

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTLARI  
KULLANMAK SURETİYLE HAKSIZ REKABET OLUŞTURMAK**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Abdüssamet YILMAZ**

**Tez Danışmanı: Doç. Dr. S. Anlam ALTAY**

**TEMMUZ 2014**

## ÖNSÖZ

Haksız rekabet hukuku, ekonomik alandaki değişim ve gelişimin ortaya çıkardığı yeni sorunlara cevap verebilmek adına gelişmiş ve değişmiştir. Bu değişim ve gelişim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da kendini göstermiş ve haksız rekabet hukukundaki yeni yaklaşımlar Kanuna yansıtılmıştır. ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda olmayan haksız rekabet halleri de Kanun'un 55. maddesinde kendilerine yer bulmuşlardır. 6102 sayılı Kanun ile birlikte haksız rekabet olduğu kabul edilen “*dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanma*” fiili de bu bağlamda değerlendirilmiştir. Konunun Türk Hukuk düzeninde ilk defa haksız rekabet bağlamında değerlendirilmiş olması nedeniyle uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlara cevap verilmesi için yazılacak eserlerin önemi büyük olacaktır.

İlgili tez çalışmasının yürütülmesinde bilgi ve deneyimini esirgemeyen tez danışmanım Doç. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY'a ve kürsüsünde yer almaktan onur duyduğum Saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Sami KARAHAN'a teşekkürlerimi sunarım.

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR .....	vii
RÉSUMÉ.....	ix
ABSTRACT.....	xiii
ÖZET .....	xvii
GİRİŞ.....	1
§ 1 HAKSIZ REKABET VE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DÜRÜSTLÜK KURALIYLA İLİŞKİLERİ.....	4
I. Haksız Rekabet Kurumunun Dürüstlük Kuralıyla İlişkisi .....	4
A. Haksız Rekabet Hukukunun Kaynakları ve Gelişimi .....	4
B. Haksız Rekabete İlişkin Pozitif Düzenlemelere Bakış.....	11
1. Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümün İncelenmesi .....	11
a. Hükümün Kaynağı .....	11
b. Genel Hükümün Özel Hükümle İlişkisi.....	12
2. Haksız Rekabetin Dayandığı Esaslar .....	14
a. Bütün Katılanların Menfaatine Dürüst ve Bozulmamış Rekabetin Sağlanması .....	14
i. Korunmak İstenen Menfaat.....	14
ii. Korumadan Yararlanan Kişiler: Bütün Katılanlar .	16
b. Haksız Rekabetin Temel Esası Olarak Dürüstlük Kuralı ...	18
i. Dürüstlük Kuralının Haksız Rekabet Açısından Üstlendiği İşlev .....	18
ii. Haksız Rekabet Uygulamasında Emek İlkesinin Rolü.....	21
c. Haksız Rekabet Oluşturan Fiillerin TK md 54 ile Birlikte Değerlendirilmesi.....	28
II. Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırılığının Koşulları.....	31
A. Genel İşlem Şartı Kavramı ve Türk Hukukunda Düzenlenişi .....	31
1. Genel İşlem Şartlarının Ekonomik Hayattaki Yeri ve Kullanılma Nedenleri .....	31
2. Genel İşlem Şartlarının Türk Hukuku'nda Düzenlenişi .....	34

3. Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralı Bağlamında Değerlendirilmesi.....	36
a. Dürüstlük Kuralının Sözleşmeler Hukuku'ndaki Görünümü .....	36
b. Dürüstlük Kuralının Genel İşlem Şartları Açısından İşlevleri .....	38
c. Dürüstlük Kuralının Genel İşlem Şartları Bağlamında Somutlaştırılması .....	41
i. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Haksız Şartlara İlişkin Hükümlerinin Dürüstlük Kuralı Bağlamında İncelenmesi .....	42
ii. Ticaret Kanununun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Dürüstlük Kuralı Bağlamında İncelenmesi .....	43
4. Değerlendirme.....	47
§ 2 DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTI KULLANMANIN HAKSIZ REKABET OLUŞTURMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR.....	49
I. Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Olarak Nitelendirilmesine Dair Özel Hükümün Ana Hatlarıyla İncelenmesi .....	49
A. Genel Bakış.....	49
B. Alman Hukuku .....	51
C. İsviçre Hukuku .....	54
D. Türk Hukuku .....	57
E. Değerlendirme .....	58
II. Genel İşlem Şartı Kullanımının Haksız Rekabet Oluşturması İçin Gereken Şartlar .....	60
A. Genel İşlem Şartı Kullanımı.....	63
B. Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması.....	66
1. Kanuni Düzenlemeden Önemli Ölçüde Ayrılma.....	67
a. Kanuni düzenleme .....	67
b. Doğrudan ya da Yorum Yoluyla Uygulanma Kriteri.....	70
c. Genel İşlem Şartlarının Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılığı Sorunu .....	72
2. Sözleşmenin Niteliğine Önemli Ölçüde Aykırı Haklar ve Borçlar Dağılımının Öngörülmesi .....	73
3. Alışılmamış ve Şaşırtıcı Kayıtlar.....	75

4. Denetim Ölçütünden Sapma.....	77
5. Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'da Yapılan Değişikliğin Dürüstlük Kuralına Aykırılığın Belirlenmesinde Kullanılan Denetim Ölçütüne Getirdiği Yenilikler.....	79
6. Genel İşlem Şartlarının Yanıltıcı Olması .....	81
a. Yanıltıcılık Unsurunun Değerlendirilmesi .....	81
b. Yanıltıcılık Unsurunun İsviçre Haksız Rekabet Kanunundaki Görünümü ve Yapılan Değişiklikler .....	83
c. Türk Hukukunda Yanıltıcılık Unsurunun Haksız Rekabetin Gerçekleşmesindeki Yeri .....	85
7. Genel İşlem Şartlarının Kullanımının Tüketici veya Girişimciye Yönelik Olması.....	88
C. Genel İşlem Şartlarının Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti İhlal Etmesi.....	89
§ 3 DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTLARININ KULLANILMASI HALİNDE HAK SAHIPLERİ, YAPTIRIMLAR VE KORUYUCU HÜKÜMLER ARASINDA ÇATIŞMA SORUNU.....	91
I. Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Şartı Kullanımını Sadece Haksız Rekabet Yönünden Yaptırıma Tabi Tutan Sistemin İncelenmesi.....	91
A. Modern Hukuk Sistemlerinde Kanun Koyucunun Genel İşlem Şartlarına Yönelik Olarak Getirdiği Yaptırımların Farklılaşması Sorunu.....	91
B. Tek Yönlü Düzenleme İçeren Sistemin Çok Yönlü Düzenleme İçeren Sistemden Farkı ve Özü .....	92
1. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda 2011 Değişikliği Öncesi 8. Maddeye Aykırılık Durumunda Uygulanması İleri Sürülen Yaptırım Tartışmaları .....	94
2. Değişiklik Sonrası 8. Maddeye Aykırılık Durumunda Uygulanması İleri Sürülen Yaptırım Tartışmaları .....	97
a. Sözleşmenin Tamamlanması Sorunsalı .....	99
b. İsviçre Hukuku'nda Hakların Yarışması Sorunu.....	100
c. Zararın Tazmini ve Ceza Hukuku Yaptırımları .....	101
II. Türk Hukuku'nda Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırılığının Hem Sözleşmeler Hukuku Hem de Haksız Rekabet Açısından Düzenlenmesinin Hak Sahipleri, Yaptırımlar ve Hükümlerin Çatışması Açısından Etkileri.....	101
A. Hak Sahipleri .....	101
1. TK Hükümleri Uyarınca Dava Açabilecek Kişiler ve Gruplar.....	101
a. Haksız Rekabet Eyleminden Etkilenen Kişiler .....	102

b. Müşteriler.....	103
c. Mesleki ve Ekonomik Birlikler.....	104
2. Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Dava Açma Hakkını Haiz Olanlar.....	105
3. Davalılar.....	106
a. Haksız Rekabet Eylemini Gerçekleştiren Kişiler .....	106
b. Adam Çalıştıran .....	107
c. Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları .....	108
B. Yaptırımlar.....	108
1. Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Yaptırımlar.....	108
2. Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Açılacak Davalar .....	111
a. Tespit Davası .....	112
b. Haksız Rekabetin Men'i Davası .....	113
c. Düzeltme Davası .....	116
3. İptal Edilen Genel İşlem Şartlarının Yerine Getirilecek Hükümler .....	116
C. Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Şartı Kullanılması Yoluyla Haksız Rekabetin Meydana Gelebileceği Haller .....	117
D. Emredici Hükümlere Aykırı Genel İşlem Koşullarının TK md. 55/1-f Bağlamında Değerlendirilmesi.....	121
E. Sigorta Genel Koşullarının TK md. 55/1-f Bağlamında Değerlendirilmesi .....	125
III. Hükümler Arasında Çatışma Sorunu .....	127
A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması ..	127
B. TBK ile TTK hükümlerinin Uygulanması Sorunu .....	129
C. Hakların Yarışması .....	133
SONUÇ.....	136
KAYNAKÇA .....	141
ÖZGEÇMİŞ .....	149

**KISALTMALAR**

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>a.g.e.</b>	: adı geçen eser
<b>Art.</b>	: Article
<b>ATF</b>	: Arret du Tribunal Federal
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich (Alman Medeni Kanunu)
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CEDIDAC</b>	: Centre Du Droit de L'Entreprise
<b>Danş.</b>	: Danışman
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>eBK</b>	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
<b>éd.</b>	: Editeur
<b>eTKHK</b>	: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>eTK</b>	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>GİŞ</b>	: Genel İşlem Şartları
<b>GÜHFD</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>İBK</b>	: İçtihadı birleştirme kararı
<b>İsvHRK</b>	: Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun
<b>İsvBK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>JdT</b>	: Journal des Tribinaux
<b>K.</b>	: Karar
<b>KOBİ</b>	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeleri
<b>LCD</b>	: Loi Federal Contre La Concurrence Deloyale (İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun)
<b>md.</b>	: madde
<b>MÜHF</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>PJA</b>	: Pratique juridique actuelle
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>RS</b>	: Recueil systématique du droit fédéral
<b>RSJ</b>	: Revue Suisse de Jurisprudence
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: sayfa
<b>SJ</b>	: La Semaine Judiciaire
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

<b>TK</b>	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>TKHK</b>	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>UWG</b> Kanunu)	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Alman Haksız Rekabet
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>YasaHD</b>	: Yasa Hukuk Dergisi



## RÉSUMÉ

Le Code de Commerce Turc (CC) a introduit de nombreux changements dans le domaine du droit de la concurrence déloyale, ainsi que dans d'autres domaines du droit. L'objet de cette étude est «l'utilisation des conditions générale abusive", qui est considéré comme un comportement sur le marché en vertu de la CC et a déclaré être une pratique de concurrence déloyale selon la même. Cette introduction à la CC, qui correspond à l'article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale de la Suisse, a pour but de vérifier l'utilisation des termes généraux, qui est presque devenue une obligation selon les exigences de la vie commerciale. Contrairement à la loi suisse, les termes et les conditions générales sont régies par le Code des Obligations Turc (CO) des articles 20 à 25. Cette modification à la CC a également fait l'objet de réglementer les conditions générales notion dans le contexte de la concurrence déloyale.

Article 55/1-f de la CCI en ce qui concerne la pratique de concurrence déloyale susmentionné, qui n'a pas été retenu par le Code de commerce turc abrogé, se lit comme suit:

« Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui:

1. dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou
2. prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. »

Le CC met le principe de la bonne foi dans le centre de la loi sur la concurrence déloyale et introduit ce principe comme le facteur déterminant pour la détection de la concurrence déloyale, comme indiqué dans le préambule de la CC. L'importance du principe de la bonne foi est souligné dans l'article 55/1-f de la CC, de sorte que le législateur détermine que le "utilisation de conditions générales contraires au principe de la bonne foi" est une pratique constituant une concurrence déloyale. Cette étude porte sur la place du principe de la bonne foi dans le contexte des conditions générales et les conditions des dispositions prévues dans le cadre du CO, de sorte que le principe de la bonne foi est aussi un facteur déterminant. Pour autant que le coût total de possession de l'article 25, qui concerne l'inspection du contenu des conditions générales, se réfère au principe de la bonne foi, mais il ne fournit pas de définition pour le même.

Comme l'article 55/1-f de la CC adopte que la notion d'usage de termes généraux contraires au principe de la bonne foi, qui est principalement régie par la CO, est considéré comme une concurrence déloyale, l'identification des actes et des actions à l'origine il s'agit d'être très important pour la détermination de la portée de la disposition ci-dessus mentionnée. Par conséquent, l'étude d'abord consacré à l'examen de la signification des termes et conditions générales de la CO comme la législation le principe de régulation des conditions générales CO et la CC ne prévoit

pas une définition pour ce terme. La disposition de la CO s'appliquera pour la détection des termes et conditions générales. Comme l'utilisation de termes généraux est spécifiquement considérée comme une pratique de concurrence déloyale, l'identification correcte des dispositions contractuelles qui constituent conditions générales entrent en une grande importance.

Article 55/1-f se réfère à l'utilisation de termes généraux, mais n'indique pas clairement la signification du terme «usage». L'avis scientifique différencie quant à la signification de l'utilisation. Certains chercheurs sont d'avis que l'utilisation des moyens de l'incorporation des conditions générales dans les accords, alors que les autres pensent que la notion de «utilisation» a un sens plus large et peut entrer en étant pendant les négociations pré-contractuelles. Les chercheurs suisses sont d'accord avec le dernier groupe car ils considèrent que la tenue de l'utilisation des termes généraux des notions abstraites serait la meilleure solution pour une inspection efficace des termes et conditions générales. Cette étude adopte également cette opinion, que la CC ne nécessite pas l'exécution d'une action, mais il semble que la présence du danger sur la concurrence déloyale est suffisante pour l'origine de la concurrence déloyale. En outre, l'interprétation large du terme «usage» conduirait à des résultats plus efficaces pour la prévention de la concurrence déloyale.

Le CO soumet les termes et conditions générales à une inspection en trois étapes, qui sont le contrôle de l'application, le contrôle de l'interprétation et le contrôle de contenu. Comme les conditions générales dispositions du CO liées comprennent tous les actes et actions en justice, ils s'appliquent également aux transactions conclues entre les commerçants. Les chercheurs ont à juste titre critiqué ce au cours du temps, que l'application des dispositions ci-dessus mentionnées du CO à toutes les personnes sans exception n'est pas en phase avec les réalités et les exigences de la vie commerciale. En effet, le Code civil allemand, qui constitue la base du CO, prévoit une exception pour les relations entre les commerçants en ce qui concerne le contrôle de l'application. En conséquence, les conditions générales des dispositions du Code civil allemand en ce qui concerne le contrôle de l'application liés ne s'appliquent pas aux relations entre commerçants. Cependant, comme le droit turc ne dispose pas d'une telle disposition, une telle restriction ne peut être appliquée en Turquie. Malgré ce fait, on peut dire que, comme les commerçants sont censés être bien informés en ce qui concerne les conditions générales et les conditions qu'ils contrats, en raison de l'obligation d'agir comme si un commerçant prudent, le contrôle de l'application peut être plus facilement surmonter pour les relations entre commerçants. En conséquence, la jurisprudence de la Cour fédérale suisse précise également que le contrôle de l'application ne sera pas trouver une application pour les contrats exécutés entre commerçants opérant dans le même secteur d'activité que les commerçants devraient être d'être bien informé en ce qui concerne les conditions générales et les conditions qu'ils contrats par rapport à la ligne d'affaires se livrent po Cependant, le sujet Tribunal fédéral suisse des accords conclus par les artisans par rapport à un secteur d'activité différent autre que celui qu'ils s'engagent dans le contrôle de l'application. Bien que la loi ne prévoit pas de délai pour le contrôle de l'application, nous sommes d'avis que le contrôle de l'application devrait être plus stricte lorsqu'il est appliqué à la relation entre les commerçants car les commerçants sont tenus d'agir en tant que marchands prudentes en vertu de la CC.

Le premier critère est indiqué dans l'article 55/1-f est l'utilisation de termes généraux, qui s'écartent sensiblement des règles juridiques qui s'appliquent directement ou par voie d'interprétation. Lors de l'examen de ce critère, nous rencontrons la nécessité de définir les termes "règlements juridiques» et «écart significatif» afin de mieux comprendre l'article.

En doctrine suisse, le terme de "régime légale" interprète de façon large et toutes les règles juridiques, les jurisprudences et les opinions de doctrines sont considérés sous le terme de régime légal. Mais par contre, la doctrine turque s'approche à ce sujet assez prudent. Parce que si on donne la même sens au régime légale qu'en Suisse, la clause (1) de CC 55/1-f ne peut pas être utilisé. L'idée derrière l'utilisation du régime légale pour déterminer si une condition générale est contraire à la bonne foi ou non, est que les règles juridique sont considérés comme les conditions plus juste pour les parties d'un contrat. Quand on déroge au régime légale applicable au contrat, cela considère comme déloyale. Mais toute la dérogation au régime légal ne constitue pas déloyauté. Pour être déloyale, la dérogation doit être notable.

La clause (2) de CC 55/1-f, une conditionne générale qui prévoit une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat est considérée comme déloyale. En doctrine suisse, la clause (2) considère comme une clause secondaire conformément à la clause a. en effet, c'est très rare de rencontrer avec une condition générale qui ne déroge notablement pas au régime légal applicable directement ou par analogie, mais prévoit une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. C'est la raison pour la quelle la clause b considère comme une clause de nature générale.

En système juridique turc, les conditions générales ne sont pas réglées seulement dans le code commercial turc. Code des obligations comprends aussi des règlements sur les conditions générales. Mais par contre, en système juridique suisse et allemand on voit que des règlements sur les conditions générales existent seulement un code. Pour le système juridique turc, une telle divergence crée le problème de choisit les règles à utilisé aux événements concrets.

En doctrine suisse et turc, la sanction de l'utilisation des conditions générales qui en contradiction avec la bonne foi est la nullité. On parle de la nullité partielle. La nullité des conditions générales n'est pas une solution utile pour la maintenir la concurrence loyale et non-faussé. C'est la raison pour la quelle on est obligé d'utiliser les sanctions présumées par la loi fédérale contre la concurrence déloyale qui sont de l'interdire, de la faire cesser et d'en constater le caractère illicite des actes illicites. En plus s'il existe un dommage à intérêt, on peut demander à le réparer.

Comme on a déjà mentionné, la sanction de l'utilisation des conditions générales qui sont en contradiction avec les règles de la bonne foi est la nullité des conditions en question. Quand on invalide une ou plusieurs conditions d'un contrat, il y a une lacune du contrat. Quand il existe une lacune dans un contrat, il existe un problème sur le manière de remplir ces lacunes. En doctrine suisse, les auteurs ont

l'opinion que les juges doivent remplir ces lacunes. Parce que sinon la partie plus forte peut dicter les nouvelles conditions comme il veut. Pour empêcher cela les juges doivent remplir ces lacunes. Mais le Tribunal Fédéral n'est pas d'accord avec la doctrine suisse. Selon le Tribunal Fédéral, les juges peuvent seulement invalider les clauses abusives, mais ils ne peuvent pas remplir les lacunes. Selon nous, pour une protection plus efficace, les juges doivent remplir ces lacunes. Parce que sinon la partie économiquement plus forte peut dicter les nouvelles conditions. Dans ce cas là, la protection devient inefficace.

On parle des conditions générales en cas de la violation des règles supplétives et impératives. En droit de concurrence déloyale ce qui est important est de maintenir la concurrence loyale et non-fausse. Quand un commerçant utilise des conditions générales en contradiction avec les règles impératives, la sanction de nullité n'est pas suffisante. Parce qu'elle a le but de maintenir l'équilibre parmi les droits des parties dans le contrat et c'est pourquoi la nullité n'est pas une solution pour la concurrence faussée. Un commerçant qui bénéficie des conditions générales profite de cela et gagne illicitement par rapport à ses concurrents. Pour que tout son cocontractant ne demande pas au tribunal de la nullité de ces conditions, ce commerçant profite de ses actes illicites que le système juridique ne protège pas. Mais cette situation ne peut pas être évitée avec des sanctions de droit de contrat, mais il faut utiliser les sanctions liées à la concurrence déloyale, pour soulever le problème.

En pratique, dans les contrats d'assurance, l'utilisation des conditions générales sont très répandues. Ces conditions ne sont pas des conditions générales classiques. Parce qu'elles sont préparées par un organe gouvernemental. Mais en doctrine on admet que les conditions générales dans les contrats d'assurance sont considérées comme des conditions générales classiques et l'utilisation de ces conditions forment concurrence déloyale.

## ABSTRACT

The Turkish Commercial Code numbered 6102 (**TCC**) introduced many changes into the field of unfair competition law, as well as into other areas of law. The subject of this study is “*usage of general terms contrary to the principle of good faith*”, which is considered as a market behaviour under the TCC and stated to be an unfair competition practice under the same. This introduction to the TCC, which corresponds to Article 8 of the Federal Law against Unfair Competition of Switzerland, aims to check the usage of the general terms, which has become almost an obligation as per the requirements of the commercial life. Unlike the Swiss law, the general terms and conditions are regulated under the Turkish Code of Obligations (**TCO**) Articles 20 to 25. This amendment to the TCC also has the object to regulate the general terms and conditions notion under the context of the unfair competition law.

Article 55/1-f of the TCC in relation to the above-mentioned unfair competition practice, which was not incorporated by the abrogated Turkish Commercial Code numbered 6762, reads as follows:

“f) Usage of general terms contrary to the principles of good faith. The persons who, especially in a misleading way, use, to the detriment of the other party, pre-formulated general terms and conditions which;

1. Significantly deviate from the legal regulations which are applicable directly or by way of interpretation, or
2. Provides for rights and obligations significantly contrary to the nature of the contract,

Are deemed to have acted contrary to the principle of good faith.

The TCC places the principle of good faith into the centre of the unfair competition law and introduces this principle as the determinant factor for the detection of unfair competition, as stated under the preamble of the TCC. The importance of the principle of good faith is underlined under Article 55/1-f of the TCC, whereby the lawmaker determines that the “usage of general terms contrary to the principle of good faith” is a practice constituting unfair competition. This study deals with the place of the principle of good faith within the context of general terms and conditions provisions set forth under the TCO, whereby the principle of good faith is also a determinant factor. For as much as the TCO Article 25, which relates to the inspection of the content of the general terms and conditions, refers to the principle of good faith, but it does not provide for a definition for the same.

As Article 55/1-f of the TCC adopts that the notion of usage of general terms contrary to the principle of good faith, which is principally regulated under the TCO, is considered as unfair competition, identification of the acts and actions causing this is very important for the determination of the scope of the above-mentioned provision. Therefore, the study initially deals with the examination of the meaning of the general terms and conditions under the TCO as the principle legislation

regulating the general terms is TCO and the TCC does not provide for a definitions for this term. The provision of the TCO will apply for the detection of the general terms and conditions. As the usage of general terms is specifically deemed as an unfair competition practice, the correct identification of which contract provisions constitute general terms come into great prominence.

Article 55/1-f refers to the usage of general terms, however does not clearly indicate the meaning of the term “usage”. The scholarly opinion differentiates as to the meaning of usage. Some scholars are of the opinion that the usage means the incorporation of the general terms into the agreements while the others think that the notion “usage” has a wider meaning and may come into being during the pre-contractual negotiations. The Swiss scholars agree with the latter group as they consider that holding the usage of general terms notions abstract would be the best solution for an efficient inspection of the general terms and conditions. This study also adopts this opinion, as the TCC does not require the execution of an action but deems that the occurrence of the danger respecting unfair competition is sufficient for the origination of unfair competition. Moreover, the wide interpretation of the term “usage” would lead to more efficient result for the prevention of the unfair competition.

The TCO subjects the general terms and conditions to a three-step inspection, which are the enforcement control, interpretation control and content control. As the general terms related provisions of the TCO comprise all legal acts and actions, they also apply to the transactions entered into between the tradesmen. The scholars have justly criticized this over the time, as the application of the above-mentioned provisions of the TCO to all persons without exception is not in line with the realities and requirements of the commercial life. As a matter of fact, the German Civil Code, which forms the basis of the TCO, provides for an exception for the relations between tradesmen with respect to the enforcement control. Accordingly, the general terms related provisions of the German Civil Code regarding the enforcement control do not apply to the relations between tradesmen. However, as the Turkish law does not offer such a provision, such a restriction cannot be applied in Turkey. Despite of this fact, it can be said that, as the tradesmen are expected to be knowledgeable with respect to the general terms and conditions they contract, due to the requirement of acting as should a prudent merchant, the enforcement control can be more easily overcome for the relations between tradesmen. Accordingly, the jurisprudence of Swiss Federal Court also state that the enforcement control will not find application for the contracts executed between tradesmen operating within the same business line as the tradesmen are expected to be to be knowledgeable with respect to the general terms and conditions they contract in relation to the business line they engage in. However, the Swiss Federal Court subject the agreements entered into by tradesmen in relation to a different business line other than the one they engage in to the enforcement control. Although the law does not provide for a limit for the enforcement control, we are of the opinion that the enforcement control should be stricter when applied to the relation between the tradesmen since the tradesmen are obliged to act as prudent merchants under the TCC.

The TCC Article 55/1-f indicates two situations as examples of the occurrence of the usage of general terms contrary to the principle of good faith.

These examples should also be interpreted as criteria and should be used as guidance for the determination whether the act in question is in violation of the principle of good faith, and thus, whether it constitutes unfair competition. This study examined these criteria provided under the TCC and deals with the question of determination of the general terms usages resulting in unfair competition.

The first criterion indicated under Article 55/1-f is the usage of general terms, which significantly deviate from the legal regulations that are applicable directly or by way of interpretation. Upon examination of this criterion, we come across the necessity to define the terms “legal regulations” and “significant deviation” to better understand Article.

The Swiss scholarly opinion liberally interprets the term “legal regulation”, whereby this term comprises all kind of rules of law as well as jurisprudence and scholarly opinions. However, the Turkish scholars have a more cautious approach and are of the opinion that this term solely refers to the rules of law. This study also lines up with the latter opinion and asserts that the wider interpretation of the term “legal regulation” would render the application of the sub-paragraph (2) of Article impossible. The underlying thought for the usage of deviation from the legal regulation criterion in order to determinate the violation of the principle of good faith is that the law maker intends to adopt the rules most favourable for the protection of the balance in between the contractual interests of the relevant parties. Such deviation would also result in the imbalance between the contractual interests. For sure, all deviations from the legal regulations will not be considered as contrary to the principle of good faith. Article also underlines that such deviation must be material. The question that at which point the deviation from the legal regulations will be considered as material should be answered by taking the contract into consideration as a whole, as the parties may have established a working balance in the agreement as a whole.

The sub-paragraph (2) of Article provides that the usage of general terms providing for rights and obligations significantly contrary to the nature of the contract is in violation of the principle of good faith. The Swiss practice indicates that the sub-paragraph (2) is a secondary provision to apply for the cases, which are not within the scope of sub-paragraph (1). In fact, the sub-paragraph (1), which uses the expression “directly or by way of interpretation”, should be considered as a criterion that will apply to all kinds of agreements. In any case, in limited cases, which are not covered by the sub-paragraph (1), the judge will have to decide whether there is an imbalance between the rights and obligations of the parties.

As explained above, the TCC is not the only code which regulates the general terms and conditions. The TCO and the Code on the Protection of Consumers also incorporates provisions in relation to the general terms. The legal systems, which can be considered as references of the Turkish legal system, the general terms are regulated under a single code. The fact that the general terms are regulated under various codes causes problems as to the determination of the applicable rules to the disputes in question. This study especially deals with the applicability issue between the provision of the TCC and TCO. The generality of the scholars are of the opinion that the general terms provisions of the TCO will apply to all kinds of agreements.

The Turkish and Swiss scholars are in agreement that in case of the usage of general terms contrary to the principle of good faith, such terms and conditions should be considered as null and void. However, the invalidation of the general terms does not by itself ensure a fair and unimpaired competition. For this reason, the separate application of the sanctions specific to the unfair competition, along with the contractual sanctions, is mandatory. Accordingly, in case of unfair competition, the person suffering from such a situation may initiate a lawsuit for the determination and prevention of the unfair competition. Such person may also initiate a lawsuit for the compensation of damages if he or she incurred any damages due to an unfair competition practice.

The issue as to how the contractual gap, caused by the annulment of the general terms, to be filled also has to be addressed to. The Swiss scholars are of the opinion that such gap should be duly filled by the judge ruling for the invalidity. Otherwise, the party initiating a lawsuit will not have gained the desired protection, and besides, he will have to re-apply to the courts. However, the Federal Court adopted the approach that the judge can only annul the general terms and conditions but would not be entitled to supplement the agreement in question. The completion of the contractual gaps is an issue of interpretation. Pursuant to the rules of interpretation, the judge is obliged to fill in the contractual gaps in case of litigation. Thus, we are of the opinion that it is more appropriate that the court, which renders a judgment for the annulment of the general terms, should undertake to resolve the issue of contractual gaps.

The rule provided under TCC Article 55/1-f in relation to the general terms should also apply in cases of deviation from mandatory provisions of law, as well as the default rules, for the sake of sanctions specific to the unfair competition law. Although the violation of mandatory rules results in the invalidity of the relevant provision, this is only a contractual sanction and does not ensure the restitution of the competition, which has been impaired by the unfair competition behaviour in question. The parties should also be to profit from the protection offered by the unfair competition rules and sanctions provided thereunder.

One of the most common cases where we encounter the usage of general terms and conditions is the insurance agreements. The insurance agreements, which incorporate the standard contractual conditions issued by the Undersecretariat of Treasury of Turkey named “general insurance conditions”, should also be considered as general terms as the identity of the party drafting the general terms is not a determinant criterion for the existence of the general terms. Therefore, the usage of such terms should also be considered as an act constituting unfair competition under Article 55/1-f.



## ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte haksız rekabet hukuku alanında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Tezimizin konusunu oluşturan “*dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak*”, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile bir pazar davranışı olarak düzenlenmiş ve bunun haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir. Haksız Rekabete Karşı Federal Kanununun 8. maddesine karşılık gelen bu kurum, iktisadi hayat bakımından bir zorunluluk halini alan genel işlem şartı kullanımını denetlemek amacıyla yönelik bir düzenlemedir. Türk Hukukunda, İsviçre Hukukunun aksine Tür Borçlar Kanunu md. 20-25 arasında da düzenleme altına alınmış bulunan genel işlem şartlarının haksız rekabet hukuku bağlamında incelemesinin yapılması tez kapsamında amaçlanmıştır.

6762 sayılı Ticaret Kanununda bulunmayan bu haksız rekabet halinin düzenleyen TK md. 55/1- f hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır:

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

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

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

6102 sayılı Ticaret Kanunu’nda dürüstlük kuralı haksız rekabet hukukunun temelini yerleştirilmiş ve gerekçede de belirtildiği üzere, haksız rekabetin teşhisinde belirleyici bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Dürüstlük kuralına verilen bu önem tezimizin konusunu oluşturan TK md. 55/1-f bendinde de kendisini göstermiş ve kanun koyucu haksız rekabet teşkil eden davranışı “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımı” olarak belirlemiştir. Dürüstlük kuralı burada da belirleyici bir nitelik taşıdığından dürüstlük kuralının genel işlem şartları kullanımındaki yerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin TBK md. 25’de de dürüstlük kuralına atıf yapılmış ancak dürüstlük kuralının uygulanma şekline ve sınırlarına ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır.

TK md. 55/1-f hükmünde, temelini Borçlar Kanununda bulan bir kurumun haksız rekabet teşkil etmesi düzenlendiğinden hangi hallerin bu kapsamda yer aldığı belirlenmesi hükmün sınırlarının çizilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle ilk olarak genel işlem şartlarının TBK uyarınca ne anlama geldiği incelenmiştir. Zira genel işlem şartlarının asıl düzenleme yeri Türk Borçlar Kanunudur ve Ticaret Kanunumuzda bu kurumla ilgili bir tanıma yer verilmemiştir. Dolayısıyla genel işlem şartlarının belirlenmesinde TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Haksız rekabet teşkil eden davranış genel işlem şartı kullanımı olarak belirlendiğinden, hangi sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı olduğunun doğru tespit edilmesi çok büyük önem arz etmektedir.

Hükümde genel işlem şartlarının kullanımından bahsedilmekte, ancak kullanım olgusu ile kastedilen husus tam olarak belirlenememektedir. Doktrinde kullanımla ilgili olarak değişik görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar genel işlem şartlarının bir sözleşmenin içeriği haline gelmesi gerektiğinden bahsederken diğer grupta yer alan yazarlar ise kullanım ibaresini daha geniş algılamakta ve sözleşme görüşmeleri sırasında yapılan kullanımın da bu kapsamda yer alacağını ifade etmektedirler. İsviçre doktrini de genel işlem şartı kullanımına karşı soyut bir denetimin amaca ulaşmada en iyi çözüm olacağını düşündükleri için bu görüşü benimsemişlerdir. Bizim de katıldığımız görüş bu yöndendir. Zira haksız rekabetin meydana gelmesi için tehlikenin vuku bulması yeterli görülmüş, fiilin bizzat meydana gelmesi şartı aranmamıştır. Kaldı ki kullanımın geniş yorumlanması haksız rekabetin önlenmesi bakımından daha etkili bir sonuç alınmasını sağlayacaktır.

Genel işlem şartları TBK’da üç aşamalı bir denetime tabi tutulmuştur. Bunlar yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi aşamalarıdır. TBK hükümleri her türlü hukuki işlemi kapsamakta, dolayısıyla tacirler arasındaki işlemlerde dahi uygulama alanı bulmaktadır. Bu durum doktrinde haklı eleştirilere maruz kalmıştır. Zira hiçbir istisna öngörülmeden hükmün herkese uygulanması özellikle ticari hayatın gerçekleri ve gerekleriyle uyumlu değildir. Nitekim TBK’nın ilgili hükümlerinin alındığı Alman Medeni Kanununda yürürlük denetimi bakımından tacirler arası ilişkilerde bir istisna öngörülmüştür. Buna göre tacirler arası ilişkilerde yürürlük denetimine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ancak bu yönde bir hüküm Türk hukukunda yer almadığından böyle bir sınırlamanın getirilmesi söz konusu değildir. Buna rağmen basiretli tacir olmanın gerekleri tacirler bakımından yürürlük denetiminin daha kolay aşılabileceğini, zira tacirlerin yaptıkları bir sözleşmedeki genel işlem koşullarından haberdar olmalarının kendilerinden beklenen bir davranış olduğu ifade edilebilecektir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de yürürlük denetimi ile ilgili olarak verdiği kararlarında, aynı iş kolunda faaliyet gösteren tacirler arasında yapılan bir sözleşmede yürürlük denetimine başvurulamayacağı zira tacirlerin faaliyet gösterdikleri iş kolundaki sözleşmelerdeki genel işlem şartlarından haberdar olacakları belirtilmiştir. Fakat faaliyet alanından farklı bir iş kolunda yapacağı sözleşmeleri ise Federal Mahkeme yürürlük denetimine tabi tutmuştur. Kanımızca her ne kadar yürürlük denetimi ile ilgili bir sınır ön görülmemiş olsa da, tacirler arasında yapılan sözleşmelerdeki genel işlem şartlarına ilişkin yürürlük denetimindeki çita, tacir olmayan kişilere göre daha yüksek olacaktır. Bunun altında yatan neden ise tacirin basiretli davranma yükümlülüğüdür.

TK md. 55/1-f hükmünde kanun koyucu dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarının nasıl meydana gelebileceği ile ilgili örnek olarak iki hal öngörmüştür. Kanunda belirtilen bu örnekler aynı zamanda bir ölçüt niteliğindedir ve genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının gerçekleşip gerçekleşmediğini, dolayısıyla fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğini belirlemede kullanılmaktadır. Tezimizde Kanunda yer alan bu ölçütler incelenmiş ve hüküm kapsamında haksız rekabet teşkil edebilecek genel işlem şartı kullanımları belirlenmeye çalışılmıştır.

Kanunda yer alan ilk ölçüt, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartı kullanımı olarak yer almaktadır. Bu ölçüt incelemeye tabi tutulduğunda açıklanması gereken kavramlar kanuni düzenleme ve önemli ölçüde ayrılma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dürüstlük kuralına aykırılığın tespit edilmesinde kanuni düzenlemeden ayrılma kriterinin kullanılmasının altında yatan düşünce, kanun koyucunun sözleşmedeki menfaatler dengesini en iyi şekilde sağlayacak kuralları getirdiği kabulünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemelerden sapılması sözleşmedeki dengeyi de bozacaktır. İsviçre doktrininde “kanuni düzenleme” ibaresi geniş yorumlanılmış ve her türlü hukuk normunun yanı sıra mahkeme içtihatları ile doktrindeki görüşler de bu kavram içerisinde mülhaza edilmiştir. Türk doktrinin ise konuya daha dikkatli yaklaşmış ve kanuni düzenleme ile kastedilenin sadece hukuk kuralları ile sınırlandırılması gerektiğini ifade etmiştir. Kanuni düzenlemeden her türlü ayrılma dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim hükümde de bu ayrılmanın önemli derecede olması gerektiği ifade edilmiştir. Kanuni düzenlemeden ayrılmanın ne zaman önemli derecede olacağı sorunu ise sözleşme bir bütün halinde ele alınarak cevaplanmalıdır. Zira sözleşme bütünlüğü içerisinde taraflar bir denge kurmuş olabilirler.

Hükümün 2 numaralı bendinde, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem şartları kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelendirilmiştir. İsviçre uygulaması bu bendin a bendine girmeyen hallerde uygulama alanı bulunan tali bir düzenleme olduğunu belirtmiştir. Gerçekten de hükümün a bendinden “doğrudan ya da yorum yoluyla” denilmek suretiyle aslında her türlü sözleşme türüne uygulanacak bir kıstas getirilmiştir. Ancak yine de hükümün 1 numaralı bendine girmeyen sınırlı hallerde hakim sözleşmenin niteliği gereğince bir belirlemede bulunacak ve tarafların hak ve borçları arasında bir nispetsizlik olup olmadığına karar verecektir.

Türk Hukukunda genel işlem şartlarının düzenlendiği tek yer Türk Ticaret Kanunu değildir. Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nda da genel işlem şartlarına ilişkin hükümler mevcuttur. Mevaz teşkil eden hukuk sistemlerinde ise buna ilişkin düzenlemeler sadece tek bir kanunda yer almaktadır. Dolayısıyla hukukumuzda, genel işlem şartlarının farklı kanunlarda düzenlenmiş olması uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde de bir takım sorunlara sebebiyet vermektedir. Özellikle TBK ve TK hükümleri arasındaki uygulama sorununun üzerinde durulmasında fayda görülmüştür. TBK’nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin her türlü sözleşmeye uygulanacağı, doktrinde çoğunluk görüşü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması durumunda söz konusu şartların kesin hükümsüz sayılması gerektiği yönünde gerek Türk gerek de İsviçre doktrininde bir görüş birliği mevcuttur. Ancak söz konusu genel işlem şartlarının geçersiz sayılmaları tek başına dürüst ve bozulmamış rekabetin teminini sağlamamaktadır. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin yaptırımların sözleşmesel yaptırımlardan ayrı olarak kullanılması bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu bağlamda haksız rekabetin tespiti ve men’i davaları ile düzeltme davasının açılabilmesi gerekmektedir. Ayrıca eğer bir zarar meydana gelmişse bunun tazmin ettirilmesi için de tazminat davaları açılabilir.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının iptal ettirilmelerinin ardından ortaya çıkacak sözleşme boşluğunun ne şekilde doldurulacağı hususunun da

çözümlemesi gerekmektedir. İsviçre’de yazarlar, meydana gelen boşluğun, geçersizliğe karar veren hakim tarafından doldurulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Zira aksi durumda hem istenen koruma sağlanamamış olacak hem de genel işlem şartı kullanımına maruz kalan tarafın tekrardan mahkemeye başvurması gerekecektir. Ancak Federal Mahkeme doktrindeki bu görüşü dikkate almayarak mahkemelerin sadece söz konusu şartları iptal edebileceğini, sözleşmeyi tamamlayamayacaklarına karar vermiştir. Sözleşmede yer alan bu boşlukların tamamlanması bir yorum meselesidir. Yorum kuralları uyarınca da, hakim bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda sözleşmedeki boşluğu doldurmak durumundadır. Bu görevin ise genel işlem şartlarının iptaline karar veren mahkemeye verilmesi usul ekonomisi açısından daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Genel işlem şartlarının varlığı sadece yedek hukuk kurallarına değil, emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde de söz konusu olabilmektedir. Özellikle haksız rekabet hukuku bağlamında önemli olan husus, genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet bağlamında değerlendirilmesi olduğu için emredici hükümlere aykırılık halinde de genel işlem şartlarının varlığı kabul edilmeli ve bu hallerde de TK md. 55/1-f hükmünün uygulanabilmesi isabetli bir çözüm olacaktır. Zira her ne kadar emredici hükümlere aykırılık kesin hükümsüzlük teşkil edecek olsa da bu durum sözleşme hukuku ile ilgili bir yaptırımdır ve bu hükümlerin kesin hükümsüz sayılması bozulan rekabet ortamının tekrardan eski haline gelmesinin tek başına sağlamamaktadır. Nitekim söz konusu hükümlerin kesin hükümsüzlük sayılarak geçersiz hale getirilebilmeleri için davaya konu edilmeleri gerekmektedir. Genel işlem şartından yararlanan tacirin tüm sözleşenlerinin bu sebeple dava açmayacak ya da açamayacak olmaları sebebiyle de bu şartları kullanan tacir, pazardaki rakiplerine göre haksız bir kazanç sağlamak ve haksız bir şekilde rekabette öne geçmektedir. Bu durum da sözleşme hukukunun yaptırımları ile önlenebilecek bir durum olmayıp haksız rekabete ilişkin yaptırımların uygulanmasını gündeme getirmektedir.

Uygulamada çok sık karşılaşılan genel işlem şartı kullanımlarından birini de sigorta sözleşmeleri oluşturmaktadır. Sigorta genel şartları adı altında, hazine müsteşarlığınca çıkartılan sözleşme şartları kullanılan sigorta sözleşmelerinin de bu kapsamda yer alacağı kabul edilmektedir. Zira genel işlem şartlarının kim tarafından hazırlandığı değerlendirme de önemli değildir. Dolayısıyla bu şartların kullanımı da madde kapsamında haksız rekabet teşkil edebilecek bir fiil olarak karşımıza çıkacaktır.

## GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri, bu kanunun uygulamada en çok kullanılan hükümleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu bu hükümler ile pazardaki tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının teminini amaç edinmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun yapımı sırasında haksız rekabete ilişkin hükümler, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu'ndan alınmıştır. Ancak Federal Kanun'un Ticaret Kanununa etkisi ilk on hüküm ile sınırlı kalmıştır. Yapılan bu değişiklik ile birlikte daha önce kanunda açıkça sayılmayan haksız rekabet halleri de hukukumuzda girmiştir. Bunlardan biri de tezimizin de konusunu oluşturan "*dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak*" fiili olmuştur.

Türk Ticaret Kanunu'nda işlem şartı olarak ifade edilen kurum TBK md. 20-25 hükümleri arasında düzenlenen genel işlem koşulları kurumudur. Kanun koyucu bir pazar davranışı olarak gördüğü bu fiili haksız rekabet kapsamında da ayrıca düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Genel işlem şartları hukukumuzda yeni gündeme gelen bir kurum değildir. Öncesinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da "haksız şartlar" başlığı altında düzenlenmiş olan bu kurum Türk Borçlar Kanunu ile daha kapsamlı bir düzenleme altına alınmış ve uygulama alanı da genişletilmiştir. Diğer yandan, Yargıtay'ın da içtihatlarıyla genel işlem koşullarına ilişkin hukuki düzenin temellerini attığı kaydedilmelidir.

TBK ve TK hükümlerinde aynı kuruma verilen isimlerde meydana gelen bu farklılığın esasa yönelik bir etkisi bulunmamaktadır. Kanun koyucu TBK'da, uygulamada yerleşmiş bir kavram olan<sup>1</sup> "genel işlem şartları" kavramından vazgeçerek "genel işlem koşulları" kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Kurumun asıl düzenleme yeri her ne kadar TBK olsa da tezimizde TK'daki isimlendirme tercih edilecek ve "genel işlem şartları" terimi kullanılacaktır.

Genel işlem şartları günümüz ticari hayatında sıklıkla kullanılan, ticari hayatın vazgeçilmez bir unsurudur. Tacirlerin yapacakları birçok sözleşmeyi önceden hazırlayarak hem zamandan kazanmaları hem de oluşabilecek hukuki uyuşmazlıkları en aza indirme çabalarının bir sonucu olan bu kurum, ticari hayatın bir gerçeğidir ve düzenleme altına alınması gerekliliği doğmuştur. Hukukumuzda bu düzenleme hem haksız rekabet bağlamında hem de sözleşme hukuku bağlamında ele alınmıştır. Her iki hukuk alanının da farklı amaçlara hizmet ettiği düşünüldüğünde bu seçimin yerinde olduğu görülmektedir. Nitekim Almanya'da da benzer bir gelişme yaşanmış ve genel işlem şartı kullanımı bir pazar davranışı olarak nitelendirilerek hukuka aykırı kullanımların haksız rekabet teşkil edeceği içtihat yoluyla kabul edilmiştir.

---

<sup>1</sup> Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ocak 2012, s. 285.

Genel işlem şartlarının temelinde “dürüstlük kuralı” yer almaktadır. Gerek TBK gerek de TK’daki düzenlemelerde bu ilkenin kurumun merkezinde yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle tezimizin ilk bölümünde dürüstlük kuralının haksız rekabet hukuku ve genel işlem şartlarındaki rolü incelenmiştir. İlk bölümde, dürüstlük kuralının genel işlem şartları ve haksız rekabet hukuku ile bağdaştırılması amacıyla özel hükmün incelemesine girilmemiştir. Konu sadece genel hüküm bağlamında ele alınmıştır. Amaç, Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesine değin birbirinden ayrı düzenlenen bu iki hukuki kurumun ortak paydası olan dürüstlük kuralının, her bir kurum açısından üstlendiği işlevin belirlenmesidir.

Tezimizin ikinci bölümü ise özel hüküm olan TK md. 55/1-f’nin incelenmesine ayrılmıştır. Genel işlem şartı kullanımının hangi şartlar altında haksız rekabet teşkil edeceği hususu bu kısımda ele alınmıştır. Bu inceleme yapılırken özellikle Türk Ticaret Kanunu’ndaki haksız rekabet hükümlerine kaynaklık eden İsviçre hukukundan da yararlanılarak, mehzada yaşanan tartışma ve gelişmelerin Türk hukukunda ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde yol göstermesi amaçlanmıştır.

Çalışmanın son kısmında ise genel işlem şartlarına ilişkin hükümler arasında var olan çatışma sorunu incelenmiştir. Esasen tezimiz, genel işlem şartlarının hangi koşullarda haksız rekabet oluşturacağını belirlenmesini konu edinmektedir. Bununla birlikte, genel işlem şartlarının hukukun farklı kesitlerinde düzenlenmesi, bu düzenlemelerin özellikle hak sahipleri ve yaptırımlar temelinde çatışması, sadece genel işlem şartlarının hangi koşullarda haksız rekabet teşkil edeceğinden ibaret bir çalışmanın konunun bütününe yansıtmayacağını ortaya koymaktadır. Bu nedenle, ortada dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının bulunduğu hallerde, hak sahibinin, özellikle birden fazla norma başvurmaya yetkili olan hak sahibinin nasıl hareket edeceğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır.

Çatışma sorununun incelenmesi haksız rekabet oluşturan genel işlem şartlarına karşı başvurulabilecek hukuki yolların belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira hem sözleşme hukuku bağlamında TBK’da, hem de haksız rekabet hukuku bağlamında TK hükümlerinde düzenlenme altına alınmış olması nedeniyle yaptırımlar arasındaki çatışma ve bu durumda uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi elzemdir.. Bu sayede genel işlem şartlarının haksız rekabet bağlamında ele alınması ve konumlandırılması mümkün olacaktır. Nitekim hukukumuz için genel işlem şartlarının haksız rekabet hukuku bağlamında ele alınması çok yeni ve uygulamasının nasıl olacağı ile ilgili soru işaretleri olan bir durumdur. Bu sorunların aşılması hükme işlevsellik kazandırılması bakımından da önem arz etmektedir.

Sistematik olarak bu şekilde yapılandığımız tezimizde, esas itibariyle karşılaştırmalı hukuk yöntemi uygulanmamış; inceleme konumuzun her bir kesitinin farklı hukuk sistemlerindeki görünümü ele alınmamıştır. Ancak İsviçre Hukuku’na, bu hukuk sistemindeki pozitif düzenlemelere ve hukuk dogmatğine Türk Hukuku’nun yanısıra ağırlıklı olarak yer verilmesinin nedeni, Türk hukuku açısından kaynak niteliğini taşıyan bu hukuk sistemindeki gelişmelerin irdelenmesi ihtiyacıdır. Özellikle Türk Hukuku’nda bu alanda henüz bir monografik çalışmanın hazırlanmaması, ayrıca genel işlem koşullarının haksız rekabet açısından değerlendirilmesine dair yargı içtihatlarının henüz yayımlanmamış olması, bu ihtiyacı belirgin hale getirmiştir.

Çalışma boyunca dürüstlük kuralının bir yandan haksız rekabet diğer yandan genel işlem şartları yönünden etkilerinin incelenmesi; genel işlem koşullarının haksız rekabet oluşturmasına ilişkin koşulların ele alınması ve genel işlem şartlarını düzenleyen farklı norm kategorileri arasındaki çatışma hakkındaki düşüncelerimiz ilgili bölümlerde takdim edilecek; varılan sonuçlar ise Sonuç bölümünde ele alınacaktır.

## **DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTLARI KULLANMAK SURETİYLE HAKSIZ REKABET OLUŞTURMAK**

### **§ 1 HAKSIZ REKABET VE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DÜRÜSTLÜK KURALIYLA İLİŞKİLERİ**

#### **I. Haksız Rekabet Kurumunun Dürüstlük Kuralıyla İlişkisi**

##### **A. Haksız Rekabet Hukukunun Kaynakları ve Gelişimi**

Rekabet, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan bir yarıştır. Bu yarış kendisini, işletmenin kendisi ile aynı alanda faaliyet gösteren diğer işletmelerden daha geniş tüketici kitlesine mal satabilme veya hizmet sunabilme arzusu şeklinde gösterir<sup>2</sup>. Rekabetin; teşebbüs kabiliyetinin artması, fiyatların düşmesi ama buna rağmen ürünlerin niteliklerinin artması ve teknik gelişmelerin hızlanması gibi faydaları bulunmaktadır<sup>3</sup>. Anayasa tarafından da koruma altına alınmış bulunan serbest rekabetin<sup>4</sup> belirli bir sınırdan sonra zararlı sonuçlar doğurması da kaçınılmazdır.

Rekabet hakkının kötüye kullanılması dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla (haksız rekabet), rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarla, ya da belirli bir mal ya da hizmet piyasasında hakim durumun kötüye kullanılmasıyla

---

<sup>2</sup> Sami Karahan; **Ticari İşletme Hukuku**, Mimoza Yayınevi, 25. Bası, Eylül 2013, s. 207.

<sup>3</sup> Yaşar Karayalçın; **Ticari İşletme Hukuku, Cilt 1, Giriş-Ticari İşletme**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1968, s. 441.

<sup>4</sup> Anayasa'nın serbest rekabetin sağlanması ve korunması ile ilgili olarak devlete yüklediği görevler şu şekilde sayılabilir: 5. maddede, insanın maddi varlığının gelişmesi için gerekli şartların sağlanması; 48/2. maddesinde, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve rekabetin sağlıklı icrasının temin edilmesi ve son olarak 167. maddesinde, para ve kredi piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlenmesini sağlayıcı ve geliştirici tedbirlerin alınmasını ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi. Bkz. Karahan, s. 207; Engin Erdil; **Haksız Rekabet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 14-15.



gerçekleşebilir. İlk halde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TK) haksız rekabete ilişkin hükümleri ile söz konusu eylemler düzenleme altına alınmışken, ikinci halde sayılan eylemler ise 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) hükümleri ile yaptırıma bağlanmıştır<sup>5</sup>. Kanun koyucu rekabet hakkının hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığı bu gibi hallerde, yine Anayasa tarafından kendine yüklenmiş olan “rekabetin sağlıklı icrasının temini” amacıyla bir takım düzenlemeler getirerek, rekabetin düzgün bir şekilde işlenmesini sağlamaktadır<sup>6</sup>. Görüldüğü üzere her iki hukuk dalı da “rekabet” kavramı çerçevesinde şekillenmekte ve iktisadi rekabeti korumayı hedeflemektedir<sup>7</sup>. Ancak buna rağmen aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Kaynağını 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da bulan Rekabet Hukuku, devletin serbest rekabet ortamını kurmak ve korumak için koyduğu kurallar bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kuralların amacını da verimli kaynak dağılımını sağlamaya yönelik olarak etkili bir serbest rekabet düzeninin kurulması ve ayakta tutulması oluşturmaktadır<sup>8</sup>. Rekabet ise, pazardaki hiçbir teşebbüsün fiyat veya iş koşullarını tek başına etkileme gücüne sahip olmadığı bir piyasa şekli olarak algılanmaktadır<sup>9</sup>. Bu nedenle de Kanunun amacı, piyasanın bu düzenini bozan ya da ortadan kaldıran fiil ve hukuki işlemleri ortadan kaldırmaya ve cezalandırmaya yönelik olup, piyasada faaliyet gösteren teşebbüsleri belirli hareketlerden kaçınmak suretiyle rekabete zorlamaktadır<sup>10</sup>. Kanunun yasakladığı bu işlemler mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve hakim durumun kötüye kullanılması (RKHK md. 1) olarak sayılabilir<sup>11</sup>. Bu açıklamalardan rekabet hukukunun bir grubun menfaatlerini koruma gayreti içinde olduğu anlamı çıkmamalıdır. Rekabet hukukunun birincil ve temel amacını rekabet

---

<sup>5</sup> İ. Yılmaz Aslan; **Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat**, Ekin Kitabevi, 4. Baskı, 2007, s. 10.

<sup>6</sup> Karahan s. 207- 208.

<sup>7</sup> Aslan, Rekabet Hukuku, s. 12.

<sup>8</sup> Ercüment Erdem; **Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi**, Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 143.

<sup>9</sup> Erdem, s. 146.

<sup>10</sup> Erdem, s. 147.

<sup>11</sup> Sabih Arkan; **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 311-312; Reha Poroy / Hamdi Yasaman; **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 309; Erdem, s. 148.

düzeninin korunması oluşturmaktayken, bu sebeple meydana gelen zararın tazmini ise ikincil amacını oluşturmaktadır<sup>12</sup> (RKHK md. 57).

