

TÜRK HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELER

- 97/7 SAYILI AB YÖNERGESİ DÜZENLEMELERİ İŞİĞİNDA BİR KARŞILAŞTIRMA -

*Dr.Iur. Savaş BOZBEL**

I. GİRİŞ

Teknolojinin ve özellikle son on yılda internet kullanımının artmasına paralel olarak mal ve hizmet pazarlama, sunma yöntemleri de çeşitlilik kazanmış; bu çeşitlilik hukuki problemleri de beraberinde getirmiştir. Bu hukuki problemleri çözmek amacıyla üniversitelerde bu alanda ayrı kürsüler kurulmuş, doktora tezleri ve diğer bilimsel çalışmalarla bu problemlere çözümler aranmıştır. Bu alandaki hukukun ne kadar hızlı geliştiğini anlamak için bu alanda son yıllarda yapılmış Avrupa Birliği düzeyindeki düzenlemelere bakmak yeterli olsa gerek¹.

Dünyadaki bu hızlı gelişmelere Avrupa Birliğine aday bir ülke olarak Türkiye'nin seyirci kalması beklenemezdi. Avrupa Birliği Mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde 4822 sayılı kanunla² 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna (TKHK)³ eklenen 9/A maddesi ile Türk Hukukuna „Mesafeli Sözleşme“ kavramı girmiştir. 4077 sayılı Kanunun 9/A maddesi ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 13.6.2003 tarihli yönetmeliği ile (aşağıda kısaca Yönetmelik olarak anılacaktır) mesafeli sözleşmeler konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir⁴. Aşağıdaki çalışmamızda, 'mesafeli sözleşme' kavramı açık-

* Balıkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Elemanı.

¹ Bunun için sadece „Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt“ direktifine bakmak yeterlidir; direktifin metni için bkz. ABİ EG v. 17.7.2000, L 178, S. 1.

² 4822 sayılı kanun için bkz. 14.03.2003 tarihli ve 25048 sayılı Resmi Gazete

³ Kanun hakkındaki açıklamalar için bkz. *Zevkililer*, Aydın; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001.

⁴ Buradaki açıklamalarımız „mesafeli sözleşmeler“ ile sınırlıdır. Bu noktada kanun koyununun, daha geniş bir kapsama sahip olan elektronik ortamda yapılan sözleşmeler (*Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr*) hakkındaki düzenlemeleri de bir an önce yapması yerinde olacaktır. Gerçekten bu konudaki Alman düzenlemesinde (§ 312e BGB vd.), elektronik ortamlarda yapılan sözleşmeler, satıcı ile bir müşteri arasında yapılmakta

landıktan sonra uygulama alanları ele alınıp, Avrupa Birliğinin 97/7 sayılı⁵ Yönergesi (kısaca AB Yönergesi olarak anılacaktır) düzenlemeleri ışığında gördüğümüz eksiklikler belirtilecektir.

II. MESAFELİ SÖZLEŞME KAVRAMI

1. Genel Olarak

4077 sayılı kanunun 9/A maddesine göre mesafeli sözleşme; yazılı, görsel, telefon⁶ ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketicie anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir. Burada hemen şunu belirtelim ki, mesafeli sözleşmeler hakkındaki hükümler, satım veya kira gibi başlıbaşına bir sözleşme tipini düzenlemeyip, yalnızca sözleşmenin akdedilme şeklini (kapıdan satışlarda olduğu gibi) düzenlemektedir⁷.

Gerçekten de mesafeli sözleşmelerde tanıyan cayma hakkının niteliği ve amacı düşünüldüğü takdirde, iletişim vasıtaları kullanılmak suretiyle akdedilen sözleşmeleri 'tecrübe veya muayene şartıyla satım' (BK. 219 vd.)' in türlerinden biri olarak nitelendirmek mümkündür⁸. Tecrübe veya muayene şartıyla satım, alıcının malı tecrübe veya muayene ederek beğenmesi (tasvip etmesi) iradi şartına bağlı olarak yapılan bir satım sözleşmesi çeşididir⁹. Satıcı açısından başlangıçtan itibaren şartsız olarak bağlayıcı olan bu sözleşmenin alıcı yönünden de bağlayıcı duruma gelmesi, onun tecrübe veya muayeneden sonra açıklayacağı beyanına ertelenmiştir¹⁰. Burada kural olarak geciktirici nitelikte bir iradi şartın varlığı sözkonusudur. İradi şartın gerçekleşmesi üzerine satım sözleşmesi başlangıçtan itibaren hükümlerini doğurur.

Mesafeli sözleşmeler açısından burada BK md. 221 anlamında tecrübe veya muayenin alıcı nezdinde yapıldığı bir sözleşme sözkonusudur. Bu hükme göre

ve sözleşmenin kurulması, tele-medya vasıtaları ile gerçekleşmektedir. Bu konudaki ilgili AB Yönergesi için bkz. ABIEG Nr. L 178 vom 17. 7. 2000, S. 1 = EuZW 2000, 526.

⁵ Die Richtlinie 97/7 EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz AB I EG Nr. L 144. s. 19.

⁶ Yönetmelikte yer alan mesafeli sözleşme tanımında 'telefon' yer almamaktadır, ancak bu uygulamada bir eksiklik teşkil etmeyecektir, zira kanun burada uygulama açısından esas alınacaktır.

⁷ Karş. *Meub*, Michael H.; Fernabsatz und E-Commerce nach neuem Recht, DB 2002, 359.

⁸ Burada sözkonusu olan, niteliği buna uygun olan mallardır. İnternette bir yazılım veya müzik parçasının indirildiği hallerde satım sözleşmesindeki edimler anında ifa edilir, alıcının burada malı muayene veya tecrübe etme imkanı yoktur.

⁹ *Yavuz*, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, I. Cilt, 2. Bası 1989, s. 151.

¹⁰ *Yavuz*, s. 151.

sözleşmede kararlaştırıldığı için veya satılanın tecrübe veya muayene edilmeksizin alıcıya teslim edildiği durumda, sözleşmenin veya âdetin tayin ettiği süre içinde veya böyle bir süre yoksa satıcının münasip bir süre bekledikten sonra yapacağı ihtarın sonunda alıcı satımı kabul ettiğini beyan etmezse, ya da satılan bu süre içinde veya ihtarın ardından hemen iade etmezse satım sözleşmesi tekemmül etmiş sayılır. Böyle bir durumda alıcının susması, satılanı zımnen kabul ettiği anlamına gelmektedir¹¹.

Mesafeli sözleşmede aslanan tüketici ile satıcı veya hizmeti sunanların karşı karşıya gelmemesi ve sözleşmenin iletişim araçları kullanılarak akdedilmesi-dir¹². Bu iletişim araçları, internet ortamında websiteler veya e-posta olabileceği gibi, klasik anlamdaki iletişim araçları yoluyla da, mesela mektupla, sözleşmenin kurulması gerçekleşmiş olabilir. Bu anlamda, adresli veya adresiz basılmış broşür ve hazır mektuplar, sipariş kartlı matbu reklamlar, kataloglar, kişilerin telefonla yaptığı reklamlar, daha önce otomatik olarak kaydedilmiş ses kayıtları olan voice-mail ve audio-metin sistemleri ile yapılan reklam ve satışlar, görüntülü telefon, teletekstler, faks ve tele-shopping denilen market tv sistemleri ve hatta sms¹³ ile yapılan sürüm şekillerinin hepsini mesafeli sözleşme kapsamı

11 BK md. 221 c. 2'de alıcının zımni kabulü sayılan bazı fiiller öngörülmektedir. Bu hüme göre, *alıcının ihtirazi bir kayıt beyan etmeksizin satım parasını tamamen veya kısmen ödemesi, satılanı başkasına temlik etmesi veya şeyi tecrübe için zorunlu olandan başka surette tasarruf eylemesi* halleri de kabul anlamına gelir, *Yavuz*, s. 154.

12 AB Yönergesindeki tanımdan hareketle (*der Lieferer "für den Vertrag bis zu dessen Abschluss einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken" verwenden muss*) sözleşmenin hazırlık safhasından akdedilmesine kadarki bütün aşamalarda 'iletişim araçları' kullanılması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Gerçekten de, aşağıdaki şekilde cereyan eden bir olayda, bir müşterinin daha önceden bildiği bir bilgisayar satış merkezine gidip oradaki müşteri temsilcisi ile bizzat görüşüp ve alacağı bilgisayarı da gördükten sonra eve gidip birkaç tane daha reklam ve kataloga baktıktan sonra mağazanın internet sitesinden veya e-posta ile bir bilgisayar siparişi vermesi durumunda bu sözleşmeye acaba mesafeli sözleşme hükümleri uygulanacak mıdır? Yönergenin yukarıdaki tanımına göre uygulanmaması gerekir. Zira sözleşmenin akdedilmesi safhasına kadarki olan bütün aşamalarda (*.. bis zu dessen Abschluss einschließlich des Vertragsabschlusses..*) iletişim araçlarının kullanılması gerekir. Bu konudaki tartışma için bkz. *Grigoleit*, Hans Christoph; besondere Vertriebsformen im BGB, NJW 2002, 1151, 1152 ve orada 12 nolu dipnotta sayılan literatür. İletişim araçlarından yalnızca birisinin kullanılması da şart değildir. İletişim araçlarının kombine olarak, televizyonun teletekst sayfasındaki telefonun aranması veya e-posta adresine e-posta gönderilmesinde olduğu gibi, kullanılması da mümkündür; ayrıntılı bilgi için bkz. *Meents*, Jan Geert; Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet, CR 2000, 610 vd.

