

Mesafeli Sözleşmeler

Distance Contract

*Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU**

Özet

Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir. Mesafeli sözleşmeler kurulmadan önce tüketicinin sözleşmenin niteliği ve unsurları ile ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda bilgilendirilmesi gerekir. Tüketicinin sözleşme konusu malın tesliminden itibaren 14 gün içinde herhangi bir sebep göstermeden cayma veya geri alma beyanını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Mesafeli Sözleşme, Cayma Hakkı, İnternette Satış, Elektronik Ödemeler.

Abstract

Distance contract means any contract concluded between the trader and the consumer under an organised distance sales or service-provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded. Prior to constituting distance contract the consumer should be informed about getting under the obligation of payment for the contract with its qualification and elements. The consumer may terminate contract in 14 days from the delivery of the good without any justification using their right to withdraw or restitution statement.

Keywords

Distance Contract, Right of Withdrawal, Electronic Commerce, Electronic Payments.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi,
mt@mustafatopaloglu@av.tr

A. TANIM VE KAPSAMI

Çağımızda satıcı ve sağlayıcıların tüketicilerle iletişim kurmalarını sağlayan çok değişik ve etkin yöntemler gelişmiş bulunmaktadır. Yaşanan toplumsal gelişmelerle birlikte teknolojik gelişmelerle haberleşme teknikleri ve internet kullanımının çoğalması bakımından satış teknikleri ve yöntemleri farklı şekilde yapılabilmektedir. Özellikle bilişim teknolojilerinin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni pazarlama yöntemlerine “online shopping” denilmektedir¹. Bu yöntemlerden en çok kullanılanlardan birisi de mesafeli yöntemle yapılan sözleşme şeklindedir. Satıcı ve sağlayıcıların karşı karşıya gelmemek suretiyle yapılan bu tür satışlarda Avrupa’da ve Türk Hukukunda tüketicilerin korunması gerektiği düşüncesi hasıl olmuştur. Tüm bu nedenler doğrultusunda Avrupa Birliğinde 20 Mayıs 1997 tarihinde mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması isimli direktif çıkarılmıştır.

Mesafeli satış 4077 sayılı önceki TKHK’da internet üzerinden yapılan satış olarak belirlenmiştir. 6502 sayılı TKHK’da 48. Maddesinde Mesafeli Sözleşmeler başlığı altında düzenlenmiş bulunan internet üzerinden yapılan alışverişlerde tüketicinin korunması hususu yer bulmuştur. 27.11.2014 Tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile TKHK’nin 48. Maddesinin 6. Fıkrası bir çok hususa yer vererek düzenlenmiştir. Özellikle, mesafeli sözleşmelere ilişkin uygulama usul ve esasları, kapsam dışı sözleşmeler, tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat gibi bir çok konu belirlenmiştir. 6502 sayılı TKHK madde 48 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bu konularda ayrıntılı olarak düzenlemeler yapılmıştır.² Buna göre mesafeli sözleşme, “*satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.*”

Kanunun gerekçesine bakıldığında bu tanım aynı zamanda tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının işyerini ziyaret etmesiyle beraber uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları içine alır. Tüketici sözleşme hakkında herhangi bir müzakere yapmamakta ancak mağazayı ziyaret edip bilgi toplanmaktadır. Bahsi geçen durumun tam tersi olarak satıcı veya sağlayıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

¹ M. TOPALOĞLU, *Bilişim Hukuku*, Karahan Kitapevi, Adana 2005, s. 195.

² Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği R.G.: 27 Kasım 2014 Tarih ve S: 29188 yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen "mesafeli sözleşme" kavramıyla, Borçlar Kanunu'nda yer alan "mesafeli satış" kavramları birbirinden farklıdır³. Türk Borçlar Kanununa göre mesafeli satış, satılan malın normal olarak sözleşmenin ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi halinde söz konusu olur ki, buradaki mesafe kavramı malın gönderilmesi ya da sözleşmenin ifası ile ilgilidir⁴. Tüketicinin Korunması anlamında mesafeli sözleşme ise, tüketici ile mal ya da hizmet satıcısının aynı yerde olmamasını, aralarında mesafe bulunmasını ve sözleşmenin iletişim araçları ile yapılmasını ifade etmektedir.

Avrupa Birliği Yönergesinde olduğu gibi Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 2. maddesinde bazı sözleşmeler mesafeli sözleşme kavramı dışında tutulmuştur⁵. Aşağıdaki konularda yapılan sözleşmeler mesafeli sözleşme sayılmaz. Bunlar:

- a) Finansal hizmetler,
- b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar,
- c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı,
- ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler,
- d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı,
- e) Konut kiralama,
- f) Paket turlar,
- g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi,
- ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi,
- h) Tüketici Mevzuatının bazı hükümlerinin uygulanması koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri,
- ı) Malların montaj, bakım ve onarımı,
- i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler.

³ A. ZEVKLİLER/ M. AYDOĞDU, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 267; TOPALOĞLU, s. 197.

⁴ Mesafeli veya gönderme satımı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ö. YENİCE, *Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Konvansiyonu Hükümlerine Göre Gönderme Satımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

⁵ J. DICKIE, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Oxford-Portland- Oregon 1999, s. 93-94.

Mesafeli sözleşme kapsamı dışında tutulan bu sözleşmelerin bir kısmı nitelikleri gereği uzaktan iletişim aracı kullanılarak yapılmalarına olanak bulunmamaktadır. Örneğin, otomatik makinalarda yapılan satışlar ya da telefonun fiziken kullanılmasına yönelik kapsam dışı sözleşmeler bu niteliktedir. Aynı şekilde taşınmaz mal satımına veya kullanımına ilişkin sözleşmelerde satıcının bizzat fiziken ifade bulunma yükümlülüğü bulunduğundan mesafeli sözleşme kavramıyla bağdaşmaz.

Yukarıda sayılan kapsam dışı sözleşmelerin bazıları 6502 sayılı Kanun diğer maddelerinde düzenlenmiştir⁶. Bu tür sözleşmelerden finansal hizmetler, 6502 sayılı Kanununun 49. maddesinde “Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler” başlığı ile ayrıca düzenlenmiş ve aynı konuda Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği çıkarılmıştır. Yine paket tur ve ulaştırma hizmetlerine ilişkin sözleşmeler de 6502 sayılı TKHK’nun 51. maddesine konu olmuştur.

B. 6563 SAYILI ELEKTRONİK TİCARETİN DÜZENLENMESİ HAKKINDA KANUN’UN MESAFELİ SÖZLEŞMELERE UYGULANMASI SORUNU

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun yürürlüğe girdikten sonra 05.11.2014 tarihinde Resmi Gazete’de, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (ETDHK) yayımlanmıştır.

6563 sayılı EDHTK gerekçesinde, AB’nin 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi ile 2002/58 sayılı Bilgi İletişim Direktifinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilmektedir. 1 Mayıs 2015’te yürürlüğe giren ETDHK’nın amacı, ticari iletişimi ve elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeleri düzenlemektir.

Tüketicinin yaptığı bir satış işlemini internet yoluyla yapılan satışları mesafeli satış olarak düzenleyen 6502 sayılı TKHK mı, yoksa bütün elektronik satışları düzenleme kapsamına alan 6563 sayılı EDTHK’ı uygulanacağı sorusuna cevap vermek gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi 6502 sayılı TKHK, 2012/83 sayılı AB Direktifi göz önüne alınarak çıkarılmıştır. 2012/83 sayılı AB Direktifi de, AB’nin 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi ile 2002/58 sayılı Bilgi İletişim Direktifi hükümleriyle uyum sağlanmaya dikkate edilmiştir. Bu nedenle 6502 sayılı TKHK, kaynak direktif dolayısıyla bu iki direktif hükümlerini de kapsadığından 6563 sayılı Kanunun düzenlediği hususları da içermektedir.

Ayrıca tüketici hukukunda tüketici lehine yorum ilkesi geçerlidir. Münhasıran tüketici haklarını korumak için çıkarılan 6502 sayılı TKHK’u 6563

⁶ İ. KARA, *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ergin Yayınevi, Ankara 2015, s.1021.

sayılı ETDHK'ya göre özel kanun olarak kabul etmek ve öncelikle TKHK'ü uygulamak gerekir.

6563 sayılı ETDHK, 3. maddesinde bilgi verme yükümünü düzenlemiş ve tüketici satışlarında bilgi verme yükümünün karşılıklı olarak kaldırılmayacağı öngörülmüştür. Yine ETDHK'nın 4. maddesine göre, tüketicinin yapmış olduğu elektronik ticarete taraflar, sipariş konusundaki kanun hükümlerinin aksini kararlaştıramazlar.

Sonuç olarak, öncelikle 6502 sayılı TKHK hükümlerini uygulamak gerekir. 6563 sayılı EDHTK'da ya da ikincil düzenlemelerinde yer alan ve alacak tüketiciyi koruyan nitelikteki hükümleri de 6502 sayılı TKHK hükmüne ek olarak uygulamak isabetli olur.

C. YABANCILIK UNSURU BARINDIRAN MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE UYGULANACAK KANUN

Tüketici, Türkiye'de yerleşik bir firmadan mal alırsa Türk Tüketici Mevzuatının uygulanacağı açıktır. Ancak yurt dışında bulunan bir firmadan internet yoluyla alış verişe girilirse yabancılık unsuru söz konusu olacağından hangi kanunun uygulanacağı sorununa MÖHUK çerçevesinde çözüm bulunur.

MÖHUK m.26(1)'e göre tüketicinin internet üzerinden yapmış olduğu yabancılık unsuru içeren satış sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmamışsa tüketicinin mutlak meskeni hukuku yani Türk Hukuku uygulanır. Yabancı satıcıya karşı da tüketicinin Türkiye'deki yerleşim mahkemesinde dava açılabilir⁷.

D. MESAFELİ SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

Mesafeli sözleşmeler 6502 sayılı Tüketici Kanunu ve ilgili yönetmelikte tanımlanmıştır. Kanunda ve yönetmelikte yapılan tanımda sözleşmenin unsurları gösterilmiş olup dört başlıkta toplanabilir⁸.

1. İletişim Araçlarının Kullanılması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bazında mesafeli sözleşmelerden bahsedebilmek adına sözleşmenin kurulması aşamasında elektronik ortamdan yararlanılarak yapılması zorunluluğu yoktur. Yazılı araçlar (katalog, ilan, mektup vb.) kullanılarak yapılan sözleşmeler de bu kapsam içinde yer almaktadır. Burada önemli olan sözleşmenin iletişim araçları kullanılarak tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılmasıdır. Avrupa Birliği Direktifine

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. G. GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

⁸ KARA, s. 1015 vd.

bakıldığında kullanılan iletişim araçları teker teker son derece ayrıntılı olarak sayılmıştır. Türk hukukunda ise böyle bir ayrıma gidilmeksizin hangi iletişim araçlarının kullanılması halinde yapılanın mesafeli sözleşme olduğu konusu ayrıntılı olarak belirtilmemiş, genel bir tanımlama yapılmakla yetinilmiştir.

2. Tüketicile Karşı Karşıya Gelme

Mesafeli sözleşmelerin ikinci unsuru olarak yasadaki tüketiciyle karşı karşıya gelmemesi gösterilmiştir. Burada amaçlanan tüketiciyle satıcının yüz yüze görüşme yapmaksızın sözleşme kurlmalarıdır. Tam tersi durumda satıcı ve sağlayıcı eğer sözleşmeyi yüz yüze görüşerek yapsalardı bu durumda olan sözleşmeler söz konusu olurdu.

