

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI**

**SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ KAPSAMINDA
FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİ**

**HAZIRLAYAN
AYFER KAHRAMAN**

DOKTORA TEZİ

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ZEYNEP İPEK YÜCER AKTÜRK

ANKARA-2025

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI
ORİJİNALLIK RAPORU

Tarih: 15 /01 /2025

Öğrencinin Adı, Soyadı: Ayfer KAHRAMAN

Öğrencinin Numarası: 21920353

Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı

Programı: Özel Hukuk Doktora Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK

Tez Başlığı: Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Kapsamında Faktoring Sözleşmeleri

Yukarıda başlığı belirtilen Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 278 sayfalık kısmına ilişkin, 15/01/2025 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 11’dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukukî sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

ONAY

Tarih: 15/01/2025

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK

ÖZET

Ayfer KAHRAMAN

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ KAPSAMINDA FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİ

Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Doktora Programı

2025

Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında oluşturulan faktoring sözleşmeleri hukuk düzeninde önemli bir yer tutar. Taraflara birden fazla borç yükleyen ve karşılığında menfaat sağlayan faktoring sözleşmelerinin sözleşme özgürlüğü ilkesi sınırları içinde akdedildiğinin denetimi fikri ile bu eser yazılmıştır.

Bu tez, faktoring sözleşmelerinin isimsiz sözleşme niteliğinde olduğuna ve standart tipte oluşturulan sözleşme hükümlerinin TBK m. 27, m. 20 ilâ 25, m. 28, TMK m. 2 ve m. 24 gereğince denetlenmesi gerektiği görüşüne katılmaktadır. Bu araştırmada ilk olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin tanımı, tarihçesi, sınırları ve isimsiz sözleşmeler hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra faktoring işleminin, tanımı, tarihsel gelişimi, diğer finans kurumlarıyla karşılaştırılması, faydaları ve sakıncaları ile faktoring sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği, unsurları, tarafları, içeriği, şekli, türleri ve tarafların hak ve borçlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Son olarak örnek bir faktoring sözleşmesi ele alınarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını düzenleyen genel düzenlemeler yönünden sözleşmenin denetlenmesi ile denetimin sonuçlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Faktoring Sözleşmesi, Sözleşme Özgürlüğü İlkesi, Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Sınırları, Genel İşlem Koşulları.

ABSTRACT

Ayfer KAHRAMAN

FACTORING CONTRACTS WITHIN THE SCOPE OF THE FREEDOM OF CONTRACT PRINCIPLE

Başkent University Institute of Social Sciences

Ph.D. on Civil Law

2025

Factoring contracts created within the scope of the principle of freedom of contract have an important place in the legal order. This work was written with the idea of checking that factoring contracts that impose multiple debts on the parties and provide benefits in return are concluded within the boundaries of the principle of freedom of contract.

This thesis points out that factoring contracts are anonymous contracts and that contract provisions created in standard type are in accordance with TCO art. 27, m. 20 to 25 m. 28, TCC art. 2 and m. 24 agrees with the view that it should be audited accordingly. In this research, firstly, information about the definition, history, limits and anonymous contracts of the principle of freedom of contract is given. Then, explanations about the definition of the factoring transaction, its historical development, comparison with other financial institutions, its benefits and drawbacks, and the definition of the factoring contract, its legal nature, elements, parties, content, form, types and the rights and obligations of the parties are included. Finally, a sample factoring contract is discussed and the contract is audited in terms of general regulations regulating the limits of the principle of freedom of contract and the results of the audit are included.

Key Words: Factoring Agreement, Freedom of Contract Principle, Limits of the Freedom of Contract Principle, General Transaction Conditions.

ÖNSÖZ

Sözleşmeler, bir tarafın lehine üstünlük tanınmadan, eşit bireylerin ilişkilerini hukuken düzenlenmesine hizmet ederler. Bireylere, menfaatlerine uygun olarak özgür kararlar verme ve bu kararlara göre hareket etme hakkı verildiğinde sözleşmeler oluşturulabilir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilerin ilişkilerini kanunlar ile belirlenen çerçevede, özgürce şekillendirmesine imkân verir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin temelini bireyin içinde yaşadığı hiyerarşik düzen ve sosyal konumundan bağımsız olarak kendi yetenekleri ve yaratıcılığı ile ihtiyaçlarını gidermesi fikri oluşturur. Bu ihtiyaçlar doğrultusunda kişilerin hak ve borçlarının sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında oluşturulduğu faktoring sözleşmeleri hukuk düzeninde önemli bir yer tutar.

Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Kapsamında Faktoring Sözleşmeleri başlıklı bu eserde, faktoring sözleşmeleri, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri esas alınarak incelenmiştir. Bu kapsamda, faktoring sözleşmelerinin hukuki niteliğine ve kendisine özgü yapısal özelliklerine değinilerek, onların ekonomik ve hukuki bakımdan hangi amaçları gerçekleştirdiği açıklanmıştır.

Eser üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, faktoring sözleşmelerin hukuki dayanağını oluşturan sözleşme özgürlüğü ilkesi açıklanmıştır. Bu bölümde, ilk olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin temelini oluşturan irade özerkliği ilkesine daha sonra sözleşme özgürlüğünün tanımı ile tarihçesine yer verilmiştir. Daha sonra ise sözleşme özgürlüğünün içeriği ile sınırları üzerinde durulmuştur. Son olarak isimsiz sözleşmeler hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde, öncelikle faktoring işlemi kavramı, tanımı, tarihsel gelişimi, diğer finans kurumlarıyla karşılaştırılması, faydaları ve sakıncaları anlatılmış daha sonra faktoring sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği, unsurları, tarafları, içeriği, şekli, türleri ve hükümleri, tarafların hak ve borçlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde ise sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşıldığı durumların belirlenmesine yönelik örnek bir faktoring sözleşmesi ele alınarak, faktoring sözleşmelerinin kişilik haklarına, emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka aykırı ve aşırı yararlanmaya ilişkin hükümleri ile genel işlem koşulları incelenmiş, sözleşmenin konusunun imkânsızlığı hususuna da değerlendirilerek, bu hükümlerin denetiminin yapılması hakkında değerlendirme yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ KAPSAMINDA FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİ

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNİN SINIRLARI, İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

I. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.....	4
A. Kavram.....	4
B. Tanım.....	6
C. Tarihi Gelişim.....	9
D. İrade Özerkliği ile İlişkisi.....	12
E. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin İçeriği.....	16
1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü.....	16
2. Sözleşmenin Diğer Tarafını Seçme Özgürlüğü.....	20
3. Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma veya Değiştirme Özgürlüğü.....	21
4. Şekil Özgürlüğü.....	23
5. Sözleşmenin İçeriğini ve Tipini Belirleme Özgürlüğü.....	25
II. Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğünün Sınırları.....	27
A. Genel Olarak.....	27
B. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olmaması.....	30
C. Genel İşlem Koşulları.....	32
1. Adi İlişkilerde Genel İşlem Koşulları.....	36
2. Tüketici İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları.....	38
3. Ticari İlişkilerde Genel İşlem Koşulları.....	41

D. Sözleşmenin İçeriğinin Kamu Düzenine Aykırı Olmaması.....	45
E. Sözleşmenin Ahlaka Aykırı Olması.....	49
F. Sözleşmenin İçeriğinin Kişilik Haklarına Aykırı Olması.....	52
G. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olması.....	54
III. İsimsiz Sözleşmeler.....	56
A. Tanımı.....	56
B. İsimsiz Sözleşmelerin Türleri.....	57
1. Bileşik Sözleşmeler.....	58
2. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler.....	60
3. Karma Sözleşmeler.....	61
a. Bileşik (kombine) tipli karma sözleşmeler.....	63
b. Eklemlı karma sözleşmeler.....	64
c. Çift Edimli Karma Sözleşmeler.....	65

İKİNCİ BÖLÜM

FAKTORİNG KAVRAMI VE TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE İŞLEVİ, DİĞER FİNANSMAN İŞLEMLERİ İLE KARŞILAŞTIRMASI, FAYDALARI, FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI, TÜRLERİ VE HÜKÜMLERİ

I. Faktoring Kavramı, Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve İşlevleri.....	67
A. Kavram.....	67
B. Tanım.....	70
C. Tarihsel Gelişimi.....	72
1. Dünyadaki Gelişimi.....	72
2. Türkiye'deki Gelişimi.....	76
D. Faktoring İşleminin İşlevleri.....	81
1. Finansman (kredi) İşlevi.....	81
2. Teminat (delkredere) işlevi.....	82
3. İşgörme (hizmet) işlevi.....	85
II. Faktoring İşleminin Diğer Finansman İşlemleriyle Karşılaştırılması.....	85
A. Finansal Kiralama (Leasing) ile Karşılaştırılması.....	85
B. Forfaiting ile Karşılaştırılması.....	86

C. Banka Kredileri ile Karşılaştırılması.....	87
D. İkratçılık ile Karşılaştırılması.....	88
E. İskonto İşlemi İle Karşılaştırılması.....	89
F. Akreditif ile Karşılaştırması.....	90
III. Faktoring İşleminin Fayda Ve Sakıncaları.....	91
A. Faydaları.....	91
1. Müşteriye Sağladığı Faydalar.....	91
2. İhracatçıya Sağladığı Faydalar.....	93
B. Sakıncaları.....	94
IV. Faktoring Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	95
A. Tanımı.....	95
B. Hukuki Niteliği.....	96
1. Genel Olarak.....	96
2. İsimli Sözleşme–İsimsiz Sözleşme Ayrımı Bakımından Değerlendirme.....	97
3. İsimsiz Sözleşme Türleri Bakımından Değerlendirme.....	103
a. Bileşik Sözleşmeler.....	106
b. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler.....	107
c. Karma Sözleşmeler.....	107
V. Faktoring Sözleşmesinin Unsurları.....	109
A. Tarafları.....	109
1. Faktor.....	109
2. Müşteri	112
3. Borçlu.....	113
4. Muhabir Faktor	113
B. Sözleşmenin İçeriği.....	114
C. Sözleşmenin Kuruluşu Ve İşleyişi.....	115
D. Sözleşmenin Şekli.....	117
E. Sözleşmenin Özellikleri.....	120
1. Sürekli ve Karşılıklı Sözleşme Özelliği.....	120
2. Standart (Tip) Sözleşme Özelliği.....	123
3. Tasarruf İşlemi-Taahhüt İşlemi Özelliği.....	125
a. Tasarruf İşlemi Özelliği.....	125

b. Taahhüt İşlemi Özelliği.....	128
4. Çerçeve Sözleşme -Münferit Sözleşme Özelliği.....	129
F. Sözleşmenin Türleri.....	133
1. Gerçek Faktoring- Gerçek Olmayan Faktoring Sözleşmesi.....	133
2. Ön Ödemeli Faktoring-Ön Ödemesiz Faktoring Sözleşmesi.....	136
3. Açık Faktoring - Örtülü Faktoring Sözleşmesi.....	137
4. Yurtiçi Faktoring- Yurtdışı Faktoring Sözleşmesi.....	138
VI. Faktoring Sözleşmesinin Hükümleri.....	140
A. Müşteri ile Faktoring Şirketi Arasındaki İlişki.....	140
1. Müşterinin Borçları	140
a. Alacağın Devri Borcu.....	140
aa. Alacakların Toptan Devri.....	140
bb. Alacağın Devrinin Yasaklanmasının Faktoring	
Sözleşmesine Etkisi.....	144
cc. Alacağa Bağlı Öncelik Haklarının ve Bağlı Hakların	
Faktoring Şirketine Geçiş.....	148
dd. Devrolunan Alacakları Garanti Borcu.....	150
ee. Alacağın Devrini Borçluya Bildirme Borcu.....	153
b. Teminat Verme Borcu.....	155
c. Faiz, Masraf ve Komisyon Ödeme Borcu.....	156
d. Bilgi ve Belgeleri Verme Borcu.....	158
2. Faktoring Şirketinin Borçları.....	160
a. Alacakları Devralma Borcu.....	160
b. Ön Ödeme Borcu.....	160
c. İşgörme Edimlerini Yerine Getirme Borcu.....	162
d. Teminat Altına Alınan Alacağı Karşılama Borcu.....	165
e. Sır Saklama Borcu.....	167
f. Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi Ödeme Borcu.....	167
B. Faktoring Şirketi ile Borçlu Arasındaki İlişki.....	172
1. Borçlunun Borçtan Kurtulması.....	172
2. Borçlunun Savunma Haklarını İleri Sürebilmesi.....	173
3. Kambiyo Senetlerinin Devrinde Savunma Haklarının İleri	
Sürülmesi.....	176

C. Müşteri ile Borçlu Arasındaki İlişki.....	181
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNİN SINIRLARININ AŞILMASININ DENETİMİ VE DENETİMİN SONUÇLARI	
I. Faktoring Sözleşmesinin Denetimi.....	184
A. Genel Olarak.....	184
B. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık.....	185
1. 6361 Sayılı Kanun Hükümlerine Aykırılık.....	185
a. Faktorün Faktoring Faaliyeti Dışında Faaliyet Gösterememesi.....	185
b. Faktore Devredilen Alacakların Fatura İle Belgelendirilmesi.....	186
2. Vergi ve Harçların Ödenmesi.....	187
C. Ahlaka Aykırılık.....	193
D. Kamu Düzenine Aykırılık.....	194
1. Sorumluluğun Kaldırılması.....	194
a. Faktorün Sorumluluğunun Kaldırılması.....	194
b. İhtar, İhbar Sorumluluğunun Kaldırılması.....	197
c. Hesap Hatalarındaki Sorumluluğun Kaldırılması.....	199
d. İletişim veya Taşıma Sırasında Kaybolmadan Sorumluluğun Kaldırılması.....	199
2. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	200
E. Kişilik Haklarına Aykırılık.....	207
1. Müşterinin Gelecekteki Alacaklarının Devri.....	208
2. Müşterinin Alacaklarının Toptan Devri.....	213
3. Def'ilerin İleri Sürülmesi Hakkından Feragat Edilmesi.....	215
4. Alacağın Devrinin Yasaklanması.....	216
F. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olması.....	217
G. Aşırı Yararlanma.....	218
1. Müşterinin Faktoring Sözleşmesi Yapmaya Zorlanması.....	220
2. Müşteriden Yüksek Tutarlı Teminat Senedi Alınması.....	221
H. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık.....	222
I. Genel İşlem Koşullarının Denetimi.....	225
1. Genel Olarak.....	225
2. Genel İşlem Koşulları Kurallarına Aykırılık.....	232

a. Sözleşme Şartlarının Değiştirilmesi.....	232
b. Takas Hakkından Faktor Lehine Feragat Edilmesi.....	236
c. Alacağa Bağlı Kambyo Senetlerinin Faktor Tarafından Üçüncü Kişilere Devri.....	237
d. Teminat Amaçlı Devredilen Kambyo Senetlerinin Takibi.....	239
e. Teminatın Her Zaman Değiştirilebilmesi Veya İlave Teminat Talep Edilebilmesi.....	242
f. Doğacak Borçlar İçin Teminat Alınması.....	243
g. Kefilin Sorumluluğunun Genişletilmesi.....	245
h. Müşteri Bilgilerinin Aktarılması.....	249
ı. Delil Sözleşmesi.....	251
i. Muacceliyetin Belirlenmesi.....	254
İ. Tüketicinin Korunması Hükümlerine Aykırılık.....	255
II. Faktoring Sözleşmesinin Denetiminin Sonuçları.....	257
A. Genel Olarak	257
B. Denetimin Sonuçları.....	261
C. Kısmi Hükümsüzlük Nedeniyle Oluşan Sözleşme Boşluğunun Doldurulması.....	262
SONUÇ.....	268
KAYNAKÇA.....	276
EKLER	
EK 1: Faktoring sözleşmesi örneği	

KISALTMALAR

A.Ş. : Anonim Şirket

AY : Anayasa

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BAM : Bölge Adliye Mahkemesi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BDDK : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BSMV : Banka ve Sigorta Muamele Vergisi

BTHAE : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

bkz.: bakınız

BÜHFKHD: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C.: Cilt

C.Ü: Cumhuriyet Üniversitesi

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Dn.: Dipnot

E. : Esas

ERÜHFD: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.T.: Erişim tarihi

f. : fıkra

FKB: Finansal Kurumlar Birliği

FKFTŞK : 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf

Finansman Şirketleri Kanunu

FCI : Factors Chain International

FNBB: First National Bank of Boston

GİŞ : Genel işlem şartları

GRIF : General Rules for International Factoring

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD : Hukuk Dairesi

HGB: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)

HMK : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

IFG: International Factors Group

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İzmBD: İzmir Barosu Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K : Karar

KDV: Katma Değer Vergisi

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

KOBİ: Küçük ve orta büyüklükteki işletmeler

KTO: Konya Ticaret Odası

NEÜHFD: Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

R.G.: Resmi Gazete

SBF: Siyasal Bilimler Fakültesi

SME: Small and Medium Sized Enterprises

S. : Sayı

s. : sayfa

T. : Tarih

TBB: Türkiye Bankalar Birliği

TBB Dergisi: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

TKHK: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK: Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

UNIDROIT : The International Institute for the Unification of Private Law

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Y. : yıl

Y. : Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Kişiler arası ilişkinin önemli bir parçasını oluşturan sözleşmeler, hukukun da temel kavramlarından biri olarak pek çok incelemeye konu olmuştur. Özel hukuk alanında hakim olan irade serbestisi ilkesinin benimsendiği liberal ve bireyci toplum yapılarında, sözleşme kavramının tanımı ve özelliklerinin ortaya konulması, tarafların haklarının muhafaza edilmesi bakımından önem taşır.

