

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ELEKTRİK-DOĞAL GAZ PİYASALARI
ABONELİK SÖZLEŞMELERİ VE
BU SÖZLEŞMELERDE YER ALAN
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Şüheda DALKA

Ankara-2016

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ELEKTRİK - DOĞAL GAZ PİYASALARI
ABONELİK SÖZLEŞMELERİ VE
BU SÖZLEŞMELERDE YER ALAN
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Şüheda DALKA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Ankara-2016

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ELEKTRİK -DOĞAL GAZ PİYASALARI
ABONELİK SÖZLEŞMELERİ VE
BU SÖZLEŞMELERDE YER ALAN
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve SOYADI

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Yrd. Doç. Dr. Betül TIRYAKI ÖZLÜK

İmzası



Tez Sınavı Tarihi: 18/01/2017

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynak gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (.../.../201)



Şüheda DALKA

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vi
ÖNSÖZ.....	ix
GİRİŞ	1
I. KONUNUN ÖNEMİ VE SORUNUN ORTAYA KONULMASI.....	1
II. KONUNUN İNCELENME BİÇİMİ VE SİSTEMATİK	3

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

I. SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ ve İSTİSNALARI	6
A. Sözleşme Serbestisi İlkesi	6
B. Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırlandırılması	
1. Özel Hukuk Bakımından Sınırlandırılma.....	9
2. Kamu Hukuku Bakımından Sınırlandırılma	19
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI ve ÖZELLİKLERİ	
A. Tanım	23
B. Kapsam.....	30
1. Kişi Bakımından	30
2. Konu Bakımından.....	33
C. Hukuki Nitelik ve Unsurlar	38
1. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği	38

2. Genel İşlem Koşullarının Unsurları	40
a) Önceden Tek Başına Hazırlayarak Karşı Tarafa Sunma	40
b) Genel ve Soyut Nitelikte Olma	43
c) Sözleşmeye Dahil Edilme ve Belirsiz Sayıda Tip Sözleşmelerin Kurulması İçin Hazırlanma	44
D. Genel İşlem Koşullarının Denetimi	46
1. Denetim Yöntemleri	48
2. Yargısal Denetim Yöntemleri	50
a) Yürürlük (İlişkilendirme, Bağlayıcılık) Denetimi	50
aa) Denetimin Kapsamı	50
bb) Denetimin Unsurları	57
cc) Denetimin Sonuçları	57
b) Yorum Denetimi	60
c) İçerik Denetimi	66
E. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Düzenlemelerinin İncelenmesi	66
1. Karşılaştırmalı Hukukta Yaşanan Gelişmeler	66
a) Alman Hukuku	68
b) İngiliz Hukuku	69
c) Avrupa Birliği Hukuku	70
aa) 93/13/EEC (AET) Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Direktif	70
bb) UNIDROIT ve Ole LANDO İlkeleri Bakımından	74
d) İsviçre Hukuku	78
2. Türk Hukukunda Yaşanan Gelişmeler	79

İKİNCİ BÖLÜM

ELEKTRİK - DOĞAL GAZ PİYASALARI ve ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

I. ELEKTRİK-DOĞAL GAZ PİYASALARI ve ÖZELLİKLERİ

A. Elektrik-Doğal Gaz Tedariğinin Kamu Hizmeti Olması.....	86
B. Regülasyon, Bağımsız Düzenleyici Kurum ve Elektrik-Doğal Gaz Piyasalarına Etkileri.....	90
1. Regülasyon Kavramı.....	90
2. Bağımsız Düzenleyici Kurumlar (Bağımsız İdari Otorite, Regülasyon Kurumu).....	93
3. Elektrik-Doğal Gaz Piyasalarının Tarihçesi ve Özellikleri.....	97
a) Elektrik Piyasasının Tarihçesi ve Özellikleri.....	97
b) Doğal Gaz Piyasasının Tarihçesi ve Özellikleri.....	106

II. ELEKTRİK ve DOĞAL GAZ PİYASALARINDA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ.....

111

A. Genel Olarak Abonelik Sözleşmelerine İlişkin Özellikler.....	112
1. Abonelik Sözleşmeleri Tüketici Sözleşmesi Kapsamındadır.....	112
2. Abonelik Sözleşmeleri İsimli Sözleşmeler Kapsamındadır.....	114
3. Abonelik Sözleşmeleri Tüketici Hukuku Mevzuatında Yer Alır.....	119
B. Elektrik Piyasası Mevzuatında Abonelik Sözleşmeleri.....	125
C. Doğal Gaz Piyasası Mevzuatında Abonelik Sözleşmeleri.....	130
D. Elektrik ve Doğal Gaz Piyasası Abonelik Sözleşmelerinin Hukuki Özellikleri..	134
E. Elektrik ve Doğal Gaz Piyasası Abonelik Sözleşmelerinin Unsurları.....	140

1. Sözleşme Tarafları.....	142
2. Sözleşme Konusu.....	144
3. Tarafların Asli Edim Yükümlülükleri.....	146
a) Hizmet Sağlayıcısının Asli Edim Yükümlülüğü: Enerji Tedarik Etme....	146
b) Hizmet Kullanıcısının Asli Edim Yükümlülüğü: Bedel Ödeme.....	151
4. Tarafların Yan Edim Yükümlülükleri.....	153
a) Hizmet Sağlayıcısının Yan Edim Yükümlülükleri.....	153
aa) Kullanıcıyı Aydınlatma ve Sözleşme Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü.....	153
bb) Gizlilik Yükümlülüğü.....	154
cc) Ayıba Karşı Sorumluluk.....	156
dd) Sayaç Okuma, Fatura Düzenleme, Fatura Ödeme Merkezleri, Müşteri Hizmetleri Servisi, Acil Müdahale Ekibi Kurma Zorunluluğu.....	156
b) Hizmet Kullanıcısının Yan Edim Yükümlülükleri.....	159
aa) Dağıtım şirketinin makine ve cihazlarına zarar vermeme, özenli kullanma ve bu ekipmanlara ulaşılmasına izin verme yükümlülüğü.....	159
bb) Ödeme Emrini Zamanında Yerine Getirme Sorumluluğu.....	160
cc) Devir, Temlik ve Rehin Yasağı Sorumluluğu.....	165
5. Elektrik ve Doğal Gaz Abonelik Sözleşmelerinin Diğer Sözleşmelerle Karşılaştırılması.....	164

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRİK-DOĞAL GAZ PİYASALARI ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE İÇERİK DENETİMİ

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

A. İçerik Denetiminin Kapsamı.....	169
B. Pozitif Hukukta İçerik Denetimi.....	176
C. Değişirme Yasağı.....	181
D. İçerik Denetiminin Yaptırımı.....	182

II. ENERJİ PİYASALARI ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN İÇERİK DENETİMİ.....

A. Ödeme Emri Bildirimi İçeriğine İlişkin Şartlar.....	187
1. Faturalama ve Ödeme Dönemi.....	187
2. Fatura Ödeme Usulleri ve Gecikme Zammı.....	189
3. Fatura İçerikleri.....	192
4. Faturaya İtiraz.....	198
B. Elektrik- Doğal Gaz Abonelik Sözleşmelerinin Sona Ermesine İlişkin Şartlar..	200
C. Sorumsuzluk ve Muafiyet Kayıtları	203
D. Tarife ve Sözleşme Değişikliği Kayıtları	204
SONUÇ.....	207
KAYNAKÇA	215
ÖZET.....	227
ABSTRACT.....	228

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABSY	: Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch)
bkz.	: bakınız
BOTAŞ	: Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
C	: Cilt
CC	: Fransız Medeni Kanunu (Code Civil)
DPDMHY	: Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği
DPK	: Doğal Gaz Piyasası Kanunu
E	: Esas
EEC	: (AET) Avrupa Ekonomik Topluluğu
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
EPK	: Elektrik Piyasası Kanunu

EPMHY : Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği

EPHY : Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği

EÜHFD : Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİK : Genel İşlem Koşulları

GİŞ : Genel İşlem Şartları

GTB : Gümrük ve Ticaret Bakanlığı

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD : Hukuk Dairesi

İHD : İşletme Hakkı Devri

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K : Karar

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

m : madde

MÜHF-HAD :Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuki
Araştırmalar Dergisi

Nu : Numara

RK : Rekabet Kurulu

RKHK : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

s : sayfa

S : sayı

T : Tarih

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TEAŞ : Türkiye Elektrik Üretim ve İletim Anonim Şirketi

TEDAŞ : Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi

TEİAŞ : Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi

TEK : Türkiye Elektrik Kurumu

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TPAO : Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı

TSHŞY : Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik

TTK : Türk Ticaret Kanunu

UCTA : Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation (Haksız Sözleşme
Şartları Kanunu)

Y : Yıl

ÖNSÖZ

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalı Medeni Hukuk Bilim dalında yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma ile yaygın bir kullanım alanı bulunan abonelik sözleşmelerinin özellikle elektrik ve doğal gaz piyasaları bakımından incelemesi yapılacaktır. Bu sözleşmelerin detayları ele alınacaktır. Ayrıca söz konusu abonelik sözleşmelerinin genel işlem koşulu olma özelliği gösteren hükümleri gözden geçirilecektir. Böylece yargı makamları tarafından yapılacak özellikle içerik denetimiyle, sözleşme tarafları arasında menfaat dengesini bozabilecek ve sözleşmenin kendi içinde oluşturması beklenen sözleşme adaletinden uzaklaşılmasına neden olabilecek bazı koşulların hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır. Bu sonuçların gelecekte düzenleyicilere ve tüketicilere yol gösterici olması amaçlanmaktadır.

Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler pozitif hukukumuzda ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunuyla dahil olmuştur. Ancak 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 2003 yılında ilave edilen haksız şart düzenlemesiyle sadece tüketiciler bakımından sınırlı olarak da olsa, bu yönde bir yenilik getirilmiş ve yasal zemin oluşturulmuştur. Yargı kararlarında ise sistematik bir bakış bulunmamakla birlikte, sözleşme genel işlem koşullarının özellikle kamu düzenine aykırılık, ahlaka aykırılık, gabin (aşırı yararlanma), dürüstlük kuralı gibi genel ilkelerden hareketle denetlenmeye çalışıldığı anlaşılmakta olup bu yönde kararlar mevcuttur.

Genel işlem koşullarının sözleşmelerde kullanılmaya başlanması, liberal ekonomik düzenin hukuk dünyasına özellikle de sözleşmeler hukukuna yansımalarının

bir örneği olarak görülebilir. Zira karşılıklı müzakereler ve yüzyüze görüşmelerle hazırlanan bireysel sözleşme modelinden, liberalizmin etkisiyle, sadece imza aşaması ile tamamlanan kitlesel sözleşme modeline geçiş söz konusu olmuştur. Böylece zaman ve emek tasarrufu sağlayarak uzmanlaşmayı da beraberinde getiren sözleşme koşullarının kalıplaşması ile genel işlem koşullarının kullanımı yaygınlaşmıştır.

Farklı hukuk sistemlerinde ve Türk hukukunda inceleme konusu olan genel işlem koşullarına haiz sözleşmeler adeta güncel sözleşme modelinin adı olurken, konunun detayları olan genel işlem koşullarının unsurları, özellikleri, denetlenmesi ve bu denetimin sonuçlarının incelenmesi ele alınan konular arasındadır. Bu genel inceleme dışında ise konu özel olarak enerji abonelik sözleşmelerinin içeriğinde yer alan genel işlem koşullarına taşınmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın konu belirleme aşamasında derslerinden aldığım ilham ile esinlendiğim ve devam eden süreçte hassas incelemeleriyle yol gösterici olan her türlü okuma ve düzeltmeleri tüm titizliğiyle gerçekleştiren, tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL'a sonsuz teşekkür ve şükranlarımı sunmak isterim.

Tezin değerlendirilmesi aşamasında yaptıkları eleştiriler ve katkılarla çalışmanın daha ileri bir boyuta taşınmasını sağlayan değerli jüri üyeleri Prof. Dr. Hasan AYRANCI ve Yrd. Doç. Dr. Betül TİRYAKİ ÖZLÜK'e de emeklerinden ötürü teşekkür etmek isterim.

Ayrıca, benim için ikinci bir üniversite, yeni bir hayat ve farklı bakış açıları kazanmak demek olan, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunda; Eğitim Grup Başkanı Sayın Mahmut Adil SAVAŞ'a, yine bu vesileyle, Enerji Piyasası

Düzenleme Kurumu Başkanı, kendisi de başarılı bir hukukçu olan Sayın Mustafa YILMAZ'a da saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Ve en nihayetinde, hayatlarında en büyük hedefleri çocuklarını faydalı bireyler olarak yetiştirmek olan şefkat ve özverinin temsilcileri çok kıymetli anne ve Rahmete kavuşmuş olan canım babama,

En iyi arkadaşım, vazgeçilmez bir dostum, varlığından güç aldığım kıymetli eşime bir teşekkür olarak,

Bu çalışmayı takdim etmek isterim.

Ankara, 2016

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ ve SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Bir taraftan teknolojik imkanların kullanımının büyük bir hızla yaygınlaşması, diğer taraftan küresel sermaye birikiminin getirdiği ekonomik refah artışı ile birlikte, hukuk anlayışında da önemli değişimler yaşanmaktadır. Bu değişimin özel hukukun asli kavramları olan “*irade özerkliği*”, “*sözleşme özgürlüğü*”, “*bireysel sözleşmelerle sözleşme adaletinin sağlanması*” gibi ilkelere etkisi oldukça önemlidir. Bu önemli etkinin bir boyutu da Türk Borçlar Kanunu sistematigine 6098 sayılı Kanun ile dahil olan “*genel işlem koşulları*” kavramıyla ortaya çıkmaktadır. Zira artık kitlesel sözleşme modeline doğru geçiş ile birlikte önceden hazırlanarak tarafların üzerinde müzakere etme imkanı bulamadığı pratik bir sözleşmeler hukukuna doğru ilerlenmektedir. Bu anlayış değişikliğiyle, zayıf sözleşme tarafı olan; “*tüketici*”, “*işçi*”, “*kiracı*” gibi kitlelerin korunması yönünde bir amaç ortaya çıkmaya başlamıştır.

Sosyal hayat içinde ekonomik ilişkilerini sürdürmekte olan bireylerin pek çok farklı hizmet alanında yapacağı sözleşmelerin “*genel işlem koşulları*” içermesi, hatta çoğunlukla “*standart sözleşme*” şeklinde hazırlanması söz konusu olmaktadır. Çok çeşitli avantajlarından ötürü, genel işlem koşullarından vazgeçilmesi zorlaşmaktadır. Ancak bu şartların kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek için oluşturulan çeşitli denetim mekanizmaları mevcuttur. Mal/hizmet sağlayıcısının karşı akidinin objektif iyiniyet kurallarına uygun biçimde, dengeli ve adil sözleşme koşullarıyla yani “*laesio enormis*” ile muhatap olmasını sağlamak için gerekli olan denetim mekanizmalarının, başlıca “*idari-ön denetim*” ve “*yargısal-sonraki denetim*”

şeklinde ele alınması hukuk sistemlerinde sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Yargısal denetimin ise “yürürlük”, “yorum” ve “içerik” denetimi biçiminde olmak üzere farklı yöntemleri bulunmakta olup idari denetime oranla bu yöntemlerden daha etkili sonuçlar alınabilmektedir.

Taraflar arasında müzakere edilmeden hatta çoğu zaman standart sözleşme şeklinde yürürlüğe giren sözleşmelerin yer aldığı önemli bir alan ise enerji piyasaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Düzenlemeye tabi enerji piyasaları dediğimiz “*elektrik ve doğal gaz piyasalarında*”, devletin ekonomik hayata ılımlı müdahalesi anlamına gelen “*regülasyon*” faaliyeti ile liberalleşen ve rekabete açılan piyasalarda sözleşme özgürlüğünün zaman zaman sınırlanması söz konusu olabilmektedir. Düzenleyici Kurum EPDK’nın regülasyon faaliyetleri ile enerji piyasalarında özel sektörün rolü zaman içerisinde artmıştır. 1980’ler sonrasında liberal ekonomik politikaların takip edilmeye başlanmasıyla, özellikle 1999 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle özelleştirmelerin önü açılmıştır. Yine bu dönemde AB’ye uyum çalışmaları kapsamında önce Elektrik Piyasası Kanunu ardından da Doğal Gaz Piyasası Kanunu yürürlüğe girerek liberal bir piyasa yapısının yasal zemini hazırlanmıştır. 2013 yılında yürürlüğe giren yeni Elektrik Piyasası Kanunu ile liberalleşme çalışmalarına yön vermiştir.

Hayatımızın her alanında gerekli olan enerji tüketimi, enerji hukukunun gelişerek ve yeniliklere göre şekillenerek boyut kazanmasını gerekli kılmaktadır. Bugün gelinen noktada enerji piyasalarında faaliyet gösteren birçok özel hukuk tüzel kişisi mevcuttur. Birbirleriyle rekabet halinde olan hizmet sağlayıcı şirketler, düzenleyici Kurumun koyduğu kurallara göre hareket ederek, enerji kullanıcılarının haklarını daha çok gözetmek zorunda kalmaktadır. Bir de kullanıcıların geçmişe

oranla daha bilinçli oldukları ve enerji faturalarını sorgulamaya daha fazla eğilimli oldukları göz önüne alındığında, enerji hukukuna ilişkin “*abonelik sözleşmelerinin*” önemi artmaktadır. Enerji piyasalarında abonelik sözleşmeleri, genel işlem koşuluna haiz sözleşmeler olarak düzenlenmektedir. Özellikle elektrik piyasasında bunun ötesine geçilerek EPDK Kurul Kararıyla elektrik perakende satış sözleşmesi standart sözleşme halini almıştır. Böylece tüm kullanıcılara aynı elektrik perakende satış sözleşmesi uygulanmaktadır. Doğal gaz piyasasında henüz standart hale gelmiş bir abonelik sözleşmesi bulunmamaktadır. Ancak piyasada kullanılan doğal gaz abonelik sözleşmeleri yüksek oranda genel işlem koşulu içeren sözleşme konumundadır.

Enerji abonelik sözleşmelerinin içerikleri tıpkı diğer genel işlem koşulu içeren sözleşmeler gibi “*yargı denetimine*” açıktır. Yargı denetiminin etkili sonuçlar doğurduğu alanlardan biri olan “*içerik denetimi*” enerji abonelik sözleşmeleri bakımından da gerçekleştirilebilecektir. Bu kapsamda, sözleşme adaletinin sağlanıp sağlanmadığı, sözleşme taraflarının yükümlülükler dağılımının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı denetlenecektir. Enerji abonelik sözleşmeleri içeriklerinde yer alan “*fatura (ödeme emri) içerikleri*”, “*elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmelerinin sona erme koşulları*”, “*bazı sorumsuzluk ve muafiyet kayıtları*”, “*tarife ve sözleşme değişikliği kayıtları*” gibi hususlar incelenerek, bunların içerik denetimine tabi tutulması halinde nasıl bir yol izleneceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. KONUNUN İNCELENME BİÇİMİ VE SİSTEMATİK

Bu çalışma kapsamında genel olarak, Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin gözden geçirilmesi ve bu hükümlerin

enerji abonelik sözleşmelerine etkisinin irdelenmesi amaçlanmıştır. Buna göre, herkesin gündelik hayatında karşılaştığı ve en az bir defa imzaladığı enerji abonelik sözleşmelerinde yer alan hükümlerin genel bir değerlendirilmesi yapılarak olası yargısal denetim sonuçları üzerinde durulacaktır.

Tez çalışmasının birinci bölümünde önce sözleşme serbestisi ilkesi ve bu ilkenin sınırlandırılmasına ilişkin kurallara yer verilecektir. Aynı bölüm içerisinde genel işlem koşullarının unsurları, hukuki nitelikleri, özellikleri ve denetim yöntemleri üzerinde durulacak, yürürlük ve yorum denetimi detaylı şekilde incelenecektir. İçerik denetimi konusunun detayları ise üçüncü bölüme bırakılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümü, iki kısma ayrılmıştır. Birinci kısımda, enerji piyasaları ele alınacaktır. Bu bağlamda konu yalnızca elektrik ve doğal gaz gibi yetkili makamların düzenlemelerine tabi olarak işleyen iki piyasa ile sınırlı tutulacaktır. Söz konusu piyasalara ilişkin genel bilgilendirmeler ve özelliklerden bahsedilirken regülasyon faaliyetinin özelliklerine de yer verilecektir. Bu kısım idare hukuku ile olan yoğun ilişkisi dikkate alınarak sadece genel hatlarıyla ele alınmaya çalışılacaktır.

Bölümün ikinci kısmı ise abonelik sözleşmelerine ayrılmış olup, burada abonelik sözleşmelerinin hukuki özellikleri incelenecektir. Elektrik ve doğal gaz piyasalarında kullanılan abonelik sözleşmelerinin özellikleri detaylı olarak ele alınacaktır. Enerji abonelik sözleşmelerinin tarafları, konusu, tarafların asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ele alınıp diğer sözleşmelerle karşılaştırma yapılacaktır.

Son bölüm olan üçüncü bölümde ise, genel işlem koşullarının yargısal denetim yöntemlerinden biri olan “*içerik denetimi*” tarihsel gelişimi ile birlikte incelenerek mevcut kanuni düzenlemenin son hali ele alınacaktır. İçerik denetiminin ayrı bir bölüme aktarılmasının nedeni ise, genel işlem koşulları denetim yöntemleri arasında bu yöntemin ayrı bir öneminin bulunması olmuştur. Böylece enerji abonelik sözleşmelerinin içerik denetiminin nasıl yapılabileceği ve olası sonuçları üzerinde durulacaktır.

Sonuç bölümünde ise elde edilen tüm veriler ışığında, varılan sonuç ve yorumlar ortaya konulacaktır.

Tez çalışması içeriğinde üzerinde önemle durulan hususlardan biri, tüketici sözleşmesi kavramı kapsamının belirlenmesi olmuştur. Zira kapsama dahil birçok sözleşme bulunmakla birlikte, bu sözleşmelerden yalnızca “*abonelik sözleşmeleri*” incelenmiştir. Ayrıca incelenecek piyasalar olarak da konu elektrik ve doğal gaz piyasalarıyla sınırlandırılmıştır.

Tezde terminoloji olarak, enerji abonelik sözleşmesini imzalayan ve enerjiyi kullanacak taraf için “*kullanıcı ya da hizmet alan taraf*” ifadesi tercih edilmiştir. Zira enerji hukukunda *tüketici*, *müşteri*, *serbest tüketici*, *abone*” gibi birçok farklı kavram kullanılmakla birlikte, bu kavramların içerikleri her zaman geleneksel tüketici hukuku kavramlarıyla örtüşmemektedir. Kavramlar arası bu farklılığa ilişkin detaylı açıklamalara tezin ikinci bölümünde yer verilmektedir. Ancak mevzuat alıntıları yapılan bölümlerde, mevzuatta kullanılan ifadeler değiştirilmeksizin olduğu şekliyle nakledilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

I. SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ VE İSTİSNALARI

A. SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ

Kişinin hukuki ilişkilerinde bu ilişkinin sınırları içerisinde kendi kaderini belirleyebilme yetkisi, yani irade özerkliği¹, özel hukukla bağlantısında sözleşme serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme özgürlüğü, irade serbestisinin en önemli unsurlarından birini teşkil etse de, bu iki kavramı birbirine karıştırmadan ve eş anlamlı olmadıklarını bilerek kullanmak gerekir. Sadece sözleşme özgürlüğünün değil, bunun yanı sıra mülkiyet özgürlüğünün, ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünün, örgütlenme özgürlüğünün de irade özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gerekir.² Sözleşme serbestisi kendi içinde; herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve nihayet

¹ “Fransızcada “*autonomie de la volonté*” sözcüğü ile ifade edilen irade özerkliği teriminin Latince kökeni, *autos* (kendisi tarafından, kendisinden) ve *nomos* (kanun) kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Buna göre “Kendi kanunları ile yönetilen kişi özgür (özerk yani autonom) kabul edilir.” Derya ATEŞ, “**Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları**”, TBB Dergisi, S. 72, 2007, s.76

² Nagehan KIRKBEŞOĞLU, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.23

kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma³ olarak dört alt türe ayrılarak birbirinden farklı anlamlar kazanmıştır.

Her hukuk düzeni kendi yapısı ve ideolojisi çerçevesinde sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirler.⁴ Bu bakımdan muhtelif hukuk düzenleri arasında büyük farklar bulunduğu hukuk tarihi araştırmalarından öğrenilmektedir. Hukuk sistemlerinde ne mutlak bir sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiş ne de bu ilkeyi tamamen ortadan kaldıran bir hukuk kuralı görülmüştür. En geniş ölçüde sözleşme özgürlüğü ilkesine yer veren hukuk sistemlerinde bile, bu serbestiyi sınırlayan kurallara rastlanıldığı görülmektedir.⁵

19 uncu yüzyılda sözleşme özgürlüğünün birçok çağdaş özel hukuk düzenlerinin temelini oluşturması⁶, Roma hukuku kaynaklarında klasik dönemde,

³ Fikret EREN, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2016, s. 17, Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 84-88, O. Gökhan ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 53-55

⁴ Mehmet ÜÇER, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.26

⁵ Ali Naim İNAN/Özge YÜCEL, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.205-206

⁶ Bu hukuk düzenlerine örnek olarak 1804 yılında kabul edilen Fransız Medeni Kanunu (CC), 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB) ve 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu örnek olarak verilebilir.

edim- karşı edim dengesi bakımından kendini göstermemişse de, ilk olarak Corpus Iuris döneminde bir arsanın satımını konu alan bir sözleşmede, arsanın değerinin yarısından az miktarda bedel verilmesi halinde, emirnamelerle sözleşmeyi feshetme yetkisi verilmesiyle ortaya çıkmıştır. Bu emirname ile açıkça sosyo-politik bir amaç güdülerek sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Roma Hukukunda çeşitli emirnamelerle başlatılan bu uygulama, daha sonra “*laesio enormis (adil sözleşme koşulları)*” adını almıştır.⁷

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması düşüncesi, bu şekilde Roma hukukundan gelen zayıf etkilerle kendini göstermiştir. Ancak, özellikle 19 uncu yüzyıla gelindiğinde, seri ve kitlesel üretim bolluğunun doğurduğu liberal ekonomik düzen, hukuk sistemlerini de etkilemiş ve birey iradesi kutsanmıştır. 1789 Fransız İhtilali “*özgürlük, eşitlik ve kardeşlik*” ilkeleriyle isimlendirilmektedir. Klasik sözleşme anlayışı ile aslında 1789 devrimi ile sistematik haklar kataloğuna dönüşmüş olan tüm burjuva kazanımları kriter olarak ele alınmaktadır.⁸ Bu dönemde her türlü toplumsal düşünce ve pratiğin temeline oturtulan “*kutsanmış birey*” anlayışı ile birey iradelerine dayandırılan sözleşme kavramı yüceltilmiştir. Ancak liberal ekonominin karşı konulamaz yükselişi ile birlikte, eşit iradeler arasında mutlak bir eşitliğin söz konusu olamayacağı, baskı ve sermaye gruplarının, tek tek bireylerin iradesine üstün

⁷ Arzu KÜÇÜKYALÇIN, “*Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*”, AÜHFD, C.53, S.4, 2004, s.103-104

⁸ Yasemin IŞIKTAÇ, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 98

gelebileceği ve sözleşme özgürlüğünün her zaman aslında sözleşme adaletini beraberinde getirmeyeceği çok geçmeden anlaşılmaya başlanmıştır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi geçmişteki önemini günümüzde de korumaktadır. Ancak “sözleşme adaleti” kavramı geçmişe göre oldukça gelişmiştir. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğünün mutlaklığı anlayışı, yerini belli alanlara belli koşullar altında müdahaleye ve sözleşme adaletinin sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasına bırakmıştır. Bu anlayış, son yıllarda geliştirilen “sözleşmesel dayanışma” kavramı üzerinde yükselir.⁹ Sonuç olarak, liberal devlet ilkesinin zamanla sosyal devlet ve en önemlisi hukuk devleti ilkeleriyle dengelenmesinin anlaşılması gereği karşısında, modernitenin özel hukuk için ürettiği sözleşme serbestisi kavramı, post-modern anlayış ile yerini sözleşme serbestisinin de belli şartlar ile sınırlandırılması anlayışına, yani hukuk düzeni içerisinde hiçbir kavramın kutsanmasının hakkaniyete uygun sonuçlar üretemeyeceğinin kabulüne bırakmıştır.

B. SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİNİN SINIRLANDIRILMASI

1. Özel Hukuk Bakımından Sınırlandırılma

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların özel hukuk bakımından farklı bakış açılarıyla mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, özellikle eşya hukukunda “*numerus clausus (sınırlı sayı)* ve *tipe bağlılık*” ilkesi¹⁰ geçerli

⁹ Başak BAYSAL, **Sözleşmenin Uyarlanması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 11

¹⁰ “Bu ilke, aynı hakların yeterli biçimde açık olması ihtiyacından doğar. Hukuk düzeni yalnız aynı hakların sayısını sınırlandırmakla kalmamış, her bir aynı hak

olduğundan, bu alanda tip özgürlüğü değil, aksine tip mecburiyeti olduğu göz önüne alınırken¹¹, borçlar hukuku alanında sınırlamaların daha az, serbestinin daha geniş olduğu belirtilebilir.

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar çok çeşitli sebeplere dayanabilir. Bu durum tarafların önceki taahhüdünden, kanundan doğan bir sözleşme yapma yükümlülüğünden, sosyal adaleti sağlamak üzere devletin ekonomik hayata müdahalesinden ya da ticari yaşamda rekabetin hukuka uygun surette işlemlerini sağlama düşüncesinden kaynaklanabilmektedir.¹²

Sözleşme özgürlüğünün, özel hukuk bakımından, TBK'nın 26 ncı maddesinde “*taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklinde düzenlendiği, 27 nci maddede ise “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” düzenlemesiyle özgürlük alanı sınırlarının genel olarak çizildiği anlaşılmaktadır. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu yürürlükteyken, bireysel sözleşme modeli esas olduğundan, karşılıklı görüşmelerle

tipinin içeriğini belirlemede de Borçlar Hukukunda olduğundan daha fazla sınırlama getirmiştir...” A. Lale SİRMEN, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.40

¹¹ EREN, **Genel Hükümler**, s.17

¹² Nilgün BAŞALP, “*Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler*”, Prof. Dr. Şenel AKYOL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 222-223

tarafların çıkar dengesinin korunduğu kabul edilmekteydi. Bu varsayımdan hareketle, düzenleme serbestisinin sözleşme ile taraf çıkarlarının gerçekten adil biçimde dengelenip dengelenmediğini ortaya koyabilmek için; emredici kurallara aykırılık, ahlaka aykırılık ve imkansızlık gibi genel sınırlama maddelerinin konulmasıyla yetinilmekteydi.¹³

Sözleşme özgürlüğünün genel hükümler bakımından, “*kişilik haklarının korunması*” çerçevesinde de sınırlanabileceği, TMK m. 23 ve 24’den anlaşılmaktadır. 23 üncü maddenin “...*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz...*” hükmü ile sınırlamaların çerçevesi çizilmektedir. Burada gözden kaçırılmaması gereken önemli nokta, her sözleşmenin kişi özgürlüklerini az ya da çok kısıtladığıdır. Bu nedenle kişilik haklarına aykırılık için sözleşmenin sadece özgürlükleri sınırlaması yeterli olmamaktadır. Bunun yanında, sözleşme ile meydana gelen sınırlamanın kişilik hakkı kapsamında yer alan özgürlüğü kullanılamaz hale getirmesi ya da kullanılamaz hale yakın bir sınırlamaya tabi tutması gerekir ki, bu sınırlamanın hukuka ya da ahlaka aykırılık anlamı söz konusu olabilsin. Aksi durum sözleşme yapılmasını imkansız hale getirir.¹⁴ Sözleşme özgürlüğünün kişilik haklarının korunması bakımından sınırlanması meselesi en çok, bir kişilik hakkı olan ekonomik

¹³ ZEVLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, Barış Yayınları, 2. Baskı, İzmir, 2013, s.121

¹⁴Başak GÖRGEÇ, “*Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi*”, MÜHF-HAD, C.19, S.1, s.432

özgürlüğün sınırlanması bakımından gündeme gelebilir. TMK m. 23 ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılmasında da uygulama alanı bulur. Bunun için alacaklının, borçlunun ekonomik geleceğini gasp etmesi¹⁵, onu karşı tarafın arzusu, keyfi ya da insafına bırakması gerekir.¹⁶ Sözleşmede, bir tarafın taahhüt ettiği edimlerle, diğer tarafı ahlaka aykırı bir biçimde bağlanmasına neden olan sözleşmelere “*kelepçeleme sözleşmeleri*” denir.¹⁷ Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri birlikte değerlendirildiğinde, kelepçeleme sözleşmelerinin hukuki dayanağının genel ahlaka aykırılık olduğunu kabul etmek gerekecektir.¹⁸ TBK 417 inci maddesinde “*işçinin kişiliğinin korunması*” başlığı ile yeni getirilen düzenlemede; “*işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış*

¹⁵Yargıtay 13. HD., E. 2009/14991, K. 2010/5048, T. 14/4/2010, “***..davacı tüketici olup maaşının tamamına sözleşmenin bu hükümleri uyarınca, bloke edilerek el konulup kredi kartı borçları için takas mahsup uygulaması 4077 sayılı Kanunun 6. maddesindeki haksız şart ile ilgili emredici hükmü bertaraf etmek için yapılan bir uygulamadır.***”, kişinin maaş hesabının tamamının bloke edilmesi bu gaspa bir örnek olarak verilebilir.

¹⁶ Veysel BAŞPINAR, “*Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri*”, ABD, Y.1999, S.1, s. 19

¹⁷ BAŞPINAR, s.21

¹⁸ Akın ÜNAL, **Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Ekonomik Özgürlüğün Aşırı Derecede Sınırlanması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 115

olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür...” yer almakta olup, işçinin kişilik haklarının korunması işverenin sorumluluğundadır. Dolayısıyla işveren ile işçi arasında yapılacak hizmet sözleşmelerinin sınırını da bu şartlar oluşturacaktır.¹⁹

Borçlar hukuku alanında genel sınırlamalar dışında, sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı, hatta sözleşme yapma zorunluluğunun yer aldığı alanlar da vardır. Tehlike sorumluluğu halleri, tüketicinin korunması düzenlemeleri, iş kanunları, kira kanunları gibi alanlar; üretici, işveren ve kiralayana karşı, daha zayıf durumda olan zarar görenleri, tüketicileri, işçi ve kiracıları koruyan hükümleri içermektedir.²⁰ Bu alanlarda sınırlama nedenlerinin varlığından da anlaşılacağı üzere, sözleşme yapma zorunluluğu, genellikle sözleşmenin güçler dengesinin kendiliğinden oluşmadığı, zayıf olan tarafın daha güçlü sözleşme tarafına karşı korunmasının söz konusu olduğu hallerde görülmektedir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, özellikle tüketici hukukunda tüketiciler yararına törpülenmeye başlanmış, bugün geline nokta, tüketiciler yararına, hakim hatta

¹⁹ “TBK m. 417 hükmü, TBK kapsamında yapılan hizmet sözleşmeleri yanında İş Kanunu kapsamında değerlendirilen iş sözleşmelerine de uygulanmalıdır.” görüşü için, bkz. GÖRGEÇ, s.431

²⁰ Alparslan ALTAN, “*Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması*”, ABD, Y.2004, S.3, s. 65

önleyici olarak idarenin müdahalesi yaygın olarak kabul görmüştür.²¹ Tüketici hukukunda sözleşme özgürlüğüne müdahalenin yer aldığı bir düzenleme örneği olarak; 4077 sayılı mülga TKHK'un 5, yeni 6502 sayılı TKHK'un 6 ncı maddesinin, *“satıştan kaçınma”* hükmü verilebilir. Buna göre, *“vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmadıkça kaçınılamaz...”* düzenlemesiyle, belirli şartların söz konusu olması halinde hem mal satıcısının hem de hizmet sağlayıcısının sözleşme yapmaktan kaçınamayacağı anlaşılmaktadır.

Yine mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun²² 11 inci maddesinde *“kiracı kira müddetinin bitmesinden en az on beş gün evvel mecuru tahliye edeceğini yazı ile bildirmediği takdirde sözleşme aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılır.”* özel hukuka ilişkin bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğundan söz edilebilirdi. Maddeden anlaşılabileceği üzere, 6570 sayılı Kanun ile kiraya verenler bakımından, kendisine başvuran herkes ile bir sözleşme yapma zorunluluğu getirilmemekte, sadece daha önce bir kira ilişkisi içinde bulunan taraf ile

²¹ Umut YENİOCAK, *“Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”*, TBB Dergisi, S. 107, 2013, s.76

²² 6101 sayılı Yürürlük Kanunu ile 1 Temmuz 2012'den itibaren 6570 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

yapılmış olan kira sözleşmesinin aynı şartlarla yenilenme zorunluluğuna yer verilmektedir.²³

Sözleşme yapma mecburiyetinin taraf iradelerinden doğmasına örnek olarak ise, önsözleşme veya sözleşme yapma vaadi verilebilir. Önsözleşme, tarafları ilerideki bir tarihte sözleşme yapma yükümlülüğü altına sokmaktadır.²⁴ Taraflardan biri bu borcunu yerine getirmezse, diğer taraf onun aleyhine ifa davası açabilmektedir.

Ticaret hukukunda ise rekabet hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğundan bahsedilebilir. 4054 sayılı Rekabetin Koruması Hakkında Kanunun (RKHK) 6 ncı maddesi “*hakim durumun kötüye kullanılması*”nı, bir rekabet ihlali olarak değerlendirmiş ve yasaklamıştır. Zira hakim durumda bulunan bir işletme, bu durumunu bir rekabet politikası aracı olarak kullanıyor, böylece fiyatları istediği gibi belirleme veya sözleşme şartlarını kendi lehine düzenleme amacıyla sözleşme kurma taleplerini reddediyorsa, sözleşme kurma zorunluluğu söz konusu olabilir.²⁵ Hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6 ncı maddenin altında yatan doktrinsel teori ise, “*zorunlu unsur doktrini (essential facility doctrine)*” adıyla, Amerika

²³ Mehmet Murat İNCEOĞLU, “*Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 395

²⁴ Ön sözleşme detayları hakkında bkz. Hasan AYRANCI, **Ön Sözleşme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006

²⁵ Hasan AYRANCI, “*Sözleşme Kurma Zorunluluğu*”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s. 239

Birleşik Devletlerinde doğmuş olup Federal Yüksek Mahkemenin birçok kararında uygulanmıştır. Buna göre; *“zorunlu unsur teorisi, tekel sahibi bir teşebbüsün münhasıran kontrolü altında tuttuğu bir varlık ya da imkanın kullanılmasının belli bir pazarda faaliyet gösterebilmek için zorunlu olduğunun kabul edilmesi halinde, söz konusu teşebbüsün bu varlık ya da imkanı başka teşebbüslere (rakiplerine) de kullandırmaya hukuken zorlanabilmesinin şartlarını belirleyen”* bir hukuk kuramı olarak tanımlanabilir.²⁶ Zorunlu unsur doktrini özü itibariyle rekabeti tesis etmek adına piyasa ekonomisinin iki temel kuralı olan *“özel mülkiyet”* ve *“serbest rekabet”* ilkelerini sınırlandırmaktadır.²⁷

Hakim durumun kötüye kullanılarak rekabet ortamının bozulması için sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olmasına ilişkin Amerikan hukukunda olduğu kadar eski tarihli olmasa da Avrupa Birliği’nde de benzer yaklaşımların olduğu görülür. Topluluk rekabet hukuku hakim durumda bulunmayı *“per se (niteliği gereği)”* yasaklamış değildir. Hukuka aykırı kabul edilen, hakim durumun

²⁶ Osman Berat GÜRZUMAR, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 74

²⁷ Yaşar TEKDEMİR, **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yamayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003, Ankara, s.62

kötüye kullanılmasıdır.²⁸Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) ve Avrupa Birliği Komisyonu vermiş olduğu çeşitli kararlarla, rekabetin sağlanmasına yönelik olarak sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin belirlemeler yapmıştır.²⁹

Amerikan ve Topluluk rekabet hukukunun sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin zorunlu unsur yaklaşımları, Türk hukukunda da özellikle Rekabet Kurulu (RK) Kararlarında yerini almıştır. Buna göre Kurulun zorunlu unsura ilişkin ilk en önemli Kararı, 08/02/2007 tarih ve 07-13/101-30 sayılı ÇEAŞ kararıdır.³⁰ Bu Kararda, elektrik nakil hatlarının zorunlu unsur niteliğinde olduğuna değinilerek bu unsurun üçüncü tarafların erişimine açılması gerektiği vurgulanmıştır.

Söz konusu rekabet hukuku kurallarından da anlaşılacağı üzere; özellikle tekel durumundaki işletmelerin, haklı bir sebep bulunmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları, aksi takdirde sözleşme yapmama özgürlüklerini kötüye kullanmış olacakları kabul edilmektedir. Bu duruma bir örnek de enerji

²⁸ Seda ULAŞ KISA, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu.408, Ankara, s. 24

²⁹ Söz konusu kararlar bu doktrinin daraltılması ya da daha geniş yorumlanması ve uygulanma kriterlerinin belirlenmesi bakımından çeşitlilik arz etse de, sırasıyla ve özellikle “*Commercila Solvent v. Zoja*” davası, “*United Brands v. Olesen*” davası, çok önemli bir içtihat olan “*Magil*” davası ve “*Oscar Bronner*” davaları sayılabilir. Detaylar için bkz. Mustafa Erdem CAN, **Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.211-229

³⁰ Erişim; <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1909.pdf> ,12.03.2015

piyasalarından verilebilir. Ulusal doğal gaz iletim şirketi BOTAŞ ile ulusal elektrik iletim sistem işletmecisi TEİAŞ hem kanuni hem de doğal tekel şirketlerdir. Bu nedenle söz konusu şirketlerin haklı bir neden olmadıkça sisteme girmek isteyen diğer işletmelerle sözleşme yapmaktan kaçınmaları mümkün olamamaktadır.

Sözleşme özgürlüğü, ayrıca sözleşenler arasındaki eşitsizliğin dikkate alınması yoluyla, hakim müdahalesiyle de sınırlanabilir. Hakimlerin, sözleşmenin güçsüz tarafını güçlü tarafa karşı koruma anlayışına işlerlik kazandırırken, TBK'nın genel hükümlerinden ve TMK m. 2 dürüstlük ilkesinden³¹ hareket etmesi beklenilir. Yani hakim tarafından sözleşmelere içerik denetimi yapılması söz konusu olabilir. Hakimin içerik denetiminin altında yatan temel düşünce, karşı sözleşenin müzakere gücünün zayıflığı nedeniyle sözleşme koşullarının içeriğine etki edememesi ve bu nedenle kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu kabul edilen yasal düzenden sapan hükümleri benimsemek zorunda kalmasıdır. İçerik denetimi yoluyla sözleşmede taraf menfaatleri hakkaniyete uygun şekilde dengelenip adil olmayan sözleşme hükümleri ayıklanabilecektir.³²

³¹ Bir görüşe göre, “ *taraflar sözleşme özgürlüğü sınırları içinde kalmak kaydıyla, dürüstlük kurallarına aykırı bir düzenlemede bulunabilirler....Böylece üzerinde anlaşıkları bu içerik sırf dürüstlük kurallarına aykırılık taşıyor diye hukuki ilişkinin butlanı sonucu doğmayacaktır. Dolayısıyla, dürüstlük kuralları sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı taşıyan bir düzenleme olarak değil sadece bağımsız olarak hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemeyi hedefleyen etik temelli bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmelidir.*” ATEŞ, s.93

³² BAŞALP, “*İçerik Denetimi*” , s.233

Bir sözleşmenin yorumunda korunmaya muhtaç taraf varsa, onun yararına yorum yapmaktan kaçınılmamalıdır.³³ Sözleşmenin içerik denetimi yoluyla güçlü taraf aleyhine yorumlanmasının pozitif hukukumuz bakımından en önemli düzenlemelerinden birisini, TBK m. 23’de yer alan; *“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”* hükmü oluşturmaktadır.

2. Kamu Hukuku Bakımından Sınırlandırılma

Özel hukuka ilişkin belirtilmiş olan sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar dışında, kamu hukukundan doğan düzenlemelerle sınırlama halleri de mevcuttur. Bu sınırlamaların ise özellikle, sözleşme yapma zorunluluğu şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir.

Kamu hizmeti gören ve toplumun hayati ihtiyaçlarını karşılayan kamu idareleri/kurumları, bunlara bağlı teşekküller yahut imtiyaz suretiyle bu hizmetleri yerine getiren işletmeler, kanunda bunlara sözleşme yapma zorunluluğu yükleyen açık bir hüküm bulunmasa bile *“hizmetten yararlanacak kişinin gerekli şartları taşıması”* ve hizmetin görülmesinde *“kanuni ve teknik imkanların bulunması”* kaydıyla sözleşme kurma zorunluluğu altındadır. Şu halde örneğin posta idaresi, Devlet Demiryolları, elektrik, su, havagazı, doğal gaz dağıtımını yapan kuruluşlar, karşı taraf gerekli şartlara sahip olduğu ve hizmeti yerine getirmek imkanı bulunduğu takdirde, sözleşme yapmaktan kaçınamazlar.³⁴ Bir kamu kuruluşunun kanunla

³³ Şener AKYOL, **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010,s. 60

³⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 506

kendisine verilen görevleri yerine getirmek için yine kanunun çizdiği sınırlar dahilinde, kendisinden hizmet talebinde bulunan bir kişi ile yapmak zorunda kaldığı sözleşme konusunda, burada sözleşmenin kurulmasına ilişkin kuralların uygulama bulmayacağı, zira bu tür durumlarda, sözleşmenin kanunun bir uygulama aracı olduğu görüşleri³⁵ ile bu görüşlere katılmayan, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşmenin muhtevasını belirleme özgürlüğü kısıtlanmış olsa bile, ortada bir sözleşmenin bulunduğunu savunan görüşler³⁶ de mevcuttur. Sözleşme yapma mecburiyetinin borçlar hukukuna dahil bir kavram olduğu ve genel bir sözleşme yapma mecburiyeti fikrinin bulunduğu bugün doktrin ve içtihatlar da yerleşiktir.³⁷ Kamu merciileri karşısında hizmet alanların yine de bir sözleşme yapması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.

Günümüzde özellikle ülkemiz koşullarında elektrik, doğal gaz, elektronik haberleşme, posta idaresi gibi idari kamu hizmeti sayılabilecek hemen tüm alanlarda özelleştirmeler sonucunda artık çoğu hizmet özel şirketler eliyle yürütülmekte olduğundan, kamu idaresinin bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının tartışılmasının bir anlamı kalmamıştır. Özel sektör tarafından hizmet verilen enerji alanında, rekabet şartları oluştuğunda, sözleşme serbestisine doğru bir genişleme olacaktır. Bu konuda, bir örnek vermek gerekirse, enerji piyasaları

³⁵ AYRANCI, “*Sözleşme*”, s.236

³⁶ AYRANCI, “*Sözleşme*”, s.236

³⁷ Mustafa YAVUZ, **Elektrik Piyasası Kanunun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşma-**, On İki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, 2011, s.121

bakımından salt şebeke işletmeciliğine dayalı “şebekeye üçüncü tarafların erişim hakkı ve zorunluluğu” bulunan, özellikle iletim ve dağıtım faaliyetleri bakımından, sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık, rekabet şartlarının geçerli olduğu toptan satış piyasalarında, elektrik piyasasında ise üretim, perakende satış gibi alanlarda, sözleşme yapma konusunda serbestiye daha çok yer verildiğinden, sözleşme yapma zorunluluğu zayıflamaktadır.

Ancak günümüz koşullarında enerji piyasalarında halen serbest tüketici olamamış aboneler, bunlar içinde özellikle konut tüketicilerinin, elektrik ve doğal gazı, dağıtım veya perakende satış şirketi ile yaptıkları sözleşmelerle tedarik etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu noktada sözleşme yapma zorunluluğuna uyulmaması yani enerji tedarikinin müşteriye sağlanmaması durumunda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)’nın münhasıran piyasa kanunlarından kaynaklanan yetkilerle idari cezalar uygulaması mümkün olacaktır. Sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki temeli ağırlıklı olarak MK m. 2 veya kasten ahlaka aykırı davranışla ilişkilendirilse³⁸ de özel hüküm bulunan hallerde, mesela enerji

³⁸ Sözleşme yapma zorunluluğunun MK. m.2 yerine BK m. 41/2’ye dayandırılarak “kasten ahlaka aykırı davranışla başkasına zarar vermek” şeklinde haksız fiil olarak nitelenebileceği yönünde görüş için, bkz. Hülya ÇOŞTAN, “**Sözleşme Yapma Zorunluluğu Bağlamında Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesi**”, EÜHFD, C.XV, S.3-4 (2011) s.168-169 dipnot no. 35, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ayrıca “tecavüze son verilmesi” veya meydana gelmesi büyük ihtimal dahilinde olan “tecavüzün önlenmesi” taleplerine de dayanılabileceğini belirtmektedir., s.507-511

piyasalarında, münhasıran ilişkili mevzuat hükümlerinin³⁹ öncelikle uygulanması gerekecektir.

Sonuç olarak, sözleşmeler hukukunun vazgeçilmez bir özelliği olan “sözleşme özgürlüğü” ilkesinden, belirli koşullarla tavizler verilebilmektedir. Sınırsız bir özgürlük alanından söz etmek mümkün değildir. Bu alanın sınırı çeşitli özel hukuk ve kamu hukuk kurallarıyla çizilmektedir.



³⁹ DGPK 4-4/g maddesinde, “dağıtım şirketleri sorumluluk alanlarında bulunan tüketicileri talep etmesi halinde, sisteme bağlamakla yükümlüdür.”, 4-4/c maddesinde “iletim şirketleri sistemin uygun olması halinde, Kurum tarafından tespit edilen kriterler çerçevesinde, sisteme bağlanmak isteyen kullanıcıları on iki ay içerisinde en uygun şebekeye bağlamakla yükümlüdür.”, EPK’nın 9/2 maddesinde, “...dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin hizmet sunmakla yükümlüdür....” hükmü mevcuttur. Söz konusu örnekler sınırlayıcı biçimde olmayıp benzeri örnekler enerji piyasaları kanunları üzerinden daha da çoğaltılabilir.

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI ve ÖZELLİKLERİ

A. Tanım

İrade serbestisi ve sözleşme özgürlüğünün tarihsel süreç içerisinde geçirdiği evreler ile bugün geline nokta sözleşme adaletinin sağlanması lehine birtakım sınırlamalarla karşılaşılması anlayışının etkin yansımalarından birini de “*genel işlem koşulları kavramı*” oluşturmaktadır.⁴⁰ Genel işlem koşulları karşısında tüketicilerin sözleşme özgürlüğü alanı, “*inceltmiş bir özgürlük alanı*” (*in einem Raum verdünnter Freiheit*) olarak tasvir edilmektedir.⁴¹

Bu kavram ilk olarak, 16 ncı yüzyılın ilk yarısından itibaren ticaret erbabının ihtiyaçları doğrultusunda şekillenmeye ve kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim, standart şekilde yapılan ilk akitlerin, birbiriyle yakından ilgili olan deniz sigorta

⁴⁰ Her ne kadar, genel işlem koşulları ağırlıklı olarak sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması aracı olarak görülmekteyse de, Erden KUNTALP’in “...çünkü genel işlem koşulları, bana göre sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir düzenleme değil; aksine, sözleşme özgürlüğünün kullanılabilmesi için ortam hazırlayan bir düzenlemedir... genel işlem koşullarını, sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmeye yönelik bir düzenleme olarak değerlendiriyorum.” ifadelerinden konuya farklı bir yaklaşımı olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Erden KUNTALP, “**Bankalar ve Genel İşlem Koşulları**”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu. 467, Ankara, 2012, s.136

⁴¹ KIRKBEŞOĞLU, s.23, dipnot no.90

poliçeleri ile taşıma akitleri olduğu bildirilmektedir.⁴² Standart sözleşmeler ve genel işlem koşulları (GİK), sanayi devriminin çocuklarıdır.⁴³ Bu anlayışın sürdürülmesiyle kitlesel üretim sonucu üretilen mal/hizmetlerin kitlesel pazarlığı ve sözleşmelerin kurulması söz konusu olmuştur.

Liberal ekonomik modelin tam olarak işlemediği durumlarda, ne sözleşme adaleti ne de arzulanan ekonomik etkinlik temin edilebilmektedir. Yani sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan müdahaleler piyasa modelinin gereği gibi işlememesi gerekçesine dayanmaktadır. Ortada iyi işlemeyen bir piyasa ekonomisinin bulunduğu durumlarda, hukuki düzenleme getirme ihtiyacı doğmaktadır. Bu gibi hallerde kurulan sözleşmelerin kaynakların optimal dağılımını sağlayabilmesi mümkün olamamaktadır.⁴⁴ Bu ihtiyacın bir gereği olarak hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünün yanısıra genel işlem koşulları ayrıca bir düzenleme olarak yerini almaktadır.

