Vol. 75, N. 5, s. 1083-1093; Kreti, A./Villeneuve, B., Longterm Contracts, Take-or-Pay Clauses in Natural Gas Markets, *Energy Studies Review* 2004, 75 vd.; Michelle Hallack/ Jean-Michel Glachant; The robustness of long-term Take-or-Pay contracts: What we can learn from the trade in gas between Brazil and Bolivia? İn internet: http://extranet.isnie.org/uploads/isnie2008/glachant_hallack.pdf. Ayrıca bkz., Bartel, K., Wettbewerbsprobleme auf dem deutschen Energiemarkt durch Unternehmenszusammenschlüsse, Diss., Berlin 2011, s. 272; Glowatz, K., Langfristige Energielieferverträge im Lichte des Kartellrechts, 1. Aufl., Norderstedt 2009, s. 38. Taraflar, esneklik sağlayan hükümleri her iki taraf lehine de öngörebilmektedirler. Sözleşmede belirlenen miktarı aşan bir talebin yapılması halinde, tedarikçinin belirli bir sınıra kadar gelen talebi karşılama yükümlülüğü bu kapsamda değerlendirilebilir.

durumda ya sözleşmede öngörülen miktarda gaz almak; ya da gazı fiilen almasa dahi, belirlenen asgari alım miktarının bedelini satıcıya ödemek durumundadır (al ya da öde (Take or Pay, ToP). Müşterilerin de söz konusu kayıtlardan rahatsızlık duymadıkları, aksine, alım garantisi vermek suretiyle fiyatlarda kendi lehlerine bir avantaj sağladıkları görülmektedir. Diğer yandan sözleşmelere konulan bir hükümlerle bir dönemde alımı garanti edilen gaz miktarının aşılması halinde, aşılın miktar gelecek dönemlerdeki alım yükümlülüğünün kapsamında mahsup edilebilmektedir¹⁰. Böyle bir kaydı ihtiva eden sözleşmenin imzalanması ile ithalatçılar ithal ettikleri gazı satamama riskini üstlenirken, fiyat dalgalanmalarından yararlanamama riskini de ihracatçılar üstlenmektedirler. Dolayısıyla sektör bakımından enerji piyasasındaki özelleştirme uygulamaları ile birlikte uzunca bir süreden beri sözleşmede böyle bir maddenin bulunması “genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükmünün yürürlük denetiminde” alışılmamış, sürpriz bir kayıt olarak değerlendirilmemeli ve sözleşme içeriği haline gelmesine engel olmamak gerekir¹¹.

III- ASGARİ ALIM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Asgari alım yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda doktrinde esas itibariyle üç ihtimal üzerinde durulmaktadır. Söz konusu ihtimaller,

- i) Böyle kayıtların cezai şart olduğu,
- ii) Tazminatı götürü olarak belirleyen bir düzenleme olduğu ve son olarak

¹⁰ Thomale, H-C./Feurstein, S., Die AGB-rechtliche Wirksamkeit von Take-or-Pay Klauseln in Energielieferverträgen, NJOZ 2010, 754.

¹¹ Diğer yandan “al ya da öde kaydı”nın sözleşmenin asli edimlerine ilişkin olması kuvvetle muhtemel olduğundan sözleşmelerde çoğu kez müzakere konusu yapılmak durumundadır. Benzer yönde bir mahkeme kararı için bkz., LG Berlin, Urt. Vom 25.08.2009, Az. 98 O 121/08. Karar internette www.ewerk.hu-berlin.de/ewerk/0210/Wirksamkeit_von_Take-or-Pay-Klauseln adresinden indirilebilir. Müzakere edilmiş bir hükmün genel işlem şartları ilgili denetimlere açık olmayacağını, bu hükmün denetiminin ancak genel esaslara (BK. m. 19,20, 21; TMK. m. 23) göre yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu kayda, Avrupa Birliği iç pazarını düzenleyen Yönergenin 27. maddesi uyarınca “ciddi finansal ve ekonomik zorluklar sebebiyle” itiraz edilebilecektir, Glowatz, 38.

iii) Yukarıdaki iki ihtimalin dışında kendisine özgü bir düzenleme olduğu, şeklindedir¹².