Kaynağını TK md. 54-63 hükümlerinde bulan haksız rekabet ise, rekabet hakkının dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla kötüye kullanılması olarak tanımlanmıştır (TK md. 54/2). Bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasını (TK md. 54/1) amaçlayan haksız rekabet hükümleri dürüstlük kuralı temeline dayanmaktadır<sup>13</sup>. Haksız rekabet hukuku ile kanun koyucu, ticari hayatın gerektirdiği dürüstlüğü ve ticari ahlaki hakim kılmayı amaçlamakta ve bu sayede pazara katılanların rekabet ederken tabi oldukları kuralları belirlemektedir<sup>14</sup>. 6762 sayılı mülga TK md. 56 hükmünde yer alan haksız rekabet düzenlemelerine ilişkin doktrine göre, haksız rekabet hükümleri ile ilk olarak bu fiilden zarar gören veya bu tehlikeye maruz kalan kişi korunmak istenmekte, dolaylı olarak ise mesleki faaliyetler ve serbest rekabet korunmaktaydı<sup>15</sup>. Bugünkü sistemde ise, serbest rekabetin korunması fikrinin esas alındığı vurgulanmalıdır.

Haksız rekabet ile rekabet hukuku arasında, amaç ve korunmak istenen menfaatlerdeki önceliklerin farklılığına rağmen, RKHK hükümleri uyarınca yasaklanan eylemler ile haksız rekabet teşkil eden eylemler arasında bir etkileşim bulunmaktadır. Zira RKHK md. 4 ve 6'da sayılan kimi haller aynı zamanda haksız rekabet teşkil etmektedir<sup>16</sup>. Bu nedenle her iki hukuk dalı arasındaki asıl farklılık kullanılan araçlar yönünden ortaya çıkmaktadır. Haksız rekabet hükümleri, söz konusu hukuka aykırı fiiler sebebiyle doğan ya da doğma tehlikesi bulunan zararların bertaraf edilmesine yöneliktir. Bu bağlamda taraflar arasındaki ihtilafları çözmeye yönelik hükümler doğrudan mahkemeler tarafından uygulanmaktadır. Rekabet hukukunda ise bir kamu kurumu niteliğindeki Rekabet Kurulu söz konusu tedbirleri almakta ve gerektiğinde cezai müeyyideler uygulamaktadır<sup>17</sup>. Rekabetin Korunması

---

<sup>12</sup> Erdem, s. 147.

<sup>13</sup> TK Gerekçesi, md. 54.

<sup>14</sup> Erdem, s. 146; Poroy/Yasaman, s. 360; Erdil, s. 20.

<sup>15</sup> Karayalçın, s. 448-449.

<sup>16</sup> Erdem, s. 149. Nitekim RKHK md. 4/d'de yer alan, "Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi" haksız rekabet hükümleri ile de (örneğin kötüleme, başkası veya kendisi ile ilgili yanlış ya da yanıltıcı bilgi verme, rakipler hakkında da geçerli olan iş şartlarına uymama) gerçekleştirilmesi mümkündür. Bkz.: Erdem, s. 150-151.

<sup>17</sup> Erdil, s. 21; Arkan 312.

Hakkındaki Kanun'a özgü ihlaller yönünden mahkeme, Rekabet Kurulu'nun kararlarına karşı kanun yollarına başvurulması ve rakiplerin uğradıkları zararların tazmini (RKHK.m. 58) bağlamında devreye girmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere rekabet hakkının dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla kötüye kullanılması durumunda haksız rekabetten bahsedilir ve kanun koyucu haksız rekabet ile ilgili hükümlere Türk Ticaret Kanununun 54 ila 63 hükümleri arasında ve Türk Borçlar Kanununun (TBK) 57. maddesinde yer vermiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan "genel işlem şartları" müessesesi ise hem Ticaret Hukuku hem de Borçlar Hukuku kapsamına giren bir kurumdur. Nitekim genel işlem şartlarının Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemesi Kanunun 20 ila 25. maddeleri arasında yer almaktayken, Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemesine 55/1-f hükmünde yer verilmiştir.

Kıta Avrupa'sı Hukuku'nda "haksız rekabet" kavramı, ilk olarak Fransız Mahkemeleri tarafından 19. yüzyılın ilk yarısında, belirli bir takım ticari rekabet halleri için, Fransız Medeni Kanununun 1382. maddesinden<sup>18</sup> hareketle oluşturulan ve geliştirilen bir kavramdır. Haksız fiile ilişkin Kanun hükmünden hareket edilmek suretiyle tesis edilen bu karar ve neticesinde oluşturulan yeni kurum, aynı zamanda haksız rekabet hukukunun temelinde bir haksız fiil hali olduğunu da ifade etmesi bakımından önem arz etmektedir<sup>19 20</sup>. Kavram, Fransa'da ortaya çıktıktan sonra diğer ülke uygulamalarında ve kanunlarında da hızla yer bulmuştur<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Fransız Medeni Kanunu'nun ilgili maddesinin Türkçe karşılığı şu şekildedir: "Kişi, başkasına kusuruyla zarar veren her türlü fiili sebebiyle oluşan zararı tazminle yükümlüdür."

<sup>19</sup> Louis Vogel; **Droit de la Concurrence Deloyale**, Lawlex, Paris 2007-2008, s. 4-5.

<sup>20</sup> Haksız rekabet hukukunun temelinde haksız fiil bulunmakla birlikte, haksız fiilin tipik bir görünümü olarak karşımıza çıkmamaktadır. Haksız rekabet haksız fiilin unsurlarından olan kusur ve zarar unsurları nedeniyle ayrılmaktadır. Buna göre haksız fiilin varlığından bahsedilebilmesi için zararın meydana gelmiş olması veya meydana geleceğinin muhakkaka olması arınırken haksız rekabette zararın somut olarak gerçekleşmesi aranmamakta, tehlikenin varlığı dahi yetmektedir. Diğer yandan haksız rekabetin varlığı için kusur aranmamaktadır. Dolayısıyla haksız rekabet haksız fiilin klasik görünümünden oldukça farklı özellik göstermektedir Ancak belirtilmelidir ki haksız fiillerde kusursuz sorumluluğu gerektiren durumların varlığı da dikkate alındığında, haksız rekabetin bu özelliği, haksız fiillerin hukuki düzenine yabancı değildir. Haksız fiil hukuku ile ilgili geniş bilgi için bkz.: Tuçomağ, a.g.e., s. 427 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 640 vd.; Eren, a.g.e., s. 586 vd.; Antalya, a.g.e., s. 425 vd.; Oğuzman/Öz, a.g.e., C. II, s. 30 vd.

<sup>21</sup> Vogel s. 5; Edmond Martin-Achard; **La Notion de la Concurrence Deloyale**, JdT 1977 I, s. 34.

İsviçre’de doktrin ve Federal Mahkeme uygulamaları neticesinde ortaya çıkan haksız rekabet kavramını Federal Mahkeme 1893 tarihli kararında<sup>22</sup>, Fransız uygulamasında olduğu gibi, haksız fiil temeline dayandırmıştır. Mahkeme rekabetin, rakibinin müşterilerinin azalmasına neden olacak yanlış davranışlarla ve rakibe zarar verme amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda haksız olacağını ifade etmiştir<sup>23</sup>. Mahkeme bu sonuca, 14 Haziran 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun haksız fiilleri düzenleyen 50. maddesi hükmünden hareketle ulaşmıştır<sup>24</sup>. Bu nedenle İsviçre hukukunda da haksız rekabetin, haksız fiilin bir görünümü olduğu kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Borçlar Kanunu’nda haksız rekabet ile ilgili ayrı bir hükme yer verilmeyen İsviçre’de, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun<sup>26</sup> (İsvBK) 48. maddesinde<sup>27</sup>, doktrinde ve uygulamada Federal Mahkeme’nin koyduğu prensipler uyarınca, haksız rekabet ile ilgili ayrı bir hüküm sevk edilmiştir<sup>28</sup>.

Genel nitelikte bir düzenleme getiren bu hüküm, gelişen ve değişen ekonomik ihtiyaçları karşılamada yetersiz kalınca İsviçre’de haksız rekabetle ilgili yeni ve ayrı bir kanun yapılması gündeme gelmiştir. 30 Eylül 1943 tarihli “Haksız Rekabet Hakkında Federal Kanun” ile bu ihtiyaç karşılanmıştır<sup>29</sup>. Bu Kanun ile aynı zamanda İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki haksız rekabet düzenlemesi de yürürlükten kaldırılmış ve iktisadi alandaki haksız rekabet hallerine uygulanacak tek bir düzenleme getirilmiştir<sup>30</sup>. 1943 tarihli Kanun haksız rekabetin gelişiminde ve sistemin oturmasında büyük bir rol oynamıştır. Zira Kanun, mahkemelere geniş ve yenilikçi

<sup>22</sup>ATF 19 253, (Georges Wagen; **La Theorie des Droits de la Personnalite et la Notion de la Concurrence Deloyale**, These Lausanne 1952’den naklen).

<sup>23</sup> Martin-Achard, *La Notion de la Concurrence Deloyale*, s. 34.

<sup>24</sup> Martin-Achard, *La Notion de la Concurrence Deloyale*, s. 34. Federal Borçlar Kanununun 50. maddesi şu şekildedir: “*Quiconque cause sans droit un dommage a autrui, soit a dessein, soit par negligence ou par imprudence, est tenu de le reparer.*” Hükmün Türkçe karşılığı ise şu şekildedir: “Hukuka aykırı bir şekilde bir başkasına zarar veren kişi, bu zarara gerek kasten, gerek ihmal ya da tedbirsizlik nedeniyle sebep olmuş olsun, bu zararı karşılamakla yükümlüdür.”

<sup>25</sup> Martin-Achard, *la Notion de la concurrence deloyale*, s. 36

<sup>26</sup> RS 220 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations). (Du 30 mars 1911) FF 1911 II 1: Medeni Kanununun 5. Kitabını Oluşturan Borçlar Kanunu.

<sup>27</sup> 818 sayılı BK md. 48 ve 6098 sayılı TBK md. 57’de düzenlenen “haksız rekabet” düzenlemesi İsvBK md. 40 hükmünün tercümesi şeklinde olup Türkçesi şu şekildedir: “Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.”

<sup>28</sup> Wagen, s. 36.

<sup>29</sup> Loi Federal sur la Concurrence Deloyale (du 3 septembre 1943), FF 1943 915

<sup>30</sup> Martin-Achard, *La Notion de la Concurrence Deloyale*, s. 35-36; Arkan, s. 313.

içtihatlar oluşturabilmeleri için çok elverişli bir altyapı hazırlamıştır<sup>31</sup>. 1943 tarihli Kanun'u izleyen 1986 tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun"<sup>32</sup> ile de içtihatlar yoluyla getirilen prensipler kanuna alınmış ve geçen 40 yılda, ekonomide yaşanan gelişimler ve değişimler dikkate alınarak yeni bir haksız rekabet kanunu hazırlanmıştır<sup>33</sup>. 1986 tarihli Kanun<sup>34</sup> günümüze kadar bir takım değişiklikler ile birlikte, İsviçre'de halen yürürlükte olan kanundur. Genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme de ilk kez bu kanunun 8. maddesinde yer almıştır. 1943 tarihli Kanun'da genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hukukumuzda haksız rekabet ile ilgili hükümlere hem Borçlar Kanunu'nda (TBK md. 57) hem de Ticaret Kanunu'nda (TK md.55/1-f) yer verilmiştir. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin kaynağı, 1943 tarihli "Haksız Rekabet Hakkında Federal Kanun"dur<sup>35</sup>. TK md. 54 vd. hükümlerine ise İsviçre Haksız Rekabet Kanunu kaynaklık etmiştir. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu, TK.'nin 54 ve 55. maddelerine doğrudan kaynaklık etmişse de, bu kanunun diğer maddelere etkisi birkaç hükümle sınırlı kalmıştır. Bunun nedeni ise, Türkiye'de mahkeme kararları ve doktrin ile İsviçre'den farklı bir haksız rekabet hukukunun gelişim göstermiş olması olarak belirtilmiştir<sup>36</sup>. Bunun yanında İsviçre'nin kendine özgü sistemi de Kanunun tümüyle TK'ya alınmasına engel teşkil etmiştir<sup>37</sup>. Zira İsvHRK hükümleri aynı zamanda, İsviçre'ye özgü olan "Fiyatların Gözetimi Kanunu" ile de sıkı bağlantı içindedir ve İsvHRK hükümleri içerisinde de bu bağlamda ürün veya hizmet fiyatlarının gösterilmeleri ile ilgili

---

<sup>31</sup> François Dessemontet; **La propriété intellectuelle et les contrats de licence**, CEDIDAC 2011, s 529.

<sup>32</sup> 1986 tarihli Kanunun isminin değiştirilmesinin nedeni, kanunun haklı rekabeti düzenlemesi gerektiği için, haksız rekabete dair bir kanunun kavram olarak doğru olmamasından kaynaklanmaktadır. Message 1986 s 1091.

<sup>33</sup> Edmond Martin-Achard; **Les principes généraux de la nouvelle Loi**, in La Nouvelle Loi Federale Contre La Concurrence Déloyale, CEDIDAC 1988, s 9: Yazar yeni kanun yapılmasındaki gerekçeyi, "Geçen 40 yılda ekonomik ve sosyal politikaları değişmiş, satış yöntemleri farklılaşmış ve yeni haksız rekabet halleri ortaya çıkmıştır. Söz konusu yeni haksız rekabet halleri pazarda bir çok ufak işletmenin kapanmasına sebebiyet vermiş ve bunun neticesinde de yeni bir kanun yapılması zorunluluğu hasıl olmuştur." şeklinde belirtmiştir.

<sup>34</sup> RS 241 Loi fédérale contre la concurrence déloyale (du 19 décembre 1986) FF 2009 5579. Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu (İsvHRK)

<sup>35</sup> Arkan, s 313; Poroy/Yasaman, s. 308.

<sup>36</sup> Bkz. TTK Gerekçesi, Haksız Rekabet ile ilgili Genel Açıklamalar.

<sup>37</sup> Bkz. TTK Gerekçesi, Haksız Rekabet ile ilgili Genel Açıklamalar.

hükümlere yer verilmiştir (İsvHRK md. 16-18)<sup>38</sup>. Bunun yanında İsvHRK’da idari nitelikte bazı hükümlerin de yer aldığı görülmektedir. Bu bağlamda pazara katılanların Kanunda gösterilen yetkili makamlarca istenen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü olduklarına ilişkin düzenlemeler ve buna aykırılığın yaptırımları da düzenlenmiştir (İsvHRK md. 19-20). Son olarak da Kanunda uluslararası kuruluşlarla işbirliğini geliştirmek üzere getirilen hükümler de bulunmaktadır (İsvHRK md. 21-22).

TBK’nın haksız rekabeti düzenleyen 57. maddesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin 48. maddesi ile örtüşmektedir. Her iki hükmün kaynağını da İsviçre Borçlar Kanunu’nun mülga 48. maddesi oluşturmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanununun yapımı sırasında İsviçre’de olduğu gibi haksız rekabete ilişkin hükmün Borçlar Kanunu’ndan çıkarılması düşünülmüş ancak Komisyon, “Ticari sahadaki hükümlerin iktisadi hayatın diğer sahalarında tatbik yeri bulamayacağından” bahisle, Borçlar Kanununun 48. maddesinin kaldırılması teklifini uygun görmemiş, ancak her iki kanun hükümleri arasındaki tatbik sahası farkını göstermek üzere de 818 s. BK md 48’e “Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur.” hükmünü eklemiştir<sup>39</sup>. Türk Borçlar Kanunu’na ilişkin hazırlıklar yürütülürken yine haksız rekabet ile ilgili düzenlemenin kaldırılması gündeme gelmiş, ancak Borçlar Kanunu’nda, haksız rekabetin, haksız fiil olmaktan çıkarılıp çıkarılmadığı konusunda bir tereddüde meydan vermemek için, TBK’nın 57. maddesinde haksız rekabete ilişkin düzenlemenin muhafaza edilmesi uygun bulunmuştur<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Kamen Troller, **Manuel du Droit Suisse des Biens Immateriels Tome 2**, Helbing&Lichtenhahn, 1996, s. 995-996.

<sup>39</sup> Hayrettin Çağlar/ Mehmet Özdamar/ Rıza Ayhan; **Ticari İşletme Hukuku - Genel Esaslar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 275.

## B. Haksız Rekabete İlişkin Pozitif Düzenlemelere Bakış

### 1. Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümün İncelenmesi

#### a. Hükümün Kaynağı

Haksız rekabet, Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir :

*“Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*

*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.”*

6762 sayılı TK md. 56 haksız rekabeti “..aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali” tanımı ekseninde ele alırken, 6102 sayılı TK, haksız rekabete ilişkin hükümleri eski düzenlemeden daha farklı bir biçimde ele almıştır. Bunun nedeni TK'nın ilgili hükümlerine kaynaklık eden “Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun”un İsviçre’de 1986 yılında kabul edilmesidir. Türk kanun koyucusu da mehzada meydana gelen bu gelişmelere paralel olarak yeni kanunda haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri değiştirmiştir. Buna göre TK md. 54 ve 55 hükümleri, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun 1 ila 8. maddelerinin tercümelerinden oluşmuştur.

eTK md 56’daki “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali” tanımı, birçok açıdan yetersiz bulunduğu ve eleştirildiğinden<sup>41</sup> yeni kanunla birlikte İsvHRK md 1 ve 2’ye uygun bir biçimde değiştirilmiştir. Böylece aynı maddede hem haksız rekabet hükümleriyle korunması amaçlanan menfaatler ve kişiler belirlenmiş, hem de haksız rekabetin tanımı yapılmış ve ilkeleri konulmuştur.

---

<sup>40</sup> 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu’nda Prof Dr. Nevzat Koç tarafından yapılan değerlendirme konuşması, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Legal Kitabevi, s. 92.

<sup>41</sup> Arkan, s. 316.

Haksız rekabet, rekabet hakkının dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticari uygulamalar ile kötüye kullanılması halinde söz konusu olmakla birlikte, bunun için kusurun varlığı aranmamaktadır<sup>42</sup>. Zira haksız rekabetin kabulü açısından fiilin rekabet düzeninin normal işleyişine yöneltilmesi ve objektif olarak iktisadi rekabeti etkileyici nitelikte olması yeterli kabul edilmektedir. Buna karşılık fiili gerçekleştirenin iktisadi faaliyeti etkileme iradesi taşıyıp taşıyamaması bu belirlemede önem arz etmemektedir. Korunmak istenen menfaat, dürüst ve bozulmamış rekabet olduğu için, kanun koyucu rekabetin failin kasıt ya da ihmali ile bozulup bozulmadığı, diğer bir deyişle kusurun bulunup bulunmadığı ile ilgilenmemiştir<sup>43</sup>.

TK md. 54 hükmü incelendiğinde, haksız rekabetin iki temel esas üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması, ikincisi ise dürüst davranma kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>44</sup>. Özellikle dürüstlük kuralının, artık haksız rekabetin teşhisinde belirleyici rol oynayacak olması yeni sistemde bu kuralın çok daha önemli bir yeri olduğunu göstermektedir<sup>45</sup>.

## **b. Genel Hükümün Özel Hükümle İlişkisi**

TK md. 54’de haksız rekabet hukukunun amacına ve ilkesine yer verilerek genel nitelikte bir hüküm sevk edilmiştir. TK md. 55’de ise haksız rekabet hallerinin başlıcaları örnekseme yoluyla sayılmıştır. Maddede sayılan haller uygulamada en çok rastlanan haksız rekabet halleri olmaları nedeniyle önemlidir<sup>46</sup>. Ancak haksız rekabet halleri burada sayılan durumlar ile sınırlı değildir. TK md. 55’de yer alan kategorilere girmeyen bir fiilin söz konusu olması durumunda genel hüküm gereği bir denetim yapılarak eğer bu kapsamda yer alıyorsa yine haksız rekabet teşkil ettiği

---

<sup>42</sup> Karahan, s. 212; Arkan, s. 317; Erdil, s.38; Çağlar/ Özdamar/ Ayhan, s. 282.

<sup>43</sup> Hamdi Yasaman, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı, İsviçre Borçlar Kanununun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 6-7; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 317.

<sup>44</sup> Bu iki koşul belirlenirken iki kez dürüstlük ögesine yer verildiği görülmektedir. Yine de bu iki koşul birbirinden farklıdır. Dürüst ve bozulmamış rekabet ortamı ile rekabet ortamının dürüst olmasına, diğer bir anlatımla ortamın niteliğine işaret edilmekteyken, dürüst davranma kuralı ile ise piyasa aktörlerinin pazarda dürüst davranmalarına ilişkindir.

<sup>45</sup> Gerekçe TK md. 54. Yeni haksız rekabet hukuku sisteminde emek ilkesinin yerini dürüstlük kuralının aldığına ilişkin olarak bkz.: Aşa. C, 3, c.

<sup>46</sup> Karahan, s. 212; Erdil, 55.



sonucuna varılabilecektir<sup>47</sup>. Bu sayede hakime; çevreye, zamana ve günün ekonomik koşullarına intibak edebilen geniş ve değişik kıstaslar verilmiş bulunmaktadır<sup>48</sup>.

Bir fiilin TK md. 55’de yer alan örneklerden birine girmemesi durumunda, söz konusu fiilin genel hükmün kapsamına girip girmediğinin denetimi yapılır ve buna göre fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğine karar verilir. Ancak haksız rekabetin hem bir genel hükümle hem de çeşitli örnekleri içeren bir özel hükümle düzenlenmiş olmasının bir başka etkisi üzerinde de durulmalıdır: Acaba, TK.m. 55’te sayılan hallerden birine giren bir fiil, mutlaka haksız rekabet oluşturmaktadır mıdır? Bu hususun değerlendirilmesi için, artık TK md. 54’teki koşulların bulunup bulunmadığının araştırılması hiç mi gerekmeyecektir?

İlk bakışta, bir özel hüküm sevk edildiğine göre, genel hükme ayrıca bakılmasına gerek görülmebilir, çünkü kanun koyucu zaten 55. maddeyi 54.maddenin uygulanmasında hukuk güvenliğini oluşturmak ve uygulamayı kolaylaştırmak için sevk etmiştir. Bununla birlikte 55.maddede sayılan haller incelendiğinde, bu hallerden bazılarının kendiliğinden TK md. 54 hükmünün koşullarını taşıdığı, bazılarının ise somut olayda taşımayacağı gözlemlenmektedir. Örneğin kötüleme, karıştırılmaya yol açan önlemler alma, karşılaştırmalı reklamlar, Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma, Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme gibi haller, nitelikleri gereği rekabet ilişkisini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde etkilemektedirler. Zira bir kötüleme fiili gerçekleştirildiğinde, bu fiilin kötülendiği kişi, malları veya iş ürünleri üzerinde bir itibar kaybı oluşturması veya bu kişinin müşterilerinde bir azalmanın meydana gelmesini sağlar niteliktedir. Bu nedenlerle bu haller açısından TK md. 54 kapsamında bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmadığı savunulabilir. Buna karşılık dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması ya da iş şartlarına uymama örneklerinde gözüktüğü gibi bu hallerin gerçekleşmesinin, tek başına her durumda haksız rekabet teşkil etmesi beklenemez. Bu itibarlar *kanımızca* TK md. 54 ışığında haksız rekabetin koşullarının varlığının sınılanması ve bu bağlamda fiilin dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını ihlal edecek nitelikte olması gerekmektedir.

---

<sup>47</sup> Karahan, s. 213; Erdil, 56.

<sup>48</sup> 11 HD, 08.11.2004 T., 1757 E./109112 K. (www.kazanci.com)

TK md. 55 de sayılan fiillerden birinin gerçekleşmesi durumunda doğrudan haksız rekabetin varlığından bahsedilemeyecektir. Bu halde dahi genel hüküm çerçevesinde bir inceleme yapılarak söz konusu fiilin pazarı etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekecektir<sup>49</sup>.

## **2. Haksız Rekabetin Dayandığı Esaslar**

### **a. Bütün Katılanların Menfaatine Dürüst ve Bozulmamış Rekabetin Sağlanması**

#### **i. Korunmak İstenen Menfaat**

Haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen menfaati (korumanın konusu), “dürüst ve bozulmamış rekabet” oluşturmaktadır. Eski kanunda rekabetin niteliklerinden söz edilmezken, TK md. 54’te “dürüst ve bozulmamış rekabet”ten söz edilmesinin gerekçesi, “*daha çok rakipler arasındaki ilişkileri akla getiren, hukuki olmayan ve belirsiz bir kavramın değiştirildiği hukuken tanımlanabilir bir rekabetin ifade edilmek istenmesi*” olarak belirtilmiştir<sup>50</sup>. Böylece kanunun sadece rakipler arasındaki ilişkilere özgülenmesi de engellenmeye çalışılmıştır<sup>51</sup>. Kanunda her ne kadar dürüst ve bozulmamış rekabet kavramları yeni kavramlar olarak yer almışsa da bu kavramlar tanımlanmamıştır, bu sebeple doktrinde yapılan tanımlar kurumun anlaşılması için yol gösterici olacaktır.

“Dürüst ve bozulmamış rekabet” bir bütün olarak değerlendirildiğinde, her iki terimin de birbirine yakın anlamlara geldiği görülmektedir. Dürüst rekabet aslında bozulmamış rekabeti de kapsayan bir üst başlık niteliğindedir. Kanun koyucu her iki kelimeyi de bir arada kullanmakla korunması istenen menfaati daha baskın bir şekilde ifade etmiştir. Nitekim doktrinde de bu iki ibarenin aynı anlama geldiği ifade edilmektedir<sup>52</sup>.

İsvHRK’nun Almanca hazırlanıp sonradan Fransızcaya çevrilmesi bir takım aksaklıkların ve kelimeler yüklenen anlamlarda eksikliklerin meydana gelmesine

---

<sup>49</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: I, B, 2, c.

<sup>50</sup> TK Gerekçesi md 54.

<sup>51</sup> Message a l’appui, s. 1093.

neden olmuştur<sup>53</sup>. Nitekim Ticaret Kanunumuzdaki haksız rekabet hükümlerine kaynaklık eden İsviçre’de, Fransızca metinlerde “dürüst ve bozulmamış rekabet” kavramlarını ifade etmek üzere “loyal” ve “non faussé<sup>54</sup>” kelimeleri kullanılmıştır. Fransızca metinde yer alan “loyal” kelimesi Almanca “lauter” kelimesinin karşılığıdır. Ancak “lauter” kelimesi “açık, anlaşılır” anlamına gelmekteyken<sup>55</sup>, madde Fransızcaya çevrilirken kelimenin bu anlamı gözetilmemiş ve “kanuna uygun” anlamına gelen “loyal” kelimesi kullanılmıştır. Bu durum İsviçre’de de eleştirilmiş ve hüküm yorumlanırken bu sözcüğe Almanca’daki "saf, karışık, katışık olmayan" anlamının da verilmesi gerektiği ve dürüst kelimesinin de sadece “doğru veya kanunlara uygun” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>56</sup>. TK gerekçesinde de benzer bir açıklama yapılmış ve dürüst rekabetten anlaşılması gerekenin dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak oynanan katışıksız, saf rekabet olduğu belirtilmiştir<sup>57</sup>.

Dürüst ve bozulmamış rekabet, tüm katılanların ortak bir paydada bulunduğu ve herkes için kabul edilebilir bir rekabet<sup>58</sup> ortamını ifade eder. Bu belirleme yapılırken iş ahlakı kurallarından hareket edilebilir. Ancak temel kriter her zaman dürüstlük kuralı olacaktır. Zira kanun koyucu dürüst ve bozulmamış rekabeti dürüstlük kuralı temeli üzerine inşa etmiştir<sup>59</sup>. Bu bağlamda bozulmamış rekabet ile kastedilen, satıcı/sağlayıcının müşterilerine verdiği bilgi ve belgelerin, ürünün/hizmetin gerçek özelliklerini yansıtıyor olması, bu bağlamda güven duyulan ve hilesiz bir rekabettir<sup>60</sup>. Pazara katılanların, karşısındakinin güvenini kötüye kullanmadığı, bir güven ortamının var olduğu rekabet bozulmamış rekabettir<sup>61</sup>.

<sup>52</sup> Güven, s. 46 ve dn. 118ve 119’da belirtilen yazarlar.

<sup>53</sup> Martin-Achard, commentaire, s. 35; Güven, s. 45.

<sup>54</sup> Bozulmamış rekabet ibaresi (non-faussé) yerine İsviçre’de ilk başta, Almanca metinde yer alan “unverfälscht” kelimesinin tercümesi olarak “authentique” kelimesinin konulması istenmiş, ancak Federal Meclis bu kelimenin yerine non-faussé ibaresinin daha uygun ve kapsayıcı olacağı gerekçesiyle “non-faussé” kelimesinde karar kılmıştır. Martin-Achard, La Nouvelle Loi, 35.

<sup>55</sup> Heinz F. Wendt; Taschenwörterbuch Der Turkischen und Deutschen Sprache, Langenscheidts.

<sup>56</sup> Martin-Achard, La Nouvelle Loi, s. 35; Troller, s. 907, dn 16; İsviçre’de yapılan bu yoruma 6102 sayılı TK’nın gerekçesinde de yer verilmiştir. Bkz. Gerekçe md 54.

<sup>57</sup> Gerekçe md 54.

<sup>58</sup> “Kabul edilebilir rekabet” ifadesi (la concurrence admissible), İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bazı kararlarında haksız rekabetin zıt kavramı olarak kullanılmıştır. Bkz.: ATF 107 II 277, Troller, s. 911, dn. 23.

<sup>59</sup> Troller, s. 911.

<sup>60</sup> Martin-Achard, La Nouvelle Loi, s. 35; Gerekçe 54

<sup>61</sup> Troller s. 910.

Yukarıda da belirtildiği üzere “dürüst” kelimesi aslında Almanca “lauter” kelimesinin Fransızca’ya ve oradan da Türkçe’ye yanlış çevrilmesi sonucu bu şekilde kaleme alınmıştır. Haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen menfaatler yorumlanırken bu kelimenin anlamına uygun bir yorum yapılması gerekmektedir. Bu nedenle doktrinde, rekabetin şeffaf ve açık olması gerektiği de vurgulanmıştır<sup>62</sup>. Şeffaflık ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke, müşterinin almayı düşündüğü ürün veya hizmetin kalitesi ve fiyatını, diğer satıcı/sağlayıcıların ürün ve hizmetlerinin kalite ve fiyatlarıyla kolayca karşılaştırabilmesini öngörmektedir. Bu sayede müşterinin kendisine yapılan icabı anlamada, değerlendirmede ve doğru bir şekilde karar vermede özgür olması ve kararını makul bir şekilde vermesi sağlanmış olmaktadır. Kanun bu ilke ile rakiplerin ve kamunun menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Bu ilke dürüstlük kuralını da aynı zamanda zenginleştirmekte ve ona farklı bir anlam katmaktadır<sup>63</sup>. Belirtmek gerekir ki haksız rekabet hükümleri mal ve hizmetlerin fiyat ya da kalitelerini belirlemeyi amaçlamaz. Haksız rekabet hükümleri müşterilerin karar verme süreçlerini yanıltıcı bir şekilde etkileyebilecek vasıtaların kullanılmasını engellemeyi hedefler.

## **ii. Korumadan Yararlanan Kişiler: Bütün Katılanlar**

Haksız rekabet hükümleri, “bütün katılanların” menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Hükmün uygulama alanını genişletmeyi hedefleyen bu ibareyle birlikte, rekabet ilişkisine doğrudan ya da dolaylı olarak katılan herkes, diğer bir anlatımla Kanunun gerekçesinde ifade edildiği şekilde “rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan ekonomi, tüketici ve kamu”, korumanın öznelere olarak belirtilmiştir<sup>64</sup>.

Maddenin ikinci fıkrasında “bütün katılanlar” ibaresi somutlaştırılarak rakipler, sağlayıcılar ve müşteriler koruma kapsamına alınan gruplar arasında gösterilmiştir. Böylece İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da haksız rekabet hükümlerinin sadece rakipler arasındaki ilişkilere özgülenmesi engellenmeye çalışılmış<sup>65</sup> ve haksız rekabet hükümlerine başvurulabilmesi için doğrudan bir

<sup>62</sup> Martin-Achard La Nouvele Loi, s. 35-36; Troller, s. 911-912.

<sup>63</sup> Martin-Achard, La Nouvelle Loi, s. 35-36; Troller, s. 912.

<sup>64</sup> Gerekçe TK md. 54; Message a l’appui d’une Loi Federale Contre la Concurrence Deloyale du 18 mai 1983, 83.038, s. 1091.

<sup>65</sup> Gerekçe TK md. 54/1; Message a l’appui, s. 1091.

rekabet ilişkisinin varlığının aranmasından açıkça vazgeçilmiştir<sup>66</sup>. Haksız rekabet kurallarının sadece rakipleri değil aynı zamanda piyasalarda rol alan (aktif ya da pasif) diğer ilgilileri de koruyucu nitelikte olduğunu kabul eden yaklaşım Kanuna yansıtılarak<sup>67</sup>, kamunun, düzgün bir şekilde çalışan rekabet ortamının sağlanmasına ilişkin menfaati de korunmuş olmaktadır<sup>68</sup>. Zira burada korunan sadece rakipler, onlar bağlamında işletmeler ve soyut anlamda haklı, dürüst, hukuka uygun rekabet değil, aynı zamanda müşteriler ve dar anlamda tüketicilerdir<sup>69</sup>.

eTK döneminde, klasik haksız rekabet hukuku görüşlerine uygun olarak, ilgililer arasında doğrudan bir rekabet ilişkisinin varlığı aranmaktaydı<sup>70</sup>. Doktrinde ise bu görüşün terk edilmesi gerektiği, zira aralarında rekabet ilişkisi bulunmayan kimselerin de bu korumadan yararlanmaları gerektiği görüşü savunulmuş, zira Kanun metninde de açıkça, rekabet ilişkisinin varlığından bahsedilmemiş olması karşısında, kanun koyucunun niyetinin bu ilişkinin varlığının aranmaması yönünde olduğu düşüncesi, bu görüşe dayanak olarak ileri sürülmüştür<sup>71</sup>. Nitekim uygulamada Yargıtay'ın rekabet ilişkisinin varlığını, haksız rekabetin oluşması bakımından zorunlu bir unsur olarak mülhaza etmediği görülmektedir<sup>72</sup>.

Mevcut düzenlemede ise artık doğrudan rekabet ilişkisinin bir dava şartı olarak aranmayacaktır. Zira Gerek İsvHRK ve gerek Türk Ticaret Kanunu'nda bu anlayıştan açıkça vazgeçildiği belirtilmiştir<sup>73</sup>. Federal Mahkeme de rekabet ilişkisinin varlığının gerekli olmadığını açık bir şekilde ifade etmiştir. Mahkeme gazeteciler bakımından verdiği kararlarında, haksız rekabetin varlığını tartışmış ve gazetecilerin

<sup>66</sup> François Dessemontet, **La nouvelle loi contre la concurrence déloyale**, Journal des Tribunaux, 1993 I, s. 370-371; Martin-Achard, La Nouvelle Loi, 11; Şirin Güven; **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 2; Arkan, s. 316; Erdil, s. 32.

<sup>67</sup> Güven, s. 38.

<sup>68</sup> Arkan, s. 316, dn 3.

<sup>69</sup> Karahan, s. 211.

<sup>70</sup> Karayalçın, s. 450; Poroy/Yasaman, s. 314; Arkan, s. 316; Erdil, s. 32.

<sup>71</sup> Karayalçın, s. 453.

<sup>72</sup> Arkan, s 295; Yasaman, İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Hukukuna Etkileri s. 13; “*Her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünülebilirse de, bu maddeye TTK md 56 ile birlikte mütalaa etmek gerekir. Zira haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçlar.*” 11 HD, 26.02.1999, 1155 E./1574 K., Yasa HD 99/10, s. 1278. Ayrıca bkz.: 11 HD, 03.03.2009 T., 310 E./2460 K.; 11 HD, 01.05.2001 T. (Erdil, s. 34-36), 1828 E./3862 K.; 11 HD. 22.01.1985 T., 1984/5877 E., 1985/64 K. Buna karşılık eTK döneminde Yargıtay'ın taraflar arasındaki rekabet ilişkisini haksız rekabetin varlığı için gerekli gördüğü az sayıda kararı da mevcuttur. Bkz.: 11 HD., 15.03.2001 T., 2000/10831 E., 2001/1993 K. (Erdil, s. 36-37).

<sup>73</sup> Bkz.: Gerekçe TK md. 54; Message a l'appui, s. 1093.

özellikle İsvHRK md 3/1-a’da belirtilen “kötüleme” fiilini gerçekleştirebileceklerini belirtmiştir<sup>74</sup>.

Haksız rekabet konseptinin oluşturulmasında genel ilkeyi koyan TK md. 54 hükmü, genel işlem şartları açısından özellikle anlamlıdır. Genel işlem şartları, bir sözleşmede yer alan ve sözleşmenin bir tarafınca hazırlanıp karşı tarafa dayatılan hükümlerden meydana gelmektedir<sup>75</sup> ve genel işlem koşullarıyla ilgili hukuki müdahaleyi mahkemeden talep edebilecek olan kişiler, bozulan sözleşme özgürlüğünün tekrardan sağlanmasında menfaati bulunan, sözleşmenin karşı tarafıdır<sup>76</sup>. Oysa genel işlem şartlarının haksız rekabet hukukunda yer bulmasının temel sonucu, TK md. 54 hükmündeki genel konseptten hareketle hukuki korumayı talep edebilecek kişilerin genişlemesi ve açılacak dava türlerinin de farklılaşmasıdır.

## **b. Haksız Rekabetin Temel Esası Olarak Dürüstlük Kuralı**

### **i. Dürüstlük Kuralının Haksız Rekabet Açısından Üstlendiği İşlev**

Dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen ortalama bir kimseden beklenen davranışı ifade eder<sup>77</sup>. Türk Medeni Kanunu’nun ikinci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, İsviçre ve Türk hukuklarında geniş uygulama alanına sahip genel bir kural niteliğindedir. Özel

<sup>74</sup> “Yeni Haksız Rekabet Kanununun uygulanmasında taraflar arasındaki rekabet ilişkisinin varlığından açıkça vazgeçilmiştir. Bu sebeple bir gazetecinin İsvHRK md. 3/1- a’da yazılı kötüleme fiilini işleyerek haksız rekabet oluşturması mümkündür. Gazetecinin rekabet etme kastının olmasının bir önemi olmadığı gibi bir başka işletmeyi ya da markayı bu vesileyle rekabette öne geçirme gibi bir düşüncesinin olması da haksız rekabetin tespitinde önem arz etmemektedir.” ATF 120 IV 32, JdT 1994, 363-364 (Kamen Troller, **Manuel du Droit Suisse des Biens Immateriels Tome 2**, Helbing&Lichtenhahn, 1996., s. 906, dn. 10’dan naklen); Aynı yönde Microwell kararının Türkçe tercümesi için bkz.: **İsviçre Borçlar Kanununun İktisabınının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri**, İstanbul 2009, s 46-70.

<sup>75</sup> Genel işlem şartlarının tanımı ve nitelikleri ile ilgili olarak bkz.: . Oğuzman/Öz, s. 20; Antalya s.285; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 156 vd.; M. Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 61; Havutçu, s. 74.

<sup>76</sup> Genel işlem şartlarının sadece sözleşmelerde söz konusu olması ve TBK hükümleri ile getirilen korumanın da sözleşmede bozulan menfaat dengesinin tekrardan sağlanması ve sözleşme özgürlüğünün tesis edilmesi için getirilmesi nedeniyle sadece sözleşmenin karşı tarafı konumunda olan kişi, sözleşme hukuku kapsamında, dava açabilecektir. Bkz.: Antalya, s. 288-290;

<sup>77</sup>Oğuzman/Barlas, s. 189; Kemal Oğuzman; **Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi**, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 407; Seyfullah Edis; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 5. Bası, Ankara 1993, s. 291.

hukukun her alanında uygulanmaya elverişli bir biçimde öngörölmüş olan dürüstlük kuralının<sup>78</sup>, Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçası olan Türk Ticaret Kanunu'nda da (TK md. 1) büyük bir yeri vardır<sup>79</sup>. Haksız Rekabet hukukunu, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması ile dürüst davranış kuralının üzerine kuran kanun koyucu, haksız rekabetin tespit edilmesinde dürüstlük kuralının belirleyici olacağını ifade ederek kuruma verdiği önemi göstermiştir<sup>80</sup>.

Dürüstlük kuralının haksız rekabet hukukundaki görünümü ile sözleşmeler hukukundaki görünümü birbiriyle tam olarak örtüşmeyebilir. Zira haksız rekabet hukukunda her zaman bir taraf mevcut olmayabileceği gibi çoğu kez bir haksız fiil hali söz konusu olacaktır<sup>81</sup>. Nitekim hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranacağına güvenir ve güvenmek hakkını da haizdir<sup>82</sup>. Dürüstlük kuralını ihlal eden, bu güvene aykırı hareket etmiş olur ve sonuç itibarıyla haksız rekabet oluşur<sup>83</sup>. Görüldüğü üzere sözleşmesel ya da önsözleşmesel temelde bir ilişki olmaksızın, dürüstlük kuralı rekabet ortamının işleyişinde kendini gösterir.

TK md 54/2 haksız rekabet düzenlemesinin ilkelerini koymakta ve bir haksız rekabet tanımı vermektedir: "Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."

Hüküm incelendiğinde, dürüstlük kuralına aykırılığın artık haksız rekabetin teşhisinde belirleyici kıstas olarak düzenlendiği açıkça görölmektedir<sup>84</sup>. Her ne kadar kanunda "aldatıcılık" ve "dürüstlük kuralına aykırılık" farklı kavramlarmış gibi ifade edilmiş olsa da, aslında aldatıcı hareket dürüstlük kuralına aykırılığın bir çeşididir. Aldatıcılığın kanunda ayrıca ifade edilmesinin sebebi, en çok uygulamada

---

<sup>78</sup> Edis, s. 301.

<sup>79</sup> Nitekim, yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağı ile ilgili TK md. 393 hükmü; TK md. 445'de iptal edilebilir kararlar arasında sayılan dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararları; TK md. 515'de düzenlenen dürüst resim verme ilkesi; TK md. 357'de düzenlenen eşit işlem ilkesi, dürüstlük kuralının TK'daki yansımalarına örnek olarak gösterilebilir.

<sup>80</sup> TK Gerekçe md. 54.

<sup>81</sup> TK Gerekçe md 54; Tekil 225.

<sup>82</sup> Troller, s. 922.

<sup>83</sup> TK Gerekçe md 54.

<sup>84</sup> Gerekçe TK md. 54.

karşılaşılan dürüstlük kuralına aykırılık hali olmasından kaynaklanmaktadır<sup>85</sup>. Bu nedenle, dürüstlük kuralı haksız rekabetin teşhisindeki başlıca ölçüt olarak belirlenmiştir denilebilir.

Hükümde de belirtildiği üzere dürüstlük kurallarına aykırılık ya davranışlarla ya da ticari uygulama ile olur. Esasen, “ticari uygulama” terimi, Ticaret Hukuku’nda yerleşik bir kavram değildir. Bu itibarla kanımızca Rekabet Hukuku’nda başvuru olan “pazar davranışı” kavramı, haksız rekabetin maddi unsurunu oluşturan eylemleri yetkin bir şekilde ortaya koyan bir kavramdır. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ya da ticari uygulamalar rekabetin dürüst ve bozulmamış bir şekilde işlenmesini zedeler ve rekabetten beklenen sonucun alınmasını engeller<sup>86</sup>. Eski kanunda “sair surette” ifadesi yer almaktaydı. Yeni getirilen düzenleme ile hükmün sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

eTK md. 56’da haksız rekabet, “...sair suretle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali..” olarak ifade edilmekteydi. Hükümde yer alan “sûret” kelimesi yol, biçim anlamına gelmektedir<sup>87</sup>. Yeni kanun döneminde ise sûret (procede) teriminin yerine “davranış (comportement)” ve “ticari uygulama (pratique commerciale)” terimleri getirilmiştir. Bu değişikliğin yapılmasının sebebi İsvHRK’nın gerekçesinde, “sûret ibaresi dar yorumlanmaktadır. Yeni getirilen kavramlar bir genelleme içermekte ve bunlar sayesinde özel hüllere girmeyen ancak haksız rekabet oluşturan (rekabeti bozan ya da haksız bir müdahalede bulunan) hüllerin de böylece kanun kapsamına alınması mümkün olacaktır” şeklinde ifade edilmiştir<sup>88</sup>. Haksız rekabet konseptini benimseyen Türk Hukuku’nda da, dürüstlük kuralına aykırı olan ve dürüst ve bozulmamış rekabeti zedeleyen aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar haksız rekabet teşkil edecektir.

Fransız Hukuku Alman ve İsviçre Hukuklarından farklı olarak, haklı rekabetin haksız rekabetten ayırt edilmesinde meslek kuralları “usage honetes” ölçütü olarak kullanılmaktadır. Çünkü Fransız doktrininde meslek kurallarının dürüstlük

<sup>85</sup> Karayalçın, s 453; Troller, s. 916; Mehmet Yılmaz, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Haller**, İstanbul Barosu Dergisi, C 80, S 4, 2006, s. 1496.

<sup>86</sup> Karahan 211.

<sup>87</sup> Büyük Türkçe Sözlük, (www.tdk.gov.tr).



kuralından daha somut bir ölçüt olduğu ifade edilmiştir<sup>89</sup>. Bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı belirlenirken, toplumda egemen olan ahlaki ölçüler, geçerli adetler ve hakları sağlayan ilişkilerin amacı dikkate alınır<sup>90</sup>. Bu sebeple dürüstlük kuralının tespitinde meslek kurallarından yararlanılması da mümkün olacaktır. Ancak bu durum meslek kurallarının, daha geniş ve kapsayıcı bir kavram olan dürüstlük kuralının önüne geçeceği anlamına gelmemektedir. Meslek kuralları, bir iş kolundaki faaliyetlerin ne şekilde yürütülmesi gerektiği konusunda belirli ölçütler getirebilirler. Ancak bu kurallar dahi hakime dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yol gösterici olmaktan öte bir role sahip olmayacaklardır<sup>91</sup>. Zira meslek kurallarına, haksız rekabet hallerinin tümünde başvurulamaz. Bunun yanında, haksız rekabet hukukundan bahsedilebilmesi için tarafların rakip olmaları zorunluluğu aranmaması karşısında<sup>92</sup>, hangi meslek kurallarının uygulanacağı hususu dahi ayrı bir sorun teşkil edebilecektir. Dolayısıyla haksız rekabet açısından, dürüstlük kuralı ilkesinin tercih edilmesi daha doğru görülmektedir; zira dürüstlük kuralı, haksız rekabet bağlamında gerektiğinde meslek kurallarına başvurmaya elverişlidir<sup>93</sup>.

## ii. Haksız Rekabet Uygulamasında Emek İlkesinin Rolü

Haksız rekabete özgü düzenlemelerin özünde dürüstlük kuralının yer alması, bu düzenlemelerin ortaya çıkışında rol oynayan emek ilkesinin yeni haksız rekabet hukukundaki konumunun gözden geçirilmesini gerektirmektedir.

Rekabet özgürlüğü, Anayasa tarafından güvence altına alınmış bir kurumdur<sup>94</sup>. Zira serbest rekabet ortamında iktisadi hayat birçok yarar elde eder. Ancak koruma altına alınan rekabet, dürüst ve bozulmamış rekabettir. Hukuka aykırı, bozulmuş rekabet ise yasaklanmıştır. Ticari hayatın hızlı işleyişi göz önünde bulundurulduğunda, belirli bir davranışın veya ticari uygulamanın haksız rekabet

<sup>88</sup> Message a l'appui, s. 1093; Martin-Achard, La Nouvelle Loi, s. 39.

<sup>89</sup> Vogel, s. 393; Güven, s. 14-18; Martin-Achard, commentaire, s. 21.

<sup>90</sup> Oğuzman/Barlas, s. 189.

<sup>91</sup> Martin-Achard, s. 21.

<sup>92</sup> Karahan, s. 211; Poroy/Yasaman, s. 314; Arkan, s. 316; Erdil, s. 37.

<sup>93</sup> Dürüstlük kuralının somut olmadığı yönündeki eleştirilere cevap olarak **Martin-Achard**: "İlkenin adı doktrinde ve uygulamada "dürüstlük kuralı" (regles de la bonne foi) olarak ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere doktrin ve yargı, bu ilkenin bir takım kurallar içeren, somut nitelikte bir kavram olduğunu, isimlendirmede kullandıkları kavram (kural - regles) ile dahi itiraf etmektedirler." Martin-Achard, commantaire, s. 8.

<sup>94</sup> Bkz. Yukarıda dn. 3.

oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi çoğu zaman kolay olmamaktadır. Haksız rekabet teşkil eden davranışların ve ticari uygulamaların yaptırımları göz önünde bulundurulduğunda, haklı rekabetin haksız rekabetten ayırt edilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu konuda doktrinde ve yargı içtihatlarında somut ve kolay uygulanabilir kıstasların geliştirilmesi zorunludur.

Ekonomik düzende herkesin ahlak kaidelerine uygun olarak kendi emeği nispetinde netice alması beklenmektedir. Dolayısıyla da bir başkasının emeğinden haksız bir şekilde yararlanarak elde edilen sonuçlar, hukuk düzeni tarafından korunmamaktadır<sup>95</sup>. Dolayısıyla haklı rekabetin haksız rekabetten ayırımında da bu kıstastan hareketle, kendi emeğine ve gayretine dayanan rekabet haklı rekabet olarak nitelendirilirken, başkasının emeğinden haksız yere yararlanmak isteyen kimsenin müracaat ettiği vasıtalar, başkasının iktisadi faaliyetine kısmen veya tamamen mani oluyorsa bu rekabet haksız rekabet olarak nitelendirilecektir<sup>96</sup>.

Emek ilkesi İsviçre Federal Mahkemesi tarafından geliştirilmiş bir kıstastır. Nitekim Federal Mahkeme 1946 yılında verdiği kararında; “Ekonomik faaliyette kendisinin uygun bir emeği ve gayreti olmadan, serbest rekabette başkasını engelleyecek ya da başkalarının sunumları karşısında kendi sunumuna haklı olmayan bir üstünlük sağlayacak nitelikte ya da ona yönelik araçlar kullanan kimse, haksız rekabetten sorumludur” diyerek, emek ilkesinin rekabetin haksız olup olmadığının belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Karayalçın, s. 455; Güven, s. 48; Martin-Achard, commantaire, s. 18; Troller, s. 909.

<sup>96</sup> Karayalçın, s. 455. Haksız rekabetin temelinde emek ilkesinin yer aldığına ilişkin olarak bkz.: Ünal Tekinalp; **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Arıkan Yayınları, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 36.

<sup>97</sup> ATF 72 II 393 (Şirin, s. 16, dn. 19’dan naklen); Federal Mahkeme bir başka kararında ise: “*Haksız Rekabete karşı kanun, rakiplerin kendi emek ve çalışmaları ile rekabet etmelerine izin verir, bunun yanında rekabette kullanılan vasıtaların dürüstlük kuralına aykırı kullanılmalarını da yasaklar. Bu vasıtalar dürüstlük kuralına aykırı kullanılırlarsa haksız rekabet söz konusu olur. Anayasa tarafından koruma altına alınmış olan rekabet özgürlüğünün emek ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Ekonomik hayatta, kendisinin uygun bir emeği ve çalışması olmadan, rakibin rekabet etme özgürlüğünü engelleyen veya zorlaştıran faaliyetlerde bulunan veya kendi işinde haklı olmayan bir gelişmeyi temin edecek vasıtalara başvuran kişi haksız rekabet etmiş sayılır*” demek suretiyle bu hususu tekrarlamıştır. ATF 72 II 294, JdT 1947, 273-276, Troller, s. 909 dn. 22. Federal Mahkemenin emek ilkesinin haksız rekabetin belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullandığıyla ilgili olarak ayrıca bkz.: Poroy/Yasaman; s. 282; Karayalçın, s. 455; Güven, s. 17 ve dn. 25’de saydığı Federal Mahkeme kararları.

Yargıtay da, eTK uygulamasında haksız rekabet kurumunun temelini “emek ilkesine aykırılığı” yerleştirmiştir<sup>98</sup>. Yüksek mahkeme bu hususu “*Haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticari yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır.*” şeklinde ifade etmiştir<sup>99</sup>. Bu bağlamda Yargıtay, bir kişinin emeğinden, diğerinin haksız olarak faydalanmasının o kişiyi rekabet yarışında haksız bir şekilde öne geçireceğinden hareketle, bunun iktisadi rekabetin suiistimali olduğunu belirterek yasaklamıştır. Zira amaçlanan, piyasadaki rekabetin, dürüstlük kuralı çerçevesinde, kişinin sarf ettiği emekle orantılı olarak gerçekleşmesinin sağlanmasıdır<sup>100</sup>. Bu esasa göre iktisadi sahada herkes ahlak kaidelerine uygun olarak kendi emeği nispetinde netice almalıdır.

Burada “emek” kavramının irdelenmesi gerekmektedir. Zira neyin “emek” olarak kabul edileceği aynı zamanda korumadan yararlanacak hususun tespitine ve dolayısıyla haklı/haksız rekabet ayırımının belirlenmesine de hizmet etmektedir. Bu bağlamda, “emek” kavramı geniş bir anlamda kullanılmaktadır ve müşterinin, satıcı/sağlayıcı tarafından yapılan icabı kabul etmesine yarayacak her türlü fiil ve davranış bu kapsamda değerlendirilir. Yargıtay da emeği, işletmesel çaba, birikim ve yatırım olarak tanımlamıştır<sup>101</sup>. Bu bağlamda, bir mal ya da hizmet için yapılan reklamlar ve promosyon hamleleri, piyasadaki bir firma tarafından geliştirilen teknik, teknoloji ya da ürünler “emek” kapsamı altında değerlendirilebilir ve bunlardan haksız yararlanılması haksız rekabet teşkil eder<sup>102</sup>. Bu sayılanlar bir çalışmanın ve emeğin sonucu olup, harcanan emeğin maddleşmiş halidir. Dolayısıyla bunlar üzerinden haksız kazanç sağlanması bu kişinin haklı temele dayanmayan bir rekabet avantajı elde etmesine yol açacaktır. Bu şekilde, kanunen izin verilmeyen araçlar

<sup>98</sup> Poroy/Yasaman, s. 318.

<sup>99</sup> HGK, 04.05.2011, 11-59 E./271 K.; HGK, 01.05.2002 T., 4-350 E. / 354 K.; 11 HD, 14.12.2005, 2004/14760 E., 2005/12302 K.; 11 HD, 08.11.2004, 1757 E. / 10912 K.; 11 HD, 26.02.1999, 1155 E. / 1574 K. (www.kazanci.com)

<sup>100</sup> Poroy/Yasaman, s. 305; Tekinalp, s. 36.

<sup>101</sup> HGK, 04.05.2011, 11-59 E./271 K.; HGK, 01.05.2002 T., 4-350 E. / 354 K.; 11 HD, 14.12.2005, 2004/14760 E., 2005/12302 K.; 11 HD, 08.11.2004, 1757 E. / 10912 K.; 11 HD, 26.02.1999, 1155 E. / 1574 K. (www.kazanci.com)

<sup>102</sup> Troller, s. 909.

kullanılarak üçüncü kişilerle rekabette bulunulması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve haksız rekabet sayılacaktır<sup>103</sup>.