3. Uzaktan Pazarlama Sistemi Oluşturulması

TKHK'nın 48. Maddesine göre bir sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılabilmesi için satıcı ya da sağlayıcının uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem veya organizasyon oluşturması gerekmektedir. Böyle bir organizasyon ya da sistem bulunmaksızın arızı olarak ya da bir kaç defa yapılan uzaktan iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşme mesafeli sözleşme sayılmaz. Mutlaka düzenli ya da sistematik olarak uzaktan iletişim araçları kullanılacak bir sistemin kullanılması gerekir. Böyle bir sistem bulunmasına rağmen işlerin akışı gereği müşteri sayısının azlığı nedeniyle bir kaç defa işlem yapılması halinde dahi mesafeli sözleşme var demektir.

4. Tarafların Anlaşması

Mesafeli sözleşmelerin son unsuru ise tarafların anlaşmasıdır. 6502 sayılı Tüketici Kanunu ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde yapılan tanımda açıkça bahsedilmese bile tarafların yaptığı işlemin niteliği gereği anlaşması zorunludur. Tarafların kararlaştırılan sözleşme kapsamında, satıcının tüketiciye vereceği kararlaştırılan mal ve karşılığında tüketicinin satıcıya yapacağı ödeme miktarı konusunda tarafların mutabık kalarak sözleşme konusunda anlaşmaları gerekir.

E. MESAFELİ SÖZLEŞME TÜRLERİ

Mesafeli sözleşmelerde aşağıdaki iletişim araçlarından biri veya birkaç tanesi birlikte kullanılmaktadır⁹.

1. Yazılı İletişim Araçlarıyla Yapılan Sözleşmeler

Yazılı iletişim araçlarıyla yapılan mesafeli satışlarda özellikle katalogdan, gazeteden, dergi ilanlarından ve diğer yazılı iletişim araçlarından seçim yolu

⁹ Ü. GEZDER, *Erzurumlu Şerhi - Mesafeli Sözleşmeler*, Beta Basım Yayın İstanbul 2006, s.32.

ile yararlanılarak yapılır. Bu tip satışlar mesafeli satış olarak kabul edilmiştir. Bir veya birden çok mala ait el ilanı, broşür ya da katalogların, tüketicilere posta aracılığıyla gönderilmektedir. Burada ürünün tanıtılması yazılı iletişim araçları vasıtasıyla olmaktadır. Seçim yaparak alışveriş yapmak isteyen tüketici, ya bir formu belirtilen adrese göndermekte ya da belirtilen bir telefon numarasını arayarak siparişini vermektedir. Satın alınan mal veya hizmet ise daha sonra gönderilmekte ya da sağlanmaktadır. Bu tipte söz konusu katalog veya ilanı inceleme ve düşünme fırsatına sahip bulunan tüketici yapacağı değerlendirmeden sonra karar vererek siparişini oluşturmaktadır. Bu tarz satışların olumlu özelliği, tüketicinin düşünme ve kıyaslama için fırsatının bulunmasıdır¹⁰. Satıcı, bu tür sözleşmelerde, tüketicinin sipariş ettiği malları, genelde posta veya kargo vb. ulaşım araçlarıyla gönderdiğinden tüketiciyle satıcı hiçbir zaman bir araya gelmemektedir. Teslim aşamasında dahi satıcıyla tüketicinin karşı karşıya gelmemesi unsuru sağlanmaktadır.

2. Telefon Aracılığıyla Yapılan Sözleşmeler

Günümüzde özellikle posta ve telefon yoluyla yapılan satışlar geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Telefonun arz ve siparişte kullanıldığı satış yöntemine “tele pazarlama” ya da (Teleshopping) denilmektedir¹¹. Satıcı, ücretli veya ücretsiz telefon hatları tahsis ederek ya da tüketiciye bizzat kendisi telefonla ulaşarak bu pazarlama yöntemiyle satışı gerçekleştirmektedir. Bu gibi satışlarda tüketicinin aldatılma riski, diğer satış türlerine göre daha fazladır. Tüketici satın almış olduğu malın bedelini peşin ödemekte fakat ürünün teslimi kendisine daha sonra yapılmaktadır. Sipariş paketlenerek gönderilmişse tüketiciye paketi açma fırsatı verilmeden para peşin olarak tahsil edilmektedir. Eski 4077 sayılı Kanunun 9/A maddesinin 1. Fıkrasında, telefonla yapılan sözleşmelerin mesafeli satış olarak kabul edileceği açıkça gösterilmişti. Ancak 6502 sayılı TKHK’da bu şekilde bir gösterime gidilmeksizin, yalnızca kanunun gerekçesinde mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi uzaktan iletişim araçlarının kullanılması yöntemiyle tüketici ve satıcı arasındaki sözleşmelerin mesafeli sözleşme olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Telefon aracılığıyla yapılan sözleşmelerde, iki farklı durum söz konusu olabilir. Birincisi satıcı veya sağlayıcının belirli tüketicilere önceden tespit ederek, çeşitli sözleşmeler yapmaya ikna etmeye çalışmasıdır. Satıcı ve sağlayıcı tüketiciyi hazırlıksız yakalayarak bir sözleşme yapmaya çalışmaktadır. İkincisi ise, tüketicinin, satın almak istediği bir mal veya hizmet ile ilgili olarak, belirtilen telefon numarasını araması suretiyle sözleşmenin kurulmasıdır.

¹⁰ Y. ASLAN, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Kitapevi Yayınları, s.557 vd.

¹¹ TOPALOĞLU, s.195.

Aramayı yapan tüketici bizzat kendisidir. Ancak aramayı yapmasını sağlayan, satıcı veya sağlayıcı ayrıca tüketicinin üzerinde uygulamaya çalıştığı mesafeli satış teknikleridir.

3. Tele-Shopping Aracılığıyla Yapılan Sözleşmeler

Teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte hemen hemen herkesin evinde bir televizyon bulunmaktadır. Görsel bir iletişim aracı olan televizyonun da tüketicilere mal veya hizmet pazarlamak için kullanılması hızla yaygınlaşmaktadır. Tüketici söz konusu programları TV veya bilgisayar aracılığıyla izledikten sonra, verilen telefon numarasını aramakta veya iletişim adreslerine e-mail yoluyla mesaj atarak siparişini oluşturmaktadır. Ödeme ise satıcı veya sağlayıcının hesabına havale yaparak ya da tüketici kredi kartı numarasını vererek alışverişini tamamlamaktadır. Sipariş edilen mal, ödemededen bir süre sonra tüketicinin adresine gelmektedir.

4. İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmeler

İnternet yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde öncelikle elektronik ticaret kavramına değinmek gerekir. Kısaca elektronik ticaret; işletme faaliyetlerinin iletişim networkleri arasında yerine getirilmesidir. Elektronik sözleşmeler de, elektronik iletişim araçlarının kullanılması yoluyla yapılan sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Eğer bir sözleşme elektronik ticaret aracılığı ile yapılmışsa bu kapsamda elektronik sözleşme olarak saymak gerekir.

Klasik ticaretteki tüketici hakları, elektronik ticaret için de geçerli olmakla birlikte elektronik ticarete tüketicilere ilişkin bir takım ilave koruma yöntemleri getirilmiştir.

Elektronik ortamdan yararlanılarak kurulan mesafeli sözleşmelerde çoğunlukla internetten yararlanılmaktadır. Elektronik sözleşme türlerinden biri olan ve gün geçtikçe yaygınlaşan online shopping ile çarşı ve mağazalarda rastladığımız her türlü malın alım ve satımının yapılması mümkündür.

Bilgisayar veya internet kullanılarak yapılan pazarlama yöntemine "Bilgisayar veya İnternet Üzerinden Pazarlama" (PC-İnternet-Shopping) denilmektedir¹². Tüketiciler, internet yoluyla, toplu katalogdan alışveriş yapıyormuş gibi, günlük alışverişlerini yapabilmekte ve maddi mal ya da hizmet sağlamanın yanı sıra gayri maddi malları da alabilmektedirler. Bunlar digital ürün olarak ve bilgisayardan bilgisayara indirme yöntemi ile aktarılan mallardır.

¹² Y. ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 559 vd.

Elektronik ticaret dört farklı kategoride gerçekleşir. Bunlar;

- a. İşletmeler arasında elektronik ticaret (business to business)
- b. İşletme ile tüketici arasında elektronik ticaret (business to consumer)
- c. İşletmeler ve devlet arasında elektronik ticaret (business to government)
- d. Tüketiciler ve devlet arasında elektronik ticaret (consumer to government)

Her ne kadar arada kurulan sözleşme internet ortamında gerçekleşmekte ise de satıcının borcunu ifası, posta ve kurye gibi bilindik yöntemlerle yapılmaktadır. Alıcı ise, kredi kartı ya da havale gibi elektronik araçlar kullanarak borcunu ifa etmektedir.

Web sitesi Aracılığı ile: Web sitesi yoluyla kurulan sözleşmelerde; müşteri ilgili ürüne ait sipariş formunu tamamlar ve karşı tarafa gönderir. Satıcı da siparişi kabul ettiği zaman sözleşme hukuken kurulmuş olur. Daha sonra mal ve hizmetler ifa edilir.

E-posta Aracılığı ile: Taraflar, karşılıklı e-posta yoluyla bir sözleşme kurabilirler. İcap ve kabul tamamen e-posta aracılığı ile iletilerek sözleşme e-posta aracılığıyla kurulmuş olur.

Elektronik Temsilci Aracılığı ile: Elektronik temsilci, şahısların aracılığı olmadan, elektronik mesajlara ya da uygulamalara cevap veren bir yazılımdır. Bir kişi ile elektronik temsilci arasında veya iki elektronik temsilci arasında sözleşme kurulabilir.

Electronic Data Interchange (EDI) Aracılığı ile: EDI, kısaca bilgisayar ile bilginin doğrudan değişimi olarak tanımlanabilir. EDI, standart satın alma siparişlerinin, kabullerinin, faturaların ve diğer kayıtların iletiminde kullanılır. Bu değişimler ile, geçerli sözleşmeler kurulur.

Sosyal Medya Aracılığı ile: Günümüzde teknolojik gelişmelerin hızla geliştiği internet ortamında sosyal medya (facebook, twitter, instagram, vs.) aracılığıyla da alışveriş yapmak mümkün hale gelmiştir. Büyük mağazaların hemen hemen hepsinin sosyal medya hesapları bulunmaktadır. Bu yeni tip medyadan yararlanılarak kurulan sözleşmeleri de mesafeli sözleşmenin bir çeşidi olarak kabul etmek gerekir.

5. Diğer İletişim Araçları Aracılığı ile Yapılan Ticaret

Teknolojinin gelişmesine göre gelecekte yeni iletişim araçları ortaya çıkabilir ve bu iletişim araçlarından yararlanılarak yapılan satışlar da mesafeli satışlardan sayılacaktır. Bunun gibi bugün için var olup da yasada açıkça be-

lirtilmeyen iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler de mesafeli sözleşmeler kapsamında ele alınmalıdır. 6502 sayılı TKHK ile mesafeli sözleşmelere ilişkin genel nitelikte bir tanım yapılmış, vasıtalarla sayma yoluyla bahsedilmemiştir. Kanunun gerekçesinde mektup, katalog, radyo, faks, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi uzaktan iletişim araçları sayılmak suretiyle diğer iletişim araçları aracılığıyla yapılan ticaretle mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmiştir.

