

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ – BK, TK VE TKHK

Prof. Dr. Yeşim M. Atamer
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Liberalizmin ve Özel Hukukumuzun Temel İlkesi: Sözleşme Özgürlüğü

- Liberal ekonomik modelin varsayımı: serbest rekabet ve bilinçli birey = maksimum toplumsal fayda
- Pazarda arz ve talebin karşılaşmasında araç: sözleşme
- Liberal ekonominin vazgeçilmez kavramı: sözleşme özgürlüğü (AY m. 48)

Sözleşmenin Diyalektiği: Özgürlük Karşısında Eşitlik

- SORUN: Sınırsız özgürlük adil olmayan sözleşmelerin kurulmasına araç olmakta
- ÇÖZÜM:
 - Liberal ekonomilerde sözleşme adaletinin teminatı: **Rekabet** (Arz tarafında müdahale)
 - Sözleşme adaletini temin amacıyla zayıf olan tarafın güçlendirilmesi: **Bilgilendirme** (Talep tarafında kuvvetlendirme)
 - Son çare: Emredici hukuk kuralları ve hakimin sözleşmeye müdahalesi

GİK denetiminde rekabetin olumlu rolü olabilir mi?

- Normal şartlarda bilinçli müşterinin kendisi için daha elverişli GİK sunan kişi ile sözleşme yapması beklenir
- Ancak müşterinin
 - GİK'i anlaması genelde mümkün değildir
 - GİK'e vakit harcaması rasyonel değildir
 - Makul GİK bulması ciddi bir işlem maliyetidir
- Dolayısıyla GİK bir rekabet parametresi değildir
- Sonuç: “race to the bottom”, herkes en kötü GİK'i sunacak
- Nitekim GİK'e ilişkin anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar genelde izinli kabul edilir, zira bunların rekabet parametresi olmadığı gerçeğinden yola çıkılır.

GİK denetiminde bilgilendirmenin olumlu rolü olabilir mi?

- Normal şartlarda bilinçli müşterinin kendisi için daha elverişli GİK sunan kişi ile sözleşme yapması beklenir
- Ancak müşterinin
 - GİK'i anlaması genelde mümkün değildir
 - GİK'e vakit harcaması rasyonel değildir
 - Makul GİK bulması ciddi bir işlem maliyetidir
 - GİK'i pazarlık konusu yapabilmesi genelde çok düşük ihtimaldir
- Dolayısıyla GİK içeriği hakkında bilgilendirmek sorunu kalıcı olarak çözmeyecektir.

Sonuç: GİK kullanımı bir piyasa aksaklığı yaratmaktadır

- Liberal ekonomik modelde kıt kaynakların en optimal şekilde dağılmasına hizmet eden sözleşmenin kurulması GİK kullanılması halinde bu amacından sapmaktadır.
- Piyasa
 - arz tarafında çok-sayıdalık olmasına rağmen ve
 - talep tarafında bilinçli bireyler olmasına rağmen işlememektedir
- Bir **piyasa aksaklığı** söz konusudur

Türk hukukunda var olan özel düzenlemeler

- 2013: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 (“TKHK”)
- 2014: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (“Yönetmelik”)
- 2012: Borçlar Kanunu m. 20-25 (“BK”)
- 2012: Ticaret Kanunu (“TK”) m. 55(1)f

Türk hukukunda var olan düzenlemelerin zamansal uygulaması

- 2013/TKHK m. 5: zaten önceki TKHK m. 6 ile büyük ölçüde örtüşmektedir
- 2014/Yönetmelik: zaten önceki Yönetmelik ile büyük ölçüde örtüşmektedir
- 2012/Borçlar Kanunu m. 20-25:
 - Yargıtay'a göre ancak 01.07.2012'den sonra akdedilmiş sözleşmelere uygulanır
 - Oysa Yürürlük Kanunu uyarınca: *“Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.”*
- 2012: Ticaret Kanunu m.55(1)f

GİK'e karşı koruma kime verilmelidir?

- Tartışmasız olan: Tüketici – Tacir işlemlerinde
- Tartışmalı olan: Tacir – Tacir işlemlerinde
 - İki Kanun arasında zamansal bir öncelik yoktur
 - TK m. 1 açık talimat içerir
 - BK'nın genel ve özel bölümünde yer alan bütün kurallar ticari ilişkilerde uygulanır
 - Faize ilişkin TK m. 8 veya cezai şarta ilişkin TK m. 22 gibi bir hüküm yoktur.
 - TK m. 55 rekabeti korur, sözleşme özgürlüğünü değil.