A- Cezai Şart İhtimali

Söz konusu ihtimalde, asgari alım miktarınca sistemden gaz çekilmemesi halinde, alımı taahhüt edilen asgari miktarın %85'lere kadar varan miktarının bedelini ödeme şartını, karşı tarafı alım yapmaya zorlayan mahiyet taşıdığı kabul edilmektedir¹³. Asgari miktar alınmasında tedarikçinin sayısız yararı vardır ve bu yararların gerçekleşebilmesi için ödeme kaydı alıcı üzerinde bir baskı yaratacaktır. Cezai şartın fonksiyonlarından birisi, sözleşme tarafını ifaya zorlamak olduğundan, böyle bir kayıt mahiyeti itibariyle cezai şart sayılmalıdır. Cezai şart görüşü benimsendiğinde, söz konusu kayıt mahiyeti itibariyle “seçimlik”tir ve alıcı, isterse sözleşmede öngörülen alım yükümlülüğünü yerine getirerek, isterse cezai şartı ödemek suretiyle yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Bu görüş kabul edildiği takdirde cezai şartın fahiş olduğu durumlarda hâkim tazminatı indirmek yetkisine sahiptir.

B- Götürü Tazminat İhtimali

Bu ihtimalde ise, sözleşmede öngörüldüğü haliyle alım yapılmaması halinde belirli bir miktara kadar sanki alım yapılmışçasına bedel ödeme yükümlülüğü altına girilmesi, tedarikçinin uğraması muhtemel zararlarına karşı götürü bir tazminat niteliği taşıdığı sonucuna varılmaktadır. Böyle bir durumda tazminat ödeme yükümlülüğünün doğumu için, asgari alım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olgusu yeterli olup, zarar göreni başkaca hususların ispatından, özellikle uğranılan zararların ispatı külfetinden kurtarma amacı taşır. Söz konusu görüş uyarınca asgari alım yükümlülüğüne aykırı bir tutumun belirmesi

¹² Thomale/Feurstein, NJOZ 2010, 754; Sachsenhauser, CuR 2009, 99.

¹³ BK. m. 156 anlamında cezai şart, asli edimin, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi taliki şartına bağlı olarak vaadedilen bir edimdir. Cezai şart borcun ifasını teminat altına almayı amaçlar ve alacaklıyı zararın varlık ve miktarını ispat yükünden kurtarır (BGE 122 III 420 vd.). Uğranılan zararın ceza miktarını aşmadığı durumlarda ise, hüküm, ceza niteliği taşır. Bkz., Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches OR, Allg. Teil, II. Bd., 8. Aufl., Zürich 2003, N. 3999; Huguenin, Rdn. 1206 vd.; Fischer, T., Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998, s.55.

üzerine kararlaştırılan ödeme miktarı, tarafların zarara uğrama ihtimaline binaen önceden öngördükleri bir tazminattır.

Görüldüğü üzere cezai şart ve tazminatın götürü belirlenmesi birbirinden ayrılır ve farklı amaçlara hizmet etmektedir¹⁴. Cezai şartta önleme amacı bir diğer ifade ile ihlale meydan verilmemesi ön planda iken, diğerinde denkleştirme ön plandadır. Diğer yandan, herhangi bir zarar doğmasa dahi cezai şartın ödenmesi lazım gelirken, zararın bulunmadığı hallerde toplu götürü tazminat hükmünün uygulama alanı bulması söz konusu olmaz¹⁵.