İrade özerkliği, kişinin hukuki ilişkilerini, hukuk düzenince belirlenen sınırlar çerçevesinde, kendi istek ve ihtiyaçlarına göre şekillendirmek hususunda özgür olmasıdır. Bu özerklik bir hakkın ortaya çıkması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması gibi hukuki etkilerin meydana gelmesi için kişilere serbesti sağlayan bir yetkidir. Kişiler hukuki ilişkilerini biçimlendirmek için hukuki işlemleri kullanırlar. Hukuk düzeni tarafından getirilen kurallara göre belirli bir hukuki ilişkinin kurulmasına, değiştirilmesine, ortadan kaldırılmasına irade özerkliği imkân tanır. İrade özerkliğinin biçimlendirdiği davranış tiplerinin, hukuk düzenince tanınması sonucunda hukuki işlemler ortaya çıkar. Bu hukuki işlemlerden biri de sözleşmelerdir.

Kişiler, irade özerkliğinin sonucu olarak kendi ihtiyaçlarına göre çeşitli biçimde sözleşme düzenleme konusunda da özgürdürler. Bu özgürlük sözleşme özgürlüğü olarak ifade edilir.

İrade özerkliği ilkesinin bir ürünü olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilere özel hukuk alanındaki borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenleme özgürlüğü sunar. Bu ilke bireylere belirlenen sınırlar içinde sözleşmeler yapma, sözleşmelerin karşı tarafını, tipini, şeklini ve içeriğini belirleme, değiştirme veya ortadan kaldırma konularında özgürlük tanır.

Sözleşme özgürlüğünün ortaya koyduğu, özgürlük alanlarından sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü ile bireyler, kanun koyucunun düzenlemediği sözleşme tiplerini oluşturabilir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yaratılan sözleşmeler, kişilerin, sosyal ve ekonomik hayatta, hukuki ilişkilerini düzenleme ihtiyacı sonucunda oluşturulur.

Ülkemizde, kanuni düzenlemeye konu edilmemiş faktoring sözleşmelerinin temeli de sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanır. Faktoring sözleşmelerinin hüküm ve sonuçları sınırlı sayıdaki kanuni düzenleme yanında, çoğunlukla tarafların iradeleri doğrultusunda şekillendirilir.

Temeli sözleşme özgürlüğüne dayanan faktoring sözleşmeleri, ekonomik yaşamda ihtiyaç duyulması sonucunda meydana getirilmiştir. Gelişen ekonomik ve ticari hayatın bir gereği olarak yeni finansman teknikleri ve finansal kurumlara duyulan ihtiyaç faktoring kurumunu ortaya çıkarmıştır.

Faktoring sözleşmelerinin özellikle sanayi devrimi sonrası geliştiği görülmektedir. Bu dönemde işletmelerin üretimlerini artırmaları sonucunda kitlesel mal ve hizmet arzı ortaya çıkmıştır. Üretimin arttırılması bu işletmelerin finansal açıdan desteklenmesini gerektirmiştir. Üretilen mal ve hizmetlerin ticareti için pazar araştırılması, alacakların takip edilmesi, ticari risklerin üstlenilmesi, kredi istihbaratının ve muhasebe işlemlerinin yapılması, defterlerinin tutulması gibi hizmetlere ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaç sonucunda finans kurumları ve işletmeler arasındaki ilişkiyi hukuki güvenlik içinde düzenleyen faktoring kurumu doğmuştur. İşletmelerin ticari faaliyetlerini finansal bakımdan güvenlik içinde yürütebilmesi, ülkelerin iç ve dış ticaret hacminin artmasına yardımcı olur.

Ekonomik öneminin yanı sıra, hukuk alanında taraf iradelerinin bir eseri olan faktoring sözleşmelerinin nitelendirilmesi ile tâbi tutulacağı kuralların belirlenmesi de önemlidir. Hukuk düzeni sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getirmiştir. Tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde bu sınırlamalara uyulması gerekir. Faktoring sözleşmeleri bakımından da sözleşme ilişkisi içindeki kişilerin hak ve menfaatleri bu sınırlamalara uyulmasıyla mümkün olabilir. Bu sözleşmelerin bir tarafının çoğunlukla ekonomik bakımdan zayıf durumda olan küçük ve orta büyüklükteki işletmeler olduğu dikkate alındığında, güçlüden yana kuralların bulunduğu bir sözleşme ilişkisi yerine, her iki tarafın da serbest iradeleriyle oluşturduğu bir sözleşme ilişkinin kurulması ve sürdürülmesinin temini gerekir.

İrade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kurulan faktoring sözleşmelerinin kurulması, yürütülmesi ve sonuçlanmasına ilişkin kuralların belirlenmesinde sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan durumların ortaya konulması gerektiği fikri bu eserin oluşmasını sağlamıştır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde faktoring sözleşmeleri başlıklı bu eserde, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde faktoring sözleşmesinin tanıtılması, bu kurumun kendine özgü hukuki sorunlarının cevaplanması, sözleşmede yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşıldığı hükümlerin tespiti ile denetiminin ne şekilde yapılacağının ortaya konulması amaçlanmıştır. Faktoring sözleşmelerinin

hukuki dayanağını oluşturan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşıldığı durumların, faktoring sözleşmelerinin kendine özgü yapısı ve içerdiği hükümlerin açıklanması bu eserin hareket noktasıdır.



BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNİN SINIRLARI, İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

I. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

A. Kavram

Sözleşme özgürlüğü kavramı, sözleşme ve özgürlük kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşsa da aslında bu iki kelimenin birleşiminden daha fazla anlam ifade eder. Özgürlük, kişilerin belirli bir fiili yapma veya yapmama konusunda seçim yapabilme kabiliyetleri iken, sözleşmeler, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin açığa vurulması ile hukuki sonuç doğuran işlemlerdir¹. Buna göre en basit anlamıyla sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilerin sözleşme yapıp yapmamak konusunda özgür olmalarıdır². Diğer bir deyişle, sözleşme yapmak isteyen kişilerin, iradeleri ile

¹ Ateş, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TTB Dergisi, S. 72, 2007, ss. 75-93, s. 77 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-72-352>); Tan, Turgut, “Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi”, Prof. Dr. Yıldırım Uluer'e Armağan, 2014, ss. 513-524, s. 514; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 29, Ankara 2024, s. 173.

² Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C/1/1, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 9; Eren, Genel Hükümler, s. 339; Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 12, Ankara 2024, s. 948; Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, B. 2, Ankara 2019, s. 125; Akipek, Şebnem/Küçükgüngör Erkan, Sözleşmeler Rehberi, B. 2, Ankara 2002, s. 30; Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 2; Kocayusufoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, B. 10, İstanbul 2017, s. 501; Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, B. 9, İstanbul 2022, s. 65; Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk/Altın Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 362; Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, B. 2, İstanbul 2010, s. 15; Yücer, Aktürk, Zeynep, İpek, İsimli Sözleşmeler Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 30; Özsoker, Gökberk, “Türk Borçlar Kanunu’nun Emredici Hükümlerinin Sözleşme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, Haziran 2016, ss. 59-78, s. 59; Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 23; İnan, Ali, Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2014, s. 76; Işıktay, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, İstanbul 2007, s. 311; Akyol, Şener, Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001, s. 6; Akyol, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 132; Chrenkoff, Arthur, Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea, 21 Austl. J. LEG. PHIL. 36 (1996). https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ajlph21&id=41&men_tab=srchresults. ET. 02/09/2022; Battal, Ahmet, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar I, Ankara 2001, ss. 47-87, s. 48; Doğancı, Ekrem, Doğa, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, B. 1, İstanbul 2018, s. 35.

yarattıkları borçlara bağlanma serbestisine sahip olmasıdır³. İrade özerkliği ise felsefi bir görüş olup⁴ kişilerin her alanda özgürleştirilmesini ilke edinir. Diğer taraftan, irade özerkliği, sözleşme özgürlüğü ilkesinin temelini bulduğu, sözleşme hukukunun esas çıkış noktasını oluşturan merkezi bir ilkedir⁵. Hem irade özerkliği hem de sözleşme özgürlüğü ilkelerinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda Fransız İhtilali ile ortaya çıkmıştır⁶. Fransız İhtilalinin iktisadî alandaki görünümünü liberalizm oluşturur. Sözleşmelerin kişilerin serbest iradeleri ile oluşturulmaları, Fransız İhtilali ve liberalizmin toplumdaki etkilerinin sonucunda olmuştur⁷.

Bir toplumda varolan sözleşme hukuku, o toplumun benimsediği ekonomik düzen ile yakından ilişkilidir. Bu bakımdan liberal iktisadi sistemin geliştiği toplumlarda ekonomik olarak bağımsızlığını elde etmek isteyen kişiler, kalıpların olmadığı sözleşme özgürlüğü arayışına girmişlerdir. Böylece sözleşme özgürlüğü kavramının, liberal iktisadi sistemin gelişmesi ile ortaya çıktığı kabul edilir. Liberal iktisadi sistemin olduğu bir toplumda sözleşme özgürlüğü ilkesi sayesinde kişiler ekonomik yönden bağımsızlık kazanmakta, sözleşmeden ve ticari ilişkiden beklentilerini karşılamaktadırlar⁸. Sözleşme özgürlüğü kavramından henüz liberalizmin olmadığı dönemlerde bahsetmek mümkün değildir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşme hukukunun temel kavramı niteliğindedir⁹. Türk/İsviçre borçlar hukukunu şekillendiren temel bir ilkedir. Kişilerin ilişkilerini özel hukuk sözleşmeleri yoluyla düzenleyebilmelerine imkân verir¹⁰. Bu

³ Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 77; Eren, Genel Hükümler, s. 173; Kaşak, Fahri, Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, B. 2, İstanbul 2021, s. 31.

⁴ Aral, Vecdi, “Hukukta İrade Özgürlüğü”, İÜHF, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, ss. 249-280, s. 249-251; Şenol, Ercoşkun, Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, İÜHF, C. LXXIV, S. 2, 2016, ss. 709-737, s. 710; Kaşak, s. 33.

⁵ İnan, Ali, Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2014, s. 76; Atamer, GİŞ Denetim, s. 9; Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 501; Akyol, Genel Hükümler, s. 132; Battal, s. 48; Çakırca, İrem, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, B. 1, İstanbul 2015, s. 29.

⁶ Küçükyağcı, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHF, C. 53, S. 4, Y. 2004, ss. 101-124, s. 105; Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, İÜHF, C. 38, S. 1-4, 1973, ss. 601-620, s. 602; Kırkbeşoğlu, s. 18-19.

⁷ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 21, İstanbul 2023, s. 24; Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 16; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 362; Kırkbeşoğlu, s. 23.

⁸ Kaşak, s. 7, dn. 10: “Liberal iktisadî sistem; ideal piyasa dengesinin sözleşme özgürlüğüne sahip kişilerin sözleşmeleri aracılığıyla, yani serbest rekabete dayalı bir düzenle sağlanabileceğini, bu sebeple de devletin iktisadî ilişkiler ve piyasa düzenine mümkün mertebe müdahale etmemesi gerektiğini savunmaktadır.”

⁹ Başpınar, s. 16; Kaşak, s. 32.

¹⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Atamer, GİŞ Denetim, s. 9-10; Başpınar, s. 15.

sayede bireyler kendi menfaatlerini koruyan hukuki işlemler yapabilirler ve kendileri için mantıklı ve makûl olanı tercih ederek sözleşme adaletini tesis edeler. Öte yandan, sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireylerin ticarî girişim kurma ve işletme serbestisinin borçlar hukukundaki görünümü olarak da tanımlanır.

Bununla birlikte, bu ilke, liberalizmin etkin olduğu 19. yüzyılda mutlak bir şekilde uygulanmış, ancak süreç içinde etkisini kaybetmeye ve İkinci Dünya Savaşının sona ermesiyle görülmemeye başlamıştır¹¹. Savaşın sonunda oluşan ekonomik ve sosyal değişimler sonucunda, liberal ekonomik sistemin ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin kısmen sınırlandırılması ile sözleşme adaletinin gerçekleştirilmesi amaçlanmış¹², toplumun önemli bir kısmına tesir eden ve bir tarafı daha zayıf olan bazı sözleşmelerin, emredici hukuk kurallarıyla düzenlenmesi yoluna gidilmiştir¹³.

Günümüzde emredici hukuk kurallarıyla sözleşmenin zayıf tarafının korunmasının irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesine dayalı sözleşme modeline zarar vermeyeceği kabul edilmekte ve tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ciddi ölçüde sınırlandırılmaktadır. Bu bakımdan özel hukukun temeli kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesinin tüm yönleriyle incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

B. Tanım

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilerin ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları özel hukuk sözleşmeleri ile özgürce düzenlemelerine imkan sağlar¹⁴. Bu ilke, sözleşmeyi kuran iradenin, bir sözleşmeyi yapıp yapmama veya içeriğini belirleme konusunda özgür olması olarak da tanımlanabilir¹⁵.

¹¹ Antalya, Genel Hükümler, s. 73; Doğan, s. 38.

¹² Eren, Genel Hükümler, s. 339; Erman, s. 602-603; Esener, Turhan, Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1969, s. 194; Doğan, s. 38.

¹³ Antalya, Genel Hükümler, s. 403; Doğan, s. 39.

¹⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 9; Eren, Genel Hükümler, s. 339; Eren, Özel Hükümler, s. 948; Antalya, Genel Hükümler, s. 125; Akipek/Küçükgüngör, s. 30; Havutçu, İçerik Denetimi, s. 2; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 501; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 362; Atamer, GİŞ Denetim, s. 15; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 30; Özsöker, s. 59; Kırkbeşoğlu, s. 23.

¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 503-506; İnan/Yücel, s. 76; Işıktay, s. 311; Akyol, Banka, s. 6; Akyol, Genel Hükümler, s. 132; Chrenkoff, s. 36; Battal, s. 48; Doğan, s. 35.

Belirtmek gerekir ki, sözleşme özgürlüğü ilkesi, irade özgürlüğü ilkesinin sözleşmeler hukukundaki yansımasıdır¹⁶. Kişiler, irade özgürlüğü ilkesi sayesinde aralarındaki ilişkileri ve hukuki durumlarını belirleyebilirler. Hukuk düzeni kişilerin iradesiyle oluşturulan bu hukuki ilişkiyi tanır ve hukuki ilişkinin hüküm ve sonuçları doğar¹⁷.

Sözleşme özgürlüğünün, bireyin çıkarlarına uygun seçimler yaparak adil ve makul bir sözleşme ile bağlı olma iradesini ortaya koymasında, hukuk sisteminin belirlediği kurallardan daha iyi bir hakem olduğu kabul edilir. Bu ise, devletin, bireyin özerkliğini kabul etmesi ile gerçekleşir¹⁸.

Sözleşme özgürlüğü fikri, eşitlik üzerine fırsat tanıyan liberal hukuk anlayışının tipik bir örneğidir. Liberal hukuk, bireyin kendi çıkarlarını, ihtiyaçlarını isteklerini, tercihlerini kendisinin belirlediği bir fırsat eşitliğini garanti etmeyi amaçlar. Bu sebeple, sözleşme özgürlüğü ilkesi kuşkusuz bu liberal yaklaşımın mükemmel bir yansımasıdır¹⁹.

İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri ışığında, bireyler kiminle ne zaman ve nasıl bir sözleşme kuracağını serbestçe belirleyebilirler. Hukuk düzeni kural olarak bu “kişiye özel” ilişkiye müdahalede bulunmaz. Bir başka deyişle sözleşme özgürlüğünün egemen olduğu yerde, bireylere belirli sınırlamalar getiren, aksi kararlaştırılamayan emredici kurallara yer yoktur²⁰. Bu anlamda, kişilerin özgür iradeleri ile akdedilecek bir sözleşme, bireylerin bir kısım özgürlüklerini bünyesinde barındıran genel ve kapsamlı bir hukuk kuralı niteliği taşır. Bu özgürlükler, “sözleşme yapma özgürlüğü”, “sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü” ve “şekil özgürlüğüdür”²¹.

İrade özgürlüğünün bir yansıması olarak sözleşme yapma, yapmama, sözleşmenin tarafını ve şeklini seçme de bir özgürlük alanıdır. Sözleşme özgürlüğü,

¹⁶ Antalya, Genel Hükümler, s. 125; İnan/Yücel, s. 76; Atamer, GİŞ Denetim, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 501; Akyol, Genel Hükümler, s. 132; Battal, s. 48; Çakırca, s. 29.

¹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 338; Antalya, Genel Hükümler, s. 125; Doğancı, s. 34; Kırkbeşoğlu, s. 23.

¹⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 337; Cherenkoff, s. 37; Atamer, GİŞ Denetim, s. 10; Battal, s. 48; Doğancı, s. 36.

¹⁹ Eren, Genel Hükümler s. 336; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 503; Cherenkoff, s. 37; Doğancı, s. 37.

²⁰ Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir, Borçlar Hukuku-Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 28; Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 85-86: “Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde TBK m. 26-27 ve TMK m. 23 sınırları içinde olmak kaydıyla, sözleşmeye TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kurallarının uygulanmayacağına ilişkin hüküm konulabileceği, bu anlamda, dürüstlük kuralının kamu düzenine ilişkin ve emredici kural mahiyetinde bulunmadığı, dürüstlük kuralının, bağımsız olarak hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemeyi hedeflediği belirtilmiştir.”

²¹ Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 77; İnan/Yücel, s. 205.

bireyin özgür iradesine bağılı olarak gelişmiştir²². İrade özgürlüğünün tabîi sonuçlarından biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, hukuk sistemimizde, gerek Anayasa (m. 48/I), gerekse Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'un ilgili hükümleri ile (TBK m. 26, m. 27, TMK m. 23 gibi) teminat altına alınmıştır. Nitekim Anayasa m. 48'de, "herkesin sözleşme yapma hürriyetine sahip olduğu" belirtilmiş ve bu hak Anayasa m. 35'de düzenlenen ve sözleşme yapma özgürlüğü ile bütünlük arz eden "mülkiyet hakkı" ve "miras hakkı" ile birlikte temel hak ve özgürlükler arasında yer almıştır²³. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin temel hüküm ise TBK m. 26'da yer alır. Buna göre, "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler". Anayasa m. 48/1 herkese dilediği alanda sözleşme yapabilme özgürlüğü tanıırken, TBK m. 26'deki düzenleme kişilere sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü sunar. Bu bakımdan, TBK m. 26 daha sınırlı bir alana sahiptir²⁴. Bu hükümlerle koruma altına alınmış sözleşme özgürlüğü ilkesi esas olarak hak ve fiil ehliyetinin dolayısıyla kişiliğin bir uzantısıdır²⁵.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından şöyle tanımlanmıştır²⁶; "Devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını

²² Küçükyalçın, s. 108; Kaplan, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, B. 3, Ankara 2013, s. 3; Çakırca, s. 29; Kırkbeşoğlu, s. 19-20.

²³ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Işıktaç, s. 314; Doğan, Naci, "Ulusal Ve Uluslararası Hukuk Alanlarına Göre Sözleşme Kavramı, Sözleşme Akdi Ve Koşulları", Mevzuat Dergisi, Y. 9, S. 105, Eylül 2006, s. 4.

²⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 336; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 502; Antalya, Genel Hükümler, s. 429; Akyol, Banka, s. 6.

²⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 18.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, 08/01/2009, E.2004/87-K.2009/5. RG: 05/03/2009, S: 27160, s. 13 vd. (Tan, s. 514.) Diğer bir tanım Anayasa Mahkemesi, 30/01/1969 T., E. 1967/47, K. 1969/9: "Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, özel kişilerin yasa sınırları içinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki istekleri yeterince açığa vurarak ulaşabilmeleri demektir. Bu ilke Borçlar Yasasının 19. ve 20. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise özel kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını devletin sağlaması, başka deyimle Devletin özel kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerinin, isteklerini geçerli olarak tanınması onların iradelerinin isteklerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını Devletin ilke olarak benimsemesi demektir."; aynı yönde, AYMK 07/02/2008 T., E. 2005/128, K. 2008/54, AYMK 30/06/2011 T., E. 2010/10, K. 2011/110 (Çakırca, s. 28.) Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme özgürlüğü konusundaki kararlarında kavramı irdelemektense kısaca bahsetme yolunu seçtiği, Mahkemenin ilgili kararlarında sözleşme özgürlüğünü kamu hukuku kavramlarının penceresinden ele aldığı ve değerlendirdiği ve özel hukuk alanındaki temel ilkelerden çok az istifade ettiği görüşü için bkz. Battal, s. 87. Yargıtay'ın tanımı için bkz. Yargıtay 3. HD., 21/04/2022 T., E. 2021/4374, K. 2022/3936: "Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) prensibi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesinde teminat altına alınmıştır. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya kendine özgü sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu

sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Anayasa ile koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma özgürlüğünün yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını ve sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da içerir”.

Ancak, özel hukukta hareket özgürlüğü sınırsız değildir. Bazı sınırların bulunmasından hareketle, dar anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi, bir sözleşmenin taraflarının sözleşmenin içeriğini kendi istekleri doğrultusunda belirleyebilme özgürlüğüdür. Geniş anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi ise bireylerin özel hukuk alanındaki ilişkilerini hukuk düzeninin ortaya koyduğu sınırlar içinde oluşturacakları sözleşmelerle düzenleyebilme hakkı şeklinde tanımlanabilir²⁷.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin kapsamı, zaman içinde sözleşmenin tarafları arasında sosyal adaletin sağlanması, zayıfların korunması amaçları ile kanunlarla sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalar öncelikle genel nitelikteki kanuni düzenlemeler ile daha sonra ise bireylerin ihtiyaçları doğrultusunda özel kanuni düzenlemelerle yapılmıştır²⁸.

C. Tarihi Gelişim

Sözleşme özgürlüğü fikri, 19. yüzyılla ve “bırakınız yapınlar, bırakınız geçsinler”²⁹ döneminin altın çağıyla ilişkilendirilmekteyse de, tarih daha dikkatli incelendiğinde sözleşme özgürlüğünün bir yüzyıl önceye dayandığı ya da Anglosakson hukuk çevresine ait olduğu söylenemez.

ve yasak koyan kurallara, ahlak ve âdaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tipini değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler. Dolayısıyla bu özgürlük, sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ya da değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemeyi de kapsar. Sözleşme özgürlüğü kuralı, sözleşmeyi kurma ve değiştirme özgürlüğü kadar sözleşme ile bağlı kalmama özgürlüğünü de içerir.” (ET. 20/03/2023)

²⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 337-338; Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 77; Çakırca, s. 46.

²⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 338; Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 504; Atamer, GİŞ Denetim, s. 21; Çakırca, s. 41; Doğancı, s. 37.

²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 363-364; Atamer, GİŞ Denetim, s. 12. “Laissez faire” sadece mülkiyet haklarını korumayı amaçlayan yeterli düzenlemelerin bulunduğu bir ekonomik ortamda özel taraflar arasındaki alım satım işlemlerinin müdahaleci hükümet kısıtlamaları, tarifeler ve sübvansiyonlardan arındırılmasını ifade eder. “Laissez faire”, “bırakınız yapınlar” anlamına gelir. İlk kez Fizyokratlar tarafından “laissez-faire, laissez-passer” (bırakınız yapınlar, bırakınız geçsinler) sloganıyla savunulmuştur. https://tr.wikipedia.org/wiki/Laissez_faire. ET. 02/09/2022.

Klasik liberalizm ve teorik kapitalizm ile felsefi temellerini 18. yüzyılın sonlarına doğru sağlamlaştıran sözleşme özgürlüğü ilkesi, çok daha eski zamanlarda ve birçok farklı kültürel ortamda görülmeye başlanmıştır.

İlk olarak antik Filistin’de daha sonraları, antik Yunan ve Roma’da sözleşme özgürlüğü kendini göstermiştir. Yunanlılarca tarafların sözleşmelerle belirlediği kurallar yasadan üstün tutulmuş, sözleşme her şeyin üstünde görülmüştür³⁰.

Yunan ve Roma vatandaşları özgür ve özerk kabul edilmiş, devlet vatandaşların hak ve özgürlüklerine saygı duymak zorunda bırakılmıştır. Ticari yönden en büyük büyüme, özgürlüklerin tanındığı döneme isabet eder.

M.Ö. 451 tarihli 12 Levha Kanunu’nun³¹ Roma hukukunun ilk kanunlaşma hareketi olduğu ve anılan Kanun’da sözleşme özgürlüğü ilkesinin düzenlendiği tespit edilmiştir³². Roma hukuk sisteminde ius civilede kabul edilmiş belli sayıda sözleşmenin³³ varlığından yola çıkılarak sözleşmelerde sınırlı sayı ilkesi³⁴ olduğu sonucuna varılır.

Roma Cumhuriyet döneminde, ihtiyaçlar doğrultusunda sözleşmeler, imparatorların anayasaları ve praetorların³⁵ gözetiminde geliştirilmiştir³⁶. Aynı sözleşmeler dalında isimsiz sözleşmelerin kabulü, rızai sözleşmeler dalında ise pactumlar (anlaşma) aracılığı ile sözleşmelerdeki gelişme sağlanmıştır³⁷. Bu şekilde sınırlı sayı ilkesinden ödünler verilmiş olsa da Roma’da sözleşme özgürlüğü ilkesi prensip olarak kabul edilmemiştir³⁸.

Batı Roma İmparatorluğunun çöküşünden sonra Orta Çağda, Avrupa’da ticari hayatın canlanmasıyla sözleşme özgürlüğü fikri de yeniden ortaya çıkmıştır. Ancak bu hak profesyonel olarak ticaretle uğraşan insanlar için geçerli olmuş, orta çağın

³⁰ A S Diamond, Primitive Law (Watts & Co, London, 1950) p 428, Demosthenes, Against Lacritus, 13; "hiçbir şeyin sözleşmeden daha geçerli olmayacağı" (Chrenkoff, s. 41 naklen).

³¹ Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku-Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar, İstanbul 1995, s. 37; Kaşak, s. 9.

³² Şen, Doğramacı, Hayriye, Çerçeve Sözleşmeler, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eskişehir 2010, s. 11; Oktay, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", İsimsiz Sözleşmeler, İÜHFM, C. 55, S. 1-2, 1996, ss. 263-296, s. 266; Kaşak, s. 9; Işıktaç, s. 94.

³³ Küçükyalçın, s. 104: "Gaius ve Justinianus’un Institutiones’inde sözleşmeler dört grupta incelenmiştir. Bunlar sözlü, yazılı, aynı ve rızai sözleşmelerdir."

³⁴ Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit Karma Sözleşmeler, B. 2, Ankara 2013, s. 9 ve s. 16-21; Gümüş, Mustafa, Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, B. 1, Ankara 2021, s. 3.

³⁵ Praetor, Eski Roma’da yurttaşlar arasındaki hukuki anlaşmazlıkları çözen yargıç ve idareci konumundaki görevlidir. <https://hukukbook.com/praetor/> ET. 02/09/2022.

³⁶ Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, B. 18, İstanbul 2024, s. 158.

³⁷ Küçükyalçın, s. 104; Rado, s. 158.

³⁸ Şen, Doğramacı, s. 12; Gümüş, Genel Hükümler, s. 3.

sonlarında ve yeniçağda etkili olan merkantilist politikalar sebebiyle sözleşme özgürlüğü ilkesi geri planda kalmıştır.

Rönesans ve Reform hareketlerinin yaşandığı 15. ve 16. yüzyıllarda pek çok alanda, yenilikçi fikir akımları ortaya çıkmıştır. Bu düşünce hareketleri sosyal yaşamın her alanında hâkim olmuş, bu sayede sınıf ayrımcılığına dayanan toplumsal yapı sorgulanmaya başlamıştır³⁹. Böylece, sınıfsal ayrımcılık dışlanmış, özgürlük ve eşitlik fikirleri dile getirilir olmuştur.

1789 tarihli Fransız Devrimi ile liberal politikaların şekillenmesi sonucunda özgürlük zemini hazırlanmıştır⁴⁰. Fransız Devrimi sonucunda, eşitlik ve özgürlük düşünceleri ön plana çıkmış, herkesin eşit ve özgür olduğu, özgür bir bireyin kendi iradesiyle kaderini belirleyebileceği, toplumsal düzeni şekillendirebileceği kabul etmiştir.

Özgürlükler genişledikçe, kişilere mülkiyet hakkı ve ekonomik alanda faaliyet özgürlüğü tanınmış ve sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir⁴¹. Yine bu dönemde, Adam Smith tarafından geliştirilen serbest piyasa fikri, klasik liberal iktisat kuramının oluşmasına zemin hazırlamıştır. Klasik liberal iktisat kuramının gelişmesi ile özgürlük, ferdiyetçilik, piyasa düzeninin kendiliğinden oluşması ve sınırlı devlet anlayışı kabul edilmiştir⁴².

Liberal düşünce, sosyal ve ekonomik hayatta değişimleri tetiklemiş, bu değişimler, kişiler ve devletlerarası ilişkilerin tipi ve içeriği bakımından çeşitliliğe sebep olmuştur⁴³.

Sanayi devriminin 18. yüzyılda başlamasıyla, artan seri üretim, malların çeşitliliği, taşımacılığın kolaylaşması ve ithalatın gelişmesi, birbirleriyle rekabet edebilecek ticari kurumların ortaya çıkmasını sağlamıştır.

³⁹ Atamer, GİŞ Denetim, s. 11; Küçükyalçın, s. 105; Çakırca, s. 33.

⁴⁰ Atamer, GİŞ Denetim, s. 11; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 19; Karagöz, Yıldız, “Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük”, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, C. 26, 2002, ss. 267-295, s. 276: “Liberalizm, en geniş anlamıyla, özgürlükçü bir sosyal, siyasal ve ekonomik sistem şeklinde tanımlanır. Bu nedenle, liberalizmin gelişimi açısından öncelikle özgürlükçü bir ortamın varlığına ihtiyaç vardır”; Kırkbeşoğlu, s. 18; Kaşak, s. 13; Küçükyalçın, s. 105; Erman, s. 60.

⁴¹ Atamer, GİŞ Denetim, s. 11; Çakırca, s. 33; Kırkbeşoğlu, s. 19.

⁴² Karagöz, s. 276; Çakırca, s. 34-35.

⁴³ Atamer, GİŞ Denetim, s. 16; Güran, Tevfik, İktisat Tarihi, B. 1, İstanbul 2020, s. 125.

Sanayi devrimi sonrasında, bireylerin özel hukuka dayanan ilişkilerini, sınırlı sayıda ve tipte sözleşme ile düzenlenemeyeceği anlaşılmış, bireyler arası hukuki ilişkilerin yeniden dizayn edilmesi gerekliliği doğmuştur⁴⁴.

Klasik liberal anlayışın kabul ettiği serbest ekonomik düzen gelişmiş, bireyler arasındaki ticari ilişkilerde ve toplumsal yaşamın diğer alanlarında etkili olmuş ve nihayet 19. yüzyıl kanunlaştırma hareketlerine yansımıştır⁴⁵.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir devlet politikası haline gelmesi ve bu ilkedен herkesin eşit olarak faydalanması ise 18. yüzyılın sonları, 19. yüzyılın başlarına rastlar. Liberal-bireyci hukuk düzeni yoluyla tarafların hukuk alanındaki ilişkilerinin iradeleri doğrultusunda kurmaları sağlanmıştır. 19. yüzyılın başından itibaren, liberal-bireyci hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğü ilkesi medeni hukukta temel bir ilke olarak ortaya çıkmıştır⁴⁶.