13 Kısa mesaj servisi (short message service), .karş. *Schmittmann*, MMR 1998, 346 ff.

içinde değerlendirmek gerekir¹⁴. Elektronik ortamdaki siparişler, ürünün pazarlandığı websitesi üzerinden olabileceği gibi daha önce gönderilmiş e-postalara kullanıcının cevap ve sipariş vermesi şeklinde de olabilir. İnternette bir websiteye giriş esnasında ekranda görünen *pop-up* veya *banner*¹⁵ denilen reklam sayfalarına tıklanmasıyla ulaşılan sitelerdeki siparişleri de mesafeli sözleşme kapsamı içinde değerlendirmek gerekir.

2. TKHK md. 9/A Anlamında Mesafeli Sözleşmenin Unsurları

Kanundaki tanıma göre mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşme;

- tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yapılmış olmalı,
- bir malın teslimi veya hizmetin ifasına matuf olmalı¹⁶,
- yalnızca iletişim araçları kullanılmak suretiyle kurulmalı,
- ve buna ilaveten mesafeli sözleşmelerin hukuken uygulanmayacağı hallerden birisi olmamalı.

Mesafeli sözleşme, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yapılmalıdır. 4077 sayılı kanunun 3. maddesinde bu tanımlara yer verilmiştir. Buna göre;

- Tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi¹⁷,
- Satıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri¹⁸,

¹⁴ Karş. Niko *Härting*/Martin *Schirnbacher*, Fernabsatzgesetz – Ein Überblick über den Anwendungsbereich, die Systematik und die wichtigsten Regelungen, MDR 2000, 917 vd; ayrıca Alman hukuku açısından bkz. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/2658, S. 31; *Waldenberger* in Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, München, 1999, Teil 13.4 Rz. 111; *Meents*, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, Köln, 1998, S. 184; *Micklütz/Reich*, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, Baden-Baden, 1998, S. 3; *Bodewig*, DZWir 1997, 447 (448); *Hoffmann*, in Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz – Electronic Commerce, Stuttgart, 1999, S. 63; *Micklütz*, ZEuP 1999, 875 (876).

¹⁵ “*Pop-up*” denilen internet reklamlarında, kullanıcı bir websiteye girer girmez, kullanıcının isteği dışında otomatik olarak açılan küçük reklam pencereler sözkonusudur, ki bu pencerelerin kullanıcı tarafından kapatılması mümkündür. “*Banner*” denilen reklamlarda ise, bir websitenin genelde başlangıç kısmında sabit olarak yer alan reklam pencereleri sözkonusudur, bunlar sabit oldukları için kullanıcı tarafından kapatılmaları sözkonusu olmaz.

¹⁶ Bu anlamda mesafeli sözleşme hükümleri, satım sözleşmelerinden hizmet, eser, kira ve iş görme sözleşmelerine kadar geniş bir uygulama alanına sahiptir; bkz., Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/2658, S. 30.

¹⁷ Kanundaki tüketici tanımına tüzel kişilerin de dahil edilmesi çok ilginç. Zira ne AB Yönergesi ne de Almanya’daki düzenleme böyle bir içeriğe sahip.

- Sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri, ifade etmektedir.

Bu tanımdan hareketle,

- tüketici – tüketici,

- satıcı ile sağlayıcıların kendi aralarındaki işlemlerle

- tüketici – satıcı – sağlayıcı arasındaki, ticari veya mesleki amaçlarla mal ve hizmet alım – satımlarına mesafeli sözleşmeler hakkındaki hükümler uygulanmayacaktır.

Yine ayrıca Yönetmeliğin 11. maddesine göre;

a) Banka, sigorta ile ilgili,

b) Otomatik satış makineleri vasıtasıyla akdedilen,

c) Halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla akdedilen,

d) Açık arttırma yolu ile akdedilen,

e) Gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların tedariki ile ilgili,

f) Sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren,

sözleşmelere “mesafeli sözleşmeler” hakkındaki hükümler uygulanmaz¹⁹.

3. Mesafeli Sürüm Amacıyla Kurulmuş Bir Sistemin Gerekliliği

4077 sayılı kanunun 9/A maddesindeki tanımda yer almamakla birlikte, Avrupa Birliğinin 97/7 sayılı ve 20 Mayıs 1997 tarihli “*Mesafeli Sözleşmelerde (Fernabsatzverträge – distance contracts) Tüketicinin Korunması Hakkındaki*

¹⁸ Bu noktada hemen bir hususu da belirtmekte fayda var. Satıcı ve sağlayıcı tanımına tüzel kişiliğe sahip olmayan adi ortaklığı da dahil etmek gerekir. Pekala, üç kafadar bir araya gelip internet üzerinden ürün pazarlamasına girişebilirler. Bu halde, aralarındaki ilişki adi ortaklık olarak değerlendirilecek ve bu ortaklığın tüketicilerle internet üzerinden giriştikleri ilişkiye mesafeli sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Nitekim kendi hukukunda bu boşluğu gören Alman Kanun koyucusu, § 14 BGB’deki müteşebbis (Unternehmer) kavramına, *tüzel kişiliğe sahip şahıs şirketleri* (rechtsfähige Personengesellschaften) eklemiştir. Bilindiği gibi Alman Hukukunda, Türk Hukukunun aksine kolektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik tanınmamıştır, bkz. *Bozbel*, Savaş; İnternet üzerinden yapılan hukuki işlemler ve bu konudaki 97/7 sayılı AB yönergesi, Yargıtay Dergisi, 2001, s. 273-304.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi çalışmamızın VI kısmında ele alınmaktadır.

*Yönerge*²⁰ ninin 2. maddesinde mesafeli sözleşme (Vertragsabschluss im Fernabsatz); sağlayıcının, uzaktan sürüm için kurulmuş bir pazarlama veya hizmet sunma sistemi dahilinde²¹ iletişim tekniklerinden (*Fernkommunikationstechniken*) birini veya birkaçını kullanmak suretiyle tüketici ile akdettiği bir mal veya hizmete matuf her türlü sözleşme olarak tanımlanmıştır. Yönergenin tanımından anlaşılacağı üzere mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşmenin, mesafeli sürüme yönelik kurulmuş bir sistem dahilinde - taraflar karşı karşıya gelmeksizin - yalnızca iletişim tekniklerinden birisinin veya birkaçının²² kullanılması suretiyle akdedilmesi gerekir²³. Yani sağlayıcıların mal veya hizmetlerini kurdukları bir sistem dahilinde uzaktan sürüm şeklinde pazarlayacak ve tüketici ile aralarındaki kurulacak sözleşmelerde yalnızca iletişim tekniklerinden birini veya birkaçını kullanmaları aranacaktır²⁴. Alman kanun koyucusu

20 Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz - Amtsblatt Nr. L 144, 04.06.1997, s. 0019 – 0027; Yönerge metni için bkz. Ayrıca NJW 1998, 212 vd. Almanya'da bu yönergenin iç hukuka aktarılması amacıyla 30.06.2000 tarihinde Fernabsatzgesetz (FernAbsG) yürürlüğe girmiş (bkz. BGBl. I. S. 897), daha sonra 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve Alman Medeni Kanunu (BGB)'de köklü değişiklikler yapan Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BGBl. I 2001, 3138) ile BGB'ye § 312b vd. olarak eklenmiştir; ayrıntılı olarak bkz. *Bozbel*, Savaş; Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu (das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz), getirdiği değişiklik ve yenilikler, *Mevzuat Dergisi* Ağustos 2003, (www.basarm.com.tr). FernAbsG'nin bazı hükümleri ise, yeniden şekillendirilen "Bilgilendirme Yönetmeliğinde" (Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht, InfoVO, bkz. BGBl. I 2002 s. 324) düzenlenmiştir.

21 Yönergenin Almanca metnindeki ifade ile (*.. im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers ..*) İngilizce ifadesi ile (*...under an organized distance sales or service-provision scheme ..*).