GİK'e karşı koruma kime verilmelidir? - II

- Tacirler için de **işlem maliyeti gerekçesi** aynen mevcuttur:
 - Bir **sözleşmenin değeri ne kadar yüksekse** pazarlık yapıldığının veya yapılması gerektiğinin kabulü o kadar kolay olacaktır → 2 milyon TL değerindeki bir işlemde tacirin 'pazarlık edemedim' demesi kural olarak kabul görmez.
 - Zira 10.000 TL'lik bir kredi sözleşmesinde GİK'in avukata incelenmesi ve değiştirilmesi pazarlığının maliyeti belki 2.000 TL ise, 2 milyon TL'lik bir kredi sözleşmesinde kredi koşullarının avukat ile incelenmesi ve pazarlık yapılmasının maliyeti olsa olsa 20.000 TL olacaktır. Yani birincisinde işlem maliyeti sözleşmenin 20 % değeri iken, ikinci işlemde sadece 1 %'e tekabül edecektir.

GİK'e karşı koruma kime verilmelidir? - III

- Ancak **ekonomik bir bağımlılık ilişkisi**nin olması halinde istisnai olarak işlem maliyeti unsuru göz ardı edilebilir:
 - İşletmenin, belirli başka bir işletme ile sözleşme kurma dışında başka bir alternatifi yoksa
 - Yani sözleşmeyi ilgili tacir ile kurmak ticari anlamda bir mecburiyet oluşturuyorsaGİK'in pazarlık konusu edilmesi genelde mümkün olmayacaktır.

- Bayilik sözleşmesinde
- Tek satıcılık, franchising sözleşmeleri (*switching cost*)
- Büyük süpermarket (hipermarket) zincirlerine mal tedarik edenler
- Sadece belirli bir marka arabanın veya bilgisayarın imalatında kullanılabilecek ara parçaları tedarik edenler (*single sourcing*)
- KOBİ– Banka finansman ilişkisi

Genel İşlem Koşulu Nedir?

- BK 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. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”
- GİK **sözleşme hükmüdür**: Sözleşmenin tarafının kim olduğu önem taşımaz (m. 20/f. 4); sözleşmenin hangi yönlerinin ele alındığı önem taşımaz; tek yanlı irade beyanları da denetime tabidir;
- GİK sayılabilmek için hükümlerin **sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmiş** olmaları gerekir: ya sözleşme kurulmadan yazıya dökülmüş olması ya da en azından işletme tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir;
- **Birden fazla (çok sayıda) sözleşmede kullanma niyeti** olmalıdır: Yani salt bir sözleşme taslağı olmamalı/ pazarlık niyetinin olmadığına bir göstergesidir/ birden fazla kullanım fiilen gerçekleşmese bile GİK sayılır / sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması fark etmez (f.2);

Genel İşlem Koşulu Nedir? - II

- GİK kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle **karşı akide sunulmaları** gerekir: Düzenleyenin aynı zamanda kullanan olması gerekmez. Bu açıdan m. 20'deki ifade doğru değildir. Örn. TBB'nin hazırladığı bir metni Bankalar kullansa bunlar da GİK olur. Dolayısıyla ifade dar yorumlanmalıdır.
- GİK'in **pazarlık konusu edilmemiş olması** gerekir: “Tek başına hazırlama”. İki taraf da aynı GİK'i kullanma konusunda mutabık olursa bu niteliğini yitirir/ bazı hükümlerin pazarlık konusu edilmesi halinde sadece bunlar GİK niteliğini yitirir / GİK'in pazarlık konusu edildiğine ilişkin kayıtlar onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz (f.3).

Y11HD, 30.03.2016, E. 2015/8631, K. 2016/3489

- taraflar arasındaki 14/09/2012 tarihinden önce bu sözleşme ile bağlantılı olan 13/09/2012 tarihli ön bilgi formunun değerlendirilmesi gerekir. Şayet bu form, **taraflar arasındaki sözleşme koşullarının her birinin tartışılarak kabul edildiği, sadece şeklen sözleşme metninde yer almadığı, gerçekten bu kayda uygun olarak diğer tarafın bu koşullardan her birini incelediği ve kendi özgür iradesi ile kabul ettiği yönünde değerlendirilmesine olanak veriyor ise** genel işlem koşuluna ilişkin yaptırımların 14/09/2012 tarihli sözleşme bakımından uygulanmayacağı (TBK m 21/3) göz önüne alınmaksızın, özellikle 13/09/2012 tarihli ön bilgi formunun niteliğine ilişkin değerlendirme yapılmadan, 14/09/2012 tarihli sözleşme nedeniyle ödenen dosya masrafları bakımından da davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir

Y11HD, 23.6.2015, E. 2015/1422 K. 2015/8645

- Dava, nakliyat emtia sigorta poliçesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir. Davalı, konşimentoda her türlü ihtilafta İtalya/Cenova Mahkemeleri'nin yetkili olduğuna dair hüküm bulunduğunu belirterek yetki itirazında bulunmuş, mahkemece konşimentoda bulunan yetki kaydının TBK'nın 20-25 maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına aykırı olduğu gerekçesi ile davalının yetki itirazının reddine karar verilmiştir. Ancak, MÖHUK 47. maddesi gereğince yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Davacı, **mal satıcısının halefi sıfatıyla bu davayı açmış olup, sigortalı ile davalı taşıyan arasındaki hukuki ilişkiyi belirleyen konşimentodaki hükümler ile bağlı olmaktadır.** Kaldı ki; söz konusu konşimentonun mülga 818 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu tarihte düzenlendiği ve keza taşıma işleminin de o dönemde yapıldığı taraflar arasında çekişmesizdir. Bu durumda **6098 sayılı TBK'nın 25. maddesinin uyuşmazlıkta uygulanması mümkün bulunmamaktadır.** Bu nedenle, tarafları bağlayan ve uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak olan konşimentodaki yetki şartı geçerli olup, mahkemece yazılı gerekçe ile yetki itirazının reddi ile işin esasına girilerek davanın sonuçlandırılması doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.

GİK – Haksız Şart İlişkisi



Tüketici Sözleşmelerinde Denetime Tabi Şartlar Hangileridir? - I

- **TKHK m. 6** GİK kavramını kullanmaz, onun yerine “haksız şart”lardan bahseder:
f.1: “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle **müzakere etmeden**, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, ... sözleşme koşulları haksız şarttır”
- AB Yönergesinden esinlenen bu tanım GİK’in şekli koşullarına bağlı kalmaksızın, pazarlık konusu edilmemiş her hükmün denetlenmesi imkanını verir.
- Müşterinin sözleşmenin şekillenmesinde etki sahibi olamaması halinde müzakere etmeme söz konusudur.

Tüketici Sözleşmelerinde Denetime Tabi Şartlar Hangileridir? - II

- **Madde 6 f. 3:** “Eğer bir sözleşme şartı **önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması** nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse o sözleşme şartının **müzakere edilmediği kabul edilir.**”
- **Madde 6, f. 5:** “Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir”
- **Madde 6, f. 4:** “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.”
- Aynı ispat yükü dağılımı BK açısından da geçerli olmalıdır.

GİK'e Karşı Koruma Yöntemleri

- GİK karşısında koruma vermenin genel kabul gören üç yöntemi vardır:
 - GİK'in hiç veya kısmen sözleşme içeriği olmadığı sonucuna varmak suretiyle sağlanan koruma: Yürürlük denetimi
 - GİK'in sözleşme içeriği olduğu hallerde müşteri lehine yorum yoluyla sağlanan koruma: Yorum denetimi
 - GİK'in doğrudan içeriğini denetlemek suretiyle sözleşme hükümlerinin batıl sayılması: İçerik denetimi
- TKHK m. 5 ve Yönetmelik: Yorum/İçerik denetimi
- BK m.20-25: Yürürlük/Yorum/İçerik denetimi
- TK m. 55: Hiçbirisi – Amaç rekabeti korumaktır

KORUMANIN AŞAMALARI:

I – YÜRÜRLÜK DENETİMİ

- Cevap Aranılan Soru: GİK (**pazarlık konusu edilmemiş şart**) sözleşme içeriği olmuş mudur? → BK m. 3-11
- Şartları:
 - Sözleşmeyi GİK çerçevesinde kurma isteği konusunda müşteriyi uyarmak
 - BK m. 21/I: “~~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.”
 - Uyarı Yöntemleri: Teslim / İlan
 - Uyarı Zamanı: Sözleşme kurulmadan önce
- Müşterinin kabul iradesi: açık/örtülü/global

Y11HD, 17/06/2016, E. 2015/14979, K. 2016/6785

- 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.

