

T.C
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM
ŞARTLARI KULLANMAK

EMİNE DERYA DOĞANELİ
2100008299

Anabilim Dalı : ÖZEL HUKUK
Programı : ÖZEL HUKUK

TEZ DANIŞMANI: Dr. Öğretim Üyesi MUHARREM TÜTÜNCÜ

OCAK 2024

T.C
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALINA
AYKIRI İŞLEM ŞARTLARI KULLANMAK**

EMİNE DERYA DOĞANELİ

2100008299

Anabilim Dalı : ÖZELHUKUK
Programı : ÖZELHUKUK

TEZ DANIŞMANI: Dr. Öğretim Üyesi MUHARREM TÜTÜNCÜ
JÜRİ ÜYELERİ : Dr. Öğretim Üyesi Cüneyt BELLİCAN
: Doç. Dr. ONUR SARI

OCAK 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE GENEL İŞLEM ŞARTLARI İLE İLİŞKİSİ

I. HAKSIZ REKABET	3
A. REKABET KAVRAMI.....	3
B. HAKSIZ REKABET ALANININ GELİŞİMİ	4
C. HAKSIZ REKABET KAVRAMI	7
D. HAKSIZ REKABET KURUMUNUN BENZER KURUMLARLA İLİŞKİSİ.....	7
1. REKABET HUKUKUNDAN FARKI.....	7
2. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDAN FARKI.....	9
3. REKABET YASAĞINDAN FARKI.....	10
4. İTHALATTA HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ HAKKINDA KANUN	10
E. HAKSIZ REKABETİN TÜRK HUKUKUNDA GELİŞİMİ.....	11
F. HAKSIZ REKABETİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	13
G. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ.....	13
1. ANAYASAL TEMELLERİ	13
2. BORÇLAR KANUNUNDA HAKSIZ REKABET DÜZENLEMELERİ.....	14
3. TÜRK TİCARET KANUNUNDA HAKSIZ REKABET DÜZENLEMELERİ	16
a. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN AMACI.....	17
b. HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN GENEL İLKESİ	19
4. HAKSIZ REKABETİN UNSURLARI VE İLKELERİ	21
a. UNSURLARI	21
aa. REKABET ORTAMININ MEVCUT OLMASI	21
bb. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI DAVRANIŞLAR.....	22
cc. ZARAR VE ZARAR TEHLİKESİNİN OLUŞMASI.....	24
dd. NEDENSELLİK BAĞI	25
b. İLKELERİ.....	25
aa. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK	25
bb. KAMU YARARI KORUNMASI.....	25
cc. EMEK İLKESİ.....	26

dd.	REKABETİN KORUMASI	26
ee.	TARAFLARIN BİRBİRİNE RAKİP OLMASININ GEREKMEMESİ	26
ff.	FAİLİN YARAR SAĞLAMASININ GEREKMEMESİ	27
gg.	KUSURUN ZORUNLU OLMAMASI	27
II.	GENEL İŞLEM ŞARTLARI	28
A.	GENEL OLARAK	28
B.	TANIM	30
C.	HUKUKİ NİTELİĞİ	31
D.	GENEL İŞLEM ŞARTLARI ÖZELLİKLERİ	32
1.	SÖZLEŞME HÜKMÜ OLMASI	32
2.	ÖNCEDEN TEK TARAFLI HAZIRLANARAK KARŞI TARAFA SUNMA	32
3.	GENEL VE SOYUT NİTELİKTE OLMASI	33
4.	İLERİDE ÇOK SAYIDA SÖZLEŞMEDE KULLANILACAK OLMASI	33
E.	ÖZEL HÜKÜM NİTELİĞİNDE TKHK'DA HAKSIZ ŞARTLAR	34
F.	GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ	36
1.	GENEL OLARAK	36
2.	YÜRÜRLÜK DENETİMİ	37
3.	İÇERİK DENETİMİ	38
4.	YORUM DENETİMİ	39
G.	DEĞİŞTİRME YASAĞI	40
H.	GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TACİRLERE UYGULAMA ALANI	40
İ.	GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA SAYDAMLIK KURALI	42
III.	TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA HAKSIZ REKABET OLUŞTURABİLCEK DURUMLAR	43

İKİNCİ BÖLÜM

DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI

KULLANMAK

I.	TTK'DA GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DÜZENLEMELERİ	46
II.	TTK m. 55/1-F'NİN İNCELENMESİ	48
A.	GENEL OLARAK	48
B.	TTK M.55/1-F'YE GÖRE İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI	50
C.	TTK M.55/1-F'YE GÖRE HAKSIZ REKABETİN OLUŞMASI İÇİN ŞARTLAR	51
1.	GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANIMI	51
2.	DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK	54
a.	GENEL OLARAK	54

b.	MEDENİ KANUN MADDE 2'YE GÖRE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK	55
c.	TBK M.25'E GÖRE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK	58
d.	TTK M.55/1-F'YE GÖRE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK	59
aa.	ÖNCEDEN YAZILMIŞ OLMA	59
bb.	DİĞER TARAF ALEYHİNE OLMA	59
cc.	YANILTICI OLMA	61
3.	DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIKTA TTK M.55/1-F'NİN ÖRNEKLERİ	63
a.	GENEL OLARAK	63
b.	GENEL İŞLEM KOŞULUNUN KANUNİ DÜZENLEMEDEN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYRILMASI	63
aa.	KANUNİ DÜZENLEME	64
bb.	DOĞRUDAN VEYA YORUM YOLUYLA UYGULAMA	64
aaa.	DOĞRUDAN UYGULAMA	65
bbb.	YORUM YOLUYLA UYGULAMA	65
ccc.	ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYRILMA	66
c.	SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNDE ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYKIRI HAKLAR VE BORÇLAR DAĞILIMI	68
D.	TTK M.55/1-F KAPSAMINDA HAKSIZ REKABET OLUŞTURABİLECEK ÖRNEKLER	70
1.	SİGORTA SÖZLEŞMELERİ	70
2.	KREDİ SÖZLEŞMELERİ	71
3.	ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILAN SÖZLEŞMELER	73
E.	TTK M.55/1-F DOKTRİN TARTIŞMALARI	75
1.	DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENME TARTIŞMASI	75
2.	TTK M.55/1-F'NİN İÇERİK DENETİMİ YAPMASI TARTIŞMASI	75
F.	İSVİÇRE HAKSIZ REKABET KANUNU GÜNCEL HALİ	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANIMININ

TÜRK TİCARET HUKUKU KAPSAMINDA YAPTIRIMLARI VE DİĞER

KANUNLARDA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARLA HAKLARIN YARIŞMASI

I.	TÜRK TİCARET KANUNUNDA HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARIN TTK M.55/1-F ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	78
A.	GENEL OLARAK	78
B.	DAVA TÜRLERİ	79

1. TESPİT DAVASI	79
2. MEN DAVASI	80
3. DÜZELTME DAVASI	82
4. TAZMİNAT DAVALARI	83
a. MADDİ TAZMİNAT DAVASI.....	83
b. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI	84
C. TARAFLAR.....	85
1. DAVACI	85
a. HAKSIZ REKABET EYLEMİNDEN ETKİLENEN KİŞİLER.....	85
b. EKONOMİK ÇIKARLARI ZARAR GÖREN VEYA BÖYLE BİR TEHLİKEYLE KARŞILAŞABİLECEK MÜŞTERİLER	86
c. MESLEKİ VE EKONOMİK BİRLİKLER, TÜZÜKLERİNE GÖRE TÜKETİCİLERİN EKONOMİK MENFAATLERİNİ KORUYAN SİVİL TOPLUM KURULUŞLARIYLA KAMUSAL NİTELİKTEKİ KURUMLAR	87
2. DAVALI	87
a. HAKSIZ REKABETİ GERÇEKLEŞTİREN.....	87
b. ÇALIŞTIRAN	88
c. BASIN, YAYIN, İLETİŞİM VE BİLİŞİM KURULUŞLARI.....	89
D. İHTİYATİ TEDBİR.....	90
E. ZAMANAŞIMI.....	91
1. TESPİT, MEN VE ESKİ HALE İADE DAVALARI BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI SÜRESİ.....	91
2. TAZMİNAT DAVALARINDA.....	92
3. MK M.2'NİN UYGULANMA ALANI	93
F. ARABULUCULUK VE MAHKEME KARARI	93
1. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	93
2. ARABULUCULUK.....	93
3. MAHKEME KARARI	94
G. CEZAİ SORUMLULUK.....	95
II. TÜRK BORÇLAR KANUNU VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE ÇATIŞMA SORUNU	96
A. TBK'DA ÖNGRÜLEN YAPTIRIMLAR.....	96
1. YAZILMAMIŞ SAYILMA.....	97
2. KESİN HÜKÜMSÜZLÜK.....	98
B. TKHK'DA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR.....	100
1. HAKSIZ ŞARTLARDA İDARİ DENETİM.....	101
2. HAKSIZ ŞARTLARIN YARGISAL DENETİMİ.....	102

C. HAKLARIN YARIŞMASI.....	103
SONUÇ.....	106
KAYNAKÇA.....	112



ÖZET

Üniversite : İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitüsü : Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Muharrem TÜTÜNCÜ
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Ocak 2024

HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTLARINI KULLANMAK

6102 Sayılı TTK'nın Haksız Rekabet hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmış ve yeni bir haksız rekabet hali olan dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarını kullanmak örneği kanuna eklenmiştir.

Çalışmamızda TTK m.55/1-f bendinde düzenlenen bu haksız rekabet hali detaylı olarak incelenmiştir. Bunun yanında bu fıkra aykırı eylemde bulunulması halinde uygulanabilecek yaptırımlarda incelenmiştir.

Çalışmamızın amacı; dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanarak haksız rekabet oluşturulması halini TTK, TBK ve TKHK hükümleri ile kapsamlı bir şekilde incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, Dürüstlük Kuralına Aykırılık, Genel İşlem Şartları, Haksız Şartlar, TTK M.55/1-F, Hakların Yarışması

ABSTRACT

University : İstanbul Kültür University
Institute : Institute of Graduate Studies
Department : Private Law
Programme : Private Law
Supervisor : Asst. Dr. Muharrem TÜTÜNCÜ
Degree Awarded and Date : Master's Degree—January 2024

USING TRANSACTION TERMS THAT ARE CONTRARY TO THE HONESTY RULE IN UNFAIR COMPETITION LAW

Significant changes have been made to the Unfair Competition provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102, and the example of using transaction conditions contrary to the rule of honesty, which is a new case of unfair competition, has been added to the law.

In our study, this unfair competition situation regulated in Article 55/1-f of the Turkish Commercial Code has been examined in detail. In addition, the sanctions that can be applied in case of action contrary to this paragraph have been examined.

The purpose of our study; It comprehensively examines the situation of creating unfair competition by using transaction conditions contrary to the rule of honesty, with the provisions of the TTK, TBK and TKHK.

Key Words: Unfair Competition, Violation of the Rule of Honesty, General Transaction Conditions, Unfair Terms, TTK Article 55/1-F, Competition of Rights

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AY	: Anayasa
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Alman Medeni Kanun'u (BGB)
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
EU	: European Union
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Yargıtay () Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İsvçHRK	: İsviçre Haksız Rekabet Kanunu
İK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
MK	: Türk Medenî Kanunu
RG	: Resmî Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun

S.	: Sayı
s.	: sayfa
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UWG	: Gesetz zum Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb
vb	: ve benzeri, ve bunun gibi, ve başkaları
vd	: Ve devamı
Y.	: Yıl

GİRİŞ

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet hükümlerine önemli bir değişiklik yapılmış ve Kanuna yeni haksız rekabet halleri eklenmiştir. Yeni Kanunda 6 bent olarak düzenlenen haksız rekabet halleri örnekleme yolu ile sayılmıştır. Bunlardan biri de ana konumuzu oluşturan 55. Maddenin f bendinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak suretiyle haksız rekabet oluşması halidir.

Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak suretiyle haksız rekabet oluşması hali iki ana sütuna dayanmaktadır. Bunlardan birincisi TTK'nın haksız rekabet hükümleri ikincisi TBK'nın genel işlem şartları hükümleri ve bu hükümlerle bağlantılı olan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'daki haksız şartlar hükümleridir. TTK'da haksız rekabet hükümlerinin en genel amacı bozulmamış düzgün bir şekilde bir piyasa ortamının korunmasını sağlamaktır. TTK m.55/1-f'nin amacı ise genel amaç ile bağlantılı olarak piyasa içinde bulunan aktörlerin piyasa içinde kullanacakları sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları haksız kazanç ve kar sağlanmalarının önüne geçmeye çalışarak dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının işlenmesini sağlamaya çalışmaktadır.

Kanunda her ne kadar işlem şartı kavramından bahsedilmiş olsa da maddenin gerekçesinde işlem şartı kavramı yerine genel işlem şartı kavramını kullanmıştır. Bu sebeple çalışmamız da TTK m.55/1-f'ye göre bir haksız rekabet hali oluşup oluşmadığını tespit edebilmek için genel işlem şartları kavramını da dikkatlice incelememiz gerekmektedir. Genel işlem şartları 6098 sayılı TBK'nın 20-25 maddeleri arasında düzenlemiştir. Genel işlem şartları ile bağlantılı diğer bir kavram ise 4077 sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde düzenlenen haksız şart kavramıdır. Bir sözleşmede haksız şart kullanımından bahsedebilmemiz için öncelikle sözleşmenin karşı tarafındaki aktörün tüketici olması gerekmektedir. Doktrinde kabul gören görüş, haksız şartları genel işlem şartlarının tanımına uyduğu hallerde özel bir görünümü olarak kabul etmektedir. Piyasa içinde mal veya hizmet satın almaya çalışan kişiler, imzalayacakları sözleşmelerde çoğunlukla ya genel işlem şartlarına ya da haksız şartlara maruz kalmaktadırlar. Sözleşmenin zayıf tarafında olan aktör için önemli olan mal veya hizmetin satın alınması olduğundan dolayı sözleşmeleri genellikle dikkatli

bir inceleme yapmaksızın imzalamaktadır. Bu durum güçlü tarafta olan aktör için piyasada bulunan diğer rakiplerine göre daha avantajlı bir konuma getirmektedir.

TTK m.55/1-f hükmü sözleşmede dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımının önüne geçmek için birtakım düzenlemeler öngörmüştür. Özellikle genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının tespitinde bazı ölçütleri de ortaya koymuştur. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı tespit edildiğinde, piyasa içinde zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında bulunan kişilerin TTK m.56'da belirtilmiş olan ilgili haksız rekabet davalarını açarak haklarını koruma imkânı vardır. Aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafında zayıf konumda olan kişilerin sözleşme hukukundan kaynaklanan yaptırım hakları da kullanabilmektedir.

TTK m.55/1-f'nin yargısal anlamda uygulamasına baktığımızda ise haksız rekabet hukuku anlamında uygulamasının olmadığını söylemek durumundayız. Bunun sebebini piyasada dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı ya da haksız şart kullanımından en çok etkilenen zayıf konumda olan kitle tüketici ya da müşteridir. Bu zayıf konumda olan kişiler haksız rekabet davası açmak yerine daha fazla tüketici mahkemesinde bireysel olarak davalarını sürdürmektedirler. Ancak piyasa içinde bozukluk hala devam etmektedir. Bu sebeplerle uygulamada oldukça fazla kullanılan genel işlem şartlarının haksız rekabet davalarına konu olmaması büyük bir eksikliktir.

Çalışmamızın ilk bölümünde haksız rekabet hükümlerini ve genel işlem şartlarını genel bir şekilde inceleyerek TK madde 55/1-f'nin temelini oluşturan iki ayrı kavrama ana hatlarıyla değinmiş olacağız. Ayrıca hem genel işlem şartları hem de haksız rekabet hükümleri ile ilişkili olan TKHK'da yer alan haksız rekabet hallerine denilecektir.

İkinci bölümde ise çalışmamamızın esas kısmını oluşturan TTK m.55/1-f'nin detaylı incelemesi yapılacaktır. Bu incelemede özellikle hem sözleşme hukukundan hem de maddede yer alan dürüstlük kuralına aykırılık kriterlerine değinilerek uygulamadaki örnekleri incelenecektir.

Son kısımda ise TTK m.55/1-f'nin haksız rekabet hükümlerine göre yaptırım hükümlerine değinilecektir. Ayrıca TBK ve TKHK'da yer alan yaptırımlara da değinilerek bu üç kanundaki düzenlemelerin hakların yarışmasına sebebiyet verip vermediği araştırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET VE GENEL İŞLEM

ŞARTLARI KAVRAMININ İNCELENMESİ

I. HAKSIZ REKABET

A. REKABET KAVRAMI

Rekabet, canlılar arasındaki bir yarıştır. Bu yarış insanlığın var olduğu andan itibaren var olan bir durumdur ve toplu halde yaşayan insanlar arasında her zaman değişik formlarda kendini göstermiştir.

Rekabetin tanımını için TDK'ye baktığımızda¹ rekabet; “*aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme; rakiplik, yarışma, yarış*” olarak tanımlayabiliriz. Başka bir ifade ile de tanımlamak gerekirse “*belli bir alanda kişinin diğer kişilerden daha üstün olmak için verdiği çaba olarak*” tanımlayabiliriz².

Düzgün bir rekabet hem insanlığın gelişimi hem de ülkenin gelişimi için gereklidir. Toplum hayatının hemen hemen her sektöründe bir rekabet etme durumu söz konusudur. Mal ve hizmet piyasalarında teşebbüslerin piyasa içerisinde özgürce karar verebilmeleri ancak rekabet ortamının var olması ile mümkün olabilmektedir. Aynı piyasa içinde bulunan işletmeler daha fazla müşteri çevresine mal satabilme ve hizmet sunabilme isteği içindedirler. Rekabetin düzgün işlemesi halinde piyasada bulunan her sektör gelişmelerini ve karlarını arttırabilmektedirler. Birbirlerine karşı üstün gelmeye çalışan piyasa aktörleri daha fazla fayda, kar, verim, nüfuz sağlamak için kendi yapılarını daha fazla geliştirmeye ve yeniliğe kendilerini açmaktadır. Böylelikle mal ve

¹ sozluk.gov.tr (erişim tarihi:19.07.2023.)

² ÇINAR KARABAĞ, Nihal, Türk Ticaret Kanuna Göre Haksız Rekabet Yaptırımları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.21; DİNÇ, Serhan, Türk Ticaret Kanuna Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.15; KAYA, Mustafa İsmail, TATLI, Burçak, Ticaret Hukuku – I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.167.

hizmetler açısından kalite artarken, üretim maliyetlerinin de azalması ve geniş bir müşteri kitlesine hitap etme amaçlanır³.

Bu sebeplerle rekabet olmaksızın iktisadi alanın gelişimi mümkün değildir. Ülkelerin kendi kanunlarında rekabeti yasaklamadığı sürece rekabet etme, hukuk düzenleri tarafından kişilere bir hak olarak tanınmıştır. Ancak bu hakkın kötüye kullanılması başka bir deyişle haksız ticari uygulamaların veya hileli hareketlerin hukuk düzeni tarafından korunması söz konusu olamaz⁴. Bu sebeple amaç rakiplerin korunmasında öte düzgün işleyen rekabetin korunmasıdır⁵.

Her ülke kendi içinde rekabet korunmalıdır ve rekabet ortamının bozulmaması için kendi hukuklarında düzenlemeler yapmalıdırlar.

B. HAKSIZ REKABET ALANININ GELİŞİMİ

Ekonomik olarak büyümek için her ülkede düzgün bir şekilde gelişen rekabet ortamına ihtiyaç vardır. Özellikle Sanayi Devrimi sonrasında sanayileşmenin artması ile işletmeler arasında rekabet de artmıştır. Bu yoğunlaşan ekonomik faaliyetlerin artması birtakım yeni sorunları da beraberinde getirmektedir. Yoğun bir rekabet ortamında bulunan işletmeler her yola başvurarak karşısındaki rakibine ve diğer katılanlara hakkaniyete aykırı olarak zarar vermesi halinde ülke ekonomisi bundan zarar görecektir⁶. Bu sebeple ülkeler dürüst rekabet ortamının korunması için birtakım kanuni düzenlemeler yapma ihtiyacı duymuştur.

³ DOLUNAY, Salih İlkin, Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Özellikle Haksız Rekabete İlişkin Cezai Hükümleri, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s.1-2; ÇINAR KARABAĞ s.21; YÜCE, Aydın Alber, Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:10, 2012, s.184; DİNÇ, s.15; POROY, Reha, YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.360; YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.17; BAYER, Mehmet Rauf, Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımının Haksız Rekabet Hükümleri İle Denetlenmesi, İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, s.66; ERDİL, Engin, Haksız Rekabet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.27; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s.205; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015; BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016; ERYÜREK, Güzel, Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.20; ÖNEN, Mesut, İşletme Hukuku, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s.83.

⁴ ÇINAR KARABAĞ, s.22; DİNÇ, s.16; BAYER, s.66.

⁵ KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.211.

⁶ POROY/YASAMAN, s.360; KARSLIOĞLU, Hasan, Ticari Sırrın Kapsamı, Hukuk Niteliği ve Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara, 2022, s.176.

Bu düzenlemelerde ilk önce rekabet ortamı içindeki rakipler korunurken, daha sonra ekonomik gelişmelere ve toplumun çıkarlarına bakılarak mal ve hizmet satın alan kişilerin de haksız rekabet ortamı düzeninden etkilendiği kabul edilmiş ve onları da koruyucu hükümler konulmaya başlanmıştır⁷.

Ülkelerin haksız rekabet hukukuna ilişkin yaptıkları hukuki düzenlemelere baktığımızda, bu düzenlemelerin ilk başında Fransa’da yapılan düzenlemeler gelmektedir. Fransız Medeni Kanun’unun 1382. Maddesinde haksız fiillere ilişkin bölümde bu konu ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Aynı sektörde olup aynı ürünü üreten rakiplerin müşterileri etkilemeye, ele geçirmeye yönelik olan davranışları haksız fiil olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Fransız Mahkemelerinde haksız rekabet davranışlarına ilişkin içtihatlar oluşmaya başlamış, “*haksız rekabet davası*” adı altında özel bir dava türü geliştirilmiştir. Bu dava türünde haksız rekabet davranışları ve eylemleri belirlenmeye başlanmış ve zarar tazmin biçimleri ortaya konulmuştur. Aynı zamanda Fransız Hukukunda bu düzenlemeler ve içtihatlar haksız rekabet hukukunun temelini haksız fiil müessesinin oluşturduğuna dair tartışmalarda önemli delil teşkil etmektedir⁸.

Almanya’daki gelişmelere baktığımızda Fransa’daki gelişmelerden farklı bir seyirde ilerlemiştir. 1896 yılında ilk defa “*haksız rekabet*” ayrı bir kurum olarak esas alan Alman Haksız Rekabet Kanunu kabul edilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin yetersiz kalmasından dolayı 1909 yılında yeni bir Haksız Rekabet Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanuna eklenen yeni hükümler ile yalnızca piyasada rakipleri değil, tüm katılanları korunması amaçlanmıştır⁹. 2004 yılında ise Alman Haksız Rekabet Kanununda önemli değişiklikler daha yapılmış ve Avrupa Birliği uyum kapsamında haksız rekabet hükümlerinin çerçevesi genişletilmiştir¹⁰.

İsviçre’de ise Fransız Hukuku gibi ilk önce 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu haksız fiilleri düzenleyen maddesi ile haksız rekabet kurumunun temeli

⁷ DİNÇ, s.16-18.

⁸ DOLUNAY, s.9; ÇINAR KARABAĞ, s.24; ÖZBALÇIK, Ozan Can, TTK md.62/I- b, c, d kapsamında Haksız Rekabet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.45; KARSLIOĞLU, s.181; YILMAZ, s.20; BAYER s.67; ERDİL, s.33.

⁹ DOLUNAY, s.10; ÖZBALÇIK, s.46.

¹⁰ UZUNALLI, Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHF C. LXXI, S. 2, s. 383-420, 2013, s.384; ERYÜREK, s.25.

oluşturulmuştur. Buna ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi haksız fiil hükümlerinden hareketle haksız rekabete ilişkin içtihatlar oluşturmaya başlamıştır¹¹.

1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu içinde haksız rekabete ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ancak bu alanda ortaya çıkan mahkeme kararları ve değişen koşullar neticesinde Haksız Rekabet Hukuku ayrı bir düzenlemeyi gerektirmiştir. Bu sebeple 1943 yılında İsviçre Haksız Rekabet Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunun kabul edilmesi ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunda ekonomik rekabet dar şekilde yorumlanmış ve rakipler arasında haksız rekabetin ortaya çıkabileceği anlayışı benimsenmiştir. 1986 yılına kadar yürürlükte kalan bu kanun gelişen uluslararası düzenlemeler ve pazar anlayışları içinde yeniden düzenleme ihtiyacını gerektirmiştir. Piyasaya katılan tüm aktörlerin korunduğu 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu kabul edilmiştir¹².

İsviçre'de kabul edilen bu kanunların Türk Hukuku için ayrı bir önemi bulunmaktadır. 1943 tarihli Haksız Rekabet Kanunu 6762 sayılı TTK'da, 1986 sayılı Haksız Rekabet Kanunu ise 6102 sayılı TTK'ya iktibas edilmiştir¹³. Ancak Türkiye'de mahkeme kararları ile İsviçre'den daha farklı haksız rekabet hukuku ilerleme göstermiş olduğundan İsviçre Haksız Rekabet Kanunu birebir Türk Hukukuna iktibas edildiği söylenemez¹⁴.

Uluslararası sözleşmeler açısından haksız rekabetin gelişimine bakıldığında uluslararası sözleşmelerde de haksız rekabet korunmaya çalışılmıştır. Avrupa Topluluğu da haksız rekabet konusuna ayrı bir önem vermiştir. Roma Antlaşması'nda

¹¹ “İsviçre Federal Mahkemesi 1893 tarihli kararında rekabetin, rakibinin müşterilerinin azalmasına neden olacak yanlış davranışlarla ve rakibe zarar verme amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda haksız olacağını ifade etmiştir.” Bkz: YILMAZ, s. 21.

¹² ÇINAR KARABAĞ, s.24-25; YILMAZ, s.22; ERDİL, s.34.

¹³ ÖZBALÇIK, s.49; POROY/YASAMAN, s.366; PEKDİNÇER, Tamer, Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Türk Ticaret Kanunundaki Haksız Rekabete İlişkin Hükümlere Etkisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.73.

¹⁴ YILMAZ s.23; BAYER, s.68; PEKDİNÇER, Remzi Tamer, YILDIZ, Ozan Ali, Türk Haksız Rekabet Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.19.

rekabeti sınırlayıcı, önleyici ve bozan anlaşmaları geçersiz saymıştır¹⁵. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna bu antlaşma kaynaklık etmiştir.

C. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

Haksız rekabet kavramının tanıma olarak bakarsak; *“ekonomik alanda işleyişin hukuka uygun olmaması, diğer piyasa katılanlarının haklarını ve menfaatlerini kanuna, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı davranarak ihlal etmemesi”* olarak tanımlayabiliriz.

Haksız rekabetin tanımında öne çıkan iki unsur vardır. Bunlar; piyasa işleyişi ve dürüstlük kurallarına aykırılıktır. Bu iki kavram haksız rekabet hukukunun temelini oluşturmaktadır¹⁶.

Aynı zamanda haksız rekabet hukuku, Ekonomi Hukuku ile ilişkili bir hukuk dalıdır. Piyasada yer alan işletmelerin rakip olarak yaptığı ticari davranışlarıyla ilgilenir. Bu piyasada yer alan herkesin menfaatini korumayı amaçlar. Piyasa aktörleri minimum gayret ile çok fazla menfaat sağlama uğruna piyasa içinde rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunabilirler. Örneğin, tacirlerin müşterileri ürünün özellikleri konusunda aldatarak onların farklı bir tacirin ürününü almalarını engellemeleri, piyasada dürüst bir şekilde rekabet edilmediğinin göstergesi olacaktır¹⁷. Tacir dürüstlük kurallarına göre bir nevi rekabet piyasasının kurallarına göre hareket etmiş olsaydı haksız rekabet hükümlerinden bahsedilmeyecekti.

Bu sebeple haksız rekabet hükümleriyle amaçlanmak istenen sınırsız bir rekabet özgürlüğünün olmadığı kanunlarla hüküm altına almak ve bunun yanında bu hükümlere aykırı davranıldığında gerekli yaptırımları ortaya koymaktır.

D. HAKSIZ REKABET KURUMUNUN BENZER KURUMLARLA İLİŞKİSİ

1. REKABET HUKUKUNDAN FARKI

¹⁵ ARKAN, s.317.

¹⁶ ÇINAR KARABAĞ, s.23; SOYDEMİR, Güzide, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.25.

¹⁷ ÖZBALÇIK, s.42.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, piyasa içindeki serbest rekabet ortamını korumak için devletin koyduğu hükümlerden oluşmaktadır¹⁸. Bu hükümler, piyasalardaki rekabetin sınırlayıcı, anlaşma ve davranışlardan bozulmasını önleyerek ekonomik refahın artırılmasını amaçlar. Bunun yanında Kanun piyasada olan her aktörün korunmasını da amaçlayarak adaletli gelir dağılımının yapılmasına katkıda bulunmaya çalışır¹⁹.

Kanunun 2. Maddesinde, “ *Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler..* ” RKHK’nun kapsamı belirtilmiştir. Bu türden oluşan fiillere bu Kanunun hükümleri uygulanmaktadır.

Haksız rekabet hukuku ise rekabetin bozulması, olağan işleyişin piyasada bulunan aktörler tarafından yapılan haksız eylemler sonucunda oluşmaktadır. Bu sebeplerle iki Kanunun korumayı amaçladığı durum rekabet ve bununla birlikte serbest piyasa ekonomisinin düzgün bir şekilde işlemesidir.

Haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler Rekabet hukuku düzenlemelerine göre daha eski düzenlemeler olmasına rağmen haksız rekabet hükümleri piyasada bazı sorunlara çözüm bulmakta eksik kalmıştır. Fiyat tespiti, arzın kısıtlanması gibi pazar paylaşımındaki sorunlara rekabet hukukunun hükümleri çözüm sağlanmaya çalışılmıştır²⁰.

Ancak TTK hükümleri ve RKHK hükümleri rekabetin bozulmaması amacını sağlamak için kullandıkları yöntem ve kapsamı birbirinden farklıdır. Bu sebeple doktrinde uygulanma alanları bakımından bazı tartışmalar mevcuttur. Özel kanun – genel kanun ilişkisi olan yazarlar olmasına rağmen asıl itibari ile her iki kanunun uygulanması ile elde edilecek menfaatler farklı olduğundan somut olaya göre her iki kanun hükümlerine göre sorumluluk doğabilecektir. Örneğin RKHK m. 4 ve 6’da

¹⁸ YILMAZ, s.18.

¹⁹ GÜNER, Mehmet Yavuz, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2021, s.7.

²⁰ GÜNER, s.10.

sayılan haller aynı zamanda haksız rekabet hükümleri uyarınca da sorumluluk doğurabilecektir²¹.

RKHK aykırı bir olay veya durum söz konusu olduğunda kamu kurumu niteliğindeki Rekabet Kurulu devreye girmektedir. Rekabet Kurulu resen olay hakkında inceleme yapabilmekte ve bu olay ve duruma ilişkin olan idari yaptırımları tayin etmektedir. Haksız rekabette ise haksız rekabet hükümlerine aykırı bir olay ve durum olması halinde bu hallere ilişkin yaptırımları belirlemek doğrudan görevli mahkemenin görevidir. Mahkeme başvuru halinde ilgili önlem ve yaptırımları uygulayacaktır²².

2. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDAN FARKI

Haksız rekabetin konusu ve amacı piyasada dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamı sağlanması iken fikri mülkiyet hukukunun konusu “*fikri bir üründür.*” Bu fikri ürün kanunlardaki düzenlemeler kapsamına giriyorsa kural olarak tescil edilmek ile korunur. Tescil ile tescil ettirene tekel hakkı sağlar ve geniş bir koruma imkânı ortaya koyar. Tescil ettiren herkese karşı bu hakkını kullanabilir. Ancak fikri ürün, fikri ve sanat eserleri kanunlarından birinin tescil korumasından yararlanmamışsa haksız rekabet hukuku hükümlerinin koruması altına girebilir. Haksız rekabet hükümleri kişinin emeğini koruyarak rekabet ortamında emekten, fikri üründen haksız yararlanılması önlemeyi amaçlar. Ancak burada önemli olan husus, bu fikri ürün veya emeğin piyasada haksız rekabete yol açacak şekilde kullanılıyor olması ve rakipler, müşteriler, mesleki birliklerin veya genel olarak ekonominin zarar görmesi veya görme ihtimalinin bulunması gerekir²³.

Doktrinde tartışmalı olan bir husus tescilli bir fikri ürünün hem fikri mülkiyet kanunlarına göre hem de haksız rekabet hukuku hükümlerine göre aynı anda korunup korunmayacağı hususudur. Birinci görüşe göre, Fikri Kanunlar (5846 sayılı Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu, 6769 sayılı SMK,) TTK’ya göre özel nitelikte kanunlardır. Bu halde bu kanunlar ve Ticaret Hukuku hükümleri arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisi vardır ve özel nitelikteki kanun uygulanmalıdır. İkinci görüşe göre ise bu iki hükmün yukarıda da bahsedildiği üzere koruduğu amaç ve menfaatler farklıdır. Bu

²¹ KARSLIOĞLU, s.226 – 227.

²² YILMAZ, s. 20; ARKAN, s.318.

²³ POROY/YASAMAN, s.363-364; YILMAZ, s.19.

sebeple şartları oluştuğu takdirde her iki kanununda kümülatif olarak uygulanması söz konusu olabilir²⁴. Bunların yanında        bir görüş olarak, her iki kanununda korudukları menfaatlerin farklı olduklarını kabul etmektedirler ancak tescille birlikte fikri ürün özel bir koruma altına girdiğinden dolayı öncelikle Fikri Kanunların koruması altında olması gerektiğini bu Kanunların uygulanması mümkün olmadığı takdirde haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır²⁵.

Bunlarla beraber FSEK m.83 – 84’te doğrudan haksız rekabet hükümlerine gönderme yapan hükümler mevcuttur. Bu durum haksız rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki yakın ilişkiyi göstermektedir.

3. REKABET YASAĞINDAN FARKI

Rekabet yasağı, çeşitli kanunlarda düzenlenmiş bir kurumdur. TTK ve TBK’da çeşitli h  k  mlerde²⁶ düzenleme altına alınmıştır. TBK’da 444 – 447., 553, 626. Maddelerde; TTK’da 230 -231, 311, 396, 572, 626 maddelerde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin amacı işletme menfaatlerinin korunmasıdır. İşletmede yer alan kişilerin işletmenin sırlarını bilmesi halinde bu sırların işletme aleyhine kötüye kullanılması engellenmesi amaçlanmaktadır. Rekabet yasağı, sözleşmesel bir ilişkiye dayanmaktadır. Haksız rekabet kişilerin rekabet etmesini korurken, rekabet yasağı bu yasağa tabi olan kişilerin rekabet hakkını sınırlandırmaktadır. Ayrıca rekabet yasağının alanı dardır. Sadece o işletme ve işletmedeki olan kişiler korunmaktayken haksız rekabette bütün katılanların korunması ama lanmıřtır²⁷.

4. İTHALATTA HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ HAKKINDA KANUN

1989 tarihli 3577 sayılı Kanun, ithalat durumunda ortaya çıkan damping ve sübvansiyon uygulanmalarının önlenmesi için hükümler koymuştur. Bu   nlemler vergi hukukuna ilişkin yaptırımları içermektedir.

²⁴ POROY/YASAMAN, s.364-365.

²⁵ POROY/YASAMAN, s.365.

²⁶ KARSLIOĞLU, s. 240; ÇINAR KARABAĞ, s.42.

²⁷   LG  N, Hüseyin, HELVACI, Mehmet, KAYA, Arslan, NOMER ERTAN, N. Füsun, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s.548.

Damping ve sübvansiyon uygulamaları²⁸ yerli üreticiye zarar verebilmektir. Türk üreticiler zarar görme veya zarar görme tehlikesi altında kalabilmektedirler. 3577 sayılı Kanun vergi yaptırımları öngördüğünden zarar gören üreticinin haksız rekabet hükümlerine başvurabilir mi sorusunu akıllara getirmektedir. Bu durum için doktrinde haksız rekabet hükümlerine göre ilgili kişilerin dava açabileceği kabul edilmektedir. Çünkü damping ve sübvansiyona konu olan ithalat sonucunda sadece ülkedeki o sektördeki ekonomi dalı değil, o sektördeki üreticilerin de zarar uğraması mümkün olabilir²⁹. Ancak her damping veya sübvansiyon uygulamasının haksız rekabet oluşturmaz. Somut olayın özelliklerine göre tespit edilerek sonuca gidilmelidir.

E. HAKSIZ REKABETİN TÜRK HUKUKUNDA GELİŞİMİ

İlk olarak Osmanlı dönemine baktığımızda, Ticaret Hukuku alanında çeşitli kanunlar ve nizamnameler bu dönemde kabul edilmiştir. Ancak doğrudan haksız rekabet hukukuna dair düzenlemeler yapılmamıştır.