22 Yönergenin Almanca metninde „*ausschließlich*“ (yalnızca, sadece) ifadesi yer almakla birlikte, burada kastedilen aslında, sözleşmenin kurulması aşamalarında yalnızca iletişim tekniklerinden faydalanılmasıdır; bu konuda bkz. yukarıda 12 nolu dipnot. Bkz. ayrıca Michael *Bürger*, das Fernabsatzrecht und seine Anwendbarkeit auf Rechtsanwälte, NJW 2002, 465.

23 Yönergedeki metnin ifadesinden anlaşıldığına göre, (*... für den Vertrag bis zu dessen Abschluß einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet..*) iletişim tekniklerinden birisi veya birkaçının sözleşmenin hazırlık ve kurulması aşamalarında kullanılmış olması gerekli ve yeterlidir; karşı. § 312b II BGB. Bu anlamda, bir avukatla müvekilinin telefonla randevulaştıktan sonra karşılıklı görüşmeden sonra aralarındaki vekalet sözleşmesini bürodaki bu buluşma esnasında imzalamaları halinde artık mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmasına yer yoktur; zira sözleşmenin kurulması tarafların yüz yüze görüşmeleriyle gerçekleşmiştir.

24 Bkz. Peter *Bülow*/Markus *Artz*; Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, 2049, 2053. Bu noktada, mesafeli satış yapmak veya hizmet sunmak için gerekli altyapının ve organizasyonun olmadığını ve do-

bu hususu vurgulamak için mesafeli sözleşmeleri; *bu kanun hükümleri ... yalnızca iletişim araçları kullanılarak akdedilen sözleşmelere uygulanır; meğer ki sözleşmenin akdi, mesafeli sürüm amacıyla kurulmuş bir sistem dahilinde gerçekleşmemiş olsun, şeklinde tanımlamıştır*²⁵.

Bu bağlamda belirtelim ki, sağlayıcının geleneksel sürüm metodları yanında aynı zamanda *arızı* olarak internet üzerinden, e-posta yoluyla veya telefonla mal siparişi kabul etmesi sözleşmeye mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Her ne kadar mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanması için, sağlayıcının bütün iş, hizmet ve satışlarını elektronik ortamda gerçekleştirmesi şart değilse de, sağlayıcının mesafeli sürüme yönelik olarak personel ve teknik altyapısının hazır olması, *düzenli ve sistemli* bir şekilde mal ve hizmet sürümünü bu sistem dahilinde yapması aranmalıdır²⁶.

Mesafeli sürüm için iletişim araçlarının bir sistem dahilinde kullanılıp kullanılmadığının tespiti, mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için büyük öneme sahiptir. Buradaki ölçüt, satıcı veya sağlayıcının, mesafeli sürüm için işletmesinde ayrı bir sürüm şekli ve sistemi kurup kurmadığına bakmak gerekir. Satıcının teletext, katalog, broşür, faks veya e-posta gibi iletişim araçlarını kullanarak ürünlerinin reklamını yapması ve telefon, faks veya e-posta yoluyla sipariş kabul ettiğini belirtmesi halinde mesafeli sürüm için kurulmuş bir sistemin varlığından bahsetmek gerekir²⁷. Satıcı veya sağlayıcının ürün ve hizmetlerini yalnızca mesafeli sürüm yoluyla yapması şart değildir. Kullanılan sürüm yolla-

layısıyla sözleşmeye mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağını sağlayıcının ispat etmesi gerekir.

25 § 312b BGB: „Dieses Gesetz gilt für Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt (Fernabsatzverträge).“ Kanun koyucu bu şekilde uygulamada çıkabilecek uyumsuzluklarda ispat sorununu çözmeye çalışmıştır. Bu tanıma göre, tarafların karşı karşıya gelmeksizin iletişim araçları kullanarak akdettikleri her sözleşme kaideten mesafeli sözleşme hükümlerine tabi olacak; ancak bu sözleşmenin mesafeli sürüm amacıyla kurulmuş bir sistem dahilinde yapılmadığını ve somut sözleşmeye mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanamayacağı iddiasını ispat etme külfeti satıcı veya sağlayıcıya düşmektedir; BT-Drucks. 14/2658, S. 31.

26 Alman Hukuku açısından aynı görüşte bkz. *Bürger*, NJW 2002, 465; bkz. Ayrıca vgl. BT-Dr (Bundestag-Drucksache) 14/2658 v. 9. 2. 2000, S. 30.

27 Karş. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/2658, S. 31.

rından birisinin mesafeli sürüm olması, mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanması için yeterlidir²⁸.

4077 sayılı TKHK 9/A maddesinin tanımında sözleşmenin kurulması aşamalarında mesafeli sürüm amacıyla mal veya hizmet sürümü sistemine dahil iletişim tekniklerinden bir veya birkaçının düzenli bir surette kullanılması zorunluluğu yer almamaktadır. Öyle ki, tanımdan yola çıkarak, tarafların mektup veya telefonla akdettikleri belki Borçlar Kanununun genel hükümleri içerisinde değerlendirilebilecek sözleşmeler de mesafeli sözleşme hükümlerine tabi olabilecektir. Gerçekten de, bir tüketici ile satıcı arasındaki normal satım sözleşmesine sırf araya iletişim araçlarından birisi kullanılıyor diye mesafeli sözleşmeler için öngörülen ağır şartların uygulanmasını savunmak mümkün değildir. Tanımdaki bu boşluğun mehz düzenleme olan AB Yönergesi ile tamamlanması gerekir.

4. Mesafeli-Sözleşmelerin Kurulması

Yukarıda belirttiğimiz üzere mesafeli sözleşmeler kendi başına bir sözleşme tipi olmayıp, bu yöndeki hükümler yalnızca sözleşmelerin kurulmasındaki şekli düzenlemiştir. Mesafeli sözleşmelerden bahsedebilmek için öncelikle geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı şarttır. Ne 4077 sayılı kanunun ilgili maddesinde ne de yönetmelikte mesafeli sözleşmelerin kurulmasına, akdedilmesine yönelik bir hüküm mevcuttur. AB Yönergesinde de bu husus düzenlenmemiş, üye devletlerin milli hukuklarına bırakılmıştır²⁹. Şu halde mesafeli sözleşmelerin kurulması, akdedilmesi genel hükümlere tabi olacaktır. Mesafeli sözleşmelerin kurulması açısından genel hükümler çerçevesinde şu tespitleri yapmamız mümkün:

Borçlar Kanunumuzun 1. maddesindeki tanıma göre, bir akdin kurulması için iki veya daha çok şahsın bir hukuki sonuç meydana getirmek üzere karşılıklı irade beyanında bulunmaları ve bu irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Elektronik olarak (internet üzerinden veya e-mail vasıtasıyla) dermeyeran olunan bir irade beyanında da dış dünyaya yöneltilmiş bir beyan ve bu beyanla bağlı olma arzusunun varolması gerekir. *Elektronik vasıtalarla (internet üzerinden websitede, e-posta yoluyla) yapılan irade beyanları (icap ve kabul) "gaipler arasında" yapılmış bir irade beyanıdır*³⁰. BK md. 5'e göre kabul beyanı hazır

²⁸ Jan Geert *Meents*; *Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet*, CR 2000, 610 vd.

²⁹ BT-Drucksache 2658, s. 18.

³⁰ *Güran/Akünel/Bayraktar/Yurtcan/Kendigelen/Beller/Sözer*, "İnternet ve Hukuk Forumu"ndan (Bkz. <http://www.superonline.com/hukuk>). Burada e-mailler vasıtasıyla yapılan sözleşmelerin hâzırlar arasında yapılmış sayılacağı ifade edilmektedir ki, bu görüşe katılmak mümkün değildir. <http://inet-tr.org.tr/inetconf5/tammetin/hukuk.html> adresinde Şebnem *Akipek* tarafından yayımlanan bildiriye, iki bilgisayar aracılığıyla kurulan basit

olmayan kimseye yöneltildiği hallerde, sözleşme kabul haberinin icabı yapana ulaştığı anda in'ikad edeceği esas kabul edilmiştir. İcabı yapana ulaşmadan (vusulden) kasıt, kabul haberinin icabı yapanın hakimiyet alanına girmesidir. BK md. 10'da ise kabul haberinin icabı yapana ulaştığı anda in'ikad eden akdin kabul haberinin gönderildiği andan itibaren hükümlerini icra edeceği, yani geriye etkili olarak kabul haberinin gönderildiği tarihte akdin yürürlüğe gireceği esasına yer verilmiştir³¹.