IV- İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce yukarıda ayrıntıları açıklanan iki ihtimale de katılmak mümkün değildir. “Al ya da öde” kaydı içerdiği dinamikler, özellikle konulmasında güdülen amaçlar itibariyle¹⁶ bir cezai şart olarak değerlendirilemez. Cezai şartın iki türünde (ifaya eklenen ve seçimlik cezai şartta)¹⁷ asıl amaç sözleşmenin karşı tarafını ifaya zorlamak iken, dönme cezasında öngörülen edimi yerine getirerek dönme hakkını elde etmektir¹⁸. Hâlbuki böyle bir kaydın gaz tedarik sözleşmelerinde öngörülmesindeki amaç, alıcıyı mutlak surette ifaya zorlamak ve ifa gerçekleşmediği takdirde onu cezalandırmak değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere alım garantisi vermek suretiyle fiyat avantajı sağlanmak istenmektedir. Böylece üstlenilen rizikolar bakımından da bir denge yaratılmaktadır.

Bu noktada cezai şartın “ifaya zorlayıcı” mahiyette olmadığı, cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkının kazanıldığı, bir diğer ifade

¹⁴ Fischer, 152.

¹⁵ Cezai şart ile götürü tazminat arasındaki farklılıklar için ayrıca bkz., Erdem, M., Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 97 vd., özellikle 120 vd..

¹⁶ Bu tür kayıtların konulmasındaki amaçlar hakkında ayrıca bkz., Ayrancı, 307 vd..

¹⁷ Cezai şart üç farklı biçimde kararlaştırılabilmektedir: İfaya eklenen yani kümülatif cezai şart, seçimlik cezai şart ve dönme cezası.

¹⁸ Huguenin, C., Obligationenrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Zürich 2008, Rdn. 1206 vd..

ile cezai şartın “dönme cezası” olduğu ihtimali üzerinde durmakta yarar vardır.

Dönme cezasında, taraflar sözleşmeden dönme hakkının karşılığında bir miktar ceza ödemeyi üstlenmektedirler. Söz konusu ihtimal kabul edildiğinde, %80-85’lik alım yükümlülüğü ve bu miktarın parasının ödenmesi ile müşterinin sözleşmeden dönme hakkını kazandığı sonucuna varmak gerekir. Ancak bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim hayatın genel akışı ve hayat tecrübelerine bakıldığında dönme cezalarında, karşılaştırılan ceza miktarının, asla asli edimin %80 ve 85’lerine ulaşmadığı görülmektedir. Zira, dönme halinde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için tazmin edilecek zararlar ilke olarak “menfi” zararlar olmaktadır ve bu sebeple, ifa menfaatine değil, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna dair güvenin boşa çıkmasından doğan zararlara yakın ve onun biraz üzerinde bir ceza miktarının karşılaştırılması söz konusu olmaktadır. Hâkim, cezai şartın fahiş olup olmadığını takdirde değerlendirme yaparken bu hususu göz önüne almaktadır.

Diğer yandan dönme cezasında, cezai şart olarak öngörülen miktar ödenmek suretiyle sözleşmeden dönülmektedir. Hâlbuki doğalgaz tedarik sözleşmesinde sözleşmeden dönülmemekte, taraflar ileriki dönemlerde öngörülen edim yükümlülükleri ile bağlı tutulmaya devam edilmektedir.

Toptan götürü tazminat olduğu yolundaki görüşe de katılmak mümkün değildir. Toptan götürü tazminat ile cezai şart arasındaki fark, her iki kurumun amaçlarındaki farklılık noktasındadır. Cezai şartta ön plandaki amaç, borçluyu ifaya zorlamak iken, diğerinde ise zarar görenin zararının varlık ve kapsamının ispatında bir kolaylık sağlamaktır. Diğer bir farklılık ise cezai şartın daima asli edimin ifasında bir aykırılığı şart koşmasıdır. Hâlbuki tazminatın götürü olarak belirlenmesinde asli edime bir aykırılık olmasa da sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırı olarak verilen zararların toptan bir şekilde karşılaştırılması söz konusudur.

Cezai şartta olduğu gibi tazminatın götürü bir biçimde karşılaştırılması halinde, şayet karşılaştırılan miktar ölçsüz şekilde karşı

tarafı zarara uğraticı bir mahiyet taşıyorsa, hâkim tazminatın miktarında indirim yapabilir. Buna karşın, somut olayda uğranılan zarar, götürü olarak karşılaştırıldan daha fazla ise, sözleşme hükmü ile karşılaştırılan üst sınır bir sorumluluk sınırlaması olarak kabul edilmektedir¹⁹.