F. MESAFELİ SÖZLEŞMENİN KURULMASI

1. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması aşamasını iki yoldan ele almak gerekir. Bunlar TBK açısından sözleşmenin kurulması hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında olmak üzere farklı düzenlenmiştir. Hazır olmayan arasında kurulan sözleşmede sözleşmenin tarafları olan tüketici ve satıcı – sağlayıcı aynı yerde bulunmamaktadırlar; yani bir nevi gaipler arası bir sözleşme söz konusu olmaktadır.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere TBK, aynı fiziki ortamı paylaşmakla birlikte telefonla yapılan bir icap ve buna uygun kabulü, hazırlar arasında yapılan bir sözleşme olarak nitelendirmiştir (TBK m.4/2). Doktrinde benimsenen çoğunluk ve bizimde katıldığımız görüşe göre bilgisayar ortamında yapılan icap ve kabulleri bu hüküm gereği hazırlar arasında yapılan sözleşme olarak kabul etmek gerekir. Bir malın sanal ortamda fiyat, nitelik, stok durumu vs özelliklerini belirterek tüketicilere sunmaları icap niteliğindedir. Buna karşılık tarafların irade beyanlarını karşılıklı olarak e- posta göndermekle beyan ettikleri hallerde ise hazır olmayanlar arasında bir sözleşme kurdukları kabul edilir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, kanundan anlaşılacağı üzere telefonla yapılan sözleşmeler, TBK 4. maddesinin ikinci fıkrasına göre hazırlar arasında yapılmış olarak kabul edilmektedir.

2. Mesafeli Sözleşmenin İnternet Üzerinden Kurulması

Sözleşme, Türk Borçlar Kanunu uyarınca da iki tarafın karşılıklı olarak hak ve borç yükümlülüğü altına girdikleri ve birbirine uygun iradeleri sonucu meydana gelen hukuki ilişkidir. Bu anlamda elektronik ticaret elektronik iletişim araçlarının kullanılmasıyla internet üzerinden yapılır. Mesafeli sözleşmelerin oluşumunu sağlayan E-sözleşme kavramına değinmek gerekirse, elektronik araçlar vasıtasıyla dijital ürünler kullanılarak oluşturulan sözleşmelerdir.¹³

¹³ TOPALOĞLU, s. 105 vd.

Kara Avrupası sisteminde ve hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda sözleşmelerin kurulduğu kabul görür. İnternet üzerinden satışlarda öncelikle internet üzerinden mal veya hizmet sunumlarının hukuken bir icap niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekir. Bu nedenle her bir somut olayı kendi içinde değerlendirerek olayın özelliklerine göre icaba davet mi yoksa icap mı olduğunu belirlemek gerekir. Özellikle, internetteki web siteleri üzerinden mal ya da hizmet sunumunda bulunulması durumunda, bu sunumun bir icap ya da icaba davet niteliğinde kabul edilip edilmeyeceği konusu doktrinde tartışılmıştır. Azınlık görüşe göre böyle bir durumda ortada icaba davet niteliği taşıyan irade açıklamasının yapılmış olduğunu kabul etmek gerekir. Bu görüşü benimseyenlere göre: web sayfalarından sunum yapan satıcı-sağlayıcılar, her zaman muhataplarının işlem yeteneği ve ödeme gücü hakkında tam bilgi sahibi olmadıkları, sipariş edilen ürünü depolarında mevcut halde olup olmadığını bilebilecek durumda değildirler¹⁴. Çoğunluk ve bizim de katıldığımız görüşe göre sunulan tekliflerin icap olarak kabul edilmesi halinde, internette bir mal veya hizmet satımı sağlayan satıcı veya sağlayıcının sayfasına ulaşan binlerce sayıda kullanıcının siparişlerinin onayları ile sözleşmelerin kurulması ve ifası zorunluluğu doğacaktır.

Belirtmek gerekir ki TBK m.8/II'de yer alan yasal kural gereği, mal ve hizmet sunumu yapan bir internet sitesinde satıcı – sağlayıcı, malın cinsi, özellikleri, fiyatı gibi belirleyici özellikleri sunmuşsa yani kendisine ait web sitesi sayfasında ürün sunumu amaçlı teklifinde, kurulması söz konusu sözleşmenin esaslı unsurlarını açıklamışsa ortada bir icabın bulunduğu kabul edilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bir sözleşmenin hazır olanlar ya da hazır olmayanlar arasında kurulması bazı farklı sonuçlar doğurmaktadır. Hazır olanlar arası icapta, tarafların fiziksel anlamda aynı yerde bulunması zorunlu değildir. Hazırlar ya da hazır olmayanlar arasında icapla bağlılık süresi olmak üzere icabın geri alınabilmesi, sözleşmenin kurulması ve hükümlerini doğurması, yarar ve hasarın geçmesi ile edimin ifa yeri ve zamanı yönlerinden de, yapılan bu ayrımına göre farklı hukuki sonuçlar çıkmaktadır.

3. Mesafeli Sözleşmenin Şekli

TKHK'nın 48. Maddesinde mesafeli sözleşmelerin şekline ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin şekli, tercih edilen uzaktan iletişim araçlarına göre değişebilecektir. Ancak internet üzerinden yapılan sözleşmelerin geçerliliği ve ispat şekli bakımından kısa bir değerlendirme yapmakta

¹⁴ M. DEMİR, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s.211 vd.

fayda vardır. Çünkü 48. Maddeye bakıldığında kanun koyucu, internet üzerinden tüketicinin bilgilendirilmesini, bilgilerin verildiğinin yine internet üzerinden teyit edilmesini, sözleşmenin de elektronik ortamda yapılmasını, hatta malın veya hizmetin niteliğine göre, tesliminin dahi elektronik ortamda yapılmasını kabul etmektedir. Bu durumda, elektronik sözleşmelerin geçerliliği ve ispat hukuku açısından delil olarak kullanılması sorunu ortaya çıkacaktır. Bu hükme göre sözleşmenin elektronik ortamda yapılması ve tarafların da edimlerinin yine elektronik ortamda ifa etmeleri mümkündür.

Ancak Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (2) maddesi “*Birinci fıkrada belirtilen bilgiler, mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır ve taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez.*” hükmünü içermektedir. Buna göre Yönetmeliğin 5 (1) maddesinde yer alan ve aşağıda açıklanacak tüketicilere sunulacak ön bilgiler mesafeli sözleşmede de yer alması gerekir. Ancak taraflar isterlerse bu hükmün aksini kararlaştırabilirler. Bunun için mesafeli sözleşmede ön bilgilendirmeyle ilgili bilgilerin yer almasına ilişkin özel ve açık bir hüküm koymaları gerekir. Aksi halde Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (1) maddesinde yer alan bilgilerin mutlaka sözleşme içeriğine dahil edilmesi zorunludur.

Borçlar hukuku açısından değerlendirildiğinde sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, tarafların aralarında yapacağı sözleşmeyle alakalı bir şekil şartı ile sınırlı olmadıklarına göre, şekil serbestisi çerçevesinde internet üzerinden yapılan sözleşmelerin de tarafların iradelerinin internet üzerinden beyan etmeleri suretiyle oluştuğunun kabulü gerekir. Böylece, kanuni zorunlu şekil öngörülmemiş sözleşmelerin geçerliliği açısından internet üzerinde yapılmış olmasının bir etkisi olmayacaktır. Kanunun belirli bir geçerlilik şekli öngördüğü, özellikle resmi şekilde yapılması gereken sözleşmelerin internet üzerinden yapılması mümkün değildir. Kanununun sadece yazılı şekil öngördüğü hallerde ise internet üzerinden yapılan sözleşmelerin yazıya dökülmesi mümkün olduğundan bunların internet üzerinden yapılması mümkündür.¹⁵

15.01.2004 tarihli 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile bazı yenilikler getirilmiştir. Kanunun amacı, elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esasları düzenlemektir. Kanununun 5. Maddesine göre güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı sonuçları doğurur. Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez. İspat hukuku ile ilgili olarak da, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile eş duruma getirilmiştir. Elektronik İmza Kanununun 22 maddesinde güvenli elektronik imzanın el yazısı ile atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olduğu belirtilmiştir.

¹⁵ ASLAN, s. 566 vd.

tir. Aynı kanununun 23. maddesinde de güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin “senet hükmünde” olduğu öngörülmüştür. Burada açıkça zikredilmemekle birlikte dolaylı olarak elektronik senet düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak Kanunda, senet hükmünde olan elektronik verilerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılacağı hükmüne yer verilmiştir¹⁶. Benzer hükümler TBK m.15/I ve HMK m.205 (2)’de yer almaktadır.

4. Ön Bilgilendirme

Tüketicinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması, 6502 sayılı TKHK’nun birinci maddesinde öngörülen ve tüketici sözleşmesi kurulmadan önce, sözleşmenin akdedilmesi ve sözleşmenin devamı sırasında söz konusu olan bir yükümlülüktür¹⁷. Mesafeli sözleşmelerde taraflar karşıya gelmeden ve müzakerelere imkanı bulamadan sözleşme ilişkisine girdiği için tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesine özel bir önem verilmiş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

TKHK’nın 48. Maddesinin ikinci fıkrasına göre “Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirtilen hususlarda ve siparişin onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir.” hükmü öngörülmüştür. Buna göre Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde belirtilen hususlarda tüketici bilgilendirilmeden mesafeli sözleşme kurulamaz.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (1). maddesinde belirtilen bu ön bilgiler şunlardır:

- a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,
- b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,
- c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi,
- ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikâyetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,
- d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dâhil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi,

¹⁶ TOPALOĞLU, s. 130.

¹⁷ KARA, s. 1022.

e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,

f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri,

g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,

ğ) Cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,

h) 15'inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,

ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödemesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,

i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,

j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklenmediği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,

k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi."

Eğer mesafeli sözleşme açık artırma veya eksiltme yoluyla kuruluyorsa ön bilgilendirilme konusunda bazı değişiklikler söz konusu olmaktadır. Açık artırma ve eksiltme yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde yukarıda b, c ve ç maddelerinde belirtilen satıcı sağlayıcıya erişim bilgileri yerine açık artırmayı yapana ait bilgilere yer verilebilir.

Buna karşılık belirsiz süreli sözleşmelerde veya belirli süreli abonelik sözleşmelerinde, her faturalama dönemi bazında, vergi ve ek masraflar dahil sözleşme konusu mal ve hizmetin toplam fiyatının toplam masrafları da içermesi zorunludur.

6502 sayılı TKHK'nun 6. maddesine göre, ön bilgilendirilmesi zorunlu olan hususlar ister yazılı isterse web sayfası, facebook gibi herhangi bir dijital medya ortamında olsun en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde tüketicinin bilgisine sunulmak zorunludur.

Mesafeli sözleşme, internet yoluyla kuruluyorsa satıcı ve sağlayıcıya ön bilgilendirilme konusunda ek yükümlülükler yüklenmiştir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 6 (2) maddesine göre internet yoluyla kurulan sözleşmelerde tüketicinin kredi kartı, banka kartı veya başka bir uzaktan ödeme yöntemiyle ödeme talimatı vermeden önce mal veya hizmetin nitelikleri, fiyatı, vergileri ve taşıma masrafları ile cayma hakkı, hangi ödeme imkanlarının kabul edildiği ve gönderim kısıtlamasının bulunup bulunmadığı konusunda ayrıca bilgilendirilmesi şart koşulmuştur. Bunun amacı ön bilgilendirme dışında ikinci aşama olarak ödeme yükümlülüğü altına girmeden önce tüketiciye bir kez daha düşünme fırsatı vermektir. Zira cayma hakkını kullanılsa veya sözleşme ifa edilememesi nedeniyle yapılan ödemenin tüketiciye iadesi sırasında oluşacak sıkıntı, süreç ve aksaklıklar nedeniyle istenmeyen bazı durumlar oluşabilir.