D. İrade Özerkliği İlkesi ile İlişkisi

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin düşünsel olarak esasını oluşturan⁴⁷ ve özel hukukun temel prensiplerinden birisi olan irade özerkliği ilkesi, kişilere hukuki ilişkilerini, özgür iradeleri doğrultusunda, hukuk düzeninin sınırları içerisinde, diledikleri gibi düzenleyebilme özgürlüğü tanır⁴⁸. İrade özerkliği ilkesi, liberalizm ve bireyciliğe dayanan⁴⁹ ve a priori⁵⁰ varolan, bu sebeple sınır konulmaksızın kabul edilerek hukuk sistemlerinde korunan bir ilkedir⁵¹.

Liberal hukuk, bireyin kendi çıkarlarını, ihtiyaçlarını, isteklerini, tercihlerini kendisinin belirlediği bir fırsat eşitliğini garanti etmeyi amaçlar. Bu eşitlik bir hukuki

⁴⁴ Atamer, GİŞ Denetim, s. 12; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 19; Çakırca, s. 35.

⁴⁵ Atamer, GİŞ Denetim, s. 12-14; Havutçu, İçerik Denetimi, s. 27; Çakırca, s. 36.

⁴⁶ Atamer, GİŞ Denetim, s. 12; Antalya, Genel Hükümler, s. 15; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 19-20; Kaşak, s. 16; Çakırca, s. 40.

⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 337; Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Zürich 2020, s. 120 (Aktaran, Özsöker, s. 59.)

⁴⁸ Akipek/Küçükgüngör, s. 30; Eren, Genel Hükümler, s. 336; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 501; Ünal, Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri, B. 2, Ankara 2017, s. 35; Akyol, Banka, s. 6.

⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 338; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 2, İstanbul 2020, s. 62; Çakırca, s. 38.

⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 338: “A priori, bir kavramın, insan varlığıyla birlikte mevcut, devlet otoritesi ve hukuk düzeninden önce var olan, hiçbir sınır konulmadan kabul edilmesi gerektiğini ifade eder.”

⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s. 338; Battal, s. 48.

işlemin sonucunun eşitliğinden ziyade, işlemin daha kurulması aşamasındaki fırsatlar eşitliğidir. Liberal hukuk, bireylerin tercihlerine saygı duymakla birlikte, hukuki ilişkinin korunması için de elinden geleni yapar⁵².

İrade kavramı, psikolojik bir içeriğe sahip olup, kişinin fiillerini, istek, niyet ve amaçları doğrultusunda belirleme gücünü ifade eder⁵³. İrade özerkliği, insanın iradesinin meydana gelmesinde uymak zorunda olduğu dürtülerin veya zorunlulukların bulunmadığı, şöyle ya da böyle karar verme gücüne sahip olduğu bir özgürlüktür. Bu özgürlük insan iradesinin dışarıdan bir etki sonucunda belirlenmeyip bizzat kendi kendini belirleyebilmesi temeline dayanır. Bu anlamda kendi fiillerini kendisi yaratabilen insan, işlediği fiillerin sonuçları ile de yükümlü kılınmaktadır⁵⁴.

Hukuki bir işlemin, içsel ögesini irade oluşturur. İradenin özgürlüğünden bahsedebilmek için, bir hukuki işlem kararının alınmasında, kişinin kendi niyet, amaç veya ihtiyaçları esas alınmalıdır. Bu kararın alınmasında, dışarıdan yapılacak bir müdahale irade özerkliğini zedeler.

İrade özerkliğinin, kişinin hukuki ilişkilerini, hukuk düzenince belirlenen sınırlar çerçevesinde, istek ve ihtiyaçlarına göre şekillendirerek kendi özel hukuk alanında egemen olma özgürlüğü olduğu ifade edilebilir⁵⁵. İrade özerkliği, bir hakkın ortaya çıkması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması gibi hukuki etkilerin meydana gelmesi için kişilere serbesti sağlayan bir yetkidir⁵⁶.

Bireyin kendi kendini yönetme, kaderini tayin etme isteği irade özerkliği ilkesinin benimsenmesine yol açmıştır. Böylece birey kendi iradesi ile gireceği bir hukuki ilişkide kendi hukukunu yaratır. Tarafların kendileri için en adil ve makul olan seçimi yapacakları kabul edilir⁵⁷. Borçlar hukukunun temelini oluşturan bu ilke ile özel hukuk ilişkilerinde devletin müdahalesi mümkün oldukça reddedilmiştir⁵⁸.

Liberal ekonomik düzende, ekonomik ilerleme ve refahın temini için irade özerkliği önemli bir unsurdur. Ekonomik hayatın sürdürülebilirliği, bireye girişim

⁵² Cherenkoff, s. 37; Çakırca, s. 36.

⁵³ Işıktaç, s. 312; Aral, V., s. 250.

⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 337; Aral, V., s. 254.

⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 337; Stiefel, Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht, Aarau, 1919, s. L. (Aktaran, Akipek, Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, 1995, ss. 269-290, s. 271.) <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629589>. ET. 09/11/2022.

⁵⁶ Akipek, s. 271; Eren, Genel Hükümler, s. 338; Çakırca, s. 31.

⁵⁷ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 163; Eren, Genel Hükümler, s. 337; Çakırca, s. 31.

⁵⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 337; Çakırca, s. 40.

özgürlüğü tanınması ile mümkün olabilir. İrade özerkliğinin kapsamı liberal ekonomiye sahip toplumlarda geniş, sosyalist düzenin hâkim olduğu toplumlarda dar tutulur⁵⁹. Kapsamı geniş tutulan irade özerkliği, bireyin hukuki ilişkilerine iradesini özgürce yansıtabildiği ölçüde gerçekleşir⁶⁰.

Kişilerin özgür iradeleri ile kurduğu hukuki ilişkilerinin sonuçlarına da yine kendisinin katlanacağı kabul edilmelidir⁶¹. İrade özerkliği ilkesi gereğince yapılan bir hukuki işlemin sonucundan işlemi yapan bireyin katlanması adil sayılmıştır⁶².

Ancak bu ilkenin modern hukuk sistemlerinde, sınırsız kullanılması kabul edilmez⁶³. Böylece, irade özerkliği ilkesi, kanunlarla teminat altına alınırken, bazı kanuni sınırlamalara da tabi tutulmuştur. Böylece, kişilerin kendi kaderini kendisinin belirlediği, hukuk düzeninin sınırları içinde kabul edilen bir özgürlük alanı tanır⁶⁴.

İrade özerkliği ilkesi, bireylerin eşit olarak faydalanması için bağlayıcı kurallarla düzenlenmiş ve toplumun tümünü kapsayan bir yapı oluşturur⁶⁵. Ülkemizde irade özerkliğini düzenleyen bağlayıcı kural Anayasa'da yer alır⁶⁶.

İrade özerkliği ilkesi ile kişiler hukuki ilişkilerini diledikleri şekilde düzenleyebilirler. Mülkiyet hakkı edinebilir, edindiği bu mülkiyet hakkı üzerinde gerek sağlığında sonuç doğuracak işlemleri, gerekse ölümünden sonra etki doğuracak işlemleri yapabilir, kendi ekonomik alanını özgürce oluşturabilirler. Bu sebeple, irade özerkliği ilkesinin, kişi özgürlüğünü temel alan medeni hukukun, sözleşme özgürlüğünü temel alan borçlar hukukunun, ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğünü temel alan miras hukukunun ve mülkiyet hakkını temel alan eşya hukukunun kökeninde yer aldığı kabul edilir⁶⁷. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireyin çalışma gücü, bilgisi, mülkiyetinde yer alan malları üzerinde özgürce tasarrufta bulunabildiği, bunun neticesi olarak dilediği sözleşme ilişkisine girdiği toplumsal bir düzeni varsayar⁶⁸.

⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 363; Eren, Genel Hükümler, s. 338.

⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 338; Çakırca, s. 31; Doğanç, s. 38.

⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s. 338; Çakırca, s. 31.

⁶² Atamer, GİŞ Denetim, s. 17; Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, B. 4, İstanbul 2020, s. 7; Eren, Genel Hükümler s. 338; Aral, V., s. 254.

⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Doğanç, s. 34.

⁶⁴ Atamer, GİŞ Denetim, s. 9 ve s. 28; Eren, Genel Hükümler, s. 338; Doğanç, s. 38.

⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Doğanç, s. 35.

⁶⁶ Anayasa m. 48'te; "Herkes, ... sözleşme hürriyetlerine sahiptir", denilerek, sözleşme özgürlüğü ilkesi, m. 35'te, "Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir", denilerek, mülkiyet ve ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğü ile mirasçı olma hakkı teminat altına alınmıştır.

⁶⁷ Havutçu, İçerik Denetimi, s. 2; Eren, Genel Hükümler, s. 339; Kıkbeşoğlu, s. 23, dn. 92.

⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 503-504; Eren, Genel Hükümler, s. 339.

İrade özerkliği ilkesinin, bilhassa gündelik hayata etki eden sözleşmeler üzerinde uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır⁶⁹. Sözleşme, liberal ve bireyci hukuk düzeninde, toplumdaki eşit bireyler arasındaki ilişkilerin hukuksal çerçeve içinde düzenlenmesinde kullanılan bir araç olarak tanımlanır⁷⁰.

Sözleşmeler sayesinde, irade özerkliği ilkesi, borçlar hukukunda uygulama alanı bulur⁷¹. Bazı istisnaları saklı kalmak üzere Borçlar Hukukunun temeli irade özerkliği ilkesine dayanır ve bu ilke sözleşme özgürlüğü ilkesi ile aynı anlamda kullanılır⁷². Oysa sözleşme özgürlüğü, irade özerkliği ilkesinden doğan üç temel hukuk ilkesinden birisidir. İrade özerkliği ilkesinin tesiri ile oluşan diğer temel ilkeler, sözleşmenin tarafları bağlayıcılığı ile nisbiliği ilkeleridir⁷³.

İrade özerkliği ilkesi, bireylere özel hukuk alanında yapacakları hukuki işlemlerde hareket özgürlüğü tanırken, sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireylere özel borç ilişkilerini, diledikleri şekilde düzenleme yetkisi verir. Özgür bireylerin borç ilişkilerini ihtiyaçları sonucunda oluşan istekleri doğrultusunda serbestçe düzenleyebilmesi irade özerkliği ilkesinin bir yansıması olarak belirtilmektedir⁷⁴. Görüldüğü gibi bu ayrım çoğu zaman belirgin değildir. Ancak, irade özerkliği ilkesini, sözleşme özgürlüğü ilkesinin üstünde yer alan geniş bir çerçeve olarak kabul etmek gerekir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ise irade özerkliği ilkesinin özel hukuk dalında hüküm süren temel ilke olarak kabul edilmesi ile varlık kazanmaktadır. Başka bir deyişle, irade özerkliği ilkesinin borçlar hukuku alanında yansıması sözleşme özgürlüğü ilkesidir⁷⁵.

⁶⁹ Erman, s. 602; Eren, Genel Hükümler, s. 337.

⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Eren, Fikret, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Turgut Akıntürk’e Armağan, 2007, ss. 86-111, s. 88; Çakırca, s. 32; Antalya, Genel Hükümler, s. 73.

⁷¹ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Eren, Sorunlar, s. 88.

⁷² Eren, Genel Hükümler, s. 339; Oğuzman/Öz, C. I, s. 24.

⁷³ Schönle, Herbert, Les fondements constitutionnels de la liberté Contractuelle, Présence et Actualité De La Constitution Dans L’ordre Juridique, Mélanges Offerts a la Société suisse des Juristes pour son Congrès, 1991 à Genève, Genève, 1991, s. 64; Ripert, Georges, La règle morale dans les obligations civiles Paris, 1949, s. 37 (Aktaran, Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 77); İnan/Yücel, s. 76, dn. 14: “Fr. MK 1134. maddesi: “hukuka uygun olarak yapılmış akitler onları yapanların ‘kanunu’ sayılır” denilmiş, bu hüküm, sözleşmelerde kişilerin kendilerine uygulanacak kuralları kendilerinin koyacakları kuralının dayanağını oluşturmaktadır.”; Eren, Genel Hükümler, s. 337.

⁷⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 163; Ateş, Derya, “İrade Özerkliği Kapsamında MK. M. 23/II Hükümü ve Karar Özgürlüğü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 2, Bahar 2007, ss. 135-148, s. 136.

⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 337; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 363.

E. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin İçeriği

Sözleşme özgürlüğünün farklı yönlerden görünüm şekilleri; sözleşmeyi yapma özgürlüğü, sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmeyi sonlandırma ve değiştirme özgürlüğü, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini ve tipini belirleme özgürlüğü⁷⁶ başlıkları halinde incelenebilir.

1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü

İrade özgürlüğüne sahip bir birey, bir sözleşmeyi yapma veya yapmama özgürlüğüne de sahiptir. Sözleşmeyi yapma özgürlüğü bireyin, iradesine uygun bir sözleşmeyi dışarıdan bir etki söz konusu olmaksızın yapabilmesi veya bir sözleşmeyi yapmayı reddetmesidir. Bireyler sözleşmeyi yapmaya zorlanamaz veya onların sözleşme yapmasına engel olunamaz⁷⁷.

Kişilerin sözleşme yapma özgürlüğüne sahip olması, sözleşme özgürlüğünün tabii bir sonucudur. Sözleşme özgürlüğünün temelini, bireylerin sözleşme yapip yapmama konusunda serbestiye sahip olmaları oluşturur. Zira bir sözleşme yapılmadan bu sözleşmenin içeriği, tipi, şekli de belirlenemez. Türk Borçlar Kanunu’da açıkça belirtilmemiş olsa da, kişilerin sözleşme yapma özgürlüğü olmaksızın sözleşme özgürlüğü ilkesinden bahsetmek mümkün değildir⁷⁸.

Öte yandan, sözleşme yapma özgürlüğü sınırsız değildir. Hukukumuzda sözleşme yapma özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar, bir kısım hukuki işlemlerin bir kişi veya bir kurumun iznine tabi tutulması ile bazı durumlarda sözleşmelerin yapılmasının zorunlu tutulmasıdır⁷⁹. Bu zorunluluklar kanundan

⁷⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 9-13; Eren, Genel Hükümler, s. 340.

⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 340; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 505; Antalya, Genel Hükümler, s. 125-429; Şenol, Ercoşkun, s. 713, Oğuzman/Öz, C. I, s. 23; Ünal, s. 45.

⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 340; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 505; Antalya, Genel Hükümler, s. 429.

⁷⁹ Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 80; Eren, Genel Hükümler, s. 342; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 505; Yargıtay 3. HD., 21/04/2022 T., E. 2021/4374, K. 2022/3936: “Sözleşme özgürlüğü kuralının istisnasını ‘sözleşme yapma mecburiyeti’ veya ‘sözleşme yapma yükümlülüğü’ oluşturur. Piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalı durumlara ve özellikle de ekonomik gücün kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla sözleşme yapma mecburiyeti kabul edilmiştir. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek

doğabileceği gibi, hukuki işlemde de doğabilir. Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin kanun hükümleri kamu hukuku veya özel hukuk alanında bulunabilir. Kanun bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu kılarken, dürüstlük kuralı gereğince bazı sözleşmelerin yapılmasını yasaklar. Sözleşme yapma yasağı bulunduğu halde yasağa uyulmaksızın yapılan sözleşmeler hükümsüzdür.

Belirtildiği gibi, özel hukuk veya kamu hukuku kökenli kanunlar gereğince bazı durumlarda sözleşme yapılması zorunludur. Özel hukuktan kaynaklanan sözleşme yapma mecburiyeti hallerine örnek olarak, TMK m. 642’de düzenlenen mirasın paylaşılması, m. 698’de düzenlenen paylı mülkiyetin sona ermesi⁸⁰, m. 747 ve m. 761’de düzenlenen komşuların zorunlu geçit ve kaynak hakkı tanıma yükümlülüğü, TKHK m. 6’da düzenlenen tüketicinin talebi üzerine satıcı veya sağlayıcının sözleşme yapma zorunluluğunun bulunması gösterilebilir⁸¹.

