



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO : 2014/3841

KARAR TARİHİ : 05/11/2015

TAVSİYE KARARI

ŞİKAYETÇİ

:

ŞİKAYETÇİ VEKİLİ

: G.Y.Ö.

ŞİKAYET EDİLEN İDARE

: Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş.

ŞİKAYETİN KONUSU

: Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş."den temin edilen uzun vadeli yatırım kredisine Banka tarafından uygulanan %5 erken ödeme komisyon oranına itiraz hakkındadır.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ : 10.9.2014

I. USÛL

A. Şikâyet Başvuru Süreci

1) Şikâyet başvurusu, Kurumumuza 10/09/2014 tarihinde elektronik posta, 19/09/2014 tarihinde ise posta yolu ile gönderilen ve sayı ile kayıt altına alınan tüzel kişiler için şikâyet başvuru formu vasıtasıyla yapılmıştır. Şikâyet başvurusunun karara bağlanması için 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikâyetin incelenmesine ve araştırılmasına geçilmiş, 2014/3841 şikâyet sayılı "Kısmen Tavsiye Kısmen Ret" önerisiyle Kamu Başdenetçisi'ne sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2) Yapılan ön inceleme neticesinde; şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, idari başvuru yollarının tüketildiği, şikâyetin süresinde yapıldığı ve diğer ön inceleme konularında da bir eksiklik bulunmadığı, bu nedenle şikâyet dosyasının incelenmesine ve araştırılmasına engel bir durumun olmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3) Şikâyetçi'yi temsilen Yönetim Kurulu Başkanı G.Y.Ö tarafından yapılan başvuruda; Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş.'den kullanmış oldukları kredinin kıst faizi dahil bakiyesi 397.585,33 Euro olan borcu vadesinden önce kapamak istediklerinde Bankanın %5 gibi afaki

bir ceza ödemeleri gerektiği, aksi takdirde borçlarını kapatamayacaklarının bildirildiği, mecburen 19.555,00 Euro cezayı ödeyerek borçlarını kapattıkları, Banka yetkilileriyle defalarca görüşmelerine rağmen bu cezayı diğer banka uygulamaları olan %1 veya %1,5 oranına düşürmedikleri, tüm bankaların %1 veya %1,5 oranında erken ödeme cezası alırken kamu bankası olan Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş.'nin bu kadar yüksek bir ceza uygulamasının haksız ve usulsüz olduğu ifade ve iddia edilmiş; **yatırılmış oldukları %5 oranındaki erken ödeme cezasının %4 oranındaki tutarının iade edilmesi yönünde Kurumumuzun tavsiye karar vermesi talep edilmiştir.**

B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

4) Kurumumuzun2014, ... 2015 ve ... 2015 tarihli yazılar ile şikayet konu idareden;

4/1) A.Ş. ile Bankaları arasında kredi sözleşmesinin imzalandığı ... 2007 tarihinde erken ödeme komisyon oranının ne olduğu, bu oranın web sitesinde yayımlanıp yayımlanmadığı, varsa buna ilişkin bilgi ve belgeler,

4/2) Şikayetçinin Sözleşmenin imzalandığı tarihte bu oranı bilip bilmediği, varsa buna ilişkin bilgi ve belgeler,

4/3) Şikayetçi ile kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihten bu yana, erken ödeme komisyon oranının yıllar itibarıyla ne olduğu, bu oranların web sitelerinde vb. yollarla herkesin, özellikle müşterilerin, bilgisine sunulup sunulmadığı, varsa buna ait bilgi ve belgeler,

4/4) Şikayetçi ile Bankaları arasında kredi sözleşmesinin imzalandığı sırada, sözleşme süresince her yıl için erken ödeme oranının önceden tespit edilip edilemeyeceği ve bu hususun sözleşmede yer alıp alamayacağı,

4/5) Bankaları Yönetim Kurulu'nun 28/12/2012 tarihli ve 2012-24-13-231 sayılı kararı ile Masraf, Komisyon ve Ücret tarifesi uyarınca Genel Müdürlük makamının %5 olarak kabul ettiği kredi erken ödeme komisyonu oranını %3'e kadar tenzile yetkili olduğu belirlendiğinden, şikayetçinin erken ödeme talep ettiği tarihte **erken ödeme komisyon oranında bir tenzile gidildiği takdirde bankanın nakit akış dengesinin ne yönde etkileneceğine dair bir mali analiz yapılıp yapılmadığı bilgisi ve şikayetçinin talebinin reddine dayanak teşkil eden söz konusu bilgi ve belgeler,**

4/6) Şikayetçi ile kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihten bu yana şikayetçi gibi kredi erken ödeme komisyon oranında indirim talep eden başka müşterilerinin olup olmadığı, taleplerinin kabul edilip edilmediği, indirim yapılan müşteri varsa hangi hukuki sebep ve gerekçelerle kredi erken ödeme komisyon tutarında tenzile gidildiği, sorulmuştur.

5) Söz konusu bilgi belge taleplerimize istinaden gönderilen 2014, 2015 ve ... 2015 tarihli cevabi yazı ve eklerinde, şikayetçinin Bankadan kullanmış olduğu kredi bilgilerine, Bankanın çalışma prensiplerine, amacına, bankacılık uygulamalarına ve kredi erken ödeme komisyon oranına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Bu kapsamda özetle:

5/1) Bankanın sermayesinin tamamı Hazine'ye ait olan ve kalkınma-yatırım bankacılığı alanında faaliyet gösteren bir finans kurumu olduğu, diğer bankalarla aynı mevzuata tabi olarak faaliyet gösterdiği,

5/2) Türkiye Kalkınma Bankasının kuruluşu hakkındaki 4456 sayılı Kanunun 1 inci maddesi hükmü gereğince; Bankalarının 4456 sayılı Kanun ile düzenlenen hususlar dışında, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, 3 üncü maddesinde ise amacının; anonim şirket statüsündeki teşebbüslere karlılık ve verimlilik anlayışı içinde kredi vermek, iştirak etmek suretiyle finansman ve işletme desteği sağlamak, yurtiçi ve yurtdışı tasarrufları kalkınmaya dönük yatırımlara yönlendirmek, sermaye piyasasının gelişmesine katkıda bulunmak, yurtiçi, yurtdışı ve uluslararası ortak yatırımları finanse etmek ve her türlü kalkınma ve yatırım bankacılığı işlevi yapmak, olarak belirlendiği,