Bu hükümlerden hareketle bir sonuca varabilmek için öncelikle şu hususların açıklanması gerekir. Birincisi, reklam broşür ve katalogları ile özellikle internette bir sanal mağazadaki sunumların hukuki açıdan bir icap teşkil edip etmeyeceği; ikincisi ise, elektronik ortamdaki bir irade beyanının karşı tarafa varma anı.

a) Elektronik ortamda yapılan arzların durumu

İnternette websitelerinde yapılan mal arzlarının bir icap mı yoksa bir *invivatio ad offerendum* (icaba davet) mi olduğu sorusunun cevabı; muhatabın, yani müşterinin, websitesinin muhtevasını dürüstlük, örf ve âdet kuralı çerçevesinde nasıl algıladığına bağlıdır. *Maddi şeylerin* (mesela bir kitap) elektronik ortamda ısmarlanıp klasik yollarla mesela posta veya kurye ile teslim edildikleri hallerde kural olarak³² bir *invivatio ad offerendum* söz konusudur. Burada müşteri bilmektedir ki, satıcı bu hallerde tıpkı katalog veya fiyat listelerinin gönderilmesi gibi, bunlarla bağlı değildir, satıcı ancak kendi teslim imkanlarını ve müşterinin güvenilirliğini kontrol ettikten sonra müşterinin yaptığı teklifi (icabı) kabul etmek istemektedir. *Maddi olmayan malların* (mesela bir yazılım programı veya bir müzik parçası) direkt internet üzerinden ısmarlanması, yani bilgisayara indirilmesi halinde ise, müşteri websitesi üzerinden malı ısmarlamakta ve

ilişkide, yani arada bir servis sunucu (server) olmaksızın sözleşme yapmak isteyen tarafların, kendi bilgisayarları başında, e-posta yoluyla, aynı anda haberleşmesi halinde, telefon vasıtasıyla yapılan sözleşmeler gibi, hâzırlar arasında yapılmış bir sözleşmenin olduğundan bahsetmektedir. Prof. Dr. Gürsel Öngören'in <http://www.hukukcu.com/> adresinde yayınlanan *İnternet Hukuku* adlı eserinde de e-postalar vasıtasıyla „karşılıklı iletişim kurularak” yapılan beyanların hâzırlar arasında yapılmış sayılacağı şeklinde yanlış anlaşılmaya müsait bir ifade kullanılmıştır ki, burada kastedilen iki bilgisayar arasında telefon benzeri kurulan (chat , video konfereans gibi) bir bağlantı olsa gerek. Zira, e-postalarda iki bilgisayarın *direkt* bağlantısı sözkonusu olamaz, e-posta gönderen ile alıcının bilgisayarları çalışır vaziyette olsalar bile, bir e-postanın – alıcının e-posta serverinde hafızaya alınmadan- alıcısına ulaşması belirli bir süre alır. Eğer alıcının bilgisayarı e-posta gönderildiği anda çalışır vaziyette değilse, e-posta direkt alıcıya teslim edilemediğinden geçici olarak alıcının serverinde hafızaya alınır.

31 Oğuzman/Öz; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1995, s. 66.

32 Eserin veya malın sayısı bildirilmiş ve her siparişte bu sayı azalacak bir sistem kurulmuş ve ayrıca ödemeler kredi kartı ile yapılıyor ise bu halde artık bir “icap”tan söz edilebilir.

sözleşmenin edimi otomatik olarak yerine getirilmektedir. Müşteri kredi kartı numarasını verdikten sonra arzu ettiği malı, yazılım programını internette "download" etmektedir. Bu halde malın tükenmesi söz konusu değildir, sanal ortamdaki bir program istenildiği kadar çoğaltılabilir, dolayısıyla burada malın depoda, satıcıda olup olmadığını kontrole gerek olmadığı gibi, müşteri genelde kredi kartı kullandığı için müşterinin güvenilirliğini kontrole de ihtiyaç yoktur³³. Şu halde bu tür durumlarda bir icaptan söz edilebilecektir.

b) Elektronik ortamda yapılan irade beyanlarının ulaşması

Elektronik ortamda izhar olunan bir irade beyanı, bu beyana normal şartlarda ıttıla olunabilecek şekilde muhatabının hakimiyet alanına girmekle muhatabına varmış addolunur³⁴. Şu halde herşeyden önce elektronik ortamda izhar olunan irade beyanlarında muhatabın hakimiyet alanının sınırlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. E-postalar açısından, bilgisayar kullanıcısı tarafından yazılan bir mesaj "send", „gönder“ tuşuna tıklama ile karşı tarafa gönderilmek üzere yola çıkar³⁵. Bu yolculukta e-posta ilk önce internette göndericinin bilgisayarını üzerinden mail servere (göndericinin e-mail serveri, ki bu bir provider veya üniversite gibi erişim ve e-posta imkanı sağlayan kuruluşlar olabilir), oradan da alıcının e-mail serverine iletilir³⁶. Alıcının e-mail serveri mesajı alıcının "mailbox, e-mail account"una koyar. Bu durumda alıcının kendisine e-

³³ Ernst, NJW-CoR 1997, 165.

³⁴ Schönenberger/Jüggi, OR 1 – 17, Art. 1 RndNr. 137; BGH NJW 1998, 976, 977; BGHZ 67, 271, 275.

³⁵ E-postaların kesin olarak gönderilmeden önce e-posta programındaki „Outgoing“ kutusunda bekletilmesini (queuing) bu açıdan bir irade açıklaması olarak göremeyiz. Bunu tıpkı bir istifa mektubunun yazılıp gönderilmeden önce çekmeceye bekletilmesi gibi değerlendirmek gerekir. E-posta açısından SEND (Gönder) tuşuna yanlışlıkla basılmışsa, irade beyanında bulunmanın bilgisi dışında ve arzusu hilafına "elden çıkan" bu tür beyanlara hiç yapılmamış nazarıyla bakılmak gerekir. Bu durumda kusura bağlı olmaksızın muhatab lehine BK md. 26 ve culpa in contrahendo çerçevesinde bir tazminata hükmedilebilir. Buna karşın yanlışlıkla e-postanın gönderilmesine kusurlu olarak sebep olunmuşsa, bu durumda "yanlışlıkla" gönderilen e-postayı, gönderenden sadır olmuş bir irade beyanı olarak değerlendirmek gerekir. E-postayı yanlışlıkla gönderene izafe edilen bu beyan kıyasen BK md. 23. ve 24. md hükümlerinin uygulanmasıyla gönderen tarafından iptal edilebilir, bu durumda BK m. 26 çerçevesinde gönderilenin akdin feshinden doğan, akdin hüküm ifade edeceğine olan güveninden doğan (Vertrauensschaden) zararları gönderenin tazmin etmesi gerekir, meğerki diğer taraf hataya vâkıf olmuş veya vâkıf olması lâzım gelsin.

³⁶ Burada sözkonusu olan POP3 destekli e-postalardır. İnternette bir takım (hotmail, yahoo gibi) adreslerden elde edilen e-postalar genelde POP3 destekli değıllerdir. POP3 destekli mail-serverde bir mail programı vasıtasıyla (MS Outlook, Netscape gibi) e-postaların direkt bilgisayara indirilmesi, aynı şekilde gönderilmesi mümkündür.

posta geldiğinden genelde haberi yoktur³⁷. Alıcının mailbox'una e-postaların her zaman için çağrılacak şekilde varmasıyla e-postalar alıcının hakimiyet alanına girmiş demektir³⁸.

E-posta yoluyla yapılan irade beyanlarının geri alınıp alınamayacağı, mesajın muhatabı tarafından ne zaman öğrenilmiş (ittıla) sayılacağına bağlıdır³⁹. Varma, öğrenme ile *tamamlanmakla* birlikte e-postalarda ittilaın, öğrenmenin ne zaman gerçekleşeceği⁴⁰ hususunda *ticârî* ve *hususî* kullanım arasında bir ayırım yapmak gerekir⁴¹. Ticârî gayeye matuf olarak e-posta adresi (e-mail account) kuran ve bunu değişik yollarla duyuran kimsenin⁴², çalışma saatleri boyunca e-

37 Son zamanlarda cep telefonlarına sms (kısa mesaj) gönderilmek suretiyle e-posta geldiği haber verilse de, burada e-postanın içeriği genelde bilinmediğinden "öğrenme" sözkonusu değildir. WAP vasıtasıyla e-postalara bakılmasında ise e-postanın içeriğine *muttali* olduğundan öğrenme gerçekleşmiştir. Diğer taraftan "Autoresponder" denilen, e-posta kullanıcısının mailboxuna ulaşan e-postalara, içeriğini daha önce kendisinin belirlediği, "Mesajınız alınmıştır, en kısa zamanda işleme konulacaktır, ilginiz için çok teşekkürler" gibi cevap niteliği teskil etmeyen, nötral bir metnin otomatik cevap olarak gönderilebildiği sistemde de, bir öğrenmeden bahsetmek doğru olmaz, bu sadece gönderilen e-postanın alıcının e-mail accountuna ulaştığını gösterir.