Kamu hukuku alanında ise kamu hizmeti yürüten kamu kurum ve kuruluşlarından alınan imtiyaz ile aynı kamu hizmetlerini yerine getiren işletmelerin belirlenen kurallara uygun olmak koşuluyla öneride bulunan kişiler ile sözleşme yapılması zorunludur. Örneğin, kamu alanında yapılacak ihaleleri düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁸² ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁸³’na göre ihale yapıldığında, bazı ayrıksı durumlar bulunmakla birlikte, ihale üstünde kalan (ihaleyi yüklenen) kişi ile ihaleyi düzenleyen idarenin sözleşme yapılması mecburidir⁸⁴. Yine,

için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir. Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunlarda sözleşme özgürlüğü kural, sözleşme yapma mecburiyeti istisnai niteliktedir. Sözleşme yapma mecburiyeti, ancak kanunla öngörülebilir. Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur.”

⁸⁰ Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, B. 8, Ankara 2024, s. 115 vd.

⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s. 342-344; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 506; Antalya, Genel Hükümler, s. 125;

⁸² RG. 22/01/2002 tarih ve S. 24648.

⁸³ RG. 10/09/1983 tarih ve S. 18161.

⁸⁴ Şenol, Ercoşkun, s. 713; Sezginer, Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, ss. 1589-1621, s. 1594: “Birleşme sözleşmeler iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmede, sözleşme konusu işin yürütülmesine ilişkin esasların yanında mali hükümlerin karşılıklı edimlerinde

ikametini değiştiren bir kişi taşındığı adrese hizmet veren elektrik dağıtım şirketi ile elektrik aboneliği sۆzleşmesi yapmak zorundadır⁸⁵. Bu tőr sۆzleşmeler iltihaki (katılmalı) sۆzleşme olarak nitelendirilir⁸⁶. İltihaki sۆzleşmeler, kanunun, belirli bir kamu hizmetinin verilmesine ilişkin sۆzleşmelerin yapılmasını zorunlu kıldığı ve ilgili hizmetin içeriğinin belirlendiği sۆzleşmelerdir⁸⁷. Yine, Olaęanüstő Hal Kanunu’ndan doğan çalışma yükümlölőęő ve bazı malları satma yükümlölőęő de bu kapsamda yer alır⁸⁸.

Hukuki işlem den doğan sۆzleşme yapma zorunluluğuna ۆrnek olarak, 6098 sayılı TBK m. 29 hőkümü gösterilebilir. Anılan hőkme göre, ileride bir sۆzleşmenin kurulmasının kararlaştırıldığı ۆnsۆzleşme geçerlidir. ۆnsۆzleşme taraflara sۆzleşme yapma yükümlölőęő getirir⁸⁹. ۆnsۆzleşme bir taraftan, sۆzleşme ۆzgölölőęőnő sınırlayan bir kurum olarak görőnse de, esasında sۆzleşme ۆzgölölőęőnőn bir yansımasıdır. Kanunda ۆnsۆzleşme dőzenlememiř olsaydı, taraflar sۆzleşme ۆzgölölőęő ilkesinin kendilerine verdiği ۆzgölölőęő alanı içinde ileride bir sۆzleşme yapılacağına dair hukuken kendilerini bağlayan bir sۆzleşme yapabilirlerdi⁹⁰. Ancak ۆn sۆzleşmelerin şarta bağlı bir sۆzleşme olmadığını sۆylemek gerekir. Zira ۆn sۆzleşme yapıldığı andan itibaren vaad alacaklısı yararına bir hak doğduğu halde, şarta

idare tarafından belirlendiği sۆzleşmelerdir. ۆzellikle telekomünikasyon ve enerji sektöründe görőlen bu sۆzleşmeler idarenin ۆzel hukuk sۆzleşmelerine yaptığı mődahaleyi çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır.” Bkz. Yargıtay HGK, 13/10/2010 T., E. 2010/13-406, K.2010/503: “Bu kararda taraflar arasındaki sۆzleşme ۆzel hukuk sۆzleşmesi olarak kabul edilmesine rağmen, sۆzleşme konusu űcrete ilişkin uyusmazlık, adli yargı ۆnőnde tartışılamamaktadır.”, s. 1598.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 506; Uyuşmazlık Mahkemesinin 11/04/2016 T., E: 2016/161, K:2016/208 sayılı Kararında: “Bursa Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Mődölölőęő’nőn davacı şirkete tek taraflı bir bildirim ile Atık Su Abone Sۆzleşmesi yaptırmaya zorlamasını ve hatta 7 gőn içerisinde Abone İşleri Daire Başkanlığı’na mőracaat ederek yaptırmadığı takdirde, ilgili abonelik işleminin re’sen başlayacağı yőnőndeki bildirimini ve bu bildirimle karşı yapılan itirazın reddini; kamu gőcőne dayalı ve tek yanlı tesis edilen bir idari işlem olarak değerlendirmiş ve davanın adli yargı yerinde görölmesi gerektiğini iddia eden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın başvurusunu reddetmiştir.” Aktaş, Batuhan/Seyhan, Serkan, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme”, TBB Dergisi 2019 (144), ss. 105-172, s. 115; Ayrancı, Hasan, “Sۆzleşme Kurma Zorunluluğu”, AŐHFD, C. 52, S. 3, ss. 229-252, s. 238. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628949>) ET. 20/04/2024.

⁸⁶ Antalya, Genel Hőkőmler, s. 126 ve 472: “Katılmalı (iltihaki) sۆzleşmeler, standart sۆzleşme (tip sۆzleşme, genel işlem koşulları içeren sۆzleşmeler) niteliğinde karşımıza çıkabilir olmasına karşın, sۆzleşme tarafını kamu hizmetini veren kamu kurum ve kuruluşu veya bu yetkinin izin veya imtiyaz şeklinde verildiği kişi oluşturması yanında, sۆzleşme konusunun kamu hizmeti veya tekel niteliğinde bir hizmet olması yőnőnden ayrılmaktadır.”

⁸⁷ Antalya, Genel Hőkőmler, s. 126; Eren, Genel Hőkőmler, s. 345, dn. 38.

⁸⁸ Antalya, Genel Hőkőmler, s. 125; Oğuzman/Öz, C. I, s. 191.

⁸⁹ Antalya, Genel Hőkőmler, s. 127; Eren, Genel Hőkőmler, s. 348.

⁹⁰ Eren, Genel Hőkőmler, s. 348; Korkmaz, Fırat, “Sۆzleşme ۆzgölölőęő İlkesinin Bir İstisnası Olarak ۆnsۆzleşme”, KTO Karatay űniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, C. I, S. 2, Temmuz 2016, ss. 281-296, s. 289. (<https://jurix.com.tr/article/5415>) E.T. 15/01/2025.

bağlı bir borç ilişkisinde şart gerçekleşmeksizin hak doğmaz⁹¹. Önsözleşme ile taraflar ileride kendileriyle veya taraflardan biriyle veya üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmayı taahhüt ederler⁹². Özellikle taşınmaz satış vaadi, kefalet vaadi veya üçüncü bir kişi ile sözleşme kurulmasının taahhüdü gibi teorik olarak oldukça geniş bir alanda önsözleşme yapılabilir⁹³. Bu sözleşmeler bir borç sözleşmesi olduğu için TBK m. 27’de yer alan hükümlere uygun yapılmalı, sözleşmenin konusu imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olmamalıdır⁹⁴.

Sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı incelenmelidir. Sözleşme yapmamanın dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı durumlarda bu fiil, haksız fiil niteliği taşır. Örneğin tekel niteliği taşıyan bir işletmenin haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmayacağı kabul edilir⁹⁵. TBK m. 49/2’ye göre, “kasten ahlaka aykırı davranışla başkasına zarar veren bu zarara katlanır”. Başkasına zarar vermek için kasten sözleşme yapmaktan kaçınma bir haksız fiildir⁹⁶. Bu hükümlerin yeterli olmadığı durumlarda TMK m. 2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve TMK m. 2/2’de hükme bağlanan hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10/12/2003 tarihli ve 4-694/740 sayılı kararında; “fiili tekel durumunda olan eczanelerin haklı sebep bulunmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınması durumunda hukuka, ahlaka, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık bulunmakta ise sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu, özellikle de uzun süreli bir sözleşmenin sebep gösterilmeksizin yenilenmemesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu” belirtilmiştir⁹⁷.

Bir kartel tarafından malların satın alınması ve teslim edilmesinin yasaklanması, rekabeti engellemeyi hedef alan satın alma koşullarının veya fiyatlandırmanın kısıtlanması sözleşme özgürlüğüne fiilen yapılan haksız engellerdir⁹⁸.

⁹¹ Esener, s. 78; Oğuzman/Öz, C. I, s. 192-193.

⁹² Eren, Genel Hükümler, s. 351; Antalya, Genel Hükümler, s. 435; Korkmaz, s. 290.

⁹³ Eren, Genel Hükümler, s. 350; Korkmaz, s. 292.

⁹⁴ Esener, s. 79; Eren, Genel Hükümler, s. 355; Korkmaz, s. 286.

⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 347; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 507; Atasoy, Kemal, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sorunu, B. 1, İstanbul 2020, s. 123.

⁹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 346; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 511-512; Esener, s. 197.

⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 347; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 512; Antalya, Genel Hükümler, s. 433.

⁹⁸ Dayınlarlı, Kemal, “Sözleşme Özgürlüğüne Eylemli Engeller”, Yargıtay Dergisi, C. X, Temmuz 1984, S. 3, ss. 338-348, s. 339.

Sözleşme yapma zorunluluğunun bir sebebi de 19. yüzyıldan itibaren iradenin oluşumu ve sözleşme kurmaya ilişkin olguların değişmiş olmasıdır. Bu değişimin diğer yansımalarına, çerçeve sözleşmeleri, toplu sözleşmeler ve genel işlem koşullarında rastlanır⁹⁹. Sözleşme kurma zorunluluğu ve genel işlem koşullarının piyasada üstün durumda bulunanların gücünü kötüye kullanmasının önüne geçilmesi amacıyla hareket ettiği söylenebilir¹⁰⁰.

2. Sözleşmenin Diğer Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin tarafının seçilmesi hususunda da irade özgürlüğü geçerlidir. Sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğünün bir gereği olarak kişiler belirli bir kişi ile sözleşme yapmaya zorlanamazlar ve bunun sonucu olarak istedikleri kişilerle sözleşme yaparlar¹⁰¹.

Ancak bu özgürlüğün de istisnaları vardır. Özel bir yasal düzenleme ile kişilerin sözleşme yapması emredilebilir¹⁰². Örneğin önalım davasının kazanılması durumunda yeni pay maliki, ön alım hakkı sahibi ile sözleşme yapmak zorundadır (TMK m. 732). Kamu hukuku kaynaklı istisnalar da bulunmaktadır. Kamusal alanda bazı mal ve hizmetlerden herkesin eşit bir şekilde yararlanmasını sağlamak amacıyla taşıyan sosyal hizmet anlayışının bir gereği olarak sözleşme özgürlüğünün sınırsız uygulanması mümkün değildir¹⁰³. Bir mal veya hizmete fiili tekel şeklinde sahip olan kişi ve kuruluşların yapacakları sözleşmelerde sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü yoktur. Nitekim ulaşım vasıtalarından faydalanmak isteyen kişiler ve su, elektrik, doğalgaz dağıtım hizmetlerinden yararlanan herkesle sözleşme yapılması zorunludur¹⁰⁴.

⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 503-504; Ayrancı, s. 232-233; Çakırca, s. 42.

¹⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 343; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 506; Özsöker, s. 4.

¹⁰¹ Oğuzman/Öz, C. I, s. 23; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 10; Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 79; Şenol, Ercoşkun, s. 717.

¹⁰² Küçükyağcı, s. 115; Altan, Alparslan, “Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması”, Ankara Barosu Dergisi, 2004-4, ss. 61-88, s. 66.

¹⁰³ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1976, s. 166; Altan, s. 69.

¹⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 357; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 505; Antalya, Genel Hükümler, s. 126; Altan, s. 70.

3. Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma veya Değiştirme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü içinde mevcut bir sözleşmenin ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi de söz konusu olabilir. Sözleşmenin tarafları sözleşme yapma özgürlüğüne sahip oldukları gibi sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sahip oldukları gibi sözleşmeyi değiştirme özgürlüğüne de sahiptirler¹⁰⁵. Tarafların karşılıklı iradeleri ile kurdukları sözleşmeyi yine karşılıklı uzlaşmaları sonucunda değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlükleri bulunur. Sözleşmeyi değiştirme özgürlüğünün TBK m. 13/1'e dayandığı söylenebilir. Bu özgürlük ile taraflar uzlaşarak kendi kaderini belirlemektedir. Sözleşme ile belirli şartların gerçekleşmesi halinde sözleşme koşullarının yeniden müzakere edileceği kararlaştırılabilir. Yine, taraflar karşılıklı uzlaşarak sözleşmeyi sona erdirebilirler. İkale sözleşmesi, mevcut bir sözleşmeyi sona erdiren sözleşmedir¹⁰⁶. İbra ise bir borcu sona erdiren sözleşmedir. İbra sözleşmesi ile sözleşmeden doğan borçlar ortadan kaldırılırken, ikalede sözleşme ortadan kaldırılmaktadır¹⁰⁷. TBK m. 132'de asıl sözleşme şekle bağlı olsa da ibra sözleşmesinin şekle bağlı olmadan yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümden yola çıkarak ikalenin de şekle bağlı olmadan yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Sözleşme kurulduktan sonra, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin geçerli olduğu, bu sebeple sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmenin sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde yer almadığı kabul edilir¹⁰⁹. Ancak, ani edimli sözleşmelerde koşulların gerçekleşmesi durumunda sözleşmeden dönme¹¹⁰, sürekli borç ilişkisi doğuran

¹⁰⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12; Eren, Genel Hükümler, s. 357; Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 80.

¹⁰⁶ Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku, C.1, B. 6, Ankara 2022, s. 2; Melekoğlu, Burcu, İkale ve İbra Sözleşmeleri, Ankara 2018, s. 11; Yargıtay 22. HD., 26/06/2018 T., E. 2018/8116, K. 2018/15496: “ikaleyi sözleşmenin doğal yollar dışında, tarafların ortak iradeleri ile sona erdirilmesi yönündeki işlem” olarak değerlendirmektedir. (Kulaç, Cansu, “İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2), Güz 2023, ss. 383-413, s. 385.)

¹⁰⁷ Süzek, Sarper, İş Hukuku, B. 22, İstanbul 2022, s. 766; Kulaç, s. 395.

¹⁰⁸ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, B. 17, İstanbul 2022, s. 549; Eren, Genel Hükümler, s. 326 ve 1394, aksi yönde, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 232: “sözleşme şekle bağlı ise TBK m. 13 uyarınca ikale de bu özel şekle göre kurulmalıdır.”

¹⁰⁹ Kaşak, s. 54.

¹¹⁰ Oğuzman/Öz, C. II, s. 519; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 873.

sözleşmelerde ise haklı sebeple olağanüstü fesih söz konusu olabilir¹¹¹. Fesih iradesinin karşılıklı olması gerekmez. Tek tarafta fesih beyanında bulunabilir. Bu yönüyle fesih, hukuki ilişkinin karşı tarafına vardığı anda etki gösteren, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmede fesih ile ilgili hüküm bulunmasa da gerek olağan gerekse olağanüstü fesih yolu ile ileriye etkili olarak sözleşme sona erdirilebilir¹¹². Olağan fesih ile taraflardan her biri sözleşme ile kararlaştırılan feshi ihbar süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Belirli süreli sözleşmelerde ise önceden kararlaştırılan fesih dönemlerinde veya feshi ihbar sürelerinin ileri sürülmesi ile sözleşme sona erdirilebilir¹¹³. Sözleşmede feshi ihbar süresinin kararlaştırılmadığı belirsiz süreli sözleşmede fesih hakkı süre verilmeden kullanılabilir (TBK m. 512)¹¹⁴.

Ancak bu serbestinin de bazı sınırları vardır. Örneğin, TBK m. 347’de, kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hususunda kiracının korunması amaçlanmış, kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından sona erdirilmesi zorlaştırılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, belirli süreli bir kira sözleşmesi, kiracı tarafından haklı bir sebep gösterilmeksizin sözleşme süresi bitmeden 15 gün önce yapılacak bir bildirim ile feshedilebilmektedir. Kiraya verenin ise kira sözleşmesinin süresinin sona erdiği bildirilerek kira sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir. Kiraya verenin kira sözleşmesini fesih hakkı ancak sözleşmede 10 yıllık sürenin sonunda elde edilebilir. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde de kiracı, haklı bir sebep gösterilmeden sözleşmeyi herhangi bir zamanda feshedebilirken, kiraya veren ancak kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren 10 yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriminde bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Yine bu ilke çerçevesinde taraflar mevcut kira sözleşmesinin tamamı veya bir kısmını anlaşılarak değiştirme hakkına sahiptir¹¹⁵.