5/3) Bankanın, ülkemiz kalkınmasına yönelik olarak uzun vadeli ve ucuz kaynaklar temin ettiği ve bunları diğer finans kuruluşlarının başlangıçta değer bulmadığı risk unsuru da taşıyabilen projelere/yatırımlara kullandırabildiği, bu amaçla ağırlıklı olarak yurtdışından vade, kur, faiz ve operasyon risklerine katlanarak kaynak temin etmekte olduğu, zamanla realize olan ve değerli hale gelen yatırımların, diğer finans kuruluşlarının ilgisini çektiği ve firmaların Bankalarına olan borçlarını vadesinden önce kapatarak diğer bankacılık faaliyetleri ile birlikte transfer etmek için çabalar içine girebildiği,

5/4) Piyasada mücbir sebepler dışında vadeli kredi kullanımından çeşitli nedenlerle vaz geçilmesini önlemek için taraflarca sözleşmeler yapıldığı ve taraflara belirli yükümlülükler getirildiği, kredi kullanım şartlarını yerine getiren şirkete tahsis edilen kredinin, ilgili mevzuat ve Bankalarının uygulamaları çerçevesinde yatırımdaki gerçekleştirmeler dikkate alınarak hakedişler halinde kullandırıldığı ve itfa tablolarına bağlandığı, Bankanın müşterilerine kullandırdığı kredileri vadesinden önce kesinlikle geri çağırmadığı,

5/5) Portföylerinde yer alan şirketlerin kredi geri dönüşleri ve yeni temin edilecek fonlarla yapılan bütçe ve iş programı çerçevesinde, Bankalarının kredilerin kullandırım süreleri de dikkate alınarak yeni kredi kullandırmalarının planlandığı, vadesinden önce kapatılan kredinin, yeni bir müşteriye kullandırılincaya kadar Bankalarına ek maliyet getirdiği, ayrıca, bu tür kredilerden geri dönüş halinde, kaynağın şartları gereği, ancak aynı özellikleri taşıyan yatırımlara kullandırılabilirdiği,

5/6) Dinamik ve rekabetçi bir sektör olan Bankacılık sektöründe yer alan Bankalarının; uluslararası piyasalardan temin edip kullandırdığı uzun vadeli kaynakların itfa programları dışında erken geri dönüşleri karşısında, fon ve risk yöneten bir kurum olarak diğer bankalar gibi bir aksiyon aldığı, genel bankacılık uygulamalarını bilen tüm tacir müşteriler gibi söz konusu firmanın da bu durumu ayrıntılarıyla bilmekte olduğu, nitekim kredi koşullarının bildirildiği yazılarında ve imzalanan kredi sözleşmesinde ilgili mevzuat ve Banka uygulamaları kapsamında işlem yapılacağı iletilindiği,

5/7) Uzun vadeli ve uygun koşullarda yatırımcılara bağlanan kaynakların erken dönüşlerinin, Bankanın nakit akış dengesini bozduğu ve yeni bir kredi olarak değerlendirilmesinde vade ve diğer koşullar açısından sıkıntılar yaşanabildiği, kaybettikleri müşterilerle birlikte gelirlerinin de olumsuz etkilendiği, bu nedenle, tıpkı diğer finans kuruluşlarının yaptığı gibi Bankanın da kendini koruyucu tedbirler aldığı ve uyguladığı,

5/8) A.Ş.'nin,-İstanbul'da işlettiği 60 oda 90 yataklı Otelin modernizasyon ve yenileme yatırımı için Bankalarından uzun vadeli yatırım kredisi talebinde bulunduğu, şirketin talebi üzerine Bankalarının yurt dışı kaynaklı, Avrupa Yatırım Bankası (AYB) /Avrupa Konseyi Kalkınma Bankası (AKKB) kaynaklı, 7 yıl vadeli 860.000 Euro tutarında yatırım kredisi tahsis edildiği ve tahsis edilen kredi koşullarının ... 2007 tarih ve sayılı yazı ile şirkete bildirildiği, kredi koşulları arasında tahsis edilen 860.000 Euro yatırım kredisinin AYB

ve/veya AKKB tarafından onaylanmasından sonra kullanılacağı, ayrıca diğer (kredi koşullarında yer almayan) hususların genel mevzuat ile Bankaları usul ve prensipleri çerçevesinde uygulanacağı bilgisinin yer aldığı,

5/9) Şirketin kredi ödemeleri devam ederken, nakit akışındaki aksaklıklar nedeniyle şirketin talebi üzerine, vadesi gelen anapara ve faiz ödemeleri ile ilgili olarak Bankalarınca kısa ve orta vadeli muhtelif ertelemeler yapıldığı, örneğin Bankalarınca şirketin 2011 yılındaki anapara ödemelerinin 2013-2014 yıllarında ödenmek üzere ertelendiği ve bunun ... 2010 tarihli yazılarıyla şirkete bildirildiği,

5/10) Otelin modernizasyon-yenilenmesi aşamasında Bankalarınca, uzun vadeli yurt dışı kaynaklardan sağlanan fonlardan şirkete finansman desteği sağlandığı, ilaveten otelin kapasitesinin artırılması için de kredi geri dönüş sürecinde mevcut kredi ödemelerinin ertelenmesi suretiyle de şirkete dolaylı olarak finansman desteği sağlandığı, tesisin yenilenmesi ve kapasite artışı sayesinde şirketin sektörde rekabet edebilmesine, değerinin ve gelirlerinin artırılmasına Bankalarınca katkıda bulunulduğu,

5/11) Şirkete tahsis edilen ve kullanılan kredinin yurtdışından temin edildiği ve bunun Bankalarına yıllık %2 civarında maliyeti bulunduğu, vadesinden önce kapatılan kredinin maliyetinin tekrar yeni müşteriye kullanırılıncaya kadar Bankaca karşılandığı,

5/12) Şirketin Bankalarından kullanmış olduğu 2 yıl anapara ödemesiz 7 yıl vadeli krediyi vadesinden evvel kapatmasına ilişkin talebinin Bankalarınca karşılanabilmesinin, şirketle imzalanan kredi sözleşmesi ve Banka uygulamaları çerçevesinde kredi anapara bakiyesi üzerinden %5 erken ödeme komisyonu dahil tutarın ödenmesi halinde mümkün olabileceğinin iki adet yazı ile şirkete bildirildiği, konunun şirket tarafından da değerlendirilerek uygun bulunduğu ve kullanılan kredinin vadesinden önce kapatıldığı, ayrıca şirket yetkilisinin krediyi vadesinden önce erken kapama nedeni olarak ticari bir bankadan kredi kullanacaklarını da şifahi olarak belirttiği, kredinin geri ödeme döneminde firmanın mevcut kredisini kapatmak ve taze para girişi sağlamak amacıyla daha iyi koşullarla yeni kredi bulduğu ve söz konusu işlemi gerçekleştirdiğinin düşünüldüğü,