Sesli iletişim yoluyla kurulan ya da siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı ortam ve zamanda sunulduğu mesafeli sözleşmelerde, satıcı veya sağlayıcı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5'inci maddenin birinci fıkrasının (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan, mal veya hizmetin nitelikleri, fiyatı, vergileri ve taşıma masrafları ile cayma hakkı ile bilgilerin tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirilmesi zorunluluğu vardır. Bu durumlarda ayrıca Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5'inci maddenin birinci fıkrasında yer alan ön bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar tüketiciye yazılı olarak gönderilmesi de zorunlu tutulmuştur.

Tüketicinin mesafeli sözleşme kurulması amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından telefonla aranması durumunda, her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcı kimliğini, eğer bir başkası adına veya hesabına arıyorsa bu kişinin kimliğini ve görüşmenin ticari amacını açıklamalıdır.

Ön bilgilendirmenin cayma hakkı açısından ayrı bir özel hukuki sonucu vardır. Zira satıcı veya sağlayıcı, tüketiciyi cayma hakkı konusunda bilgilendirmezse, cayma süresi başlamamaktadır.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğine göre tüketicinin ön bilgileri aldığı ve bilgilendiğini teyit etmesi sağlanmalıdır. Buna göre tüketicinin ön bilgilendirilmesi yeterli olmayıp ayrıca tüketicinin ön bilgilendirildiğini teyit edecek bir sistem sağlanmalıdır. Kullanılan mesafeli satış yöntemine göre tüketici yazılı veya elektronik olarak tüketicinin ön bilgileri anladığını ve algıladığını teyit etmelidir. Bu teyit, elektronik olarak web sitesindeki bir kutuyu tıklamak, geri dönüş konusunda elektronik ileti göndermek veya yazılı metni klasik yöntemle imzalayarak göndermek şeklinde yapılabilir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bu şekilde teyidi alınmamışsa sözleşme kurulmamış sayılmaktadır.

Kurulmamış mesafeli sözleşme taraflar arasında hiçbir hüküm ifade etmez. Dolayısıyla tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin teyidinin alınması mesafeli sözleşmenin geçerlilik şartlarından birisi haline getirilmiştir. Geçerli olarak kurulmayan mesafeli sözleşme uyarınca satıcı veya tüketici bir edim ifa etmişlerse, ifa edilen bu edimin sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iadesi gerekir.

Gerek 6502 sayılı TKHK gerekse Mesafeli Satışlar Yönetmeliği ön bilgilendirmenin yapıldığını ispat yükünü satıcı ya da sağlayıcıya yüklemiştir. Her ne kadar Kanun hükmünde sadece “ön bilgilendirme yapıldığı” konusunda ispat yükünü yüklemişse de tüketicinin ön bilgilendirme yapıldığını teyit etmesi konusunda düzenleme getirmemiştir. Gerek olumsuzun ispatı olmaz şeklindeki genel usul hukuku kuralı gerekse de tüketici lehine yorum ilkesi uyarınca tüketicinin teyit vermiş olduğunun da ispat yükünün satıcı ya da sağlayıcıya ait olması gerekir. Pratik olarak da satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin ön bilgilendirildiğini teyit ettiğini ispat ederek bunun bir doğal sonucu olarak ön bilgilendirmede bulunduğunu da ispat etmiş olacaktır. Ayrıca bu konuda ispat yükünü tüketiciye yükleyen “ispat anlaşmasının” da yapılamayacağını belirtmek isterim.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 8. maddesinde tüketicinin siparişi onaylamadan hemen önce ayrı bir bilgilendirme yükümlülüğü daha getirilmiştir. Satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici siparişi ile bağlı değildir. Bu yükümlülük AB Direktifinin 8.(2) maddesinde sadece elektronik usulle yapılan mesafeli sözleşmeleri kapsayacak şekilde web sitesine konulacak düğme ya da ikonlara bu konuda tüketiciyi uyaracak ibareler yazılacak şekilde daha somut düzenlenmiştir¹⁸.

Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranış halinde 6502 sayılı Kanunun 77. maddesi uyarınca her bir işlem için 200 TL idari para cezası uygulanacaktır¹⁹.

5. Mesafeli Sözleşmelere Aracılık

6502 sayılı TKHK m.48 (5) *“Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı*

¹⁸ AB Direktifi m. 8 (2): *Elektronik ortamda yapılan bir mesafeli sözleşme ile ödeme yükümlülüğü altına girecek olan tüketici, siparişini vermeden önce satıcı tarafından m.6/1-a,e,o,p bentlerinde sayılan hususlar konusunda açık, belirgin bir şekilde ve derhal bilgilendirilmelidir.*

Satıcı; tüketicinin siparişini verdiği sırada, bu siparişin bir ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği konusunda bilgi sahibi olmasını sağlamalıdır. Siparişi vermek için bir tuşa basmak vb. bir yöntem gerekiyorsa bunların kolayca okunur bir şekilde “ödeme yükümlülüğü altına sokan sipariş” yazısını ya da bununla aynı anlama gelecek bir formülü içermesi gerekmektedir. Satıcı bu benitle sayılan hususları yerine getirmezse, tüketici sipariş ya da sözleşme ile bağlı olmaz.

¹⁹ ASLAN, s. 564.

adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur." Hükümünü içermektedir. Bu hükümlerle, özellikle internet ortamında oluşturdukları sistem üzerinden satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmet satışına aracılık edenlerin sorumlulukları yukarıdaki madde hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Oluşturdukları sistem çerçevesinde aracılar, satıcı veya sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin mesafeli yöntemle tüketiciye ulaşmasına aracılık etmekte, aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini de tahsil etmektedirler. Bu durumda bu kişilerde satıcı veya sağlayıcılar gibi tüketicilere karşı satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı hususlardan dolayı sorumlu olacaklardır. Burada edim ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi söz konusudur. Tüketicilerin bu suretle Kanun hükmü uyarınca kendi taraf olmadıkları halde satıcı ile aracı arasındaki sözleşmeden yararlanabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Ancak bedel tahsil etmeden sadece satıcı veya sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliğine haiz olan internet sitelerinin böyle bir sorumlulukları söz konusu değildir.²⁰

G. TARAFLARIN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tarafların yüz yüze gelmeden iletişim araçları kullanılarak belli bir malın satışı veya hizmetin verilmesi konusunda anlaşmaları tüketicinin taraf olduğu mesafeli sözleşmelerde söz konusudur. Yapılan bu anlaşmada tüketicinin en önemli borcu kararlaştırılan ücreti ödemektedir. Bunun karşılığında en önemli alacak hakkı sözleşmeden kararlaştırılan mal veya hizmeti, satıcı veya sağlayıcıdan talep etme hakkıdır.

Satıcı yönünden, yapılan mesafeli sözleşmedeki en önemli hak ise, sözleşmede kararlaştırılan bedeli tüketiciden talep etmektir. Bunun karşılığında sözleşme konusu malı tüketiciye anlaşmaya uygun biçimde ve vasıflarda teslim etmek zorundadır. Taraflar arasında yapılan sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir.

1. Tüketicinin Yükümlülükleri

Tüketici, mesafeli sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemeyi kredi kartı, banka kartı ya da benzeri bir elektronik ödeme aracı yoluyla ile gerçekleştirebilir.

²⁰ M. AYDOĞDU, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 290.

a) Kredi Kartıyla Ödeme

2003 tarihli Mesafeli Sözleşmelerin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde tüketicinin ödeme konusu ile ilgili özel düzenleme getirilmişti. Bu hükme göre, mesafeli sözleşmelerde, ödemenin kredi kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile yapılması halinde tüketici, kartın kendi rızası dışında ve hukuka aykırı biçimde kullanıldığı gerekçesiyle ödeme işleminin iptal edilmesini talep edebilir. Bu halde, kartı çıkaran kuruluş itirazın kendisine bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme tutarını tüketiciye iade eder. Bu hüküm 97/7 sayılı AB Yönergesinin 8. Maddesinden alınmıştı.

2011 tarihli mülga Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmeliğin 11. maddesinde, “Mesafeli sözleşmelerde ödemenin kredi kartı, banka kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile harcama belgesi düzenlenmeksizin yapıldığı durumlarda, kartın bir başkası tarafından hukuka aykırı şekilde kullanılması hâlinde; 23/2/2006 tarihli 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve 10/3/2007 tarihli ve 26458 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılır.” hükmü yer alıyordu.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda mesafeli sözleşmelerde kredi kartı ya da elektronik ödeme sistemlerine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. 2015 tarihinde yürürlüğe giren ve şu anda uygulanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bu konuda bir hükme yer verilmemiştir. Zira 5464 sayılı Kanun hükümleri bu tür işlemlerde uygulanabileceğinden gereksiz bir atfa yer verilmemesi isabetli olmuştur.

Kredi kartı faaliyetleri içerisinde mesafeli işlemlerde payı azdır ve yavaş gelişmektedir. Bu yavaş gelişmenin nedeni ise mesafeli sözleşmelerin suistimale ve dolandırıcılığa açık ve riskli bir kullanım şekli olmasıdır. Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin kredi kartı bilgilerinin hukuka aykırı olarak kullanılması daha kolay olabilmektedir. Ayrıca, alıcısının adresine mal teslimi gerektirmeyen işlemlerde, kartın sahte olup olmadığının ve kart sahibinin gerçek hamil olup olmadığının tespiti imkanı tamamen ortadan kalkmaktadır.

İnternet ortamında gerçekleştirilen mesafeli işlemlerde, kredi kartı fiziken işyerinde bulunmamaktadır. İşlemlerde ise (Mail Order-Posta ile satış - MO, Telephone Order- Telefon ile satış, TO) işlem kart numarası ve son kullanma tarihi ve CVV (Güvenlik Kodu) bilgilerinin manuel olarak işyeri tarafından kendi bankasına iletilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir.

Karthamili aldığı bir hizmet ya da mal karşılığını kredi kartı ile ödemek istediğinde, kart numarası, son kullanım tarihi ve 3 haneli güvenlik kodunu işyerine internet, posta ya da telefon ortamında gönderir. İşyeri bu bilgileri, işlem miktarı ile birlikte ile anlaşmalı bankaya iletir. Banka kart numarasını

kontrol eder ve bu bilgiyi switch sistemine iletir. Kart numaralarının ilk altı rakamı bankayı tanımlar.

Switch sistemleri kart numarasından kartı çıkaran bankayı tespit ederek otorizasyon talebini ilgili bankaya aktarır. Kartı çıkaran banka kart ile ilgili sisteminde gerekli kontrolleri yaptıktan sonra işlemi onaylıyorsa otorizasyon kodu ile birlikte, onaylamıyorsa da red sebebiyle birlikte otorizasyon yanıtını switch sistemine aktarır. Switch sistemi bu yanıtı işyeri ile anlaşmalı bankaya gönderir. İşlem onay aldıysa alışveriş işlemi tamamlanır.

aa) Chargeback (Ters İbraz) Usulüyle Ödemeyi İade Alma

Herhangi bir nedenle kart hamilinin işleme itiraz etmesi ve kart hamili bankasınca chargeback (ters ibraz) yapılması durumunda ise söz konusu işlem tutarı kart hamili bankası tarafından işyeri bankasından yukarıda belirtilen takas esnasında otomatik olarak tahsil edilmektedir. Uluslararası Kredi Kartı Kuralları çerçevesinde kredi kartı işlemlerinde gerçekleştirilebilecek kural ihlalleri, türlerine göre gruplandırılmış olup söz konusu gruplar chargeback reason codes (harcama itirazı neden kodları) adı verilen kodlar halinde sınıflandırılmıştır.