Yargıtay, rakibinin emeğinden haksız bir şekilde kazanç sağlanmasını dürüstlük kuralına aykırı ticari yöntem ve uygulama olarak görmüş ve bu sebeple de bunun haksız rekabet teşkil ettiğini içtihat etmiştir<sup>104</sup>. Emek ilkesi özellikle marka, ticaret unvanı gibi işaretlerin taklit edilmesinin veya bunlar arasında iltibas yaratılmasının önüne geçilmesi<sup>105</sup>, parazit rekabet ve bu anlamda parazit reklamların engellenmesi<sup>106</sup>, başkasının iş ürünlerinden, özellikle patent ve faydalı model<sup>107</sup> haklarından izinsiz yararlanılmasının önlenmesi amacıyla kullanılmaktadır<sup>108</sup>.

Herkesin kendi emeği oranında menfaat elde etmesi temeli üzerine kurulu olan emek ilkesi, aslında dürüstlük kuralının bir görünümüdür. Zira dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışları ifade eder<sup>109</sup>. Bir başkasının emeğinin haksız olarak kullanılması da bu kapsamda dürüst bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden emek ilkesi ile dürüstlük kuralı arasındaki bu yakın ilişki göz ardı edilmemelidir<sup>110</sup>.

<sup>103</sup> Troller, s. 910-911

<sup>104</sup> “Haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır.” HGK, 04.05.2011, 11-59 E./271 K.; Ayrıca bkz.: HGK, 01.05.2002 T., 4-350 E. / 354 K.; 11 HD, 14.12.2005, 2004/14760 E., 2005/12302 K.; 11 HD, 08.11.2004, 1757 E. / 10912 K.; 11 HD, 26.02.1999, 1155 E. / 1574 K. (www.kazanci.com)

<sup>105</sup> Tescilli olmayan bir ticaret unvanının, markanın, tasarım haklarının sahibi tarafından, harcanan emek sonucu belli bir tanınırlık seviyesine getirilmesinden sonra, bir başka kişinin bu unvanı ya da bir benzerini kullanması Yargıtay tarafından emek ilkesi bağlamında değerlendirilerek haksız rekabet kapsamına sokmuştur. Bkz.: 11 HD, 14.12.2005, 2004/14760 E., 2005/12302 K; HGK, 04.05.2011, 11-59 E./271 K. (www.kazanci.com).

<sup>106</sup> “Bir kimsenin en ufak bir yorgunluğa ve zahmete girmeden bir başkasının yıllar yılı didinip alın teri ve göz nuru dökmek suretiyle ancak meydana getirdiği ve tamamen kişisel emek ve gayretinin ürünü olan çalışmasına ortak olması hali, hem ahlak kurallarına bir aykırılık oluşturur ve hem de haksız rekabeti meydana getirir. Bu şekildeki bir haksız rekabet, “parazit-tufeyli” rekabet olarak nitelendirilir.” HGK, 07.07.2010 T., 396 E./371 K.; Davacı Lego’nun oyuncak parçalarına uyacak oyuncakların yapılmasının parazit rekabet teşkil edeceğine ilişkin olarak bkz.: HGK, 27/03/1996 T., 1995 /1037 E., 1996 / 206 K. ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)); “..davacının büyük giderler yaparak kurduğu şifreli yayınlardan, davalının hiçbir harcama yapmadan yararlanması, haksız rekabetin bir türü olan parazit ( tufeyli ) rekabeti oluşturduğunun kabulü gerekir.” 11 HD, 27.09.1999 T., 5428 E./ 7116 K. ([www.kararevi.com](http://www.kararevi.com))

<sup>107</sup> Davacının çizimlerini yaptığı ve TSE belgesi aldığı panoları “endüstriyel tasarım” niteliğinde değildir. Ancak, davacının emek, masraf ve zaman harcıyarak meydana getirdiği çizimlerinden davalıların izin almadan ... TK.nın 56. maddesi uyarınca hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır.” 11. HD, 27/03/2003 T., 2002/1051 E., 2003/2897 K. (www.hukukturk.com.tr).

<sup>108</sup> Yılmaz, 1482-1483; Güven, s. 16.

<sup>109</sup> Oğuzman/Barlas, s. 189.

<sup>110</sup> Troller, s. 911.

Emek ilkesi her ne kadar haksız rekabet hukukunun temeline yerleştirilmiş olsa da bu ilkeye yönelik ciddi eleştiriler getirilmiştir. Doktrinde **Karayalçın**, bu ilkenin rekabet hukukuna ahlaki bir prensip getirdiğini fakat bütün haksız rekabet hallerinin bu prensiple izah edilemeyeceğini zira kendi emeğine ve gayretine dayanmayan bir başarının her zaman haksız rekabet olarak telakki edilemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak yazar bu ilkenin önemini göz ardı etmemekte ve hakime haklı rekabeti haksız rekabetten ayırmak için çoğu zaman bu ilkenin faydalı bir ölçü olabileceğini, özellikle “parazit rekabetin” söz konusu olduğu hallerde bu prensibe dayanarak rekabeti haksız olarak değerlendirmenin mümkün olduğunu kabul etmektedir<sup>111</sup>.

Emek ilkesi İsviçre’de de eleştirilmiştir. Doktrinde bu ilkenin, rekabetin haklı ya da haksız olduğunun tespitinde kullanılacak açıklıkta bir kavram olmadığı ve tüm haksız rekabet hallerini kapsamadığı yönünde eleştiriler getirilmiştir<sup>112</sup>. Doktrinde **Martin-Achard** bu ilkenin haksız rekabetin tespitinde kullanılmasına ısrarla karşı çıkmış, zira hem her haksız rekabet halinde karşılaştırılacak iki emeğin olmayabileceğini, hem de bu ilkenin her zaman kesin bir karşılaştırma ölçütü getirmeyebileceğini ileri sürmüştür. Yazar, müşterinin seçimlerinin subjektif olduğu kadar objektif nitelikte de olduğu ve rekabetin başarısının da yapılan reklamdan, kişisel koşullardan, fırsatlardan, tarzdan olduğu kadar malın ya da hizmetin kalitesinden de ileri geldiğinin unutulmaması gerektiğini belirterek emek ilkesinin her haksız rekabet fiili için geçerli olabilecek bir ölçüt olamayacağını ifade etmiştir<sup>113</sup>. Ancak **Martin-Achard** da **Karayalçın** gibi, emek ilkesinin bir çok konuda hakime haklı rekabeti haksız rekabetten ayırmak için bir ölçü oluşturduğunu da kabul etmektedir.

Emek ilkesinin tüm haksız rekabet hallerini kapsamaması, dürüst ve bozulmamış rekabetten sadece rakiplerin değil, tüm katılanların menfaatlerinin olduğu ve bunun da korunması gerektiği görüşü karşısında ilkenin uygulama alanı İsviçre’de gittikçe daralmıştır<sup>114</sup>. Nitekim Federal Mahkeme de 1981 tarihinde verdiği kararında emek ilkesinin haklı-haksız rekabet ayrımının yapılmasında uygun

---

<sup>111</sup> Karayalçın, s. 455.

<sup>112</sup> Eleştiriler için bkz. Martin-Achard, La Notion de la Concurrence Deloyale, s. 45-46.

<sup>113</sup> Martin-Achard, La Notion de la Concurrence Deloyale, s. 44-45.

<sup>114</sup> Güven, s. 48-49.

bir kıstas olmadığını belirtmiştir<sup>115</sup>. 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanununun hazırlanması sırasında Federal mahkemenin bu yeni içtihadı dikkate alınmış ve Kanunun gerekçesinde, haklı rekabetin haksız rekabetten ayırt edilmesinde kural olarak, rekabetin düzgün işlediği bir sistemden beklenen sonuçların belirleyici olacağı ifade edilmiştir<sup>116</sup>. Böylece İsviçre’de haksız rekabetin tespitinde emek ilkesinden ayrılmış ve gerekçede de belirtildiği üzere, İsviçre’nin ekonomi politikalarının ve meslek etiği<sup>117</sup> kurallarının artık bu belirlemede hakim tarafından dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Haksız rekabet hükümlerini aldığımız İsviçre’de emek ilkesi bakımından yaşanan bu değişim, kendi hukuk sistemimizdeki yansımalarının ne yönde olacağı sorusunu akla getirmektedir. Yargıtay tarafından haksız rekabetin teşhisinde sıklıkla başvurulmuş emek ilkesinin sistemden çıkartılması nasıl bir etki meydana getirecektir?

İlk olarak belirtmek gerekir ki gerçekten emek ilkesi tüm haksız rekabet hallerini kapsar bir ilke değildir. Özellikle yeni kanunla birlikte gelen haksız rekabet hallerinde ortada haksız olarak yararlanan bir emek çoğu zaman bulunmamaktadır. Örneğin genel işlem şartları kullanımı yoluyla haksız rekabet oluşturulmasında, iş şartlarına uymamada rakibin emeğinin haksız bir şekilde kullanıldığından bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla emek ilkesinin kurumun merkezine yerleştirilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Ancak emek ilkesinin mevcut düzende hiç kullanılmaması, bunun yerine dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamından beklenen sonuca göre haklı/haksız rekabet ayırımının yapılması, Yargıtay tarafından uzun yıllar boyunca oluşturulmuş olan içtihat birikiminin yitirilmesi sonucunu doğurabilecektir. Kaldı ki gerek İsviçre gerek de Türk doktrininde belirtildiği üzere, emek ilkesi tüm haksız rekabet hallerini kapsamasa da bir çoğu için hakime yol gösterici özellik taşımaktadır<sup>118</sup>. Burada emek ilkesinin dürüstlük kuralı ile olan ilişkisinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bir kişinin emeğinden haksız bir şekilde yararlanarak rekabet yarışında öne

---

<sup>115</sup> ATF 107 II 283, Message a l’appui, s. 1070.

<sup>116</sup> Message a l’appui 1069-1070. Ayrıca bkz.: Martin-Achard, La Nouvelle Loi, s. 19.

<sup>117</sup> Nitekim Fransa’da dürüstlük kuralı yerine meslek etiği kurallarının uygulanacağına ilişkin olarak bkz. yukarıda dn. 76.

<sup>118</sup> Karayalçın, s. 455; Martin-Achard, La Notion de la Concurrence Deloyale, s. 44-45. Bkz. Yukarıda dn. 89,90.

geçilmesi elbette hukuk düzeninde koruma altına alınamaz ve bu durum dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil eder<sup>119</sup>. Bu itibarla dürüstlük kuralının bir görünümü olarak karşımıza çıkan emek ilkesinin, uygun düştüğü ölçüde yine haklı rekabetin haksız rekabetten ayırt edilmesinde hakime yol gösterici olarak kullanılmasının kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Bunun yanında, dürüstlük kuralının haksız rekabetin teşhisinde belirleyici rol oynayacak olması da kanımızca yukarıdaki görüşü kuvvetlendirir niteliktedir. Zira dürüstlük kuralı somut, sınırları belli bir kurallar bütünü olmayıp, bu ilkenin farklı görünümleri mevcuttur<sup>120</sup>. Bu ilkenin her haksız rekabet halinde de aynı şekilde uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple *kanımızca* emek ilkesinin, uygun düştüğü ölçüde, dürüstlük kuralının bir görünümü olarak kullanılmasında sakınca bulunmamalıdır.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanıldığı durumlar, fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde emek ilkesinin nasıl bir rol oynayacağı önemlidir. Genel işlem şartı kullanımının altında yatan temel düşünce, çok sayıda kimse ile işlem yapan kuruluş ve kişilerin, her defasında ayrı bir sözleşme hazırlayıp, karşı taraf ile bu hükümleri tartışarak kabul etme usulünün getirdiği zaman kaybını engelleme ve bazı sözleşmelerde mutlaka yer alması gereken hükümlerin unutulmasını veya iyi bir şekilde kaleme alınmamasını önleme olarak gösterilmektedir<sup>121</sup>. Bu bağlamda genel işlem şartları özellikle ticaret hayatı için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmakta ve günden güne daha geniş bir uygulama alanına kavuşmaktadır<sup>122</sup>. Ancak genel işlem şartı kullanan tarafın, bu nedenle müşterilerinde bir artışın yaşanmasından bahsedilmez. Zira müşteriler ya genel işlem şartlarının içeriği ile ilgilenmemekte ya da karşı tarafın güçlü konumu dolayısıyla bu hususta bir itiraz imkanına sahip olmamaktadırlar<sup>123</sup>. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanılması durumunda, hukuka aykırı olarak yararlanılan bir emeğin varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Emek

<sup>119</sup> Troller, s. 911.

<sup>120</sup> Nitekim dürüstlük kuralının uygulanma alanı olarak hukuki işlemlerin oluşması, yorumlanması, tamamlanması, kanunun yorumlanması, kanuna karşı hilenin önlenmesi, borçların doğumu, emprevizyon teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz.: Oğuzman/Barlas, s. 205 vd.

<sup>121</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 228; Ayşe Havutçu; **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s. 2.

<sup>122</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 229.

<sup>123</sup> M. Yeşim Atamer; **Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55 F. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATİDER, 8 Nisan 2011, s. 68 (Sempozyum); Antalya, s. 286.

kavramının, müşterinin, satıcı/sağlayıcı tarafından yapılan icabı kabul etmesine yarayacak her türlü fiil ve davranış olarak karşımıza çıktığı göz önünde bulundurulduğunda<sup>124</sup>, genel işlem şartı kullanan tarafın, bir başkasının emeğini sömürmesinden bahsedilemeyecektir. Zira genel işlem şartı kullanımındaki amaç çoğunlukla sözleşmedeki yan edim yükümlülüklerinin karşı taraf üzerinde bırakılması ve bu suretle haksız bir kazanç elde edilmesi üzerine kuruludur<sup>125</sup>. Genel işlem şartı kullanan taraf başkasının emeğinden haksız bir şekilde yararlanmamakta, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde gerçekleştirilen fiil ile rekabet yarışında haksız bir şekilde öne geçmektedir. Bu nedenle TK md. 55/1-f'nin somut olayda bulunup bulunmadığının denetlenmesinde emek ilkesi değil, dürüstlük kuralı belirleyici rol oynayacaktır.

### **c. Haksız Rekabet Oluşturan Fiillerin TK md 54 ile Birlikte Değerlendirilmesi**

Haksız rekabete ilişkin TK md. 54'te genel nitelikte bir hüküm sevk edilmiş ve haksız rekabet hukukunun amacı ve ilkesi konularak bir tanıma yer verilmiştir. TK md. 55'te ise haksız rekabet oluşturan durumlar sınırlayıcı olmayacak şekilde örneksene yoluyla sayılmıştır<sup>126</sup>. Bu durum karşısında, TK md. 55'te sayılan fiillerin gerçekleşmesi halinde, hakimin ayrıca TK md. 54 bağlamında da fiilin rekabeti ve pazarın işleyişini etkileyip etkilemediğini ayrıca incelenmesi gerekip gerekmeyeceği hususu önem arz etmektedir. Zira kanun koyucunun TK md. 55'de yer verdiği ve örnek olarak nitelediği bu hallerin doğrudan TK md. 54'e de aykırılık teşkil edip etmediği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunda, hem ilke ve amacın belirtildiği genel nitelikte bir hükme, hem de haksız rekabet hallerin özel görünümüne yer verilmiş olması karşısında bu soruna çözüm bulunması ihtiyacı doğmuştur.

Doktrinde **Arkan** ve **Erdil**, TK md. 55'de sayılan kategorilerden birine girdiği saptarılan davranışların genel hükme göre bir inceleme yapılmasına gerek kalmaksızın haksız rekabet sayılacağını ileri sürmüşlerdir<sup>127</sup>. Zira hükümde sayılan

<sup>124</sup> Poroy/Yasaman, s. 305; Tekinalp, s. 36.

<sup>125</sup> Atamer, Sempozyum, s. 69-70.

<sup>126</sup> TK Gereğesi, md. 55.

<sup>127</sup> Arkan, s. 317; Erdil, s.56.



hallerin, dürüstlük kuralına aykırı davranışların ve ticari uygulamaların yargı kararlarına göre en çok rastlanan görünüş şekilleri olduğu ve bu fiillerin varlığı halinde haksız rekabetin oluşmuş sayılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>128</sup>.

**Poroy/Yasaman** ise bir fiilin haksız rekabet olup olmadığının belirlenmesinde sadece TK md. 55'de sayılan örnekler bağlamında değerlendirme yapılmasının yeterli olmayacağını, bunun yanında söz konusu fiilin TK md. 54'de öngörülen genel tanıma uygun olup olmadığının da araştırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Zira TK md. 55'de sayılan fiillerden birinin gerçekleşmiş olmasına rağmen pazarın bu fiil nedeniyle etkilenmemesi durumunda haksız rekabet hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir<sup>129</sup>.

İsviçre'de ise konuya yaklaşım dürüstlük kuralı bağlamında olmuştur. **Troller** bir davranışın, objektif olarak hukuka aykırı davranışların rekabet ortamını etkileyebilecek nitelikte olması şartıyla, İsvHRK bağlamında dürüstlük kuralına da aykırı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>130</sup>. Ancak yazar İsvHRK md 3 ila 8. maddelerinde yer alan fiillerin, dürüstlük kuralına ekonomik anlamda da aykırılık teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ve bu sebeple de belirtilen fiillerden birinin gerçekleşmiş olması halinde bu durumun haksız rekabet teşkil edeceğini ileri sürmüştür<sup>131</sup>. **Martin-Achard** da katalog halinde sayılan fiillerin, mahkemelerin yıllardır karşılaştığı sorunlardan süzülerek belirlendiğini ve bu nedenle de nitelikleri itibariyle rekabeti etkiledikleri ifade etmiştir<sup>132</sup>. Bu yazarlara göre genel hükmün tek amacı, İsvHRK md. 3 ila 8. maddeler arasında sayılmayan bir fiilin gerçekleşmesi durumunda bunun haksız rekabet olup olmadığının tespit edilmesinin sağlanarak Kanunun gelişen ve değişen ekonomik ve teknolojik şartlara uyum sağlaması olarak ifade edilmiştir<sup>133</sup>. Kaldı ki katalog halinde sayılan fiiller genel hüküm bağlamında da haksız rekabet teşkil edebilecek hükümler olup, özel hüküm olmasa da genel hüküm dolayısıyla bu belirlemenin yapılabilmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu bu fiilleri özel olarak sayarak herhangi bir

---

<sup>128</sup> Erdil, s. 55-56.

<sup>129</sup> Poroy/Yasaman, s. 315.

<sup>130</sup> Troller, s. 923.

<sup>131</sup> Troller, s. 925.

<sup>132</sup> Martin-Achard, commentaire, s. 42.; Aynı yönde bkz.: Chaudet, s. 585.

<sup>133</sup> Martin-Achard, commentaire, s. 42; Troller, s. 925-926; Chaudet, s. 585.

tartışmaya yer vermemek istemektedir. Bu bağlamda İsvHRK md. 6, 7 ve 8 de aynı mantıkla hazırlanmıştır.<sup>134</sup>.

TK md 55'te sayılan haller incelendiğinde, bu davranışların rekabeti dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde doğrudan etkiler nitelikte olduğu görülmektedir. Örneğin üretim ve iş sınırlarının hukuka aykırı bir şekilde ifşa edilmesi veya başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanılması hallerinde, nitelikleri itibariyle dürüstlük kuralına aykırılık bulunmakta ve fiilin gerçekleşmesiyle birlikte aynı zamanda düzgün rekabet ortamı da bozulmaktadır. Ancak her örnek kapsamında doğrudan rekabetin bozulmasından ve dolayısıyla haksız rekabetten bahsedilemeyecektir. Bu gibi durumlarda da gerçekleştirilen fiil nedeniyle düzgün rekabet ortamının bozulup bozulmadığının TK md. 54 kapsamında ayrıca incelemeye tabi tutulması gerekecektir. Zira fiilin sadece haksız rekabet hallerinden birine girmesi yetmemekte, ayrıca rekabetin ve pazarın işleyişinin de bu fiil dolayısıyla etkilenmiş olması aranmaktadır<sup>135</sup>. Nitekim Federal Mahkeme<sup>136</sup>: *“Bir fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde sadece İsvHRK md 3 ila 8’de sayılan örneklere bakılması yeterli değildir. Bunun yanında rakipler, üreticiler ve tüketiciler arasındaki ilişkiyi etkileyen, İsvHRK md 2’de öngörülen genel tanıma uygunluğun da incelenmesi gerekir”* diyerek fiilin pazarı ve rekabeti de ayrıca etkilemesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla sadece TK md 55’da sayılı fiillerden birinin gerçekleşmiş olması yetmeyecek, bu fiilin dürüst ve bozulmamış rekabeti tüm katılanların aleyhine bozmuş olması gerekecektir. Bu tür bir incelemenin yapılması, haksız rekabet hukuku ile getirilmek istenen korumanın niteliğine de daha uygundur. Zira Kanun koyucunun belirli bir takım fiilleri yasaklamış olmasının nedeni, bu fiillerin gerçekleşmesi durumunda rekabetin ve pazarın işleyişinin etkilenmesi ihtimaline dayanmaktadır<sup>137</sup>. Dolayısıyla bu yönde yapılacak bir incelemenin hükmün getiriliş amacı ile daha uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

Genel işlem şartı kullanımı bağlamında konu ele alındığında ise, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımının bir pazar davranışı olarak kabul edildiği ve

---

<sup>134</sup> Martin-Achard, nouvelle loi, s.

<sup>135</sup> Poroy/Yasaman, s. 315.

<sup>136</sup> ATF 126 III 198, Kararın Türkçe tercümesi için bkz.: İsviçre Borçlar Kanununun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna etkileri, s. 25-29.

<sup>137</sup> Bkz. yuk.. I, C, 2, b.

bu nedenle de yasaklandığı görülmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca, TK md. 55/1-f'de yazılan hallerin gerçekleşmesi durumunda doğrudan rekabetin ve pazar işleyişinin etkilendiğinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Zira genel işlem şartı kullanımının temelinde yatan düşünce rekabet yarışında öne geçmek olarak doğrudan karşımıza çıkmamaktadır. Genel işlem şartı kullanan kişiler zamandan ve paradan tasarruf etmek amacıyla ve genel işlem şartlarını kullanmanın sağladığı yararlıardan ve kolaylıklardan faydalanmak amacıyla bu şartları kullanmaktadırlar. Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmış olması tek başına bu fiilin bir haksız rekabet oluşturduğu anlamına gelmemektedir. Kaldı ki genel işlem şartlarının Borçlar Kanununda da düzenlenmiş olmaları meselenin sadece haksız rekabet hukuku bağlamında ele alınmadığını göstermektedir. Bu nedenle TK md. 55/1-f hükmündeki fiillerin gerçekleşmiş olması durumunda ayrıca bu fiil ile rekabetin ve pazarın işleyişinin etkilenip etkilenmediğinin belirlenmesi aynı zamanda TBK ile TK'daki hükümlerin uygulanmasındaki sınırı da oluşturacaktır.

Kanımızca İsviçre doktrinde genel işlem şartı kullanımı durumunda pazarın doğrudan etkileneceği yönündeki düşünce, konunun sadece haksız rekabet hukuku bağlamında ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Zira Türk hukukunun aksine borçlar kanununda bu yönde bir hükme yer verilmediği için başkaca bir koruma vasıtası bulunmamakta, bu durum da genel işlem şartlarına karşı korumada bir zaaf göstermektedir. Bu zaaf da bu şekilde giderilmeye çalışılmıştır. Ancak Türk Hukukunda konu borçlar hukuku bağlamında da düzenleme altına alındığından meselenin her iki yönünün de incelenmesi ve bu etkileri göz ardı edilmemelidir.

## **II. Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırılığının Koşulları**

### **A. Genel İşlem Şartı Kavramı ve Türk Hukukunda Düzenlenişi**

#### **1. Genel İşlem Şartlarının Ekonomik Hayattaki Yeri ve Kullanılma Nedenleri**

Genel işlem şartlarının haksız rekabet hukukundaki konumunun belirlenmesi için, bu kurumun ekonomik etkilerine göz atılması zorunludur. Zira asıl düzenleme

yeri sözleşmeler hukuku olan bir kurumun, nasıl bir pazar davranışı teşkil ederek haksız rekabet oluşturduğu belirlenmelidir.

Borçlar hukukunun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanununun 1 ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır<sup>138</sup>. Bu bağlamda bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin “karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının” oluşmasında, taraflar prensip itibariyle, sözleşmenin bütün hükümlerini tartışıp anlaşarak sözleşmeyi meydana getirirler<sup>139</sup>. Borçlar Kanununun borç kaynağı olarak sözleşmelere ilişkin hükümleri, sözleşmelerin aynı ekonomik ve bilgi seviyesinde olan kişiler arasında karşılıklı “pazarlık ve müzakere” yoluyla “tartışılarak” kurulduğu farz edilerek düzenlenmiştir<sup>140</sup>.

Ancak sözleşme özgürlüğünün bu klasik görünümü ekonomik hayatta çoğu kez uygulama alanı bulamamakta, yapılacak sözleşmenin hükümleri bir tarafça tespit edilmekte ve diğer tarafa sadece bu sözleşmeyi “yapma veya yapmama” hususunda bir serbesti kalmaktadır<sup>141</sup>. Buna bağlı olarak da bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bu yeni tip sözleşme türü uyarınca öneride bulunan, ileride çok sayıda yapacağı benzer sözleşmelerde de kullanılmak üzere, sözleşmenin hükümlerini geniş ölçüde<sup>142</sup> veya tamamen, önceden ve tek taraflı olarak hazırlayıp belirlemekte, karşı tarafa ise bu hükümlerle ilgili bir müzakere imkanı tanımamakta ya da istisnaen sadece belli hükümler üzerinde müzakere imkanı tanımaktadır. Böylelikle karşı taraf ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kurmakta ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek

<sup>138</sup> Gerekçe md. 20

<sup>139</sup> Sefa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 68.

<sup>140</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku–Genel Bölüm, 1. Cilt**, Filiz Yayınları, İstanbul 2008. S. 225; Yeşim Atamer, **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2001, 2001-08, s. 7.

<sup>141</sup> Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.25.

<sup>142</sup> Oğuzman/Öz ancak sözleşmenin bütün hükümlerinin önceden bir tarafça hazırlanması durumunda standart sözleşmelerden bahsedilebileceğini savunmakta ve bazı hükümlerin taraflarca özel olarak düzenlenmesi halinde standart sözleşmeden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. s. 26

zorunda kalmaktadır<sup>143</sup>. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem şartları<sup>144</sup> terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere, “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir.

Uygulamada oldukça yaygınlık kazanan standart sözleşmelerin çağımızın değişen ekonomik yapısının zorunlu bir sonucu olduğu söylenebilir. Gerçekten de çok sayıda kimse ile işlem yapan kuruluş ve kişilerin her defasında ayrı bir sözleşme hazırlayıp, hükümlerini tartışarak kabul etmesi hem zaman kaybına, hem de bazı sözleşmelerde mutlaka yer alması gereken hükümlerin unutulmasına veya iyi bir şekilde kaleme alınmamasına neden olabilir. Bu bağlamda genel işlem şartlarının özellikle ticaret hayatı için bir zorunluluk olduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>145</sup>. Bunları; benzer sözleşmelerde aynı hükümleri daha az masrafla verimli biçimde kullanmayı sağlayan rasyonelleştirme fonksiyonu, kanundaki düzenlemelerin yetersiz kalması durumunda sözleşme ile bunun düzenlenmesini temin eden uzmanlaştırma fonksiyonu, tüm müşterilere karşı eşit davranma, riski karşı tarafa geçirme amacına hizmet eden standartlaştırma fonksiyonu olarak belirleyebiliriz<sup>146</sup>. Bu nedenledir ki genel işlem şartlarının kullanımı başlı başına yasaklanan bir olgu değildir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmenin karşı tarafına seçim hakkı bırakmayan, sözleşme özgürlüğünü sekteye uğratan bu türdeki koşulların denetlenmesi bir zorunluluktur. Zira genel işlem şartlarına dayanarak faaliyette bulunan taraf herhangi bir zaman kısıtlaması olmadan, uzmanlara danışarak hazırladığı genel işlem şartları ile kendisine en fazla faydayı sağlayacak şartları karşı tarafa dayatmaktadır. Bu durumda devletin “sosyal devlet” ilkesi uyarınca sözleşmeye müdahale ederek taraflar arasındaki adaleti sağlamaya yönelik düzenlemeler yapması gündeme gelecektir. Devlet bu müdahale ile bozulan sözleşme

---

<sup>143</sup> Reisoğlu, s. 68; Gökhan Antalya; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Beta Yayınları Nisan 2013, s. 286.

<sup>144</sup> Türk Borçlar Kanununda “Genel İşlem Koşulları” olarak adlandırılan kurum, Türk Ticaret Kanununda “genel işlem şartları” şeklinde yer almaktadır. Her iki kavram da aynı kurumu ifade etse de tezimizde TTK’daki adlandırma kullanılacaktır.

<sup>145</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 228; Ayşe Havutçu; **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 2.

<sup>146</sup> Antalya, s.285; Atamer, GİŞ, s.31 vd.; Eren, s.215-216; Havutçu, s.35 vd.; Aydoğdu, s. 588-589; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz, **Le Droit des Obligations**, SchultHess, 5eme edition, 2012, s. 192-193.

özgürlüğünü de yeniden sağlayarak aynı zamanda piyasa işleyişini de düzenlemiş olacaktır<sup>147</sup>.

Genel işlem şartı kullanımının rekabet yarışında, kullanan kişiye yarar sağlayacağı da göz ardı edilmemelidir. Her ne kadar pazardaki diğer aktörlerin genel işlem şartı kullanımı karşısında müşteri kaybına uğrayacakları düşünülmemeyecekse de<sup>148</sup>, genel işlem şartları ile istediği hükümleri karşı tarafa dayatan ve bu sayede sözleşmedeki yan edim yükümlülüklerinin birçoğunu karşı tarafın uhdesinde bırakan taraf bu nedenle ekonomik olarak haksız bir çıkar sağlayacaktır<sup>149</sup>. Bu da pazardaki diğer aktörlere nazaran ekonomik olarak fazla ve haksız çıkar sağlaması sonucunu doğuracağından dürüst rekabet ortamı bundan etkilenecektir.

## 2. Genel İşlem Şartlarının Türk Hukuku'nda Düzenlenişi

Genel işlem şartları hukukumuzda ilk olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “sözleşmedeki haksız şartlar” başlığı altında düzenlenmiştir<sup>150</sup>. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktaydı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddeleri arasında genel işlem koşullarının düzenlendiği görülmektedir. Bunun yanında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil edeceği yönünde bir hüküm sevk edilmiştir (TK md. 55/1-f). Aynı şekilde 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da “Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” kenar başlıklı 5. maddede genel işlem şartları ile ilgili düzenleme getirilmiştir. Görüldüğü üzere Türk hukuk sisteminde genel işlem şartları üç farklı kanunda ayrı ayrı düzenleme altına alınmıştır<sup>151</sup>.

Genel işlem şartları doktrinde, “taraplardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek yanlı olarak soyut ve genel biçimde hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu

---

<sup>147</sup> Antalya, s. 286.

<sup>148</sup> Atamer, sempozyum, s. 68.

<sup>149</sup> Atamer, GİŞ, s. 188; Atamer, sempozyum, s. 69.

<sup>150</sup> Murat Aydoğdu; **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2011, s. 2.

standart sözleşme hükümleri” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>152</sup>. Konuyu düzenleyen TBK md 20 hükmü, BGB § 305/1 hükmü<sup>153</sup> ve öğretide yer alan tanımlara büyük ölçüde benzer bir şekilde genel işlem koşullarını: “...bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir” olarak tanımlamıştır<sup>154</sup>. Görüldüğü üzere kanun genel işlem şartlarıyla ilgili bir liste vermek yerine, her türden sözleşme hükmünü, bu tanım kapsamına girdiği takdirde, genel işlem şartı olarak kabul etme eğilimini benimseyerek<sup>155</sup> hükmün gelişen ve değişen şartlara uyum sağlamasını ve uygulamasının kısıtlanmamasını amaçlamıştır.

Kanun ve doktrinde yapılan bu tanımdan genel işlem şartlarının varlığından bahsedilebilmesi için söz konusu sözleşme hükümlerinin:

- 1- Sözleşmenin kurulmasından önce ve tek yanlı olarak düzenlenmiş olmaları,
- 2- Genel ve soyut nitelikte olmaları,
- 3- Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmiş olmaları ve
- 4- Genel işlem koşulları kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle sözleşmenin karşı tarafına sunulmuş olmaları aranmaktadır<sup>156</sup>.

<sup>151</sup> Aynı kurumun üç ayrı Kanunda düzenlenmesinin bir takım sorunlar da beraberinde getirecektir. Bu hususa ileride değinilecektir. Bkz.: § 3, III.

<sup>152</sup> Oğuzman/Öz, s. 20; Antalya, s. 285; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 156 vd. **İLK ATFIN BU MUYDU?** ; Kılıçoğlu s. 113; GİŞ, s. 61; Havutçu s. 74.

<sup>153</sup> BGB § 305/1’de yer alan hüküm “Genel İşlem Şartlarının Düzenlenmesine İlişkin 09.12.1976 tarihli yasanın 1. maddesinin aynen Alman Medeni Kanununa alınmış hali olup şu şekildedir: “Genel işlem koşulları, çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenmiş olan ve sözleşme taraflarından birinin (kullanan) diğer sözleşme tarafına sözleşmenin kurulması anında sunduğu sözleşme şartlarıdır.” Atamer, s. 299.

<sup>154</sup> Atilla Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e Armağan, s. 5.

<sup>155</sup> TBK Gerekçesi, md. 20.

<sup>156</sup> Yeşim Atamer; **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK md. 6 ve TTK md. 55/1-f ile Karşılaştırmalı Olarak**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 12 vd.; Havutçu, s. 74 vd.; Aydoğdu, s. 13; Reisoğlu, s. 69-70; Fikret Eren; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2014. s. 218-219.

### 3. Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralı Bağlamında Değerlendirilmesi

#### a. Dürüstlük Kuralının Sözleşmeler Hukuku'ndaki Görünümü

Dürüstlük kuralı Türk Medeni Kanun md. 2'de: “(1)Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Hükmün ikinci fıkrasında da hakkın kötüye kullanılması yasağı, “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Her hakkın kendisine yüklenen bir sosyal amacı bulunmaktadır. Bu sosyal amaç, hakkın doğruluk ve güven kuralları uyarınca belirlenir. Bir hakkın doğruluk ve güven kuralları uyarınca belirlenen bu sosyal amacı dışında kullanılması durumunda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilir<sup>157</sup>. Hakkın kötüye kullanılması dürüstlük kuralının görünümü niteliğindedir, zira bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve böylece o hak kötüye kullanılmış olur<sup>158</sup>. Dolayısıyla dürüstlük kuralına dayanan ve onun bir uygulama yönü olan hakkın kötüye kullanılması yasağının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>159</sup>. TMK md. 2'nin sözleşme hukukundaki görünümü doktrinde, borçlu ile alacaklıya ait hak ve borçların belirlenmesinde, hukuki işlemlerin, irade beyanlarının yorumunda, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin temelinde ortaya çıkar<sup>160</sup>. Dürüstlük kuralının dört işlevinin olduğu kabul edilir. Bunlar, “somutlaştırma fonksiyonu”; borç ilişkisinde tarafların yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesi amacını; “tamamlama fonksiyonu”; borç ilişkisinde çeşitli yan yükümlerinin temelini; “sınırlama fonksiyonu”; her hakkın özünde bir sınır içerdiğini; “düzeltme fonksiyonu” ise, borç ilişkisi temelinden çökmüşse, yeni duruma uyulanması ile gerekli düzeltmelerin yapılması, olarak karşımıza çıkar<sup>161</sup>.

Dürüstlük kuralı uyarınca, hukuki ilişki içindeki kişiler karşılıklı olarak birbirlerinin haklarına saygılı bir şekilde davranma ve gözetme yükümlülüğü

<sup>157</sup> Edis, s. 324-328.

<sup>158</sup> Oğuzman/Barlas, s. 191; Derya Ateş, **Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları**, TBB Dergisi, S. 72, 2007, s. 82-83.

<sup>159</sup> Oğuzman/Barlas, s. 204; Aydın Zevkliler; **Medeni Hukuk: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 183; Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları: Hukuka Giriş, Başlangıç Hükümleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 181.

<sup>160</sup> Oğuzman/Barlas, s. 207; Ateş, s. 84.

<sup>161</sup> Oğuzman/Barlas, s. 204-221; Ateş, s. 86; Eren, s. 21; Edis, s. 304-316.



altındadırlar<sup>162</sup>. Bu sayede bir sözleşmede tarafların, menfaatlerini karşı âkidin menfaatlerine zarar vermeden kullanması gerektiği prensibi ifade edilmek istenmiştir. Sözleşmeler hukukunda, tarafların sözleşmenin muhtevasını belirleme konusunda serbest oldukları her ne kadar ifade ediliyor olsa da, Kanun koyucu sosyal adaleti sağlamak, zayıfı korumak, piyasa işleyişini düzenlemek gibi gayelerle bu serbestiye çoğu zaman müdahale etmektedir. Kanun koyucu bu müdahaleyi MK md. 2 uyarınca yapmakta ve bozulan menfaat dengesini tekrardan sağlamayı amaçlamaktadır.

Kanun koyucu genel işlem şartlarının denetiminde dürüstlük kuralını merkeze yerleştirmiştir. Gerek TBK md. 25'deki içerik denetiminde, gerekse TK md. 55/1-f'deki haksız rekabet halinde, genel işlem şartlarının hukuka aykırılığını tespit etmek için kullanılan kurum "dürüstlük kuralı"dır. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılmasının tespit edilmesi durumunda ise bir yaptırım söz konusu olacaktır. TBK'da dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde meydana geleceği ile ilgili bir kritere yer verilmemişken, TK bu husus ile ilgili kriterlere yer vermiştir. Bu bağlamda, TK md. 55/1-f, a ve b bentlerinde getirilen kriterler, genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadıklarının tespitinde kullanılabilir<sup>163</sup>. Bu kriterler temel olarak, sözleşmedeki hak ve borçlar arasında ölçüsüz bir dengesizliğin bulunup bulunmadığı esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla dürüstlük kuralı genel işlem şartlarının denetiminde, taraflar arasındaki hak ve borçlar dengesinin tespit edilmesinde kendisini göstermektedir. Kuşkusuz ki, haksız rekabet hükümleri genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasını sözleşme adaleti çerçevesinde bir yaptırıma tabi tutmamaktadır. Zira haksız rekabet hukukunun amacı dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının korunmasıdır, sözleşmedeki adaletin sağlanması değildir<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Tercier/Pichonnaz, s. 53; Ateş, s. 83.

<sup>163</sup> Atamer, Sempozyum, s. 41-43.

<sup>164</sup> Haksız rekabet hukuku ile sözleşme hukukunun amaçlarının farklı olduğu ile ilgili olarak bkz.: § 2, I, d.

## b. Dürüstlük Kuralının Genel İşlem Şartları Açısından İşlevleri

Her türlü genel işlem şartları hukuka aykırı değildir. Sözleşmenin kurulmasından sonra genel işlem şartları dürüstlük kuralı uyarınca bir denetime tabi tutulabilir ve bu denetim sonucunda kullanılan genel işlem şartlarının hukuka aykırı olduğu sonucuna varılabilir. Günümüzde yaygın olarak kabul edildiği üzere genel işlem şartları 3 aşamalı bir denetime tabi tutulmaktadır. Bunlar<sup>165</sup>: 1- yürürlük denetimi, 2- yorum denetimi, 3- içerik denetimi olarak sıralanır. Tezimizde ele alacağımız konuların anlaşılması bağlamında kısaca bu denetim aşamalarından bahsedilmesi faydalı olacaktır.

Genel işlem şartları denetlenirken ilk bakılması gereken husus, söz konusu hükümlerin genel işlem şartı teşkil edip etmediğidir. Zira denetim, genel işlem şartlarına yönelik olacaktır. Bu nedenle genel işlem şartlarının varlığının ve kapsamının doğru bir şekilde tespit edilmesi denetimin yapılabilmesi için bir ön koşul teşkil etmektedir<sup>166</sup>.

Genel işlem şartlarının denetiminde kanunda belirtilen ilk aşama yürürlük aşaması olup, bu aşamada genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği araştırılır. Buradaki düşünce, müşterinin kabul beyanının sözleşmede yer alan genel işlem şartlarını kapsayıp kapsamadığı hususunun belirlenmesidir<sup>167</sup>. Bilindiği üzere sözleşme karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla kurulur (TBK md. 1). Bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı, kurulduysa hangi içerikle kurulduğu belirlenirken güven kuramı esas alınır<sup>168</sup>. Dolayısıyla müşterinin kabul beyanının genel işlem şartlarını kapsayıp kapsamadığı da bu kuram uyarınca belirlenir ve bir denetlemeye tabi tutulur. Türk Borçlar Kanunu'nda yürürlük denetimine büyük bir önem atfedilmiş ve 21 ve 22. maddelerde bununla ilgili düzenlemeler getirilmiştir<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Atamer Sempozyum, s. 11;

<sup>166</sup> Antalya, s.299.

<sup>167</sup> Tercier/Pichonnaz, s. 193-194.

<sup>168</sup> Atamer, sempozyum, s. 18; Tercier/Pichonnaz, s. 135-136; Dessemontet, s. 60.

<sup>169</sup> Yürürlük denetimi ile ilgili geniş bilgi için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, s. 232 vd.; Antalya, s. 303 vd.; Oğuzman/Öz s. 167 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 239 vd.; Atamer GİŞ s. 81 vd.; Havutçu, s. 105 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 115 vd.

Yorum denetimi ise TBK md. 23’de düzenlenmiş olup, bir genel işlem şartının yorumunda, hükmün açık olmaması durumunda, muhtemel yorumlardan müşteri lehine en avantajlı olan yorumun tercih edilmesi anlaşılır<sup>170</sup>.

Genel işlem şartlarının denetiminde en önemli aşama ise hiç kuşkusuz içerik denetimidir. Zira genel işlem şartı kullananlar, yürürlük denetiminden kaçmak için söz konusu hükümleri açık ve anlaşılır bir dille kaleme almakta, müşterilerine önceden sözleşmenin nüshasını vermekte, şaşırtıcı olabilecek hükümleri karşı tarafa açıklamakta ve bu sayede yürürlük denetiminden kurtulmaktadır. Bu durumda genel işlem şartları sözleşme içeriği haline gelmektedir. Bu yüzden çoğu zaman, güçsüz durumda bulunan karşı sözleşenin korunma ihtiyacı bu denetimlerle sağlanamamaktadır. Sözleşmede bozulan menfaat dengesinin tekrardan sağlanması için de içerik denetimi çok büyük bir önemi haizdir<sup>171</sup>. Kanun koyucu genel işlem şartları bakımından önemli olan bu hususun çözülmesinde ise dürüstlük kuralına başvurmuştur. Böylece genel işlem şartlarının geçersiz sayılıp sayılmaması dürüstlük kuralı bağlamında değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Kanun koyucu bu hususu TBK md. 25’de, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” şeklinde düzenleyerek, dürüstlük kuralını denetimin merkezine yerleştirmiştir.

Genel işlem şartlarının denetiminden tacirlerin de yararlanabilmesi, tacirler bakımından kanun koyucunun bir sınırlama getirmemiş olması nedeniyle mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki tacirler bakımından bu denetimlerde bir takım farklılıklar olabilecektir. Bu farklılıklardan en önemlisi de yürürlük denetimi aşamasında söz konusu olacaktır. Bu bağlamda tacirler arasındaki işlemlerde yürürlük denetiminin sınırlarının daha yüksek olacağı söylenebilir. Tacirin ekonomik faaliyetlerde bulunduğu alanda kullanılan genel işlem şartlarının işlevlerini bilmesi kendisinden beklenen bir davranış olarak görülebilir. Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili olan faaliyetlerinde düşüncesizliği ve deneyimsizliği söz konusu olamayacağından<sup>172</sup>, bir sözleşme yapılırken sözleşmede yer alan hükümleri okuyup

---

<sup>170</sup> Yorum Denetimi ile ilgili geniş bilgi için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, s 238-239; Atamer sempozyum 35-41; Antalya, s. 311 vd.; Oğuzman/Öz, s. 168.

<sup>171</sup> Dessemontet, s. 75; Atamer, sempozyum, s. 34; Havutçu, s. 154; Ömer Çınar; **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2009, s. 88.

<sup>172</sup> Karahan, 96.

anladığı sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla tacirler bakımından söz konusu hükümlerin sözleşmenin içeriği haline geldiğinin tespitinde çıta daha yukarıda olacaktır<sup>173</sup>. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri incelendiğinde de yürürlük denetimine ilişkin BGB §305/II, III ve §§308-309 hükümlerinin tacirler bakımından uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (BGB §310/I)<sup>174</sup>.

Kuşkusuz bu belirleme tacirlerin genel işlem şartları karşısında korunmaya ihtiyaçları olmadığı anlamına gelmemektedir. Tacirlerin yürürlük denetiminden muaf tutulmalarının temelinde, basiretli bir tacirden, sözleşme müzakereleri neticesinde hangi aşamada sözleşmenin kurulmuş sayılacağını ve hangi kapsamla yürürlüğe gireceğini biliyor olması gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Ancak tacir basiretli bir işadama gibi davranmanın gereğini bu şekilde yerine getirirse dahi, kendisinden daha güçlü konumda olan bir tacire karşı, sözleşmenin içeriğinde yer alan dürüstlüğe aykırı koşullar yönünden de korunmalıdır. Zira çoğu zaman sözleşmede güçsüz konumda olan taraf, genel işlem şartlarının içeriğine etki edemediğinden sözleşme özgürlüğünün ihlali söz konusu olur ve genel işlem şartlarının denetlenmesi ve belirli hallerin varlığında geçersiz sayılması da bu temele dayanır. Bu sebeple tacirlere yönelik koruma asıl olarak içerik denetimiyle sağlanacaktır<sup>175</sup>. İçerik denetiminin bu önemi sebebiyle, genel işlem şartlarının içerik denetiminde, kanun koyucu tarafından verilen ölçüt olan dürüstlük kuralının, genel işlem şartları bağlamına yerleştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Almanya'da da genel işlem şartlarının denetlenmesinde dürüstlük kuralı temel ölçüt olarak belirlenmiştir. Bu hususlar İsviçre'de İsvHRK md. 8'de "*la bonne foi*" ve Almanya'da BGB § 307'de "*Treu und Glauben*" olarak ifade edilmektedir.

İsviçre'de bir kısım yazarlar, dürüstlük kuralına yapılan bu atfın belirsiz olduğunu, zira dürüstlük kuralının çok geniş bir kavram olduğunu ve sınırlarının çizilmesinin de bu nedenle zor olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu sebeple de tek başına dürüstlük kuralına yapılan atfın somut olayın çözümünde hakime çok fazla yol

---

<sup>173</sup> Atamer, Tacir, s. 21.

<sup>174</sup> Aydoğdu, s. 596; Çınar s. 67; Atamer, GİŞ, s. 41.

<sup>175</sup> Atamer Sempozyum s. 35.

göstermeyeceğini ifade etmişlerdir<sup>176</sup>. Buna karşılık dürüstlük kuralının, adalet duygusu ve toplumun genel kabul gören davranış kurallarından süzülüp gelen objektif davranış kriterleri getirdiği ve bu nedenle belirli bir ilke olduğu belirtilmiştir<sup>177</sup>. Her ne kadar dürüstlük kuralı yargı kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde belli bir somutluğa ulaşsa da bu konuda sınırları kesin olan bir çerçevenin çizilmesi mümkün değildir. Zira kurumun adalet duygusu temeline dayanması bile her somut olay bakımından farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle Kanun koyucunun dürüstlük kuralının sınırlarını çizmesi, bu konuda hakime yol gösterici kriterler vermesi hukuk güvenliği bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Bu bağlamda, dürüstlük kuralına yapılan atıf içerik denetimi bakımından yerinde bir ölçüt olsa da, dürüstlük kuralına aykırılığın genel işlem şartlarının denetiminde ne anlama geldiği hususunda bir açıklık bulunmaması da bir eksiklik olarak görülmektedir<sup>178</sup>. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırılığın genel işlem şartları anlamında somutlaştırılması gerekmektedir<sup>179</sup>.

### c. Dürüstlük Kuralının Genel İşlem Şartları Bağlamında Somutlaştırılması

Genel işlem şartlarının hukukumuzda üç farklı kanunda düzenlendiğini daha önce de belirtmiştik. Her ne kadar bu düzenlemeler farklı kanunlarda yer alsada, dürüstlük kuralının genel işlem şartlarındaki sınırlarının çizilmesinde yol gösterici olacaklardır. Bu bağlamda Ticaret Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden yararlanılabilecektir<sup>180</sup>. Bunun yanında Türk Borçlar Kanununun 25. maddesinin gerekçesi incelendiğinde Alman

<sup>176</sup> Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 46; Erwin Matter; **Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb**, Revue De La Société Des Juristes Bernois, pp. 449 ss, 1951.(Edmond Martin-Achard; **La Notion De La Concurrence Déloyale**, JdT 1977 I, s. 37'den naklen).

<sup>177</sup> Tercier/Pichonnaz, s. 26; Martin-Achard, s. 39-41 ve burada belirtilen yazarlar. Martin-Achard ayrıca, kurumun adının "dürüstlük kuralı", "*les règles de la bone foi*" olmasının bile başlı başına normatif bir temele dayandığını gösterdiğini ifade etmektedir. Zira bunun bir "kural" olduğunu belirtmemizin, kurumun somut bir nitelik taşıdığının göstergesi olduğunu belirtiyor. s. 43.

<sup>178</sup> Atamer sempozyum, s. 42; Mehmet Demir, **2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (Md. 20-25) Değerlendirilmesi Ve Çözüm Önerileri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S. 76, s. 223.

<sup>179</sup> Atamer burada hüküm içi bir boşluğun olduğunu ve bunun doldurulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz: Atamer sempozyum s. 42.

<sup>180</sup> Atamer sempozyum s. 42-43; Demir, 227-229; Yelmen s. 129-130.

Medeni Kanunu'na atf yapıldığı da görülmektedir<sup>181</sup>. Dolayısıyla BGB'nin ilgili hükümlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir.

### **i. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Haksız Şartlara İlişkin Hükümlerinin Dürüstlük Kuralı Bağlamında İncelenmesi**

Yukarıda da belirtildiği üzere, genel işlem şartlarının denetiminde tacir/tüketici ve tacir/tacir işlemleri arasında çıkan temel fark yürürlük denetimindedir<sup>182</sup>. Tacirler arası işlemlerde bir genel işlem şartının sözleşmenin içeriğini oluşturduğunun kabulü daha kolaydır. Ancak içerik denetimi yönünden yapılacak incelemede, sözleşmenin tarafının tacir olup olmaması yönünden derin bir fark bulunmamaktadır. Bu sebeple 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 5'de genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemede yer alan kriterlerin dürüstlük kuralı değerlendirmesinde kullanılabileceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>183</sup>. Zira sözleşmedeki zayıf tarafın, sözleşme hükümlerine etki edememesi sebebiyle sözleşme özgürlüğünün ihlali söz konusudur ve kanun koyucu ihlal edilen sözleşme özgürlüğünü yeniden sağlamak istemektedir. Dolayısıyla denetim kriterleri açısından, zayıf tarafın korunmasıyla ilgili ciddi bir farklılık bulunmamaktadır.

Haksız şart TKHK md 5'de “..Tüketicikle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere dürüstlük kuralı yine denetime esas tutulacak kriter olarak belirlenmiştir. Ancak Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi burada da dürüstlük kuralına aykırılığın nasıl gerçekleşeceğiyle ilgili başkaca bir kıstas verilmemiştir. TKHK md. 5'de yürürlük ve yorum denetimiyle ilgili hükümler sevk edilmiş ancak içerik denetimiyle ilgili, dürüstlük kuralından başka bir kriter getirilmemiştir. Kanundaki bu boşluk tüketici sözleşmeleri bakımından 25137 sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ekinde yer alan haksız şart örnekleri ile kapatılmaya çalışılmıştır. Sözleşmede yer alan bir koşulun haksız şart olarak nitelendirilmesinde, Yönetmelik Ek'inde yer alan ve örnek

---

<sup>181</sup> TBK Gerekçesi, md. 25.

<sup>182</sup> Bkz. yukarıda II, A, 3, b.

<sup>183</sup> Atamer sempozyum, s. 42.

niteliğindeki haksız şartlardan yararlanılarak, söz konusu koşulların dürüstlük kuralına aykırı olup olmadıkları tespit edilebilecektir<sup>184</sup>.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketici arasında gerçekleşen işlemlerde uygulama alanı bulur (TKHK md. 2 ve 3-1). Bu Kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelikler de bu sebeple, bir tarafını tüketicinin oluşturduğu işlemlere uygulanabilecektir<sup>185</sup>. Bu bağlamda, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ekinde yer alan haksız şart tiplerinin tacirler arasındaki ilişkilerde doğrudan dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır<sup>186</sup>. Zira söz konusu düzenlemelerin tacirler arasındaki ilişkiler bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Sonuç itibariyle, tacirler arasında yapılmış bir sözleşmede Yönetmelik ekinde yer alan türden bir haksız şartın kullanılmış olması durumunda bu hüküm doğrudan dürüstlük kuralına aykırı sayılmayacak, genel işlem şartı kullanımına maruz kalan tacir, tüketicilerde olduğu gibi, kendisi lehine bir karineden faydalanamayacaktır. Hakim de Yönetmelik'ten bağımsız olarak, söz konusu şartların dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını denetleyecektir.

## **ii. Ticaret Kanununun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Dürüstlük Kuralı Bağlamında İncelenmesi**

Hukukumuzda genel işlem şartlarına ilişkin bir diğer düzenleme de tezimizin konusunu oluşturan TK md. 55/1-f hükmüdür. Kanun koyucu bu hükümle dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmayı haksız rekabet hali olarak öngörmüştür. Hükümde, genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının tespitinde kullanılacak kriterler, örneksene yoluyla sevk edilmiştir.

Hüküm incelendiğinde, kanun koyucunun dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil edeceğini belirttiği görülmektedir. Hükümün devamında sayılan hallerin de, dürüstlük kuralına aykırılığın

---

<sup>184</sup> Neslihan Özuysal; **Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartlar**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2011 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), s. 65.

<sup>185</sup> Atamer, sempozyum, s. 42.

<sup>186</sup> Atamer, sempozyum, s. 43.

belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılabilir nitelikte olduğu, böylece genel işlem şartı kullanımı nedeniyle haksız rekabetin gerçekleşmesinin temeline dürüstlük kuralını yerleştirildiği görülmektedir. Nitekim hükmün devamında da, genel işlem şartlarının hangi hallerde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği belirtilmek suretiyle hükmün uygulanması için aranan kriter açıkça ortaya konmuştur. Kanun koyucunun dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yol gösterici olarak verdiği örnekler, sözleşmeye uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma ve sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımının öngörülmesidir.

TK md. 55/1-f hükmü bağlamında haksız rekabet teşkil eden fiil, “*dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak*” olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucunun hükmün ilk cümlesinde yer verdiği bu belirleme genel bir durumu ortaya koymakta ve haksız rekabetin bu bağlamda meydana geleceği ifade edilmiş olmaktadır. Hükmün devamında ise, genel işlem şartlarının haksız rekabet oluşturması bakımından bulunması gereken, dürüstlük kuralına aykırılığın hangi durumlarda ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda hükmün 1 ve 2. bentlerinde “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” ve “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımının öngörülmesi” halleri dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilmiştir<sup>187</sup>. Kanunda belirtilen bu haller örnek niteliğinde olup, dürüstlük kuralına aykırılık ile ilgili kıstaslar getirmektedir. Ancak bu örnekler arasında bir uygulama sırası olduğu kabul edilmektedir. Hükmün 1. bendinde düzenlenen durumun daha genel nitelikte olduğu ve ilk olarak bu kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği, 2. bendinin ise tali nitelikte bir hüküm olduğu ve 1. bendi kapsamına girmeyen durumlarda 2. bendinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir<sup>188</sup>. Bu gerekçeyle bu bentlerde düzenlenen durumlar birbirini tamamlar niteliktedir. Her iki bent arasında bir uygulama sırası olup değerlendirmede de bu sıra göz önünde bulundurulacaktır.