I – YÜRÜRLÜK DENETİMİ

- Beklenmeyen (şaşırtıcı/olağan dışı) kayıtların yürürlüğü sorunu:
 - GİK kullanan dürüstlük kuralı gereği, ancak makul düşünen ortalama bir müşterinin onaylaması muhtemel olan hükümlerin global kabul kapsamında olduğunu varsayabilir. BK m. 21/II: “**Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır**”
 - **İsviçre Federal Mahkemesi**’nin değerlendirdiği bir olayda davalı bir sağlık sigortası sözleşmesi akdetmiştir. Mahkemeye göre GİK içinde yer alan ve sigorta tarafından hastalık halinde ödenecek günlük meblağın, hastalığın psikiyatrik bir soruna dayanması halinde yarı oranda azalacağı düzenlemesi olağan dışı kabul edilmiş ve sözleşme içeriği olmadığı sonucuna varılmıştır (4A_24/2012 vom 30. Mai 2012)
- GİK’in sözleşme içeriğine dahil olamamasının sonucu: “yazılmamış sayılma”: Madde 22

KORUMANIN AŞAMALARI:

II – YORUM DENETİMİ

- Cevap aranan soru: GİK sözleşme içeriği olmuş olmasına rağmen müşteri lehine çözümler üretilebilir mi?
- Olasılıklar:
 - Çelişen bireysel anlaşma GİK’e nazaran öncelikli uygulanır.
 - **Örn.:** tarafların belirli bir kredi süresi öngörmüş olması halinde bankanın her an kredi sözleşmesini feshedebileceği yönündeki GİK kuralı uygulanmaz.
 - **Örn.:** satım sözleşmesinde malın belirli özellikleri garanti konusu olmuşsa, GİK içindeki genel sorumluluk sınırlandırıcı hüküm uygulama bulmaz.

II – YORUM DENETİMİ

- *Contra proferentem* ilkesi:
 - TKHK m. 5(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.**”
 - BK m. 23: “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve **karşı tarafın lehine yorumlanır.**”

KORUMANIN AŞAMALARI:

III – İÇERİK DENETİMİ

- Cevap aranan soru: GİK sözleşme içeriği olmuş olmasına rağmen içerdiği bazı hükümler geçersiz sayılabilir mi?
- Şartları
 - TKHK: “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.**”
 - BK m. 25: “Genel işlem koşullarına, **dürüstlük kurallarına aykırı olarak**, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”

III – İÇERİK DENETİMİ

- ŞART 1: Sözleşmesel dengenin bozulması:
 - Yedek hukuk kurallarından sapılmış mıdır?
 - Sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dağılımı bozulmuş mudur?
 - Saydamlık ilkesine aykırı davranılmış mıdır? (TKHK m. 5(4))

III – İÇERİK DENETİMİ

- ŞART 2: Sözleşmesel dengenin dürüstlük kuralına aykırı şekilde bozulması:
 - Hem müzakere edilmemiş hem de yedek hukuk kurallarından sapan bir sözleşme hükmü yine de dürüstlük kuralına aykırı şekilde mağdur etmeyebilir
 - TKHK m. 5(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.”
 - Korunacak hukuki değerin önemi (vücut bütünlüğü) / Risk alanlarının kaydırılması
 - Örneğin: hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşması yapılmasına karşılık sigorta koruması verilmesi

Y13HD, 15.11.2012, E. 2012/25177 K. 2012/25689

- Hemen belirtmek gerekir ki; her ne kadar mahkemece, **kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda alınan sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir.**

III – İÇERİK DENETİMİ

- Yargıtay'ın bugüne kadar çok az kullandığı bir araç: Yönetmelik ekinde yer alan haksız şart listesi:
- a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, **sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar**,
- b) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin [...] **yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar**,
- c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,
- ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene **tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar**,
- d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, **orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar**,

III – İÇERİK DENETİMİ - Denetim Dışı Kalan Sözleşme Hükümleri

- Edim ve karşı edimi belirleyen sözleşme koşulları
- TKHK m. 5(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.”

İstisna: Saydamlık kuralına aykırı fiyat belirlemeleri

- Edim-karşı edim dengesi denetlenemez olsa da
 - Edimin tam olarak ne olduğunun anlaşılamadığı hallerde serbest piyasa ekonomisi işlemez
 - Dolayısıyla edim ve karşı edim saydam, yani anlaşılır şekilde ifade edilmelidir.
 - Aksi taktirde edimlerin mukayesesi ve en ucuz olanının tespiti mümkün olmaz.
- Bu yüzden TKHK m. 5(7) “açık ve anlaşılır dille yazılmış olmak **koşuluyla**” denetime izin vermez.
- Büyük sorun doğuran edim belirlemeleri sigorta hukukunda karşımıza çıkar.
- Bu türden saydamlık ilkesine aykırı fiyat belirlemeleri GİK içinde geçersiz sayılır.
- Aynı zamanda haksız ticari uygulama (TKHK m. 62) olması nedeniyle (yanıltıcılık) yaptırıma tabi olur.