Reason Code'lar genellikle dört kategoride toplanmaktadır:

- **Teknik**: Otorizasyonun süresinin geçmesi, yeterli fonun bulunmaması ve banka işlem sürecinden kaynaklanan sorunlar,
- **Hata**: Çift işlem, hatalı işlem miktarı girme,
- **Kalite**: Müşterinin sözleşme konusu malı kararlaştırılan sürede teslim alamaması,
- **Dolandırıcılık**: Müşterinin onay vermediği bir işlemin gerçekleştirilmesi ya da kart hırsızlığı,

Reason Code'ların ilk ikisi daha çok işlemi yapan üye işyeri ile banka arasında gerçekleşmektedir. Tüketiciler açısından daha çok birisi dolandırıcılık diğeri mal teslim alamama olmak iki neden söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumla karşı karşıya kalan kart hamili tüketici, reason code nedenini içeren bir dilekçe ile kendi kartını veren bankasına başvurmalıdır. Chargeback başvurusu için reason code için 75 gün ve 120 günlük süreler öngörülmüştür. Tüketicileri ilgilendiren Reason Code'larda süre 120 takvim günüdür. Kart hamili bankaları ise müşterisinden aldığı chargeback başvurusunu itiraz konusuna (Reason Code) göre ilgili chargeback neden kodunu belirledikten sonra borç kaydını işyeri bankasına göndermektedir. İlgili chargeback kaydının işyeri bankasınca kurallar çerçevesinde geri çevrilemeyecek olması halinde borç kaydı işyeri bankasında kalmaktadır. Diğer bir ifade ile chargeback kaydı üye işyeri bankasına ulaştığı zaman chargeback işlemine konu olan tutar üye

işyeri bankası hesaplarına borç kaydedilmekte ve işyeri bankası tarafından geri çevrilemediğinde bu tahsilat gerçekleşmiş olmaktadır.

Sonuç olarak, işlem tutarı kart hamili bankasınca tahsil edilerek kart hamili tüketicinin hesabına iade edilmektedir. İtiraz edilen işleme ilişkin işyeri bankası ile kart hamili bankasının aynı olması (On-us işlem) durumunda ise kart hamili bankası işleme ilişkin değerlendirmesini yaparak kart hamilini haklı bulması halinde işlem tutarını işyeri hesabına borç kaydetmektedir.

bb) Kredi Kartlarında Güvenliği Sağlama

Uygulamada İnternet üzerinden yapılan alışveriş işlemlerinde, işlemlerde siparişi verilen mal veya hizmetin gerçek kart sahibine teslim edilmesinden üye işyerleri sorumlu tutulmakta, bankaların iradesi ve kontrolü dışında olan, sipariş edilen/alınan malın gerçek kart hamiline teslim sorumluluğu, bankaların üye işyerleriyle yapıları sözleşmelerle işyerlerine devredilmektedir. Uluslararası kredi kartı uygulamaları da bu yöndedir. Mesafeli işlemlerde kartın sahte olup olmadığı ve kart hamilinin gerçek kart hamili olup olmadığı tespit imkânı ancak mal veya hizmetin teslimi sırasında söz konusu olabileceği için mal veya hizmetin gerçek kart sahibine tesliminden bankalar işyerlerini sorumlu tutmaktadırlar.

İnternet üzerinden yapılan elektronik ticaret işlemlerinin güvenli hale getirilmesi konusunda VISA tarafından geliştirilen 3-D Secure protokolü Mastercard tarafından da kabul edilmiş, bir uygulama şartı olarak getirilmiştir. Bu sayede hem kart hamilleri hem de üye iş yerleri olası sahtekârlıklara karşı güvence altına alınır. Bir sanal mağazada ve internet alışveriş sayfasında “**Verified by Visa®**” veya “**MasterCard® SecureCode**” logoları bulunuyorsa o sanal iş yerlerinde 3 D Secure uygulaması olduğu anlaşılır.

Kart hamilleri 3D Secure sistemine internet bankacılığı yoluyla kaydolarak işlemlerin daha güvenli hale getirirler. 3D secure sistemine kaydolun müşteri internet üzerinden MO tipi alışveriş yapmak isterse bankaya kayıtlı cep telefonuna bir şifre gelmektedir. Bu şifre müşteri tarafından internet alışveriş sayfasına girdiğinde sözleşme tamamlanmaktadır. Görüldüğü gibi 3D Secure uygulaması, hem müşteri tüketiciyi hem de internet üzerinden mesafeli satış yaptıran sanal mağazayı korumaktadır.

cc) 5664 Sayılı Kredi Kartları Kanun Uygulaması

5664 sayılı Kanun’un 18/II maddesi; “Üye işyeri, 20 m. uyarınca harcamaya belgesi düzenlenmeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla veya sipariş formu vasıtasıyla işlem yapılmasına olanak sağlamak üzere kuracakları sistemlerin güvenli bir şekilde çalışmasını temin etmekte yükümlüdür.” denil-

mektedir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, üye işyeri konumundaki sanal mağazalar, internet yoluyla dava konusu alışveriş sistemini kurarken müşterilerini kredi kartı dolandırıcılarından korumak için en güvenli sistemi sağlamamakla zorunludur. Eğer üye işyeri davalı internet yoluyla yapılan alışverişlerde dolandırıcılık risklerini minimize eden 3 D Secure, güvenlik altyapısı sistemini kurdurtmaması 5464 sayılı Kanunun 18/II maddesi anlamında bir kusur olarak değerlendirilir.

Yine 5464 sayılı Kanunun 32. maddesinde “ *Kart numarası bildirilmek suretiyle üye işyerinden telefon, elektronik ortam, sipariş formu veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılan işlemlerden doğacak anlaşmazlıklarda ispat yükü üye işyerine aittir.*” denilmektedir. Buna göre, sanal mağaza kredi kartıyla mesafeli işlem akdeden üye işyeri yaptığı işlemin kredi kartı sahibine fiziken teslim ettiğini teslim fişi vs. gibi belgelerle ispat edebilir. Download yoluyla ifa edilen dijital mallarda ise, ancak IP adresi ya da MAC adresine indirme yapıldığı ispat ederek sorumluktan kurtulabilir.

5464 sayılı kredi kartları kanununun madde 16 hükmü uyarınca kart hamilinin ağır kusurlu veya kasıtlı hareket etmemesi şartıyla, kredi kartının haksız kullanımı halinde banka, son 24 saatteki yapılan harcamalardan sorumludur. Yargıtay yerleşik uygulaması bu gibi durumlarda tüketici ve satıcıyı kusur oranlarına göre oluşan zarardan sorumlu tutmak yönündedir. Kredi kartını ve bu kartın şifresini koruma yükümlülüğü kart hamilinin üzerindedir. Buna karşılık, bankalar da kredi kartının kötüye kullanılması halinde zararın doğumunu önlemek bakımından müterafik (ortak) kusurlu olabilirler. Hatta bankaların kusuru bazı durumlarda o kadar ağır olabilir ki zararın tamamından müşteri tüketiciyi değil de bankayı sorumlu tutmak icab eder. Somut uyuşmazlıkta hakimler bilirkişi incelemesi yaptırarak kusur durumuna göre tarafların sorumluluk miktarını tayin etmektedirler.²¹

Yargıtay 13. HD, 02.11.2010, 2010/4928 E., 2010/16043 K. sayılı ilamında “... *kart hamili, kart ve şifreyi iyi muhafaza etmekle yükümlüdür. Şifrenin güvenli bir şekilde muhafaza edilmemesi halinde kart hamili ağır kusurlu olacağından zarardan tümü ile kendisi sorumludur...*” şeklinde karar vermiştir. Buna göre Yargıtay, şifre kullanılarak kredi kartı ile yapılan alışverişte kart hamilinin ağır kusurlu kabul ederek, ihbar anına kadar yapılan harcamalardan hamilin sorumlu olacağını kabul etmektedir. Ancak bunun için banka kredi kartı kullanımı ile ilgili çağın gerektirdiği tüm önlemleri aldığını ispat etmek zorundadır²².

²¹ KARA, s. 1025.

²² KARA, s. 1026.

b) Elektronik Para İle Ödeme

İnternet üzerinden para transferine olanak sağlayan sistemlere genel olarak elektronik para denilmektedir. Elektronik para sisteminde kağıt veya maddenî para şeklinde cisimlenmiş fiziki varlığı olan bir metanın değış tokuşu söz konusu değildir. Bu sistemde fiziksel teslimin yerini elektronik sinyaller (impulse) yoluyla oluşturulmuş mekanizma almaktadır. Elektronik para, ya akıllı kartlara (smart card) ya da internet aracılığıyla müşterinin bilgisayarına bir ödeme kurumu tarafından önceden yüklenmiş bir değeri ifade etmektedir.

Dünyada ilk akıllı para sistemi First Virtual Bank 1996 yılında kredi kartını esas alan güvenli bir internet ödeme mekanizması geliştirmiştir. Bu sistemde müşteri, ilk önce kredi kartı numarasını First Virtual'a vererek abone olmakta ve bir PIN numarası almaktadır. Müşteri aldığı bu PIN numarası ile Web sitesini ziyaret ettiği satıcı ile alım satım işlemini gerçekleştirmektedir. First Virtual, satış bedelini isteyen satıcıya müşteriden e- maille onay aldıktan sonra ödeme yapmakta, daha sonra da müşterinin kredi kartından yaptığı bu ödemeyi tahsil etmektedir²³.

Türkiye'de ilk elektronik para, 27.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6493 sayılı "Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun" ile yasal düzenlemesine kavuşmuştur. Bu Kanuna dayalı olarak 27.0.2014 tarihli Resmi Gazete'de üç adet yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 6493 sayılı Kanun'da elektronik para, ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon (banknot, kaydi para) karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değer, olarak tanımlanmıştır.

Bankalar ve elektronik para çıkarma izni verilen elektronik para kuruluşları elektronik para ihracı faaliyetinde bulunabilirler. Elektronik para ihraç eden kuruluş, aldığı fon (para) kadar elektronik para ihraç edebilir. İhraççı kuruluş topladığı bu fonları Merkez Bankasındaki özel bir hesaba bloke eder. Elektronik paranın hukuken en önemli niteliği, "yasal ödeme-legal tender" yerine geçmesidir. Bu nedenle yeterli alt yapısı bulunan bir kuruluş, elektronik para ile yapılan ödemeyi herhangi bir kesinti yapmadan, kabul etmek zorundadır.

E-para ile alışverişin muhtemel işleyişi aşağıdaki gibi olacaktır:

- Alışverişlerinde elektronik para kullanmak isteyen kişi, elektronik para kuruluşunda açacağı hesaba belli miktarda TL yatırarak aynı miktarda e-para alacaktır.

²³ TOPALOĞLU, s. 203-204.