Söz konusu ihtiyaçları karşılamak için ortaya çıkan genel işlem koşulları kavramı, hukukumuzda ilk defa TBK m. 20’de; “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme*

⁴² Gülin GÜNGÖR, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.35 (naklen alıntı Prausnitz, O, **The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law**, London, 1937 s.10)

⁴³ ANTALYA, s.289

⁴⁴ Yeşim ATAMER, “*Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri*”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Semineri, Makaleler, Tebliğler, İstanbul, 2013, s.105-106

yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklinde ele alınmıştır. Bu tanım ile günlük hayatın ve ekonomik ilişkilerin devamı sırasında hepimizin karşılaştığı, çoğu zaman okuyup incelemek ve üzerinde kafa yormak için çok çaba sarf etmediğimiz genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin içeriği ortaya konulmuştur. Hiçbir çekince koyamadan kabul etmek zorunda kaldığımız “*take it or leave it*” bu sözleşmelerle, karşı sözleşme tarafının gücünü ikrar ederek ancak, sözleşme ile elde edilmek istenilen sonuçlara ulaşabiliriz. Bu koşullar altında, sözleşme özgürlüğünden ya da klasik anlamda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin uyuşması ile oluşabilecek bir sözleşmenin varlığından bahsedilemeyecektir. Pazarlık pozisyonu daha kuvvetli olan işletmenin karşısında karşı akid, o mala/hizmete olan ihtiyacı ön planda olduğu için kendisine sunulan sözleşme koşullarını itiraz etmeden kabul etmeye meyledecektir.⁴⁵

Günümüz koşullarında, klasik bireysel sözleşme anlayışından uzaklaşılarak hukuki işlemlerin daha çok standart sözleşmelerle veya genel işlem koşulu içeren sözleşmelerle yapılması mümkün hale gelmektedir. Bu durum ise, sözleşme adaletinin sağlanmasını sarsabilir.⁴⁶

⁴⁵ ATAMER, “**Bireysel Pazarlık**”, s.116

⁴⁶ Genel işlem koşullarının kullanılma sebebi ağırlıklı olarak, zayıf taraf üzerinde güçlü tarafın sözleşmeyi kabul ettirme gücü olarak görülse de, ATAMER, “*GİK denetimi uzun yıllar zayıfın korunması düşüncesi ile açıklansa da tüketiciler açısından aslında bir piyasa aksaklığı türü olan bilgi sorununa ve somut olarak bilgi edinme maliyetine dayandığını görmek büyük önem taşır, zira bu sözleşme metni*

Bu olumsuzluklarına rağmen, genel işlem koşulları içeren sözleşmeler aslında hazır hükümler içerdikleri için, taraflarına zaman kazandırması, işlemleri basitleştirmesi, daha önceden edinilen bilgi ve tecrübelerin aktarılmasının sağlanması gibi önemli avantajları beraberinde getirmektedir.⁴⁷ Bu şekilde işletme ileride akdedilecek sözleşmelerde zaman ve masraftan tasarruf etmekte, sözleşme görüşmelerinde sadece esaslı noktaların (*essentialia negotii*) belirlenmesi yeterli olmaktadır.⁴⁸ Akdettiği sözleşmelerin standart olması, işletmenin verimliliğinin de artması sonucunu doğuracaktır. İşletme ekonomisi gerçekleri dikkate alındığında, standartlaşma, rasyonel bir işletmenin adeta mecburi unsurudur.⁴⁹

Taraflar arasında kurulan sözleşmelerle ilgili mevzuattaki düzenlemeler yetersiz olabilir. Bu durumlarda, hukuki belirsizlik ve güvensizlik doğma ihtimali belirir. Söz konusu olumsuzlukların giderilmesi amacıyla, konunun uzmanları

üzerinde durmak tüketici için orantısız bir işlem maliyetine katlanmak anlamına gelecektir.” görüşünü savunmakta ve tüketiciler açısından GİK’i bir piyasa aksaklığı olarak tespit edilen bilgi asimetrisine ve ona bağlı işlem maliyeti sorununa bağlamaktadır. ATAMER, “Bireysel Pazarlık”, s.118

⁴⁷ ANTALYA, gik fonksiyonlarını; “rasyonelleştirme”, “basitleştirme”, “ayrıntılaştırma” ve “standartlaştırma” olarak dört başlık altında toplamaktadır., s.289, EREN ise üç başlık ile; “standardizasyon ve rasyonalizasyon”, “sözleşmelerin çabuk yapılmasını sağlama”, “kanunlardaki düzenleme eksiklik ve borçları giderme” olarak belirtmektedir, **Genel Hükümler**, s.215-216

⁴⁸ ATAMER, “Bireysel Pazarlık”, s. 110

⁴⁹ ATAMER, “Bireysel Pazarlık”, s. 110

tarafından hazırlanan genel işlem koşulları kullanılarak hukuki belirliliğin ve güvenliğin sağlanması gerekir.⁵⁰ Standart sözleşmelerin çoğu zaman uzmanlar tarafından hazırlandığı ve hatta bu uzmanların da avukatlardan oluştuğu göz önüne alındığında, sözleşme adaletinin sağlanması noktasında konu değerlendirilebilir. Kanaatimizce, yargısal denetim mekanizmaları ile genel işlem koşulları denetimine geçilmeden evvel böyle bir öz-denetim, iç-denetim mekanizması etkili sonuçlar doğurabilir. Bu konuda özellikle vekalet sözleşmesine ilişkin yapılan yeni düzenlemeler kapsamında TBK m. 506/3’de yer alan “*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken bir davranış esas alınır.*” düzenlemesi göz önüne alınmalıdır. Basiretli vekil kavramının içeriği henüz pozitif hukuk bakımından net olarak belirlenmiş değildir. Ancak yine de, TBK m.20-25 düzenlemelerinde yer alan emredici kurallar hilafına hareket ile genel işlem koşulları denetimi sonucunda kısmi hükümsüz bir sözleşme ile bağlı kalmak zorunluluğu doğabilir. Bu durumda, basiretli vekilin özen borcunu gereği gibi yerine getirip getirmediği de tartışılabilir.

Genel işlem koşullarının TBK’da yer alan tanımı dışında, doktrinde yapılan tanımlarında da benzer hususlara dikkat çekildiği görülmüştür. Bunlar;

AKİPEK “ *Sözleşmenin belirli bazı yönlerini düzenlemek amacıyla, sözleşme taraflarından biri tarafından önceden hazırlanan kayıtlardır. Başka bir deyişle,*

⁵⁰ Adem YELMEN, **Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 63

genel işlem şartları da, sözleşen taraflar arasında geçerli olacak şart ve işlemleri gösteren, yani sözleşmenin hükümlerini düzenleyen kurallar bütünüdür.”⁵¹,

ATAMER, “Genel işlem şartları (GİŞ) kural olarak bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve bu faaliyet tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşir. Amaç, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartlar saptamak ve bunları karşı akidin müdahalesine imkan tanımadan bir küll olarak sözleşmeye dahil etmektir”⁵²

EREN, “taraflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standartlaşmış sözleşme hükümleri”⁵³

HAVUTÇU, “gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme koşulları”,⁵⁴

⁵¹ Şebnem AKİPEK, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.224

⁵² Yeşim ATAMER, **Sözleşme Özürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2. Baskı, 2001, s.61

⁵³ EREN, **Genel Hükümler**, s. 215

⁵⁴ Ayşe HAVUTÇU, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s.74

İNAN/YÜCEL ise farklı bir yorumla genel işlem koşulları konusunda; *“...bugün hukuki kısıtlamalar yanında sözleşme özgürlüğünün fiili kısıtlamalarına (die faktische Schranken der Vertragsfreiheit) da rastlanmaktadır.”* demektedir ve bu tür kısıtlamaların örneklerini, *“tip mukavelelere (iltihaki akitlere), sosyal tipteki davranışlardan (sozialtypisches Verhalten) doğan borç ilişkilerine, genel işlem koşullarına (allgemeine Geschäftsbedingungen) ve toplu iş sözleşmelerine katılmalarda görmek mümkündür.”*⁵⁵ şeklinde belirtmektedir. Yani bu görüşe göre, genel işlem koşulları sözleşme özgürlüğünün fiili kısıtlamalarına bir örnek teşkil etmektedir.

KILIÇOĞLU, *“Sözleşmenin bir tarafının bütün hükümleri dilediği gibi ve özellikle kendi yararına olacak şekilde hazırlaması ve genellikle zayıf durumdaki tüketicilerin önüne sözleşme şartı olarak koyması”*⁵⁶,

REİSOĞLU, *katılım sözleşmelerinde, öneride bulunanın, ileride çok sayıda yapacağı benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere, önceden tek taraflı olarak belirlediği sözleşme hükümleri”*⁵⁷

şeklindedir.

Bu tanımlardan yola çıkıldığında, ilk olarak belirtilmesi gereken husus, genel işlem koşulu ifadesinin her ne kadar yerleşik ve terminolojik bir kullanım olsa da,

⁵⁵ İNAN/YÜCEL, s.206

⁵⁶ KILIÇOĞLU, s. 110

⁵⁷ Safa REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 23. Bası, İstanbul, 2012, s.71

yabancı dillerden aslına sadık kalınarak (Allgemeine Geschäftsbedingungen, general terms of contract) yapılan bir çeviri kullanım olduğudur.⁵⁸ Bu tanımlar dikkate alınarak kanaatimce genel işlem koşulları için; “*birden fazla sözleşmede kullanılmak için önceden hazırlanarak sözleşmenin diğer tarafına sunulan anonimleşmiş ve sadece bir tarafın iradesi ile düzenlenen müzakere ortamına imkan vermeyen, birden fazla kullanım için hazır tutulan hükümler*” şeklinde bir tanım yapılması da uygun olabilir.

B. Kapsam

1.Kişi Bakımından

Kapsam konusunda, genel işlem koşullarına ilişkin TBK düzenlemelerinin (m.20-25), tüketici olmayan kişilere, özellikle esnaf ve tacirlere de uygulanacağı anlaşılmaktadır. Zira Kanunun kapsamı ve uygulanacak kişiler bakımından sınırı konusunda tartışılan husus, genel işlem koşullarıyla sağlanan genel korumanın tüketiciler dışında tacir ve sanayiciye de “*aynen*” uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu konuda, doktrinde farklı görüş ve anlayışlar mevcuttur. Tüketiciler gibi tacirlerin de genel işlem koşulları karşısında aynı şekilde korunması gerektiğini ileri süren görüş⁵⁹ karşısında, tacirlerin basiretli davranması gerektiğinden hareketle, korumanın

⁵⁸ “*Genel işlem koşulu*” ifadesinin bir tercüme ifade olması nedeniyle, tam olarak düzenlenme biçimiyle örtüşmediği, bu nedenle “*dayatma sözleşme*” olarak da ifade edilebileceği konusunda, bkz. Umut YENİOCAK, **Seminer: Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler**, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S.2, Mayıs 2012,s.33

⁵⁹ Arif KOCAMAN, “*Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem şartlarının Hukuki Açidan Değerlendirilmesi*”

tüketiciler kadar sıkı şekilde olamayacağını ileri sürenler⁶⁰ de vardır. Bunun dışında farklı bir bakış açısı daha mevcut olup katıldığımız bu görüşe⁶¹ göre ise, durumun şartları göz önüne alınarak, genel işlem koşulları karşısında korunması haklı görülebilecek olan tarafın, diğer güçlü sözleşme tarafının tahakkümü altında kalıp kalmadığı değerlendirilmelidir. İster bir tacir ister ticari işletme olsun bir taraf diğer taraftan daha dezavantajlı ve korunmaya değer durumda ise, tüketici/tacir ayrımı yapmadan aynı korumanın sağlanması gerekmektedir. Böylece tüketici/tacir ayrımından ziyade, somut olayın şartları ve sözleşme taraflarının içinde bulunduğu koşulların değerlendirilmesi önem arz edecektir. Bununla birlikte çalışmamızın mukayeseli hukuk⁶² bölümünde ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, Avrupa Birliği uygulamalarının daha çok tüketiciyi koruyucu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Tacirlerin korumadan faydalanmasının sınırları konusunda ise ülkeler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Mesela mehzaz teşkil eden Alman hukukunda

ve Çözüm Önerileri”, Ünal TEKİNALP’e Armağan, C.I, İstanbul, 2003, s.1123, Haluk BURCUOĞLU, “**Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler**”, **Seminer**, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Yıl 77, sayı 2, Mayıs, 2012, s. 34-35

⁶⁰ Yeşim ATAMER, “*Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları*” İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001, s.11, ANTALYA, s. 300

⁶¹ Erden KUNTALP/Nami BARLAS/Ahu AYANOĞLU MORALI/ Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/Mehtap İPEK/Mert YAŞAR/Sedef KOÇ, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s.25

⁶² Bkz. Birinci Bölüm s.68-78

GİK'e ilişkin hükümler bakımından tacirlerin korunması sınırlıdır. BGB § 310/I hükmüne göre, GİK'te yürürlük denetimine ilişkin BGB § 305/II, III ve §§ 308-309 girişimcilere (Buradaki girişimcilerden kasıt, BGB §310/IV hükmünden yola çıkarak, GİK kullanan tarafın karşısında yer alan *tacirler, işletme sahipleri, miras şirketi, aile şirketi veya şirketlerdir*. Alman hukukunda genel bir tanım yapmak gerekirse ticari veya mesleki faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişi girişimcidir.) uygulanmaz. Ancak aynı hükmün devamına göre, girişimcilere de, § 308-309'da belirtilen yasak sonuçlara yol açan bir durum varsa içerik denetimine ilişkin § 307/I ve II hükümleri, ticari teamül ve uygulamalar da gözetilerek uygulanır.⁶³ Bunun dışında, çalışmamızın İsviçre hukukunu⁶⁴ ele alan kısmında detaylarıyla inceleneceği üzere, burada konu Haksız Rekabet Kanununda ele alınmış ve bir pazar davranışı olarak piyasaya etkileri bakımından ele alınmıştır. İsveç bakımından ise, küçük ve orta ölçekli işletmelere büyük ölçekli işletme sahipleriyle akdettiği sözleşmelerdeki GİK bakımından 1984 tarihinden itibaren piyasa mahkemesine başvuru hakkı tanınmıştır.⁶⁵

⁶³ Murat AYDOĞDU, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 33-34

⁶⁴ Bkz. Birinci Bölüm s.79-80

⁶⁵ AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s. 34

2. Konu Bakımından

Genel işlem koşullarının konu bakımından kapsamını “sözleşmeler” oluşturduğundan, bu düzenlemelerin “sözleşmenin içeriği” üst başlığı altında, TBK’nın 26-29 uncu maddelerden sonra yer alması daha uygun olabilirdi.⁶⁶

Bu bağlamda kavramın “*standart sözleşme, kitlesel sözleşme, formüler sözleşme ya da iltihaki sözleşme*” kavramları ile karıştırılmaması da gerekir. Çerçeve sözleşmeler ve standart sözleşmelerin bizatihi kendileri birer sözleşme olmakla birlikte, genel işlem koşulları, türü her ne olursa olsun bazı sözleşme tipleri içinde yer alabilecek önceden düzenlenmiş sözleşme hükümlerini ifade etmektedir. Yani bahsi geçen sözleşme türleri bir kül’ü, genel işlem koşulları ise bir cüz’ü ifade etmektedir. Bu konuda önemli bir örnek olarak, “*nasıl bir futbol maçında kenarda bekleyen yedek oyuncu teknik direktörünün talimatı ve hakemin izni ile sahaya girmediği sürece oyun dışı ise, genel işlem şartlarında da, taraflar arasında kurulacak sözleşmeye yine tarafların rızası ile girip o sözleşmenin tarafı haline gelmedikçe hukuken bir değer tanınamaz. Diğer taraftan taraflar arasında kurulan sözleşmenin içeriğini sadece genel işlem şartlarının oluşturduğu sanılmamalıdır.*”⁶⁷ benzetmesi mevcuttur.

Çerçeve sözleşmelerde, taraflar önce bir genel, yani çerçeve sözleşme kurarlar, daha sonra da yapmış oldukları özel, tekil sözleşmeler ile bu genel

⁶⁶ Atilla ALTOP, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*”, Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s.257

⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.23

çerçeveyi doldurur, tamamlarlar.⁶⁸ Çerçeve sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi esnasında önceden belirlenmiş genel işlem koşullarından yararlanılması ve bu şartların çerçeve sözleşmenin içeriğini teşkil etmesi de prensip olarak mümkündür. Çerçeve sözleşmenin fonksiyonu, genel işlem koşullarının ileride kurulacak münferit sözleşmeler için geçerli kılınmasını sağlamaktır.⁶⁹

Standart sözleşmelerde de genel işlem koşulları ağırlıklı olarak kullanılmaktadır. Genel işlem koşullarıyla standart sözleşmeler arasındaki en önemli fark, standart sözleşmelerin sözleşmeyi hazırlayanın karşısında yer alan diğer sözleşen tarafından kabul edilmesi ile kuruluyor olmasıdır.⁷⁰ Oysa genel işlem koşullarının sadece kabulü ile taraflar arasında bir borç ilişkisi doğmaz. Genel işlem koşullarının hukuki geçerliliği, ancak taraflar arasında münferit ve bireysel sözleşme kurulması ve bu sözleşmenin muhtevasına genel işlem koşullarının açık veya zımni olarak dahil edilmesi sonucu mümkündür.⁷¹

GİK içeren sözleşmeler, standart (tip) sözleşmeler içinde yer almaktaysa da aslında gerek kanun karşısında gerekse uygulamada bilinen adlarıyla anılırlar. GİK, örneğin satış sözleşmesi içindeyse “*satış genel koşulları*”, kira sözleşmesinde ise “*kira genel koşulları*” şeklinde nitelendirilebilir. GİK unsurları mevcut olması

⁶⁸ EREN, **Genel Hükümler**, s. 213

⁶⁹ Nami BARLAS, “*Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri*”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.811-812

⁷⁰ AKİPEK, **Kredi**, s.224

⁷¹ AKİPEK, **Kredi**, s.224

kaydıyla GİK içeren sözleşmenin satış, kira, taksitle satış, eser, sigorta, kat karşılığı inşaat veya kredi sözleşmesi olarak adlandırılması veya yasa da düzenlenmemiş, isimsiz (atipik) sözleşme şeklinde olması önemli değildir.⁷²

Genel işlem koşulları kavramı ile “*standart sözleşme*”, “*kitlesel sözleşme*”, “*formüler sözleşme*”, “*iltihaki sözleşme*” kavramları iç içe geçmiş, zaman zaman birbirleri yerine kullanılan kavramlar olsalar da aralarında farklar bulunmaktadır. Standart sözleşme, genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşme, genel işlem koşulları ise, bu sözleşmenin içeriğini oluşturan sözleşme hükümleridir.⁷³ İltihaki sözleşme ise Türk hukukunda, Fransız hukukunda kullanılan “*contrat d’adhésion*” kavramından esinlenilerek, daha çok hukuki veya fiili bir tekele, devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak topluma “*kamu hizmeti*” niteliğinde sayılan, konusu, su, elektrik, doğal gaz, taşıma hizmeti verilmesine ilişkin olan, bu hizmetleri sağlayan kişi veya kurumların hizmetten yararlanmak amacıyla kendilerine başvuran herkesle yaptıkları sözleşmeleri ifade eder.⁷⁴ Türk hukuku bakımından iltihaki sözleşmelerin aslında standart sözleşmelere göre daha dar bir kullanım alanı olduğundan bahsedilebilir. Bununla birlikte, Fransızca yazan İsviçreli yazarlar, “*contrat d’adhésion*” iltihaki akitler deyimini, bütün standart sözleşmeleri kapsayacak şekilde de kullanmaktadırlar.⁷⁵

⁷² AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s. 7-8

⁷³ HAVUTÇU, s.14, AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s.42

⁷⁴ AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s.14

⁷⁵ H. Tamer İNAL, “*Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar*”, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S. 89, Ocak 2014, s.47

Kanun koyucunun hukukumuzda çeşitli düzenlemeleri yaparken bu kavram farklılıklarına çok dikkat etmediği görülmektedir. TBK m. 20-25 hükümlerinin başlık ve içeriklerinde genel işlem koşulu ifadesine yer verilmişken, 20 nci maddenin gerekçesinde, “..önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” ya da “”formüler sözleşme” denilmektedir...” ifadelerinden, genel işlem koşullarının sadece sözleşme hükümleri olarak kabul edildiği; tip, kitle, katılmalı ve formüler sözleşme kavramlarının ise aynı anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Aynı dönemli bir Kanun olan yTTK m.55-(1)/f hükmünde “..dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak...”, daha yeni tarihli bir Kanun olan 6502 sayılı TKHK’da ise m.5/3’de ise; “bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir....” ifadelerinde, “standart sözleşme” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Özellikle birbirine yakınlı tarihli temel kanunlarda bu özenin gösterilmesi yerinde olacaktır.

Bu temel Kanunlardaki düzenlemeler dışında da, hukukumuzda genel işlem koşullarına ilişkin bazı özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bunlara örnek olarak 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunun “Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartları” başlığını taşıyan 24 m. yer alan bölüm verilebilir. Burada bankaların hazırladıkları genel işlem koşulları ele alınmaktadır.⁷⁶ Ekonomik hayatta

⁷⁶ Hasan İŞGÜZAR, **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.186

banka kartları ve kredi kartlarının yaygın kullanımı nedeniyle, genel işlem koşullarıyla ilgili özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

Bunun dışında, Sermaye Piyasası Kanuna dayalı olarak çıkarılan “Seri V, No.19 Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in” hükümlerinde, borsa üyeleri ile yatırımcılar arasında imzalanan çerçeve sözleşmeler düzenlenmiştir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunun 11 inci maddesinde, TTK’nın sigorta poliçesi ve ilmühaberlerinin içermesi gereken hususları gösteren 1266 ncı maddesinin, özellikle “*umumi şartname*” hükümlerinde de genel işlem koşulları belirlenmiştir. Bu özel düzenlemelerin söz konusu olduğu alanlarda, genel işlem koşullarına ilişkin TBK’nın genel düzenlemelerini uygulamaya gerek kalmayabilir. Bunun yanında, ilgili düzenlemelerin sınırını aşan veya kapsamına girmeyen meselelerde ise, TBK hükümlerine başvurulur.⁷⁷ Genel işlem koşulu denetimi varlığının bu durumda, etkin bir denetim rolü üstleneceğinde şüphe bulunmamaktadır.

⁷⁷ YELMEN, s 72

C. Hukuki Nitelik ve Unsurlar

1. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği

Genel işlem koşullarının hukuki niteliği konusunda hukuk geleneklerinden kaynaklanan ve zamana bağlı olarak değişen farklı teoriler ortaya atılmıştır. Norm Görüşü, Alman hukukunda uzun yıllar hakim olmuştur. Bu görüşe göre, genel işlem koşulları hukukun bir parçası olup yasa hükümleri gibi herkes için bağlayıcıdır. Genel işlem koşulları altında yapılan sözleşmelerde, bu şartların sözleşme ilişkisinde bağlayıcılık kazanması için tarafların anlaşmalarına, iradelerinin bu konuda birbirine uygun düşmesine gerek bulunmamaktadır.⁷⁸ Sözleşmeye ait bir meseleyi kanunlar seviyesine yükseltmek ve sözleşme taraflarını adeta kanun koyucu gibi görmek anlamına gelecek bu görüş, ortaya çıktıktan bir süre sonra kabul edilmez bir hale gelmiştir.

Örf, adet ve teamül görüşü de genel işlem koşullarının hukuki temeli olmaktan uzaktır. İstisnai de olsa, genel işlem koşullarının içeriğinde, örf ve adet hukuku kurallarına yer verilebilir. İsviçre hukukunda, her zaman olmasa bile, bankacılık, sigortacılık gibi bazı alanlarda genel işlem koşullarının alışılmış biçimde kullanılması nedeniyle genel işlem koşullarının bağlayıcılığı ticari teamül, hatta örf ve adet hukukuna dayanılarak açıklanmaya çalışılmıştır.⁷⁹ Hukukumuz açısından ise bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Buna göre, hukukumuzda ticari örf ve adetler ile teamüller birbirinden ayrı kavramlardır. Hukukumuzda örf ve adet kuralının varlığı, ancak kanun hükmü gibi genel niteliğe sahip olunması ile

⁷⁸ HAVUTÇU, s.94, AKİPEK, **Kredi**, s.226-227

⁷⁹ HAVUTÇU, s.100

mümkündür, yöresel veya kısmen uygulanan bir örf ve adet kuralının varlığı düşünülemez. Oysa genel işlem koşullarının bu niteliği taşımadığı açıktır.⁸⁰

Sözleşme görüşü⁸¹ ise günümüzde hakim olan anlayıştır. Bu görüşe göre, genel işlem koşulları, bireysel sözleşme ilişkisinde bağlayıcılığını tarafların iradesinden alır. Tarafların bu koşulların, sözleşmeye alınmasına ilişkin bir anlaşmaları yoksa, genel işlem koşullarındaki hükümlerin bireysel sözleşme ilişkisinde uygulanmasına imkan yoktur.⁸² Sözleşmenin kurulmasına temel teşkil edecek genel işlem koşulları, hukuksal bakımdan kıymetsizdirler. Bunlar ancak sözleşmenin içeriğine girdikten, kurulmuş belirli bir sözleşmenin muhtevasına dahil olduktan sonra hukuki bakımdan bir değer kazanır ve anlam ifade ederler. Daha önce ise olsa olsa sözleşmenin kurulması için yapılacak icaba temel teşkil eden bir tasarı ve projeden başka bir şey değildirler.⁸³ Genel işlem koşulları bakımından taraflar arasında tam bir hukuki uyuma yokmuş gibi gözükse de, birlikte karar verilmemesi ve pazarlığın olmayışı burada genel bir rızanın ve kabul etmemenin varlığını ortadan kaldırmamaktadır.⁸⁴

⁸⁰ AKİPEK, **Kredi**, s.227

⁸¹ HAVUTÇU ilgili eserinde bu görüşe “*sözleşme görüşü*” adını vermişken AKİPEK’in “*hukuki uyuma görüşü*” nitelemesini tercih ettiği görülmektedir.

⁸² HAVUTÇU, s.102

⁸³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1993, s.206

⁸⁴ AKİPEK, **Kredi**, s.228

2. Genel İşlem Koşullarının Unsurları

Genel işlem koşullarına ilişkin kanuni bir tanım ilk defa TBK m.20 ile yapılmıştır. Değişen zaman ve koşullar içerisinde böyle bir tanıma yer verilerek kanuni sınırlama getirmenin doğru olmayacağı görüşleri⁸⁵ mevcutsa da, doktrinde uzun süredir geliştirilen çeşitli tanımların varlığı göz önüne alındığında kanunda bir tanıma yer verilmesi bize göre sakıncalı değildir. Söz konusu kanuni tanımdan yola çıkarak, genel işlem koşullarının unsurlarında bazı tasnifler ve detaylandırmalar yapmak mümkündür.⁸⁶

a) Önceden Tek Başına Hazırlayarak Karşı Tarafa Sunma

Önceden düzenlenmiş olma, sözleşme koşullarının somut bir sözleşme için değil, ileride kurulma ihtimali olan birden çok sözleşme için düzenlenmesinin bir göstergesidir.⁸⁷ Bunlar ya sözleşmenin kuruluşundan önce sözleşme tarafına sadece

⁸⁵ Gül DOĞAN, *”6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”*, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.461

⁸⁶ Unsurların belirlenmesi konusunda farklı kaynaklarda farklı belirlemelerin yapıldığı görülmüştür. Mesela ATAMER beş unsura, HAVUTÇU ise dört unsura yer vermektedir. ATAMER, *Denetim*, s.62-69, HAVUTÇU, s.74-85

⁸⁷ Yeşim ATAMER, *“Yeni Türk Borçlar Kanununu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m.6 ve TTK m.55/1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”*, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu. 467, Ankara, s.14

verilirler (örneğin insan veya eşya taşımalarında taşıma sözleşmesinde veya biletin arka yüzünde, banka tasarruf cüzdanlarında, sigorta poliçelerinde, faturada ya da garanti belgesinin arka yüzünde bulunurlar) ya da yine sözleşmenin kuruluşundan önce ilan edilmek, bir yere asılmak suretiyle (örneğin işyerlerinde, lokallerde, bankalarda asılı, yazılı bulunan şartlar) ilgili sözleşme tarafının ve gelecekteki sözleşenlerin bilgisine sunulurlar.⁸⁸ Her ne kadar TBK. 20/1’de “*bir sözleşme yapılırken*” ifadesi kullanılmışsa da, TBK 1, 2, 6 ve 11 inci maddelerinde “*sözleşmenin kurulması*” ifadesi tercih edilmiş olduğundan dil uyumunu sağlamak adına, “*sözleşme yapılırken*” ifadesi yerine “*sözleşme kurulurken*” ifadesinin kullanılması gerekeceği kabul edilmektedir.⁸⁹

Yine TBK tanımında yer alan “*tek başına*” ifadesinin de günlük kullanıma ait olduğu ve bunun yerine daha çok hukuk terminolojisine ait bir ifade kullanılmasının gelecekte yanlış anlaşılmaları önleyeceği öngörülmektedir. Buna göre “*tek yanlı ya da tek taraflı*” şeklinde bir değişiklik isabetli olabilir.⁹⁰ Bu şekilde, sözleşme şartlarının taraflar arasında müzakere edilmeden hazırlanmış olduğu ortaya konulmuş olacaktır. 6502 sayılı TKHK’un 5 inci maddesinde yer aldığı şekliyle, “*taraflar arasında müzakere edilmeden, tek taraflı olarak*” ibarelerine de tanımda yer verilmesi mümkündür. Hatta böylece, TBK m.20 tanımında tam olarak

⁸⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.207

⁸⁹ Mehmet AKÇAAL, “*Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*”, GÜHFD, C.VIII, Y. 2014, S.1, s. 53

⁹⁰ Yeşim ATAMER, “*Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. Mayıs 2000, s.15

vurgulanmamış olan “müzakere yapılamama ya da pazarlık yapılamama” hususunun altı daha bir önemle çizilmiş olacaktır.

Önceden hazır edilen bu koşulların bizzat girişimci/satıcı/sağlayıcı (kullanıcı) tarafından hazırlanması gerekmez. Başkası tarafından hazırlanmış olan genel işlem koşullarının girişimci/satıcı veya sağlayıcı (kullanıcı) tarafından kullanılmasıyla da tek taraflı olarak belirleme mümkündür.⁹¹ Buna göre, örneğin bir kira sözleşmesi yapan kişinin matbu kira sözleşmesinden faydalanması halinde de GİK kullanımı söz konusudur. Zira, burada önceden çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşme koşullarının varlığı daha açıktır.⁹² Bu durumda “düzenleyenin” ibaresi yerine “kullanan ya da sunan” ifadelerine yer verilmesi daha doğru sonuçlar doğurabilir. Böylece, hükmün uygulama alanı yanlış bir şekilde daraltılmış olmayacaktır.⁹³ Nitekim Ticaret Kanunun 55/1/f hükmünde, aynı anlama gelmek üzere “genel işlem şartlarını kullananlar” ifadesi yer almaktadır.

⁹¹ AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s.54, ATAMER, “**GİŞ Sempozyumu**”, s.15

⁹² YENİOCAK, “**Yargısal Denetim**”, s.79, bu makalenin 6 numaralı dipnotunda, ATAMER’in sempozyum bildirisinin 18 inci sayfasında yer verdiği; “her iki tarafın da üçüncü bir kurum/kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarının kullanılması konusunda anlaşması halinde, artık bu anlaşma ile ilgili koşulların GİK niteliğini yitirip taraflar arasında bireysel anlaşma konumuna geldiğini, dolayısıyla bu tür sözleşmelere ilişkin denetim mekanizmalarına tabi olduğunu kabul etmek gerekir.” görüşünü benimsemediği anlaşılmaktadır.

⁹³ AKÇAAL, s.53, YENİOCAK, “**Yargısal Denetim**”, s.78

b) Genel ve Soyut Nitelikte Olma

Genel işlem koşulları, kimliği önceden belirli olmayan kişilerle yapılacak sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlandığından “*genel*” niteliktedir. Koşulların oluşumu aşamasında objektif olarak kişi veya kişiler göz önüne alınmamaktadır.⁹⁴

Genel işlem koşulları belirli bir sözleşme için değil, gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşme ile ilgili olarak hazırlandığından aynı zamanda “*soyut*” nitelik taşır. Bu soyutluk, düzenleme aşamasında koşulların zaman ve yer yönünden tamamen belirsiz bir sözleşmeye yönelik olmalarını ifade eder.⁹⁵

Alman Medeni Kanunu tanımında genel işlem koşullarının genel ve soyut nitelikte olmalarından açıkça söz edilmemektedir. Bununla birlikte, genel işlem koşullarının gelecekte yapılacak aynı türde, çok sayıda sözleşmeye temel oluşturmasını gerektirdiğinden, hazırlayanın bu yöndeki amacını ortaya koyduğu kabul edilir. Buna göre Alman hukukunda, genel işlem koşullarının genel ve soyut karakteri, “*çok sayıda sözleşmede kullanım amacıyla hazırlanmış olma unsuru*” içinde görülmektedir.⁹⁶

⁹⁴ HAVUTÇU, s.80

⁹⁵ Mehmet BAHTİYAR, “*Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması*”, Makaleler I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.104

⁹⁶ HAVUTÇU, s.81

c) Sözleşmeye Dahil Edilme ve Belirsiz Sayıda Tip Sözleşmelerin Kurulması İçin Hazırlanma

Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi, tarafların açık veya zımni iradelerine bağlı olduğu halde, bu şartlar belirsiz sayıda tip sözleşmelerin kurulması için hazırlanmaktadır. Ne var ki sözleşmelere alınan genel işlem koşullarının da taraflarına özgü olarak, yani onların menfaatleri bakımından yorumlanması gerekmektedir.⁹⁷

TBK m. 20/1'in “...ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla...” ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, genel işlem koşullarının çok sayıda sözleşmede kullanılma amacının olması yeterli görülmekte olup illa fiili kullanımın varlığı aranmamaktadır. Alman doktrin ve uygulaması genelde en az üç kez kullanılmak için düzenlenmiş olmayı aramaktadır.⁹⁸ Türk hukukunda çok sayıda kullanmanın sınırlarının ise zamanla yargı içtihatlarıyla belirleneceği anlaşılmaktadır.

UNSURLARA İLİŞKİN SON OLARAK BAZI ÖNEMLİ NOKTALARA DA DEĞİNMEK GEREKİR. Buna göre, genel işlem koşullarının değerlendirmesinde şekli kriterlerden yola çıkmanın doğru olmadığını belirtmek gerekir. Özellikle genel işlem koşullarının yazılı olması halinde nasıl kaleme alındıkları, ne tür bir metinde yer aldıkları, yazı türü, basım tarzı, çoğaltılmış olup olmadıkları gibi unsurlar genel işlem koşulu olarak nitelendirilmede önemli olmamalıdır. Aksi takdirde işletme, GİK’e karşı korumayı

⁹⁷ İNAL, s. 50

⁹⁸ ATAMER, **Denetim**, s. 67

dolanmak için yollar aramaya teşvik edilmiş olacaktır.⁹⁹ Zaten bu nedenle TBK m. 20/I'de “*Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli nitelendirmede önem taşımaz.*” hükmü getirilmiştir.

Şekli unsurların genel işlem koşulu olarak değerlendirilmeyi etkilememe konusunda TBK m. 20/I'de ayrıca; “*aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını etkilemez.*” düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Bu hükmün aslında Alman BGB'nin §306a maddesinin “*kanuna karşı hile*” başlıklı; “*Bu Kanun hükümleri, genel işlem koşullarının farklı biçimlerde formüle edilerek dolanılması halinde de uygulanır.*” ile yasaklandığı anlaşılmaktadır.

TBK m.20/3 ile getirilen; “*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.*” düzenlemesi ile, Alman BGB §305/I,3 hükmünün tam aksinin benimsendiği görülmektedir. Bu düzenleme çok zor ispat olaylarına girilmesine izin vermemesi ve uygulamada karşılaşılan çok fazla sayıdaki yasayı dolanma girişimlerini sonuçsuz bırakması bakımından genel işlem koşulları kavramına hizmet etmektedir.¹⁰⁰ Uygulamada standart sözleşmelerin çoğunluğunda bu tip kayıtlara fazlaca rastlanıldığından, genel işlem koşulları kullanan tarafın denetim dışı kalmak için başvurusunun engellenmesi amaçlanmıştır. Buna karşılık söz konusu düzenleme ile tarafların özel olarak tartıştığı hükümler hakkında bunu ifade eden bir kayda rağmen, tartışılmadıkları ve

⁹⁹ ATAMER, **Denetim**, s. 72

¹⁰⁰ ALTOP, “**Düzenleme**”, s.258

bu nedenle haksız olduklarının ileri sürülmesi mümkün olacağından, bu kapsamda “*başka kanıtlarla doğrulanmadıkça*” ibaresiyle bir karine getirmenin daha hakkaniyetli sonuçlar doğurarak dürüst olmayan davranışları korumaktan uzak olacağı değerlendirilebilir.¹⁰¹

D. Genel İşlem Koşullarının Denetimi

1. Denetim Yöntemleri

Bir sözleşme içeriğinde yer verilen genel işlem koşullarının hukuk sistemi bütününe ne şekilde denetleneceği, hukuka aykırılık tespitinin ölçütleri ve bunun sonunda nasıl bir sonuçla karşılaşılacağı, kısacası denetim konusunda, farklı ülke hukuk sistemlerinde farklı yöntemler benimsenmiştir. Buna göre, idari makamlar tarafından gerçekleştirilecek idari “*ön denetim*”, mahkemeler tarafından gerçekleştirilecek yargısal “*sonraki denetim*” ve genel işlem koşullarının “*kollektif*” bir şekilde hazırlanması yöntemleri mevcuttur.¹⁰² İdari denetim ve yargısal denetim yöntemleri ülkemiz hukuk sistemleri bakımından da geçerli yöntemler olup, kollektif hazırlama yöntemi, özellikle İsviçre’de uygulanmaktadır. Amacı ilgili meslek kuruluşları ve gerekli diğer katılımcılar tarafından bir örnek haline getirilmiş genel işlem koşulları koymak ve bu yolla dolaylı olsa bile, bir denetim sağlamaktır.¹⁰³ Aslında, kollektif hazırlama yönteminin ülkemizde uygulanmayan bir yöntem olduğundan söz etmek tam olarak isabetli olmayabilir. Zira, ülkemizde, tüm idari

¹⁰¹ KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ, s.26

¹⁰² AKİPEK, **Kredi**, s.232-236

¹⁰³ AKİPEK, **Kredi**, s.235

kurum ve kuruluşların mevzuat hazırlarken uymakla yükümlü oldukları “Başbakanlık Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” mevcut olup, bu yönetmelik esasları doğrultusunda, bir mevzuat parçası olacak standart sözleşmelerin hazırlanması aşamasında konuyla ilgili tüm paydaşların görüş ve önerileri alınarak “düzenleyici etki analizi” hazırlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, ülkemizde uygulanan sistemin bazen idari ön denetim, ancak daha çok yargısal sonraki denetim şeklinde olduğunu belirtmek gerekir.

İdari denetim ile genel işlem koşulu arz eden sözleşme hükümlerinin önceden ilgili idari makamlarca denetlenerek, sözleşme tarafı için sakınca meydana getirebilecek sözleşme kayıtlarının işlem içeriğinden çıkartılması sağlanmaktadır. Yargı yoluna başvurulmadan, tüketicilerin korunmasının amaçlandığı bu denetim özellikle sigorta sözleşmeleri kapsamında yapılmaktadır.¹⁰⁴ Sigorta genel koşulları Sigortacılık Kanunu gereği Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenmekte ve ilan edilmekteyse de, BGB’de olduğu gibi genel işlem koşullarının kimin tarafından hazırlandığına bakılmaksızın denetime tabi tutulması gereği olarak, Hazine Müsteşarlığı’nın yaptığı çalışmaları bir ön denetim olarak görebiliriz. Sigorta şirketlerince kullanılan genel koşulların onaylanan metne uygun olup olmadığı yine Hazine Müsteşarlığı tarafından denetlenmektedir.¹⁰⁵ Ayrıca Gümrük ve Ticaret

¹⁰⁴ Sinem CAMCI, **Genel İşlem Koşulları**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.30, dipnot no.60

¹⁰⁵ Zahid Emre YILDIRIM, **Genel İşlem Şartlarının Sigorta Sözleşmeleri Yönünden Ele Alınması**, İstanbul, 2012, s.22,

erişim; <http://docplayer.biz.tr/3244115>, 12.11.2016

Bakanlığı tarafından haksız şart olabilecek sözleşme koşulları incelenerek bunların sözleşme içeriklerinden çıkartılması söz konusudur.

Mahkemeler tarafından gerçekleştirilen denetimin, mevcut durum öncesinde 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, genel hükümler kullanılarak yapılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan özellikle, MK. m. 2 “dürüstlük kuralı” ile mülga Borçlar Kanununun kanuna, ahlaka aykırı sözleşmelerin geçerli olamayacağına ilişkin 19 ve 20 inci maddeleri, gabinin (aşırı yararlanma) düzenlendiği 21 inci madde ile hilenin yer aldığı 28 inci madde gibi genel düzenlemelere dayanılması söz konusu olmuştur.

Yargıtay 13. HD’nin 7/4/1981 tarih ve E.1981/1045, K.1981/2514 sayılı Kararında, otomobil satışının geçerli olup olmadığı incelenirken, “*konunun MK.m.2’deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle, güven ilkesine dayanıp dayanmadığı saptanmalı ve uyuşmazlık böylece çözüme bağlanmalıdır*” sonucuna¹⁰⁶ vardığı görülmektedir. Hukuk Genel Kurulunun 3/7/1981 tarih ve E.1979/1775, K.1981/563 sayılı Kararında ise, taşıma sözleşmesine konulan genel işlem koşulları arasında bulunan sorumluluğu hafifleten veya kaldıran kayıtlar tamamen geçersiz sayılmıştır.¹⁰⁷ 18/3/1996 tarihli Yargıtay Kararında ise, konu tüketici hukuku bakımından değerlendirilerek; “*tüketicinin korunmasının ortaya çıkardığı sorunlardan birisi de tüketicilerin genel işlem koşulları yoluyla sömürülmesinin önlenmesidir. Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması Anayasamızda*

¹⁰⁶ Ünal TEKİNALP, “*Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları*”, Prof.Dr. Ernst HIRSCH’e Armağan, İstanbul, 1986,s.130

¹⁰⁷ AKİPEK, **Kredi**, s. 234

belirlenen “sosyal hukuk devleti” ve “iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi” ilkesinin bir gereğidir. Hakim Medeni yasanın kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uymayı öngören MK.m.2, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK.m.24, ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklayan BK.m.19 gibi genel kurallar altında, sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyan sınırlamalar getirebilir.”¹⁰⁸ ifadeleriyle sorunun genel ilkeler çerçevesinde çözülmeye çalışıldığı görülmektedir.

Genel işlem koşullarının denetlenmesi bakımından geçen zaman ve yaşanan gelişmeler neticesinde, TBK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, yargısal denetimin üç çeşidi olan “yürürlük”, “yorum” ve bunların en kapsamlısı olan “içerik denetiminin” hukuki zemini de oluşmuştur. Madde başlıklarına bakıldığında TBK m.21’de yürürlük denetiminin, m.22’de bu denetimin yaptırımı olan yazılmamış sayılmanın, m.23’de yorum denetiminin, m.24’de değiştirme yasağı adı ile içerik denetimine ilişkin bir usulün, m.25’de ise içerik denetiminin düzenlendiği görülmektedir.

¹⁰⁸ Çağlar ÖZEL, “**Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği**”, BATİDER, C.XX, S.2, Y. 1999, s. 62, Karar için; Yargıtay 13. HD E. 1996/1734, K.1996/2495, K.T 18/03/1996

2. Yargısal Denetim Yöntemleri

Mahkemeler tarafından gerçekleştirilen sonraki denetim yöntemleri; yürürlük (ilişkilendirme, bağlayıcılık) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olarak ele alınabilir.

a) Yürürlük (İlişkilendirme, Bağlayıcılık) Denetimi

aa) Denetimin Kapsamı

Yargısal sürecin ilk aşaması olan yürürlük denetimi ya da bağlayıcılık denetimi ile genel işlem koşullarının bir bütün olarak başarılı bir şekilde sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının belirlenmesi söz konusu olmaktadır.¹⁰⁹ Yürürlük denetimi, bazı genel işlem koşulu içeren maddelerin şeklen sözleşme metninde yer almasına rağmen, denetim sonucunda sözleşme kapsamından çıkarılmalarının ya da sözleşme hükümlerinin sözleşme kapsamında (yürürlükte) olmadıklarının tespiti anlamına gelmektedir.¹¹⁰ Kısaca, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi¹¹¹ anlamına gelen kapsam denetimi, sözleşme tarafının hukuki sonuçlarını

¹⁰⁹ Nilgün BAŞALP, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayıncılık, I. Baskı, İstanbul, 2011, s. 32

¹¹⁰ YENİOCAK, **Yargısal Denetim**, s.81

¹¹¹ YELMEN, s. 81, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.232, ATAMER, **Denetim**, s. 81, REİSOĞLU, s.77

algılamadığı genel işlem koşullarına karşı korunmayı ifade etmektedir.¹¹² Bu denetime ilişkin detaylı düzenlemelere TBK m. 21-22’de yer verilmiştir.

bb) Denetimin Unsurları

Yürürlük denetiminin detayları konusunda TBK 21 inci maddesinde “*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 imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.*” ile üç şart ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Madde lafzında “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının*” ibaresi kaldırılarak bunun yerine sadece “*genel işlem koşulları*” ibaresinin kullanılması gerektiği belirtilmelidir. Genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi aşamasında, yani yürürlük denetiminde, karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmama meselesi üzerinde durulamayacağı, bahsedilen meselenin içerik denetimine ait bir konu olduğu gibi hususlar¹¹³ bu ifade değişikliğinin gereğini ortaya koymaktadır.

Genel işlem koşullarının yürürlük kazanıp sözleşme içeriğine dahil olması için, TBK 21/1’de belirtilen “*....sözleşme kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi*

¹¹² Murat TOPUZ, “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi**”, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.1166

¹¹³ YELMEN, s. 82, ATAMER, **Denetim**, s.26-28, ATAMER, “**GİŞ Sempozyum**”, s.27

verip...” ifadelerden anlaşılacağı üzere, sözleşmenin yapılması yani akdin kurulma aşaması dikkate alınmalıdır. Sözleşme kurulduktan sonra, daha önce hiç söz konusu edilmeyen genel işlem koşullarına dayanılması, sözleşmenin sonradan tek taraflı olarak değiştirilmesi anlamına gelebilir.

Açıkça bilgi verilmesi konusunda Kanunda ve gerekçesinde bir düzenleme yapılmış olmadığından, bu konuyu her ne şekilde olursa olsun genel işlem koşullarının varlığından karşı tarafı haberdar etmek olarak anlamak ve bu koşulları sınırlamamak gerekebilir. Zira düzenleme lafzında “*bilgi vermenin*” güçlendirilerek “*açıkça*” yani tereddüte mahal bırakmayacak şekilde olması gerektiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin yapılış amacına ve durumun koşullarına göre, genel işlem koşullarının basılı ya da ilan yoluyla karşı tarafa bildirileceği konusu değişiklik gösterebilir. Mesela ilanen asılan bir sözleşme genel işlem koşullarının, işletmenin kimsenin göremeyeceği bir noktasına asılmış olması ya da okunamayacak şekilde bir tabela ile asılmış olması durumunda, karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi şartı gerçekleşmemiş sayılabilir.

Yine TBK 21/1’in; “*...sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve ...*” düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, sözleşme koşullarını sunan tarafın, sözleşme genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verme sorumluluğu yanında, bu koşulların içeriğinin karşı taraf bakımından öğrenilme imkanı sağlama sorumluluğu da bulunmaktadır. Burada, koşulların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve içeriğin öğrenilme imkanının sağlanması yeterli

görülmüş, içeriğin öğrenilmesi ise şart kılınmamıştır.¹¹⁴ Genel işlem koşulları içeriğinin öğrenme imkanının sağlanması, kullananın şartları tek tek ele alarak karşı tarafla müzakere etmesi değildir. Zaten bu durumda artık genel işlem koşulları niteliğinin kaybı söz konusu olacaktır. Bu durumda karşı tarafın hakimiyet alanına girme yeterli sayılabilecektir.¹¹⁵ Özellikle bankalar bakımından, bu düzenlemenin bankaların müşterileri ile sözleşme imzalama süreçlerini çok uzatacağı, böylece GİK uygulamasının sağladığı yararlarından biri olan “*zamandan tasarruf*” özelliğinin büyük ölçüde yara alacağı yönünde görüşler mevcuttur.¹¹⁶ İçeriği öğrenmenin sağlanması konusunda sınırlamalar getirilmediğinden her türlü yöntem ile mesela sözleşmenin bir nüshasının karşı tarafa basılı ya da elektronik olarak sunulması gibi usuller ile bu şartın yerine getirilebilmesi mümkündür. Bu durumda, konu bir ispat meselesi olup sözleşmeyi sunan bu yükümlülüğü yerine getirdiğini, gerekli tüm tedbirleri aldığını ispat edebilmelidir.

Sözleşme kurulurken açık bir şekilde bu ilişkide genel işlem koşullarının geçerli olacağına yollama yapılması ve karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkanı tanınması, “*ilişkilendirme/ithal/yükleme anlaşması*” ile mümkün olabilmektedir. İlişkilendirme anlaşması, sözleşme taraflarının, sözleşme içeriğinin tamamen ya da kısmen genel işlem koşulları ile düzenlenmesi hususunda karşılıklı ve

¹¹⁴ Esra KAŞAK, “*Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S. 1 Y.2012, s.418

¹¹⁵ YELMEN, s.86

¹¹⁶ KUNTALP, “*GIŞ Sempozyum*”, s.95

birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelmektedir. İlişkilendirme anlaşması yapılması suretiyle genel işlem koşulları sözleşmenin bir unsuru haline gelmektedir.¹¹⁷ İlişkilendirme anlaşması, sadece ve yalnızca bu uyarı ve bilgilendirme yapılan kişi ile yapılan sözleşme açısından etkili olup, tarafları ve işlemin çeşidi aynı olsa bile, bir diğer sözleşmede kullanım mümkün bulunmamaktadır. Bunun bankacılık açısından yansıması ise, müşterilerle akdedilecek aynı tarz veya nitelikteki sözleşmelerin her birinin yürürlük denetiminin ayrı ayrı yapılması şeklindedir. Buna göre daha önce akdedilmiş bir sözleşmedeki aynı nitelikli genel işlem koşullarının kabulü, tüm benzer veya aynı nitelikteki sözleşmeler için sözleşen taraflar lehine bir karine oluşturmamaktadır.¹¹⁸

Yürürlük denetimi yapabilmek için bir başka unsur ise, karşı tarafın genel işlem koşullarını kabul etmesidir. Buradaki kabulü, bilgilendirme ve anlama imkanı sağlanması şartlarına bağlı olduğu için “*nitelikli kabul*” olarak adlandıranlar da mevcuttur.¹¹⁹ Kanaatimizce, bütün makul kabul beyanları aslında anlama ve bilgilenme aşamalarından sonra oluşacağından, burada ayırdedici bir husus, dolayısıyla bir nitelikli kabul hali söz konusu değildir. Kabulün şekli konusunda Kanunda bir ayırım bulunmamaktadır. Karşı taraf, sözleşmeye dahil edilmek istenilen koşulları okuyarak, içerik hakkında bilgi sahibi olduktan sonra sözleşmeye

¹¹⁷ Şebnem BOSTANCI, “*Genel İşlem Şartları*”,

erişim; <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, 17.03.2015

¹¹⁸ Ali Murat DİZDAR, “*Genel İşlem Şartları*”, Bankacılar Dergisi, Mart 2010, S.72, s.91

¹¹⁹ YENİOCAK, *Yargısal Denetim*, s. 82

muvafakat etmişse “*tam kabul*”, genel işlem koşullarına özgü olarak, bunlar okunmadan benimsenmekte ve imzalanmakta ise, buna da “*global kabul*”¹²⁰ denilmektedir. Karşı tarafın tam ya da global biçimde ortaya koyduğu kabul iradesi ile ilişkilendirme anlaşması tamamlanmakta, genel işlem koşulları sözleşme ile ilişkilendirilmiş olmaktadır. Başka bir deyişle, önceden belirli, somut bir sözleşme için hazırlanmamış olan genel işlem koşulları, yapılan o somut sözleşmenin içeriği haline dönüşerek, sözleşmenin bir parçası olmakta, yürürlük kazanmaktadır.¹²¹ Sözleşme tarafı, içeriği bilmemesine rağmen, global bir beyanla genel işlem koşullarının sözleşmeye alınmasına muvafakat edebilmektedir.