38 *Heun*, CR 1994, 595, 598; *Mehrings*, MMR 1998, 30, 33. Gecikme ve kaybolma rizikosuna, beyanın hâkimiyet alanına girmesi ile muhataba geçer. Hâkimiyet alanına girme e-postada, e-postanın alıcının mailboxuna (mail account) ulaşmasıyla gerçekleşir. E-posta alıcının mailboxuna ulaşmadan önce, alıcının mail serverine ulaşmış da orada herhangi bir sebepten ötürü kaybolursa bu durumda, e-posta muhataba varmış addedilemez, çünkü daha e-posta henüz muhatabın hâkimiyet alanına girmemiştir.

39 Hemen yukarıda, gönderilen e-postanın alıcının mailboxuna (mail - account) ulaşmasıyla, alıcının hakimiyet alanına girdiğini belirtmiştik. Fakat bu halde alıcı kendisine gelen e-postanın içeriğinden - çoğunlukla - habersizdir, yani Türk Hukuku açısından "ittıla" henüz gerçekleşmemiştir. Ittila, e-posta programı vasıtasıyla alıcının e-posta bilgisayarına indirmesiyle (download) gerçekleşir. Şu halde icapta bulunan bu icabını, icabı içeren e-posta muhatabının bilgisayarına indirilmeden önce geri alabilir.

40 Teorik olarak esasen bir e-postanın alıcının accountuna ne zaman ulaştığını (*Lieferbestätigung - Teslim Onayı*) ve alıcı tarafından ne zaman okunduğunu (*Lesebestätigung - Okundu Onayı*) ile tespit etmek e-posta programlarının sunduğu imkanlarla mümkün olmakla birlikte, birincisi için (*Lieferbestätigung*) alıcının serverinin DNS - Standard (Delivery Service Notification) ikincisi için ise (*Lesebestätigung*) alıcının e-mail programının MSN - Standard (Message Disposition Notification) destekli olması gereklidir.

41 E-Postalarda varma problemi ile ilgili olarak bkz. *Ultsch*, NJW 1997, 3007 vd.

42 Bir e-posta adresinin ticari hayatta kullanılması, kartvizitlere ve iş mektuplarına basılmasından; mailboxun, e-mail sahibi tarafından kendisine karşı yapılacak irade beyanlarının kabul edildiği bir ortam olarak kullanıldığı sonucunu çıkartabiliriz. Fakat böyle bir durum yoksa, yani e-posta adresi mektup veya kartvizitlere basılmamışsa, bu şekilde bir mailbox'un kurulup kullanılmasının, bunun irade beyanlarının kabul edildiği, toplandığı bir ortam olarak görülüp görülemeyeceği konusunda kesin bir şey söylemek oldukça zor-

postanın kendisine ulaşmış sayılacağına nazara alması gerekir. Bu şekilde e-posta, muhatabın e-posta kutusuna (e-mail account, mailbox) varmakla, muhatabına ulaşmış demektir. Burada e-postanın gerçekten bilgisayara indirilip indirilmemesi (download) önem arz etmez. Çalışma saatleri dışında gönderilen e-postaları ise ancak ertesi iş günü ulaşmış kabul etmek gerekir. Özel olarak kullanılan e-posta adreslerinde ise, bir kişinin e-posta kutusunu günde bir kaç defa kontrol etmesi, boşaltması beklenemez. E-posta adresini özel amaçlı kullanan kişinin e-posta kutusunu ne zaman boşalttığını tespit etmek çok zor olsa da, böyle bir kişiye gönderilen e-postanın *en erken ertesi günü* vardığını kabul etmek yerinde olur⁴³.

Elektronik ortamda websiteler üzerinden yapılan irade beyanlarında da – kaideten bir tâcir söz konusudur – e-postalar için söylenenler geçerlidir. Fakat ulaşan haber veya formların (mesela internet üzerinden yapılan bir siparişte) otomatik olarak kabul edilip, işleme konduğu bir sistemde, varma bu işleme konma ile gerçekleşmiş olur. Araya insan unsurunun girmesi lüzumlu değildir⁴⁴.

c) Elektronik ortamda yapılan irade beyanlarının iptali

Elektronik ortamda izhar olunan, yani gerek e-posta gerekse websiteler üzerinden yapılan irade beyanlarının iptali bu açıdan herhangi özellik göstermez. Normal alışlagelmiş usullerde yapılan beyanlardaki gibi, elektronik ortamda iletilen irade beyanları da BK 23. md vd. hükümleri gereğince iptal olunabilirler. Buna göre esaslı bir hataya düşer olan, akdi feshedebilir. BK 24. md'deki esaslı hata halleri ile akdin kendisinde, tarafında, konusunda yanılma ve ayrıca esaslı hataya düşer olunmuşsa akit feshedilebilir. E-posta yazılırken veya otomatik sistemlerdeki formlar doldurulurken oluşacak yazım hataları (3 yerine 5 yazılması), akdin iptaline yol açabilir⁴⁵. Basit hesap hataları düzeltilmekle iktifa olunmakla birlikte, mal ısmarlanırken ayrı bir model mal kastedilmişse o zaman akit BK 24. md b. 2 gereğince iptal olunabilir. Buna karşın hata güncel olmayan

dur. Her somut olayın özelliklerine göre karar vermek isabetli olur. Fakat sadece bir mailbox kurmakla, bundan *hukuki açıdan değer ifade eden beyanların her zaman için kabul edileceği bir ortam hazırlandığı* sonucunu çıkartmak pek doğru olmasa gerek; ayrıntılı bilgi için bkz. *Utsch*, DZWir 1997, 466, 468.

43 Varmanın ne zaman gerçekleştiğini ispat külfeti, gönderene düşmektedir. Bunun ispatlanması ise bazı istisnai haller dışında oldukça zordur. Ancak e-postanın gönderilme tarihine bakarak, normal şartlarda e-postanın muhataba ne zaman varabileceği hesaplanabilir, en azından bu husus bir "görünüşte delil" (Anscheinbeweis) teşkil eder.

44 *Mehrings*, MMR 1998, 30, 33.

45 OLG Hamm, NJW 1993, 2321. Ana bilgisayar terminalindeki formun doldurulması esnasında yazım hatası yapılması ve bu şekilde sigorta poliçesinin de hatalı tanzim edilmesi halinde olduğu gibi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pawlowski*, JZ 1997, 741 vd.

bilgilerin internet ortamında kullanılmasından kaynaklanıyorsa⁴⁶ bu durumda internette bunları sunan açısından hataya dayanarak akdi iptal hakkı söz konusu olamaz, meğer ki karşı taraf yani müşteri bunu bilsin veya bilmesi gereksin.

III. SÖZLEŞME ÖNCESİ TÜKETİCİYE ÖN BİLGİLERİN VERİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Ön Bilgiler

Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi yine elektronik ortamda yapılır.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre aşağıdaki ön bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur⁴⁷.

- Satıcının ismi, unvanı, açık adresi ve varsa erişim bilgileri,
- Sözleşme konusu mal yada hizmetin temel özellikleri,
- Sözleşme konusu mal yada hizmetin tüm vergiler dahil satış fiyatı,
- Satıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresi,
- Ödeme, teslimat veya ifanın nasıl yapılacağına dair bilgiler,
- Cayma hakkı ve uygulanmasına dair prosedür,
- Kullanılan iletişim yollarının ücreti,
- Sözleşme konusu mal yada hizmetin, teslim ve ifa tarihlerine ilişkin program
- Tüketici talep ve şikayetlerinin iletebileceği, satıcının açık adresi ve varsa erişim bilgileri.

2. Ön Bilgilerin Teyidi

Yine Yönetmeliğin 6. maddesine göre tüketici tarafından ön bilgilerin doğru ve eksiksiz olarak edinildiği yazılı olarak teyit edilmedikçe sözleşme

⁴⁶ Mesela hatalı olarak haftalık yazlık evlerin kirasının seyahat belgesinde yanlış bildirilmesi, AG Frankfurt, CR 90, 469; faiz oranlarının güncelliğini yitirmesi, LG Frankfurt, NJW-RR 1997, 1273.

⁴⁷ 4077 sayılı kanunun 9/A maddesinin kapıdan satış hükümlerine yaptığı atıf nedeniyle bu ön bilgiler arasında cayma bildirimini yapılacağı açık adres ve en az on altı punto ve koyu siyah harflerle yazılmış aşağıdaki ibare yer almak zorundadır: *‘Tüketicinin hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin teslim aldığı veya sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde malı veya hizmeti reddederek sözleşmeden cayma hakkının var olduğunu ve cayma bildirimini satıcı/sağlayıcıya ulaşması tarihinden itibaren malı geri almayı taahhüt ederiz’*.

akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde bu teyid işlemi yine elektronik ortamda yapılır⁴⁸. İlgili AB Yönergesi de gözönüne alınarak elektronik ortamda yapılacak teyid işlemlerinde şu unsurların varlığının aranılması yerinde olacaktır.