Türk Hukukunda Lozan Anlaşmasının eki niteliğinde imzalanan Ticaret Anlaşmasının 12. Ve 13. maddelerinde haksız rekabete ilişkin hükümler konulmuştur. Ancak bunlar sözleşme hükümleri olduğu için kanuni bir düzenleme bu dönemde de yapılmamıştır³⁰.

1926 yılında Türk Hukukunda yapılan yenilikler neticesinde 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 865 sayılı Ticaret Kanunu kanununda haksız rekabet kavramına ilişkin ilk düzenlemeler yapılmıştır. 865 sayılı kanunda gayri kanuni rekabet başlığı altında tacirler arasında olan haksız rekabet örnekleri sayılmıştır. 818 sayılı borçlar kanununda ise ticari olmayan işlerde haksız rekabet olması halinde uygulanacağı düzenlenmiştir³¹.

²⁸ “*Damping*, bir malın Türkiye’de piyasaya arzında, benzer malın ihracatçı veya menşe ülkedeki normal değerinin altında bir fiyat uygulanmasını, *sübvansiyon* ise, bir ürünün üretimi, işlenmesi ya da ihracatı için menşe veya ihracatçı ülke makamlarınca, üretici ve ihracatçılara bir karşı edim olmaksızın doğrudan veya dolaylı olarak sağlanan her türlü mali katkıyı ifade etmektedir.” Bkz: NOMER ERTAN, N. Fusun, Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.38.

²⁹ ARKAN, s.321; ERYÜREK, s.39.

³⁰ BAYER, s.70.

³¹ DOLUNAY, s.11; ÇINAR KARABAĞ, s.26.

1957 yılında yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, İsviçre hukukunda yapılan düzenlemeler esas alınmıştır. 1943 yılında İsviçre'de kabul edilen Haksız Rekabet Hakkında Federal Kanun temel olarak 6762 sayılı TTK'da temel alınmıştır. 865 sayılı kanunda yalnızca tacirler arasındaki haksız rekabet oluşturulmasından vazgeçilmiş, aktörler tacir olsun ya da olmasın uygulanabileceği kabul edilmiştir³².

İsviçre Federal Kanunu'nda, İsviçre Haksız Rekabet Kanunun kabul edilmesi ile birlikte Medeni Kanun'da karşılığı gelen madde kaldırılmış ancak Türk hukukunda 6762 sayılı Kanun kabul edilmesiyle 818 sayılı Borçlar Kanundaki haksız rekabete ilişkin yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Ancak yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra "ticari işlerde Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır", denmiştir³³.

1 Temmuz 2012 yılında ise yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kabul edilmiştir. 6102 sayılı kanunda kapsamın 6762 sayılı kanuna göre daha da genişletildiği görülmektedir. Yeni Kanunda haksız rekabet hükümlerine mehzaz olarak 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu alınmıştır. Aynı zamanda AB mevzuatlarına uygun olarak "*tüketici*" merkeze alınmıştır. 6762 sayılı kanunda haksız rekabet davranışları açısından "*suistimal etme*" esas alınırken yeni 6102 sayılı kanunda "*dürüst davranış*" esas alınmıştır. Bunların yanında yeni Kanun döneminde de TBK – TTK ikiliği devam ettirilmiştir³⁴.

Böylelikle Türk hukukunda haksız rekabet hukuku ile ilgili başında Haksız Rekabet hükümleri (TTK- TBK), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Anti Damping mevzuatı gelmektedir. Bunun dışında haksız rekabete ilişkin olarak hukukumuzda farklı kanunlarda da düzenlemeler yapılmıştır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 3577 sayılı İthalata Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun sayılabilir³⁵.

Uluslararası sözleşmeler aracılığıyla taraf devletlere kendi iç hukuklarında haksız rekabete ilişkin olarak düzenlemeler yapmaları öngörülebilir. Türkiye'de 1967 tarihli sınai mülkiyetin korunmasına yönelik olan Paris Sözleşmesi'nin tarafıdır. Sözleşmenin

³² UZUNALLI, s.384.

³³ DOLUNAY, s.12; ÇINAR KARABAĞ, s.27; ÖZBALÇIK, s.56.

³⁴ KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.80.

³⁵ ÇINAR KARABAĞ, s.27.

10. Maddesinde haksız rekabete ilişkin bir madde öngör÷lmüştür. Buna göre, “*taraf devletler, kanun dışı rekabete karşı sözleşmeye dahil ÷lkelerin vatandaşlarına gerekli kanuni başvuru yolları teminini taahhüt etmişlerdir.*” Böylelikle haksız rekabete ilişkin bir koruma 1967Tarihli Paris Sözleşmesi ile de güvence altına alınmıştır³⁶.

F. HAKSIZ REKABETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Haksız rekabetin hukuki niteliği doktrinde ve Yargıtay kararlarında bir haksız fiil olarak kabul edilmektedir³⁷. Bunun dayanağı olarak haksız rekabetin ilk ortaya çıkış yeri olan Fransız Medeni Kanun’unda haksız fiil bölümünde düzenlenmesi gösterilmiştir. Aynı zamanda Almanya ve İsviçre Hukuklarında da haksız fiil olarak nitelendirilmiştir. Bu düzenlemeler ile birlikte Türk Hukukuna bakıldığında TBK’daki haksız rekabet hükmü “*haksız fiilden doğan borç ilişkileri*” başlığı altında düzenlenmiştir.

Türk Hukukunda, haksız rekabet TTK hükümlerinde düzenlendiğinden haksız fiilin özel bir görünümü olarak kabul edilir. Bu sebeple TBK’daki haksız fiil düzenlemesiyle de aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Örneğın, haksız rekabet için kusur şartı aranmazken, haksız fiil için kusur şartı önemli bir öğedir ya da haksız fiil hükümlerinde tazminat talep edebilmek için zarar şartı aranırken, haksız rekabet hükümlerin zararın doğabilecek olması yeterlidir³⁸.

G. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ

1. ANAYASAL TEMELLERİ

Ülkemizdeki anayasal düzenlenmelerle serbest piyasa ekonomi sistemi benimsenmiştir. Anayasa’da haksız rekabete ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamasına rağmen rekabetin anayasal bir hak olduğunu kabul eden hükümler mevcuttur.

³⁶ KARAHAN, s. 205; GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.333.

³⁷” Doktrinde de oybirliği ile kabul edildiği üzere, haksız rekabet, haksız fiilin bir türü olduğundan, haksız fiilin işlendiği ve zararın meydana geldiği yer olan İstanbul mahkemeleri bu davaya bakmaya yetkilidir” YARGITAY 11 HD. 10.4.1986 1486/2090 sayılı kararı bkz: ÇINAR KARABAĞ, s.33.

³⁸ KARSLIOĞLU s.190 – 191; BAYER s.72.

Bunlardan birincisi AY m.48’te yer alan “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” maddesidir. Bu madde ile serbest piyasanın benimsenmiştir. Aynı zamanda devletin özel teşebbüsler ile ilgili olarak her türlü tedbiri alabileceği kabul edilmiştir³⁹.

İkinci bir düzenleme ise AY m. 167’de iktisadi ortamdaki dürüst rekabet anlayışının korunması için hüküm koymuştur. Daha öncede bahsedildiği üzere ticari hayatta dürüstlüğü korunması ülke ekonomisi yararınadır. Devletin, teşebbüsler kendi aralarında ve tüketiciye karşı olan davranışlarında ve ilişkilerinde dürüst rekabet ortamını tutmaya yönelik tedbirleri alma yükümlülüğü Anayasa ile öngörülmüştür⁴⁰.

Temel hak ve özgürlükler başlığı altında yer alan Anayasanın 12. Maddesinde de rekabet bir hak olarak sayılmıştır⁴¹.

Rekabetin anayasal hükümler ile korunmasında kamu çıkarları, kamunun yaşam düzeyinin yükseltilmesi, rekabet etmenin hem toplum çıkarlarına hem de ekonomik çıkarlara daha uygun düşeceğine dair görüşler mevcuttur⁴².

2. BORÇLAR KANUNUNDA HAKSIZ REKABET DÜZENLEMELERİ

6098 sayılı TBK m. 57’de “*gerçeğe aykırı haber veya ilanlar ya da dürüstlük ilkesine aykırı davranışlar sebebiyle bir kimsenin, müşterilerinin azalması veya azalma tehlikesiyle karşılaşması halinde*” haksız rekabet oluşturacağı kabul edilmiştir. Bu haksız rekabet eyleminden dolayı zarar gören kişi haksız rekabetin durdurulmasını ve kusur olması halinde zararının tazmini isteyebilir. Ayrıca bu hüküm, ticari olmayan işlerde yani adi işler için bu hüküm geçerlidir. Ticaret Kanunu hükümleri ile karşılaştırıldığında bu hükmün alanının daha dar olduğunu söyleyebiliriz. Buradaki

³⁹ Anayasa m.48 “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” ÇINAR KARABAĞ s.25; ERDİL, s.31; İNAL, Hamdi Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.532.

⁴⁰ Anayasa Madde 167 “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” TOPÇUOĞLU, Metin, Genel İşlem Şartları İle Rekabet İhlali Ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, s.3-69, s.6; KARA, Mustafa Sencer, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, S.723-742, s.730; ÇINAR KARABAĞ s.26; DİNÇ s.18; KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.269.

⁴¹ ÇINAR KARABAĞ s.26.

⁴² ERDİL, s.32.

amaç kişinin ekonomik alanda faaliyette bulunurken bu faaliyetlerini özgür bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlama, ekonomik kişiliğinin korunmasını sağlamaktır⁴³.

Bu hükme göre haksız rekabetin mevcut olması için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi gerçeğe aykırı haberler veya ilanlar yapılması ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sergilenmesi, ikinci olarak ise bu davranışlardan dolayı bir kimsenin müşterilerinin azalması ya da onları kaybetme tehlikesi altında bulunması gerekir.

Gerçeğe aykırı haberler veya ilanlar yapılması ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sergilenmesi yazılı veya sözlü olarak haksız rekabet eyleminde bulunan kişinin kendisinin veya başkasının kişisel veya ekonomik durumu hakkında beyanlar ortaya yaymasıdır. Bir kimsenin müşterilerinin azalması ya da onları kaybetme tehlikesi altında bulunmasına yönelik her türlü dürüstlük kuralına aykırı davranışta yasaklanmıştır. Bu duruma örnek olarak, hile ile başkasının müşteri çevresine ait bilgileri ele geçirme veya başkalarının ürünlerini taklit ederek halkı kandırmak davranışı verilebilir⁴⁴.

TBK'daki ilgili hükümde sadece rakipler göz önüne alınmış, yeni kabul edilen Ticaret Kanunundaki gibi diğer piyasa ilgilileri göz önüne alınmamıştır⁴⁵.

TBK m.57' de, diğer haksız rekabet hükümlerinde olduğu gibi dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁴⁶.

Yeni 6102 sayılı TTK'da haksız rekabetin alanı oldukça geniş tutulmasına, her türlü rekabeti kapsamasına rağmen BK m.57 hükmü yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Örneğin, tacir olmayan ve ticari iş karinesine uymayan durumlarda haksız rekabetin mevcut olması halinde BK m.57 hükmü uygulanacaktır. İki doktor arasındaki, iki esnaf arasındaki haksız rekabet halleri Türk Borçlar Kanunu'na tabi olacaktır. Doktrindeki çoğu yazara göre bu kanun maddesinin hala yürürlükte kalması hatalı bir durumdur çünkü TTK'daki 54 – 63 arasındaki hükümlerin koruduğu menfaatlerin arasında TBK m.57 hükmünün koruduğu menfaatte bulunmaktadır.

⁴³ ARKAN, s.318.

⁴⁴ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.549.

⁴⁵ ÇINAR KARABAĞ, s.50; DİNÇ, s.27; POROY/YASAMAN, s.367.

⁴⁶ TOPÇUOĞLU, s.8.

Ancak tüm bu eleştirilere rağmen TBK m.57, yeni TTK ile yürürlükten kaldırılmayarak uygulamada kalmaya devam etmiştir⁴⁷.

Uygulamada ise Yargıtay'ın eski kararlarında taraf sıfatını dikkate alarak tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabette Borçlar Kanunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Aynı zamanda somut olaya göre Ticaret Kanunu hükümleri de benzetme olarak uygulanabileceğini öngörmüştür⁴⁸. Son yıllarda ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2018 yılında verdiği bir kararda esnaf işletmesi olan bir berberin piyasanın altında fiyattan ücretlendirme yapmasını TTK'nın haksız fiil hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁹.

3. TÜRK TİCARET KANUNUNDA HAKSIZ REKABET DÜZENLEMELERİ

6762 sayılı eTTK madde 56'da haksız rekabetin tanımı yapılmıştır. Buna göre, *"Haksız rekabet aldatıcı hareket veya hüsniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir."* 6102 sayılı TTK'da ise haksız rekabetin bir tanımı yapılmamış, amaç ve ilkesi ortaya konulmaya çalışılmıştır⁵⁰.

6102 Sayılı TTK'da ise 6762 Sayılı Kanun'un ilkelerinden uzaklaşmış ve ayrı bir çizgi çizilmiştir. TBK ve TKHK'nın kapsamına giren bazı hususlar yeni haksız rekabet hükümlerinin kapsamına da alınmıştır. TTK m.55'te bu yönde yeni haksız rekabet

⁴⁷ "Serbest meslek mensupları (avukatlar, doktorlar, mimarlar vb.) arasındaki rekabetin TTK'nın 56 vd. maddeleri kapsamında bir ticari rekabet olarak kabul edilemeyecek olmasına ve davada BK'nın 48. maddesi koşullarının da gerçekleşmemiş bulunmasına göre...." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2006/929, K. 2007/8748, T. 07.06.2007, Lexpara Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.12.2023; ERYÜREK, 33; BAHTİYAR, s.143.

⁴⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2889 K. 2929 15.05.1989 bkz: KARAHAN, s. 210.

⁴⁹ "Davacı vekili; davalının erkek berberi olarak faaliyet gösterdiğini ve işyerinde saç tıraşının 5,00 TL'ye sakal tıraşının ise 3,00 TL'ye yapıldığının tespit edildiğini, İstanbul Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği tarafından çıkartılan tarife göre üçüncü sınıf berber salonları için saç tıraşının 10,00 TL, sakal tıraşının ise 5,00 TL olarak belirlendiğini, davalının bu fiyatlardan fahiş oranda indirim yaparak uyguladığı yıkıcı fiyatların maliyetlerin altında kaldığını, bu durumun haksız rekabet teşkil ettiğini, (...) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (6102 sayılı TTK) haksız rekabet kuralları, ticari nitelik taşıyan taşımanın tüm haksız rekabet hallerini kapsayacak şekilde ve son derece ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 54. maddesinde haksız rekabete ilişkin amaç ve genel hükme yer verildikten sonra, aynı Kanunun 55. maddesinde uygulamada sık karşılaşılan ve dürüstlük kurallarına aykırı olan bazı davranış ve fiil örnekleri sayılmıştır. Bu anlamda, uyuşmazlığın kapsamı itibarıyla 6102 sayılı TTK'nın 55. maddesinde örnekleme yoluyla sayılan 55/(1)-a-6. ve 55/(1)-e hükümlerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/117, K 2018/1883 T. 11.12.2018 Bkz: ÇINAR KARABAĞ s.48; POROY/YASAMAN, s.366; YILMAZ, s.23.

⁵⁰ DOMANIÇ, Hayri, Ticari İşletme Hukuku Şerhi, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s.197-198; ÇINAR KARABAĞ, s.29; POROY/YASAMAN, s.372; ÖNEN, s.84.

eylemleri ortaya konulmuştur. Bunun yanında haksız rekabet hallerinin mevcut olması durumunda bu hükümlere başvurabilecek kişiler de genişletilmiştir⁵¹. KENDİGELEN'e göre ise 6102 sayılı Kanun'da her ne kadar “*yeni bir yaklaşım*” benimsendiği söylene de aslında büyük bir değişim olmadığını, yapılan kanuni değişikliklerin Türk doktrin ve uygulamasında zaten olduğunu belirtmektedir⁵².

a. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN AMACI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 54. Maddesinde haksız rekabet hükümlerinin konulma amacı, ana ilkesi, menfaatleri düzenlenmiştir. Bu maddeye göre haksız rekabet hükümlerinin amacı; “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” olarak belirlenmiştir. Burada amaçlanan husus tüm katılanların hukuka uygun işleyen bir rekabetten dolayı kazanacağı menfaatlerin korunmasıdır⁵³. Kanunun gerekçesine baktığımızda da “*Hukuka uygun*”, “*saf*” bir rekabet ortamının olması amaçlanmıştır. Doktrinde bir amaç maddesine yer verilmesi eleştirilmiştir. Haksız rekabet hükümlerinin tamamı göz önüne alındığında hükümlerin amacı zaten ortaya çıktığı savunulmaktadır. Türk Hukuku'nun, İsviçre Hukuku'nun geçirdiği evreleri geçirmeden birebir çeviri yaparak bir amaç hükmünün konulması gereksiz görülmüştür⁵⁴.

Maddede geçen “*dürüst ve bozulmamış rekabet*” kavramı için maddenin gerekçesine baktığımızda “*güven duyulan bir anlamda hilesiz rekabet*”, “*centilmenliğe uygun olarak oynanan katışıksız ve saf rekabet*” olarak tanımlamıştır⁵⁵. Doktrinde de

⁵¹ GÜNEŞ, s. 356.

⁵² KENDİGELEN, s.81.

⁵³ SUBAŞI, Fatma, Haksız Rekabet Hali Olarak Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Koşulu Kullanmak, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (2020): 79-111, s.95; ÇETİNER, Selma, BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, S.154.

⁵⁴ NOMER ERTAN, s. 85; “*Dava, haksız rekabetten kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı federasyonun antika otomobiller konusunda danışmanlık hizmeti verdiği, davacı şirket ile iktisadi rekabet halinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, 6102 sayılı TTK'nın 54. maddesi uyarınca, haksız rekabete ilişkin bu kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Somut uyuşmazlıkta davalı tarafın tüzüğünde belirtilen faaliyet alanının davacı ile farklı olması, bir başka deyişle tarafların iktisadi rekabet halinde olmaması davalı taraf eylemlerinin haksız rekabet teşkil etmeyeceğinin kabulünü gerektirmez.*” Yargıtay 11. HD, E. 2017/226, K. 2018/6110, T. 8.10.2018 bkz: PEKDİNÇER/YILDIZ, s.32.

⁵⁵ TTK GEREKÇE M. 54.

dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının şeffaf ve açık olması gerektiğini vurgulanmıştır. Şeffaflık ile piyasada mal ve hizmet sunan süjelerden alınan ürünlerin fiyatlarını ve kalitesini kolayca karşılaştırabilmektedir. Böylece mal ve hizmet satın alanların karar verme süreçleri dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde etkilenmeden özgürce karar vermeleri sağlanmış olunur⁵⁶.

Bozulmamış rekabet ortamında, Rekabet Hukuku'nun da konusudur ve olması gereken şekilde düzgün bir rekabet ortamı olması amaçlanır. Kartelleşmenin olmamasını Rekabet Hukukunun hükümleri ile korurken, dürüstlük kuralına aykırı ve davranışlar ile rekabet ortamının işleyişinin bozulmamasını haksız rekabet hükümleri korumaktadır⁵⁷.

Aynı zamanda yine maddeye baktığımızda haksız rekabet hükümlerine başvuracak kişilerin sadece tacirler ile sınırlandırılmadığını görmekteyiz. “*Bütün katılanlar*” ifadesi kullanılarak daha geniş bir kitleye hitap etmektedir. Gerekçede bu durum “*ekonomi, tüketici ve kamu*” olarak özetlenmiştir. Ancak bu açıklama doktrin tarafından eleştirilmiş ve özellikle “*rakip*” kavramına değinilmemesini bir eksiklik olarak görmüştür. Aynı zamanda “*müşteri*” ifadesinin yerine “*tüketici*” ifadesinin kullanılması da ayrı bir eleştiri konusu olmuştur. Müşteri kavramı tüketici kavramına göre daha geniş bir kesimi ifade etmektedir. Bu sebeple gerekçede bütün katılanlar ifadesi açıklanırken müşteri, rakip kavramlarına değinilmemesi doktrinde bir eleştirilmiştir⁵⁸. Tüm bunlar göz önüne alındığında bütün katılanlar ifadesinin içine; rakip, tedarik eden, müşteri, tüketici, alıcı, kredi alan, sözleşme tarafı, kamu, toplum menfaatlerinin girdiğini söyleyebiliriz⁵⁹.

Sadece rakipler arasındaki ilişki söz konusu değildir. Rakip olmayan kişiler arasındaki ilişkilerde de haksız rekabet hükümleri uygulanması söz konusu olabilir. Sadece rakip teşebbüsler değil; meslek birlikleri, sağlayıcılar, ülke ekonomisi haksız

⁵⁶ YILMAZ, s.29; BAYER, s.73; ERYÜREK, s.26.

⁵⁷ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.555; KAYAR, s.273.

⁵⁸ NOMER ERTAN, s.91; “Oysa bir gerçek kişi tacir de ticaret ortaklığı da TK 54 vd. çerçevesinde “müşteri” olabilir. Bir mal veya hizmeti ticari amaç gütmeksizin, dolayısıyla kâr elde etme niyet ve gayesi bulunmaksızın ve esas olarak tüketmek amacı ile satın alan kişi müşteridir. Bu çerçevede gerçek kişi tacirin veya bir anonim ortaklığın işletmesinde kullanmak üzere satın almış olduğu bir ürün ile ilgili olarak müşteri sıfatı ile TK 56/2’de öngörülen haksız rekabet davalarını açabileceğinde kanaatimizce tereddüt etmemek gerekir” bkz: ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.556.

⁵⁹ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.558; PEKDİNÇER, s.74.

rekabetin rakiplik ilişkisi olmasa dahi aktörü olabilir⁶⁰. Ekonomik menfaati zarar gören veya zarar görme ihtimali olan bu aktörler ve mensupları zarar görmüş meslek birliklerinin dava açma hakkı haksız rekabet hükümlerine göre mevcut olacaktır⁶¹.

b. HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN GENEL İLKESİ

54. Maddenin İkinci fıkrasına baktığımızda ise “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” bu fıkra ile belirlenen ana ölçüt dürüstlük kuralıdır. Dürüst davranma kuralına uymayan piyasa aktörleri, aralarında var olan güveni ihlal etmiş olacaklardır.

TTK m.54/2 fıkrasının lafzında rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasında haksız rekabet oluşması olarak geçmiştir. Ancak fıkranın lafzının daha geniş yorumlamak gerekir, rakipler ile müşteriler arası, rakipler ve tedarik edenler arasında haksız rekabet şartları oluşuyorsa haksız rekabetin varlığı kabul edilmelidir.

eTTK ile karşılaştırıldığında yeni TTK’da kanunda iktisadi bir rekabetten bahsedilmediği görülecektir. Böylelikle haksız rekabet hükümleri uygulama alanı ekonomik alan ile sınırlı tutulmayıp koşulları olduğu takdirde tüm alanlarda uygulanma alanı bulabilecektir. Dijital ve teknolojik gelişmelerin hızla artması ile değişen sektörlerdeki ve piyasalardaki haksız rekabet hallerine de müdahale edebilmesi mümkün olacaktır⁶².

Madde 54/2’de belirtilen dürüstlük kuralı TMK m.2 kapsamında düzenlenen dürüstlük kuralı ile örtüşmeyebilir. TMK m.2’de çoğu zaman sözleşmesel bir ilişki söz konusu olurken, haksız rekabet sözleşmesel bir ilişki mevcut olmadığı durumda da söz konusu olabilir⁶³.

Doktrinde eleştirilen bir husus ise dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar ibaresidir. Fıkroda “ile” kelimesi kullanıldığı için sanki ticari uygulamaların dürüstlük kuralına aykırı olmayacağı anlamı ortaya çıkmaktadır. Bu

⁶⁰ TOPÇUĞULU, s.15; ÇINAR KARABAĞ, s.46.

⁶¹ DOLUNAY, s. 20.

⁶² ÇINAR KARABAĞ, s.30; KARSLIOĞLU, s.180.

⁶³ BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Legem Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 356; YASAMAN, Hamdi, Haksız Rekabet ve Rekabet Yasası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.15.

sebeple “ile” bağlacı yerine “ve” bağlacının getirilmesinin daha uygun olacağı görüşündedirler.

TTK m.55’te haksız rekabete ilişkin olarak örnekleme yolu ile 6 bent halinde haksız rekabet halleri ortaya koymuştur. Bu 6 bent olarak sayılan haller dürüstlük kuralına aykırı davranışların veya ticari uygulamaların, yargı kararlarına göre en sık rastlanan halleridir. Bu hallere baktığımızda;

- Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar
- Sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yöneltilmeler
- Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma
- Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme
- İş şartlarına uymama
- Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanma

Sayılan bu hallere baktığımızda eTTK’da yer almayan yeni hallerin 6102 Sayılı TTK’da yer aldığını görmekteyiz. Bunları sıralamak gerekirse; “karşılaştırmalı reklam”, “phising (oltalama)”, “saldırgan satışlar”, “müşteriyi ek edimlerle yanıltma”, “bilgi gizleme yoluyla yanıltma”, “bazı tüketici haklarının ihlali”, “sözleşmeyi ihlale teşvik”, “başkalarının iş ürünlerinden haksız yararlanma” ve “dürüstlük kurallarına aykırı olarak genel işlem şartı kullanmak” olarak sıralayabiliriz⁶⁴.

Madde 55’te sayılmayan bir haksız rekabet hali m.54/2’de olan şartlara uygunsa haksız rekabet olarak kabul edilir. Ancak TTK m.55’te sayılan hallerin mevcut olması halinde mutlak bir şekilde haksız rekabet oluşturduğunu kabul etmeyen görüşler mevcuttur. Bu durumların ayrıca genel ilke olan TTK m.54/2 uyarınca değerlendirilmesinin yapıp piyasanın etkilenip etkilenmediğine bakılması gerekir. Başka bir yoruma göre de bir haksız rekabet eyleminin TTK m.55’te örnekleme yoluyla sayılan hallerden birine girdiği takdirde TTK m.55 özel hüküm niteliğinde olduğundan ilk önce bu hükmün uygulanması gerektiğini ve TTK m.54/2’deki şartlara bakmaya gerek olmadığını savunur. TTK m.55’teki hallerden biri mevcut ise haksız rekabet şartları mevcuttur, denilmiştir⁶⁵.

⁶⁴ GÜNEŞ, s.356; PEKDİNÇER, s.74.

⁶⁵ YÜCE, s.186; ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.559; BAHTİYAR, s.145; KAYAR, s.279; SOYDEMİR, s.34; KAYA/TATLI, s.168.

Haksız rekabete ilişkin olarak TTK madde 56 – 61 maddeleri arasında hukuki davalar ve alınabilecek tedbirleri düzenlerken, 62-63. Maddeleri arasında ise cezai sorumluluk düzenlenmiştir.

4. HAKSIZ REKABETİN UNSURLARI VE İLKELERİ

a. UNSURLARI

Haksız rekabetin oluştuğundan bahsedilmek için birtakım unsurların mevcut olması gerekmektedir. Rekabet ortamı içinde dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticari uygulamalarla rakipler, tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkinin etkilenmesi gerekmektedir. Bunlara bağlı olarak zarar veya zarar görme tehlikesinin ortaya çıkması ve nedensellik bağının mevcut olması gerekmektedir.

aa. REKABET ORTAMININ MEVCUT OLMASI

6762 sayılı eTTK’da ekonomik bir amacı olan rekabet ortamının olması gerektiğinden bahsetmiştir. Bu itibarla ekonomik rekabetten anlaşılması gereken piyasanın serbest piyasa özellikleri⁶⁶ göstererek devlet müdahalesinin en düşük seviyede olduğu ekonomik rekabet alanını ifade etmektedir. Günümüzde çoğu devlet liberal ekonomik anlayışı benimsediğinden dolayı serbest rekabet ilkesi piyasalarda mevcut olmaktadır⁶⁷. Eski Kanun döneminde “*iktisadi rekabet*” kavramı hukuki bir terim olmadığı ve sadece rakipler arası rekabeti anımsattığı, anlam ve içeriğinin de belirsiz olduğu için eleştirilmiştir⁶⁸.

6102 sayılı kanunun 54. Maddesinde “*dürüst ve bozulmamış rekabet*” ortamından bahsedilerek iktisadi bir rekabet ortamının gerek olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak 54. Maddenin 2. Fıkrasında geçen “*rakipler*”, “*tedarik edenler*”, “*müşteriler*” sükeleri ifade etmesi, “*ticari iş*” ve “*ticari uygulama*” ile bahsedilen davranışlar, m.55/1-d’de geçen “*iş sırrı*”, m.56’da geçen “*ekonomik çıkar*” ifadeleri kanunun ekonomik alanda

⁶⁶“Serbest piyasa özellikleri: piyasanın kendi arz talep dengesini oluşturması, fiyat belirlenmesinde serbest olunması, mal ve hizmetlere erişimin kısıt altında olmaması gibi özellikleri barındırır.” Bkz: DOLUNAY, s.21; ERYÜREK, s.20.

⁶⁷BAYER, s.66.

⁶⁸ARKAN, s.322; SOYDEMİR, s.31.

rekabeti kabul ettiğini göstermektedir⁶⁹. Böylelikle gelir, kar sağlamayı hedeflemeyen davranışlar bir rekabet oluşturmaz. Ortada ekonomik bir rekabet bulunması gerekir ancak bu rekabetin sadece tacirler arasında olması gerekmez. Kanununda ifade ettiği üzere bütün katılanlar menfaatine piyasadaki tüm aktörler arasında haksız rekabet eylemi mevcut olabilir.

Tüm bunlar neticesinde kanuni bir haksız rekabetten söz edebilmek için ekonomik çıkarların mevcut olduğu bir rekabet ortamı söz konusu olmalıdır. Bu ortam içinde tarafların rekabeti bozucu eylemde bulunmaları gerekmektedir⁷⁰.

Rekabet ortamını, ticari hayatı etkileyen veya etkileme ihtimali olan davranış ve uygulamalar oluşturmaktadır. Bu davranış veya uygulamalar TTK m.3 – TTK m.19 çerçevesinde bir ticari iş olması zorunlu değildir. Ancak ticari hayatı etkilemesi gerekmektedir⁷¹. Bu sebeple ticari hayata etki etmediği sürece kişisel davranışlar, ticari işletme içindeki uygulamalar haksız rekabet oluşturmaz. Örneğin, ticari bir işletme içindeki kendi müşterileri ile olan yazışmaları haksız rekabet oluşturmayacaktır⁷².

bb. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI DAVRANIŞLAR

6762 sayılı eTTK’da haksız rekabet meydana gelebilmesi için iktisadi rekabetin “suistimal” edilmesi aranmaktaydı. Suistimal yani kötüye kullanılma anlamına gelmektedir. eTTK’nın uygulamasında rekabet hakkının kötüye kullanılmasının aranması yanı sıra dürüstlük kuralı ilkelerinden de yararlanılmıştır. Dürüstlük kuralı “suistimal etme” kavramına göre daha geniş bir ifadedir. Esasın da hakkın kötüye kullanılması ile dürüstlük kuralı tabiri caizse madalyonun iki yüzü gibi birbirine yakın aynı zamanda zıt durumları içerir⁷³.

⁶⁹ “Ancak bu durumda bir sınıf içinde bulunan öğrenci topluluğunun birbiri ile rekabet etmesi ve dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sergilemesi haksız rekabet oluşturabilecektir.” Bkz: ÇINAR KARABAĞ, s.35; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.554.

⁷⁰ KARSLIOĞLU, s. 193; BAYER, s.76.

⁷¹ NOMER ERTAN, s.101.

⁷² “Bir dış hekiminin, sadece dış hekimlerinin üye olduğu özel bir internet sitesi üzerinden grup mail yazışma adresine, somut bir ürünü Sara (ağız içi kamerasını) kötüleyen e-posta yollamasını, kötüleyici ifadeleri konu ile ilgili olan kişilerin ulaşabileceği ortamda kullandığını gerekçe göstermek suretiyle haksız rekabet olarak nitelendirmiştir”. Yargıtay 11. HD E. 2009/11362, K. 2011/3864, T. 4.4.2011 bkz: ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.562.

⁷³ NOMER ERTAN, s. 111; “Eğer bir olayda, objektif iyi niyet kurallarına aykırılık varsa, burada hakkın kötüye kullanımı söz konusudur. Objektif iyi niyet kurallarını, her olayda geçerli kabul edilebilecek bir ölçü bulmak mümkün değildir. Dolayısıyla her somut olayda, iyi niyet kurallarına aykırılığın olup olmadığının kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucunun

Yeni kanun olan 6102 sayılı TTK'da ise suistimal etme kavramından vazgeçilmiştir. Dürüstlük kuralına aykırı olunması halinde bu davranışın ayrıca kötüye kullanma içerdiği aranmaksızın haksız rekabet oluşturduğu kabul edilmiştir.

Dürüstlük kuralına aykırılık esasında doğruluk ve güven kavramlarını içermektedir. Bu sebeple piyasaya katılan tüm kişiler karşı taraftın oyunun kurallarına göre “doğru”, “etik”, “ahlaki” davranacağını başka bir deyişle dürüstlük kuralına uygun davranacağını kabul eder⁷⁴. Başka bir deyişle, rekabete konu olan eylemlerin dürüstlük kuralının sınırları içinde yapılması gerekmektedir⁷⁵.

6102 sayılı TTK'nın 54. Maddesinin gerekçesinde dürüstlük kuralına aykırı davranışın hangi şekillerde mevcut olacağından bahsetmiştir. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırılık iki farklı şekilde oluşur; davranışlarla ya da ticari uygulamalarla.

“Davranış” ifadesinden anlaşılması gereken, piyasada mevcut olan ancak doğrudan rekabete girmeyen kişilerin dışarıdan piyasaya etki eden davranışlarda bulunmalarından dolayı rekabet halini bozmalarıdır. Bu sebeple “davranışta bulunma” piyasada bulunan “bütün katılımcıları” kapsar. Bu davranışlar sosyal medya yoluyla yapılan bildiriler, anketler veya testler olabilir⁷⁶.

Ticari uygulamalar kapsamına ise kişi veya kurum tarafından gerçekleştirdiği ticari amaçla satış, pazarlama, tedarik etme gibi her türlü eylem, ihmali davranış veya ticari iletişimi kapsamaktadır. Örneğin, mal veya hizmet satışına dair sözleşmeler, fiyat politikaları, reklam stratejileri bir ticari uygulamadır. Bu davranışlar ve ticari uygulamalar “iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğe ters, aldatıcı, yanıltıcı ve kandırıcı” olduğu takdirde dürüstlük kuralını ihlal etmiş olacaktır. Bu halde rekabetten beklenen sonucun alınması önlenir ve rekabetin işlevsel kuralları zedelenmiş olur⁷⁷.

buradaki amacı, ekonomik alanda dürüstlük ilkesini hâkim kılarak, bunun ihlal edilmemesini sağlamaktır. Ekonomik ve ticari hayatta herkes, ahlak ve objektif iyi niyet kurallarına uygun bir şekilde hareket ederek, ancak kendi emek ve gayreti ölçüsünde bir kazançla yetinmelidir.” Yargıtay HGK E. 2010/396, K. 2010/371, T. 07.07.2010, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.12.2023.

⁷⁴ KARSLIOĞLU, s. 194; YILMAZ, s.32; SARIKAYA, Sinan, Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.49.

⁷⁵ İNAL, s.549.

⁷⁶ SARIKAYA s.50.

⁷⁷ ÇINAR KARABAĞ, s.38; KAYIHAN, s.218. BAKIR, Ayhan, Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 27.

TTK m.54/2’de bahsedilen dürüstlük kuralı TTK m.54’ün gerekçesinde MK m.2 ile tam örtüşmeyeceği bahsedilmiştir. TTK m.54/2 açıklamasında da bahsettiğimiz üzere haksız rekabet, haksız fiil niteliğinde olduğu kabul edilir. MK m.2 ise sözleşmesel ilişkilerdeki dürüstlük kuralına aykırılığı düzenlemiştir. Ancak uygulama alanı genişliği ile TTK haksız rekabet hükümlerinde de uygulanabilecektir.

Ayrıca TTK m.54/2’de “aldatıcı” davranışlar ve ticari uygulamalardan bahsedilmiştir. Aldatıcı hareketlerde de bir alt başlık olarak dürüstlük kuralına aykırı davranışlar içinde yer alır. Aldatıcılığın hali dürüstlük kuralına aykırılığın en çok karşılaşılan hali olmasından ötürü kanunda ayrıca belirtilmiştir. Dolayısıyla “aldatıcı hareketler” ifadesinin ayrıca kanunun lafzında yer alması eleştirilmiştir⁷⁸.

Somut bir haksız rekabet olayında dürüstlük kuralına aykırılık itina ile tespit edilmesi ve geniş yorumlanması gerekmektedir. Eylemin veya davranışın nasıl yapıldığının tespitinde önem arz eder. Kasıtlı şekilde bir eylemin yapılması şeklinde olabileceği gibi, pasif şekilde yapılması gereken şeyin yapılmaması şeklinde de olabilir. Bu dürüstlük kuralına aykırı aktif veya pasif davranışın, rekabeti bozucu etkide olması haksız rekabetin oluşup oluşmadığının tespitinde önemli bir noktadır⁷⁹.

cc. ZARAR VE ZARAR TEHLİKESİNİN OLUŞMASI

Haksız rekabet hükümlerine göre mutlaka bir zarar veya zarar tehlikesi mutlak olarak ortaya çıkmış olmalıdır. Zararın doğup doğmaması önemli değildir ancak tehlikenin ortaya çıkmış olması gereklidir⁸⁰. Aynı zamanda haksız rekabet olmasaydı elde edilmesi mümkün olan bir yarar da Yargıtay tarafından zarar olarak kabul edilir⁸¹.