İstisna: Fiyata Dolaylı Yoldan Etki Eden Sözleşme Hükümlerinin Denetimi

- Avrupa Birliği Mahkemesi Kararları (*European Court of Justice*)
 - Yabancı para birimi üzerinden akdedilen tüketici kredisi sözleşmesinde aylık taksitlerin hesaplanmasında kullanılan **döviz dönüşüm kurunun** belirlenmesi (C-26/13, 30.04.2014);
 - Doğal gaz tedarik sözleşmesinde **doğal gaz fiyatını tek taraflı olarak değiştirme yetkisi veren hükümler** (C-92/11, 21.03.2013, aynı yönde C-359/11 ve C-400/11, 23.10.2014);
 - Satıcının ödemesi gereken **belediye vergisinin sözleşme ile alıcıya aktarılmasına** ilişkin hüküm (C-226/12, 16.01.2014)
 - Konut finansmanı sözleşmesinde bankaya **temerrüt faizi oranını tek taraflı olarak belirleme yetkisi** verene hüküm (C-415/11, 14.03.2013).

İstisna: Fiyata Dolaylı Yoldan Etki Eden Sözleşme Hükümlerinin Denetimi

- Alman Federal Mahkemesi Kararları (*Bundesgerichtshof*)
 - BGH, 20. 5. 2010 (Xa ZR 68/09): Rynair havayolu şirketinin nakit ödeme yapılmasını kabul etmeyen GİK hükmü geçerlidir, ancak **kredi kartı ile ödemedede 4 Euro** alan hükmü denetime takılır.
 - BGH NJW 2002, 2386: **Telekom bağlantısının sonlandırılması** için alınan ücret.
 - BGH, NJW 2012, 2337: **Teminatların idaresi, satılması veya kaldırılması** için alınan ücretler
 - BGH NJW 2008, 2172: Sürekli edimli sözleşmelerde, **tedarik maliyetinin artması** halinde bunun aynen tüketiciye yansıtılacağını ifade eden hükümler.

İstisna: TKHK m. 4(3)

- Tüketiciden;
 - kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve
 - sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile
 - sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez.
- Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu** tarafından belirlenir.

HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KORUMA

- **TTK m. 55: Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar**
 - (1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:
 - 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.

HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KORUMA

- Yaptırım: TTK m. 56- (1) Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse;
 - Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,
 - Haksız rekabetin men'ini,
 - Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini,
 - Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,
 - Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini,

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Kötü ifa halinde sorumsuzluğa ilişkin kayıtlar:
 - “Banka personelinin ve/veya muhabirlerinin ya da üçüncü kişilerin kusurundan/gecikmesinden/unutmasından/yanılmasından/ihmalinden/elinde olmayan nedenlerden sorumlu değildir” ... “... ve/veya herhangi bir sebep göstermeye gerek olmaksızın Bankanın (faks) talimatı yerine getirmemesi/getirememesi halinde Bankanın hiçbir sorumluluğu olmayıp ... Faksla verilen talimat Bankaca yerine getirilmediği takdirde Bankanın Müşteriye ayrıca yazılı veya sözlü bilgi verme yükümlülüğü yoktur.”
 - “Banka ancak müşterinin doğrudan doğruya uğradığı gerçek, maddi ve fiili zararlardan sorumlu tutulabilir. Banka kar yoksunluğundan dolayı zararlardan/ manevi zararlardan/gecikme faizlerinden/üçüncü kişilerin zararlarından sorumlu değildir.”

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Yönetmelik Ek/(a) bent 1: “Tüketicinin, ... kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu ... maddi zarara uğraması halinde ... kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar”
- Yönetmelik Ek/(a) bent 2: “... kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin ... kredi verene ... yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını ... kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar”

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Sözleşme koşullarında değişiklik: “Banka herhangi bir zamanda işbu sözleşmenin hükümlerini resen değiştirmeye yetkilidir... Bildirimin postaya verilmesinden itibaren 30 gün içinde müşteri bu değişikliklere karşı herhangi bir itirazda bulunmadığı takdirde bu değişiklikleri kabul etmiş sayılır.”
- Yönetmelik Ek/(a) bent 10: “... kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar”
- Yönetmelik Ek/(b) bent 2:) “(10 uncu alt bent,) finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.”