¹¹¹ Özakman, Cumhuriyet, Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989, s. 93: “Ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme mümkün iken, sürekli edimli borç ilişkilerinde olağanüstü fesih hakkı kullanılarak sözleşmenin ifa edilmiş edimlerinin etkilenmediği, ileriye etkili olarak sözleşmenin kaldırıldığı görülmektedir.”;

¹¹² Kazmacı, Uzun, Özge, Faktoring Sözleşmesi, B. 2, İstanbul 2014, s. 203-204; Eren, Genel Hükümler, s. 1395; Oğuzman/Öz, C. II, s. 528; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 964.

¹¹³ Akyol, Banka, s. 37; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 88; Kazmacı, Uzun, s. 179 ve 204; Saraç, Şükrü, Yargıtay Kararları Işığında Factoring, B. 2, Ankara 2017, s. 279.

¹¹⁴ Atamer, GİŞ Denetim, s. 280: “Banka ile müşteri arasındaki ilişki belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisi oluşturuyorsa kural, iki tarafında makul bir fesih süresine uyularak sözleşmenin feshini ihbar etmeleridir. Müşterinin bir fesih süresi tanımasında bankanın çoğunlukla hiçbir menfaati olmayacağı için bu gereklilikten vazgeçilebilirse de banka açısından bir önel tayin etmeden fesih imkânına genel işlem koşulları içinde yer verilmiş olması temel ilkelerine aykırı sayılmalıdır. Taraflar ancak haklı bir sebep halinde süresiz fesih hakkını kullanabilmelidir.”

¹¹⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12; Antalya, Genel Hükümler, s. 126.

4. Şekil Özgürlüğü

Sözleşme yapma iradesinin dışa açıklanması için kullanılan araçlara şekil denilmektedir¹¹⁶. Buna göre her irade açıklaması muhakkak bir şekle ihtiyaç duyar¹¹⁷. Sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanı, fiziki bir eylem, bir yazı veya herhangi bir sözle dışa açıklanabilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 12 hükmünde, aksi öngörülmemişse sözleşmenin geçerliliğinin bir şekle bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmeler için bir şekil zorunluluğu bulunmaz. Kanunda aksi belirtilmemişse, sözleşmenin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Bu anlamda borçlar hukukunda şekil özgürlüğü ilkesi hâkimdir¹¹⁸. Taraflar sözleşme yapma iradelerini, sözlü, yazılı, fiili olarak veya susarak ortaya koyabilir. Sözleşme özgürlüğü taraflara sözleşme yapma iradelerini istedikleri şekilde ortaya koyma imkânı sunar¹¹⁹. Ancak tarafların sözleşmeyi herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutmaları da mümkündür. TBK m. 17 hükmünde de, kanunun şekle bağlamadığı, ancak taraflarca bir şeklin kararlaştırıldığı sözleşmelerin, kararlaştırılan şekilde yapılmaması durumunda tarafların o sözleşme ile bağlı olmadığı belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu bakımından, sözleşmelerde şekil özgürlüğü kural¹²⁰, şekil ise istisnadır. Bazı hukuki işlemlerin geçerli bir şekilde kurulması veya işlemin ispat edilebilmesi kanun ya da taraflarca şekil şartına bağlı kılınabilir¹²¹. Bir hukuki

¹¹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 298; Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2019, s. 52.

¹¹⁷ Erdoğan, s. 52; Kaşak, s. 44.

¹¹⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 357; Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 47.

¹¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 99; Erdoğan, s. 52.

¹²⁰ Sözleşmenin bir şeklinin olması gerekmele birlikte (sözlü, yazılı vs.), bu şekillerden hangisi ile sözleşme yapılacağı hususunda TBK'da serbestlik bulunmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 99; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 5, İstanbul 2021, s. 44; Feyzioğlu, Feyzi, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Özel Borç İlişkileri, B. 3, İstanbul 1978, s. 14; Nomer, Haluk, Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 16, İstanbul 2018, s. 110; Eren, Genel Hükümler, s. 298; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 17, Ankara 2024, s. 51; Cansel, Erol/Özel, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, B. 2, Ankara 2017, s. 197; Oğuzman/Öz, C. I, s. 139; Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, B. 9, Ankara 2019, s. 30.

¹²¹ Eren, Genel Hükümler, s. 302; Çeliktas, Demet, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-4, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1987, s. 596 (<https://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/2002/celiktas15.pdf?sequence=1&isAllowed=y>) E.T. 26/10/2022.

işlem için kanun ile şekil şartı öngörülmüş ise bu şekle “kanuni şekil” denilmektedir¹²². Diğer taraftan, taraflar da kanunun şekle bağlı kılmadığı bir sözleşme için şekil şartı getirebilir. Tarafların belirlediği bu şekil de geçerlilik şekli olup, “iradi şekil” olarak adlandırılır¹²³. Kanunda yer alan geçerlilik şekline tâbi sözleşmelere örnek olarak, alacağın devri (TBK m. 183), kefalet (TBK m. 583), bağışlama sözü verme (TBK m. 288), taşınmaz satış sözleşmesi (TBK m. 237) verilebilir.

Bunun yanında, Kanun tarafından sözleşmenin geçerliliği için şart koşulan şekil, “yazılı” veya “resmi” şekil olabilir. Yazılı şekil ise adi ya da nitelikli yazılı şekil olmak üzere iki şekilde yapılabilir.

Bir sözleşme kanunda veya taraflarca öngörülen şekle uyulmadan yapılmadığı sürece geçerlilik kazanamaz (TBK m. 12/2). TBK m. 17/1 hükmü gereğince iradi şekil de sözleşmenin geçerlilik şekli olarak kabul edilmiştir. Hakim sözleşmelerde kanunun emrettiği şekle uyulup uyulmadığını re’sen dikkate alır¹²⁴.

TBK m. 12/2’de yer alan kural gereğince şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür¹²⁵. Buna göre, 6361 sayılı Kanun m. 38/2’de belirtilen şekil şartına uyulmaksızın yapılan faktoring sözleşmelerinin de hüküm doğurmayacağı anlaşılmaktadır.

Doktrinde şekle aykırılığın müeyyidesinin “kesin hükümsüzlük” olması eleştirilmekte, bunun yerine müeyyidenin “kendine özgü geçersizlik” olduğu kabul

¹²² Eren, Genel Hükümler, s. 303; Hatemi/Gökyayla, s. 52.

¹²³ Cansel/Özel, s. 200; Eren, Genel Hükümler, s. 304.

¹²⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 327; İnan/Yücel, s. 209; Kaşak, s. 64, dn. 354.

¹²⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 1003; İnan/Yücel, s. 225; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Borçlar Hukuku/Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, B. 30, İstanbul 2022, s. 42; Oğuzman/Öz, C. I, s. 154; Hatemi/Gökyayla, s. 52; Nomer, s. 110; Cansel/Özel, s. 210-211; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16/11/2021 T., E. 2018/(13)3-17, K. 2021/1426 sayılı kararında; “şekil zorunluluğunun öngörüldüğü sözleşmelerde; kanunun öngördüğü şeklin kural olarak bir geçerlilik (sıhhat) şartı olarak düzenlendiği, buna uyulmadan yapılan sözleşmelerin ‘geçersizlik’ müeyyidesine bağlandığı, bunun hukuki mahiyeti olarak emredici nitelikte olduğu, bu nedenle de ‘geçersizlik’ müeyyidesine bağlanan şekil eksikliğinin hakim tarafından, taraflar ileri sürmeseler dahi, yargılamanın her aşamasında re’sen gözönüne alınması gerektiği” belirtilmektedir. E.T. 26/10/2022, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 1987/2 E., 1988/2 K. ve 30/09/1988 tarihli kararında; “Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen ‘butlan’ görüşüne karşı son yıllarda ‘kendine özgün geçersizlik görüşü’ de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça defi olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığının (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz.” diyerek şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu ve şekil şartı noksanlığının hakim tarafından re’sen göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. (21/12/1988 tarihli ve 20026 sayılı Resmi Gazete).

edilmektedir¹²⁶. Bu görüşe göre, şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyor veya şekil kurallarıyla varılmak istenen amaca zaten ulaşılmışsa buradaki geçersizliğin düzeltilebileceği kabul edilmiştir. Ancak şekil kurallarının kamu düzenini veya üçüncü kişileri koruma amacı ile getirildiği anlaşıyorsa şeklin koruma amacına dayanılarak düzeltilmesi mümkün değildir. Bu görüşe göre, hakim şekil kurallarına uyulmaksızın kurulan bir sözleşmedeki şekil eksikliğini re'sen dikkate alamaz ve şekil eksikliği bulunan bir sözleşme sürekli olarak geçersiz kılınamaz. Taraflar şekle aykırı bir sözleşmede borçlarını kendi iradeleriyle ifa ettikten sonra geçersizliği ileri süremez. Örneğin, taşınmaz satış sözleşmesinde ifa tapu sicilinde tescil ile gerçekleşir. Tescil yapılmamışsa gerçek anlamda ifadan bahsedilemez¹²⁷.

Ayrıca, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda şekle aykırılık ileri sürülemez¹²⁸. Edimleri ifa edilmiş veya ifa edilmemiş¹²⁹ olduğuna bakılmaksızın şekle aykırı bir sözleşmede şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu durumlarda şekil geçerli sayılır. Hakim hakkın kötüye kullanılmasının bulunup bulunmadığını kendiliğinden göz önünde bulundurur¹³⁰.

5. Sözleşmenin İçeriğini Ve Tipini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşmenin tarafları kanunda öngörülen sınırlar içinde sözleşmenin içeriğini belirlemekte özgürdür (TBK m. 26). Maddenin başlığında her ne kadar “sözleşme özgürlüğü” kullanılsa da içerik özgürlüğü düzenlenmektedir¹³¹. Taraflar hukuk düzeninin sınırları içinde diledikleri konuda, sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptirler. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları TBK m. 27’de düzenlenmiştir. Bu sınırlamalara uyulmadan yapılacak sözleşmeler kesin hükümsüzdür.

¹²⁶ Altaş, s. 148; İnan/Yücel, s. 226; Çeliktas, s. 629.

¹²⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 330; Çeliktas, s. 629.

¹²⁸ İnan/Yücel, s. 225; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 104.

¹²⁹ Altaş, s. 149; Antalya, Genel Hükümler, s. 563.

¹³⁰ Oğuzman/Öz, C. I, s. 157; Altaş, s. 157; Cansel/Özel, s. 211; Hatemi/Gökyayla, s. 53.

¹³¹ Erman, s. 603, 604; Şahin, İrfan, Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 6-7; Ateş, D., İrade Özerkliği, s. 139, dn. 19; Kaşak, s. 62.

Sözleşme özgürlüğünün en önemli görünümünün, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü olduğu kabul edilmektedir¹³². Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, tarafların sözleşmelerin içeriğini serbestçe düzenleyebilmelerinin yanında sözleşmenin ifa edilmemesi hâlinde sonuçlarını, tâbi olacakları hükümleri kendilerinin belirleyebilmeleri anlamını da taşır¹³³. Örneğin, taraflar içerik özgürlüğü çerçevesinde, milletlerarası özel hukuk hükümlerini sözleşmede uygulanacak hüküm olarak belirleyebilirler¹³⁴.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir diğer görünümü de tarafların sözleşmenin tipini seçmede özgür olmalarıdır. Tip özgürlüğü, kişilerin, kanunlarda düzenlenmiş sözleşme tiplerine uymak zorunda kalmaksızın kendi belirleyecekleri tipte sözleşme yapma özgürlüğüdür¹³⁵. İçerik özgürlüğünün bir alt başlığı altında, onun bir türü olarak değerlendirilmektedir¹³⁶. Sözleşmelerde, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Hukukumuzda gerek TBK’da gerekse özel kanunlarda toplumun ve ekonominin ihtiyaçlarını gidermek üzere çok sayıda ve tipte sözleşme düzenlenmiştir. Kanunlarda düzenlenen sözleşme tipleri, hak ve borçların adil bir şekilde dağıldığı, taraf iradelerinin oluşmasında örnek teşkil eden sözleşmelerdir¹³⁷. Borç sözleşmeleri yönünden sınırsız sayıda ve tipte sözleşme yapılabilir. Medeni hukukun aile hukuku, miras hukuku, kişiler hukuku ve eşya hukuku alanlarında sınırlı sayı ilkesi geçerli olup, sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir. Bu hukuk alanlarında taraflar sözleşmenin tipini belirleyemezler. Ancak, Kanunda düzenlenen sözleşmeleri yapabilirler¹³⁸.

Borç sözleşmelerinde taraflar hem sözleşmenin tipini (kira, eser, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi), hem de sözleşme edimini, miktarını, süresini ve diğer

¹³² Ateş, D., İrade Özerkliği, s. 139; Karabağ, Bulut, Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014, s. 6; Kaşak, s. 47: “İçerik özgürlüğü, dar anlamda sözleşme özgürlüğü olarak da anılmaktadır.”

¹³³ Eren, Genel Hükümler, s. 316; Antalya, Genel Hükümler, s. 368-369; Kaşak, s. 47.

¹³⁴ Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 10, Ankara 2024, s. 363 vd; Kaşak, s. 47.

¹³⁵ Yargıtay 4. HD., 26/10/1978 T., E. 1977/13113, K. 1978/12134 (Kaşak, s. 48); Tunçomağ, s. 246; Oğuzman/Öz, C. I, s. 24; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 1 vd.

¹³⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 316; Antalya, Genel Hükümler, s. 368-369; Erman, s. 604; Şahin, İ., s. 16; Kaşak, s. 48.

¹³⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 56; Kaşak, s. 48.

¹³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 363; Eren, Genel Hükümler, s. 357; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 526; Akyol, Banka, s. 6; Kırkbeşoğlu, s. 24; Tunçomağ, s. 246; Antalya, Genel Hükümler, s. 75; İnan/Yücel, s. 226; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 60; Tunçomağ, s. 246; Şahin, İ., s. 16.

hususları belirleyebilir. Taraflar Borçlar Kanunu'nda özel borç ilişkilerini düzenleyen kısımda veya diğer Kanunlarda yer alan tipte bir sözleşme yapabileceği gibi kanunda düzenlenmemiş isimsiz sözleşmeleri de yapabilir¹³⁹.

II. Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğünün Sınırları

A. Genel Olarak

İrade sakatlığı bulunmaksızın kurulan bir sözleşme, kurulma biçimi bakımından içeriğine bakılmaksızın meşruluk kazanmış liberal sözleşme modelini oluşturur¹⁴⁰. İrade özerkliği ilkesine hâkim olan liberal düşünce, bireylerin her türlü baskıdan uzak olarak ilişkilerini düzenlemesini amaçlar. Bu da sözleşmenin tarafları arasında, fiili güç dengesinin göz ardı edilmesine sebep olabilir.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılan bir sözleşmede, tarafların şekil olarak eşitliği sağlandığı halde, sözleşme özgürlüğünden fiilen sözleşmenin ekonomik yönden baskın olan tarafının yararlanması sorunu ile karşılaşılabilir¹⁴¹. Bu sorunun aşılması için, 19. yüzyılın saf liberal düşüncesi ile oluşan sözleşme özgürlüğü, 20. yüzyılda yerini, tarafların güç dengesini gözeterek, sözleşmenin içeriğini denetleyen, böylece, güçsüz tarafın hak ve özgürlüklerinin ölçsüz olarak sınırlandığı hükümlerin, hukuk yoluyla sınırlaması yoluna bırakmıştır¹⁴². Türk Borçlar Kanunu m. 26 ve m. 27'de de aynı yol benimsenmiştir. Sözleşmeler hukukunda düzenleyici hukuk kuralları bulunmasına rağmen¹⁴³, bu hükümlerle kanun koyucu sözleşmelerin birtakım emredici kurallara tabi olmasını istemekte, bu da, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının liberal içeriğini sınırlandırmaktadır¹⁴⁴. TBK m. 26'da sadece

¹³⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 207; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 264-265.

¹⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Atamer, GİŞ Denetim, s. 20; Çakırca, s. 38.

¹⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 504; Eren, Genel Hükümler, s. 341; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 20; Atamer, GİŞ Denetim, s. 20.