Global kabul iradesi, sözleşme tarafının dürüstlük ilkesine göre hesaba katması beklenilemeyecek alışılmamış, şaşırtıcı genel işlem koşullarını kapsamayacaktır.¹²² Yine de TBK m. 21/2’de alışılmamış ve sözleşmenin niteliğine uygun düşmeyecek kayıtların kabul kapsamına dahil edilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenlemenin yapılması gereği duyulmuştur.

İşleme yabancı olma, genel işlem koşullarının her iki tarafın da arzulayacağı biçimde sözleşmeyi makul ve anlamlı biçimde tamamlamama, işlemin özü ile bağdaşmama anlamına gelmektedir. Bu da, somut olayda, sözleşmenin kuruluşu

¹²⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.236, ATAMER, **Denetim**, s.102, HAVUTÇU, s.112, AYDOĞDU **GİK Denetimi**, s.24

¹²¹ ZEVLİLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, s.139

¹²² Şevket Güney BİGAT & Ensar LOKMANOĞLU, “*Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.6, 2009, s.3149

sırasında mevcut hal ve şartlara, karşı tarafın yapılan işleme yönelik tasavvuruna göre belirlenir.¹²³ Genel işlem koşullarının, alışılmamış şart olarak nitelenmesinde, sözleşme tarafının o şarta özel olarak dikkatinin çekilmemiş olması önemlidir. Tam yani bilinçli kabulde, sözleşme tarafı genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olduğu için, genel işlem koşulları içindeki bir kural objektif açıdan işleme yabancı olsa da, alışılmamış şart olarak nitelendirilemez ve içerik denetimine de takılmazsa bağlayıcılık kazanabilir.¹²⁴

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağına ilişkin TBK 21/2 hükmünün mehzazı Alman Medeni Kanunu §305c'dir. Ancak Alman Medeni Kanunu "*Şaşırtıcı ve Birden Fazla Anlamı Olan Koşullar*" başlıklı ilgili hükmü; "(1) hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısında yer alan sözleşme tarafının hesaba katması beklenmeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dahil olmuş sayılmaz.", biçimindedir. Anlaşılabacağı üzere, Alman Medeni Kanununun konuyu kaleme alış tarzı biraz daha farklıdır. TBK düzenlemesinin gerekçesinde, Alman Medeni Kanununda yer alan şaşırtıcı koşulların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesinin benimsendiği vurgulandığı için sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma kavramını mehzazda olduğu gibi "*alışılmamış, şaşırtıcı şartlar*" şeklinde anlamak gerektiği ileri sürülmektedir.¹²⁵ Burada bir başka husus olarak ise, olağan dışı koşul ile haksız koşul

¹²³ ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, s.140

¹²⁴ ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, s. 152

¹²⁵ KAŞAK, s.421

kavramlarının birbirinden farklarının bulunduğunun ortaya konulması gerekir. Olağan dışı koşul, sözleşme içeriğine dahil sayılmayan yabancı bir kayıttır. Haksız koşul ise sözleşme içeriğine dahil ancak geçersiz, yani hükümsüz olan kayıttır.¹²⁶ Olağandışı kayıtlar çoğu zaman aynı zamanda hakkaniyete de uymamaktadırlar. Ancak hakkaniyet dışı görülen her hüküm bu sebeple geçersiz kabul edilemeyecektir.¹²⁷

cc) Denetimin Sonuçları

TBK 21 ve 22 inci maddelerinde “...*Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” ve “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*” düzenlemeleriyle, genel işlem koşullarının yürürlük denetimi sonucunda nasıl bir yaptırımla karşılaşılacağı hükme bağlanmıştır.

Yazılmamış sayılma, borçlar hukukunda sık rastlanan kesin hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük, iptal ve yokluk gibi yaptırımların dışında bir geçersizlik türüdür. Yazılmamış sayılmanın diğer yaptırım türleri karşısındaki konumu ve hukuki sonuçlarıyla ilgili olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Yazılmamış sayılmanın “*yokluk*” anlamına geleceğini ileri sürenler¹²⁸ yanında, bu yaptırımın aslında “*kesin*

¹²⁶ Nil Merve ÇELİKBAŞ, “*Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, S.1, Y.2011, s. 130

¹²⁷ TEKİNALP, s.144

¹²⁸ KILIÇOĞLU, s.117, EREN, **Genel Hükümler**, s.221, ANTALYA, s.314

hükümsüzlük” anlamına geleceğini savunanlar¹²⁹ da vardır. Yazılmamış sayılmanın, diğer yaptırım türlerinden farklı olarak, kendine özgü niteliğe sahip bir yaptırım türü olarak benimsenmesi¹³⁰ de söz konusudur.

Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde yapılan bu tartışmalar, Kanunda açık bir düzenleme yer almadığı için anlaşılabilir ve konuya bakışa göre paylaşılabılır düşüncelerdir. Bu konuda, TBK 21 inci maddenin “..*genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi,.....Aksi takdirde genel işlem koşulları, yazılmamış sayılır.*” lafzından hareketle, sayılan şartlar gerçekleşirse genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dahil olacağı, yerine getirilmezse ise dahil olmayacağı, böylece kesin hükümsüzlük türünden bir geçersizliğin söz konusu olacağı sonucuna varılabilir. Tüm bu görüşler ve doktriner tartışmalar bir yana bırakılırsa, pratik bakımından asıl önemli olanın TBK 22 nci maddesinin “*yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi*” ile ortaya konulmuş olduğunu belirtmek gerekir. Maddenin “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*” hükmü ile sadece genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, kısmi kesin hükümsüzlük ileri sürerek sözleşmenin sona erdirilmesinin önüne geçildiği, böylece sözleşmenin diğer hükümleri ile ayakta tutulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

¹²⁹ KIRKBEŞOĞLU, s.64, KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ, s.26

¹³⁰ YELMEN, s.105

Sonuçta istisnai bazı durumlar için, genel işlem koşulları hukukuna özgü olarak, yasa gereği bir sözleşme yapma zorunluluğu hali getirilmiş olmaktadır.¹³¹ Gerçi bu durumu, yani tüketici/tacir ayrımı yapmayan bu düzenlemede dengenin genel işlem koşulu kullanan aleyhine bozulduğunu ileri sürerek eleştirel bir unsur olarak görenler de bulunmaktadır.¹³² Sözleşmenin devam ettirildiği böyle durumlarda, yazılmamış sayılan yani geçerli olmayan sözleşme genel koşullarının yaratacağı hukuki boşluğu doldurarak, sözleşme taraflarının mağdur edilmemesinin sağlanması çok önemlidir.

Böyle durumlarda hakimin hukuka aykırı hükümleri sözleşmeden çıkarması, gerekirse yerlerine adil olanlarını getirerek sözleşme adaletini sağlaması gerekir. Türk hukukunda böyle bir düzenleme olmamakla birlikte, genel işlem koşullarının yürürlük ve içerik denetiminin amacına ulaşması için tamamlama imkanının kabul edilmesi zorunludur.¹³³ Bu tamamlamada farazi ortak iradedden bahsetmeden dürüstlük kuralı çerçevesinde en makul, en adil çözümü elde etmek için bir düzenleme yapılmalıdır. Yani objektif bir tamamlayıcı yorum benimsenmelidir. Bu süreçte hakim, hiç şüphesiz işin mahiyetine bakmalı, tarafların menfaatlerini de göz

¹³¹ Mehmet DEMİR, “*2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri*”, TBB Dergisi, S.76, 2008, s.221

¹³² Cem VEZİROĞLU, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S.5, Y.2010, s.3081

¹³³ Sanem AKSOY DURSUN, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.187

önünde tutarak hakkaniyete en uygun çözümü üretmelidir.¹³⁴ Hakim öncelikle, yedek hukuk kurallarından yararlanarak sözleşme boşluğunu doldurmalıdır.¹³⁵

b) Yorum Denetimi

Yürürlük denetiminden geçmiş yani sözleşme ile ilişkisi kurularak sözleşme içeriğine dahil olduğu saptanan genel işlem koşullarının, yorum yoluyla denetimi de söz konusudur. Genel işlem koşullarının yorumlanması aşamasına geçilebilmesi için, yorum konusu hükmün taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine açık ya da örtülü bir benimseme yoluyla kesin olarak dahil edilmiş olması zorunludur.¹³⁶

Genel işlem koşullarına yer veren sözleşmeler için, alışılmış yorum kuralları yanında, bunların nitelikleri göz önünde tutularak özel yorum kuralları geliştirilmiştir. Önceden kaleme alınmış sözleşme hükümlerinin veya sözleşme metinlerinin yorumunda “açık olmayan kurallar” ile “alışılmamış kuralların” yorumu özellik arz etmektedir.¹³⁷ Buna göre, TBK 23 üncü maddesinde; “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*”(in dubio contra stipulatorem) düzenlemesiyle özel yorum kuralları benimsendiği anlaşılmaktadır. Hükmün amacı hakkında öteki yorum araçlarıyla bir sonuca varılamadığı takdirde uygulanan bu ilkenin kanun maddesi haline getirilmesi

¹³⁴ AKSOY DURSUN, s.190

¹³⁵ KIRKBEŞOĞLU, s.66

¹³⁶ DEMİR, s.222

¹³⁷ İbrahim KAPLAN, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, 2. Baskı, s.79

tartışılmıştır. Çünkü bu düzenlemede güven ilkesi gereğince, “*ad hoc*” bir değerlendirmeye olanak bırakmadan objektif bir yorum biçimi adres gösterilmiştir.¹³⁸

Bu yorum yöntemi, yani beyanı kaleme alan aleyhine yorum kuralı, sözleşme metni taraflarca birlikte hazırlanmış ve yazılmışsa uygulanmayacaktır. Bu kuralın uygulanması için ilk şart, sözleşme metnini, taraflardan birinin yazmış, kaleme almış olmasıdır. İkinci şart ise, yorumlanacak sözcük veya metin kısmının, en azından iki ayrı anlama gelmesi ve bunlardan birinin, yazan tarafın aleyhine olmasıdır.¹³⁹

Alman Federal İş Mahkemesi, uyuşmazlık konusu bir olayda önceden hazırlanan tip sözleşmeye ilişkin kararını “*açık olmama*” kuralına dayandırmıştır. Mahkeme tip iş sözleşmesinde yer alan, sözleşmeye aykırılık halinde işçi aleyhine öngörülen cezai şartın muaccel olacağı yönündeki hükmün yeterince açık olmadığı gerekçesiyle uygulanamayacağını ifade etmiştir. İşverenin tip sözleşmeyi hazırlarken gerekli açıklığı sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁰

Yoruma, geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmenin içeriği hakkında taraflar arasında bir uyuşmazlık olması halinde ihtiyaç duyulur ve bu yorum hakimin

¹³⁸ Çağlar ÖZEL, “*Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri*”, Sosyo- Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s.153-168

¹³⁹ EREN, **Genel Hükümler**, s. 491

¹⁴⁰ Veli KARAGÖZ, “*Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi*”, AÜEHFD, C.VIII, S.1-2 (2004), s.604

tarafların birbirine uygun irade beyanlarından hareketle sözleşmenin içeriğini belirlemesi şeklinde gerçekleşir.¹⁴¹

Genel işlem koşullarının geçerliliği konusunda yorum yöntemine başvurulurken, Alman hukuk sisteminde, “*objektif yorum ilkesi*” denilen, genel işlem koşullarının tek bir sözleşmeye değil, genel olarak birden fazla sözleşmeye uygulanması hallerinde uygulanan, yasa benzeri soyut genelleyici bir yöntemin takip edilmesi söz konusudur.¹⁴²

İsviçre hukukunda ise, objektif yorum ilkesi kabul görmemiştir. İsviçre hukukunda, genel işlem koşullarının yorumlanmasında, sözleşmelerin irade beyanlarının yorumlanmasında geçerli olan mevcut düzenlemelerden yararlanılmış, yorum bakımından genel işlem koşulları ile bireysel sözleşme hükümleri arasında prensip olarak fark gözetilmemiştir. Yorum uyumsuzluğuna konu olan genel işlem koşulu anlamının tespit edilmesinde, öncelikle tarafların gerçek iradeleri araştırılır. Bununla bir sonuca varılamazsa, genel işlem koşulunun yorumunda güven ilkesine başvurulur.¹⁴³

GİK içeren sözleşme hazırlayan taraf, şartların sonradan değişmesi durumu için genellikle kendini koruyucu tedbirler alır. Zayıf tarafın zararına hüküm koyma ihtimali GİK içeren sözleşmelerde daha fazla bulunmaktadır. Bu tedbirlerin ne dereceye kadar bir uyarılama hükmü olarak hakim tarafından göz önüne alınacağı sorusunun cevaplanması gerekir. Masraflar arttığı oranda fiyatların buna göre

¹⁴¹ SİRMEN, “*GİŞ Sempozyum*”, s. 119

¹⁴² ATAMER, **Denetim**, s.130

¹⁴³ HAVUTÇU, s.149-150, ATAMER, **Denetim**, s.130

uyarlanması, teslim tarihine kadar fiyatlarda oluşan artışların müşteriye yansıtılması kaydı, diğer tarafa aynı zamanda dönme hakkı veriyorsa geçerli kabul edilmek gerekir. Dönme hakkı tanımadan uyarlamayı sağlayan kayıtlar ise geçersiz kabul edilmelidir. Hakim sözleşmede bir düzenleme yokmuş gibi uyarlamanın genel kriterlerinin oluşup oluşmadığını incelemeli ve buna göre dürüstlük kuralı uyarınca karar vermelidir.¹⁴⁴

Yorum yoluyla denetim konusunda TBK m. 23’de belirtilen “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” düzenlemesinin altında, kendi eylemine karşı (zıt) davranma yasağı olarak bilinen “*venire contra factum proprium*” ilkesinin yattığı belirtilebilir. Önceki eylemi ile çelişkili davranan şahıs, muhatabın menfaatlerine aykırı davranmış, ona zarar vermiş olabilir. Venire contra factum proprium ile varolan bir hukuki durum kaybedilir. Bu ilke Roma hukukundan beri uygulanan bir hukuk kuralı olarak, hukuk kuralı gücünü kazanmış bir yasaktır.¹⁴⁵ Bir kişi önceki davranışı ile muhatabında bir güven yaratır, daha sonra bu davranışı ile çelişirse, hukuk bu durumu onaylamaz.¹⁴⁶ Bu yasaklayıcı ilke gereğince, bir sözleşmeyi hazırlama aşamasında tüm imkanları elinde bulunduran taraf, bu aşamada hükümleri açık ve anlaşılabilir şekilde hazırlamamışsa, ya da o

¹⁴⁴ Ayşe ARAT, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, 2006, s.182

¹⁴⁵ Şener AKYOL, “*Venire Contra Factum Proprium*”, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.77-79

¹⁴⁶ AKYOL, s.79

anda verdiği anlamlardan farklı olarak, sözleşmenin uygulanması aşamasında başka anlamlarla sözleşmeyi yorumlamışsa, önceki yorumlarına zıt yeni yorumlar üretmişse, venire contra factum proprium yasağı ile karşılaşacaktır. Bu durumda, yeni hukuki sonuçlara katlanması gerekecektir.

TBK m.23’de yer alan denetimin, aslında içerik denetiminin bir uzantısı olduğu, hatta örtülü (dolaylı) içerik denetimi olduğu da ileri sürülmektedir.¹⁴⁷ Kural açık ve/veya anlaşılabilir değilse kötüye kullanılan bir kural söz konusu olduğundan, içerik denetimine de takılması gereken bir kural bulunmaktadır. Bu fikir anlaşılabilir olsa da, herşeyi içerik denetimine bırakarak, tıpkı söz konusu kanuni düzenlemelerden önceki dönemde olduğu gibi başta dürüstlük kuralı olmak üzere, sürekli genel ilkelerle sorun çözmeye çalışmak yerine, başka genel ilkelere de Kanun içeriğinde yer verilmesinin uygulamayı daha çok rahatlatarak pratiklik sağlayacağı düşünülmektedir.

İçerik denetimi ile yorum denetiminin doğurduğu en önemli fark sonuçlar yönüyle ortaya çıkmaktadır. İçerik denetiminde dürüstlük ilkesine aykırı düşen kural geçersizdir. Oysa yorum denetiminde güven ilkesi çerçevesinde yapılabilecek bir yorumla kural geçerli olarak kalmaya devam eder.¹⁴⁸ Bu ayrım konusunda yasakoyucu tercihini yorum yoluyla sözleşmenin ayakta tutulmasına devam edilmesi yönünde kullanmıştır. Yasakoyucu bu koşulların, tıpkı içerik denetimi sonucunda olduğu gibi hükümsüz sayılması yönünde de tercihini kullanabilirdi. Doktrinde bu koşulların geçersiz sayılmasının daha yerinde olacağını savunanlar bulunmakla

¹⁴⁷ AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s.116, HAVUTÇU, s.155-156

¹⁴⁸ AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s.116

birlikte¹⁴⁹, sözleşmenin ayakta tutulma isteği de anlaşılabilir görünmektedir. Böylece, dürüst ve zayıf olan sözleşme tarafı korunarak, sözleşme geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir.

Genel işlem koşullarının yorum denetiminde, İsviçre hukukunda benimsendiği gibi, makul, dürüst, orta zekalı bir muhatabın sahip olacağı bilgiler esas alınmalıdır. Ayrıca, tamamlayıcı yorum, daraltıcı yorum, bireysel sözleşme hükümlerine öncelik tanıyıcı yorum gibi kimi özellikli yorum yöntemlerine de başvurulabilmelidir.¹⁵⁰

Genel işlem koşulları ile bireysel anlaşma hükümlerinin çatışması durumunda bireysel anlaşmaya öncelik ve üstünlük tanınmalıdır. Bu üstünlüğü sebebi, bireysel anlaşmanın müzakere ile kabul edilmiş olması ve sözleşme özgürlüğünü yansıtır olmasıdır.

Sonuç olarak genel işlem koşullarıyla ilgili değerlendirme yapılması gerektiğinde yukarıda bahsedilen tüm yorum ilkeleri ve özelliklerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu yorum ilkeleri yanında, hakim kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş sözleşmelerin yorumunda uygulanan, özellikle sözleşmelerin kuruluş zamanına göre yorum, sözleşmenin bir bütün olarak yorumu ve sözleşmenin uygulanmasının da dikkate alınması gibi yorum ve ilkelerden de yararlanabilir.¹⁵¹

¹⁴⁹ AYDOĞDU, s.120, ATAMER, “*GİŞ Sempozyumu*”, s.48-49

¹⁵⁰ ANTALYA, s. 315

¹⁵¹ İbrahim KAPLAN, “*Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları*”, BATİDER, Y.1991, C.XVI, S.2, s.56

c) İçerik Denetimi

Dürüstlük kuralının genel işlem koşullarına uygulanması ve bir denetim unsuru olarak ele alınması bu yöntemin özünü oluşturmaktadır. Yürürlük ve yorum denetimlerinden geçen bir genel işlem koşulunun, uygulamaya bakan tarafı ile ele alınmasını gerektirir. Genel işlem koşulunun uygulanması durumunda sözleşmenin doğuracağı etki ve sonuçlar analiz edilerek tarafların dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığı ele alınır. Dürüstlük kuralını ihlal eden bir işlem koşulunun bu denetim ile sözleşme içeriğine dahil olmasının önüne geçilir. Taraflar arası menfaat dengesi bu şekilde ayakta tutulmaya çalışılır. Çok önemli ve etkili bir denetim yöntemidir.¹⁵²

E. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları

Düzenlemelerinin İncelenmesi

1. Karşılaştırmalı Hukukta Yaşanan Gelişmeler

a) Alman Hukuku

İlk olarak Almanya’da 10/11/1976 tarihinde kabul edilen ve 01/04/1977 tarihinde yürürlüğe giren GİŞ yasası “*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*” ile iş, miras, aile ve ortaklıklar hukuku alanlarında akdedilen sözleşmeler ayırık tutulmak üzere, GİŞ kullanılarak akdedilen sözleşmelerin tümü kural olarak bu yasanın denetim alanına girmiştir. Ancak bu yasanın yürürlüğe girmesinin çok öncesinde, konunun fikri temellerinin

¹⁵² Konu önemi nedeniyle detaylarıyla incelenmek üzere çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınmaktadır. Bkz. s. 171-184

atılmış olduğu ve ilk olarak Alman hukukçusu RAISER'in 1935 yılında kaleme almış olduğu bir monografide konunun incelenmiş olduğu anlaşılmaktadır.¹⁵³ Almanya'da yasa yapıcının “*ekonomik yaşantının kendi kendine oluşan hukuku olarak*” GİK karşısında kayıtsız kalmasının, sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağı düşüncesi güç kazanmıştır. Zaman tüm sözleşme hukukunun ayrıntılı bir biçimde değiştirilmesi için elverişli görülmediğinden, ileride Alman Medeni Kanununa işlenecek özel bir GİK Kanunu yapılması kararlaştırılmıştır.¹⁵⁴

Bu yasa içeriğinde, başta genel işlem koşullarının tanımı, içerik denetimi, şüphe halinde uygulayıcının aleyhine olan yorum tercihi gibi hususlar olmak üzere, bir çok önemli düzenlemeye yer verilmiştir. Bu yasanın maddi hukukla ilgili hükümleri, sistematığı ve içeriğinde önemli bir değişiklik olmaksızın olduğu gibi Alman Medeni Kanununa entegre edilmiştir.¹⁵⁵

Alman Hukukunda Borçlar Hukukunun modernleştirilmesi¹⁵⁶ amacıyla yapılan büyük reform hareketi sonucunda (Das Gesetz zur Modernisierung des

¹⁵³ HAVUTÇU, s.10

¹⁵⁴ Manfred REHBINDER, çeviren Ömer TEOMAN, “*Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLII, S.1-4, İstanbul, 1977, s.644

¹⁵⁵ Nihat YAVUZ, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.259

¹⁵⁶ “*Borçlar hukukunun modernleştirilmesi çerçevesinde Alman Medeni Kanununda yapılan yeniliklerin temelinde, Alman hukukunu Avrupa Direktifleriyle uyumlu hale getirme amacı bulunmaktadır. Bu amaçla, sadece genel işlem koşulları değil,*

Schuldrechts), genel işlem koşulları 01/01/2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman Medeni Kanunu bünyesinde, Kanunun “*Borç İlişkileri Hukuku*” başlığını taşıyan ikinci kitabının ikinci alt bölümünde “*Borç İlişkilerinin İçeriğinin Genel İşlem Şartlarıyla Düzenlenmesi*” başlığı altında düzenlenmiştir.¹⁵⁷ Bu düzenlemenin on madde halinde (§305, 305 a, 305 b, 305 c, 306, 307, 308, 309,310) ve çok ayrıntılı bir şekilde yapıldığı görülmektedir. BGB §310’un “*Uygulama Alanı*” başlığında ise, genel işlem koşullarını düzenleyen 2 nci bölümün hiç uygulanmayacağı sözleşmeler-örneğin şirketler hukukuna ilişkin sözleşmeler-sayıldığı gibi; bu bölümün hiç uygulanmayacak bazı maddeleri veya bazı maddelerin uygulanmayacak fıkraları ayrıntılı bir biçimde belirlenmiştir.

Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşulları ile ilgili 20-25 inci maddelerinde de, genel olarak Alman Medeni Kanununun genel işlem koşulları ile ilgili maddelerinden esinlenildiği kanunun gerekçesinde ifade edilmekteyse de, BGB’nin istisnalarını düzenleyen §310’a hiç değinilmemesini büyük eksiklik olarak gören görüş mevcuttur.¹⁵⁸ Kanaatimizce, sözleşme şekillerini ayrıştırarak düzenleme

kapıdan satışlar, uzaktan satışlar, zamanla sınırlı yaralanma sağlayan haklar; tüketici kredileri gibi önceden özel yasalarla düzenlenmiş olan tüketici hukukuyla ilgili diğer önemli sorular da Alman Medeni Kanununda düzenlenmiştir....”

HAVUTÇU, s.58

¹⁵⁷ HAVUTÇU, s.56

¹⁵⁸ Seza REİSOĞLU, “*Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi*”, erişim;

<https://www.tbb.org.tr/tr/arastirma-ve-yayinlar/bankacilar->, s.1, 13.05.2016

dışına taşımak yerine, ancak özel Kanunlar ile gik koşullarının uygulanamayacağı bir alan yaratmanın daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Miras, aile, şirketler hukuku sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri için de somut durumun şartlarını değerlendirerek bir karar vermenin ve uygulama alanı belirlemenin hakkaniyete daha uygun sonuçlar üretebileceği göz önüne alınabilir.

b) İngiliz Hukuku

Genel işlem koşulları İngiliz Hukukunda 1977 tarihli “*Haksız (Adil Olmayan) Sözleşme Şartları Kanunu (Unfair Contract Terms Act)*”nda düzenlenmiş ve 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sonra bu Kanuna, 1982 yılında çıkarılan “*Mal ve Hizmetlerin Sağlanması Kanunu (Supply of Goods and Services Act)*” ile bazı hükümler eklenmiş ve mevcut hükümler değiştirilmiştir.¹⁵⁹

Hem İngiliz hem de Alman Kanunlarında mutlak geçersiz şartlar sayıldıktan sonra, bazı kayıtların “*makul olmamaları*” (*requirement of resonableness*) halinde geçersiz sayılmaları kabul edilmiştir. Makul olup olmama ölçütü ise, tarafların pazarlık gücü, görüşmelerin cereyan ediş tarzı ve güçsüz konumdaki tarafın, başka alternatif sözleşmeler yapma olanağına sahip bulunup bulunmaması gibi somut koşullar değerlendirilerek araştırılmaktadır.¹⁶⁰

Öte yandan, çalışmamızın Avrupa Birliği hukuku konulu kısmında inceleneceği üzere, 93 tarihli AB Yönergesinin iç hukuk sistemine aktarılması gereği olarak, 1994 yılında, “*The Unfair Terms in Consumer Contracts*

¹⁵⁹ AKİPEK, **Kredi**, s.229

¹⁶⁰ AKİPEK, **Kredi**, s.229

Regulations” yürürlüğe girmiştir. 1999 yılında ise, “*Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Kayıtlar Yönetmeliği (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999)*” kabul edilerek, haksız sözleşme kayıtlarına ilişkin soyut bir denetim yöntemi benimsenmiş böylece 94 tarihli düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. 2001 yılında ise 1999 tarihli Yönetmelikte (UCTA 1999) bazı değişiklikler yapılmıştır.¹⁶¹

2005 yılında İngiliz ve İskoç Hukuk Komisyonlarının GİK denetimi konusunda hazırladıkları raporlarda ise, küçük işletmelere, aynı tüketiciler gibi koruma verilmesinin tavsiye edildiği görülmüştür.¹⁶²

c) Avrupa Birliği Hukuku

aa) 93/13/EEC (AET) Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Direktif

Avrupa Birliği Konseyi, 5 Nisan 1993 tarihinde 93/13/EEC sayılı “*Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Direktifi*” yayımlamıştır.¹⁶³ AB'ye üye devletlere, en geç 31 Aralık 1994 tarihine kadar, Direktifi iç hukuklarına aktarmaları için süre tanınmıştır. Direktif, Avrupa Birliğinin tüketicinin korunması alanında tekdüze çerçeve şartları oluşturma yolunda aldığı bir önlemdir. Direktifin amacı, tüketicinin, Avrupa Ortak Pazarında kendisi için sağlanan yeni imkanların kullanılmasına olan güvenini güçlendirmektir. Üye

¹⁶¹ Ömer ÇINAR, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2009, İstanbul, s. 19

¹⁶² ATAMER, “*Bireysel Pazarlık*”, s. 124

¹⁶³ 93/13/EEC, OJL 95, 21/4/1993

devletler, tüketicilerin dürüst olmayan sözleşme şartlarının kullanılmasından zarar görmelerini önlemek amacıyla iç hukuk düzenlerinde Direktifin zorunlu kıldığı hukuki değişiklikleri yapmakla yükümlüdürler.¹⁶⁴

Direktifin en önemli özelliği, doğrudan genel işlem koşullarıyla değil, tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan “*haksız şartlarla*” ilgili olmasıdır. Taraflar arasındaki sözleşme, ister bireysel ister standart sözleşme olsun, haksız şart içerdiği takdirde Direktifin uygulama alanı içinde bulunmaktadır.¹⁶⁵ Ayrıca Direktifin uygulanması için, “*çok sayıda sözleşmede kullanım için önceden hazırlanmış olma*” gibi bir şarta gerek duyulmadan, sadece müzakere edilmemiş olma şartı yeterli görülmüştür. Bu noktada, kapsamın Alman Medeni Kanunundan ayrılarak sadece tüketiciler için getirildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, tüketicinin “*mesleki faaliyet kapsamında değerlendirilemeyecek bir amaçla hareket eden gerçek kişidir.*” şeklinde tanımlandığı (m.2/b) dikkate alındığında, tüzel kişiler tüketici tanımına, dolayısıyla Direktif kapsamına dahil edilmemektedir.¹⁶⁶ Bu husu ülkemiz

¹⁶⁴ Erwin DEUTSCH, çeviren Ayşe HAVUTÇU, “*Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması-Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun*”, Prof. Şükrü POSTACIOĞLU’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No.8, İzmir, 1997, s.259

¹⁶⁵ Lale SİRMEN, “*Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu. 467, Ankara, 2011, s.121

¹⁶⁶ Tüketici, İsviçre Tüketici Kredisi Hakkında Federal Kanun LCC Art.3 hükmünde; “*ticari veya mesleki faaliyetleri dışındaki alanlarda, tüketici kredisi*

TKHK uygulamalarından da farklılık göstermektedir.¹⁶⁷ Ayrıca, devletlerin özellikle taşıma alanındaki uluslararası anlaşmalarının bağlayıcı hükümlerine dayanan sözleşmelerinin de kapsam dışında tutulduğu anlaşılmaktadır.¹⁶⁸

Sözleşme şartlarının denetimine yönelik kanuni düzenlemelerle kimlerin korunduğu, kimlerin yükümlülük altına girdiği tespit edilirken, Direktifin bu konuda sadece asgari şartları ihtiva ettiği, ayrıntılı düzenlemeleri üye ülkelerin hukuk sistemlerine bırakmış olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Direktifte, tek tek görüşme konusu yapılmayan sözleşme kayıtlarının “*haksız şart*” olarak kabul edilebilmesi için, bazı unsurlar aranmıştır. Bunlar, “*tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulma*”, tüketici aleyhine sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin dağılımında “*önemli ve haksız*” bir oransızlık oluşturma ve bu kayıtların “*dürüstlük kuralına*” aykırı düşmesidir. Dolayısıyla aslında temel olarak

sözleşmesi yapan gerçek kişi”, Fransız hukukunda ise, C. Consum. Art. L311-1/2 hükmünde; “*ödünç alan veya tüketici, ticari veya mesleki amaçları dışında gerçekleşen veya tasarlanan bir kredi işlemi yönünde, ödünç veren kişi ile ilişkiye giren gerçek kişidir.*” Tamer İNAL, s.33

¹⁶⁷ 6502 sayılı Kanunun 17 Ağustos 2012’de kamuoyunun görüşüne açılan taslağında tüzel kişilerin tüketici tanımına dahil olmadıkları ancak yürürlüğe giren kanuni düzenlemenin tüzel kişileri de kapsadığı anlaşılmaktadır. Bkz. Abdülkerim YILDIRIM, “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler*”, GÜHFD, C.XVII, Y.2013, S.1-2, s.1022

¹⁶⁸ ÇINAR, s.37

haksız şartların da içerik denetiminden geçememiş genel işlem koşulları oldukları belirtilebilir.

Direktifin 4/II ve 5 c.1 maddelerinde “*şeffaflık ilkesi*” düzenlenmekte olup 5/c.1’de “...koşulların daima açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerekir” ile şeffaflık ilkesine yer verilmektedir. Bu ilke ortaya çıkarken esas olarak dürüstlük kuralına dayandırılmıştır. Dürüstlük ilkesinin gereği olarak, genel işlem koşulları kullanıcısının sözleşmenin zayıf tarafının hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğu ölçüde açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyması gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca şeffaflık ilkesi ihlalinin koşulun hükümsüzlüğüne yol açabileceği de düzenlenmiştir. Dolayısıyla genel işlem koşullarının içerik denetimi bunları sadece koşulların makul olup olmamaları yönüyle ele alırken, şeffaf olmama durumunda ise şeffaflık denetimi kabul edilmiştir.¹⁶⁹ Kısacası, 93/13 No’lu Yönergeyle şeffaflık ilkesinin ayrı bir denetim aracı olarak değerlendirildiği söylenebilir.

Bir sözleşme şartının haksız sayılıp sayılamayacağı hususunda Direktifin ekinde bazı haksız şart örneklerine (grey list) yer verilmiştir. Bunların sınırlayıcı nitelikte olmadığı, sadece uygulamaya ve yargıçlara yol göstermek amacıyla örnek kabilinden sayıldıkları anlaşılmaktadır.¹⁷⁰

Direktifin 7 nci maddesinin 2. paragrafında ise, genel işlem koşulları içinde yer alan, dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin kullanılmasının önlenmesi için

¹⁶⁹ Ayşe FIRAT ŞİMŞEK, **Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, İzmir, 2011, s.54-55

¹⁷⁰ GÜNGÖR, s.52

tüketicilerin korunmasında menfaat sahibi olan gerçek ve tüzel kişilere dava açma hakkı tanınmıştır. Böylelikle, haksız şartların geçersizliği için, tüketicinin bilgisine, duyarlılığına, becerisine kalmış bir bireysel dava yerine tüm tüketicileri etkileyebilecek biçimde bir “*topluluk davası*” tipi öngörülmüştür.¹⁷¹

Direktifte, yürürlük denetimi safhasına ilişkin düzenlemelere açıkça yer verilmediği görülmüştür. Bunun sebebi olarak ise, açık içerik denetimi sayesinde, örtülü içerik denetimi anlamına gelecek bir yürürlük denetimi yapmaya ayrıca gerek duyulmadığı gösterilmektedir.¹⁷²

bb) UNIDROIT ve Ole LANDO İlkeleri Bakımından

Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law), merkezi Roma’da bulunan ve özel hukuk alanında milli hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılmasını hedef alan bir enstitüdür. İlk olarak 1926 yılında kurulan Enstitü, özel hukukun birleştirilmesi amacıyla, uzun yıllar süren çalışmalar sonunda, 1994 yılının sonlarına doğru, Roma’da *Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkelerini (Principles of International Commercial Contracts)* yayımlamıştır.¹⁷³ Bu metin tüm ticari sözleşmelere uygulanan “*uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun genel hükümleri*”ni içeren mukayeseli hukuk çalışması sonucunda hazırlanan bir

¹⁷¹ SİRMEN, “*GİŞ Sempozyumu*”, s.132

¹⁷² AYDOĞDU, *GİK Denetimi*, s. 85

¹⁷³ Arzu OĞUZ, “*Sözleşmeler Hukukunda Hukukun Birleştirilmesi*”, AÜHFD, C. 49, S. 1-4, 2000, s.57

restatement (derleme) olarak düşünülebilir. Bu itibarla, Borçlar Kanununun “*Umumi Hükümler*” başlığını taşıyan Birinci Kısımına benzetilmesi yanlış olmayacaktır.¹⁷⁴

Metnin (ilkelerin)¹⁷⁵ 2.1.19 ila 2.1.22 arasındaki hükümlerin genel işlem koşullarına ilişkin olduğu görülür. 2.1.19 (2) genel işlem koşullarını, “*bir tarafça, sözleşmenin kurulmasından önce, o tür işlemler için süreklilik arz edecek genel bir kullanım amacıyla hazırlanan ve diğer taraf ile müzakere edilmeksizin sözleşmeye dahil edilen hükümler*” olarak tanımlamaktadır. Md.2.1.20 ise, “*genel işlem şartlarında yer alan ve işlemin niteliği dikkate alındığında, diğer taraf açısından “beklenmeyen/şaşırtıcı” olarak nitelendirilebilecek hükümlerin, üzerinde müzakere yapılarak kabul edilmiş olmadıkları sürece geçersiz olduklarını*” ifade etmektedir (md.2.1.20 (1)). “*Bir hükmün “beklenmeyen/şaşırtıcı” bir hüküm olup olmadığını tesbit ederken, hükmün içeriğine, kaleme alınma biçimine ve sunum şekline dikkat edilmesi gerekir (md. 2.1.20 (2))*”. Ayrıca, “*hükmün ilgili sektörde sık kullanılan standart bir düzenleme olup olmadığı ve taraflarca üzerinde müzakere yapıp yapılmadığı da önem arz eder.*” “*Genel işlem şartları içerisinde yer alan bir hüküm ile üzerinde özel olarak müzakere yapılan diğer bir sözleşme hükmü arasında çelişki bulunmakta ise, üzerinde müzakere yapılan hüküm esas alınır (md.2.1.21)*”. “*İki tarafın kullandığı genel işlem şartları arasında çelişki bulunmaktaysa, tarafların*

¹⁷⁴ Tolga AYOĞLU, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, s.192-193

¹⁷⁵ Maddelerin Türkçe çevirisi için bkz. AYOĞLU, s.242-243

üzerinde anlaştıkları diğer koşullara ek olarak, iki tarafın genel işlem şartlarında ortak olan hükümler sözleşmeye dahil kabul edilir (md.2.1.22)”. Böylelikle, iki tarafa ait genel işlem koşullarının aksi yönde çözüm getiren hükümlerinin birbirlerini etkisiz hale getirecekleri ve sözleşmenin içeriğine dahil olmayacakları kabul edilmiş olmaktadır. (knock-out doctrine).¹⁷⁶

Görüleceği üzere, başta genel işlem koşullarının tanımı ve şaşırtıcı şarta ilişkin düzenlemeleri olmak üzere, büyük ölçüde bizim hukuk sistemimizle uyumun mevcut olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, bu koşulların denetimine ilişkin içerik denetimi ve bunun yaptırımı konusunda düzenlemelere yer verilmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

Avrupa Birliği içerisinde mevzuatı birbiriyle uyumlu hale getirme ve yeknesaklaştırma çalışmalarının, özel hukuk alanında, özellikle de sözleşmeler hukuku alanında önemli çalışmalarından birisi de, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri olmuştur. 1980 yılında, Avrupa Komisyonunun maddi desteği ile Danimarkalı bir hukukçu olan Ole LANDO başkanlığında bir Komisyon tarafından hazırlanan bu ilkeler, ileride çıkarılacak olan Avrupa Birliği Sözleşmeler Kanununun da temelini teşkil etmek üzere hazırlanmıştır. Bu da bize LANDO Komisyonu tarafından bu ilkelerin kaleme alınması esnasında ne kadar ileri görüşe dayalı, dikkatli bir metin hazırlandığını göstermektedir.¹⁷⁷ Bu çalışmadan ortaya çıkan kurallar ve ilkeler, Kıta

¹⁷⁶ AYOĞLU, s.242-243

¹⁷⁷ Kemal DAYINLARLI, *“Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole LANDO İlkeleri”*, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.335

Avrupalı hukuk sistemlerinin kanunlarında olduğu gibi, kısa ve somut biçimde formüle ve sistematize edilmişlerdir.¹⁷⁸

Bu ilkeler incelendiğinde, Kuruluş Başlıklı Bölüm 2’de, Madde 2:104¹⁷⁹: “Ayrı Müzakere Edilmeyen Koşullar; (1) *Ayrı ayrı müzakere edilmeyen sözleşme koşulları, onları ileri süren taraf, ancak sözleşmenin yapılmasından önce veya sözleşmenin yapılması esnasında, onları diğer tarafın dikkatine sunmak için makul adımlar attıysa bu koşulları bilmeyen bir tarafa karşı ileri sürülebilirler. (2) Akdi bir belge ile sadece bir maddeye atıf yapılmış olması, diğer taraf bu belgeyi imzalamış olsa dahi, bu maddenin onun dikkatine uygun biçimde sunulduğu anlamına gelmez.*”, Madde 2:209: Genel Şartlar Arasında Çelişki; “(3) *Sözleşmenin genel şartları, daha önceden belli nitelikte, belirsiz sayıda sözleşmeler için düzenlenmiş ve taraflar arasında ayrı ayrı müzakere edilmemiş koşullardır.*”, Madde 5:103: Aleyhe Yorum Kuralı; “*ayrı ayrı müzakere edilmemiş bir sözleşme maddesinin anlamı hakkında bir kuşku olduğu takdirde, o maddeyi temin eden tarafın aleyhine bir yorum tercih edilmelidir.*”, Madde 5:104: Müzakere edilmiş madde tercihi; “*ayrı ayrı müzakere edilmiş olan maddeler müzakere edilmemiş olana tercih edilirler.*” düzenlemelerinin, genel işlem koşullarıyla ilgili olduğu görülür. Bu düzenlemelerin genel işlem koşullarının tanım ve yorumlanmasına ilişkin genel kuralları bünyesinde barındırdığı, bununla birlikte çok detaylı olmayan ve çok genel düzenlemeler olduğu

¹⁷⁸ Jürgen BASEDOW, çeviren Arzu OĞUZ, “*Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu*”, AÜHFD, C.52, Sa.3, 2003, s. 15

¹⁷⁹ Çeviriler, DAYINLARLI, s.344-359

anlaşılmaktadır. İçerik ve yürürlük denetimine yer verilmezken, bu denetimlerin sonuçlarında yaptırımların da belirlenmemiş olduğu görülmektedir.

d) İsviçre Hukuku

İsviçre Hukukunda genel işlem koşulları sorunu ne özel bir yasaya konu olmuş ne de tüketicinin korunması yasası çerçevesinde düzenlenmiştir. Bunun yerine 1986 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun yürürlüğe girmiş ve burada, genel işlem koşullarının haksız rekabet yaratacağı belirtilmiştir.¹⁸⁰

Yapılan eleştiriler ve eksiklikler karşısında, İsviçre hukukunda, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Haksız Rekabet Kanunu (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG) 8 inci maddesinde yer alan düzenleme esaslı değişikliklere uğrayarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre, 8 nci madde; *“yolsuz ticari şartların kullanımı: Özellikle dürüstlük kuralına aykırı ve tüketici aleyhinde olan, sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında açık ve haksız bir oransızlık öngören genel işlem şartı kullanımı hukuka aykırıdır.”* halini almıştır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, genel işlem koşullarının kapsamı sadece *“tüketicilerle”* ve *“açık içerik denetimi”* ile sınırlandırılmıştır. İsviçre uygulamasında klasik şekilde *“bağlayıcılık”* ve *“yorum”* denetimi olarak iki temel denetim yolu öngörülmektedir. *“Açık içerik denetimi”* ise, 2012 yılında yapılan değişiklikte benimsenmiştir.¹⁸¹ Bu yöntem ile hakimin sözleşme içeriğine doğrudan müdahale edebilmesi mümkün hale

¹⁸⁰ ATAMER, **Denetim**, s.43

¹⁸¹ Ali Haydar YAĞCIOĞLU, *“Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanununda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi”*, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER’e Armağan, Cilt III, 2013, s.3059-3063

gelmiştir. Açık içerik denetiminde, yukarıda yer verilen 8 inci maddenin düzenlemelerinden anlaşılacağı üzere, “sözleşmedeki hak ve yükümlülük dengesinde açık ve haksız bir oransızlık öngörülmesi” ve “dürüstlük kuralına aykırılık” kriterlerine yer verilmiştir.

İsviçre hukukunda genel işlem koşullarının denetimine ilişkin pozitif düzenleme, haksız rekabet hükümleri arasında yapılmasına rağmen, bu durum 93/13 AB Direktifine uyum çerçevesinde değerlendirilmiştir. Haksız rekabet hükmü ile getirilen genel işlem koşulu denetimine yaklaşım, konunun bir pazar davranışı olarak ele alınmasını ve düzenlemenin bu amaçla yapılmasını gerektirmiştir. Sözleşme hukuku bakımından genel işlem koşulu denetimi ile haksız rekabet yoluyla genel işlem koşulu denetimi farklı amaçlarla hareket eden bir denetim sistemi olarak düşünüldüğünden, bu iki farklı yöntem ile AB düzenlemelerine uyumun tam olarak sağlanmasının zor olacağı anlaşılmıştır.¹⁸²

2. Türk Hukukunda Yaşanan Gelişmeler

Türk hukukunda genel işlem koşullarının düzenlenmesi yeni gibi görünmekte ise de, aslında haksız şart düzenlemeleri tüketiciler ile sınırlı olarak daha geçmiş tarihli olarak yürürlüktedir. Avrupa Birliği’ne uyum çalışmalarının bir sonucu olarak 2003 yılında konu ilk defa TKHK ile ele alınmışken benzer bir durum bazı değişiklikler yapılarak yeni TKHK için de geçerli olmuştur.

¹⁸² Sevilay UZUNALLI, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFM, C.LXXI, S. 2, 2013, s.392

Kanuni düzenlemeler dışında konu önemine binaen ve uygulamaya yön vermek için, Yönetmelik hükümleriyle de düzenlenmiştir. Mevcut durumda “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*¹⁸³” ile haksız şartlara ilişkin detaylara yer verilmiştir.

Aslında sadece haksız şarta ilişkin tüketici hukuku düzenlemelerinin 93/13/AET Yönergesinin kapsam alanı itibariyle örtüştüğünü belirtebiliriz. Tüketicilere ilişkin bu korumanın sağlanmasının altında, taraflar arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenleyen sözleşme metinlerine karşı korunma ihtiyacı yatmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşme hükümleri o ilişki bakımından yasalardaki emredici olmayan hükümlerden (yedek hukuk kurallarından) önce gelmektedir. Yasalarla tüketici lehine yapılan düzenlemelerin büyük kısmının karşı tarafça sözleşmelere konulacak hükümlerle etkisiz kılınması tehlikesi karşısında tüketicilerin genel işlem koşullarına karşı korunması öncelikli ve büyük bir ihtiyaç olarak belirmektedir.¹⁸⁴

Tüketiciler dışında, özellikle tacirler bakımından genel işlem koşullarına ilişkin genel bir korumanın ancak TBK düzenlemeleriyle getirilmiş olduğu belirtilebilir. Kanun koyucu, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeyi –Almanya, Avusturya, İtalya, Hollanda gibi ülkelerde olduğu gibi- Borçlar kanunu içine alarak, tüketici/tacir ayrımı yapmaksızın koruyucu hükümlerden herkesin yararlanmasını sağlamayı tercih etmiştir.¹⁸⁵ Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin kararında¹⁸⁶

¹⁸³ 17/06/2014 tarih ve 29033 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan

¹⁸⁴ Turgut ÖZ, “*Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları*”,

erişim, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/98.pdf>, s. 128, 17.03.2015

¹⁸⁵ ALTOP, “*GİK*”, s.35

“ticari kredi kullanan tacir ile banka arasındaki kredi sözleşmesinde, Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine göre hakim müdahale etmesi ve sözleşmenin bazı hükümlerinin yazılmamış sayılması”nın yer aldığı görülmektedir.

TKHK hükmünün, birden fazla kullanım kriterinden tamamen vazgeçmiş olduğunu ve sözleşme koşullarının sadece pazarlık konusu yapılmamış olmasını bunların denetimi için yeterli saymış olduğunu görmekteyiz.

Mülga 4077 sayılı Kanun düzenlemesine ilişkin geçmişte, özellikle Yönetmelikte satıcının yanı sıra *“kredi veren”* kavramının da tanıma dahil edilmesine rağmen, bunun Kanunda düzenlenmiş olmadığı görülmekteydi. Kanun hükümlerinde, haksız şartların sadece içerik denetiminin ve şeffaflık ilkesinin düzenlediği, Yönetmelikte ise, tüketici lehine yorum ilkesi benimsenmek suretiyle, anlamı belirsiz olan kayıtların tüketici lehine yorumlanmasının kabul edildiği anlaşılmaktaydı. Yani yorum denetiminin de dolaylı olarak Yönetmelikle kabulü söz konusuydu.¹⁸⁷Kısacası önceki Kanun ile buna ilişkin Yönetmelik hükümlerinde önemli uyumsuzlukların olduğu, Kanunda yer alması gereken birçok konunun Kanun içeriğinde değil Yönetmelikte yer aldığı dikkatleri çekmekteydi.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.2014/13315, K.2014/13503, T. 29.04.2014

¹⁸⁷ Neslihan ÖZUYSAL, **Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s.100

¹⁸⁸ ÇINAR, s.20

6502 sayılı Yeni Kanunda ise haksız şart için, “*tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*” tanımı yapılmıştır. Haksız şart tanımı hakkında iki Kanun karşılaştırıldığında, önceki Kanunda yer verilen “*iyiniyet*” kavramının yerine, “*dürüstlük kuralı*” kavramının kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumun yerinde bir düzenleme olduğu belirtilebilir.

Bir başka değişiklik ise, önceki Kanunda satıcı/sağlayıcı kavramlarına ilave “*kredi veren*” kavramının eksik bırakılmış olmasına rağmen, yeni Kanunda bu eksiklik giderilmiştir.

4077 sayılı mülga Kanunun m. 6/2 hükmüne göre geçersizliğin türü açıkça ifade edilmemiştir. Yönetmelik hükümlerinde ise, buradaki geçersizliğin, kesin hükümsüzlük olarak anlaşılması gerektiği değerlendirilmekteydi.¹⁸⁹ Zira Yönetmeliğin 7 nci maddesinde haksız şartların batıl olduğu ifade edilmişti. Yeni Kanun m. 5’de “*Tüketicisiyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür.*” denilmek suretiyle, geçersizliğin türü belirlenmiş ayrıca düzenlenmenin yeri Yönetmelik olmaktan çıkarılmıştır.

TKHK hükmü incelendiğinde, “*haksız sözleşme koşullarının*” içerik denetimine ilişkin bir madde olduğunu görmek mümkündür. Zira maddede (m.6) “*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına*

¹⁸⁹ ÇINAR, s.155

aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.” denilerek, haksız sözleşme koşulları bakımından ancak içerik denetimine yer verildiği anlaşılmaktadır.

Mülga kanunda yoruma ilişkin bir kural konulmamışken, yine o dönemki yönetmelikte Kanunu aşan bir biçimde tüketici lehine yorum ilkesi benimsenmişti. Yeni Kanun m. 5/4’de; *“Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”* hükmünü getirerek adeta TBK m.23 hükmünü tekrar etmiştir. TBK hükümleri, tüketiciler için de uygulanacak daha geniş uygulama alanı olan hükümler oldukları için, 6502 sayılı Kanunda böyle bir tekrara gerek duyulmayabilirdi.

4077 sayılı Kanundaki eski düzenlemede, tüketicilerin taraf olduğu sözleşmede yer alan haksız şartların hangi kurum tarafından tespit edileceği ve denetleneceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle söz konusu alanda etkin bir denetim yapılamamış ve milyonlarca tüketici mağduriyet yaşamıştır. Yeni düzenlemede ise haksız sözleşme koşullarının denetim yetkisi Gümrük ve Ticaret Bakanlığına verilmiştir. Verilen bu yetki ile çok geniş kitleleri ilgilendiren sözleşmelerde tüketici aleyhine hükümler yer alması durumunda bu sözleşmelerin Bakanlık tarafından denetlenmesi ve tüketicilerin mağdur olması engellenmeye çalışılmaktadır.¹⁹⁰

¹⁹⁰ AYDOĞDU, *“6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği*

Bu açıdan iki denetim alanı çemberler olarak düşünüldüğünde, TBK anlamında denetime tabi sayılan her GİK hükmünün TKHK m.6 uyarınca da denetlenebileceği belirtilmelidir. Buna karşılık aksi bir denetim söz konusu olmayabilir. TKHK ise çok daha geniş bir çember içinde denetime imkan vermektedir.¹⁹¹ TKHK uygulama alanı bakımından sadece tüketici sözleşmelerini kapsamaktayken, TBK düzenlemelerinin tüm özel hukuk sözleşmelerine uygulanabileceğinin altını çizmek gerekir.

Türk hukukunda genel işlem koşullarının denetimi konusunda TBK ile getirilen önemli yargısal denetim yöntemlerinden biri olan “yürürlük denetimine” TKHK’da yer verilmemiştir. Bununla birlikte, bir tüketici sözleşmesine de gerekmesi durumunda TBK hükümleri vasıtasıyla yürürlük denetimi uygulanmasında engel olmayacaktır. Önemli ve işlevsel yargısal denetim yöntemlerinden biri olan “içerik denetimi” ise her iki Kanunda da yer almaktadır.