Dürüstlük kuralına aykırılık olarak verilen ilk kriter, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma kriteridir. Dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde kanuni düzenleme kriterinin kullanılmasının altında yatan düşünce, kanun koyucunun taraflar arasındaki adaleti ve menfaat

---

<sup>187</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: §2, III, A, 2, a, i-ii



dengesini en iyi şekilde sağladığı varsayımdır . Tarafların kanuni düzenlemeden ayrılmaları, sözleşmedeki menfaat dengesinin bozulduğu anlamına gelebilmektedir. Yasada düzenlenmemiş bir konuda hüküm sevk edilmiş olması durumunda ise, olaya kıyasen uygulanacak hüküm dürüstlük kuralına aykırılıkta ölçü olarak kabul edilecektir. Borçlar Kanununun özel bölümü ise her sözleşme türü bakımından uygulama alanına sahip olduğunda sürekli göz önünde tutulmalıdır. Bunun dışında maddi ve şekli anlamda yasa niteliği taşıyan her türlü hukuki düzenleme de hakim tarafından dikkate alınabilecektir . Bunlara ek olarak Yargı kararlarının ve dahi doktrindeki görüşlerin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerekmektedir . Kanun koyucunun, yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeyi de bu bağlamda ele alması, isimsiz sözleşmelerin de hükmün kapsamında yer aldığını ifade etmektedir . Böylece hüküm sadece tip sözleşmeler ile sınırlandırılmış olmamaktadır.

Hüküm kapsamında değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması gerekliliğidir. Zira taraflar her ne kadar kanun hükümlerinden ayrılmış olsalar da menfaat dengesini başka bir şekilde sağlamış olabilirler. Bu nedenle hakimin sadece genel işlem şartını değil, tüm sözleşmeyi değerlendirerek, sözleşmedeki ekonomik menfaatleri de bu sırada bir bütün halinde göz önünde bulundurarak, sapmanın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına karar vermesi gerekir<sup>189</sup>. Bunun yanında, genel işlem şartlarının yapıldıkları sözleşme bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira aynı genel işlem şartlarının kullanılmış olmasına rağmen, farklı sözleşmelerde bu şartların farklı sonuçları söz konusu olabilir<sup>190</sup>.

TK md 55/1-f, 2. bendinde ise kanun koyucu dürüstlük kuralına aykırılıkta bir başka kıstas getirerek, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımını ifade etmiştir. Doktrinde bu hükmün ikincil nitelikte bir hüküm olduğu,

---

<sup>188</sup> TK md. 55/1- f, a ve b bentlerinin uygulama sırası ve aralarındaki ilişki ile ilgili olarak bkz.: §2, III, A, 2, a, I-ii

<sup>189</sup> Dessemontet, s. 74-75; Atamer sempozyum s. 52. İsviçre federal mahkemesi ise 1986 tarihli İsvHRK yürürlüğe girene kadar genel işlem şartlarına ilişkin yaptığı denetimlerde madde bazında bir inceleme yapıyor, sözleşmenin tamamındaki hak ve borç dağılımını dikkate almıyordu. Ancak Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra mahkemenin yapacağı incelemede tüm hükümleri dikkate alması gerekeceği ifade edilmiştir. Zira artık genel işlem şartları İsviçre’de haksız rekabet bağlamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla sapmanın rekabete olan etkisinin dikkate alınması gerekecektir. Dessemontet, s. 66-68.

isimsiz sözleşmelere doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı durumlarda belirleyici bir kıstas olarak kullanılacağı belirtilmiştir<sup>191</sup>. Zira tip sözleşmelerde sınırı kanun koyucu 1. bendinde çizmiş ve yedek düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılmayı dürüstlük kuralına aykırı kabul etmiştir. Ancak bend kapsamına sadece isimsiz sözleşmelerin değil, kanunda düzenlenen türden bir sözleşmenin, kanunda düzenlenmemiş unsurlarının sözleşmede düzenlenmesi durumunda da başvurulabileceği ifade edilmektedir<sup>192</sup>.

Kanun koyucu bu hükümlerle birlikte 1. bendin uygulanamayacağı tüm halleri burada değerlendirmeyi düşündüğü söylenebilir. Zira sözleşmenin doğasına neyin en uygun olduğunun saptanmasında hakim yargı kararlarından ve doktrindeki görüşlerden faydalanabileceği gibi, bu tür hiçbir kaynağın bulunmaması durumunda ise çatışan karşılıklı menfaatleri dengelemek adına sözleşme ile tarafların ulaşmak istedikleri amacı göz önünde bulundurması gerekecektir<sup>193</sup>.

Sapmanın veya aykırılığın varlığı, tek başına ilgili genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Bunun için ayrıca söz konusu sapma ya da aykırılığın önemli ölçüde olması gerekmektedir. Zira belli bir dereceye kadar, irade özgürlüğünü korumak ve hukuk güvenliğini sarsmamak için kanun hükümlerinden ya da sözleşmenin doğasından sapılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz<sup>194</sup>. Bu sapmaların karşı taraf için katlanılamaz olması gerekmektedir. TBK md. 25'in gerekçesinde de “karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte” konulan hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum göstermektedir ki, kanun koyucu Borçlar Kanunu kapsamında da her aykırılığın geçersizlik yaptırımına bağlanmasını istememiş, ahlaka aykırılık seviyesinde olmayan ama dürüstlük kuralına aykırı türde genel işlem şartlarının geçersiz sayılacağını belirtmiştir<sup>195</sup>. Kanun koyucu bu şekilde

---

<sup>190</sup> Lauren Bieri; **Le Controle Judiciaire Des Conditions Generales**, Le Nouveau Droit Des Conditions Generales Et Pratiques Commerciales Deloyales, Helbing&Lichtenhahn, Neuchatel 2012, s. 50

<sup>191</sup> Le Message a l'appui 1107; Dessemontet, s. 76; Troller, s. 984.

<sup>192</sup> Atamer, GİŞ, s. 192; Dessemontet ise hüküm kapsamına sadece, doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanacak bir hüküm bulunamayan isimsiz sözleşmelerin dahil olduğunu, tip sözleşmeler için denetimin mevcut hükümlerden hareketle yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz.: Dessemontet, s. 77.

<sup>193</sup> Atamer sempozyum, s. 46-47.

<sup>194</sup> Atamer sempozyum. s. 50; Reisoğlu, s. 116-117.

<sup>195</sup> Gereğe, TBK md. 25.

bir açıklama ile her ne kadar somut bir kıstas getirememiş olsa da, ahlaka aykırılık TBK md. 27 kapsamında kesin hükümsüzlük sonucunu doğurduğundan, genel işlem şartlarındaki söz konusu sapmanın ağırlığının ahlaka aykırılıktan az olmakla birlikte dürüstlük kuralına aykırılık seviyesinde olması gerektiğini ifade etmiştir.

#### 4. Değerlendirme

Genel işlem şartları hukukumuzda hem TBK ve TKHK hükümleri uyarınca sözleşmeler hukuku alanında, hem de TK hükümleri ile haksız rekabet hukuku alanında normatif düzenleme altına alınmıştır. Alman Hukuku'nda sadece BGB'de normatif düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. İsviçre hukukunda ise yegane düzenleme İsvHRK'da bulunmaktadır. Ancak her iki hukuk sisteminde de konunun hem sözleşmeler hukukunu hem de haksız rekabet hukukunu ilgilendirdiği konusunda bir görüş birliği bulunmaktadır<sup>196</sup>.

Genel işlem şartlarının denetimi konusu Alman ve İsviçre-Türk hukukunda dürüstlük kuralı bağlamında ele alınmıştır. Ancak kurumun asıl düzenleme yeri olan TBK'da dürüstlük kuralının genel işlem şartlarındaki uygulama şekli ve sınırları konusunda bir açıklamanın yer almaması nedeniyle, dürüstlük kuralının genel işlem şartlarında nasıl bir etki doğuracağını tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesine dayanılarak çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekindeki haksız şart örnekleri yol gösterici nitelikte olacağından hakimin bu örnekleri kullanması düşünülebilecektir. Fakat burada da Yönetmelik'in sadece tüketici işlemlerinde uygulama alanı bulması sebebiyle, tacirler arası işlemlerde kendiliğinden dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Tüketiciler için bir karine getiren bu liste, tacirler arası ilişkilerde bir anlam ifade etmeyecektir. Hakim böyle bir durumda Yönetmelik ile bağlı olmaksızın, söz konusu şartlar için normalde yaptığı dürüstlük kuralına aykırılık denetimini yapacaktır<sup>197</sup>.

Genel işlem şartlarına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler ise (TK md. 55/1-f) dürüstlük kuralının yorumlanmasında hakime yol gösterici niteliktedir. Hüküm incelendiğinde kanun koyucunun, genel işlem şartlarında dürüstlük kuralına

---

<sup>196</sup> Bkz. § s, I, B ve C.

<sup>197</sup> Atamer, sempozyum, s. 43-44.

aykırılığın hangi durumlarda meydana geleceği hususunda örnek niteliğinde kıstaslara yer verdiği görülmektedir. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde bu somut verilerden hareketle bir belirlemede bulunulması mümkün olabilecektir<sup>198</sup>.

Genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin hem sözleşmesel temelde hem de haksız rekabet temelinde ele alınmış olması, kurumun her iki hukuk dalını da ilgilendiren sonuçlarının olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedendir ki gerek İsviçre, gerek de Alman hukukunda kurum tek bir Kanunda normatif düzenleme altına alınmış olsa da haksız rekabet ve sözleşmeler hukuku temelinde de ayrıca incelenmiş ve yargı kararları ile diğer alanda da uygulanmıştır. Sözleşme hukuku bağlamında konu, bozulan sözleşme özgürlüğünün tekrardan sağlanması ve sözleşmedeki menfaat dengesinin tesis edilmesi olarak karşımıza çıkarken, haksız rekabet hukukunda rekabet düzenini ilgilendiren boyutuyla, hukuka aykırı genel işlem şartı kullanımının bu alanda verdiği zararlar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Amaçlarındaki bu farklılığa rağmen, hukuka aykırılığın tespitinde kullanılan ölçüt her iki Kanunda da benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla dürüstlük kuralının, tarafların hak ve borçları arasında bir ölçüsüzlük bulunup bulunmadığı ve bu ölçünün ne olması gerektiği noktasında kendini gösterdiği kabul edilebilecektir<sup>199</sup>.

Görüldüğü üzere dürüstlük kuralı, genel işlem şartlarına ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri ile Ticaret Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümlerini bağdaştıran bir eksen olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki düzenlemede de kanun koyucu dürüstlük kuralının hukuka aykırılığı belirleyeceğini ifade etmiş ve bu sebeple de farklı kanunlarda düzenlenen bu hükümlerin birbirlerini tamamlar nitelikte yorumlanmaları gerekliliği ortaya çıkmıştır.

---

<sup>198</sup> Atamer, sempozyum, s. 44; Havutçu da İsvHRK md. 8'in içerik denetimine ilişkin elverişli düzenlemeler getirdiğini belirtmektedir. Mehaz Kanuna getirilen bu yorumun TK md. 55/1-f için de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bkz.: Havutçu, s. 209.

<sup>199</sup> Erdem Büyüksağış, **İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, s. 708.

## § 2 DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTI KULLANMANIN HAKSIZ REKABET OLUŞTURMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR

### I. Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Olarak Nitelendirilmesine Dair Özel Hükümün Ana Hatlarıyla İncelenmesi

#### A. Genel Bakış

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılması, kanun koyucu tarafından bir pazar davranışı olarak görülmüş ve genel işlem şartlarının kullanılması, dürüst ve bozulmamış rekabete zarar vereceği düşünülerek bir haksız rekabet hali olarak nitelendirilmiştir. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanan bir tacirin, böyle bir şart kullanmayan tacir karşısında rekabet yarışında öne geçeceği açıktır. Zira bu tür genel işlem şartları kullanan tacir genellikle yan edim yükümlülükleriyle ilgili kendi lehine düzenlemeler getirmekte ve sorumluluğunu da bu sayede sınırlamaktadır<sup>200</sup>. Bu tür genel işlem şartlarını kullanan kişi, kullanmayan rakiplerine göre rekabet yarışında haksız bir şekilde avantaj sağlamaktadır.

Genel işlem şartlarının tacirler arasında kullanılmasının da hukuka aykırılık teşkil etmesi ve haksız rekabet bağlamında değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunun gerekçesinde de ekonomik olarak daha alt basamakta yer alan tacirlerin daha üst basamakta yer alan tacirlerle yaptıkları sözleşmelerde korunmaya muhtaç oldukları belirtilmiştir<sup>201</sup>. Ekonomik olarak daha güçlü durumda bulunan sözleşme tarafının, genel işlem şartı içeren sözleşme hükümlerini karşı tarafa dayatması durumunda da rekabet ortamının bozulduğundan bahsedilebilecektir. Bu durumlarda bozulan rekabet ortamının tekrardan düzeltilmesi için haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurularak, söz

<sup>200</sup> Atamer, Sempozyum, s. 55.

<sup>201</sup> Message a l'appui, s. 5567-5568.

konusu haksız rekabet eylemlerinin engellenmesi, oluşan zararların giderilmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. Özellikle sözleşmedeki zayıf tarafın, rekabet ilişkisindeki elverişsiz durumunu ortadan kaldırmak ve bu sayede rekabetin düzgün işlemlerini sağlamak için kanun koyucu önceki kanunda yer almayan bir haksız rekabet hali olan genel işlem şartı kullanmaya yeni kanunda yer vermiştir.

Genel işlem şartlarının kullanımının yaygınlaşması ve birçok Avrupa devletinde bu husus ile ilgili düzenlemelerin getirilmesi nedeniyle Avrupa Birliği de konuyu ele alma ihtiyacı hissetmiştir<sup>202</sup>. Bu nedenle “*Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Şartları Hakkında*” 93/13 sayılı Yönerge çıkartılmıştır. Bu sayede özellikle üye devletlerin bu konudaki düzenlemelerinde asgari bir müşterekte buluşulması amaçlanmıştır<sup>203</sup>.

93/13 sayılı AB Yönergesinin uygulama alanı, direktifin 1. maddesinde de belirtildiği üzere, satıcı/sağlayıcı ile tüketiciler arasında yapılan sözleşmeler ile sınırlandırılmıştır. Yönerge'nin 2. maddesinde tüketicinin tanımına da yer verilmiş olup mesleki veya ticari faaliyetine girmeyen bir amaçla sözleşmeye taraf olan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır<sup>204</sup>. Yönerge'nin Türk Hukukuna aktarılması ise 6502 sayılı TKHK'nın haksız şartlara ilişkin 5. maddesinin Direktife uygun olarak kaleme alınması ile mümkün olmuştur<sup>205</sup>. Konunun sadece tüketiciler bağlamında düzenlenmesi doğru görülmemiştir. Bu nedenledir ki gerek Alman Hukuku'nda gerekse Türk Hukuku'nda, genel işlem şartlarına ilişkin getirilen düzenlemelerde bu yönde bir sınırlandırılmaya gidilmeyerek Yönerge'de öngörülenden daha geniş bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır<sup>206</sup>. Çalışmamızda, Yönerge'nin bu şekilde sadece tüketicilere özgülümlenmiş olması ve Türk Hukuku'nda TKHK. ile iç hukuka aktarılması nedeniyle ayrıntılı incelemesine girilmeyerek haksız rekabet hukuku bağlamından uzaklaşmamaya çalışılmıştır.

Genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet bağlamına yerleştirilmesinde kilit rol üstlenen kavram “dürüstlük kuralıdır”. Genel işlem şartı kullanımının haksız

---

<sup>202</sup> Havutçu, s. 64.

<sup>203</sup> COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. Giriş Bölümü.

<sup>204</sup> Havutçu, s. 65; Uzunallı, s. 393.

<sup>205</sup> TKHK Gereğesi, md. 5.

<sup>206</sup> Uzunallı, s. 393.

rekabet teşkil edebilmesi, bu şartların dürüstlük kuralına aykırı olmaları şartına bağlıdır. Bu sebeple TK md. 55/1-f'nin uygulanabilmesi için ilk olarak genel işlem şartının kullanılmış olması, daha sonra ise bu genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Son olarak da bu fiilin dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını bozucu bir etkiye sahip olması hükmün uygulanabilmesi için gerekli şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu şartların açıklaması ayrıntılı olarak yapılacaktır. Ancak öncesinde İsviçre ve Alman hukuklarının genel işlem şartının kullanımı sorununa nasıl yaklaştığı hususunda açıklamalar yapılması kurumun anlaşılması için yararlı olacaktır.

## **B. Alman Hukuku**

Alman hukukunda genel işlem şartları ilk olarak 1976 tarihli ayrı bir kanunda düzenlenmiştir. Medeni Kanununun modernleştirilmesi ve Avrupa Birliği müktesebatına uyulması amacıyla yapılan reformda, genel işlem şartlarına ilişkin bu Kanunun hükümleri, sistematüğinde ve içeriğinde önemli bir değışiklik yapılmaksızın Alman Medeni Kanunu'nun içine alınmıştır<sup>207</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarına ilişkin bölüm de, Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerinden esinlenerek kaleme alınmıştır. Türk kanun koyucu Alman hukukundaki sistematüğü ve mantığı Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere yansıtmıştır<sup>208</sup>.

Alman Medeni Kanunu'nun 305 vd. paragraflarında düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümler kural olarak tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir niteliktedir. Ancak Kanun'da iş, aile ve ortaklıklar hukukunda yapılan sözleşmelere bu hükümlerin uygulanmayacağı belirtilerek, bu alanlar korumanın kapsamı dışında bırakılmışlardır (BGB § 310/4)<sup>209</sup>.

Almanya'da genel işlem şartlarıyla ilgili üç aşamalı bir denetim öngörölmüştür. Bunlar yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. Genel işlem şartları düzenlemelerindeki en önemli husus olan içerik denetimi BGB §307'de düzenlenmiştir. Hükme göre içerik denetimi, genel işlem şartlarında yer alan

---

<sup>207</sup> Havutçu, , s. 57-58.

<sup>208</sup> Gerekçe TBK md. 25 vd.

<sup>209</sup> Atamer, GİŞ, s. 40; Havutçu, s. 56-57; hükmün Türkçe tercümesi için bkz.: Havutçu, s. 242.

bir hükmün, sözleşmenin diğer tarafının çıkarlarını dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak şekilde ihlal etmesi, ölçsüz bir mağduriyete sebebiyet vermesi halinde söz konusu olacaktır<sup>210</sup>. Dürüstlük kuralı temeli üzerine kurulan içerik denetiminde Alman kanun koyucusu, İsviçre ve Türk düzenlemelerinin aksine, dürüstlük kuralını somutlaştırmıştır. BGB §308 ve §309'da örnekseyici bir tarzda saydığı hallerin varlığı, dürüstlük kuralına aykırılığın gerçekleşmesinde hakime yol gösterici niteliktedir<sup>211</sup>. Türk ve İsviçre doktrininde, Almanya'daki gibi bir haksız şart listesinin bulunmaması bir eksiklik olarak görülmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanması konu bakımından bir takım sınırlamalara tabi tutulmuş olsa da kişi bakımından bir sınırlama söz konusu değildir. Bu sebeple tacirler arasında akdedilen hükümlere de BGB §305 vd. hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Ancak Alman kanun koyucusu, tacirler arası ilişkiler bakımından, ekonomik hayatın özellikleri ve gerekliliklerini dikkate alarak bazı sınırlamalar getirmiştir. BGB §310'da<sup>212</sup> tacirler arasındaki işlemler bakımından öngörülen bu sınırlamalar uyarınca, yürürlük denetimine ilişkin BGB §305/II, III hükümleri<sup>213</sup> tacirler arası ilişkilerde uygulanmayacaktır. Buna ek olarak yine tacirler arası ilişkilerde, BGB §308 ve §309'da liste halinde sayılan geçersiz genel işlem şartlarının da uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>214</sup>. Dolayısıyla tacirler arası ilişkilerde hakim BGB §308 ve §309'da sayılan haksız şart hallerini ölçü olarak kullanamayacak, §307'deki genel hükümden hareketle bir içerik denetimi gerçekleştirecektir.

---

<sup>210</sup> Havutçu, s. 170.

<sup>211</sup> Havutçu s. 177.

<sup>212</sup> BGB 310 – Uygulama Alanı : 305/II-III ve 308-309, bir girişimciye veya bir kamu tüzel kişisine ya da kamusal nitelikteki özel statülü mal topluluklarına karşı kullanılan genel işlem şartları hakkında uygulanmaz. Bkz.: Havutçu, s. 241.

<sup>213</sup> “BGB 305/II: genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması için, kullanıcının sözleşmenin kuruluşu sırasında; 1- sözleşmenin diğer tarafını açıkça uyarması veya sözleşmenin kuruluş tarzı nedeniyle açık bir uyarının büyük bir güçlük altında yapılması mümkün oluyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde bu şartların belirgin biçimde ilanı yoluyla uyarması, ve 2- diğer tarafa, bunların içeriğini öğrenmesinin ondan beklenebilmesine imkan verebilecek şekilde ona sağlanması ve diğer sözleşme tarafının da bunların uygulanmasını kabul etmesi gerekir.

BGB 305/III: sözleşmenin tarafları, birinci fıkrada belirtilen koşullar altında, belirli hukuki işlem türleri için belirli genel işlem şartlarının uygulanacağını önceden kararlaştırabilir. “ Bkz.: Havutçu, s. 229.

<sup>214</sup> Aydoğdu, a.g.m., s. 596; Çınar s. 67; Atamer, GİŞ, s. 41; Uzunallı, s. 393.



Alman hukukunda genel işlem şartlarının düzenlendiği tek yer Alman Medeni Kanunu' dur. Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerde bu yönde bir hükme açıkça yer verilmemiştir. Ancak Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda yer alan haksız rekabet halleri incelendiğinde Kanunun §4/11 hükmünün<sup>215</sup>, katılanların menfaatine olarak, pazar davranışlarını düzenleyen kanun hükümlerine aykırı davranılması halinin haksız rekabet olarak sayıldığı görülmektedir. Pazar davranışlarına ilişkin kanuni düzenlemeler ise bir mesleğin icrasına yönelik düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>216</sup>. Alman doktrinde, bir hükmün pazara katılanlar yararına pazar davranışını düzenleme amacını talî de olsa taşıması halinde bu hükmün ihlalinin Haksız Rekabet Kanunu §4/11 uyarınca haksız rekabet teşkil edeceği görüşü hakimdir<sup>217</sup>.

Burada genel işlem şartı kullanımının bir pazar davranışı sayılıp sayılmaması gerektiği hususunun belirlenmesi gerekmektedir. Alman doktrini bu soruya olumlu cevap vermiş ve Alman Haksız Rekabet Kanunu §4/11 uyarınca, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere aykırılığın bir haksız rekabet hali olarak değerlendirilmesini mümkün olabileceği sonucuna ulaşmıştır<sup>218</sup>. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de, hukuka aykırı genel işlem şartları kullanılmasını Alman Haksız Rekabet Kanunu §4/11 bağlamında bir haksız rekabet davranışı olarak nitelendirmiş ve sonuç olarak BGB §305 vd.da düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere aykırılığın haksız rekabet teşkil edeceği sonucuna varmıştır<sup>219</sup>. Böylece her ne kadar Kanun'da açıkça yer almasa da Federal Mahkeme içtihat yoluyla genel işlem şartlarına aykırılığı bir haksız rekabet hali olarak belirlemiştir. Bunun nedeni ise genel işlem şartı kullanmanın bir pazar davranışı olarak görülmesi ve bu hükümlerin söz konusu pazar davranışlarının hukuka uygunluğunu temin etme

---

<sup>215</sup> *Unlauter handelt insbesondere, wer*

*11- einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. "Pazara katılanların menfaatine olacak şekilde, pazarın doğru bir şekilde işlemlerine yönelik olarak getirilen kanun hükümlerine aykırılık haksız rekabet teşkil eder."*

<sup>216</sup> Yaşar Can Göksoy; **Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 159.

<sup>217</sup> Uzunallı, s. 296 ve dn. 63'de belirtilen yazarlar.

<sup>218</sup> Uzunallı, s. 397; Türk Hukukunda da genel işlem şartlarına ilişkin TBK'daki düzenlemelerin pazarın işleyişinin sağlanmasına yönelik olduğuna ilişkin olarak bkz.: Antalya, s. 286.

<sup>219</sup> BGH Urt. 31.3.2010, BeckRS 2010, 24454; BGH Urt. 19.5.2010, BeckRS 2010, s. 25877 (Uzunallı, s. 396'dan naklen).

amacıyla getirildiği ve bunlara uyulmamasının haksız rekabet teşkil edeceği olgusudur.

Sonuç olarak Almanya’da genel işlem şartlarının kullanımı her ne kadar kanunda bir haksız rekabet hali olarak öngörülmemiş olsa bile Alman Federal Mahkemesi içtihat yoluyla genel işlem şartlarına ilişkin Medeni Kanun’daki hükümlere aykırılığın haksız rekabet oluşturacağı sonucuna varmıştır. Alman Federal Mahkemesi’nce verilen bu karar Türk-İsviçre uygulaması bakımından da gayet önemlidir. Zira Mahkeme, hukuka aykırı işlem şartı kullanmanın haksız rekabet kapsamında değerlendirmesini yapmış ve kurumun sadece Borçlar Kanununda düzenlenmesinin yeterli olmayacağını belirlemiştir. Borçlar Hukuku hükümleri sözleşme adaletini sağlamakta ancak bozulan rekabet ortamının tekrardan düzenlenmesi için başkaca yaptırımlara ihtiyaç duyulmaktadır.

### C. İsviçre Hukuku

İsviçre’de genel işlem şartları haksız rekabet hukuku bağlamında düzenlenmiştir. 1986 tarihli mevcut Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun ile birlikte ilk kez düzenleme altına alınan kurum, İsviçre hukukunda bu konudaki tek düzenlemedir. İçerik denetimine ilişkin bir düzenleme şeklinde kaleme alınmış olan maddede genel işlem şartlarına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Dolayısıyla İsviçre’de, Türk ve Alman Hukuklarının aksine genel işlem şartlarına ilişkin bir tanım mevzuatında yer almamaktadır. TTK md. 55/1-f’ye de kaynaklık eden İsvHRK md. 8’in ilk hali şu şekildedir<sup>220</sup>:

“Sözleşme taraflarından biri aleyhine yanılıcı bir şekilde,

a- doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

b- sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngörüne,

---

<sup>220</sup> “Art. 8 - Utilisation de conditions commerciales abusive:

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d’une partie contractante et qui:

a. dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou

b. prévoient une répartition des droits et des obligations s’écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.”

önceden yazılmış genel işlem şartı kullananlar hukuka aykırı hareket etmiş olurlar.”<sup>221</sup>

Hükmün ilk hali İsviçre’de birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin başında, hükümdeki “yanıltıcı olma” niteliği gelmektedir. Zira yanıltıcılık, kullanılan genel işlem şartının bir niteliği olarak anlaşılmamakta, hükmün uygulanabilmesi için bir şart olarak görülmekteydi. Bu durumda hükmün a ve b bentlerinde yazılı haller gerçekleşmiş olsa bile denetimin yapılabilmesi için bu hükümlerin yanıltıcı nitelikte olmaları da aranıyordu<sup>222</sup>. Genel işlem şartlarının metnin ilgisiz bir yerine yazılması, silik ya da küçük harflerle yazılması<sup>223</sup>, birden fazla anlama gelecek şekilde muğlak ifadelerin kullanılması yanıltıcılık olarak nitelendiriliyordu. Ancak sözleşmedeki genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır bir biçimde yazılması durumunda yanıltıcılık unsurunun gerçekleşmediği ve bu sebeple de söz konusu genel işlem şartlarının denetim kapsamı dışında kalma ihtimali gündeme geliyordu. Zira İsviçre hukukunda, eğer sözleşmenin karşı tarafı genel işlem şartı içeren sözleşme hükümlerini anlamış ve buna rağmen kabul beyanında bulunmuşsa, o kişinin artık sözleşme ile bağlı kalacağı, taraf iradelerine aşırı bir müdahalenin istenen bir durum olmadığı ifade edilmekteydi<sup>224</sup>. Bunun yanında Alman Medeni Kanunu’nda olduğu gibi haksız şartlarla ilgili bir listenin verilmemesi de hükümde bir eksiklik olarak görülmekteydi<sup>225</sup>.

Genel işlem şartlarına ilişkin korumanın istenildiği gibi sağlanamaması ve doktrindeki eleştiriler nedeniyle hüküm değiştirilmek istenmiştir. Federal Konsey konuyla ilgili birçok değişiklik teklifini reddettikten sonra 17 Temmuz 2011’de düzenlemeyi mevcut haliyle kabul etmiştir. İsvHRK md. 8’in değiştirilmesinde üç önemli etken bulunduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki yanıltıcılık şartının uygulamada yol açtığı sorunlardır. Hükmün uygulamasını önemli ölçüde daraltan bu

---

<sup>221</sup> İsvHRK md. 8’in ilk hali bu şekilde olup TK hazırlanırken bu hüküm esas alınmıştır. Ancak 2011 yılında yapılan değişiklikle hüküm baştan kaleme alınmış ve tüketicilere özgülenmiştir.

<sup>222</sup> Federal Mahkeme yanıltıcılık unsuru gerçekleşmediği, hükmün açık ve anlaşılır olduğu gerekçesiyle İsvHRK md. 8’in uygulanamayacağını ifade etmiş, başka bir inceleme yapmaya gerek duymamıştır. Bkz.: ATF 5C.237/2000, Arrêt du 15 février 2001, Iie Cour Civile ([www.bger.ch](http://www.bger.ch) 04.06.2014)

<sup>223</sup> Yağcıoğlu, s. 3063.

<sup>224</sup> Erdem Büyüksağış; **La Bonne Foi dans L’art. 8 LCD: Un remède a l’impuissance des Consommateurs Face aux Clauses Generales “soi-disant” Negociée?**, Pratique Juridique Actuelle, 2012; s. 1392.

şarttan vazgeçilerek hükme işlerlik kazandırılmak istenmiştir. İkinci olarak hükmün uygulama alanı tüketicilerle yapılan sözleşmeler ile sınırlandırılarak, sözleşme özgürlüğünün ekonomik hayattaki aşırı müdahaleci etkisi kaldırılmak istenmiştir. Son olarak ise hükmün ilk halinde yer alan “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” kriteri, “sözleşmede ki hak ve yükümlülükler arasındaki açık bir oransızlık ve haksızlık” kriteri içinde değerlendirildiğinden bu kriter de kaldırılarak hüküm sadeleştirilmek istenmiştir<sup>226</sup>.

Federal meclis tarafından kabul edilen ve daha sonra halk oylaması ile yasalaşan İsvHRK md 8’in güncel hali şu şekildedir: “*madde 8 – Yolsuz ticari şartların kullanımı: Özellikle dürüstlük kuralına aykırı ve tüketici aleyhinde sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında açık ve haksız bir oransızlık öngören genel işlem şartı kullanımı hukuka aykırıdır.*”

Değişiklik gerekçesine bakıldığında ise açıklamaların maddenin mevcut haline göre değil, bir önceki değişiklik önerisi<sup>227</sup> uyarınca yapıldığı görülmektedir. Zira Gerekçe incelendiğinde hükmün uygulama alanının değiştirilmek istenmediği görülmektedir. Gerekçe’de de belirtildiği üzere, hükmün uygulama alanını sadece tüketicilerle yapılan sözleşmeler ile sınırlamak isteyen görüşler mevcutsa da bunun hukuki olmayacağı, buna gerekçe olarak ise kanunun rakipler, tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkilere uygulanacağına ilişkin İsvHRK md 2 (TK 54/2) gösterilmiştir. Ayrıca hükümden en çok faydalanması beklenen kesimin KOBİ’ler olması ve KOBİ’lerin karşısında tüketiciler gibi güçsüz ve savunmasız durumda olduğu da gerekçede belirtilmiştir<sup>228</sup>. Ancak daha sonra yapılan değişiklik ile hüküm mevcut haliyle kabul edilmiş ve tacirler hükmün kapsamından tamamen çıkarılmıştır.

<sup>225</sup> Büyüksağış, la bonne foi, s. 1399; İsviçre’de maddeye yönelik eleştirilerle ilgil olarak bkz.: Havutçu s. 205 vd.; Atamer GİŞ, s. 195 vd.

<sup>226</sup> Sylvain Marchand; **Art. 8 LCD: Un Leger Mieux sur le Front des Intemperies**, REAS 2011, s. 331-332.

<sup>227</sup> Bu öneri şu şekildedir: “*Madde 8 – Yolsuz Ticari Şartların Kullanımı: Dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem şartları kullanımı özellikle; a. kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılıyorsa, veya b. sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında açık ve haksız bir oransızlık öngörüyorsa hukuka aykırı sayılır.*” Önerinin Fransızcası ise: “*Art. 8 Utilisation de Conditions Commerciales Abusives: Agit de façon deloyale celui qui, nottament, utilise des conditions generales qui, en contradiction avec les regles de la bone foi: a. derogent notablement au regime legale, ou b.prevoient une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations decouplant du contrat.*” şeklindedir.

<sup>228</sup> Message sur la modification 5567-5568.

Hükmün tüketicilerle yapılan sözleşmeler ile sınırlandırılması düşüncesi temelinde, doktrinde yer alan, tacirler arasındaki ilişkilerde sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmemesi fikri yer almaktadır. Zira hem basiretli davranma yükümlülüğü altında olan tacirin yaptığı işlemlerin sonucunu görerek hareket ettiği varsayılır, hem de ticaret hayatında sözleşmenin içeriğine yönelik müdahaleler işlem güvenliğine aşırı zarar verip ticari hayatı olumsuz etkiler<sup>229</sup>. Bu sebeplerle İsviçre kanun koyucusu da tacirler arası sözleşmeleri içerik denetimine tabi tutmak istememiştir.

Hükmün mevcut haliyle yasalaşmasının ardından doktrinde, tüketici kavramının geniş yorumlanarak “müşteri” olarak anlaşılması ve bu sayede tacirlerin de korumadan yararlandırılması yönünde bir fikir ortaya atılmıştır. Bu görüşün temelinde de tüketici kavramının kanunlarda tanımlanmamış olması sebebiyle Federal Mahkemenin bu kavramı geniş yorumlama ihtimali yer almaktadır. Ancak her ne kadar kanunda tüketicinin tanımı yapılmamış olsa da ikincil mevzuatta bir tüketici tanımı mevcuttur. Fiyatların Gösterilmesine ilişkin Tebliğin 2. maddesinin 2. fıkrasında<sup>230</sup>: “Bir mal veya hizmeti, ticari ya da profesyonel amaçları dışında satın alan her kişi tüketici sayılır” şeklinde tanımlamıştır. Dolayısıyla hükmün yeni hali karşısında artık özellikle KOBİ’lerin genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet korumasından yararlanması mümkün görülmemektedir<sup>231</sup>. Sonuç olarak İsvHRK md. 8 yeni haliyle tüketicinin korunmasına yönelik bir kanun hükmü haline gelmiştir.

#### D. Türk Hukuku

Genel işlem şartlarına ilişkin Türk hukuk sistemindeki ilk normatif düzenlemeye 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nda (eTKHK) rastlanılmaktadır. 06.03.2003 tarihli ve 4822 sayılı Kanunla birlikte eTKHK’da kendine yer bulan “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlıklı 6. madde, bu konudaki ilk kanuni düzenlemeyi oluşturmaktadır.

<sup>229</sup> Marchand, s. 330-331

<sup>230</sup> *Ordonnance sur l’indication des prix Art. 2 al. 2: “Est réputée consommateur toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle”*

<sup>231</sup> Marchand, s. 330; Pichonnaz Le Nouvel Art. 8 LCD 142; Rashid Bahar; **Conditions Generales: A Time for Change** (Journée 2011 de Droits Bancaire et Financier), Schulthess, 2012, s. 132; Nicolas Kuonen; **Le Controle des Conditions Generales: L’Envol Manque du Phenix**, SJ 2014 II, s. 8-9; Fatzer/Hasenböhler, s. 197; Marie-Noelle Gobet; **L’art. 8 LCD et Les Clauses Insolites**, L’Expert-Comptable Suisse, 8/13, s. 541.

2003 yılına kadar her ne kadar hukuk sistemimizde genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaysa da, Yargıtay'ın genel işlem şartlarını konu alan kararlarına rastlamak mümkündür<sup>232</sup>. Yargıtay bu dönemde, genel işlem şartlarının denetlenmesinin bir zorunluluk teşkil ettiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda<sup>233</sup> Yargıtay:

*“Genel işlem şartlarındaki kayıtların kontrolü ancak, dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hakim in görevine dahil olmaktadır.*

*Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhinde yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır”* diyerek hem isabetle karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri nazara vermiş, hem de genel işlem şartlarının denetlenmesinin bir zorunluluktan kaynaklandığını belirtmiştir.

2011 yılındaki kanunlaştırma hareketleri ile birlikte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu değiştirilmiş ve birçok alanda yeni düzenlemeler ve kurumlar Türk hukuk sistemine dahil edilmiştir. Tezimizin konusunu oluşturan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler de bu süreçte Türk hukukundaki yerini ayrıntılı bir şekilde almıştır. Hem Ticaret Kanunu md 55/1-f'de haksız rekabet bağlamında, hem de TBK md. 20-25 hükümleri arasında, sözleşme hukuku bağlamında ele alınan genel işlem şartları, Türk hukukunda üç farklı Kanunda düzenleme altına alınmıştır.

## **E. Değerlendirme**

Türk, İsviçre ve Alman Hukukundaki düzenlemeler dikkate alındığında, genel işlem şartlarına ilişkin kurallar pozitif düzenlerde yer alsa da yer almasa da, her

<sup>232</sup> Bkz.: 15. HD 01.04.2002 T., 2001/5848 E., 2002/1516 K.; 15. HD, 16.4.2002 T., 109 E./1845 K.

<sup>233</sup> 3 HD, 02.06.1998 T., 4263/6098 (Atamer, GİŞ, s. 49'dan naklen)

üç sistemde de genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin haksız rekabet bağlamında da değerlendirildiği görülmektedir. Bu durumun genel işlem şartları kullanımının bir pazar davranışı olarak görülmesinin bir sonucu olduğu söylenebilir. Bu nedenle, kurumun sadece sözleşmeler hukuku bağlamında ele alınması, ulaşılmak istenen korumayı sağlamakta yeterli olmayacaktır. Zira Borçlar Hukukunda, sözleşmede bozulan hak ve yükümlülükler dengesi yeniden sağlanmaya çalışılmaktadır. Sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendiren bu tür yaptırımların haksız rekabet hukuku bağlamında yeterli olması mümkün değildir. Örneğin, bir tacirin sayısız kişiyle yaptığı sözleşmeler mevcut iken, sadece birkaç sözleşmenin tarafının Borçlar Hukuku'na veya Tüketici Hukuku'na özgü korumaya başvurması halinde, bu başvuru başarıyla sonuçlansa dahi, tacir, diğer kişilerle olan sözleşmesel ilişkisini yine aynı genel işlem şartları ekseninde sürdürecektir; mahkemenin en ileri düzeyde gerçekleştireceği içerik denetimi dahi, somut olayda genel işlem şartlarının kullanılmasının pazara icra ettiği olumsuz etkiyi ortadan kaldırmayacaktır. Haksız rekabet teşkil eden bir davranışın sadece bir sözleşmeye özgü olarak iptal edilmesi söz konusu hukuka aykırılığın önlenmesinde ve bozulan rekabet ortamının tekrardan sağlanmasında yeterli korumayı sağlayamayacaktır. Bu nedenle haksız rekabet bağlamında da bir korumanın getirilmesi gerekmektedir. Bu husus genel işlem şartı kurumunun her iki alandaki etkisinden kaynaklanmaktadır.

Türk hukukunda genel işlem şartlarına karşı çift yönlü bu korumanın yerinde olduğu, bu bağlamda farklı hukuk disiplinlerine özgü temel kanunlarla genel işlem şartlarının düzenlenmesinin isabeti, gerek İsviçre, gerekse Alman hukukundaki gelişmeler incelendiğinde açıkça görülmektedir. İsviçre Hukuku, genel işlem şartlarının denetiminde haksız rekabet bağlamından yola çıkarak bunun yanında sözleşmeler hukuku bağlamında da bir yaptırımı kabul ederken; Alman Hukuku'nda süreç tam aksi yönde işlemiş ve ilk olarak sözleşmeler hukuku bağlamında bir yaptırıma tabi olan genel işlem şartı kullanımı daha sonra haksız rekabet bağlamında ele alınmıştır. Her iki hukuk sistemindeki bu durum, genel işlem şartlarının iki cephesi olan bir kurum olduğunu ve her iki cephesi için de ayrı yaptırımların öngörülmesi gerektiğini göstermektedir. Bu çerçevede Türk hukukundaki çift yönlü korumanın (sözleşme hukuku uyarınca koruma ve haksız rekabet koruması) yerinde olduğu söylenebilecektir. Borçlar hukuku özellikle sözleşme özgürlüğü prensibinden

hareketle taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini dikkate alarak somut ilişkiyi denetlerken, haksız rekabet hukukunda ise kanun koyucu “dürüst ve bozulmamış rekabetin” temini amacıyla soyut ve genel bir denetimi amaçlar<sup>234</sup>. Zira kanun koyucunun haksız rekabet hükümleri ile korumak istediği menfaatler, pazara katılanların dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesinden bekledikleri menfaatlerdir<sup>235</sup>. Genel işlem şartlarının haksız rekabete ilişkin hükümlerde düzenlenmesi, bunların dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmalarının rekabeti bozucu etkileri olacağı ve dolayısıyla pazara katılan kişilerin menfaatlerini etkileyebileceği nedeniyledir. Diğer tarafta ise Türk Borçlar Kanunu sözleşme özgürlüğünü ve taraflar arasında bozulan menfaat dengesini tekrardan sağlama amacına yönelmektedir<sup>236</sup>.

## **II. Genel İşlem Şartı Kullanımının Haksız Rekabet Oluşturması İçin Gereken Şartlar**

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

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

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

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

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki bu hüküm, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanununun 8. maddesinin tercümesi şeklindedir. İsviçre’de 2011 yılında yapılan kanun değişikliği ile 8. madde değiştirilmiş, ancak Türk kanun koyucu bu değişikliği dikkate almamıştır.

---

<sup>234</sup> Uzunallı, s. 405.

<sup>235</sup> Troller, s. 906-908; Güven, s. 45-46.

<sup>236</sup> Antalya, s. 286. Yazar, devletin sözleşmeye yaptığı bu müdahale ile aynı zamanda piyasa işleyişini de düzenlemiş olacağını ifade etmektedir.



Kanun her ne kadar “işlem şartından” bahsetmiş olsa da gerekçede ve hükmün devamında da belirtildiği üzere maddede ifade edilen husus, doktrinde “genel işlem şartları” olarak ifade edilen kurumdur.

Kanun koyucu Haksız Rekabet hükümleri ile rekabet oyununa katılanların tamamını korumayı amaçladığı için tüketici veya tacir olması fark etmeksizin sözleşmeyi müzakere etme olanağına ya da gücüne sahip olmayan herkes, genel işlem şartları kullanımına maruz kalan kişiler, bu hükümden yararlanabilecektir<sup>237</sup>. Bu bağlamda, TK md 55/1- f bendi kapsamına, tacirler arasındaki genel işlem şartları içeren sözleşmeler girdiği gibi, tüketicilerin taraf olduğu bu tür sözleşmeler nedeniyle de tüketicilerin haksız rekabet hükümlerine başvurmaları mümkün olacaktır. Ancak haksız rekabet hukuku bu korumayı sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacıyla değil, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacıyla yapmaktadır<sup>238</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, hükmün son kısmında yer alan “önceden yazılmış genel işlem şartı kullanma” ibaresidir. Genel İşlem şartları doktrinde, TBK md 20’deki tanıma uygun bir şekilde, taraflardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek yanlı olarak soyut ve genel biçimde hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standart sözleşme hükümleri, olarak tanımlandığından<sup>239</sup>, önceden hazırlanmış olma genel işlem şartlarının niteliklerinden biridir. Kaldı ki genel işlem şartı kullanmanın temelinde de gelecekte yapılacak çok sayıda sözleşmenin aynı içerikte kurulması ve dolayısıyla bir yeknesaklığın sağlanması amacı yer almaktadır<sup>240</sup>. Kanun maddesine bu yönde bir ibarenin konulması, genel işlem şartının yapısı gereği kendinde bulunan bir özellik olduğundan, maddede kullanılmasının gerekliliği tartışmalıdır<sup>241 242</sup>.

<sup>237</sup> Uzunallı, s. 405 ve dn. 102’deki yazarlar.

<sup>238</sup> Uzunallı, s. 405.

<sup>239</sup> Bkz. § 1, II, A, 1.

<sup>240</sup> Havutçu, s. 75.

<sup>241</sup> Havutçu s. 202

<sup>242</sup> İsviçre’de genel işlem şartlarına ilişkin tek düzenleme İsvHRK md. 8’de yer aldığı için hükümde, “önceden tek taraflı olarak hazırlanmış/yazılmış olma” şartının belirtilmesi ihtiyacı duyulmuştur. Zira önceden hazırlanmış olma genel işlem şartlarının en belirgin ve ayırt edici özelliklerindedir. Hükme bu yönde bir ibarenin yerleştirilmesiyle tarafların müzakere ederek sözleşmeye koyduğu şartların hükmün kapsamı dışında bırakılmak istendiği belirtilmiştir. Bkz.: Message a l’appui, s. 1106.

Doktrinde, TK md. 55/1-f hükmü ile artık tacirlerin genel işlem şartlarının denetimini talep etmelerinin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>243</sup>. Kanun koyucunun tüketici ya da tacir olma ayrımı yapmadan herkes için böyle bir koruma görmesi karşısında artık basiretli iş adamı kriterine başvurularak özellikle ekonomik olarak zayıf tarafı teşkil eden tacirin bu hükümlerden yararlanmasının önüne geçilmesi mümkün görülmemektedir. Ancak tacirin her türlü genel işlem şartına karşılık bu yola başvurarak hükmü kötüye kullanmasının da önüne geçilmesi gerekir. Zira ekonomik hayattaki ilişkilerde hukuk güvenliğinin de gözetilmesi gerekmektedir. Bu nedenle basiretli iş adamı kriteri genel işlem şartlarının denetlenmesinde tamamen dışlanmamalı, özellikle tacir olanlar ile olmayanlar arasındaki uygulama sınırının belirlenmesinde bir ölçü olarak kabul edilmelidir<sup>244</sup>.

Genel işlem şartı kullanımı tek başına hukuka aykırılık teşkil eden bir durum değildir. Hatta genel işlem şartlarının kullanılması çoğu zaman bir zorunluluktan kaynaklanmakta ve ticari hayatın işleyişini kolaylaştırmaktadır. Gittikçe kullanım alanı artan genel işlem şartlarının da bu nedenle denetlenmesi, hukuka aykırı kullanımların önüne geçilmesi ihtiyacı yoğun bir şekilde kendini göstermektedir<sup>245</sup>.

Genel işlem şartlarının TK md. 55/1-f bağlamında haksız rekabet teşkil etmesi de yukarıda açıklanan hukuka aykırı kullanıma bir örnektir. Kanun koyucu, bu türdeki genel işlem şartlarının kullanımının haksız rekabet teşkil edeceğinden hareketle bunları yasaklama gereği duymuştur. Madde kapsamında genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil etmesi için ise üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar: 1-Genel işlem şartı kullanılması, 2- Genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırı olması, 3- Bu kullanımın dürüst ve bozulmamış rekabeti ihlal etmesi. Bu başlık altında hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan bu şartlar ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

---

<sup>243</sup> Kara, s. 728.

<sup>244</sup> Genel işlem şartlarının yürürlük denetiminde tacirlere ilişkin açıklamalar için bkz.: § 1, II, A, 3, b.

<sup>245</sup> Genel işlem şartlarının ekonomik hayattaki işlevi ile ilgili olarak bkz.: § 1, II, A, a.

## A. Genel İşlem Şartı Kullanımı

TK md 55/1-f hükmü kapsamında bir denetim yapılabilmesi ilk olarak bir genel işlem şartının kullanılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle genel işlem şartının kullanılıp kullanılmadığı hükmün kapsamında bir denetim yapılabilmesi için ön koşul teşkil etmektedir<sup>246</sup>. Sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem şartı teşkil edip etmediklerinin tespiti ise genel işlem şartlarının özellikleri dikkate alınarak, TBK md. 20 hükmü ve doktrindeki görüşlerden yararlanılmak suretiyle yapılacaktır. Zira TK md. 55/1-f hükmünde genel işlem şartlarıyla ilgili bir tanıma yer verilmemiş olması, bu hususlarda genel işlem şartlarının asıl düzenleme yeri olan TBK hükümlerinin dikkate alınacağı sonucunu doğurmaktadır.

Borçlar Kanunu md 20’de ise, BGB § 305/1 hükmü<sup>247</sup> ve öğretide<sup>248</sup> yer alan tanımlara büyük ölçüde benzer bir şekilde: “...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklinde tanımlamıştır<sup>249</sup>. Bu hükümden hareketle, bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak kabul edilebilmesi için bulunması gereken nitelikler:

- 1- Sözleşmenin kurulmasından önce ve tek yanlı düzenlenmiş olmaları,
- 2- Genel ve soyut nitelikte hükümler olmaları,
- 3- Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmiş olmaları,
- 4- Genel işlem koşulları kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle sözleşmenin karşı tarafına sunulmuş olmaları

<sup>246</sup> Antalya, s. 299.

<sup>247</sup> BGB § 305/1’de yer alan hüküm “Genel İşlem Şartlarının Düzenlenmesine İlişkin 09.12.1976 tarihli yasanın 1. maddesinin aynen Alman Medeni Kanununa alınmış hali olup şu şekildedir: “Genel işlem koşulları, çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenmiş olan ve sözleşme taraflarından birinin (kullanan) diğer sözleşme tarafına sözleşmenin kurulması anında sunduğu sözleşme şartlarıdır.” Atamer, s. 299

<sup>248</sup> Genel İşlem Koşulları doktrinde, taraflardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek yanlı olarak soyut ve genel biçimde hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standart sözleşme hükümleri, şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 20; Antalya s.285; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 156 vd.; Atamer, GİŞ, s. 61; Havutçu, s. 74.

<sup>249</sup> Altıp, Genel İşlem Şartları, s. 5.

olarak doktrinde belirtilmiştir<sup>250</sup>. Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, hakim ilk olarak genel işlem şartı kullanılıp kullanılmadığını buradan hareketle tespit edecek ve sonrasında diğer aşamalara geçecektir.

Sözleşmede yer alan hükmün genel işlem şartı olduğu tespit edildikten sonra, TK md 55/1-f’de geçen “*kullanım*” ibaresinin ne anlama geldiği hususunda bir inceleme yapılması da gerekecektir. Zira bu hususta kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Doktrinde kimi yazarlar “*kullanım*” kelimesini geniş yorumlayarak, genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin kurulmuş olmasının şart olmadığını, sözleşme yapmak amacıyla icapta bulunmanın da yine haksız rekabetin oluşması bakımından yeterli kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir<sup>251</sup>. Bu görüş uyarınca sözleşme müzakereleri sırasında genel işlem şartlarının kullanımı dahi haksız rekabet teşkil edebilecektir. Bu sayede de sözleşme hukukunun getirdiği korumadan daha geniş bir korumayı sağlamış olan haksız rekabet hukuku hükümleri aynı zamanda dürüstlüğe aykırı genel işlem şartlarına karşı önleyici koruma da sağlamış olacaktır<sup>252</sup>. Ancak genel işlem şartlarının sadece hazırlanmış ve basılmış olması bu bağlamda “*kullanım*” olarak değerlendirilemeyecek ve hükmün kapsamına girmeyecektir

Doktrinde “*kullanım*” ibaresini daha dar yorumlayan görüşe göre ise, genel işlem şartlarının kullanılmasından bahsedebilmek için bunların karşı tarafa teklif edilmesinin yeterli olmadığını, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleştirilen hazırlık çalışmalarının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bu görüş uyarınca genel işlem şartlarının kullanımından bahsedebilmek için sözleşmenin kurulması, genel işlem şartlarının bilfiil kullanılması gerekmektedir<sup>253</sup>. Zira “genel işlem şartlarının kullanım” şartı aslında hukuka

---

<sup>250</sup> Yeşim Atamer; **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK md. 6 ve TTK md. 55/1-f ile Karşılaştırmalı Olarak**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 12 vd.; Havutçu, s. 74 vd.; Aydoğdu, a.g.m., s. 13; Reisoğlu, s. 69-70; Fikret Eren; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014. s. 218-219.

<sup>251</sup> Uzunallı, s. 406.

<sup>252</sup> Uzunallı, s. 406; İsviçre’de yapılan son değişiklik sonrasında, özellikle eski hükümde yer alan “qui sont de nature à provoquer une erreur: karşı tarafı yanıltmaya sevk edici nitelikte” ibaresinin çıkarılması ile artık hakimin genel işlem koşullarını, bir sözleşmenin içeriğini oluşturmaya bile denetleyebileceği ifade edilmiştir: Message concernant la modification 5050.

<sup>253</sup> Kuonen s. 26-27; Blaise Carron; **La Protection du Consommateur Lors de La Formation du Contrat, Droit de la Consommation et de la Distribution: Les Nouveaux Defis**, Bale/Neuchatel

aykırılığın somutlaşmasına hizmet etmektedir. Bu bağlamda soyut olarak genel işlem şartlarının denetlenmesi bu görüş uyarınca mümkün olmamalıdır çünkü haksız rekabet teşkil eden ve hukuka aykırı olan husus genel işlem şartlarının kendisi değil, kullanılmalarıdır<sup>254</sup>.