- *Temel bilgiler*: Tüketicie verilecek bilgilerin yönetmelikte belirtilen hususları içermesi gerekir.

- *Anlaşılabilirlik*: İkinci unsur, verilecek bilgilerin anlaşılabilir ve alıcının kendisine ve kullandığı iletişim araçlarına uygun olması gerekir. Burada karşılaşılabilecek ilk problem, bilgilerin tüketiciye verildiği dildir. Bu konuda yönerge herhangi bir düzenleme içermemektedir. Yönergenin başlangıç kısmı Nr. 8'de mesafeli sözleşmelerde hangi dilin kullanılacağını üye devletlerin yetkisinde olduğu belirtilmiştir. Fakat Yönerge, dilin açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹.

Gerekli bilgiler ayrıca tüketici açısından *okunabilir* olmalıdır. Bu anlamda gerekli bilgilerin müşteriye Winzip veya PDF formatında gönderilmesi ve bu şekilde bunların okunabilmesi açısından ilave programların bilgisayara yüklenmesi zorunluluğunun olduğu hallerde – bu programların günümüzde büyük oranda kullanılması nedeniyle – bu şartın gerçekleştiğinden bahsedebiliriz⁵⁰.

- *Erişilebilirlik*: Verilecek bu bilgilerin tüketici açısından ulaşılabilir olması gerekir. Bu anlamda, bilgilerin sözleşme kurulmasında kullanılan iletişim araçlarına uygun bir surette yapılması gerekir. Ayrıca Yönerge 5. maddesinde, verilecek ön bilgilerin teyidinin yazılı veya tüketici için her an ulaşılabilen *sürekli bir veri taşıyıcısı* (*dauerhafte Datenträger, durable medium*) üzerinden tüketiciye iletilmesi gerektiğini belirtmiştir. Erişilebilirlik için bilgilerin devamlı surette, tüketicinin her an ulaşabileceği bir şekilde emrine sunulması gerekir.

Yönergede geçen "*sürekli veri taşıyıcısı*" nı bu anlamda; gerekli bilgilerin "*bir belgede veya okunabilecek bir başka şekilde, belirli bir süre için, tüketici-*

48 Bu bilgilerin eksik verilmesi halinde yaptırımın ne olacağı Yönetmeliğin 8. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre bu koşullardan biri eksik olduğu takdirde satıcı veya sağlayıcı en geç otuz gün içerisinde eksikliği giderir. Bu durumda 7 günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar. Ayrıca 4077 sayılı kanunun 4822 sayılı kanunla değişik 25. maddesinde, 9/A maddesinde belirtilen yükümlülükler aykırı hareket edenler hakkında yüz milyon lira para cezası uygulanacağı hükümleri getirilmiştir.

49 AB Yönerge m. 4 f. 2 ve m. 11 f. 3.

50 Buna karşın, CD olarak gönderilmede gerekli bilgileri *okunabilir* kabul etmek gerekir. Artık CD-Rom sürücüsü olmayan bir bilgisayar düşünmek oldukça zor olsa gerek. Buna karşın daha yeni olan DVD şeklinde gönderilmede *okunabilirlikten* söz edemeyiz.

nin bu bilgi veya beyanlara içerik değişikliği olmaksızın⁵¹ ulaşabildiği araçlar olarak tanımlamak gerekir⁵². Bu anlamda, tüketiciye okunabilecek bir şekilde gerekli bilgilerin ulaşmasını sağlayan ve *belirli bir süre* bu bilgilerin içeriğinin değişmeden tekrar değerlendirilmesine ve gerekli bilgilere müracaat edilebilmesine imkan sağlayan *araçları* sürekli veri taşıyıcısı olarak değerlendirmek gerekir⁵³. *Araçlar* olarak akla ilk gelebilecek olanlar, sabit disk, disket ve CD-ROM'lardır. Her ne kadar bunların satıcı/sağlayıcı tarafından tüketiciye verilebilmesi mümkünse de, internet üzerinden yapılan muamelelerde her müteşebbisten bunu beklemek ticari hayatı olumsuz etkileyecektir.

İnternet üzerinden yapılan işlemlerde satıcı/sağlayıcı e-posta veya benzer bir vasıta ile de gerekli bilgileri tüketicinin bilgisine sunabilmelidir. E-postalarda, tüketiciye gönderilen e-postanın tüketicinin serverine, oradan da mailboxuna ulaşip, her zaman için tüketici tarafından download yapıp okunabilme imkanının olduğu hallerde böyle bir *araçtan* söz edilebilir. Aynı şekilde, tüketicinin gerekli bilgileri, website üzerinden download yaptıktan sonra sabitdiske kaydetmesini de böyle değerlendirmek mümkündür. Ancak bu ikinci halde, yani gerekli bilgilerin sadece websitede tüketicilerin hizmetine sunulması halinde, tüketiciye özel olarak bu bilgiler e- posta vasıtasıyla ulaştırılmamışsa, sürekli bir veri taşıyıcısından söz edemeyiz, zira gerekli bilgilerin satıcı/sağlayıcı tarafından değiştirilmesi her zaman için mümkündür. Bu bilgilerin tüketiciye ulaştığını ispat külfeti satıcı/sağlayıcıya düşer. Satıcı/sağlayıcı gerektiğinde tüketicinin gerekli bilgileri internetten websitesi üzerinden bilgisayarına indirip, sabitdiske kaydettiğini ispat etmekle yükümlüdür. Satıcı/sağlayıcının bu konuda kendi websitesinde gerekli bilgilerin her halü karda indirilip sabitdiske kaydedilmesi gerektiğine dikkat çekmesi, ispat açısından bir değer taşımayacaktır.

- *Bilgilerin zamanında verilmesi*: Yönetmeliğin 6. maddesinde tüketicinin, mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı alması gerektiği belirtilmiştir. Yazılı, görsel, telefon ve diğer iletişim araçları kullanımı söz konusu olduğunda, tüketicinin teyidi kullanılan iletişim yolu aracılığıyla alınabilir. Ancak her iki durumda da tüketici mallar için sözleşme konusu mal kendisine u-

51 "in einer Urkunde oder in einer anderen lesbaren Form zugegangen sind, die dem Verbraucher für eine den Erfordernissen des Rechtsgeschäfts entsprechende Zeit die inhaltlich unveränderte Wiedergabe der Informationen erlaubt"; karş. Pinto, Paulo Mota; Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht; in: Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, Hrsg. von Reiner Schulze, Martin Ebers und Hans Christoph Grigoleit; s. 157, özellikle s. 166

52 Pinto, Paulo Mota, s. 166.

53 BT-Drucksache, 14/2658, s. 40 vd.

laşmadan, hizmetler içinde en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır. Kaideten bu bilgilerin, müşterinin sipariş verdiği reklam broşürlerinde, kataloglarda veya internette websitesinde⁵⁴ yer almasını bu açıdan yeterli görmek gerekir.

IV. SÖZLEŞMEDE BULUNMASI GEREKEN BİLGİLER

Yönetmeliğin 7. maddesinde ise, mesafeli sözleşmelerde tüketici ve satıcı arasında yazılı sözleşme yapılması ve sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye iletilmesi zorunluluğu belirtildikten sonra sözleşmede bulunması gereken hususlar sayılmıştır. Buna göre sözleşmede;

- Tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adresleri ve varsa erişim bilgileri,
- Sözleşmenin düzenlendiği tarih,
- Malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihi,
- Sözleşme konusu malın veya hizmetin cinsi veya türü, miktarı ve varsa marka ve modeli
- Malın veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dahil peşin satış fiyatı
- Vadeye göre faizle birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı,
- Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirtilen faiz oranın yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı,
- Peşinat tutarı,
- Ödeme Planı,
- Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları gibi bilgiler bulunmalıdır.

V. TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI

1. Cayma Hakkının Kullanılması

Yönetmeliğin 8. maddesinde AB Yönergesi ile uyumlu bir şekilde tüketicinin *cayma hakkı* düzenlenmiştir. Buna göre tüketici, mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde malı teslim aldığı tarihten itibaren *yedi gün* içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden cayma hakkına sahiptir⁵⁵. Hizmet sunumuna ilişkin

⁵⁴ İnternette bir websitede yapılan alışverişte bu teyit yazısının websitesinde bulunması ve tüketicinin bu teyidi bir fare tıklaması ile gerçekleştirmesi yeterlidir. Ancak bu ön bilgilerin websitesinde hazır bulunduğunu ve tüketicinin görünümüne ve bilgisine arz edildiğini ispat külfeti satıcı veya sağlayıcıya aittir. Bu tür uyumsuzlukların önlenmesi için website üzerinden yapılan siparişlerin, sağlayıcı tarafından alıcıya gönderilen (yönetmeliğin 5. maddesindeki bilgileri de içeren) bir e-posta mesajının alıcı tarafından tekrar sağlayıcıya geri gönderilmesi yeterli olacaktır.