Hukuk alanında ve sosyo-ekonomik yaşam içerisinde genel işlem koşulları içeren sözleşmelerden uzak kalmak mümkün olmayacak gibi görünmektedir. Zaten sağladığı birçok faydalar da gözetildiğinde buna gereksinim bulunmamaktadır.¹⁹² Genel işlem koşullarının kullanımı, sözleşme yapısının rasyonelleştirilmesi

Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2013, s.1-62, 2014, s.9

¹⁹¹ ATAMER, “GİŞ Sempozyumu”, s.20

¹⁹² Şebnem AKİPEK, **Ses Çözümleri ve Makaleler, “Tüketici Hukuku Açıklamaları”**, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, , Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s.61

abalarının bir sonucudur.¹⁹³ önemli olan genel işlem koşulları içeren sözleşmelerden kaçınmak ve uzak durmak değildir. Taraflar arasında sözleşme adaletini gözetten, hak ve yükümlülükler bakımından dengeli bir dağılım öneren genel işlem koşullarının yaygınlaşmasıdır.¹⁹⁴ Aksi durumda ise, bu şartların yargısal merciler tarafından denetimi söz konusu olacaktır.

Sonuç olarak ister tüketicisi ister tacir olsun, sözleşme taraflarının müzakere etmeden kabul etmek zorunda kaldığı tüm sözleşme koşullarına karşı en elverişli şekilde korunması gerekmektedir. Hakimin bu kapsamda amaçsal yöntem ile TBK ve TKHK hükümleri arasında en lehe olan hukuki korumayı somut olaya uygulaması beklenir.

Kanunun genel işlem koşullarının denetimine ilişkin kurallarının szleşmenize uygulanmaması için, öncelikle sözleşme hazırlanırken karşı tarafın tüm haklarının elinden alma çabası içine girilmemelidir. İkinci olarak ise, sözleşme metnindeki kurallar hakkında açıkça bilgilendirme yapılması ve bu bilgilendirmenin yapıldığına dair kanıtın bulunması gerekir.¹⁹⁵

¹⁹³ Cemal OğUZ, **Genel İşlem şartları ve İçerik Sınırları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1993, s.21

¹⁹⁴ AKİPEK, **Ses zmleri ve Makaleler**, *“Tüketicisi Hukuku Açıklamaları”*,s.61

¹⁹⁵ YENİOCAK, **Sözleşme Hazırlama ve İnceleme Rehberi**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2015, s.435

İKİNCİ BÖLÜM

ELEKTRİK - DOĞAL GAZ PİYASALARI ve ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

I. ELEKTRİK-DOĞAL GAZ PİYASALARI VE ÖZELLİKLERİ

A. Elektrik-Doğal Gaz Tedariğinin Kamu Hizmeti Olması

İnsan yaşamının idamesi için vazgeçilmezler arasında yer alan enerji tüketimi, aynı zamanda ülkelerin de ekonomik ve sosyal gelişmişlik göstergelerindendir. Ekonomik refah artışı ile enerji tüketimi doğru orantılı büyürken, enerjinin ilk üretim aşamasından son tüketim noktasına kadar geçirdiği tüm evrelerin hukuki çerçevesinin çizilmesi giderek önemli bir ihtiyaç ve çalışma alanı olmaktadır. Bu kapsamda ülkelerin genel siyasi rejimlerine ve özellikle ekonomik politikalarına göre bakış açıları değişiklik göstermekte olup hukuki düzenlemelerle elektrik-doğal gaz piyasalarının kuralları belirlenmektedir.

Elektrik ve doğal gazın bir hizmet olarak değerlendirilip insanların faydasına sunulmasının altında yatan hukuki gerekçe bu faaliyetlerin birer “*kamu hizmeti faaliyeti*” olarak görülmesidir. “*Giderilmesinde kamu yararı bulunan toplumsal bir ihtiyacın giderilmesine yönelik faaliyetler*”¹⁹⁶ olarak da ifade edilen kamu hizmetleri, İdare Hukukunun temel bir kavram ve kuramı olarak, modern anlamıyla 19 uncu yüzyıl Fransa’sında Léon Duguit ve öncüsü olduğu Bordeaux Okulu tarafından

¹⁹⁶ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2011,s.294

şekillendirilmiştir.¹⁹⁷ Eşitlik, tarafsızlık (nesnellik), süreklilik (devamlılık), uyarlanma (değişebilirlik), meccanilik gibi ortak özellikleri¹⁹⁸ bulunan kamu hizmetleri, aslında teorisel derinliğinde hukuk dışı bir alan olan siyaset alanıyla da yakından ilgilidir. Kamu hizmeti teorisinin kurucusu Duguit'in kamu hizmetine yüklediği işlev de hukuk dışı boyuttadır. Yani siyasi bir işlevdir.¹⁹⁹ Siyaset ile hukukun kesişim noktasında bulunan “*kamu hizmeti*” kavramının dönemsel olarak ve ülkeden ülkeye içeriğinde de değişimler yaşanmıştır.

AB kamu hizmeti anlayışının Fransız kamu hukuku anlayışından farklılaştığı görülmektedir. AB organları, kamu hizmeti deyimine alternatif olarak getirdikleri “*evrensel hizmet*” kavramı ile kamu hizmetlerinin niceliğini azaltmayı ve niteliğini belli bir standarta taşımayı hedeflemektedirler.²⁰⁰ Böylece Fransız kamu hizmeti anlayışında liberal politikalar doğmuş ve Avrupa Birliği'nin iç pazar amacı karşısında klasik kamu hizmeti anlayışında değişiklikler meydana gelmiştir. Bu

¹⁹⁷ Eser US, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.3

¹⁹⁸ YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul, 2012, s.654-665, Yahya Kazım ZABUNOĞLU, **İdare Hukuku Cilt 1**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 515-518, bu eserde kamu hizmetlerinin temel nitelikleri “*devamlılık, değişebilirlik, eşitlik, tarafsızlık, laiklik ilkeleri*” olarak farklı bir tasnife tabi tutulmaktadır.

¹⁹⁹ Ali ULUSOY, “*Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*”, AÜHFD, C.48, S.1-4, s.166

²⁰⁰ ULUSOY, “*Kamu Hizmeti Anlayışları*”, s.169

değişiklikler, kamu hizmeti ruhuna sahip Fransız hukukçuları arasında, Topluluk düzenlemelerinin Fransız hukuk düzenini işgali ile bir tehdit olarak da algılanmıştır.²⁰¹ Öyle ki bugün gelinen noktada zaman zaman kamu hizmeti kavramının bir geleceğinin olup olmadığı bile tartışılmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan sistem, devletin işlevlerini son derece sınırlı bir alanda gerekli görmektedir. Etkilerini özellikle 80’lerden sonra daha belirgin bir şekilde hissettirmeye başlayan bu yaklaşım tarzına göre, devletin temel hizmetlerde sunacağı kaynak azaltılmalıdır. Devletin etkinliği sınırlı bir alanda kalmalıdır. Devlete düşen görev, serbest rekabetin güvenliğini sağlamaktır.²⁰² AB kamu hizmeti anlayışının ortak pazar ve piyasalarda rekabetin sağlanması hedefleriyle bu yönde evrildiği göz önüne alındığında, kamu hizmeti kavramı yerine kullanılmaya başlanılan “*evrensel hizmet*” kavramının içeriği de şekillenmektedir.

Evrensel hizmet kavramı ilk olarak ABD’de 1987 tarihli telekomünikasyon alanının serbestleştirilmesine ilişkin olarak Yeşil Kitap’ta yer bulmuşsa da, Avrupa Birliği’nde bu konudaki en önemli düzenleme, 2002/22/EC sayılı Evrensel Hizmet Direktifi olmuştur. Bu Direktifin temel amacı evrensel telekomünikasyon hizmetlerinin AB vatandaşlarına sunulmasının sağlamasıdır.²⁰³ Evrensel hizmet, bir

²⁰¹ US, s.13

²⁰² Dilşat YILMAZ, “*Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri*”, GÜHFD, C.XII, Y.2008, S.1-2, s.1227

²⁰³ Güneş KOCA, **Mukayeseli Açından Telekomünikasyon Hukukunda Tüketicinin Korunması**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005,s.34

anlamda Avrupa telekomünikasyon yapılanmasının kamu hizmetine verdiği yeni içerik ve ifade tarzlarından biri olarak karşımıza çıkar. Bu kavram klasik anlamda alışlagelmiş kamu hizmetlerine nazaran daha sınırlı olsa da, çağdaş bir insan için vazgeçilemez minimum bazı hizmetleri ve bunlara ilişkin birtakım yan hizmetleri ifade etmektedir.²⁰⁴

Avrupa Birliği'nin enerji konusundaki Direktiflerinde, elektrik ilk defa 2003/54 sayılı Direktifle, sonra bunun yerine yürürlüğe giren 2009/72 sayılı Direktifle evrensel hizmet olarak kabul edilmiş, bağlantı zorunluluğu getirilmiştir. 2009/73 sayılı Direktifte ise doğal gaz için bağlantı zorunluluğu getirilmemiştir. Bu farklılığın sebebi, doğal gazın ikame edilebilir bir enerji olmasıdır. Dolayısıyla doğal gazın herkese değil "*mümkün olan en yüksek sayıdaki tüketicinin kullanımına sunulması*" hedeflenmiştir.²⁰⁵ Direktiflerde elektrik için evrensel hizmet terimi kullanılırken, doğal gaz için "*genel ekonomik yarar hizmeti*" terimi tercih edilmiştir.²⁰⁶

²⁰⁴ Hüseyin ALTAŞ, "*Evrensel Hizmet I*", erişim; <http://huseyinaltas.net/wp-content/uploads/2014/04/Evrensel-Hizmet-I-Telekom-Dünyası-Mayıs-2005.pdf>,

14.08.2015

²⁰⁵ Özlem DÖĞERLİOĞLU IŞIKSUNGUR, **Avrupa Birliği Enerji Piyasalarında Tüketicie İlişkin Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Türk Enerji Mevzuatına Yansımaları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2010, s.19

²⁰⁶ IŞIKSUNGUR, **Avrupa Birliği Enerji Piyasalarında Tüketici**, s.135

Türk hukukunda ise evrensel hizmet kavramı ilk olarak telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili kullanılmıştır. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile 5369 sayılı Kanunun adı “*Evrensel Hizmet Kanunu*” olarak değiştirilmiştir.

Kamu hizmeti kavramı ve bu hizmetlerin görülmesinde yaşanan değişimler, Türk hukukunda, özellikle 1980’ler sonrasında ekonomi yönetiminde farklı bir algı ile sistem değişikliğine gidilmesinde kendini hissettirmiştir. Kapalı ekonomik modelden liberal ekonomik modele geçişin kararlaştırılmasıyla, kamu hizmeti kavramı ve özellikle bu hizmetin görülme usullerinde önemli değişiklikler yaşanmıştır.

B. Regülasyon, Bağımsız Düzenleyici Kurum ve Elektrik-Doğal Gaz Piyasalarına Etkileri

1. Regülasyon kavramı

Regülasyon kavramının, ekonomi ve hukuk literatüründe birbirinden farklı tanımları mevcuttur. En temel anlamıyla regülasyon, serbest piyasa sisteminin işleyişinde bireylerin davranışlarına getirilen kısıtlamaları gösterir.²⁰⁷Günümüzde kamunun ekonomik alana müdahalesi artık regülasyon < regulation> kavramı ile ifade edilmekte; regülasyon yöntemsel olarak <néo-moderne> kamu müdahalesi olarak tanımlanmakta ve regülatör devlet piyasa işleyişinin güvencesi olarak görülmektedir. Regülasyon kavramı ile ifade edilen bu yeni müdahale biçiminin

²⁰⁷ Yeşim REEL, **Regülasyon Dünyada ve Türkiye’de Liman Sektörü Reform ve Regülasyonu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.5

kendi hukukunu, yani regülasyon hukukunu yarattığı kabul edilmektedir.²⁰⁸ Devletin ekonomi içerisindeki yeri, payı ve müdahalesi iktisat tarihinin en önemli konularından olurken, yönetim biçimlerinin de temel belirleyici unsuru olmuştur.

Serbest piyasa ekonomisi modelinin uygulandığı ülkelerde, devletin ekonomi ve piyasalara müdahalesi en alt seviyelerde gerçekleşmekte ve sermaye hareketliliğine tam bir serbesti tanınmaktadır. Bu modelden uzaklaşıp sosyalist ekonomilere yaklaşıldıkça devlet ve ekonomi bütünleşmesi kendini daha çok hissettirmektedir. Böylece müdahaleci bir yaklaşımın benimsenmesi söz konusu olmaktadır. Bu iki uç devlet- ekonomi konumlanması modelleri arasında, devletin bir piyasa aktörü olup oyunun bizatihi içinde bulunması yerine, maçı yönetecek bir hakem olması benimsenmiştir. Böylece devletin piyasaları gözetleyen, denetleyen, ortamı başıboş bırakmadan tam rekabetçi piyasa yapısının sürekliliğini sağlayan bir mekanizma olarak varlığını sürdürmesi amaçlanmıştır.

Günümüzde, devletin piyasalara yapması gerektiği düşünülen müdahalenin, normatif meşruiyet koşullarının, piyasa aksaklıkları olduğu ve bu müdahalenin, regülasyon yoluyla yapılabileceği anlaşılmıştır.²⁰⁹ Regülasyonun ekonomi ve piyasa modellemesi boyutu dışında, hukuki yönünün de belirlenmesi gerekir.

²⁰⁸ Turgut TAN, **Ekonomik Kamu Hukukunun Kaynakları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.23

²⁰⁹ Şahin ARDIYOK, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002, s.3

İdarenin regüle etme yetkisi, öteki idare örgütlerinin de sahip bulunduğu düzenleme yetkisinden farklı ve daha geniş bir yetkidir.²¹⁰ Hukuksal boyutları henüz tüm açıklığıyla belirlenememiş olan bu işlev, günümüzde algılandığı şekliyle, bireyler arasındaki sosyal ilişkilerin düzenlenmesini ve denetlenmesini ifade etmektedir. Fakat bu “*düzenleme ve denetleme*” geniş anlamda olup, devletin geleneksel (yasama, yürütme ve yargı) fonksiyonlarını içerdiği gibi, gerektiğinde bu klasik fonksiyonların dışında deontolojik anlamda birtakım “*oyun kuralları*” belirlenmesi suretiyle sosyoloji ve sosyal psikolojiyi de kapsayabilmektedir.²¹¹ Regülasyon kavramıyla ifade edilen düzenleme, denetim-yönlendirme yetki ve etkinlikleri bütününe, bu birliktelikten doğan özgün bir hukuksal anlamı olup olmadığı üzerinde durulabilir. Regülasyon işlevinin hukuksal yönden özgün yanı, bu işleve konu olan alanın niteliğidir. Regülasyon işlevi, devletin neo-liberal misyonu doğrultusunda, toplumsal yaşamın duyarlı alanlarında aktör olarak değil, bir tür hakem olarak yer alması biçimde somutlaştırılabilir. Regülasyon işlevinin bir bakıma, ekonomik düzeni sağlamaya yönelik özel kolluğa yaklaşan, ilgili alanın regüle edilmesinde salt bir düzenin sağlanmasının ötesinde, tüketicilerin yararının da gözetilmesi nedeniyle kamu hizmetleri ile paralellik arz etmektedir.²¹²

²¹⁰ GÜNDAY, s.570

²¹¹ Ali ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s.105

²¹² K. Burak ÖZTÜRK, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.135-136

Devletin küçülmesi ve serbest piyasa ekonomisinde sadece düzenleyici olarak rol almayı benimsemesiyle, bir taraftan sektörel düzenleyici otoriteler kurulurken diğer taraftan da özelleştirmeler ile özel teşebbüsün ekonomi içindeki rolü artmaya başlamıştır.

2. Bağımsız Düzenleyici Kurumlar (Bağımsız İdari Otorite, Regülasyon Kurumu)

Piyasaların regülasyonunu sağlamak amacıyla kurulan düzenleyici kurumların, ekonomi ve idare hukuku tarihi bakımından önemli bir geçmişi ve amacı bulunmaktadır.

Piyasa başarısızlıklarını gidererek etkin bir serbest rekabet piyasa ortamı yaratmak için gerçekleştirilen çabaların adı olan regülasyon, özellikle doğal tekeller piyasalarında etkili olabilmektedir. Doğal tekeller piyasalar ya da diğer bir adıyla şebeke endüstrileri denilince ilk akla gelenler genellikle demiryolu, su, elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon gibi altyapı faaliyetleri olmaktadır. Bu alanlarda şebeke yapımına ait sabit maliyetler genellikle çok yüksektir. Bu maliyetler nedeniyle, aynı tüketicilere hizmet sağlamak için şebeke duplikasyonu çok maliyetli olmakta ve kaynakların verimsiz kullanılması söz konusu olmaktadır. Bu noktada birbiriyle rekabet etmek için hizmet sağlayıcıların her defasında ayrı bir altyapı sistemi kurması yerine, tek bir altyapı sistemi üzerinden hizmet ifa etmesi gerekir. Tam bu noktada, söz konusu şebeke endüstrileri için regülasyonun ve regülasyon kurumunun önemi ortaya çıkmaktadır.

Düzenleyici kurum, kullanılacak fiziksel şebeke altyapısının teknik özelliklerini gözeterek, bu piyasada hizmet sağlayıcısı olmak ve piyasa içerisinde

ticaret yapmak isteyen tüm aktörlerin şebeke kullanımını belirli kurallara bağlamak zorundadır. Böylece piyasada faaliyet gösteren birçok hizmet sağlayıcısı rekabet şartlarında faaliyetlerini sürdürebilmektedir. Ekonomik alanda faaliyet gösteren bağımsız idari otoritelerin nihai hedefi düzgün bir rekabet ortamı oluşturmaktadır.²¹³

Doğal tekel piyasalarda düzenleyici kurumun özenli davranması gereken bir başka önemli husus ise birçoğu tüketicilerin hayati ihtiyaçları sayılabilecek kamu hizmeti niteliğindeki elektrik, su, doğal gaz, telekomünikasyon gibi hizmet alanlarında “*hizmet kalitesinin*” sağlanabilmesi ve bu hizmetin “*makul fiyatlarla*” yani “*adil tarife*” düzenlemeleriyle erişilebilir olmasıdır. Maliyetlerin düşürülerek ekonomik verimin sağlanması gereken söz konusu tekel piyasa yapılarında, tekelci gücün, sahip olduğu hakları kötüye kullanmaması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekir. Tekel hizmet sağlayıcısı şirketin bu düzenlemelere uymaması durumunda gerekli tedbirlerin alınarak cezalandırıcı bir yöntemin benimsenmesi hatta bu tekel yetkisinin elinden alınmasına kadar gidecek olan denetim yetkisinin kullanılması, şüphesiz düzenleyici kurumun regülasyon yetkisinin bir parçası olacaktır. Doğal tekel niteliğindeki piyasa, mesela elektrik ve doğal gaz piyasalarında olduğu gibi, hayatın idamesi için zaruri hizmet alanları olacağından, bu hizmetlerdeki en ufak bir aksama, süreklilikte kesinti, hizmet kalitesi düşüklüğü ve yüksek fiyat gibi unsurlar, rekabet edecek başka piyasa oyuncuları bulunmadığından ve bu hizmetler başka hizmetlerle ikame edilebilir olmadıklarından büyük sosyal, siyasi ve ekonomik problemlerin doğmasına neden olacaktır.

²¹³ Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011,162

“Bağımsız idari otorite” kavramı analiz edildiğinde üç sözcük üç özellik yansıtmaktadır. “Bağımsız” sözcüğü organik ve işlevsel anlamda yürütme organı karşısında kurumun bağımsızlığını; “idari” sözcüğü ayrı kamu tüzel kişilikleri olsun olmasın idari organ niteliğinde olduklarını, “otorite” sözcüğü de bunların danışma organı değil, düzenleyici veya birel idari icrai kararlar alıp uygulayan kuruluşlar olduklarını göstermektedir.²¹⁴ Organik bağımsızlık, söz konusu kurumlarda karar mercilerinde çalışanların bir takım statü güvenceleriyle donatılmaları anlamına gelmektedir. İşlevsel bağımsızlık ise bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde yürütme organına dahil birimler tarafından bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuracak hiçbir doğrudan yetkiye sahip olunmaması anlamına gelir.²¹⁵ Bununla birlikte, bu kurumlar alacakları kararlarda kalkınma planlarını, yıllık programları, hükümet programlarını ve uygulanan ekonomi politikalarını dikkate almak durumundadırlar.²¹⁶ Bağımsızlık denilince ayrıca, bu kurumların yalnızca yürütme erkinden değil, düzenlemekle yükümlü oldukları özel veya kamu

²¹⁴ A.Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.371

²¹⁵ Ali ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.16-17

²¹⁶ M. Zahid SOBACI, **“Türk İdari Teşkilatındaki Adalar: Bağımsız İdari Otoriteler”**, AÜHFD, 2006, C.55, S.22, s.167

şirketlerinden, daha genel olarak da düzenledikleri sektörlerdeki her türlü çıkar gruplarından bağımsız olmaları anlaşılmalıdır.²¹⁷

Duyarlı sektörler diye adlandırılan alanlarda sektörde oyuncu olarak yer alan kamu tüzel kişileri ile özel hukuk kişilerinin eşit muameleye tabi tutulmaları özellikle serbest rekabet ortamının oluşabilmesi için bir gereklilik olarak görülmektedir. Böyle bir ortamı sağlayacak otoritenin de merkezi idare dışında bağımsız bir kuruluş olması gereği ortaya çıkar.²¹⁸ Özellikle ülkemiz enerji sektöründe özel sektör ve kamu kuruluşlarının birlikte faaliyet gösterdikleri dikkate alınır, bağımsız ve tarafsız bir düzenleyici kuruma ihtiyaç daha da ortaya çıkmaktadır. Devletin ekonomik düzene bir şekliyle müdahale alanı olan “*regülasyon*” sahasında, bunu gerçekleştirmeye yarayacak idari yapı enerji sektörü bakımından ele alındığında, karşımıza Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) çıkar. 4628²¹⁹ sayılı eski adıyla Elektrik Piyasası Kanunu, yeni adıyla Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile kurulan EPDK, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve

²¹⁷ Avni DİLBER, **Bağımsız İdari Otoritelerin Kurulmasının Tüketicinin Ekonomik Çıkarlarına Etkileri ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Örneği**, Sanayi Bakanlığı Uzmanlık Tezi, 2004, Ankara, s.11

²¹⁸ Zeynep ÇAKMAK, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011, s.23

²¹⁹ Bu Kanun 3/3/2001 tarih ve 24335 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Daha sonra 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin metne işlenmesiyle, Kanun adı “*Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun*” olarak değişmiştir.

mali özerkliğe sahip, kurulduğu 2001 yılından bu tarafa, kendisine Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere idari teşkilat bünyesinde yer alan bağımsız bir düzenleyici ve denetleyici kurumdur.²²⁰

Bir çok ülke hukuk ve idare sistemlerinde, düzenleyici kurumlar birbirinden farklı yapıda ve organizasyonda faaliyet sürdürmekte olup, bu kurumların ideal bir yapılanma düzeni veya idare içinde konumlanması bulunmamaktadır. Bu nedenle, ülkemizde mevcut olan hukuki yapının sağlam yönleri veya gerektiğinde değişmesi gereken boyutları bulunabilir. Bu hususların ise zamanla yaşanan olaylarla şekilleneceği ve diğer ülke uygulamalarının dikkatle ve karşılaştırmalı olarak irdelenmesi ile belirleneceği anlaşılmaktadır.

3. Elektrik-Doğal Gaz Piyasalarının Tarihçesi ve Özellikleri

a) Elektrik Piyasasının Tarihçesi ve Özellikleri

Enerjinin çekirdek regülasyon alanları olan elektrik ve doğal gaz piyasalarını ayrı ayrı ele aldığımızda her bir piyasa yapısının yekpare bir özellik göstermediği, yapısal ve hukuki özellikleri birbirinden farklı çeşitli alt piyasa faaliyetlerinden oluştuğu anlaşılmaktadır. Buna göre 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu²²¹ incelendiğinde, Kanunun 4 üncü maddesi gereği; “*üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyeti*” sürdürülmekte ve bu faaliyetlerin her biri için düzenleyici kurumdan lisans alınması gerekmektedir.

²²⁰ Kurumun idari teşkilat içerisindeki yeri 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun Ek (III) sayılı cetvelinde (5) sıra no ile belirlenmiştir.

²²¹ 30/03/2013 tarih ve 28603 sayılı Resmi Gazete

Dolayısıyla bu faaliyetlerin özel hukuk tüzel kişileri tarafından rekabet koşullarına uygun liberal piyasa yapıları içerisinde sürdürülmesi hedef alınmaktadır.

Türkiye’de elektrik piyasasının tarihçesine baktığımızda, 1923’de Cumhuriyet ilan edildiğinde kurulu güç 33 megawatt olup yalnızca İstanbul, Tarsus ve Adapazarı elektrikten yararlanabiliyordu. Cumhuriyet dönemi başlarında elektrik sektörü büyük ölçüde yabancı yatırımlara bağlı olarak yürümüş ve 1930’lu yıllara kadar enerji faaliyetleri Osmanlı döneminden gelme imtiyazlı şirketlerin kontrolünde kalmıştır. İdare hukuku öğretisinde imtiyaz, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişi tarafından kurulması ve/veya işletilmesi usulü olarak tanımlanmaktadır.²²² Hukukumuzda kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin, halen geçerli, ilk yasal düzenleme “1910 tarihli *Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*”’dur. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, önceden hazırlanmış bulunan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartnamelere dayanır. Gerek şartname gerekse sözleşme koşulları İdarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. Türkiye’de elektrik faaliyeti bu şekilde 1939 yılına kadar çoğunluğu yabancı şirketlerin işlettiği imtiyazlarla sağlanırken, 1939 yılında bir taraftan devletçilik ilkesinin etkisiyle, diğer taraftan da dünya genelinde hakim olan milliyetçilik anlayışıyla yabancı şirketlere verilmiş olan bu imtiyazlar devlet tarafından satın alınmıştır. Daha sonra bu hizmetlerin

²²² Cem Çağatay ORAK, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara,2006, s.35

belediyelere devredildiği ve böylece elektrik faaliyetlerinin kamu kuruluşları eliyle yürütüldüğü dönem başlamıştır.

1944'lü yıllara gelindiğinde ise neredeyse tüm elektrik piyasası kamu mülkiyeti altında toplanmıştır. Elektrik piyasasında geleneksel tekелci ve dikey bütünleşik bir yapı hakim olmuştur. 1950'li yıllarda devlet ve özel sektör eliyle santraller yapılmaya ve işletilmeye başlanmıştır.²²³ 1926'da ilk Türk özel şirketi Kayseri ve Civarı T.A.Ş kurulmuş olup, bu şirket günümüzde de faaliyetine devam etmektedir.²²⁴

1984-1999 arası dönemde elektrik piyasasının gelişmesi ve liberalleşmesine ilişkin bir dizi kanun çalışmaları yapılmıştır. Bu konuda yapılan ilk yasal düzenlemelerden birisi 4.12.1984 tarihli 3096 sayılı Kanun olmuştur. Bu Kanun ile Türkiye Elektrik Kurumu dışında, özel sektörün elektrik üretimi, iletimi, dağıtım yapabilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Böylece TEK dışındaki kuruluşların elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti yapmasının önü açılmıştır. 12.08.1993 yılında 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile TEK ikiye bölünmüş elektrik enerjisi üretim ve iletim faaliyetlerini yürütmek üzere Türkiye Elektrik Üretim ve İletim A.Ş (TEAŞ) ve dağıtım faaliyetini yürütmek üzere Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş (TEDAŞ) kurulmuştur. Böylece kamu tekelindeki dikey bütünleşik yapı sona ermiştir. 13.06.1994 tarihinde 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-

²²³ Bülent KENT, **Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.31

²²⁴ Atıf KIR, **Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.149

Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ve kamu iktisadi teşebbüsleri dahil kamu kurum ve kuruluşlarınca ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin YİD modeli ile yaptırılması hedeflenmiştir. Bu dönemde çıkarılan pek çok hukuki düzenleme hakkında yargı yoluna başvurularak Danıştay ve Anayasa Mahkemesi²²⁵ tarafından verilen çeşitli Kararlarla özelleştirme çalışmaları sekteye uğramıştır. Bunun sonucunda, özelleştirmelerin gerçekleştirebilmesi için 1999 yılında, 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın 47, 125 ve 155 inci maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Böylece esasen kamu tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, özel hukuka tabi sözleşmelerle ve özel kuruluşlara devredilerek yaptırılmasına imkan tanınmıştır. Bu kapsamda doğacak uyuşmazlıkların çözümü içinse Danıştay dışında tahkime başvurulabilmesi yolu açılmıştır. Böylece bir kısım imtiyaz sözleşmeleri Danıştay'ın görev alanından çıkartılmıştır.

Bu gelişmelerin yaşanmasının ardından, elektrik piyasasında, bir piyasa yapısının oluşturulmasına, piyasanın liberalleşmesine, yatırımların özel sektör tarafından gerçekleştirilmesine başlanmıştır. Bu doğrultuda yaşanan en önemli gelişme ise AB müktesabatına uyum çalışmalarına paralel olarak 2001 yılında

²²⁵ AYM'nin 11.04.1994 tarihli ve 1994/43 E., 1994/42-1 sayılı K, RG tarih 15.04.1994 tarih, bu Karara göre; *“devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da onların denetimi ve kontrolü altında genel ve ortak gereklilikler ve kamu yararı için kamuya devamlı ve düzenli olarak sunulan hizmetler”* ifadeleriyle elektrik hizmeti bir kamu hizmeti olarak görülmekte ve devlet tarafından sağlanması gerekmektedir.

hazırlanan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun yürürlüğe girmesi olmuştur. Hiç kuşku yok ki, Elektrik Piyasası Kanunu ülkemiz elektrik piyasası tarihinde bir reform niteliği taşımaktadır. Elektriğin *tüketicilere yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli* bir şekilde sunulmasını sağlayacak *rekabet ortamının* oluşturulması için yasal çerçeve oluşturmuştur. Bu Kanun rekabetçi bir elektrik piyasası oluşturmak, özel sektörün piyasaya girişini özendirerek üretim ve dağıtım sektörlerinde verimlilik ve etkinliği arttırmak amacıyla yönelik olarak dizayn edilmiştir.²²⁶ Kanunla düzenleyici kurum EPDK kurulmuştur.

On yılı aşkın bir süre yürürlükte kalan EPK ile alınan önemli mesafelere yenilerini eklemek için piyasa dinamikleri ve sektörel talepler de göz önünde bulundurularak elektrik piyasasında yeni bir dönem başlatılmıştır. Bu doğrultuda 6446 sayılı yeni bir elektrik piyasası Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Türk idare hukukunda kamu hizmetleri teorisinde yaşanan değişimin öncüllerinin elektrik piyasası alanında yaşandığı ve bunun da bir tesadüf olmadığı ortadadır. Zira elektrik hizmeti, her ne kadar pozitif hukuk bakımından Evrensel Hizmet Kanunu kapsamına alınmamış olsa da, fiili olarak bir evrensel hizmet olarak değerlendirilebilecek boyutta bir yapıya sahiptir. Özellikle elektrik enerjisinin mesken, sanayi, ticarethane, cadde ve sokaklarda aydınlatma, ısınma, soğutma, tarımsal sulama gibi çok çeşitli amaçlarla kullanımı mümkündür ve çoğu zaman alternatif enerjilerle ikame edilememektedir. Birey yaşamı için bu kadar öneme haiz

²²⁶ Yücel YAMAN, **Türkiye ile Texas Eyaleti (ERCOT Bölgesi) Dengeleme ve Uzlaştırma Sistemlerinin Hukuksal Açıdan Karşılaştırılması**, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006, s.50

olan elektrik enerjisi, ülke ekonomisi için de ticarethanelerde ve sınıide kullanımıyla çok önemli bir endüstriyel girdi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Elektrik piyasası bütüncül bir yapıda olmayıp alt sektörlerde birbirinden ayrıışan özellikleri bulunan farklı piyasalardan oluşmaktadır.

“Üretim faaliyeti”; EPDK’dan lisans almış kamu ve özel sektör şirketleri tarafından yürütölmektedir. EPK’daki tanımıyla *“enerji kaynaklarının, elektrik üretim tesislerinde elektrik enerjisine dönüştürölmesini”* ifade etmektedir. Bu kapsamda, elektrik üretim faaliyeti EÜAŞ’a ait olan *“mevcut sözleşmeler”* olarak adlandırılan 3096 sayılı Kanun, 3996 sayılı Kanun ve 4283 sayılı Kanun kapsamında faaliyet gösteren kamu üretim santralleri, özel sektör üretim şirketleri ve otoprodöktör, otoprodöktör grupları tarafından gerçekleştirilmektedir. EPDK tarafından yayınlanan 2014 Elektrik Sektörü Piyasa Gelişim Raporu²²⁷ verilerine göre, üretimde en yüksek paya %46.3 ile özel sektör üretim şirketleri sahiptir.

İletim faaliyeti EPK’daki tanımıyla *“elektriğin 36 kV üzerindeki hatlar üzerinden naklini”* ifade eder. Elektriğin depolanabilir bir ürün olmaması çok önemli bir fiziksel özellik olup bu özellik, piyasa yapısının da belirleyicisi olmaktadır. Elektriğin üretildiği anda tüketilmesi zorunluluğu onu diğer mallardan ayıran bir özelliktir. Bununla birlikte, sadece üretildiği yerde değil, bu coğrafya dışında farklı merkezlerde de tüketilmesi icap eden elektrik depolanabilir de olmadığından ancak hatlar vasıtasıyla nakli mümkün olabilmektedir. İletim faaliyetini gerçekleştirmeye yetkili tek şirket TEİAŞ olup iletim faaliyetinin doğal tekel olma niteliği gereği bu

²²⁷Erişim;http://www3.epdk.org.tr/documents/elektrik/rapor_yayin/

[Elk_GelisimRaporu2014.pdf](#), 21.09.2015

şirket fiili ve hukuki tekel konumundadır. Bu alandaki doğal tekelin, özel mülkiyet yerine bir kamu mülkiyeti altındaki şirket tarafından işletilmesinin tercih edilmesinin nedeni “*kamu yararına*” uygun olacağı düşüncesidir.²²⁸

Dağıtım faaliyeti, bir nevi iletim faaliyetinin daha düşük güçteki hatlarla ve belirli bir bölgeye mahsus olarak nakli olarak anlaşılabilir. EPK’daki tanımıyla “*elektriğin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini*” ifade etmektedir. EPDK tarafından verilen dağıtım lisanslarıyla sürdürülür. Dağıtım faaliyeti aslında iletimin bölgesel bir türü gibi düşünülebilir. Yani bu piyasa yapısı da doğal tekel özelliğine sahip bir piyasa olup kendi içinde rekabet koşulları oluşmamış tamamen regülasyon kuralları ile yönlendirilen bir alandır. Elektrik dağıtım şirketleri sadece lisanslarında belirtilen alanda dağıtım faaliyetini gerçekleştirebilirler. 17 Mart 2004 tarihli ve 2004/3 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile onaylanarak yürürlüğe giren “*Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi*” ile Türkiye’nin elektrik dağıtım şebekesi 21 dağıtım bölgesine bölünmüştür. Bu bölgelerden 20’sinin sahibi olan TEDAŞ, Özelleştirme Yüksek Kurulunun 2 Nisan 2004 tarihli ve 2004/22 sayılı kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır. Bu dağıtım bölgelerinin her birinde anonim şirket statüsünde ve TEDAŞ’ın sahibi olduğu dağıtım şirketi kurulmuştur. Bugün itibariyle Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tüm dağıtım şirketlerinin özelleştirmesini tamamlamış, model olarak işletme hakkı devri

²²⁸ Hasan KARAKILIÇ, **Hukuki Açıdan Elektrik Piyasası Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s.16

(İHD)’ne dayalı hisse satış modelini uygulamıştır.²²⁹ Dağıtım şirketi, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumludur. Dağıtım şirketi, dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyetle iştigal edemeyeceğinden, lisanslarında belirtilen bölgede dağıtım sistemini rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin hizmet sunmakla yükümlüdür.

“Perakende satış”, EPK’daki tanımıyla “*elektrik enerjisi ve kapasitesinin tüketicilere satışını*” ifade etmektedir. Perakende satış faaliyeti, tamamen belli hizmetlerin sunumuna yönelik bir ticari hizmet olup şebeke faaliyetleri ile bir ilgisi bulunmamaktadır. 4628 sayılı EPK döneminde, 01.01.2013 tarihine kadar, dağıtım şirketleri dağıtım ve perakende satış faaliyetlerini birlikte yürütmekteydi. Dağıtım şirketleri, bulundukları dağıtım bölgesinde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi temin edemeyen tüketiciler bulunması durumunda, bu tüketicilere perakende satış yaparak perakende satış hizmeti sunmakla yükümlüydü. Bu durum, EPDK’nın

²²⁹ “Kural olarak işletme hakkı devir sözleşmesinin konusunu “kurulu” bir tesis oluşturur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi bu sözleşmeleri “devral-işlet-devret sözleşmesi” olarak adlandırmıştır. İHD sözleşmesi yasakoyucunun aksine bir düzenlemesi olmadığı sürece, idari sözleşme niteliğine sahiptir. Dağıtım bölgelerinin işletme hakkı devrinde, mülkiyet devrine yer verilmemiştir...”Yakup GÖNEN, **Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.132

12.09.2012 tarih ve 4019 sayılı Kurul Kararına²³⁰ kadar devam etmiştir. Söz konusu Karar ile dağıtım ve perakende satış şirketlerinin ayrıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu iki faaliyetin aynı tüzel kişi tarafından yürütülmesinde piyasa yapısı bakımından sakınca görüldüğünden bu faaliyetlerin ayrıştırılması önemsenmiştir. Bu ayrıştırma modeli, 2003/54 sayılı Direktif'in 15 inci maddesinde öngörülen “*hukuki ayrıştırma*” yükümlülüğü ile uyum göstermektedir.²³¹

“*Piyasa işletim faaliyeti*” ise ilk kez 6446 sayılı EPK ile tanımlanmış bir piyasa faaliyetidir. Bu faaliyet kapsamında TTK ve özel hukuk hükümlerine tabi Enerji Piyasaları İşletme Anonim Şirketi (EPIAŞ) ticaret unvanı altında bir anonim şirket kurulması kararlaştırılmıştır. Böylece ilk defa elektrik piyasasında “*organize toptan satış piyasaları*” olarak görülebilecek bir yapılanma öngörülmüştür.

“*Toptan satış*”, EPK'daki tanımıyla “*elektriğin tekrar satış için satışıdır.*” TETAŞ ve özel sektör toptan satış şirketleri tarafından yürütülmektedir. 4628 sayılı Kanun döneminde TETAŞ geçici bir şirket olarak planlanarak kurulmuş ve mevcut sözleşmelerden doğan alım yükümlülüklerinin sona ermesinden sonra, yani piyasanın tam olarak rekabete açılmasından sonra bir rolünün kalmayacağı planlanmıştır. Ancak bu sözleşme sürelerinin çok uzun süreler olduğu, geçiciliğin uzun bir süre

²³⁰ 27.09.2012 tarih ve 28424 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²³¹ Çağdaş Evrim ERGÜN, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010,s.73

olarak anlaşılması²³² gerekirken, yeni gelişmeler de TETAŞ'ın varlığının devam edeceğini ortaya koymuştur. Buna göre “5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulmasına ve İşletilmesi ile Enerji Satımına İlişkin Kanun” ile nükleer güç santrallerinde üretilecek elektriğin TETAŞ tarafından satın alınması konusunda alım garantisine yer verildiği bu Kanun ile anlaşılmaktadır. TETAŞ'a yeni alım garantileri yüklenmesi ise varlığının devam edeceğinin bir göstergesidir.

Elektrik piyasasında bugün gelinen noktaya, birbirinden farklı özelliklerde önemli aşamalardan ve yoğun çabalardan sonra geçilebilmiştir. Bugün bir evrensel hizmet, olmazsa olmaz yaşamsal hizmet olarak görülen ve erişilebilen elektrik hizmeti, geçmişte bu kadar erişilebilir olmamıştır. Süreklilik ve kesintisizlik şartları neredeyse sağlanmıştır. Özel sektör yatırımları, kamu sektörü yatırım ve işletmeleriyle belirli faaliyet alanlarında yarışabilir konuma gelmiştir.

b) Doğal Gaz Piyasasının Tarihçesi ve Özellikleri

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu²³³ bakımdan doğal gaz piyasasında; “ithalat, iletim, depolama, toptan satış ve dağıtım” faaliyetleri söz konusu olup bu faaliyetler için düzenleyici kurumun izin ve denetimine ihtiyaç vardır. Her bir faaliyet alanı, içeriğinde ayrı hukuki yapıyı ve teknik özellikleri barındırmaktadır.

²³² İ. Yılmaz ASLAN/Galip ALTINAY/Alı ILICAK/Emre ÖNAL/Erol KATIRCIOĞLU/Şahin ARDIYOK/Banu GÜLTEKİN/Can AKÇAOĞLU, **Enerji Hukuku Cilt I**/Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2007, s.347

²³³ 2/5/2001 tarih ve 24390 sayılı Resmi Gazete

Ülkemizde üretimi bulunmayan doğal gaz yurt dışından tedarikçi ülkelerden ağırlıklı olarak boru hatlarıyla, az miktarlar itibariyle de LNG olarak sıvılaştırılmış halde ithal edilmektedir. Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş (BOTAŞ), Irak ham petrolünün, Ceyhan Terminaline taşınmasını gerçekleştirmek üzere, 7/7871 sayılı Kararnameye istinaden 15 Ağustos 1974 tarihinde Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı tarafından kurulmuştur. Türkiye'nin enerji kaynaklarının çeşitlendirilmesi amacıyla BOTAŞ başlangıçta, boru hatları ve petrol taşımacılığı yapmıştır. BOTAŞ'ın faaliyetleri, 1987 yılından itibaren boru hatları ile doğal gaz taşımacılığı ve doğal gaz ticareti ile genişlemiştir. Bir kamu iktisadi teşebbüsü olarak özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş, kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda faaliyetlerini sürdüren şirket 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye (KHK) tabidir.²³⁴ BOTAŞ'ın faaliyetleri, 9.2.1990 tarih ve 20248 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “397 sayılı KHK”ya göre yürütölmekteydi. Buna göre; *doğal gazın ithalatı, şehir içinde dağıtımı, satışı, satış fiyatının tespiti* de BOTAŞ'a ait yetki ve görevlendendi. Bu dönemde doğal gazın iletim, dağıtım ve ticaretiyle ilgili tüm faaliyetler *bütünleşik kamu tekeli olan BOTAŞ eliyle* yürütölmüştür.

Türk doğal gaz piyasasında yaşanan en önemli dönüm noktalarından biri ise 2001 yılında 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanun'unun çıkarılması²³⁵ olmuştur.

²³⁴ BOTAŞ, erişim: <http://www.botas.gov.tr/>, 10.09.2015

²³⁵ Kanun Devlet Planlama Teşkilatı'nın Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı çerçevesinde hazırlanmıştır. Erişim; [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=16317)
[kanunlar_sira_no=16317](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=16317), 01.08.2015

Halen yürürlükte olan DPK ile piyasanın serbestleştirilmesi yönünde önemli vizyonlar belirlenerek düzenlemeler yapılmıştır. Neredeyse bütün doğal gaz faaliyetlerini bünyesinde gerçekleştiren BOTAŞ'ın bu konumunu ve dikey bütünleşik yapısını Kanun'un Geçici 2 nci maddesi ile 2009 yılından sonra sürdüremeyeceği kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, bu hedef henüz tam olarak gerçekleştirilmiş değildir. BOTAŞ'ın dikey bütünleşik yapısı devam etmektedir. DPK ile özellikle ithalat ve toptan satış ayağında çok oyunculu, BOTAŞ dışında da faaliyet gösteren özel şirketlerin yer alabileceği bir piyasa yapısı kurmak amaçlanmıştır. 397 sayılı KHK ile BOTAŞ'a tanınan doğal gazın ithalatı, iletimi ve satışı tekeli kaldırılmıştır.

İletim ve şehir içi dağıtım faaliyetleri tıpkı elektrik piyasasında olduğu gibi doğal tekel niteliğinde, şebeke faaliyetleri olup tamamen EPDK'nın ekonomik regülasyon alanı kapsamındadır. Bu faaliyetler için DPK'da açıkça *“kamu hizmeti”* niteliğinde olduğu belirtilmemişse de, özellikle Danıştay'ın *“elektrik, su doğal gaz gibi kamu idarelerince bedeli karşılığı dağıtılan kamu hizmetinden..”* ifadesini Kararlarında²³⁶ tekrarlayarak, doğal gazı bir kamu hizmeti olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Doğal gaz piyasasının parçalı yapısından hareketle *“iletim, dağıtım ve depolama”* faaliyetleri *“kamu hizmeti”* niteliğinde faaliyetler olarak değerlendirilebilir.²³⁷ İthalat ve toptan satış faaliyetleri ise tamamen sektörün rekabet ve ticaret alanları olup burada piyasa kuralları daha çok etkili olabilecektir. Bunun

²³⁶ D.8.D. E.2007/3339, K.2007/5682, D.8.D E.2006/1779, K.2006/2674

²³⁷ Benzer görüş için bkz. Ahmet YAYLA, **İdarenin Doğal Gaz Piyasasını Düzenleme Faaliyeti**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.46

dışında doğal gazın “*evrensel hizmet*” olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda, alternatifi olan bir enerji olmasından hareketle, buna ilave olarak bir de üreticisi olmadığımız, yoğun ithalat bağımlısı olduğumuz bir ürün olduğu göz önüne alındığında, en azından günümüzde ve bahsedilen koşullarda, AB Direktifleri paralelinde düzenlemeler yerinde olabilir.²³⁸

DPK’ya göre, elektrikten farklı olarak “*iletim faaliyeti*” hukuki tekel bir faaliyet alanı değildir. Başka tüzel kişiler de bu faaliyeti gerçekleştirebilir. Ancak mevcut piyasa yapısı içerisinde BOTAŞ fiili tekel olarak iletim faaliyetini sürdürmektedir.

Yine elektrikten farklı olarak doğal gazın *depolanabilir olma* özelliği, bu enerjinin önemli bir avantajı olarak karşımıza çıkmakta ve piyasa yapısını da etkilemektedir.

Doğal gazın *şehir içi dağıtım faaliyeti* DPK’ya göre “*doğal gazın müşterilere teslim edilmek üzere mahalli gaz boru hattı şebekesi ile naklini ve perakende satışını*” ifade etmektedir. Bu tanımda en dikkat çekici özellik elektrik piyasasından farklı olarak doğal gaz dağıtım şirketlerine hem dağıtım hem de perakende satış konusunda yetki verildiği hususudur. Zaten bu fark nedeniyle, elektrik piyasasında kullanıcı ile yapılan sözleşmenin adı “*perakende satış sözleşmesi*” olurken, doğal gaz piyasasında ise “*abonelik sözleşmesi*” olarak kullanılmaktadır. Sözleşmelerin bu

²³⁸ Aksi görüş yani doğal gazın olması gereken hukuk bakımından evrensel hizmet olduğu ve Evrensel Hizmet Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü için, bkz. Burak KEPKEP, **Doğal Gaz Dağıtım İhalelerinin 10. Yılında Doğal Gaz Tedarik Sözleşmeleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.75

isim farklılığı ve sözleşme tarafları farklılığı, elektrik piyasasında dağıtım faaliyeti ile perakende satış faaliyetinin ayrıştırılarak farklı tüzel kişiler tarafından yerine getirilmesinden, doğal gaz piyasasında ise böyle bir ayrıştırmanın yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Doğal gazın şehir içinde “*dağıtım*” faaliyeti, rekabet koşulları altında son kullanıcının doğal gaza daha ucuza ve kesintisiz olarak ulaşmasının sağlanması amacıyla, EPDK tarafından yapılan ihaleler ile özel şirketlere gördürülme şekliyle olmaktadır.

“*Toptan satış*”, doğal gazın dağıtım şirketlerine ve serbest tüketicilere yapılan satışını ifade etmektedir. Toptan satış, doğal gaz piyasasının en rekabete açık alanlarından birisi olup tamamen doğal gaz ticaretine dayanmaktadır.

İthalat faaliyeti teknik ve ekonomik güce sahip şirketler tarafından, ithal edilecek doğal gazın kaynağı, rezervleri hakkında kesin garantiler verilerek yapılabilmektedir.

Vizyon olarak tam rekabetçi bir doğal gaz piyasa yapısı hedefleyen DPK ile özellikle dağıtım ve toptan satış sektörlerinde önemli gelişmeler ve aşamalar kaydedilmişse de, diğer sektörlerde halen BOTAŞ’ın hakim durumu mevcudiyetini korumaya devam etmektedir.²³⁹ Özel sektörün ithalat payının ve gücünün artması sağlanmış olsa da henüz hedeflenen noktalara tam olarak ulaşamamıştır.

²³⁹ Rekabet Kurumu Doğal Gaz Sektör Araştırması, erişim; <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%25c3%25b6r%2BRaporu%2Fsektorrapor8.pdf>, 15.09.2016

II. ELEKTRİK ve DOĞAL GAZ PİYASALARI ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

Elektrik ve doğal gaz piyasalarında yaşanan liberalleşme süreçleri neticesinde, özelleştirmelerin de artışıyla piyasada faaliyet gösteren çoğu zaman anonim ve limited şirketler şeklinde örgütlenmiş özel hukuk tüzel kişilerinin hem birbirleriyle, hem kullanıcılar ile hem de diğer sistem operatörleri ile ilişkileri giderek yoğunlaşmaktadır. İş dünyası içinde yaşanan bu yoğun ilişkilerin dışı vurumu bir bakıma ya “sözleşmeler” şeklinde uzlaşma metinlerinden ya da bunun tersi uzlaşmama hallerine özgü “hukuki ihtilaflar” dan oluşmaktadır. Enerji piyasalarında yer alan aktör sayısının artması, yapılan yatırım miktarının genişleyerek işlem hacminin büyümesi, kısaca piyasanın derinleşmesiyle hukuki ilişkiler yoğunlaşmakta ve farklı hukuki boyutlara evrilmektedir. Bu kapsamda tarafların serbest iradelerine dayalı “ikili anlaşmalar”ın sayısının artacağı şüphesizdir.

İkili anlaşma kavramı, enerji mevzuatında bilhassa da elektrik piyasası mevzuatında çok sıkça kullanılmakta ve; “*gerçek ve tüzel kişiler arasında özel hukuk hükümlerine tabi olarak, elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin alınıp satılmasına dair yapılan ve Kurul onayına tabi olmayan ticari anlaşmalar*” tanımıyla²⁴⁰ terminolojik bir anlam kazanmaktadır. Ancak, elektrik temin etmek isteyen tarafların serbest iradelerine dayanan ikili anlaşmalar dışında, düzenleyici kurum EPDK’nın ön incelemesi ve onayından geçerek aynı zamanda “*genel düzenleyici işlem*” haline gelen sözleşmeler de piyasa içerisinde etkin bir şekilde uygulanmaktadır. Piyasa

²⁴⁰ EPK m.1/j

içinde önemli yer tutan bu sözleşmelerin bir çeşidini de “*abonelik sözleşmeleri*” oluşturmaktadır.

Elektrik ve doğal gaz enerjisini tedarik etmek için her kullanıcı mutlaka bir abonelik sözleşmesine taraf olmak zorundadır. Uygulamada bazı doğal gaz dağıtım şirketlerinin abonelik sözleşmesi terimi yerine “*doğal gaz kullanım sözleşmesi*” ifadesini kullanmayı tercih ettiği görülmektedir.

A. GENEL OLARAK ABONELİK SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN

ÖZELLİKLER

1. Abonelik Sözleşmeleri Tüketici Sözleşmesi Kapsamındadır

Abonelik sözleşmeleri “*tüketicilerle*” “*hizmet sağlayanlar*” arasında yapılan ve hizmetlerin görülmesini konu edinen sözleşmelerdir.²⁴¹ Abonelik sözleşmesi, tüketici hukukunu yoğun şekilde ilgilendiren bir “*tüketici sözleşmesi*” olması cihetiyle dikkatleri çekmektedir. Zira “*tüketici sözleşmesi*” yle girişimci, ticari kazanç ya da ekonomik gelir elde etmek amacıyla yürüttüğü işletme çerçevesinde, tüketicinin “*işletme faaliyeti dışında kalan*” ve tamamen onun “*özel tüketimine*” özgü belirlenmiş maddi ya da kişisel nitelikteki bir edimi, belirli bir bedel (ivaz) karşılığında ifa etme borcu altına girer. Girişimcinin mesleki ya da ticari bir faaliyete özgü faaliyetleri çerçevesinde, tüketicinin özel tüketim amaçları için belirlenmiş olan

²⁴¹ Hüseyin ALTAŞ, “*Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri*”, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Ankara, 2009, s.158

maddi veya kişisel edimi belli bir ivaz karşılığında yerine getirmekle yükümlü tutan, borç doğurucu nitelikteki her türlü sözleşmeye “tüketici sözleşmesi”²⁴² denir.