“*Kullanım*” ile kastedilen durumun ne olduğunun belirlenmesi haksız rekabetin oluşumu bakımından önem arz etmekte ve hakimin genel işlem şartlarına müdahale sınırlarını çizmektedir. Kullanım ibaresinin, sözleşme öncesi görüşmeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması hükmün sınırlarını genişletecektir. Haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen menfaatin “dürüst ve bozulmamış rekabet” olarak belirtilmiş olması nedeniyle, bir tacirin her ne kadar sözleşme ilişkisini kuramamış olsa da dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanması, bunları karşı tarafa sunması dürüst rekabet ortamının bozulması tehlikesini doğuracaktır. Zira kanun koyucunun yasakladığı genel işlem şartlarıyla dolu bir sözleşmenin yapılması değil, bu şartların kullanılmasıdır. Dolayısıyla sözleşme görüşmeleri sırasında dahi bu şartların kullanılmış olması haksız rekabet oluşturması için yeterli sayılmalıdır. Nitekim kullanım ibaresinin bu şekilde yorumlanması genel işlem şartlarının soyut bir denetime tabi tutulmalarının da önünü açmaktadır.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu hükmün kaç sözleşmenin içeriğini oluşturduğunun bir önemi bulunmamaktadır<sup>255</sup>. Kanunda açıkça önemli olan hususun “*ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacı*” olduğu belirtilmiştir (TBK md. 20/1). Sözleşme öncesi görüşmelerde bu şartların ileri sürülmesi ancak kabul edilmemesi durumunda her ne kadar karşı taraf sözleşme hukuku bağlamında bu şartlardan zarar görmeyecek olsa da, bu durum söz konusu şartların genel işlem şartı olma niteliğini değiştirmeyecektir. Bu kişinin pazardaki bir çok kişiyle de bu sözleşmeyi halihazırda yapmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, rekabet ortamının bu durumdan olumsuz etkilendiği sonucuna varılabilecektir. Kaldı ki genel işlem şartlarını hazırlayan kişinin, henüz bu şartları hiçbir sözleşme içeriğine dahil edememiş olması

---

2013 145; Mustafa Sencer Kara; **Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 732; Ali Haydar Yağcıoğlu; **Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanununda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG 8)**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, 2013, s. 3069.

<sup>254</sup> Kuonen, s. 28.

<sup>255</sup> Antalya, s. 201; Oğuzman/Öz, s. 24.

halinde dahi bu fiil haksız rekabet olarak değerlendirebilecektir. Zira fiil düzgün rekabet ortamını bozmaya elverişlidir ve haksız rekabetten bahsedilebilmesi için de zarar tehlikesinin varlığı yeterli kabul edilmektedir (TK md. 56/1)<sup>256</sup>. Bu nedenlerle genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğini oluşturması amacıyla karşı sözleşene sunulması durumunda dahi haksız rekabet hükümlerine başvurularak gerekli tedbirlerin alınması istenebilmelidir.

## **B. Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması**

Haksız rekabet hükümleri dürüstlük kuralları temeline kurulmuş ve her türlü yanıltıcılığı reddeder niteliktedir<sup>257</sup>. Haksız rekabet hukuku ile ilgili hükümlerde de dürüstlük kuralına yapılan bu yoğun atıf, kurumun haksız rekabet hukukunda ne kadar önemli ve belirleyici olduğunu göstermektedir. Nitekim gerekçede de dürüstlük kuralının haksız rekabetin teşhisinde belirleyici olacağı vurgulanmıştır<sup>258</sup>.

Dürüstlük kuralına yapılan bu vurgu, genel işlem şartları ile ilgili TK md 55/1-f hükmünde de kendini göstermektedir. Hükümde “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak” haksız rekabet hali olarak gösterilirken, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarının neler olabileceği ile ilgili maddenin a ve b bentlerinde örnekler verilmiştir. Bu örnekler genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde ölçü olarak kullanılacaktır<sup>259</sup>. Buna göre, karşı tarafı yanıltıcı nitelikte olan ve kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem şartları dürüstlük kuralına aykırı olacaklar ve dolayısıyla bunların kullanımını haksız rekabet teşkil edecektir. Belirtmek gerekir ki, genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığı denetlenirken sözleşmedeki tüm hak ve yükümlülüklerin genel dağılımı dikkate alınarak sözleşme bir bütün halinde ele alınmalıdır<sup>260</sup>. Zira sözleşmede kurulmuş olan haklar ve borçlar dengesi, sözleşmenin bütünü dikkate alarak kurulmuştur.

---

<sup>256</sup> Bkz.: § 3, II, A, 1, a

<sup>257</sup> Dessemontet, s. 69.

<sup>258</sup> TK Gerekçe md 54.

<sup>259</sup> Atamer sempozyum, s. 41-43.

<sup>260</sup> Uzunallı, s. 408; Atamer sempozyum s. 52; Dessemontet, s. 74-75. İncelemeler için bkz.: §1, II, A, 3, c, ii

## 1. Kanuni Düzenlemeden Önemli Ölçüde Ayrılma

TK 55/1-f maddesinin en sık karşılaşılan şekli olarak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartlarının sözleşmeye konulması gösterilebilir. Nitekim İsviçre’de de İsvHRK md. 8’e dayanılarak açılan davaların istatistiksel olarak büyük çoğunluğunun, hükmün a bendine dayanılarak açıldığı ifade edilmiştir<sup>261</sup>.

Kanun koyucu “Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan” genel işlem şartlarının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bu sayede bir işlemin ekonomik niteliğinin saklanması, ya da karşı sözleşenin tecrübesiz olması durumunda onun bu zayıflığından yararlanıp sürpriz hükümlerle zarara sebebiyet vermesinin engellenmesi amaçlanmıştır<sup>262</sup>. Hüküm kapsamında “kanuni düzenleme” ve “önemli ölçüde ayrılma” olarak iki kıstas getirilmiş olup, bu kıstasların sınırlarının çizilmesi, hükmün uygulama alanının belirlenmesi için gereklilik arz etmektedir.

### a. Kanuni düzenleme

Dürüstlük kuralının sınırlarının çizilmesinde verilen ilk ölçüt “kanuni düzenlemedir.” “Kanuni düzenlemenin” dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde bir ölçüt olarak verilmesinin altında, kanun hükümlerinin taraflar arasındaki menfaat dengesini çok iyi bir şekilde gözetiyor olduğu varsayımı yer almaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemelerden ayrılması halinde bu denge de bozulmuş olacak ve dürüstlük kuralına aykırılık gerçekleşecektir<sup>263</sup>.

“Kanuni düzenleme” kavramı muğlak bir kavram olmamakla birlikte sınırlarının nasıl tespit edilmesi gerektiğiyle ilgili bir açıklık bulunmamaktadır. İsviçre’de ise “kanuni düzenleme” ibaresinin karşılığı olan “*régime légal*” kavramının hukuki olmadığı, hukuk dilinde kullanılan bir kelime olmadığı ifade edilmiştir. Kanunun kastettiği kavramı karşılayan ibarenin ise “sözleşmeye uygulanacak hukuk” olduğu belirtilerek kanuni düzenlemenin de bu şekilde

<sup>261</sup> Dessemontet, s. 72.

<sup>262</sup> Troller, s. 983.

<sup>263</sup> Karahan, 239; Atamer sempozyum, s. 45; Ayrıca bkz.: §1, c, ii.

anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>264</sup>. Kanuni düzenleme ile sözleşmeye uygulanacak hukuki normun tespit edilerek buna göre bir yorum yapılması gerektiğinden, ileri sürülen bu düşünce yerinde görülmektedir.

Kanuni düzenlemenin kapsamının belirlenmesinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle İsviçre’de genel kabul gören görüşe göre, kanuni düzenleme ile yazılı hukuk kurallarının, emredici ve düzenleyici kanun hükümlerinin, yargı kararlarının ve doktrin tarafından benimsenen prensiplerin de anlaşılması gerektiği savunulmuştur<sup>265</sup>. İsvHRK’nun gerekçesinde de açıkça belirtilen bu görüşün altında yatan sebep kanuni düzenleme ibaresinin dar yorumlanması durumunda hükmün uygulama alanını aşırı şekilde daralacak olmasıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi: “İlk ihtimalin (İsvHRK md. 8/1, a) gerçekleşmesi için kanuni düzenlemeden ayrılma şartı öngörülmüş olup kanuni düzenlemeden, emredici ve yedek hukuk kuralları, doktrin ve yargı kararlarınca ortaya konulmuş hukuk prensiplerinin anlaşılması gerekmektedir...” diyerek doktrindeki bu yorumu tercih etmiştir<sup>266</sup>.

Kanuni düzenleme ibaresini daha dar yorumlayan yazarlar ise sadece maddi ve şekli anlamda yasa niteliği taşıyan hukuki düzenlemelerin bu kapsamda sayılacağını belirtmişlerdir<sup>267</sup>. Zira burada yapılacak inceleme, eğer genel işlem şartı içeren sözleşme hükmü kullanılmamış olsaydı yerine konulacak olan kanun hükmüne göre yapılacaktır<sup>268</sup>. Bu sayede daha dar bir kontrol ölçütü getiren bu görüş uyarınca, sadece kanun hükümleri değerlendirmede rol oynayacaktır. Bu itibarla yargı kararları ile doktrindeki görüşlerin kanuni düzenleme kapsamında sayılmayacağı ileri sürülmektedir.

Dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde kanuni düzenleme kriterinin kullanılmasının altında yatan düşünce, kanun koyucunun taraflar arasındaki adaleti

---

<sup>264</sup> Dessemontet, s. 72-73.

<sup>265</sup> Message a l’appui, s. 1107; Arkan, s. 322; Martin-Achard, **La Loi Federale Contre La Concurrence Deloyale du 19 Decembre 1986**, CJR, Lausanne 1988, s. 88; Uzunallı, s. 408; Peter Jung/Philippe Spitz; **Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, Bern 2010, s. 658 (Kara, s. 737, dn. 59’dan naklen).

<sup>266</sup> ATF 117 II 332; Aynı yönde bkz.: ATF, 4A\_120/2008/ech, Arrêt du 19 mai 2008, Ire Cour de Droit Civile (<http://www.bger.ch>, 06.02.2014)

<sup>267</sup> Atamer Sempozyum, s. 44-45; Karahan, s. 239; Kara, s. 737.

<sup>268</sup> Karahan, s. 239; Atamer Sempozyum, s. 44.



ve menfaat dengesini en iyi şekilde sağladığı varsayımdır<sup>269</sup>. Kanuni düzenlemelere yüklenen bu nitelik, sözleşme içeriğinin adil olup olmadığının belirlenmesinde bir kıstas olarak kullanılmasını sağlamakta ve incelemede bir “normallik ölçütü” getirmektedir. Sözleşmede yer alan hükümlerin normal olarak değerlendirilmesinde bu sebeple sadece kanunda yer alan hükümlerin kullanılması hükmün kapsamını daraltacağından yargı kararları ile doktrindeki görüşler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu yönde bir kabul hem hükmün uygulanmasını daraltmayacak, hem de hakime, dürüstlük kuralına aykırılığın takdirinde daha somut ölçütler sunacaktır. Bu da hukuk güvenliği bakımından oldukça elverişli bir sonuç olacaktır. Zira kanuni düzenleme ibaresinin dar yorumlanması durumunda 2 numaralı bent kapsamında yapılacak denetimler artacaktır. Bu durum da hakime geniş bir takdir yetkisi tanıyacağından dürüstlük kuralının uygulanmasında farklılıklar meydana gelebilecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, kanun tarafından verilen yetkiye dayanılarak yedek hukuk kurallarının aksinin kararlaştırılmasının hangi bağlamda hukuka aykırılık teşkil edeceğinin belirlenmesi olacaktır. Kanun koyucu, tarafların aralarındaki sözleşmeyi en iyi şekilde tespit etmeleri için ve sözleşme özgürlüğüne çok aşırı bir müdahalede bulunmamak için bazı hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceğine hükmetmiştir<sup>270</sup>. Ancak burada yedek hukuk kurallarının yerine genel işlem şartı kullanılmasının bir hakkın kötüye kullanılması boyutuna gelmesi söz konusu olabilecektir. Kanun koyucunun bunu korumayacağı da çok açıktır. Bu nedenle yedek hukuk kurallarının her durumda bertaraf edilmesinin önünün alınması gerekmektedir. Doktrinde bu mülahazalarla, eşitler arasındaki ilişkilerde yedek hukuk kurallarının göz ardı edilebileceği ifade edilmektedir. Yedek hukuk kurallarından ancak her iki tarafın da pazarlık sonucu anlaşmışları yeni bir düzenleme ile sapılmasının mümkün olacağı ifade edilmektedir<sup>271</sup>. Elbette böylesi bir yorum, sözleşme serbestisi ilkesi ile de uyum içindedir. Sözleşmenin bir tarafının güçlü konumda olduğu durumda yedek hukuk kurallarından ayrılınması, bu kuralların getiriliş amacına aykırı bir durum olacak ve sözleşme serbestisi de bu kişi lehine bozulacaktır. Yedek hukuk kurallarının

---

<sup>269</sup> Bkz. 1, II, 3, c, ii

<sup>270</sup> Atamer GİŞ, s. 189 İbrahim Kaplan; **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, BATİDER Cilt 16, Sayı 2, Yıl 1991, s. 49.

nitelikleri bu şekilde belirlenerek değerlendirmede bu hususlar göz önünde bulundurulmalıdır

### **b. Doğrudan ya da Yorum Yoluyla Uygulanma Kriteri**

Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma dürüstlük kuralına aykırı olarak görülmüştür.

Doğrudan uygulanacak kanun hükümleri belirlenirken ilk olarak sözleşmenin karakteristik özelliklerine bakarak kanundaki hangi tipe girdiği belirlenecek ve bu kısımdaki hükümler doğrudan sözleşmeye uygulanacaktır. Bunun yanında Borçlar Kanununun genel kısmı da her sözleşme türüne uygulanacağından bu kısım hükümleri de doğrudan uygulanabilecek hükümler arasında yer almaktadır. Son olarak ise hukukun genel prensipleri, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi normlar da sözleşmedeki genel işlem şartlarının değerlendirilmesinde doğrudan uygulanacak hükümler kapsamında yer almaktadır<sup>272</sup>. Bir sözleşmeye doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemenin var olması o sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşmelerden olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla tip sözleşmelerde, kanuni düzenlemeden ayrılma olup olmadığının tespit edilmesinde şekli bir incelemenin yapılması yeterli olacaktır.

Kanun koyucunun yorum yoluyla uygulanan kanuni düzenlemeden de bahsetmesi, isimsiz sözleşmelerin de hükmün kapsamında olduğunu ifade etmek içindir<sup>273</sup>. Bilindiği üzere isimsiz sözleşmeler kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerdir ve üç türe ayrılmaktadır. Bunlar birleşik sözleşmeler, karma sözleşmeler ve *sui generis* sözleşmelerdir.

Birleşik sözleşmeler, hukuki nitelik ve vasıfları itibariyle tamamen birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmelerin, tarafların serbest iradeleriyle birbirine bağıli duruma sokulması olarak tanımlanmaktadır<sup>274</sup> ve birleşik sözleşmelere, kendisi oluşturan tip sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanır. Karma sözleşmeler ise kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun

---

<sup>271</sup> Atamer GiŞ, s. 189; Kaplan, s. 62.

<sup>272</sup> Dessemontet, s. 73-74.

<sup>273</sup> Message a l'appui, s. 1107; Arkan 323; Uzunallı 407; Martin-Achard 88; Troller 983.

<sup>274</sup> Yavuz, s. 22; Kuntalp, s. 103; Antalya, s. 151.

öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle meydana gelen sözleşmelerdir<sup>275</sup>. Bu sözleşmelere uygulanacak hukuk ile ilgili değişik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerektiği; sözleşmede hangi tip baskınsa o tipe ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği; her bir edimin, alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya uygulanması gerektiği<sup>276</sup>; MK md. 1 uyarınca hakimin hukuk yaratması ve bunu uygulaması, olarak özetlenebilir. *Sui generis* sözleşmelerde ise durum biraz daha farklılık arz etmektedir. Zira bu sözleşme türünü oluşturan unsurlar kısmen ya da tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut değildir<sup>277</sup>. Bu sebeple uygulanacak hukuk belirlenirken, dürüstlük ve iyi niyet kuralları ile işlerde yaygın teamüllere göre bir yorum yapılır ve nitelikleri müsaade ettiği oranda benzediği kanun hükümleri ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, mahkeme içtihatları ve hakim tarafından yaratılan hukuk uygulama alanı bulur<sup>278</sup>.

Görüldüğü üzere isimsiz sözleşmelerden birleşik sözleşmeler bakımından kanuni düzenlemenin tespit edilmesi bir zorluk teşkil etmemektedir. Zira birleşik sözleşmeyi oluşturan tip sözleşme hükümleri ölçü olarak kullanılacak ve bu düzenlemelerden bir ayrılma varsa, bu husus şekli bir inceleme ile tespit edilebilecektir. Karma sözleşmelerde ise uygulanacak hukuk belirlenirken kanun hükümlerinden yararlanıldığı için yine kanuni düzenlemenin tespitinde bir sorun olmayacaktır. Ancak burada hakimin hukuk oluşturması durumunda bunun da kanuni düzenleme içinde mütalaa edilip edilmeyeceği hususunda bir tereddüt olabilir. İsviçre'de hakim tarafından oluşturulan hukukun da kanuni düzen kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir<sup>279</sup>. Bu görüş uyarınca yine kanuni düzenlemenin tespitinde bir sorun olmayacaktır. *Sui generis* sözleşmelerde ise kanuni düzenleme olarak getirilebilecek bir norm bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakim bu çerçevede bir

<sup>275</sup> Yavuz, s. 24; Kuntalp, s. 102; Antalya, s. 152.

<sup>276</sup> HGK 09.06.1982 T., 1979/15-1613 E., 1982/565 K. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) 04.06.2014). Karma sözleşmelere uygulanacak kanun hükümlerinin tespitiyle ilgili Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılan bu belirleme sakıncalı sonuçlara sebebiyet verebilir. Zira karma sözleşmeler farklı türdeki tip sözleşmelerin bir araya gelerek kurulduğu basit sözleşmeler değildir. Her karma sözleşme için uygulanacak hukukun bu yöntemle göre seçilmesi sakıncalı sonuçların doğmasına neden olabilir. Yavuz, s. 25.

<sup>277</sup> Yavuz, s. 28; Antalya, s. 152.

<sup>278</sup> İsimsiz sözleşmelere uygulanacak hukuk ile ilgili olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerle ilgili olarak bkz. Yavuz 22-28; Antalya 150-152; Akıntürk 69-75.

<sup>279</sup> Dessemontet, s. 73-74 ; Christoph Luenenberger, **Rapport Oral a la Societe Suisse des Juristes**, RDS 1987 II, s. 577-579.

değerlendirme yaparken genel hükümlerden, hukukun genel prensiplerinden, doktrindeki görüşlerden, Yargıtay uygulamalarından yararlanacaktır. Bu açıklamalar da göstermektedir ki, sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarını sadece kanun maddeleri oluşturmamaktadır. Bu bağlamda, kanuni düzenleme ile “sözleşmeye uygulanacak hukuk” ifadesinin anlaşılması yerinde olacaktır.

### **c. Genel İşlem Şartlarının Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılığı**

#### **Sorunu**

Bilindiği üzere Borçlar Kanunundaki hükümler ya emredicidir, aksi kararlaştırılması mümkün olamaz, ya da yedek hukuk kuralı niteliğindedir bu durumda taraflar bu hükümlere aykırı düzenlemeler getirebilirler<sup>280</sup>. Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadıklarının tespiti için getirilen kanuni düzenleme kıstası yukarıda değerlendirilmiştir. Ancak emredici hükümlere aykırı bir genel işlem şartının da bu kapsamda sayılıp sayılmayacağına da incelenmesi gerekecektir. Doktrinde her iki görüşü savunan yazarlar da mevcuttur.

Kanunun emredici hükümlerine aykırı genel işlem şartlarının olamayacağına ilişkin görüşteki yazarlar bu görüşlerini, emredici hükümlere aykırılığın TBK md. 27 kapsamında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasına dayandırmaktadırlar. Zira kesin hükümsüz olan bir sözleşme hükmünün ayrıca genel işlem şartı hükümleri uyarınca denetlenmesi gerekmemektedir. Kaldı ki kesin hükümsüzlük yaptırımı sebebiyle aslında denetlenebilecek bir sözleşme hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle genel işlem şartlarının emredici hükümlere aykırı olmaları düşünülemeyecektir<sup>281</sup>. Tartışmanın uygulama bakımından da çok değeri bulunmamaktadır çünkü genel işlem şartları uzman kişilere hazırlanmakta ve emredici hükümlere aykırılık çoğu zaman gerçekleşmemektedir<sup>282</sup>.

Genel işlem şartlarının Kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak da gerçekleşebileceği yönündeki görüş ise konuyu daha farklı bir açıdan ele almaktadır. Bu görüş uyarınca, Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı açıktır (TBK md. 27). Ancak burada amaçlanan, sözleşme hukuku

---

<sup>280</sup> Oğuzman/Öz, s. 128 ;Eren 318-319.

<sup>281</sup> Karahan, s. 239.

<sup>282</sup> Atamer GİŞ, s. 146.

hükümlerince bir hükmün geçersizliğinin tespiti değil, bu hükümlerin kullanılmasının haksız rekabet hukukunun yaptırımlarına tabi tutulması olduğu için haksız rekabet bağlamında emredici hükümlere aykırı genel işlem şartlarının da denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>283</sup>.

Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüzlük ile geçersiz olduğu açıktır. Ancak bu durum, genel işlem şartlarının haksız rekabet bağlamında değerlendirilmesinin önünde bir engel olmamalıdır. Zira dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı bir pazar davranışı olarak görülmekte ve dürüst rekabeti bozucu nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Emredici hükümlere aykırı bir genel işlem şartının kesin hükümsüz sayılması ve fakat haksız rekabet hükümlerine başvurulamaması; dürüst rekabetin bozulması ancak gerekli yaptırımların uygulanmaması sonucunu doğuracaktır. Nitekim yukarıda kullanım ile ilgili yapılan tartışmalar uyarınca da söz konusu şartın kullanılmış olması dürüst ve bozulmamış rekabeti etkileyeceğinden meselenin sadece sözleşmeler hukuku bağlamında ele alınmayıp haksız rekabet uyarınca da değerlendirilmesi daha yararlı olacaktır. Alman doktrini ve Federal Mahkemece de belirtildiği üzere, genel işlem şartı kullanımı bir pazar davranışı olup rekabeti bozucu bir etkiye sahiptir<sup>284</sup>. Bu durumda dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması ve bozulması halinde tekrardan temin edilmesi için haksız rekabet hukukunun getirdiği korumalardan yararlanılması gerekecektir. Söz konusu şartın sadece geçersiz sayılması haksız rekabet hukuku bağlamında yeterli korumayı sağlamamaktadır.

## **2. Sözleşmenin Niteliğine Önemli Ölçüde Aykırı Haklar ve Borçlar Dağılımının Öngörülmesi**

Kanun koyucu, “Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören” genel işlem şartı kullanımını da dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirmiştir. Borçlar Hukukunun temelini oluşturan sözleşme özgürlüğü olarak ilkesinin “sözleşme yapma özgürlüğü” ve “sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü” olmak üzere iki görünümü vardır. Sözleşme yapma özgürlüğü, bir kişinin dilediği kimse ile dilediği sözleşmeyi yapmakta serbest

<sup>283</sup> Uzunallı, s. 408; Emredici hukuk kurallarına aykırı genel işlem şartlarının olabileceğine ilişkin bkz.: Atamer, GİŞ, s. 146- 151.

<sup>284</sup> BGH Urt. 31.3.2010, BeckRS 2010, 24454; ATF, 117 II 322 (www.bger.ch)

olmasını; sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü ise tarafların sözleşmenin konusunu ve hükümlerini düzenlemede, kural olarak, serbest olmalarını ifade eder<sup>285</sup>. Tarafların sözleşme yapmakla elde etmek istedikleri sonuca kural olarak serbest bir şekilde ulaşabileceklerdir. Ancak tarafların amaçladıkları sonuca ulaşmada gereksiz olan ya da alışılmamış nitelikte olan kurallar, sözleşmenin niteliğinden sayılmayacaktır<sup>286</sup>.

Doktrinde TK 55/1-f, (2) hükmünün ikincil nitelikte bir hüküm olduğu, isimsiz sözleşmelere doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı durumlarda belirleyici bir kıstas olarak kullanılacağı belirtilmektedir<sup>287</sup>. Tip sözleşmelerin ise bu bendin kapsamında yer almadığı açıktır.

Federal Mahkeme de hükmün (b) bendinin tali bir düzenleme olduğunu ve sözleşmeye doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanacak kanuni bir düzenlemenin olmadığı ya da bunlardan bir sonuç alınmadığı hallerde bu hükmün uygulama alanı bulacağını belirtmiştir<sup>288</sup>.

Her ne kadar ikincil nitelikte bir düzenleme olduğu belirtilse de, *kanımızca* (1) numaralı alt bent karşısında (2) numaralı alt bendinin uygulanmasının çok sınırlı olacağı bir gerçektir. Zira tip sözleşmelerin bu bent kapsamında yer almadığını daha önce de belirtmiştik. Kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmeler bakımından ise ancak doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanacak bir hüküm bulunmadığı durumlarda hükmün (2) numaralı alt bendi uyarınca bir incelemenin yapılması söz konusu olacaktır. İsimsiz sözleşmelerden birleşik sözleşmelerin de bu bent kapsamına girmeyeceği açıktır. Çünkü kendisini oluşturan tip sözleşmelere ilişkin hükümler burada uygulama alanı bulur<sup>289</sup>. Karma sözleşmeler bakımından da her ne kadar uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde doktrinde bir görüş birliği bulunmasa da bu sözleşme tiplerine uygulanacak bir kanuni düzenlemenin var olduğu açıktır<sup>290</sup>. Sonuç olarak sorun ancak *sui generis* sözleşmeler bakımından,

<sup>285</sup> Oğuzman/Öz, s. 23-24; Eren, s. 316-317; Yavuz, s. 14-15.

<sup>286</sup> Dessemontet, s. 78.

<sup>287</sup> Le Message a l'appui 1107; Dessemontet, s. 76; Troller, s. 984.

<sup>288</sup> ATF 117 II 332 (<http://www.bger.ch>, 06.02.2014). Federal Mahkemenin aynı yöndeki kararları için bkz.: ATF 119 II 443; ATF 4C.88/2001, Arrêt du 26 septembre 2001, Ie Cour Civil; ATF 4A\_120/2008/ech, Arrêt du 19 mai 2008, Ire Cour de droit civil. (<http://www.bger.ch>, 03.06.2014).

<sup>289</sup> Yavuz, s. 22; Kuntalp, s. 103; Antalya, s. 151.

<sup>290</sup> Yavuz, s. 27-28; Kuntalp, s. 102; Antalya, s. 151-152.

sınırlı durumlarda gündeme gelecektir. Zira bu tip sözleşmelerde uygulanacak hukuk çoğu zaman hakim tarafından, dürüstlük ve iyi niyet kuraları esas alınarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ve örf-adet hukuku nazara alınarak çözümlenir. Hüküm *sui generis* sözleşmeler yanında, kanunda düzenlenen türden bir sözleşmenin, kanunda düzenlenmemiş unsurlarının sözleşmede düzenlenmesi durumunda da kullanabilecektir<sup>291</sup>. Ancak burada belirtmek gerekir ki, isimsiz sözleşmeler Borçlar Kanununun genel hükümlerine, özel hukuk prensiplerine ve yargı kararlarına tabidirler. Bu sebeple, hiçbir sözleşme yoktur ki TK 55/1-f, 1 kapsamında bir kanuni düzenlemeye tabi olmasın. Dolayısıyla sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem şartlarının kanuni düzenlemeden ayrılmadan gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır<sup>292</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki yorum yoluyla ya da doğrudan uygulanacak bir hükmün olmadığı bir sözleşme hükmünün söz konusu olması pek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple hükmün 1 numaralı bendi, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yapılacak değerlendirmede başvurulacak birincil kıstas olarak karşımıza çıkmaktayken; 2 numaralı bent, 1 numaralı bendin kapsamına girmeyen sınırlı sayıdaki hallerde, genel işlem şartlarının Kanun denetiminden kaçmaması için öngörülen emniyet niteliğinde bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

### 3. Alışılmamış ve Şaşırtıcı Kayıtlar

Genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olmasında (yürürlük denetimi) tacirlerin daha az korunduğunu yukarıda ifade etmiştik. Nitekim Almanya'da yürürlük denetimine ilişkin hükümler tacirlere uygulanmamaktadır. Ancak bu belirlemeye rağmen tek tek bazı genel işlem şartı hükümlerinin sözleşme içeriği olmadığından tacirler bakımından ileri sürülüp sürülemediği sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir. Zira gerek Almanya'da gerek de Türk-İsviçre hukuklarında genel işlem şartlarının yürürlük denetiminde bir yandan bunların tümü itibariyle sözleşme içeriği olup olmadığı denetlenirken diğer taraftan da tek tek sözleşme

<sup>291</sup> Atamer, GİŞ, s. 46.

<sup>292</sup> Dessemontet ise sözleşmenin niteliğini belirlenmesinde sözleşme hukukunun temel ilkelerinin kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda yazar, her sözleşmenin yapısal analizinin yapılması gerektiğini, bu sayede sözleşmelerde mevcut olan ve karşılaşılabilecek sorunlara getirilen çözümleri içeren hükümlerin belirlenmesini ve bunlar dışında kalanların sözleşmenin niteliğine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Dessemontet, s. 76-77.

hükümlerinin müşteri açısından beklenmez ya da şaşırtıcı olması nedeniyle güven teorisi uyarınca sözleşme içeriği olup olmadığı sorunu ele alınmaktadır. Bu tür beklenmedik veya şaşırtıcı hükümler kullanan tarafın, global bir kabule rağmen, bu şartların sözleşme içeriği olduğu yönünde bir güveni söz konusu olamaz<sup>293</sup>. Nitekim Yargıtay da bu konuya ilişkin verdiği kararında<sup>294</sup>, “*Gerek Ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde....alşılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı.*” sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme de aynı doğrultuda verdiği kararında, sözleşmedeki alışılmadık şartlara, sözleşmede zayıf konumda bulunan ya da daha az tecrübeli olan tarafın dikkatinin özellikle çekilmediği durumlarda, bu şartların sözleşmenin içeriğini oluşturmayacağını ifade etmiştir<sup>295</sup>. Doktrinde bu türdeki hükümlerin sözleşmenin içeriğinden sayılamayacağı, dolayısıyla yok hükmünde olacağı da ifade edilmiştir<sup>296</sup>.

Beklenmedik veya şaşırtıcı hükümler, sözleşmenin niteliğine yabancı kayıtlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafların üzerlerinde anlaştıkları sözleşmenin içinde mantıklı ve anlamlı bir bütün oluşturmayan hükümler sözleşmenin niteliğine yabancı kayıtlardır<sup>297</sup>. Federal Mahkeme, beklenmedik ya da şaşırtıcı hükümlerin denetiminde güven teorisinin uygulama alanı bulacağı ve bu kapsamda yapılan denetimde, işin niteliğine aykırı veya tip sözleşmeler bakımından kanuni düzenlemeyle çizilen sınırın dışında bir düzenleme getiren hükümlerin bu kapsamda değerlendirilebileceğini ifade etmiştir<sup>298</sup>.

Tacirler arasındaki sözleşmeler bakımından bu denetlemenin uygulanıp uygulanmayacağı sorununun da çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Zira bir tacirin sözleşme akdedilirken, bu sözleşmedeki tüm hükümleri okuyup anladıkları varsayılır; basiretli iş adamı olmak bunu gerektirir. Dolayısıyla tacirin, genel işlem

<sup>293</sup> Ariane Morin, **Commentaire Romand**, Code Des Obligations I, Art. 1-529 CO, Edité par Luc Thevenoz/Franz Werro, 2<sup>e</sup> Edition, 2012, Helbing&Lichtenhahn s. 51, N. 76b; Atamer, Tacir, s. 21-22; Federal mahkeme, sözleşmedeki alışılmadık şartlara, sözleşmedeki zayıf tarafın ya da tecrübesiz tarafın dikkatinin özellikle çekilmediği durumlarda

<sup>294</sup> 3 HD. 02.06.1998 T., 4263 E./6098 K. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) 07.06.2014)

<sup>295</sup> ATF, II, 119, 443 ([www.bger.ch](http://www.bger.ch))

<sup>296</sup> Bohnet, s. 76.

<sup>297</sup> Morin, s. 51, N. 76a ;Anne-Christine Fornage; **La Mise en oeuvre des Droits du Consommateur contractant**, EPR Band, 2011, s. 222; Bohnet, s. 77; Atamer, Tacir, s. 22.



şartı kullanan karşı tarafça sözleşme içine gizlenmiş bir hüküm görmemesi, buna dikkat etmemesi sebebiyle aşırı korumacı bir şekilde bu hükümlerin denetlenmesi ticari hayatta işlem güvenliği ilkesine zarar verir<sup>299</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi ise sözleşmedeki zayıf ve tecrübesiz tarafın bu tip hükümler sebebiyle korunması gerektiğini ifade etmiş ancak tacir/tüketici ayrımı yapmamış, dolayısıyla tacirlerin de bir sözleşmede tecrübesiz taraf olabileceklerini kabul etmiştir<sup>300</sup>. Nitekim Federal Mahkeme bir başka kararında ise beklenmedik ya da şaşırtıcı kayıtların tespiti için yapılan değerlendirmede iş kolu kıstasının kullanılması gerektiğini, buna göre bir iş kolunda faaliyet gösteren birinin aynı iş kolunda yapacağı sözleşmedeki bu tür şartları bilmediğini/fark etmediğini ileri süremezken, farklı iş kolunda yaptığı bir sözleşmede korumadan yararlanabileceği ifade edilmiştir<sup>301</sup>. Dolayısıyla bir tacir için de Federal Mahkeme bu korumayı uygulamada bir sakınca görmemektedir.

Almanya'da da beklenmeyen hükümlerin sözleşme içeriği olmayacağını düzenleyen hükmün, tacirlere uygulanmayacak hükümler arasında sayılmadığı görülmektedir<sup>302</sup>. Dolayısıyla, genel olarak yürürlük denetimini tacire uygulamayan Alman kanun koyucusunun dahi, bu tip hükümlere karşı tacirlerin korunmaya değer bir menfaati olduğu yönünde düşüncesi olduğu görülmektedir.

#### 4. Denetim Ölçütünden Sapma

Kanun koyucu denetim ölçütlerinden her türlü sapmayı bir dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelermemiş, sapmanın önemli ölçüde olması gerektiğini de ifade etmiştir. Zira sözleşmenin tüm maddelerinin çok sıkı bir şekilde denetime tabi tutulması irade özgürlüğü ilkesi ile bağdaşmaz niteliktedir. Bu sebeple, belli bir dereceye kadar, irade özgürlüğünü korumak ve hukuk güvenliğini sarsmamak için kanun hükümlerinden sapılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz<sup>303</sup>. Bu bağlamda sözleşmeye uygulanacak kanuni düzenleme veya en makul hak ve borç dağılımı bulunduktan sonra sadece nesnel bir denetleme yapılmayacak, bu sapmanın

<sup>298</sup> ATF, 4A\_120/2008/ech, Arrêt du 19 mai 2008, Ire Cour de Droit Civil ([www.bger.ch](http://www.bger.ch) 07.06.2014).

<sup>299</sup> Marchand, s. 330.

<sup>300</sup> ATF 108 II 416 ([www.bger.ch](http://www.bger.ch) 07.06.2014).

<sup>301</sup> ATF, 4A\_120/2008/ech, Arrêt du 19 mai 2008, Ire Cour de Droit Civil ; [ATF 119 II 443](http://www.bger.ch) ([www.bger.ch](http://www.bger.ch) 07.06.2014).

<sup>302</sup> Erden Kuntalp, **Bankalar ve Genel İşlem Koşulları**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATİDER, 8 Nisan 2011, s. 95-96 ; Atamer, Tacir, s. 24.

<sup>303</sup> Atamer sempozyum, s. 50; Reisoğlu, s. 116-117.

belli bir ağırlıkta olması da aranacaktır. Bu durum her kanuni düzenlemeye aykırılığın ya da en makul hak ve borç dağılımından sapılmanın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceğini göstermektedir.

Bir sapmanın ne zaman önemli ölçüde olacağı ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği belirlenirken sapılan denetim normunun adalet içeriği ve korunacak hukuki değerler yol gösterici olacaktır. Her kanuni düzenlemeden sapmanın aynı etkiye sahip olmayacağı açıktır. Korunacak hukuki değerlerin önemi arttıkça ilgili normdan sapmanın da ölçüsüz sayılma ihtimali doğru orantılı olarak artacaktır<sup>304</sup>. Örneğin *Atamer'in aktardığı bir örnekten hareketle*, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin getirilmesindeki amaç alıcıyı sağlam bir mal sahibi yapmaktır. Alıcının hasarsız ve ayıpsız bir mal alma konusunda bir güveni vardır. Ancak sözleşmede ayıba karşı tekeffül hükümlerinin tümünün bertaraf edilmesi hükmün temelinde yatan adalet düşüncesine aykırı olacak ve dolayısıyla sapmanın önemli derecede olduğundan bahsedilebilir. Ancak ikinci el bir mal satımında ayıba karşı tekeffül hükümlerinin bertaraf edilmesinde ise önemli derecede bir aykırılıktan bahsedilemeyecek, zira alıcı aldığı malın ayıplı olma ihtimalini biliyor olacaktır<sup>305</sup>. Bunun gibi sorumsuzluğu kaldıran veya sınırlayan kayıtlar, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme yetkisi veren kayıtlar<sup>306</sup>, aşırı miktarda sözleşmesel ceza öngören kayıtlar önemli ölçüde aykırı addedilebilecektir<sup>307</sup>.

Yasal düzenlemeden sapmaya rağmen, tarafların sözleşmesel menfaat dengesini farklı şekilde yeniden kurmuş olmaları mümkündür. Bu durumda her ne kadar kanuni düzenlemeden bir sapma olsa da bu sapma başka bir şekilde telafi edildiğinden sözleşmede yer alan bu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olduğunun ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır<sup>308</sup>. Ayrıca sözleşme bütünlüğü içerisinde bir denge kurulmuş olduğundan sözleşmenin karşı tarafı aleyhine bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla, yapılacak incelemenin sadece hüküm bazında değil,

---

<sup>304</sup> Atamer GİŞ, s. 213.

<sup>305</sup> Atamer GİŞ, s. 215.

<sup>306</sup> Tek tarafa sözleşmenin şartlarını değiştirme yetkisi veren kayıtların sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gibi bir amaca hizmet etmesi söz konusudur. Dolayısıyla her durumda sözleşmede bu yönde bir yetkinin verilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyebilir. Özellikle sınırları çizilmiş bir değiştirme yetkisi söz konusuysa dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla bu tür sözleşme hükümleri de ayrıca değerlendirilmeli ve doğrudan haksız rekabete sebebiyet verdiği ileri sürülmemelidir. Kuonen, s. 15-16.

<sup>307</sup> Kuonen, s. 14-19.

sözleşme bütünlüğü içinde bir inceleme olarak da gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>309</sup>. Ancak burada yapılacak incelemede müşteriye tanınan menfaat ile aleyhine olan düzenleme arasında işlevsel bir bütünlük olması ve sağlanan menfaatinde ekonomik değer itibarıyla aleyhte düzenlemeyi dengeleyecek nitelikte olması da aranmaktadır. Burada verilen örnekler, finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin kendini her türlü ayıptan sorumsuz tutması ancak karşılığında kiracıya, satıcıya karşı olan ayıba karşı tekeffül haklarını temlik etmesi, hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşması yapılmasına rağmen müşteriye sigorta koruması sağlanması verilebilir<sup>310</sup>.

### **5. Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'da Yapılan Değişikliğin Dürüstlük Kuralına Aykırılığın Belirlenmesinde Kullanılan Denetim Ölçütüne Getirdiği Yenilikler**

İsvHRK. 8'in yeni halindeki "sözleşmedeki hak ve borçlar arasında aşırı oransızlık ve adaletsizlik" ("*une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.*") ibaresi, kanuni düzenleme ve sözleşmenin niteliği kriterlerinin yerine, hükmü sadeleştirmek amacıyla getirilmiştir. Yedek hukuk kurallarından ayrılmak mümkündür, ancak kanunda yasaklanan, ayrılma fiili değil, ayrılmanın sonucunda oluşacak adaletsiz durumdur. Yeni düzenleme ifade edilmek istenen hususu daha anlaşılır bir şekilde ifade etmekte ve daha hukuki bir kriter getirmektedir. Bu sayede sözleşme bir bütün olarak incelenecek ve daha adil bir çözüme daha kolay ulaşılabacaktır.

Yeni hükümde ikili bir kontrol mekanizması öngörülmüştür: şekli anlamda oransızlık ve maddi anlamda oransızlık. Genel işlem şartının hukuka uygun kabul edilebilmesi için sözleşmedeki hak ve borçlar arasında hem şekli anlamda hem de maddi anlamda orantının olması gerekmektedir<sup>311</sup>. Şekli anlamda orantısızlık tespit edilirken sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerdeki dengesizliğin şeklen var olup olmadığına bakılır. Tarafların aynı konumda ve aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olup olmadıkları incelenir. Örneğin bir taraf istediği zaman sözleşmeyi feshetmeye

---

<sup>308</sup> Atamer Sempozyum, s. 52.

<sup>309</sup> Dessemontet, s. 75.

<sup>310</sup> Atamer, GİŞ., s. 216.

<sup>311</sup> Yağcıoğlu, s. 3078.

yetkiliyken karşı tarafın böyle bir yetkisi yoksa veya sorumlulukların sınırlandırılması arasında bir dengesizlik varsa şekli anlamda oransızlık gerçekleşmiştir<sup>312</sup>.. Burada şekli denetleme yapılırken İsvHRK md 8'in eski halinde yer alan kanuni düzenleme ve sözleşmenin niteliği (*le regime legale, la nature du contrat*) kıstasları da kullanılabilir<sup>313</sup>.

Şekli denetim tek başına genel işlem şartının hukuka aykırılığının tespitinde yeterli görülmemiştir. Bunun yanında gerçekleşen oransızlığın adaletsiz olması da aranacaktır ki bu durum da maddi anlamda oransızlığın tespit edilmesiyle bulunur. Maddi anlamda oransızlık tespit edilirken, şekli anlamdaki orantısızlığın sonuçları itibariyle bir adaletsizliğe, taraflar arasındaki hak ve borç ilişkisinde dengesizliğe sebebiyet verip vermediği araştırılır<sup>314</sup>. Bu inceleme uyarınca, genel işlem şartı kullanan güçlü taraf için önemli olmayan bir miktardaki ceza, karşı tarafı teşkil eden bir KOBİ için aynı etkide olmayacağından, aynı cezanın öngörülmesi de maddi anlamda oransızlık olarak karşımıza çıkacaktır<sup>315</sup>.

Maddi ve şekli anlamda denetim yapılırken her türlü hukuki norm, mahkeme kararları, doktrindeki görüşler dikkate alınabilecektir. Zira burada hak ve borç dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Şüphesiz ki hakimin istediği hukuk normunu değil, sözleşmenin türüne göre, uygulanacak hukuku seçerek bu kapsamda bir değerlendirme yapması gerekecektir. Maddi ve şekli anlamda oransızlık kriteri olarak alınmak suretiyle, nihayetinde eski düzenlemeden çok farklı olmayan bir denetim kriteri getirilmiş ancak hüküm sadeleştirilerek daha kolay anlaşılabilir ve tartışmalardan arı bir hale getirilmiştir. “Kanuni düzenleme” ya da “sözleşmenin niteliği” gibi tartışmalı terimler yerine konunun ruhuna daha uygun olan “sözleşmedeki hak ve borçlar...” ibaresi bu sebeple hükme daha uygun düşmektedir.

---

<sup>312</sup> Yağcıoğlu, s. 3076.

<sup>313</sup> Yağcıoğlu, s. 3079; Kuonen, s. 12; hükümde “kanuni düzenleme” ve “sözleşmenin niteliği” kıstaslarının kullanılmamasının sebebinin kanun koyucunun bunların kullanılmasını istemediğinden kaynaklandığı yönündeki görüşler için bkz.: Yağcıoğlu, s. 3075, dn. 39.

<sup>314</sup> Kuonen, s.12-13.

<sup>315</sup> Kuonen, s. 12

## 6. Genel İşlem Şartlarının Yanıltıcı Olması

### a. Yanıltıcılık Unsurunun Değerlendirilmesi

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartından bahsedilebilmesi için son olarak, bu şartların yanıltıcı nitelikte olmaları gerektiği belirtilmiştir. İsviçre’de birçok tartışmanın yapılmasına neden olan bu şartın Türk hukuku bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hükümde yer alan “yanıltma” kavramı, ne TBK md 31 vd. hükümlerinde düzenlenen ve irade bozuklukları halleri arasında yer alan “yanılma” ile ne de TBK md 36’da düzenlenen “aldatma” ile aynı kavramı ifade etmez. Zira haksız rekabet hükümleri kapsamında burada, bir sözleşmenin kurulması veya feshedilmesi söz konusu değildir<sup>316</sup>. Borçlar hukuku hükümleri uyarınca bir yanılmadan bahsedebilmek için yanılmanın fiilen gerçekleşmesi, yanılmaya dayanan kişinin bu yanılığa dayanarak sözleşme ilişkisine girmesi ve sözleşmenin kurulması gerekmektedir<sup>317</sup>. Nitekim Kanunda da sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemde yanılan tarafın sözleşme ile bağlı olup olmama durumu düzenlenmiştir (TBK md 39/1).

Madde kapsamında yanıltmanın gerçekleşmesi için genel işlem şartlarını kullanan tarafın karşı tarafı yanıltma niyetinin olması gerekmemektedir. Aksi düşünce genel işlem şartlarını kullanan kişinin kusurlu davranmış olmasının aranmasını gerektirecektir ki, bu durum haksız rekabet hukukunun temel nitelikleriyle bağdaşmaz. Aynı şekilde yanılmanın somut olarak gerçekleşmesi de gerekmemekte, söz konusu genel işlem şartının karşı tarafı yanıltabilecek nitelikte olması yeterli görülmektedir<sup>318</sup>. Bu husus özellikle mehaz İsvHRK md 8’in lafzından açıkça anlaşılmaktadır. Hükümde geçen “*qui sont de nature a provoquer un erreur*” (yanıltıcı nitelikte) ifadesi açıkça genel işlem şartlarının soyut olarak yanıltıcı nitelikte olmasını aramış, ayrıca yanılmanın somut olarak gerçekleşmesini gerekli

<sup>316</sup> Dessemontet, s. 71; Martin-Achard Commentaire, s. 25.

<sup>317</sup> Martin-Achard commentaire, s. 88.

<sup>318</sup> Dessemontet, s. 70; aynı yönde bkz.; Uzunallı, s. 409; Kara, s. 734. Federal Mahkemenin yanılmanın fiilen gerçekleşmesine gerek olmadığı ve genel işlem şartı kullanan tarafın da bu yönde bir iradesinin olmasına gerek olmadığı yönündeki kararı için bkz.: ATF 4A\_120/2008/ech, Arrêt du 19 mai 2008, Ire Cour de droit civil. (<http://www.bger.ch>, 03.06.2014)

görmemiştir<sup>319</sup>. Zira haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen kişiler ve menfaatler, özellikle dürüst ve bozulmamış rekabet, soyut denetimin varlığı halinde daha etkili bir şekilde korunacaktır. Yanıltıcılık tehlikesi, genel işlem şartının karışık veya birden fazla anlam taşıyacak şekilde düzenlenmesi, gizlenmesi ya da belirsiz olması gibi hallerde ortaya çıkabilir<sup>320</sup>.

Hakim yanıltmanın var olup olmadığını değerlendirirken objektif kriterlerden faydalanacaktır. Zira genel işlem şartlarının sözleşmenin karşı tarafını objektif olarak yanıltmaya uygun olması gerekmektedir<sup>321</sup>. Ancak burada gerçekleştirilecek olan incelemede tüketiciler ve tacirler aleyhine kullanılan genel işlem şartlarının yanıltıcılık niteliğinin değerlendirilmesinde farklı kriterler kullanılması gerekmektedir. Tüketiciler için bu kriter “ortalama tüketici” olarak belirlenebilecektir. Zira genel işlem şartları içeren bir sözleşmenin hangi tüketici çevresini hedef aldığı belli olduğundan bu bağlamda bir değerlendirme yapılması mümkün olabilecektir. Tacirler bakımından yanıltıcılık niteliği, genel işlem şartlarının kendi iş kollarındaki bilinirliği ile ölçülecektir<sup>322</sup>. Bu sebeple genel işlem şartlarının kullanıldığı her olay, kendi içinde değerlendirilip objektif olarak sözleşmenin karşı tarafını yanıltıcı nitelikte olup olmadığını değerlendirilmesi gerekecektir.

Federal Mahkeme de yanıltıcılık unsurunu incelerken her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yanıltıcılık unsurunun tespit edilmesinde tacir ve tüketiciler arasında farklılık olacağını ifade eden Mahkeme, tacirler bakımından yanıltıcılık unsuru ile ilgili belirleme yaptığı bir kararında<sup>323</sup>: “*Bir iş kolunda mutaat olan bir hüküm, o iş kolundan olmayan biri için mutaat kabul edilemeyecektir. Güven teorisi çerçevesinde, söz konusu hükmün karşı tarafça bilinip bilinemeyeceğinin tespit edilmesi gerekecektir. Bu belirleme yapılırken tek bakılması gereken husus ise söz konusu iş kolundaki karşı tarafın tecrübesizliği olmayacaktır. Sözleşmede kullanılan genel işlem şartının, söz konusu iş koluna yabancı bir hüküm*

---

<sup>319</sup> Troller, s. 985.

<sup>320</sup> Uzunallı, s. 409; Kara, s. 735; Federal Mahkeme, sözleşmenin hükümlerinin herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek açıklıkta kaleme alınmış olması durumunda İsvHRK md. 8’in uygulanma şartlarının gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır. ATF 4A\_54/2009, Arrêt du 20 avril 2009, (<http://www.bger.ch>, 03.06.2014)

<sup>321</sup> Uzunallı, s. 409; Kara, s. 734

<sup>322</sup> Dessemontet, s. 70-71.

*olup olmadığının da ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Bir hüküm ne oranda karşı tarafın hukuki menfaatlerine zarar veriyorsa, geçersiz sayılma ihtimali de o oranda yüksektir.”* diyerek, tacirler bakımından yanılıcılığın tespitinde iki duruma bakılması gerektiği, bunlardan ilkinin söz konusu genel işlem şartının iş kolundaki mutata bir uygulama olup olmadığı, ikincisi ise karşı sözleşenin tecrübe durumu olacaktır.

## **b. Yanılıcılık Unsurunun İsviçre Haksız Rekabet Kanunundaki Görünümü ve Yapılan Değişiklikler**

TK md 55/1-f hükmünde kanun koyucu uygulamada sıkça karşılaşılan iki durumu dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı örneği olarak belirlemiştir. Sınırlayıcı olmayan bu hükümler hakime dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının tespitinde yardımcı olacaktır. İsviçre’de doktrin<sup>324</sup> ve Federal Mahkeme<sup>325</sup>, İsvHRK md. 8/1, a ve b’de belirtilen unsurların tek başına haksız rekabetin meydana gelmesini sağlamayacağı, bunun yanında yanılıcılık unsurunun da beraber bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanuni rejimden ciddi bir şekilde ayrılma veya sözleşmenin niteliğine önemli derecede aykırı hak ve borçlar öngörülmesi tek başına genel işlem şartlarının yanılıcı olduğu anlamına gelmemekte ve haksız rekabette bahsedilebilmesi için yeterli görülmemektedir. Bu durum ise yanılıcı olma durumunun genel işlem şartlarının bir niteliği olarak değil, hükmün uygulanması için bir kıstas olarak anlaşılmasına sebebiyet veriyordu<sup>326</sup>.

İsviçre’de doktrin ve Federal Mahkeme tarafından getirilen kıstaslar uyarınca, hakim genel işlem şartlarının haksız rekabet kapsamında değerlendirmesini yaparken iki şeye bakacaktır: 1) sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının yanılıcı nitelikte olup olmadığı, 2) kanuni rejimden ciddi bir biçimde ayrılma olup olmadığı veya

<sup>323</sup> ATF 119 II 443 (<http://www.bger.ch>, 03.06.2014)

<sup>324</sup> Dessemontet, s. 72; Martin-Achard commantaire, s. 87.

<sup>325</sup> Federal Mahkeme verdiği kararlarında yanılıcılık unsurunu haksız rekabetin varlığı açısından zorunlu bir unsur olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu hususu: “İsvHRK md 8’in uygulanabilmesi için sadece a ya da b bentlerinde yazılı olan hallerin gerçekleşmesi yetmez, ayrıca genel işlem şartlarının yanılıcı nitelik taşımaları da gerekir.” diyerek açıklamıştır. ATF 117 II 332 (<http://www.bger.ch>, 06.02.2014); Federal Mahkemenin aynı yöndeki kararları için bkz.: ATF 119 II 443; ATF 4C.88/2001, Arrêt du 26 septembre 2001, Ie Cour Civil; ATF 4A\_120/2008/ech, Arrêt du 19 mai 2008, Ire Cour de droit civil; ATF 5C.237/2000, Arrêt du 15 février 2001, Iie Cour Civile. (<http://www.bger.ch>, 03.06.2014)

<sup>326</sup> Havutçu 200-202; Yağcıoğlu, 3062.

sözleşmede öngörülen haklar arasında açık bir nispetlilik olup olmadığı. Burada önemli olan husus yanıltıcılıktır. Zira yanıltıcılık olmadan salt kanunda sayılı durumların gerçekleşmiş olması genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil etmesi için yeterli görülmemiştir. Fakat ifade edilmelidir ki, doktrinde ve uygulamada “yanıltıcılık” unsuruna yüklenen bu anlam hüküm ile tutarlı bir yorum olarak nitelendirilemez. Zira hükümde yer alan “özellikle” ibaresi bu hallerin örnek niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle yanıltıcılık unsuru asli bir unsur değil, dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünüş şekli olarak anlaşılması, hükmün lafzı ile daha uyumlu bir yorum olacaktır<sup>327</sup>.

İsviçre’de bu görüş uyarınca mahkemeler genel işlem şartı kullanan tarafın karşı tarafı yanıltma amacının olup olmadığını arıyordu. Bu durum hükmün uygulanmasını neredeyse imkânsız hale getirmiş ve bu sebeple de uygulamasının çok az görülmesine neden olmuştur<sup>328</sup>. Bu durum genel işlem koşullarına getirilmek istenen etkili içerik denetiminin gerçekleştirilememesi sonucunu doğurmuştur. Daha sonra ise hükmün uygulanmasına işlerlik kazandırılması için hükümde köklü değişikliklere gidilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle birlikte hüküm tamamen değiştirilmiş ve şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Madde 8 – Yolsuz ticari şartların kullanımı: Özellikle dürüstlük kuralına aykırı nitelik taşıyan ve sözleşmedeki hak ve yükümlülükler dağılımında, tüketici aleyhinde açık ve adil olmayan bir oransızlık öngören genel işlem şartı kullanımı hukuka aykırıdır.”*

Yeni düzenleme ile birlikte doktrinde çokça eleştirilen yanıltıcı olma kriteri kaldırılarak hükme işlerlik kazandırılmak istenmiştir. Mevcut düzenleme eskisinden tamamen farklı bir yapıda olduğundan Türk Hukukundaki düzenleme ile de benzerliği ortadan kalkmıştır. Ancak hükmün geçirdiği bu safhalar, hükmün ülkemizde uygulanmasında karşılaşılabilecek sorunların anlaşılması ve aşılmasında yol gösterici olacaktır.

---

<sup>327</sup> Yanıltıcılık unsurunun eleştirisi ve Türk hukukunda nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak bkz.: Aşa. c.