5/13) Şirketle Bankaları arasında imzalanan Noterliğinden onaylı ... 2007 tarih ve yevmiye no.lu Kredi Sözleşmesinin Genel Şartlar Madde 7.2.'de, "Erken ödeme yapılabilmesi, müşterinin erken ödeme yapacağını vadeden bir ay önce Bankaya yazı ile bildirmesi ve Bankanın erken ödeme için ileri süreceği şartları müşterinin kabul etmesi halinde mümkündür." ifadesinin yer aldığı, ayrıca Bankanın şirkete yönelik kredi koşullarına ilişkin ... 2007 tarih ve sayılı yazılarında ve imzalanan kredi sözleşmesinde kredinin tasfiyesine kadar genel mevzuat ile Bankalarının usul ve prensiplerinin uygulanacağını yer aldığı,

5/14) İşlemin tesis edildiği 2013 yılı itibari ile 28/12/2012 tarih ve 2012-24-13/231 sayılı Yönetim Kurulu Kararı ile karara bağlanan T. Kalkınma Bankası Masraf, Komisyon ve Ücret Tarifesine göre 01/01/2013 tarihinden itibaren uygulanmak üzere kredi erken ödeme komisyonunun %5 olarak belirlendiği, bu bağlamda şikayetçiye de 2013 yılı için Banka Yönetim Kurulu Kararıyla öngörülen %5 oranındaki tarifenin uygulandığı,

5/15) Firmanın talebi üzerine firmaya (ilgisi bir kamu bankası olmak üzere) erken ödeme komisyonu dahil ödeme tutarı bildirildiği ve tutarın ödenmesi üzerine otel üzerindeki Bankalarının ipoteğinin fek edildiği, dolayısıyla Firmaya Bankaları uygulamaları, imzalanan sözleşme hükümleri ve Bankacılık teamülleri kapsamında işlem yapıldığı,

İfade edilmiştir.

6) Şikâyet konusunun çözümüne dayanak teşkil etmek üzere ayrıca T.C. Merkez Bankası ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile yazışmalar yapılmış ve bahse konu idarelerden;

6/1) İşletmeciliği A.Ş. ile şikayete konu idare arasında kredi sözleşmesinin imzalandığı ve kredi borcunun kapatıldığı 2007-2013 yılları arasındaki dönemde, her yıl için;

- Kamu kalkınma ve yatırım bankaları,

- Özel yatırım bankaları,

- Türkiye’de kurulu yabancı yatırım bankalarında,

Yurtdışı kaynaklı uzun vadeli (somut olayımız için 7 yıl) “ticari krediler” için uygulanan erken ödeme komisyon oranının ne olduğu bilgisi ile,

6/2) Erken ödeme komisyon oranı bakımından bankanın “mevduat bankası” veya “yatırım ve kalkınma bankası” olmasının önem arz edip arz etmediği, önem arz etmiyorsa mevduat bankaları için erken kapama komisyon oranının ne olduğu yönündeki bilgi talep edilmiştir.

7) T.C. Merkez Bankası 2015 tarihli ve sayılı cevabi yazısında;

7/1) Ticari kredilere uygulanacak azami faiz oranları ile faiz dışındaki diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelikleri ve azami sınırlarının, taraflar arasında serbestçe belirlendiği, Bankalarca tahsil olunacak ücret, komisyon ve masraflara ilişkin azami sınırların Bankalarına bildirildiği, ancak fiilen uygulanan oran ve/veya tutarlarla ilgili olarak Bankaları nezdinde herhangi bir bilgi bulunmadığı,

7/2) Öte yandan, bankalarca müşterilere uygulanan oran ve/veya tutarlarda farklılık olabileceği gibi bankaların fiilen uyguladıkları oran ve/veya tutarlarla, bankaların kendilerine bildirdiği oran ve/veya tutarlar arasında da farklılıklar olabildiği, açıklamasında bulunulmuştur.

8) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 2015 tarihli ve sayılı cevabi yazısında; özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde taraflar arasında kararlaştırılan ticari kredilere uygulanacak erken ödeme komisyon oranlarının belirlenmesinde Kurumlarının herhangi bir görev ve yetkilerinin olmadığı, belirtilmiştir.

C. Olaylar

9) İşletmeciliği A.Ş. ile T. Kalkınma Bankası A.Ş. ... 2007 tarihinde kredi sözleşmesi imzalamak suretiyle, Avrupa Yatırım Bankası (AYB) /Avrupa Konseyi Kalkınma Bankası (AKKB) kaynaklı 7 yıl vadeli 860.000 Euro yatırım kredisi tahsis edilmiş olup; tahsis edilen kredi koşulları, Bankanın ... 2007 tarih ve sayılı yazısı ile şirkete bildirilmiştir.

10) Şirketin ... 2010 tarihli dilekçesi ile, mevcut otelin yanındaki hanın kiralanması suretiyle tesisin yatak kapasitesinin %50 arttırıldığı, yeni katılan binanın restorasyonu ve bakımı için ciddi harcama yapıldığı ifade edilerek, bundan sonraki ödemelerin daha sağlıklı yapılabilmesi için ... 2011 tarihinde başlayan ödeme planının 12 ay ötelenerek ... 2012’de başlatılması, diğer yılların da aynı şekilde ötelenmesi Bankadan talep edilmiştir. Buna istinaden, Bankanın ...

2010 tarihli yazılarıyla, şirketin 2011 yılındaki anapara ödemelerinin 2013-2014 yıllarında ödenmek üzere ertelendiği şirkete bildirilmiştir.

11) Şirketin kredi erken ödeme talebi üzerine, Bankanın .. 2013 ve ... 2013 tarihli yazıları ile erken ödeme koşulları şikayetçiye bildirilmiştir. İlgili yazılarda, Bankadan kullanılan bahse konu kredilere ilişkin olarak ... 2013 tarihi itibarıyla anapara, faiz, erken ödeme komisyonu ve fek ücreti dahil ödenmesi gereken tutarın 417.285 Euro olduğu ifade edilmiş, 2013 valörü ile ödeme yapılarak şirketin kredi borcu kapatılmıştır.

12) Şirket, bu şekilde erken ödeme talebiyle 2013 tarihinde kredi borcunu kapattıktan sonra, ... 2014 tarihli dilekçesiyle Bankaya, ...2014 tarihinde ise BİMER'e yaptığı başvurularla, %5 oranının çok yüksek olması gerekçesiyle, ödenen bu cezanın %4 oranındaki tutarın iadesini talep etmiş; talebin ilgili idarece reddi üzerine, 10/9/2014 tarihinde Kurumumuza aynı taleple başvuruda bulunmuştur.

D. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın İnceleme ve Araştırma Bulguları

13) 2014 tarihli ve sayılı ve ... 2015 tarihli ve ... sayılı bilgi ve belge isteme yazıları ile ve Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş. yetkilileriyle yapılan görüşmelerde; şikâyet başvurusu ile ilgili yapılacak değerlendirmeye esas olmak üzere, uygulanan kredi erken ödeme komisyon oranının dayanağı olan mevzuat hükümleri ile gerekçesinin açıklanması, şikâyetçinin komisyon oranının düşürülmesi talebinin hangi gerekçelerle uygun görülmediği hususundaki ayrıntılı açıklamalar ve konuyla ilgili tüm bilgi ve belgeler talep edilmiş olup ... 2014 tarihli ve sayılı ve .. 2015 tarihli ve sayılı yazılar cevaben gönderilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

14) 8/12/2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “4721 sayılı Türk Medenî Kanunu”

14/1) "Dürüst davranma" başlıklı 2 nci maddesi; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." ,

14/2) "İyiniyet" başlıklı 3 üncü maddesi; "Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz.", hükmünü amirdir.

15) 4/2/2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un “A. Geçmişe etkili olmama kuralı” başlıklı 1. Maddesi; (1) Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.

16) 8/5/1926 tarihli ve 366 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “818 sayılı Borçlar Kanunu”

16/1) (A) AKDİN İNİKADI I – İki tarafın muvafakati I – Umumi şartlar kenar başlıklı 1. Maddesi; “İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akıt tamam olur.

Rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni dahi olabilir.”

16/2) H) AKDİN MEVZUU I – Erkanı kenar başlıklı 19. Maddesi; “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbeste tayin olunabilir.

Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.”

16/3) (C) CEZAI ŞART: I - Alacaklının hakları: 1 – İcra ile eda arasındaki münasebet başlıklı 158. Maddesi; “Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.

Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.”

16/4) (C) CEZAI ŞART: I - Alacaklının hakları: 2 – Ceza ile zarar arasındaki münasebet başlıklı 159. Maddesi; “Alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur.

Şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşer olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez.”

16/5) (C) CEZAI ŞART: II- Cezanın butlanı ve tenkisi: başlıklı 161. Maddesi; “Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler.

....

Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.”

17 9/7/1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

17/1) C) Tacir olmanın hükümleri: I - Umumi olarak: başlıklı 20. Maddesi; “...Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır.”

18) 1/11/2005 tarihli ve 25983 (Mük.) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “5411 sayılı Bankacılık Kanunu”nun "Faiz oranları ile diğer menfaatler"e ilişkin 144 üncü maddesi, "Bakanlar Kurulu, bankaların ödünç para verme işlemleri ve mevduat kabulünde uygulanacak azamî faiz oranlarını, katılma hesaplarında kâr ve zarara katılma oranlarını, özel cari hesaplar dâhil bu maddede belirtilen işlemlerde sağlanacak diğer menfaatlerin nitelikleri ile azamî miktar ya da oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir. Bakanlar Kurulu, bu yetkilerini Merkez Bankasına devredebilir."

19) Bakanlar Kurulu'nun 16/10/2006 tarihli ve 2006/11188 sayılı Kararına istinaden Merkez Bankası tarafından 9/12/2006 tarihli ve 26371 sayılı Resmi Gazetede duyurulan 2006/1 sayılı “Mevduat Ve Kredi Faiz Oranları Ve Katılma Hesapları Kâr Ve Zarara Katılma

Oranları İle Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Tebliğ"in, "Kredi faiz oranları ve sağlanacak diğer menfaatler" başlıklı 4. Maddesi; "Bankalarca, reeskont kaynaklı krediler dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranları ile faiz dışında sağlanacak diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelikleri ve sınırları serbestçe belirlenir."

20) 17/10/1999 tarihli ve 23849 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4456 sayılı Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketinin Kuruluşu Hakkında Kanununun 3 üncü maddesinde; "Bankanın amacı; Türkiye'nin kalkınması için, anonim şirket statüsündeki teşebbüslere kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde kredi vermek, iştirak etmek suretiyle finansman ve işletme desteği sağlamak, yurtiçi ve yurtdışı tasarrufları kalkınmaya dönük yatırımlara yöneltmek, sermaye piyasasının gelişmesine katkıda bulunmak, yurtiçi, yurtdışı ve uluslararası ortak yatırımları finanse etmek ve her türlü kalkınma ve yatırım bankacılığı işlevlerini yapmaktır." hükmü yer almaktadır.

B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar

21) Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E: 2014/438, K: 2014/2892 sayılı ve 19/02/2014 tarihli kararında;

"Davacı vekili, müvekkilinin davalı bankadan "araç kredisi" kullandığını, taksitlerini ilk 5 ayda düzenli olarak ödedikten sonra kredinin tamamını kapatmak istediğinde, diğer bankalarda ortalama %2 oranında erken kapama komisyonu istendiği halde, müvekkilinin hesabından toplam 3.835,09 TL olarak tahsil edilen erken ödeme komisyonunun fahiş olduğunu, bu durumun davalıya ihtar edildiğini ve % 2'lik oranı aşan kısmını iadesinin istenmesine rağmen bir sonuç alınmadığını ileri sürerek, şimdilik 113,67 TL fazla tahsil edilen oranın reeskont faizi ile 86,33 TL ihtar masrafının yasal faiziyle tahsilini talep ve dava etmiş, yargılama sırasında talebini 3.181,20 TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında imzalanan Genel Kredi Sözleşmesinde, kullandırılan ticari kredi sebebiyle bankanın serbestçe belirleyeceği erken kapama maliyetinin tahsil edileceğine dair hüküm bulunduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, tüketicinin taraf olduğu konut kredilerinde bankanın talep edebileceği erken ödeme komisyonunun yasal olarak en fazla %2'ye kadar olup, ticari kredilerde böyle bir hüküm bulunmaması birlikte bu oranın ticari kredilere TMK' nın 2 nci maddesi gereği uygulanması gerektiği, davalı tarafından 2011 yılı için TCMB'ye bildirilen erken kapama komisyonu oranının da % 2 olduğu, buna rağmen davalı banka tarafından alınan %9,5 oranında erken kapama komisyonunun fahiş olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiş, kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve **Mahkemece diğer bankalardan erken kapama komisyon oranları araştırılmak suretiyle ulaşılan sonuçta bir isabetsizlik bulunmamasına göre** davalı vekilinin tüm temyiz itirazları reddedilmiş usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmiştir.

22) Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E:2012/1771, K:2013/15679 sayılı ve 16/09/2013 tarihli kararı

“Davacı vekili, müvekkili ile davalı banka arasında genel kredi sözleşmesi düzenlendiğini, müvekkilinin krediyi vadesinden önce ödediğini, ancak davalının erken kapama maliyeti adı altında müvekkilinden 20.080, 20 TL tahsil ettiğini, söz konusu kredinin ticari kredi olmadığını, ticari kredi bile olsa sözleşmenin 15.6. maddesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ileri sürerek, erken kapama maliyeti adı altında tahsil edilen tutardan şimdilik 9.000 TL nin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, erken kapama maliyetinin yansıtılmasının banka ve ticari teamüllere uygun olduğunu, sözleşmenin 15/6.maddesinde de bu hususun açıkça düzenlendiğini, söz konusu kredinin ticari kredi olduğunu, erken kapatma ücretinin fahiş olmadığını, savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, taraflar arasında düzenlenen Genel Kredi Sözleşmesinin 15.6. maddesi, sözleşme özgürlüğü sınırları içinde kalıp, taraflar için bağlayıcı olduğu, bu durumda davalı bankanın erken kapatma sebebi ile erken kapatma maliyeti adı altında bir tahsilat yapmasında sözleşmeye aykırılık bulunmadığı, erken kapatma sebebi ile davalı bankanın 43.410,19 TL faiz gelirinden yoksun kaldığı, yoksun kaldığı faiz gelirinin erken kapatma maliyeti adı altında sözleşmenin 15.6.maddesi gereği davacıdan istenebileceği, gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Buna göre;

Ancak, davacı diğer savunmalarının yanı sıra kendisinden kesilen erken ödeme komisyonunun yüksek olduğunu da savunduğuna ve taraflar arasındaki sözleşmede de bu hususta bir belirleme bulunmadığına göre, mahkemece diğer bankalardan aynı dönemde uygulanan erken ödeme komisyonu oranı sorulup buna göre bir uygulama yapılmak gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA, oybirliğiyle karar verilmiştir.

23) Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin E: 2014/1235, K: 2014/7934 ve 29.4.2014 tarihli kararı

“Davacı vekili, müvekkilinin davalı bankadan “arazi alım kredisi” kullandığını, çekilen krediye istinaden müvekkilinin rızası ve talebi bulunmaksızın ipotek kaldırma bedeli, erken ödeme bedeli, komisyon ücreti, masraf, bilirkişi ücreti, dosya bedeli, kredi kartı aidat bedeli, posta ve tebligat giderleri olmak üzere toplam 4.000 TL'nin müvekkilinden tahsil edildiğini belirterek davalı tarafça haksız yere tahsil edilen bedelden şimdilik 3.000 TL'nin müvekkiline iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında yapılan sözleşmenin ticari bir sözleşme olduğunu, kredi sözleşmesi gereği davacıya bilgilendirme yapılarak komisyon tahsil edildiğini, davacının ihtirazi kayıt koymaksızın ödeme yaptığını, kredi kullandırımı sırasında masraf alınmasının sunulan bir hizmetin yarattığı maliyetin karşılığı olduğunu, ayrıca masraf alınacağı açıkça sözleşmede kararlaştırıldığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında genel nakdi ve gayrinakdi kredi sözleşmesi bulunduğu, ayrıca eki niteliğinde aynı tarihli "... her türlü ipotek tesis ve fek edilmesi ile takyidat araştırması işlemlerinde bankanın

kullandığı işgücü, anlaşma, posta ve benzeri maliyetler nedeniyle bankaca belirlenen her türlü masraf, ücret, komisyon ve benzeri giderlerin nakden ve defaten ödemeyi kabul ve taahhüt eder" kapsamlı yazının davacı tarafça imzalandığı, taraflar arasındaki sözleşme kapsamında ihtilafın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında çözümlenemeyeceği, tüketici konumunda olmayan, tüketici sıfatıyla hareket etmeyen davacının çektiği kredi nedeniyle banka tarafından belirlenecek masrafları karşılamayı kabul ettiğine ilişkin mükerrer iki ayrı imzalı belge bulunduğu, sözleşme serbestisinden hareketle kendi iradesiyle okuyup sonuçlarını bilerek sözleşmeyi imzalayan davacının edimlerini yerine getirmesi gerektiği gibi, sözleşmeye dayalı yaptığı ödemeleri de sebepsiz zenginleşme kapsamında talep edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, genel nakdi ve gayrinakdi kredi sözleşmesine istinaden davacıdan alınan ipotek kaldırma bedeli, erken ödeme bedeli, komisyon, masraf vb. giderlerin iadesi istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda yazılı gerekçeler ile davanın reddine karar verilmiştir. **Ancak, genel kredi sözleşmeleri ve banka kayıtlarının tamamı getirilerek, konuya ilişkin sözleşme hükümleri değerlendirilerek ve diğer bankaların da benzer işlemlerdeki emsal uygulamaları gözetilerek bankacılık uygulamasında uzman üç kişilik bilirkişi heyetine dosyanın tevdi ile davacıdan tahsil edilen tutarın uygun olup olmadığı, davacıya iadesi gereken bir tutarın bulunup bulunmadığı konularında bilirkişi raporu alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış, kararın BOZULMASINA, oybirliğiyle karar verilmiştir.**

C. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

24) Şikayetçi İşletmeciliği A.Ş., ... Otelin modernizasyon ve yenileme yatırımı için Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş. ile ... 2007 tarihinde Avrupa Yatırım Bankası (AYB)/Avrupa Konseyi Kalkınma Bankası (AKKB) kaynaklı 7 yıl vadeli 860.000 Euro tutarında yatırım kredisi sözleşmesi imzalamıştır. Şikayete konu uyuşmazlık, şirketin krediyi erken ödeme talebi üzerine, Banka tarafından uygulanan %5 erken ödeme komisyon oranının diğer bankalara göre yaklaşık 4 puan yüksek olduğu iddiasından kaynaklanmaktadır.

25) Somut olayımızda, öncelikle, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak mevzuatın tespiti gerekmektedir. Banka kredi erken ödeme komisyon oranlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak mevzuat, kredinin tüketici kredisi veya ticari kredi olmasına göre 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK-eski yasa)/6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK-yeni yasa) veya 818 sayılı Borçlar Kanunu (eski yasa)/6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (yeni yasa) olabilmektedir.