6502 sayılı TKHK’un tanımlar kısmında, tüketici sözleşmelerinden daha geniş bir içerikte olan “tüketici işlemi” tanımı “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına veya hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” olarak yapılmıştır. Tanımda yer alan sözleşme isimleri sınırlayıcı olarak sayılmadığından ve abonelik sözleşmeleri ayrı bir madde olarak TKHK içeriğinde detaylı biçimde düzenlenmiş olduğundan, abonelik sözleşmelerinin tüketici sözleşmesi kapsamına dahil olacağına bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak abonelik sözleşmelerinin sadece tüketicilerle akdedilmediğini de belirtmek gerekir. Bu sözleşmeler tacirler arasında da ticari ve mesleki faaliyetlerin icrası amacıyla akdedilebilmektedir. Belirtmek gerekir ki, TKHK’da düzenlenen abonelik sözleşmeleri “tüketici” nin taraf olduğu abonelik sözleşmeleridir.²⁴³

²⁴² Mehmet DEMİR, **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.53-54

²⁴³ Seda ÖKTEM ÇEVİK, “**6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi**”, yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler-Tartışmalar, Derleyen M.Murat İNCEOĞLU, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.346

Abonelik sözleşmelerinin tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesi, bunların genel işlem koşulları denetiminde büyük önem arz edecektir. Kendi kullanımı için elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmesi yapacak bir kullanıcının karşılaşacağı sözleşmenin dengesini bozacak hükümlerin geçersizliği gündeme gelecektir. Bu koruma sağlanırken, kullanıcının hizmet sağlayıcısı tüzel kişi karşısındaki daha zayıf konumu gözetilecek ve tüketici sözleşmesi olan abonelik sözleşmelerine başta TKHK olmak üzere, tüketici hukukuna ilişkin diğer ikincil düzenlemeler uygulanacaktır.

Tüketici sözleşmesinin unsurlarını taşıyan her sözleşme (ister isimli ister isimsiz olsun), tüketici sözleşmesi niteliğindedir ve dolayısıyla da TKHK'un maddi anlamda uygulama alanına girmektedir.²⁴⁴ Bu noktadan hareketle, bir tüketici sözleşmesi olan abonelik sözleşmeleri, özellikle elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmeleri TKHK'un uygulama kapsamına dahildir.

2. Abonelik Sözleşmeleri İsimli Sözleşmeler Kapsamındadır

Türk Borçlar Kanunu veya diğer herhangi bir kanunda özel bir biçimde az ya da çok ayrıntılı olarak düzenlenmemiş sözleşmelere, "*isimsiz sözleşmeler*" denilir. Aslında bu sözleşmelerin de isimleri vardır, fakat sadece kanunlarda özel bir biçimde düzenlenmemiş olmalarından bu şekilde anılırlar.²⁴⁵ İsimli sözleşmelerin

²⁴⁴ Hasan Seçkin OZANOĞLU, "*Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı*", AÜHFD, C.50, S.1, 2001,s.65

²⁴⁵ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2016, s.865

yaratılması sözleşme özgürlüğünün doğurduğu bir neticedir. Sözleşmenin içeriğini, şartlarını ve tipini belirleme özgürlüğüne sahip olan taraflar, bu özgürlük uyarınca, isterlerse TBK’da düzenlenmiş sözleşmelerin belirli unsurlarını bir araya getirerek kanunda düzenlenmemiş “*karma bir sözleşme*” kurabilecekleri gibi, kanunda düzenlenen sözleşmeler dışında doğrudan doğruya kendilerinin öngörüp yarattıkları unsurları biraya getirerek “*sui generis*” bir sözleşme de kurabilirler.²⁴⁶ Ayrıca birbirinden hukuken bağımsız ve farklı iki (veya daha çok) sözleşmenin, mahiyetlerine hâlel gelmeksizin, (iktisadi) fonksiyon itibarıyla birbirine bağlanmasına da “*bileşik sözleşme*” adı verilmektedir. Öyle ki, edim-karşı edim ilişkisi içinde bulunan bu sözleşmelerden birinin geçerliliği veya yerine getirilmesi, diğerininkine bağlı yani onun için işlem temeli sayılmaktadır.²⁴⁷

Abonelik sözleşmeleri isimsiz sözleşmeler arasındaki “*karma sözleşmeler*” kategorisinde kabul edilmektedir. Zira abonelik sözleşmelerinde satım, hizmet ve taşıma sözleşmelerinin unsurları bir arada bulunur²⁴⁸. Mesela bir doğal gaz dağıtım şirketiyle abonelik sözleşmesi imzaladığınızda, doğal gaz faturanızı ödemenizle bir satım sözleşmesi, doğal gazın evinize kadar taşınarak size ulaştırılmasıyla taşıma sözleşmesi, sayacınızın dağıtım şirketi tarafından periyodik muayenesinin yapılması

²⁴⁶ EREN, **Özel Hükümler**, s.869

²⁴⁷ Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.60

²⁴⁸ Hüseyin ALTAŞ, **Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları**, erişim; <http://huseyinaltas.net/dersler/telekomunikasyon-hukuku>, 21.09.2015

veya fatura kesimi için sayacınızın dağıtım şirketi elemanı tarafından okunmasıyla hizmet sözleşmesi unsurları varlığını göstermektedir.

Her ne kadar abonelik sözleşmeleri isimsiz sözleşmeler kategorisinde kabul edilse de, bu konuda tartışmalar da bulunmaktadır. Zira, abonelik sözleşmeleri hakkında TKHK 52'nci maddesiyle yedi fıkradan oluşan bir düzenleme yapılmış, sözleşmenin başta tanımı olmak üzere, kuruluş ve sona erdirilmesine ilişkin önemli ve detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Kanuni bu düzenlemenin, GTB tarafından çıkarılan “*Abonelik Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik (ABSY)*” hükümleriyle de detaylandırılması söz konusu olmuştur. Bu düzenlemelerden sonra, kanaatimce abonelik sözleşmelerinin “*isimsiz sözleşmeler*” kategorisinden kanun koyucu tarafından varlığı ve özellikleri tanınan bir sözleşme olma noktasına doğru geçiş yapmış olabileceği değerlendirilebilir.

İsimli-isimsiz sözleşmeler ayrımı normatif düzenlemeden hareket etmesine karşılık, tipik-atipik sözleşmeler ayrımı hukuki gerçekliği temel almaktadır. Bu durumda KUNTALP'e göre bir sözleşmenin tip haline gelebilmesi için, mutlaka kanun tarafından düzenlenmiş olması gerekmektedir. Nitekim, TMK.m.1 uyarınca, tekrarlanan bir uygulama sonucu, bir sözleşmenin ilk önce bir teamüle, daha sonra örf ve adet hukukuna dayalı olarak tipleşmesi mümkün bulunmaktadır. Böylece, Kanun'da öngörülmemiş olan bir sözleşme, pekala uygulamanın yarattığı

bir tip olarak karşımıza çıkabilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, franchise, factoring, tek satıcılık sözleşmeleri bu grup içinde yer almaktadır.²⁴⁹

Bu tartışma konusunu göz ardı ettiğimizde ve abonelik sözleşmelerini isimsiz sözleşmelerin karma sözleşmeler kategorisinde kabul ettiğimizde, sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde çeşitli sorunlar ve bu sorunlara çözüm geliştiren teorik görüşlerle karşılaşmaktayız. Bunlar *soğurma (imtisas) teorisi*, *kıyas yoluyla uygulama*, *terkip (kombinezon) teorisi* ve *yaratma teorisi* olarak²⁵⁰ karşımıza çıkmaktadır. Bu teorilerden ALTAŞ'a göre “soğurma” kuramını benimseyerek yani karma sözleşmeyi bir araya getiren unsurlardan (sözleşme tiplerinden) hangisi ön planda ise ona ilişkin hukuki rejimin uygulanmasıyla hukuki sorunlar çözüme kavuşturulabilir.²⁵¹ Diğer taraftan, isimsiz sözleşmelerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, öncelikle sözleşmenin iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teamüllere göre yorumlanması ve tamamlanması suretiyle uyuşmazlık giderilmeye çalışılacaktır görüşü de mevcuttur.²⁵² Herhangi bir isimsiz sözleşmeye

²⁴⁹ Erden KUNTALP, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s.8

²⁵⁰ Teorilerin detayları hakkında bkz. ARAL, s.56-57

²⁵¹ ALTAŞ, **Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları**, s.57

²⁵² Osman AÇIKGÖZ, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, Yayın No.334,s.104

TKHK hükümlerinin uygulanması ancak kıyas yoluyla mümkün olabilmelidir²⁵³ görüşü dışında, bu teorilerden örnekleme (kıyas) görüşünü benimseyerek, hakimın kira ve iş görme sözleşmelerinin bileşkesinde yer alan kuralları kıyasen tatbik ederek sorunlar çözülmelidir görüşü de ileri sürülmektedir.²⁵⁴ SEROZAN da nitelendirilip adı konan sözleşme hakkında hangi kuralların daha uygun düşeceği yani altlama (subsumption) sorunu hakkında, kavramcı ve kuralcı, soyut ve gözü kapalı bir tümünden gelim yöntemi ile yanıtlanmamalıdır görüşündedir.²⁵⁵

Abonelik sözleşmelerine uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi bakımından, öncelikle TKHK'un 52'nci maddesi ve buna paralel olarak GTB'nın hazırladığı “Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği” (ABSY) hükümlerinin doğrudan uygulanması gerekli olabilir. Çünkü bu düzenlemeler münhasıran abonelik sözleşmelerine ilişkin hazırlanmış hükümleri içerir. Oldukça detaylı olan bu genel düzenlemeler dışında ise, çözüme ulaştırılamayan konularda, hukukun genel hükümleri bilhassa borçlar hukukunun genel hükümlerinden ve benzer isimli sözleşme hükümlerinden kıyasen hareketle bir çözüm aranması gerekebilir. Elektrik

²⁵³ Hasan Seçkin OZANOĞLU, “*Yargıtay Uygulamasında TKHK'nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimli Sözleşmeler*”, ABD, S.3, Ankara, 2000, s.69

²⁵⁴ Seda ÖKTEM ÇEVİK, *Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.27

²⁵⁵ Rona SEROZAN, “*Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol: İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası*”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s.1224

ve doğal gaz abonelik sözleşmeleri bakımından ise, ayrıca Elektrik Piyasası Kanununun ve Doğal Gaz Piyasası Kanununun konuya ilişkin varsa doğrudan hükümlerinin, bulunmaması durumunda ise bilhassa “amaç” maddeleri ve piyasa faaliyetlerinin özelliklerinin genel olarak belirtildiği madde hükümleri öncelikle uygulanarak çözüm üretilmeye çalışılmalıdır. Yine bunlara ilave olarak, detaylı düzenlemeler içeren Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği ile Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği hükümleri uygulanarak hukuki sorunlar çözülmeye ve hukuki boşluklar giderilmeye çalışılmalıdır.

3. Abonelik Sözleşmeleri Tüketici Hukuku Mevzuatında Yer Alır

Abonelik sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler 4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı TKHK’un 11/A madde ilavesiyle yapılmıştır. Bu madde ilave edilmeden önce, konu “*sürelî yayınlar*” başlığı ile 11 nci madde olarak düzenlenmekteydi. Yasada, abonelik sözleşmeleri ile ilgili olarak, diğer tüketici sözleşmelerini düzenlemede izlediği yöntemin aksine, öncelikle, yasal bir tanım verilip daha sonra da içeriksel bir düzenleme yoluna gidilmemiştir. Oysa ki, her şeyden önce, abonelik sözleşmeleri, unsurlarını içerecek şekilde geniş olarak ve sözleşmenin asgari zorunlu içeriğini oluşturan objektif esaslı noktaların neler olduğunu açıkça belirtecek şekilde tanımlanmalıdır.²⁵⁶

Maddede ayrıca 4822 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, sözleşmenin feshine ilişkin şartlara yer verilmiş “*abonelik sözleşmelerinde yer alan*

²⁵⁶ Mehmet DEMİR, “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tüketim Sözleşmeleri İle İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri*”, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Ankara, 2006, s.416

fiyat ve niteliğe ilişkin şartlara aykırı davranılması hallerinde” ifadesiyle kanun koyucu “olağanüstü fesih yöntemini” benimsemişken, yapılan değişiklik ile bunun “olağan fesih” yöntemine dönüştüğünü söylemek mümkün hale gelmiştir.²⁵⁷

Bu düzenlemeleri yürürlükten kaldıran 6502 sayılı TKHK’un “*abonelik sözleşmeleri*” başlıklı 52 nci maddesinin yedi ayrı fıkradan oluştuğu görülmektedir. İlk fıkra daha önceki düzenlemelerde yer almamış olan “*abonelik sözleşmesi tanımına*” yer verilmiştir. “*Abonelik sözleşmesi, tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir.*” ifadeleriyle, abonelik sözleşmesinin tanımının yer aldığı ilk fıkra, mal/hizmetten yararlanan tüketicinin ödeyeceği “*ivazın, abonelik ücretinin*” belirtilmemiş olması nedeniyle eksiklik barındırır da, ilk kez bir tanıma yer verilmiş olması bakımından önemli bir gelişmedir. İvaz yani bir abonelik ücreti ödenmesi gerektiği, açıkça belirtilmese de, abonelik sözleşmelerinin genel özelliklerinden ve “*edinme*” ifadesinin kullanılmış olmasından bu sonuca ulaşılabilir.

İkinci fıkra sözleşmenin geçerlilik şartı olarak “*yazılı veya mesafeli*” şekilde yapılması, sözleşmenin tüketicie bir nüshasının da kağıt üzerinde veya “*kalıcı veri saklayıcısı*” ile verilmesi zorunluluğu getirilmektedir. Bu haliyle, çok önemli bir tüketici hakkı olan “*tüketicinin bilgilendirilmesi*”²⁵⁸ hakkının sağlanmaya

²⁵⁷ Nefise Hürriyet İŞGÜZAR, **(Tüketici Hakları Açısından) Telekomünikasyon Abonelik Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013,s.176

²⁵⁸ “*Avrupa Birliği’nin ekonomik politikaların yanında sosyal politikaların da desteklenmesi amacıyla gerçekleştirdiği çalışmalardan birisi, tüketici sorunlarına*

çalışıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, abonelik sözleşmesinin tarafların eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, uzaktan iletişim araçları kullanılarak “mesafeli” şekilde kurulabileceği, bunun için, Kanunun tanımlar kısmında belirtilen “kalıcı veri saklayıcısı” materyallerden biriyle sözleşmenin karşı tarafa sunulmasına imkan tanınmaktadır. Kanun hükmü dışında ABSY’ nin 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında “abonelik sözleşmeleri; en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir.” hükmü ile ilave şekil şartının getirildiği anlaşılmaktadır. Bu maddeyi TKHK’un 5 inci maddesinin dördüncü fıkrasının “Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir.” ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bu durumda ise “on iki punto ile yazım” şekil kuralının Kanunla değil fakat Yönetmelikle getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Abonelik sözleşmesinin “mesafeli sözleşme” şeklinde de kurulabilecek olması, TKHK’un 48 inci madde hükümlerine yollama yapıldığından, bu yönüyle

eğilinmesi olmuştur. Bu amaçla hazırlanan, Tüketicinin Korunması ve Bilgilendirilmesi Politikası Hakkında Birinci Program 1975 yılında yürürlüğe girmiştir. Birinci Programda, tüketicilerin korunmaya değer menfaatleri beş temel hak çerçevesinde ele alınmıştır: Tüketicinin Sağlığının ve Güvenliğinin Korunması Hakkı, Tüketicinin Ekonomik Çıkarlarının Korunması Hakkı, Tüketicinin Tazmin Edilme Hakkı, Tüketicinin Bilgilendirilme ve Eğitim Hakkı, Tüketicinin Temsil Edilme Hakkı...” Lale SİRMEN, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, erişim;<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Lale-S%24B0RMEN.pdf>, s.2466, 10.04.2016

değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun abonelik sözleşmelerinin mesafeli sözleşme şeklinde de kurulabileceğini belirtmesi, mesafeli sözleşmeyi bir şekil şartı olarak ele almış olduğu intibahı uyandırmaktadır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre²⁵⁹ kanunkoyucunun abonelik sözleşmelerinin mesafeli sözleşme şeklinde de kurulabileceğini belirtirken, mesafeli sözleşmelerin kurulmasına ilişkin şekil şartının abonelik sözleşmeleri için de geçerli olabileceğini ifade etmek istediği düşünülebilir. Abonelik sözleşmesini Kanunun *“ tarafların eş zamanlı fiziksel varlıkları olmasa dahi, sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere, uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıyla kurulabilecektir.”* hükmü gereğince değerlendirerek, irade beyanlarını *“ hazır olmayanlar ”* bakımından yorumlamak ve sözleşme öncesi görüşmelerde tüketicinin mutlaka bilgilendirilmesi gerekecektir. Abonelik sözleşmelerinin mesafeli sözleşme olarak akdedilmesi durumunda sözleşmenin; mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı veya internet yoluyla akdedilebileceği anlaşılmaktadır.²⁶⁰

52 nci maddenin diğer fıkralarında ise sırasıyla; belirsiz süreli abonelik sözleşmelerinin ancak sözleşme sona ermeden ve ancak tüketicinin talebi olması halinde, belirlenen süre kadar uzayabileceği kararlaştırılmıştır. Hüküm uyarınca, belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamayacak, yani abonelik sözleşmelerinin kendiliğinden

²⁵⁹ ÖKTEM ÇEVİK, *“Abonelik Sözleşmesi”*, s.355

²⁶⁰ ÖKTEM ÇEVİK, *“Abonelik Sözleşmesi”*, s.356

uzayacağına ilişkin sözleşme şartları (zımni yenileme kayıtları) geçersiz sayılacaktır.²⁶¹

Maddenin dört ve beşinci fıkralarda sözleşmenin feshine yönelik tüketici lehine birtakım yenilikler hazırlanmıştır. Tüketicinin belirsiz süreli veya bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman sözleşmeyi sona erdirebilmesi düzenlenmiştir. Bu sona erdirmeye neticesinde, yani *fesih bildiriminin hüküm ifade etmesinden itibaren 15 gün içerisinde*, tüketici tarafından ödenmiş olan ücretin geri kalan kısmı kesinti yapılmadan iade edilmek zorundadır. Satıcı veya sağlayıcıya getirilen önemli bir yükümlülük olarak da *sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin bildirim ve talepleri süresinde yerine getirmek üzere gerekli tedbirleri almak hatta gerektiğinde buna ilişkin sistemi kurmak zorunluluğu*'dur. Getirilen tüm bu yeniliklerle tüketici lehine bazı önemli gelişmelerin kaydedilmiş olduğu ve özellikle satıcı veya sağlayıcılara yeni sorumlulukların yüklendiği anlaşılmaktadır.

6502 sayılı Kanunun 52 nci maddesinin yedinci fıkrasına dayalı olarak GTB tarafından çıkarılan “*Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği*” (ABSY) elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin de dahil olduğu tüm abonelik sözleşmelerine yönelik düzenlemeleri kapsamaktadır. Böylece abonelik sözleşmelerinin kurulması, sözleşmenin zorunlu içeriğinin belirlenmesi, satıcı veya

²⁶¹ ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmesi*”, s.358 “...sözleşmenin kendiliğinden uzayacağına ilişkin onayın sözleşmenin kurulması sırasında veya sözleşmenin sona ermesinden çok önce alınması, TKHK’un 6 ncı maddesi kapsamında haksız şart olarak değerlendirilebilir...”

sağlayıcının yükümlülükleri, faturalamaya ilişkin hususlar, taahhütlü aboneliğe ilişkin hususlar, sözleşmenin feshi ve sonuçları gibi konularda detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu Yönetmelik ile,

- *“abonelik sözleşmesinin bir örneğinin tüketiciye verilmesi,*
- *sözleşmede aksi belirtilmediği sürece faturaların bir aylık süreyi kapsaması,*
- *tüketicinin onayı alınmadan abonelik süresinin uzatılamaması,*
- *tüketicinin taahhütte bulunması durumunda taahhüt süresi boyunca sözleşme koşullarında tek taraflı değişiklik yapılamaması,*
- *taahhüdün süresinden önce sonlandırılması durumunda tüketicinin yapacağı geri ödemenin detayları hakkında bilgilendirilmesi ve tüketiciye yapılacak geri ödemeye bir üst sınır belirlenmesi,*
- *ödeme tutarına bir yıl içinde itiraz edebilme,*
- *çağrı merkezine yüksek tarife uygulanmasına son verilmesi”²⁶²,*

gibi önemli değişiklik ve yenilikler hazırlanmıştır. Bir abonelik sözleşmesi hakkında inceleme yapılırken kuşkusuz bu Yönetmelikten sonra yine GTB tarafından çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (TSHŞY) ve Yönetmelik ekinde yer alan haksız şartlar listesinden de yararlanarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Tüketicilerin haklarının korunması böylece daha kapsamlı kriter ve incelemelere tabi tutulmuş olacaktır.

²⁶² Erişim, [http://www.gtb.gov.tr/haberler/bakan-canikli-abonelik-sozlesmeleri-
yonetmeligi-tuketicileri-koruyan-duzenlemeler-iceriyor](http://www.gtb.gov.tr/haberler/bakan-canikli-abonelik-sozlesmeleri-yonetmeligi-tuketicileri-koruyan-duzenlemeler-iceriyor) , 10.10.2015

B. ELEKTRİK PİYASASI MEVZUATINDA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

Elektrik ve doğal gazı belirteceği adreste kullanmak isteyen her kullanıcı, tedarikçi yetkili şirket ile bu adresin şebekeye “bağlantısının” gerçekleştirilmesinin ardından, abonelik sözleşmesi yapmak ve bu şekilde enerji teminini sağlamak zorundadır. Abonelik sözleşmesi yapılmadan, kullanıcının belirteceği adreste hukuka uygun bir enerji tedariki yapılmış sayılamayacaktır. Genel olarak abonelik sözleşmesinden söz edebilmek için satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında bir mal veya hizmetin sağlanmasının taahhüt edilmiş olması, sözleşmede satıcının veya sağlayıcının satılan şeyi dönemsel ya da sürekli olarak temin için peşin veya dönemsel olarak bir bedel ödemesi zorunludur.²⁶³ Elektrik tüketimine ilişkin perakende satış (abonelik) sözleşmeleri; perakende satış lisansı sahibi bir şirket ile elektrik kullanıcısı arasında bağtlanan, kullanıcıya belirli şartlara uyularak ve bedel ödeyerek elektrik tüketimi (yararlanma) sağlayan iltihaki sözleşmeler olup, öncelikle özel hukuk kapsamında değerlendirilmesi gereken sözleşmelerdir.²⁶⁴

Mülga Elektrik Piyasası Kanunu düzenlemelerinde; “*enerji alım ve enerji satış anlaşmaları, bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları, ikili anlaşmalar, kontrol anlaşması, yan hizmetler anlaşması*” gibi anlaşmalara yer verildiği halde, ayrı bir “*elektrik abonelik sözleşmesine*” yer verilmemiştir.

²⁶³ Hasan AYRANCI, **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.214

²⁶⁴ Yaşar KÖSTEKÇİ/Özge KÖSTEKÇİ, **Hukuk ve Ceza Davaları Boyutlarıyla Elektrik Enerjisi Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.19

Mülga Elektrik Piyasası Kanunu döneminde yürürlükte olan “*Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği (EPMHY)*” ile “*dağıtım sistemine bağlanmak isteyen veya bağlı olan tüketiciler ile bu tüketicilere bağlantı anlaşması, perakende satış sözleşmesi veya ikili anlaşma kapsamında hizmet veren taraflara uygulanacak standart, usul ve esasların belirlenmesi*” amaçlanmıştır. Söz konusu Yönetmelikte 30 Aralık 2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik ile “*perakende satış sözleşmesi*” tanım ve özelliklerine ilişkin düzenlemelere ilk defa yer verilmiştir. Buna göre Yönetmelik’in Tanımlar kısmında perakende satış sözleşmesinin tanımı yapılarak; “*bağlantı anlaşması mevcut olan kullanım yeri için, görevli perakende satış şirketi ile müşteriler arasında Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde, elektrik enerjisi ve/veya kapasite temini ile hizmet alımına yönelik olarak yapılan ticari faaliyetlere ilişkin koşul ve hükümleri kapsayan sözleşme*” belirlenmesi yapılmıştır.

Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde ise Perakende Satış Sözleşmesi başlığı ile dokuz fıkra halinde bir düzenleme yapılmıştır. Abone olacak kullanıcıların perakende satış sözleşmesinin içeriğinde hangi bilgilerin yer alacağı, sözleşme içeriğinde asgari olarak “*ilgili abone grubuna uygulanacak tarife, sözleşme süresi ve sözleşmenin feshi*” gibi hususlara yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yönetmelik içeriğinde sadece, ikili anlaşma yaparak enerji temin edebilme serbestisine sahip serbest tüketicilerin kendilerine uygun bir tedarik şirketi bulamamaları durumunda “*son kaynak tedarikçisi (last resort supplier)*” olarak belirlenecek görevli bir perakende satış şirketi ile belirtilen süre içinde perakende satış sözleşmesi imzalaması zorunluluğuna yer verilmiştir. Böylece söz konusu düzenleme ile

“zorunlu unsur doktrininde” yer verilen “sözleşme yapma zorunluluğunun” bir yansıması ortaya çıkmıştır.

Bu düzenlemeler dışında, Yönetmelik ile sözleşme içeriğine, kullanıcının hak/yükümlülüklerine, görevli perakende satış şirketi hak/yükümlülüklerine ve sözleşmenin feshi hakkında detay düzenlemelere yer verilmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada sözleşme içeriğine ilişkin pek çok önemli hususun sözleşme taraflarının inisiyatifine bırakılmış olduğu, dolayısıyla kullanıcıların elektrik aboneliklerini gerçekleştirmek için perakende satış şirketlerinin hazırlayacakları sözleşmelerle karşılaşması söz konusu olacaktır. Konuyla ilgili olarak 2003 yılında EPDK tarafından Elektrik Piyasasında Perakende Satış Sözleşmesi Düzenlenmesi Hakkında Tebliği²⁶⁵ hazırlanıp yürürlüğe girmişse de EPDK tarafından onaylanan bir standart sözleşme hazırlanamamıştır. Böylece abonelik sözleşmelerinde bir yeknesaklık sağlanamamıştır.

Yürürlükte olan 6446 sayılı yeni EPK kapsamında “*elektrik perakende satış sözleşmeleri*” yani “*elektrik abonelik sözleşmeleri*” bakımından yeni düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre EPDK tarafından yeni bir Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği²⁶⁶ hazırlanmıştır. Bu çerçevede sırasıyla;

- *elektrik enerjisi satışına ilişkin perakende satış sözleşmesinin düzenlenmesi, kurulması, sona erdirilmesi,*
- *tüketim dönemi tespiti,*
- *faturalandırma,*

²⁶⁵ 31.08.2003 tarih ve 25215 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁶⁶ 08.05.2014 tarih ve 28994 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

- *ödeme,*
- *zamanında ödenmeyen borçların tahsili,*
- *güvence bedeli,*
- *kaçak ya da usulsüz elektrik enerjisi tüketimi,*
- *sayaçlar*

gibi dağıtım şirketi, tedarikçi ve tüketicilerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin bir çok konuda önemli düzenleme ve değişiklikler yapılmıştır.²⁶⁷

Söz konusu Yönetmelik ile konumuz olan abonelik sözleşmeleri bakımından getirilen en büyük yenilik, görevli tedarik şirketlerinin kullanıcıya sunacağı perakende satış sözleşmelerinin Kurul tarafından standart sözleşme haline getirilmesinin kararlaştırılması olmuştur. Böylece bu sözleşmenin EPDK onayından geçmiş tek tip sözleşme olması sağlanmıştır. Daha sonra yapılan bir başka çalışma ile EPDK tarafından “06.08.2015 tarih ve 5716-I sayılı Kurul Kararı”²⁶⁸ alınarak elektrik piyasasında görevli tüm tedarik şirketlerinin kullanacağı standart abonelik sözleşmesi yürürlüğe girmiştir.

27 maddeden oluşan standart elektrik perakende satış sözleşmesi, her fiili kullanım yeri için ayrı ayrı düzenlenmek zorundadır. Sözleşme içeriğinde kullanıcılar bakımından önemli kazanımlar mevcuttur. Buna göre,

²⁶⁷ Dilek CİVAK ERDAŞ, “*Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği İle Getirilen Yenilikler*”, Enerji Hukuku Dergisi, Yıl 3, Sa.2014/1, s.153

²⁶⁸ 25.08.2015 tarih ve 29456 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

- sözleşme ıslak ya da elektronik imza ile imzalandıktan sonra “aslının aynıdır” onaylı bir nüshasının tüketicie verilmesi (md.27), böylece abone kullanıcının bilgilendirilmesi amaçlanmıştır.

Önemli ve göze çarpan düzenlemeler olarak;

- Bir diğeri kullanım yerine ait önceki tüketimlerden kaynaklanan borçların yeni aboneden talep edilemeyeceği veya bu borçların yeni bir sözleşme yapılmasına engel teşkil edemeyeceği (md.15/1),

- borçların nisbiliği ilkesi gözetilerek abonenin bu sözleşmeden kaynaklanan borcu nedeniyle, başka bir perakende satış sözleşmesine konu kullanım yerindeki elektriğinin kesilemeyeceği (md.9/5),

- ödeme bildirimlerinin abonenin talep etmiş olduğu bildirim şekline göre yapılması, ödeme bildirimlerine 1 yıl içinde itirazda bulunulabilmesi,

gibi hususlar düzenlenerek ilk kez ele alınmıştır.

GTB’nın yayınladığı ABSY hükümleri de elektrik piyasası perakende satış sözleşmesinin değerlendirilmesinde önemlidir. Zira bu Yönetmelik hükümleri birçok abonelik sözleşmesi gibi elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmelerini de kapsamaktadır.²⁶⁹

²⁶⁹ ÖKTEM ÇEVİK, “Abonelik Sözleşmesi”, s.359, Tez içeriğinde bkz.s.126

C. DOĞAL GAZ PİYASASI MEVZUATINDA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu içeriğinde doğal gaz “*dağıtım faaliyeti*” Tanımlar kısmında “*doğal gazın müşterilere teslim edilmek üzere mahalli gaz boru hattı şebekesi ile naklini ve perakende satışını*” içeriğiyle yer aldığından, bir Kanun değişikliği yapılmadığı sürece, kullanıcı aboneye doğal gazın perakende satışını da dağıtım şirketleri gerçekleştirmektedir. Dağıtım şirketlerinin EPDK’dan almış oldukları dağıtım lisanslarının otuz yıllık süre boyunca geçerli oldukları dikkate alındığında, Kanun değişikliği olsa bile lisans süreleri dolmadan dağıtım şirketlerinin aynı zamanda perakende satış faaliyeti devam edecektir. Bu iki faaliyetin (dağıtım ve perakende satış) ayrı tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin piyasanın rekabetçi yapısının geliştirilmesi ve izlenebilirlik bakımından sağlayacağı avantajlar bir tarafa bırakılırsa, konumuzu ilgilendiren boyutuyla “*dağıtım şirketleri*” “*aboneler*” ile abonelik sözleşmelerini imzalamaktadırlar.

Doğal gaz piyasasında görevli perakende şirketi diye bir yapılanma söz konusu olmadığından, “*perakende satış sözleşmesi*” imzalanması da mümkün değildir. Dağıtım şirketlerinin tüketici aboneler ile yaptığı abonelik sözleşmelerinin dayanağı Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin (DPDMHY) “*Müşteri Sözleşmeleri*” başlıklı 38 inci maddesidir. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasında “*dağıtım şirketi abonelerini konut, ticari, sanayi vb olmak üzere gruplandırabilir ve bu abone grupları ile standart tip sözleşme yapar.*” hükmü bulunmakta olup bu standart sözleşmelerin EPDK denetiminden geçeceğinden bahsedilmemektedir. Zaten şu an için doğal gaz piyasasında EPDK tarafından

hazırlanarak yürürlüğe konulmuş bir doğal gaz abonelik sözleşmesi bulunmamaktadır. Tüm doğal gaz dağıtım şirketleri kendileri tarafından hazırlanan sözleşmeleri kullanmaktadır. Buna göre doğal gaz aboneliği yaptırmak isteyen kullanıcılar, bulundukları farklı coğrafi bölgelerde lisans almış olan dağıtım şirketlerine göre farklı hükümler ihtiva eden sözleşmeleri imzalamaktadırlar. Söz konusu sözleşmeler genel işlem koşulları ihtiva etmekte²⁷⁰ olup tamamen içerik denetimine açık sözleşmeler olarak varlıklarını sürdürmektedirler.

Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nde abonelik sözleşmesinin imzalanmasına ilişkin bazı özel şartların düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre yine aynı maddenin ilk fıkrasında “*iç tesisatın onayını müteakip gerekli belgelerin dağıtım şirketine ibrazı*” ve “*güvence bedelinin tahsili*” şartlarının yerine getirilerek abonelik sözleşmesinin imzalanabileceği anlaşılmaktadır.

İç tesisat denilen ve müşterinin doğal gaz bağlantısı için gerekli olan sayaç hariç, boru hattı ve teçhizatın tamamlanarak kullanımına başlanmadan evvel gerekli kontrollerinin yapılmış olmasının teyid edilmesi ve bu şart ile abonelik sözleşmesi yapılması yerinde bir düzenleme olabilir. Zira doğal gaz dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilmesi dağıtım şirketi bakımından “*tehlike sorumluluğu*”²⁷¹ kapsamında

²⁷⁰ AYRANCI, **Enerji**, s.284

²⁷¹ Nuri ERİŞGİN, “**Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu**”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, derleyen Prof. Dr. Çiğdem KIRCA, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.70

bir faaliyettir. Bu konuda TBK ile getirilen yeni düzenlemelerle tehlike sorumluluğu bir genel düzenleme halini almış ve TBK 71/1 maddesi ile *“önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden bir zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.”* ilkesi benimsenmiş olduğuna göre, daha sonra dağıtım şirketinin büyük sorumluluklarla karşılaşmamak için böyle bir tedbire başvuracak olması anlaşılabilir gibi görünmektedir.

Doğal gaz piyasasında dağıtım şirketinin, elektrik piyasasında görevli tedarik şirketinden farklı olarak, hem doğal gazı son tüketiciye ulaştırarak bir ticari faaliyet gerçekleştirmesi hem de aynı zamanda bir sistem operatörü, yani şebeke işletmecisi olması, dağıtım şirketini böyle bir tedbir almaya sevk etmektedir. Doğal gaz iç tesisatının yani kullanıcıya gazı ulaştıracak teknik alt yapının güvenilir ve standartlara uygun olmaması durumunda abonelik sözleşmesi yapılamayacak ve gaz kullanımı gerçekleştirilemeyecektir.

Dağıtım şirketinin abonelik sözleşmesi imzalamak için abonelerden ilk abonelik sırasında talep etmiş olduğu *“güvence bedeli”* , DPDMHY’de ve konu hakkında alınan Kurul Kararlarında belirlenmiş bir bedeldir.

Yönetmeliğin 39 uncu maddesi *“dağıtım şirketi, alacaklarını garanti altına alabilmek amacıyla mekanik sayaç kullanan abonelerden abonelik sözleşmesinin imzalanması sırasında bir defaya mahsus olmak üzere güvence bedeli alabilir. Ancak ön ödemeli sayaç kullanan abonelerden güvence bedeli alınamaz.”* hükmündedir. Anlaşılacağı üzere, güvence bedeli, dağıtım şirketinin lehine ve alacakları bakımından adeta nakdi bir teminat olmak üzere, sadece mekanik sayaç kullanan kullanıcılardan alınabilecek bir bedeldir.

Önemli bir başka husus ise, güvence bedeli almanın dağıtım şirketinin insiyatifinde olacak şekilde düzenlendiğidir. Güvence bedeli alıp almamakta serbest olan dağıtım şirketi, EPDK tarafından her yıl belirlenen azami güvence bedeli miktarını aşmamak üzere, bir bedel belirlemede serbesttir. Netice olarak, güvence bedeli ile dağıtım şirketi henüz hizmet ifa etmeden hatta abonelik sözleşmesinin başında, kullanıcıdan bir ön ödeme almış olmaktadır. Güvence bedelinin abonelik sözleşmesinin yapılmasında bir “ön şart” olması, sözleşme yapmayı zorlaştırıcı etkisi ve dağıtım şirketi lehine hizmet ifa etmeden alınan bir teminat olması nedeniyle bir “haksız şart” olarak kabul edilmesi ihtimalini taşımaktadır. Çünkü bu bedelin sözleşme dengesinde güçlü dağıtım şirketi lehine ve kullanıcının haklarını zedeleyici bir unsur olarak görülmesi mümkündür. Bununla birlikte, bu bedelin sözleşme sonunda “enflasyon güncellemesiyle” borcunu tamamen ifa etmiş kullanıcıya yeniden iade edilecek olması, bu şartın “haksız” olarak değerlendirilebilecek olmasını güçleştirmektedir.²⁷²

Ayrıca güvence bedeli ile ilgili olarak ABSY’nin 6 ncı maddesinde “*k) Tüketiciden güvence, depozito veya teminat adı altında bir ücret alınması söz konusu ise bu ücretin tutarı ve aboneliğin sona ermesi durumunda tüketiciye ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde iade edileceğine ilişkin bilgi*”, düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, Yönetmelik hükmünün güvence bedeli ile ilgili miktar ve iade süresine ilişkin detaylara abonelik sözleşmesi içeriğinde “zorunlu” olarak yer verilmesi gerektiğinin düzenlediği anlaşılmaktadır.²⁷³

²⁷² KEPKEP, s.80

²⁷³ ÖKTEM ÇEVİK, “Abonelik Sözleşmesi”, s.364

D. ELEKTRİK ve DOĞAL GAZ PİYASASI ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ ÖZELLİKLERİ

Elektrik ve doğal gaz piyasaları abonelik sözleşmeleri “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” olup tarafların karşılıklı edimlerinin değişimi söz konusudur. Synallagma²⁷⁴ adı verilen bu değişim ilişkisinde, kullanıcı elektrik enerjisi ve/veya kapasite kullanımını veya doğal gaz kullanımını sağlamakta, buna mukabil görevli tedarik şirketi ya da dağıtım şirketi bedel talep edebilmektedir. Gerçi bu konuda AYRANCI’nın “*abonenin enerjiyi kullanma yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır. Bu durum abonelik sözleşmelerinin tek tarafa veya iki tarafa borç yükleyen akitlerden olup olmadığı tartışmasına yol açmıştır.... Ancak daha sonra farklı gerekçelerle savunulmuş olsa da abonelik sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu hakim görüşçe kabul edilmiştir.*”²⁷⁵ ifadelerinden, konunun aslında tartışmalı olduğu anlaşılmaktaysa da, ağırlıklı görüş ile elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmelerinin tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelerden olduğu kabul edilmektedir.

Bu noktada tartışmanın kaynağının aslında, *bağlantı sözleşmesi/abonelik sözleşmesi* ayrımından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu iki sözleşmenin birbirinden farklı sözleşmeler olduğuna ve amaçlarının da farklı olduğuna dikkat edilmelidir. Bağlantı sözleşmesi teknik altyapının tamamlanarak elektrik ve gazın gelecekte tedarikine yöneliktir. Enerji kullanımının fiilen gerçekleşmesi ise “*abonelik sözleşmesi*” nin imzalanması ile başlamaktadır. Abonelik sözleşmesi imzalandıktan

²⁷⁴ ARAL/AYRANCI, s.70

²⁷⁵ AYRANCI, **Enerji**, s.229

sonra kısa bir süre içinde enerji kullanımı sağlanmazsa sözleşme sona ermekte ve ilgili bağlantının enerji akışı durdurulmaktadır. Bu nedenle enerjinin fiilen tedarikini sağlayan abonelik anlaşmalarının tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu ortadadır.

Elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmeleri bir diğer bakımdan “*sürekli borç ilişkisi doğuran*” sözleşmelerdir. Sözleşmenin konusunu oluşturan edimler ifa süresi dikkate alınarak ani, sürekli, dönemsel edim şeklinde ayrıma tabi tutulurlar.²⁷⁶ Sürekli edimlerde borçlu borç konusunu bir kez yerine getirmekle borçtan kurtulmamakta, borç ilişkisi devam ettiği süre içinde edim yükümlülüğü devam etmektedir. Sürekli sözleşmeler ifayla amacına ulaşarak sona ermezler, ancak baştan saptanmış sürenin dolmasıyla ya da fesih ile sona ererler.²⁷⁷ Sürekli borç ilişkisinde süre ifaya yönelik değil, daha çok, ilişkinin süresine yöneliktir. Karar vermek için önemli olan husus, bütün ifanın bir zaman sürecine yayılmış olmasıdır. Yani ifa süresinin bir varlığı söz konusudur.²⁷⁸ Edim sonucunun yani alacaklının menfaatinin, edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin, bir defada, aniden mi olduğu yoksa zaman içinde bir süreyi mi kapsadığına bakmak gerekir.²⁷⁹ Buna göre elektrik veya doğal gaz abonelik sözleşmelerinde sözleşme devam ettiği müddetçe tarafların

²⁷⁶ KILIÇOĞLU, s.6

²⁷⁷ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.12

²⁷⁸ Saibe OKTAY, **Gezi Sözleşmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s.63

²⁷⁹ Özer SELİÇİ, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.7

edimlerini yerine getirme sorumlulukları devam etmektedir. Mücbir sebepler söz konusu olmadıkça ya da kullanıcıya ait bir kusur nedeniyle enerji akışının kesintisi gündeme gelmedikçe dağıtım şirketi ya da görevli perakende şirketi kullanım için enerjiyi emre amade tutmak zorundadır. Süreklilik ilişkisi bu noktada doğmaktadır. Aksi durumda, sözleşmenin ihlali gündeme gelecektir. Farklı tartışmalar bulunmakla birlikte, enerji sağlama sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı hakim kanaattir.²⁸⁰

Enerji abonelik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi olmaları göz önüne alındığında, taraflar arasında uzun bir zaman dilimine yayılan ve sıkı bir güven ilişkisine dayanan borç ilişkisi oluştuğunu kabul etmek gerekir. Sürekli borç ilişkilerinde tarafların dürüst davranma yükümlülükleri, ani edimli sözleşmelere göre daha fazla önemlidir. Çünkü sözleşme taraflarının uzun süreliğine giriştikleri işbirliği, taraflar arasında ani edimli mübadele sözleşmelerine göre daha fazla güven ve bağımlılık ilişkisi ortaya çıkarır.²⁸¹

Bu cihetle tarafların sözleşmenin devamlılığına ilişkin iradesini ortaya koyarken mesela sözleşmeyi sona erdirmek isterken bu bağımlılık ve güven ilkesine de özenli bir davranış içerisinde olması gerekir. Bu güven ilişkisini boşa çıkaracak ve sözleşmenin sona erdirilmesinde özensizlik anlamına gelecek sözleşme işlem koşullarına yer verilmemelidir.

²⁸⁰ Farklı fikirler hakkındaki detay tartışmalar için bkz. AYRANCI, **Enerji**, s.156-160 ve s.230

²⁸¹ Yakup KORKMAZ, **Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.84

Enerji sağlamaya yönelik abonelik sözleşmeleri ayrıca genel işlem koşulları içerseler hatta standart sözleşmeler şeklinde olsalar da aslında “*rızai sözleşmelerdir.*”²⁸²Tarafların iradeleri tam olarak sözleşmenin hükümlerini belirlemek noktasında olmasa da sözleşmeyi yapıp yapmamak noktasında önem taşımakta ve tercihte bulunmaktadır. Bununla birlikte, perakende piyasasında önemli aşamalar kaydedilmekle birlikte henüz tam bir liberalleşme söz konusu olmadığından, kullanıcı yetkili dağıtım şirketinden ya da görevli perakende satış şirketinden enerji temin etmek zorunda olup, bu piyasa bakımından *sözleşme yapma zorunluluğu, taraf iradelerinin önündedir.* Ancak elektrik ve doğal gaz piyasalarında liberalleşme bakımından geline aşamanın önemli bir mesafe olduğu gözetildiğinde, gelecekte perakende satış piyasasında piyasa açıklık oranının daha da artacağı ve kullanıcıların da tedarikçilerini seçebileceği öngörülmektedir. Buna göre, her ne kadar abonelik sözleşmeleri genel işlem koşulları ihtiva etseler ya da standart sözleşmeler olsalar da, bu sözleşmelerin sektör temsilcileri, tüketici dernekleri, ilgili Bakanlık olan GTB ile yapılan uzun soluklu görüşme ve çalışmalar ile EPDK’ya yapılan tüketici şikayetlerinin değerlendirilmesiyle piyasada var olan sorunların çözümünden hareketle hazırlandıkları dikkate alınmalıdır. Bu durumda, kanaatimizce aslında abonelik sözleşmelerinin içerik olarak da rızai sözleşmeler olduklarının yorumu yapılabilir.

Abonelik sözleşmeleri, elektrik piyasası bakımından “*standart sözleşme*”, doğal gaz piyasası bakımından ise “*genel işlem koşulları içeren sözleşme*” hükmündedir. Elektrik piyasası perakende satış sözleşmesi 5716-1 nolu Kurul Kararı

²⁸²YAVUZ M., s.212, AYRANCI, **Enerji**, s.213, KÖSTEKÇİ, s.19

ile belirlenmiş olduğundan, aslında bir “*idari karar*” özelliği taşımaktadır. Tüm ülke çapında elektrik abone tüketicilerinin akdedeceği bu özel hukuk sözleşmesi içeriğinin EPDK tarafından bir ön denetimden geçmiş olması, yeknesaklığın sağlanmış ve içerik incelemelerinin yapılmış olması gibi önemli avantajlar sağlamaktadır.

Bu özel hukuk sözleşmesinin, bir yönüyle de idari işlem olması, adli yargı yanında idari yargıyı da devreye sokmaktadır. İdarenin her işlem ve eylemi gibi, 5716-1 sayılı Kurul Kararı da idari yargı denetimine açıktır. Bu durumda karşımıza iki yargı kolunun görev alanlarının kapsamı bakımından bir sorun çıkabilir. Bu denetim özellikle genel işlem koşullarına ilişkin TBK, haksız şarta ilişkin TKHK ve idari yargıya ilişkin sorumluluk konuları bakımından yapılmalıdır. Bu noktada, abonelik sözleşmeleri, idari bir organ tarafından hazırlansa da, bunların özel hukuk sözleşmesi özelliklerinin ön planda tutulması gerektiği belirtilmelidir. Bu durumda ihtilaflı konunun nasıl çözüme kavuşturulacağı net olmamakla birlikte, bir görüşe göre²⁸³; sözleşme maddesi olduğu gibi bir düzenleyici işleme veya kanuna dayanıyorsa, bu durumda adli yargının, TBK’nın 21, 24 ve 25 inci maddelerini uygulamaktan kaçınması gerekir. Bu hususta eğer varsa düzenleyici işlemin ya da sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki bireysel idari işlemin iptali için idari yargıda açılan davanın neticesine göre karar verilmelidir. Bu görüşe göre, adli yargıda açılan davada davacının temel iddiası, sözleşme hükmünün düzenleyici işleme ya da kanuna dayanmasına rağmen hukuka aykırı olduğu yönündeyse ve fakat bu konuda

²⁸³ Cem Çağatay ORAK/S. Mustafa DURAKOĞLU, “*Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları ve Elektrik Piyasasındaki Bazı Sözleşme Tiplerine Etkileri*”, Enerji Hukuku Dergisi, Y.1, S.2012/2, s.208

idari yargı yerlerinde bir dava açılmamış ya da kanunun anayasaya uygunluğu konusundaki denetim yolu işletilmemiş ise, davacının iddia ve savunmalarının büyük ölçüde zayıflayacağı yönündedir. Buna karşılık, elektrik piyasasında kullanılan standart sözleşme hükmü tamamen düzenleyici işlemlerden veya kanundan bağımsız olarak kaleme alınmış ise, bu takdirde genel işlem koşullarına ilişkin bütün hükümler uygulama alanı bulabilecektir.²⁸⁴ Bununla birlikte, ihtilafın öncelikle idari yargıya taşınması halinde, idari yargının derdest adli yargı konusunu “*bekletici mesele*” sayması doğru bir çözüm olabilir.

Enerji abonelik sözleşmelerinde akit yapma ve sözleşme muhtevasını belirleme özgürlüğü geniş ölçüde sınırlandırıldığından, sözleşme taraflarının sözleşmeye müdahale edememesi nedeniyle, tarafların ilk olarak sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşme hakkında aydınlatılması gerekmektedir. Bu kapsamda, sözleşmenin yazılı bir sureti hizmet alan tarafa verilerek, dağıtım şirketinin sözleşmeyi kurmaktan keyfi olarak kaçınması ve kullanıcı için riskli hükümlerin sözleşmeye konulması engellenmelidir. Yani bu kapsamda genel işlem koşullarının yürürlük denetimine ilişkin tüm hususlara dikkat edilmeli, bilgilendirme özellikle bu koşullar yönünden gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde, yürürlük denetimi ile genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması yaptırımıyla karşılaşılabilir.

²⁸⁴ ORAK / DURAKOĞLU, s.210

E. ELEKTRİK ve DOĞAL GAZ PİYASASI ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN UNSURLARI

1. Sözleşme Tarafları

Doğal gaz piyasasında abonelik sözleşmesi DMHY'nin 38 inci maddesinde “*Müşteri Sözleşmeleri*” başlığı altında düzenlendiğinden ve madde içeriğinde “...abonenin doğal gazı...” hükmü yer aldığından abonelik sözleşmesinin bir tarafı “abone”²⁸⁵ olmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafı ise yine aynı düzenlemeden anlaşıldığı üzere o bölgede doğal gaz dağıtım faaliyetini gerçekleştirmek üzere “EPDK’dan lisans almış yetkili dağıtım şirketi” dir.

Doğal gaza bağlantı gerçekleştirerek kullanım sağlamak isteyen “abone” 4646 sayılı DPK’nun tanımlar kısmında “*doğal gazı kendi kullanımı için dağıtım şirketlerinden almak zorunda olan gerçek veya tüzel kişi*” şeklindedir. Bu durumda, “*kendi kullanımı için*” ifadesinden hareketle, 6502 sayılı Kanun’un “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*” tanımıyla benzeştiğini ve örtüştüğünü belirtebiliriz. Ancak bu tanımda, abonenin doğal gazı

²⁸⁵ “...abonelik sözleşmesinin karşı tarafı olan abone her zaman tüketici olmayabilir. Bir başka ifade ile, bir sözleşmenin abonelik sözleşmesi sayılabilmesi için mal veya hizmet talep edenin bu talebini mesleki ve/veya ticari olmayan ihtiyaçlarının karşılanması için yapması zorunlu değildir. Bu zorunluluk sadece mal ve/veya hizmet talep edenin TKHK’nın korumasından yaralanması için gerekli olmaktadır...” , Güneş KOCA, (Tüketicinin Korunması Açısından) Abonelik Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s.31

“dağıtım şirketinden almak” zorunluluğunun bulunduğu da anlaşılmaktadır. Bu durumda kanaatimizce 6502 sayılı Kanun’un “tüketici” tanımıyla doğal gaz piyasası “abone” tanımı arasında önemli bir fark ortaya çıkmaktadır. Kendi kullanımı için doğal gaz satın alacak olan tüketici bakımından coğrafi bölge ve lisanslı şirket piyasa sınırları bakımından bir kısıtlama getirilmektedir. Doğal gaz piyasası mevzuatının tüketici tanımı bakımından bir başka fark, benzer şekilde elektrik piyasası mevzuatında da bulunan “serbest tüketici” kavramına aittir. Serbest tüketici DPK’nun Tanımlar Kısımında “yurt içinde herhangi bir üretim şirketi, ithalat şirketi, dağıtım şirketi veya toptan satış şirketi ile doğal gaz alım-satım sözleşmesi yapma serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişiyi”²⁸⁶, benzer şekilde elektrik piyasası mevzuatında serbest tüketici “Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişiyi....”²⁸⁷ olarak belirtilmiştir. Bu iki tanımın ortak yanının “dilediği tedarikçiyi seçebilme ve onunla enerji tedarikini sağlayabilme” olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla özel hukukun sözleşme tarafını seçebilme serbestisi, aslında sadece “serbest tüketiciler” için tanınmış olmaktadır. Enerji mevzuatına göre bir diğer tüketici türü olan “abone” için böyle bir sözleşme tarafı seçebilme serbestisi bulunmamakta olup, bu tüketiciler yalnızca bölgelerinde yetkili dağıtım şirketinden enerji temin etmek zorundadır.