¹⁴² Sirmen, Lale, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, ss. 441-472, s. 455; Atamer, GİŞ Denetim, s. 20-21: "19. Yüzyılda bireyin devlete karşı korunması ve özgürlük alanının belirlenmesi için hukuka ihtiyaç duyulurken 20. Yüzyılda bireyin bireye karşı korunması için hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur"; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 20; Çakırca, s. 39 ve 40; Kırkbeşoğlu, s. 22.

¹⁴³ Eren, Genel Hükümler, s. 358; Oğuzman/Öz, C. I, s. 23.

¹⁴⁴ Bahçeci, Barış, "Ticari Kredilerde Temerrüt Faizi Oranının Sözleşme Eliyle Bankaların İnisiyatifine Bırakılması Sorunu", TBB Dergisi, Ocak 2017 (128), ss. 307-348, s. 316; Doğanç, s. 41: "Sözleşme

sözleşmenin içeriğinin tespit edilmesi özgürlüğünden bahsederken, TBK m. 27/1’de belli sınırlar dışında, sözleşme özgürlüğünü bütün yönleriyle ortaya koyan bir düzenlemeye yer verilmiştir¹⁴⁵. Sözleşmelerin içeriğinin sınırlanmasının denetimi ve müdahale yetkisi de hakime verilmektedir¹⁴⁶. Hakim tarafların ihtiyaçlarını gidermek üzere akdettiği sözleşmelere, ortaya çıkabilen adaletsizlikleri gidermek üzere müdahale etmek zorunda kalmaktadır. Yargıtay’da hakimın müdahalesini gerekçelendirerek kararlarında; “Ekonomik bakımdan zayıf olan tarafın korunmasının, Anayasa’da yer alan ‘sosyal hukuk devleti’ ve ‘sosyal adalet’ ilkelerinin bir sonucu olduğu, ayrıca hakimın Türk Medeni Kanunu m. 1’in tanıdığı yetkiye dayanarak, TMK m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralı, m. 24’de düzenlenen kişiliğin korunması kuralı ve TBK m. 27’nin ahlaka aykırı sözleşme yapılmasını yasaklayan hükmü gibi genel kurallar dikkate alınarak sözleşme özgürlüğünün tüketiciyi korumak amacıyla sınırlanabileceği” belirtilmiştir¹⁴⁷.

özgürlüğünün zedelendiği her durumda sınırsızca hukuksal müdahalenin kabul edilmeyeceği, sözleşme özgürlüğünün kural, yargısal müdahalenin ise istisna olduğu kabul edilir.”

¹⁴⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 363; Kaşak, s. 62: “TBK m. 26 hükmü nasıl ki ‘Sözleşme özgürlüğü’ kenar başlığı altında sadece içerik özgürlüğünü zikretmişse, TBK m. 27/1 hükmünde getirilen sınırlamalar da sadece içerik özgürlüğüne ilişkindir. Şüphesiz sözleşme özgürlüğünün diğer alt kollarını ilgilendiren sözleşme yapma özgürlüğünü, sözleşmenin karşı tarafını, şeklini ve tipini seçme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar da mevcuttur; ancak bunlar TBK m. 27/1 hükmünde düzenlenmemiştir.”

¹⁴⁶ Alman Anayasa Mahkemesinin 1994 yılında verdiği kararında: “... Taraflardan biri sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleyebilecek kadar kuvvetli ise artık diğer tarafın irade özerkliğinden bahsedilemez. Kuşkusuz hukuk düzeni sözleşenler arasındaki dengenin bozulduğu her olayda tartışma konusu yapmaya olanak tanımaz. Ancak söz konusu olan tipik bir olaysa ve taraflardan birinin kural olarak zayıf olması söz konusuysa ve zayıf taraf için sözleşmenin sonuçları aşırı bir yük oluşturuyorsa, hukuk düzeninin buna tepki göstermesi ve gerekli düzeltmeleri yapması gereklidir. Bu, irade özerkliğinin ve sosyal devlet ilkesinin anayasal güvence altında olmasının bir sonucudur. Bundan hukuk mahkemeleri için çıkan sonuç, çerçeve hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında sözleşme özgürlüğünün sınırlarını gereği gibi belirlemeleridir. Sözleşmenin içeriği taraflardan biri için aşırı derecede mağduriyete sebep oluyorsa ve menfaatler dengesi açıkça kurulamamışsa mahkemeler ‘sözleşme, sözleşmedir’ tespiti ile yetinemez. Aksine sözleşmede yer alan düzenlemenin taraflar arasındaki pazarlık gücünün eşit olmamasına dayanıp dayanmadığını tespit edecek ve buna göre mevcut özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edeceklerdir.” (Atamer, GİŞ Denetim, s. 25); Alman Anayasa Mahkemesinin 19/10/1993 tarihli kararında da: “Bugün, sözleşme özgürlüğünün sadece taraflar arasında yaklaşık bir güç dengesinin var olması durumunda menfaatleri dengelemeye ve zedelenmiş eşitliğin giderilmesine günümüz Medeni Hukukunun en önemli ödevlerinden bir olduğu konusunda yaygın bir fikir birliği vardır.” (Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 504-505); Çakırca, s. 39.

¹⁴⁷ Yargıtay 13. HD., 18/03/1996 T., 1734/2495 ve Yargıtay 4. HD., 12/03/1971 T., 12928/3376: “...sözleşme her iki taraf için adil olmalıdır. Bunun takdiri de her olaya ve koşullara göre, hakime verilmiş olacaktır. Esasen bu yön, yani sözleşmenin adil olması yönü, sözleşme serbestliğini sınırlayan nedenlerden biri olarak hakime, el atarak sözleşmeyi değiştirip adiline bir duruma getirmek yetkisi verilerek Borçlar Yasamızda yer almış ve benimsenmiş bir ilkedir. Örneğin Borçlar Yasasının 161. maddesindeki, hakimın aşırı gördüğü cezaları indirmekle yükümlü tutulması, istisna sözleşmesine ilişkin 365/2 maddesindeki beklenilmeyen durumların meydana çıkmasında hakim tarafından adiline bir tutarda azaltılabileceği konusundaki yetki gibi. Sözleşme serbestisi konusunda da hakimın böyle bir yetkisinin varlığında hiç kuşku olmamalıdır. Hakim her olayın özelliği, tarafların durum ve ilişkileri ile

Hukukumuzda Anayasa m. 13 esas alınarak temel hak ve özgürlükler arasında sayılan sözleşme özgürlüğünün özüne dokunulmamak koşuluyla genel sınırlamalar getirilmiştir. Diğer özgürlüklerden farklı olarak sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırların ahlaki, sosyal ve hukuki sebepleri olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸. Bireyin iradesinin mutlak ve sınırsız şekliyle kabul edilmesi halinde, toplumdaki diğer kişilerin menfaatleri zarar görebilir¹⁴⁹.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırların, sözleşme yapma serbestliği ile çeliştiği düşünülebilir. Ancak taraflar serbest iradeleri ile belirledikleri taahhütleri içeren sözleşmeyi kurmayı ve bu sözleşme ile bağlı olmayı seçmektedirler. Kişilere bu özgürlüğü veren ise hukuk düzenidir. Hukuk düzeni bakımından tarafların irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünden eşit şekilde yararlanmalarını temin etmek amacıyla, özgürlüğün derecesi ve sınırlarının belirlenmesi gerekir. Kaldı ki, bir toplumda yaşayan bireylere tanınan özgürlüklerin mutlak ve sınırsız olacağını söylemek mümkün değildir. Aynı kapsamda sözleşme özgürlüğü ilkesinin de sınırları bulunmaktadır¹⁵⁰.

Bu sınırlar ile kimi zaman bireyler, kamu yararına çeşitli sözleşmeler akdetmeye zorlanırlar. Öte yandan, yapısal olarak daha zayıf olan tarafı korumak için özellikle iş hukuku, kira sözleşmeleri veya tüketici hukuku gibi alanlarda sözleşme özgürlüğünde kısıtlamalara gidilir.

Devletin sözleşmenin taraflarını koruma görevi sebebiyle, taraflar arasındaki eşitsizliğin yasaklanması haklı görülebilir. Sözleşme özgürlüğü ancak bu eşitlik gerçekleştirilebilirse gelişebilir. Sözleşme özgürlüğü, fiilen sözleşme akdedebilme özgürlüğü yanında, sözleşmenin içeriğinin özgürce belirlenmesi, sözleşme tarafının serbestçe seçimini sağlar. Ancak, bu özgürlüklerin, zayıf olanın korunmasını sağlayacak veya güçlü tarafın gücünü diğer tarafın aleyhine kullanmasını önleyecek

amaçlarını araştırarak, aynı zamanda Medeni Yasanın 2. maddesini de gözeterek sözleşmenin adil olup olmadığına karar verecektir.”, Bkz. Atamer, GİŞ Denetim, s. 25-26.

¹⁴⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 338; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 508; Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007, s. 44; Tan, s. 515; Çakırca, s. 28 ve 42.

¹⁴⁹ Reig, s. 217 (Aktaran, Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 45); Eren, Genel Hükümler, s. 338.

¹⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 358; Atamer, GİŞ Denetim, s. 26; Ateş, D., Dürüstlük Kuralları, s. 79; Çakırca, s. 41; Doğancı, s. 39, dn. 185: “Almanya Anayasa Mahkemesi (Amtlicher Leitsatz, BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89), taraflar arasında yapısal bir eşitsizliğin aranması konusunda şunları belirtmiştir: ‘Hukuk mahkemeleri özellikle Art. 138 ve 242 BGB gibi genel hükümlerin kullanımında anayasal anlamda Art. 2f. 1 GG.’de düzenlenmiş olan irade özerkliğinin teminat altına alınmış olduğunu özetlemekle yükümlüdür. Buradan yola çıkarak ancak taraflardan birini olağandışı yükümlülük altına sokan ve bu durumun müzakere gücünün yapısal eşitliğinden kaynaklanmış olması durumunda içerik kontrolü yapma zorunluluğu söz konusu olabilir.”.

şekilde dengelenmesi gerekir. Anayasa ile öngörülen “sosyal devlet ilkesi”, bireylere insan onuruna yaraşır toplumsal yaşamı garanti eder¹⁵¹. İrade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin, taraflar arasında eşit olarak gelişebilmesi için gerekli koşullar sosyal adalet düşüncesiyle yapılan müdahaleler sonucunda yaratılmaktadır. Örneğin kişilerin sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü bulunsa da, istihdam eden bakımından, ırk veya etnik kökene dayalı hizmet sözleşmesi yapılmasına izin verilmez. Ancak, cinsiyet, engellilik veya yaş nedeniyle eşit olmayan muamele, sosyal olarak kabul edilir. Zira daha yaşlı veya daha genç müşteriler için indirimler böyledir.

Bu anlamda, hukukumuzda sözleşme özgürlüğü kural olmakla birlikte bazı sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamalar sözleşmeyi yapma, sözleşmenin şeklini belirleme ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalardır. Sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilen başlıca sınırlama TBK m. 27’de düzenlenmiştir¹⁵². Bu düzenleme ile sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine ilişkin özgürlüğün sınırları belirlenmiştir.

B. Emredici Hükümlere Aykırı Olmaması

TBK m. 27/1’de, emredici nitelikteki kanun hükümlerine aykırılık içeren sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu m. 20/1¹⁵³’de içerik özgürlüğünün sınırları, hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık ve sözleşmenin konusunun imkânsız olması olmak üzere üç durum olarak sayılmış ve bu durumlara aykırı sözleşme hükümlerinin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemedeki “hukuka aykırılığın” tanımının, yeni TBK m. 27’de yer alan, “kanunun emredici hükümlerine aykırılık” ve “kamu düzenine aykırılık” kavramlarını kapsadığı kabul edilmektedir¹⁵⁴. Böylece yeni TBK m. 27’de bu kavramların ayrı ayrı

¹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 504; Atamer, GİŞ Denetim, s. 26; Altun, Abdurrahim, “Gelecekteki Alacakların Devri”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2019, ss. 160-183, s. 172; Çakırca, s. 26 ve 39; Doğanç, s. 39.

¹⁵² Türk Borçlar Kanunu’nun “kesin hükümsüzlük” başlıklı m. 27/1’e göre; “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

¹⁵³ 818 Sayılı Borçlar Kanunu (mülga) m. 20/1: “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka mugayyir olursa o akid bătıldır.”

¹⁵⁴ Şahin, İ., s. 54, 56 vd; Kırkbeşoğlu, s. 153: “Hukuka aykırılığın dar anlamda emredici hükümlere aykırılık olduğu, geniş anlamda hukuka aykırılığın ise, kanuna, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılığın tamamını içine alacak şekilde kullanılması gerektiği görüşünü savunmaktadır”.

kullanılması ile hukuka aykırılık kavramına yer verilmediği görülmektedir. Bu kısımdaki açıklamalarda da hukuka aykırılık kavramı kullanılmaksızın yalnızca emredici hükümlere aykırılıktan bahsedilmektedir.

Emredici hükümler kendisine mutlak surette uyulması gereken hükümlerdir¹⁵⁵. Kişiler tarafından aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan hukuk kuralları emredici niteliktedir¹⁵⁶. Hukuka ve dayandığı kanun hükümlerine uygun, yetkili organ tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararname, yönetmelik ve tebliğler de emredici hukuk kuralı sayılır. Türk Borçlar Kanunu'nda çoğunlukla yorumlayıcı veya tamamlayıcı hukuk kuralları yer alsa da emredici hükümlere de rastlanır. Gerçekten, TBK m. 34, 42, 99 ve 115'te yer alan kurallar ile m. 146, 147 ve 160'da düzenlenen zamanaşımına ilişkin kurallar emredicidir¹⁵⁷. Yine Türk Borçlar Kanunu m. 20-25 arasında yer alan genel işlem koşulları sosyal adaleti sağlamaya yönelik emredici kurallardır¹⁵⁸.

Türk Borçlar Kanunu dışındaki diğer kanunlarda veya kanunların dışında kalan diğer mevzuat hükümlerinde yer alan emredici kurallar da bu sınır içinde yer alır. Örneğin, adam öldürmeye veya silah kaçırmaya ilişkin bir sözleşme Türk Ceza Kanunu'nda yer alan emredici hükümlere aykırı olarak düzenlendiğinden hükümsüzdür.

¹⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 360; Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 534; Kaşak, s. 293-324.

¹⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 359; Antalya, Genel Hükümler, s. 453.

¹⁵⁷ Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 535; Ruhi, Ahmet, Cemal, Sözleşmeler Hukuku, C. II, B. 2, İstanbul 2013, s. 35; Antalya, Genel Hükümler, s. 454.

¹⁵⁸ Atamer, Yeşim, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara 2011, ss. 9-73, s. 70-71: "GİK'in içerik denetimine ilişkin TBK m. 24-25 hükümlerinin de kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmektedir. Ancak m. 21, 22 ve 23 kamu düzenine ilişkin normlar olarak kabul edilemez. Bu ayrımın önemi Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 2 uyarınca TBK'nın 'kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlerde uygulanır" hükmü gereğince, TBK yürürlüğe girmeden önce kurulan sözleşmelere TBK m. 20-25'in hangi hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır". Ancak Yargıtayın kararlarında bu ayrıma gidilmeksizin 6098 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce akdedilen sözleşmelerde TBK m. 20-25 hükümlerini uygulamadığı görülmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13/12/2017, E. 2016/13118, K. 2017/7184; "Taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesi 28.05.2008 tarihli olduğundan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde imzalandığı, bu sebeple 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem şartlarına dair hükümlerin bu sözleşme sebebiyle doğan uyumsuzlukta uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı, davalı Bankanın, davacıdan tahsil etmiş olduğu masraf kalemleri ve komisyon miktarı ya da oranlarının hakkaniyet ve nefaset kurallarına uygun olup olmadığı denetlenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir". (Yaman, Alper, Sabri, "Faktoring Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Genel İşlem Şartları Bakımından Değerlendirilmesi", İstanbul Aydın Üniversitesi, Kasım 2021, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 102).

Bir düzenlemenin emredici hüküm olup olmadığı her durumda açıkça anlaşılamadığı gibi hukuki düzenlemede yaptırımında öngörülmemektedir. Bu durumda maddenin yorumuna gidilerek normun anlam ve amacından emredici olduğu sonucuna varılabilir¹⁵⁹. Bir sözleşmenin bizzat kendisi, konusu veya amacı emredici hukuk kurallarına aykırı olabilir. Bu kapsamda sözleşmenin konusu içinde sözleşmenin edimleri ile ifa şeklide emredici hukuk kurallarına uygun olmalıdır.