<sup>328</sup> Kara, s. 735 ve dn. 50’deki yazarlar; Atamer, GİŞ, s. 67; Yağcıoğlu, 3062; “Belirtilen nedenlerle hüküm ölü olarak doğmuştur.” Bkz.: Morin, s. 51, N. 179



### c. Türk Hukukunda Yanıltıcılık Unsurunun Haksız Rekabetin Gerçekleşmesindeki Yeri

Kanun koyucunun yanıltıcılık unsuruna verdiği önem, İsviçre’de hükmün uygulanması bakımından bazı sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hükmün uygulanabilirliğini bu derece sınırlayan bir kıstasın ülkemiz uygulamasında da bir takım sorunlara neden olabilme ihtimali oldukça yüksektir.

TK md. 55/1-f hükmü, tacir/tüketici ve tacir/tacir arası sözleşmelerde uygulama alanı bulacaktır. Ancak her iki tarafının da tacir olduğu durumlarda yanıltıcılık unsurunun gerçekleşmesi bir hayli zor görünmektedir. Zira basiretli iş adamı sıfatındaki tacirin sözleşmenin içinde yer alan hükümleri değerlendiremeyip yanılığa düşmesi pek kabul edilebilir gözükmemektedir. Objektif bir özen ölçüsü getiren bu yükümlülük uyarınca, işin niteliği göz önünde bulundurularak tedbirli, sağduyulu, ileriye makul ve olağan şekilde gören tacirin davranışları esas alınacaktır. Yargıtay kararları incelendiğinde sözleşmedeki hükümlerle ilgili bir yanılığa düşülmesi basiretsizlik olarak nitelendirilebilecektir<sup>329</sup>. Kaldı ki genel işlem koşullarının sözleşmeyi olduğu gibi imzalama ya da sözleşme ilişkisine hiç girmeme (*take it or leave it*)<sup>330</sup> dışında üçüncü bir seçeneği karşı tarafa sunmuyor olması da yanıltıcılık unsurunun korumanın kapsamını aşırı daralttığı ve korumadan asıl yararlandırılması kesin olan küçük işletmeleri korumama tehlikesinin olduğu görülmektedir.

Türk doktrinde yanıltıcılığa verilen ağırlık eleştirilmiş ve çeşitli çözüm önerileri getirilmiştir. **Karahan**, genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı sayılması için aranan “yanıltma” şartını, Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu arasındaki dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesinde farklılıkların oluşmasına neden olabileceğini ve Borçlar Kanununa göre dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem şartının, yanıltıcılık unsurunun eksikliği sebebiyle Ticaret Kanunu bakımından dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyebileceğini ifade etmektedir. Bu çelişkinin

<sup>329</sup> Burada kastedilen, tacirin, sözleşmede neyin düzenlendiğini bilmemesi, bu keyfiyetin farkında olmamasıdır. Basiretli tacir ile ilgili daha geniş bilgi için bkz.: Karahan, s. 94-96.

<sup>330</sup> Atamer, GİŞ, s. 35; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 156.

genel işlem koşullarıyla ilgili temel düzenlemenin yapıldığı Borçlar Kanunu hükmü esas alınarak çözülmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>331</sup>.

**Atamer** ise hükmün lafzında yer alan “özellikle” ibaresinin yanıltıcılık unsurunun genel işlem şartlarının denetimi için zorunlu unsur olmadığını gösterdiğini belirtmiştir. Halbuki İsvHRK md 8’in eski halinde “özellikle” ibaresi yer almadığından İsviçre’de hükmün uygulanması için yanıltıcılık unsurunun varlığı bir şart olarak aranmış ve sonuç itibarıyla hüküm o haliyle uygulanamamıştır<sup>332</sup>. Bu sebeple yanıltıcılık unsurunun bulunmaması dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının haksız rekabet oluşturamaması gibi bir sonuç doğurmayacaktır. Kaldı ki TK md 55/1-f hükmünün ilk cümlesi “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak” şeklindedir. Bu husus, kanun koyucunun asıl yasaklamak istediği fiilin bu tür genel işlem şartlarının kullanılması olduğunu açıkça göstermektedir. Hükmün devamında dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde gerçekleşeceği ile ilgili örnekler sarf edilmiştir. Sonuç itibarıyla “yanıltıcı olma” kıstasının, dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak, örnek mahiyetinde sevk edildiğinin kabulü gerekecektir. **Atamer** ayrıca Borçlar Kanununda da atıf yapılan ancak Kanunda bir ölçü verilmeyen dürüstlük kuralına aykırılık hali ile ilgili olarak TK md 55/1-f, (1) ve (2) numaralı alt bentlerindeki örneklerin ölçü olarak alınabileceğini ifade etmektedir.

**Uzunallı** da benzer bir şekilde, bir pazar davranışı olarak görülen genel işlem şartı kullanımının içerik denetiminin yapılmasında, yanıltma koşulunun bu denetimi sınırlandırıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca müşterilerin kendilerine sunulan genel işlem şartlarının pazarda mutata olarak kullanılan ve pazar şartlarına uygun olarak düzenlendiklerine olan güvenlerinin korunması gerektiğinden hareket ederek TBK md. 25 anlamında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının aynı zamanda yanıltıcı olduğunun kabul edilebileceğini ileri sürmüştür<sup>333</sup>.

**Kara** ise daha farklı bir görüş benimseyerek, yanıltıcılık unsurunun temel kural için değil, sadece örnek olarak sayılan genel işlem şartı kullanımlarında aranacağını ileri sürmüştür. Zira kanun koyucu yanıltıcılık unsurunu sadece bu haller

---

<sup>331</sup> Karahan, s. 238.

<sup>332</sup> Atamer Sempozyum, s. 67-69.

<sup>333</sup> Uzunallı, s. 410.

için öngörmüştür<sup>334</sup>. TK md. 55/1-f hükmünün ilk cümlesinin “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak” olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yazarın bunu temel kural olarak ele aldığı ve yanıltıcılık unsurunu sadece sonrasında sayılan örnekler için aradığı görülmektedir. Ancak bu halde dürüstlük kuralına aykırılığın nasıl saptanacağı konusunda zorluklarla karşılaşılması da söz konusu olabilecektir. Zira hükmün (1) ve (2) numaralı alt bentlerindeki örnekler dürüstlük kuralına aykırılığın somutlaştırılmasında yol gösterici kriterlerdir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, “yanıltıcılık” unsuru İsviçre’de birçok soruna sebebiyet vermiş ve kanun hükmünün değiştirilmesindeki nedenlerden biri olarak gösterilmiştir. Ancak *kanaatimizce* Türk hukuku bakımından aynı sorunların yaşanması söz konusu değildir. İlk olarak kanun koyucu hükmün ilk cümlesine “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak” olarak başlayarak haksız rekabet teşkil eden durumu açıkça belirtmiştir. Hükmün geri kalanı dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde gerçekleşeceğine ilişkin örneklerden ibarettir. İkinci olarak, yine hükmün lafzında İsviçre’deki eski düzenlemenin aksine “Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine” şeklinde yer alan ibare aslında yanıltıcılık unsurunun da 1 ve 2 numaralı bentlerdeki şartların haksız rekabet oluşturması için mutlaka aranacak bir şart olmadığını göstermektedir. Zira kanun koyucunun “özellikle” kelimesini kullanarak yanıltıcı olsun olmasın 1 ve 2 numaralı bentlerdeki hallerin meydana gelmesi durumunda dürüstlüğe aykırılığın gerçekleşmiş olacağını düzenlediği düşünülebilecektir<sup>335</sup>. Bu bakımdan yanıltıcılığın ayrı bir unsur olarak değil, dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak mülahaza edilmesi gerekmektedir. Nitekim haksız rekabete ilişkin genel nitelikteki TK md. 54/2 hükmünde de kanun koyucu benzer bir vurgulama yapmıştır. Hükümde yer alan “...aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar...” ibaresindeki aldatıcılık, dürüstlük kuralına aykırılığın özel bir görünümü olarak değil, dürüstlük kuralına aykırılığın uygulamada en sık görülen şekli olduğu için hükümde ayrıca belirtilmiştir<sup>336</sup>. Bu itibarla hükmün 1 ve 2 numaralı bentlerinin gerçekleşmesi halinde, dürüstlük kuralına aykırılığın gerçekleşmiş olacağının kabul edilmesi gerekecektir. Kanun koyucunun benzer bir uygulamaya 55/1-f hükmünde yer

<sup>334</sup> Kara, s. 735.

<sup>335</sup> Aynı yönde bkz.: Atamer Sempozyum, s. 67-69.

<sup>336</sup> Karayalçın, s. 453; Message a l’appui, s. 1092.

vermesi, yanılıcılığın dürüslük kuralına aykırılığın bir görünümü olmasından kaynaklanmaktadır ve ayrı bir unsur olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Bunun yanında kanun koyucunun, genel işlem şartlarının denetimindeki en önemli unsur olan içerik denetiminin uygulanmasını, yanılıcılığı ayrı bir unsur olarak aramak suretiyle bu derece sınırlandırmayı düşündüğünün ileri sürülmesi doğru görülmemektedir. Açıklanan nedenlerle “yanılıcılık” ibaresinin hükmün uygulamasını sınırlandırıcı bir şekilde yorumlanması hem hükmün lafzı ile bağdaşmayacak, hem de haksız rekabet hukuku hükümleri ile getirilmek istenen korumaya aykırı bir sonuca bizi götürebilecektir. Bu sebeple yanılıcılık unsuru haksız rekabetin hüküm kapsamında oluşması için ayrı bir unsur olarak aranmamalı, dürüslük kuralının bir görünümü olarak mülahaza edilmelidir. Kaldı ki yanılıcılık unsurunun İsviçre Hukukunda olduğu gibi aranması bizi kastın aranmasına kadar götürebilecektir ki bu durum haksız rekabetin genel ilkeleriyle taban tabana zıt bir durum teşkil etmektedir.

## **7. Genel İşlem Şartlarının Kullanımının Tüketici veya Girişimciye Yönelik Olması**

İsviçre’de TK md 55/1-f hükmünün karşılığı olan İsvHRK md 8’in korumasından kimlerin yararlanacağı hususunda Kanun gerekçesi ve bunu takiben doktrinde, korumanın sujesi olarak tüketicilerin yanında ekonomik düzende genel işlem şartı kullanan kişilerden daha aşağı basamakta yer alan işletmelerin yararlanacakları ifade edilmiştir<sup>337</sup> <sup>338</sup>. Ekonomik hayatta genel işlem şartlarının içeriğini düzgün bir şekilde takdir edebilecek düzeyde olmayan küçük işletmeler çoklukla bulunmaktadır. Dolayısıyla bu kişilerin de getirilen korumadan yararlandırılması gerekmektedir<sup>339</sup>. Bu sebeple korumanın sujesi tüketici olabileceği gibi tacir ya da esnaf sıfatına sahip müşteriler<sup>340</sup> de olabilecektir<sup>341</sup>. Kaldı ki yukarıda

<sup>337</sup> Message a l’appui 1017; Troller 983; Martin-Achard commantiare 86-87; Pichonnet Le Projet de Revision 289; Dessemontet da aynı görüşte olmasına rağmen korumadan yararlanacak kişileri müşteriler olarak ifade etmiştir s. 58.

<sup>338</sup> Doktrinde Marchand ise, genel işlem şartlarına karşı korumadan sadece tüketicilerin yararlanması gerektiğini, rakipler arasında genel işlem şartı kullanımının sınırlandırılmasının, ticari hayattaki sözleşme özgürlüğüne aşırı bir müdahale olacağını ve bunun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir, Marchand, s. 330-331.

<sup>339</sup> Message a l’appui, s. 1017-1018.

<sup>340</sup> İsviçre’de bu kişileri açıklamak için “Ekonomik düzende daha aşağı basamakta yer alan bir kişi” tabiri kullanılmıştır. Message a l’appui, s. 1017.

da ifade edildiği üzere genel işlem şartı kullanımıyla ilgili asıl sorun karşı tarafın bu şartları kabul etmek zorunda bırakılmasıdır. Tacir sıfatındaki müşteriler çoğu zaman bu hükümlerden haberdar olacak ancak ekonomik düzende alt basamakta yer aldıkları için bir itiraz imkanları bulunmayacaktır. Bu sebeple korumadan yararlanmaya en çok muhtaç olan kesimin küçük işletmeler olduğu göz önünde bulundurularak hükmün bu doğrultuda yorumlanması gerekecektir.

Ticari hayatta güçlü olan kişilerin daha zayıf konumda olan kişilere karşı genel işlem şartlarını kullandığı sıklıkla görülen bir durumdur. Haksız rekabet hukukundaki yeni eğilimle birlikte artık sadece rakipler arasındaki ilişkilerin hukuka uygun olması değil, aynı zamanda ekonomik hayatın da düzgün ve bozulmamış rekabetin sağlanmasına olan yararının göz önünde bulundurulması gerekecektir<sup>342</sup>. Bu nedenle de tüketicilerin de bu korumadan faydalanmaları mümkün olmalıdır. Kaldı ki gerek İsviçre gerek de Türk kanunlarının gerekçelerinde bu durum açıkça ifade edilmiştir<sup>343</sup>. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, hükmün kapsamını İsviçre’de sadece tüketicilerle sınırlama yönünde bir eğilim bulunmaktadır ve İsvHRK md. 8’in değiştirilmesi sonucunda doktrindeki bu görüş uyarınca hüküm tüketicilere özgü bir hale getirilmiştir.

### **C. Genel İşlem Şartlarının Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti İhlal Etmesi**

Genel işlem şartları kullanımının hüküm kapsamında haksız rekabet teşkil edebilmesi için aranan son kriter, fiilin TK md. 54’de öngörülen, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını ihlal edecek nitelikte olması gerekliliğidir<sup>344</sup>.

Bir fiilin haksız rekabet olup olmadığının belirlenmesinde sadece TK md. 55’de sayılan örneklerin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılması yeterli olmamakta, bunun yanında söz konusu fiilin rekabeti ve pazarın işleyişini de etkilemesi gerekmektedir<sup>345</sup>. Haksız rekabet fiillerine uyan bir davranış olmasına rağmen pazar

---

<sup>341</sup> Message a l’appui 1017; Uzunallı, s. 406.

<sup>342</sup> Martin-Achard commentaire, s. 87; Dessemontet, s. 58.

<sup>343</sup> TK Gerekeçe md 54; Message a l’appui, s. 1007.

<sup>344</sup> Bkz.: Yuk. § 1, I, B, 1, b.

<sup>345</sup> Poroy/Yasaman, s. 315.

etkilenmemişse haksız rekabet hükümlerine başvurulması mümkün olmayacaktır<sup>346</sup>. Fiilin dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının işleyişini bozabilecek nitelikte olması, haksız rekabetin oluşumu için yeterli görülmektedir. Zira haksız rekabetten bahsedilebilmesi için rekabetin bozulmasının mutlaka gerçekleşmiş olması aranmamakta, söz konusu fiilin bu yönde bir tehlikeyi içermesi dahi yeterli kabul edilmektedir<sup>347</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, TK md. 55/1-f uyarınca bir haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için gerekli olan son unsur da fiilin rekabet ortamını etkilemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel işlem şartlarının kullanıldığı durumların çoğunda rekabetin de bu fiil nedeniyle etkilendiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Zira genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin pazarı düzenleyen bir işlevinin olduğu kabul edilmektedir<sup>348</sup>. Ancak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan bir genel işlem şartı kullanılmış olmasına rağmen bu kullanımın pazardaki rekabet ortamına zarar vermemesi halinde haksız rekabetin oluştuğunda bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Zira koruma kapsamında yer alan hukuka aykırı genel işlem şartı kullanımının önüne geçilerek sözleşmedeki bozulan hak ve borçlar dengesinin yeniden sağlanması değil, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının korunmasıdır. Dolayısıyla fiilin rekabet ortamına yönelik bozucu bir etkisinin olması şarttır. Aksi halde TBK hükümleri uyarınca genel işlem şartlarının denetlenmesi söz konusu olacaktır.

---

<sup>346346</sup> Poroy/Yasaman, s. 315; Yasaman, İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Hukukuna Etkileri, s. 8. Nitekim Federal Mahkeme verdiği bir kararında dava konusu fiillerin rekabeti etkileyecek yapıda olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir (ATF 126 III 198). Kararın Türkçe tercümesi için bkz.: İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Hukukuna Etkisi, s. 25.

<sup>347</sup> Karahan, s. 212; Karayalçın, s. 453; Örs, s. 33; haksız rekabetten bahsedilebilmesi için zarar ya da zarar tehlikesinin aranmayacağına ilişkin olarak bkz.: Erdil, s. 48-49.

<sup>348</sup> Antalya s. 286; Alman hukukunda genel işlem şartlarının pazar davranışlarını düzenleyen bir hüküm olarak Kabul edildiğine ilişkin bkz.: III, 1, b.

### **§ 3 DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTLARININ KULLANILMASI HALİNDE HAK SAHIPLERİ, YAPTIRIMLAR VE KORUYUCU HÜKÜMLER ARASINDA ÇATIŞMA SORUNU**

#### **I. Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Şartı Kullanımını Sadece Haksız Rekabet Yönünden Yaptırıma Tabi Tutan Sistemin İncelenmesi**

##### **A. Modern Hukuk Sistemlerinde Kanun Koyucunun Genel İşlem Şartlarına Yönelik Olarak Getirdiği Yaptırımların Farklılaşması Sorunu**

Genel işlem şartlarına ilişkin Alman ve İsviçre hukuk sistemlerindeki düzenlemeler incelendiğinde, kurumun tek yönlü olarak normatif düzenleme altına alındığı görülmektedir. İsviçre’de kanun koyucu genel işlem şartlarını haksız rekabet hukuku bağlamında ele almayı uygun görmüştür. Bu bağlamda konuyu İsvHRK md. 8’de düzenleme altına alınmış ve dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımı fiili bir pazar davranışı olarak kabul edilmiştir. Alman hukukunda ise mesele BGB’de düzenleme altına alınmıştır. Sözleşmeler hukuku alanında konunun düzenlenmesi gerektiğini düşünen Alman kanun koyucu, denetime ilişkin daha açık ve kapsamlı düzenlemeler getirmiştir. Bu bağlamda İsvHRK’da dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılması klasik haksız rekabet yaptırımlarına tabi tutulmuşken<sup>349</sup>, BGB’de genel işlem şartlarına ilişkin denetim üç aşamalı olarak düzenlenmiştir<sup>350</sup>.

Genel işlem şartlarının düzenleme yerlerinin ülkeden ülkeye farklılık göstermesi, kurumun farklı hukuk dallarıyla olan ilişkisini açıkça göstermektedir. Genel işlem şartlarının bu niteliği nedeniyle İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde içtihatlar yoluyla diğer alanlarda da kurumun etkileri belirlenmiş ve yaptırıma tabi tutulmuştur. İsviçre hukukunda bu durum, haksız rekabet bağlamından yola çıkarak sözleşmeler hukuku bağlamında da bir yaptırımın gelişmesine neden olurken, Alman

---

<sup>349</sup> Genel işlem şartlarının İsviçre Hukukundaki düzenlemesi ile ilgili olarak bkz.: § 2, I, B.

hukukunda süreç tam aksi yönde işlemiş ve ilk olarak sözleşmeler hukuku bağlamında bir yaptırıma tabi olan genel işlem şartı kullanımını daha sonra haksız rekabet bağlamında ele alınmıştır<sup>351</sup>.

Genel işlem şartları ile ilgili düzenlemelerin farklı hukuk dalları altında düzenlenmesi kuşkusuz uygulanacak yaptırımların belirlenmesinde sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Zira kurumun düzenlendiği iki hukuk dalının amaçları ve korunmak istenen menfaatler birbirinden farklıdır. Bu sebeple yaptırımların farklılaşmasının denetimde nasıl bir etki doğuracağıın tespit edilmesi gerekecektir. Tezimizin bu kısmında genel işlem şartlarının yaptırımındaki bu farklılaşmanın üzerinde durulacaktır. Tezimizin konusu itibariyle, haksız rekabet hukuku bağlamında bir inceleme yapılması daha uygun görülmüştür. Bu nedenle ilk olarak haksız rekabet hükümleri açısından mehz teşkil İsviçre hukuku incelenecek ve ardından Türk hukukundaki sorunlara çözüm getirilmeye çalışılacaktır.

## **B. Tek Yönlü Düzenleme İçeren Sistemin Çok Yönlü Düzenleme İçeren Sistemden Farkı ve Özü**

Türk Hukuku'nda genel işlem şartlarının hukuka aykırılığı çok yönlü düzenlemelerle ele alınırken, İsviçre Hukuku bu kurumu münhasıran haksız rekabet hukuku cephesinden düzenlemiştir. Genel işlem şartlarının denetiminde TBK'da, BGB'de olduğu gibi, üç aşamalı bir kontrol mekanizması öngörülmüştür<sup>352</sup>. Bunlar yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticaret Kanununda ise kanun koyucu konuyu sadece içerik denetimi bağlamında ele almıştır.

Genel işlem şartlarının denetimindeki en önemli aşamayı oluşturan içerik denetimi, yürürlük denetimi aşamasından geçmiş ve sözleşmenin geçerli olarak içeriğine dahil edilmiş olan genel işlem şartlarının, içerik bakımından da uygun olup olmadığının tespiti için yapılan denetim türüdür<sup>353</sup>. İçerik denetimi genel işlem şartlarının kontrolündeki en önemli aşamayı oluşturmaktadır. Zira genel işlem şartlarının yürürlük denetiminden kaçırılması, bunları kullanan kişiler açısından bir

---

<sup>350</sup> Genel işlem şartlarının Alman Hukukundaki düzenlemesi ile ilgili olarak bkz.: § 2, I, C.

<sup>351</sup> Bkz.: § 2, I, E.

<sup>352</sup> Bkz.: § 1, II, A, 2.



sorun teşkil etmemektedir. Sözleşmedeki bu tür şartların çoğu zaman hukukçulara hazırlatıldığı dikkate alındığında, yürürlük denetiminin maddi gereklerinin yerine getirilmesinde bir sorun olmayacaktır<sup>354</sup>. Dolayısıyla taraflar arasında bozulmuş olan menfaat dengesinin yeniden temin edilmesinde içerik denetiminin rolü çok önemlidir<sup>355</sup>. İçerik Denetimi Türk Hukukunda açıkça TBK md. 25’de düzenlenmiştir.

İçerik denetimi Açık İçerik Denetimi ve Örtülü İçerik Denetimi olmak üzere iki türe ayrılmaktadır. Açık içerik denetiminde hakimin söz konusu genel işlem şartına doğrudan müdahalesi söz konusudur. Hakim, sözleşmenin içeriği haline gelmiş olan genel işlem şartlarının içerik itibariyle tarafların menfaatlerini adil biçimde dengeleyip dengelemediğini inceler. Bu incelemenin sonucunda söz konusu genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olduğuna hükmederse bu türdeki hükümleri geçersiz kılar<sup>356</sup>.

Örtülü içerik denetiminde ise hakimin sözleşmeye dolaylı bir müdahalesi söz konusudur. Bu dolaylı müdahale, söz konusu genel işlem şartlarının karşı taraf lehine yorumlanması veya sözleşmenin içeriğinden sayılmaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda İsviçre’de örtülü içerik denetimi ile ilgili iki kıstas öngörülmüştür. Bunlar “alışılmadık şartlar” ve “açık olmama” kriterleridir<sup>357</sup>. Alışılmadık şartlar, genel işlem şartını kullanan tarafın, karşı tarafın dikkatinden kaçırarak sözleşme hükmü yapmaya çalıştığı ve söz konusu sözleşme ile konu bakımından ilgisi olmayan şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür şartlar, sözleşmenin içerisine gizlenmek suretiyle karşı tarafın dikkatinden kaçırılarak kabul etmesi amaçlandığından karşı tarafın bu şartlarla bağlı hale gelmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Genel işlem şartlarının açık olmaması, hükmün farklı anlamlara gelebilecek şekilde yazılmış olmaları, durumunda ise hakim genel işlem

---

<sup>353</sup> Atamer, Sempozyum, s. 34 ; Havutçu, s. 154; Dessemontet, s. 75 ; Çınar, s. 88.

<sup>354</sup> Atamer, GİŞ, s 143.

<sup>355</sup> Atamer, GİŞ, s.143-144; Havutçu, s.154; Çınar, s.119.

<sup>356</sup> Atamer, GİŞ, s.143-144; Havutçu, s.154; s. Yağcıoğlu, s. 3060; Çınar, s.119.

<sup>357</sup> Dessemontet, s. 72-72.

şartını kullananın aleyhine olan yorumu tercih ederek sözleşmedeki menfaatler dengesini sağlamaktadır<sup>358</sup>.

Genel işlem şartlarının kullanımının haksız rekabet bağlamında değerlendirildiği TK md. 55/1-f hükmünde, hükme aykırılık durumunda söz konusu genel işlem şartlarına uygulanacak yaptırımla ilgili olarak ayrıca bir düzenleme getirilmemiştir. Elbette TK md. 56'da yazılı davaların bu durumda da açılması mümkün olacaktır. Ancak borçlar hukuku anlamında bir geçersizlik sonucunun hükümde açıkça getirilmemiş olması bazı sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Nitekim içerik denetimini düzenleyen TBK md. 25 hükmünde de bir yaptırıma ya da içerik denetiminde kullanılacak kıstaslara yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak görülmüştür<sup>359</sup>. Bu durumun ortaya çıkardığı sorunların en başında ise TK md. 55/1-f'e aykırı genel işlem şartı kullanımında bunların akıbetinin ne olacağıdır.

### **1. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda 2011 Değişikliği Öncesi 8. Maddeye Aykırılık Durumunda Uygulanması İleri Sürülen Yaptırım Tartışmaları**

İsviçre'de genel işlem şartlarına ilişkin tek düzenleme Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'da bulunmaktadır. Kanunun 8. maddesinde düzenleme altına alınan bu hususla ilgili Kanunda ayrıca bir yaptırım öngörülmemiştir. Doktrinde bu durum, İsvHRK md. 8'in yaptırımının ne olacağı konusunda tartışmalara neden olmuştur. Kuşkusuz ki burada tartışma konusu olan husus İsvHRK md. 9 bağlamında haksız rekabet davalarının açılıp açılmayacağı yönünde değildir. Zira 9. maddede sayılan davaların açılabilmesi hususunda doktrinde bir çatışma bulunmamaktadır<sup>360</sup>.

İsviçre doktrininde, İsvHRK md. 8'e aykırılık durumunda, söz konusu genel işlem şartlarının İsvBK md. 20<sup>361</sup> kapsamında değerlendirilerek geçersiz sayılabileceğini ileri süren yazarlar İsvHRK md. 8 denetimine giren genel işlem

<sup>358</sup> Atamer, GİŞ, s. 143-144; Havutçu, s. 155; Dessemontet, s. 71-72; Kuonen, s. 24-25; Yağcıoğlu, s. 3060-3061.

<sup>359</sup> Atamer, sempozyum, s. 42-43.

<sup>360</sup> Pichonnaz, s. 140-141; Marchand, s. 4; Gobet, s. 5.

<sup>361</sup> İsvBK md. 20 : « *Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs* » Hüküm TBK md. 27'nin karşılığı olup ilk fıkrası şu şekildedir : «*Kanunun emredici*

şartlarının ahlaka aykırı kabul edilerek kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacağını belirtmişlerdir. Burada kesin hükümsüzlüğün kısmi kesin hükümsüzlük olup sadece genel işlem şartlarının geçersiz olacağı, sözleşmenin geri kalan kısmıyla geçerli bir şekilde ayakta kalacağını savunan görüşün yanında<sup>362</sup>, İsvHRK md. 8'e aykırı hüküm içeren sözleşmelerin tamamen kesin hükümsüz olacağını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşü İsvBK md. 20'ye dayandıran yazarlar kısmi hükümsüzlüğün uygulanamayacağını ileri sürmektedirler<sup>363</sup>.

İsvHRK md. 8'e aykırı olarak genel işlem şartı kullanılmasının kesin hükümsüzlük ile geçersiz sayılmasını eleştiren görüş, İsvBK md. 20'de sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olması nedeniyle bir yaptırımın sevk edildiği, halbuki haksız rekabet hukukunda haksız bir fiilin söz konusu olduğu ve bu haksız fiilin yaptırımı tabi tutulmak istendiği görüşü ileri sürülmüştür. Sözleşmelere ilişkin bir düzenlemenin haksız fiiller bakımından uygulanmasının mümkün olamayacağı ileri sürülerek bu görüşe karşı çıkmıştır<sup>364</sup>.

*Dessemontet*'e göre ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanılmış olması durumunda sözleşmenin karşı tarafı genel işlem şartı kullanan tarafa karşı bu hükümlerin uygulanamaz olduklarını ileri sürebilecektir. Üçüncü kişilerin sözleşmedeki bu haksız şartların geçersiz olup olmadıkları ile ilgili dava açmaları, ya da hakimin resen bunu değerlendirmesi gibi bir duruma sebebiyet verecek kesin hükümsüzlük yaptırımının kabul edilmesi ise mümkün olmamalıdır. Bu sebeple de yaptırımın temelini İsvBK md. 20'de aranması doğru gözükmemektedir. Burada yapılması gereken İsvMK md 27/2'nin<sup>365</sup> kıyasen uygulanmasıdır. Zira genel işlem şartı içeren sözleşmelerde de karşı tarafın ekonomik kişiliği ve seçme özgürlüğü kısıtlanmaktadır<sup>366</sup>. Dolayısıyla bir iptal edilebilirlik durumunun söz konusu olduğu savunulmaktadır. Doktrinde *Troller* de

---

*hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.»*

<sup>362</sup> B. Stauder, *Defense des Consommateurs: Quel Progres?*, s. 87

<sup>363</sup> K. Spoendlin, *Was soll noch Art. 8 UWG?*, SAS 1987, s. 117 (Dessemontet, s. 83'den naklen)

<sup>364</sup> Anne-Christine Fornage; *La Mise en oeuvre des Droits du Consommateur contractant*, EPR Band, 2011, s. 227; Sandra Vigneron-Maggio-Aprile; *L'Information Des Consommateurs En Droit Europeen Et En Droit Suisse De La Consommation*, Bruylant, 2006, s. 114.

<sup>365</sup> Hüküm TMK md 23/2'nin karşılığı olup şu şekildedir : « *Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz* »

<sup>366</sup> Dessemontet, s. 85 ; İsvBK md. 27/2'nin içerik denetiminde kullanılabilmesine ilişkin bkz. : Yağcıoğlu, s. 3093.

*Dessemontet*'nin bu görüşünü savunmakta ancak buna ek olarak genel işlem şartlarının sözleşmenin esaslı unsurlarına etki etmiş olması durumunda sözleşmenin ayakta kalamayacağını, sözleşmenin bir bütün olarak geçersiz hale geleceğini ifade etmektedir<sup>367</sup>.

Bunun yanında, bir kanun hükmüne aykırılığın kesin hükümsüzlük sonucunu doğurması için bunun kanunda açıkça yazması gerektiği, hukuki bir dayanağının bulunması gerektiği, maddede açıkça bu yönde bir yaptırım öngörülmediği için de İsvBK md. 20 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Federal Mahkeme ise kesin hükümsüzlük yaptırımıyla ilgili olarak, yaptırımın açıkça kanundan kaynaklanabileceği gibi, ihlal edilen normun amacı ve anlamından da kesin hükümsüzlük yaptırımına varılabileceğini belirtmiştir<sup>368</sup>. İsvHRK md. 8'in kamunun menfaatini koruduğu hususunda İsviçre doktrininde bir tartışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla hükme aykırılığa kesin hükümsüzlük sonucunun bağlanması mümkün görünmektedir<sup>369</sup>. Buna rağmen İsviçre'de, kesin hükümsüzlüğün herkes tarafından ve herhangi bir zaman sınır ile bağlı olmaksızın ileri sürebilecek olması nedeniyle bu görüşe temkinli yaklaşılmıştır<sup>370</sup>.

Bu dönemde İsviçre'de genel işlem şartlarının kendiliğinden kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanması mümkün görülmemiş olsa bile ahlaka aykırılık nedeniyle söz konusu hükümlerin batıl sayılması hususunda görüşler doktrinde mevcuttur<sup>371</sup>. Butlan yaptırımına bu denli temkinli yaklaşmış olsa da bu durum karşı tarafın elinde hiçbir imkanın olmadığı anlamına gelmemektedir. Haksız rekabet oluşturan bir eylem söz konusu olduğundan İsvHRK md. 9 vd.'da sayılan davaların açılması her zaman mümkün olabilecektir. Bu bağlamda haksız rekabetin men'i davasının açılabilmesi (İsvHRK md. 9/1) ifade edilmiştir. Men davasının açılması durumunda bunu bir iptal davası olarak şekilleneceği ve söz konusu genel işlem şartlarının geçersizliğine hükmedileceği belirtilmiştir<sup>372</sup>. Verilen geçersizlik

<sup>367</sup> Troller, s. 985.

<sup>368</sup> ATF 102 II 404, JT 1978 I 496 (Dessemontet, s. 84'den naklen); Fornage, s. 227.

<sup>369</sup> Fornage, s. 228.

<sup>370</sup> Dessemontet, s. 84-85.

<sup>371</sup> Atamer, GİŞ, s. 191, dn. 273'de yer alan yazarlar; Dessemontet, s. 83, dn. 64'de belirtilen yazarlar.

<sup>372</sup> Atamer, GİŞ, s. 195 dn. 293'de belirtilen yazarlar. Buna karşılık doktrinde Mülbert, bu davanın iptal davası olarak etki doğurmayacağını, müşteri için bir defa niteliğinde olduğu yönünde görüş belirtmiştir. Atamer, GİŞ, s. 195 dn. 293.

kararı geriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla İsvBK md. 21 vd.'da öngörülen hak düşürücü süreler burada yer verilmemiş olması bir artı olarak kabul edilmektedir<sup>373</sup>.

## 2. Değişiklik Sonrası 8. Maddeye Aykırılık Durumunda Uygulanması İleri Sürülen Yaptırım Tartışmaları

Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunda 2011 yılında yapılan değişiklikle birlikte özellikle Kanunun 8. maddesinde köklü bir değişikliğe gidilmiş, hüküm doktrinde yöneltilen eleştiriler de dikkate alınarak, baştan kaleme alınmıştır. Yapılan bu değişiklik, hükmün uygulanabilirliğini artırma amacıyla gerçekleştirilmiştir<sup>374</sup>. Özellikle hükmün eski halinde yer alan yanılıcılık unsuru nedeniyle içerik denetiminin istenildiği gibi uygulanamadığı ve hükmün her ne kadar içerik denetimi için elverişli kurallar getirmiş olsa da bir bağlayıcılık denetiminden ileri gidemediği yönünde eleştiriler getirilmiştir<sup>375</sup>. Zira bir genel işlem şartının aynı zamanda yanılıcılık şartının aranması ve yanılıcılık unsurunun olmadığı durumlarda da içerik denetimine girilememesi, genel işlem şartlarının açık bir şekilde kaleme alınmasıyla bertaraf edilebilecek bir unsur olarak görülmekteydi<sup>376</sup>. Yeni kanunda ise bu unsur artık aranmamakta ve bu nedenle hükmün yeni şeklinin açık içerik denetimi açısından daha elverişli olduğu ileri sürülmektedir<sup>377</sup>.

İsvHRK md. 8'in yeni halinde de, hükme aykırılığın söz konusu genel işlem şartlarının geçerliliği üzerindeki etkisine değinilmemiştir. Ancak gerekçede bu maddeye aykırılığın İsvBK md. 20 anlamında kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının denetimi sonucu İsvHRK md. 8'e aykırılığı tespit edildiğinde, söz konusu genel işlem şartlarının İsvBK md. 20 uyarınca kesin hükümsüz olduğu görüşü, bugün için çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>378</sup>. Kesin hükümsüzlük yaptırımının bir sonucu olarak

<sup>373</sup> Atamer, GİŞ, s. 195.

<sup>374</sup> Bkz.: Message a l'appui, s. 5550.

<sup>375</sup> Yanılıcılık ile ilgili yapılan tartışmalar için bkz.: § 2, II, B, 6.

<sup>376</sup> Atamer, GİŞ, s. 196 ; Havutçu, s. 206.

<sup>377</sup> Yağcıoğlu, s. 3062, dn. 8'de sayılan yazarlar.

<sup>378</sup> Franz Werro/Pascal Pichonnaz; **Un Reflet De La Jurisprudence Récente En Droit Privé Européen**, Annuaire Suisse de Droit Europeen 2011/2012, Berne 2012, s. 193; Pichonnaz, s. 145 ;; Fatzer/Hasenböhler; s. 199 ; Gobet, s. 541 ; Kuonen, s. 28 ; Bieri, s. 57; Bohnet, s. 91; Dupont, s. 135; Ariene Morin; **Les clauses contractuelles non négociées**, RDS, 2009/1, V. 128, N. 5 s. 525; Yağcıoğlu, s. 3089 ve dn. 66'da sayılan yazarlar; Carron, s. 143.

mahkemece bu husus re'sen nazara alınacak ve herhangi bir sınırlama ile bağlı olunmaksızın da herkes tarafından ileri sürülebilecektir.

Kesin hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamına mı yoksa sadece söz konusu genel işlem şartlarına mı ilişkin olacağı hususu da önem arz etmektedir. Nitekim İsvBK md. 20/2'deki<sup>379</sup> şartların bulunması halinde sözleşmenin ayakta tutulacağı ve sadece söz konusu genel işlem şartlarının geçersiz sayılacağı doktrinde belirtilmiştir<sup>380</sup>. Doktrinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılması durumunda bunların kesin hükümsüz sayılacağına ilişkin bir tartışma bulunmasa da, kısmi butlan halini düzenleyen İsvBK md. 20/2'deki, "*iptal edilen şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı yönünde bir kanaat oluşması durumunda sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağı*" yönündeki hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı hususunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak bu gün için ağırlıklı olarak kabul gören görüş uyarınca, kısmi hükümsüzlük kuralına getirilen istisnanın burada uygulanmaması gerektiği, kesin hükümsüzlüğün sadece genel işlem şartları içeren sözleşme hükümlerine etkili olarak sonuç doğuracağı görüşü savunulmaktadır<sup>381</sup>.

Her ne kadar gerekçede hükmün yaptırımı kesin hükümsüzlük olarak ifade edilmiş olsa da doktrinde bu görüş eleştirilmiştir. Zira kesin hükümsüzlük yaptırımı ile İsvHRK md. 9'da sayılı yaptırımların birbirine zıt yaptırımlar olduğu ifade edilmiştir. Bir hükmün kesin hükümsüz sayılması sonrasında artık 9. maddede sayılan davaların açılmayacağı, zira hukuk düzeninde uyumsuzluğa konu bu normun artık yer almadığı ileri sürülmüştür. Buna ek olarak Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunun sözleşmenin taraflarını korumak gibi bir amacı bulunmamaktadır. Kanun haksız rekabete karşı yaptırımlar öngörmekte ve rekabet ortamını dürüst ve bozulmamış bir şekilde işlemlerini temin etmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki

<sup>379</sup> İsvBK md. 20/2: «*Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.*» Hüküm TBK md. 27/2'nin karşılığı olup şu şekildedir : «*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*».

<sup>380</sup> Message a l'appui, s. 5568; Werro/Pichonnaz, s. 205; Kuonen, s. 31; Yağcıoğlu, s. 3089.

<sup>381</sup> Fatzer/Hasenböhler; s. 199; Bohnet, s. 91; Gobet, s. 541; Fornage, s. 238; Morin, clauses contractuelles non négociées, s. 526; Yağcıoğlu, s. 3090; Genel işlem şartlarının geçersiz sayılması sonucunda, sözleşmede meydana gelen değişikliğin bir taraf için beklenmeyecek sonuçlara sebebiyet vermesi halinde sözleşme bütün olarak geçersiz hale geleceği görüşü için bkz.: Troller, s. 985; Bieri, s. 52. .

ilişkileri düzenlemeye özgülenmemesi gereken bu hükme aykırılığın yaptırımının da Kanunla uyumlu olması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>382</sup>.

#### **a. Sözleşmenin Tamamlanması Sorunsalı**

İsvHRK md. 8'e aykırılığın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacağından belirlenmesinden sonra, geçersiz sayılan hükümler nedeniyle sözleşmede meydana gelen boşluğun nasıl doldurulacağı sorusunun da cevaplanması gerekmektedir. Zira söz konusu hükümlerin iptal edilmesi neticesinde sözleşmede oluşan boşluğun doldurulması gerekecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi alışılmamış sözleşme şartları (*les clauses insolites*) kullanılmasına ilişkin verdiği bir kararında, alışılmamış sözleşme hükümlerinin iptal edilmesiyle oluşan sözleşme boşluğunu re'sen doldurmamayı reddetmiştir<sup>383</sup>. Federal Mahkeme bu kararında, İsvHRK md. 8'e aykırı genel işlem şartı kullanımının sonucunun kesin hükümsüzlük olacağını belirtmiş ve mahkemenin geçersiz sayılan hükümler yerine yenisini getirme yetkisinin bulunmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla mahkemelerin yetkisi, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının geçersiz sayılmasına karar vermekten ileri gitmeyecektir<sup>384</sup>. Dolayısıyla mahkeme söz konusu genel işlem şartlarını iptal edecek ve fakat sözleşmedeki boşluğu doldurmayacaktır. Sözleşmedeki bu boşluk, sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin kurallar uyarınca kanuni düzenlemeler ile ayrıca doldurulacaktır<sup>385</sup>. Nitekim BGB 306 fıkra 2'de<sup>386</sup> yürürlük denetiminden geçemeyen veya içerik denetimi sonucu geçersiz olan genel işlem şartları yerine kanuni düzenlemelerin uygulanacağı açıkça öngörülmüştür.

Federal Mahkeme'nin yukarıda açıklanan kararı doktrinde eleştirilmiştir. Zira genel işlem şartlarının kesin hükümsüz sayılması, hükmün zayıf olan tarafı koruyucu nitelikteki özelliği göz önünde bulundurulduğunda bir çözüm olarak görülmemektedir. Hakimin söz konusu hükümleri geçersiz saymasının yanında bu

<sup>382</sup> Kuonen, a.g.e. s. 29-34.

<sup>383</sup> ATF, 18 Decembre 2008, 4A\_404/2008 (www.bger.ch).

<sup>384</sup> ATF, 18 Decembre 2008, ATF 4A 404/2008 (www.bger.ch).

<sup>385</sup> Gobet, s. 542; Pichonnaz, la nouvelle loi, s. 144; Yağcıoğlu, s. 3090-3092.

<sup>386</sup> "Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften." "Genel işlem şartlarının sözleşmenin

hükümlerin yerine sözleşmede meydana gelen boşluğu da tamamlamasının hükmün amacına daha uygun olacağı ileri sürülmüştür<sup>387</sup>. Aksi durumda ya boşlukların doldurulması için tekrardan mahkemeye başvurulması gerekecektir ki bu durum usul ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmayacaktır, ya da boşluklar yine sözleşmedeki güçlü konumda olan kişi tarafından doldurulacaktır ki bu durum yine istenen korumanın sağlanamaması sonucuna sebebiyet verecektir<sup>388</sup>.

İsviçre’de genel işlem şartlarının denetim aşamaları Türk ve Alman hukuklarında olduğu gibi açıkça yazılmamıştır. Dolayısıyla yürürlük ve yorum denetimiyle ilgili açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde yorum denetiminin de mahkemelerce yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Yorum denetiminin içerik denetimine göre öncelikle yorumlanması gerektiğini ileri süren bu görüşe göre, genel işlem şartları içeren sözleşme hükümlerinin karşı taraf lehine olacak şekilde yorumlanması neticesinde geçersiz sayılmalarına gerek kalmıyorsa hakim bu yönde bir yorum getirerek sözleşmedeki hukuka aykırılığı bu şekilde bertaraf eder<sup>389</sup>.

## **b. İsviçre Hukuku’nda Hakların Yarışması Sorunu**

Genel işlem şartlarının geçerliliği sorununu bu yönde çözen İsviçre doktrini İsvHRK md. 9’da sayılan davaların da ayrıca açılabilceğini ifade etmiştir. Zira haksız rekabet hükümleri ile getirilen soyut bir kontroldür ve hükmün amacı, sözleşmenin geçerli olup olmadığıyla ilgili değil, hukuka aykırı genel işlem şartı kullanmanın haksız rekabet hukuku bağlamında sonuçlarının düzenlenmesidir<sup>390</sup>. Bu nedenle her türlü hukuki istekten bağımsız olarak ileri sürülebileceği ifade edilen İsvHRK md. 9 yaptırımlarının, genel işlem şartlarının kesin hükümsüz sayılmasına yönelik istemle bir yarışma halinde olmadığı ifade edilmiştir<sup>391</sup>.

Buna karşılık doktrinde hakların yarışacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımı ile İsvHRK md. 9’da sayılı yaptırımların birbirine zıt yaptırımlar olduğu ifade edilmiştir. Bir hükmün

---

içeriği haline gelmediği veya geçersiz sayıldığı durumlarda sözleşmenin içeriği, kanuni düzenlemelere göre belirlenir ”

<sup>387</sup> Marchand, s. 4 ; Pichonnaz, la nouvelle loi, s. 144.

<sup>388</sup> Pichonnaz, la nouvelle loi, s. 145.

<sup>389</sup> Fornage/Pichonnaz, s. 291; Fornage, s. 237.

<sup>390</sup> Fornage, s. 228; Vigneron-Maggio-Aprile, s. 112 ; Yağcıoğlu, s. 3090.

<sup>391</sup> Gauch, **Der Werkvertrag**, 5. Édition, Zurich, 2011, s. 287 (Kuonen’den naklen, s.32, dn. 121).



kesin hükümsüz sayılması sonrasında artık 9. maddede sayılan davaların açılmayacağı, zira ortada artık tespit edilmesi, men edilmesi veya ortadan kaldırılması gereken bir haksız rekabet fiilinin bulunmadığı da ifade edilmiştir<sup>392</sup>.

### **c. Zararın Tazmini ve Ceza Hukuku Yaptırımları**

Genel işlem şartlarının iptal edilmesi sonrasında eğer bir zarar meydana gelmişse bu zararın haksız fiil hükümleri<sup>393</sup> uyarınca ya da *culpa in contrahendo*<sup>394</sup> hükümleri ile tazmin edilebileceği ayrıca doktrinde belirtilmiştir. Fakat burada, haksız rekabet bağlamında düzenlenen bir fiil sebebiyle meydana gelen zararın tazminin İsvHRK md. 9/3 uyarınca talep edilebileceği açıkça hükme bağlandığından, bunun dayanağının başka yerde aranmasına gerek bulunmamaktadır.

İsviçre’de 8. maddeye aykırılık cezai bir yaptırıma tabi tutulmamıştır<sup>395</sup> (İsvHRK md. 23/1). Bu durum İsviçre’de genel işlem şartlarına karşı korumada bir eksiklik teşkil etmektedir. Zira genel işlem şartlarının geçersiz kılınması bu şartları kullanan taraf için caydırıcı bir yaptırım değildir. Kaldı ki kendisiyle sözleşme yapan herkesin bu şartları iptal ettirmek için zaman ve para harcamayacağı da düşünüldüğünde genel işlem şartlarını kullanan taraf için ciddi bir tehdit oluşmamaktadır.

## **II. Türk Hukuku’nda Genel İşlem Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırılığının Hem Sözleşmeler Hukuku Hem de Haksız Rekabet Açısından Düzenlenmesinin Hak Sahipleri, Yaptırımlar ve Hükümlerin Çatışması Açısından Etkileri**

### **A. Hak Sahipleri**

#### **1. TK Hükümleri Uyarınca Dava Açabilecek Kişiler ve Gruplar**

Haksız rekabete dayanarak dava açma hakkına sahip olan kişiler TK md. 56’da üç grup olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu bu dört gruptaki kişilerin

<sup>392</sup> Kuonen, s. 32.

<sup>393</sup> Atamer, GİŞ, s. 195.

<sup>394</sup> Dessemontet, s. 83.

<sup>395</sup> İsviçre’de ayrıca « iş şartlarına uymamak » da (İsvHRK md. 7) cezai yaptırımının dışında tutulmuştur.

tamamına aynı oranda dava açma hakkı tanımamıştır. Zira bu grupta yer alan kişilerin her birinin sayılan davaların tamamını açmalarında menfaatleri bulunmamaktadır.

#### **a. Haksız Rekabet Eyleminden Etkilenen Kişiler**

Müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek kişiler, haksız rekabet hükümleri uyarınca dava açma hakkına sahip olacaktır. Bu hakka sahip olan başlıca hak sahibi, rakiplerdir. TK md. 56/1 kapsamında sayılan kişilerin sadece rakip bir işletme olacağı düşünülse de bu yönde bir zorunluluk bulunmamaktadır Zira davalı ile davacı arasında rekabet ilişkisinin bulunması, haksız rekabete dayalı talep haklarından yararlanılması için bir zorunluluk teşkil etmemektedir<sup>396</sup>. Rekabet ilişkisinin bulunmadığı durumlarda dahi haksız fiil eyleminin, karşı tarafın ekonomik menfaatlerine zarar vermesi mümkün olabilecektir<sup>397</sup>. Dolayısıyla haksız rekabetin bu kişilere doğrudan yönelmiş olması gerekmekte, dolaylı bir etkinin söz konusu olması da yeterli kabul edilmektedir<sup>398</sup>. Maddede açıkça belirtildiği üzere de zarar tehlikesinin bulunması, dava açılabilmesi için yeterli görülmektedir.

Haksız rekabet eyleminden etkilenen kişiler TK md. 56/1’de sayılan davaların tamamını açabilecektir. Ancak davaların hepsinin birden açılmasında hukuki menfaatlerinin bulunduğu bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Nitekim haksız rekabet fiilinin başlamış olması durumunda men davası açılmayabileceği gibi, henüz sadece bir tehlike söz konusu ise de düzeltme davasının açılması mümkün olmaz<sup>399</sup>. Bunun yanında kişinin söz konusu fiil sebebiyle zarar görme tehlikesine maruz kaldığı durumlarda da tespit davasının açılması yerine men davasının açılması daha yararlı ve etkili olacaktır<sup>400</sup>.

<sup>396</sup> Bkz.: § 1, I, B, 2, a.

<sup>397</sup> Arkan, s. 327-328; Erdil, s. 316; Nitekim Federal Mahkeme verdiği bir kararında: “*Bir gazetecinin İsvHRK md. 3/1- a’da yazılı kötöleme fiilini işleyerek haksız rekabet oluşturması mümkündür. Gazetecinin rekabet etme kastının olmasının bir önemi olmadığı gibi bir başka işletmeyi ya da markayı bu vesileyle rekabette öne geçirme gibi bir düşüncesinin olması da haksız rekabetin tespitinde önem arz etmemektedir.*” ATF 120 IV 32, JdT 1994, 363-364.

<sup>398</sup> Karahan, s. 243.

<sup>399</sup> Erdil, s. 338.

<sup>400</sup> Karahan, s. 241; Karayalçın, s. 469.

Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması ile haksız rekabet eyleminin gerçekleştirilmesi durumunda da bu fiil sebebiyle zarar gören piyasa katılımcılarının dava açma hakları olacaktır. Zira haksız rekabet teşkil edecek genel işlem şartlarını kullanan taraf, bu şartlar ile sözleşmedeki yan borçların bir kısmını müşterinin üzerinde bırakarak, piyasadaki diğer aktörlere nazaran haksız bir çıkar sağlamakta, o işlemin maliyetini kendisi için düşürmektedir<sup>401</sup>. Haksız rekabet teşkil eden fiil her ne kadar bu kişilere çoğunlukla doğrudan yönelmemiş olsa da bu fiilin dolaylı bir etkisi söz konusudur ve bu kişilerce söz konusu davaların açılması mümkündür.

## **b. Müşteriler**

Haksız rekabet sebebiyle ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşterilerin dava açma hakları bulunmaktadır. Eski Ticaret Kanunu döneminde müşterilerin dava açabilmeleri için zarar tehlikesi yeterli görülmemekte, zararın gerçekleşmiş olması aranmaktaydı<sup>402</sup>. Anca yeni kanunda bu hüküm değiştirilmiş ve müşteriler bakımından korumanın kapsamı genişletilmiştir. Müşteriler kapsamına perakendeci müşterilerin yanında toptancı müşteriler de yer almaktadır. Bunun yanında müşteriler ifadesiyle tüketicilerin de hükmün kapsamına alındığının kabul edilmesi gerekmektedir<sup>403</sup>.

Müşterilerin TK md. 56/1'de zikredilen tüm davaları açmaları mümkündür, ancak araçların ve malların imhasını isteyemeyeceklerdir<sup>404</sup>.

Müşteriler dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılmasından doğrudan doğruya etkilenen gruptur. Genel işlem şartlarını kullanan tacir, karşı tarafa dayattığı bu şartlar ile haksız bir çıkar sağlamakta ve dürüst ve bozulmamış rekabet ortamından beklenen sonuçlara ulaşılamamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafını oluşturan tüketici ya da tacir sıfatındaki müşterilerin söz konusu davaları açmaları mümkündür.

---

<sup>401</sup> Atamer, Sempozyum, s. 70.

<sup>402</sup> Arkan, s. 328; Erdil, s. 318.

<sup>403</sup> Erdil, s. 319. Tüketiciler bakımından dava haklarının çatışması ile ilgili olarak bkz.: Aşa. II, B, 6.

<sup>404</sup> Bu düzenlemenin gerekçesi açıklanmamıştır. **Erdil** bu yöndeki bir sınırlamanın mantıklı bir nedeni olmadığını ileri sürmektedir. Bkz.: Erdil, s. 319.

### c. Mesleki ve Ekonomik Birlikler

Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlara da dava açma hakkı tanınmıştır. Ancak bu grupta yer alanlar 56/1, a, b, c bentlerinde yazılı davaları açabilecekken, tazminat davalarını açma hakkı bu gruba verilmemiştir. Gerçekten de, bu kişilerin malvarlığında haksız rekabetten dolayı bir zarar meydana gelmemektedir.

Madde kapsamında haksız rekabete ilişkin davaları açma yetkisi verilen kuruluşlar arasında T. Bankalar Birliği, T. Katılım Bankaları Birliği, T. Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, T. Sermaye Piyasası Birliği, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği sayılabilir<sup>405</sup>. Bu birlikler üyeleri arasındaki haksız rekabet oluşturan fiillere karşı tespit, men ve hukuka aykırı durumların ortadan kaldırılması için dava açabileceklerdir. Ancak tazminat davası açma hakkı zarar gören kişinin olacak, birlik ayrıca bu zararın tazminini dava edemeyecektir<sup>406</sup>. Tüketici kuruluşları bakımından ise kanun koyucu tazminat davalı dışında kalan davaları açabileceğini hükme bağlamıştır (TK md. 56/3). Tüzüklerine göre tüketicilerin menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşları da bu fıkra kapsamında davacı sıfatını haiz olabilecektir. Bu kuruluşlara dava açma yetkisinin verilmesinin altında rekabet düzeninin korunması amacı yer almaktadır.

Mesleki ve ekonomik birlikler ile tüketici kuruluşlarına dava açma hakkının tanınmış olması özellikle genel işlem şartları kullanmak yoluyla yapılan haksız rekabetin önlenmesi için önem arz etmektedir. Zira sektörde kullanılan genel işlem şartlarının sektörün kendisi tarafından denetlenmesi, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının temini bakımından arzu edilen bir neticedir. Ancak birliklerin kendi üyelerine karşı bu davaları açmaları, üyelerin sektörde genel işlem şartlarının kullanımını bakımından birlikte hareket ettikleri düşünüldüğünde pratikte pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim T. Bankalar Birliğinin bankaların kullandığı genel işlem

---

<sup>405</sup> Erdil, s. 320; Arkan, s. 328.