²⁸⁶ 4646 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinin 17) numaralı alt bendi

²⁸⁷ 6446 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinin cc) alt bendi

Anlaşılabacağı üzere, enerji piyasaları bakımından, farklı bir “tüketici” tanımı mevzuata hakimdir. Kanaatimizce TKHK başta olmak üzere özel hukukun genel tüketici tanım ve kavramı ile enerji mevzuatı bakımından tam bir örtüşme ve aynılık söz konusu değildir. Buna göre, enerji piyasalarında adına “abone” denilen yalnızca kendi kullanımı için enerji tedarik eden daha çok hanehalkı gibi küçük tüketim noktalarını kapsayan bir grup enerji kullanıcısı bulunmaktadır. Bir diğer grup ise adına “serbest tüketici” denilen ve enerjiyi dilediği tedarikçiden seçme hakkı elde etmiş genellikle ticarethane ve sanayi alanlarında faaliyet gösteren daha büyük ölçekli kullanım gruplarıdır. Hem abone grubu kullanıcılar hem de serbest tüketici grubu kullanıcılar enerji mevzuatına göre bir bütün halinde “tüketici” olarak kabul edilmektedir. Hatta mevzuatın belirli kısımlarında bunlar için “müşteri” ifadesinin kullanıldığına da rastlanılmaktadır.

6502 sayılı Kanun bakımından ise “tüketici” olmak için asıl belirleyici ölçüt “ticari veya mesleki faaliyetin olmaması”dır. Ticarethane grubu işletmeler elektrik ve doğal gazı, yaptıkları ticari işi sürdürebilmek için kullanmakta, benzer şekilde büyük sanayi işletmeleri de imalatlarını gerçekleştirebilmek için enerji tedariki gerçekleştirmektedirler. EPK ve DPK tarafından açıkça “serbest tüketici” oldukları belirtilen “elektrik üretim santralleri, organize sanayi bölgeleri, elektrik ve ısı enerjisi üreten kojenerasyon santralleri”nin de, tüketici hukuku bakımından “tüketici” sayılamayacakları ortadadır.

Sonuç olarak, kanaatimizce enerji mevzuatı (elektrik ve doğal gaz) bakımından tüketici kavramı, genel tüketici hukuku kavramlarıyla tam bir senkronizasyon ve uyum içinde bulunmamaktadır. TKHK ile uyumlu olan kısmın,

sadece “abone” kavramıyla sınırlı olduğunu²⁸⁸ ve aslında enerji mevzuatı bakımından “tüketici” kavramının daha geniş bir düzenleme alanını kapsadığını belirtmek gerekir. Bu durumun açıklaması ise iki yönden yapılabilir. Birincisi, gerek EPK’nın gerekse DPK’nın doğrudan piyasa düzenleyicisi kanunlar olduklarıdır. Yani bu Kanunlar ile üretimden-tüketime, arz-talep zincirinde tüm aşamaların belirlendiği ve düzenlendiği, işin ticaret kısmının da gözetildiği bir yapı kurulmaya çalışılmıştır. Neticede bu Kanunlar, sadece tüketici hukukuna ilişkin Kanunlar değildir. Asıl amaçları enerji piyasa yapısının kurallarını belirlemektir. İkinci bir husus ise, özellikle elektrik piyasası bakımından “tüketici” kavramının olabildiğince geniş tutulmasının işin doğası gereği olduğudur. Zira mesela üretim faaliyeti gerçekleştiren bir ticarethane için dahi elektrik kullanımı gerekli olacağından, bu kullanımın da bir “tüketici” tanımıyla karşılanması gerekecektir. Kendi kullanımı amacı dışında kullanımın, özellikle sanayi ve ticarethane kullanımının, “tüketici” tanımına bir şekilde ilave edilmesi gereğinden dolayı, serbest tüketici kavramı oluşturulmuş ve bu grupların enerji mevzuatı bakımından tüketici sayılması kabul edilmiştir.

Abonelik sözleşmeleri her durumda “abone tüketiciyi” ilgilendirdiğinden, bu sözleşmeler tüm enerji tedarik sözleşmeleri içeriğinde daha dar bir kesimi kapsamaktadır. Serbest tüketiciler bakımından abonelik sözleşmelerinin kullanılması zorunlu olmayıp, bu tüketiciler tedarikçileriyle tamamen tarafların özgür iradeleri kapsamında oluşturacakları güncel içerikli “kullanım, tedarik sözleşmeleri” ile ikili sözleşmeler kapsamında enerji ihtiyaçlarını karşılayabileceklerdir. Mevcut durum itibarıyla, TKHK’un söz konusu ikili anlaşmalara tatbik imkanı bulabilmesi mümkün

²⁸⁸ ÖKTEM ÇEVİK, “Abonelik Sözleşmeleri”, s.346

değildir. Genellikle mesleki ve ticari amaçlarla elektrik tüketen bu gruplar TKHK anlamında “tüketici” sayılmadıkları için, anılan kanun hükümlerinin ikili anlaşmaya uygulanma ihtimali söz konusu değildir.²⁸⁹ Bu grup sadece TBK’nın koruyucu hükümlerinden yararlanabileceklerdir. Enerji tedariklerini de, ikili anlaşmaları kullanarak sağlayacaklardır.²⁹⁰

Doğal gaz piyasası bakımından, abonelik sözleşmesi düzenlemesinde sözleşme tarafı olarak “*abonelik sözleşmesi, doğal gazı fiilen kullanacak olan gerçek veya tüzel kişi veya bunların yetkili temsilcileriyle yapılır.*”²⁹¹ hükmü mevcuttur. Kanaatimizce burada ilave edilen “*yetkili temsilci*” ifadesinin gerekli olmadığı, düzenleme içeriğinde yer almasa dahi, bu sıfatı haiz bir kişi tarafından sözleşme kurulmasına bir engel bulunmadığı düşünülmektedir.

2. Sözleşme Konusu

Elektrik abonelik sözleşmesinin konusu, Sözleşmenin 3 üncü maddesinde “*yeni veya mevcut bir tüketim tesisi ve/veya kullanım yerine ilişkin, tarihi ve kullanıcı numarası Ek-1’de belirtilen Bağlantı Anlaşmasına istinaden aboneye elektrik enerjisi ve/veya kapasite temini ile hizmet verilmesidir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Sözleşme konusu elektrik ve/veya kapasite temini olarak anlaşılrsa da, perakende satış sözleşmesi ile aslında perakende satış hizmeti sunulmaktadır.

²⁸⁹ YAVUZ M., s.145

²⁹⁰ ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmeleri*”s.347

²⁹¹ DPDMHY 38 inci maddesi ilk fıkrası hükmü

Perakende satış hizmeti ise “*faturalama*”, “*tahsilat*” ile “*tüketici hizmetleri merkezi aracılığıyla sunulan hizmetler*”den oluşmaktadır. Dolayısıyla sözleşme konusunun bu hizmetleri de açıkça kapsamı gerekmektedir. Ancak maddede yer alan “*hizmet verilmesidir.*” ibaresinin bu hizmetleri de kapsayıp kapsamayacağı açıkça belirtilmemiştir. Buna rağmen, sözleşme içeriğinde yer alan 9 uncu maddede “*faturalama ve ödemenin*” düzenlenmiş olmasından, sözleşme konusunun bu hizmetleri de kapsadığı yorumu yapılabilir. Bununla birlikte, yoruma gitmeden perakende satış hizmeti yani faturalama ve tahsilat işlemlerinin ayrıca ve açıkça belirtilerek, sözleşmenin “*konu*” maddesine ilave edilmesi gerekebilir.

Doğal gaz piyasasında abonelik sözleşmesinin konusu ise “*doğal gazın fiilen kullanıma sunulması*” olarak anlaşılmaktadır. Buna göre doğal gazın hem dağıtım şebekesi aracılığıyla şehir içi nakli hem de sayaçların okunarak faturalamanın yapılması ve müşteri hizmetlerinin sağlanması, dağıtım şirketinin sorumluluğundadır. Sayaç okuma, faturalama ve müşteri hizmetleri dağıtım şirketinin görevi olduğundan, bu hizmetlerin sunulması da doğal gaz abonelik sözleşmesinin konu unsurunu oluşturmaktadır. Zira doğal gaz piyasasında, faturalandırma ve tahsilat için ayrıca görevli bir tedarik şirketi bulunmamaktadır.

3. Tarafların Asli Edim Yükümlülükleri

a) Hizmet Sağlayıcısının Asli Edim Yükümlülükleri

aa) Enerji Tedarik Etme Yükümlülüğü

Abonelik sözleşmesinde, dağıtım şirketinin asli edim yükümlülüğü elektrik ve doğal gazı abone müşterinin kullanımına hazır bulundurmaktır. Tedarik konusunda en önemli özellikler, “sürdürülebilir” , “sürekli” ve “belli bir kalitede” enerjinin sağlanmasıdır. Burada hem fiziksel olarak enerjiye erişim söz konusu olmakta hem de bu enerji erişiminin sağlanması için dağıtım şirketi tarafından bir hat tahsisi sağlanarak enerjinin nakli gerçekleştirilmektedir.

Genellikle enerji sözleşmelerinde tedarik etme sürekliliğinin güçlü bir içerik kazanabilmesi için “*al ya da öde (take or pay)*” sorumluluğu getirilmektedir. Yani, kullanıcıların asgari bir miktar gazı belirtmiş olduğu sürede tüketmesi aksi takdirde bu tüketimi yapmasa bile gazın parasını ödemekten sorumlu tutulması kaydı getirilmektedir.²⁹² Bu kayda özellikle uluslar arası doğal gaz tedarik sözleşmelerinde sıkça yer verildiği görülmektedir. Sürekli hazır bulundurma yükümlülüğü al ya da öde kaydı bulunmasa dahi sözleşmenin diğer tarafı için bir taahhüttür. Sağlayıcı işletmenin sürekli enerji sağlama yükümlülüğü ile alıcının alma yükümlülüğü bir denge durumu oluşturmaktadır.²⁹³

²⁹² Mustafa Fadıl YILDIRIM, “*Doğal Gaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve “Al ya da Öde” Kaydının Hukuki Niteliği*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2,2011, s.29

²⁹³ AYRANCI, **Enerji**, s.174

Bu konuda DPK'unun *Amaç* başlıklı 1 inci maddesinde “*Bu Kanunun amacı; doğal gazın kaliteli, sürekli, ucuz, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için,...*” , Kanun'un asli amaçlarına yer verilirken “*kaliteli ve sürekli*” olması özellikleri ile başlangıç yapıldığı görülmektedir. Doğal gaz için süreklilik kriterini elektrik enerjisine göre daha esnek anlamak ve “*ihtiyaç duyulan an*” olarak değerlendirmek mümkündür. Bu değerlendirmenin temelini, elektrik enerjisinin “*evrensel hizmet*” olması, doğal gazın ise ikamesi mümkün olması nedeniyle, evrensel hizmet kapsamında değerlendirilememesinde aramak mümkündür.

Bununla birlikte konut haricinde bilhassa sanayi tüketicisinin kullanımında farklı doğal gaz tedarik sözleşmelerine yer verilerek “*kesintili/kesintisiz*” şeklinde sözleşme tiplerinin ayrıştırıldığı görülmektedir. Doğal gazı sürekli değil de belli dönemlerde ya da sadece belli saatlerde kullanmak isteyen sanayi ya da ticarethane grubu “*kesintili sözleşmeleri*” tercih etmekte, böylece daha ekonomik koşullarda doğal gaz temin etme imkanı elde edebilmektedir. Ancak bu durum daha çok büyük sanayi ve ticarethaneler için geçerli olup konut tüketicileri bu kapsamda yer almamaktadır. Konut aboneleri ise kesintisiz gaz kullanıcısı konumunda bulunmaktadırlar. Bu konuda DPK'unun 4-4/g maddesi “*dağıtım şirketleri sorumluluk alanlarında bulunan tüketicilerin talep etmesi halinde, bu tüketicileri sisteme bağlamakla yükümlüdür.*” hükmü ile abone tüketicilerin kesintisiz gaz tüketicisi olduğunu ve dağıtım şirketlerinin de bu talebi karşılama sorumluluğunun bulunduğunu belirtmektedir.

Her ne kadar abonelik sözleşmesinin konusu gereği, enerji arzının kesintisiz sağlanması gerekliyse de, bazı özel durumlarda, doğal gaz hizmetinin durdurulması

söz konusudur. Bu haller DPDMHY'nin "*Hizmetin Durdurulması*" başlıklı 44 üncü maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, özetle *fatura bedellerinin ödenmemesi, kaçak doğal gaz kullanımı ve acil müdahale* gibi hallerde doğal gaz hizmetinin durdurulması mümkün hale gelecektir. Bu haller mevzuat ile düzenlendiğinden ve aynı şekilde abonelik sözleşmelerinde yer aldığından, sayılan hallerde hizmetin durdurulması sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte, sayılan hallerde hizmetin durdurulacağı hükmü standart şekilde abonelik sözleşmesi içeriğinde yer aldığından, bu haller ayrıca genel işlem koşulu olarak "*içerik denetimi*" kapsamında da denetlenebilecektir.

Elektrik piyasası bakımından ise, EPK'nın Amaç başlıklı 1 inci maddesinde "*...elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli...şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için,...*" düzenlemesiyle, elektriğin "*yeterli, kaliteli ve sürekli tedarikinin*" önemli parametrelerden olduğu vurgulanmıştır. Enerjinin kesintisiz sağlanması aynı şekilde perakende elektrik satış sözleşmesinin de konusunu oluşturmaktadır.

Enerji tedariki sağlama konusunda, bu asli edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, abonelik sözleşmesinin ihlali nedeniyle borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Buna göre TBK 112 nci maddesinin "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*" hükmü kapsamında, enerji tedarikinin sağlanamaması durumunda, abonenin zararlarının giderilmesi gerekecektir.

Enerji tedarikinin süreklilik ve sürdürülebilirlik dışında bir başka boyutu ise "*hizmetin kalitesi*" dir. Hem elektrik hem de doğal gaz hizmetinin teknik bakımdan

belirli bir kalitede olması gerekir. Ayrıca bu kalitenin, aynı durumda bulunan tüm tüketicilere sağlanması da gerekir. Doğal gaz için kalite parametreleri “*basınç ve sıcaklık*” olurken, elektrik için “*gerilim, akım ve frekans*” şeklinde belirlenmektedir. Bunlar çok teknik ve mühendislik esaslarına dayalı parametreler olmakla birlikte, doğal gaz ve elektrik aynı zamanda hizmet de olduklarından, sunulan hizmetin ticari bakımdan kalite anlayışı da farklı olmaktadır. Örneğin, doğal gaz dağıtım şirketinin fatura ödeme merkezi sayısı, acil durumlarda doğal gaz şebekesine müdahale hızı, fatura ödeme merkezlerinde çalışan sayısı, otomatik çağrı merkezinin müşteri şikayetlerine cevap verebilme hızı gibi konular elektrik ve doğal gaz hizmetinin ticari yönüne ilişkin kalite parametrelerini oluşturmaktadır.

Elektrik piyasasında Elektrik Dağıtımı ve Perakende Satışına İlişkin Hizmet Kalitesi Yönetmeliği²⁹⁴ mevcuttur. Kalite Yönetmeliği ile elektrik enerjisinin tedarikine ve sürdürülebilirliğine ilişkin önemli düzenlemeler yapılarak kullanıcıya “*tazmin, tamir ve rayiç bedel üzerinden yenisinin sağlanması*” gibi konularda haklar sağlanmıştır. Özellikle elektriğin evrensel hizmet kapsamında olduğu değerlendirildiğinde, bu hizmetlerin belirli bir kalitede ve makul fiyatlarla sunulması gerekmektedir. Evrensel hizmet sağlama yükümlülüğünün olduğu sektörlerde, yapılan abonelik sözleşmelerinde belirtilmese dahi, girişimciler, düzenleyici otoriteler tarafından kapsamı belirlenen evrensel hizmetleri sağlamakla yükümlüdürler.²⁹⁵

²⁹⁴ 21.12.2012 tarih ve 28504 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁹⁵ İŞGÜZAR, N.H, s.143

Doğal gaz piyasası mevzuatında ise, enerji tedarikinin kalitesine ilişkin doğrudan düzenlemelerin bulunmadığı, bir Kalite Yönetmeliğinin henüz hazırlanmış olmadığı anlaşılmaktadır. Doğal gaz piyasasında ayrı bir Kalite Yönetmeliği yer almadığından, hizmet ve ticari kalite yönünden özellikle tüketicilerin ne tür haklarının bulunduğu ve nasıl bir usul takip edileceği konusunda belirlemeler yapılmamıştır.

Ayıplı hizmet ifası konusunda, 6502 sayılı TKHK'un 13-16 maddelerinde de çeşitli düzenlemelerin yer aldığı anlaşılmaktadır. Abone elektrik ve doğal gaz tüketicilerinin *"TKHK kapsamında tüketici"* olarak değerlendirildikleri gözetilirse, burada yer alan haklardan yararlanılmasına bir engel bulunmamaktadır. Tüketicie sağlanan seçimlik haklar TKHK'un 15 inci maddesinde *"(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir."* olarak belirtilmiştir. Kanunun tanıdığı seçimlik hakların, Elektrik Piyasası Kalite Yönetmeliğine göre daha kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Elektrik tüketicisine öncelikli olarak Kalite Yönetmeliği hükümleri uygulanacak olsa da, kanaatimizce kuralların yarışması gözetilerek tüketici için daha avantajlı olacak normun belirlenmesi ve onun uygulanması da daha adil sonuçlar doğurabilir.

b) Hizmet Kullanıcısının Asli Edim Yükümlülükleri

aa) Enerji Tedariği Karşılığı Bedel Ödeme Yükümlülüğü

Hem EPK hem de DPK'nın Amaç maddelerinde “..*elektriğin/doğal gazın ... düşük maliyetli/ucuz, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde....*” ifadeleriyle enerjinin ucuz ve düşük maliyetli sağlanması gerektiğine önem verilmiştir. Bu kapsamda, enerji tedariki karşılığında ödenecek bedellerin standardı belirlenmiş olmaktadır.

Abonelik ücreti, abonelik sözleşmesi kapsamındaki mal ya da hizmetin, satıcı ya da sağlayıcı tarafından, malın mülkiyetinin aboneye geçirilmesi ya da hizmetin aboneye sağlanması nedeniyle, buna karşılık abone tarafından ödenen bedeldir.²⁹⁶

Elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmelerinde yararlanmanın hangi miktarda gerçekleşeceği önceden bilinmemesi sebebiyle, belli olmamakta, kullanım sonucu belli olmaktadır.²⁹⁷ İkili anlaşmalar ile serbest tüketicilerin elektrik ve doğal gaz tedarikinde, enerji bedeli tarafların serbest iradeleriyle belirlenebilmektedir. Bu durumda enerji fiyatı piyasa şartlarında oluşmakta ve iktisadi deyiimiyle arz ve talebin kesiştiği noktada ortaya çıkmaktadır. Ancak enerji piyasalarında fiyatların her zaman piyasa koşullarında ve rekabetçi şartlarda oluşması mümkün olmamaktadır. Piyasa aksaklıkları oluştuğunda, düzenlemeye tabi enerji piyasaları dediğimiz elektrik ve doğal gaz piyasalarında, ekonomik regülasyonun gereği olarak, elektrik ve doğal gaz fiyatları “*tarifeler*” ile belirlenmektedir. İkili anlaşmalarda “*bedel*”

²⁹⁶ AYRANCI, **Enerji**, s.216, ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmeleri*”, s.349

²⁹⁷ ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmeleri*”, s.349, KOCA, s.33

olarak referans alınan piyasa fiyatı yerine elektrik satış “tarifesi” oluşmaktadır.²⁹⁸

Abone tüketicinin ödeyeceği elektrik ve doğal gaz faturalarının tüm maliyet unsurları EPDK tarafından belirlenmekte, bu tarifeler Kurul Kararları ile hukuki işlem haline gelmektedir.

DPK’daki tarife tanımı “doğal gazın iletimi, dağıtımı, LNG veya gaz olarak depolanması ve satışı ile bunlara dair hizmetlere ilişkin fiyat, hüküm ve şartları içeren düzenlemeleri”, benzer şekilde EPK’daki tarife tanımı da “elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin iletimi, dağıtımı ve satışı ile bunlara dair hizmetlere ilişkin fiyat, hüküm ve şartları içeren düzenlemeleri” şeklindedir. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, tarifeler sadece belirlenmiş faaliyet alanlarında geçerli olmakta ve ayrıca fiyatların yanında, bu fiyatların belirlenmesine ilişkin hüküm ve şartları da ifade etmektedir.

Abone tüketiciyi ilgilendiren tarife türü ise “perakende satış tarifesidir”. Çünkü doğal gaz dağıtım şirketlerinin abonelik sözleşmesi tarafı olan tüketici aboneye yükleyeceği doğal gaz faturası perakende satış tarifesine göre belirlenmekte ve hazırlanmaktadır.

Doğal gaz tarifelerinin belirlenmesinde “enerji bedeli” ve “sistem kullanım bedeli”nden oluşan ikili bir yapı söz konusudur. Faturalarda yer alan tutar temel olarak bu iki ögeye dayanır.

Enerji bedelinin, tarifeler ile EPDK tarafından belirlenen bedeller üzerinden, vergiler de dahil edilerek hesaplanan fatura tutarı olarak ödeme merkezlerine süresi

²⁹⁸ YAVUZ M., s.152

içinde ödenmesi gerekir. Elektrik perakende satış sözleşmesinin 9 uncu maddesi ikinci fıkrasına göre, ödemenin “kredi kartı” ile de yapılabileceği kararlaştırılmıştır.

4. Tarafların Yan Edim Yükümlülükleri

a) Hizmet Sağlayıcısının Yan Edim Yükümlülükleri

aa) Kullanıcıyı Aydınlatma ve Sözleşme Hakkında Bilgi Verme

Yükümlülüğü

Elektrik perakende satış sözleşmesinin 27 nci maddesinde açıkça “sözleşmenin aslı Şirket uhdesinde muhafaza edilir. Sözleşmenin Şirketçe aslının aynıdır ibaresiyle onaylanmış bir sureti imza anında, aboneye verilir.” düzenlemesiyle, kullanıcının talebi dahi olmadan sözleşmenin bir nüshasının imza anında kendisine verilmesi gerektiği kararlaştırılmıştır. Doğal gaz piyasasında ise benzer şekilde DPDMHY’nin 38 inci maddesinde “Dağıtım şirketi, sözleşmenin imzalanmasından önce, uygulanacak fiyatlandırma esasları ve sözleşme hükümleri hakkında talep sahibini doğru ve eksiksiz olarak bilgilendirir.” hükmü mevcuttur.

Bu konuda aslında hem “sözleşme hükümlerine ilişkin bilgi verilmesi” hem de “sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesinin” sağlanması için daha genel bir madde konulmasının daha doğru ve pratik sonuçları olacaktır. Böylece sözleşme maddelerinin yargı makamları tarafından gerçekleştirilecek genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden geçmesi kolaylaşacaktır. Bu hükmün amacı, tüketicilerin akdetmiş oldukları sözleşmeler hakkında bilgi sahibi olmalarının sağlanmasıdır.²⁹⁹

²⁹⁹ KOCA, **Abonelik**, s.15

Bu bilgilendirmenin yapılmaması halinde TKHK'un 77 nci maddesi uyarınca her bir işlem veya sözleşme için idari para cezası öngörülmektedir.³⁰⁰

Sözleşme içeriğinde ya da Yönetmelik düzenlemelerinde böyle açık hükümler olmasaydı dahi, genel olarak *dürüstlük kuralı* gereği olarak hizmet sağlayıcısının aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna ulaşılabilirdi. Ancak kanaatimizce konunun pozitif düzenlemelerle açıklığa kavuşturulması da yerindedir.

bb) Gizlilik yükümlülüğü

Sözleşmelerde genellikle yer verilen gizlilik hükmü, sözleşme ilişkisi sırasında tarafların birbiri hakkında öğrendikleri bazı bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasını engellemek amacıyla kullanılır. Sözleşme görüşmeleri aşamasında, sözleşme yürürlükteyken, sözleşme sonrasında hangi hususların üçüncü kişilerle paylaşılacağıının açıkça belirlenmesi gerekir.³⁰¹

Elektrik Perakende Satış Sözleşmesinin 16 ncı maddesi “*Gizlilik*” başlığını taşımaktadır. Buna göre; “*Sözleşme tarafları, Yönetmelik ve bu sözleşme kapsamında muttali oldukları bilgilerden ilgili mevzuat veya diğer mevzuat kapsamında açıklamakla veya bildirmekle yükümlü olduğu bilgiler dışındakileri gizli tutmak için gerekli tedbirleri almak, söz konusu bilgileri lisansın sona ermesi ve iptal halinde dahi gizli tutmak ve kendi iştirakleri ve/veya hissedarları ve/veya aynı sermaye grubuna ait olan tüzel kişiler dahil, üçüncü şahıslara Elektrik Piyasası Lisans*

³⁰⁰ ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmeleri*”, s. 351

³⁰¹ YENİOCAK, **Rehber**, s.185

Yönetmeliğinde düzenlenen hususlar dışında açıklamamak ve kullanmamakla yükümlüdür.” sorumluluğu düzenlenmiştir. Burada bir “özen yükümlülüğünün” düzenlendiği anlaşılmaktadır. Zira hizmet sağlayıcı görevli tedarik şirketinin tüketicilerin bilgilerinin gizli tutulması için gerekli tedbirleri almak konusunda gerekli özeni göstermesi gerekir. İşletmecinin bu yükümlülüğü “sadakat”³⁰² yükümlülüğü olarak da adlandırılmaktadır. İşletmecinin sadakat borcunun kapsamına, gizli tutulmasında tüketicinin çıkarının bulunduğu ve üçüncü kişilere açıklanması halinde, maddi ve manevi zarar tehlikesi doğuran bilgi ve belgeler girmektedir.³⁰³

Bu bilgilerin kullanılması ve hukuka aykırı şekilde yayılması halinde hukuki ve cezai sorumlulukların ayrı ayrı tartışılması söz konusu olacaktır. Gerçi enerji perakende satış sözleşmelerinde oldukça sınırlı miktarda kişisel veri kullanılmaktadır. Bunlar *“tüketicinin gerçek kişi olması halinde T.C kimlik numarası, tüzel kişilerden ayrıca ticaret unvanı, vergi kimlik numarası, ticaret sicil numarası, elektrik kullanılacak yerin adresi, mülkiyetin kime ait olduğunun beyanı”* ile sınırlıdır. EPTHY’nin 5 inci maddesine göre, *“kimlik fotokopisi, ikametgah belgesi, tapu fotokopisi, kira sözleşmesi, vergi levhası, ticaret sicil gazetesi istenmez.”* hükmü ile bir çok belgenin sözleşme için temin zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

³⁰² AÇIKGÖZ, s.403

³⁰³ AÇIKGÖZ, s.403

cc) Ayıba Karşı Sorumluluk

Ayıba karşı sorumluluk, satıcının, satılanın, hasarın geçtiği anda vaad edilen nitelikleri veya dürüstlük kuralı gereğince ondan beklenen lüzumlu vasıfları taşımamasından dolayı sorumlu olmasıdır.³⁰⁴ Sağlanan enerji tedarikinin belli bir basınç, sıcaklık, amper veya voltta olması gibi teknik özelliklerinin bulunması gerekir. Bu şartların neler olacağı, yani enerjinin kalitesi hakkında belirlenecek şartlar, abonelik sözleşmesinin içeriğinde yer alacaktır. Bu kalitenin sağlanması noktasında, hizmet sağlayıcısının bir sorumluluğu bulunmaktadır.

Satıcı ya da sağlayıcı tarafından mal ya da hizmetin gereği gibi ifa edilememesi durumunda yani “*kötü ifa*” halinde, söz konusu durumlardan sorumlu olmayacaklarına dair abonelik sözleşmesine sorumsuzluk kaydı konulması halinde, bu kayıtlar taraflar arasındaki menfaat dengesinin kullanıcı aleyhine bozulmasına neden olmaktadır. Eğer abonelik sözleşmesi bu şekilde sorumsuzluk kayıtları içeriyorsa sözleşme kısmi kesin hükümsüzlükle geçersiz olacaktır.³⁰⁵

dd) Sayaç Okuma, Fatura Düzenleme, Fatura Ödeme Merkezleri,

Müşteri Hizmetleri Servisi, Acil Müdahale Ekibi Kurma Zorunluluğu

Elektrik perakende satış sözleşmesinin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre “*sözleşme uyarınca abone tarafından kullanılan elektrik enerjisi veya aboneye tahsis edilen kapasite, ilgili mevzuat uyarınca tesis edilen sayaç ve/veya ölçüm sistemleri kurulması suretiyle tespit edilir.*” sayaç sisteminin kurularak tüketicinin kaydedeceği

³⁰⁴ ARAL, s.110

³⁰⁵ AÇIKGÖZ, s.445

tüketimlerin en doğru şekilde belirlenmesi hizmet sağlayıcısının hem bir hakkı hem de yükümlülüğüdür.

Tüketicinin ödeme bildirimi (fatura) görevli tedarik şirketi tarafından düzenlenir. Faturanın tüketicinin tercihiyle bağlı olarak elektronik posta yoluyla gönderilmesi de mümkündür. Faturalarda, müşterinin serbest tüketici hakkını elde etmesi durumunda, belli bir tedarikçiye yönlendirmesi yapılamaz. Ödeme bildiriminin son ödeme tarihinden “*en az on gün önce*” tüketiciye tebliğ zorunludur. Ayrıca son ödeme tarihi, ödeme şekilleri ve ödeme merkezleri de faturalarda yer alması zorunlu bilgiler arasındadır.

Tüketici hizmetleri ve çağrı merkezi kurulması EPTHY’nin 17 nci maddesinde düzenlenmiştir.

Yine Yönetmeliğin 19 uncu maddesiyle “*tüketicilerin bilgilendirilmesi*” başlığıyla, dağıtım şirketi ile görevli tedarik şirketine çeşitli sorumluluklar yüklenmiştir. Tüketicilere ücretsiz olarak broşür, katalog gibi araçlar dağıtılması, elektronik posta veya kısa mesaj ile bilgilendirmeler yapılmasına izin verilmiştir. Tüketicinin talebi halinde, her takvim yılı içinde bir defaya mahsus olmak üzere, tüketicinin geçmiş on iki aya yönelik olarak elektrik enerjisi tüketimini ayrıntılı şekilde gösteren belgeyi ücretsiz olarak sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca programlanmış kesintilerin en az kırk sekiz saat önce yazılı, işitsel veya görsel basın yayın kuruluşları aracılığıyla ve internet sitesinde bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Doğal gaz piyasasında ise sayaçlar dağıtım şirketinin mülkiyetindedir. Bu konuda DPDMHY’nin 40 ıncı maddesinin; “*Sayaçlar dağıtım şirketi tarafından temin edilerek sisteme dahil edilir. Sayaçların takılması, sökülmesi, değiştirilmesi,*

kontrolü ve benzeri her türlü işlem, dağıtım şirketince gerçekleştirilir. Müşteri, sayaca hiçbir şekilde müdahale edemez. Sayaçlara dışarıdan yapılan müdahale sonucu oluşacak zarar ve ziyan müşteri tarafından karşılanır.” hükmüne göre, sayaçların teknik ve hukuki sorumluluğu dağıtım şirketine ait olmaktadır.

Doğal gaz piyasasında faturalama konusunda ise, elektrik piyasasından farklı olarak, faturaların aylık olarak okunması zorunluluğu getirilmiştir. Yine faturanın adrese bırakılma tarihi de elektrikten daha kısa belirlenerek, fatura son ödeme tarihinden *“en az yedi gün önce”* olarak düzenlenmiştir.

Doğal gaz dağıtım şirketleri, ön ödemeli sayaçlar için yani kartlı doğal gaz kullananlar için de yeterli sayıda gaz yükleme merkezi kurma zorunluluğu içindedir. Acil durumlar için yirmi dört saat hizmet verecek nöbetçi gaz yükleme merkezini açık bulundurma zorunluluğu da getirilmiştir.

Doğal gaz hizmetinin kusursuz sorumluluk türü olarak tipik bir tehlike sorumluluğu olduğu göz önüne alındığında, doğal gaz dağıtım şirketinin önemli bir sorumluluğu da *“acil müdahale”* ekipleri kurmaktır. Yönetmeliğin 61 inci maddesine göre kurulacak acil müdahale ekiplerinin tüm özellikleri detaylı şekilde belirlenmiştir. Acil müdahaleye ilişkin doğal gaz dağıtım şirketinin önemli ve kapsamlı sorumlulukları bulunmaktadır.

b) Hizmet Kullanıcısının Yan Edim Yükümleri

aa) Dağıtım Şirketinin Makine ve Cihazlarına Zarar Vermeme, Özenli

Kullanma ve Bu Ekipmanlara Ulaşılmasına İzin Verme Yükümlülüğü

Bu husus kullanıcı için önemli bir yükümlülük olup, başta sayaç okuma ve fatura düzenleme için olmak üzere, dağıtım şirketinin şebekeye erişimine izin vermek zorundadır. Bu konuda Elektrik Piyasası Perakende Satış Sözleşmesi 6 ncı maddesinde; *“(2) Abone, sözleşme kapsamındaki sayaç ve/veya ölçüm sistemlerine müdahale etmemek, TEİAŞ veya ilgili dağıtım şirketi ile Şirket’in sayaç ve/veya ölçüm sistemlerine erişimini engellemekle mükelleftir.”* düzenlemesi ile açıkça abonenin bu sorumluluğuna yer verilmiştir. Özellikle elektrik piyasasında sayaçların konumu ve sayaçlara erişim konusunda ciddi sıkıntılar yaşandığı için bu konuda hem EPK’da hem EPTHY’in 39,40 ve 41’inci maddelerinde önemli düzenlemeler getirilmiştir.

Dağıtım şirketlerinin sayaca ve sisteme gerektiğinde kolaylıkla müdahale edebilmesi hem işin ticari kısmı olan faturalamanın sağlıklı yapılabilmesi için önemli bir gelişme hem de tehlike sorumluluğu taşıyan bir faaliyet alanı olan enerji için büyük bir gerekliliktir.

Doğal gaz piyasasında sayaçlar dağıtım şirketinin mülkiyetindedir. Bu konuda DPDMHY’nin 40 ıncı maddesiyle *“Sayaçların takılması, sökülmesi, değiştirilmesi, kontrolü ve benzeri her türlü işlem, dağıtım şirketince gerçekleştirilir. Müşteri, sayaca hiçbir şekilde müdahale edemez. Sayaçlara dışarıdan yapılan müdahale sonucu oluşacak zarar ve ziyan müşteri tarafından karşılanır.”* düzenlemesi getirilmiştir. Dağıtım şirketi dışında, ne müşteri ne de başka bir otorite

tarafından sayaca müdahale edilemeyecektir. Müşterinin ayrıca, dağıtım şirketi görevli elemanının sayaca ulaşmasını sağlama ve gerekli işlemleri yapmasına izin verme yükümlülüğü bulunmaktadır.

bb) Ödeme Emrini Zamanında Yerine Getirme Sorumluluğu

Abonelik sözleşmesinde dönemsel edimin karşılığı olan bedel çoğu zaman “para” olarak ödenmektedir. Konusu para olan borç TBK. md.99’a göre “*Ülke parasıyla*” ödenir.³⁰⁶ Ayrıca perakende satış sözleşmesinde düzenlendiği için “*kredi kartı*” ile de ödeme yapmak da mümkündür. Ne var ki kredi kartı ile ödeme yapılması halinde “*Kurul tarafından belirlenen usul ve esaslara uyulur.*” hükmü mevcuttur.

³⁰⁶ AÇIKGÖZ, s.71, Şamil DEMİR “*Türk Borçlar Kanununun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar*”, ABD,2012/4,s.211, erişim; <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-4/8.pdf>, 10.09.2016

“...TBK99/1’e göre “*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.*” Ülke parasından Türk Lirasının anlaşılması gerekir. Borçlunun para borcundan kurtulabilmesi için kararlaştırılan tutarda Ülke parasını ödemesi gerekir. alacaklı, borcun başka bir şey ya da yabancı para ile ödenmesini kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda borçlu borcunu ülke parasıyla ödemezse temerrüde düşer...”

Enerji abonelik sözleşmelerinde belirlenen tarifeye göre tahakkuk eden ödeme emrinin gereğini yerine getirmek kullanıcının sorumluluğundadır. Elektrik perakende satış sözleşmesinin 9 uncu maddesi “*faturalama ve ödeme*” başlığını taşır. Buna göre,“ (1) Aboneye tüketim dönemi sonunda ödeme bildirimi (fatura) tebliğ edilir... Abone faturada belirlenen bedeli faturada belirtilen ödeme merkezlerine süresi içinde ödemekle yükümlüdür.” abonenin fatura bedelini süresinde ödeme yükümlülüğü açıkça zikredilmiştir.

Fatura bedelinin hesaplanması, içeriği ve kapsamı ise tamamen tarifelere göre belirlenmekte olup bu tarifeler EPDK tarafından onaylanan Kurul Kararları ile belirlenmektedir. Kredi kartıyla yapılan ödemeler hariç olmak üzere diğer fatura ödeme merkezlerinden veya aracı kurumlardan ödeme yapılması durumunda, “*faturanın tahsilatı işlemi sebebiyle tüketicilerden herhangi bir ad altında bedel talep ve tahsil edilemez.*” kuralı konulmuştur. Buna göre, fatura bedelinin kredi kartı ile ödenmesi durumunda “*komisyon*” adı ile ilave bedel alınmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Faturaların kredi kartı ile ödenmesi durumunda alınacak ilave bedel ile ilgili olarak 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun’un 17 nci maddesinin “*üye işyerleri, kart hamillerinin yapmış oldukları mal ve hizmet alımlarının bedelini banka kartı ya da kredi kartı ile ödeme taleplerini kabul etmek zorundadır. Üye işyerleri, kart hamilinden kartın kullanılması dolayısıyla komisyon veya benzeri bir isim altında ilave bir ödemede bulunmasını isteyemez.*” hükmü mevcut olup açıkça kredi kartı kullanımdan dolayı, ilave ücret alınmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Kullanıcının ödeme yapmasını kolay kılacak şekilde tahsilat araçlarının kullanımına imkan sağlanması önemli bir gelişme olmakla

birlikte, bu araçların kullanımından dolayı ilave bedele katlanılmasına Kanun hükmü karşısında nasıl karar verileceği tartışılabilir bir husus olarak varlığı korumaktadır.

Bu noktada, enerjinin özellikle de elektriğin diğer ticari emtialardan farklı yönlerinin bulunduğu hususu göz önüne alınmalıdır. Elektrik dağıtım şirketleri ve görevli perakende satış şirketleri, elektrik enerjisini kendileri üretmemekte, “*Enerji Satış Sözleşmeleri*” vasıtasıyla üretim şirketlerinden ya da toptan satış şirketlerinden belirli bedeller ile satın almaktadırlar. Bu ödemelerin ne şekilde yapılacağı sözleşmelerde kararlaştırılmakla birlikte, çoğu zaman bunlar tek seferde nakden ödemeler şeklinde olabilmektedir. Ödemenin dağıtım ve görevli perakende satış şirketi tarafından enerjiyi satın aldığı toptan satış şirketine tek seferde yapılmasına rağmen, tüketici faturasının kredi kartıyla ödenmesi durumunda, alacağına bir ay gecikmeli kavuşacak olan görevli perakende satış şirketinin arada oluşacak mali yüke katlanması gerekecektir.

Fatura bedelinin ödenmemesi durumunda ayrıca, elektriğin kesileceği de yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre temerrüt durumunda, elektrik kesilmesi ve gecikme zammı talep edilmesi gibi iki farklı yaptırım söz konusudur. Bunlar dışında, TBK m 126’da yer alan “*sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdü*” düzenleyen hükmün de uygulanması söz konusu olabilir. Buna göre sürekli borç ilişkilerinde, geçmişe etkili sözleşmeden dönme değil ileriye etkili sözleşmenin feshi söz konusudur. Bu doğrultuda sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde uygulamak üzere TBK m. 126’da ilk kez ileriye etkili fesih durumu düzenlenmiştir.³⁰⁷ Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye doğru (ex nunc) sona

³⁰⁷ AÇIKGÖZ, s.484

erdiren bir olumsuz (bozucu) yenilik doğuran hak ya da işlemdir.³⁰⁸ Fesih işleminin, o ana dek yerine getirilmiş sözleşme edimlerini geri sağlamaya elverişli bir güç ve yetkisi yoktur.³⁰⁹ Buna göre, elektrik faturasını mevzuatta öngörülen ihtar sürelerine rağmen ödememiş olan bir kullanıcının hem elektriği kesilecek hem de perakende satış sözleşmesi feshedilecektir. TBK md. 126'ya göre, sözleşmenin feshi ile birlikte *“sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararları isteme”* hakkında belirtilen, zarar isteme kapsamının perakende satış sözleşmesinde yer alan *“günlük gecikme zammı ile birlikte ödeme”* yaptırımıyla örtüşüp örtüşmeyeceği ise net bir husus değildir.

Doğal gaz piyasasında ise DPDMHY'nin faturaların ödenmesi başlıklı 49 uncu madde ile tüketicilerin fatura bedelini ödeme zorunlulukları düzenlenmiştir. Buna göre, *“ Faturada belirtilen doğal gaz tüketim bedeli, faturada yazılı bulunan yerlere belirtilen ödeme günleri içinde ödenir. Zamanında ödenmeyen faturalar, gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir...”* düzenlemesi mevcuttur. Zamanında ödenmeyen faturalar için yaptırım olarak doğal gazın kesileceği ve gecikme zammının uygulanacağı belirlenmiştir.

cc) Devir, Temlik ve Rehin Yasağı Sorumluluğu

Elektrik perakende satış sözleşmesinin 13 üncü maddesine göre; *“Abone, sözleşme kapsamındaki haklarını ve/veya yükümlülüklerini Şirket'in yazılı onayını almaksızın üçüncü kişilere devir, temlik ve rehin edemez.”* ile, kullanıcıya bir

³⁰⁸ Rona SEROZAN, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.115

³⁰⁹ SEROZAN, **Dönme**, s.118

kısıtlama ve yasaklama getirilmiştir. Bu yasak ile amaçlanan, görevli tedarik şirketinin bilgisi olmadan mevcut abonenin sözleşmeden kaynaklı haklarını üçüncü kişilere devredememesidir. Böylece sözleşme tarafı değişmeden hakların bir başka kullanıcıya nakli engellenmiş olmaktadır.

Sözleşmede alacağın devri formüle edilirken; devir sözleşmesinin yazılı yapılması, devir konusu alacağın açıkça belirtilmesi, devir tarihinin belirtilmesi, borçluya bildirimde bulunulması gibi hususlar dikkat edilecek noktalardandır.³¹⁰

5. Elektrik ve Doğal Gaz Abonelik Sözleşmelerinin Diğer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

İsimsiz sözleşmeler kategorisinde yer alan abonelik sözleşmeleri, birden çok farklı sözleşmenin unsurlarını barındıran bir sözleşme tipidir. Elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmeleri, enerji sözleşmeleri içerisinde yer almakta olup kullanıcıya enerji tedariki sağladığı için, enerji sektörünün tüketiciyle ilgili olan kısmını oluşturmakta ve tamamen regülasyon kapsamında EPDK denetiminin yoğun olduğu bir alanda oluşmaktadır.

TBK m. 207 “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” hükmündedir. Buna göre, satış sözleşmesinde, abonelik sözleşmesinde olduğu gibi bir bedel ödeme borcu ve karşılığında mülkiyetin devri söz konusu olmaktadır. Enerji sağlama sözleşmelerinin satış veya satış benzeri sözleşme olduğu görüşü, enerjinin aboneye sağlanması ile borçlanılan edimin yerine getirilmesi

³¹⁰ YENİOCAK, **Rehber**, s.198

anlamı taşımaktadır.³¹¹ TBK .m.207/I'e göre, satış sözleşmesi tarafların asli edim yükümlülüklerinden hareketle tanımlanmak istenmiştir. AYRANCI/ARAL'a göre, “*satılan mal*” yerine, sadece “*satılan*” kelimesinin kullanılması yerinde bir değişiklik olmuştur. Düzenleme ile satış konusunun maddeselliğine daha az vurgu yapılmıştır. Böylece mal niteliği taşıyıp taşımadığı tartışma konusu olan elektrik enerjisi gibi tabii kuvvetlerin satış sözleşmesine konu edilmesi kavramsal olarak kolaylaştırılmıştır.³¹²

Abonelik sözleşmesi, satış türlerinden en çok “*kısmi ödemeli satışlar*”a benzetilebilir. Taksitle satış TBK m. 253'de “*taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri bedeldir.*” hükmündedir. Burada, özellikle satış bedelinin kısım kısım ödenecek olması, her ay ödenecek enerji bedelini ifade etmeye oldukça yakındır. Buna karşılık, abonelik sözleşmelerinde bedelin her bir ifadan sonra ödenecek olmasının bu sözleşmelere taksitle satım sözleşmesi niteliği kazandırmayacağı görüşü de mevcuttur.³¹³

Ard arda teslimli satışlarda, satış konusu malın zaman içinde birbirini takip eden kısımlar halinde teslim edilmesi kararlaştırılmaktadır.³¹⁴ KUNTALP, abonelik sözleşmesinin, hukuki yapı itibarıyla dönemli bir edim söz konusu olduğu için, ard

³¹¹ Kudret Ertas GÜVEN, “*Elektrik ve Gazın Eşya Olma Niteliği*”, Ankara Barosu Dergisi, 1984/2, s.228

³¹² ARAL/AYRANCI, s.66

³¹³ KOCA, **Abonelik**, s.45

³¹⁴ ARAL/AYRANCI, s.105

arda teslimli satış sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmekte, fakat aralarında ücret unsurundan kaynaklanan bir farkın olduğunu savunmaktadır.³¹⁵

Enerji abonelik sözleşmeleri kira sözleşmesiyle karşılaştırıldığında, kira sözleşmesi TBK 299'da *“kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”* olarak tanımlanmaktadır. Buna göre abonelik sözleşmelerinde, dağıtım şirketi ve görevli perakende şirketinin, enerji nakil hatlarını o tüketicinin kullanımına yani zilyetliğine devretmesi gibi bir durum akla gelebilir. Her ay dağıtım şirketine ödenen abonelik ücreti kapsamında, enerji bedeli kadar o hatların kiralınması için ödenen bedel karşılığı da söz konusu olabilir. Enerji nakil hatlarının özellikle dağıtım şebekesinin kullanılarak tüketiciye enerjinin ulaştırılması durumunda, adi kira sözleşmesi benzeri bir durumun varlığı kabul edilse de, bu durum aslında tam olarak kira sözleşmesinin özellikleri ile örtüşmemektedir. Buna göre, kira sözleşmesiyle kiralanan kiracıya devredildikten sonra, kiracı artık kiraya verenin aracılığına gerek duymadan kiralananı kullanabilmektedir. Kiralayanın bu noktada sorumluluğu, kira sözleşmesi süresince kiralananı kullanıma uygun şekilde hazır bulundurmaktır.³¹⁶ Oysa enerji nakil hatlarının ve dağıtım şebekesinin tüketici tarafından doğrudan doğruya bir kullanımı söz konusu değildir. Gerekli durumlarda ve özellikle mücbir sebep hallerinde, dağıtım şirketinin şebekeye erişimi ve müdahalesi söz konusu olmaktadır. Abone tüketicinin enerji hatlarında doğrudan ve direkt bir etkisi ve kullanımı

³¹⁵ KOCA, 46 (naklen alıntı; KUNTALP, **Karışık Sözleşme**, s.51)

³¹⁶ AÇIKGÖZ, s.99

mümkün değildir. Ancak abone tüketicinin ödemiş olduğu abonelik sözleşmesi kapsamındaki faturaların içeriğinde, kullanmış olduğu enerjinin fiyatı dışında, bu enerjinin nakli için de bir bedel ödemesi söz konusudur. Yani ödenen bedel bakımından, bir bakıma iletim ve dağıtım şebekesinin kiralanması karşılığında ödenen bedel gibi bir maliyet kalemi bulunmaktadır. Ancak yine de tam anlamıyla bir kira sözleşmesi uygulanması söz konusu değildir.

Enerji abonelik sözleşmelerinde hizmet sözleşmelerinin benzeri unsurlar da bulunmaktadır. Buna göre, enerji, enerji üretenin, abonenin ihtiyacı halinde, sunduğu bir hizmet edimidir. Ancak bu görüş, hizmet sözleşmelerindeki bağımlılık unsuruna cevap vermemektedir. Konuyu istisna (eser) sözleşmesine bağlayanlara göre ise, enerji sağlama sözleşmelerinin konusu, belli bir sonuca dönüktür. Bu sonuç aboneye sağlaması taahhüt edilen enerjidir. Enerji ısmarlayan durumundaki abonenin talebi halinde, kullanıma hazır tutulan, organik olarak ayrılması mümkün olmayan, fakat devamlı ve tek eser edimlerinden ibarettir. Bu görüş de enerjinin teknik anlamda bir eser özelliği taşımadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.³¹⁷ Abonelik sözleşmelerinde, özellikle faturalama ve sayaç okuma hizmetleri bakımından iş görme sözleşmeleri özelliklerinin yer alması söz konusudur. Dağıtım şirketinin ya da görevli perakende şirketinin elemanı sayaç okuma ve akabinde faturalama hizmetini yerine getirmek zorundadır. Bu şirket elemanı ile görev aldığı şirket arasında bir bağımlılık ilişkisi de söz konusudur. Ancak abonelik sözleşmesinde, asli edim enerji tedariki olduğundan, ancak bu edimin tamamlayıcısı ve yan edimi olarak faturalama ve sayaç okuma yükümlülüğü bulunduğundan, abonelik sözleşmesinin doğrudan bir hizmet

³¹⁷ GÜVEN, s.229

sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi benzeri olduğundan söz etmek mümkün değildir. Ancak enerji abonelik sözleşmelerini içeriğinde hizmet sözleşmesi unsurlarını da barındıran daha geniş kapsamlı sözleşmeler olarak belirtmek mümkündür.

Sonuç olarak, enerji abonelik sözleşmeleri hukuki bünyesinde ve tanımlanmasında; satış, kiralama, taşıma ve hizmet sözleşmelerinin özelliklerini barındıran ancak bunlardan daha geniş anlamlı bir sözleşme olarak belirtilebilir. Enerji hizmetleri tüketici karşısında özel hukuk tüzel kişileri tarafından sunulan bir hizmet, pazarlanarak satılan enerji konulu bir ticari emtia ve hatlar üzerinden nakledilerek son kullanıcıya kadar taşınan ve enerji bedeli yanında enerji nakil hatlarından taşıma bedelinin de ödendiği bir edim olarak karşımıza çıkmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRİK-DOĞAL GAZ PİYASALARI ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE İÇERİK DENETİMİ

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

A. İçerik Denetiminin Kapsamı

Bireysel sözleşmelerin ve münferit taleplerin yerine konulan standart sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarına karşı yargı denetiminin etkili sonuçlar doğurduğu bir denetim türü de “*içerik denetimi*” dir. Bir şekilde yürürlük kazanan sözleşme ile zayıf tarafın sömürülmesine engel olunabilmesi için içerik denetimine işlerlik kazandırılması şarttır. Genel işlem koşullarının içerik sınırına ilişkin öğreti, genel işlem koşullarının karşılıklı müzakere edilen sözleşme şartlarına göre daha dar sınırlar içinde tutulması gerektiği iddiasına dayanmaktadır.³¹⁸ Bozulan taraf dengesine ulaşmak ve sözleşme adaletini sağlayabilmek için hakimin sözleşme içeriğine müdahale etmesi, aslen içerik denetiminin özünü oluşturmaktadır.³¹⁹ Yürürlük denetiminden ve yorum kurallarının uygulanmasından sonra sözleşmenin içeriği haline geldiği anlaşılan genel işlem koşullarının dürüstlük kurallarına aykırı olarak, sözleşmenin taraflarından birinin menfaatlerine uygun düşmemesi halinde bu

³¹⁸ Doğan KARTAL, **Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008,s.92

³¹⁹ Ece BAŞ, “*6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi*”, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 213, s.291

kez, sözleşmenin her iki taraf için de adil olacak bir içeriğe sahip olmasını teminen, hakim tarafından sözleşmeye müdahale edilerek söz konusu sözleşme kayıtlarının hükümsüz sayılmasına “*içerik denetimi*” denir.³²⁰

İçerik denetimi, yaygın bir hukuk kuralı olan TMK 2 nci maddesinde düzenlenen “*dürüstlük kuralı*” ilkesinin işlem koşullarında özel bir uygulaması olmaktadır.³²¹ Zira “*dürüstlük kuralı*” ve onun tamamlayıcısı olan “*hakkın kötüye kullanılması yasağı*” genel hukuk ilkesi olarak, hukukun hemen her alanında kendisini göstermektedir.³²² Tarihsel açıdan bakıldığında GİK denetiminin hep yürürlük ve yorum denetimiyle başladığını görmek mümkündür. Açık içerik denetimi ise, daha sonraki bir aşamayı oluşturmuştur. Bunun sebebi anlaşılabilir: Liberal ekonomik modelin sözleşme özgürlüğü ilkesi üzerine kurulu olduğu düşünüldüğünde, hakimin sözleşme içeriğine müdahale etmesi ve bazı hükümleri hükümsüz sayması genelde “*son çare (ultima ratio)*” olarak kabul edilir. Dolayısıyla bu konuda kanun koyucuların özel denetim normları ihdas etmesine kadar mahkemeler sık sık sözleşme özgürlüğüne müdahale etmeden sorunu çözmeyi tercih etmişlerdir.³²³ Ancak Alman Anayasa Mahkemesi 13.10.1993 tarihli kararında içerik

³²⁰ Özgür KARADAĞ, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.60

³²¹ KILIÇOĞLU, s.119

³²² Nami BARLAS, “*Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi*”, İHFM, C:LV-S. 3 (1997), s.191

³²³ ATAMER, “*GİŞ Sempozyumu*”, s. 33

denetiminin hukuki dayanağını³²⁴; “Dürüstlük kuralının sözleşme özgürlüğü ilkesine içkin bir sınır oluşturduğu ve sözleşmede içerik denetimi yapacak hakim müdahalesine temel sağladığı özel hukuk öğretisi tarafından kabul edilmektedir(..). Bu çerçevede genel hükümlerin yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuk mahkemelerine düşen görev sözleşme yoluyla bir tarafın diğer tarafın iradesine tabi kılınmamasına dikkat etmektir. Taraflar eğer geçerli bir içerik hususunda anlaşmışlarsa derinlemesine bir içerik denetimine yer kalmayacaktır. Ancak sözleşmenin içeriği taraflardan birini alışılmadık ölçüde ağır bir yük altına sokuyorsa ve taraflar arasındaki menfaatler dengesi bariz bir şekilde gayrimakul ise, artık mahkemeler “sözleşme sözleşmedir.” tespiti ile yetinemezler.(...)Ancak sözleşme paritesinin bozulmuş olduğunun hiç dikkate alınmaması ya da dikkate alındığı halde yeterli olmayan araçlarla dengelenmeye çalışılması halinde anayasal güvence altında bulunan irade serbestisi gerçekten ihlal edilmiş olacaktır.” ifadelerine dayandırmıştır. Böylece, sözleşme özgürlüğünün de sınırsız bir özgürlük alanı olmadığı, “sözleşme sözleşmedir” tespiti ile yetinilmesinin aslında eşit olmayan sözleşme tarafları arasında dengesizlik yaratacağı kabul edilmiş olmaktadır. Bu noktadan hareketle, irade özerkliği ve sözleşme serbestisinin sağlanamaması nedeniyle, tam da bunların gerçekleştirilebilmesi için sözleşme içeriğine müdahale edilmesinin meşru hale geldiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

³²⁴ BAŞALP, *İçerik Denetimi*, s.233 (naklen alıntı; BVerfG 89, 214=NJW 1994, 36.)