- Bu e-para sistemini kabul eden kuruluşa ibraz ederek, alışverişlerde elektronik para transferi P2P (peer-to-peer) olarak gerçekleştirecektir.
- Satışları karşılığında e-para kabul eden firmalar, sahip oldukları e-paraları kendi alımlarında kullanabileceği gibi, elektronik para kuruluşunda TL'ye çevirebilecektir.

c) Elektronik Çekle Ödeme

ABD'de finans kuruluşları, halkı elektronik ödeme sistemlerini kullanmaya yönlendirmek için elektronik çeki bir alternatif olarak ortaya çıkarmışlardır. Çekle ödemenin elektronik ödeme sistemlerinden üstün bir yanı vardır. Çek yazılıp karşı tarafa teslim edildikten sonra bankadan ödeme yapılıncaya kadar ödemeyi durdurmak mümkündür. Elektronik çekte de bu imkan vardır.

Dünyada ilk defa elektronik çek sistemi 1998 yılında pilot proje olarak başlamıştır. Söz konusu "e-check", kağıt bazlı bir çekin dijital imza ile yaratılmış elektronik versiyonudur. Borçlu müşteri kendi ekranında beliren elektronik çeki kağıt bazlı bir çek gibi doldurur ve dijital imzasıyla imzalarak alacaklının bilgisayarına gönderir. Alacaklı da bu çeki kendi bankasına elektronik ortamda ulaştırır. Alacaklının bankası, söz konusu elektronik çeki borçlu müşterinin bankasından tahsil ederek alacaklının kendi nezdindeki hesabına aktarır.

Türk Elektronik İmza Kanununa göre dijital imza yasal olarak el ile atılan imzanın sonuçlarını doğurmaktadır. Fakat çekteki imzanın mutlaka el yazısı ile atılmasını isteyen Türk Ticaret Kanunu açısından dijital imza ile oluşturulmuş elektronik çek, "çek" olarak kabul edilemez. Buna karşılık, elektronik çekle yapılan bir ödemenin "amacıyla yapılmış bir ödeme sayılmasına" engel olan bir kanun hükmü yoktur²⁴.

2. Satıcı ve Sağlayıcının Yükümlülükleri

Satıcı ve sağlayıcın mesafeli sözleşmelerde en önemli borcu üstlendiği mal ve hizmet edimini ifa etmektir. TKHK'nın 48. Maddesinin 3. Fıkrasında mesafeli satışların satıcı veya sağlayıcı tarafından ifa edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre; "Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her hâlükârda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir."

a) Sözleşme Konusu Mal ve Hizmetin Teslimi

Mesafeli satışlarda, sipariş edilen mal veya hizmetin satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettikleri sürede ulaşamaması, tüketicilerin yaşadığı en büyük

²⁴ TOPALOĞLU, s. 207-208.

problemlerden biridir. Bu nedenle, ile satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettikleri süre içerisinde edimini yerine getirmesi zorunlu kılınmış olup, aksi bir durumda tüketicinin sözleşmeyi feshedeceği düzenleme altına alınmıştır.²⁵

Eski Mesafeli Satışlar Yönetmeliğinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, satıcı veya sağlayıcı, tüketici tarafından kendisine siparişin iletildiği günden itibaren en geç otuz gün içinde sipariş konusunu ifa edilmesi gerektiği düzenlenmiş ve bu sürenin taraflarca en fazla on gün daha uzatılabileceği düzenlenmişti.

Kanun koyucu tüketicilerin bu nedenle daha fazla mağduriyet yaşamaması için 6502 sayılı TKHK'nın madde 48/3 fıkrada yaptığı yeni düzenlemede, "*Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Yeni Mesafeli Satışlar Yönetmeliğinin 16 (1) maddesinde de aynı hüküm tekrar edilmiştir. Buna göre, satıcı ve sağlayıcı mesafeli sözleşmede öngörülen sürede teslim borcunu yerine getirecektir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin ön bildirimle ilişkin 5 (1-f) maddesinde teslimatla ilgili bilgilerin tüketiciye verilmesi şart koşulmuştur. Teslimatla ilgili bilgi doğal olarak teslim süresini de içermesi gerekir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (2) maddesine göre ön bilgiler aynı zamanda sözleşmeye de zorunlu olarak alınması gerekeceğinden, mesafeli sözleşmede satıcı ve sağlayıcının tüketiciye mal ve hizmetin teslim etmesi gereken süre de belirtilmelidir. Hatta bu teslim süresi satıcı veya sağlayıcının bir taahhüdü olarak sözleşmede yer almalıdır.

6502 sayılı Kanun 48 (3) ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 16 (1) maddesinde, mal ve hizmetin teslim süresinin başlangıç tarihi de belirtilmiştir. Buna göre satıcı veya sağlayıcın tüketiciye mal veya hizmet teslim süresi "*tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren*" başlayacaktır. Sürenin başlangıcına ilişkin bu kural, tüketiciyi koruyan emredici bir hüküm olduğu için taraflarca aksi kararlaştırılmaz.

Kural olarak mesafeli sözleşmelerde teslim süresi satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında işlemin niteliğine ve tarafların durumuna göre belirlenecektir. Ancak Kanun Koyucu yalnızca mal teslimleri bakımından teslim süresine bir üst sınır getirmiştir. Buna göre satıcının mal satışlarında ilişkin teslim süresi hiçbir durumda 30 günü geçemez. Mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde taraflar daha uzun süre öngörseler bile Kanun hükmü gereği satıcı ya da sağlayıcının 30 gün içinde mal teslim borcunu yerine getirmeleri

²⁵ Madde gerekçesinden

gerekir. Ancak mal teslimine ilişkin 30 günlük kanuni sürenin sadece mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelere ilişkin olduğunu bunun dışındaki hizmet sunumlarını kapsamadığını belirtmek isterim.

b) Teslim Borcunu İfa Etmemenin Sonuçları

6502 sayılı TKHK m.48 (3). “Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.” Hükümünü içermektedir. Buna göre, satıcı veya sağlayıcı, mal satışlarında 30 günü geçmeyen sürede diğer mesafeli sözleşmelerde taahhüt edilen sürede teslim borcu yerine getirilmemişse tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Teslim borcunun yerine getirilmemesi tüketici açısından haklı bir fesih nedeni oluşturmaktadır.

6502 sayılı TKHK’da teslim borcunun yerine getirilmemesi özel bir fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Buna göre satıcı veya sağlayıcının teslim borcunu yerine getirmemesi fesih hakkının doğumu için yeterlidir. Süresinde mal veya hizmeti teslim etmeyen satıcı veya sağlayıcının kusurlu olup olmaması fesih açısından önemli değildir. Satıcı veya sağlayıcı kusurlu olmasa bile süresinde teslim gerçekleştirilmemişse tüketicinin sözleşmeyi fesih hakkı doğar.

Her ne kadar 6502 sayılı TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi ibaresi kullanılmışsa da burada fesih değil teknik anlamda bir sözleşmeden dönme söz konusudur. Zira, tüketici sözleşmenin feshi yönünde beyanda bulunmakla sözleşme baştan, kurulduğu andan itibaren geçersiz hale gelmektedir. İşte bir tarafın bozucu yenilik doğurucu bir beyanla sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz hale getirmesine dönme denilmektedir²⁶. Sözleşmeden dönmeyi düzenleyen TBK m.125/III hükmünde “Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.” denilmektedir. Fesih ise sürekli borç ilişkilerini geleceğe yönelik olarak sona erdirmeye yönelik bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁷. Mesafeli sözleşmelerin sürekli değil de ani edimli bir sözleşme olmaları ve sözleşmenin baştan itibaren sona erdirilerek edimlerin iade edilmesi gerektiğine yönelik Yönetmelik hükmü dikkate alındığında burada fesih değil de dönmenin söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır. Maalesef Kanun Koyucu teknik hukuki bir konuda kavramları kullanırken özensiz davranmıştır.

²⁶ EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 120.

²⁷ EREN, s. 1259.

Teslimat borcunu yerine getirilmemesi nedeniyle dönme (fesh) halinin sonuçları Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 16 (3) maddesi “ *Sözleşmenin feshi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri fesih bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 1'inci maddesine göre belirlenen kanuni faiziyle birlikte geri ödemek ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri iade etmek zorundadır.*” hükmünü içermektedir. Buna göre dönme hakkını kullanan tüketiciye satıcı ve sağlayıcı sözleşme konusu mal ve hizmet nedeniyle tahsil ettiği tüm bedelleri 14 gün içinde iade etmek zorundadır. Satıcı ve sağlayıcı, tüketiciden tahsil ettiği teslimat, ambalajlama ve benzer diğer bir masrafları da aynı sürede ödemek zorundadır. Her ne kadar Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde açıklık yok ise de, teslimat ve diğer masrafları satıcı veya sağlayıcıdan başka üçüncü bir kişiye ödemede bulunan tüketiciye dahi bu masrafların ödenmesi gerektiği kanaatindeyim. Tüketiciden tahsil edilen sözleşmeyle ilgili bedelleri ödeme borcu, dönme beyanını satıcı veya sağlayıcıya ulaştığı andan itibaren başlamaktadır.

Dönme beyanında bulunan tüketiciye ödenecek bedeller 3095 sayılı Faiz Kanununun birinci maddesine göre belirlenen adi işlere uygulanan kanuni faiz oranından temerrüt faizi ödenecektir. Bu faiz oranı da şu anda %9'dur. Faizin başlangıç tarihi dönme beyanın satıcı veya sağlayıcıya ulaştığı tarihtir.

Satıcı veya sağlayıcı dönme beyanında bulunan tüketiciye mesafeli sözleşme uyarınca almış olduğu kıymetli evrakı ve diğer belgeleri de aynı süre içinde iade etmek zorundadır. Satıcı veya sağlayıcı tüketiciden mesafeli sözleşmeye dayanarak kıymetli evrak olarak bono veya çek almışsa ve bunları kendi uhdesinde tutmaktaysa tüketiciye iade edecektir. Acaba söz konusu bono veya çek satıcı veya sağlayıcı tarafından üçüncü kişilere ciro edilmişse nasıl bir çözüm bulunacaktır? 6502 sayılı TKHK m.4 (5) hükmünde “ *Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir.*” denilmektedir. Bu hüküm uyarınca tüketiciden alınacak kıymetli evraklar nama yazılı olacağından, bu senetler emre yazılı senetler için 6102 sayılı TTK m.687 (1)de öngörülen ciro soyutluğundan yararlanılamaz. Ancak alacağın temliki yoluyla devredilebilen tüketiciden alınan senetler için TBK m.188/I uyarınca satıcı veya sağlayıcıya karşı ileri sürülebilen mesafeli sözleşmeden dönülmesi nedeniyle senedin geçersiz hale geldiğine ilişkin şahsi defii tüketici tarafından da senedi devreden üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir. Bunun için açılması gereken

dava masraflarının da tüketici tarafından satıcı ve sağlayıcıya rücu edilebileceğini belirtmek gerekir.