Kanaatimizce asgari alım yükümlülüğüne uyulmaması halinde ödenmesi karşılaştırılan gaz bedeli “gerçek olmayan cezai şart” niteliğindedir²⁰. Gerçek olmayan cezai şart, hukuken izin verilen bir davranışın sergilenmesi veya tanınan bir hakkın (cayma veya haklı nedenle fesih hakkının) kullanılması halinde üstlenilen bir edim yükümlülüğü olup, gerçek cezai şarttan; akde aykırı olmayan bir davranış sonucunda doğacak olması ve asıl borcun fer’i niteliğinde olmaması yönleriyle ayrılmaktadır²¹. Yine doktrinde gerçek olmayan cezai şart, seçimlik borç niteliğinde görülmekte²² ve sözleşmenin kuruluşu esnasında, şarta bağlı olarak karşılaştırılan asli edim karakteri taşıdığı ifade edilmektedir²³. Seçimlik borçlarda seçim hakkı borçluya tanınmış

¹⁹ Gauch/Schluop/Rey, N. 4071; Bucher, OR-AT, 525; Huguenin, Rdn. 1212. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz., Fischer, 163 vd..

²⁰ Gerçek olmayan cezai şartın hukuki niteliği ve uygulanması gereken hükümler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Mabillard, R., Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulaessigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP 2005, s. 547 vd.. Bucher, gerçek olmayan cezai şartı “ceza benzeri vaad” (strafaehnliches Versprechen) olarak anmakta ve “hukuken yerine getirmek zorunda olmadığı bir edimi yerine getirmeme halinde bir edim yükümlülüğünün üstlenilmesi” şeklinde tanımlamaktadır, Schweizerisches OR, Allg. Teil, 2. Bası, Zürich 1988, s.525.

²¹ Örneğin, fesih ya da cayma hakkının kullanılmasının engellenmesi amacıyla böyle bir davranışta bulunanın bir miktar para ödeme yükümlülüğü altına girmesinin karşılaştırıldığı hallerde “gerçek olmayan cezai şart” söz konusudur, Mabillard, AJP 2005, 547. Ayrıca bkz., Huguenin, Rdn.1213.

²² Mabillard, AJP 2005, 550 dipn. 24’te anılan yazarlar.

²³ Bucher, 525. Seçimlik borç, seçimlik yetki (fakultas alternativa) ile karıştırılmamalıdır. Seçimlik yetki hukukumuzda tanımlanmamış olmakla birlikte kanunen öngörülmüş bir hali bulunmaktadır ki o da “yabancı para” üzerinden borçlanmalardadır. Böyle hallerde borçlu aynen ödeme kaydı öngörülmediği takdirde vade gününde yabancı paranın türk lirası cinsinden karşılığını ödeyerek borcundan kurtulmaktadır (BK. m. 83). Ayrancı, söz konusu kayıtlarda “şarta bağlı olmayan bir ödeme yükümlülüğü” niteliği görmektedir (s. 307). Ancak yazar isabetli olarak kabz yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde karşılaştırılan ödemenin yapılması ile birlikte, borcun ifa edilmiş sayılacağını belirtmektedir. Böyle bir kaydın öngörülmemesi halinde ise,