⁵⁵ Cayma hakkı kullanılmadığı takdirde, satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişi kendisine ulaştığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerine getirmelidir. Bu süre, tüketiciye

mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar. Sözleşmede hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar cayma hakkını kullanabilir. Cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya aittir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkının verilmesinin esprisi, malın görülmeden, kontrol edilmeden alındığı için tüketicinin muhtemelen karşılaştacağı sürprizlere karşı korunması gerekliliğidir. Bu nedenle mal teslimine matuf sözleşmelerde, tüketiciye teslim tarihinden itibaren 7 gün içerisinde⁵⁶, malı reddederek sözleşmeden dönebilir. Bu halde sözleşme başlangıçtan itibaren geçerli bir şekilde hükümlerini ifa etmektedir. Biz mesafeli sözleşmelerini, BK md. 219 vd. anlamında „*tecrübe veya muayene şartıyla satım*“ çeşitlerinden birisi olarak gördüğümüz için, buradaki geciktirici şartın gerçekleşmesi (cayma hakkının kullanılmaması) ile satım sözleşmesi başlangıçtan itibaren hükümlerini doğurur. Bu durumda, mesafeli sözleşmelerle ilgili hükümlerin olmaması durumunda, öncelikle tecrübe veya muayene şartıyla satım ve daha sonra da satım sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Bu durumda, tüketici malı teslim almış olsa bile, satılanın mülkiyeti satıcıda kalır. Satılanın yarar ve hasarı, şart gerçekleşmedikçe tüketiciye geçmez. Ancak satılanın şartın gerçekleşmesinden önce alıcıya teslim edildiği durumlarda BK md. 151 f. 1'e göre tüketici satılanın yararlarına sahip olacağına göre hasara da katlanmalıdır⁵⁷.

Yönetmelikteki 'malı reddederek' ifadesinden, malın geri verilmesi veya gönderilmesini anlamak gerekir⁵⁸. Cayma hakkının kullanılmasından kaynaklanan masraflar – AB Yönergesi ile uyumlu bir şekilde – satıcı veya sağlayıcıya yüklenmiştir⁵⁹.

daha önceden yazılı olarak bildirilmek koşuluyla en fazla on gün uzatılabilir (TKHK md. 9/A f. 3).

- 56 Satıcı veya sağlayıcı Yönetmeliğin 6. ve 7. maddelerinde öngörülen tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, bu eksikliğin en geç otuz gün içerisinde giderilmesi gerekir ve bu 7 günlük süre eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar (Yönetmelik md. 8 f. 5).
- 57 Aynı yönde tecrübe ve muayene şartıyla satım açısından bkz. *Yavuz*, s. 154.
- 58 AB Yönergesinden farklı olarak Alman Kanun Koyucusu, 'malı iade etme, geri verme hakkını da' (Rückgaberecht) düzenlemiştir (§§ 312d, 356 BGB).
- 59 Almanya'daki düzenlemede, 40 EUR'ya kadar olan mal ve hizmet satımlarında gönderme masraflarının alıcıya yüklenebileceği hükmü getirilmiştir. Bu hükmün konulmasındaki amaç internet üzerinden sipariş verilen kitap ve edebi eserlerin geri verilmesini zorlaştırmaktır. Zira kanunlaşma aşamasında Eyaletler Meclisi'nde (Bundesrat), on günlük geri verme süresi içerisinde kitabın okunduktan sonra, geri verilmesinin imkan dahilinde olduğu dile getirilmiştir. Türkiye'de de küçük işletmeleri korumak amacıyla belli bir mblağa kadar olan sözleşmelerde gönderme masraflarının alıcıya ait olacağı hükmü getirilmesi daha uygun olurdu.

Cayma hakkının uygulanmayacağı haller burada AB Yönergesinden daha dar kapsamlı düzenlenmiştir. Gerçekten de AB Yönergesinin 6. maddesinin 3. fıkrasına⁶⁰ göre sözleşmenin konusunu,

1. Paket veya ambalajı tüketici tarafından açılmış olan üzerine ses ve görüntünün kaydedildiği mal veya bilgisayar yazılım (software) programlarının,
2. Gazete, dergi ve mecmuaların,
3. Yarış ve bahis oyunlarının oluşturduğu sözleşmelerde de cayma hakkı kullanılamaz, meğer ki aksi kararlaştırılmış olsun.

Özellikle yazılım programları ile üzerine ses ve görüntünün kaydedildiği (kaset, cd vb.) materyaller açısından burada büyük bir eksiklik sözkonusudur. Yazılım programını veya bir müzik cd ve kasetini internet üzerinden sipariş vererek satın alan bir kişi, bu takdirde bu programı bilgisayarında bir CD-Yazıcı yardımı ile kopyaladıktan sonra, *hiçbir hukuki veya cezai bir sorumlulukla karşılaşmadan*⁶¹ 7 gün içinde iade edebilecektir. Zira, şartları mevcut olduğu takdirde ve yönetmelikteki istisnalar dışında (Yönetmelik md. 8 f. 4; md. 11) mesafeli sürüm yoluyla bütün sözleşmelere bu hükümler uygulanacaktır. Mesafeli sözleşmelerle ilgili bu boşluk, Borçlar Kanunumuzdaki genel hükümler ve özellikle 4077 sayılı kanun düzenlemeleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Bu bağlamda, internet üzerinden sipariş verilen bir yazılım veya film dvd'si ambalajı açılmamış olduğu halde değiştirilebilmeli. Aynı şekilde alınan bu malın ayıplı olması veya bilgisayarda çalışmaması halinde ise artık burada bir iadeden değil, ayıplı malın değiştirilmesinden bahsedilebilmesi gerekir.

2. Cayma Hakkının Kullanılamayacağı Haller

Yönetmeliğin 8. maddesine göre şu hallerde tüketici cayma hakkını kullanamaz.

- Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmelerde,
- Tüketicinin özel istek ve talepleri uyarınca üretilen veya üzerinde değişiklik ya da ilaveler yapılarak kişiye özel hale getirilen mallarda,

⁶⁰ 97// EG Richtlinie Art. 6 Abs. 3: *„sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, kann der Verbraucher das in Absatz 1 vorgesehene Widerrufsrecht nicht ausüben bei*
- Verträgen zur Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder Software, die vom Verbraucher entsiegelt worden sind;
- Verträgen zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten;
- Verträgen zur Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen.'.

⁶¹ Tespit edildiği takdirde burada FSEK hükümlerinin uygulanabileceği gözardı edilmemelidir.

- Niteliği itibariyle iade edilemeyecek, hızla bozulma veya son kullanma tarihi geçme ihtimali olan mallar söz konusu olduğunda.

a) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet veya teslim edilen mallar:

Burada sözkonusu olan hallerde, hizmet veya mal teslimi çoğunlukla anında ifa edilmektedir. Sözleşmeden cayma fiili olarak artık mümkün değildir. Ücret karşılığı internet üzerinden bir veri bankasındaki münferid bir dökümanın veya bir yazılım programının kullanıcının bilgisayarına indirilmesi; veya video-on-demand denilen, ücret karşılığında birkaç saatliğine kullanıcıya bir filmi izleme imkanı veren sistemlerde olduğu gibi, hizmetin anında ifa edildiği haller buna örnek olarak gösterilebilir.

b) Tüketicinin istek ve taleplerine göre üretilen veya üzerinde değişiklik yapılan mallar:

Bir websitesi üzerinden sipariş verilen, üzerinde tüketici hakkında kişisel bilgiler bulunan basılı kartvizitler artık tüketicinin istek ve talepleri doğrultusunda hazırlanmış olduğundan cayma hakkı burada kullanılamayacaktır. Aynı şekilde, büyük bir mobilya firmasının bir müşterisinin, - alım-satım da yapılabilen - internetteki websitesi üzerinden kendi mutfağının ölçülerine uygun imal edilecek olan mutfak dolapları sipariş vermesi bu şekildedir. Çünkü sipariş verilen bu dolaplar müşterinin mutfak ölçülerinde kesilecek ve imal edilecektir. Ancak bir internet kullanıcısının internet üzerinden, kendi istediği şekilde bir bilgisayar configure⁶² ettirip sipariş vermesi halinde, burada 'tüketicinin talep ve istekleri' doğrultusunda yapılan bir ürün olsa da, cayma hakkı burada kullanılabilir. Zira buradaki ölçüt şu olmalıdır: Eğer müşterinin istek ve talepleri doğrultusunda hazırlanan bir ürün iade edildiği takdirde, bu ürünün başkasına satılmasında zorluklar veya değerinde, fiyatında bir düşme olacaksa, konusu „*tüketicinin özel istek ve talepleri uyarınca üretilen veya üzerinde değişiklik ya da ilaveler yapılarak kişiye özel hale getirilen mallar*” olan sözleşmelerde cayma hakkı kullanılamamalıdır. Yukarıda verdiğimiz örnekte tüketicinin isteği doğrultusunda hazırlanan (configure edilen) bilgisayarda bulunan her bir parçanın (anakart, ses kartı, ekran kartı, sabit disk vs.) hazırlanan bu bilgisayardan sökülüp, herhangi bir değer azalmasına maruz kalmadan tekrardan satılması mümkündür.