Haksız rekabet sonucunda açılacak tazminat davaları için zarar hususu büyük önem taşır. TTK m.56’da zarar kalemleri sayılmıştır. Maddeye göre, “bir kimsenin müşterileri, kredibilitesi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya başka ekonomik

⁷⁸ YILMAZ, s.32; NOMER ERTAN, s. 114; ERYÜREK, s.44; KENDİGELEN, s.81.

⁷⁹ DİNÇ, s.30; KARSLIOĞLU, s.196.

⁸⁰ DOMANIÇ, s.201; DOLUNAY, s.22; ERDİL, s. 58; “... 6102 sayılı TTK’nın 55/1-a-2 maddesi uyarınca haksız rekabetin varlığı için haksız rekabet konusu eylemin ve eylemden doğan maddi zararın hemen gerçekleşmesi gerekmeyip, bizahiti eylemin varlığı yeterlidir...” Yargıtay 11 HD. E. 2015/2674, K.2015/7615, T. 3.6.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.12.2023.

⁸¹ ÇETİNER/BOZKURT YÜKSEL, s. 155.

menfaatleri” zarar görmeli ya da zarar görme tehlikesi içinde olmalıdır⁸². Maddi ve manevi zararının tazmini için bu zarar kalemlerinin mevcut olması gerekir.

Zarar veya zarar tehlikesi, rekabeti ve pazarı etkileyecek şekilde olmalıdır. Aksi takdirde haksız rekabet olduğundan söz edilemeyecektir⁸³.

dd. NEDENSELLİK BAĞI

Haksız rekabeti oluşturan fiille zarar arasında bir illiyet bağının bulunması gereklidir. Hukukumuzda benimsenen uygun illiyet bağı teorisi ile hayatın olağan akışına göre zarar ile fiil arasında bağlantı kurulması mümkün ise fiil ile zarar arasında illiyet bağı kurulmuş olunur. Buna göre, haksız rekabet hükümleri uyarınca zarara uğrayan veya zarar tehlikesi altında olan kişi zararını tazmin etmek istediğinde haksız rekabet eyleminde bulunan kişinin eylemi ile zararı arasındaki doğrudan sebep sonuç ilişkisini ortaya koyduktan sonra tazmin edebilir⁸⁴.

b. İLKELERİ

aa. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK

Yukarıda da birden fazla kez değindiğimiz üzere Türk hukukunda haksız rekabet hükümleri dürüstlük kuralı temel alınarak oluşturulmuştur, dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı olan davranışlar ile rekabetin bozulması durumunda haksız rekabet meydana gelecektir⁸⁵.

bb. KAMU YARARI KORUNMASI

Rekabetin sağlıklı ve düzenli işlemesi için korumak ve bu konuda düzenlemeler yapmak aynı zamanda kamu yararını da korur. Rekabetin bozulması halinde piyasalarda yaşanan dalgalanmalar sonucunda ülkenin ekonomik durumu da etkilenmektedir. Ekonomik refah seviyesinin düşmesi de halkı yani kamuyu etkilemeye başlamaktadır. TTK m.54’ün gerekçesinde de kamu menfaatlerinin korumasının kanunun kapsamı içinde olduğunu belirtmiştir⁸⁶.

⁸² ÇINAR KARABAĞ, s.40.

⁸³ YASAMAN, s. 17; NOMER ERTAN, s.125.

⁸⁴ DOLUNAY, s.23; ÇINAR KARABAĞ, s.41; KARAHAN, s.212.

⁸⁵ KARSLIOĞLU, s. 206.

⁸⁶ KARSLIOĞLU, s. 210.

cc. EMEK İLKESİ

Serbest piyasa ekonomik koşullarında isteyen herkes piyasaya katılıp diğer piyasada bulunan kişiler ile rekabet edebilir. Ancak bu rekabetin dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sergileyerek rekabeti bozucu bir hale getirmemesi gerekir. Haksız rekabetin fikri mülkiyet hukukundan farklılıklarından değindiğimiz gibi emek sarf edilerek oluşturulmuş bir iş/çalışma ürünün korunmaya değer gizli bilgileri söz konusu olabilecektir.

Başkasının emeğinden haksız bir şekilde yararlanan kişi de haksız rekabet yapabilir, bu emeğin korunması ilkesi kapsamı uyarınca haksız rekabet hükümleri ile korunmalıdır. Emeğin korunması dürüstlük ilkesinin bir sonucudur. Yargıtay⁸⁷, haksız rekabet hukukunun konusunu dürüstlük kurallarına aykırı uygulamalara karşı emek ilkesi uyarınca emeğin korunması olduğunu da belirtmiştir. Rakiplerin dürüstlük kuralına aykırı bu gizli bilgileri ele geçirmesi ve ürünler üretmesi haksız rekabeti meydana getirecektir⁸⁸.

dd. REKABETİN KORUMASI

Yukarıda da açıklayıcı şekilde bahsettiğimiz üzere haksız rekabet hukukunun temel ilkelerinden biri de rekabeti korumaktır. Rekabetin korunması hem 4054 sayılı RKHK ve TTK hükümleri ile sağlanmaktadır⁸⁹.

ee. TARAFLARIN BİRBİRİNE RAKİP OLMASININ GEREKMEMESİ

Çoğunlukla haksız rekabet eylemleri rakipler arasında gerçekleşmektedir. Ancak haksız rekabetin meydana gelmesi için haksız rekabet eylemini yapan taraf ile haksız rekabet eylemine maruz kalan taraf arasında herhangi bir rekabet ilişkisinin başka bir deyişle rakiplik durumunun bulunması gerekmez.

TTK m.54'te açıkça belirttiği “*bütün katılanlar*” ifadesi ile haksız rekabet aktörlerinin birbirine rakip olmasını bir şart olarak aramamıştır. Rekabetin

⁸⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2002/350, K. 2002/354, T. 01.05.2002, Lexpera Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 06.12.2023.

⁸⁸., POROY/YASAMAN, s.368; KUŞOĞLU, Dilay, Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma Yoluyla Haksız Rekabet, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s.68; KARSLIOĞLU, s. 215; PEKDİNÇER, s.83.

⁸⁹ KARSLIOĞLU, s. 218.

bozulmasına yönelik eylemde bulunan herkes haksız rekabet hükümlerine göre sorumlu olacaktır⁹⁰.

ff. FAİLİN YARAR SAĞLAMASININ GEREKMEMESİ

Haksız rekabetin amaç maddesine ve ilkesine bakıldığında haksız rekabetin söz konusu olması için sadece dürüstlük kuralına aykırı eylem ve davranışlarda bulunmayı yeterli saymıştır. Yargıtay ve doktrin görüşlerine de bakıldığında failin yarar sağlaması haksız rekabetin bir unsuru olarak aranmamıştır. Dolayısıyla haksız rekabet eyleminde bulunan kişinin kendisi, işletmesi veya bir başkası yararına menfaat sağlayıp sağlamamış olmasına bakılmaz, rekabet ortamı bozulmuş ise haksız rekabet meydana gelmiştir⁹¹.

gg. KUSURUN ZORUNLU OLMAMASI

TTK m.54'te haksız rekabetin amaç ve ilkesine baktığımız da failin kusurlu davranışlar sergileyerek rekabet ortamını bozması aranmamıştır. Dolayısıyla haksız rekabet eylemini yapan kişinin bunu kusurlu bir şekilde yapması veya yapmaması haksız rekabetin oluşması bakımından bir ölçüt değildir, dürüstlük kuralına aykırı eylemlerde bulunulmuş ve rekabet ortamının bozulmuş olması yeterlidir. Eğer kanun metninde objektif olarak dürüstlük kuralına aykırılık olarak değil direkt subjektif olarak dürüstlüğü aykırı olarak geçseydi eylemde bulunan kişinin kusuru ile dürüstlüğü aykırı olarak davranıp davranılmadığının araştırılması gerekilirdi⁹².

Çünkü haksız rekabet hükümlerinin amacı ilgili kişilerin menfaatlerini korumaktır. Rekabet eyleminde bulunan kişinin rekabeti bozucu bir amacının, niyetinin olup olmamasına bakılmaz⁹³. 6762 sayılı ETTK'nın gerekçesinde failin kusurunun olup

⁹⁰ KARSLIOĞLU s. 218 – 219; NOMER ERTAN, s.119; SARIKAYA, s.52.

⁹¹ KARSLIOĞLU, s. 220 – 221; İsviçre Federal mahkemesinde verilen örnekte; Örneğin, “hayvan hakları savunucusu bir derneğin (Verein gegen Tierfabriken), kâr amacı gütmeksizin sadece tüketicileri bilgilendirme amacıyla mütemadiyen aynı kasabın önünde, “*Deli Dana-Tabaktaki Ölümcül Tehlike*” başlığıyla et tüketiminin insanlara deli dana hastalığının geçmesinde etkili olduğuna, pişirmenin hastalığın insanlara bulaşmasını engellemediğine, daha az et tüketiminin hayvanlara, çevreye ve sağlığa daha faydalı olduğuna ilişkin ifadeler bulunan broşürleri dağıtması İsviçre Federal Mahkemesi tarafından haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir.” Bknz: NOMER ERTAN, s.120; ÇINAR KARABAĞ, s.46; Yargıtay 11 HD. 2005/4006 E. 2006/3778 K. 10.04.2006 “... haksız rekabetin gerçekleşmesi için fiili gerçekleştiren veya bir başkası yararına menfaat elde edilmesi gerekli olmayıp...”; SUBAŞI, s.96; SARIKAYA, s.53.

⁹² SARIKAYA, s.54.

⁹³ BAYER, s.77.

olmadığının önemsiz olduğuna dair madde açıklaması yapılmıştır. Buna göre “(...) Rekabetin kötüye kullanılması keyfiyeti kusura dayandığı gibi kusursuz da olabilir. Binaenaleyh haksız rekabetin yasak edilmesini veya kaldırılmasını isteyebilmek için diğer tarafın kusurlu olduğunu iddia ve ispata hiç lüzum yoktur. (...)”⁹⁴

Haksız rekabet için kusurun önemi haksız rekabetin sonuçlarında yani TTK 56 vd maddeleri (yaptırım) için hususunda önem taşır. Bazı dava türleri için failin kusuru aranmazken özellikle zararın tazmini için açılacak davalarda haksız rekabet eyleminde bulunan kişinin kusurlu olması aranmıştır⁹⁵.

Haksız rekabette kusurun önem taşıdığı noktalardan biri de TTK m. 58 Basın-Yayın ve Bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen maddedir. Bu maddede aleyhine dava açılacak kişilerde kusur aramazken kişiler arası belli bir sıra dahilinde bu davalar açılabilir. Ancak aleyhine dava açılacak kişinin kusurlu olması durumunda belli bir sıraya uymaksızın bu kişiye direkt dava açılabilir. Kanundaki öngörülen sıraya uyma zorunluluğu yoktur.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Uluslararası mevzuatta ve hukukumuzda sözleşme özgürlüğü prensibi kabul edilmiştir. Bu prensibe göre taraflar aralarında dilediği sözleşmeyi özgürce tayin edip oluşturabileceklerdir. Ancak bu prensibin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yapılan bazı hukuki düzenlemeler çerçevesinde bu sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamaların getirilmesinin sebebi sözleşmede zayıf konumda olan tarafın, güçlü tarafın hukuk düzenine aykırı çıkarlarına karşı korunmak istenmesidir. Bu sebeple taraflar bu sınırlamalara uygun davranılmalıdır⁹⁶.

Teknolojinin hızlı gelişimi ile özellikle sanayi devrimi zamanında ticari ilişkilerde hızlı bir şekilde gelişmiş ve küresel hale gelmiştir. Artan ticari ilişkilerde

⁹⁴ NÖMER ERTAN, s.122.

⁹⁵ KARSLIOĞLU, s.222; ARKAN, 323; KAYAR, s.278; PEKDİNÇER, s.77.

⁹⁶ BAYER, s.10; UZUNALLI, s.383; ARIKAN, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.67

daha hızlı sözleşme yapma ihtiyacı duyulmuştur. Bunun içinde zamandan hız kazanmak için daha önce oluşturulmuş sözleşme metinleri kullanılmaya başlanmıştır⁹⁷. Bir işletmeye müşterileri ile yapacağı sözleşmelerde ortak bir metin kaleme alması işletme için hem zaman kazanımı hem de her müşteri için ayrı ayrı ihtilafları düşünmeden belirsiz durumlar oluşmasını önlemek için kolaylık sağlamaktadır. Aynı zamanda maliyet tasarrufu da sağlamaktadır. Bu sözleşmelerde taraflar arasında sözleşme serbestliği çerçevesinde maddeleri tek tek müzakere etme safhası atlanarak sözleşmenin kurulma aşamasına geçilmektedir. Böylelikle hem zamandan tasarruf yapılmakta ve özellikle her müşteri ile yapılan müzakerelerle ortaya çok çeşitli sözleşmelerin çıkması engellenmiştir. Örneğin, büyük bir işletme bütün şubelerinde genel işlem şartı içeren sözleşmeler kullanması halinde hem zaman tasarrufu hem de konu ile ilgili sürekli farklı sözleşme oluşturulmasının önüne geçmektedir. Böylelikle tüm şubeler arası birliği sağlamaktadır.⁹⁸.

Daha önceden hazırlanarak kullanılan bu sözleşme metinleri hukukumuzda genel işlem koşulları olarak adlandırılmaktadır. Bu genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşmelere ise “tıp sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” veya “formüler sözleşme” gibi farklı isimlerde hukuk dünyasında adlandırılmaktadır⁹⁹. Bankacılık, sigortacılık, pazarlama, seyahat, taşıma gibi piyasalarda, kişi ve şirketler tarafından oldukça fazla kullanılmaktadır.

Bunun yanında genel işlem şartlarının zararları da bulunmaktadır¹⁰⁰. Genel işlem şartlarını önceden hazırlayan taraf sözleşmede taraf dengesine göre güçlü konumda olan taraftır. Bu sebeple kendi aleyhine herhangi bir genel işlem şartı sözleşmeye koymaları beklenir değildir. Genellikle tüm sorumluluk sözleşmede zayıf konumda olan kişiye yüklenmeye çalışılır. Sözleşmeyi yeteri kadar anlamayan kişi, sözleşmenin önemi kavranmayabilir. Tartışmaya açık olmayan hükümler olduğundan

⁹⁷ ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.472; SİRMEN, Lale, Genel İşlem Şartları Kavramı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:80, Sayı:3, 2015, s.207.

⁹⁸ BAYER, s.11; TOPÇUOĞLU, s.4; YILMAZ, s.45; ÖCALAKİPEK, Şebnem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:80, Sayı:3, Eylül 2015, s.199.

⁹⁹ YILMAZ, s.45; ANTALYA, s. 472.

¹⁰⁰ ANTALYA, O. Gökhan, DOĞANCI, E. Doğa, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1-f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 823- 860, s.824.

dolayı zayıf durumda olan taraf mal ve hizmet almak için bunları kabul etmek zorunda kalır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ise genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu dönemde daha çok yargı içtihatları ve doktrin ön planda olmuştur. Konuya ilişkin ilk düzenleme 1998 yılında Sermaye Piyasası Kurulu'nun Mülga Seri: V, No:19 sayılı Tebliğ'nin 47. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik yapan ve geçici 3. madde hükmünü ekleyen "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde¹⁰¹ Değişiklik Yapılmasına Dair Seri: V, No:38 sayılı Tebliğ ile yapmıştır. Sermaye piyasasında kullanılan çerçeve sözleşmelerde genel işlem koşullarının kullanılması halinde hâkimin müdahale edebileceğini kabul etmiştir¹⁰¹. İkinci düzenleme ise AB kriterleri çerçevesinde hukukumuzda giren eTKHK'nın 5. maddesi ile hukukumuzda giren tüketici hukukuna ilişkin haksız şartlara ilişkin düzenlemelerdir¹⁰². 2011 sayılı Türk Borçlar Hukukunda ise Alman Hukuku düzenlemeleri esas alınarak m.20-25 arasında genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır¹⁰³.

B. TANIM

Doktrinde genel işlem koşullarına ilişkin çok fazla tanım yapılmış olmasına rağmen TBK m.20'de genel işlem şartlarına ilişkin olarak kanuni tanım yapılmıştır¹⁰⁴. Buna göre genel işlem şartları;

TBK m. 20 "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*"

Kanuni tanımda da belirtildiği üzere genel işlem şartları, önceden tek taraflı olarak hazırlanır ve maddeleri hazırlamayan daha zayıf konumda olan kişinin herhangi bir

¹⁰¹ KARA, s.726.

¹⁰² BAYER, s.13; YÜCE, s.190.

¹⁰³ YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, s.107, 2013, s.76 – 96, s.77; SİRMEN, s.210.

¹⁰⁴ ATAMER, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi -TKHK m. 6 ve TTK m. 55 F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012, s. 12 (Sempozyum); BAYER, s.14; YILMAZ, s.47.

pazarlık hakkı yoktur, bir “köl” halinde sözleşmeye dahil edilir¹⁰⁵. Eğer sözleşme maddeleri üzerine bir pazarlık, müzakere sürecine girilirse TBK 20-25 maddeleri çerçevesinde bir genel işlem şartı sayılmaz ve denetlenmez. Ancak sözleşme imzalanırken sözleşmenin içeriğine “okudum”, “anladım” gibi kayıtların konulması sözleşme maddelerinin genel işlem koşulu niteliğini değiştirmez¹⁰⁶.

TBK m.20/3’e göre, “Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.” denilmiştir.

C. HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel işlem şartlarının hukuki niteliğine doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Hukuk normu olduğunu kabul eden görüşler, örf adet hukuku niteliği olduğunu kabul eden görüşler mevcuttur, ancak bu görüşler kabul görmemiş ve “sözleşme teorisi” görüşü ortaya atılmıştır. Bu teoriye göre genel işlem koşulları bir sözleşme metninin içinde yer alması halinde hukuki neticelerini doğurmaya başlayacaktır. Sözleşme içinde yer alması halinde herhangi bir hukuki sebep ve sonuç ifade etmeyecektir. Aynı zamanda TBK m.20’de yapılan tanımı da baktığımızda “ileriye yönelik daha fazla sözleşmede kullanılmak üzere olduğu için” sözleşme teorisi görüşünü desteklemektedir¹⁰⁷.

Bunun yanında genel işlem şartları içeren sözleşmelerde sözleşmenin türü önemli değildir. TBK’da ya da diğer kanunlarda düzenlenen sözleşmelerden biri olabilir. Ayrıca atipik sözleşme türü de olabilir. İçinde genel işlem şartları tanımına uyan maddeler taşıdığı sürece TBK m.20 – 25 arasındaki denetime tabi olacaktır. Doktrinde tek taraflı hukuki işlemlerinde genel işlem şartları denetimine tabi olacağı savunulmaktadır. Örneğin, ameliyat öncesinde hastaneler tarafından hastaya imzalatılan aydınlatma metinleri genel işlem şartları içermektedir ve tek taraflı irade

¹⁰⁵ ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 1999, s.54.

¹⁰⁶ ATAMER, Doktora Tezi, s.66; NOMER ERTAN, s.356; TOPÇUOĞLU s.17; SUBAŞI, s.82; YENİOCAK, s.78; BENLİ, Pınar, Ticari İşlerde Genel İşlem Şartlarının Denetimine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi, FSHD, Cilt:16, Sayı:50, 2020, s.146.

¹⁰⁷ BAYER, s.15-16; ÖZUYSAL, Neslihan, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s.53.

açıklamasına dayanarak hasta tarafından imzalanmaktadır. Bu sebeple TBK m.20-25 denetimine tabi olacaklardır¹⁰⁸.

Bunlarla birlikte TBK m.20 – 25 arasında yer alan hükümler emredici kanun niteliğinde hükümlerdir.

D. GENEL İŞLEM ŞARTLARI ÖZELLİKLERİ

Bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak kabul edilebilmesi için bazı özellikler taşıması gerekmektedir. Bu özelliklerin tümünü taşıması halinde genel işlem şartları denetimine tabi olacaktır.

1. SÖZLEŞME HÜKMÜ OLMASI

Genel işlem şartı sayılması ilk önce özel hukuk alanında sonuç doğuracak bir sözleşme metninin veya ekinde kullanılmış olması gerekmektedir. Bu sözleşmelerde sözleşmenin tarafları veya türü de önemli sayılmamıştır. Bu sebeple genel işlem şartlarının karşı tarafa sunulmuş biçimi önemli değildir.¹⁰⁹ Genel işlem şartı niteliğini içeren hüküm olması yeterlidir.

Genel işlem şartları içeren sözleşmenin altına tartışarak kabul edildiğine dair sözleşmenin zayıf konumunda bulunan kişi tarafından bir ibare yazılması sözleşmedeki genel işlem şartları niteliğini bertaraf etmez. Okunarak imzalandığı ibaresi bulunsa dahi sözleşmedeki genel işlem şartları sözleşme hükmü olmaya devam edecektir. Bu durumun aksini düzenleyen tarafın güçlü deliller ile ispat etmesi gerekir¹¹⁰.

2. ÖNCEDEN TEK TARAFLI HAZIRLANARAK KARŞI TARAFA SUNMA

Ticari hayatın daha hızlı ilerlemesi amacıyla genel işlem şartları çoğunlukla sözleşmenin taraflarından daha güçlü konumda olan kişi tarafından hazırlanmaktadır. Bu hazırlık aşaması sözleşme kurulmadan önce gerçekleşir ve zayıf konumda bulunan

¹⁰⁸ ÖCALAKİPEK, Sempozyum, s.203; ATAMER, Doktora Tezi, s.55.

¹⁰⁹ ATAMER, Sempozyum, s.13; BAYER, s.17; YAVUZ, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.137.

¹¹⁰ SİRMEN, s.223.

kişiden sözleşme kurulması aşamasında bu sözleşme hükümlerine göre sözleşmenin imzalanması beklenir.

Madde metninde geçen “*tek başına*” ifadesini tek yanlı olarak anlamamız gerekir. Burada tek başına, sadece bir kişinin hazırladığı genel işlem şartlarından bahsetmemekteyiz. Bu sebeple hükümde geçen bu ibare doktrinde eleştirilmiştir¹¹¹.

Örneğin kredi sözleşmeleri veya e-ticaret alışveriş sözleşmelerinde zayıf konumda bulunan tüketicinin sözleşmeye müdahale etme imkânı bulunmamaktadır¹¹².

Ayrıca doktrinde tartışılan husulardan biri de “*düzenleyen*” ibaresidir. Genel işlem şartı içeren sözleşme mutlaka sözleşmeyi sunan taraf bakımından hazırlanmasına gerek yoktur. Uygulamada genel olarak şirketler tarafından işin uzmanına hazırlatılmış sözleşme gerçek veya tüzel kişiler tarafından kullanılmaktadır. Bu sebeple “*düzenleyen*” ibaresinden öte Kanun’da “*kullanan*”, “*sunan*” ibaresinin kullanılması daha doğru olacaktır¹¹³.

3. GENEL VE SOYUT NİTELİKTE OLMASI

Genel işlem şartları belli bir şahsa yönelik nitelik taşımamalıdır. Kişiden bağımsız olarak sözleşme türüne göre hazırlanmalıdır. Kanunun lafzında da açık olduğu üzere ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere genel nitelikte olmalıdır.

Aynı zamanda genel işlem şartları sadece belli bir zaman dilimi ve yerden bağımsız olarak soyut nitelikte olmalıdır ve birçok sözleşme metninin içinde kullanılmalıdır¹¹⁴.

4. İLERİDE ÇOK SAYIDA SÖZLEŞMEDE KULLANILACAK OLMASI

İleride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan bu sözleşme metinlerinin aynı zamanda fiilen kullanılma amacı ile hazırlanmış olması gerekmektedir. Alman hukukunda en az 3 defa sözleşmelerde kullanılması aranmıştır. Ancak Türk Hukukunda bir sayı sınırlaması getirilmemiştir. Örneğin, genel işlem

¹¹¹ YAVUZ, s.136; ÖZUYSAL, s.67; ARIKAN, s.68; ATAMER, Doktora Tezi, s.58.

¹¹² BAYER, s.18-21.

¹¹³ ATAMER, Sempozyum, s.15; ATAMER, Doktora Tezi, s.61; YENİOCAK, s.79; BENLİ, s.151; ANTALYA, s. 490; SİRMEN, s.218; ARIKAN, s.69.

¹¹⁴ BAYER, s. 22; ÖZUYSAL, s. 56.

şartları içeren bir kira sözleşmesi ev sahibi tarafından tek dairesi için kullanılmış olsa dahi genel işlem şartı niteliği kazanacaktır¹¹⁵.

TBK m.20/2’de birden çok sözleşmelerin özdeş olmaması halinde bu sözleşme metnindeki maddelerin genel işlem koşulu olmasını engellemez olduğunu düzenlemiştir. Bu düzenlemenin sebebi kanuna karşı hileyi önlemektir.

Bunun yanında sözleşmede zayıf tarafın el yazısı kullanarak sözleşme metnlerini anladığını yazması sözleşmeye müdahale ettiği anlamı çıkarılmamalıdır. Ayrıca bir müzakere ortamı oluşturulup oluşturulmadığına, pazarlık etme olanağının olup olmadığına bakılmalıdır, TBK m.20/3’e göre sözleşmeye, sözleşme maddelerinin tartışılarak kabul edildiğine dair sözleşme içine veya ekine bir kayıt düşülse dahi bu kayıtların mevcut olması sözleşme hükümlerini genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz¹¹⁶.

Kamu tüzel kişilerinin yaptığı sözleşmeler genel işlem şartı denetimi TBK anlamında genel işlem şartı niteliği taşır¹¹⁷.

E. ÖZEL HÜKÜM NİTELİĞİNDE TKHK’DA HAKSIZ ŞARTLAR

Avrupa Konseyi’nin tüketicileri korumak için 5 Nisan 1993 tarihli 93/13/AET Sayılı yönergeyi çıkarmıştır. Bu yönergenin iç hukuka yansımaları sonucu olan 4077 sayılı Kanunda 2003 yılında 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “*haksız şart*” kavramı hukukumuza girmiştir. Aynı şekilde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 5. Maddesinde de buna ilişkin olarak düzenleme yapılmıştır¹¹⁸.

Tüketici hukukunda haksız şart; bir tüketici sözleşmesine müzakere edilmeden konulan hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine ağır dengesiz durumlar oluşturmalarıdır ve bu sözleşme koşulunun tüketiciyi bağlamaması halidir¹¹⁹.

¹¹⁵ATAMER, Doktora Tezi, s.59; ATAMER, Sempozyum, s17; BAYER, s.23-24; ANTALYA, s.492; SİRMEN, s.219; KUTLUAY, Ezgi, Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertay’a Armağan, C.19, Özel Sayı, S. 1369 -1422, s. 1385; ARIKAN, s.68.

¹¹⁶ATAMER, Sempozyum, s. 17; BAYER, s.25; NÖMER ERTAN, s.357; ANTALYA, s.493.

¹¹⁷BAYER, s.26.

¹¹⁸AYDIN, Ramazan, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s.88.

¹¹⁹AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.184. ÖZCAN, TÜRK, *Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi*, Selçuk

Bu ağır dengesizlikler sözleşmenin devamı boyunca tüketiciyi zor durumlara girmesine neden olmakta ve uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır.

Haksız şartın tanımında da bahsettiğimiz üzere tüketici sözleşmelerinde haksız şartın varlığından söz edebilmemiz için müzakere edilmeden sözleşme hükümleri konulmuş olması ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülerinde, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açıyor olması gerekir. Bu şartların kümülatif olması başka bir deyişle aynı anda var olması gerekmektedir. Müzakere edilerek veya pazarlık yapılarak konulan şartlar tüketici aleyhine olsa bile geçerli kabul edilmelidir¹²⁰.

Haksız şartlara ilişkin bir tespit yapabilmek için öncelikle aşağıdaki şartların mevcut olması gerekir¹²¹.

- Bu hükümlerin genel ve soyut nitelikte olması
- Tüketicinin sözleşme hazırlama evresinde müzakereye katılamamış olması
- Bu şartların dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhinde dengesizliğe yol açması.

Sözleşmedeki haksız şart olup olmadığına yönelik bir tespit yapılacaksa bu tespit sözleşmenin yapıldığı zamanın koşullarına göre olmalıdır. Aynı zamanda saydamlık kuralı gereğince sözleşmede açık ve anlaşılabilir bir dil kullanılmadığı takdirde bu hükümler tüketici lehine yorumlanmaktadır¹²².

Bunun yanında Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin Ekinde örnekleme yoluyla haksız şartların örnekleri sayılmıştır.

Genel işlem şartlarının düzenlendiği TBK m.20-25 arası hükümler genel olarak tüm sözleşmelere kişilere uygulanacak olan sözleşmelerde geçerlidir. Ancak haksız şartların düzenlediği Kanun ve yönetmelik taraflardan birinin yalnızca tüketici olduğu sözleşmelere uygulanacaktır. Başka bir deyişle TBK'nın denetimine tabi olan her genel işlem koşulu aynı zamanda tüketici hukuku mevzuatının da denetimine tabidir. Tüketici hukuku denetimine tabi olan her hüküm aynı zamanda TBK denetimine tabi

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 3, 2020, s. 1468; KAYA ÖZGÜR, Gizem, Genel İşlem Koşulları Ve Benzer Kurumlar, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 80-81.

¹²⁰ AYDOĞDU, s. 185; ÖZCAN/TÜRK, S.1470; TOPÇUOĞLU, s.21.

¹²¹ AYDOĞDU, s.186.; ÖZCAN/TÜRK, s.1476.

¹²² AYDIN, s.107.

olmayabilir. TBK’da genel işlem şartları düzenlenirken daha önce yürürlüğe girmiş olan haksız şart düzenlemeleri paralellik sağlanması amaçlanmamıştır. Bu sebeple iki kanun arasında benzer konuya ilişkin farklı kriterler ortaya çıkmaktadır¹²³. Bu sebeple karşı tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda önce özel hüküm niteliğindeki bu maddeler burada hüküm bulunmaması halinde ise genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹²⁴.

Öte yandan Tüketici Hukukunda haksız şart mümkün olması için genel işlem koşullarında olduğu gibi "*birden çok kişi ile yapılmış olma*" koşulu aranmaz. Önceden düzenlenmiş olması ve "*tüketici ile müzakere edilmemiş olma*" koşulu yeterlidir. Bu sebeple bireysel sözleşmelerde yer alan haksız şartlar da Tüketici Hukuku anlamında denetime tabi olmaktadır¹²⁵.

F. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ

1. GENEL OLARAK

Genel işlem koşullarının, sözleşmedeki diğer hükümlere göre kendine özgü olarak ayrı geçersizlik, denetim halleri vardır¹²⁶.

6098 sayılı TBK’da genel işlem şartlarının hem özelliklerine hem de denetim mekanizmalarına yer verilmiştir. Genel işlem şartları, belirli rizikoları sözleşmeyi hazırlayan tarafın üstüne alması gerekirken bunları karşı tarafa yüklemesi ile birlikte edimler arasındaki dengeyi bozar. Bu sebeple özellikle denetim mekanizmalarında amaç, sözleşmede genel işlem şartlarını düzenleyen güçlü tarafa karşı zayıf tarafı korumaktır.

Bu denetim mekanizması hükümleri emredici niteliktedir ve TBK’da üç ayrı denetim mekanizması öngörülmüştür. Bunlar; yürürlük denetimi, içerik denetimi ve yorum denetimidir¹²⁷.

¹²³ ATAMER, Sempozyum, s.10; AYDIN, s. 86.

¹²⁴ AYDOĞDU, s.169.

¹²⁵ KARATAŞ, Zeynep, 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA HAKSIZ ŞARTLAR, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.53.

¹²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, Türk Borçlar Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.163.

¹²⁷ BAYER, s.50.

Bunun yanında 6502 sayılı Tüketicinin korunması hakkındaki kanunda da genel işlem şartlarının özel hükmü olan “haksız şartlar” için denetim yolları öngörülmüştür.

2. YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Bir sözleşme metni içindeki hükümlerin genel işlem şartı sayılıp sayılmayacağı hususunda ilk olarak yürürlük denetimi yapılmaktadır.

TBK m.21’de bu durum yazılmamış sayılma başlığı altında düzenlenmiştir. TBK m.21/1’e göre *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”*

Bu maddede hükmün içeriğine bakılmaz, sözleşme kurulurken olan durum esas alınır. Zayıf konumda kişinin genel işlem şartı kullanıldığının bilip bilmediği sorusunun cevabı aranır. Sözleşme de zayıf durumda bulunan kişi tarafından sözleşme kuruluş anında yeterince incelenmemiş, genel işlem koşulları hakkında yeterince bilgi verilmemiş olması, sözleşmenin içeriğini öğrenmesi için olanak tanınmaması ve karşı tarafın bu şartları kabul etmemesi halinde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Özellikle genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, genel işlem koşullarını kullandığı hususunda karşı tarafı açıkça uyarması gerekir¹²⁸. Ancak TBK m.21/1’de *“karşı tarafın menfaatine aykırı”* olmasını aramıştır. Bu ibare doktrin tarafından eleştirilmiştir. Burada karşı tarafın menfaatini araştırmaktan öte bir genel işlem şartının sözleşme hükmü olabilir mi sorusuna odaklanması gerekmektedir¹²⁹.

Sözleşme kurulurken asıl olan yukarıda da bahsettiğimiz üzere sözleşme serbestliğidir. Tarafların karşılıklı iradeleri ile bir müzakere ortamında sözleşmeyi hazırlamalarıdır. Ancak genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler daha önceden

¹²⁸ ATAMER, Sempozyum, s.27; BAYER, s.54; NOMER ERTAN, s.358; SUBAŞI, s.83

¹²⁹ *“Somut uyuşmazlıkta, mahkemece genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilip edilmediği, edilmiş olması halinde düzenleyenin genel işlem koşulu hakkında davacı yana açık bir bilgilendirme yapıp yapmadığı hususlarında -taraf iddia ve savunmaları kapsamında- bir değerlendirme yapılmaksızın yazılmamış sayılmasına karar verilmesi ve bu gerekçe ile davanın kabulü cihetine gidilmesi doğru görülmemiş hükmün temyiz eden davalı banka yararına bozulması gerekmiştir”* Yargıtay 11. HD. E. 2015/14979 K. 2016/6785 17.06.2016, Lexpera Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:06.12.2023; KUTLUAY, s.1392; ATAMER, Sempozyum, s.28.

hazırladığı için kanun koyucu bu hükümler için zayıf tarafta bulunan sözleşmenin karşı tarafını aydınlatılmasını beklemiştir¹³⁰.

Ayrıca karşı taraf sözleşmenin içeriği hususunda aydınlatılmış olsa bile TBK m.21/2 uyarınca “sözleşmenin niteliğine yabancı olan genel işlem koşullarını” da yazılmamış sayılma olarak kabul etmiştir¹³¹. Doktrinde bu denetime özel kapsam denetimi de denilmektedir¹³² ve öne çıkan husus şaşırtıcı kayıtlardır¹³³. Örneğin, bankalarda bir kredi sözleşmesinde hiçbir bilgi verilmeksizin banka tarafınca sözleşmeye son verileceğine dair hükümler, ipotek senedine, ipotek verenin aynı zamanda kefil olduğuna yönelik kayıtların konulması, yazılmamış sayılır.

3. İÇERİK DENETİMİ

Genel işlem şartlarının kullanıldığı bir sözleşmede sözleşme açık ve anlaşılır bir şekilde hazırlanıp, şaşırtıcı kayıtlar konulmayıp, genel işlem şartlarının kullanıldığına dair bilgi verilmesi halinde düzenleyen güçlü taraf yürürlük denetiminden kurtulacaktır. Bu sayede genel işlem şartları sözleşmenin içeriğinden sayılacaktır. Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğinden sayılması halinde içerik metninin de zayıf tarafta olanı korumak amacıyla bir denetimden geçmesi gerekmektedir¹³⁴.

TBK m.25’te genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu maddeye göre dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Burada Medeni Kanun Madde 2’nin özel bir görünümü bulunmaktadır. İçerik denetiminde esas alınacak ölçüt dürüstlük kuralıdır. Ayrıca bu genel işlem şartları iyi niyet kuralları ile bağdaşmıyorsa veya karşı tarafı uygun olmayacak derece zor duruma düşürüyorsa, sözleşmenin amacına aykırı yükümlülükler yüklüyorsa kesin hükümsüz olacaktır¹³⁵. Bu sebeple içerik denetimi bir hakkaniyet denetimini oluşturmaktadır. Sözleşmenin adaletli şekilde yapılmasını amaçlar. Örneğin, bankaların genel kredi sözleşmesi imzalarken koydukları genel işlem koşulları ile bankanın kalan kredi

¹³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.164.

¹³¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.165.