26) 4077 sayılı TKHK'nın "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinde; Bu Kanunun, 1 inci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsadığı belirtilmiş, "Tanımlar" başlıklı 3 üncü maddesinde e) Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi, f) Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin, TKHK kapsamında değerlendirebilmesi için, Kanunun amacı içerisinde tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. **Somut uyuşmazlıkta taraflar Türk Ticaret Kanunu kapsamında tacir sıfatına haiz olmalarından ötürü, ticari nitelikteki kredi ilişkisinden doğan uyuşmazlığa tüketici hakları kapsamında bakılması doğru olmayacak, dolayısıyla uyuşmazlık Borçlar**

Kanunu, Ticaret Kanunu ve Medeni Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

27) Söz konusu değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken bir diğer husus ise Kredi Sözleşmesinin imzalandığı ... 2007 tarihinde 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken, şikayete konu %5 kredi erken ödeme komisyon oranı koşulunun Banka tarafından ileri sürüldüğü tarih ve komisyonun ödenerek borcun kapatıldığı tarihte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmiş olmasıdır.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "A. Geçmişe etkili olmama kuralı" başlıklı 1. maddesi hükmü gereğince, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen Sözleşmeye 818 sayılı Kanun Hükümleri uygulanacaktır. Her ne kadar maddenin devamında, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonraki fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiyenin, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğu belirtilmişse de somut olayımızda bir temerrüt ya da tasfiye söz konusu olmadığı gibi sözleşmenin sona erme fiili ve sonuçlarına değil sona erme koşuluna ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan taraflar arasındaki uyuşmazlığa 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği tespit edilmiştir.**

28) 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 144 üncü maddesi (Bkz par.14) ve T.C. Merkez Bankası'nın 2006/1 sayılı Tebliği (bkz. par. 19) uyarınca, ticari kredilere uygulanacak azami faiz oranları, faiz dışındaki diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelikleri ve sınırları taraflar arasında serbestçe belirlenmektedir. Ticari nitelikteki kredilerde, Türk Borçlar Kanununun sözleşme özgürlüğüne ilişkin hükmü uyarınca, asıl olan tarafların serbestçe sözleşme yapmaları, özgür iradeleri ile sözleşmenin konusunu ve koşullarını seçmeleridir. **Ancak sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olması, bu hususlarda hiçbir hukuki sınırlandırma olmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira, bütün sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi, Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.** (Bkz. 16/1, 16/2).

29) 818 sayılı BKK madde 158 ve devamı incelendiğinde ise, bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılabileceği, ceza borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklının asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebileceği, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezanın ifa edileceği, alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşarsa alacaklının borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemeyeceği, tarafların cezanın miktarını serbestçe belirleyebileceği ve hakimın aşırı gördüğü ceza koşulunu indireceği öngörülmektedir.

30) 28 ve 29 numaralı paragraflarda yer verilen açıklamalar doğrultusunda somut olayımız incelendiğinde, ticari nitelikteki kredilerde, Türk Borçlar Kanununun sözleşme özgürlüğüne ilişkin hükmü uyarınca, idare ile şikayetçi arasında akdedilen Kredi Sözleşmesinde erken ödeme yapılabilmesi, Bankanın erken ödeme için ileri süreceği şartları müşterinin kabul etmesi şartına bağlandığı, öte yandan Bankanın şirkete yönelik kredi koşullarına ilişkin yazılarında ve imzalanan kredi sözleşmesinde kredinin tasfiyesine kadar genel mevzuat ile Bankalarının usul ve prensiplerinin uygulanacağı düzenlendiğinden **Banka tarafından talep edilen erken ödeme komisyon oranının 818 sayılı BKK 158 ve devamında açıklanan sözleşmenin belirlenen zamanda ifa edilmemesinden kaynaklı bir ceza olduğu anlaşılmaktadır. Şikayetçinin iddiası ise bu cezanın fahiş oranda olduğu yönündedir.**

31) 21-23 numaralı paragraflarda yer verilen Yargıtay kararları incelendiğinde Yüksek mahkemenin üç önemli noktaya vurgu yaptığı görülmektedir. Bunlar;

- Tüketicinin taraf olduğu konut kredilerinde bankanın talep edebileceği erken ödeme komisyonu yasal olarak en fazla %2 olarak belirlenmiş olmasına karşın ticari kredilerde böyle bir hüküm bulunmaması karşısında bu oranın ticari kredilere TMK' nın 2 nci maddesi gereği uygulanması,

- Kesilen erken ödeme komisyonunun yüksek olduğu iddiası karşısında taraflar arasındaki sözleşmede bu hususta bir belirleme olmadığında mahkemece diğer bankalardan aynı dönemde uygulanan erken ödeme komisyonu oranının sorulması,

- Erken ödeme komisyon oranının alınıp alınamayacağı ve bu oranın yüksek olduğu iddiası karşısında; konuya ilişkin sözleşme hükümleri değerlendirilerek ve diğer bankaların da benzer işlemlerdeki emsal uygulamaları gözetilerek bilirkişi heyetince dosyanın değerlendirilmesi ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi, gerektiği yönündedir.

32) Yargıtayın yukarıdaki bahse konu içtihatları gözetilerek şikayet dosyası 2015 yılı Bölge Adliye Mahkemesi Adalet Komisyonu yeminli Bilirkişi listesinden seçilen, “**yurtdışı kaynaklı uzun vadeli ticari kurumsal kredi işlemleri, bankacılık komisyon ve masraf işlemleri**” konusunda hesap bilirkişisi olan ..., ve Av.’na incelenmek üzere tevdi edilmiştir. **Bilirkişi heyeti raporunda özetle;**

32/1) Şirketin itirazını inceleyen bankanın, itiraz konusu komisyon oranının gerekçesini, şirketle imzalanan **Kredi Sözleşmesinin Genel Şartları madde 7.2’** de yer alan “*Erken ödeme yapılabilmesi, müşterinin erken ödeme yapacağını vadeden bir ay önce Bankaya yazı ile bildirmesi ve Bankanın erken ödeme için ileri süreceği şartları müşterinin kabul etmesi halinde mümkündür.*” hükmüne dayandırdığını; **kredinin erken kapatılması halinde komisyon alınacağına ve oranına dair herhangi bir hüküm bulunmadığını,**

32/2) 2013 yılı itibarıyla Bankanın Yönetim Kurulu Kararı ile tespit edilen, masraf, komisyon ve ücret tarifesinde belirlenen % 5 oranının uygulandığı, bu oranın Bankanın web sayfasında yayınlı olduğu, bu anlamda erken ödeme komisyon oranını öğrenme imkanı sağlandığı ve bu bağlamda şirketin basiretli davranma yükümlülüğü çerçevesinde banka ile yaptığı sözleşmeyi okuduğu, şartları bildiği ve kabul ettiği faraziyesinden hareket edilerek, şirketin bu oranı kabul etmiş olduğu kanısına ulaşılmamasının da mümkün olmadığını; zira, **kredinin 2007 yılı içinde açılarak kullandırıldığını,**

32/3) Kredinin tebliğ koşullarına bakıldığında ise, erken kapatma halinde uygulanması gereken erken kapatma komisyonu oranına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı; **Banka yönetim kurulunun 2013 yılında kabul ettiği ve uygulamaya koyduğunu belirttiği erken kapatma komisyon oranının, geriye doğru işlememesi, önceki kredinin şartlarında değişiklik yaratmamasının gerektiği;** ancak, kullandırım koşulunda yapılan değişikliğin şirketle müzakere edilmesi halinde bunun mümkün olabileceği, somut olayda da böyle bir müzakerenin olmadığı görüldüğü,