ise, borçlu istediği borcu seçerek ifa edebilir; bu ifa ile borcundan kurtulabilir. Belirlenen sürede asgari alım yükümlülüğünün gerçekleşmemesi ise bu borcun imkânsızlaşmasına yol açar. Zira zaman itibariyle, borçlunun bu borcunu ifa edebilmesi imkânı kalmamıştır (nisbi kesin vadeli hukuki işlem). Bu sebeple çoğu sözleşmede alınmayan gaz miktarının gelecek yıllara aktarılması yönünde hükümler sevkedilmektedir. Seçimlik borçlarda borcun konusunun diğer edim olmasının şartı burada diğer borcun imkânsız hale gelmesi ile gerçekleşmekte, yani imkânsızlığın gerçekleşmesi ile borcun konusu diğer edim olmakta; alınmasa dahi öngörülen miktarda gazın bedelinin ödenmesi yükümlülüğü doğmaktadır. Seçimlik borçlardan hangisinin ifa edileceği konusunda alacaklının seçme hakkına sahip olması, seçimlik borcun belirli hale gelmesinin müşterinin iradi şartına bağlanması, haydi haydi taliki şartta da bağlanabileceği anlamına gelmektedir²⁴. Alacaklı her iki durumda da yani ister kararlaştırılan gaz miktarını teslim almak suretiyle, isterse diğer edimi ifa ettiği takdirde herhangi bir ceza ya da tazminat ödemeksizin “borcunu ifa etmiş” sayılmakta ve sonuç olarak borcundan kurtulmaktadır²⁵. Bununla birlikte sözleşmede öncelikli edim alım yükümlülüğü kapsamındaki gazı almaktır. Bu mümkün olmadığı takdirde²⁶, örneğin ithalatçı ithal ettiği gazı pazarlayamadığı takdirde,

alacaklı tedarikçinin, borçluyu temerrüde düşürmek ve zararını ispat ederek menfi ya da duruma göre müspet zararını isteyebileceğini, söz konusu kayıtların bu zahmetten tedarikçiyi kurtardığını ifade etmektedir.

²⁴ Hâkim görüş gerçek olmayan cezai şartın hukuki niteliğini, şartta bağlı bir seçimlik borç olarak değerlendirmekte iken Mabillard bu görüşe karşı çıkmakta (AJP 2005, 550) böyle hallerde şartta bağlı bir edim vaadinin söz konusu olduğunu ve gerçek cezai şartta ilişkin hükümlerin bu halde kıyas yolu ile uygulanabileceğini belirtmektedir (s.551).

²⁵ Benzer yönde Ayrancı, 310. Yazar ayrıca böyle bir kaydın “saf garanti” niteliğinden dahi bahsedilebileceğini belirtmektedir, s. 311.

²⁶ Seçimlik yetkide asıl edim ile ikame edim, önemini özellikle edimin imkânsızlaşması halinde göstermektedir. Seçimlik borçlarda edimlerden biri imkânsızlaştığı takdirde borç sona ermemesine ve borcun konusunun diğer edim olmasına rağmen, seçimlik yetkide önemli olan, asıl edimdir. Asıl edimin ifası, borçlunun kusuru dışında imkânsız hale gelirse onun yerine yedek edim geçmez, aksine borç ilişkisi sona erer. Zira burada esas olarak borçlanılan edim, asıl edimdir. Buna karşılık, yedek edimin ifasının imkansız hale gelmesi, asli edim üzerinde hiçbir olumsuz etki meydana getirmez, Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 930.

kararlaştırılan seçimlik diğer edimi ifa ederek, yani asgari alım miktarının %80'inin bedelini ödeyerek sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır.

Savunulan bu görüşle uyumlu olarak, kararlaştırılan seçimlik diğer edimin, hâkimin takdiri ile tenkisine gidilemeyeceği gibi, yedek olarak kararlaştırılan edim tam ve gereği gibi ifa edilmiş ise, zararın daha yüksek olduğundan bahisle fazla bir tazminat da talep edilemeyeceği sonucuna varmak gerekmektedir.

Görüşümüzle tutarlı olarak yedek edim kararlaştırılması bağlamında “al ya da öde” kaydının genel işlem şartları ile ilgili değerlendirmelere de tabi tutulamayacağı kanaatindeyiz²⁷. Zira alınmayan gazın belirli bir miktarının bedelinin ödenmesi yedek olarak kararlaştırılan edimin kendisidir. Olsa olsa genel hükümlere göre (hata, hile, gabin) sözleşmenin bu hükmünün (veya tümünün) iptali yoluna gidilebilir ki, bunlar da son derece sıkı şartlara tabidirler.