¹³² ANTALYA, s503.

¹³³ Alman Medenî Kanunu’nda şaşırtıcı koşul kavramını: "hâl ve şartlara, özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullanıcı karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katmasının bekleyemeyeceği şartlar" olarak tanımlamıştır. Bkz: KUTLUAY, s.1401; NOMER ERTAN, s.359.

¹³⁴ YILMAZ, s.53.

¹³⁵ YÜCE, s.194.

tutarını istediği zaman muaccel hale getirebilmesi sözleşmenin asıl amacına aykırı bir durum oluşturur¹³⁶.

Bu denetimdeki objektif unsur dürüstlük kuralına aykırılık iken subjektif unsur karşı tarafın aleyhine dengesizliğe yol açılmasıdır¹³⁷.

Yürürlük denetimi yapılmadan konulan bazı hükümler niteliği gereği yazılmamış sayılmasa bile, sözleşme maddeleri dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın menfaatine aykırı durum ve hal içeriyorsa aynı zamanda geçersiz de sayılacaktır¹³⁸.

4. YORUM DENETİMİ

Genel işlem şartlarının yorumu, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının hangi anlama geldikleri ve birden fazla anlama geldikleri takdirde hangi anlamının geçerli sayılacağına dair yapılan denetimdir. TBK m.23'te bir yorum kuralı getirilmiştir. Buna göre genel işlem koşulu olarak sayılan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geldiği zaman, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır¹³⁹. TKHK m.5/4'te de bu düzenlemeye benzer hüküm konulmuştur.

Sözleşmedeki genel şartın anlamı, sözleşmenin zayıf tarafında bulunan kişinin aleyhinde örneğin bu kişi tüketici ise tüketicinin aleyhinde ise dar yorumlama yapılmalıdır. Bu ilkeye “*contra proferentem*” ilkesi denilmektedir. Ayrıca yorum yapılırken metin dışına çıkılmamalıdır.

Bunların yanında bir genel işlem şartı yorumlanırken içerik denetimi ile hükümsüz hale getirilebilecek durumda ise bu durumda yorum denetiminde aleyhe yorumlama bırakılmalı ve içerik denetimi ile hükümsüz sayılma denetime gidilmelidir. Aleyhe yorumlanması halinde genel işlem şartı hala sözleşme hükmü olarak kalmaya devam edecektir¹⁴⁰.

Bunlarla birlikte sözleşmeyi düzenleyen kişinin daha sonradan kendi iradesini açıklamak üzere yaptığı yorumlar haklı yorum sayılmaz¹⁴¹.

¹³⁶ KUTLUAY, s.1409.

¹³⁷ SUBAŞI, s.86.

¹³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 166; SUBAŞI, s.89.

¹³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.167; NÖMER ERTAN, s.361; SUBAŞI, s.85; KUTLUAY, s.1405; ARIKAN, s.71.

¹⁴⁰ BENLİ, s.164.

¹⁴¹ ANTALYA, s. 508.

G. DEĞİŞTİRME YASAĞI

TBK m.24'te *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”*

Maddeye göre, sözleşmedeki maddeleri değiştirmeye yönelik konulacak maddelerinde yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır¹⁴². Aynı zamanda TKHK'nın 6. Maddesinde de TBK m.24'e benzer düzenlemeler yapılmıştır. Ancak madde metninden de anlaşılabacağı üzere yazılmamış sayılma koşulu sözleşmenin zayıf tarafında bulunan kişi aleyhine düzenlemeler yapılmak istendiğinde uygulama alanı bulacaktır. Düzenleyenin diğer taraf lehine yapacağı değişikliklerde TBK m.24 uygulanmaz. Bu sebeple yapılmak istenen değişikliğin içeriğinin diğer taraf lehine mi yoksa aleyhine mi sonuçlar doğuracağı iyi bir şekilde tespit edilmelidir.

H. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TACİRLERE UYGULAMA ALANI

Genel işlem şartlarının tacirlere uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunun için hem TBK hem de TTK'da bu husustaki düzenlemelerin dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle genel işlem şartlarının düzenlediği TBK m. 20-25 arasındaki hükümlerin gerekçesine bakıldığında karşı taraf için öne çıkan aktörlerin birey ve tüketici olduğunu söyleyebiliriz ve tacirlere uygulanmaması yönünde herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Bu sebeplerle TBK'da tacir – tacir olmayan ayrımı yapılmaksızın herkese uygulanabilir nitelikte olduğu doktrin çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir¹⁴³. Genel işlem şartları düzenlemesinin esas alınmış olduğu Alman Hukukuna baktığımızda tacirin genel işlem şartları kullanması durumuna bazı

¹⁴² BAYER, s.57; ARIKAN, s.71.

¹⁴³ NOMER ERTAN, s.367.

sınırlamalar getirmiştir¹⁴⁴. Alman Hukukunda yürürlük denetimine ilişkin hükümler incelendiğinde bu hükümlerin tacirlere uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁴⁵.

İki tacir arasında imzalanan sözleşmede, tacirin karşı tarafın tüketici olduğu durumdan daha az korumaya ve denetime ihtiyacı olduğu düşünülebilir. Ancak tacir olan küçük ve orta ölçekli işletmelerin büyük ölçekli işletmeler nezdinde daha fazla korunması gerekmektedir. Örneğin, bir holding içinde yer alan bir Anonim Şirketin mal ve hizmet tedariki için yapacağı sözleşmede bu anonim şirkete sözleşme imzalanmasının dayatılması, bu şartları kabul etmezse mal ve hizmet tedarikinin yapılmayacağının söylenmesi düşünülemez. Ancak küçük işletmesi için kredi çeken taciri düşündüğümüzde daha büyük işletme olan bankaya karşı uzun sözleşme maddelerinin dayatılması hususunda yüksek bir pazarlık gücünün olduğunu söylemeyiz. Krediyi almak için bankanın kendisine sunduğu sözleşmeyi kabul etmek zorunda kalabilir¹⁴⁶. Ayrıca tacirin diğer tacirle bağımlılık ilişkisi içinde bulunması söz konusu olabilir. Marketlere, pazarlara mal tedarik satıcı ya da tek satıcılık sözleşmesi imzalayan satıcı daha güçlü konumda olan kişinin genel işlem şartlarını ticaret yapmak için kabul etmek zorunda kalabilir. Burada tacirler için TBK’da öngörülen denetim mekanizmalarından yararlanması gerektiği sonucu doğmaktadır¹⁴⁷.

Bunun yanında tacirin çok nadir yaptığı bir işle ilgili veya faaliyet alanı dışında genel işlem şartı içeren sözleşme imzalaması söz konusu olabilir. Bu halde tacirin bilgisi, deneyiminin bu konu hakkında yeterli olduğunu söylemek yanlış olur¹⁴⁸.

TTK m.18/2’de tacir olmanın bazı sonuçlarından bahsedilmiştir. Bu sonuçlardan biri “*basiretli iş adamı*” olarak hareket etme yükümlülüğüdür. Tacire yüklenen bu yükümlülük genel işlem şartlarının denetim mekanizmaları yönünden ayrı ayrı incelenmelidir.

Denetim mekanizmalarından biri olan yürürlük denetimi açısından baktığımızda tacirin işletme faaliyetleri açısından imzaladığı bir sözleşmede genel işlem şartları kullanıldığına dair bir aydınlatılma yapılmadığını ileri sürememesi gerekir. Bu noktada basiretli bir iş adamı gibi davranarak sözleşmenin içeriğini okumalı ve gerektiğinde

¹⁴⁴ BAYER s.33.

¹⁴⁵ BGB 310/1.

¹⁴⁶ SERDAR, İlknur, TBK’nın Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül, 2015, Yıl:80, 239.

¹⁴⁷ NOMER ERTAN, s.370; KARA, s.727; SUBAŞI, s.90.

¹⁴⁸ SERDAR, s.240.

konunun uzmanına danışmalıdır. İmzaladığı veya imzalayacağı bir metni önceden incelemesi basiretli iş adamı olmanın getirdiği bir yükümlülük sonucudur¹⁴⁹. Daha sonradan sözleşmeyi okumadığını veya incelemediğini ileri süremez fakat sözleşmeyi düzenleyen tacire sözleşmeyi kuruluş sırasında sözleşmeyi inceleyecek bir imkân sağlamamışsa, tacir bunu ispat ederek, sözleşmeyi önceden okuma ve inceleme yükümlülüğünden kurtulabilir¹⁵⁰.

Yorum denetimi açısından baktığımızda açık ve anlaşılır olmayan, birden fazla anlama gelen genel işlem koşullarının varlığı halinde sözleşmeyi imzalayan tacir lehine bir yorumlama yapılabilir. İçerik denetimi açısından da dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarını sadece tacir olmaları nedeniyle bunlarla bağlı kalmaları devam etmelerini doğru olmaz. İşletmesi için zor durumda kalan bir tacir o anki koşullarla dürüstlük kuralına aykırı sözleşme hükümlerini kabul etmek zorunda kalabilir. Bu durumda tacirlerin yorum ve içerik denetimi korunması altına alınması gerekmektedir. Ayrıca TBK m.24'te yer alan değiştirme yasağı da burada tacirlere uygulanmalıdır¹⁵¹.

Özetle, tacirin genel işlem koşulları denetiminden yararlanması özellikle yürürlük denetiminde ön plana çıkacaktır ve basiretli iş adamı gibi dikkat ve özeni göstermesi gerekecektir. Bunun yanında tacir genel işlem şartlarının TBK denetiminden yararlanmadığı halinde ise genel işlem koşullarının haksız rekabet oluşturmaması halinde TTK m.56-63 hükümlerinin sağladığı haklardan da yararlanabilecektir. Şöyle ki tacirler için genel işlem şartları haksız rekabet oluşturmadağı hallerde TTK'da tacirler için genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme yapılmadığından dolayı TBK'daki hükümleri uygulanmalıdır¹⁵².

İ. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA SAYDAMLIK KURALI

Dürüstlük kuralı gereğince genel işlem koşullarını hazırlayan taraf, karşı tarafa ortalama bir kişinin anlayacağı şekilde hak ve sorumluluklarını açıklaması gerekir. Sözleşmenin karşı tarafı, imzalayacağı bu sözleşme ile birlikte ekonomik olumsuzlukları ve dezavantajları idrak edebilir hale gelmesi hedeflenir¹⁵³.

¹⁴⁹ NOMER ERTAN, s.371.

¹⁵⁰ NOMER ERTAN, s.373; SUBAŞI, s.92.

¹⁵¹ NOMER ERTAN, s.374; SUBAŞI, s.93.

¹⁵² TOPÇUOĞLU, s.18-19; SUBAŞI, s.91.

¹⁵³ ANTALYA/DOĞANCI, s.826.

Saydamlık kuralı ile piyasada fiyatların belirgin olmasına ve sözleşmenin karşı tarafında bulunan kimsenin diğer seçenekler ile karşılaştırarak rasyonel bir sözleşme yapmasına katkı sağlar.

III. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA HAKSIZ REKABET OLUŞTURABİLCEK DURUMLAR

TTK'da haksız rekabet hükümlerinde korunan aktörlerden biri de tüketicilerdir. Ticari ve mesleki kaygılarla piyasada bulunan kişilerle, bu kişilerin ürettikleri mal ve hizmetleri tüketenler arasında bilgi asimetrisi vardır¹⁵⁴. Tüketici de bu bilgi asimetrisinden dolayı piyasanın içinde düzgün bir şekilde işleyeceğine duyduğu güven ile alışveriş yapmaktadır. Piyasaya bu duyulan güvenin sarsılması haksız rekabet hükümlerinin koruması altına girer. Ayrıca piyasada herhangi bir haksız rekabet hali olmaması halinde tüketiciler daha kaliteli ve uygun fiyatta mal ve hizmete ulaşmış olurlar.

Uluslararası Hukuk düzeyinde baktığımızda 2005/29 sayılı Avrupa Birliği Haksız Ticari Uygulamalar Direktifin'de hem sözleşme hukukunu ilgilendiren hem de haksız rekabet hukukunu ilgilendiren hükümler konulmuştur. Bu direktifin esas amacı ise tüketiciyi yanıltan, saldırgan ticari uygulamalar yasaklamak¹⁵⁵ ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumak ve iç pazarın düzgün bir şekilde faaliyetlerini sürdürmesine katkıda bulunmaktır¹⁵⁶.

2011 yılında Avrupa Birliğinde yeni düzenlemeler kabul edilmiştir. 2005/29 sayılı yönerge ve tüketici hukuku alanı ile ilgili olan başka yönergeler de yürürlükten kaldırılmış ve tüketici hukukunda yeknesak bir yönerge oluşturulması amaçlanmıştır. Bu amaç ile ilgili olarak tüm tüketici hukuku konularını düzenleyen 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergesi çıkarılmıştır¹⁵⁷.

¹⁵⁴ KOYUNCU Alper Çağlar, Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.24.

¹⁵⁵ UZUNALLI, s.397.

¹⁵⁶ ÖZBALÇIK, s.54; TEKİN, s.27.

¹⁵⁷ ÖZBALÇIK, s.54.

Ayrıca tüketicileri korumak için TTK’da haksız rekabet hükümlerinde nazı düzenlemeler yapılmıştır. Örnekleme yolu ile konulan TTK m.55’te tüketicilere yönelik olarak birden fazla hüküm konulmuştur. Bu maddelere baktığımızda;

TTK m. 55/a-11’de; “Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak”,

TTK m. 55/a-12’de; “İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak.”,

TTK m. 55/b-4’de; “Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek” düzenlemeleri ile,

TTK m.55/1-f’de; “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur” hükmü ile tüketicilerin korunması haksız rekabet hükümleri arasında düzenlenmiştir.

6502 sayılı TKHK’nın bazı maddelerinde ise haksız rekabet hukukunu ilgilendiren hükümler içermektedir. Madde 5’te düzenlenen tüketici sözleşmelerine konan haksız şartlar, madde 17’de düzenlenen taksitle satış sözleşmeleri, madde 22’de düzenlenen tüketici kredisi sözleşmeleri ve madde 61’de düzenlenen ticari reklamlar haksız rekabet halleri oluşturmaktadır. Yukarıda TTK’da madde 55’te saydığımız haller bu TKHK hükümler ile doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla bir eylemin haksız rekabet hali oluşturulup oluşturulmadığı tespit edilirken bu hükümler birlikte değerlendirilmelidir¹⁵⁸.

TKHK m.62’de “haksız ticari uygulamalar” hükmü ile tüketiciler haksız ticari uygulamalara karşı korunmaya devam etmektedir. Bu hüküm doktrin tarafından TKHK’da düzenlenen bir haksız rekabet hali olduğunu kabul etmiştir. TKHK

¹⁵⁸ NÖMER ERTAN, s.37.

tarafından haksız ticari uygulama olarak kabul edilen durum TTK tanımları uyarınca bir haksız rekabet halidir. TKHK m.62/1'e baktığımızda, *"Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketicie yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır."* Böylelikle maddeye göre, ticari uygulamalarla tüketiciye mal ve hizmet sağlayan satıcı veya sağlayıcılar, dürüst bir şekilde iş şartlarına ve meslek gereklerine uygun davranmalıdırlar. Her somut durumda bu şartlara uygun davranıp davranmadığı tespit edilmelidir¹⁵⁹. Ayrıca tüketicinin, ortalama bir tüketiciye göre normal ekonomik davranışının bozulup bozulmadığına bakılmalıdır¹⁶⁰.

Haksız ticari uygulamalar, haksız fiil olma niteliğini çağırırsa da tam olarak haksız fiil niteliğinde değildirler. Her ikisinde de hukuka aykırılık unsuru ortak kavram iken, zarar kavramı noktasında ayrışmaktadırlar. Haksız ticari uygulamada bir zarar meydana gelmesi aranmamaktadır. Tüketici hukukuna özgü bir kavramdır¹⁶¹.

Böylelikle haksız ticari uygulamalar örnek olarak madde de gösterilmiştir. Aynı zamanda haksız ticari uygulamaların esasını belirlemeye yönelik Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği çıkarılmıştır¹⁶².

¹⁵⁹ "tatil konaklaması bedelleriyle ilgili temizlik, ulaşım servisleri ve vergi gibi ek giderler hakkında rezervasyon aşamasında bilgi verilmesi, mal ve hizmetleri listeleyerek seçme olanağı sunan internet sayfalarında ek hizmetlerin gizlenmemesi, uçuş iptali politikasının açıkça belirtilmesi, iptal halinde harç ve vergilerin iadesinde güçlükler çıkarılmaması ve cayma halinde bilet bedelinden yüksek ücret talep tüketiciye dolu depo ile araç teslim edilmemesi, araç kiralama tüketicilerin aracın yakıt deposu kapasitesince yakıt almanın şart koşulmaması, aracı iade ederken halen yakıt bulunmasına karşın bu bedelle mahsuben ödeme yapmaya tüketicinin mecbur bırakılmaması veya iadede kaçınılmaması, sigorta kapsamının yazılı olarak açık ve anlaşılabilir şekilde sunulması bunun açıkça belirtilmesi dürüst girişimciden makul olarak beklenen davranışlar kapsamındadır" bkz. KOYUNCU, s.37.

¹⁶⁰ KOYUNCU, s.42; SOYDEMİR, 29.

¹⁶¹ KOYUNCU, s.43.

¹⁶² ÜLGEN/ARSLAN/NOMER ERTAN, s.551; KOYUNCUOĞLU, Hikmet, ÖZKUL, Zeynep, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlenmesi ve Tüketici Hukuku, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Cilt:88, Yıl 2014, Özel Sayı:1, S. 211-223, s.213-216 ; ERYÜREK, s.35.

İKİNCİ BÖLÜM

DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANMAK

İ. TTK'DA GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DÜZENLEMELERİ

TTK'da genel işlem şartlarının geçtiği iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki TTK m.55/1-f ve diğeri ise m.854 hükmüdür¹⁶³. TTK m.854 taşıma hukukunda genel işlem şartı kullanılması ile ilgili kısmı düzenlerken, TTK m.55/1-f ise genel işlem şartlarının haksız rekabet hali oluşturmaları durumunu düzenlemiştir. Bu hükümle genel işlem şartları sözleşme hükmü olmasından dolayı bir denetime tabi tutulmamakta ancak rekabeti bozucu bir etken olarak kullanılması halinde birtakım sonuçlar ortaya koymuştur¹⁶⁴.

Ticaret Hukuku hükümlerinde geçen genel işlem şartları düzenlemelerin arka planına baktığımızda serbest piyasa ekonomisini benimseyen ülkeler aynı zamanda bu ekonomi modeli içinde sözleşme yapma özgürlüğünü de benimsemişlerdir. Ancak bazı durumlarda bu sınırsız sözleşme yapma özgürlüğü adil olmayan sözleşmelerin de kurulmasına yol açmaktadır. Bu sebeple sözleşme yapılırken bazı sınırlamaların olması kanaatine varılmış ve kanunlarında bu çerçevede gerekli düzenlemeleri yapmışlardır. Örneğin, emredici hukuk kurallarına göre sözleşme yapma veya hâkimin sözleşmeye müdahale edebilmesi sözleşme özgürlüğünü sınırlandırabilmektedir.

Genel işlem şartları içeren bir sözleşmede sözleşmenin karşı tarafı için genel işlem şartları sözleşmenin kuruluş esnasında oldukça büyük bir önem arz etmez. Örneğin, bir banka kendi bankasının genel işlem şartları diğer bankalara göre daha elverişli demek yerine genellikle kredi miktarı ve faiz üzerinden açıklamalar yapar. Bu sebeple

¹⁶³ TOPÇUOĞLU, s.27.

¹⁶⁴ SUBAŞI, s.94.

sözleşmenin zayıf konumunda olan kişi için daha elverişli genel işlem şartları sunan banka ile sözleşme yapması beklenmez. Genel işlem şartları, fiyat veya kalite gibi bir müşteri için öne çıkan bir husus olarak görülmez. Uygulamada çoğu zaman genel işlem şartları okunmamaktır.

Bundan dolayı piyasada genel işlem şartlarını kullanan taraflar en ağır genel işlem şartlarını hazırlasalar bile karşı tarafın bu şartlarla ilgilenmediğini bildiğinden dolayı sözleşmenin maddi getirileri hakkında bilgi verip kalan tüm rizikonun zayıf konumda olduğu bir sözleşme hazırlamaktadır. Bu sayede sözleşme kurulduktan sonraki ortaya çıkabilecek tüm sorunlar için sorumluluğunu azaltmakta daha karlı bir sözleşme kurmaktadır.

Bu halde sözleşmede genel işlem şartı kullanımı piyasada aksaklık yaratmaktadır. Çok sayıda olan ve ileride kullanılmak üzere hazırlanan bu sözleşmeler hukuk kurallarından saparak taraflar arası dengeyi bozabilmektedir.

Genel işlem şartları kullanımı bir sözleşme hükmü olduğundan dolayı ticari bir ürüne ilişkin yapılan sözleşmelerde pazar davranışını etkileme, rekabete yönelik olduğu takdirde haksız rekabet hukuku alanına giren haksız rekabet hali oluşturabilecektir.

Örneğin, bir banka dilediği zaman faiz oranlarını değiştirebilir, sözleşmeyi feshedebilirse para konusunda beklenmeyen tüm değişiklikleri müşteriye aktaracaktır. Aynı zamanda ek teminat talep etmesi halinde her türlü şüpheyi müşteri aleyhine yükleyecektir. İnternet bankacılığının 3. Kişilerce kötüye kullanılması halinde bütün zararın müşteri tarafça taşınacağı veya banka çalışanlarının kusurundan sorumlu tutulamayacağı gibi hükümler bir rizikonun sözleşmenin zayıf durumda olan kişisine yüklenmesi ile genel işlem şartları ile banka menfaat elde edecek olacaktır.

Haksız rekabet hukukunda piyasa içinde yapılan tüm sözleşmelerde sözleşme kuruluş anından itibaren özellikle müşterilerin özgür karar verme alanı oluşmasını korur. Müşterilerin bu haksız şartlardan dolayı iradesi etkilenirken aynı zamanda piyasada bulunan diğer rakiplerinde haksız davranışlardan dolayı etkilenmektedir. Sözleşmede güçlü tarafta olan kendisini ayrıcalık tanıyan genel işlem şartları nedeniyle ucuza satabileceği bir malı daha pahalıya satabilmektedir. Kanun koyucu bu sebeplerle uygulamada yaygın bir şekilde kullanılan genel işlem şartlarını TTK'da ayrı

bir denetim öngörmüştür. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanımını rekabet ortamını bozucu bir durum olarak kabul etmiştir.

Böylelikle haksız rekabet hükümleri ile piyasaya katılan tüm kişiler de korunacak ve kanunun amaçladığı dürüst ve bozulmamış rekabet ortamı sağlanmış olacaktır¹⁶⁵.

II. TTK m. 55/1-F’NİN İNCELENMESİ

A. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun, haksız rekabet hükümlerini düzenleyen 55. Maddesine eTTK’da daha önce yer almayan yeni bir düzenleme fıkrası eklenmiştir. F bendinde geçen bu düzenlemeye göre dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak haksız rekabet hallerinden biri olarak sayılmıştır¹⁶⁶.

TTK m. 55/1-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.”

Bu hükmün düzenlenme amacı bir önceki bölümde de bahsettiğimiz üzere kanun koyucu genel işlem şartlarını kullanmanın piyasayı bozacak davranışlardan biri olarak görmesidir¹⁶⁷. Bu sebeple TTK m.55/1-f’nin amacı piyasadaki oyunun kurallarına göre oynamayan haksız rekabet yapan kişilere karşı, zayıf durumda olan sözleşmenin karşı taraflarını ve piyasadaki diğer aktörleri bozulmuş rekabetten korumaktır¹⁶⁸.

Özellikle karşı tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde tüketici münferit olarak hakkını aramaktadır. Ancak genel işlem şartı içeren sözleşmelerin dürüstlük kuralına aykırı olması halinde yalnızca hakkını arayan kişi tarafından Borçlar Kanunu veya

¹⁶⁵ UZUNALLI, s.388.

¹⁶⁶ NÖMER ERTAN, s.348.

¹⁶⁷ KARA, s.728; TEKİN, s.167.

¹⁶⁸ SUBAŞI, s.96; KAYA ÖZGÜR, s.87.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun bağlamında bir geçerliliği bir sonuca ulaşmaktadır. Ticaret Hukuku bağlamında genel işlem şartı içeren sözleşmeler bir değişiklik yapılmadan kullanılmaya devam etmektedir. Borçlar Hukuku veya Tüketici Hukuku alanında alınan karar sadece o taraflar arasında geçerli olmaktadır. Örneğin, bir tacir genel işlem şartı içeren sözleşmeleri diğer müşterileri ile kullanmaya devam etmektedir. Bu sebeple dürüstlük kuralına aykırılık içeren bu şartlar ile hala piyasada kazanç sağlamaya ve müşterileri yanıltmaya devam etmektedir. Dolayısıyla haksız rekabet oluşturmaya devam edilecektir. Bu bakımından Ticaret Kanunu bakımından da genel işlem şartları koruma altına alınmıştır¹⁶⁹.

Bu sebeple TTK m.55/1-f hükmü hangi durumda haksız rekabet halinin mevcut olacağını düzenleyen bir hükümdür. Ancak bu hükümle genel işlem şartlarının denetiminin yapıldığını söyleyemeyiz. Genel işlem şartlarının denetimi için TBK ve koşulları mevcutsa TKHK tarafından yapılması gerekir. Doktrinde mevcut olan bir görüş ise tacirler arası sözleşmelerde genel işlem şartı kullanılması halinde bu şartların denetiminin TTK m.55/1-f ile yapılması gerektiğidir. Ancak bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. TTK'daki haksız rekabet hükümlerinin amacı dürüst ve bozulmamış rekabeti korumaktır. Bu sebeple genel işlem şartlarının içerik/yorum/yürürlük denetiminin TTK hükümleri ile yapılması hem sınırlandırıcı olması hem de kanunun düzenlenme amacına aykırı olacağı nedeniyle hukuka aykırı olacaktır¹⁷⁰.

Bu hükmün ana kaynağı İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanunun 1986 tarihli eski 8. Maddesidir. Bu madde 17 Haziran 2011 tarihinde tamamen değiştirilmiştir. Ancak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni TTK'da İsviçre'de yapılan bu değişiklik kanunun içeriğine alınmamıştır. Dolayısıyla şu an TTK'da m.55 1-f 'ye ana kaynaklık eden hali şu an İsviçre mevzuatındaki güncel hali değildir¹⁷¹.

Alman Hukukunda ise genel işlem şartlarının kullanılması ile haksız rekabet hali sayılmasına dair mevzuatlarında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Alman

¹⁶⁹ YILMAZ, s.71 – 72.

¹⁷⁰ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.600.

¹⁷¹ NOMER ERTAN, s.348; KARA, s.730; SUBAŞI, s.97; TEKİN, s.142; YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Uygulamasında Genel İşlem Koşulu Kullanılması, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu 2018 – 2020 Faaliyet Yılı Özel Yayını, İstanbul Barosu Yayınları, 2020, S.225-239, s.226.

Federal Mahkemesi içtihatlar yoluyla Alman Medeni Kanun’unda düzenlenen genel işlem şartlarının haksız rekabet oluşturabileceğini kabul etmiştir¹⁷².

B. TTK M.55/1-F’YE GÖRE İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI

İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanunun eski hali olan 8. Maddeden yapılan çeviride “işlem şartları” kavramı doğrudan TTK m.55/1-f’nin lafzına girmiştir. Ancak maddenin içeriğini incelediğimizde ise dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarına örnek olarak genel işlem şartlarının kullanımından bahsedilmiştir¹⁷³.

Aynı zamanda TTK m.55 1-f’nin gerekçesine baktığımızda “*Hüküm yeni olup, genel işlem şartlarını hukukumuzda ilk defa düzen altına almaktadır.*” denilmektedir. Böylelikle işlem şartları kavramı ile anlaşılması gereken TBK m. 20 – 25 arasında düzenlenmiş olan genel işlem şartları kavramıdır¹⁷⁴.

Ancak doktrinde “işlem şartı” teriminin “genel işlem şartı” olarak anlaşılmasına karşı çıkanlar bulunmaktadır. MEMİŞ’e göre, “işlem şartının” birden fazla sözleşmede kullanmak için hazırlanması gerekli değildir. Taraflar arasında tek bir sözleşmede kullanılmak için işlem şartı hazırlanmış olabilir. Ancak sözleşmedeki bu şartın dürüstlük kuralına aykırı olması durumunda bu şartı genel işlem şartı olmadığından dolayı haksız rekabet oluşturmuyor saymak hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır¹⁷⁵. TTK m.54’te yer alan genel ilkeye atıf yapan yazar, işlem şartının bu hükmün kapsamına alınamamasını eleştirmiştir. Aynı zamanda TTK m.1530’a da atıf yaparak TTK’daki hükümler ile özel şartların da denetlenebileceğini söylemiştir¹⁷⁶. Kanaatimizce, TTK m.55/-f’nin gerekçesinde “işlem şartı” kavramını “genel işlem şartı” olarak belirginleştirdiğinden dolayı TTK m.55/1-f anlamında anlaşılması gereken bu kavram olmalıdır. Bunun yanında sözleşmelerde yer alan özel şartların dürüstlük kuralına aykırı olması halinde TTK m.54’e başvurularak özel şartların haksız rekabet oluşturmaları incelenmelidir.

¹⁷² YILMAZ, s.65.

¹⁷³ NOMER ERTAN, s.350

¹⁷⁴ NOMER ERTAN, s.351; KARA, s.731; TEKİN, s.142.

¹⁷⁵ MEMİŞ, Tekin, Türk Ticaret Kanunu’nun 55/1-f Hükümünün Yorumunda Gözden Kaçanlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015, S.227-242, s.233.

¹⁷⁶ MEMİŞ, s.239.

TBK'daki lafzında ise genel işlem şartları, “*genel işlem koşulları*” olarak geçmektedir. Ancak çalışmamızda Ticaret Kanununa göre hareket ettiğimizden dolayı bu sebeple bu çalışmada “genel işlem şartları” tabiri kullanılacaktır.

C. TTK M.55/1-F'YE GÖRE HAKSIZ REKABETİN OLUŞMASI İÇİN ŞARTLAR

TTK m. 55/1-f'ye göre haksız rekabetin oluşması için bazı şartların yerine getirilmiş olması gerekir. Bu şartları teker teker incelersek;

1. GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANIMI

TTK m.55/1-f bakımından bir sözleşmenin haksız rekabet oluşturup oluşturulmadığına bakılması için ilk şart sözleşmede genel işlem şartının kullanılmış olmasıdır.

TTK'da genel işlem şartlarına yönelik olarak herhangi bir tanım yapılmamıştır. Bu sebeple genel işlem şartlarını tespit ederken TBK m. 20 – 25 arasında düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden yararlanılacaktır. Buna göre bir sözleşme kurulmasından önce, sözleşmedeki güçlü yan tarafından, ileride birden fazla sözleşmede kullanılmak için hazırlanan soyut nitelikli sözleşme maddeleri genel işlem şartları olarak kabul edilir.

Genel işlem şartları, bir sözleşme içerisinde kullanılmak için hazırlanmaktadır. Bu sebeple genel işlem şartı tespiti yapmadan önce genel işlem şartları içerdiğini düşünülen sözleşmenin TBK hükümleri doğrultusunda geçerli bir sözleşme olup olmadığına da bakılması gerekmektedir.

Geçerli bir sözleşme tespit edildikten sonra TBK'daki tanıma göre sözleşmeyi oluşturan maddelerin genel işlem şartı tanımına uyup uymadığı tespit edilmelidir. Daha sonra genel işlem koşulu kullanan bu sözleşmelerin bir haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına dair tespitler yapılmalıdır¹⁷⁷.

¹⁷⁷ UZUNPINAR TÜFEK, Aybüke, Haksız Rekabet Hukuku Bağlamında Genel İşlem Koşulları, Aristo Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.32; BAYER, s.88; “sözleşmenin ve eki şartnamenin ilgili hükümlerinin, 6098 sayılı Kanunun genel işlem koşullarını düzenleyen 20. vd. maddelerine, 6102 sayılı TTK'nın 55/1-f maddesine ve TMK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu ve bu nedenle geçersiz bulunduklarını ileri sürerek, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını ve davanın kabulüne karar verilmesini istemiştir.” Bu sözleşmeye ilişkin olarak yaptığı inceleme sonucunda “sözleşmenin ve eki şartnamenin ilgili hükümlerinin, 6098 sayılı Kanunun genel işlem koşullarını

Sözleşmenin geçerliliği konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden birincisi incelemesi yapılacak olan sözleşmenin geçersiz bir sözleşme olması halinde haksız rekabet hükümleri uyarınca da bir inceleme yapılmayacaktır¹⁷⁸. İkinci görüş ise kanunda öngörülen geçerlilik şartlarına aykırı bir sözleşme düzenlenmiş olmasına rağmen sözleşme dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu içerdiği takdirde bu şartların ileride geçerli sözleşmelerde kullanılacağı ihtimaline binaen haksız rekabet hükümleri devreye girebilecektir¹⁷⁹.

Sözleşmenin tipi, şekli genel işlem şartı kullanımı için önem taşımaz. Kanunen herhangi bir istisna görülmediği takdirde genel işlem şartlarının kullanıldığı her türlü sözleşme veya sözleşme eki için TTK m.55/1-f uygulanabilecektir.

Kanunen tabi olduğu uygun şekilde yapılan her sözleşmede genel işlem şartlarının haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına bakılabilecektir. Ancak ilk olarak sözleşmeye bir genel işlem koşulu konulması haksız rekabet teşkil etmez. TTK m.55/1-f çerçevesinde yapılan incelemede konulan bu genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırı olduğunda haksız rekabet hali teşkil ettiğinden söz edilebilir.

Bunun yanında sözleşmede birden fazla genel işlem koşulu olması halinde sözleşmede tek bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı olması halinde haksız rekabet oluşturduğu söylenebilir¹⁸⁰.

Doktrinde genel işlem şartlarının “*hangi aşamada kullanılacağına*” dair farklı görüşler söz konusudur. Birtakım yazarlar genel işlem şartları içeren sözleşmenin kurulmuş olmasını aramaz. Sözleşmenin kurulmadan önce en azından öneride bulunulması halinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları içermesi halinde haksız rekabetin oluşması için yeterli görmüştür. Bu noktada dikkat edilmesi husus genel işlem şartları içeren sözleşmenin sadece basılmış olmasını aranmaz basılan ancak herhangi bir şekilde piyasada kullanılmayan işlem şartları kullanım olarak değerlendirilmez. Bu sebeple şartların karşı tarafa sunulmuş olması gerekir¹⁸¹.

düzenleyen 20. vd. maddelerine, 6102 sayılı TTK'nın 55/1-f maddesine ve TMK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu ve bu nedenle geçersiz bulunduklarını ileri sürerek, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını ve davanın kabulüne karar verilmesini istemiştir.” Ankara BAM 20. HD. E.2021/522, K.2023/513, T 13.4.2023, Lexpera Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:06.12.2023.

¹⁷⁸ BAYER, s.89.

¹⁷⁹ ERDİL, s.202.

¹⁸⁰ NOMER ERTAN, s.375; UZUNPINAR TÜFEK, s.28; SUBAŞI, s.98.

¹⁸¹ SUBAŞI, s.99.

Böylelikle bu genel işlem şartlarının piyasada sözleşme vasıtasıyla olmasından dolayı geniş yorumlayarak piyasadaki rekabetin korunmasını amaçlamıştır.

Diğer yandan bu görüş TTK m.56/1 açısından da yorumlanırsa bu hükme göre haksız rekabet eylemi ortaya çıktıktan sonra zarar tehlikesinin oluşması yeterlidir. Bu sebeple sözleşme görüşmeleri esnasında kullanılan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları rekabeti bozucu etki taşıyacaktır¹⁸².

Diğer bir görüş ise genel işlem şartlarının önleyici hükümleri olarak TBK m.20-25 arasını kabul etmektedir. Haksız rekabet hükümleri önleyici bir korumayı amaç edinmemiştir. Haksız rekabet hükümlerinin devreye girmesi bozulmuş bir rekabet ortamı olduğunda olabilmektedir. Bu sebeple sözleşme henüz kurulmamışsa herhangi bir şekilde bozulmuş rekabetten bahsedilmez. Bu sebeple bu görüş sözleşmenin kurulmuş olmasını arayarak rekabet ortamının etkilenmiş olmasını aramaktadır¹⁸³.

Sözleşme müzakereleri esnasında sözleşme daha kurulmadığından dolayı TBK uyarınca geçerliliği olmayan genel işlem koşullarının haksız rekabet oluşturulduğunu kabul edilmesi çok geniş bir yorumlama olacağını rekabet ortamının etkilenmeyeceğini savunmaktadırlar.

Kanaatimizce sözleşme kurulmasa bile genel işlem şartları ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandığından dolayı karşı tarafa sunulduğunda aslında sözleşmeyi hazırlayan tarafın bu sözleşmeyi diğer müşteri, tüketici, tacir gibi aktörlerle yapacağı sözleşmelerde de kullanılacağı anlamına gelir. Örneğin bankada hazırlanan bir kredi sözleşmesini imzalama görüşmelerinde sonradan sözleşme kurulamaması halinde banka aynı veya özdeş sözleşmeyi müşterileri ile kullanmaya devam edecektir. Bu sebeple sözleşmedeki genel işlem şartlarında dürüstlük kuralına aykırı şartlar içermesi halinde kullanılacak diğer sözleşmelerde bu aykırılık devam edecek ve haksız rekabet hali devam edecektir.