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Sözleşmeyi sona erdirme yetkisi: “Banka kendi takdirine göre herhangi bir zamanda sonuçlarını derhal meydana getirmek üzere müşteriye yazılı bildirimde bulunarak, işbu sözleşmeyi sona erdirebilir ve müşteri adına açılan hesapların tamamını/bir kısmını kapatabilir/kat edebilir.”
- Yönetmelik Ek/(a) bent 7: “... kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi her hangi bir uyarıda bulunmaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar”

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Delil sözleşmesi: “Taraflar ... Bankanın defter/kayıt/belge/mikrofilm/ mikro fiş/bilgisayar/telefon/tuş/bant/ses kayıtlarının banka nezdinde bulunan teyitsiz de olsa müşteri tarafından imzalanmış/gönderilmiş her türlü form/faks mesajı/talepname/belge/teyit yazısının ... ve diğer kayıtlarının HUMK m.287 uyarınca münhasır delil olduğunu ve geçerli, bağlayıcı kesin delil olacağı konusunda karşılıklı olarak mutabık kalmışlardır.
- Yetkili Mahkeme kayıtları
- İspat yükünün tersine çevrilmesi: “Bankanın işlerinde mutat dikkati göstermiş olduğu karine olarak kabul edilir”
- Yönetmelik Ek/(a) bent 17: “Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, ... gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar.”

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Edim değişiklikleri: "Banka ... herhangi bir sebep göstermeksizin işbu sözleşmede yer alan ... her türlü ürün/hizmetleri tamamen veya kısmen yahut bazılarını müşteriye kullandırıp/kullandırmamaya, kullanılanları durdurmaya/son vermeye/iptal etmeye ... yetkilidir. Banka bu durumlarda yazılı olarak/elektronik bankacılık kanallarından/e-posta yoluyla müşteriye önceden bildirim yapmak ya da hiç bildirim yapmamakta muhtardır."
- Yönetmelik Ek/(a) bent 11: "... kredi verenin, ... ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar"

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Risk Dağılımı - I: Sahtecilik halinde
 - Vekaletname/çek/talimat: “Çek üzerinde sakatlık/tahrifat/silinti/çıkıntı ve diğer kuşkulu durumlardan, yasal gereklere uygun olmayan çeklerin ödenmesinden/ödenmemesinden, çek yapraklarının yetkisiz kişilerin eline geçmesinden ... Banka sorumlu olmayıp... / Banka hesapta tasarruf etmek üzere ibraz edilen vekaletnamelerin ve diğer yetki belgelerinin sahteliğinden sorumlu tutulamayacak olup, bu gibi belgelerin sahteliğini araştırmakla yükümlü değildir”
 - BK m. 472 / m. 306 / TTK m. 724 (Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğer ki, senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olsun.)
 - Aynı mantık kredi kartları için de geçerlidir

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Risk Dağılımı - II: Ehliyetsizlik halinde
 - “Müşterinin veya temsilcisinin/vekilinin ... ehliyetsizliğinden doğan bütün sonuçlar Müşteriye ait olup ehliyetsizlikle ilgili hususlar bankaya yazılı olarak ulaştırılmadıkça Banka, Müşteriyi ya da onun temsilcilerini tam ehliyetli ve her türlü tasarruf yetkisini haiz saymaya yetkilidir”
 - Müşteri açısından MK m. 15 (... ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.). Kısıtlama halinde MK m. 410/II (Kısıtlama iyi niyetli üçüncü kişileri ilandan önce etkilemez)
 - Müşteri vekili açısından rizikoyu kendisi taşır.

İÇERİK DENETİMİ – ÖRNEKLER

- Risk Dağılımı - III: Teknik aksaklıklar halinde
 - “Banka iletişim ve ulaşım araçlarının kullanılması nedeniyle doğabilecek bütün zararlar ve özellikle kayıp/gecikme/yanlış anlama/bozulma/mükerrerlik/mücbir sebepler doğal afetler sonucu meydana gelebilecek zararlardan sorumlu tutulamaz; bu nedenle doğacak her türlü zarar Müşteriye aittir.”
 - Bu türden bir hüküm sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dağılımını müşteri aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şekilde değiştirmektedir.