TBK düzenlemeleri öncesinde, içerik denetimi doktrin ve mahkemeler tarafından kanuna, ahlaka, kamu düzenine aykırılık, gabin, dürüstlük kuralı gibi genel hukuk düzenlemeleriyle yapılmaktaydı.³²⁵

“*Ahlaka aykırılık*” denetimi yapılırken, sözleşme anının dikkate alınması gerekir. Sözleşme anında ahlaka aykırı sayılabilecek bir hüküm sonradan değişen değer yargıları nedeniyle bu özelliğini yitirmiş olsa dahi, sözleşme anı ilkesi gereğince ahlaka aykırılıktan geçersiz olacaktır.³²⁶ Ahlaka aykırılık görüşü daha çok Alman hukukunda dikkati çekmektedir. Ahlaka aykırılık, özellikle, müşterinin ekonomik hareket özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan tekel (monopol) durumunun varlığı ve bunun kötüye kullanılması halinde kabul edilmiştir. Ancak bu uygulama, çok dar ve yetersiz oluşu ve ahlaka aykırılığın ağırlık noktasını, genel işlem koşullarının içeriğinden ziyade, bunların kabul ettiriliş şeklinde buluşu nedeniyle eleştirilmiştir.³²⁷ Ayrıca ahlaka aykırılık ölçütü, koşulların içeriğine değinmeden, ahlaka aykırılığı yalnızca bunların müşteriye kabul ettiriliş biçimine dayandırması ve müşterinin korunması gerektiğini, yalnızca tekelin kötüye kullanılmasına indirgemesi nedeniyle doğru bulunmamıştır. Sonunda da, Alman ve İsviçre öğretisinde pek taraftar bulamadan, bu görüş terkedilmiştir.³²⁸

³²⁵ ATAMER, **Denetim**, s.144

³²⁶ Çiğdem ÖZBAY, **Aracı Kurumlar tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması**, SPK Uzmanlık Etüdü, Ankara, 1999, s.24

³²⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.214

³²⁸ BAHTİYAR, s.114,

Genel işlem koşullarının denetiminde “*kamu düzenine aykırılık*” kriterinden yararlanılması gerektiği ve bunun bağımsız bir denetim sebebi olduğuna dayanan görüşün dayandığı temel gerekçe ise, yedek hukuk kurallarının kitlesel ve sistematik olarak genel işlem koşulları yoluyla bertaraf edilmesinin doğurduğu sonuçlar ve bu sonuçların kamu düzenine aykırılık oluşturduğudur. Ancak kamu düzeni akıcı bir kavramdır. Zamandan zamana, ülkeden ülkeye değişir.³²⁹ Bu nedenle, tek başına kamu düzeni kavramının da yeterli ve sistematik bir denetim aracı olamayacağı anlaşılmıştır.

Genel düzenlemelerden olan ve tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlığın diğer tarafın özel durumundan yararlanılarak yaratılması hali olan “*gabin*” yani yeni *adıyla “aşırı yararlanma”* hükmünün uygulanması ile de genel işlem koşullarının denetimi mümkün olmuştur. İsviçre Hukukunda Merz ve Jaeggi tarafından savunulan bu görüşe göre, genel işlem koşulları, ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılması sayesinde tek taraflı saptanmış, böylece aşırı yararlanmanın objektif unsuru (temel edimler arasında açık oransızlık bulunması) gerçekleşmiş olmaktadır.³³⁰ Diğer taraftan GİK’ı yürürlüğe koymak isteyen girişimci, bunları geniş bir zaman, büyük özen ve uzman yardımıyla hazırlarken, ancak hukuki işlemin kuruluşu anında GİK ile karşılaşan, kendisine kısıtlı bir zaman verilen, psikolojik baskı altında bulunan sözleşme tarafı, bunların anlam ve önemini bütün sonuçlarıyla kavrayamayacaktır. İşte bu durum, aşırı yararlanmanın sübjektif şartı olan

³²⁹ Şamil ŞENALP, “*Genel İşlem Şartları*”, erişim; <http://www.senalpozer.av.tr/index.php?sayfa=makaleoku&uid=32>, 10.02.2016

³³⁰ BAHTİYAR, s.115

tecrübesizlik olarak nitelendirilmeye elverişlidir.³³¹ Ayrıca önemle savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesince de kabul edilen “*gabine uğrayan tarafın sözleşmeyi tümüyle iptal etme imkanı yanında edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması olanağını*” görüşü karşısında, gabine dayalı denetim alanının da genişleyeceği anlaşılmıştır.³³²

Daha sonraki kararlarda Alman Mahkemeleri, genel işlem koşullarının sınırları hakkında ahlaka aykırılık kuralının uygulanmasını bırakarak, daha geniş ve esnek olan “*objektif iyi niyet kuralını*” uygulamaya başlamıştır. (BGB §242 md) Dürüstlük kuralı ile denetim yöntemi Almanya’da GİK Kanunu dahi yürürlüğe girmeden önce uygulanmıştır. Almanya’da yeni imal edilmiş ve satılmış mobilyalar için her türlü tekeffülün GİK yoluyla kaldırılmasını Alman Federal Mahkemesi dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve kabul etmemiştir.³³³

Türk hukukunda da benzer süreçlerden geçilerek, genel işlem koşullarına karşı koruma sağlamak için, TBK düzenlemeleri öncesinde, genel hukuk kurallarıyla yorumlar yapılmıştır. Ancak söz konusu genel nitelikteki düzenlemelerin genel işlem koşulları yönünden denetleyici olması, mesela gabinde olduğu gibi hak düşürücü süre sınırlamasına tabi tutulması ya da dürüstlük kuralında olduğu gibi, değişken,

³³¹ ÖZBAY, s.25

³³² Onur YALÇIN, **Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.63

³³³ Mustafa ARIKAN, “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları**”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, 2011, İstanbul, s.74

belirsiz, bireyler dışında oluşan genel hükümler olarak³³⁴ görülüp ikincil nitelikli bir uygulama olarak algılanması her zaman çok etkili sonuçlar doğurmayabiliyordu. Bu durumlar düzenleme yapılması ve sınırların belirlenmesi ihtiyacı olduğunun açık göstergeleriydi. Genel hükümlerin yeterli bir denetim sağlayamayacağı endişesi karşısında, genel işlem koşullarına ilişkin münhasır düzenlemelerin varlığı bir teminat anlamı taşıyacaktı. Bu teminatın gücünü ise, pozitif hukuk düzenlemelerinin yeterliliği sağlayacaktır.

Sonuç olarak, GİK içeriklerinin denetimi ve yorumuna ilişkin olarak doktrinde geliştirilen ve Mahkemelerce uygulanan görüşlerin her biri, tüketicilerin korunması için başlı başına bir değer ifade etmektedir.³³⁵ Geline nokta, bu görüşlerde yer alan farklı kriterlere başvurulsa dahi, özellikle en kapsamlı ve ulaşılan son kriter olarak “*dürüstlük kuralı*”nın bulunduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay da yasal düzenleme yapılmadan önce, içerik denetimini dürüstlük kuralına dayandırmıştır. Yargıtay otomobil satışında kullanılan bazı genel satış şartlarının geçerli olup olmadığını inceleyerek, sübjektif nitelik taşıyan bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamayacağı gerekçesiyle, satış şartları arasında yer alan, satıcının aracın teslim tarihini uzatma ve teslim günündeki rayiç fiyatı talep etme hakkını düzenleyen sözleşme şartını geçersiz kabul etmiştir. Yargıtay, diğeri bir kararında da, yine dürüstlük kurallarını uygulayarak, Türk Medeni Kanun’unun 2 nci maddesinin, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde gözardı

³³⁴ ATEŞ, s.91

³³⁵ ÖZBAY, s.25

edilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay bu kararlarında³³⁶, genel işlem koşulları kullanan tarafın sözleşmenin içeriğini belirlerken dürüstlük kurallarına uyması gerektiği, aksi takdirde, söz konusu koşulların hükümsüz olacağı sonucuna varmıştır. Bugün gelinen noktada, genel işlem koşulları içerik denetimi asli kriterinin “*dürüstlük kuralı*” olduğu anlaşılmaktadır.

B. Pozitif Hukukta İçerik Denetimi

Konuya ilişkin TBK düzenlemesinde 25 inci madde; “*genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına³³⁷ aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” şeklindedir. Hakimin görevi, müzakere edilmeden sözleşmeye konulan, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde diğer taraf aleyhine dengesizliğe neden olan hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını tespit etmektir. Dürüstlük kuralları genel ahlak ve kamu yararı ön planda tutularak düzenlenmiş temel ve emredici kurallardır.³³⁸ Dürüstlük kuralı, genel bir kriter olarak ele alınmıştır. Kuralın konuluş amacına bakıldığında, kişiler dışında objektif nitelikte olduğu görülür. ³³⁹ Bu kural, hukuk

³³⁶ ÇINAR, s.135, bahsi geçen Yargıtay Kararları, 13. Hukuk Dairesinin 07.04.1981 tarihli ve E. 1045, K.2514 sayılı Kararı ile 13. Hukuk Dairesinin 18.11.1981 tarih ve E.6416, K.7369 sayılı kararlarıdır.

³³⁷ Bu ifade ile ilgili olarak yapılan ikaz; “*dürüstlük kuralları yok, dürüstlük ilkesi vardır.*” şeklindedir. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.63

³³⁸ KARADAĞ, s.64

³³⁹ BAŞ, s.291

normlarının önemli bir tamamlayıcısı ve açıklayıcısı olarak gösterilmektedir.³⁴⁰ Buna göre hakim, sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması, yeni şartlara uydurulması, tarafların uyması gereken yan yükümlülüklerin belirlenmesi gibi temel bazı işlemlere ilişkin uygulamalarda MK. m. 2'yi temel dayanak olarak kullanmaktadır.³⁴¹

Hakim tarafından yapılan “açık içerik denetimi” veya “doğrudan denetim” dürüstlük kuralı kriteri ile yapılmaktadır. İçerik denetimine ilişkin bu düzenlemede bazı önemli eksiklikler bulunmaktadır. Benzeri durumun varlığı nedeniyle haksız şart düzenlemesinde olduğu gibi, Avrupa Birliği Yönergesinde yer verildiği şekliyle, “dürüstlük kuralına aykırı düşecek önemli ölçüde dengesizliğe yol açılmış bulunması” gibi bir tabire yer verilmemiş olması bunların başlıcalarındandır.³⁴² Oysa AB Yönergesinde “önemli ve haksız”, BGB 307/1’de ise, “dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketiciyi önemli ölçüde mağdur eden” bir dengesizlikten bahsedilmektedir. Hukukumuzda ise haksız rekabet kuralı (TTK.m.55/I) dışında mehzada (BGB § 307/I) olduğu gibi “ölçüsüz (önemli) düzeyde” zarar verme kıstasına yer verilmemiştir. Bu nedenle hukukumuzda dürüstlük kuralına aykırı biçimde zarar verme ihtimali yeterli görülecek, önemli düzeyde oransızlık aranmayacaktır³⁴³. TBK md. 25’e de bu şekilde bir ifade eklenmesi önemli bir eksikliği giderecektir.

³⁴⁰ YELMEN, s.127

³⁴¹ İlhan ULUSAN, “*Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi*”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, Aralık 2004, s.33

³⁴² BAŞ, s.297, HAVUTÇU, s.172

³⁴³ AYDOĞDU, **GİK Denetimi**, s.124

“Orantısızlık kriteri” olarak da adlandırılabilir bu eksik düzenlemenin³⁴⁴, yine de incelemeyi yapacak hakim tarafından tamamlanması mümkün olabilir.

Orantısızlık kavramı, dürüstlük kuralları ile sıkı bir bağlantı içinde olup, birbirinden bağımsız olarak değerlendirilemez. Bu nedenle tek tek hükümlerin değerlendirilmesi yerine sözleşmenin tamamı göz önünde tutularak, hak ve yükümlülüklerin değerlendirilmesi yapılmak suretiyle, görüşülmemiş sözleşme kayıtlarından açık ve haksız bir oransızlığa sebep olanlar belirlenir. Bu belirleme, dürüstlük kurallarına aykırı olduğu iddia edilen kayıt sözleşmede yer almasaydı, yapılan sözleşmedeki menfaatin nasıl olacağı değerlendirilerek, yani karşılıklı menfaatler arasında bir karşılaştırma sonucunda gerçekleştirilir. Böylece oransızlığın belirlenmesinde ilk olarak, dürüstlük kuralları aracılığıyla sözleşme adaleti sağlanmalı, ikinci olarak, sözleşmenin tamamı değerlendirilerek açık ve haksız bir oransızlık olup olmadığı denetlenmelidir.³⁴⁵ Sözleşmelerde avantajlı olma her sözleşmede ortaya çıkabilir. Önemli olan dürüstlük ve doğruluk kuralları açısından bakıldığında, bu durumun makul karşılanıp karşılanmayacağıdır.³⁴⁶

³⁴⁴ “önemli oransızlık” ibaresinin düzenlemeye eklenmemiş olmasının uygun olduğu yönünde aksi görüş de mevcuttur. Bkz. Süleyman TOPRAK, **“Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”**, TBB Dergisi, 2016, S.122, s.291, Yazar bu görüşünü “önemli oransızlık kastının ne olduğunun açık olmaması ve hangi ölçütlerle belirleneceğinin belli olmaması nedeniyle tüketici aleyhine olabilecek bir kıstas” olarak değerlendirmektedir.

³⁴⁵ KARADAĞ, s.65

³⁴⁶ TOPRAK, s.291

TBK m. 25 düzenlemesinde, ayrıca, dürüstlük kuralına aykırı davranışların neler olabileceği veya dürüstlük kuralının sınırı konusunda hakime yol gösteren düzenlemelere yer verilmemiştir.³⁴⁷ Bu durum ise, birtakım tehlikeleri beraberinde getirmektedir.³⁴⁸ Dürüstlük kuralının anlamı ve kapsamını belirleme konusunda, özellikle BGB §307/2 maddesinin; “*Şüphe halinde bir genel işlem şartı, a) kanuni düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyumuyor ise, b) sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa; söz konusu hükmün, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilir.*” hükmü³⁴⁹ ile Avrupa Birliği Yönergesinin emsal mahiyetinde saydığı haksız şartları içeren listelerden yararlanılabilir. Ayrıca hakim TBK md.25 uyarınca içerik denetimini gerçekleştirirken, kanun koyucunun ulaşmayı amaçladığı sonucu göz önünde bulundurması gerekir. Düzenleyenin dürüstlük kuralına aykırı davranmış olmasının ve hükmün içeriği nedeniyle karşı taraf aleyhine sözleşme dengesini bozmuş olmasının, söz konusu hükmün geçersiz olması için birlikte bulunması gerekli iki ayrı koşul olduğunu düşünmemesi gerekir. Çünkü, düzenleyene dürüstlük kuralına uygun davrandığına veya bir hakkı açıkça kötüye kullanmadığına ilişkin kanıt getirme ve bu şekilde karşı taraf aleyhine olan sözleşme hükümlerini içerik

³⁴⁷ BAŞ, s.292, “...TBK 25’de hüküm içi boşluk söz konusudur...”

³⁴⁸ YELMEN, s. 123, Yeşim ATAMER, “**Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar**”, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.326

³⁴⁹ “...TBK m.25’in, gerekçede belirtilenin aksine, Alman Medeni Kanunu §307’den eksik olarak alındığı söylenebilir...” BAŞ, s.293

denetiminden geçirme imkanı tanınması, kanun koyucunun gerekçede ortaya koyduğu amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle, dürüstlük kuralına aykırılığın sözleşme dengesinin bozulmasından ayrı olarak ele alınması doğru olmaz. Hakimin, dürüstlük kuralına aykırılığı, sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine bozulup bozulmadığını değerlendirmede kendisine yol gösteren bir ölçüt olarak kabul etmesi gerekir.³⁵⁰

Son olarak belirtmek gerekir ki, genel işlem koşullarının, ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık oluşturması halinde TBK m. 27 hükmü gereği bu koşullar geçersiz olacağından, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerle ayrıca denetlenmesine de gerek kalmayacaktır.³⁵¹ Ancak GİK bakımından asıl önemli olan sorun, bunların doğrudan doğruya hukuki işlemler hakkındaki yasaklayıcı ve emredici kuralları çiğnemediği hallerde, fakat yine de temelde yatan sakıncalar ve bireysel sözleşmelerden ayrı bir tarzda ele alınması zorunluluğu nedeniyle geçersiz sayılmaları için gösterilen sebepler ve öne sürülen çeşitli çözümlerde ortaya çıkmaktadır. Bu durum karşısında, GİK’te yer alan kayıtların denetimi, ancak dava edilmesi halinde, özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması, değiştirilmesi ya da geçersiz sayılması halinde hakimin görevine girecektir.³⁵²

³⁵⁰ Erdem BÜYÜKSAGIS, *“İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro’nun Düşündürdükleri”*, erişim; www.journal.yasar.edu.tr , 15.03.2016

³⁵¹ Gül DOĞAN, *“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”*, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.472

³⁵² KARTAL, s.107

C. Değiştirme Yasağı

TBK m.24’de yapılan bu düzenleme; *“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.”* ile örneğin kredi sözleşmelerinin hemen hepsinde yer alan ve kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı değiştirme yetkisi tanıyan kayıtlar artık bertaraf edilmiştir.

Bu hüküm, TBK m.25’deki içerik denetimine ilişkin genel hükmün bir somut uygulama biçimi olduğundan³⁵³, o maddede bir örnek olarak yer almasının daha uygun olacağı³⁵⁴, *“düzenleyene”* ifadesi yerine *“kullanana”* ifadesinin, *“kayıtlar yazılmamış sayılır”* ifadesi yerine de *“kayıtlar sözleşmenin kapsamına dahil sayılmazlar”* veya *“kayıtlar kesin hükümsüzdür”* ifadelerinin kullanılmasının daha uygun olacağı kanaatleri³⁵⁵ mevcuttur. Biz de bu kanaatlerin haklılığına katılmakta ve maddenin özel olarak düzenlenmesi gereğinin olmadığını ve lafız hatalarının düzeltilmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz.

³⁵³ Değiştirme yasağını yürürlük denetimine daha yatkın özellikte gören ve zaman zaman yürürlük denetimi izlenimini güçlendiren görüş için bkz. İlhan ULUSAN, **“İçerik Denetimi**, s.149

³⁵⁴ İçerik denetimine zaten takılacak bu tür bir genel işlem koşuluna ilişkin özel bir düzenlemenin Kanunda yer almasının gerekliliği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bkz. BAŞ, s.301, HAVUTÇU ,s.45; aksi görüş bkz. ARIKAN, s.73

³⁵⁵ ALTOP, **“GİK”**, s. 43

Uygulamada sıkça karşılaşılan, güçlü sözleşme tarafının diğer sözleşme tarafı aleyhine sıkça başvurduğu, özellikle bankaların kredi sözleşmelerinde faiz oranları hakkında yaptığı değişiklikler için getirilen bu özel düzenleme ile zayıf sözleşme tarafı için önemli bir koruma sağlanmış olmaktadır. Bu yasağa ayrıca, taksitle satışa ilişkin TKHK 6/A’da *“Sözleşme şartları tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemez.”* maddesine yer verilmiştir.³⁵⁶ Ayrıca TBK’nın 346 ncı maddesinde *“kiracı aleyhine düzenleme yasağı”* başlığıyla getirilen ve *“..kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.”* düzenlemesiyle, kiracı aleyhine kiralayanın belirtilen konularda sözleşmede değişiklik yapamayacağı kararlaştırılmıştır.

D. İçerik Denetiminin Yaptırımı

İçerik denetimi sonucunda hakimin bir sözleşme hükmünün haksız şart oluşturduğuna kanaat getirmesi durumunda, nasıl bir yaptırım öngörmesi gerektiği TBK. m.25’e göre açık değildir. Ancak madde gerekçesinde *“bu tür hükümlerin yaptırımı Tasarının 27’nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir...”* denilerek, yaptırım olarak TBK m.27’ye işaret edildiği yani yaptırımın *“kesin hükümsüzlük”* olduğu anlaşılmaktadır. Oysa bu düzenlemede yaptırım olarak açıkça kesin hükümsüzlükten söz edilmesi gerekirdi.³⁵⁷

³⁵⁶ YENİOCAK, *“Yargısal Denetim”*, s.91

³⁵⁷ ULUSAN, *“Değerlendirmeler”*, s.10

Ayrıca gerekçede belirtildiği üzere, burada kısmi geçersizliğin koşullarını düzenleyen TBK md.27/II hükmünün ikinci cümlesinin uygulanması da söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Yani burada, genel işlem koşullarına dayanan taraf, içerik denetimi sonrası geçersiz sayılan hükümler olmasaydı, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Burada aksi ispat edilemeyen yasal bir varsayım öngörülmüştür.³⁵⁸ Genel düzenlemeden farklı olarak, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar bakımından ve Türk Borçlar Kanununa tabi genel işlem koşullarında, kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüştürülmesi engellenmiştir.³⁵⁹

İçerik denetimi sonucunda bir sözleşme kaydının sözleşmenin içeriğine dahil olmaması veya bir sözleşme kaydının hükümsüz sayılması ve fakat sözleşmenin geri kalan hükümlerinin ise geçerli olduğu kabul edildiğinde sözleşme boşluğu meydana gelmiş olacağı için, bu sözleşme boşluğunun doldurulması sorunu gündeme gelecektir.³⁶⁰

Alman hukuk doktrinde GİK içeren sözleşmelerde, sözleşme kaydının hükümsüz kalması meselesi, sözleşmenin tamamlanması, indirim yaptırımı ve tahvil gibi kurumların canlanmasını sağlamıştır. Sözleşmenin geri kalan kısmının tamamlayıcı yorum ile ayakta tutulmaya çalışılması genellikle kabul edilmektedir. Tamamlayıcı yorumda hakimin yararlanacağı kural ve ilkelerin neler olduğu

³⁵⁸ ZEVLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, s.146

³⁵⁹ TOPRAK, s.306

³⁶⁰ KARADAĞ, s.67

hususunda BGB § 306 hükmü yol gösterici nitelikte olup, sözleşmenin içeriğinin öncelikle yasal düzenlemelere göre tayin edilmesini öngörmektedir.³⁶¹

Emredici nitelikte olmayan düzenlemelere aykırı bir sözleşme kaydının hükümsüz olması durumunda; emredici düzenlemelere aykırı olmayan sözleşme kayıtlarının, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, tüketicinin haklarını oransız bir biçimde ihlal etmesi sebebiyle, içerik denetimi sonucunda, kanunun tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliğindeki hükümleri, söz konusu kayıtların yerine geçecektir. Ancak sözleşmenin tarafları, sözleşme ile hükümsüz sayılan hükümlerin yerine geçecek ikame hükümleri bizzat belirlemişlerse, söz konusu hükümler öncelikle uygulanacaktır. Hakim boşluğu doldururken sözleşmenin tipik veya atipik sözleşme olmasına göre bir değerlendirme de yapacaktır.³⁶² Sözleşme boşluğunun hakim tarafından doldurulması gerektiğinde, hakim, tarafların farazi iradesini araştırarak, kısmi hükümsüz sayılan sözleşme kaydı yerine, tarafların farazi iradesi doğrultusunda sözleşmeyi tamamlayacak hükmü bulup, sözleşmeye uygulayacaktır. Bunun yanında, emredici nitelikteki düzenlemeye aykırı bir sözleşme kaydının hükümsüz olması durumunda, söz konusu kaydın yerini emredici düzenleme alacak ve sözleşme, emredici düzenleme ile tamamlanmak suretiyle geçerli olacaktır.³⁶³

³⁶¹ KIRKBEŞOĞLU, s.69-70

³⁶² KARADAĞ, s.68-69

³⁶³ TOPRAK, s.311

II. ENERJİ PİYASALARI ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN

İÇERİK DENETİMİ

Standart sözleşme şeklinde hazırlanan ve EPDK onayından geçerek yürürlük kazanan elektrik perakende satış sözleşmesi ile EPDK onayından geçmese dahi dağıtım şirketleri tarafından standart sözleşme şeklinde hazırlanan doğal gaz abonelik sözleşmeleri içeriklerinin idari ve yargısal denetimi mümkündür. Bu konuda, TBK 20 nci maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça; *“Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”* hükmü yer almakta olduğundan, EPDK’dan faaliyet göstermek için lisans alan şirketlerin sundukları hizmetlere ilişkin sözleşmelere de genel işlem koşulu denetiminin uygulanacağı açıktır.

Bu sözleşmeler daha çok *“içerik denetimi”* ile hukuka uygunluk denetimine tabi tutulabilecektir. Özellikle elektrik perakende satış sözleşmesi Resmi Gazete’de yayımlanan bir sözleşme olduğundan, yürürlük ve yorum denetiminin işlevlerinin daha sınırlı bir şekilde olması mümkündür. Yargı makamları tarafından yapılacak *“içerik denetimi”* ile bahsedilen sözleşmelerin kapsamına dahil olacak hükümlerin, sözleşme adaletine uygun olup olmayacağı ve sözleşmenin tüketici tarafının mağdur olmasına neden olacak dürüstlük ilkesine aykırı şartlardan oluşup oluşmadığı denetlenmiş olacaktır.

Elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmelerinin içeriklerinde yer alan hükümler, *“kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli*

düşünceye aykırı düşüyorsa veya sözleşmenin doğasında yer alan temel hak ve borçlar, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırılıyorsa”, bu durumlarda dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde karşı tarafın mağdur edildiği kabul edildiğinden³⁶⁴, bu şartlar kesin hükümsüz sayılacak, ancak sözleşme diğer şartlarıyla yürürlükte kalmaya devam edecektir. Zaten sürekli ihtiyaç niteliğinde olan doğal gaz ve özellikle elektrik için, abonelik sözleşmelerinin bir kısım hükümlerinin geçersiz olabileceği kabul edilse bile, abonelik sözleşmesinin geri kalan düzenlemeleri ayakta tutularak enerji tedariğinin her durumda sağlanması gerekmektedir.

Enerji abonelik sözleşmeleri de tüketici sözleşmesi kapsamında yer aldıklarından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, haksız şart hükümleri doğrudan uygulamaya geçecektir. Abonelik sözleşmelerinin hükümleri değerlendirilirken, haksız şartlara ilişkin sayılan listede yer alan kayıtların da var olup olmadığı araştırılarak göz önüne alınır. Ayrıca Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğinde yer alan hususlar dikkate alınır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un haksız şart düzenlemeleri ile TBK’nın 24 ve 25 madde düzenlemelerinden tüketicinin daha lehine olan düzenlemelerin uygulanması tercih edilecektir.

Bu kapsamda, haksız şart olabilecek, tüketicinin müzakere edemedi kabul ettiği bazı şartların incelemesi yapılarak, elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmelerinde sözleşme adaletinin kurulmasına yönelik bazı tespitler yapılacaktır.

³⁶⁴ ULUSAN, “*Değerlendirmeler*”, s.10

A. Ödeme Emri Bildirimi İçeriğine İlişkin Şartlar

1. Faturalama ve Ödeme Dönemi

Kullanıcıların ödeyeceği faturaların (ödeme bildirimlerinin) içeriğine ilişkin düzenlemeler elektrik perakende satış sözleşmesinin 7,8 ve 9 uncu maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemelerden 7 nci madde “tüketim dönemi” başlığı ile kullanıcıyı önemli ölçüde ilgilendiren faturalamaya ilişkin bazı hükümleri ortaya koymuştur. Buna göre birinci fıkrada Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği’nin 11 inci maddesine atıf yapılırken, ikinci fıkrada “*Faturalamanın 6 ay veya üzeri tüketim dönemini kapsayacak şekilde yapılması durumunda abonenin talebi üzerine Yönetmelik hükümleri doğrultusunda vade farksız taksit uygulaması yapılır.*” hükmü ile ödemenin taksitlendirilebileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 11 inci maddesinde tüketim döneminin belirlenmesi hususunda; “*1) tüketicinin tüketim dönemi, bir aydan az olmamak ve bir yılı geçmemek üzere, görevli tedarik şirketi tarafından belirlenir.*” yer aldığından, bu hükmün aynen perakende satış sözleşmesine de taşınmış olduğu anlaşılmaktadır.

Bu düzenleme ile “bir yıl” ve “bir ay” arasında faturalama yapılması tercihinin perakende satış şirketine bırakıldığı, bu durumda kullanıcının ise tercih hakkının olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca tedarikçi şirketin, faturalama aralıklarını sürekli değiştirebilmesine de bir engel bulunmamakta ve bu durum hakkında kamuoyunu bilgilendirme zorunluluğu da yoktur. Mesela bir fatura üç aylık dönemi, bir başka fatura iki aylık dönemi kapsarken, kalan ayların da topluca fatura edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu durumun kullanıcı aleyhine ağır bir düzenleme ve belirsizlik yaratacak bir durum sebebi olduğu göz önüne alındığında,

Yönetmelik içeriğinde düzenlenmiş olsa dahi, bu düzenlemenin haksız şart olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir.

Bununla birlikte gerek Yönetmeliğin 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında, gerekse perakende satış sözleşmesinin 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında; tüketim dönemlerinin 6 ay ve üzeri olacak şekilde belirlenmesi durumunda, kullanıcının talebi üzerine, *“taksitlendirme yapılması zorunluluğu”* getirilmiştir. Bu düzenleme her ne kadar kullanıcı lehine bir düzenleme olsa ve taksitlendirme yapılarak kullanıcının menfaatleri düşünülmüş olsa da, birinci fıkra mevcutken, taraf menfaatlerini dengeleyici bir durumun oluşup oluşmadığı şüphelidir.

Doğal gaz abonelik sözleşmesinde faturalama konusunda ise DPDMHY’nin 48 inci maddesinde *“dağıtım şirketi, mekanik sayaç kullanan abonelerin sayaç endekslerini müşteri bazında bir önceki okuma tarihine göre art-eksi iki günden fazla sapma olmayacak şekilde, aylık okur.”* hükmü ile *“aylık faturalamanın”* düzenlendiği anlaşılmaktadır. Böylece, müşteri lehine bir düzenleme yapılmaktadır.

Konu hakkında GTB’nin Abonelik Sözleşmeleri Hakkında Yönetmeliğin *“Faturalandırma Dönemi”* başlıklı 11 inci maddesinde; *“Satıcı veya sağlayıcı tarafından uygulanacak faturalandırma dönemleri, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça bir aydır.”* düzenlemesi ile aylık olmayan faturaların sözleşme ile kararlaştırılabileceği hükmü yer almaktaysa da, enerji abonelik sözleşmelerinin müzakere edilme imkanının olmadığı ve önceden hazırlanmış standart sözleşmeler olduğu göz önüne alınmalıdır.

2. Fatura Ödeme Usulleri ve Gecikme Zammı

Elektrik perakende satış sözleşmesinin 9 uncu maddesi ile faturaların kredi kartı ile ödenebileceği kararlaştırılmıştır. Benzeri bir düzenleme doğal gaz piyasasında bulunmamaktadır. Ayrıca elektrik abonelik sözleşmesinde *“Fatura bedelinin kredi kartıyla ödenmesi hali hariç olmak üzere Şirket veya Şirketin hizmet alımı yaptığı kişiler tarafından faturaların tahsilatı işlemi sebebiyle tüketicilerden herhangi bir ad altında bedel talep ve tahsil edilemez.”* hükmü ile kullanıcı lehine bir durum söz konusudur. Böylelikle açıkça fatura ödeme merkezleri gibi aracı kurumlar ile faturaların ödenmesi durumunda fatura bedeli dışında bir hizmet bedeli alınamayacağı kararlaştırılmıştır. Benzeri bir düzenleme doğal gaz piyasasında yer almadığından, ön ödemeli sayaçlar için doğal gaz satın alınması durumunda fatura bedeline ilave ödenilen aracı hizmet kuruluşu hizmet bedelinin *“haksız şart”* olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira PTT gibi aracı kuruluşların bu hizmetleri yerine getirmesinin nedeni, doğal gaz ödeme merkezlerinin yeterli sayıda olmayışı ve fatura tahsilatı için doğal gaz dağıtım şirketinin yeterli ağı kuramamış olamamasıdır. Bu konuda her ne kadar DPDMHY’nin 48 inci maddesinde *“dağıtım şirketi, ön ödemeli sayaç kullananlar için, kolaylıkla ulaşılabilecek ve şehir yerleşiminin yoğun olduğu yerlerde yeterli sayıda doğal gaz yükleme merkezleri kurmak zorundadır.”* düzenlemesi yer almaktaysa da, merkezlerin sayısına ilişkin kriterler net ve yeterli olarak belirlenmemiştir. Doğal gaz dağıtım şirketlerinin bu hizmet eksikliğinin başka bir aracı kurum ile giderilmesi durumunda oluşan ilave hizmet bedeline tüketicinin katlamasının doğru bir yöntem olmayıp içerik denetimi ile tüketici aleyhine olan bu durumun ele alınması mümkündür.

Faturaların zamanında ödenmemesi durumunda ise, elektrik perakende satış sözleşmesinin 6 ncı fıkrasına göre “aboneye son ödeme tarihinden itibaren, 6183 sayılı Kanunun 51. maddesine göre belirlenen oranları aşmamak koşuluyla gecikme zammı günlük olarak tahakkuk ettirilir.” cezai uygulaması öngörülmektedir. Aynı maddenin 2 nci fıkrasında ise, bu defa şirketin fatura bedellerine ilave bir bedel alması durumuna yer verilmiştir. Buna göre; “Şirket bu bedeli, abonenin talep tarihinde, 6183 sayılı Kanunun 51. maddesine göre belirlenen oranda ve tahsil tarihinden itibaren günlük olarak hesaplanacak gecikme zammı ile birlikte nakden ve defaten öder.”³⁶⁵ düzenlemesi ile iki uygulama arasında fark yaratılmıştır. Tedarikçi şirket için de faturasını zamanında ödenmeyen tüketici için olduğu gibi “gecikme zammı oranını aşmamak koşuluyla” bir oran belirlenmesinin daha doğru olacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca ilave edilen “nakden ve defaten öder” ibareleriyle de şirket için taksitlendirmenin hiçbir şekilde söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır. Sonuçta fatura ödemesini geciktiren abone tüketicinin karşılaşacağı yaptırımlar ile almaması gereken bir bedel tahsil eden şirketin karşılaşacağı yaptırımların aynı usul

³⁶⁵ Gecikme zammı ile temerrüt faizi arasındaki ilişki itibariyle, farklı görüşler bulunmaktadır. Gecikme zammının bir nevi temerrüt faizi olarak kabul edilebileceği görüşü bulunmakla birlikte, gecikme zammının faiz değil ve fakat yasal bir gecikme tazminatı olduğu da değerlendirilmektedir. Yargıtay’ın bu konuda farklı uygulamaları mevcuttur. Ancak genel olarak uygulamanın; “gecikme zammı cezai şart niteliğinde olduğu, gecikme zammı istenmesi halinde ayrıca faiz istenemeyeceği, asıl alacak için hem temerrüt faizi hem de gecikme zammının birlikte istenemeyeceği” yönünde olduğu anlaşılmaktadır. bkz. YAVUZ N., s.646-647

ile düzenlenmesinin daha doğru olacağı ve bu iki durum arasında bir denge kurulmasının sözleşme menfaatlerini daha çok koruması mümkündür.

Faturalama konusunda, elektrik perakende satış sözleşmesinin 9 uncu maddesinin beşinci fıkrasında; *“(5)Abonenin işbu perakende satış sözleşmesinden kaynaklanan borcu nedeniyle, başka bir perakende satış sözleşmesine konu kullanım yerindeki elektriği kesilemez.”* hükmü ile, abone tüketici lehine düzenleme yapılarak, bir abonelik sözleşmesi için başka bir abonelik sözleşmesinin elektriğinin kesilmesi engellenmiştir.

Bu konuda doğal gaz piyasasında da benzer değişikliğin mutlaka yapılması gerekmektedir. Zira DPDMY’nin 44 ncü maddesinin (e) bendinde halen ; *“dağıtım şirketince, abonenin diğer bir adreste bulunan doğal gaz aboneliği ile ilgili mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, doğal gaz kesilerek hizmet durdurulur ve bu hususlar müşteri sözleşmesinde belirtilir.”* hükmü yer almakta olduğundan, bir abonelik borcu nedeniyle başka bir abonelikte gaz kesilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin olası bir yargı denetimine tabi olması durumunda içerik denetimi ile hükümsüz sayılması mümkündür. Zira her bir abonelik sözleşmesi tarafları aynı olsa bile sözleşme konusu tesisler farklı olacağından ayrı sözleşmeler olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce farklı sözleşmelerin hukuki akıbetinin birbirine bağlanmasının adil sonuçlar üretmesi mümkün olamayacaktır. Böylece, borçların nisbiliği ilkesi de korunmuş olacaktır.

3. Fatura İçerikleri

Elektrik faturalarının içeriğinde yer alacak unsurlara ilişkin olarak perakende satış sözleşmesinin 9 uncu maddesinin (9) numaralı fıkrasında “*Aktif enerji, reaktif enerji, güç, güç aşımı, iletim ve dağıtım sistem kullanımı ile yasal olarak alınması gereken bedeller, ilgili mevzuat ve yürürlükteki ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre tahakkuk ettirilerek aboneden tüketim dönemi bazında tahsil edilir.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre bir elektrik faturasının hangi kalemlerden oluşacağı sözleşme ile kararlaştırılmıştır. Ancak burada yer alan “*yasal olarak alınması gereken bedeller*” ifadesinin “*şeffaflık ilkesine*” aykırı olabileceği, zira söz konusu yasal bedellerin neler olacağının tek tek sayma yoluyla belirtilmesi ve tüketicinin bilgisi dahiline sunulması daha uygun olabilir. Böylece fatura içeriği hakkında tüketicinin önceden bilgilendirilmesi mümkün olacaktır.

Hem abone tüketicilere hem de serbest tüketicilere 2001 yılından itibaren aktif enerji bedeli kapsamında yansıtılan ancak 1/1/2011’den sonra alınan bir EPDK Kurul Kararı ile faturalarda ayrı bir maliyet unsuru olarak yer almasına karar verilen “*kayıp-kaçak bedeli*” nden 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanun’unda doğrudan ve açık bir biçimde bahsedilmemektedir. Ancak Kanunun Geçici 9 uncu maddesinde geçici ve süreli olarak öngörülmüş olan “*Fiyat Eşitleme Mekanizması*” kapsamında bu bedelin alınabilmesine imkan sağlanmıştır. Fiyat eşitleme mekanizması aslında ulusal tarife uygulamasının bir yöntemi olmaktadır. Ulusal tarife uygulaması ile elektrik dağıtım bölgelerinde, bölge farklılıklarından kaynaklanır şekilde oluşacak maliyet farklılıkları bertaraf edilerek, elektriğin tek bir perakende satış fiyatının oluşması sağlanmaktadır. Kanunda öngörülen “*fiyat eşitleme mekanizması*” esasında

tüm Ülkede tek bir nihai satış fiyatı olması için dağıtım bölgeleri arasındaki maliyet farklılıklarını ortalama birim fiyatta eşitleme ve sadece dağıtım bölgeleri arasında çapraz sübvansiyon yapma yetkisi vermektedir. Faaliyetler arasında ise çapraz sübvansiyon yapma yetkisi vermemektedir.³⁶⁶ Kayıp-kaçak bedeline ilişkin ikincil düzenlemeler ise daha açık ve nettir. Özellikle Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde, dağıtım tarifesi başlığı altında konu düzenlenmiştir. Kayıp-kaçak bedeli³⁶⁷ aslında iki farklı unsurdan oluşmaktadır. Teknik ve fiziki imkanlar nedeniyle dağıtım sistemine giren enerji ile bu enerjinin nakli sırasında sistemden çıkan enerji arasında oluşan eksiklik “*teknik kaybı*” oluşturmaktadır. Teknik kayıplar fizik kuralları gereği oluşmakta ve kanun koyucunun veya regülasyon kurumunun tercihlerine göre ya doğrudan tüketicilerden ya da tedarikçilerden alınması gerekmektedir.³⁶⁸ Kaçak elektrik tüketimi ise Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği’nin 26 ncı maddesinde tanımlanmıştır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, dağıtım şirketinin bilgisi ve izni dışında şebeke ve sayaçlara müdahale edilerek hırsızlama yoluyla elde edilen elektrik, kaçak olmaktadır.

³⁶⁶ Mustafa YAVUZ, “*Kayıp-Kaçak Bedelinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi*”, TAAD, Yıl. 6, S.21(Nisan 2015), s.237

³⁶⁷ Kanun değişikliğiyle Elektrik Piyasası Kanununa “*teknik ve teknik olmayan kayıp*” tanımı eklenmiştir. Buna göre, “*dağıtım sistemine giren enerji ile dağıtım sisteminde tüketicilere tahakkuk ettirilen enerji miktarı arasındaki farkı oluşturan ve maliyeti etkileyen; teknik kayıp ve/veya kaçak kullanım gibi sebeplerden kaynaklanan ve teknik bir sebebe dayanmayan kaybı*” olarak tanım yapılmıştır.

³⁶⁸ YAVUZ M, s.234

Kayıp-kaçak bedelinin abonelik sözleşmesi imzalayan tüm tüketicilerden alınması ve faturalara yansıtılması konusu, adli ve idari yargı makamlarına taşınmış bir konudur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi önce EPDK'nın elektrik fiyatlarını belirlemeden sorumlu olduğundan hareketle, faturalarda yer alan kayıp-kaçak bedelinin tahsilinin mümkün olduğu yönünde görüş belirtmişse de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21/05/2014 gün ve 2013/7-2454 Esas, 2014/679 Karar sayılı Kararıyla konuya son noktayı koymuştur. Söz konusu Karar ile özetle; *“kayıp-kaçak bedeli tahsilatının mevzuata uygun olmadığına karar verilmiştir.”* Ayrıca Hukuk Genel Kurulu 17/12/2014 tarih ve 2014/7-1884 Esas, 2014/1045 karar sayılı kararı ile karar düzeltme talebini de reddetmiştir. Söz konusu YHGK Kararlarının gerekçelerinde³⁶⁹ *“Elektrik Piyasası Kanunu ile EPDK'ya sınırsız bir fiyat belirleme hak ve yetkisi verilmemektedir. Bundan ayrı olarak, elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp (teknik kayıp) ile başka kişiler tarafından hırsızlık yapmak suretiyle kullanılan (kaçak) elektrik bedellerinin kurallara uyan abonelerden tahsili yoluna gitmesinin hukuk devleti ve adalet düşünceleri ile bağdaşmayacağı, hem bu halin; parasını her halükarda tahsil eden davacı kurumun çağın teknik gelişmelerine ayak uydurmasına engel olacağı, ayrıca davacının kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ihtiyacı duymayacağı gibi; elektriği hırsızlık suretiyle kullanan kişilere karşı önlem alma ve takip etmek için gerekli girişimlerde de bulunmasını engelleyeceği, oysa ki, elektrik kaybını önleme ve hırsızlıkları engelleme veya hırsız takip edip bedeli ondan tahsil etme görevinin de bizzat enerjinin sahibi bulunan*

³⁶⁹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi Yusuf MEMİŞ'in belirttiği Muhalafet Şerhi ve Kararın detayları hak. bkz. Yusuf MEMİŞ, **Elektrikte Kayıp-Kaçak Bedeli Davaları Açıklamalar ve Örnek İçtihatlarla**, Seçkin Yayınevi, 2015, Ankara, s.24

kuruma ait olduğu, bununla birlikte, tüketiciler olan vatandaşın faturalara yansıtılan kayıp-kaçak bedelinin hangi miktarda olduğunu apaçık denetleyebilmesi ve hangi hizmetin karşılığında ne bedel ödediğini bilmesinin yani şeffaflığın hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından olduğu,..” yer verildiği görülmektedir. Karar sonrasında geçmiş on yıla dönük olarak elektrik faturalarını sorgulayan hem aboneler hem de serbest tüketiciler elektrik şirketlerinden bu bedelin faiziyle iadesini talep etmeye başlamıştır. Mali açıdan tüm gelir ve giderleri tarifelerle belirlenen elektrik dağıtım şirketlerinin geçmişe yönelik ağır bir ekonomik yük ile hizmetlerini sürdürmesinde zorluklar yaşanmaması için Enerji Bakanlığı Elektrik Piyasası Kanununda bir değişiklik³⁷⁰ yapma gereği duymuştur. Buna göre Elektrik Piyasası Kanununa eklenen Geçici Madde 20 ile “Kurul Kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 17 nci madde hükümleri uygulanır.” denilmekte, 17 nci madde ile yeni onuncu fıkraya “Kurum tarafından gelir ve tarife düzenlemeleri kapsamında belirlenen bedellere ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda; tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisi, bu bedellerin, Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.” yer verilmektedir. Böylece mahkemelerin denetim yetkisinin sınırı belirlenmiş ve bu sınırın açılmış olan davalara da etki edeceği kararlaştırılmıştır. Ayrıca Kanunun dağıtım tarifelerini düzenleyen 17/ç maddesine dağıtım tarifeleri unsurlarına açıkça “teknik ve teknik olmayan kayıp

³⁷⁰ 04.06.2016 tarih ve 6719 sayılı Kanun değişikliği, 17.06.2016 tarih ve 29745 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

maliyeti” de eklenerek, söz konusu bedelin elektrik faturaları içeriğinde tahsiline “*yasal*” zemin sağlanmıştır.

Elektrik faturalarında yer alan ve yine yargı makamlarına taşınmış bir başka unsur ise TRT payıdır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 05.01.2006 tarihinde verilen “*bozma*” kararı³⁷¹ ile, tüm elektrik tüketicilerinin faturalarına ilişkin bir karar alınmıştır. Bu karar sonrasında, 3093 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Gelirleri Kanun’unun (Kanun) 4/c hükmü gereğince, lisans sahibi elektrik şirketlerinin her bir elektrik faturası üzerinden TRT’ye intikal ettirmesi gereken bedelin matrahında değişiklik yaşanmıştır. Bu yargı kararının uygulanması gereğince, tüm tüketicilerin gelecek dönem elektrik faturalarından, hem eksik tahakkuk ettirilen miktarın hem de 3093 sayılı Kanun’un 4/c maddesine esas bedelin gecikme zammı ile birlikte tahsili gündeme gelmiştir.³⁷²

Elektrik tüketimi gibi zorunlu bir ihtiyaç üzerinden, bu şekilde bir kamu kurumunun desteklenmesinin, zaten vergilerle kamuya kaynak aktarımı yapan gerçek ve tüzel kişilerin, ikinci kez vergilendirilmesi anlamı taşıyacağından, bu bedelin de içerik denetimine tabi tutulması uygun olacaktır. Söz konusu bedelin alınması, 3093 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olduğundan, yani bir kanuni dayanağı bulunduğundan,

³⁷¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 05/01/2016 tarihli ve E:2015/3402 ve K:2016/1 sayılı Kararı.

Erişim; <http://www.epdk.org.tr/TR/Duyurular>, 23.05.2016

³⁷² Beşir Fatih DOĞAN, “*Elektrik Piyasasında TRT Payı Ödenmesi Konusundaki Hukuki Gelişmeler*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, Y.2013, s.59

Anayasa Mahkemesi gündemine taşınarak, iptaline karar verilmediği sürece, “*haksız şart*” kapsamında sayılamayacağı, ancak iptal ile yürürlükten kalkması mümkündür.

Sonuç olarak, elektrik faturalarında yer alacak tüm unsurların kanunilik ilkesine uygun düşecek şekilde Elektrik Piyasası Kanunu ile açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Doğal gaz piyasasında fatura içeriklerinin belirlenmesi ise Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde belirlenmiştir. Perakende satış tarifesi olarak Yönetmeliğin 14 üncü maddesiyle yapılan düzenlemeye göre; birim doğal gaz alım fiyatı ve sistem kullanım bedeli olmak üzere iki unsurun doğal gaz fiyatını oluşturduğu belirlenmiştir. Doğal gaz faturalama konusunda ayrıca, “*Doğal Gazın Faturalandırmaya Esas Satış Miktarının Tespiti ve Faturalandırılmasına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ*”³⁷³ yürürlüktedir. Bu tebliğ uyarınca doğal gaz faturalarına esas, sayaçtan ölçülen doğal gaz miktarının hesaplanmasında, basınç ve sıcaklık faktörleri göz önüne alınarak bir ölçüm yapılacağı, K katsayısı denilen ve doğal gaz dağıtım şirketleri tarafından fatura hesaplamalarında kullanılan bir katsayı doğrudan doğal gaz faturalarını etkilemektedir. Yine Tebliğin 8 inci maddesine göre, “*Her tahakkuk dönemine ait fali üst ısı değer ile düzeltme katsayısı (K) ve bu değerler esas alınarak yapılan hesaplamalar faturalarda belirtilir. Ayrıca dağıtım şirketi bu bilgileri web sitesinde yayınlar...*” faturalamaya ilişkin bu önemli bilginin tüketicilerin bilgisine sunulması gerekmekte olup her ay bu bilginin güncellenmesi de şarttır.

³⁷³ 31.12.2002 tarih ve 24980 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Doğal gaz piyasasında kayıp-kaçak konusu elektrik piyasasına göre daha az karşılaşılan bir durumdur. Bununla birlikte, uygulamada karşılaşılabilecek kayıp-kaçak olaylarında uygulanmak üzere EPDK tarafından “*Kaçak veya Usulsüz Doğal Gaz Kullanımı Durumunda Uygulanacak Usul ve Esaslar*”³⁷⁴ belirlenmiştir.

Kaçak doğal gaz kullanımı doğal gaz şebeke işletmeciliğinin “*tehlike sorumluluğu*” kapsamında bir faaliyet olduğu göz önüne alındığında, önlenmesi ve mücadele edilmesi zorunlu bir durumdur. Bununla birlikte, abonelik sözleşmelerine kaçak doğal gaz kullanımı konusunda ilave edilecek hükümlerin “*haksız şart*” denetimi dışında tutulabileceği anlamı bulunmamaktadır. Bu konuda özellikle, %200 ve %300 oranlarının makul ve haklı sayılabilecek oranlar olup olmadığı tartışmaya açıktır. Gecikme zammı ilavesiyle bu miktarın daha da artacağı göz önüne alındığında, oranlar üzerinden konunun içerik denetimine takılma ihtimali mevcuttur.