Bir diğer husus ise genel işlem şartları, sözleşmenin tarafları arasında her husus üzerine tartışılarak kabul edilmişse bu maddeler genel işlem şartı olma özelliğini

¹⁸² UZUNPINAR TÜFEK, s.32; UZUNALLI, s.98; KARAŞAHİN, Yasin Alperen, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 55. Maddesinin İşlevleri, Türk Ticaret Kanunu 5. Yıl Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2018, s.199.

¹⁸³ NOMER ERTAN, s.376; UZUNPINAR TÜFEK, s.33; YILMAZ, s.77; TEKİN, Ufuk, Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.151.

kaybederler ve bireysel sözleşme maddesi olurlar. Böyle bir durumda genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olduğu bahisle haksız rekabet oluşturup oluşturulmadığına dair ayrı bir inceleme yapılmaz¹⁸⁴.

Doktrinde genel işlem şartları yazılı olmasa dahi haksız rekabet oluşturacağına ilişkin görüşler mevcuttur. Ancak hem genel işlem şartlarının tanımına hem de TTK m.55/1-f tanımına uymamaktadır. Bu sebeple genel işlem şartlarının yazılı olmadan da haksız rekabet oluşturacağına ilişkin görüşe katılmamaktayız¹⁸⁵.

Bunun yanında değinilmesi gereken bir diğer husus ise TKHK düzenlenen haksız şartların ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmayacak şekilde hazırlanması halinde genel işlem şartı niteliğine sahip olmamasıdır. Bu durumda bu nitelikteki haksız şartların bir haksız rekabet hali oluşturduğundan bahsedemeyiz¹⁸⁶.

2. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK

a. GENEL OLARAK

Genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen TBK m.25’de ana kriter olarak “*dürüstlük kuralı*” esas alınmıştır. TTK m.55/1-f’de de TBK m.25’te düzenlenen içerik denetimine benzer şekilde “*dürüstlük kuralı*” esas alınarak haksız rekabet hükümlerine uygun bir şekilde düzenleme yapılmıştır. Genel işlem şartları içeren bir sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin hangi amaçla kullanılacağı veya içeriği hakkında bir bilgi sahibi olmayabilir. Ancak TBK m.25 bağlamında yapılan içerik denetimi sonucunda dürüstlük kuralına aykırılığı saptanmış genel işlem koşulları TTK

¹⁸⁴ YAYLACIOĞLU, Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Sayı: Özel, s.3057-3098, s.3069.

¹⁸⁵ “TTK m. 55’teki hallerin, örnek mahiyetinde olduğuna dikkat edilmelidir. Aksi takdirde sadece TTK m. 55/1-f dikkate alınarak yapılan lafzi yorumla kanuna göre haksız rekabete sebep olan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının sadece yazılı olması gerektiği düşünülür ki bu düşünce doğru değildir. Zira yazısız olarak belirlemiş olan genel işlem şartlarının kullanılması halinde, haksız rekabetin oluşmayacağı gibi doğru olmayan bir anlam çıkarılmaktadır. Örneğin, A bankasının temsilcilerinin yaptığı sözleşmelerde, yazılı olmayan ve karşı tarafın ticari bilgilerini istediği gibi kullanmaya ilişkin olan genel işlem şartlarının haksız rekabet oluşturamayacağı gibi doğru olmayan bir sonuç, lafzi yorum neticesinde TTK m. 55/1-f’ten çıkarılabilmektedir. Fakat bu örnekte açık bir şekilde görüldüğü üzere yazılı olmayan genel işlem şartlarıyla da pek tabii haksız rekabet gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla bu hükme ilişkin ihtilaflar değerlendirilirken, kanun koyucunun, yüksek yargı kararlarında en sık görülen haksız rekabet hallerini örnek olarak düzenlediği unutulmamalıdır.” Bkz: Bakır s.44

¹⁸⁶ TEKİN, s.146.

açısından da haksız rekabet teşkil edecektir. Bu sebeple esas olan dürüstlük kuralına aykırılıktır. Karşı tarafın iradesi veya kullanıcının amacı bir önem taşımamaktadır¹⁸⁷.

Alman Hukukunda genel işlem şartlarını düzenleyen BGB m.305 vd. maddelerinde ise TTK m.55/1-f içeriğinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı örnekler genel işlem şartlarının içerik denetimi maddesinde düzenlenmiştir¹⁸⁸.

Alman Hukukunda dürüstlük kuralının tespitini yaparken Alman Medeni Kanun'u m.307'ye bakmak gerekir. Bu hükme göre, genel işlem şartı içeren sözleşmenin zayıf tarafında bulunan kişi “ölçüsüz şekilde mağduriyete uğraması” halinde dürüstlük kuralına aykırı hareket edildiği kabul edilmiş olunur. Alman Hukukunda dürüstlük kuralı ayrı bir unsur olarak yer almamakta olup tarafların menfaatlerinin adil şekilde dağılmadığını somutlaştırma işlevi üstlenmektedir¹⁸⁹.

b. MEDENİ KANUN MADDE 2'YE GÖRE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK

Dürüstlük kuralına ilişkin olarak temel düzenlemelerden biri Medeni Kanun m.2'dir. Medeni Kanun madde 2.'ye göre,

“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Dürüstlük kuralı temel bir kuraldır. Haklarını kullanan bir kişinin uyması gereken bir kuraldır. Bu kural kişi dışında oluşmuş ve yazılı olmayan çoğu kuralın birleşimini ifade eder. Teamüllerin ve toplumda yer edinmiş ahlak kurallarının bir birleşimi olarak hukuk dünyasında yer bulmuştur. Madde de belirtildiği üzere bu kurala herkes uymak zorundadır¹⁹⁰.

¹⁸⁷ KAYA ÖZGÜR, s.88.

¹⁸⁸ NOMER ERTAN, s.379

¹⁸⁹ YAYLACIOĞLU, s.3080.

¹⁹⁰ BAKIR, s.46; ALASLAN, Fatma, Medeni Hukuk'da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2016, Sayfa: 413-434, s.415; ANTALYA, Osman Gökhan, TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.451.

Dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmış bir hak aynı zamanda kötüye kullanılmış olunur. Bu sebeple dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması birbiri ile ilişkili kavramlardır¹⁹¹.

Dürüstlük kuralına tanım olarak bakarsak; “*bir kimseden, namuslu, dürüst ve makul bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder.*” Beklenen bu davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını tayin ederken ahlaki ölçütlere, geçerli adetlere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına bakılması göz önüne alınır¹⁹². Bu kuralı uygulanmasının amacı adalete, hakkaniyete ve ahlak anlayışlarına aykırı, hayat ihtiyaçlarına uymayan sonuçlarının önlenmesi sağlamaktır.

Hukukumuzda dürüstlük kuralının uygulanma alanı için oldukça geniş bir alan tayin edilmiştir. Kanunun lafzından hukuki işlemlerin yorumların ve borçların ifasından bahsedilse de Kamu Hukuku alanları dahil uygulama alanı oldukça genişletilmiş temel bir hukuk kuralıdır. Usul hukukunda dahi dürüstlük kuralı uygulama alanı bulur. Her olay ve durumun özelliklerine göre uygulanabilmektedir¹⁹³.

Dürüstlük kuralı hem kanundan kaynaklanan hakların kullanımı ve borçların ifasında aynı zamanda sözleşmeden doğan hakların kullanılması ve borçların ifasında önemli yol oynamaktadır¹⁹⁴.

Kanunların yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında dürüstlük kuralından yararlanılmaktadır. Kanunun emredici hukuk hükümleri ile koyduğu kuralları bertaraf etmek için kanuna karşı hilenin önlenmesinde de dürüstlük kuralı uygulama alanı bulmaktadır¹⁹⁵.

Hukuki işlemlerin oluşması, yorumlanması ve tamamlanmasında dürüstlük kuralı önemli bir rol oynamaktadır. İki süje arasında “*güven prensibi*” dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Örneğin, kendisine yöneltilen bir davranışı dürüstlük kuralı gereği hukuki sonuç doğuracak bir irade beyanı olarak haklı sayılması halinde bu davranışı

¹⁹¹ OĞUZMAN, M. Kemal, BARLAS, Nami, Medeni hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.249; NOMER ERTAN, s.109; BAKIR, s.45.

¹⁹² OĞUZMAN/BARLAS s.250; ANTALYA/DOĞANCI, s.846; ÇETİN, Selen, Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Suretiyle Haksız Rekabet, rumelihukuk.com; YILMAZ, Süleyman, YILDIRIM, Abdulkerim, Medeni Hukuk – I, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022, s.83; ANTALYA/TOPUZ, s.452.

¹⁹³ HMK m.29’da “ *taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır.*” Bkz: OĞUZMAN/BARLAS s.251 – 253

¹⁹⁴ ALASLAN, s.415.

¹⁹⁵ HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.189.

gerçekleştiren kimse güven ilkesi uyarınca iradesi bu yönde olmasa dahi davranışının hukuki sonuçlarından sorumlu olur¹⁹⁶.

Bunların yanında dürüstlük kuralı sözleşme görüşmelerinde taraflara dürüst davranma borcu yükler. Sözleşmeyi imzalama kararlarına etki edecek önemli bilgileri birbirlerine verme, görüşmeleri doğru ve ciddi bir tavırla sürdürmeleri dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bu duruma aykırı davranıp taraf sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafı zarara uğratması halinde bu zararı tazmin etmelidir. Dürüstlük kuralına dayanan bu sorumluluğa culpa in contrahendo sorumluluğu denilir¹⁹⁷.

Kurulmuş olan bir sözleşmenin değiştirilmesi veya sözleşmede değişiklik yapılması hallerinde temel alınacak ölçüt dürüstlük kuralıdır.

Aynı zamanda bir kişi bir hakkı kullanırken bunu dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanmamalıdır. Öncelikle o hakkı kullanma amacıyla meşru bir menfaatin olması gerekmektedir. Örneğin, sözleşmenin karşı tarafındaki kişiye zarar verme amaçlı olarak hakkı kullanıyorsa burada meşru bir menfaatin olmadığından söz edebiliriz. Bunun yanında kişi hakkını kullanırken elde edeceği menfaatler ile karşı tarafta bulunan kişinin elde edeceği menfaat arasında aşırı oransızlığın bulunmaması gerekir. Aşırı bir oransızlık ortaya çıktığı takdirde dürüstlük kuralına aykırı olarak hak kullanılmış olacağından hukuk düzeni bu durumu korumayacaktır.

Hâkim MK m.2'nin uygulama alanı olduğunu tespit ettiği her konuda MK m.2'yi re'sen göz önüne almak zorundadır. Aynı zamanda somut olarak neden uygulanması gerektiğinin sebeplerini de ortaya koymalıdır¹⁹⁸.

Dürüstlük kuralının TTK ile olan ilişkisine baktığımızda TTK m.1'de TTK ile TMK arasındaki ilişki ortaya konulmuştur. Buna göre, TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçasıdır. TMK m.5'te, *“TMK'nın ve TBK'nın tüm genel nitelikteki hükümleri uygun düştüğü takdirde tüm özel hukuk kişilerine uygulanabileceği”* hüküm altına alınmıştır. Bu sebeplerle TMK m.2'deki dürüstlük kuralı düzenlenmesi uygun düştüğü takdirde TTK ile de ilişkilidir.

¹⁹⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s. 278; BAYER, s.91.

¹⁹⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s.292; YILMAZ/YILDIRIM, s.84-85; HATEMİ, s.189.

¹⁹⁸ OĞUZMAN/BARLAS, s.304; ANTALYA/TOPUZ, s. 459 – 460.

TTK m.54'ün gerekçesinde dürüstlük kuralına ilişkin yapılan açıklamalarda her ne kadar haksız rekabet hukukunda bir taraf ilişkisi bulunmadığından TMK m.2 anlamında bir dürüstlük kuralı ile örtüşmeyeceği belirtilmiştir. Bu açıklamanın dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımının haksız rekabet hali oluşturması durumu için kanaatimizce geçerli değildir. Her ne kadar bir haksız rekabet hali teşkil etse de yapılan incelemenin özünde sözleşme hukukundan kaynaklanan güven ilişkisi de vardır. Bu sebeple haksız rekabet hali oluşturup oluşturmadığı tespit edilirken TMK m.2 yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde göz önünde tutulmalıdır.

c. TBK M.25'E GÖRE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK

TBK m.25'te ise dürüstlük kuralına aykırılığın iki kriteri belirlenmiştir. Bunlar taraflardan birinin durumunu ağırlaştıran veya diğer tarafın aleyhine olan hükümlerdir.

Bu hükmünde de genel işlem şartları bölümünde de bahsettiğimiz gibi dürüstlük kuralı ön plana alınmıştır. Sözleşmedeki hükümler taraflardan birini alışılmadık ölçüde ağır bir yük altına sokuyorsa ve menfaat dengesi açık bir şekilde bozulmuşsa bu genel işlem şartları dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilmelidir. Örneğin, yasal düzenlemelere aykırı bir şekilde genel işlem şartları ile sözleşmede uzun ve belirsiz süreler öngörmek veya sözleşmede taraflardan biri edimini yerine getirmesi halinde karşı tarafın tüm edimlerini yerine getireceğine dair şart koymak geçersiz sayılacaktır¹⁹⁹.

Genel işlem şartı içeren sözleşmelerde sözleşme ile yüklenen sorumlulukların taraflardan hangisinin alanında gerçekleştiğine bakılması gerekir. Özellikle dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşmede güçlü tarafta olan karşı tarafa ağır sorumluluklar yükleyebilmektedir. Böyle bir durumda sözleşmenin zayıf konumunda olan kişinin menfaatleri zedelenerek ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmiş olunmaktadır.

Sözleşmenin niteliğine göre içeriği tespit edilmelidir. Sözleşmenin konusunu oluşturan edimle bu edime karşılık olarak verilecek ivaz dengeli olup olmadığı ve dengenin nasıl sağlandığı tespit edilmelidir. Örneğin, ikinci el mal satımına ilişkin bir sözleşmede tarafların elde edeceği menfaat ile sıfır olarak satılan bir mal satım

¹⁹⁹ YAVUZ, s.149; MEMİŞ, s.241.

sözleşmesine ilişkin olarak sağlanan menfaatler ve ivazlar ve bunlara ilişkin olarak da genel işlem şartları farklılık gösterecektir.

d. TTK M.55/1-f'YE GÖRE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK

TTK m.55/1-f'de de TBK m.25 gibi “*dürüstlük kuralına aykırılık*” ibaresine yer vermiştir. Bu “*dürüstlük kuralına aykırı olma*” ibaresi adeta içerik denetimi yapan bir ibaredir. TBK’da bulunması gereken bazı hususlara aynı zamanda TTK m.55/1-f’de de yer verilmiştir²⁰⁰. Yargıtay²⁰¹,ın genel işlem şartlarının içerik denetimi incelemesi yapan kararlarında TTK m.55/1-f’ye de atıf yapmıştır. TTK m.55/1-f hükmünün içerik denetimi yapılmasında yardımcı olduğunu söyleyebiliriz²⁰².

Dürüstlük kuralına hangi ölçütlerde aykırı olabileceği maddede belirtilmiştir. Bu ölçütlere detaylı bakmak gerekirse²⁰³ ;

aa. ÖNCEDEN YAZILMIŞ OLMA

TTK m.55/1-f’de “önceden yazılmış genel işlem şartı kullanma” olarak geçmektedir. Genel işlem şartları bölümünde de detaylı bahsettiğimiz üzere önceden yazılmış olma genel işlem şartlarının bir özelliğidir. Sözleşmeyi hazırlayan taraf zaten sözleşme kurulmadan önce ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak için bu genel işlem şartlarını hazırlamıştır. TBK m.20’de genel işlem şartlarının tanımında da bu husus geçmektedir. TTK m.55/1-f’de de tekrar edilmiş olmaktadır²⁰⁴. Bu sebeple madde metninde ayrıca bu ibarenin geçmesi doktrinde gerekliliği tartışılan bir husus olmuştur²⁰⁵.

bb. DİĞER TARAF ALEYHİNE OLMA

Burada diğer taraf ile anlatılmak istenen genel işlem koşuluna maruz kalan zayıf tarafta olan kişidir. Sözleşme müzakere etme aşamalarına katılamadığından

²⁰⁰ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN s.601.

²⁰¹ “(...) sözü edilen bedelin (kayıp-kaçak) tekel niteliğinde yürütülen bir hizmete binaen sözleşmede kararlaştırılmak suretiyle davacıdan tahsilinin TMK’nun 2., TBK’nun 25. ve TTK’nun 55/f maddelerinde tarif edilen, dürüstlük kurallarıyla bağdaştığı kabul edilemez. (...) ” YARGITAY 3 HD. E. 2014/13086 K. 2015/5767 T. 07.04.2015, Lexpera Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.12.2023.

²⁰² KARAŞAHİN, s.194.

²⁰³ NOMER ERTAN s.386.

²⁰⁴ SUBAŞI s.101.

²⁰⁵ YILMAZ s.73.

dolayı kanun koruyucu bu zayıf durumda olan kişiyi daha fazla korumak istemiştir. Bu kişiler; tacir, tüzel kişi, gerçek kişi veya sözleşmenin niteliğine göre tüketici olabilir.

Örneğin, zincir markalarından birinin bayilik sözleşmesi adı altında imzalanan sözleşmede bayilik veren şirket bayi olacak tacirlere sadece mekan içerisine alınacak malların bayi verenin belirlediği tek bir markadan satın alınmasını zorunlu tutması, bayi olacak tacirleri zorda bırakacak onların aleyhine olacak bir genel işlem şartıdır. Çünkü bu sözleşmeler birden fazla bayi olacak tacirler ile önceden hazırlanmış şartları içeren sözleşmelerdir. Bu sebeple dış piyasada daha kaliteli ve ucuzunu tedarik edebilme ihtimali olan tacirleri kısıtlayarak, dürüstlük kuralına aykırı olan bu işlem şartının imzalanmasını zorunlu tutmuşlardır²⁰⁶.

Diğer tarafın aleyhine olup olmadığı hususunda doktrinde geçen bir tartışma sözleşmede aleyhe hüküm olduğu kadar lehe hükümlerde olabilir. Bu durumda bir denge oluştuğunu söyleyen görüşler mevcuttur. Karşı taraf sözleşmeyi doğru bir şekilde okuduktan sonra sözleşmede yer alan aleyhe olan şartları düzgün bir şekilde anlayıp sözleşmeyi imzalamışsa aleyhe olan hükümlerin anlaşılması ile sözleşmenin dengelendiği söylenebilir²⁰⁷. Bu sebeple Genel işlem şartları içeren bir sözleşmenin karşı tarafın aleyhine olup olmadığının tespiti yapılırken sözleşmenin tamamının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Nitekim TKHK m.5/6'da da bu hususa yönelik düzenleme yapılmıştır²⁰⁸.

Sözleşmede kullanılan genel işlem şartı veya şartlarının sözleşme maddeleri müzakeresine katılmayan kişi aleyhine olması halinde haksız rekabet halinden bahsedebiliriz.

Diğer tarafın aleyhine olan sözleşme maddelerine örnek vermek gerekirse; sözleşmedeki borçlu tarafın kısmi ödeme yapmasına rağmen kalan borcu için borcun tamamı üzerinden faiz ödeyeceğine ilişkin hükümler diğer taraf aleyhine ağır sorumluluk yükleyen hükümlerdir.

Özellikle büyük şirketlerin abonelik sözleşmelerinde oldukça karşılan bir durum olan hizmet alan tarafın sessiz kalması halinde sözleşmenin otomatik bir şekilde

²⁰⁶ Rekabet Kurulu 2011-2-150 Dosya 11-44/989-335 Karar 3.8.2011 Tarihli Karar, Bkz: YÜCE, s.198

²⁰⁷ KARA, s.736.

²⁰⁸ SUBAŞI, s.101.

uzayacağına ilişkin hükümler ya da sessiz kalmaya bağlı olarak ilave yükümlülükler öngören yükümlülükler diğer taraf aleyhine ağır sonuçlar yüklemektedir.

Verilen örnekler ışığında dürüstlük kuralı gereğince tarafların piyasadaki gücü, tecrübesi, hukuk bilgisi göz önüne alınmalıdır. Kurulan sözleşmenin türüne göre taraflara genel işlem şartları ile yüklenen sorumluluklar belirlenmelidir. Bu sorumlulukların dengelenmesi için başka ivazlar sağlanıp sağlanmadığına sözleşmeye bir bütün olarak bakılmalıdır. En nihayetinde elde edilen sonuçlar ile dürüstlük kuralına aykırılık olup olmadığı tespit edilmelidir²⁰⁹.

cc. YANILTICI OLMA

TTK m.55/1-f yanıltıcılık unsurunu dürüstlük kuralına aykırı davranış kriterlerinden biri olarak saymıştır. Kanunun burada aradığı kriter objektif olarak yanıltıcılık unsurunun gerçekleşmiş olmasıdır. Kanunen karşı tarafın yanıltılmış olup olmaması veya açık bir şekilde karşı tarafı yanıltıcı bir unsur taşıyıp taşıyamaması önemli değildir. Genel işlem koşulu olan sözleşme maddesinin yanıltıcı olması yeterlidir²¹⁰. Örneğin, genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine göre alakasız bir yere sıkıştırılması, silik veya küçük harflerle yazılması, sözleşmedeki genel işlem şartlarını karmaşık bir şekilde yazılması, genel işlem şartlarının içeriğinin tespitinde birden fazla anlama gelecek içerik ile karşılaşılmaması, anlaşılması zor kelimelerin kullanılması hem dürüstlük kuralına aykırılık hem de genel işlem şartlarının içeriğinin yanıltıcılık unsurunu taşıdığını söyleyebiliriz²¹¹.

Özellikle tüketicilerin yer aldığı sözleşmelerde sunulan mal ve hizmete ilişkin sunulan hak ve menfaatlere bakmak yerine deneyimsizlik ve bilgi eksikliğinden dolayı fiyat konusuna daha fazla yönelmektedir. Bu sebeple sözleşmeyi anlaşılır şekilde okumayan taraf iradesinin yanıltıldığının bile farkında olmamaktadır. Bu şekilde karşı tarafın iradesi yanılarak sözleşme hükümlerinde menfaatlerin dengeli bir şekilde korunduğu kanısı yaratılmaktadır²¹².

Yanıltıcılık unsuru tespit edilirken her sözleşme kendi durum ve şartlarına göre tahlil edilmelidir. Karşı tarafın bir tüketici olduğu sözleşmede yanıltıcılık unsuru tespit

²⁰⁹ YAYLACIOĞLU, s.3081-3084.

²¹⁰ KARA, s.735.

²¹¹ ATAMER, Doktora Tezi, s.172; TEKİN, s.149.

²¹² SUBAŞI, s. 102; YILMAZ, s.94.

edilirken ortalama bir tüketicinin durumu göz önüne alınmalıdır. Diğer yandan sözleşmenin karşı tarafının tacir olduğu hallerde ise tacirin basiretli iş adamı gibi hareket ettiği göz önüne alınarak somut sözleşmenin şartlarının yanıltıcı olup olmayacağı bu durum göz önüne alınarak tespit edilmelidir²¹³.

İsviçre Hukukunda ayrıca bir “yanıltıcı olma” özelliği teşkil eden hükmün olması, hükmün uygulanabilirliğini sınırlandığı gerekçesi ile kanunun yeni halinde maddeden çıkarılmıştır. Dürüstlük kuralına aykırılığın yanında “yanıltıcı olma” unsurunun ispatlanamaması halinde hükmün uygulanma durumu oldukça azalmıştır. Bu sebeplerle hüküm tamamen yeni bir halde düzenlenmiştir. Bu yeni hali ile Türk Hukukunun esas aldığı düzenleme ile tamamen farklı bir hal almıştır²¹⁴.

Doktrindeki tartışmalardan biri ise yanıltıcı olma unsurunun zorunlu bir unsur olup olmadığı yönündedir.

Doktrindeki görüşlerden biri, TTK m.55’te yanıltıcılık unsuru geçtiğinden dolayı haksız rekabet oluşturduğu bahsedilen sözleşmedeki genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olsalar dahi ayrıca karşı tarafı yanıltıcı olup olmadıklarına bakılması gerekir. Buna göre, sözleşme hükümleri piyasayı bozan dürüstlük kuralına aykırı olan genel işlem şartları yanıltıcılık unsurunu taşımadıklarından dolayı TTK m.54/2 haksız rekabetin genel ilkesi uyarınca haksız rekabet oluşturdukları kabul edilecek, TTK m.55/1-f’ye göre bir inceleme yapılmayacaktır²¹⁵.

Diğer bir görüş ise, yanıltıcılık unsurunu zorunlu bir unsur olarak saymamaktadır. Hükmün lafzından yola çıkarak dürüstlük kuralına aykırı olan genel işlem şartları için ayrıca bir yanıltıcılık unsurunun tespit edilmesine gerek yoktur. Yanıltıcılık unsurunun genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığını pekiştirmek için kullanıldığını savunmaktadırlar. Bir sözleşmede genel işlem şartının yer alması yanıltıcılık unsurunun gerçekleşmesi için yeterli olarak görmektedirler²¹⁶.

Bu görüşlerin yanında doktrinde geçen görüşlerden biri de madde de “özellikle” kelimesinden sonra dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının örneklerinin sayılmasından önce kullanılmıştır. “Özellikle” ifadesi burada fıkra için

²¹³ ATAMER, Sempozyum, s.67; YILMAZ, s.94.

²¹⁴ ATAMER, Doktora Tezi, s.175; YILMAZ, s.96.

²¹⁵ SUBAŞI, s.102.

²¹⁶ SUBAŞI, s.108; KARAŞAHİN, s.201.

verilen sınırlı sayıda olmayan örnekler için kullanılmıştır. Bu sebeple “yanıltıcı olma” unsuru sadece fıkra da sayılan örnek durumlar için kullanılması gerekir, görüşünü savunur²¹⁷.

3. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIKTA TTK M.55/1-F’NİN ÖRNEKLERİ

a. GENEL OLARAK

TTK 55/1-f’de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımının örnekleri sayılmıştır. Bu örnekler; doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma ve sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngörme olarak sayılır. Kanun metninde geçen “özellikle” ifadesinden sayılan bu örneklerin sınırlı sayıda olmadığı anlamaktayız. Bu sayılan iki bent dışında yukarıda saydığımız genel işlem koşulu kullanma, dürüstlük kuralına aykırılık kriterlere uyan genel işlem şartı içeren sözleşmelerin haksız rekabet oluşturacağı kabul edilir²¹⁸. TEKİN’e göre ise TTK m.55/1-f kapsamındaki dürüstlük kuralına aykırılık incelemesi bu örnekler ile sınırlı tutulmalı bu örneklerden başka bir dürüstlük kuralına aykırılık tespit edildiğinde TTK m.54/2 uygulanmalıdır²¹⁹.

Kanunda verilen bu örnekler dışında Yargıtay uygulaması, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar yönetmeliğinde aynı zamanda TKHK ve TBK’da yer alan bazı örneklerle dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları oluşturulabilir²²⁰.

b. GENEL İŞLEM KOŞULUNUN KANUNİ DÜZENLEMEDEN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYRILMASI

Öncelikle ilk tespit edilmesi gereken husus kanuni düzenlemelerin kapsamında neler olması gerektiğidir. Somut olaya göre uygulanabilecek tüm mevzuat, yargı kararları, içtihatlar, doktrinsel görüşler, örf ve âdet hukuku bu kapsamda yer alacaktır.

Sözleşmeler, hukukumuzda kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre tipik sözleşmeler ve atipik sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipik sözleşme olarak kabul edilirken kanunda düzenlenmemiş sözleşme

²¹⁷ KARA s.735.

²¹⁸ BAYER, s.91.

²¹⁹ TEKİN, s.147.

²²⁰ ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.602.

tipi ise atipik sözleşme olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin tipi belirlendikten sonra uygulanacak kanun hükümleri de bu emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı olmasına göre genel işlem şartı ile karşılaştırılarak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği tespit edilmelidir.

aa. KANUNİ DÜZENLEME

Kanuni düzenleme kavramından anlaşılması gereken yazılı hukuk kuralları, emredici ve düzenleyici kanun hükümleridir. Bu hükümler hakkaniyetli bir şekilde kanun koyucu tarafından sözleşmelerde adaleti sağlamak için konulmuş hükümlerdir²²¹. İsviçre Hukukunda ise kanuni düzenleme kavramına yargı kararları ve doktrin görüşleri de girmektedir. Ancak hukukumuzda kanuni düzenleme kavramı daha dar yorumlanmıştır.

Kanuni düzenlemeler dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde göz önüne alınacak kıstaslar olduğundan ötürü somut ölçütler içeren, denetlenmiş kurallar olmalıdırlar. Örneğin, her yıl değişme ihtimali bulunan, kanun koyucu tarafından düzenlemeyen kurallar genel işlem şartlarının dürüstlük kuralının tespitinde bir kıstas olmamalıdır²²².

Hukukumuzda niteliğine göre hukuk kuralları üçe ayrılmaktadır. Bunlar; emredici hukuk kuralları, yedek hukuk kuralları ve tanımlayıcı hukuk kurallarıdır. Emredici hukuk kuralları, genel ahlak, kamu düzenini koruyan uyulması zorunlu olan kurallardır. Aksi kararlaştırılması mümkün değildir.

Yedek hukuk kuralları ise, aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarıdır. Aksi kararlaştırılmadığı halde kanunun öngördüğü şekilde uygulanması gerekir. Yedek hukuk kuralları da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar tamamlayıcı hukuk kuralları ve yorumlayıcı hukuk kurallarıdır. Tamamlayıcı hukuk kuralları, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenlerken düzenlememiş oldukları konularda veya gereği gibi düzenleme yapmadıkları konularda devreye girmektedir. Yorumlayıcı hukuk kuralları ise, bir hukuki ilişki de tarafların açık olmayan ifadelerini yorumlamaya çalışan kurallardır.

bb. DOĞRUDAN VEYA YORUM YOLUYLA UYGULAMA

²²¹ ÇETİN, Selen, Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Suretiyle Haksız Rekabet, rumelihukuk.com.

²²² YILMAZ, s.81.

aaa. DOĞRUDAN UYGULAMA

Doğrudan uygulama ile anlatılmak istenen emredici hukuk kurallarıdır. Kanuni olarak bir “zorunluluğu”, “mecburiyeti”, “yapmak zorundalığı” ifade ederler.

Emredici hukuk kurallarına aykırı genel işlem şartı içeren sözleşmeler düzenlenmesi halinde bu hükümler dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Öncelikle kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olduğunda yani başka bir ifade ile tipik bir sözleşme olduğunda bu sözleşmeye ilişkin emredici hukuk kuralları ile bir düzenleme yapılmışsa ilk öncelikle bu kurallar sözleşmenin bu kanuni düzenlemelerden ayrılıp ayrılmadığı hususunda göz önüne alınmalıdır. Atipik sözleşmelerde yani kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelerde ise niteliğine uygun düştüğü takdirde emredici hükümler doğrudan uygulanabilir²²³.

A şirketi ile B kişisi arasında yapılan sözleşmede B kişisi A kişisinden başka markalar ile sözleşme yaptığında ahde vefa ilkesine aykırı davrandığı kabul edilmesi halinde kamu düzenine aykırı bir genel işlem şartı konulmuş olunur. TTK m.55/1-f uyarınca diğer şartları da oluşturması halinde haksız rekabet meydana getirecektir²²⁴.

Ancak emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşme düzenlemenin bir diğer yaptırımı ise TBK m.27’dir. TBK m.27 uyarınca kanuni düzenlemelerden ayrılan sözleşme hükümlerini hükümsüz yaptırımı ile karşılaşacaktır. TTK m.55/1-f çerçevesinde de bu sözleşme maddeleri piyasayı bozucu etki taşıdıklarından dolayı ayrıca haksız rekabet hükümlerine tabi olacaktır²²⁵.

bbb. YORUM YOLUYLA UYGULAMA

TTK m.55/1-f’de geçen yorum yoluyla uygulamada ilgili kanun hükümlerinde boşluk olmasında veya isimsiz sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları kullanılması halinde söz konusu olacaktır²²⁶.

Yorum yoluyla uygulamadan anlaşılması gereken yedek kuralları içinde açıkladığımız tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kurallarıdır. Örneğin, sözleşme

²²³ KARA, s.737.

²²⁴ BAKIR s.62.

²²⁵ BAYER, s.93.

²²⁶ ATAMER, Doktora Tezi, s.171; KAYA ÖZGÜR, s.90.

içerisinde genel işlem şartları açıkça ifa günü belirtilmemişse ve muğlak ifadeler kullanılmışsa kanundaki TBK m.91'den yararlanarak ifa günü belirlenecektir.

Taraflar aralarında yaptıkları sözleşmelerde kuşku ile ifadeler kullanabilirler. Kullanılan bu ifadeler net bir anlam taşımadığından dolayı nasıl anlaşılması gerektiğine genel ahlak, kamu düzeni ve edep ilkeleri göz önüne alınarak yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılıp ayrıldığına bakmaktadır. Örneğin, ayın ortasında ifa edilecek bir borç için ayın ortası ifadesi açıkça düzenleyen lehine belirlenmesi durumunda kanuni düzenlemeden ayrıldığı söylenebilir. Ayın ortası gelmeden borçlunun temerrüde düşmesi halinde birçok hukuki sonuç ile karşı karşıya kalacaktır. Bu düzenleme genel işlem şartları ile yapılması halinde aynı zamanda TTK m.55/1-f gereğince haksız rekabet oluşturma söz konusu olabilecektir²²⁷.

ccc. ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYRILMA

TTK m.55/1-f'de geçtiği üzere kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan işlem şartlarından bahsetmiştir. Bu sebeple kanuni ölçülerden sapmanın belli bir ölçüde olmaması halinde genel işlem şartları içeren sözleşme hükümlerinin kanuni düzenlemeden saptığını söylemek mümkün olmayacaktır. Belli bir dereceye kadar sözleşme özgürlüğü prensibi içinde kanuni düzenlemelerden sapılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemelidir. Kanuni düzenlemelerden sapılmanın derecesini sözleşme ile korunmak istenen hukuki değerler yol gösterecektir²²⁸.

Genel işlem şartlarının emredici kanun hükümlerine aykırılık olması halinde kanuni düzenlemeden önemli bir ölçüde ayrıldığı açıkça ortaya konulacaktır. İlgili kanunda öngörülen düzenlenmeden yapılacak karşılaştırma sonucu, menfaatler dengesinde önemli derecede sapma varsa emredici hükümlere aykırılık oluştuğunu söyleyebilir. Örneğin, kanunda karşı taraf için zorunlu olarak olması gereken bir düzenlenmenin genel işlem şartları ile kaldırılması önemli ölçüde kanuni düzenlenmeden ayrılma olarak sayılır. Bu sebeple sözleşmede aykırılığı tespit ederken kullandığımız denetim normunun içeriği ile bu denetim ile sözleşme maddesi ile

²²⁷ BAKIR s.61

²²⁸ ATAMER, Sempozyum, s.49; YILMAZ, s.90; TEKİN, s.227.

korunması gereken hukuki değer sözleşmede kullanılan genel işlem şartları ile aynı etkiye sahip değilse sapmanın önemli ölçüde olduğunu söyleyebiliriz²²⁹.

Örneğin, bir sözleşmede karşı taraf aleyhine itiraz hakkının sözleşme ile ortadan kaldırılması TBK m.25 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı bir şart oluşturacaktır. Ayrıca TTK bakımından yapılan incelemede de kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan karşı taraf aleyhine dengesizlik oluşturacaktır²³⁰.

Atipik sözleşmelerde, sözleşmenin yapısına uygun olduğu takdirde tipik sözleşmelere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilir. Bu halde bu düzenlemelerden hangi ölçüde ne kadar sapıldığının tespit edilmesi gerekir.

Tamamlayıcı ve yorum yoluyla konulan kanun hükümlerinden ayrılan düzenlemelere bakıldığında ise nitelik ve nicelik bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Nitelik bakımından sözleşmedeki faizin kanunda belirtilen miktarın çok az üstünde kararlaştırmak büyük ölçüde ayrılma sayılmazken, tamamlayıcı bir hukuk kuralı öngörülen sınırdan uzaklaşılması önemli ölçüde kanuni düzenlemeden ayrılma sayılır. Nicelik bakımından baktığımızda ise yedek hukuk kurallarından ayrılan genel işlem şartlarının içerik bakımından daha büyük sonuçlar yaratabilmesidir. Örneğin, sorumsuzluk kaydının içeren bir genel işlem şartının doğuracağı sonuçlar, sorumluluğun sınırlandırılması kaydını içeren bir genel işlem şartının doğuracağı sonuçlara göre daha önemli kabul edilir²³¹.