⁶² Configure ettirmeden kasıt, bir bilgisayar istediği şekilde bilgisayarın, şu kadar RAM, HDD şu özellikte ekran ve ses kartı olsun şeklinde firmaya sipariş verilmesidir. Benzer bir olay hakkında verilmiş karar için bkz. OLG Dresden, MDR 2002, 79.

c) Bozulabilecek veya son kullanma tarihi geçme ihtimali olan mallar

İnternet üzerinden yiyecek ve içecek siparişinin verildiği hallerde bu ürünlerin bozulma ve son kullanma tarihlerinin geçme ihtimali çok yüksektir. Kanun koyucu bundan dolayı, bu tür ürünlerde cayma hakkının kullanılamayacağını belirtmiştir.

3. Cayma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Tüketici cayma hakkını kullandığı takdirde malın iade edilmesi gerekir⁶³. Satıcı veya sağlayıcı cayma bildirimini kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukukî işleminden dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlüdür⁶⁴.

Tüketicinin ödediği bedel kısmen veya tamamen satıcı veya sağlayıcı tarafından ya da satıcı veya sağlayıcı ile kredi veren arasındaki anlaşmaya dayanılarak karşılanıyorsa, bu takdirde, kredi sözleşmesi de hiçbir tazminat veya cezai şart tutarını ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaksızın kendiliğinden sona erer. Ancak bunun için, cayma bildirimini kredi verene de yazılı olarak iletilmesi gerekir (Yönetmelik md. 8 f. 6). 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 (Yönetmelik md. 10)⁶⁵.

VI. MESAFELİ SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN UYGULANMAYACAĞI DİĞER SÖZLEŞME TÜRLERİ

11. maddeye göre yönetmelik hükümleri,

- Banka, sigorta ile ilgili⁶⁶,
- Otomatik satış makineleri vasıtasıyla akdedilen⁶⁷,

⁶³ Malın normal veya amacına uygun olarak kullanılması neticesinde meydana gelen kayıpların tüketici tazmin etmekle yükümlü değildir.

⁶⁴ „Geri alma“ yerine satıcı/sağlayıcı tüketiciye, masrafları ona ait olmak üzere, malı gönderme yükümlülüğünü de yükleyebilir.

⁶⁵ Mal alımının internet üzerinden yapıldığı hallerde genelde kredi kartı kullanılmaktadır. Böyle bir durumda tüketici cayma hakkını kullandığı takdirde, ilgili bankaya müracaat ederek meblağın ödenmesinin durdurulmasını, ödenmişse 10 gün içinde geri çekilmesini ve hesabına aktarılmasını veyahut da alacak kaydedilmesini talep edebilir.

⁶⁶ İnternet üzerinden yapılan, özellikle konusu bankacılık ve sigorta hizmetleri olan sözleşmeler bu hükümlerden muaf tutulmuştur. Bankacılık işlemleri lafzından, işlemin bizat kendisini (mes. havale, EFT) anlamak gerekir.

- Halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla akdedilen⁶⁸,
 - Açık arttırma yolu ile akdedilen⁶⁹,
 - Gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların tedariki ile ilgili⁷⁰,
 - Sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren⁷¹,
- sözleşmelere uygulanmaz.

VII. SONUÇ

1. 4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Birliği mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde 4822 sayılı kanunla çok önemli değişiklikler ve yenilikler içermektedir. Bunlardan en önemlileri kuşkusuz Genel İşlem Şartlarının ilk defa Türk hukukunda yasal bir dayanağa kavuşması yanında, bilişim çağında en azından hukuki düzenlemeler açısından çağı yakalamayı vaad eden „mesafeli sözleşmelerin“ de yasal bir dayanağa kavuşmasıdır. Gerçekten de 4822 sayılı kanunla, 4077 sayılı kanuna eklenen 9/A maddesiyle Türk Hukukuna ilk defa mesafeli sözleşme kavramı ve kurumu girmiş olmaktadır. Bunun yanında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na çıkarılan 13.06.2003 tarihli Yönetmelikte uygulama açısından tüketiciler lehine çok önemli düzenlemeler içermektedir.

-
- 67 İstasyonlarda veya insanların toplu halde bulunduğu yerlerdeki soğuk ve sıcak içecek sunan otomatik makineler bu türdendir.
- 68 Türk Telekom'un muhtelif yerlerdeki telefon kulübeleri bu türdendir. Her ne kadar metinde 'jetonlu telefonlar' dan bahsedilse de, kartlı telefonlar da bu hüküm kapsamındadır.
- 69 Burada metnin lafzından sadece BK 225-231 anlamında açık artırmaların kastedildiği pek açık değildir. Başka bir sorun ise, acaba internet üzerinden yapılan açık artırmaların bu hükme dahil olup olmayacağıdır. Bu anlamda www.gittigidiyor.com adresi altında yapılan satışlar acaba mesafeli sözleşme kapsamında mı değerlendirilecektir. Kanaatımızca tüketicinin korunması açısından, - sözleşme tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında akdedilmek şartıyla - internet üzerinden yapılan açık artırmalara da mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanması yerinde olur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. *Wilmer*, Thomas, "Rechtsfragen der Internet-Auktion", NJW-CoR 3/2000; *Pestalozzi*, Anton; *Versteigerungen im Internet*, SJZ 94 (1998), 241 vd.
- 70 Telefonla veya internet üzerinden eve/işyerine getirilmek üzere pizza veya yemek siparişi verilmesi halinde artık burada mesafeli sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. Aynı şekilde www.gima.com.tr adresinden temizlik ve vücut bakım ürünlerinin (sabun, deterjan, diş macunu vs. gibi) sipariş verilmesi halinde de geçerlidir. Zira bu halde, „günlük tüketim malları“ sözkonusudur.
- 71 Tatil amacıyla bir otelde yapılan rezervasyonlar, düğün ve toplantılar için yapılmış sözleşmeler bu türdendir.

2. TKHK m. 9/A ve ilgili yönetmelik birlikte değerlendirildiğinde, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında akdedilecek mesafeli sözleşmelerde, mesafeli sürüm amacıyla kurulmuş bir sistem dahilinde sözleşmenin kurulmasının aranmaması büyük bir eksiklik olarak uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Zira düzenlemenin şimdiki haliyle, tarafların karşı karşıya gelmeksizin ve iletişim vasıtalarının kullanıldığı her sözleşme - arzi de olsa - mesafeli sözleşmeler hakkındaki hükümlere tabi olacaktır. AB Yönergesi dikkate alınarak bu eksikliğin giderilmesi ve uygulamayı da bu şekilde yapmak yerinde olacaktır.

3. Yine bir eksiklik olarak, kanunlar ihtilafı alanında hukuk seçimi ile tüketiciyi koruyucu bu hükümlerin safdışı edilmesini önleyici bir hüküm getirilmemiş olmasıdır. Bu eksikliğin de AB Yönergesi ışığında giderilmesi mümkündür⁷². Buna göre, tarafların akde üçüncü bir devletin hukukunun uygulanmasını kararlaştırmaları halinde, akdin Türkiye ile daha yakın bir irtibatı (enger Zusammenhang) olması halinde, tüketiciyi korumaya yönelik 4077 sayılı kanun hükümleri uygulanacaktır. Aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde de yakın irtibatın varolduğunu kabul etmek gerekir.

- Sözleşme Türkiye sınırları içerisinde alenen yapılan bir teklif veya reklama veya benzeri ticari bir faaliyete binaen yapılmış ve

- diğer tarafın akdin yapılmasına yönelik beyanını açıkladığı esnada, Türkiye'de mutad meskeninin (gewöhnlicher Aufenthalt) olması.

⁷² 97/7 RiLi Art. 12 „(2) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, damit der Verbraucher den durch diese Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlands als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten aufweist.“