32/4) Kredinin erken kapatılmasının, bankanın nakit akış dengesini bozduğu, kredi yurtdışı kaynaklı olduğundan, erken kapatılan kredinin maliyetinin yeni müşteriye kullandırılincaya kadar banka tarafından karşılandığı gerekçesine bakıldığında ise; **kullandırılan kredinin yabancı para üzerinden ödendiği ve kapatma işleminin de yine yabancı para üzerinden yapıldığı dolayısıyla bankanın kur anlamında herhangi bir riskinin bulunmadığı,**

32/5) **Bankanın, erken kapatılan kredi nedeniyle oluşan atıl fonun yarattığı zararın kaynağını da net biçimde ortaya koyamadığı, ihtimaller üzerinde durduğu; ayrıca, Bankanın fonlarının ucuz olup, bu fonları kullanmak için sırada bekleyen onlarca yatırımcı firmanın olduğu** varsayıldığında, erken kapatmadan kaynaklı fonun bu anlamda kullanılmasının her zaman mümkün olduğu gibi, **bu fonların bankalar arası piyasalarda da değerlendirilme olasılığının bulunduğu,**

32/6) Hususları birlikte değerlendirilerek; Kredinin açılması/kullanılması sırasında, banka ile şirket arasında akdedilen sözleşmelerin içeriğinde, kredinin erken kapatılması sırasında alınan erken kapatma komisyon oranının % 5 olarak tatbik edileceği ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi, mezkur komisyonla ilgili olarak banka ile şirket arasında gerçekleştirilen bir müzakere de bulunmadığı tespit edildiğinden **Bankanın tatbik ettiği erken kapatma komisyon oranını,** Yönetim Kurulu kararına, Sözleşmenin 7.2. maddesine, bankanın nakit akışındaki bozulmaya, atıl fonları kullanamamış olmasına dayandırmasının, yukarıda ayrıntılı biçimde izah edildiği üzere, **yasal dayanağının olmadığı kanaati ve sonucuna varılmıştır.**

33) Yukarıdan bu yana anlatılan hususlar ile bilirkişi heyet raporu birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde; **T. Kalkınma Bankası A.Ş. Kredi Sözleşmesinin Genel Şartları madde 7.2.'de** yer alan *"Erken ödeme yapılabilmesi, müşterinin erken ödeme yapacağını vadeden bir ay önce Bankaya yazı ile bildirmesi ve Bankanın erken ödeme için ileri süreceği şartları müşterinin kabul etmesi halinde mümkündür."* ifadesinin genel, muğlak bir ifade olduğu, **erken ödeme şartlarının açık bir şekilde yazılmadığı, bu anlamda sözleşmenin taraflarından Bankaya, kredinin erken ödeme koşullarının belirlenmesi noktasında tek taraflı geniş bir yetki tanındığı, öte yandan T. Kalkınma Bankası A.Ş. Turizm, Eğitim ve Sağlık Tesis Yatırımlarına İlişkin Kredi Sözleşmesi Hususi Şartları 2. Maddesinde ise müşterinin ödemelerini Banka uygulamaları, ilgili mevzuat, sözleşme hükümleri ve itfa tablolarına göre yapmayı kabul ve taahhüt ettiği düzenlendiğinden, müşterinin bir erken ödeme durumunda komisyon alınacağını bilmemesinin gerek genel bankacılık uygulamaları karşısında gerekse de basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü dolayısıyla kabulünün mümkün olmadığı,** değerlendirilmiştir.

34) Ticari krediler için genel bankacılık uygulamalarına bakıldığında ise, erken ödeme komisyon oranlarına ilişkin olarak, sözleşme serbestliği ilkesi kapsamında, bankaların müşterileriyle olan ilişkisine, sağlanan kredinin mahiyetine ve maliyetine, kredinin erken ödenmesinin bankanın gelir dengesinde yaratacağı etkiye ve dolayısıyla bankanın ekonomik yapısına göre farklı uygulamaların söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede inceleme ve araştırmamız kapsamında Türkiye Kalkınma Bankası ile benzer yapıda olan Bankalardaki erken ödeme komisyon oranlarının ne olduğuna dair bilgiye ulaşılmaya çalışılmış (bkz par. 6-8) ve internet üzerinde yapılan araştırma sonucunda bu oranın GSD Yatırım Bankası A.Ş. ve Bank Pozitif Kredi ve Kalkınma Bankası A.Ş. resmi web sitelerinde %2 ve Türkiye Sınai ve Kalkınma Bankası A.Ş. web sitesinde %6 olarak ilan edildiği tespit edilmiştir.

35) 28.05.2015 tarihli ve 29369 resmi gazetede yayımlanan "Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği" incelendiğinde ise Kanun koyucunun tüketicinin, konut finansmanı kuruluşuna borçlandığı tutarın tamamını veya bir taksit tutarından az olmamak üzere herhangi bir tutarını vadesinden önce ödemesi durumunda erken ödeme tazminatının **üst sınırını yüzde iki olarak belirlediği** görülmektedir. **Her ne kadar ticari krediler için belirlenmiş Kanuni bir azami oran söz konusu değilse de bankanın, kredi erken ödeme komisyonunu dürüstlük kuralı**

çerçevesinde, ekonomik koşullara ve kredi maliyetine göre makul olarak belirlemesi gerekmektedir.

Nitekim, yukarıda 21 no.lu paragrafta yer verilen **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararı incelendiğinde, tüketicinin taraf olduğu konut kredilerinde bankanın talep edebileceği erken ödeme komisyonunun yasal olarak en fazla %2'ye kadar olup, ticari kredilerde böyle bir hüküm bulunmamasına karşısında bu oranın ticari kredilere TMK' nın 2 nci maddesi gereği uygulanması gerektiği**, belirtilerek davacı lehine karar verildiği görülmüştür.

36) 818 sayılı Borçlar Kanunu incelendiğinde (bkz. par.16/4 ve par.30) alacaklı zarara uğramasa bile ceza lazım olacağı ve şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklının borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemeyeceğinin düzenlendiği görülmektedir.