Bir diğer önemli olan husus genel işlem şartları içeren sözleşmelerde kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde sapılması halinde sözleşmenin içinde getirilen başka hükümler ile sapılmayı bertaraf edecek menfaatlerin getirilmesi durumudur. Bu durumda sözleşmede zayıf tarafta olan aleyhine herhangi bir dengesizlik olmadığından kanuni düzenlemelerden önemli ölçüdeki ayrılmanın diğer taraf aleyhine şartı gerçekleşmediğinden dolayı dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları sayılmamalıdır²³².

²²⁹ ATAMER, Doktora Tezi, 172; SUBAŞI, s.104.

²³⁰ YÜCE, s.201.

²³¹ KARA, s.738.

²³² YILMAZ, s.91.

c. SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNDE ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYKIRI HAKLAR VE BORÇLAR DAĞILIMI

TBK'nın 26. Maddesinde sözleşme özgürlüğü ilkesi getirilmiştir. Bu maddeye göre taraflar diledikleri konuda, istedikleri şekilde ve içerikte sözleşme yapabilirler. Ancak TBK m.27'de de sözleşme özgürlüğü ilkesine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar, “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin*” kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, kişiler sözleşme yaparken bu sınırlamalara uymaları gerekmektedir.

TTK m.55/1-f, b bendinde tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesi dışında genel işlem şartları ile bir sözleşme yaparken “*sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borçların*” konulmasını dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul etmiştir. Fıkra da geçen “*sözleşmenin niteliği*” ifadesi ile anlatılmak istenen sözleşmenin türüdür.

Atipik sözleşmeler TTK m.55/1-f, b bendi için önem arz eder çünkü sözleşmenin niteliğine göre doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak bir düzenleme bulunmadığından dolayı sözleşmenin niteliğine göre uygulamadaki düzenlemeler tespit edilmelidir. Bu sebeplerle atipik sözleşmelerin uygulama içinde gelişmiş olduğunu görmekteyiz²³³.

Özellikle kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme söz konusu olduğunda durumda hâkimin öncelikle sözleşmenin tipini belirlemesi gerekir. Bu durumu belirlerken sözleşmenin ana konusunu, bu sözleşme ile elde edilmek istenen menfaatleri ve ekonomik amacını da göz önüne alması gerekmektedir²³⁴. Bu sebeple hâkime sözleşmenin niteliği ve uygulanacak kuralları belirlerken daha geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır. Uygulama içinde yer alan tüm kaynaklardan yararlanabilecektir. Güncel yazılı hukuk, bilimsel görüşler, yargı kararları da bu kaynaklar içine dahil olacaktır. Daha sonra kanun koyucunun yerine geçerek sözleşmenin niteliğine göre adil olmayan edimlerin sözleşmede nasıl yer aldığına ve durumların kanunda aynı nitelikte sayılabilecek sözleşme hükümlerinden, böyle nitelikte sözleşme bulunmaması halinde

²³³ KAŞAK, Esra, Sözleşmenin Niteliğine Ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK M. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 3/1, Temmuz 2016, S. 415-430, S.421; KAYA ÖZGÜR, s.90.

²³⁴ KARAŞAHİN, s.200.

ise TBK’da genel hükümlerden yararlanarak kanuni düzenlemeden ayrılmış bir genel işlem hükmü olup olmadığının tespiti yapılmalıdır.²³⁵ Sözleşme tüm bu kaynaklar ışığında bir bütün olarak değerlendirilmeli ve sözleşmeden elde edilecek menfaat ile uyuşmayan, dengesizlik yaratan hükümler sözleşmenin niteliğine uygun olmadığı sonucuna varılmalıdır²³⁶. Böylelikle sözleşmenin niteliğine aykırı tespit edilen genel işlem şartları karşı tarafın haklarının sınırlandırmakta, kullanımın engellemekte ya da karşı tarafa yüklenen borçların genişletmektedir.

Örneğin, bir şirketin tedarikçileri ile yaptığı sözleşmelerde sözleşmenin niteliğine uygun olmayan konsinye satış şartı getirmesi dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem şartıdır. Büyük şirketin kullandığı bu sözleşme tüm tedarikçileri ile kullanmak için önceden müzakere edilmeksizin hazırladığı genel işlem şartları içeren sözleşmedir. Konsinye satış şartı konulması bu sözleşmeyi imzalayan tedarikçiyi zor duruma düşürecektir. Konsinye satış, tedarikçiliğin amacı ile uyuşmayan bir durumdur. Büyük şirket malın satılamama riskini tedarikçi şirkete yüklemektedir. Bu durum sözleşmenin niteliğinden ayrılan hükümler içerdiğinden haksız rekabet teşkil edecektir²³⁷.

“İşin özelliği” ifadesi ile de anlatılmak istenen sözleşmeye konusuna temel olan somut olaydır. Sözleşme yapılması gerektiren olaya aykırı olarak konulan maddeler yabancı kayıt olarak nitelendirilmektedir. Sözleşmenin konusunu yüklediği yükümlülüklerden farklı olarak tamamen farklı yükümlülükler yükleyen sözleşme kayıtları işin niteliğine aykırı olarak kabul edilir.

İsviçre Hukukunda kanuni düzenleme kavramının kapsamına doktrin ve yargı kararları dahil edildiğinden dolayı bu hükmün uygulanması ikinci planda kalmış, kanuni düzenlemelerden netice alınmadığı takdirde uygulanacağı kabul edilmiştir²³⁸. Bu sebeplerle İsviçre Hukukunda bu düzenleme tali bir düzenleme olarak nitelendirilmiştir.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine önemli ölçüde aykırılığı tespit ederken bakılması gereken bir hususta sözleşmenin bütünlüğüdür. TKHK’da bu hususa ilişkin

²³⁵ UZUNPINAR TÜFEK s. 37.

²³⁶ YILMAZ, s.87.

²³⁷ Rekabet Kurulu 2011-3-212 Dosya 11-52/1320-471 Karar 13.10.2011 Tarihli Karar, Bkz: YÜCE, s. 197.

²³⁸ ATAMER, Sempozyum, s.46; YILMAZ s.86.

bir düzenleme yapılmıştır. TKHK m.5/6'ya göre, “*bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.*” Örneğin, hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşması konulan bir sözleşmede bu ihmaller için sigorta yaptırılacağı maddesi konulması sözleşmedeki edimler arası dengeyi sağladığı söylenebilir.

TBK m.21/2'de de sözleşmenin niteliğine aykırı olan genel işlem koşullarının yazılamamış sayılacağını hüküm altına almıştır. TTK m.55/1-f c.2'de de bu yazılmamış haline bir yaptırım daha yükleyerek haksız rekabet oluşturacağını öngörmüştür. Örneğin genel işlem şartlarının beklenmedik ve şaşırtıcı hükümlerden oluşması halinde sözleşmenin niteliğine yabancı sayılacaktır²³⁹.

Sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borç dağılımı öngörmek çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Sözleşmeyi hazırlayan taraf ahlak kuralları, gabin, yanıltma, aldatma veya korkutma gibi hukuki durumları kullanarak sözleşmenin karşı tarafı aleyhine hak ve borç dağılımı öngörebilmektedir²⁴⁰.

D. TTK M.55/1-F KAPSAMINDA HAKSIZ REKABET OLUŞTURABİLECEK ÖRNEKLER

1. SİGORTA SÖZLEŞMELERİ

Sigorta sözleşme sigorta şirketleri tarafından kullanılan özel olarak hazırlanan ve uygulamada oldukça sık kullanılan sözleşmelerdir. Diğer sözleşmelerden farklı olarak sigorta genel şartlarını içeren sözleşmeler Hazine Müsteşarlığı tarafından incelendikten sonra yani idari bir denetimden geçtikten sonra uygulamaya konulmaktadır. TTK m.55/1-f bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekilirse öncelikle sigorta genel/özel şartlarının bir genel işlem şartı olup olmayacağının tespiti yapılmalıdır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, TBK m.20/4 maddesine göre sigorta genel şartları yetkili makamlar tarafından verilen izinle uygulansa da bu onları genel işlem şartı olmalarından alıkoymaz. Genel işlem şartı

²³⁹ ERDİL, s. 206; YILMAZ, s. 89.

²⁴⁰ BAKIR, s.64.

olarak sayılırlar. İkinci görüş ise sigorta genel şartlarının oluşması devlet tarafından kontrol ile oluşturulmaktadır. Bu şartların hazırlanmasındaki amaç sigorta ettireni korumaktır. Genel işlem şartlarının düzenleyen tarafından hazırlanmasındaki amaç ise düzenleyenin kendi çıkarlarını korumasıdır. Bu sebeple sigorta genel şartlarının TBK m.20 – 25 denetimi altında olmayacağını savunurlar²⁴¹.

İlk görüş bağlamında sigorta genel şartlarını bir genel işlem şartı olarak kabul edersek, sigorta hukukunda tacirler tarafından oldukça kullanılan sözleşme türlerinden biri inşaat all risk sigorta sözleşmeleridir. Olabilecek tüm riskleri içeren bu sigorta sözleşmeleri, ilk anlamda tüm riskleri içinde barındıran sözleşmeler olarak algılanabilir ancak içinde çok fazla istisnayı da içeren sözleşmelerdir. Kapsamına aldığı konular, bekleme süreleri, özel şartları bakımından ayrı ayrı incelenmesi gereken hususlardır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında saydamlık kuralı gereğince ücret belirlenmesi istisnalar da göz önüne alınarak yapılması gerekir. Aksi takdirde genel işlem şartları ile belirlenen bu hususlar edimler arası dengesizliğe yol açacaktır. Genel işlem şartları bakımından dürüstlük kuralına aykırı sözleşme şartı konulduğundan haksız rekabet oluşturacaktır. Aynı zamanda tüketici hukuku bağlamında TKHK m.62 gereğince haksız ticari uygulama da sayılır.

Poliçelerde yer alan hükümler dürüstlük kuralına aykırı hükümler içermesi halinde sigorta şirketleri haksız rekabet oluşturmaları söz konusu olacaktır. Bu bağlamda yer alan hükümlerin TTK m.55/1-f'ye aykırı olması halinde haksız rekabet davalarının açılması söz konusu olacaktır²⁴².

2. KREDİ SÖZLEŞMELERİ

Güncel hayatta en çok kullanılan sözleşmelerden biri bankalar ile imzalanan genel kredi sözleşmeleridir. Genel kredi sözleşmeleri önceden banka tarafından hazırlanmış, karşı tarafa sunulan genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler mevzuatımızda ayrı bir sözleşme tipi olarak düzenlenmediğinden dolayı atipik sözleşme olarak kabul edilirler. Bu sözleşmelerde kredi sözleşmesini kullanan taraf

²⁴² UZUNPINAR TÜFEK, s. 48.

sözleşmenin içeriğine müdahalede bulunamamaktadır ve genellikle sözleşmeye kendi lehine olan kayıtları da ekleyemez²⁴³.

Bankanın dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanılması halinde bu şartları sözleşmelerinde kullanan banka, bankalar piyasasında daha iyi bir konuma geçebilmektedir. Kredi kullanan tarafın hakları zedelenmekte aynı zamanda kredi veren banka ise daha az maliyet ve sorumlulukla sözleşme imzaladığından dolayı rakipleri arasında avantajlı konumda olmaktadır. Bankanın genel işlem şartlarını kullanarak sözleşmenin dengesini bozduğu durumlara örnek verecek olursak; bankanın sözleşmeye kredi faiz oranını tek taraflı arttırabileceğine dair kayıt koyması, bankanın sözleşme maddelerini tek taraflı olarak değiştirme yapabileceğine dair kayıt konulması, sözleşmede koşullar değişmese bile ek teminat talep edebilecek olması, kredi miktarı için gösterilen teminatları paraya çevirme hakkı olduğuna dair kayıtlar, bankanın üzerine düşen sorumluluklara dair kısmen ya da tamamen sorumsuz olduğuna ilişkin maddeler kesin hükümsüz sayılacaktır. Ancak bu maddeler kesin hükümsüz olduğu zaman diğer maddeler etkilenmeyecektir²⁴⁴. Genel işlem şartlarını anlattığımız bölümde de açıkladığımız üzere sözleşme geçerliliğini korumaya devam edecektir. Bu örnek verdiğimiz durumların TTK m.55/1-f uyarınca bu durumun haksız rekabet oluşturduğu açıktır. Diğer bankaların ve müşterilerin haksız rekabet hükümleri uyarınca korunmaları gerekmektedir²⁴⁵.

Bankalarca kullanılan genel işlem şartları krediyi kullanan tarafın tüketici olması halinde aynı zamanda özel bir hüküm olan TKHK uyarınca haksız şartlar hükümlerine de tabidir. Haksız şartların da dürüstlük kuralına aykırı olması halinde TTK m.55/1-f uyarınca haksız rekabet oluşturabilir. Örneğin, bankanın kredi sözleşmesi içinde konulan haksız şartlarla²⁴⁶ dürüstlük kuralına aykırı olarak aldığı ödemeler onları diğer bankalar nezdinde daha avantajlı hale getirmektedir. Bu sebeple dürüstlük kuralına

²⁴³ DİNCİOĞLU, Duygu, Banka Genel Kredi Sözleşmelerinin Genel İşlem Koşulları Kapsamında Yargısal Denetimi, BÜHFD, Cilt:1, Sayı:1 Yıl: 2020, S.71-116, s.74.

²⁴⁴ DİNCİOĞLU, s.109.

²⁴⁵ UZUNPINAR TÜFEK, s.49.

²⁴⁶ “*Taraflar arasındaki konut kredi sözleşmesi kapsamında davalı banka tarafından davacı tüketiciden alınan dosya masrafı, kredi komisyon ücreti, ekspertiz ücreti toplamı 7.375,00TL'nin ödeme tarihinden itibaren avans faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiştir. (..) davalı bankanın haksız şart niteliğinde masraf aldığını ileri sürerek istinaf talebinin reddi ile kararın onanmasını (...) karar verilmiştir.*” İstanbul BAM 18. HD., E. 2017/1700 K. 2018/517 T. 21.3.2018, Lexpera Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.12.2023.

aykırı genel işlem şartları kullanıldığından TTK m.55/1-f gereğince haksız rekabet davası açılabilir.

Bunun yanında karşı tarafın tüketici olmadığı hallerde de örneğin karşı tarafın tacir olup ticari kredi sözleşmesi kullandığı durumda bankanın dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanması söz konusu olabilir. Kredi dolayısıyla tacirden alınan ek komisyon, masraf, erken kapama ücreti gibi kalemleri miktar ve oran belirtmeden sözleşmeye genel işlem şartı niteliğinde konulması halinde haksız rekabet hükümlerine tabi olabilecektir²⁴⁷.

3. ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILAN SÖZLEŞMELER

Günümüzde yaygınlaşan ve gelişen alanlardan birisi de elektronik ortamdaki kişiler arasında kurulan elektronik sözleşmelerdir. Tarafların fiziken bir araya gelmeden sözleşme kurmasına olanak sağlar²⁴⁸. Özellikle online alışveriş sitelerinde yapılan e-ticaret sözleşmeleri en çok kullanılan sözleşme türlerinden biridir. Bu sözleşmelerde karşı tarafa online şekilde alışveriş tamamlama esnasında sunulan ve okumak için ayrıca üzerine tıklamanın gerektiği sözleşmelerdir. Tüketici bu sözleşmeler hakkında fazla bilgisi olmadığından ve alışverişini hızlı bir şekilde bitirmek için genellikle bu sözleşmeleri okumadan onaylamaktadır. Aynı zamanda karşı tarafın tüketici olduğu durumda tüketiciler TKHK m.5 uyarınca da korunmaktadırlar.

Tıklanarak kurulan bu sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları önceden hazırlanmış olan birden fazla sözleşmede kullanılmak için kullanılan sözleşmelerdir.

²⁴⁷ “ (...) davalı banka tarafından kullandırılan kredi dolayısıyla komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. adlarla masraf alınabileceğine dair hüküm olmakla birlikte, miktar ya da oran belirtilmediğinden, davalı banka ile diğer bankaların uygulaması araştırılarak bu tür işlemlere kredi grupları bakımından uygulanan komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. ad altında kesilen masraf miktar ya da oranları sorulup karşılaştırılarak, davacıdan talep edilebilecek ortalama miktar konusunda bilirkişi heyetinden ek rapor veya yeni bir heyetten rapor alınarak, alınan masraflar konusunda 5411 Bankacılık Kanunu 144. maddesinin vermiş olduğu yetkiye istinaden, Bakanlar Kurulunun 16.10.2006 tarih ve 2006/11188 sayılı kararına istinaden Merkez Bankasının çıkarmış olduğu 09.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 2006/1 sayılı tebliğin 4. maddesi hükmü de dikkate alınmak suretiyle davalı banka tarafından yapılan kesinti miktarının uygun olup olmadığı veya ne miktarda olduğu, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı davacıya iadesi gereken miktar bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. HD E.2016/11653, K.2018/4811 T.26.06.2018 sayılı kararı bkz: BENLİ, s.169.

²⁴⁸ FALCIOĞLU, Mete Özgür, Elektronik Sözleşmelerde Kullanılan Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Bakımından Değerlendirilmesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:14, Aralık 2021, s.13,17, s.14.

Sözleşme kurulmadan önce bu sözleşmeler tıklanarak (*Browser Wrap*) ya da sözleşmenin şartlarının tıklama öncesi aynı sayfada bulunması (*Click Wrap*) ile karşı taraf sözleşmenin şartlarını görebilmektedir. Ancak karşı taraf ile müzakare etme imkânı bulunmamaktadır. İmzalama bölümü ya elektronik imza ya da tıklama yoluyla gerçekleşmektedir. Elektronik sözleşmelerin bu niteliklere sahip olması genel işlem şartlarını niteliğini değiştirmez²⁴⁹.

Elektronik sözleşmelerde, fiziken sözleşmelere göre hem mal ve hizmet maliyeti oldukça az hem de ulaşılabilir müşteri sayısı daha fazladır. Fiyat açısından da müşterilere daha uygun fiyatlar sağlamaktadır.

Elektronik sözleşmelerin kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılıp ayrılmadığına bakarken bakmamız gereken diğer bir husus ise Elektronik Ticaret Kanunudur. Buradaki düzenlemelere aykırı olmaması gerekir. Örneğin ETK'da gösterilen onayın usulüne uygun alınmaması veya usulünü değiştiren bir şekilde onay alındığının kabul edilmesi emredici hükümlere aykırılık oluşturduğundan dolayı TTK m.55/1-f uyarınca haksız rekabet hali oluşturacaktır²⁵⁰. Bunun yanında sözleşmenin tabi olduğu hükümler TBK tipik olarak düzenlenmiş bir sözleşme türüne de olabilir. Bu halde dürüstlük kuralına aykırı bir şart yer alması halinde örneğin ayıplı çıkan malın değiştirilmesini kaldıran hüküm içermesi halinde e-ticaret piyasasında haksız rekabet meydana gelebilmektedir²⁵¹.

Elektronik sözleşmenin niteliğine aykırı sözleşme hükümleri elektronik sözleşmenin içeriğine konulabilir. Bu hükümler şaşırtıcı veya yabancı hükümler olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin, sözleşme ile bağlantısı olmayan casus yazılımlar veya çerezlerin yüklenmesi yabancı hükümler olarak karşımıza çıkacaktır. Satın alınan bir uygulama için yapılan sözleşmede uygulamanın bilgisayarın bazı yerlerine sınırsız bir erişmesini öngören sözleşme hükümleri sözleşmenin niteliği ile uyuşmayacaktır²⁵².

²⁴⁹ FALCIOĞLU, s.39.

²⁵⁰ FALCIOĞLU, 42-43.

²⁵¹ Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi, "09.05.2007" tarihli kararında; tüketicinin ayıplı malın değiştirilmesi seçimlik hakkını kaldıran ve garanti süresini bir yıldan kısa tutan mesafeli satış sözleşmesi kullanan firmanın tavrını, haksız avantaj sağlamasından ötürü haksız rekabet olarak nitelendirmiştir. Bkz: UZUNPINAR TÜFEK, s.50.

²⁵² FALCIOĞLU, s.45.

E. TTK M.55/1-F DOKTRİN TARTIŞMALARI

1. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENME TARTIŞMASI

Dürüstlük kuralına aykırı işlem genel işlem şartlarının, TTK’da haksız rekabet hallerinden biri olarak düzenlenmesi doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bazı yazarlar bu düzenlemenin gerekli olduğunu, yeni kanun düzenlemesi ile haksız rekabet alanının genişlediğini ve sözleşmelerde karşı tarafının davranışı da rekabet ortamını etkilendiğini savunmaktadırlar.

Doktrindeki diğer görüşlere göre ise de genel işlem şartlarının haksız rekabet hallerinden biri olarak düzenlenmesini isabetli bulmamıştır. Bu yazarlara göre genel işlem şartları, piyasada düzensizliklere yol açacak şekilde rekabet ortamını etkilememektedir.

2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK’da m.55/1-f hükmünün uygulaması beklenen yoğunlukta olmamıştır. Diğer haksız rekabet halleri ile karşılaştığımızda “*f bendinin*” uygulaması neredeyse hiç yoktur. Bunun sebebi genel işlem şartları ile haksız rekabet arasındaki ilişkinin tam anlamı ile kurulamamasıdır. Ancak TTK m.55/1-f hükmü gerçekten önemli bir maddedir. Özellikle ticaret şirketleri müşterileri ile yaptıkları sözleşmelerde çoğunlukla genel işlem şartı içeren sözleşmeleri kullandıklarını göz önüne alırsak haksız rekabet haline sebebiyet vermeleri kuvvetle muhtemeldir²⁵³.

İsviçre yeni düzenlenmesinde kanunun uygulama alanı yalnızca tüketiciler ile yapılan sözleşmelerde geçerli olmak üzere sınırlandırılmıştır. Tüketici işlemi veya sözleşmesi olmayan sadece genel işlem şartları kullanılarak yapılan sözleşmelerdeki genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olmasını haksız rekabet oluşturması için yeterli görmemektedir²⁵⁴.

2. TTK M.55/1-F’NİN İÇERİK DENETİMİ YAPMASI TARTIŞMASI

TTK m.55/1-f’de yer alan hüküm, genel işlem şartlarının hangi hallerde dürüstlük kuralına aykırı olabileceğine dair kriter ve örnekler düzenlemiştir. Bu durum genel

²⁵³ YILMAZ, Haksız Rekabet Uygulamasında Genel İşlem Koşulu Kullanılması, s.225.

²⁵⁴ SUBAŞI s.106.

işlem şartlarının içerik denetimini yapılması durumunu ortaya çıkarmaktadır. Asıl olarak hukukumuzda genel işlem şartlarının düzenlenme yeri TBK'dır. Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına, kanuni düzenlemelere aykırı olması durumunda uygulanacak yaptırımlar TBK'da hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla TTK m.55/1-f'nin içeriği bakımından genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin hükümler içermesi doktrin tarafından eleştirilmiştir. Kanaatimizce TTK m.55/1-f'nin içerik denetimi yapmaktan öte genel işlem şartlarının içerik denetiminin yapılmasına yardımcı olmaktadır.

Ayrıca iki kişi arasında yapılan genel işlem şartları içeren sözleşmede haksız rekabet hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple doktrinde TTK m.55/1-f'nin değiştirilmesi yönünde görüşler bulunmaktadır²⁵⁵.

F. İSVİÇRE HAKSIZ REKABET KANUNU GÜNCEL HALİ

İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanunun 17 Haziran 2011 tarihli yeni hali:

“Kötüye Kullanılabilir Genel İşlem Koşulları Haksız rekabet özellikle,

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

İsviçre Hukuku yapılan bu değişiklik ile beraber açık içerik denetimini kabul etmiştir. Özellikle genel işlem şartlarının piyasada birden fazla sözleşme içeriğinde kullanılmak üzere hazırlandığından dolayı sözleşmedeki maddelerin içeriğine dikkat etmeyen tüketicinin haklarını korumaya çalışmıştır. Bunun için kanunda *“adil olmayan, haksız veya hakkaniyete aykırı”* genel işlem şartlarını geçersiz kılmak amacıyla açık içerik denetimini öngörmüştür²⁵⁶.

²⁵⁵ “Türk Borçlar Kanunu uyarınca yazılmamış sayılan veya kesin hükümsüz kabul edilen genel işlem koşulları ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca kesin hükümsüz kabul edilen haksız şartlar kullanmak” şeklinde düzenlenmesi isabetli bir tercih olacaktır. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.603; SUBAŞI, 107; TEKİN, s.253.

²⁵⁶ YAYLACIOĞLU, s.3068; “Sözleşme şartlarında kayda değer ve yersiz bir oransızlık olmasından kasıt; sözleşmenin tüketici açısından hakkaniyete aykırı olmasıdır. Bu çerçevede, hâkim, sözleşmenin imzalanmasındaki tüm koşulları dikkate almalıdır. Örneğin bir genel işlem şartıyla satıcının ayıptan doğan sorumluluğu dışlanıyor fakat bu durum satış fiyatında yapılan önemli bir indirimle dengeleniyorsa kayda değer ve yersiz bir oransızlıktan söz edilemez. Ayrıca

1986 yılında yer alan halinden oldukça farklı bir kanun maddesinin konulduğunu görmekteyiz. İlk olarak dürüstlük kuralına aykırılık kriterlerinde farklılık olduğunu görmekteyiz. “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” ve “sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında açık bir oransızlık” bulunması halleri birbirlerine çok yakın hatta iç içe geçmiş kriterler olduğu için bunun yerine “dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren” kriteri tercih edilerek daha sade ve anlaşılır olması amaçlanmıştır²⁵⁷.

Bu madde de öncelikle ilk husus TTK m.55/1-f’nin oluşması için gerekli şartlarda da incelediğimiz üzere genel işlem şartı kullanımıdır. İkinci husus ise, genel işlem şartları tüketiciler aleyhine kullanılmalıdır. Eski halini de göz önüne aldığımızda esnaf veya tacir sıfatı olan kişilerin artık maddenin koruması kapsamına alınmamıştır.

Bu değişiklik ile eski halinde mevcut olan yanıltıcılık unsuru, kanuni düzenleme, sözleşmenin niteliği gibi doktrinde tartışma yaratan kavramlardan vazgeçilmiş ve daha belirgin ifade kullanılması tercih edilmiştir. Tarafların sözleşmeden doğan hakların ve yükümlülüklerin dağılımında oransızlık oluşturması gerekmektedir. Aynı zamanda bu oransızlık dürüstlük kurallarını ihlal edecek şekilde ortaya çıkmalıdır. Bu hususlar mevcut olduğu takdirde İsviçre Hukukuna göre genel işlem şartlarının denetimi yapılarak haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı tespit edilecektir²⁵⁸.

Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu’nda genel işlem şartlarını düzenleyen hükümlerin bulunmamaktadır. İsviçre Hukukundaki genel işlem şartları denetimi İsviçre Haksız Rekabet Kanunu madde 8 ile genel işlem şartlarının denetim açığı kapatılmıştır²⁵⁹.

genel işlem şartları kullanan kişinin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olması gerekir. Örneğin tüketiciyi aldatması veya onun tecrübesizliği sebebiyle taahhüdünün kapsamını anlayamayacak olmasının yarattığı zayıflıktan faydalanması halinde dürüstlük kuralına hareket etmiş olur.” Jura Kanton Mahkemesi, bkz: PEKDİNÇER/YILDIZ, s.195.

²⁵⁷ YILMAZ, Haksız Rekabet Uygulamasında Genel İşlem Koşulu Kullanılması, s.227.

²⁵⁸ YAYLACIOĞLU, s.3094.

²⁵⁹ SUBAŞI, s.97.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANIMININ TÜRK TİCARET HUKUKU KAPSAMINDA YAPTIRIMLARI VE DİĞER KANUNLARDA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARLA HAKLARIN YARIŞMASI

I. TÜRK TİCARET KANUNUNDA HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARIN TTK M.55/1-F ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

6102 sayılı TTK’da haksız rekabet sebebiyle açılacak dava türleri belirtilmiştir. Bu davalar; tespit, men, eski hale iade, maddi ve manevi tazminat davalarıdır ve sınırlı sayıdadır²⁶⁰.

Kusur gerekip gerekmediğine göre bu dava çeşitleri iki kategoriye ayrılabilir. Tespit, men, düzeltme davalarında kusur aranmazken; maddi ve manevi tazminat davalarında kusur aranır.

Aynı zamanda bu dava türlerinde TTK’da düzenlenmeyen kısımlar için TBK, HMK gibi ilgili diğer Kanun hükümlerine atıf yapılmıştır. Böylelikle kanun koyucu dava türlerine ilişkin geniş bir düzenleme yapmaya çalışmıştır.

²⁶⁰ ÖNEN, s.89.

Haksız rekabet davaları HMK'daki hükümlerden farklı olarak her türlü delil ile ispatlanabilir²⁶¹. Bunun yanında aynı dava içinde birden fazla haksız rekabet davasını birlikte açılabilir. Her dava türünün ayrı bir dava olarak açılmasına gerek yoktur²⁶².

TTK m.55-1/f bakımından bu dava türleri açılabilir. Ancak sözleşme hukukundan doğan yaptırımlara göre farklı etkiler yaratacaktır²⁶³.

B. DAVA TÜRLERİ

1. TESPİT DAVASI

Bir piyasada yapılan haksız bir eylemin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına yönelik olarak TTK m.56/1-a'da tespit davasının açılacağı kabul edilmiştir. Eylemin hem haksız olup olmadığına yönelik bir tespit hem de eylem haksız bulunduğu bu haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına yönelik tespitler yapılır. Böylelikle ileride açılacak olan men ve düzeltme davalarında eylemin haksızlığı tespit edilerek bu davalar için dayanak oluşturulmuş olunur²⁶⁴. Bu davanın açılabilmesi için haksız rekabette bulunan kişinin kusuru olması gerekmez.

Tespit davası bir dava söz konusu olması sebebiyle, talep sonucunda verilen hüküm aynı zamanda kesin delil teşkil eder. Ancak içerisinde bir eda hükmü bulunmadığı için ilamlı icraya konu olamaz²⁶⁵.

Usul Hukukunda eda davasının açılma şartları varken tespit davası açılmaz. Ancak haksız rekabete ilişkin tespit davası bunun bir istisnasını oluşturur ve eda açılabilirken bile maddi vakıaların tespiti için haksız rekabet tespit davası açılabilir²⁶⁶.

²⁶¹ “...Haksız rekabet, BK.nun 41 inci maddesinde düzenlenen haksız eylemin iktisadi alanda ihlali sonucunu doğuran bir biçimdir. Bu niteliği itibarıyla HUMK.nun 288 inci maddesinde öngörülen yazılı delil ile ispat kuralına bağlı olmaksızın, her türlü delil ile, bu anlamda tanık delili ile de kanıtlanması mümkündür...” YARGITAY 11 HD. T. 9.11.2006, E. 2005/8057, K. 2006/11412. Bkz: PEKDİNÇER/YILDIZ, s.205.

²⁶² PEKDİNÇER/YILDIZ, s.205; DOMANIÇ, 213.

²⁶³ KARA, s.739.

²⁶⁴ ERDİL, s.250; TEKİN, s.161 – 162.

²⁶⁵ ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.603; ERDİL, s.249.

²⁶⁶ KARAHAN, s.240; YILMAZ, s.123; BOZKURT, s.383.

Ayrıca bir hukuki yararın bulunup bulunmaması haksız rekabette tespit davası için bir önem taşımaz. HMK m.106²⁶⁷'da tespit davası açabilmek için hukuken korunmaya değer güncel bir hukuki yararın bulunması gerekir. Ancak TTK'da düzenlenen haksız rekabette tespit davasında TTK m.56'nın öngördüğü şekilde açıldığı hallerde ayrıca bir hukuki yarar şartı aranmayacaktır. TTK m.56'daki şartların varlığı halinde işin esasına geçilmelidir²⁶⁸.

TTK m.55/1-f açısından bakarsak piyasada kullanılan genel işlem şartları içeren bir sözleşmenin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespiti bu dava türü ile istenebilir²⁶⁹.

2. MEN DAVASI

Men davası, Türk Hukukunda hem başlamış olan bir haksız rekabet eylemini sona erdirilmesi/durdurulması, aynı zamanda gerçekleşme ihmali olan veya tekrarlama ihtimali olan haksız rekabet davalarının önlenmesini içeren bir dava türü olarak kabul edilir²⁷⁰.

Öncelikle devam etmekte olan bir haksız rekabet eylemi için açılan sona erdirme/durdurma davasına baktığımızda failin kusurlu olmasına gerek yoktur. Bu davada haksız rekabet eylemi ispatlandığı halde bu eylemin sona ermesine karar verilir²⁷¹.

Haksız rekabet eylemi henüz meydana gelmemiş ancak meydana gelme ihtimalinin bulunduğu ya da haksız rekabet eyleminin tekrar etme ihtimalinin bulunduğu durumlarda önleme davası açılabilmektedir. Önleme davasında haksız

²⁶⁷ HMK m.106; “Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.”

²⁶⁸ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.604.

²⁶⁹ YILMAZ, s.123.

²⁷⁰ ÇINAR KARABAĞ, s.156 TEKİN, s.163.

²⁷¹ “Örneğin, dükkânında kullandığı ışıklı tabeladaki işaretin karıştırılmaya yol açtığı tespit olunursa, işaretin kullanılmamasına, reklamın haksız rekabet teşkil ettiği tespit olunursa ilgili reklamın yayınının durdurulmasına (yayınlanmamasına), gerçekte "profesör" olmadığı halde bu unvanı kullanan kimsenin "profesör" ibaresini kullanmamasına, haksız rekabet asılan bir afiş ile gerçekleşmiş ise ilgili afişin indirilmesine karar verilir.” Bkz: ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.605.

rekabet oluşturacak eylemin meydana gelmeden önlenmesi amaçlanır. Bu davanın da açılabilmesi için failin kusurunun bulunmasına gerek yoktur. Dava sonucunda haksız rekabet eyleminin meydana geleceği ihtimali haklı görölürse failin bu eylemde bulunması yasaklanır. Burada genel bir davranış yasaklanması söz konusu değildir. Fail belirli bir davranış, eylemde bulunmaktan kaçınmasına yönelik hüküm kurulur²⁷².

Özelikle zarar görme tehlikesinin devam ettiği hallerde men davasını açmak tespit davasını açmaya göre daha etkili bir davadır²⁷³.

Önleme davasında haksız rekabet meydana getirecek davranış açıkça tespit edilmeli ve haksız rekabet eylemi işleyen kişilerin hangi eylemden kaçınılması gerektiği açıkça yazılmalıdır. Amaç haksız rekabet eylemi gerçekleştiren kişinin gelecekte bu eylemi önleme amaçlıdır²⁷⁴.

eTTK m.64/son'da tarafların men davası kararına uyulmamasına ilişkin olarak bir yaptırım teşkil edilmişken yeni TTK'da tarafların men kararının sonuçlarına uymaması halinde sonuçlarının neler olabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiřtir²⁷⁵.

TTK m.55/1-f açısından men davasına bakarsak dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanımının önlenmesi amacıyla men davası açılabilir. Dava sonunda TTK m.55/1-f bakımından kararın sonuçlarının neler olabileceği düzenlenmemiştir. İsviçre doktrinde men davasının sonucu olarak genel işlem şartlarının geçersizliğine hükmedileceği kabul edilir. Verilen geçersizlik kararı ise geriye etkili olarak sonuçlarını doğuracaktır. YILMAZ'a göre İsviçre hukukunun bu yaptırımı Türk Hukukunda da uygulanmalı ve sözleşmedeki sadece dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının geçersizliğine karar verilmelidir²⁷⁶.

Men davası, TBK'daki kesin hükümsüzlük davalarına göre daha geniş bir koruma sağladığı söylenebilir. Men davasında genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edildiğinden dolayı aynı şekilde matbu şekilde hazırlanmış olan ilerde çok sayıda kullanılacak diğer sözleşmelere de etki edecektir.

²⁷² ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.606.

²⁷³ KARAHAN s.240.

²⁷⁴ ÇINAR KARABAĞ, s.157.

²⁷⁵ ÇINAR KARABAĞ, s.158.

²⁷⁶ YILMAZ, s.125.

Böylelikle ileriye yönelik olarak da bir koruma söz konusu olduğundan aynı genel işlem şartları ileride çok sayıda sözleşmede kullanılamayacaktır²⁷⁷.

3. DÜZELTME DAVASI

Haksız rekabet eylemi sonucunda bu durumdan etkilenen kişi bu durumun eski haline düzeltilmesine başka bir deyişle haksız rekabet eyleminden önceki haline döndürülmesini talep edebilir. Bu dava bir bakıma men davasını tamamlayan bir dava türüdür²⁷⁸ ve bu dava türünde de failin kusurlu olmasına gerek yoktur.

Düzeltilme davasında; “*haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması*”, “*haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi*”²⁷⁹ ve “*tecavüzün önlenmesi kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası*” nı talep edebilir. Örneğin, TTK m.55/1-a’ya göre bir mal karıştırılmaya yol açacak şekilde piyasa da bulunması halinde ilgili etiketlerin maldan sökülmesi; yanıltıcı beyanlar ile reklam yapılması durumunda bunların düzeltilmesi, toplanması, internetten kaldırılması istenebilir²⁸⁰.

eTTK’da m.58/-c’de araçların ve malların imhasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Yeni Kanun’da araçların ve malların imhasına cevaz verilirken bu talep kötüye kullanılmamalıdır. Tecavüzün kaçınılmaz olduğu durumlarda araçların imhası son çare olarak düşünülmelidir. Oldukça ağır yaptırım olan bu durumdan önce diğer seçenekler tekrar gözden geçirilmelidir²⁸¹.