<sup>406</sup> Arkan, s. 329-330.

şartlarına karşı bir haksız rekabet davası açarak hem maddi hem de cezai sonuçlara sebebiyet vermesi mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki bankaların tamamının benzer genel işlem koşullarını kullandığı düşünüldüğünde de yöneticileri dahi bankaların genel müdürleri olan bu birliğin kendi üyeleri aleyhine dava açmaları düşünülemeyecektir<sup>407</sup>.

Tüketici kuruluşları bakımından ise önemli bir fırsat getirilmiştir. Tüketicilerle yapılan işlemlerde genel işlem şartlarının kullanılması durumunda TKHK kapsamında tüketiciler bireysel olarak korunmaktadırlar. Ancak bu koruma yeterli ve sonuca yönelik değildir. Tüketicilerin büyük bir çoğunluğunun bu şartlara karşı dava açmayacağı düşünüldüğünde, genel işlem şartlarını kullanan taraf için bu kabul edilebilir bir risk olacaktır. Dolayısıyla tüketici örgütlerinin TK md. 55/1-f uyarınca dava açmaları ve kanuna aykırı genel işlem şartları kullanan kuruluşların hem özel hukuk anlamında hem de ceza hukuku anlamında bir yaptırıma tabi tutulmaları mümkün olacaktır. Bu imkan, genel işlem şartlarının kullanılmasında caydırıcı bir etki de sağlayacaktır.

## **2. Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Dava Açma Hakkını Haiz Olanlar**

Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet teşkil eden fiillere karşı kimlerin dava açma hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Bir pazar davranışı olarak kabul edilen ve haksız rekabet teşkil eden dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması durumunda da bu sebeple dava açma hakkına sahip olan kişiler bellidir. Ancak TBK hükümleri kapsamında dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem şartı kullanımında kimlerin dava açma hakkı olduğu hususunda kanunda açık bir belirleme yapılmamıştır. Bu husustaki belirlemelerin hükme aykırılığın öngördüğü yaptırım bağlamında ele alınması gerekecektir.

TBK md. 25'e aykırılık halinde söz konusu genel işlem şartlarının kesin hükümsüzlük ile geçersiz hale geleceği doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>408</sup>. Kesin hükümsüzlük, kamu düzenini korumak amacıyla getirilmiş bir yaptırım olduğu

<sup>407</sup> Atamer, sempozyum, s. 70.

<sup>408</sup> Antalya, s. 318; Reisoğlu, s. 11; Eren, s. ; Oğuzman/Öz, C 1, s. 167. TBK md. 25'e aykırılığın yaptırımı ile ilgili olarak bkz.: Aşa. B, 1.

için, sözleşmenin geçersizliğinden menfaati etkilenen herkesin bunu ileri sürebileceği kabul edilmektedir<sup>409</sup>. Görülmektedir ki dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılması durumunda TBK md. 25 hükmü uyarınca kesin hükümsüzlüğün tespitini isteyebilecek kişiler “menfaati etkilenen kişiler” olarak, geniş bir şekilde belirlenmiştir. Bu bağlamda mesleki ve ekonomik birliklerin de TBK hükümleri kapsamında tespit davası açmaları mümkün olabilecektir. Ancak haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurulması daha çok sayıda kişiye yönelik bir koruma sağlamaktadır. Bu nedenle haksız rekabet hükümlerinin tercih edilmesi daha doğru görülmektedir. Zira haksız rekabetin men’i ya da düzeltme davası sonucunda verilen kararlar ileriye etkili olarak hüküm doğuracak ve tacirin söz konusu sözleşme hükümlerini ileride başka sözleşmelerde kullanması bu sayede engellenmiş olacaktır<sup>410</sup>.

### 3. Davalılar

#### a. Haksız Rekabet Eylemini Gerçekleştiren Kişiler

Haksız rekabet eylemini gerçekleştiren kişilere karşı TK md. 56/1’de sayılan davaların tamamının açılması mümkündür. Ancak tazminat davalarında bu kişilerin kusurlu olmaları gerekmektedir<sup>411</sup>. Haksız rekabet eylemini gerçekleştiren kişilerin rakip olma zorunluluğu bulunmadığı gibi bu kişilerin tacir olmaları da davacı sayılmaları için zorunlu değildir<sup>412</sup>. Nitekim Yargıtay da bu hususla ilgili olarak, “*Bir ticari işletmeye, şirkete yönelik olarak yapılan eylemlerin haksız rekabet oluşturması için bu eylemleri yapanların tacir olmaları veya haksız rekabete maruz kalan şahıs, şirket veya işletme ile aynı konularda iştirak etmeleri gerekmemektedir.*” diyerek gerek rekabet ilişkisinin var olmasının gerekmediğini, gerekse davalı sıfatının tacir olmaya bağlı olmadığını açıkça ifade etmiştir<sup>413</sup>.

<sup>409</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 586; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 178; Oğuzman / Barlas, s. 191; Antalya, s. 97; Eren, s. 72; Veysel Başpınar; **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s. 23; Ateş, s. 276.

<sup>410</sup> Nitekim haksız rekabetin men’i kararına rağmen haksız rekabetin devam ettirilmesi durumunda İİK md 30 ve 343 uyarınca müeyyidelerin uygulanması söz konusu olacaktır. Bkz.: Aşa. B, 2, b

<sup>411</sup> Karahan, s. 244; Nitekim Kanunda müşterilere ve birliklere dava açma hakkının verilmesi bu hususun bir göstergesidir. Bkz.: Martin-Achard, commantaire, s. 91; Guyet s. 91; Message a l’appui, s. 1108-1109

<sup>412</sup> Poroy/Yasaman, s. 351.

<sup>413</sup> 11 HD., 21.02.2010 T., 2008/9072 E., 2010/591 K. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) 14.06.2014)

Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanan kişiler haksız rekabet eylemini gerçekleştirenler olarak davalı sıfatına sahip olacaklardır. Burada “kullanım” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine göre davalı sayılabilecek kişiler değişecektir. Bu aynı zamanda haksız rekabet teşkil edecek pazar davranışının tespit edilmesinde de belirleyici olacaktır. İsviçre’de de soyut genel işlem şartı denetiminin yapılmak istendiği ve son yapılan değişikliklerle de bu durumun sağlanmasının hedeflendiği ifade edilmiştir<sup>414</sup>. Türk hukuku bakımından da soyut bir denetimin kabul edilmesi hükmün uygulama alanını genişleterek istenen korumanın sağlanmasına hizmet edecektir. Genel işlem şartlarının “bir sözleşmenin içeriğini oluşturma” şartının aranması durumunda, dürüstlük kuralına aykırı olduğu belli olan genel işlem şartları içeren sözleşmeleri bastıran bir kişiye, haksız rekabet oluşturduğundan bahisle dava açılabilmesi için bu sözleşmeleri müşterilerle yapması şartı aranacaktır. Bu durum ise hükümle getirilmek istenen korumayı daraltıcı niteliktedir. Bu nedenle, genel işlem şartları içeren bir sözleşmenin matbu hale getirilmesi dahi, haksız rekabet tehlikesini beraberinde getirdiğinden, haksız rekabet yaptırımına tabi tutulacaktır. Nitekim haksız rekabete dayalı davaların açılabilmesi için tehlikenin varlığı dahi yeterli görüldüğünden (TK md. 56/1) bu şekilde yapılacak yorum TK md. 56 ile de uyumlu olacaktır.

### **b. Adam Çalıştıran**

Adam çalıştıranların sorumluluğu, TBK md 66’da, “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Başkalarını emri altında çalıştıran kimsenin, kendisine yükletilmiş özen gösterme yükümlülüğünü esasına dayanan bu sorumluluk halinde adam çalıştıran, iş gördürdüğü kişilerin yol açtığı zararlara hakkaniyet gereği katlanma yükümlülüğü altındadır<sup>415</sup>.

Haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, tespit, men ve düzeltme davaları, çalıştıranlara karşı da açılacaktır. Tazminat davaları hakkında ise Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TK.57).

<sup>414</sup> Message concernant la modification, s. 5050.

<sup>415</sup> Oğuzman/Öz, C. 2, s. 135-136; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 509 ; Antalya, s. 548-550

### **c. Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları**

Haksız rekabetin basın vasıtasıyla işlenmiş olması halinde yazı sahibi veya ilan veren aleyhine tespit, men ve düzeltme davalarının açılması mümkündür. Ancak yazı veya ilan, yazı sahibinin yahut ilan verenin haberi olmaksızın veya rızalarına aykırı olarak yayınlanmışsa, ya da yazı sahibi veya ilan verenin kim olduğu bildirilmiyorsa, ya da başka sebepler yüzünden yazı sahibi veya ilanı verenin meydana çıkarılması veya aleyhlerine bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olamıyorsa yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilân servisi şefine dava açılması söz konusu olabilecektir (TK md. 58)<sup>416</sup>.

Bu kişilerin de gösterilememesi durumunda ise işletme veya kuruluş sahibi aleyhinde bu davalar açılabilir. Bu haller dışında, sayılan kişilerden birinin haksız rekabet oluşturan fiilin meydana gelmesinde kusuru varsa bu sıraya bakılmaksızın kendisine karşı dava açılabilir.

## **B. Yaptırımlar**

### **1. Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Yaptırımlar**

Genel işlem şartlarıyla ilgili getirilen düzenlemelerde yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamalı bir denetim bulunmaktadır. Yürürlük denetiminde söz konusu genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği olup olmadığı denetlenir. Bu aşamadan geçen ve sözleşmenin içeriği haline gelen genel işlem şartları ise içerik denetimi aşamasında içeriklerinin uygun olup olmadığı kontrol edilir. Yorum denetiminde ise genel işlem şartı teşkil eden bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi durumunda düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanacağına yönelik bir yorum kuralı getirilmektedir<sup>417</sup>. Genel işlem şartlarının yürürlük denetiminden geçmemesi durumunda yazılmamış sayılacakları ve yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi Kanunda açıkça düzenlenmiştir (TBK md. 21-22). Bu bağlamda

<sup>416</sup> Karahan, s. 245.

<sup>417</sup> Yorum denetimi ile ilgili olarak bkz.: Atamer, GİŞ, s. 124 vd.; Antalya, s. 311-312; Oğuzman/Öz, s. 168.



yazılmamış sayılan sözleşme hükümleri geçersiz olurken, sözleşmenin diğer hükümleri bu geçersizlikten etkilenmeyecektir (TBK md. 22). Doktrinde “yazılmamış sayılma” yaptırımının ne tür bir geçersizlik sonucunu doğurduğu ile ilgili görüş birliği bulunmamaktadır. **Antalya** yazılmamış sayılmanın TBK md. 27/2’deki kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı sonucunu doğurduğunu ifade ederken<sup>418</sup>, **Oğuzman/Öz** ise taraflar arasında söz konusu hükümlerin sözleşme içeriği olacağına yönelik bir irade uyuşmalarının olmamaları nedeniyle bu yaptırım türünün “yokluk” olarak karşımıza çıktığını ileri sürmektedir<sup>419</sup>. Kanaatimizce de yürürlük denetimi aşamasında söz konusu sözleşme hükümlerinin sözleşmenin içeri haline gelip gelmediği yönünde bir inceleme yapıldığında, yazılmamış sayılmanın irade beyanlarındaki bir eksiklik dolayısıyla “yokluk” yaptırımına daha uygun olduğu görülmektedir.

Kanunda içerik denetimi sonucunda uygulanacak yaptırım ile ilgili olarak ise açık bir hüküm sevk edilmemiştir<sup>420</sup>. Bu nedenle Ticaret Kanununun hükümleri bakımından da önem arz eden bu hususun açıklanması gerekmektedir.

İçerik denetimi neticesinde, denetlenen genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde uygulanacak olan yaptırımın kesin hükümsüzlük olacağı doktrinde kabul edilmektedir<sup>421</sup>. Nitekim TBK md. 25’in gerekçesinde de hükme aykırılığın yaptırımının TBK md. 27/2 c. 1 anlamında kesin hükümsüzlük olduğu ifade edilmiştir<sup>422</sup>. Kanun koyucunun içerik denetiminin yaptırımını hüküm içinde düzenlemeyip gerekçede belirtmesinin nedeni anlaşılacağı gibi bu şekilde getirilen bir yaptırımın da hukukiliği tartışmalıdır<sup>423</sup>. Hükümün içinde açıkça geçersizliğin türünün yazılması mümkün iken bunun yazılmamış olması bir hata olarak değerlendirilmektedir.

Kesin hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamına mı yoksa sadece söz konusu genel işlem şartlarına mı etki edeceği hususunda ise yine gerekçede ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Buna göre TBK md. 27/2 c. 1 uyarınca kesin hükümsüzlük

---

<sup>418</sup> Antalya, s. 310.

<sup>419</sup> Oğuzman/Öz, C.1, s. 165-166; Aynı yönde bkz.: Atamer, sempozyum, s. 29-33.

<sup>420</sup> Atamer, sempozyum, s. 42.

<sup>421</sup> Antalya, s. 318; Reisoğlu, s. 11; Eren, s. 357; Atamer, GİŞ, s. 222.

<sup>422</sup> TBK Gerekçe md. 25.

sadece hukuka aykırı genel işlem şartları için söz konusu olacaktır. Ancak burada kısmi hükümsüzlüğe ilişkin istisna uygulanmayacak ve sözleşmenin iptal edilen genel işlem şartları olmasaydı yapılmayacağı yönünde bir savunma dinlenmeyecektir<sup>424</sup>. Görüldüğü üzere Kanun koyucu hüküm içinde düzenlemesi gereken hususlar ile ilgili gerekçede ayrıntılı açıklamalar getirmiştir. Gerekçenin hakim için bağlayıcı olmadığı düşünülse dahi Kanun koyucunun gerekçede bir geçersizlik hali belirlemesi yapması hukuk tekniği ile uyuşmamaktadır. Kaldı ki Yürürlük denetimine ilişkin 22. maddede “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmü getirilerek yazılmamış sayılma yaptırımı bakımından bu durum açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucu burada İsviçre’deki tartışmalara yer vermek istememiş, içerik denetiminin yaptırımını ve sözleşmeye etkisini açıkça belirtmek ihtiyacı duymuş ancak bu hususu hüküm içinde değil de gerekçede açıklaması isabetli olmamıştır.

Gerekçede atıf yapılan Alman Medeni Kanunu’nun içerik denetimine ilişkin § 307’de de içerik denetiminin yaptırımının geçersizlik (Unwirksam) olacağı belirtilmiş ancak geçersizliğin türü hükümde açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde ise bu geçersizlik şeklinin kesin hükümsüzlük (*Nichtigkeit*) olduğu ifade edilmiştir<sup>425</sup>.

Sonuç olarak Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında içerik denetiminin yaptırımı kısmi hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. Kesin hükümsüzlüğün sözleşmeye etkisi hususunda ise İsviçre ve Türk hukuklarında genel işlem şartlarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen İsviçre’de TBK md. 27/2’de (İsvBK md. 20/2) yer alan istisnanın uygulanabileceği, doktrinde farklı görüşler olmasına rağmen, çoğunlukla kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise bu durum gerekçede, yukarıda açıklandığı gibi, ele alınmış ve yazılmamış sayılmaya benzer bir etkiye sahip olduğu ifade edilmiştir.

<sup>423</sup> Umut Yeniocak; **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S 103, s. 94; Yılmaz, s. 157.

<sup>424</sup> TBK Gerekçe md. 25.

<sup>425</sup> Havutçu s. 179

## 2. Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Açılabilir Davalar

Haksız rekabet nedeniyle açılabilir davalar TK md. 56'da sayılmıştır. Buna göre haksız rekabet oluşturan fiil sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kişiler, haksız rekabetin tespiti (TK md. 56/1,a), men'i (TK md. 56/1,b), haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması (TK md. 56/1,c) ve tazminat davaları (TK md. 56/1,d, e) olarak sayılmıştır. Haksız rekabetin için kusurun varlığının şart değildir, zira haksız rekabetin kabulü açısından fiilin rekabet düzeninin normal işleyişine yöneltmesi ve objektif olarak iktisadi rekabeti etkileyici nitelikte olması yeterli kabul edilmektedir. Dürüst ve bozulmamış rekabetin kasıt ya da ihmal ile bozulmasıyla kanun koyucu ilgilenmemiştir<sup>426</sup>. Bu durum haksız rekabet nedeniyle açılacak davalarda da ayırım oluşturmaktadır. Gerçekten de haksız rekabet sebebiyle açılabilir davalar davalının kusurunun bulunup bulunmamasına göre iki ayrı kategoride ele alınmaktadır. Davalının kusurunun bulunmasına gerek olmayan davalar TK md. 56/1, a, b, c'de sayılan davalar iken, tazminat davaları bakımından davalının kusurlu olması şartı aranmaktadır<sup>427</sup>. Görüldüğü üzere haksız rekabetin tespiti ve sona erdirilmesi ile ilgili davalarda kusur bir şart olarak aranmamaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere haksız rekabetin meydana gelmesinde kusurun bir rolü bulunmamaktadır. Ancak meydana gelen maddi zararın tazmini bakımından ise Borçlar Kanununun haksız fiillerle ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>428</sup>.

Haksız rekabete ilişkin davalar ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da zararın meydana gelmiş olmasının zorunlu olmamasıdır. Bir zarar tehlikesinin mevcut olması durumunda da kişinin menfaati olduğu varsayılmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken husus, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması durumunda hangi haksız rekabet davalarının açılabilir ve bu davalar sonucunda mahkemece verilecek kararların etkisidir.

<sup>426</sup> Arkan, s. 317; Yasaman, s. 6-7; Karayalçın, s. 453; Karahan, s. ; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 282.

<sup>427</sup> Karahan, s. 223; Arkan, s. 325; Poroy/Yasaman, s. 354-355; Murat Yavaş, **Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Davalar ve Tedbir Türleri**, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, s. 780; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 282.

<sup>428</sup> Yavaş, s. 780.

### a. Tespit Davası

TK md. 56/1'e göre, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse, fiilin haksız olup olmadığının tespitini talep edebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 106/1'e göre tespit davası yoluyla mahkemedен bir hakkın varlığı veya yokluğu, hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu ya da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi istenir. Görüldüğü üzere maddi vakıalar tek başlarına tespit davalarının konusunu oluşturamazken TK md. 56/1-a ile buna bir istisna getirilmiştir<sup>429</sup>.

Tespit davası ile sadece bir fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespiti istenir. Mahkemedен alınan ilam kesin hüküm oluşturur ve ileride açılacak olan diğer haksız rekabet davaları için bir dayanak teşkil eder<sup>430</sup>. Böylece tespit davası ile haksız rekabetin varlığı kesinleştikten sonra diğer davaların açılabilmesi mümkündür<sup>431</sup>. Tespit davasının açılabilmesi için tespiti istenen fiilin tarafları ile davanın taraflarının aynı olması gerekmemektedir. Üçüncü kişilerin arasındaki bir fiile yönelik tespit davası da açılabilir. Bu halde ise davacının haksız rekabet olduğunu ileri sürdüğü eylem ile hukuki bir ilişkisinin olması gerekmektedir<sup>432</sup>. Fakat Kanun'da açıkça tespit davasını açabilecek kişiler belirtildiğinden, haksız rekabet hallerinin varlığında belirtilen kişilerin dava açma hakları kanun gereği olacaktır.

Bu bağlamda genel işlem şartları kullanılmış olan bir sözleşmede yer alan şartların dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediğinin tespiti bu dava ile istenebilecektir.

---

<sup>429</sup> Erdil, s. 327; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 298; Baki Kuru/Ramazan Aslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara 2009, s. 291.

<sup>430</sup> Karahan, s. 240; Erdil, s. 327.

<sup>431</sup> 11 HD. 15.05.1986 T., 244 E. / 2943 K. (Erdil, s. 327, dn. 610)

<sup>432</sup> Erdil, s. 328-329.

## b. Haksız Rekabetin Men'i Davası

Haksız rekabetin men'i davası önleyici himayeye hizmet eder ve geleceğe hitap eder<sup>433</sup>. Bu davanın, haksız rekabet devam ettiği sürece veya devam etme tehlikesinin bulunduğu hallerde açılması mümkündür ve bu süre zarfında zamanaşımı süresi işlemez<sup>434</sup>.

Men davası ile davalının planlamış olduğu tecavüze başlamasının veya süregelen tecavüzü tekrarlamasının yasaklanması amaçlanmaktadır. Dava sonucunda davalı taraf, davaya konu haksız rekabet fiilini yapmamaya mahkum edilir. Zira men davası, gelecekteki davranış biçimini önleme amacına hizmet eder ve bu davada davalının, olumlu bir davranışta bulunmaya zorlanılmayacağı kabul edilmektedir<sup>435</sup>. Mahkemenin vereceği kararın hüküm fıkrasında da davalının yapmaktan yasaklanmış olduğu husus açıkça belirtilir<sup>436</sup>. Mahkemenin burada vereceği karar, dava dilekçesinde ileri sürülen ve ispatlanan hususlarla sınırlı olacaktır. Dava edilmeyen, mevcut olduğu ileri sürülüp kanıtlanamayan, geleceğe matuf ve ancak ihtimal olan davalı eylemlerinin önlenmesi hakkında karar verilmesi mümkün değildir<sup>437</sup>.

Haksız rekabetin men'i davasının TK md. 55/1-f bağlamında açılması mümkündür. Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması bir haksız rekabet hali olarak öngörüldüğü için, bu tür şartları sözleşmelerde kullanan kişinin davranışlarının önlenmesi amacıyla haksız rekabetin men'i davası açılabilir. Davanın etkisinin ne olacağı hususunda ise Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Men davasının açılması durumunda bunu bir iptal davası olarak şekilleneceği ve söz konusu genel işlem şartlarının geçersizliğine hükmedileceği İsviçre doktrininde belirtilmiştir<sup>438</sup>. Zira bu halde talep edilen, haksız rekabet oluşturan fiilin (dürüstlük

<sup>433</sup> Erdil, s. 330.

<sup>434</sup> Karayalçın, s. 469; Karahan, s. 240-241; Erdil, s. 331.

<sup>435</sup> Nevhis Deren Yıldırım; **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Müdahalenin Men'i Davası ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar**, Ankara Barosu Uluslar Arası Hukuk Kurultayı – Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s. 486 ve dn. 17'de belirtilen yazarlar.

<sup>436</sup> Deren-Yıldırım, s. 490.

<sup>437</sup> 11 HD. 18.03.2002 T., 2001/9974 E., 2002/2367 K. (Erdil, s. 333- 334)

<sup>438</sup> Atamer, GİŞ, s. 195 dn. 293'de belirtilen yazarlar. Buna karşılık doktrinde Mülberrt, bu davanın iptal davası olarak etki doğurmayacağını, müşteri için bir defî niteliğinde olduğu yönünde görüş belirtmiştir. Atamer, GİŞ, s. 195 dn. 293.

kuralına aykırı genel işlem şartları) men edilmesi, geçersizliğine hükmedilmesidir. Verilen geçersizlik kararı geriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. *Kanımızca* Türk Hukuku bakımından da bu görüşün kabul edilmesi gerekmektedir. Zira men davasının amacı haksız rekabet teşkil eden fiilin yapılmamasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla açılacak davada davalı tarafın haksız rekabet teşkil eden, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarını kullanmasının yasaklanması söz konusu olacak ve mahkemece bu şartlar geçersiz sayılacaktır. Mahkemece verilen geçersizlik kararının sadece söz konusu genel işlem şartlarını kapsamaması gerekmektedir. Çünkü haksız rekabet oluşturan fiil “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımındır”. Mahkemece verilecek hükmün sadece bu husus ile sınırlı olması gerektiğinden, sözleşmenin tamamına etki eden bir geçersizlik meydana gelmeyecektir. Bu görüş gerek İsviçre doktrinindeki kısmi kesin hükümsüzlük görüşü<sup>439</sup> ile gerek de TBK md. 25’e aykırılığın yaptırımına ilişkin görüşle<sup>440</sup> tutarlıdır.

Haksız rekabetin men’i kararına rağmen haksız rekabet teşkil ettiği sabit olan fiillerin devam ettirilmesi durumunda ise nasıl bir yol izleneceğine ilişkin sorunun cevabı İcra İflas Kanunu’nun 30/3. maddesinde yer almaktadır<sup>441</sup>. Hüküm uyarınca, mahkemece verilen yapmama yönündeki kararın yerine getirilmemesi durumunda İİK md 343’deki yaptırımların uygulanacağı belirtilmektedir<sup>442</sup>. Bu sebeple mahkeme ilamına aykırı hareket edilmesi durumunda İİK md. 343’de öngörülen müeyyide uygulanacaktır<sup>443</sup>. Belirtilmesi gereken bir diğer husus da davalı tarafın söz konusu ilam hükümlerini yerine getirip haksız rekabet teşkil eden davranışa son vermesinden sonra yeniden aynı davranışı yapmaya başlaması durumunda, haksız rekabet fiilinin mağduru olan taraf ayrıca bir dava açmasına gerek olmaksızın, daha

<sup>439</sup> Bkz.: § 3, I, A, c.

<sup>440</sup> Bkz.: § 3, II, B, 1

<sup>441</sup> İİK md. 30/3: “İlam, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. Bu emirde ilam hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır.”

<sup>442</sup> İİK md. 343: “Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.”

<sup>443</sup> Erdil, s. 336.

önceki davada almış olduğu karara dayanarak İİK md. 343 hükmü uyarınca müeyyidelere başvurabilecektir (İİK md. 30/4)<sup>444</sup>.

Men davasının yukarıda belirtilen özellikleri nedeniyle kesin hükümsüzlüğün tespitine kıyasla daha etkili bir koruma getirdiği söylenebilecektir. İlk olarak men davası ileri etkili olarak da bir önleme niteliğine sahiptir ve bu sayede özellikle tacirler açısından, söz konusu hükümlerin ileride kullanılmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. Zira kesin hükümsüzlüğün tespiti neticesinde geçersiz hale gelen sözleşme hükmünün daha sonra kullanılması durumunda herhangi bir yaptırıma tabi tutulması söz konusu değildir. Kuşkusuz açılan davanın, davalının üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmelere, geriye etkili olarak doğrudan bir etkisinin olması düşünülemeyecektir. Zira bir davada verilen karar sadece taraflar açısından hüküm doğurmaktadır. Ancak bu halde haksız rekabet davası neticesinde alınan kararın yayınlanması istenerek söz konusu hükümden pazardaki diğer katılanların da haberdar olmaları sağlanabilecektir<sup>445</sup>. Böylece alınan karardan sadece o kararı alan kişinin değil, tacirle işlem yapan diğer kişilerin de bilgilendirilmesi sağlanmış olacaktır. İlan edilmenin diğer sözleşmelerdeki söz konusu hükümleri doğrudan iptal etme gibi bir yetkisi olmasa da yine o kişilere bir fikir vererek dava açmalarını sağlar. Böylece genel işlem şartı kullanan tacir açısından caydırıcı bir nitelik kazandırılmış olur<sup>446</sup>. Fakat tacirin ileride yapacağı sözleşmeler bakımından ise men davasının neticesinde verilen olumlu karar sebebiyle, hükme konu genel işlem şartlarının davalı tarafça kullanılması engellenmiş olacaktır. Bu sayede men davası ile getirilen korumadan, ileriye etkili olarak pazara katılan tüm aktörler faydalanmış olacaktır. Zira mahkemece verilecek karar, davalının ileride yapmaktan yasaklandığı davranışlara yönelik olacaktır<sup>447</sup>.

---

<sup>444</sup> Erdil, s. 335.

<sup>445</sup> Hükümün ilanı TK md. 59'da Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine de karar verebilir. İlanın şeklini ve kapsamını mahkeme belirler. şeklinde düzenlenmiştir. Hükümün ilanı haksız rekabetle en etkili mücadele şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz.: Erdil, s. 396; Örs, s. 109.

<sup>446</sup> Dupont, s. 135-136.

<sup>447</sup> Deren-Yıldırım, s. 490; Erdil, s. 332.

### c. Düzeltme Davası

Bu dava ile haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabeti ortaya çıkararak fiilden önceki durumun temin edilmesi amaçlanmaktadır<sup>448</sup>. Düzeltme davası neticesinde, mahkemece davalı tarafın bir fiili yapmamasına değil, haksız rekabet sebebiyle oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına yönelik her türlü işlemi yapmasına karar verilmektedir<sup>449</sup>. Uygulamada çoğunlukla düzeltme davası ile birlikte, ileride meydana gelebilecek aynı türden haksız rekabet fiillerinin de önlenmesi amacıyla men davasının da beraber açıldığı görülmektedir<sup>450</sup>.

Düzeltme davası ile birlikte “*tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını*” isteme hakkı da davacı tarafa tanınmıştır. Genel işlem şartı kullanımında bu hükmün kullanılması, matbu sözleşme metinlerinin imha edilmek suretiyle kullanılmalarının önlenmesi şeklinde gerçekleşebilir.

### 3. İptal Edilen Genel İşlem Şartlarının Yerine Getirilecek Hükümler

Genel işlem şartlarının geçersiz sayılması nedeniyle sözleşmede oluşacak boşluğun doldurulması gerekecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi, mahkemelerin söz konusu genel işlem şartlarının geçersiz sayılmasına karar vermektense gidemeyeceğini ifade etmiş<sup>451</sup> olsa da doktrinde hakimin söz konusu hükümleri geçersiz saymasının yanında bu hükümlerin yerine sözleşmede meydana gelen boşluğu da tamamlamasının hükmün amacına daha uygun olacağı görüşü ileri sürülmüştür<sup>452</sup>.

Türk hukuku bakımından ise genel işlem şartlarının iptal edilmesi sonucu oluşan boşluğun ilk olarak o sözleşme türüne ilişkin hukuk kuralları ile doldurulması

<sup>448</sup> Karayalçın, s. 468; Karahan, s. 241; Erdil, s. 338; Örs, s. 91.

<sup>449</sup> Kale, s. 94.

<sup>450</sup> Deren- Yıldırım, s. 487; Kale, s. 97.

<sup>451</sup> ATF 4A 404/2008 (www.bger.ch).

<sup>452</sup> Marchand, s. 4 ; Pichonnaz, s. 144.



gerekecektir<sup>453</sup>. Sözleşmedeki boşlu doldurmaya elverişli bir kanun hükmü yoksa, fakat örf ve adet hukukunda uygulanabilir bir kural varsa sözleşmedeki boşluk bu kurallar ile doldurulur<sup>454</sup>. Söz konusu sözleşmenin tip sözleşme olmaması ve Kanunda düzenlenen özel borç ilişkilerinde, iptal edilen husus ile ilgili bir hükmün bulunmaması halinde ise hakim dürüstlük kuralı uyarınca tarafların varsayımsal ortak arzularını tayin ederek boşluğu kendisi dolduracaktır<sup>455</sup>.

Sözleşmede boşluk bulunması durumunda bu boşluğun taraflarca doldurulması mümkündür. Uyuşmazlık halinde ise mahkemeye başvurularak hakimden sözleşmedeki boşluğu doldurması istenir. Genel işlem şartlarının geçersiz sayılması ile oluşan boşluğun ise bu kararı veren hakim tarafından doldurulması hem hükmün korumak istediği amaç ile hem de usul ekonomisi ilkesi uyarınca daha makul görünmektedir. Zira genel işlem şartlarını kullanan taraf karşısında zayıf konumda olan kişinin eşit bir düzeyde müzakereleri sürdürmesi beklenemeyeceği gibi tekrardan bir dava açmanın yükleyeceği külfetlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle hakimin genel işlem şartlarının geçersizliğine karar vermesinden sonra sözleşmedeki boşluğu da doldurması gerekmektedir.

### **C. Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Şartı Kullanılması Yoluyla Haksız Rekabetin Meydana Gelebileceği Haller**

Hakların yarışması bağlamında konu ele alınırken farklı durumlar ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Hakların yarışmasından bahsedebilmek için aynı alacaklı ve aynı borçlunun mevcut olması gerekmektedir<sup>456</sup>. Buna karşılık, hakların yarışmasından soyut olarak incelendiğinde, haksız rekabette aynı alacaklı ve aynı borçlunun mevcut olması gerekmemektedir. Zira haksız rekabet davası açabilecek kişilerin mutlaka bu işlemde zarar görmüş olmaları ya da bu işlemin doğrudan kendilerine yönelik olması gerekmemektedir. Hukuka aykırı genel işlem şartları

---

<sup>453</sup> Tunçomağ, s. 62; Oğuzman/Öz, C I, s. 206; Yağcıoğlu s. 3089. Nitekim Almanya'da da genel işlem şartlarının geçersiz sayılmasından sonra oluşacak boşluğun mevcut Kanun hükümleri ile doldurulması gerektiği BGB 306'da hükme bağlanmıştır. Bkz. Yağcıoğlu, s. 3088.

<sup>454</sup> Oğuzman/Öz, C. I, s. 206.

<sup>455</sup> Oğuzman/Öz, C. I, s. 206.

<sup>456</sup> Bkz.: § 3, III, C.

içeren bir sözleşmeyi bir tüketiciye karşı kullanan tacir tüketiciye karşı haksız fiil gerçekleştiren bir fiil işlemiş olmaktadır.

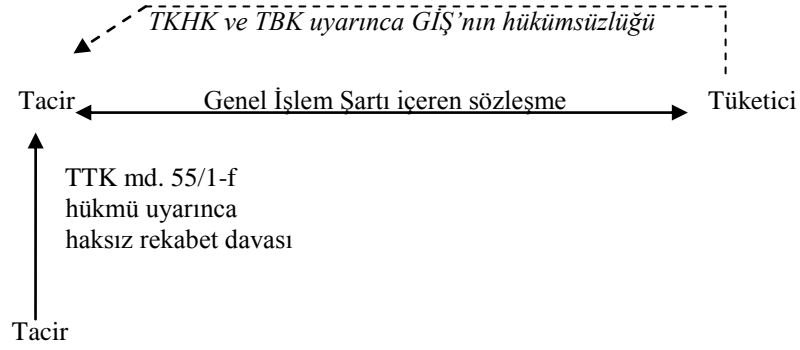
Tacirlerin tüketicilerle yaptıkları işlemlerde genel işlem şartı kullanmaları, tüketiciler açısından bir rekabet parametresi olarak algılanmamaktadır. Hiçbir müşterinin daha avantajlı genel işlem koşulları sunması nedeniyle pazardaki başka bir satıcıyı tercih etmesi, satım kararının genel işlem şartları üzerine kurması düşünülemez. Müşteriler fiyat/kalite dengesini dikkate alarak bir seçimde bulunurlar. Zira genel işlem koşulları sadece sözleşmenin ifasından sonra bir sorun çıkarsa uygulama alanı bulur. Müşteri çoğu zaman böyle bir değerlendirmeye girmeyeceğinden istediği mal veya hizmete bir an önce ulaşmak için sözleşme ilişkisine girecektir. Pazardaki satıcılar da müşterilerin sözleşmedeki genel işlem koşullarına olan bu ilgisizliğini bildiğinden, kendilerini daha az sorumluluk altına sokan genel işlem şartları kullanma yoluna gideceklerdir. Böylece kendi sorumluluklarını sınırlayarak ya da tamamen kaldırarak ekonomik çıkar elde edecekler ve bunu da fiyatlarına yansıtıp bu türden genel işlem şartı kullanmayan tacirlerin rekabet yarışında önüne geçeceklerdir. Tüketicilerin bu hallerde çoğu zaman dava açmayacakları da düşünüldüğünde bozulan rekabet ortamının da tekrardan temini söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmayan tacirin bu şekilde genel işlem şartı kullanan tacire karşı haksız rekabet davası açması gündeme gelebilecektir<sup>457</sup>. Bir tacirin genel işlem şartı içeren bir sözleşmeyi tüketici ile yapması halinde:

Tacir  $\xrightarrow{\text{Genel İşlem Şartı içeren sözleşme}}$  Tüketici

Bu durumda tüketici TKHK koruması kapsamında sahip olduğu imkanları kullanabilecek ve söz konusu genel işlem şartlarının geçersiz kılınmasını sağlayabilecektir. Tüketicinin bu yola başvurması artık haksız rekabet hükümlerine başvurulması ihtimalini ortadan kaldırmayacaktır. Zira her iki kurumun da korumak istediği menfaatler farklıdır ve birinin öngördüğü yaptırımların gerçekleştirilmesi

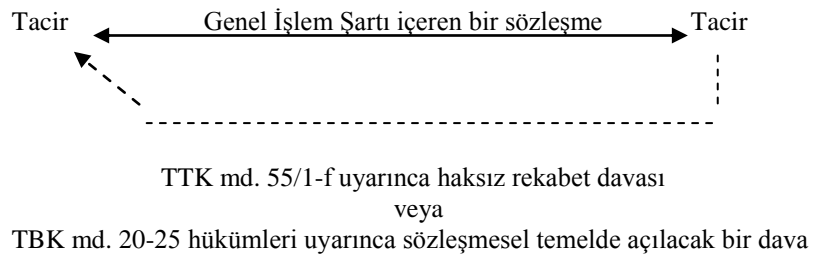
<sup>457</sup> Atamer, Sempozyum, s. 67-70.

diğer yaptırımları etkisiz hale getirmemektedir. Yukarıdaki örnekte tüketicinin TKHK hükümlerine başvurması halinde kendisi korumadan faydalanacak, sözleşmedeki bozulan adalet dengesi tekrardan sağlanacaktır. Ancak bu halde dürüst ve bozulmamış rekabet ortamı temin edilmiş olmamaktadır. Nitekim;

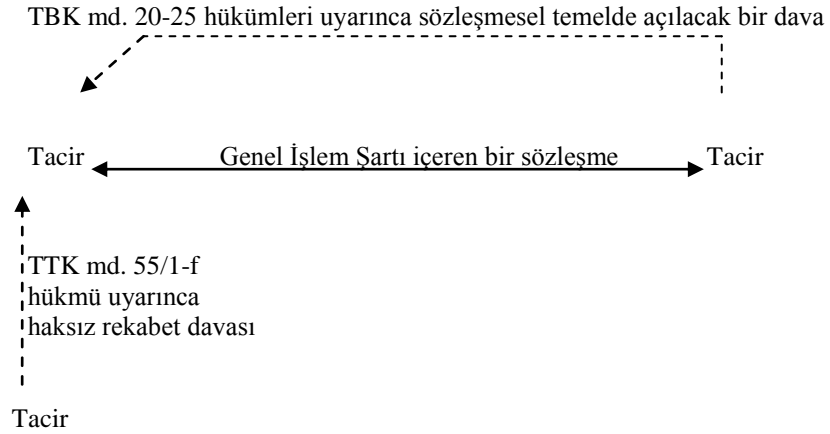


Tacirin bu halde haksız rekabete dayanarak dava açmasının tüketicisi tarafından kullanılan dava hakkıyla yarıştığından bahsedilmesi düşünölemeyecektir. Zira tüketicinin ulaşmak istediğı amacı sözleşmedeki haksız şartların geçersiz sayılması iken, üçüncü kişi tacir haksız rekabetin men'ini ve uğradığı bir zarar varsa o zararın tazminini istemektedir. Tek başına tüketicisi tarafından açılan davanın, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını tekrardan sağlaması mümkün olmayacağı gibi kanunun öngördüğü korumanın salt bir sözleşme dengesinin sağlanmasının olmadığı da açıktır. Dolayısıyla bu örnekte 3. kişi tacir tarafından haksız rekabet hükümlerine dayanılarak dava açılabilir.

Yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere bu ihtimalde hakların yarışması söz konusu olmayacaktır. Zira hem aynı alacaklı söz konusu değildir, hem de aynı amaca ulaşmak istenmemektedir. Fakat başka bir örnekte durum bu kadar açık olmayabilir:



Tacirin bir başka tacir ile yaptığı sözleşmede genel işlem şartları kullanılması halinde ise daha farklı bir durum söz konusu olacaktır. Gerçekten de genel işlem şartlarına maruz kalan tacirin bu durumda TTK ve TBK'daki haklarının arasında bir yarışma söz konusu olabilecek midir? Bu durumda tacirin TBK hükümleri uyarınca sözleşmedeki genel işlem şartlarının iptal ettirmesi bir önceki örnekte olduğu gibi haksız rekabetin ortadan kaldırılmasında bir rol oynamayacaktır. Zira tacirin başka birçok tacirle de sözleşme yaptığı varsayıldığında sadece bir sözleşmedeki genel işlem şartlarının iptal ettirilmesi bozulan rekabet ortamının tekrardan sağlanmasına yönelik olmayacaktır. Bu durumda tacirin tekrardan haksız rekabet hükümlerine başvurarak dava açması mümkün olacak mıdır? Yukarıdaki açıklamalar uyarınca her ne kadar bu soruya olumlu cevap verilmesi gereği duyulsa da kendisine yönelik genel işlem şartlarını iptal ettiren tacirin bir daha haksız rekabet davası açarak uzun sürecek bir dava yoluna gitmesi gerçeklerle bağdaşmaz. Dolayısıyla tacirin ekstra para ve zaman harcamasına neden olacak bir başka dava açması ticari gerçeklerle uyumlu görülmemektedir.



Bu durumda her ne kadar hakların yarışması veya özel hüküm genel hüküm ilişkisi olmasa da karşılaşılabilecek durum pazardaki başka bir tacirin genel işlem şartı kullanan bu tacire karşı haksız rekabet hükümlerine göre başvurması olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmenin karşı tarafı konumundaki zayıf durumda olan tacirin, haksız rekabet hükümlerine başvurması kendisi ve pazardaki rekabet ortamı bakımından daha faydalı olacaktır. Zira bu halde genel işlem şartları kullanan tacir için cezai sorumluluk da gündeme gelecek ve bu durum dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanan tacir için caydırıcı bir hal alacaktır. Pazardaki tüm tacirlerin aynı genel işlem şartlarını kullanarak zayıf durumdaki tacirleri ekonomik

olarak güç duruma düşürdükleri düşünüldüğünde ise yukarıdaki ihtimalin gerçekleşme ihtimalinin de düşük olduğu görülmektedir.

#### **D. Emredici Hükümlere Aykırı Genel İşlem Koşullarının TK md. 55/1-f Bağlamında Değerlendirilmesi**

Genel işlem şartlarının emredici kanun hükümlerine aykırı olup olamayacağı hususunda tartışmalar mevcuttur. **Atamer**'e göre bir genel işlem şartının emredici kanun hükümlerine aykırı olması, bunları hazırlayan kişilerin genelde hukukçular ve profesyonel kişiler olmaları nedeniyle pek mümkün olmasa da emredici hükümlere aykırı genel işlem şartlarının varlığı halinde dahi sözleşmenin içerik denetimine tabi tutulmasında bir sakınca bulunmamaktadır<sup>458</sup>. Nitekim uygulamada da emredici hükümlere aykırı genel işlem şartı örnekleri sıklıkla görülmektedir<sup>459</sup>.

Federal Mahkeme de verdiği bir kararının İsvHRK md. 8'i yorumladığı kısmında, "*ilk ihtimalin (İsvHRK md. 8/1, a) gerçekleşmesi için kanuni düzenlemeden ayrılma şartı öngörülmüş olup kanuni düzenlemeden, emredici ve yedek hukuk kuralları, doktrin ve yargı kararlarınca ortaya konulmuş hukuk prensiplerinin anlaşılması gerekmektedir...*" diyerek genel işlem şartlarının emredici hükümlere de aykırı olabileceğini dolaylı olarak da olsa ifade etmiştir<sup>460</sup>. Kuşkusuz ki, emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını TBK md. 27/1 uyarınca kesin hükümsüzlüktür. Ancak genel işlem şartlarına maruz kalan tarafın isterse TBK md. 20 vd. hükümlerine başvurmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakların yarışmasında yer alan unsurlar olan: 1- aynı alacaklı, 2- aynı borçlu, 3- aynı olay, 4- aynı sonuç, 5- değişik hukuki nedenlerin<sup>461</sup> bu halde mevcut olduğu sonucuna varılabilecek ve her iki hüküm arasında bir yarışma ilişkisinin olduğu kabul edilebilecektir. Hakların yarışması söz konusu olduğu için de taraf isterse TBK md. 27/1 hükmüne dayanarak kesin hükümsüzlük yaptırımına başvuracak, isterse genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere başvurarak yazılmamış sayılma ya da kesin

<sup>458</sup> Atamer, GİŞ, s. 146.

<sup>459</sup> Nitekim sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin Kanunda ön görülen kısıtlamalara uyulmadan yapılan anlaşmalar, otelcilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlere aykırı anlaşmalar, zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerine aykırılıkları, Trafik Kanunundaki emredici hükümlere aykırı yapılan anlaşmalar örnek olarak gösterilmektedir. Bkz.: Atamer, GİŞ, s. 147.

<sup>460</sup> ATF 117 II 332; Aynı yönde bkz.: ATF, 4A\_120/2008/ech, Arrêt du 19 mai 2008, Ire Cour de Droit Civile (<http://www.bger.ch>, 06.02.2014)

<sup>461</sup> Tunçomağ, s. 107; Karacabey; s. 667-668; Gürsoy, s. 171-172 Von Tuhr, s. 38.

hükümsüzlük talep edebilecektir<sup>462</sup>. Burada belirtmek gerekir ki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere başvurulmasının daha elverişli sonuçlar doğuracağı durumlar söz konusu olacaktır. Zira kesin hükümsüzlük söz konusu olduğunda TBK md. 27/2’de yer alan istisnanın uygulanması söz konusu olabilecek ve emredici hükümlere aykırı genel işlem şartlarını kullanan taraf sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasını sağlayabilecekken, gerek yürürlük denetiminde gerek de içerik denetiminde kanun koyucu bu sonucu engellemeyi amaçlamıştır<sup>463</sup>. Haksız rekabet hukuku bakımından sorun incelendiğinde ise sınırların daha geniş belirlenmesinin haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen amacın daha iyi bir şekilde korunabilmesi için önemli olduğu görülmektedir.

Emredici hükümlere aykırılığın kesin hükümsüz olması bu durumda haksız rekabet hükümlerine başvurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira burada amaç, sözleşme hukuku gereğince zaten hükümsüz olan sözleşme hükümlerinin haksızlığını aynı zamanda haksız rekabet hukukunun yaptırımlarına tabi tutmaktır<sup>464</sup>. Bu sayede korumanın kapsamı genişlemektedir. Aksi yönde yapılacak bir yorum TK md. 55/1-f’nin uygulamasını önemli bir şekilde daraltacak ve hükmün uygulanması çok sınırlı hallerde mümkün olacaktır. Emredici hükümlere aykırılığın genel işlem şartı olarak sayılması görüşünü desteklememizin temelinde de bu düşünce yatmaktadır. Zira TK md. 55/1-f’nin uygulanması için gerekli olan ilk husus bir “genel işlem şartı” kullanılmış olmasıdır. Eğer bu tür hükümler genel işlem şartı olarak kabul edilmezlerse bunların haksız rekabet kapsamında değerlendirilmeleri de mümkün olmayacaktır. Genel işlem şartlarına ilişkin bir tanıma Ticaret Kanunu’nda yer verilmemesi nedeniyle de TBK hükümlerine başvurulması gerekecektir. Burada eklemek gerekir ki emredici hükümlere aykırı sözleşme şartlarının kullanılması sorunu, tek tek sözleşmedeki bu şartların kesin hükümsüzlüğünün tespit ettirilmesi ile ortadan kaldırılabilecek bir sorun değildir. Zira sözleşmenin ifası aşamasında bir sorun çıkmadığı sürece karşı taraf bu hükümlerin geçersizliğini talep etmeyeceği

<sup>462</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 981; Tunçomağ, s. 110; Oğuzman/Öz, C II, s. 277-278.

<sup>463</sup> Yürürlük denetiminde düzenleyenin yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceğinin TBK md. 22’de açıkça ifade edilmiştir. İçerik denetimiyle ilgili olarak da her ne kadar açık bir hüküm sevk edilmemişse de Gerekçede yer alan açıklamalar ve doktrindeki kabul bu yöndedir. Bkz. Yuk. § 3, II, B, 1. Aynı yönde bkz.: Kuntalp, s. 96.

<sup>464</sup> Uzunallı, s. 407; Aynı görüşte bkz.: Thomas Probst: **Stampfli’s Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) 2010**, Nr. 40 (Uzunallı s. 407 dn. 115)

gibi, tek bir kişinin bu yöndeki talebi de söz konusu aykırılığın pazardan tamamen giderilmesini sağlamayacaktır. Bu itibarla haksız rekabet hükümlerinin önemi oldukça yüksektir.

Emredici hükümlere aykırı genel işlem şartlarının varlığı halinde de genel işlem şartlarının haksız rekabet teşkil etmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumun kabul edilmesi haksız rekabet hukukunun amacına da daha uygun bir yorumdur. Zira haksız rekabet teşkil eden genel işlem şartı kullanımı her zaman yedek hukuk kurallarına aykırılıkta gündeme gelmemektedir. Nitekim uygulamada büyük bir boşluğu doldurmak amacıyla getirilen ticari mal satımlarına ilişkin TK md. 1530 hükmü bu bakımdan önemlidir. Hüküm uyarınca ticari mal satımlarıyla ilgili emredici nitelikte detaylı düzenlemeler yapılmıştır<sup>465</sup>. Madde ile ilgili olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilen gerekçede hükmün amacı şu şekilde belirlenmiştir: *“Çoğunlukla finansal açıdan pek de güçlü olmayan üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin teslim ettikleri malların ve hizmetlerin bedellerini zamanında alarak ekonomik yapılarını güçlendirmelerine yardımcı olmak, pazar ekonomisine hakim yeni bir yaklaşım olarak görülmüştür. Birçok büyük ve güçlü ticari işletme geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmaktadır. Ancak bu araç marketlere, süper marketlere, hiper marketlere ve benzeri güçlü ticari işletmelere mal ve hizmet verenleri çok güç durumda bırakmakta, finansal durumlarını sarsmakta, hatta iflasa da sürüklemektedir. Hüküm bu kötü uygulamanın önüne geçmek için öngörülmüştür<sup>466</sup>”*. Pazardaki eksikliğin giderilmesi için getirilen bu düzenlemeye aykırı sözleşme hükümleri geçersiz sayılmıştır. Buradaki geçersizliğin, emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını olan kesin hükümsüzlük olduğu görülmektedir.

TK md. 1530 hükmünün pazardaki güçsüz konumda olan katılanların korunması amacıyla getirildiği görülmektedir. Ekonomik açıdan daha güçlü konumda bulunan pazar aktörleri, güçsüz konumdaki kişilerle yaptıkları sözleşmelerde kendi istedikleri hükümleri karşı tarafa dayatmakta, genel işlem şartı içeren sözleşme hükümleri kullanmaktadırlar. Bu kişiler, gerekçede de belirtildiği üzere, satın aldıkları mal veya hizmetin bedelini geç ödeyerek bundan çıkar sağlamaktadırlar. Kanun koyucu bu türdeki hukuka aykırılıkların önüne geçerek

---

<sup>465</sup> Serkan Ayan; **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, 2010, s. 738

pazarın, ve dolayısıyla rekabetin düzgün işlemlerini temin etmek istemiştir. Sözleşme hukukundan kaynaklanan ve emredici hükümlere aykırılık yaptırımlarının burada uygulanması mümkündür. Ancak bizim değinmek istediğimiz nokta, tezimizin konusunu oluşturan TK md. 55/1-f hükmü uyarınca haksız rekabet hükümlerinin korumasından söz konusu kişilerin yararlanıp yararlanamayacaklarının belirlenmesi olacaktır.

Pazarda güçlü konumda bulunan bir tacir, ekonomik olarak daha alt basamaklarda yer alan tacirlerle birçok sözleşme yaparak faaliyetlerini sürdürmektedir. Özellikle TK md. 1530'un kapsamında yer alan işlemler yapan bir tacir, pazardaki birçok üretici ve sağlayıcı ile aynı yönde sözleşmeler yapmakta ve bu sözleşmelerden haksız menfaatler elde etmektedir. Sözleşmenin karşı tarafında yer alan ve ekonomik olarak güçsüz konumda bulunan tacirin ise bu hükümlerin geçersiz sayılması için mahkemeye başvurarak bireysel sözleşmesindeki hükümleri iptal ettirmesi ticari hayatın gerçekleriyle bağdaşmaz. Zira sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmedeki TK md. 1530 hükmüne aykırılık teşkil eden şartları geçersiz kılmak için dava açması halinde, bu kişi ile başka bir sözleşme yapılmayacağı söylenebilir. Özellikle alıcı konumunda olan tarafın, pazarda kendi sunduğu genel işlem şartı içeren sözleşmeleri kabul eden birçok üretici bulabilecek durumda olduğu düşünüldüğünde, küçük işletmelerin bu yönde bir harekette bulunmaları düşünülemeyecek<sup>467</sup> ve sözleşmelerin ifası aşamasında herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Bu durumda da Kanunen getirilen koruma yetersiz kalacaktır. Bu durumda TK md. 55/1-f hükmünün kullanılması düşünülebilecektir. Sözleşmedeki emredici hükümlere aykırı genel işlem şartlarının, açılacak olan haksız rekabetin men'i ve düzeltme davası ile haksız rekabet teşkil eden fiilin ortadan kaldırılması söz konusu olacak ve bu durumda da tacir tarafından yapılan bütün genel işlem şartı içeren sözleşmeler de geçersiz sayılacağından etkili bir korumanın yanında pazarda, diğer tacirler aleyhine bozulmuş olan rekabet ortamı da düzelmiş olacaktır. Bunun yanında hükme aykırılığın cezai bir yaptırımı da olacağından bu tür şartları kullanan kişi için caydırıcı bir önlem olacaktır. Görüldüğü üzere bireysel davaların açılarak söz konusu hükümlerin geçersiz sayılması hem kalıcı bir çözüm getirmemekte, hem de tacirlerin bu davayı açmaya cesaret edemeyecekleri haklı olarak düşünüldüğünde

---

<sup>466</sup> Ayan, s. 720.



istenen korumayı sağlayamayacağı açıkça görülmektedir. Bu sebeple, Alman Hukukunda olduğu gibi, pazar davranışlarını düzenleyen bir kanun hükmüne aykırılığın da bu bağlamda değerlendirilerek, bu hükümlere aykırı olarak yapılan sözleşmelerin aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiği ve TK md. 55/1-f, (1) bağlamında haksız rekabet teşkil ettiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Bu davayı sözleşmenin karşı tarafı olan kişiler açabileceği gibi pazardaki diğer tacirler de açabilecektir. Zira bu şartları kullanarak pazarda haksız bir çıkar sağlayan tacir dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamından beklenen yararın sağlanmasının önüne geçmekte ve rekabeti bozmaktadır.