Buna karşılık “al ya da öde” şeklindeki kayda, “götürü tazminat” veya“cezaî şart” a benzerliği dolayısıyla cezaî şartlara ilişkin hükümlerin kıyas yolu uygulanabileceğini savunanlar, cezaî şartların tabi olduğu esaslara uygun olarak, bu tür kayıtların genel işlem şartları bakımından değerlendirmelere tabi tutulabileceğini öne sürmektedirler²⁸. Bu görüşte

²⁷ Al ya da öde kaydının genel işlem şartları bakımından değerlendirilmesinde ön plana çıkan husus, cezaî şart ve götürü tazminat sayılması halinde, sözleşmenin karşı tarafına tanınan haklarla bağlantılı olarak, sözleşmenin karşı tarafını aşırı ölçüde dürüstlük kuralına aykırı olarak zarara uğratma ihtimalidir. Örneğin, söz konusu kaydın götürü tazminat olarak kabul edildiği bir durumda, sözleşmenin karşı tarafına zararın daha az gerçekleştiğini ispat bakımından bir hak tanınmamış ise, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın zarara uğratıldığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz., Thomale/Feurstein, NJOZ 2010, 758 vd.; Sachsenhauser, CuR 2009, 99.

²⁸ Gerçek cezaî şarta ilişkin hükümlerin gerçek olmayan cezaî şarta doğrudan doğruya mı, yoksa kıyasen mi uygulanması gerektiği konusu tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz., Mabillard, AJP 2005, s. 552 vd.. Gerçek olmayan cezaî şartın, özellikle dönme cezasına benzediği yönünde bkz., Avusturya Yüksek Mahkemesi OGH, GZ 7 Ob 78/10m, 05.05.2010. Gaz tedarik sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı için kararlaştırılan bedelin ödenmesi halinde sözleşmeden dönülmemekte, borç ifa edilmiş sayılmaktadır. Bu sebeple dönme cezası (Reugeld) da tam olarak uygulamayı temellendirmekte yetersiz kalmaktadır.

olanlara göre örneğin, gerçek olmayan cezai şart da, hâkim tarafından fahiş görüldüğü takdirde indirilebilmelidir²⁹.

V- AL YA DA ÖDE KAYDININ GENEL İŞLEM ŞARTLARINA ÖZGÜ DENETİM ARAÇLARI İLE DENETLENMESİ

Türk hukuku bakımından genel işlem şartlarının denetlenmesinde özel kurallar ilk defa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4822 sayılı Kanunla değiştirilmesi sonucunda getirilmiştir. Haksız şartlar başlığı altında öngörülen kurallar, yalnızca tüketici sözleşmelerinde uygulanmaları ve yine yürürlük denetimini dışarıda bırakması açılarından büyük eleştiri konusu idi. Söz konusu alanda büyük adım 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile atılmış ve Kanunun 20-25 maddeleri arasında genel işlem şartları (koşulları) düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme ile yalnızca tüketici sözleşmeleri ile sınırlı olan denetim, tüm işlemler için geçerli hale getirilirken, yürürlük denetimi ile ilgili olarak da düzenlemeler öngörülmüştür. İçerik denetimi bakımından kanundaki düzenlemenin beklentileri karşılamadığı görülse de yine de hukukumuz bakımından büyük bir adımın atıldığını söylemek mümkündür.

Yürürlük denetimi sonrası sözleşme içeriği haline getirildiği kabul edilen genel işlem şartlarının içerik denetiminin hangi esaslar çerçevesinde yapılacağı 25. maddede düzenlenmiştir. Buna göre “genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”.