TTK m.55/1-f için eski hale iade davasına baktığımızda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanımının tespit edilmesi halinde bu genel işlem şartlarının sözleşmeden çıkartılması aynı zamanda ileride birden fazla sözleşmede de

²⁷⁷ UZUNALLI, s. 412.

²⁷⁸ BOZKURT, s.384.

²⁷⁹ Beyanların düzeltilmesine hükmeden mahkeme bunu açık bir şekilde hükmünde yazmalıdır. “...beyanların düzeltilmesine karar verilmiş ise de verilen kararda düzeltmenin kapsamı, hangi ifadelerin ne şekil- de düzeltileceği hususlarının gösterilmeyerek sadece “beyanların düzeltilmesine” denilmek suretiyle infaz sırasında tereddüt yaratacak nitelikte ve esasen infaza elverişli olmayan, haksız rekabet oluş- turan ifadelerin ve bunların ne şekilde düzeltileceğinin açıkça gösterilmemesi sonucu infazı kabil olmayan bir hükmün kurulması doğru görülmemiş olup, kararın kabul şekline göre bu yönden de bozulmasına karar verilmiştir.” YARGITAY 11. HD. T. 15.03.2012, E. 2010/4284, K. 2012/3877.

²⁸⁰ ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.606; ARKAN, s. 332; ERDİL, s.257-258.

²⁸¹ ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.607; ÇINAR KARABAĞ, s.160.

kullanılacakları belli olduğundan bu matbu sözleşmelerin toplatılmasına ve kullanılmamasına karar verebilir²⁸².

4. TAZMİNAT DAVALARI

a. MADDİ TAZMİNAT DAVASI

Maddi tazminat davasında amaç haksız rekabet eylemi sonucunda zarar ve ziyana uğramış olan kişinin maddi zararları gidermektir²⁸³.

Öncelikle maddi tazminat davasının açılabilmesi için haksız rekabet fiili nedeniyle bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir. Aynı zamanda bu davada failin kusurlu olması şartı da aranmaktadır. Kusur durumunu tespit ederken TBK'nın haksız fiil hükümlerinden yararlanılmaktadır²⁸⁴. Kusur için Ticaret Hukuku açısından önemli olan bir durum ise tacirin kusurunun belirlenmesidir. Tacirin kusuru belirlenirken aynı zamanda TTK m.18/2'ye göre basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü de göz önüne alınması gerekir. Örneğin, tacir bir marka oluştururken bunu internette ve ilgili sicillerde araştırarak karıştırılmaya yol açmayan şekilde tespit etmesi gerekir. Kusurun az veya çok olması hesaplanacak tazminat için önem taşımaktadır²⁸⁵. Son olarak, maddi tazminat için hukuka aykırı haksız rekabet fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı ortaya konulmalıdır.

Haksız rekabet sebebiyle zarara uğradığını iddia eden kişi bu zararını ispat etmek zorundadır. Bu dava ile hem fiili zararını hem de yoksun kalınan karını talep edebilir. Ancak bazı haksız rekabet halleri için örneğin iltibas veya karşılaştırılma için hallerinde meydana gelen maddi zararın hesaplanması oldukça zordur.

TTK m.56/1 son cümlede zararın hesaplanmasına ilişkin önemli bir hüküm konulmuştur. Buna göre haksız rekabette tazminat davalarında haksız rekabet eylemi sonucunda failin elde etmiş bir yarar veya menfaat varsa bunun karşılığını talep edebilmektedir. Özellikle bu hüküm ile bazı haksız rekabet türleri için zararın tespit edilmesindeki zorlukların önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bunun hükmün kaynağı gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanmaktadır. Davacının elde

²⁸² ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.607.

²⁸³ ÇINAR KARABAĞ, s.162.

²⁸⁴ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.607; KARAHAN, s.242.

²⁸⁵ ÇINAR KARABAĞ, s.163.

edeceği menfaatleri, davalı haksız rekabet eylemleri ile elde ettiğinden dolayı BK m.530 çerçevesinde elde edilen yarar hesaplanmalıdır. Bu yarar davalıdan tazmin edilmelidir²⁸⁶. Ancak bu hükmün kullanılması zararın tam olarak tespit edilemediği hallerde mümkün olmaktadır. Zararın tespit edilmesi halinde ayrıca haksız rekabet eylemini yapan kişiden elde edilen yarar ve menfaatler talep edilemez²⁸⁷. Davacının hem yoksun kalınan karı hem de elde etmesi mümkün olabilecek karı aynı anda talep etmesi mümkün değildir²⁸⁸.

Aynı zamanda maddi tazminat istenebilmesi için haksız rekabet eylemi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir²⁸⁹.

TTK m.55/1-f açısından bu duruma baktığımızda ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanılması sonucunda doğan maddi zararın ispatı veya bu şartların kullanılması nedeniyle elde edilen karın ispatı kolay değildir. Ancak elde ispat unsurları varsa TTK m.55/1-f açısından doğan maddi zararın tazmini için açılabilir²⁹⁰.

b. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

Haksız rekabet eylemleri, davranışları veya uygulamaları nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen kişi TBK m.58²⁹¹'teki şartlar oluştuğu takdirde manevi tazminat talep edebilir. Buna göre haksız rekabete maruz kalan kişinin kişilik hakkı hukuka aykırı bir fiil ile kusurlu olarak zarar görmesi gerekmektedir.

²⁸⁶ "...Dosya kapsamı itibari ile mahkemenin, davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğu yönündeki değerlendirmesi isabetli olmakla birlikte, bu durumun davacı açısından maddi kayba yol açacağı kuşkusuzdur. Ancak somut olayda olduğu gibi zararının varlığı mevcut olup miktarının belirlenemediği hallerde BK'nun 42ve 43. maddeleri gereğince zararın boyutu hâkim tarafından belirlenmeli ve uygun bir tazminata hükmedilmelidir. Bu bağlamda, davacı lehine bir miktar maddi tazminata hükmetmek yerine bu kalem tazminat isteminin kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddine karar verilmesi doğru olmadığı..." YARGITAY 11. HD. T.13.12.2011, E.2010/6909, K.2011/16935. BKNZ: PEKDİNÇER/YILDIZ, s.217; ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.609; DOMANIÇ, 214-215.

²⁸⁷ ÇINAR KARABAĞ, s.s.164.

²⁸⁸ ARKAN, s. 333.

²⁸⁹ ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.608.

²⁹⁰ KARAŞAHİN, s.204.

²⁹¹ TBK m.58'e göre, "Hukuka aykırı bir eylemin kişilik haklarına tecavüz etmesi, bu tecavüz nedeniyle kişinin elem, acı, ıstırap duyması, hukuka aykırı eylem ile manevi zarar arasında illiyet bağı bulunması ve failin kusurlu olması gerekmektedir. "

Tüzel kişilerde kişilik haklarının haksız rekabet eylemi sonucunda zedelenmesi halinde tazminat isteyebilmektedirler²⁹². Bu tazminat haksız rekabet eyleminin ağırlığına göre adaletli bir şekilde tayin edilmelidir²⁹³.

TTK m.55/1-f gereğince manevi tazminat davasına bakıldığında dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanımında kanaatimizce kişinin manevi kişiliğinde herhangi bir zararı ortaya çıkarmayacaktır.

C. TARAFLAR

1. DAVACI

Haksız rekabet hükümlerinin amacı piyasaya katılan tüm kişilerin menfaatini korumaktır. TTK m.56'da dava açabilecek kişiler düzenlenmiştir.

a. HAKSIZ REKABET EYLEMİNDEN ETKİLENEN KİŞİLER

Haksız rekabet sebebiyle “müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik faaliyetleri zarar gören veya böyle bir tehlike ile karşılaşabilecek kimse” bu davaları açabilir. Ayrıca Kanun koyucu dava açabilecek kişilerin doğrudan rakip durumunda olmasını aramamıştır. Dolaylı olarak bu kişilerin etkilenmesi halinde de bu kişiler bu davaları açabileceklerdir²⁹⁴. Haksız rekabet eyleminden etkilenen kişinin tüzel kişi olması halinde ortakların, yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişide çalışan kişilerin doğrudan zarara uğramadıklarından dolayı dava açma hakları yoktur²⁹⁵.

Tazminat davalarında yukarıda da bahsedildiği gibi özellikle zarar görme şartı aranmaktadır.

TTK m.55/1-f bakımından incelersek bu maddenin şartlarının gerçekleştiği halde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılması halinde zarar gören veya görme tehlikesi altında bulunan katılımcıların dava açma hakları vardır. Özellikle piyasa

²⁹² KARAHAN, s.242.

²⁹³ “... davalının yapmış olduğu reklam filminde kullanılan ifadeler nedeniyle hükmedilen manevi tazminat miktarı, olayın özellikleri dikkate alındığında yüksek olup, mahkemece daha ılımlı ve adalete uygun, makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir ...” YARGITAY 11. HD., E. 2012/8581, K. 2014/726, T. 14.01.2014, Lexpera Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.12.2023.

²⁹⁴ KARAHAN, s.243; YILMAZ, s.114; BAHTİYAR, s.153.

²⁹⁵ ERDİL, s.235.

içinde bulunan rakipler dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımından oldukça fazla etkilenmektedirler ve buna binaen dava açma hakları bulunmaktadır²⁹⁶.

b. EKONOMİK ÇIKARLARI ZARAR GÖREN VEYA BÖYLE BİR TEHLİKEYLE KARŞILAŞABİLECEK MÜŞTERİLER

eTTK döneminde müşterilerin “*fiilen zarar görmüş*” olmaları aranmaktaydı²⁹⁷ ancak 6102 sayılı yeni TTK’da müşterilerinde de bu davaları açabilmeleri için zarar görme şartlı aranmamış zarar görme tehlikesi olması yeterli görülmüştür²⁹⁸. Müşteriler kavramını geniş olarak düşünmeliyiz. Bu kapsama hem perakendeci müşteriler hem toptancı müşteriler hem de TKHK kapsamında tüketiciler girmektedir²⁹⁹.

Müşteriler haksız rekabet ile ilgili kanunda öngörülen davaları açabilirken ancak haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını talep edemezler³⁰⁰.

Uygulamaya bakıldığında ise müşterilerin genellikle haksız rekabet davası açmaktan öte bireysel olarak tüketici hukukundan doğan haklarını kullandıklarını görmekteyiz. Yeni Kanun ile zarar tehlikesinin yeterli sayılması hükmü getirilmesine rağmen yine zarar tehlikesi altında kalan müşteri için yine dava haklarını kullanmadıkları görülmektedir. Bu durumun altında tüketicilerin tüketici mahkemesinde ödedikleri harçtan muaf oldukları halde Ticaret Mahkemesinde açacakları davalarda yüksek harçlar ödemek zorunda kalacaklardır³⁰¹.

TTK m.55/1-f bakımından ise müşteriler dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımından doğrudan etkilenen gruptur. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanan taraf müşterilere ya rizikoyu yükleyerek ya da yan yükümlülükler getirerek haksız çıkarlar sağlamaktadır. Bu sebeple dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarına maruz kalan müşteriler haksız rekabet davalarından birini açabilir³⁰².

²⁹⁶ YILMAZ, s.114; KARAŞAHİN, s.203.

²⁹⁷ DOMANIÇ, s.217.

²⁹⁸ YILMAZ, s.115.

²⁹⁹ YILMAZ, s.115; BOZKURT, s.386; ERDİL, s.238.

³⁰⁰ KARAHAN, s.243; BAHTİYAR, s.153; ERDİL, s. 237.

³⁰¹ ÇINAR KARABAĞ, s.145; ARKAN, s.336.

³⁰² YILMAZ, s.115.

c. MESLEKİ VE EKONOMİK BİRLİKLER, TÜZÜKLERİNE GÖRE TÜKETİCİLERİN EKONOMİK MENFAATLERİNİ KORUYAN SİVİL TOPLUM KURULUŞLARIYLA KAMUSAL NİTELİKTEKİ KURUMLAR

Yukarıda sayılan bu kurumlar haksız rekabet davalarından tespit, men ve düzeltme davasını açabilirler³⁰³. Ancak doğrudan doğruya zarara uğramadıklarından, üyelerinin menfaatleri zarara uğramasından dolayı tazminat davası açma hakları yoktur.

Bunun yanında tüketici örgütleri, sadece tek bir tüketiciyi etkileyen hal olmaksızın tüm tüketicileri etkileyen hallerde kanuna aykırılığın düzeltilmesi, ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler³⁰⁴.

TTK m.55/1-f açısından baktığımızda ise mesleki ve ekonomik birlikler tarafından üyelerinin kullandıkları sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının denetlenmesi dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlamlasında elzem bir durumdur. Ancak uygulamada mesleki ve ekonomik birliklerin kendi üyeleri aleyhine dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları sözleşmeler kullanılması nedeniyle yaptırım uyguladığı ya da haksız rekabet davası açtığı görülmemektedir³⁰⁵.

2. DAVALI

a. HAKSIZ REKABETİ GERÇEKLEŞTİREN

Haksız rekabet davasında öncelikli olarak tespit edilmesi gereken haksız rekabeti gerçekleştiren kişidir. Temel olarak dava öncelikle bu kişiye karşı açılmalıdır³⁰⁶. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere tazminat davalarının açılabilmesi için bu kişilerin kusurlu olması şarttır.

TTK m.55/1-f bakımından ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartını kullanan taraf haksız rekabeti gerçekleştiren kişi olarak sayılacaktır. Genel işlem şartı içeren sözleşmenin ileride birden fazla sözleşme de kullanılmak üzere matbu şekilde hazırlanmış olması zarar tehlikesi anlamına gelecektir. Böylelikle haksız rekabetin

³⁰³ Ekmek üreticileri derneğinin izinsiz ekmek üretimi yapan üretici aleyhine haksız rekabetin önlenmesi davası açabilir. Bkz: ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.612; KARAHAN, s. 244.

³⁰⁴ KARAHAN, s.244; KAYA/TATLI, s.172.

³⁰⁵ YILMAZ, s.116.

³⁰⁶ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.612; ERDİL, s.242.

oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Öte yandan İsviçre hukukunda ise haksız rekabetten bahsedilebilmesi için sözleşmenin yapılması şartı aranmıştır³⁰⁷.

b. ÇALIŞTIRAN

TTK m.57/1’de haksız rekabet eyleminin çalışanlar tarafından işlenmesi halinde sonuçlarının neler olabileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre; tespit, men ve düzeltme davaları bakımından çalışanlar tarafından haksız rekabet eylemi işlenmiş olsa dahi çalıştırana karşı da açılabilir³⁰⁸.

Bu halde çalıştırana karşı dava açılabilmesi için kusurlu olunmasına ve zararın oluşmasına gerek yoktur.

Diğer önemli bir durum ise bu davalar için çalıştırının TBK m.66’da yer alan adam çalıştırının sorumluluğundan kurtulma ilkelerinin burada geçerli olup olmayacağıdır. TBK m.66³⁰⁹’ya göre adam çalıştırın çalışanı seçmede, talimat vermede, gözetim ve denetiminde gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmesi ile çalışanın işlediği haksız fiil nedeniyle olan sorumluluğundan kurtulmaktadır. Ancak TTK’da tespit, men ve eski hale iade davaları bakımından sorumluluktan kurtulma ilkeleri mevcut değildir ve TBK m.66 haksız rekabetten kaynaklanan davalarda ileri sürülerek sorumluluğu ortadan kaldırmaz³¹⁰.

Haksız rekabetten kaynaklanan tazminat davaları hususunda ise TTK m.57’de özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple maddi ve manevi tazminat talepleri bakımından TBK m.66 hükmü uygulanabilecek ve bu maddeye göre şartları oluşuyorsa haksız rekabet davası açan taraf şartları olduğu takdirde çalıştırının sorumluluğuna gidebilecektir. Aynı şekilde çalıştıranda TBK m.66’dan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıracak sebepleri öne sürebilmektedir³¹¹.

³⁰⁷ YILMAZ, s.118.

³⁰⁸ KARAHAN, s.244.

³⁰⁹ TBK m.66; “Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırın, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

³¹⁰ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.613; ÇINAR KARABAĞ, s.149; ARKAN, s.338; ERDİL, s.243; PEKDİNÇER, s.84.

³¹¹ “... Toyota markalı araçları kötüleyen içerikteki faksları rakip markaların bayilerine ve Toyota müşterilerine gönderdiğini, bu fakslarda Toyota markalı araçlarda giderilemeyen sorunlar

c. BASIN, YAYIN, İLETİŞİM VE BİLİŞİM KURULUŞLARI

TTK m.58’de basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğuna yönelik düzenleme yapılmıştır.

Öncelikle TTK m.58/1’de basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının aracılığı ile haksız rekabet işlenmesi halinde “*basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine*” haksız rekabet davalarından tespit, men ve düzeltme davası açılabilir³¹².

Ancak bu duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre;

“a) *Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,*

b) *Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa,*

c) *Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa,”*

Bu hallerde sorumlu olan kişilerin sayıları genişletilmiştir. Tespit, men ve düzeltme davasının açılması bakımından “*yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan*

olduğunun ve müvekkilinin reklam ilişkilerini kullanarak bu sorunların basında duyulmasını engellediğinin belirtildiğini, davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin tespitine ve 1.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davaya konu edilen faksların müvekkiline ait numaradan, müvekkilinin bilgisi olmadan mesai saatleri dışında bir çalışan tarafından gönderildiğini, ayrıca faks içeriğindeki bilgilerin de doğru olduğunu, söz konusu faksların uyarı amacını taşıdıklarını ve bu eylem nedeniyle davacının herhangi bir zarara uğramadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı şirket adına kayıtlı bulunan hattan, dava dışı üçüncü kişilere gönderilen fakslarda, davacının kötülendiği, ayrıca davacı şirket ile ilgili olarak gerçeğe aykırı bilgiler verildiği, bu eylemin haksız rekabet teşkil ettiği, bu eylemin davalının çalışanı tarafın- dan gerçekleştirildiği kabul edilse dahi Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca davalının bu eylemlerden sorumlu bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne...” YARGITAY 11. HD. T. 27.4.2015, E. 2014/8684, K. 2015/5858 Bkz: PEKDİNÇER/YILDIZ, s.236.; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.613.

³¹² KARAHAN, s.245.

veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi” aleyhine bu davalar açılabilir.

Bu kişiler hakkında da dava açılabilmesi için de kusur bulunması şart değildir. Ancak kanunda bu kişiler belli bir sıra dahilinde gösterilmiştir. Bu sıraya uyarak başka bir anlatımla yazı işleri müdürü aleyhine dava açılmıyorsa program yapımcısına geçilmemelidir sırasıyla genel yayın yönetmenine dava açılıp açılmayacağı tespit edilmelidir³¹³.

TTK m.58/3’te ise tazminat sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarına karşı açılacak davalarda TBK m.66 hükmü uygulanacaktır³¹⁴.

İnternet yoluyla gerçekleşen haksız rekabet hallerine ilişkin olarak TTK m.58/4’te hizmet sağlayıcısına özel bir hüküm konulmuştur. Maddeye göre; “*Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez.*” Denilerek hizmet sağlayıcısını koruyucu bir hüküm sevk edilmiştir.

Ancak fıkranın devamında bu konu ile ilgili olarak bir istisna getirilmiştir. Buna göre; “*Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.*” Denilerek haksız rekabet eylemine sonucunun büyük olması halinde hizmet sağlayıcısı aleyhine tedbirler alınabileceğine hükmetmiştir³¹⁵.

D. İHTİYATİ TEDBİR

Kanun koyucu haksız rekabetin menı ve eski hale iade davalarında oluşabilecek zararın minimum düzeyde tutulması amacıyla bu davalar için ihtiyati tedbir yoluna

³¹³ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.615.

³¹⁴ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.615.

³¹⁵ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.615.

başvurabileceğini TTK m.61 ile hüküm altına almıştır. Bu hüküm ihtiyati tedbirin düzenlendiği HMK m.391'e tam anlamıyla benzememektedir. HMK m.391'de asıl uyuşmazlığı çözecek derecede karar verilmesine imkân yoktur. Ancak TTK m.61'de bir nevi ihtiyati tedbirlerle asıl uyuşmazlığı çözecek kararlar verilebilmektedir. Ancak her ne kadar uyuşmazlığı çözme derecesinde kararlar ortaya çıksa da geçici bir hukuki koruma tedbiri olduğundan dolayı kesin hüküm yerine geçmeyecektir³¹⁶. Ancak uygulamada Bölge Adliye Mahkemesinin kararlarına bakıldığından haksız rekabet için ihtiyati tedbir kararı verebilmek için yaklaşık ispatı aramıştır. Yargılama sonunda işin esasına göre verilebilecek olan bir kararın yargılamanın başında ihtiyati tedbir yolu verilmesini Bölge Adliye Mahkemesi uygun görmemiştir³¹⁷.

TTK m.61'e göre, "... haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere ..." karar verilir³¹⁸.

Bunun yanında gümrük idareleri tarafından bir tedbir olarak el koyma için Kanun'da m.61'in 2, 3 ve 4. Fıkralarında birtakım düzenlemeler yapılmıştır;

"Ayrıca, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturmaya hâlinde cezayı gerektiren haksız rekabet konusu mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir.

El koyma ile ilgili uygulama bu konudaki mevzuata tabidir. Gümrük idarelerindeki tedbir veya el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde, esas hakkında ilgili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar."

E. ZAMANAŞIMI

TTK m.60'da haksız rekabet nedeniyle zamanaşımına ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır.

1. TESPİT, MEN VE ESKİ HALE İADE DAVALARI BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Bu davalar herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildir.

³¹⁶ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.620.

³¹⁷ İstanbul BAM 12. HD. T. 28.6.2018, E. 2018/715, K.2018/833; PEKDİNÇER/YILDIZ, s.256.

³¹⁸ KARAHAN, s.248.

Men davasında önleme talepli olarak açılırsa haksız rekabet eyleminin meydana gelme veya tekrar etme ihtimallerinin bulunduğu süre boyunca açılabilir. Tespit davası da haksız rekabet devam ettiği sürece veya hala etkililerinin mevcut olduğu sürece açılabilir. Eski hale iade davasında da haksız rekabetin sonuçlarının devam ettiği süre boyunca açılabilir.

2. TAZMİNAT DAVALARINDA

TTK m.60'a göre, "56 ncı maddede yazılı davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar³¹⁹. Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur." Denilerek zamanaşımı süresi belirlenmiştir.

Zararı ve faili öğrenme hususunda davacının tacir tüzel kişi olması halinde basiretli iş adamı prensibi geçerli olduğundan dolayı tüzel kişinin çalışanlarının öğrenmiş olması yeterlidir³²⁰.

Haksız rekabet eyleminin tekrarlanması halinde tekrarlanan her bir eylem için yeniden zamanaşımı süresi hesaplanır.

Haksız rekabet eyleminin tek seferlik bir duruma özgü olmadan süreklilik arz etmesi halinde zamanaşımı süreleri haksız rekabet devam ettiği sürece başlamaz. Örneğin bir markanın benzeri yapılarak taklit edilip kullanılması halinde haksız rekabet eylemi bu markanın kullanımı devam ettikçe süreklilik arz etmektedir³²¹.

³¹⁹ "...Mahkemece, davalı tarafından internet sitesinde EDİ yazılımı ile ilgili yazılan yazının 17.05.2001 tarihinde davalı web sitesinden kaldırılmış olabileceği, 26.09.2001 tarihi itibarıyla davalı web sitesi arşiv kayıtlarında söz konusu haksız rekabete konu yazıya rastlanılmadığı, davacının noter aracılığıyla 06.09.2000 tarihinde tespit yaptırdığı, Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi dosyasında haksız rekabetin tespiti ve men'i davası açıldığı, davanın açılmasının zamanaşımını kesen bir etkiye sahip olmadığı, davanın açılması tarihi öğrenme tarihi kabul edilse dahi 1 ve 3 yıllık zamanaşımı sürelerinin geçtiği, zamanaşımı def'inin ıslahla yapılabileceği, TTK'nın 62.maddesine göre davanın, hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde bunların doğumundan itibaren 3 yıllık zamanaşımına tabi olduğu gerekçesiyle zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir..." Yargıtay 11. HD, E. 2010/7125, K. 2011/16990, T. 14.12.2011karar için bkz: PEKDİNÇER/YILDIZ, s. 251.

³²⁰ ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.618.

³²¹ ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.619.

3. MK M.2’NİN UYGULANMA ALANI

Haksız rekabet eyleminin ortaya çıkmasından uzun zaman sonra veya haksız rekabet eyleminin bilinmesine rağmen ses çıkarılmaması vb. durumlarında MK m.2’nin uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin bir men davası açma koşulları dava açılmasından çok uzun zaman önce olduğu halde men davası için zamanaşımı süresi kanunda öngörülmediğinden dolayı davanın seneler sonra açılması MK m.2’ye aykırılık oluşturacaktır³²².

F. ARABULUCULUK VE MAHKEME KARARI

1. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Haksız rekabet davaları, TTK m. 4/1-a uyarınca mutlak ticari davadır. Bunun yanında haksız rekabet davalarının bazı davalar ile birlikte açılması söz konusu olabilir. Bu durumda davanın konusuna göre görevli mahkeme belirlenecektir.

Hem Fikri Mülkiyet Hukuku’na dayalı olarak hem de haksız rekabet hukukuna dayalı olarak dava açılması söz konusu olabilir. Özel olarak fikri hakların konu edildiği bir haksız rekabete ilişkin talepler içerse de davada görevli mahkeme Fikri Ve Sınai Haklar Mahkemesi görevli olacaktır³²³.

Haksız rekabeti gerçekleştiren kişi ile haksız rekabete uğrayan kişi arasında bir iş sözleşmesi olması durumunda İş Mahkemeleri görevli olacaktır³²⁴.

Yetkili mahkemenin tespitinde HMK’nın m.6 ve m.16 hükümleri uygulanabilecektir. Tüketicilerin açtığı ve tüketici işlemlerinden kaynaklanan haksız rekabet davalarında ise TKHK m.73/5 geçerli olacaktır.

2. ARABULUCULUK

³²² ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.619; KARAHAN, s.246-247.

³²³ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.616.

³²⁴ “Bu gibi hallerde haksız rekabeti gerçekleştiren işçinin hizmet (iş) akdi çerçevesinde uymakla yükümlü olduğu özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusudur ve hizmet ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri de iş mahkemeleridir (bkz. 5521 s. İş Mahkemeleri Kanunu 1)” bkz: ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.616.

2018 tarihinde TTK'ya eklenen 5/A maddesine göre zorunlu arabuluculuk getirilmiştir. Haksız rekabet davaları, TTK m.4'e göre mutlak ticari dava olduğu için zorunlu arabulucu müessesesi bu davalar için de söz konusu olabilecektir. Tespit davası, men davası ve düzeltme davasında haksız rekabet eyleminin tespitini içerdiğinden dolayı arabuluculuk müessesine konu edilmemelidirler. Tazminat davaları ise maddi talepler içerdiğinden dolayı hem icraya elverişli hem de tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardır. Bu sebeple bu davalar açılmadan önce zorunlu olarak arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir³²⁵. Birden fazla talep ile dava açılma durumunda ise bu taleplerden biri tazminat talebi içeriyorsa arabuluculuk başvurusu yapılmalıdır.

3. MAHKEME KARARI

Haksız rekabete ilişkin dava sonucunda yukarıda da bahsettiğimiz dava türlerine ilişkin hüküm kurulmaktadır.

TTK m.59'a göre, *“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.”* Denilerek hükmün TTK m.54/1 uygun olarak bütün katılanlara ilan edilebileceğine karar verileceğini hüküm altına almıştır.

Aynı zamanda haksız rekabet sonucu verilen mahkeme kararı sadece tarafları etkilememektedir. Hükmün nisbilik ilkesine istisna olarak Men veya düzeltme davası sonucunda verilen kararlar TTK m.56/4 uyarınca haksız rekabete konu olan malları, doğrudan veya dolaylı olarak ticari amaçla elde etmiş kişiler hakkında da uygulanmaktadır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmaması veya haksız rekabet durumunu bilip bilmemesi önem taşımamaktadır³²⁶. Örneğin, mahkeme tarafından verilen karar malın toplatılmasına yönelik olması durumunda toptancı ve dağıtıcı firmalarda bu karara uymak zorunda kalırlar³²⁷.

Bu durumu TTK m.55/1-f açısından ele aldığımızda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının önlenmesi ve bu önleme kararının ilan edilmesi halinde piyasadaki diğer aktörler açısından caydırıcı bir nitelik kazandırılmış olunur³²⁸.

³²⁵ ÇINAR KARABAĞ, s.176.

³²⁶ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.617; KAYA/TATLI, s.174.

³²⁷ BAHTİYAR, s.155.

³²⁸ YILMAZ, s.126.

Bir diğerk durum ise men davasında geçersiz sayılan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının yerine hangi hükümlerin getirileceğidir. Bu halde sözleşmedeki boşluğun TBK’ya göre doldurulması gerekmektedir³²⁹.

G. CEZAI SORUMLULUK

Cezai sorumluluk³³⁰ TTK’nın 62. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre,

“a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

c) alışanları, vekilleri veya diğerk yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) alıştıranlar veya mvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili nlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları dzeltmeyenler,”

Bu fiilleri işleyen kişiler *“daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde”* davacı sıfatı haiz olan kişinin şikyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar³³¹.

İsviçre’deki düzenlemelere baktığımızda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı bakımından cezai sorumluluk hükümlerinin konulmadığını görmekteyiz. TTK m.55/1-f bakımından bu hükmü incelediğimizde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımının haksız rekabet teşkil etmesi halinde cezai sorumluluk gündeme gelecektir. Doktrindeki oğunluk görüş cezai sorumluluk hükmünün toplu bir şekilde tüm haksız rekabet hallerinin kapsamasını eleştirmiş ve

³²⁹ YILMAZ, s.127.

³³⁰ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.621; KARAHAN, s249.

³³¹ KAYA/TATLI, s.174 – 175.

cezaî sorumluluk hükümlerinin bu bent açısından bir suç konusu oluşturmamasını savunmuşlardır³³².

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE ÇATIŞMA SORUNU

A. TBK'DA ÖNGRÜLEN YAPTIRIMLAR

Genel işlem şartları hukukumuzda ayrıntılı bir şekilde farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Bir önceki bölümümüzden genel şartlarının haksız rekabet hali oluşturmamasından dolayı buna ilişkin yaptırımları TTK m.55/1-f uyarınca detaylı bir şekilde incelemiştik. Bu bölümümüzde ise genel işlem şartlarına yönelik TBK'da yer alan yaptırımlara değineceğiz.

Genel işlem şartlarının tanım kısmında da bahsettiğimiz üzere bu şartlara maruz kalan kişiler için iki yol bulunmaktadır. Ya sözleşmeyi kabul etmek ya da önlerine sunulan mal ve hizmetlerden vazgeçmektir. Bu durumda sözleşmedeki umulan faydalar dengesinde bozulmalar meydana gelmektedir. Bu durum hâkimin müdahalesini ön plana getirmektedir. Sözleşmede taraf olma özgürlüğünü kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanmayan taraf lehine hâkim taraf eşitliğini sağlayabilmektedir.

Bunun yanında aynı zamanda genel işlem şartlarının idari denetimi de söz konusu olabilmektedir. TTK m.1425/2 ve Sermaye Piyasası Kurulu V Seri 19 no.lu Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde genel işlem şartlarının idari denetimi hususunda sigorta poliçelerinin Hazine Müsteşarlığınca onaylanmasını öngörmüştür³³³.

Genel işlem şartları bölümünde genel işlem şartlarının denetlenmesine yönelik TBK'daki düzenlemelerden bahsetmiştik. Aynı zamanda bu Kanunda genel işlem şartlarının denetlenmesi üzerine birtakım sonuçlardan öngörülmüştür. Bu sonuçlar

³³² KARA, s.739; KAYA ÖZGÜR, s.91; KENDİGELEN, s.86.

³³³ ANTALYA, s. 474.

yazılmamış sayılma ve kesin hükümsüzlüktür. Şimdi bu iki sonucu detaylıca inceleyelim.

1. YAZILMAMIŞ SAYILMA

Bunlardan ilki TBK m.21'e aykırı bir şekilde genel işlem şartları içeren sözleşme oluşturulması halinde “*yazılmamış sayılma*” yaptırımını söz konusu olacaktır.

Yazılmamış sayılmamada anlaşılması gereken husus yürürlük denetimine uygun olmayan genel işlem şartının sözleşme kapsamında yer almayacağıdır. Borçlar Hukukunda bunu yokluk olarak nitelendiren yazarlar olduğu gibi kesin hükümsüz olarak nitelendiren yazarlar da mevcuttur. Yazılmamış sayılan genel işlem şartlarını üzerinde taraf iradelerinin uyuşması söz konusu olmadığı için yazılmamış hali bir nevi yokluk hali olarak kabul edilebilir³³⁴.

Kanunda “*yazılmamış sayılma*” tabirinin geçmesi doktrin tarafından eleştirilmiştir. Kanunda yürürlük denetimi ile de paralel olarak “*sözleşme içeriği olamaz*” ibaresinin kullanılması gerektiği savunulmuştur³³⁵.

Ticaret Hukuku açısından bakarsak yazılmamış sayılma yaptırımı Ticaret Hukukuna yabancı bir kavram değildir. Kıymetli Evraka ilişkin çeşitli hükümlerde kıymetli evraka yazılacak kayıtlarda kaydın yazılmamış sayılacağı ancak kıymetli evrakın geçerliliğini koruyacağı dair geçmektedir. Genel işlem şartının yazılmamış sayılma yaptırımını tüm sözleşmeyi geçersiz hale getirmeden ilgili hükmün yok sayılması olarak kabul edilebilir³³⁶. Bu yazılmamış sayılma ile ilgili olarak ayrıca bir irade beyanına veya dava açılmasına gerek yoktur. Doktrinde kesin hükümsüzlüğe göre daha ağır bir yaptırım olarak kabul edilir³³⁷.

TBK m.22'de TBK m.21'de düzenlenen yazılmamış sayılma yaptırımının sözleşmeye etkisini düzenlemiştir. Kural olarak yazılmamış sayılan hükümler dışındaki hükümler geçerliliğini koruyacaktır. Ancak düzenleyen tarafından yazılmamış sayılan dışındaki hükümlerden sözleşmenin hiç kurulamayacağı anlaşılma

³³⁴ KUTLUAY, s.1404.

³³⁵ ÇELİKBAŞ, Nil Merve, Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:85, Sayı: 2011/1 S.122-150, s.147.

³³⁶ NOMER ERTAN, s.360.

³³⁷ YÜCE, s.192; AYDOĞDU, s. 73; ANTALYA, s. 505.

bile TBK m.22 c.2 uyarınca sözleşmeyi bu hükümler olmazsa kuramayacağı hususunu ileri süremez. Aynı şekilde bu durum TKHK m.5/2’de bu yönde düzenlenmiştir³³⁸. Böylelikle TBK m.27/2 hükmünde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması hükmünün uygulanması bertaraf edilmiştir³³⁹.

Bu yazılmamış sayılma hali ilgili genel işlem şartları bakımından söz konusu olurken sözleşme geri kalan hali ile geçerliliğini korumaya devam edecektir. Ancak yazılmamış sayılan genel işlem şartları sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturması halinde sözleşmenin tamamı geçersiz sayılacaktır³⁴⁰. Bu halde sözleşmenin geçersizliğinden önce edimlerin ifa edilmesi durumunda sebepsiz zenginleşme ve borca aykırılık hükümlerine başvurularak edimlerin iadesi talep edilmelidir³⁴¹.

Ayrıca yazılmamış sayılma yaptırımı sonucu sözleşmede bir boşluk oluşması halinde, TMK hükümlerine göre sözleşmenin doldurulması kuralları uygulanacaktır³⁴².

2. KESİN HÜKÜMSÜZLÜK

TBK m.25’e göre, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı halinde kullanılan bu genel işlem şartları kesin hükümsüz olarak kabul edilir. Ancak hükümde sadece dürüstlük kuralını esas almasını doktrin tarafından eleştirilmiş ve başka kriterler hükümde öngörülmesi gerektiğini de belirtilmiştir³⁴³.

TBK m.27’de düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımı, “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan hallerde*” sözleşme kurulması halinde bu sözleşmenin geçersiz olacağını düzenlemektedir. Bu kesin hükümsüzlük ilgili olan herkes tarafından ileri sürülebilir. Sözleşmeyi hükümsüz kılmak için bir beyana ya da bir dava açılmasına gerek yoktur. Sözleşme kurulduğu andan itibaren kendiliğinden hükümsüz olacaktır. Bu hükümsüzlüğe sebep olan durumun sonradan düzeltilmesi kesin hükümsüzlüğü geçerli hale getirmez. Burada sözleşmeye dayanılarak edimlerin ifa edilmesi hali de

³³⁸ BAYER, s.58; NOMER ERTAN, s.365; SUBAŞI, s.89.

³³⁹ ATAMER, Sempozyum, s. 31-32; YAVUZ, s.145.

³⁴⁰ ATAMER, Doktora Tezi, s.108; TOPÇUOĞLU, s. 49-51.