4. Faturaya İtiraz

Elektrik faturalarına itiraz konusunda Sözleşmenin 9 uncu maddesinin on birinci fıkrası; “*(11)Şirketin, faturalarda ve faturalandırmaya esas unsurlarda hata tespiti halinde, abone tarafından ödeme bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde Şirkete itiraz edilebilir. İtiraza konu bedel ile tüketicinin bir önceki tüketim döneminde ödemiş olduğu tüketim bedeli arasındaki farkın yüzde otuzdan fazla olması durumunda abonenin, bedele itirazla birlikte bir önceki tüketim dönemi bedeli kadarını son ödeme tarihine kadar ödemesi halinde kalan miktar için borç, itiraz sonuçlanıncaya kadar müeccel olur.*” hükmünü haizdir. Buna göre, elektrik faturalarına itiraz süresinin “*1 yıl*” ile sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Her

³⁷⁴ 06.08.2004 tarih ve 25545 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

ne kadar önceki dönemle karşılaştırma suretiyle ciddi fark bulunması halinde, fatura bedelinin tamamının ödenmesinin önüne geçilerek, itiraz sonuçlanıncaya kadar borcun ödenmesi ötelenerek, tüketici lehine önemli bir avantaj sağlamışsa da, faturaya itiraz için süre sınırlaması getirilmesinin doğru olmadığı, bu durumun tüketici bakımından içerik denetimine tabi olması muhtemeldir. Tüketicinin bir yıldan sonra fark edeceği fatura hatalarının tetkikinin de mümkün olması, böyle bir süre sınırı konulmasına gerek olmamalıdır. En azından taraf menfaatlerinin dengelenmesi bakımından, şirketin de olası bir fatura tadilini ancak bir yıl ile sınırlı şekilde yapabilmesi hakkaniyete daha uygun düşecektir.

Doğal gaz piyasasında, faturaya itiraz konusu ise DPDMHY'nin 50 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Müşteri faturaya itirazını, tebliğ tarihinden itibaren son ödeme tarihine kadar dağıtım şirketinin müşteri birimine yapar. Dağıtım şirketi itirazı, itirazın yapıldığı tarihten itibaren on iş günü içinde karara bağlar.”* hükmü gereğince, tüketicinin faturaya itiraz süresinin elektrik piyasasından kısa tutulduğu, faturanın tebliğ ve ödeme tarihi aralıkları dışında itiraz süreci öngörülmediği anlaşılmaktadır. Tüketicinin itiraz hakkının çok kısa tutan böyle bir düzenleme de içerik denetimiyle denetlenebilir. Ayrıca yine aynı maddenin diğer fıkralarında yer alan düzenlemelere göre *“itirazın yapılmış olması ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. İtiraz sonuçlanıncaya kadar itiraza konu olan tüketim miktarının, müşterinin geçmiş yıl aynı dönemdeki miktarından fazla olması durumunda, bir önceki yılın aynı döneminde tüketilen miktar dikkate alınır. Bu miktar, itiraza konu olan dönemin perakende satış fiyatı üzerinden hesaplanarak müşteri tarafından son ödeme tarihine kadar ödenir. Müşteriye ilişkin geçmiş yıla ait veri olamaması durumunda, hesaplamalar, benzer tüketim eğilimine sahip diğer*

müşterilere ilişkin verilere dikkate alınarak yapılır.” Bu düzenlemeler ise tüketici lehine düzenlenmiş olup, önceki yıl tüketimlerinden sapan faturalar için tüketici bakımından önemlidir. Faturaya itiraz sonrasında, dağıtım şirketi tarafından haklı bulunan bedel beş iş günü içinde gecikme zammı ile birlikte iade edilirken, dağıtım şirketi kendi hatasından kaynaklanan eksik faturalandırmalar için gecikme zammı uygulamadan taksitlendirme yaparak faturalandırma yapmak zorundadır.

B. Elektrik ve Doğal Gaz Abonelik Sözleşmelerinin Sona Ermesine

İlişkin Şartlar

Elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmeleri hizmet ifasının sürekliliğinin sağlanması gereken sözleşmeler olduklarından, bunların sona ermesi de sözleşmenin ileriye etkili olacak şekilde ortadan kaldırılmasını yani “*feshini*” gerekli kılmaktadır.³⁷⁵ Özellikle abonelik sözleşmeleri gibi dönemli edimlerin yanısıra sürekli edimler içeren sözleşmelerde edim yükümlülükleri geriye etkili olacak şekilde ortadan kalkamayacak , edimlerin geriye istenmesi dürüstlük kuralına aykırı olarsa, sözleşme ileriye etkili olarak bozulacaktır ki bu duruma “*fesih bildirimi*” denilmektedir.³⁷⁶

Elektrik perakende satış sözleşmesinin sona ermesi konusunda, perakende satış sözleşmesinin 18 inci maddesi hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, TKHK düzenlemelerine uygun olarak, abonenin tek taraflı iradesiyle bir nedene dayalı olmasa bile, abonelik sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin “*Abone, sözleşmeyi,*

³⁷⁵ ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmeleri*”, s.363, KOCA, **Abonelik**, s.86

³⁷⁶ KOCA, **Abonelik**, s.86

Şirkete yazılı olarak veya elektronik imzayla başvuruda bulunmak kaydıyla sona erdirebilir. Söz konusu başvuruda, sözleşmenin sona erdirilmek istendiği tarihe yer verilir. Bu tarihin olmadığı ya da tarih verilen başvurularda Şirket başvuruyu en geç üç iş günü içerisinde sonuçlandırır.” hükmüne yer verilmiştir. Buradan hareketle, elektrik perakende satış sözleşmeleri için “*olağan fesih*” yönteminin benimsendiği anlaşılmaktadır.

Olağan fesihte, ifasına devam edilen ancak ifa süresi belirsiz sürekli bir borç ilişkisinde taraflardan biri, tek taraflı ve yöneltilmesi gerekli bir irade beyanıyla herhangi bir sebebe dayanmadan sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmektedir.³⁷⁷ Uygulamada abonelik sözleşmeleri ile ilgili yaşanan en büyük sıkıntılar, sözleşme koşulları içerisinde otomatik uzatma sürelerinin bulunması ve sözleşme süresinin çok uzun olmasıdır. Tüketicilere hiçbir sebep gösterilmeksizin sözleşmeyi feshetme imkanının getirilmesinin amacı, tüketiciyi uzun süreli sözleşmelere karşı korumaktır.³⁷⁸ Fesih bildirimine rağmen, hizmet tedarikinin sürdürülmesi durumunda, oluşacak enerji giderine ilgili perakende satış şirketi katlanacaktır.

Aynı maddenin fıkralarında düzenlenmiş olan diğer sona erme halleri ise; *abonenin iflasına karar verilmesi veya tasfiye memurlarının atanması, abonenin ikili anlaşma imzalaması dahil serbest tüketici olmaktan kaynaklanan tedarikçi seçme hakkını kullanması, beyan edilen bilgilerin doğruluğuna ilişkin olarak, üçüncü bir şahıs tarafından Şirkete şikayette bulunulması, aboneye sözleşmenin yapıldığı*

³⁷⁷ AÇIKGÖZ, s.523

³⁷⁸ ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmeleri*”, s.360

tarihteki beyanını kanıtlayıcı belgeleri sunmasını istenmesine rağmen sunamaması, abonenin güncel borçlarını ödememesi veya Şirket tarafından belirlenen takvim dahilinde ödemeyi taahhüt etmemesi halinde yazılı ihtarla rağmen borçların ödenmemesi, taraflardan birinin sözleşme hükümlerini ihlal etmesi durumunda ihtarla rağmen ihlallerin ortadan kalkmaması, abonelik tesis edilen kullanım yeri için farklı bir kişi tarafından yeni bir abonelik başvurusu yapılması halinde, yeni başvuru sahibinin kullanım hakkına sahip olduğunu belgelemesi halinde abonelik sözleşmesinin feshedileceği düzenlenmiştir.

Olağanüstü (haklı) sebeple fesih hallerinin³⁷⁹ düzenlendiği bu haller için, feshin şekli açıkça düzenlenmemiş olsa da, tüketicinin fesih bildirimini kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı/sağlayıcıya yöneltmiş olmasının yeterli olacağı, feshin tüketiciler aleyhine zorlaştırılamayacağı görüşü benimsenmektedir.³⁸⁰

Abonelik sözleşmesinin feshi halinde 11 inci fıkra gereğince “sözleşmenin feshi ya da sona ermesi halinde Şirket muaccel borçlarını sona erme ya da fesih tarihinde güncellenmiş güvence bedelinden tahsil ederek varsa kalan miktarı, abonenin ilk talebinde ödemek veya yenilenmek üzere hazır bulundurur. Güvence bedelinden kalan miktar olmaması halinde alacağının tahsili amacıyla yasal yollara başvuru hakkı saklıdır.” şirketin alacaklarına kolaylıkla kavuşması için bir yol

³⁷⁹ “Olağanüstü sebeple fesih, haklı bir sebebin veya özel bir ifa engelinin varlığı halinde belirli süreli ve ya belirsiz süreli bir sözleşme ilişkisini süresinden önce sona erdiren bir haktır...” ÖKTEM ÇEVİK, “**Abonelik Sözleşmesi**”, s.361, SEROZAN, **Dönme**, s.116, KOCA, **Abonelik**, s.94

³⁸⁰ ÖKTEM ÇEVİK, s.362, ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.32

benimsendiği anlaşılmaktadır. Şirket alacaklarının güvence bedeli ile korunmuş olmasına rağmen, tüketicilere hizmet ifasında bir açık güvence sunulmamış olmasının taraf menfaatleri arasında bir dengesizliğe neden olduğu değerlendirilmektedir. ABSY hükmüne göre, söz konusu güvence bedelinin, güncel tutarlarının kesinti yapmaksızın iade edilmesi gerekmektedir.³⁸¹

C. Sorumsuzluk ve Muafiyet Kayıtları

Sözleşmeye konulacak sorumsuzluk ya da muafiyet kayıtlarıyla taraflar arası denge durumunun gözetilmesi gerekmektedir. Bir taraf lehine konulacak muafiyet kaydının diğer taraf lehine konulacak başka bir kayıtla dengelenmesi zorunludur.

Elektrik perakende satış sözleşmesinin “*Sözleşme Giderleri*” başlıklı 20 nci maddesinin “*Sözleşme’nin imzalanmasından ve uygulanmasından doğan her türlü vergi (damga vergisi dâhil), resim, harç ve diğer yasal giderler abone tarafından karşılanır.*” hükmü gereğince, tüm mali giderlere katlanma zorunluluğunun tüketiciye yükletilmiş olması, “*içerik denetimine*” takılabilir. Başta damga vergisi olmak üzere, tüm mali giderlere tarafların eşit şekilde katlanması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Zira 488 sayılı Damga Vergisi Kanun’unun 3 üncü maddesinin “*damga vergisinin mükellefi kağıtları imza edenlerdir.*” hükmü gereğince de, özellikle damga vergisi için her iki sözleşme tarafının da sözleşmeden kaynaklı mükellefiyeti bulunmaktadır.

Bu düzenleme dışında, 11 inci maddenin (3) nolu fıkrasında yer alan “*Sözleşme kapsamında ve/veya ilgili mevzuatta öngörülen usul ve esaslara uygun*

³⁸¹ ÖKTEM ÇEVİK, “*Abonelik Sözleşmeleri*”, s.364

olarak abonenin elektriğinin kesilmesi halinde abone, uğradığı zarar nedeniyle *Şirketten herhangi bir hak, alacak veya tazminat talebinde bulunamaz.*” hükmü, tüketici aleyhine bir haksız şart olarak değerlendirilebilir. Her ne kadar, mevzuatta yer alan hususlara dayanılarak elektrik kesmenin gerçekleştirildiği durumlar için bu usul öngörülmüşse de, böyle durumlarda zaten yargılama makamları tarafından tazminat talebinin reddine karar verilmesi söz konusu olacaktır. Bu karar henüz verilmeden tüketicinin tazminat talep etme hakkının engellenmesinin Anayasanın 36 ncı maddesine aykırı olabileceği düşünülmektedir.

D. Tarife ve Sözleşme Değişikliği Kayıtları

Elektrik perakende satış sözleşmesinin 10 uncu maddesi *“abonenin , abone grubu ve güç değişikliği ile tek ya da çok zamanlı tarifeye geçme talepleri hakkında ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem yapılır....”*hükmünü haiz olup, sözleşme değişikliğinin dar ve kısıtlı bir alana özgülendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, sözleşmenin herhangi bir hükmünde değişikliğin nasıl gerçekleştirileceği sözleşmeden anlaşılmamakla birlikte, bu sözleşmenin kendisinin bir idari işlem ve Kurul Kararı olduğu göz önüne alındığında, değişiklikler de bu kapsamda alınacak başka bir idari kararla yürürlüğe girecektir.

Tarife değişiklikleri tüketicinin ödeyeceği elektrik faturası bedelini etkilediğinden, önemli bir tüketici hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle mesken tarifeleri içinde, tek ve üç zamanlı tarife seçenekleri mevcuttur. Birim fiyatlar, saat aralığındaki elektrik talebine göre yükselir ya da düşer.³⁸² Tüketicinin daha ucuza elektrik tüketiminin sağlanması için kurulmuş olan bu sistem ile tarife

³⁸² Erişim; <http://gazelektrik.com/faydali-bilgiler/tarife-degisikligi>, 23.04.2016

değişiklikleri sayesinde ekonomik avantaj oluşturulmaya çalışılmaktadır. Tüketicinin böyle bir talebi bulunması durumunda, perakende satış şirketine başvuru yapması gerekmektedir. Tarife sınıfı değişikliği bir takvim yılı içinde üç defadan fazla yapılamayacaktır.

Her ne kadar perakende satış sözleşmesi içeriğinde yer almasa da, Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik düzenlemesinin ekinde yer alan sınırlayıcı nitelikte olmayan haksız şartlar listesinin; *“Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden bir olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar”*, hükmüne göre davranmak gerekir. Buna göre, örneğin bir tarife değişikliği talebi olmaksızın hizmet sağlayıcı şirketin tek başına böyle bir değişiklik kararı alması mümkün bulunmamaktadır. Değişiklikler konusunda sözleşme taraflarının mutabık kalması gerekmektedir.

Sözleşmenin değişmesine ilişkin bir başka düzenleme ise faturanın gönderileceği adresin değişmesidir. Buna göre sözleşme taraflarının bir diğerine faturalama için adres değişikliğini bildirmesi gerekir. Bu konuda elektrik perakende satış sözleşmesinin *“bildirim adresi”* başlıklı 21 inci maddesinin *“(4) Abonenin işbu sözleşme kapsamındaki bildirim adresinde bir değişiklik olması durumunda, adres değişikliği, adres değişikliği gerçekleşmeden en az üç iş günü öncesinde Şirkete yazılı olarak bildirilir. Şirketin adresinin değişmesi halinde ise bu durum değişikliği takip eden ilk ödeme bildiriminde belirtilir ve internet sitesinde derhal ilan edilir.”* hükmü bulunmaktadır. Buna göre sözleşmenin her iki tarafı için de karşılıklı adres değişikliği bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu düzenleme ile sözleşme taraflarının adres bildirim yükümlülüğünün farklı işletildiği, sürelerin farklı

belirlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yerine her iki tarafın adres değişikliği bildirim sũrelerinin birbiriyle uyumlu dũzenlenmesi daha doğru olabilir. Adres değişikliğinin sũresinde belirtilmemesinin yaptırım olarak ise maddenin 6 ncı fıkrasında “(6)Adres değişikliğinin bu madde hũkũmlerine gũre karşı tarafa bildirilmemesi ya da kamuoyuna ilan edilmemesi halinde ilgili tarafın en son bildirdiği ya da ilan ettiği adrese yapılan bildirim geğerlidir.” belirlenmiştir. Adres değişikliği konusunda bu şekilde kendine ait tarzda bir yaptırım belirlenmiş olduğu için, içerik denetimine ilişkin dũzenlemelerin ayrıca uygulanmasına gerek kalmayabilir.

SONUÇ

Her özgürlük alanı gibi, sözleşme özgürlüğü de sınırsız ve keyfi bir alan olmayıp birtakım kamu ve özel hukuk kurallarıyla kısıtlamalara tabi tutulmaktadır. Bu kısıtlamaların nihai amacı ise sözleşme adaleti sağlanarak taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesidir. Bu yeni anlayış özel hukuku; taraflar arasında önceden müzakere edilmeyen, tek taraflı olarak düzenlenerek karşı tarafa sunulan ve benzer sözleşmelerde kullanılmak için hazır tutulan genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşmasıyla etkilemektedir.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmeler idari ve özellikle yargısal denetim mekanizmaları çalıştırılarak sözleşme adaletine uygun olacak şekilde hazırlanabilmektedir. Bu yargısal denetim yöntemleri; yürürlük, yorum ve içerik denetimi başlıklarıyla ele alınmakta ve herbiri ayrı özellikleri ifade edecek şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ilk kez düzenlenmektedir. Kanunun 20 nci maddesi genel işlem koşullarının tanım ve özelliklerini belirlemekte, 21-22 nci maddeler genel işlem koşullarının denetim yöntemlerinden olan yürürlük denetimini ele almaktadır. Bağlayıcılık denetimi de denilen bu yöntem ile şeklen sözleşme içeriğinde yer alsalar da genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olup olmadığı irdelenmektedir. Ancak alışılmamış, şaşırtıcı ve sözleşme niteliğine uygun düşmeyecek kayıtlar bilgilendirme sağlanmış olsa bile yazılmamış sayılarak sözleşme içeriğine dahil olamayacaktır. Yazılmamış sayılma yokluk, kesin hükümsüzlük, kendine özgü geçersizlik gibi farklı yaptırım türlerine benzerliği bulunsa da, kesin hükümsüzlük yönü ağır basan bir yaptırım türü olarak görülmektedir.

“Yorum denetimiyle” 23 üncü maddede, anlaşılmayan ve birden çok anlama gelen koşulların düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine ele alınacağı belirlenmiştir. Bu düzenleme genel olarak “dürüstlük ilkesinden” ve Roma hukukundan gelen “in dubio stipulatorem” ile “venire contra factum proprium” (sözleşme şüphe halinde düzenleyenin aleyhine yorumlanır/önceki davranış ile çelişkili davranma yasağı) ilkelerine dayanmaktadır. Yorum denetimi yapılırken, makul, dürüst, orta zekalı bir muhatabın sahip olabileceği bilgiler esas alınarak bir denetim gerçekleştirilmelidir.

Üçüncü bir denetim yöntemi olan “içerik denetimi” ise, genel işlem koşullarının denetiminde oldukça önemli ve etkili bir yere sahiptir. İçerik denetimi “dürüstlük ilkesi” nin genel işlem koşullarına özel bir uygulamasıdır. Bozulan taraf dengesine yeniden ulaşarak sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla hakimin sözleşme içeriğine müdahale etmesi amaçlanmaktadır. İçerik denetimi dürüstlük ilkesine dayandırılmadan öncesinde, doktrin ve mahkemeler tarafından kanuna, kamu düzenine, ahlaka aykırılık, gabin (aşırı yararlanma) gibi temel hukuk ilke ve düzenlemelerine dayanılarak uygulanmaya çalışılıyordu. TBK 25 inci maddesi ise bu uygulamaları dürüstlük kuralını tercih ederek pozitif hukuka taşımıştır. İçerik denetimine ilişkin 25 inci madde düzenlemesine; “karşılıklı hak ve borçlar karşılaştırıldığında önemli derecede ağırlaştırıcı nitelikte” ibaresi, içerik denetiminin yaptırımını olarak açık bir biçimde “kesin hükümsüzlük” ibaresi, hakime yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı şekilde olmamak üzere hem “AB Direktifi ekinde hem de Alman Medeni Kanununda yer alan bazı koşulların listesi” eklenerek bazı eksikliklerin önüne geçilmiş olabilirdi.

Değiştirme yasağı hakkında TBK m.24’de içerik denetiminin somut bir uygulaması olarak görüldüğünden, içerik denetimi maddesiyle birlikte de kalem alınabilirdi. Benzer bir düzenleme TKHK’un “*Taksitle Satış*” maddesinde, sözleşmede tüketici aleyhine tek taraflı değişiklik yapılamayacağı belirtilerek yer almaktadır.

Genel işlem koşullarına ilişkin farklı hukuk sistemlerinde de benzer yaklaşımların ve çalışmaların olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda ilk olarak Alman Hukukunda özel bir yasa ile detaylı gelişmeler yaşanırken bu özel yasa daha sonra Alman Medeni Kanununa taşınmış, birçok hukuk sistemi için de kaynaklık etmiştir. İngiliz hukukunda da benzer şekilde bir özel yasa ile sözleşmelerde yer alan bazı kayıtların makul olup olmadıklarıyla ilgili listeler hazırlanmışsa da daha sonra bu yasa AB Topluluk hukukunun bir parçası olan Haksız Şartlara İlişkin 93/13 Nolu Direktifin iç hukuka aktarılmasıyla değiştirilmiştir. İsviçre Hukukunda ise konu farklı bir boyutta ele alınarak Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanununda düzenlenmiş ve bir pazar davranışı olarak ele alınmıştır. Avrupa Birliği düzenlemelerinde ise genel işlem koşullarına ilişkin önemli çalışmalar yapılmıştır. Bunlardan önemli bir tanesi tüketici hukukunu ilgilendirecek şekilde, sözleşmelerde “*haksız şart*” olabilecek bazı kayıtların sayılarak bertaraf edilmesine yönelik hazırlanan 93/13 sayılı *Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Direktif*’ olmuştur. Bu Direktif doğrudan genel işlem koşullarına ilişkin bir düzenleme olmasa da, benzeri bir kavram olan, taraflar arasında müzakere edilmeden dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde tüketici menfaatlerinde önemli bir oransızlık yaratan “*haksız şartlarla*” ilgilidir. Bu şartların denetimi ve bazı örneklemelerle sayılması, genel işlem koşulları bakımından da öncül olmuştur. Bu ilk çalışma dışında, Avrupa

Birliği'nde bugün gelinen noktada yapılan özel hukukun birleştirilmesi ve yeknesaklaştırılması çalışmaları kapsamında, genel işlem koşullarına ilişkin başta denetim konuları olmak üzere önemli düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Genel işlem koşulları Türk hukukunda TBK ile ele alınmadan önce, birçok yargı kararında genel hükümlere dayanılarak denetlenebiliyor, sözleşme adaletini tesis edecek şekilde bazı koşulların hükümsüzlüğü kabul edilebiliyordu. Bu süreçlerde, ilk defa 2003 yılında konu pozitif hukuka da tüketicinin korunması maksadıyla yansıyarak, mülga TKHK'da "*haksız şart*" (md.6) düzenlemesiyle yansımıştır. AB 93/13 nolu Direktifinin Türk hukukuna aktarılması çalışması olan bu düzenlemeyle, tüketicisi aleyhine menfaatler arasında önemli bir oransızlığa sebep olacak dürüstlük kuralına aykırı, görüşülmeden kabul edilen şartların hükümsüz sayılarak, tüketicisi lehine önemli bir koruma sağlanmıştır. Bu madde için hazırlanan Yönetmelik ile de haksız şart listeleri mutlak ve nisbi olmak üzere ayrışarak yayınlanmıştır. Daha sonra 6502 sayılı TKHK'da da haksız şart düzenlemesi yenilenerek yer almış, benzer şekilde ikinci düzenleme de yeniden ele alınmıştır. Bu çalışmaların hepsi, genel işlem koşullarına ilişkin TBK m 20-25 düzenlemelerinin öncülleri olmuş, yeni düzenlemeler öncesinde bilhassa tüketicileri koruyacak şekilde kullanılarak yargı kararlarına yön verici olmuştur.

TBK düzenlemeleri, sadece tüketicilere değil tüm sözleşmelere uygulanabilir bir içerikle ele alınmıştır. Ayrıca bunların, tüm haksız şartlar bakımından değil de "*birden fazla kullanım kriteri*" ile daha sınırlı sayıda koşullar için uygulanabileceği anlaşılmaktadır. İçerik denetimi dışında, yürürlük ve yorum denetimleri ise TBK'nın denetim perspektifini daha geniş açıdan ele aldığını göstermektedir.

Genel işlem koşullarının en çok karşılaşıldığı alanlardan biri de enerji piyasalarında kullanılan sözleşmelerden olan “*abonelik sözleşmeleri*”nde olmaktadır. Bu sözleşmeler enerji tedarik etmek isteyen her kullanıcının imzalamak zorunda olduğu sözleşmeler olup muhatabı hizmet sağlayıcısı konumundaki elektrik ve doğal gaz şirketleridir. Günümüzde durum böyle olmakla birlikte, Ülkemiz tarihi bakımından yakın geçmişe kadar bu hizmetler ya doğrudan kamu idareleri ya da kamu tarafından yönetilen şirketlerden olan kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülmekteydi. Hem elektrik hem de doğal gaz piyasalarında liberalleşme ve bugün faaliyet sürdüren hizmet sağlayıcısı özel şirketler bulunmamaktaydı. Oysa yaşam için vazgeçilmez olan elektrik ve gün geçtikçe doğal gaz hizmeti kamu hizmeti faaliyetleri arasında sayılmakta olup bunların sürekli, yeterli, ekonomik ve kaliteli tedariki bir zorunluluktur. Bu zorunluluğun karşılanabilmesi için, Ülkemizin AB’ye uyum çalışmaları kapsamında takip ettiği politikalar ile enerji piyasalarının serbestleşmesi, liberalleşmesi ve bağımsız bir otorite tarafından regüle edilmesi ilkeleri temel olarak benimsenmiştir. Bu ilkelerin hayata geçirilmesi önemli evrelerden geçilerek mümkün olabilmektedir. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun kurulması ve piyasa düzenleyici Kanunlar olan elektrik ve doğal gaz piyasa kanunlarının yürürlüğe girmesiyle, piyasada faaliyet göstermek isteyen şirketlerin yani oyuncuların, konulan belirli kurallar ile hem yönlendirildiği hem de gerektiğinde denetlendiği bir alan oluşturulmuştur.

Bu alanda faaliyet yürüten şirketlerin sayısının her geçen gün artmasıyla birlikte, hukuki ilişkilerin ve bilhassa sözleşmelerin de hacmi artmakta, kapsamı genişlemektedir. Bu sözleşmelerin bir türü ise “*abonelik sözleşmeleri*” olmaktadır. Elektrik ve doğal gaz tedarik etmek isteyen her kullanıcının fiilen kullanımını

başlatabilmesi için elektrik perakende satış şirketi/doğal gaz dağıtım şirketi ile belirli bir bedel karşılığında, abonelik sözleşmesi yapması gerekmektedir. Elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmeleri, elektrik ve doğal gaz piyasalarına ilişkin özel mevzuat hükümlerine, TKHK'un abonelik sözleşmelerini düzenleyen 52 nci maddesine ve bu maddeye dayanılarak GTB tarafından hazırlanan Yönetmeliklere uygun olarak hazırlanmaktadır. Abonelik sözleşmeleri, TKHK'da ilk defa tanımına yer verilmiş, dolayısıyla tüketici sözleşmesi kapsamında bulunan, ayrıca isimsiz sözleşme olarak değerlendirilen, tüketici hukuku dahilinde ele alınan özel hukuk sözleşmeleridir. Abonelik sözleşmelerinde satım, hizmet, kira ve taşıma gibi farklı sözleşme tiplerinin unsurları birada bulunduğundan *“karma sözleşme”* niteliği bulunmaktadır. Elektrik ve doğal gaz piyasası abonelik sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olup tarafların karşılıklı edimlerinin değişimi söz konusudur. Kullanıcı elektrik /doğal gaz tedariki sağlamakta, buna mukabil görevli tedarik şirketi ya da dağıtım şirketi bedel talep edebilmektedir. Sürekli edimli borç ilişkisi doğuran bu sözleşmelerde, tarafların edim yükümlülükleri borç ilişkisi devam ettiği müddetçe korunmaktadır. Elektrik piyasasında dağıtım hizmeti ile perakende satış hizmetinin ayrıştırılmasıyla, dağıtım şirketleri ve perakende satış şirketleri ayrı tüzel kişilikler kazanmışlardır. Elektrik tedarik etmek isteyen kullanıcılar ise perakende satış şirketleriyle muhatap olmak ve bu şirketlerle adına *“elektrik perakende satış sözleşmesi”* denilen aslında bir abonelik sözleşmesi olan sözleşmeyi imzalamak zorundadırlar. Bu sözleşme EPDK tarafından içeriği belirlenmiş ve onaylanmış olup 5716-1 sayılı Kurul Kararı olarak yürürlüğe girmiş standart bir sözleşmedir. Doğal gaz piyasasında ise doğal gaz dağıtım şirketleri aynı zamanda perakende satış hizmetini de gerçekleştirdiklerinden ve bir tüzel kişilik ayrıştırması söz konusu

olmadığından, bu piyasada bir perakende satış sözleşmesi değil bir kullanım sözleşmesi yani abonelik sözleşmesi kullanılmaktadır. Bu piyasada EPDK tarafından onaylanmış standart bir sözleşme bulunmasa da, çoğu dağıtım şirketi tarafından benzer şekilde kullanılan genel işlem koşulları içeren sözleşmeler mevcuttur. Elektrik ve doğal gaz piyasalarında bu şekilde standart ve genel işlem koşulları taşıyan sözleşmeler kullanılmaktaysa da, aslında bu sözleşmeler rızai sözleşmelerdir. Zira sözleşmelerin içerikleri serbestçe belirlenememekteyse de, taraflar sözleşmeleri yapıp yapmama konusunda serbest iradelerini kullanmaktadır. Bu sözleşmelerin tarafları, kullanıcılar yani elektrik ve doğal gaz piyasasının abone tüketicileri ile elektrik perakende satış şirketleriyle doğal gaz dağıtım şirketleri olmaktadır. Elektrik ve doğal gaz piyasalarında kullanılan tüketici tanımı; abone tüketici ve serbest tüketici olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu piyasaların tüketici tanımı, genel tüketici hukukunda kullanılan tanım ile doğrudan örtüşmemekte ve uyum taşımamaktadır. Bu durum düzenlenen alanların tam olarak örtüşmemesi, kapsam farklılıkları ve mevzuatın amaç farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Abonelik sözleşmelerinde hizmet sağlayıcı şirketin asli edim yükümlülüğü elektrik/doğal gazı sürekli, düzenli, ekonomik ve kaliteli olarak sunmakken kullanıcının asli edim yükümlülüğü aldığı hizmetin karşılığı olan bedeli ödemektir. Sözleşmede tarafların yan edim yükümlülükleri ise hizmet sağlayıcı şirket bakımından; kullanıcıyı abonelik sözleşmesi hakkında aydınlatarak gerekli bilgileri verme, sözleşmenin bir nüshasının onda kalmasını sağlama, kullanıcının mahrem sayılacak bilgilerini üçüncü kişilerle paylaşmamak yani gizliliği sağlama, enerjiyi teknik ve ticari kaliteyle sunarak kullanıcının ayıba karşı korunmasını sağlamak, sayaç okuma, fatura düzenleme, fatura ödeme merkezi, müşteri hizmetleri servisi ve acil müdahale

ekipleri kurarak hizmetin kalitesini ve sürekliliği sağlamak şeklindedir. Buna mukabil kullanıcının yan edim yükümlülükleri ise; şirketin başta sayaç olmak üzere tüm diğer araç ve ekipmanlarına ulaşmak için izin verme ve bu araçları özenli kullanma, ödeme emrini yani faturayı zamanında belirtilen yerlere ödeme ve abonelik sözleşmesinde yer alan hak ve yükümlülükleri şirketin yazılı onayını almadan üçüncü kişilere devir, rehin ve temlik edememe yükümlüğü olarak sıralanabilir.

Enerji abonelik sözleşmelerinin içerikleri genel işlem koşulları taşısa hatta standart sözleşme olarak bir idari organ tarafından belirlense de, bu sözleşmeler de TBK'da ve TKHK'da belirlenen düzenlemelere uygun olmak zorundadır. Yürürlük ve yorum denetimlerinden geçtiği kabul edilen bir enerji abonelik sözleşmesinde tarafların menfaat dengesinin gözetilmesi demek olan içerik denetimi etkili sonuçlar doğurabilir. Tüketici mahkemeleri önlerine gelen bir elektrik perakende satış sözleşmesini veya doğal gaz abonelik sözleşmesini özellikle; ödeme emri bildirimi içeriğine ilişkin şartlar, sözleşmenin sona ermesine ilişkin şartlar, sorumsuzluk ve muafiyet kayıtları ve tarife ve sözleşme değişikliği kayıtları bakımından inceleyerek içerik denetimine tabi tutabilirler. Bu denetim sonucunda ise bazı koşulların geçersizliğine karar verilmesi mümkün olabilir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ Osman, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, Yayın No.334
- AKÇAAL Mehmet, **“Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”**, GÜHFD, C.VIII, Y. 2014, S.1, s.49-69
- AKİPEK Şebnem, **Ses Çözümleri ve Makaleler, “Tüketici Hukuku Açıklamaları” 2.** Tüketici Hukuku Sempozyumu, , Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s.53-62 **(Tüketici)**
- , **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999 **(Kredi)**
- AKSOY DURSUN Sanem, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008
- AKYOL Şener, **“Venire Contra Factum Proprium”**, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.77-79
- , **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010
- ALTAN Alparslan, **“Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması”**, ABD, Y.2004, S.3, s. 61-88
- ALTAŞ Hüseyin, **“Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri”**, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Ankara, 2009, s.158
- , **“Evrensel Hizmet I”**,
erişim; <http://huseyinaltas.net/wp-content/uploads/2014/04/Evrensel-Hizmet-I-Telekom-Dünyası-Mayıs-2005.pdf>, 14.08.2015
- , **Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları**,
erişim; <http://huseyinaltas.net/dersler/telekomunikasyon-hukuku>, 21.09.2015
- ALTOP Atilla, **“Genel İşlem Koşulları”**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.27-44 **(GİK)**
- , **“Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”**, Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s.254-260 **(Düzenleme)**
- ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2013
- ARAL Fahrettin/AYRANCI HASAN, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015
- ARAT Ayşe, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, 2006

ARDIYOK Şahin, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002

ARIKAN Mustafa, **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”**, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, 2011, İstanbul, s.69-74

ASLAN İ. Yılmaz / ALTINAY Galip / ILICAK Ali / ÖNAL Emre / KATIRCIOĞLU Erol / ARDIYOK Şahin / GÜLTEKİN Banu / AKÇAOĞLU Can, **Enerji Hukuku Cilt I/Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2007**

ATAMER Yeşim, **“Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları”** İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001, s.11, ANTALYA, s. 300 (**Kredi sözleşmeleri**)

..... , **“Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri”**, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Semineri, Makaleler, Tebliğler, İstanbul, 2013, s.103-135 (**Bireysel Pazarlık**)

..... , **“Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”**, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. Mayıs 2000, s.15 (**Teklifler**)

..... , **“Yeni Türk Borçlar Kanununu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m.6 ve TTK m.55/1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu. 467, Ankara, 2012 (**GİŞ Sempozyumu**)

..... , **“Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”**, Prof.Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.291-331

..... , **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2. Baskı, 2001 (**Denetim**)
ATEŞ Derya, **“Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”**, TBB Dergisi, S. 72, 2007, s.75-93

AYDOĞDU Murat, **“6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2013, s.1-62 (**TKHK**)

..... , **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara,2014 (**GİK Denetimi**)

AYOĞLU Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011

AYRANCI Hasan, **“Sözleşme Kurma Zorunluluğu”**, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s. 229-252
(Sözleşme)

....., **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 (Enerji)

BAHTİYAR Mehmet, **“Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”**,
Makaleler I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.76-104 (Makaleler)

BARLAS Nami, **“Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”**, Prof.
Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.811-812

....., **“Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman
Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”**, İHFM, C:LV-S. 3 (1997),
s.191-208

BASEDOW Jürgen, çeviren Arzu OĞUZ, **“Avrupa Özel Hukukun Doğuşu”**, AÜHFD,
C.52, Sa.3, 2003, s. 1-18 (Çeviri)

BAŞ Ece, **“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları Kavramı ve İçerik
Denetimi”**, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013,
s.276-306

BAŞALP Nilgün, **“Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla
Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri
Hakkında Bazı Değerlendirmeler”**, Prof. Dr. Şenel AKYOL’a Armağan, Filiz
Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 221-238 (İçerik Denetimi)

....., **Sorumluluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayıncılık, I. Baskı, İstanbul
(Sorumluluk)

BAŞPINAR Veysel, **“Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”**, ABD, Y.1999,
S.1, s. 17-34 (Kelepçeleme)

BAYSAL Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009

BİGAT Şevket Güney & LOKMANOĞLU Ensar, **“Genel İşlem Şartları Açısından
Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”**,
İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.6, 2009, s.3147-3157

BOSTANCI Şebnem, **“Genel İşlem Şartları”**,
erişim; <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, 17.03.2015

BURCUOĞLU Haluk, **“Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler”**, Seminer, İzmir Barosu
Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Yıl 77, sayı 2, Mayıs, 2012, s. 34-35

BÜYÜKSAGİS Erdem **“İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle
Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro’nun Düşündürdükleri”**, s.675-711

CAMCI Sinem, **Genel İşlem Koşulları**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014

CAN Mustafa Erdem, **Hukuki Açidan Elektrik Piyasasında Rekabet**, Turhan Kitabevi,
Ankara, 2006

- ÇAKMAK Zeynep, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011
- ÇELİKBAŞ Nil Merve, **“Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”**, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, S.1, Y.2011, s. 130
- ÇINAR Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim İstanbul, 2009
- ÇOŞTAN Hülya, **“Sözleşme Yapma Zorunluluğu Bağlamında Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesi”**, EÜHFD, C.XV, S.3-4 (2011) s.157-177
- DAYINLARLI Kemal, **“Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole LANDO İlkeleri”**, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.335
- DEMİR Mehmet, **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003 (Tüketici)
- , **“2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”**, TBB Dergisi, S.76, 2008, s.217-230 (Tasarı)
- DEMİR Mehmet, **“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’unun Tüketim Sözleşmeleri İle İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri”**, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Ankara, 2006, s.416 (Çözüm Önerileri)
- DEMİR Şamil **“Türk Borçlar Kanununun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”**, ABD,2012/4, s.211
- DEUTSCH Erwin, çeviren Ayşe HAVUTÇU, **“Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması-Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun”**, Prof. Şükrü POSTACIOĞLU’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No.8, İzmir, 1997, s.259-269
- DİLBER Avni, **Bağımsız İdari Otoritelerin Kurulmasının Tüketicinin Ekonomik Çıkarlarına Etkileri ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Örneği**, Sanayi Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004
- DİZDAR Ali Murat, **“Genel İşlem Şartları”**, Bankacılar Dergisi, Mart 2010, Sayı 72, s.85-93
- DOĞAN Beşir Fatih, **“Elektrik Piyasasında TRT Payı Ödenmesi Konusundaki Hukuki Gelişmeler”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2013, s.35-60
- DOĞAN Gül, **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”**, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.459-473

DÖĞERLİOĞLU İŞIKSUNGUR Özlem, **Avrupa Birliği Enerji Piyasalarında Tüketicie İlişkin Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Türk Enerji Mevzuatına Yansımaları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2010 (**Avrupa Birliği Enerji Piyasalarında Tüketicie**)

ERDAŞ Dilek CİVAK, **“Elektrik Piyasası Tüketicie Hizmetleri Yönetmeliği İle Getirilen Yenilikler”**, Enerji Hukuku Dergisi, Yıl 3, S..2014/1, s.153

EREN Fikret, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2016 (**Genel Hükümler**)

....., **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2016 (**Özel Hükümler**)

ERGÜN Çağdaş Evrim, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010

ERİŞGİN Nuri, **“Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu”**, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, derleyen Prof. Dr. Çiğdem KIRCA, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.70

FIRAT ŞİMŞEK Ayşe, **Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Programı, İzmir, 2011

GÖNEN Yakup, **Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

GÖRGEÇ Başak, **“Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”**, MÜHF-HAD, C.19, S.1, s.432 (**Genel İşlem Koşulları**)

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref / TAN Turgut, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2011

GÜNGÖR Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000

GÜRZUMAR Osman Berat, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

GÜVEN Kudret Ertaş, **“Elektrik ve Gazın Eşya Olma Niteliği”**, Ankara Barosu Dergisi, 1984/2, s.228

HATEMİ/GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011

HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992

- HAVUTÇU Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003
- İŞIKTAÇ Yasemin, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008
- İNAL H. Tamer, **“Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar”**, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S. 89, Ocak 2014, s.47
- İNAN Ali Naim / YÜCEL Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014
- İNCEOĞLU Mehmet Murat, **“Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”**, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.391-429
- İŞGÜZAR Hasan, **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003
- İŞGÜZAR Nefise Hürriyet, **(Tüketici Hakları Açısından) Telekomünikasyon Abonelik Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013
- KAPLAN İbrahim, **“Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”**, BATİDER, Y.1991, C.XVI, S.2, s.5189 (*Banka*)
- , **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, 2. Baskı (*Müdahale*)
- KARADAĞ Özgür, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
- KARAGÖZ Veli, **“Tıp İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”**, AÜEHFD, C.VIII, S.1-2 (2004), s.593-606
- KARAKILIÇ Hasan, **Hukuki Açıdan Elektrik Piyasası Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006
- KARTAL Doğan, **Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008
- KAŞAK Esra, **“Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S. 1 Y.2012, s.415-429
- KENT Bülent, **Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012
- KEPKEP Burak, **Doğal Gaz Dağıtım İhalelerinin 10. Yılında Doğal Gaz Tedarik Sözleşmeleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013
- KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016

- KIR Atıf, **Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013
- KIRKBEŞOĞLU Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011
- KOCA Güneş, **Mukayeseli Açidan Telekomünikasyon Hukukunda Tüketicinin Korunması**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005,s.34 (Tüketici)
-, **(Tüketicinin Korunması Açısından) Abonelik Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004 (Abonelik)
- KOCAMAN Arif, **“Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem şartlarının Hukuki Açidan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”**, Ünal TEKİNALP’e Armağan, C.I, İstanbul, 2003, s.1085-1127
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014
- KORKMAZ Yakup, **Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- KÖSTEKÇİ Yaşar / KÖSTEKÇİ Özge, **Hukuk ve Ceza Davaları Boyutlarıyla Elektrik Enerjisi Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- KUNTALP Erden /Nami BARLAS/Ahu AYANOĞLU MORALI/ Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/Mehtap İPEK/Mert YAŞAR/Sedef KOÇ, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005
- KUNTALP Erden, **“Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu. 467, Ankara (**GİŞ Sempozyum**)
- , **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s.8 (Karma Sözleşme)
- KÜÇÜKYALÇIN Arzu, **“Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”**, AÜHFD, C.53, Sa.4, 2004, s. 4, s.101-124
- MEMİŞ Yusuf, **Elektrikte Kayıp-Kaçak Bedeli Davaları Açıklamalar ve Örnek İçtihatlarla**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015
- OĞUZ Arzu, **“Sözleşmeler Hukukunda Hukukun Birleştirilmesi”**, AÜHFD, C. 49, S. 1-4, 2000, s.57 (**Birleştirilme**)
- OĞUZ Cemal, **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1993
- OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011

OKTAY Saibe, **Gezi Sözleşmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul,1997

ORAK Cem Çağatay / DURAKOĞLU S. Mustafa, “**Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları ve Elektrik Piyasasındaki Bazı Sözleşme Tiplerine Etkileri**”, Enerji Hukuku Dergisi, Y.1, S.2012/2, s.208

ORAK Cem Çağatay, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara,2006

OZANOĞLU Hasan Seçkin, “ **Yargıtay Uygulamasında TKHK’nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimli Sözleşmeler**”, ABD, S.3, Ankara, 2000, s.69 (*İsimli Sözleşmeler*)

..... , **Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı**”, AÜHFD, C.50, S.1, 2001,s.65 (*Tüketici Sözleşmeleri*)

ÖKTEM ÇEVİK Seda, **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.27 (*Mobil telefon*)

....., “**6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi**”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler-Tartışmalar, derleyen M. Murat İNCEOĞLU, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.343-368 (*Abonelik Sözleşmesi*)

ÖZ Turgut, “**Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları**”, erişim, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/98.pdf>, s. 128, 17.03.2015

ÖZBAY Çiğdem, **Aracı Kurumlar tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması**, SPK Uzmanlık Etüdü, Ankara, 1999

ÖZEL Çağlar, “**Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri**”, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s.153-168 (*Borçlar Kanunu*)

..... , “**Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği**”, BATİDER, C.XX, Sa.2, Y. 1999, s. 53-69 (*Tüketici*)

ÖZTÜRK K. Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009

ÖZUYSAL Neslihan, **Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011

REEL Yeşim, **Regülasyon Dünyada ve Türkiye’de Liman Sektörü Reform ve Regülasyonu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010

REHBINDER Manfred, çeviren Ömer TEOMAN, “**Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLII, S.1-4, İstanbul, 1977, s.641-653

REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 23. Bası, İstanbul, 2012

REİSOĞLU Seza, **“Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”**,

erişim <https://www.tbb.org.tr/tr/arastirma-ve-yayinlar/bankacilar->, s.1, 13.05.2016

SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976

SEROZAN Rona, **“Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol: İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası”**, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s.1224

SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Dönme)

SİRMEN Lale, **“Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”**,

erişim; <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Lale-S%C4%B0RMEN.pdf>, s.2466

..... , **“Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları”**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu. 467, Ankara, 2011, s.121 (**GIŞ Sempozyumu**)

..... , **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (Eşya)

SOBACI M. Zahid, **“Türk İdari Teşkilatındaki Adalar: Bağımsız İdari Otoriteler”**, AÜHFD, 2006, C.55, S.22, s.167

ŞENALP Şamil, **“Genel İşlem Şartları”**,

erişim; <http://www.senalpozer.av.tr/index.php?sayfa=makaleoku&uid=32>, 10.02.2016

TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukukunun Kaynakları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010

TEKDEMİR Yaşar, **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yamayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003, Ankara

TEKİNALP Ünal, **“Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”**, Prof.Dr. Ernst HIRSCH’e Armağan, İstanbul, 1986,s.130

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1993

TOPRAK Süleyman, **“Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”**, TBB Dergisi, 2016, S.122, s.281-314

TOPUZ Murat, **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”**, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.1166

ULAŞ KISA Seda, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu.408, Ankara, s. 24

ULUSAN İlhan, **“Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Şartları ile Tüketicinin Korunması Hukukunda Düzenlenmiş Bulunan Haksız Şartlara İlişkin Bazı Değerlendirmeler ve Özellikle İçerik Denetimi Sorunu”**, 24-25 Kasım 2011 Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, Metinler Kitabı, s.140-150 (Değerlendirmeler)

..... , **“Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”**, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, Aralık 2004 (Tüketicinin Korunması)

ULUSOY Ali, **“Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi**, AÜHFD, C.48, S.1-4, s.165-176 (Kamu Hizmeti Anlayışları)

..... , **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003 (BİO)

....., **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004 (Kamu)

US Eser, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012

UZUNALLI Sevilay, **“Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”**, İÜHFM, C.LXXI, S. 2, 2013, s.383-420

ÜÇER Mehmet, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

ÜNAL Akın, **Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Ekonomik Özgürlüğün Aşırı Derecede Sınırlanması**, Ankara, 2012

VEZİROĞLU Cem, **“ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”**, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S.5, Y.2010, s.3073-3083

YAĞCIOĞLU Ali Haydar, **“Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanununda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi”**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER’e Armağan, Cilt III, s.3057-3098

YALÇIN Onur, **Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği**, Yetkin Yayınları, Ankara

YAMAN Yücel, **Türkiye ile Texas Eyaleti (ERCOT Bölgesi) Dengeleme ve Uzlaştırma Sistemlerinin Hukuksal Açidan Karşılaştırılması**, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006

YAVUZ Mustafa, **“Kayıp-Kaçak Bedelinin Hukuki Açidan Değerlendirilmesi”**, TAAD, Yıl. 6, S.21(Nisan 2015), s.229-252 (Kayıp-kaçak)

..... , **Elektrik Piyasası Kanunun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşma-**, On İki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, 2011 (Elektrik)

- YAVUZ Nihat, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- YAYLA Ahmet, **İdarenin Doğal Gaz Piyasasını Düzenleme Faaliyeti**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013
- YELMEN Adem, **Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- YENİOCAK Umut, **“Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”**, TBB Dergisi, 2013, S. 107, s.75-96 (*Yargısal Denetim*)
- , **Seminer: Borçlar Kanununda Getirilen Yenilikler**, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S.2, Mayıs 2012,s.33 (*Seminer*)
- , **Sözleşme Hazırlama ve İnceleme Rehberi**, Seçkin Yayınevi, 2015, Ankara (*Rehber*)
- YILDIRIM Abdülkerim, **“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”**, GÜHFD, C.XVII, Y.2013, S.1-2, s.1015-1047
- YILDIRIM Mustafa Fadıl, **“Doğal Gaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve “Al ya da Öde” Kaydının Hukuki Niteliği”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2,2011, s.29-45
- YILDIRIM Zahid Emre, **Genel İşlem Şartlarının Sigorta Sözleşmeleri Yönünden Ele Alınması**, İstanbul, 2012, erişim; <http://docplayer.biz.tr/3244115-Genel-islem-sartlarinin-sigorta-sozlesmeleri-yonunden-ele-alinmasi-hazirlayan-zahid-emre-yildirim-2012-istanbul.html>, 12.11.2016
- YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul, 2012
- YILMAZ Dilşat, **“Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri”**, GÜHFD, C.XII, Y.2008, S.1-2, s.1215-1234
- ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku Cilt 1**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
- ZEVLİLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, Barış Yayınları, 2. Baskı, İzmir, 2013

WEB ADRESLERİ:

Erişim; <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1909.pdf> ,12.03.2015

Erişim; http://www3.epdk.org.tr/documents/elektrik/rapor_yayin/Elk_GelisimRaporu2014.pdf, 21.09.2015

Erişim;<http://www.oib.gov.tr/2010/dosyalar/TEDAS%20Teaser%20Türkçe%20v05-comments%20removed.pdf>, s.1, 20.09.2015

Erişim: <http://www.botas.gov.tr/>, 10.09.2015

Erişim;
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=16317
01.08.2015

Erişim, <http://www.gtb.gov.tr/haberler/bakan-canikli-abonelik-sozlesmeleri-yonetmeligi-tuketicileri-koruyan-duzenlemeler-iceriyor> , 10.10.2015

Erişim; <http://www.epdk.org.tr/TR/Duyurular>, 23.05.2016

Erişim; <http://gazelektrik.com/faydali-bilgiler/tarife-degisikligi>, 23.04.2016

Erişim;
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%25c3%25b6r%2BRaporu%2Fsektorrapor8.pdf>, 15.09.2016

ÖZET

Liberal ekonomik düzenin hukuk alanına etkisi karşımıza genel işlem koşulu içeren ya da standart sözleşmelerle çıkmakta, bireysel sözleşme modelinden kitlesel sözleşme modeline doğru yöneliş söz konusu olmaktadır. Bu model sözleşmeler, tüketiciler başta olmak üzere tüm kesimler arasında yaygınlaşmaktadır. Genel işlem koşulu içeren bu sözleşmeler rasyonalizasyon, zaman tasarrufu, uzmanlaşma gibi faydalar sağladığından, bunlara hukuki çerçeve çizmek ve özellikle denetim yöntemleri önermek önemli bir mesele haline gelmiştir. Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin denetim yöntemleri arasında daha etkili olanı yargısal denetim yöntemleridir. Bu sistem içerisinde denetim mekanizmaları ile sözleşme adaletinin sağlanması hedeflenmektedir.

Elektrik ve doğal gaz “*abonelik sözleşmeleri*” hükümlerinin genel işlem koşullarının kontrolü yönüyle ele alınması mümkündür. Elektrik ve doğal gaz abonelik sözleşmelerinin içerik denetiminde sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngören düzenlemelerin yargıçlar tarafından hükümsüzlüğüne karar verilme ihtimali karşısında, bu koşullar tez içerisinde ele alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar kavramlar: genel işlem koşulu, abonelik sözleşmesi, içerik denetimi

ABSTRACT

Affects of liberalized economic system to the scope of law is faced with general transaction terms or standart contracts in which way tendency to practising massive contract model than to the individual model. This model of contracts are becoming widespread used in all ways significantly in consumers. Because ensuring benefits like rationalization, time-saving and expertising of these general transaction terms, drawing legal framework and especially advicing auditing mechanisms has become an important issue. The more effective way of general transaction terms auditing mechanisms is judicial types. By this concern, it's aimed to gain contractual justice.

It's possible to control articles of electricity and natural gas subscription contracts in general transaction terms' issue. These terms are examined, for their possible judiciary invalidness decisions of judges in this thesis, which are significantly foreseeing unjustified liabilities for electricity and natural gas subscription contracts by content auditing way.

Key Words: general transaction term, subscription contract, content auditing