#### **E. Sigorta Genel Koşullarının TK md. 55/1-f Bağlamında Değerlendirilmesi**

“Sigorta genel şartları” sözleşme hukukunda genel işlem şartları olarak adlandırılan ve sözleşmenin güçlü tarafınca, ileride çok sayıda yapılacak olan sözleşmelerde kullanılmak üzere önceden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme şartlarıdır. Ancak sigorta genel şartları Hazine Müsteşarlığı tarafından gözden geçirilip onaylanmaları bakımından diğer genel işlem şartlarından ayrılırlar<sup>468</sup>. bu husus Sigortacılık Kanunu md. 11’de, “Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir.” şeklinde ifade edilmiştir. Uygulamada ise Hazine Müsteşarlığı sigorta şirketleri tarafından önerilen genel şartlar metinlerini onaylamak yerine tamamen özgün bir metin hazırlamaktadır. Sigorta şirketlerinin de dolayısıyla bu metinler dışında bir genel şartlar metni kullanmaları mümkün olmamaktadır<sup>469</sup>. Sigorta genel şartlarının idari bir denetim mekanizmasından geçmesine rağmen günümüzde genel işlem şartları olarak kabul edilmektedirler<sup>470</sup>. Zira bu şartların idari bir makam tarafından onaylanmış/hazırlanmış olmaları bunların hukuka uygun oldukları ve yoruma ihtiyaç duyulmadığı anlamına gelmemektedir<sup>471</sup>. Nitekim

---

<sup>467</sup> Ayan, s. 723.

<sup>468</sup> Tekin Memiş, **Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi**, Reasürör, Nisan 2005, s. 4.

<sup>469</sup> Zahid Emre Yıldırım, **Genel İşlem Şartlarının Sigorta Sözleşmeleri Yönünden Ele Alınması**, İstanbul 2012, s. 22 ([www.yonhukukburosusu.com/mak/genelislem.pdf](http://www.yonhukukburosusu.com/mak/genelislem.pdf)).

<sup>470</sup> Memiş, s.

<sup>471</sup> Rayegan Kender, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, İstanbul 2001, s. 122; Atamer, GİŞ, s. 63.

doktrinde de belirtildiği üzere bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak nitelendirilmesinde bunları hazırlayanların kimlikleri önemli değildir<sup>472</sup>.

Sigorta poliçelerinde genel şartların yanında özel şart olarak nitelendirilen şartlar da bulunmaktadır. Ancak sözleşmedeki bu şartların nitelendirilmesi ile hakim bağlı olmadığı gibi bunların genel işlem şartı teşkil edip etmedikleri de bu nitelemeden bağımsızdır. Bu nedenle sigorta poliçesinde yer alan şartların genel işlem şartı olup olmadıkları tespit edilirken TBK hükümlerinden yararlanılması gerekecektir. Bu bağlamda söz konusu şartların, sigorta ettiren kişi ile müzakere edilerek sözleşmeye dahil edilmiş olduğunun ispat edilmesi durumunda artık bu hükümler genel işlem şartı olarak değerlendirilemeyeceklerdir.

Sözleşme hukuku bağlamında sigorta sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarına karşı gerek TKHK ve gerek TBK hükümleri ile sigorta ettiren korunacaktır. Sigorta ettirenin “tüketici” olması durumunda TKHK md. 5 uyarınca haksız şart sayılan sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması söz konusu olabilecektir<sup>473</sup>. Bunun yanında tüketicilerin, TKHK’de boşluk bulunması durumunda TBK 20 vd. hükümlerinden yararlanmaları da mümkündür. Tüketici konumunda olmayan müşteriler bakımından ise koruma TBK md. 20 vd uyarınca yapılacaktır. Bu bağlamda sigorta genel şartları yürürlük, yorum ve içerik denetimine tabi olacaktır<sup>474</sup>.

TBK hükümleri uyarınca denetlenmesi mümkün olan sigorta genel şartlarının aynı zamanda haksız rekabet oluşturmaları mümkün olabilecek midir? Bu soruya cevap verilirken TK md. 55/1-f hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İlk olarak sigorta genel şartlarının genel işlem şartı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir genel işlem şartı kullanılıyor olması nedeniyle ilk şart gerçekleşmiş sayılmaktadır. Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde ise Kanunda iki ölçüt getirilmiştir. Bunlar kanuni

<sup>472</sup> Antalya, s. 300; Atamer, GİŞ, s. 63; Havutçu, s. 80.

<sup>473</sup> Sigorta sözleşmelerinde TKHK hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin bkz.: Memiş, s. 10; Renan Baykan, **Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum-Öneri-Eleştiri**, İstanbul 2004, s. 193.

düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma ve sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngörme olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla sigorta genel şartlarının bu iki ölçütten birini sağlıyor olması durumunda TK md. 55/21-f bağlamında haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilebilecek ve bu halde haksız rekabete ilişkin davaların açılması mümkün olabilecektir.

### III. Hükümler Arasında Çatışma Sorunu

Genel işlem şartlarının Türk Hukukunda üç farklı kanunda düzenlemeleri bulunmaktadır. Kaynak hukuk sistemlerinin aksine çoklu bir düzenleme tercih eden Türk Hukukunda bu durum bir takım sorunların yaşanmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Zira genel işlem şartlarının farklı hukuk alanlarında düzenleme altına alınması, bir olaya uygulanacak kanun hükmünün seçilmesinde bazı zorlukları da beraberinde getirecektir.

Kronolojik olarak Türk Hukukunda genel işlem şartlarının düzenlendiği ilk kanun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundur. TKHK'da haksız şart olarak nitelendirilen bu kurum 93/13 sayılı AB direktifine uygun olarak kaleme alınmıştır<sup>475</sup> ve anlaşılacağı üzere tüketiciyi korumak üzere getirilmiştir.

#### A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin (TKHK md. 3/k) taraf olduğu sözleşmeleri ve bu kişilere yönelik işlem işlemleri düzenlemektedir (TKHK md. 2). Dolayısıyla bir tarafı tüketici olan sözleşmelerde genel işlem şartlarının kullanılması durumunda 6502 sayılı TKHK md. 5 hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>476</sup>. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda çözüm bulunamayan hallerde ise Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin 20 ila 25. madde hükümleri, genel

<sup>474</sup> Almanya'da sigorta genel şartlarına karşı BGB 305-310 hükümlerinde yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uyarınca yapılmaktadır ve Türk hukukunda olduğu gibi üç aşamada gerçekleşmektedir. Bkz.: Memiş, s. 7.

<sup>475</sup> Aydoğdu, Kişi Bakımından, s. 593.

<sup>476</sup> Lale Sirmen, **Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATİDER, 8 Nisan 2011, s. 109-110; Aydın Zevkliler, **Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2001, s. 41-43; Atamer, sempozyum, s. 10.

kanun olması itibariyle, sorunun çözümünde uygulama alanı bulacaktır<sup>477</sup>. Sözleşmenin karşı tarafının tüketici sıfatını haiz olmaması durumunda ise TKHK hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır<sup>478</sup>.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 3/k'de tüketici kavramı açıkça tanımlanmış olduğundan tacirlerin tüketici olup olamayacakları ile ilgili bir tartışma, İsviçre'nin aksine, söz konusu olmayacaktır. Kanunda tüketici, "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen her gerçek ya da tüzel kişi tacir sıfatını haiz olup 6502 sayılı TKHK korumasından yararlanabilecektir. Tacirlerin tüketici sayılıp sayılmayacakları hususunda ise gerçek kişi tacirler ve tüzel kişi tacirler bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi gerekecektir.

Bilindiği üzere tüzel kişi tacirlerin adi iş ve borç alanları bulunmamaktadır<sup>479</sup>. Tüzel kişi tacirlerin her türlü işlemleri ticari iş niteliğinde olacağından bu grubun tüketici sayıldıkları bir işlem olmayacak ve TKHK kapsamında korumadan yararlanamayacaklardır. Gerçek kişi tacirler bakımından da kural, tüm borçlarının ticari olmasıdır. Ancak kanun koyucu gerçek kişi tacirler için bir istisna öngörmüş ve gerçek kişi tacirin, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borcunun adi sayılacağını hüküm altına almıştır (TK md. 19/1). Bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili olarak yaptığı her işlemin ticari veya mesleki amaçlı yapıldığının kabulü gerekir<sup>480</sup>. Dolayısıyla tartışma halinde, yapılan hukuki işlemin amacına bakılarak gerçek kişi tacir açısından işlemin ticari mi yoksa adi mi olduğunun tespit edilmesi gerekecektir. Sonuç olarak, alınan bir mal ya da hizmet, herhangi bir şekilde tekrardan ekonomiye dönmüyor ve gerçek kişi tacir nihai tüketici<sup>481</sup> sıfatına sahip ise TKHK korumasından faydalanabilmesi gerekecektir<sup>482</sup>.

<sup>477</sup> Oğuzman/Öz, s. 169-170; Sirmen, s. 110; Altop, s. 254.

<sup>478</sup> Aydoğdu, Kişi Bakımından, s. 592; Oğuzman/Öz, s. 170; Kuntalp, s. 91-92; Atamer, sempozyum, s. 10.

<sup>479</sup> Poroy/Yasaman, s. 139; İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku**, Ekin Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 5;

<sup>480</sup> Aslan, s. 4.

<sup>481</sup> Nihai tüketici kavramı ile ilgili olarak daha geniş bilgi için bkz.: Zevkliler, Tüketici, s. 43.

<sup>482</sup> Aslan, s. 4-5.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamı ile ilgili olarak bu belirlenmeler yapıldıktan sonra doktrinde asıl sorun teşkil eden, genel işlem şartlarına ilişkin TK hükümleri ile TBK hükümlerinin uygulanması meselesine değinilmesi gerekecektir

## **B. TBK ile TTK hükümlerinin Uygulanması Sorunu**

Genel işlem şartları içeren sözleşmelere standart sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır<sup>483</sup>. Bir sözleşmenin standart sözleşme olarak adlandırılmasının pratikteki yararı, bu sözleşmede kullanılan hükümlerin genel işlem şartı teşkil ettiğinin karine olarak kabul edilmesidir. Zira bir sözleşme metninin önceden matbu olarak hazırlanmış olması, hayatın olağan akışına göre, bu hükümlerin pazarlık konusu edilmediği yolunda bir sonuca varılmasını gerektirir<sup>484</sup>. Ancak elbette standart sözleşme kullanan taraf söz konusu hükümlerin tartışıldığını ispat ederek bu hükümlerin genel işlem şartı teşkil etmediğini ispat edebilir. Dolayısıyla bir sözleşmenin standart sözleşme olarak nitelendirilmesi sadece, sözleşmedeki şartların genel işlem şartı sayılması hususunda karşı taraf bir kolaylık sağlamaktadır<sup>485</sup>.

Konunun incelenmesi bakımından da faydalı olan bu ayırım uyarınca, doktrinde üç çeşit standart sözleşmenin mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bunlar:

- 1- Tüketici standart sözleşmeleri
- 2- Genel standart sözleşmeler
- 3- Ticari standart sözleşmelerdir.

Tüketici standart sözleşmeleri ile kastedilen kullananın kim olduğunun önemli olmadığı, karşı tarafının ise tacir olduğu genel işlem şartı içeren sözleşmeleri, genel standart sözleşmeler ise kullananın kim olduğunun önemli olmadığı, karşı tarafının ise tacir ya da tüketici olmadığı sözleşmeler anlaşılmalıdır<sup>486</sup>. Bu sözleşmelere uygulanacak hükümler konusunda doktrinde bir tartışma bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda tüketiciler için yapılan açıklamalar tüketici

<sup>483</sup> Antalya, s. 291, Aydoğdu, kişi bakımından, s.

<sup>484</sup> Atamer, Sempozyum, s.25; Sirmen, s.122-123

<sup>485</sup> Aydoğdu, kişi Bakımından, s. 585

<sup>486</sup> Antalya, s. 291-292; Aydoğdu, Kişi Bakımından, s. 599.

standart sözleşmeleri için de geçerli olacaktır. Genel standart sözleşmelere ise TBK hükümleri uygulanacaktır<sup>487</sup>.

Ticari standart sözleşme olarak ifade edilen ve genel işlem şartı kullanan tarafın karşısında bir tacirin olduğu sözleşmelerde, Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin kullanılıp kullanılmayacağı problemi gündeme gelmektedir.

Türk Ticaret Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu her ne kadar aynı kuruma ilişkin düzenlemeler getirmiş olsalar da bu düzenlemelerin getiriliş amaçları birbirinden farklıdır. TBK hükümleri taraflar arasında bozulan sözleşme dengesini sağlamayı amaçlarken TTK hükümleri dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının teminini amaçlamaktadır. Burada TBK hükümlerinin uygulama alanıyla ilgili doktrinde yapılan tartışmaların incelenmesi gerekecektir. Zira kanun koyucunun ikili bir düzenleme getirmesi bu yapının hukuki sonuçlarının ne olacağının belirlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır.

Doktrinde konuyla ilgili tartışmaların, TBK'daki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin tacirlere de uygulanabilir olup olmadığı noktasında kilitlendiği görülmektedir.

**Antalya**, ticari standart sözleşmenin karşı tarafını oluşturan tacirin sözleşme özgürlüğünü sağlamak için korunmaya ihtiyacı olmadığını ileri sürmektedir. Hakimin sözleşmenin içeriğine müdahale etmesi piyasa şartlarına müdahale teşkil edecek ve bu durum piyasadaki dengeyi bozabilecektir. Tacirler arası ilişkilerle ilgili olarak TTK md55/1-f'de getirilen düzenleme, tacirleri genel işlem şartlarına karşı korumada yeterli görülmektedir. Kaldı ki Ticaret Kanununun özel düzenleme olması nedeniyle de Borçlar Kanunu hükümlerinin tacirler arasında uygulanması mümkün olmayacaktır. Bunun yanında her iki kanunda öngörülen yaptırımlar arasında da büyük farklar bulunmaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu uyarınca öngörülen yaptırımlar yazılmamış sayılma ve kesin hükümsüzlük olarak karşımıza çıkarken, Ticaret Kanununda maddi tazminat davası açılması imkanının verilmiş olması bu görüşü doğrulamaktadır. Özellikle Ticaret Kanununda, özel hukuk yaptırımlarının

---

<sup>487</sup> Oğuzman/Öz, s. 27; Reisoğlu, s. 73; Yelmen, s. 70-72; Aydoğdu, Kişi Bakımından, s. 600; Altop, s. 254..

yanında cezai müeyyideler de öngörülmüş olması kanun koyucunun bu iki düzenlemeyi birbirinden ayırt etmek istediğinin açık bir göstergesidir. Tüm bu nedenler, TTK hükümler ile TBK hükümlerinin sebepleri yarışamayacak ve kanun koyucunun TBK hükümlerine bir istisna getirdiğinin kabul edilmesi gerekecektir<sup>488</sup>.

Doktrindeki diğer görüş uyarınca, Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarına ilişkin hükümler her türlü sözleşme için düzenlenmişlerdir ve dolayısıyla karşı tarafının tacir olması sonucu değiştirmeksizin TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Zira Kanun hükümleri incelendiğinde, bu hükümlerin sadece belli kişilere uygulanacağı yönünde bir düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir. Nitekim hükmün metninde kullanılan “sözleşmenin karşı tarafı” ibaresi ile gerekçede karşımıza çıkan “müşteri” ibaresinin bir genelleme içeren ve tacirleri de kapsayan kavramlar olduğu görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun amacının da tacirlerin hükmün kapsamında değerlendirilmesi olduğu sonucuna ulaşılmalıdır<sup>489</sup>. Ayrıca kanun gerekçesinde Alman hukukuna yapılan atıflar ve BGB’de tacirlerin de korumadan yararlanmaları karşısında Türk Hukukunda tacirlerin kapsam dışında bırakıldığı düşünülemeyecektir. Son olarak belirtmek gerekir ki sorun Borçlar Kanununun genel sistematiği açısından ele alındığında da bu yönde bir sonuca varılması daha doğru görülmektedir zira Kanunda tacirlere uygulanmayacak hükümler özel olarak zikredilmekte ve bu sayede sınırları çizilmektedir<sup>490</sup>.

Haksız rekabet hukuku ile sözleşme hukuku birbirinden tamamen farklı alanları düzenleyen iki kurumdur. Haksız rekabet bilindiği üzere temelde bir haksız fiil halidir. Sözleşme hukukunda ise bir sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan uyuşmazlıklara çözüm getirilmeye çalışılır. Borçlar hukuku özellikle sözleşme özgürlüğü prensibinden hareketle taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini dikkate alarak somut ilişkiyi denetlerken, haksız rekabet hukukunda ise kanun koyucu “dürüst ve bozulmamış rekabetin” temini amacıyla soyut ve genel bir denetimi amaçlar<sup>491</sup>. Genel işlem şartlarının da Haksız Rekabete ilişkin hükümlerde düzenlenmesi, bunların dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmalarının rekabeti bozucu etkileri olacağı ve dolayısıyla pazara katılan kişilerin menfaatlerini

---

<sup>488</sup> Antalya, s. 294-296.

<sup>489</sup> Aydoğdu, kişi bakımından, s. 600-601; Oğuzman/Öz, s. 27; Reisoğlu, s. 73; Yelmen, s. 70-72.

<sup>490</sup> Örneğin taksitle satışlarda TBK 272’de, Bkz.: Aydoğdu, kişi bakımından, s. 601.

<sup>491</sup> Uzunallı, s. 405.

etkileyebileceği nedeniyledir. Dolayısıyla mevcut düzenlemeler ile farklı iki menfaatin korunmaya çalışıldığı görülmektedir. İki farklı menfaatin korunması sebebiyledir ki her iki Kanunda da yer verilen yaptırımlar birbirlerinden farklılık arz etmektedir. Borçlar Kanununda yer alan müeyyideler, hükmün yazılmamış sayılması, kesin hükümsüz sayılması gibi dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının geçerliliğine yönelik olup sözleşme adaletini sağlamaya yöneliktir. Buna karşın Ticaret Kanununda yer alan müeyyideler ise bozulan rekabet ortamını düzenleme amacına yöneliktir.

Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin tacirler arasında da uygulanabileceklerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira genel işlem şartlarına ilişkin koruma hükümlerinin temelinde yatan, güçlü olan tarafın sözleşmenin karşı tarafını oluşturan zayıf tarafa bir takım hükümler dayatarak menfaat dengesini kendi lehine bozması durumu tacirler bakımından da söz konusu olabilir. Dolayısıyla ekonomik açıdan daha güçsüz konumda olan tacirin bu korumadan yararlandırılmaması için bir sebep bulunmamaktadır. Özellikle KOBİler'in büyük işletmeler karşısındaki konumları düşünüldüğünde haksız rekabet hükümleri dışında, sözleşme adaletini sağlamak için de bir korumadan yararlanmaları gerekebilecektir<sup>492</sup>. Tacirlerin sadece haksız rekabet hükümlerinden yararlandırılmaları ise her zaman adil sonuç vermeyecektir zira yukarıda da belirtildiği üzere haksız rekabet hükümleri sözleşmesel adalet ile değil, haklı rekabetin temin edilmesi amacıyla ilgilenir. Nitekim Yargıtay'ın da tacirler bakımından tenkisi mümkün olmayan bir cezai koşulun, borçlunun ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıracak derecede olması halinde ahlaka aykırı olduğu sonucuna vararak eBK md. 20'ye göre geçersiz sayılabileceği sonucuna varmıştır<sup>493</sup>. Yüksek mahkeme bu hususta verdiği kararında ahlaka aykırılık kriterine dayanmış olsa da, tacirlerin de sözleşmede zayıf taraf konumunda olabileceğinin kabulü ve tacirler arası ilişkilerde de içerik denetimi yapması bakımından önemli niteliktedir. Dolayısıyla tacirlerin TBK hükümleri uyarınca sözleşmedeki genel işlem şartlarının kesin hükümsüz sayılmasını istemelerinin engellenmemesi gerekmektedir.

<sup>492</sup> Atamer, GiŞ, s. 56-57; Aydoğdu, kişi bakımından, s. 603.

<sup>493</sup> HGK, 20.03.1974 T., 1053 E./222 K. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) 10.06.2014)



Tacirlerin de TBK'daki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin korumasında yararlanacağı tespit edildikten sonra TK md. 55/1-f hükmü ile TBK hükümleri arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekecektir. Bu hükümler arasındaki ilişki hakların yarışması olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakların yarışması söz konusu olduğunda hakim, davacı taraf için en uygun çözümü getiren kanun hükümlerini bir bütün olarak uygulayacaktır<sup>494</sup>. Nitekim eTBK'da bulunmayan ve “*sebeplerin yarışması*” *sebeplerin yarışması*” kenar başlıklı maddede bu kural açık bir şekilde, “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hakların yarışmasının kabul edilmesi durumunda TBK hükümleri ile TTK hükümlerinin bir arada uygulanması mümkün olmayacaktır.

### C. Hakların Yarışması

Hakların yarışması doktrinde, “bir kişinin diğer bir kişiye karşı, aynı konuda belirli bir sonucu sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere dayanarak istemde bulunması” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hakların yarışmasında yer alan unsurlar: 1- aynı alacaklı, 2- aynı borçlu, 3- aynı olay, 4- aynı sonuç, 5- değişik hukuki nedenler, olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>495</sup>. Hakların yarışması söz konusu olduğunda ise davacı tarafın iki hukuki imkandan birini seçmesi gerekecektir. Bu seçimi yaptıktan sonra ise o hukuki mekanizma bir bütün olarak olaya uygulanacaktır<sup>496</sup>. Hakların yarışması kavramı ile kanun hükümlerinin yarışması kavramının birbiriyle karıştırılmaması gerekmektedir. Kanun hükümlerinin yarışmasında, hakların yarışmasında olduğu gibi, aynı olaya uygulanacak iki farklı hukuk kuralı bulunmasına rağmen bu hükümler arasında bir özel-genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Özel hükmün genel hükme tercih edilmesi kuralı dolayısıyla da söz konusu hukuki ilişkiye özel hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle, hakların yarışmasından bahsedilebilmesi için aynı olaya uygulanacak iki farklı kanun hükmü

<sup>494</sup> Oğuzman/Öz, C II, s. 279; Antalya, s. 769.

<sup>495</sup> Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler**, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 107; Ömer Faruk Karacabey, **Hakların Yarışması**, Ankara Barosu Dergisi, 1980, S. 6, s. 667-668; Kemal Tahir Gürsoy, **Haksız Eylemde (Fiil) Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)**, AÜHFHD, C. 31, N. 1-2, s. 171-172 Von Tuhr, s. 38.

<sup>496</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 981; Tunçomağ, s. 110; Oğuzman/Öz, C II, s. 277-278.

arasında bir özel hüküm genel hüküm ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir<sup>497</sup>. Buna ek olarak “*hakların yarışmasının söz konusu olabilmesi için aynı isteğin, kanundaki iki farklı hükme göre de haklı görülmesi gerekmektedir*”<sup>498</sup>. Aksi durumda hakların yarışması söz konusu olmayacak, zira davacının başvurabileceği tek bir hukuki imkan bulunacaktır.

Bu açıklamalar ışığında genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümleri ile getirilen haklar ile Türk Borçlar Kanununda getirilen hakların yarışıp yarışmadıklarının tespit edilmesi gerekecektir.

İlk olarak haksız rekabete ilişkin hükümler ile TBK’deki hükümler arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekecektir. Özel ve genel hüküm kavramları nisbi kavramlardır. Bir hüküm ancak başka bir hükme nazaran özel ya da genel niteliğini kazanır<sup>499</sup>. Dolayısıyla özel hüküm ve genel hüküm ilişkisi iki hukuk normunun maddi unsurları arasındaki belirli bir nispetten ibarettir<sup>500</sup>. Aradaki bu ilişkinin bir özellik ve genellik oluşturması için de bir hükmün maddi unsurunda daima diğer bir hükmün maddi unsuru ve buna ilaveten diğer bazı vakaların bulunması gerekmektedir. Bu durumda ilk hüküm ikincisine nispeten özel nitelikte olacaktır. Özel nitelikteki kanunun maddi unsurlarının gerçekleştiği durumlarda daima genel nitelikteki kanunun da maddi unsurları gerçekleşmiş olmaktadır<sup>501</sup>. Genel işlem şartlarına ilişkin TBK ve TK’da yer alan kanun hükümleri incelendiğinde ise her iki hüküm arasında bir özel-genel hüküm ilişkisi bulunmadığı söylenebilir. Zira her iki hükmün de engellemeyi amaçladığı durum dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılmasıdır. Maddi unsurları arasında bir fark olmayan<sup>502</sup> hükümlerin hukuki neticeleri farklıdır ki, bu halde özel hüküm-genel hüküm ilişkisi söz konusu olmaz<sup>503</sup>. Aynı maddi olguyu farklı nedenlerle koruyan iki farklı kanuni düzenleme söz konusu olduğundan bir özel-genel hüküm ilişkisinden bahsedilmesi söz konusu olmayacaktır.

<sup>497</sup> Yargıtay İBGK, 04.06.1958 T, 15 E./6 K., RG. 01.10.1958; Tunçomağ, s. 112.

<sup>498</sup> Yargıtay İBGK, 04.06.1958 T, 15 E./6 K., RG. 01.10.1958.

<sup>499</sup> Oğuzman/Barlas, s. 65.

<sup>500</sup> Tahir Çağa, **Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder Mi?**, TBB Dergisi, 1991/3, s. 369

<sup>501</sup> Çağa, s. 370.

<sup>502</sup> “Yanılıcılık” unsurunun haksız rekabetin oluşması için zorunlu bir unsur olmadığı ile ilgili olarak

bkz.:

<sup>503</sup> Çağa, s. 369.

Özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmayan TBK ve TK hükümleri arasında bir yarışmanın olup olmadığı incelendiğinde ise, her iki Kanun hükmüne göre açılacak davalarda tarafların her zaman aynı olmayacağı, bunun yanında ulaşılmak istenen sonucun aynı olmaması nedeniyle yarışan haklar olduğundan bahsedilebilmesi mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak genel işlem şartlarına ilişkin TBK hükümleri ile TK hükümlerinin yarışmasından bahsedilemeyecektir. Haksız rekabet hükümleri ile farklı bir alanı düzenleyen hükümler getiren TK 55/1-f hükmü yorumlanırken elbette genel işlem şartlarının asıl düzenleme yeri olan TBK hükümlerinden yararlanılacaktır. Ancak bu durum her iki hükmün yarışma içinde olduğunu göstermemekte, aksine, aynı kurumun farklı alanlara olan etkisini düzenleyen hükümler olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından hukuka aykırı genel işlem şartlarının kullanılması durumunda hem TBK md. 25 uyarınca söz konusu hüküm kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulabilecekken, hem de haksız rekabetten kaynaklanan davaların açılması mümkün olacaktır<sup>504</sup>.

---

<sup>504</sup> Aynı yönde bkz.: Gauch, **Der Werkvertrag**, 5. Édition, Zurich, 2011, s. 287 (Kuonen'den naklen, s.32, dn. 121).

## SONUÇ

Genel işlem şartlarına ilişkin Türk hukukundaki ilk normatif düzenleme eTKHK'da 2003 tarihinde yapılan değişiklikle, "sözleşmedeki haksız şartlar" başlıklı 6. maddesinde yer almıştır. Sadece tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulan bu hüküm ihtiyaçlara yeterince cevap verememiştir. Her ne kadar Yargıtay tarafından uygulamada çıkan sorunlara çözüm getirilmeye çalışılmışsa da kanuni düzenlemenin eksikliği hissedilmiş ve bu nedenle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25. maddeleri arasında kurum ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak genel işlem şartlarının tek düzenleme yeri TBK hükümleri ile sınırlı değildir. Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımı, 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile haksız rekabet bağlamında da düzenleme altına alınmıştır. Aynı kurumun hem sözleşmeler hukukunda hem de haksız fiil hukukunun bir görünümü olan haksız rekabet hukukunda düzenleme altına alınmış olması konunun önemini arttırmıştır.

Dürüstlük kuralı hem haksız rekabet hukukunun hem de genel işlem şartlarının temelini oluşturmuştur. Bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eden dürüstlük kuralı, haksız rekabet hükümleri ile genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere hukuki bir ölçü oluşturmuştur.

Haksız rekabet hukukunun temelini yerleştirilmiş olan dürüstlük kuralı, artık haklı rekabetin haksız rekabetten ayrılmasında kullanılacak bir kriterdir. eTK sisteminde haksız rekabetin teşhisinde kullanılan emek ilkesinin yerinde de böylece dürüstlük kuralı getirilmiştir. Emek ilkesi uyarınca kendi emeğine ve gayretine dayanan rekabet haklı rekabet olarak belirlenirken, başkasının emeğinden haksız yere yararlanmak isteyen kimsenin müracaat ettiği vasıtalar, başkasının iktisadi faaliyetine kısmen veya tamamen mani oluyorsa bu rekabet haksız rekabet olarak nitelendirilmekteydi. Ancak artık emek ilkesi tüm haksız rekabet hallerini açıklamakta yetersiz hale gelmiştir. Gelişen ve değişen ekonomik şartlar artık bu ilkenin çözüm getiremeyeceği haksız rekabet hallerinin de doğmasına neden olmuştur. Nitekim tezimizin de konusunu oluşturan dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması ya da iş şartlarına uymama fiili emek ilkesi ile açıklanmayacak haksız rekabet hallerine örneklerdir.

Herkesin kendi emeği oranında menfaat elde etmesi temelini kurulu olan emek ilkesi, dürüstlük kuralının bir görünümüdür. Zira dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışları ifade eder. Bir başkasının emeğinin haksız olarak kullanılması da bu kapsamda dürüst bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden emek ilkesi ile dürüstlük kuralı arasındaki bu yakın ilişki göz ardı edilmemelidir. Bu itibarla emek ilkesinin de haksız rekabetin teşhisinde kullanılmaya devam edilmesinde bir sakınca olmayacaktır. Ancak bu işlevini dürüstlük kuralının bir görünümü olarak gerçekleştirmelidir. Böyle bir çözüm haksız rekabet hukukunun gelişimine de katkı sağlayacaktır.

Genel işlem şartlarının temelinde de dürüstlük kuralını yerleştiren kanun koyucu, hukuka aykırı genel işlem şartlarının tespitini bu ilkeye bağlamıştır. Zira genel işlem şartı kullanım başlı başına yasaklanmış bir hareket değildir. Hatta uygulamada oldukça yaygınlık kazanan standart sözleşmelerin çağımızın değişen ekonomik yapısının zorunlu bir sonucu olduğu söylenebilir. Çok sayıda kimse ile işlem yapan kuruluş ve kişilerin her defasında ayrı bir sözleşme hazırlayıp, hükümlerini tartışarak kabul etmesi hem zaman kaybına, hem de bazı sözleşmelerde mutlaka yer alması gereken hükümlerin unutulmasına veya iyi bir şekilde kaleme alınmamasına neden olabilir. Bu bağlamda genel işlem şartlarının özellikle ticaret hayatı için bir zorunluluk olduğunun gözden kaçırılmamalıdır. Genel işlem şartlarının kullanılmasındaki artış ve bir zorunluluk teşkil etmesi durumu karşısında düzenleme altına alınması ihtiyacı da hasıl olmuştur.

Genel işlem şartlarının denetiminde TBK’da üç aşamalı bir sistem öngörülmüştür. Bunlar yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. İçerik denetimi hiç kuşkusuz genel işlem şartlarının denetimindeki en önemli aşamadır. Zira yürürlük denetiminde usuli bir denetim yapılmakta, yorum denetiminde ise klasik yorum yöntemleri kullanılarak sözleşmeyi hazırlayan aleyhine olan yorum tercih edilmektedir. Her iki denetimin de bertaraf edilmesi gayet mümkündür. Ancak sözleşme hükümlerinin içeriği ile ilgili denetimin yapılması ise tarafların kurtulabilecekleri bir denetim aşaması değildir. Zira bu aşamada genel işlem şartlarının dürüstlük kuralı bağlamında değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Genel işlem şartları gerek TBK’da gerekse TK md. 55/1-f hükmünde “dürüstlük kuralı” ilkesi temelinde yapılandırılmıştır. Kanun koyucunun dürüstlük kuralına verdiği bu önem her iki kurumun bağdaştırılmasını gerekli kılmıştır. Zira dürüstlük kuralı, bir genel işlem şartının hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde kullanılacak kriter olarak esas alınmıştır. Hatta bu belirlemede kullanılacak tek kriterdir. Kanun koyucu dürüstlük kuralının genel işlem şartlarında nasıl gerçekleşeceği ile ilgili başkaca bir kriter yer vermemiştir. Bu durum da dürüstlük kuralının genel işlem şartları bağlamında somutlaştırılmasını zorunlu kılmıştır. TK md. 55/1-f’de yer alan kıstasların bu somutlaştırma işlevini yerine getirebilecek nitelikte kurallar getirdiği ifade edilmektedir. Zira hükmün (1) ve (2) numaralı alt bentlerinde dürüstlük kuralına aykırılık ile ilgili önemli kriterlere yer verilmiştir. Bu bağlamda hükümde kullanılan “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” ve “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımının öngörülmesi” genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde kullanılacak kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kriterlerden ilki, genel işlem şartlarının kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılması halini düzenlemektedir. Bu kriter, mevcut hukuki düzenlemelerin taraflar arasındaki en adil çözümü getirdiği ve menfaatleri dengesini en iyi şekilde sağladığı kabulünden çıkmaktadır. Dolayısıyla kanun hükümlerinden önemli ölçüde ayrılması halinde bu denge bozulmuş olacak ve bu durum da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. İkinci kriter ise sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımının öngörülmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İsviçre doktrininde, b bendindeki kriterin tali nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Zira sözleşmeye doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanacak bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı durumlarda bu kriter başvurulacaktır. Sözleşmenin niteliğine ilişkin belirleme yapılırken hakim kendisi MK md. 1 uyarınca bir takdirde bulunacak ve karar verecektir.

Genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin hem sözleşmesel temelde hem de haksız rekabet temelinde ele alınmış olması, kurumun her iki hukuk dalını da ilgilendiren sonuçlarının olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedendir ki gerek İsviçre, gerek de Alman hukukunda kurum tek bir Kanunda normatif düzenleme altına alınmış olsa da haksız rekabet ve sözleşmeler hukuku temelinde de ayrıca incelenmiş ve yargı kararları ile diğer alanda da uygulanmıştır. Sözleşme hukuku bağlamında konu, bozulan sözleşme özgürlüğünün tekrardan sağlanması ve sözleşmedeki menfaat dengesinin sağlanması olarak karşımıza çıkarken, haksız rekabet hukukunda rekabet düzenini ilgilendiren boyutuyla, hukuka aykırı genel işlem şartı kullanımının bu alanda verdiği zararlar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Amaçlarındaki bu farklılığa rağmen hukuka aykırılığın tespitinde kullanılan ölçüt her iki Kanunda da benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla dürüstlük kuralının, tarafların hak ve borçları arasında bir ölçüsüzlük bulunup bulunmadığı ve bu ölçünün ne olması gerektiği noktasında kendini gösterdiği kabul edilebilecektir

Çalışmamızda dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması nedeniyle haksız rekabetin hangi hallerde meydana geleceği açıklanırken, mehzaz kanundan yararlanılmış ve İsviçre doktrini de yeri geldikçe kullanılmaya çalışılmıştır. Böylece İsviçre’de yaklaşık 25 yıldır kullanılan bu hükümlere yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak Türk hukukundaki tartışmalar bir adım ileriye taşınmak istenmiştir. Özellikle İsviçre’de söz konusu hükmün çok az uygulanması bu yöndeki bir çalışmayı daha da önemli kılmaktadır. Zira kuruma olan ihtiyaç göz ardı edilemeyecek bir seviyededir ve İsviçre hukukunda hükmün uygulanmasına engel teşkil eden durumlar bu sayede bertaraf edilebilecektir.

Hüküm uyarınca genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil etmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar: 1- genel işlem şartı kullanımı, 2- genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırı olması, 3- bu kullanımın dürüst ve bozulmamış rekabeti ihlal etmesi. Genel işlem şartlarına ilişkin asıl düzenleme TBK’da yer almaktadır. Bu nedenle bir hükmün genel işlem şartı olup olmadığının tespitinde TBK hükümleri ve doktrindeki görüşler yol gösterici olacaktır. Genel işlem şartlarının kullanımından kastedilen ise bu şartların bir sözleşmenin hükmü haline gelmesi değil, bunların bir sözleşmede kullanılmak amacıyla karşı tarafa sunulmasıdır. Zira genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerle soyut bir denetim yapılması hedeflenmektedir. Bunun yanında haksız rekabetten bahsedilebilmesi için tehlikenin varlığının yeterli olması nedeniyle bu yönde bir görüşün kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının tespitinde kanun koyucu iki kritere yer vermiştir. Bunlardan ilki “doğrudan ya da yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önümle ölçüde ayrılma” olarak ifade edilmiştir. “Yorum yoluyla” ifadesi ile kanun koyucu *sui generis sözleşmeleri* de bu bent kapsamında değerlendirmiştir. “Kanuni düzenleme” ibaresi ile yedek hukuk kurallarının yanında emredici düzenlemelerin işaret edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira genel işlem şartlarının emredici hükümlere aykırı olabileceği doktrinde kabul edilmektedir.

Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımının öngörülmesi, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde başvurulacak ikinci kriter olarak belirlenmiştir. Bu kriter tali nitelikte bir kriter olup, hükmün (1) numaralı alt bendine girmeyen haller bu bent kapsamında değerlendirilecektir. Sözleşmenin

niteliği gereği yapılacak incelemede hakim MK md. 1 uyarınca bir belirlemede bulunacaktır.

Kanuni düzenlemeden her ayrılma ya da sözleşmenin niteliğine her aykırılık dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilemeyecektir. Kanun koyucu bu aykırılığın önemli derecede olması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla bu belirleme yapılırken sapılan denetim normunun adalet içeriği ve korunacak hukuki değerler yol gösterici olacaktır. Her kanuni düzenlemeden sapmanın aynı etkiye sahip olmayacağı açıktır.

Hükümde dürüstlük kuralına aykırılığın yanıltıcı bir şekilde gerçekleşmesinden bahsedilmiştir. İsviçre’de yanıltıcılık unsurunun hükmün uygulanması bakımından bir kriter olarak aranması nedeniyle hüküm çok az uygulanmıştır. Ancak kanaatimizce hükmün (1) ve (2) numaralı alt bentlerinin gerçekleşmesi halinde dürüstlük kuralına aykırılığın gerçekleşmiş olacağının kabul edilmesi gerekecektir. Kanun koyucunun benzer bir uygulamaya 55/1-f hükmünde yer vermesi, yanıltıcılığın dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olmasından kaynaklanmakta ve ayrı bir unsur olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Söz konusu fiilin haksız rekabet olup olmadığının belirlenmesinde son unsur ise söz konusu fiilin rekabeti ve pazarın işleyişini de etkilemediğidir. Haksız rekabet fiillerine uyan bir davranış olmasına rağmen pazar etkilenmemişse haksız rekabet hükümlerine başvurulması mümkün olmayacaktır. Fiilin dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının işleyişini bozabilecek nitelikte olması da aranmaktadır.

Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarının kullanılması halinde hak sahipleri, yaptırımlar ve koruyucu hükümler arasında çatışma sorunu, incelenmesi gereken bir diğer sorundur. Zira kurumun hem sözleşmeler hukuku uyarınca hem de haksız rekabet hukuku uyarınca düzenlenmiş olması, amaçları ve korudukları menfaatleri farklı olan iki kanunun getirdiği yaptırımlar arasında bir fark olmasını da normal kılmaktadır.

Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanılması doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. Kesin hükümsüzlük sebebiyle dava açabilecek kişiler ise ilgililer olarak tanımlanmıştır. Böylece dava açabilecek kişiler sözleşmenin karşı tarafı ile sınırlanmama yoluna gidilmiştir. Ancak sözleşmeler hukukunun niteliği itibariyle bir üçüncü kişinin bu yönde bir irade ortaya koyması çok olası değildir. Kaldı ki iki taraf arasındaki sözleşmeden haberdar olması dahi mümkün olmayabilir. Dolayısıyla uygulamada üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesinin sıklıkla görülmesi mümkün değildir. Öte yandan haksız rekabet hükümleri uyarınca dava açabilecek kişiler ise çok daha kapsamlı olarak belirlenmiştir.

Sözleşme hukuku bağlamında dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımı kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. Haksız rekabet hukuku bağlamında da açılacak men ve düzeltme davaları ile söz konusu sonucun elde edilebileceği belirtilmektedir. Zira bu davalar ile haksız rekabet teşkil eden durumun ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Haksız rekabet oluşturan fiil ise “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak” olarak karşımıza çıktığı için, bu fiilin ortadan

kaldırılması durumunda sözleşmeler hukukunda öngörülen yaptırıma benzer bir şekilde, sadece genel işlem şartlarının sözleşmeden çıkartılması mümkün olacaktır.

Emredici hükümlere aykırı genel işlem şartları kullanılması durumunda da haksız rekabetin söz konusu olduğundan bahsedilebilecektir. Zira pazarda güçlü konumda bulunan tacirlerin ekonomik olarak daha alt basamakta yer alan tacirlerle yaptıkları işlemlerde emredici hükümlere aykırı sözleşme hükümleri kullanmaları ihtimal dahilindedir. Bu hallerde bireysel davaların açılarak söz konusu hükümlerin geçersiz sayılması hem kalıcı bir çözüm getirmemekte, hem de tacirlerin bu davayı açmaya cesaret edemeyecekleri haklı olarak düşünüldüğünde istenen korumayı sağlayamayacağı açıkça görülmektedir. Dolayısıyla bu hallerde korumanın haksız rekabet hükümleri ile yapılması daha makul bir çözüm olarak görülmektedir.

Son olarak hakların yarışması sorunu açısından, hakların yarışması doktrinde, “bir kişinin diğer bir kişiye karşı, aynı konuda belirli bir sonucu sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere dayanarak istemde bulunması” olarak tanımlanmaktadır. Özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmayan TBK ve TK hükümleri arasında bir yarışmanın olup olmadığı incelendiğinde ise, her iki Kanun hükmüne göre açılacak davalarda tarafların her zaman aynı olmayacağı, bunun yanında ulaşılmak istenen sonucun aynı olmaması nedeniyle yarışan haklar olduğundan bahsedilebilmesi mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak genel işlem şartlarına ilişkin TBK hükümleri ile TK hükümlerinin yarışmasından bahsedilemeyecektir. Haksız rekabet hükümleri ile farklı bir alanı düzenleyen hükümler getiren TK 55/1-f hükmü yorumlanırken elbette genel işlem şartlarının asıl düzenleme yeri olan TBK hükümlerinden yararlanılacaktır. Ancak bu durum her iki hükmün yarışma içinde olduğunu göstermemekte, aksine, aynı kurumun farklı alanlara olan etkisini düzenleyen hükümler olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından hukuka aykırı genel işlem şartlarının kullanılması durumunda hem TBK md. 25 uyarınca söz konusu hüküm kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulabilecekken, hem de haksız rekabetten kaynaklanan davaların açılması mümkün olacaktır.



## KAYNAKÇA

Aksoy, Mehmet Ali; **Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti**, Ankara 2011, Yayınlanmamış Doktora Tezi. (Danş: Prof. Dr. Yadigar İzmirli)

Akyol, Şener; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.

Antalya, Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Beta Yayınları Nisan 2013.

Arkan, Sabih; **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.

Arkan, Sabih; **Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C 22, S 4, Aralık 2004, s. 5-20.

Altop, Atilla; **Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi**, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260.

Aslan, İ. Yılmaz; **Tüketici Hukuku**, Ekin Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2006.

Atamer, M. Yeşim; **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2001. (GİŞ)

Atamer, M. Yeşim; **Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 291-331. (Armağan)

Atamer, M. Yeşim; **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2001, 2001-08. (Tacir)

Atamer, M. Yeşim; **Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55 F. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATİDER, 8 Nisan 2011. (Sempozyum)

Ateş, Derya; **Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 72, 2007, s. 75-93.

Ayan, Serkan; **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, 2010, s. 717-793.

Aydoğdu, Murat; **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 13, S 2, 2011, s. 1-50. (Konu Bakımından)

Aydoğdu, Murat; **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, s 571-621, 2013. (Kişi Bakımından)

Bahar, Rashid; **Conditions Generales: A Time for Change** (Journée 2011 de Droits Bancaire et Financier), Schulthess, 2012.

Barlas, Nami; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi**, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, s. 191-208.

Bieri, Laurent; **Le Controle Judiciaire des Conditions Generales-Reflexions Sur Le Nouvel Art. 8 LCD**, Le Nouveau Droit des Conditions Generales et Pratique Commerciale Deloyale, (éd. François Bohnet), Helbing&Lichtenhahn, 2012.

Büyüksağış, Erdem; **La Bonne Foi dans L'art. 8 LCD: Un remede a l'impuissance des Consommateurs Face aux Clauses Generales "soi-disant" Negociée?**, Pratique Juridique Actuelle, 2012, p. 1393.

Büyüksağış, Erdem; **İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, s 675-711, 2013.

Bohnet, François, **Les Clauses Procedurales Abusives, Le Nouveau Droit des Conditions Generales et Pratique Commerciale Deloyale**, (éd. François Bohnet), Helbing&Lichtenhahn, 2012.

Can, Mustafa; **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 69, 2007, s. 151-160.

Carron, Blaise; **La Protection du Consommateur Lors de La Formation du Contrat, Droit de la Consommation et de la Distribution: Les Nouveaux Defis**, Bale/Neutchatel 2013.

Carruzzo, Philippe/Oberson, Pierre-Andre (Editeurs); **La Nouvelle Loi Federale Contre La Concurrence Deloyale**, Cedidac, 1988.

Çağ, Tahir; **Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?**. TBB Dergisi, 1991/3, s. 366-375.

Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet/ Ayhan, Rıza; **Ticari İşletme Hukuku - Genel Esaslar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Çınar, Ömer; **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2009

Demirkapı, Ertan/Bilgili, Fatih; **Ticari İşletme Hukuku**, Dora Yayınları, Eylül 2013.

Demir, Mehmet; **2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (Md. 20-25) Değerlendirilmesi Ve Çözüm Önerileri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S. 76, s. 217-230.

Deren-Yıldırım, Nevhis; **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Müdahalenin Men'i Davası ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar**, Ankara Barosu Uluslar Arası Hukuk Kurultayı – Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s. 484-510.

Dessemontet, François; **La Nouvelle Loi Contre la Concurrence Deloyale**, Journal des Tribunaux, 1993 I, p. 368-395.

Dessemontet, François; **Le Controle Judiciaire des Conditions Generales**, in La Nouvelle Loi Federale Contre La Concurrence Deloyale, éd. Par Philippe Caruzzo/Pierre-Andre Oberson, CEDİDAC, Lausanne 1988.

Dessemontet, François; **La Propriete Intellectuelle et les Contrats de Licence**, Cedidac, 2011.

Domaniç, Hayri; **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 1**, Temel Yayınları, İstanbul 1988.

Edis, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 5. Bası, Ankara 1993.

Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Erdem, Ercüment; **Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi**, Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

Erdil, Engin; **Haksız Rekabet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Eriş, Gönen; **Ticari İşletme ve Şirketler (3 Cilt)**, Seçkin Yayınları, Ankara, Mart 2013.

Fatzer, Peter/Hasenböhler Franz; **Perspectives et Risques de Nouveautés Juridiques 2011/2012**, Schulthess, 2012.

Fornage, Anne-Christine; **La Mise en oeuvre des Droits du Consommateur contractant**, EPR Band, 2011.

Grisel, Andre; **Note au JdT 1945 I 162 ss sur la Notion de la Concurrence Deloyale Selon Art. 48 CO et la Loi Federale Sur la Concurrence Deloyale**, 1946 Lausanne.

Göksoy, Yaşar Can; **Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 143-174.

Guyet, Jaques; **Les Actions en Justice**, in La Nouvelle Loi Federale Contre La Concurrence Deloyale, éd. Par Philippe Caruzzo/Pierre-Andre Oberson, CEDIDAC, Lausanne 1988.

Gürsoy, Kemal Tahir, **Haksız Eylemde (Fiil) Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)**, AÜHF, C. 31, N. 1-2, s. 149-164.

Güven, Şirin; **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Güven, Şirin; **6102 sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı**, Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt:18 Sayı:2, s 175-187.

Gobet, Marie-Noelle; **L'art. 8 LCD et Les Clauses Insolites**, L'Expert-Comptable Suisse, 8/13, p. 539.

Havutçu, Ayşe; **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.

İmregün, Oğuz; **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

Kaplan, İbrahim; **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, BATİDER Cilt 16, Sayı 2, Yıl 1991. (BATİDER)

Kara, Mustafa Sencer; **Genel İşlem Koşullarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C 17, S 1-2, 2013, s. 723-742.

Karacabey, Ömer Faruk; **Hakların Yarışması**, Ankara Barosu Dergisi, 1980, S. 6, s. 666-686.

Karahan, Sami; **Ticari İşletme Hukuku**, Mimoza Yayınevi, Eylül 2013.

Karayalçın, Yaşar; **Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 1, Giriş-Ticari İşletme**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1968.

Kayar, İsmail; **Borçlar Hukuku- Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2014

Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; **Borçlar Hukuku–Genel Bölüm, 1. Cilt**, Filiz Yayınları, İstanbul 2008.

Kuonen, Nicolas; **Le Controle des Conditions Generales: L’Envol Manque du Phenix**, SJ 2014 II.

Kuntalp Erden, **Bankalar ve Genel İşlem Koşulları**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATİDER, 8 Nisan 2011.

Luenenberger, Christoph ; **Rapport Oral a la Societe Suisse des Juristes**, RDS 1987 II.

Marcahand, Sylvain; **Art. 8 LCD: Un Leger Mieux Sur le Front des Intemperies**, REAS, 2011.

Martin-Achard, Edmond; **La Loi Federal Contre la Concurrence Deloyale du 19 Decembre 1986**, Collection Juridique Romand, Payot Lausanne 1988. (commentaire)

Martin-Achard, Edmond; **La Concurrence et Les Tiers**, La Semaine Judiciaire, 1991, p. 33. (Les Tiers)

Martin-Achard, Edmond; **La Notion de la Concurrence Deloyale**, Journal des Tribinaux, 1977 I. (la notion de la concurrence deloyale)

Martin-Achard, Edmond; **Les Principes Generaux de la Nouvelle Loi**, in La Nouvelle Loi Federale Contre La Concurrence Deloyale, éd. Par Philippe Caruzzo/Pierre-Andre Oberson, CEDİDAC, Lausanne 1988. (nouvelle loi)

Martenet, Vincent/Tercier, Pierre/Bovet, Christian; **Commantaire Romand - Droit de la Concurrence**, Helbing&Lichtenhahn, 2013.

Memiş, Tekin; **Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi**, Reasürör, Nisan 2005, s. 4-19.

Message Concernant la Modification de la Loi Federale Contre la Concurrence Deloyale du 2 septembre 2009, 09.069. (Message concernant la modification)

Message a l’appui d’une Loii Federale Contre la Concurrence Deloyale du 18 mai 1983, 83.038. (Message a l’appui)

Morin, Ariane, **Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 1-529 CO**, Edité par Luc Thevenoz/Franz Werro, 2<sup>e</sup> Edition, 2012, Helbing&Lichtenhahn. (commentaire romand)

Morin, Ariane; **Les clauses contractuelles non négociées**, RDS, 2009/1, V. 128, N. 5, 497-528. (Clauses contractuelle non negociées)

Nomer, Haluk N.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, Ağustos 2013.

Oğuz, Cemal; **Standart Sözleşmelerin BK 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/I, s. 25-37.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2 Cilt)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami; **Medeni Hukuk**, Arkan Kitabevi, İstanbul 2006.

Özdemir, Semih Sırrı; **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Öztan, Bilge; **Medeni Hukukun Temel Kavramları: Hukuka Giriş, Başlangıç Hükümleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Öztek, Selçuk; **Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri**, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, s. 417-440.

Pekdinçer, Tamer; **Türk Borçlar Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Ticaret Kanunundaki Haksız Rekabete İlişkin Hükümlere Etkisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 73-84.

Pichonnaz, Pascal/Fornage, Anne-Christine; **Le Projet de Revision de l'art 8 LCD – Une Solution Appropriée a la Difficulté de Negocier des Conditions Generales**, Revue Suisse de Jurisprudence, 106/2010, p. 285.

Pichonnaz, Pascal; **Le Nouvel Art. 8 LCD – Droit Transitoire, portée et Consequence**, Droit de la Construction, 2012, p. 140. (la nouvelle loi )

Pichonnaz, Pascal; **Clause Abusives et Pratiques Deloyales: Une Meilleur Reglementation de la Concurrence**, Plaidoyer, 2011/5. (clause abusive)

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi; **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Reisoğlu, Seza; **Banka Uygulamaları Açısında Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Eleştirisi**, [http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans\\_Sunumlari/SR\\_Borclar\\_Kanunu\\_Genel\\_I\\_slem\\_Sartlari.doc](http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_Borclar_Kanunu_Genel_I_slem_Sartlari.doc)

Reisoğlu,Sefa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Sirmen, Lale; **Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATİDER, 8 Nisan 2011.

Uzunallı, Sevilay; **Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 61, S 2, s 383-420.

Yasaman, Hamdi/Erdem, Ercüment/Dural, H. Ali/Ayođlu, Tolga/Altay, S. Anlam/Yusufođlu, Fülürya/Yüksel, Sinan; **İsviçre Borçlar Kanununun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal; **Le Droit des Obligations**, Schulthess, 2012.

Thevenoz, Luc/Werro, Franz (Editeurs); **Commentaire Romand Code des Obligations 1**, Helbing&Lichtenhahn, 2012.

Troller Kamen; **Manuel du Droit Suisse des Biens İmmateriels Tome 2**, Helbing&Lichtenhahn, 1996.

Tunçomağ, Kenan; **Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler**, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.

Uzunallı, Sevilay; **Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi**, İÜHFİM C. LXXI, S. 2, s. 383-420, 2013.

Vigneron-Maggio-Aprile, Sandra; **L'Information Des Consommateurs En Droit Europeen Et En Droit Suisse De La Consommation**, Bruylant, 2006.

Vogel, Louis; **Droit de la Concurrence Deloyale**, Lawlex, Paris 2007-2008.

Von Tuhr, Andreas; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yay. Ankara 1983.

Werro, Franz/Pascal Pichonnaz; **Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen**, Annuaire Suisse de Droit Europeen 2011/2012, Berne 2012.

Yağcıoğlu, Ali Haydar; **Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanununda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, s 3057-3098, 2013.

Yavaş, Murat; **Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri**, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, s. 771-795.

Yavuz, Nihat; **Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar**, Seçkin Yayınları, Gelişmiş 2. Baskı, Ankara 2010.

Yelmen, Adem; **Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yeniocak, Umut; **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S 103, s 75-96.

Yıldırım, Zahid Emre; **Genel İşlem Şartlarının Sigorta Sözleşmeleri Yönünden Ele Alınması**, İstanbul 2012 ([www.yonhukukburosusu.com/mak/genelislem.pdf](http://www.yonhukukburosusu.com/mak/genelislem.pdf)).

Yılmaz, Mehmet; **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Haller**, İstanbul Barosu Dergisi, C 80, S 4, 2006.

Zevkliler Aydın; **Medeni Hukuk: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999. (Medeni)

Zevkliler, Aydın; **Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2001. (Tüketici)



**ÖZGEÇMİŞ**

Yazar 1989 yılında İstanbul'da dünyaya gelmiştir. Lise öğrenimini İstanbul'da Özel Kasımoğlu Coşkun Lisesi'nde yapmıştır. Lisans eğitimini ise Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlamıştır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi  
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Adı Soyadı : Abdüssamet YILMAZ  
Tez Başlığı : Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Şartları Kullanmak Suretiyle Haksız Rekabet Oluşturmak  
Savunma Tarihi : 14.07.2014  
Danışmanı : Doç. Dr. S. Anlam ALTAY

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY

Yrd. Doç. Dr. H. Ali DURAL

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Yaman ÖZTEK