Dönme hakkını kullanan tüketici masraf iadesi ve senet iadesi dışında da sözleşme konusu mal ve hizmetin teslim edilmemesi nedeniyle ayrıca zarara uğramışsa TBK m.125/III'te yer alan *“Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”* hükmü uyarınca uğramış olduğu olumsuz (Menfi) zararın giderilmesini de isteyebilir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde satıcı veya sağlayıcı açısından imkansızlık hali de düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 16 (4) maddesinde, *“Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur. Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaşması olarak kabul edilmez.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre, mal ve hizmet tesliminde imkansızlık durumu ortaya çıkarsa satıcı veya sağlayıcı bu durumu öğrendiği tarihten itibaren yazılı veya kalıcı diğer bir elektronik medya ortamında tüketiciye bildirmek zorundadır. Yönetmelik uyarınca malın stokta bulunmaması imkansızlık sayılmaz denilerek, sübjektif değil de objektif bir imkansızlık halinin kastedildiği dolaylı olarak ifade edilmiştir. Sözleşme konusu mal veya hizmeti temini sadece satıcı veya sağlayıcı için değil de herkes için imkansızsa, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği anlamında da imkansızlaşmış sayılır. Örneğin malın ithalatının yasaklanması veya fabrikada üretiminin durdurulması hallerinde herkes için imkansızlık söz konusudur. Yok eğer, mal veya hizmeti temin etmek mümkün ama sözleşmenin tarafı olan satıcı bu malı temin edemiyorsa bu durum imkansızlık olarak sayılmaz. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği *“Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaşması olarak kabul edilmez.”* demek suretiyle bu duruma işaret etmek istemiştir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği anlamında geçerli ve kabul edilebilir bir imkansızlık durumu var ise satıcı veya sağlayıcı bu durumu tüketiciye bildirdikten başka tahsil ettiği mal ve hizmet bedelini 14 gün içinde tüketiciye iade etmek zorundadır. Ayrıca, sözleşmeden dönme halinde olduğu gibi ayrıca tüketicinin teslim ve benzer masraflarını da tüketiciye iade etmek zorundadır. Eğer satıcı ve sağlayıcı imkansızlık nedeniyle almış olduğu mal bedelini ve diğer masrafları belirtilen 14 günlük sürede öderse herhangi bir faiz ödemek zorunda değildir. Ancak bu 14 günlük süre dolmasına rağmen ödeme yapmamışsa temerrüt faizi ödemek zorunda kalabilir.

c) Kayıp ve Hasarlardan Sorumluluk

Eski BK uyarınca cins satımlarında ise hasarın alıcıya intikali için yalnız satış sözleşmesinin kurulmuş olması yeterli olmayıp, ayrıca satılan çeşidin ayırt edilmiş olması gerekliydi. Yani cins satımında ayırt etme yok ve hasar gerçekleşirse buna alıcı değil satıcı katlanmaktaydı. Bu düzenlemenin kaynağı, Roma Hukuku'nda "Genus Non Perit", yani "Nevi Telef Olmaz" ilkesi olup buna göre, parça ve sınırlanmış cins borçlarında satım sözleşmesinden sonra alıcı malı teslim almasa bile hasara katlanmaktaydı

Yeni TBK 208/I, parça ve cins borcu ayırımı yapmadan bütün taşınır satımlarında hasar ve yararın teslim ya da zilyetliğin devri anında alıcıya geçeceğini öngörmüştür. Ayrıca, yeni düzenlemeden sonra, cins borçları bakımından "ayırt edilme veya belirleme" kavramları da hukuki önemini yitirmiştir.

TBK m.208/II'ye göre taşınır satışlarında, eğer alıcı satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşerse, zilyetliğin devri gerçekleşmiş gibi yarar ve hasar alıcıya geçecektir. Aynı kural alıcının taşınmazı teslim almadan kaçınması halinde de uygulanır.

Mesafe veya gönderme satışlarında, satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer. Eski BK'da mesafe satışlarında parça satışı söz konusu ise, satım sözleşmesinin yapıldığı an; cins satışı ise ayırt etme anında hasar alıcıya geçiyordu. Yeni TBK m.208/III'te "*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.*" denilerek, esasen hasarın alıcıya geçtiği anı biraz daha öne almış olmaktadır²⁸.

Böylece yeni TBK madde 208'deki düzenleme ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonu (CISG) 66 ila 70. maddelerinde düzenlenen hasarın intikali hükümlerine paralel düzenlemeler getirilmiştir. Zira CISG m.69, alıcının malları teslim aldığı anda hasarın kendisine geçeceği düzenlenmektedir²⁹.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 17. maddesi "*(1) Satıcı, malın tüketicisi ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasarlardan sorumludur.*"

²⁸ M. TOPALOĞLU, Satış ve Ticari Satış ile Mal ve Hizmet Tedarikine İlişkin Türk Hukukunda Yapılan Değişiklikler, *Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Semineri Bildiriler Kitabı*, 15-16 Mayıs 2014, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, s. 67-68.

²⁹ B. ÇETİNER, *Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 20-21.

(2) *Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir.*" hükmünü içermektedir. Buna göre mesafeli satışlarda satım konusu malın tüketiciye veya onun adına üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan her türlü hasar ve kayıp satıcıya aittir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 17. maddesi mesafeli satışlarda taşıyıcıya teslimde dahi satıcıyı hasar ve kayıptan sorumlu tutarak TBK m.208/III'de öngörülen mesafe ve gönderme satışlarından farklı bir kural getirmiştir. Halbuki, TBK m.208/III'e göre, gönderme satışlarında malın taşıyıcıya teslimi ile hasar alıcıya geçmektedir.

Mesafeli Sözleşmelerde taşıyıcıya teslimde tek bir halde maldaki hasar veya kayba alıcı tüketici katlanacaktır. Bu hal de tüketicinin satım konusu malın satıcının belirlediği taşıyıcıya teslimini istemesidir. Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir. Bunun dışında mesafeli sözleşmelerde malın taşıyıcının zilyetliğindeki hasar veya kayba uğraması durumunda hukuki sorumluluk satıcıya aittir. Böyle bir sorumluluğun sonucu da satıcının teslim süresi içinde malı teslim etmemiş sayılarak buna ilişkin hukuki yaptırımlara maruz kalacağıdır. Örneğin; tüketicinin internet üzerinden satın aldığı akıllı telefonunun kaybolması durumunda, satıcı, tüketiciye satış bedelini iade etmek zorundadır. Ancak satıcının sorumlu olduğu hasar ve kayba rağmen henüz teslim süresi dolmamışsa satıcının tüketiciye yeni bir mal (Telefon) gönderme hakkı bulunmaktadır.

H. TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI VE SONUÇLARI

1. Genel Olarak Tüketicinin Cayma Hakkı

Mesafeli sözleşmelerde tüketici, yapılan sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Bu hakkın kanun koyucu tarafından tüketiciye tanınmasının sebebi, yapılan sözleşmenin tüketici yönünden önemli sakıncaları ve riskleri bulunmasıdır.

Tüketici, cayma kullanarak hiçbir gerekçe göstermeden tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını önleyerek geri alma etkisi yaratmaktadır. Bu açıdan tüketicinin cayma hakkı karşı tarafa ulaştırılması gereken geri alma beyanına benzemektedir³⁰. Geri alma hakkı veya cayma

³⁰ Ç. ÖZEL, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 168-169.

hakkı geçerli olarak kurulan bir sözleşmede geçici bir dönem için tüketici açısından tek taraflı bağlamazlık sonucu ortaya çıkarmaktadır. Cayma hakkını kullanma süresi geçtiği halde cayılmayan mesafeli sözleşme, tamamen geçerli bir sözleşme haline gelmektedir.

Cayma hakkı için öngörülen süre hak düşürücü süre niteliğindedir. İtiraz niteliğinde olan bu sürenin cayma hakkının kullanıldığı tarih itibarıyla dolup dolmadığı hakim tarafından resen dikkate alınır.

Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde işyeri dışında kurulan (kapıdan satış) sözleşmelerindeki cayma hakkına ilişkin düzenlemeleri paralellik göstermektedir³¹. Bunun sebebi de Avrupa Birliği Tüketicinin Korunması Direktifinde her iki kurumun aynı anda düzenlenmiş olmasıdır.

6502 sayılı TKHK m.48 (4) *“Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutad kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.”* hükmünü öngörmektedir.

Yapılan bu düzenleme ile tüketici 14 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Eski Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde cayma süresi yedi gündü. Yeni Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde cayma süresi AB Tüketicinin Korunması Direktifine uygun olarak 14 güne çıkarılmıştır.

Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim 14 günlük cayma süresi içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Tüketici, cayma bildirimini yazılı olarak ya da telefon, fax veya e-mail ya da internette başka bir medya yoluyla gönderebilir. Fakat ispat kolaylığı bakımından yazılı ya da güvenli elektronik imzayla elektronik yoldan gönderim tercih edilmelidir. Cayma hakkı kullanırken kolaylık olması bakımından Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ekinde bulunan cayma formu kullanılabilir. Hatta söz konusu cayma formunu elektronik formatta dahi indirerek kullanmak mümkündür. Ancak cayma hakkının kullanılması için şekil zorunluluğu olmadığı için bu

³¹ A. KARAKOCALI/A. KURŞUN, Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), Aristo Yayınevi, İstanbul 2015, s. 161.

formun kullanılması şart değildir. Cayma iradesinin ve cayılan sözleşmeye ilişkin bilgilerin bulunması yeterlidir.

Cayma süresinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde düzenlemiştir.

Yönetmeliğin 9. Maddesinin 2. ve 3. Fıkrasına göre; “(2) Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir.

(3) Cayma hakkı süresinin belirlenmesinde;

a) Tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son malı teslim aldığı gün,

b) Birden fazla parçadan oluşan mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,

c) Belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün

esas alınır.”

Cayma hakkı süresinin hesaplanmasında, bildirimimin satıcı veya sağlayıcılara varması veya onun tarafından öğrenilmiş olması şartı aranmaz. Tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirildiğini ispat etmek ise satıcı veya sağlayıcının yükümlülüğüdür. Satıcı veya sağlayıcının ispat külfetini yerine getirebilmesi açısından bilgilerin saklanması zorunludur.

Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu 14 günlük süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Ancak Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için 14 günlük süre ile bağlı değildir. Her halükarda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.

Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutad kullanımı sebebi ile meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir. Cayma hakkı sözleşmede herhangi bir şarta bağlanamaz.

14 günlük cayma hakkı süresinin nasıl hesaplanacağı konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, yönetmelikte bu konuda ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı konusunda, kanunun verdiği yetki uyarınca yönetmelik madde 9 vd. maddelerinde ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Yapılan düzenlemelerde, mesafeli sözleşmelerin

özellikleri dikkate alınmıştır. Cayma hakkı süresi, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen 3. Kişinin malı teslim aldığı gün; hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulduğu gün başlar. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içerisinde de tüketici, cayma hakkını kullanabilir. Bu nedenle sözleşme niteliğinin belirlenmesi cayma süresinin başlangıcının saptanması açısından zorunludur.

Mesafeli sözleşmelerde, sözleşmenin mal teslimi veya hizmetin ifasına yönelik olmasına göre cayma hakkı süresinin başlangıcı farklılık gösterir. Buna göre cayma süresinin başlangıcı;

- a. Mal teslimine yönelik sözleşmelerde, malın teslim tarihinden itibaren,
- b. Hizmet ifasına yönelik sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu tarihten, Cayma süresi olan 14 günlük süre başlar.

Bu nedenle mal teslimine yönelik mesafeli sözleşmelerde sözleşme konusu mal fiilen tüketiciye teslim edinceye kadar veya malın tüketiciye teslim edilmiş sayıldığı tarihe kadar cayma hakkı süresi işlemez. Buna karşılık, hizmet ifasına yönelik sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren 14 günlük cayma hakkı süresi başlar. Yargıtay yerleşik uygulaması bu yöndedir.

Buna göre cayma hakkı süresinin belirlenmesinde;

- a. Belirli bir süre boyunca düzenli olarak mal tesliminin yapıldığı sözleşmelerde tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün esas alınır.
- b. Birden fazla parçadan oluşan mallarda tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,
- c. Tek sipariş söz konusu olmasına rağmen birden fazla teslimat yapılacaksa tüketicinin veya tüketici tarafında belirlenen üçüncü kişinin son malı teslim aldığı gün,

Satıcının malı taşıyıcıya teslim etmesi, tüketiciye yapılan teslim olarak kabul edilmez. Mal teslimi ile hizmet ifasının birlikte yapıldığı sözleşmelerde mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanır.

Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmek satıcı veya sağlayıcının görevidir. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için 14 (on dört) günlük süreyle bağlı olmaz. Bu süre her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.

Cayma hakkına ilişkin 14 günlük sürenin hangi hallerde bir yıla uzayacağı, 6502 TKHK'nın 48. Maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bun-

lardan en önemlisi sözleşme öncesi veya sözleşme yapılırken tüketiciye yönelik bilgilendirmelerin eksik veya yanlış yapılması durumudur. Satıcı veya sağlayıcı tüketiciyi cayma hakkı konusunda yeterince bilgilendirmemiş ise tüketici, 14 günlük cayma süresinin dolduğu tarihten itibaren 1 (bir) yıl içinde cayma hakkını kullanabilir. Aynı şekilde 14 günlük cayma hakkı süresinin 1 (bir) yıla uzamaması için satıcı veya sağlayıcı Kanunda ve ilgili Yönetmelikteki yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde cayma hakkına ilişkin süre işlemeye başlamaz ve tüketici aynı şekilde 14 günlük sürenin bittiği tarihten itibaren, 1 (bir) yıl içerisinde cayma hakkını kullanabilir.

Satıcı veya sağlayıcı bu eksikliği sözleşmenin kurulmasından sonraki bir safhada giderirse, 14 günlük cayma süresi o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Yani satıcı veya sağlayıcının, yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmemiş olmasının yaptırımı, tüketicinin 14 günlük cayma hakkı süresine ilaveten 1 (bir) yıl içerisinde cayma hakkını kullanabilmesidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, 6502 TKHK'nın 48. Maddesinin 4. fıkrasında yapılan düzenleme uyarınca, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiği konusunda ispat yükü satıcı ve sağlayıcının üzerindedir. Kanun koyucu tarafından kabul edilen bu karine tüketici lehine olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple satıcı veya sağlayıcı bu karinenin aksini ispat etmediği takdirde tüketiciye yönelik bilgilendirmenin yapılmadığı kabul edilir.

2. Cayma Hakkının İstisnaları

Tüketicinin cayma hakkına sahip olması, bazı durumlarda hukuken vicdanları tatmin etmeyebilir. Kanun koyucu bunu önlemek adına 6502 TKHK 48. Maddenin 6. fıkrasında düzenleme yaparak, kapsam dışı sözleşmelerin yönetmelikte tespit edileceğini hükme bağlamıştır. Yönetmelikte yapılan düzenlemede, cayma hakkının istisnaları ayrıntılı şekilde gösterilmiştir. Buna göre taraflarca yapılan sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, tüketici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanabilir.³² Bunlar;

a) Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

b) Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler.

c) Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler.

³² ASLAN, s.572

ç) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler.

d) Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler.

e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.

f) Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler.

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayri maddi mallara ilişkin sözleşmeler.

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

4. Cayma Halinde Tarafların Yükümlülükleri

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği cayma veya geri alma beyanının kullanılması halinde hem satıcı ve sağlayıcıya hem de tüketiciye bazı yükümlülükler yüklemiştir.

a. Satıcının Yükümlülükleri

Tüketicinin usulüne uygun şekilde cayma hakkını kullanması durumunda, satıcı veya sağlayıcı, tüketiciye iadesi gereken para, belge ve tüm araç ve gerecin iadesini sağlamaktır. (Yön m.12)

Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren 14 (on dört) gün içinde, varsa tüketiciye teslim masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür. Satıcı veya sağlayıcı, tüm geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf ve yükümlülük getirmeden tek seferde yapmak zorundadır. Örneğin, tüketicinin kredi kartı kullanarak ödeme yapması durumunda, iadenin asgari kredi kartına geri ödeme şeklinde yapması zorunludur. Satıcı veya sağlayıcı, iadeyi, tüketiciye nakit vermek sureti ile yapabilir. Çünkü nakit vermek tüketicinin daha lehine bir durumdur. Ancak tüketicinin özel nedeni olması halinde, nakit istemeden, aynı şekilde kredi kartına iade yapılmasını isteyebilir.

b. Tüketicinin Yükümlülükleri

Tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda, kendisine düşen bazı önemli yükümlülükler bulunmaktadır (Yön. M.13). Satıcı veya sağlayıcı malı kendisinin geri alacağına dair teklifte bulunmadıkça, tüketici cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini yönelttiği tarihten itibaren 10 (on) gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya veya yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorundadır. Ancak yapılan sözleşmede, satıcı veya sağlayıcının cayma halinde malın bizzat kendileri tarafından alınacağına yönelik bir taahhütte bulunması durumunda, tüketicinin malı iade yükümlülüğü yoktur.

Tüketici cayma süresi içinde malı; doğası, karakteristik özelliği ve işle-yişine uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olmaz (TKHK m.48/4, son cümle). Söz konusu malda meydana gelen değişiklik ve bozulmadan tüketicinin sorumlu tutulabilmesi için satıcı veya sağlayıcının cayma hakkının kullanımına ilişkin gereği gibi bilgilendirme yapması şarttır.

I. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Mesafeli sözleşmelerde tarafların borçlarını sözleşmeye uygun olarak ifa etmeleri halinde mesafeli sözleşme kural olarak sona erer. Satıcı ve sağlayıcı teslim borcunu ifa etmesi sadece asli edim yükümünü sona erdirir. Satıcı ve sağlayıcının TMK m.2 uyarınca sözleşme ilişkisinden kaynaklanan yan yükümü olan tüketiciyi koruma yükümü devam eder. Satıcının satım konusu malla ilgili Garanti Yönetmeliğinde öngörülen garanti süresi içinde ücretsiz tamir, bakım ve gerekirse arızalı malı değiştirme de bu yükümlülük kapsamındadır.

Mesafeli sözleşme tüketicinin süresinde cayma hakkını kullanmasıyla da sona erer. Cayma hakkı bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan cayma veya geri alma beyanın satıcıya ulaştığı anda mesafeli sözleşme kurulduğu tarihten itibaren sona erer.

Aynı şekilde satıcı veya sağlayıcın teslim süresi içinde mal ve hizmeti teslim etmemesi halinde tüketicinin dönme (fesih) beyanını kullanması da mesafeli sözleşmeyi sona erdirmeye nedenlerinden biridir.

Bunun dışında genel olarak sözleşmenin sona erme nedenleri olan tarafların bozma sözleşmesi (ikale) yapmaları, karşılıklı anlaşarak birbirlerini ibra etmeleri, yenilemede (tecdit) bulunmaları, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, takas, ifanın imkânsız hale gelmesi durumlarında da sözleşme sona erer.

Sözleşme yapan tüketicinin sözleşme yapıldıktan sonra ölmesi durumunda, sözleşmeden kaynaklanan haklar mirasçılara geçer. Buna karşılık gerçek

kişi satıcının ölmesi durumunda malı teslim borcu satıcının mirasçıları tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak satıcın şahsen üreteceği bir mal veya sağlayıcının şahsi olarak yerine getirmesi gereken bir hizmet edimi söz konusuysa satıcı veya sağlayıcının ölümü halinde objektiflik imkansızlık durumu ortaya çıkar. Böyle bir durumda satıcı veya sağlayıcının mirasçıları sadece tüketiciden aldıkları bedeli, kıymetli evrakı veya diğer borç sözleşmelerini tüketicie iade etmekle yükümlüdürler.

Satıcı veya sağlayıcının iflas eden veya tasfiye sürecine giren bir ticaret şirketi veya dernek vakıf gibi diğer bir tüzel kişi tacir olması durumunda, tüketicinin mesafeli sözleşmeden kaynaklanan her türlü alacak hakları tasfiye masasına girer. Böyle bir durumda tüketicinin alacakları tasfiye usulüne göre masaya kaydedilir. Satıcı veya sağlayıcının borcunu ifa etmemesi rizikosunu karşılayan bir sigorta olması durumunda, sigorta bedeli, sigorta şirketi tarafından tüketicie ödenir.³³

G. ZAMANAŞIMI

6502 sayılı TKHK'da mesafeli sözleşmeyle ilgili bir zamanaşımı süresi öngörülmüş değildir. Bu nedenle zamanaşımı konusunda Türk Borçlar Kanununun genel zamanaşımı hükümleri uygulama alanı bulur. Bu durumda mesafeli sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen özel sözleşme tiplerinden hangisine giriyorsa zamanaşımı süresini ona göre belirlemek gerekir.

Mesafeli sözleşme daha çok satım sözleşmesi şeklinde ortaya çıkar. Satım sözleşmesi konusunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmeden TBK m.146'da düzenlenen 10 yıllık genel zamanaşımı süresi satış nitelikli mesafeli sözleşmelere de uygulanır.

Buna karşılık mesafeli sözleşme konut kirası dışında bir kira ilişkisine aitse veya vekalet, hizmet ya da istisna akdinin unsurlarını taşıyorsa zamanaşımı süresi TBK m.147 uyarınca beş yıldır.

TBK m.149 uyarınca zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Buna göre satıcı veya sağlayıcının teslim borcuna ilişkin zamanaşımı süresi teslim süresinin sonunda başlar. Tüketicinin bedel ödeme borcu ise sözleşmede özel bir vade kararlaştırılmamışsa TBK m.90 uyarınca mesafeli sözleşmenin kurulduğu anda muaccel olur.

Süre hesabında zamanaşımının başladığı gün nazara alınmaz. TBK m.151'e göre de zamanaşımı sürenin son günü geçince gerçekleşmiş olur. Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer ferî alacaklar da zamanaşımına uğramış olur.

³³ KARA, s. 1038.

Zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesine ilişkin TBK m.153 ve 154 vd. Maddeleri mesafeli sözleşmelere de uygulanır. TBK m.153'te düzenlenen, vesayet, velayet, evlilik, hizmet ilişkisi, alacağı Türk Mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı hallerde zamanaşımı süresi durur. Zamanaşımı süresinin durmasına neden olan olay ortadan kalktığına durmuş olan zamanaşımı kaldığı yerden işlemeye başlar.

TBK m.154'e göre de mesafeli sözleşmenin borçlusunu, (duruma göre satıcı veya tüketici) borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse veya alacaklısı dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı süresi kesilir. Zamanaşımının kesen bu sebeplerden birinin her gerçekleşmesinde kesilen zamanaşımı yeni baştan işlemeye başlar.

KAYNAKÇA

- A. KARAKOCALI/ A. KURŞUN, Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), Aristo Yayınevi, İstanbul 2015.
- A. ZEVKLİLER/ H. AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- B. ÇETİNER, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Ç. ÖZEL, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.
- F. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- G. GÜNGÖR, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- İ. KARA, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015.
- J. DICKIE, Internet and Electronic Commerce Law in the European Union, Oxford-Portland- Oregon 1999.
- M. AYDOĞDU, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015
- M. DEMİR, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.
- M. TOPALOĞLU, Bilişim Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana 2005.
- M. TOPALOĞLU, Satış ve Ticari Satış ile Mal ve Hizmet Tedarikine İlişkin Türk Hukukunda Yapılan Değişiklikler, Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Semineri Bildiriler Kitabı, 15-16 Mayıs 2014, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti.
- Ö. YENİCE, Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Konvansiyonu Hükümlerine Göre Gönderme Satımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Ü. GEZDER, Erzurumlu Şerhi - Mesafeli Sözleşmeler, Beta Basım Yayın, İstanbul 2006.
- Y. ASLAN, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2015.