³⁴¹ TOPÇUOĞLU, s.53.

³⁴² ATAMER, Doktora Tezi, s.108; ANTALYA, s.506; ÇELİKBAŞ, s.147.

³⁴³ ÇELİKBAŞ, s.148.

sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Önemli diğer bir nokta ise kesin hükümsüzlük yaptırımının hakkın kötüye kullanılması şeklinde ileri sürülmesi halinde bu durum hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır³⁴⁴.

Genel işlem şartları bakımından hükümsüzlüğü bakımından doktrinde “*tek taraflı kısmi hükümsüzlük kavramı*” kullanılmaktadır. Sözleşmeyi oluşturan taraf zayıf konumda bulunan kişiye karşı sözleşmeye karşı bu maddeler ile bağlı olup olmayacağını belirtmez. Kalan maddeler ile bağlı olmaya devam eder³⁴⁵.

Genel işlem şartlarının içerik denetimi yargısal yolla hâkim tarafından yapılmaktadır. Ancak 1994 tarihli 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda rekabet ortamı içinde yapılan bir sözleşmenin rekabeti sınırlayıcı olup olmadığını ve kesin hükümsüz olarak kabul edilip edilmeyeceği Hâkim kararı ile değil, Rekabet Kurulu takdir edecektir. Bu durumu saptarken Kurumun daha önceden çıkardığı tebliğler ve diğer ölçütler esas alınacaktır³⁴⁶.

Ayrıca hâkim genel işlem şartı içeren sözleşmelerde içerik denetimi yapması sonucu geçersizlik yaptırımına hükmetmeden önce sözleşme türü ile ilgili özel bir hüküm olup olmadığına bakması gerekir, bakıldıktan sonra yapılacak olan değerlendirmeye göre kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalıdır³⁴⁷.

Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanununda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarını düzenleyen 8. maddesinde genel işlem şartlarının geçersizliği halinde hangi yaptırım türü ile karşı karşıya kalınacağına dair madde metninde düzenleme yapılmamıştır. Aynı maddenin gerekçesinde ise yaptırım hususunda bir açıklama yapılarak kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacağı belirtilmiştir. İsviçre Hukuku uygulaması açısından da baskın olarak kabul edilen durum kesin hükümsüzlüktür. İsviçre doktrininde “*iptal*”³⁴⁸ olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır.³⁴⁹

³⁴⁴ ATAMER, Sempozyum, s. 61- 62; OĞUZMAN/ÖZ, s.175; ANTALYA, s.518; ATAMER, Doktora Tezi, s.198-200.

³⁴⁵ AYDOĞDU, s. 134.

³⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.176.

³⁴⁷ AYDOĞDU, s.137.

³⁴⁸ DESSEMONTET’in bu konu hakkında görüşü için bkz: AYDOĞDU, s.135.

³⁴⁹ YILMAZ, s.109; AYDOĞDU, s. 135.

B. TKHK'DA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR

Genel işlem şartları aynı zamanda Tüketici Hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Tüketici Hukuku'nda genel işlem şartlarının özel bir görünümü haksız şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. TKHK m.5³⁵⁰'de haksız şartları ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bir tüketici işlemi sözleşmesinde haksız şart kullanılması halinde veya bu şartın tespit edilmesi durumunda bu şartlar kesin hükümsüzdür. Bu hükümsüzlük durumu hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacaktır. Ancak Tüketici Hukuku anlamında satıcı veya sağlayıcı aleyhine bir haksız durum söz konusu olması halinde satıcı veya sağlayıcı bu şartla ile bağlı olmaya devam edecektir. Çünkü matbu şekilde hazırlanan sözleşmelerde düzenleyenin kendi aleyhine bir hüküm koymayacağı varsayılır. Bu sebeple Tüketici Hukuku açısından bu kesin hükümsüzlüğü klasik bir hükümsüzlük olarak değil, tüketici lehine yorumlanan bir kesin hükümsüzlük olduğunu söyleyebiliriz³⁵¹.

³⁵⁰ TKHK m.5: “(1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.

(2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

(3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

(4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

(5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

(7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

(8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.”

³⁵¹ AYDOĞDU s.185; ÇELİKBAŞ, s.143.

Ayrıca kısmı hükümsüzlük sonuçları da satıcı veya sağlayıcı için mümkün olmayacaktır. Eğer sözleşmenin bazı maddelerinin hükümsüz sayılmasından dolayı tüm sözleşmeyi yapmazdım diye bir savunma yapması önlenmeye çalışılmıştır³⁵².

Hem TKHK m. 5 ve hem de TBK m.23'te tüketici/karşı taraf lehine yorumu kabul etmiştir³⁵³. Haksız şartlarda yapılan denetim sonucu haksız şart olduğu tespit edilen hükümler tüketiciyi bağlamamaktadır.

Hukukumuzda hem haksız rekabet hükümleri ile hem de haksız ticari uygulamalara karşı alınan önlemlerle tüketicilerin menfaatleri korunmaya çalışılmaktadır³⁵⁴. Her iki Kanununda uygulama alanını belirlerken dikkat etmemiz gereken hususlar bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemeler daha geniş ve genel niteliktedir. Bu sebeple ilk olarak haksız ticari uygulama dahi söz konusu olduğunda TTK'da mevcut olan hükümlerin uygulanması doktrinde görüşler bulunmaktadır. TKHK'da idari yaptırımlar da içerdiğinden idari alanlardaki cezalarda TKHK'nun uygulanması gerektiğini savunulmaktadır³⁵⁵.

1. HAKSIZ ŞARTLARDA İDARİ DENETİM

Tüketici Hukuku'nda matbu sözleşmeler karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda tüketici bu matbu sözleşmeyi mal veya hizmet alabilmek için kabul etmek durumunda kalmaktadır ve bu durum tüketicinin zorunda kalma hali idari bir korumayı getirmiştir. Ticaret Bakanlığına, Sözleşme metinlerinde yer alan haksız şartları belirleme ve sözleşme metinlerinden çıkarılması ve kullanılmasının önlenmesi gibi tedbirleri alınmasının yükümlülüğü verilmiştir³⁵⁶.

Tüketici sözleşmelerinde haksız şarta ilişkin olan Yönetmelik madde 8 düzenlemesinde Haksız Şartların Denetimi adlı başlık bulunur. Madde düzenlemesine göre Ticaret Bakanlığına genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartların sözleşmeden çıkarılması veya sözleşmenin kullanılmaması için gerekli önlemleri almak için görevlendirilmiştir.

³⁵² ÖZCAN/TÜRK, s.1494.

³⁵³ ÖZCAN/TÜRK, s.1495; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.150.

³⁵⁴ KARSLIOĞLU, s.233 – 236.

³⁵⁵ ÜLGEN/ARSLAN/NOMER ERTAN, s.553.

³⁵⁶ ÖZCAN/TÜRK, s.1482.

Bu görevlendirmeye göre sözleşmede haksız şartın varlığı halinde bu şartların mevcut sözleşmeden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyen tarafa Bakanlık tarafından otuz günlük süre verilir. Bu sürenin gerekli görülen hallerde Bakanlık tarafından doksan güne kadar uzatılması mümkündür.

Sözleşmeyi düzenleyen tarafa haksız şartın sözleşmeden çıkarılması için Bakanlık tarafından verilen sürenin dolmasına rağmen haksız şartın sözleşmeden çıkarılmaması durumunda aykırılığın tespit edildiği her sözleşme için idari para cezası uygulama alanı bulur.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere kanun koyucu tarafından Bakanlığa idari denetim yetkisi verilmiştir. Bu yetki haksız şarttan bir şikayetle veya kendiliğinden haberdar olunması durumunda oluşur.

Uygulamada Bakanlığın, Tüketici Hukuku bakımından hazırlanan her matbu sözleşmeyi denetiminden geçirmesi mümkün değildir. Bakanlık ya resen harekete geçme ile ya da şikâyet ile bir denetim yapabilecektir. Bu açıdan pasif bir denetimin söz konusu olduğunu söyleyebiliriz³⁵⁷.

Bakanlıkça haksız şart içerdiği tespit edilen sözleşme maddelerinin piyasada hala kullanılmaya devam edilmesi halinde tüketici ile müzakere edilip edilmemesine bakılmaksızın kesin hükümsüz olarak kabul edilecektir³⁵⁸.

2. HAKSIZ ŞARTLARIN YARGISAL DENETİMİ

Haksız şartlara ilişkin idari denetim mekanizmasının yanında yargısal denetim de mevcuttur. Yargısal denetim hâkim tarafından yapılmaktadır.

Tüketici sözleşmeleri bakımından tüketici ile yapılan sözleşmenin bağlayıcılık kazanması için öncelikle yapılan sözleşmenin içeriği hakkında tüketiciye açıkça bilgi verilmesi gerekmektedir. 6502 sayılı TKHK m.4'te bilgilendirme yükümlülüğünün nasıl olacağına ilişkin hüküm konulmuştur. Bu bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmaması halinde TKHK m.46 uyarınca idari para cezası belirlenmiştir. Bunun yanında tüketicinin bilgilendirme hükümlülüğü yapılmadığı için “geri alma hakkı” vardır. Bu geri alma hakkı tüketici ile yapılan her sözleşmenin niteliğine göre ayrı ayrı

³⁵⁷ AYDOĞDU, s.194.

³⁵⁸ AYDOĞDU, s.194.

sözleşme türlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinde, tüketiciye bilgilendirme açık ve anlaşılır şekilde yapılmamışsa tüketici siparişi ile bağlı değildir, hükmü konulmuştur³⁵⁹.

Haksız şartların tespiti, önlenmesi veya durdurulması, durdurmaya yönelik olarak ihtiyati tedbir alınması için bu işlemlere yönelik yargısal denetim yoluna başvurulabilir. Haksız şartları tespit eden hâkim bunların kesin hükümsüz olduğu kararını verir. Bu kesin hükümsüzlük tüm sözleşmeyi etkilemez. Satıcı veya sağlayıcı bu maddeler olmasaydı sözleşme yapmayacağını ileri süremez. Bu duruma öğretide “*esnek hükümsüzlüğe benzeyen tek taraflı hükümsüzlük*” denilmektedir. Sözleşmede boşluk oluşması halinde ise hâkim bunları işin özelliklerine göre dolduracaktır³⁶⁰.

Tüketici Hukuku bakımından görevli mahkeme baktığımızda ise tüketiciye yönelik bir işlemin haksız rekabet hali yaratması halinde burada görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi olacaktır. Ancak tüketiciye yönelik bir işlem yoksa ancak yapılan uygulama veya sözleşmelerden tüketiciler etkileniyorsa bu halde tüketicilerin açacağı haksız rekabet davasında görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi olacaktır³⁶¹.

C. HAKLARIN YARIŞMASI

“*Hakların Yarışması*” kavramı TBK m.60’da “*Sebeplerin Çokluğu*” başlığı altında düzenlenmiştir. Maddi hukuka ait bir kavram olması yanında aynı zamanda usul hukukunu da ilgilendiren bir kavramdır. Bir kişi davasında maddi vakıalarını birden çok hukuki sebebe dayandırabiliyorsa hakların yarışması gündeme gelecektir. Bunun mümkün olabilmesi için öncelikle aynı taraflar arasında meydana gelen aynı vakıanın değişik hukuki nedenlerle aynı sonucu ortaya çıkarması gerekir³⁶². Ayrıca hakların yarışması durumunun söz konusu olabilmesi için özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin mevcut olmaması gerekir.

Hukukumuzda genel işlem şartlarına ilişkin olarak düzenlemeler TBK, TTK ve TKHK’da karşımıza çıkmaktadır. TBK’da genel işlem şartlarının tanımına ve denetim

³⁵⁹ KILIÇARSLAN, Seda Kara. “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 5, sy. 2, 2015, S. 183-22, s.214-215.

³⁶⁰ AYDOĞDU, s.197.

³⁶¹ UZUNPINAR TÜFEK, s.56.

³⁶² YILMAZ, s.143. İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükümün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi, TAAD Yıl: 12, Sayı: 48 Ekim 2021, (245-274), s.243.

mekanizmalarına yer verilirken TKHK’da tüketiciye göre haksız şartlar altında düzenleme yapılmış ve haksız şartların denetim mekanizmaları ortaya konmuştur. TTK ise genel işlem şartlarına daha farklı bir çerçeveden bakmış ve haksız rekabet oluşturmaları halini düzenlemiştir.

Genel işlem şartlarına ilişkin olarak bu üç farklı düzenlemelerin yapılması sonucu olarak gündeme hakların yarışması kavramı gelmektedir. TTK m.55/1-f’de içerik denetiminden öte sözleşmedeki genel işlem şartlarının haksız rekabet oluşturma oluşturmaması yönünde inceleme yapılmaktadır. Özellikle denetim kısmında TBK’ya göre daha ayrıntılı şekilde konulması doktrinde bir eleştiri konusu da oluşturmıştır. Ancak TTK m.55/1-f haksız rekabet hükmü ile TBK m.20-25 genel işlem şartları hükümleri arasında herhangi bir özel hüküm – genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır.

Tüketici işlemleri bağlamında baktığımızda ise genel işlem şartlarının tüketici hukukundaki görünümü olan haksız şartlar tüketici sözleşmelerinde oldukça fazla yer almaktadır. Bu haksız şartlara maruz kalan tüketici, Tüketici Hukukundan kaynaklanan haklarını kullanabilecektir. Ancak TTK m.55/1-f haksız rekabet hükmü ile TKHK m.5 arasında herhangi bir şekilde genel hüküm – özel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır. Bu üç kanununda ortak amacının dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanılmasını önlemek olduğunu söyleyebiliriz.

TBK ve TKHK hukuku açısından bakarsak aralarında haksız şartların ileride çok sayıda sözleşmede kullanılması durumunda özel kanun – genel kanun ilişkisinin olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple sözleşme hukuku çerçevesinde sözleşmenin niteliğine göre ilgili Kanuna başvurulması gerekmektedir. Her iki kanunda genel işlem şartlarına maruz kalan zayıf tarafı korumayı amaçlar³⁶³.

TTK m.55/1-f’nin bir amacının piyasadaki rekabeti aynı zamanda rakibi korumaktır. Bu sebeple TBK ve TKHK uyarınca açılacak davalara göre taraflar ve hukuki sebepler, bu hukuki sebeplere bağlı olarak da sonuçlar değişecektir. Örneğin, bir tüketici haksız şartlara maruz kalması durumunda tüketici hukukundaki haklarını kullanırken aynı zamanda piyasa içinde bunun bir haksız rekabet oluşturmaları

³⁶³ UZUNALLI, s.415.

durumunda TTK hükümlerine haksız rekabet davası açabilecektir³⁶⁴. Ancak bu iki durumdan da elde edilecek sonuçların ve menfaatlerin farklı olabileceği söylenebilir. Birinci durumda elde edilen karar sadece tüketici ve satıcı arasında sonuçlarını doğuracakken haksız rekabet davasında tüm piyasa haksız rekabet sonucu verilen karardan etkilenebilecektir³⁶⁵.

Doktrinde de haksız rekabet hükümleri ile genel işlem şartlarına ilişkin diğer düzenlemeler arasında hakların yarışmasının söz konusu olmadığı savunulmuştur. Bu düzenlemelerin sonucu olarak “*aynı kurumun farklı alanlara etkisi olarak*” kabul edilmektedir³⁶⁶. TBK’da ön plana alınan husus sözleşme hukuku ve buna bağlı olarak sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri yeniden dengeye getirmek iken TTK’da ön plana bu sözleşmelerin piyasa üzerinde yarattığı olumsuz etkileri ortadan kaldırmak çıkmaktadır. HMK m.33’e göre de hâkim hukuku re’sen uygulanmakla yükümlü olduğundan talepler arasında davacı için en iyi zararını giderim imkanını sağlayan hukuku uygulamalıdır³⁶⁷.

Özellik arz eden başka bir husus ticari standart sözleşmelerde başka bir deyişle genel işlem koşulu içeren ticari sözleşmelerde TBK hükümleri uygulama alanı bulabilecek midir? Doktrindeki görüşe göre TTK m. 1 gereğince ticari sözleşmelere TBK hükümleri uygulanmamalıdır. Bu sebeple ticari standart sözleşmeler açısından TTK hükümleri geçerli olacaktır. Sebeplerin yarışması hususu gündeme gelmeyecektir³⁶⁸.

Alman ve İsviçre hukuklarında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanımı yalnızca tüketiciler açısından düzenlenmiştir. Sözleşmenin nisbiliği ilkesi uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilen genel işlem şartlarının hükümsüzlüğüne karar verilmesi öngörülmüştür. Bu halden dürüstlük kuralına genel işlem şartının kullanımının piyasaya etki yapmayacağı yönde bir anlam çıkarılmaktadır³⁶⁹.

³⁶⁴ UZUNPINAR TÜFEK, s.57.

³⁶⁵ YILMAZ, Haksız Rekabet Uygulamasında Genel İşlem Koşulu Kullanılması, s.231.

³⁶⁶ YILMAZ, s.145.

³⁶⁷ TEKİN, s.167.

³⁶⁸ ANTALYA, s.486.

³⁶⁹ UZUNPINAR TÜFEK, s.58.

SONUÇ

Rekabet insanlığın doğuşundan biri var olan bir durumdur. İnsanlık tarihinin gelişimi doğru orantılı bir şekilde yol izlemiştir. Özellikle 20. yüzyıl başlarında sanayi devrimi ile birlikte seri üretimin artması rekabet kavramını daha fazla önde çıkarmıştır. Piyasa içinde bulunan işletmeler daha fazla kar elde etmek amacı ile rekabet haklarını kötüye kullanmaya başlamışlardır. Bu sebeple ülkeler düzgün bir rekabetin işleyebilmesi için başka bir değişle haksız rekabetin olmaması için kendi iç hukuklarında düzenlemeler yapmıştır. İlk olarak Fransa’da başlayan bu düzenlemeler daha sonra tüm kıta Avrupa’sına yayılmıştır.

Türk Hukuku’nda da 1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Gelişen hukuk düzeni ile birlikte son düzenlemeler ise 2012 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 54 – 63 arasında yapılmıştır. Bu düzenlemeler ile birlikte Türk Borçlar Kanunu m.57’de de haksız rekabete ilişkin düzenleme yürürlüğe girmiştir. Ancak bu hükmün yeni kabul edilen Türk Ticaret Kanunu haksız rekabet hükümleri ile birlikte yürürlükte kalması doktrin tarafından eleştirilmiştir. TTK m.54’te bütün katılanlar korunduğu için tüm süjeler için TTK haksız rekabet hükümleri uygulanması gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur. Ancak esnaf işletmesi sınırında kalan işletmeler için TBK hükümleri uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da vardır. Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarda esnaf işletmesinin sınırında olan işletmeler arası haksız rekabet hallerinde TTK’da yer alan haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir.

TTK madde 54’te haksız rekabetin amacının “bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabet” olduğu belirtilmiştir. Bütün katılanlar ifadesinin gerekçede “ekonomi, tüketici ve kamu” olarak geçmiştir. Ancak rakip kavramından bahsedilmemesi, tüketici kavramına göre daha geniş bir kavram olan müşteri kavramının kullanılmaması doktrinde eleştirilmiştir.

TTK madde 54/2’de haksız rekabetin genel ilkesine yer verilmiştir. Bu hüküm, bir haksız rekabet halinin TTK m.55’te haksız rekabetin örnekleme yoluyla sayılan hallerinden birine girmediği takdirde haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı konusunda önem arz etmektedir. Bu halde bir haksız rekabet fiilinin oluşması için rekabet ortamının mevcut olması, dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamalar

kullanılması veya davranışlar sergilenmesi, bu ticari uygulamalar ve davranışlardan dolayı zarar veya zarar tehlikesinin oluşması ve aralarında nedensellik bağ bulunması gerekmektedir. Ayrıca haksız rekabetin oluşabilmesi için kusura gerek yoktur.

Genel işlem şartları TBK madde 20- 25 arasında düzenlenmiştir. Uygulamada genel işlem şartlarının sağladığı en büyük kolaylık işletmelerin mal ve hizmet satışı yaparken birden fazla müşteriyle sözleşme yapma maliyetlerini oldukça düşürmektedir. Genel işlem şartlarına tanım olarak bakarsak ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden düzenleyen kişinin tek başına hazırlayarak sözleşme karşı tarafına sunduğu genel ve soyut sözleşme hükümleridir. Karşı taraf bu sözleşme hükümlerine bir bütün olarak kabul eder, eğer kabul etmezse almak istedikleri mal ve hizmetlere kolaylıkla ulaşamamaktadırlar.

Madde metninde düzenleyen ifadesinin geçmesi doktrin tarafından eleştirilmiştir. Uygulamada genel işlem şartlarını düzenleyen kişi ile kullanan kişi her zaman aynı olmayabilir, kullanan kişi alanında uzman bir kişiye de bu genel işlem şartlarını hazırlatabileceğinden, doktrinde madde metninde kullanan veya sunan ibarelerinin kullanılmasının daha doğru olacağı savunulmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'na göre genel işlem şartlarının denetlenmesine yönelik birtakım denetim mekanizmaları öngörülmüştür. Genel işlem şartının bir sözleşme hükmü olarak sayılıp sayılmayacağını ilişkin yürürlük denetimi, genel işlem şartının içerik bakımından dürüstlük kuralına uyup uymadığına yönelik içerik denetimi ve genel işlem şartlarını sözleşmede birden fazla anlama gelebilme ihtimaline karşı yorum denetimi öngörülmüştür.

Genel işlem şartlarının tacirlere uygulanabilirlik noktasında doktrinde tartışmalar mevcuttur. Tacirlere TTK m.18/2'de yer alan basiretli iş adamı olarak hareket etme yükümlülüğü kabul edildiği için genel işlem şartı kullanılmış olan sözleşmelerde bu yükümlülüğe uygun hareket etmeleri beklenir. İki tacir arasında genel işlem şartı içeren sözleşme imzalandığında tacirlerden biri diğer tacire göre daha üstün bir seviyede olabilmektedir. Bu sebeple daha zayıf konumda olan tacirin korunması gerekmektedir. Tacir basiretli iş adamı olarak hareket etme yükümlülüğünü yerine getirdiği halde yine haksız rekabet hali meydana gelmesi halinde TTK haksız

rekabet hükümlerine göre tacirin korunması gerekmektedir. Bu hükümlerden yararlanması mümkün olmadığı takdirde TBK hükümleri tacirlere uygulanabilir.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da tüketicilerin bazı haksız rekabet hallerinden korunmaları için bu kanunda düzenlemeler yapılmıştır. Genel işlem şartlarının özel bir görünümü olan haksız şartlar Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenmiştir. Bu haksız şartları genel işlem şartlarından ayıran en önemli özellik genel işlem şartları gibi ileride çok sayıdaki sözleşmede kullanılacak şekilde hazırlanmamış olmasıdır. Ancak uygulamada çoğu tüketici sözleşmesine baktığımızda bu sözleşmelerin genellikle matbu şekilde ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandığını söyleyebiliriz. Bu sebeple çoğu haksız şart aynı zamanda bir genel işlem şartı niteliği oluşturmaktadır.

Piyasada içinde işlem yapan tüketiciler mal ve hizmet almaya çalışırken birden fazla haksız rekabet oluşturacak halleri maruz kalmaktadırlar bu sebeple hem TTK da hem de TKHK'da tüketicileri koruyacak hükümler konulmuştur.

İşletmeler mal ve hizmet satımı için sözleşme yaparken daha çok genel işlem şartı içeren sözleşmeler kullanmaktadır. Bu genel işlem şartları ile karşı taraf aleyhine hükümler koyarak piyasadaki diğer rakiplerine göre daha avantajlı bir konuma geçmektedirler. 2012 yılında yeni 6102 sayılı TTK m.55/1-f'de genel işlem şartları kullanılarak haksız rekabet oluşturulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu hükmün ana kaynağı 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanununun 8. Maddesidir. Ancak bu madde İsviçre Hukuku'nda tamamen değiştirilmişken Türk Hukuku'nda hala eski çevirisi ile kalmaya devam etmiştir. Bu durum Türk Hukuku'nda yeniden değişiklik yapılmadığı için eleştirilere yol açmıştır.

TTK m.55/1-f'nin bir haksız rekabet oluşturması için öncelikle bir genel işlem şartı kullanımını söz konusu olması gerekir ancak maddenin başlığında genel işlem şartı ibaresi kullanılmamış sadece dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanımı ibaresine yer verilmiştir. Doktrinde işlem şartı ibaresinin kullanımının doğru olduğunu sözleşmede yer alan özel şartların da TTK m.55/1-f anlamında haksız rekabet oluşturabileceklerini savunulmaktadır. Ancak doktrinde çoğunluğu oluşturan yazarlar ise maddenin gerekçesine atıf yaparak işlem şartı ibaresinin genel işlem şartı olduğunu kabul etmektedirler. Uygulamada genel olarak yapılan sözleşmelere bakıldığında

matbu şekilde önceden ilerde çok sayıda sözleşmede kullanılacak olan genel işlem şartlarını kullanıldığını görmekteyiz.

TTK m.55/1-f anlamında haksız rekabet halinden bahsedebilmemiz için öncelikle TBK anlamında geçerli bir sözleşme bulunması gerekmektedir. Bunun yanında doktrinde genel işlem şartlarının sözleşme müzakerelerinde öne sürülmüş olması halinde haksız rekabet oluşturup oluşturulmaması noktasında doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bazı yazarlar dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının sözleşme kuruluş aşamasında ileri sürülmesinin haksız rekabet oluşturabileceğinin savunmaktadır. Diğer yazarlar ise sözleşmenin kurulmuş olması aramaktadır. Kanaatimizce genel işlem şartlarının tanımından da bahsedildiği üzere ilerde çok sayıda sözleşmede kullanılmak için hazırlandığından dolayı kurmamış olan bir sözleşmede kullanılmasa bile başka bir sözleşmede kullanılma ihtimali olduğundan dolayı haksız rekabet oluşturacaktır.

Bir sözleşmede her genel işlem şartı kullanımını haksız rekabet oluşturduğundan bahsedemeyiz bu işlem şartı dürüstlük kuralına aykırı olduğu takdirde genel işlem şartını haksız rekabet oluşturabilmektedir. Dürüstlük kuralı hem MK m.2'de hem TBK m.25'te hem de TTK m.55/1-f'de geçmektedir. Medeni Kanun m.2'de dürüstlük kuralı makul bir insandan beklenen ahlaklı, dürüst davranışı ifade etmektedir. Sözleşmenin kurulmasında, yorumlanmasında, sona ermesinde, değiştirilmesi gibi işlemlerde dürüstlük kuralından yararlanılmaktadır. TBK m.25'te dürüstlük kuralına aykırılık tanımı yapılmamış ancak genel işlem şartlarının geçersiz sayılması için taraflardan birinin durumunu ağırlaştırması veya diğer taraf aleyhine olması halinde geçersiz sayılması hüküm altına alınmıştır.

TTK m.55/1-f'de de haksız rekabet oluşabilmesi için genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olmasını aramış ve dürüstlük kuralına hangi hallerde aykırı olabileceğine ilişkin örnekler ortaya koymuştur. Ancak şunu belirtmek gerekir ki TTK m.55/1-f genel işlem şartlarının içerik denetimini yapan bir hüküm değil, içerik denetimine yardımcı olan bir hüküm olduğunu söyleyebiliriz. Bu maddeye göre dürüstlük kuralına aykırı olabilme kriterleri genel işlem şartlarının önceden yazılmış olması diğer taraf aleyhine olması ve yanıltıcı olması gerekmektedir. Yanıltıcı olma unsuru hem Türk hem de İsviçre doktrini tarafından oldukça eleştirilen bir unsur olmuştur. Genel işlem şartı içeren sözleşme hükümlerinin objektif olarak yanıltıcı

olması aranır. İsviçre Hukuku uygulamasında her bir genel işlem şartı için ayrı ayrı yanıltıcı olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu sebeple maddenin uygulanması zorlaşmış hale gelmiştir. Türk Hukukunda da bir görüş İsviçre Hukuku gibi her bir genel işlem şartı için yanıltıcılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmaktadır. Diğer görüş ise yanıltıcı olma unsurunu bir zorunlu unsur olarak saymamakta, bir sözleşmede genel işlem şartını yer alması yanıltıcılık unsuru için yeterli olduğunu görmektedir. Başka bir görüş ise yanıltıcılık unsurunun sadece maddede sayılan dürüstlük kuralına aykırılık örneklerinin oluşması için gerekli şart olarak sayılmasını savunur.

TTK 55/1-f maddesinde genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılık hali için iki tane örnek sayılmıştır. Ancak bu örnekler sınırlı sayıda değildir. TTK m.55/1-f'nin kriterlere uyduğu halde haksız rekabet hali oluşabilecektir. Bunlar; doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılması veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur.

TTK 55/1-f kapsamına girebilecek uygulamada en çok kullanılan sözleşmeler sigorta sözleşmeleri, kredi sözleşmeleri, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerdir. Sigorta sözleşmeleri içeriği Hazine Müsteşarlığı tarafından incelendikten sonra uygulamaya konulmaktadır. Bu durumda sigorta sözleşmelerinde genel işlem şartları kullanan sigorta şirketlerinin haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağına dair doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre TBK madde 20/4'te yetkili makamların izni verilse dahi işlem koşulu olma niteliği devam ettiğinden dolayı genel işlem şartı sayılırlar bu yüzden haksız rekabet hali söz konusu olabilir. İkincisi ise sigorta gelen şartlarındaki amaç düzenleyenin çıkarlarını korumak olduğu için sözleşme şartlarının genel işlem şartı sayılmayacak yönündedir. Uygulamada genel işlem şartlarının en çok kullanıldığı alan banka kredi sözleşmeleridir. Bankalar sözleşmeye koydukları haksız şartları ile karlarını diğer piyasada bulunanlara göre arttırmakta ve onlara göre haksız kazançlar sağlamaktadır. Elektronik sözleşmelerde elektronik ortamda imzalandığı için sözleşme şartlarını müzakere etme imkânı hiç olamamaktadır. Bu sözleşmeler de konulan haksız şartlar ile diğer e ticaret sitelerine göre haksız kazançlarını arttırmaktadırlar.

TTK m.55/1-f'nin şartlarının mevcut olması halinde hem TTK hem TBK hem de TKHK bağlamında yaptırımları söz konusu olabilmektedir. TTK anlamında haksız rekabet yaptırımları bu madde bağlamında uygulanabilecek ve TTK m.56 uyarınca davaları haksız rekabete maruz kalan, ekonomik birlikler veya .. kişiler açabilecektir. Bunun dışında genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olması halinde TBK'daki yazılmamış sayılma, kesin hükümsüzlük yaptırımları da uygulanabilmektedir. Ayrıca TKHK'da da haksız şartlar tespit edildiğinde kesin hükümsüzlük yaptırımı ve idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür.

Bir kişi davasında maddi vakıalarını birden fazla sebebe dayanıyorsa hakların yarışması söz konusu olacaktır. Genel işlem şartlarının üç ayrı Kanun'da geçmesi bu kurumu gündeme getirecektir. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki TTK haksız rekabet hükümleri ile TBK – TKHK arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisi yoktur. Doktrindeki bu üç Kanun arasında sebeplerin yarışmasının söz konusu olmadığını aynı kurumun farklı alanlara etkisi olarak kabul edilir.

KAYNAKÇA

ALASLAN, Fatma, Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2016, Sayfa: 413-434.

ANTALYA, GÖKHAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ANTALYA, O. Gökhan, **DOĞANCI**, E. Doğa, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1-f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* • Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 823-860.

ANTALYA, Osman Gökhan, **TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015.

ARIKAN, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 1999.

ATAMER, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi -TKHK m. 6 ve TTK m. 55 F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012, s. 20 (Sempozyum).

AYDIN, Ramazan, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016..

AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayıncılık, 2014.

BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Bata Yayınevi, 2016.

BAYER, Mehmet Rauf, Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımının Haksız Rekabet Hükümleri ile Denetlenmesi, İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.

BENLİ, Pınar, Ticari İşlerde Genel İşlem Şartlarının Denetimine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi, FSHD, Cilt:16, Sayı:50, 2020..

BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Legem Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÇETİN, Selen, Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Suretiyle Haksız Rekabet, rumelihukuk.com

ÇETİNER, Selma, **BOZKURT YÜKSEL**, Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÇELİKBAŞ, Nil Merve, Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:85, Sayı: 2011/1 S.122-150.

ÇINAR KARABAĞ, Nihal, Türk Ticaret Kanuna Göre Haksız Rekabet Yaptırımları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

DİNCİOĞLU, Duygu, Banka Genel Kredi Sözleşmelerinin Genel İşlem Koşulları Kapsamında Yargısal Denetimi, BÜHFD, Cilt:1, Sayı:1 Yıl: 2020, S.71-116.

DİNÇ, Serhan, Türk Ticaret Kanuna Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

DOMANIÇ, Hayri, Ticari İşletme Hukuku Şerhi, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.

DOLUNAY, Salih İlkin, Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Özellikle Haksız Rekabete İlişkin Cezai Hükümleri, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.

ERDİL, Engin, Haksız Rekabet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ERYÜREK, Güzel, Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

FALCIOĞLU, Mete Özgür, Elektronik Sözleşmelerde Kullanılan Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Bakımından Değerlendirilmesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:14, Aralık 2021.

GÜNER, Mehmet Yavuz, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2021.

GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

İNAL, Hamdi Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükümün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi, TAAD Yıl: 12, Sayı: 48 Ekim 2021, (245-274)

KARA, Mustafa Sencer, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, S. 723-742.

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

KARATAŞ, Zeynep, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Haksız Şartlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

KARAŞAHİN, Yasin Alperen, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 55. Maddesinin İşlevleri, Türk Ticaret Kanunu 5. Yıl Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2018.

KARSLIOĞLU, Hasan, Ticari Sırrın Kapsamı, Hukuk Niteliği ve Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara, 2022.

KAŞAK, Esra, "Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6089 sayılı Tbk.M.21/2)". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 / 1 (Temmuz 2016): 415-430.

KAYA ÖZGÜR, Gizem, Genel İşlem Koşulları Ve Benzer Kurumlar, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

KAYA, Mustafa İsmail, **TATLI**, Burçak, Ticaret Hukuku – I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KILIÇARSLAN, Seda Kara. “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 5, sy. 2, 2015, S.. 183-22.

KOYUNCU, Alper Çağlar, Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar, Seçkin Yayıncılık, 2022.

KOYUNCUOĞLU, Hikmet, **ÖZKUL**, Zeynep, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlenmesi ve Tüketici Hukuku, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Cilt:88, Yıl 2014, Özel Sayı:1.

KUTLUAY, Ezgi, Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, S. 1369 -1422.

KUŞOĞLU, Dilay, Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma Yoluyla Haksız Rekabet, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

MEMİŞ, Tekin, Türk Ticaret Kanunu'nun 55/1-f Hükümünün Yorumunda Gözden Kaçanlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015, S.227-242.

NOMER ERTAN, N. Füsün, Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal, **ÖZ**, Turgut, Türk Borçlar Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

ÖCAL AKİPEK, Şebnem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:80, Sayı:3, Eylül 2015.

ÖNEN, Mesut, İşletme Hukuku, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

ÖZBALÇIK, Ozan Can, TTK md.62/I- b, c, d kapsamında Haksız Rekabet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZUYSAL, Neslihan, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.

ÖZCAN, TÜRK, Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların *Denetimi*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *Cilt: 28, Sayı: 3, 2020, s. 1468*.

PEKDİNÇER, Remzi Tamer, **YILDIZ**, Ozan Ali, Türk Haksız Rekabet Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

PEKDİNÇER, Tamer, Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Türk Ticaret Kanunundaki Haksız Rekabete İlişkin Hükümlere Etkisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar

Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

POROY, Reha, **YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

SARIKAYA, Sinan, Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

SERDAR, İlknur, TBK'nın Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül, 2015, Yıl:80

SİRMEN, Lale, Genel İşlem Şartları Kavramı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:80, Sayı:3, 2015

SOYDEMİR, Güzide, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

SUBAŞI, Fatma, Haksız Rekabet Hali Olarak Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Koşulu Kullanmak, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (2020): 79-111.

TEKİN, Ufuk, Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

TOPÇUOĞLU, Metin, Genel İşlem Şartları İle Rekabet İhlali Ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, s.3-69.

UZUNALLI, Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHF C. LXXI, S. 2, s. 383-420, 2013.

UZUNPINAR TÜFEK, Aybüke, Haksız Rekabet Hukuku Bağlamında Genel İşlem Koşulları, Aristo Yayıncılık, İstanbul, 2021

ÜLGEN, Hüseyin, **HELVACI**, Mehmet, **KAYA**, Arslan, **NOMER ERTAN**, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

YASAMAN, Hamdi, Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.15.

YAVUZ, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

YAYLACIOĞLU, Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Sayı: Özel, s.3057-3098, s.3069.

YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, s.107, 2013.

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

YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Uygulamasında Genel İşlem Koşulu Kullanılması, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu 2018 – 2020 Faaliyet Yılı Özel Yayını, İstanbul Barosu Yayınları, 2020, S.225-239.

YILMAZ, Süleyman, **YILDIRIM**, Abdulkerim, Medeni Hukuk – I, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022.

YÜCE, Aydın Alber, Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:10, 2012.