Söz konusu hüküm çerçevesinde genel işlem şartlarının içerik denetiminin esas itibariyle dürüstlük kuralları çerçevesinde, karşılıklı menfaatlerin ve rizikoların adil bir biçimde bölüşümüne dayandırıldığını söylemek mümkündür. Diğer yandan hükmün yorumlanmasında ve uygulanmasında, kanun koyucuya esin kaynağı olan Alman Medeni Kanunu’nun §305 vd., özellikle §307 ve 309 hükümlerinin de göz önünde

²⁹ Böckli, P., Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Bern 2009, Rdn. 257b.

tutulması gerekmektedir. “Al ya da öde” kaydının Alman hukukunda genel işlem şartları denetimi açısından ne şekilde değerlendirildiği bizim için de büyük önem taşımaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere bedel anlaşması kapsamında yer alan bir hüküm, genel işlem şartları ile denetime açık değildir. Bu nedenle bedel anlaşması ile “bedele ilişkin yan anlaşma (dolaylı bedel=Preisnebenabrede)” birbirinden ayırt edilmelidir. Yükümlülüklerin birbirine karşılık oluşturduğu durumda bedel anlaşması vardır. Buna karşılık, müşteri ihtiyacının bir teslimatçı tarafından açık teslim sözleşmesi (offene Liefervertrag) ile karşılanmasının kararlaştırıldığı ve böyle bir sözleşmede “al ya da öde” kaydı konulmaksızın ödeme yükümlülüğünün getirilmesi halinde bunun gerçek bir yükümlülük olarak kararlaştırılmadığı ve dolayısıyla genel işlem şartları denetimine söz konusu hükmün tabi olduğu sonucuna varılmaktadır³⁰.

Alman Medeni Kanunu’nun §307 hükmüne göre bir genel işlem şartı, kendisinden sapılan kanuni düzenlemenin (yedek hukuk kurallarının) içerdiği temel hakkaniyet ilkesi ile çelişmekte veya sözleşmenin niteliğine göre hak ve yükümlülüklerde sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek ölçüde bir sınırlama öngörmüş ise, geçersiz sayılabilecektir.

Söz konusu hükme göre, yedek hukuk kurallarından sapılmak suretiyle yaratılan sözleşme düzeni önemli ölçüde zarar doğurma tehlikesi barındırıyorsa, bu tür sözleşme hükümleri hâkim tarafından geçersiz sayılacaktır. Bu kapsamda, “al ya da öde” kaydının taraflarca açıkça cezai şart şeklinde veya götürü tazminat şeklinde kararlaştırılması veya yapılacak yorumla öyle olduklarının kabul edilmesi durumunda, cezai şartın ve götürü tazminatın genel işlem şartları ile ilgili değerlendirmelere tabi olacağı açıktır. Örneğin, götürü tazminatta sözleşmenin karşı tarafına zararın meydana gelmediği şeklinde bir ispat hakkı tanınmamış ise, bu kaydın geçersiz sayılması mümkündür. Keza hükmün cezai şart olarak değerlendirildiği bir durumda, cezai şartın fer’iliğini ortadan kaldıracak

³⁰ Thomale/Feurstein, NJOZ 2010, 756.

bir sözleşme yapısı, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafı zarara maruz bırakacağından hâkim tarafından geçersiz sayılabilir.

SONUÇ

Doğalgaz tedarik sözleşmelerinde sıklıkla görülen ve tüm enerji sağlama sözleşmelerine yayılma eğilimi gösteren “al ya da öde kaydı”, mahiyeti itibariyle bir cezai şart ya da tazminatın götürü bir biçimde kararlaştırılması olmayıp; gerçek olmayan bir cezai şart ve dolayısıyla seçimlik borç niteliğindedir. Gaz teslim alma yükümlülüğü üstlenen kişi, kararlaştırılan iki asli edimden birini ifa ederek borcundan kurtulmaktadır. Her iki halde de borç ifa suretiyle sona ermektedir. Borçlu herhangi bir tazminat veya ceza ödeme konumunda değildir. Bu tür kayıtların genel işlem şartları arasında yer alması halinde “yürürlük denetimi” açısından “alınmamış bir kayıt” olarak değerlendirilemez. İçerik denetiminde ise yedek edimin, asli edimin tabi olduğu BK. m. 19-20; 21 (TBK. m. 26-27; 28) hükümlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranmaları zorunluluğu karşısında “aşırı yararlanma” iddiasının çoğunlukla dikkate alınmayacağı değerlendirilmektedir.