Somut olayımızda, idarenin kredinin erken kapatılması dolayısıyla nakit akış dengesinin bozulduğu ve zarara uğradığı kabul edilse dahi, ilgili madde uyarınca bu cezanın alacaklının uğradığı zararın karşılığı olmadığı, alacaklının ancak borçlunun kusuru halinde ve bu oranda zararı isteyebileceği tespit edilmiştir. **Somut olayımız açısından erken kapama komisyonu alınacağına sözleşmede açık bir şekilde yer verilmemesine karşın şikayetçinin bankacılık piyasasındaki genel uygulamadan hareketle komisyon ödeyeceğini bildiğinin kabulü halinde dahi bir oranın belirlenmediği görülmektedir. Sözleşme kapsamında böyle bir orana yer verilmemiş olması dolayısıyla idarenin %5 oranında erken ödeme komisyonunu talep ederken uğradığı zararı ortaya koyması gerekirkenle, idarenin gerek bilirkişi raporunda tespit edildiği üzere (bkz par. 32), gerekse de bilgi-belge talebimize istinaden gönderdiği cevabi yazılarında bu hususa dair somut bir veri ve bilgiye yer vermediği görülmektedir.**

37) Sonuç olarak, ilgili Yargıtay kararları, Bilirkişi raporu ile 33-36- numaralı paragraflarda yer verilen tespit ve açıklamalar ışığında, her ne kadar yasa koyucu tarafından ticari kredilerde erken ödeme komisyon oranına ilişkin azami bir üst sınır belirlenmemişse de İdarenin işleminin hukuka, hakkaniyete, genel bankacılık uygulamaları ve ticari teamüllere aykırı olduğu kanaati ve sonucuna varılmış olup idare tarafından %5 olarak belirlenen kredi erken ödeme komisyon oranının, şikayet başvurusunun talebi doğrultusunda indirimine tabi tutulmaması tüm dosya kapsamına göre hakkaniyete uygun görülmemiş, bu konuda paragraf 4/5'te yazılı olduğu üzere Banka Genel Müdürlük makamı tarafından kredi erken ödeme komisyon oranının %3'e çekilmesinin hak ve nesafet kurallarına da uygun olacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

D. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

38) Anayasamızın 35 inci maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı düzenlenmiştir.

39) BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin mülkiyet hakkını düzenleyen 17 nci maddesi, "Hiç kimsenin keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamayacağı" hükmünü amirdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No'lu Protokolün 1 inci maddesinde "Her gerçek ve tüzel kişinin, mal ve mülk dokunulmazlığına riayet edilmesini isteme hakkının olduğu, herhangi bir kimsenin ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve Uluslararası hukukun

genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceği" hüküm altına alınmıştır.

40) Anayasamızın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 No'lu Protokolünün anılan hükümleri gereği mülkiyet hakkı koruma altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, "Mal ve mülk" kavramı iç hukukumuzdaki tanımdan bağımsız olarak ayrı ve çok geniş bir anlama sahiptir. Mahkemeye göre; "Mal ve mülk" kavramı, maddi varlığa sahip her türlü taşınır ya da taşınmaz malı ve bu malların getirilerini de içerdiğinden şikayete konu somut olayımız açısından erken ödeme komisyon oranının mülkiyet hakkı kapsamında kaldığı kabul edilmiştir.

41) Yukarıda hukuka ve hakkaniyet uygunluk yönünden değerlendirme başlığı altında yer verilen açıklamalar ve tespitler ışığında idarenin mülkiyet hakkına saygı ilkesine uygun hareket etmediği tespit edilmekte, 2709 sayılı T.C. Anayasasının "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10 uncu maddesinde ifadesini bulan kanun önünde eşitlik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13 üncü maddesindeki etkili başvuru hakkının, 17 inci maddesindeki hakları kötüye kullanma yasağının ihlal edildiğine dair herhangi bir bulgu ve bilgiye rastlanmamıştır.

E. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

42) Günümüzde demokratik, modern ve katılımcı yönetim anlayışında idarelerden sadece hukuka uygun olarak hareket etmeleri değil aynı zamanda iyi yönetim ilkelerine de uygun işlem ve eylem tesis etmeleri beklenmektedir.

43) 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi Yönetim İlkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde "Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum ve davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar." hükmü yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik hükmünde yer alan ilkelerin kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 41 inci maddesinde de iyi yönetim hakkından bahsedilmekte olup, benzer ilkelere Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen "Avrupa Doğru İdari Davranış Yasasında da yer verilmiştir.

44) Bu doğrultuda, şikâyetçinin gerek kredi erken ödeme talebine gerekse de uygulanan komisyon oranına itiraz dilekçesine, İdare tarafından "**makul süre içinde cevap verildiği**" anlaşılmalı beraber; "**cevapların yeteri kadar gerekçeli olmadığı**", ayrıca "**karara karşı başvuru yolları ve süreleri**" gösterilmediği tespit edilmiş olup idareden bundan böyle bu ilkelere de uygun hareket etmesi beklenmektedir.

Bununla birlikte idarenin yaptığı işlemin hukuka ve hakkaniyete uygunluğunun denetimi noktasında 4 numaralı paragraf ve alt paragraflarında talep edilen bilgilerin, 5 numaralı paragraf ve alt paragraflarında yer verilen cevabi yazılardan anlaşılacağı üzere talep edilen kapsam ve mahiyette karşılanmadığı, bu noktada özellikle idarenin kredinin maliyetinin %2 olduğu yönündeki iddiasına karşılık gelen finansal maliyet analiz raporuna ilişkin bilgi, veri, belge sunmayarak 6328 sayılı Kanunun 18/2 maddesine aykırı hareket ettiği tespit edildiğinden;

idarenin şikayetçinin somut olayı özelindeki bahse konu uygulamasının "kanunilik", "ölçülülük", "şeffaflık", "hesap verilebilirlik" ilkelerine de uygun olmadığı değerlendirilmiştir. İdareden bundan böyle bahse konu iyi yönetim ilkelerine de uygun hareket etmesi beklenmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

45) 14/06/2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17 nci maddesinin sekizinci fıkrasına göre, Kamu Denetçiliği Kurumuna dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmakta olup, Kurumumuzun 09/03/2015 tarih ve 1724 sayılı yazısıyla, dava açma süresinin 10/03/2015 tarihi itibarıyla başlayacağı bildirilmiştir.

B. Yargı Yolu

46) 2709 Sayılı 1982 Anayasasının Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin eylem ve işlemlerine karşı dava açma süresinden arta kalan sürede Ankara Ticaret Mahkemelerine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre **ŞİKAYETİN KABÜLÜNE**; ;

Şikayetçiye uyguladığı %5 kredi erken ödeme komisyon oranına ilişkin işlemi geri alması ve kredi erken ödeme komisyon oranını Genel Müdürlük makamının tenzile yetkili olduğu azami oran olan %3 olarak uygulamasına yönelik makul sürede yeni bir işlem tesisi için

TÜRKİYE KALKINMA BANKASI ANONİM ŞİRKETİ'NE TAVSİYEDE BULUNULMASINA,

Yukarıda anılan kanunun 20 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, merciince bu karar üzerine tesis edilecek işlem veya eylemin ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği taktirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Bu kararın şikayetçi vekiline ve TÜRKİYE KALKINMA BANKASI ANONİM ŞİRKETİ'NE tebliğine;

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

M.Nihat ÖMEROĞLU
Kamu Başdenetçisi