Kişiler emredici hukuk kurallarına uymak zorundadır. Örneğin, bir toplumdaki kamu düzenini, ahlaki esasları, kişilik haklarını, sosyo ekonomik yönden yetersiz, fiziken veya ruhen zayıf bireyleri koruma amacı güden hükümler emredici niteliktedir¹⁶⁰.

Bir sözleşme veya edim emredici hukuk kuralları ile yasaklandığı halde kanunun başka bir hükmü vasıtasıyla sonuca ulaşılıyorsa kanuna karşı hile söz konusu olur¹⁶¹. Burada kanunun izin verdiği bir sözleşme yapılarak emredici bir hüküm ile yasaklanan sonuca ulaşılmak istenir. Tarafların asıl amacı yasaklanmamış sözleşmeyi yapmak değil yasağı düzenleyen hükmü dolanmaktır. Kanun taraflarca ulaşılmak istenen sonucu mutlak olarak yasaklamışsa, kanuna karşı hile ile yapılan sözleşmede aynı sonucu doğurur¹⁶². Örneğin, avukatlık mesleğini yapmaktan yasaklı olan bir avukatın, davasını takip ettiği kişinin alacağını devralarak kendi adına dava açması kanuna karşı hile teşkil eder.

C. Genel İşlem Koşulları

Türk Borçlar Kanunu m. 20'ye göre genel işlem koşulları; “sözleşme koşullarının taraflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla tek başına düzenleyip karşı tarafa sunmasıyla oluşturulan sözleşme”dir¹⁶³.

¹⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 359; Oğuzman/Öz, C. I, s. 72; Karahasan, Mustafa, Reşit, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, B. 6, İstanbul 2003, s. 228.

¹⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 359; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 535; Hatemi, Hüseyin, Hukuka Ve Ahlaka Aykırılık Kavramı Ve Sonuçları: (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976, s. 36; Antalya, Genel Hükümler, s. 455.

¹⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 534; Antalya, Genel Hükümler, s. 454; Akyol, Genel Hükümler, s. 146.

¹⁶² Tunçomağ, s. 253; Esener, s. 209; Eren, Genel Hükümler, s. 363; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 534.

¹⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 215; Rehbinden, Manfred, “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne” (Çev.

Genel işlem koşullarının yer aldığı bir sözleşmede, karşı tarafa müzakere imkânı tanımaksızın, sözleşmede yer alan koşullar kabul edilir¹⁶⁴.

Genel işlem koşulları farklı kanunlarda farklı terimlerde kullanılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda "genel işlem koşulları" Türk Ticaret Kanunu'nda "genel işlem şartları" ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da "haksız şart" olarak ifade edilmiştir¹⁶⁵. Biz bu tezde TBK'ya uygun olarak "genel işlem koşulu" terimini kullanmaktayız.

Günümüzde yaşanan sosyal ve ekonomik gelişmeler bazı mal ve hizmetlerin belirli bir kişiden ziyade kitlelere sunulmasını gerektirmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak her bir kişi ile ayrı ayrı sözleşme yapmak yerine, önceden hazırlanmış sözleşmeler kullanılır. Bir mal veya hizmeti almak isteyen bu sözleşme sunulur. Sözleşme koşullarını tartışma imkânı verilmeksizin sözleşmelerin kurulması söz konusudur. Örneğin, elektrik, gaz abonelik sözleşmeleri, bankacılık, sigorta sözleşmeleri böyledir.

Genel işlem koşullarını düzenleyenin aynı zamanda kullanan olması gerekmez¹⁶⁶. Örneğin Bankaların TBB'nin hazırladığı bir metni kullanması da genel işlem koşuludur. Dolayısıyla TBK m. 20'de yer alan ifadenin dar yorumlanması gerekir. Sözleşmenin taraflarının aynı genel işlem koşullarını kullanma konusunda

Teoman Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, ss. 641-653, s. 647; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 12; diğer tanımlar için bkz. "Genel işlem şartları; gelecekte yapılacak çok sayıda aynı türden sözleşmenin içeriğini oluşturmak bakımından önceden tek taraflı, taraflarca tartışılmaksızın kabul edilen, genel ve somutluktan uzak, sözleşmenin bir tarafınca karşı tarafa dayatılarak sözleşmeye dâhil edilmesini istediği koşullardır." (Havutçu, İçerik Denetimi, s. 74.); "Genel işlem şartları, sözleşmenin bir tarafınca sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış genel özelliğe haiz, toptan öngörülerek oluşturan sözleşmelerdir"; Poroy, Reha, "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, ss. 513-550, s. 532; Görgeç, Başak, "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19. S. 1, Y. 2013, ss. 403-440, s. 410. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/793437>) (E.T. 21/08/2023); Alman Medeni Kanunu (BGB) genel işlem şartlarını m. 305. vd. düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 305/I'e göre "sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa sözleşmenin başlangıcında sunulan ve ileride çok sayıda benzer sözleşme için önceden formüle edilen, her türlü sözleşme hükümleridir".

¹⁶⁴ Ersöz, Oğuz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 3, S. 1, Haziran 2017, ss. 69-104, s. 73; Atamer, GİŞ Denetim, s. 61; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 12.

¹⁶⁵ Kaplan, İbrahim, "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları", BATİDER, 1991, C. XVI, S. 2, ss. 51-86, s. 75-76; Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler", Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 25. Ayrıca, kanunlarda farklı terim kullanılmasına ilişkin eleştiriler için bkz. Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 9.

¹⁶⁶ Atamer, GİŞ Denetim, s. 160; Yeniocak, Umut, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", TBB Dergisi, 2013 (107), ss. 75-96, s. 79.

mutabık olması, genel işlem koşulunun tek taraflı hazırlanmış olma niteliğini yitirir. Genel işlem koşulları pazarlık konusu edilmemektedir. Bazı hükümlerin pazarlık konusu edilmesi halinde sadece bu hükümler genel işlem koşulu niteliğini yitirir. Genel işlem koşulunun pazarlık konusu edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz (TBK m. 20/3)¹⁶⁷.

Özellikle büyük teşebbüslerin hazırladığı genel işlem koşullarında, kendi yararlarını korumak veya sorumluluktan kurtulmak için, yetkili mahkemeye, hak düşürücü sürelerle, sözleşmenin sona ermesine, masrafların ve vergilerin yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir¹⁶⁸.

Genel işlem koşullarında, sözleşmenin zayıf tarafının korunması için, Türk Borçlar Kanunu'nda bazı hükümlere yer verilmiştir¹⁶⁹. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere gidilmeden önce, TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, TBK m. 27'de yer alan kamu düzenine ve ahlaka aykırılık, TBK m. 28'de yer alan aşırı yararlanma hükümleri çerçevesinde inceleme yapılabilir. Yargıtay kararlarında da genel işlem koşullarının denetiminde, TMK m. 2, m. 24, TBK m. 27 hükümlerine yer verilerek uyumsuzluğun giderildiği görülmektedir¹⁷⁰.

İdeal bir sözleşme ilişkisinde sözleşmenin taraflarının müzakere güçlerinin birbirine eşit olduğu, menfaatlerinin dengeli bir şekilde dağıldığı adil bir sözleşmenin kurulduğu varsayılmaktadır. Bu sebeple sözleşme özgürlüğü ilkesinin tarafların eşitliği ile birlikte sonuç doğuracağı vurgulanmaktadır¹⁷¹. Ancak, piyasa koşulları,

¹⁶⁷ Yargıtay 11 HD, T. 17/06/2016, E. 2015/14979, K. 2016/6785; "Somut uyumsuzlukta, mahkemece genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilip edilmediği, edilmiş olması halinde düzenleyenin genel işlem koşulu hakkında davacı yana açık bir bilgilendirme yapıp yapmadığı hususlarında -taraf iddia ve savunmaları kapsamında- bir değerlendirme yapılmaksızın, yazılmamış sayılmasına karar verilmesi ve bu gerekçe ile davanın kabulü cihetine gidilmesi doğru görülmemiş hükmün temyiz eden davalı banka yararına bozulması gerekmiştir."; Doğancı, s. 38.

¹⁶⁸ Işık, Şeyhmus, Genel İşlem Koşulları Ve Tüketici Hukukundaki Görünümleri, Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2013, s. 39; Antalya, Genel Hükümler, s. 473.

¹⁶⁹ Antalya, Genel Hükümler, s. 474; Altun, s. 172.

¹⁷⁰ Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşulları, Ankara 2014, s. 125: "TBK m. 25'de, genel işlem şartlarının içerik denetimi için tek ölçüsü, dürüstlük kuralı olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında içerik denetiminde farklı ölçü ve imkânlarda söz konusudur. Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık ile imkânsızlık, gabin ve irade sakatlığı hallerinde bunlara misal teşkil eder. Bu itibarla TBK m. 25'de sadece dürüstlük kuralından söz edilmişse de hakimin, genel işlem şartlarını bahsedilen hususlar kapsamında değerlendirmesi gerekir."; Bkz. Yargıtay 6. HD., 27/06/2022 T., E.2021/1445, K.2022/3620, Yargıtay 3. HD., 29/03/2022 T., E. 2018/377, K.2021/5996, Yargıtay 11. HD., 27/01/2022 T., E.2020/1465, K. 2022/694, Yargıtay 11. HD., 25/01/2022 T., E.2020/5436, K. 2022/601. UYAP, ET.03/10/2022.

¹⁷¹ Antalya, Genel Hükümler, s. 73; Doğancı, s. 38;

ekonomik eşitsizlikler, rekabet gücünün farklılığı gibi sebeplerle tarafların üzerinde eşit olarak müzakere edebildiği sözleşmelerin kurulması sıklıkla mümkün olmamaktadır. Genel işlem koşulu içeren sözleşmeler ile üzerinde pazarlık edilmeksizin sözleşmeyi düzenleyen tarafın menfaat elde ettiği, karşı tarafın ise sözleşmenin riziko ve tehlikelerine katlandığı görülmektedir. Bu durum sözleşme özgürlüğünün zedelenmesine, sözleşmedeki menfaat dengesinin kaybolmasına sebep olmaktadır¹⁷². Müşteriye nazaran sözleşmeyi düzenleyenin bilgi birikimi, ekonomik, entelektüel ve psikolojik üstünlüğünün olması, sözleşmelerdeki menfaat dengesizliğinin oluşmasının temel sebebi olarak görülmektedir¹⁷³. Genel işlem koşullarının denetimi yolu ile sözleşmenin kurulmasında tarafların sözleşme özgürlüğünün ihlalinin engellenmesi, menfaat dengesindeki eşitsizliğin giderilmesi, sözleşme adaletinin sağlanması amaçlanmaktadır¹⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 20-25’de ise sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, tarafların sözleşmeden beklediği yarar ve dengeyi sağlamaya yönelik hükümlere yer verilmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanılarak kurulan bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi genel işlem koşullarıyla yakından ilgilidir¹⁷⁵. Genel işlem koşullarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilen düzenlemeler kişilerin sözleşme özgürlüğünü korumak amacıyla hakimın sözleşmeyi denetlemesine imkân verir. Sözleşmenin içeriğini belirleme hususunda, özgürlüğünü ortaya koyamayan zayıf tarafın korunması, sözleşme adaletinin sağlanması hedeflenmiştir. Sözleşmenin denetiminde sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borçların dengesinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde bozulması, sözleşmenin karşı taraf ile müzakere edilmemiş olması önemli kabul edilirken, sözleşme sebebiyle mağduriyetin oluşup oluşmadığı da incelenmelidir¹⁷⁶.

¹⁷² Antalya, Genel Hükümler, s. 399; Havutçu, İçerik Denetimi, s. 34.

¹⁷³ Havutçu, İçerik Denetimi, s. 31; Atamer, GİŞ Denetim, s. 35.

¹⁷⁴ Antalya, Genel Hükümler, s. 403; Doğancı, s. 39.

¹⁷⁵ Antalya, Genel Hükümler, s. 477; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 26 ve 44.

¹⁷⁶ Yargıtay 13. HD, T. 15.11.2012, E. 2012/25177 K. 2012/25689; “Hemen belirtmek gerekir ki; her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda alınan sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir.”; Doğancı, s. 39.

Genel işlem koşulları TBK m. 20-25 yanında, TKHK m. 5 ve TTK m. 54-63’de düzenlenmiştir. Düzenlediği kanuni düzenleme dikkate alınarak, tüketici sözleşmelerinde, ticari sözleşmelerde ve genel sözleşmelerde genel işlem koşulu yer alır.

1. Adi İlişkilerde Genel İşlem Koşulları

Türk Borçlar Kanunu’nun m. 20-25’de, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan ilki “yürürlük denetimi” olarak ifade edilen genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği olarak kabul edildip edilemeyeceğinin tespit edilmesi aşamasıdır. TBK m. 21’de¹⁷⁷, sözleşmenin karşı tarafının menfaatine aykırı bir genel işlem koşulunun hangi halde sözleşme kapsamında kabul edileceği düzenlenmiş, bu koşulların sağlanmaması halinde ise genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı kurala bağlanmıştır. Dürüstlük kuralı esas alınarak (TMK m. 2/1), genel işlem koşullarının, sözleşmenin taraflarının iradelerinin uyuşmasıyla oluşmadığı ve sözleşmenin kapsamında kabul edilemeyeceği sonucuna varılıyorsa, bu koşulun sözleşme içeriğinde olduğunun kabul edilebilmesi için genel işlem koşulu kullanıldığı hakkında karşı taraf açıkça uyarılmalı ve sözleşme metni hakkında bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Aksi halde sözleşme içeriğinden sayılmayan metnin geçerliliğinin tartışılmasına gerek kalmamaktadır. Bu hükme aykırılığın yaptırımını yazılmamış sayılmadır. Bu koşulları karşı tarafın kabul etmesi halinde sözleşme içeriğinde yer almasına izin verilir. Aksi halde sözleşme kapsamında olduğu kabul edilmez¹⁷⁸. Genel işlem koşulları hakkında bilgilendirmenin ve müşterinin kabul beyanının global şekilde olmasında mümkündür. Ancak, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı ve şaşırtıcı olduğu kabul edilen genel işlem koşullarının global kabulü, o hükmün sözleşmenin içeriğine dahil olduğunun kabulü için yeterli değildir¹⁷⁹ (TBK m. 21/2). Müşterinin genel işlem koşulları hakkında tam

¹⁷⁷ TBK m. 21’e göre, “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”

¹⁷⁸ Ruhi, s. 28; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 11 ve 28; Yelmen, s. 125.

¹⁷⁹ Antalya, Genel Hükümler, s. 427; Atamer, GİŞ Denetim, s. 109; Sirmen, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, ss. 109-134, s. 112; Havutçu, İçerik Denetimi, s. 40.

bir şekilde bilgilendirilmesi sonucunda bunları kabul ettiği girişimci tarafından ispat edilmelidir. Aksi halde, genel işlem koşullarının global olarak kabul edildiği, yani, okunmadan ve tam bilgi sahibi olmadan, okunsa da anlamadan imzalandığı kabul edilir¹⁸⁰.

Sözleşme hükmünün olağandışı, şaşırtıcı olup olmadığı tespit edilirken isimli sözleşmede kanunda düzenleniş biçimi, isimsiz sözleşmelerde ise uygulamadaki sözleşme içeriğine uygunluğu belirlenmelidir¹⁸¹. Ayrıca hükmün şaşırtıcı görölmesi ve hesaba katılmamasının müşteri için beklenilir olup olmadığına bakılmalıdır¹⁸².

TBK m. 24¹⁸³'te ise sözleşmeyi değiştirme yasağı düzenlenmiş, bu yasağa aykırı hükümlerin yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. "Tek taraflı aleyhe değiştirme yasağı"¹⁸⁴ olarak da ifade edilen bu yasak, sözleşmeyi düzenleyen için ve karşı tarafın aleyhine sonuç doğuran hükümler bakımından geçerlidir. Ancak doktrinde¹⁸⁵ TBK m. 24'te yer alan, düzenleyene, karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme hakkı veren genel işlem koşulunun yazılmamış sayılmasına ilişkin kuralın, denetim kriterleri belirlenmeksizin, dürüstlük kuralına aykırılık yönünden örnek verilmeksizin düzenlenmesi eleştirilmiştir. Zira bu tür genel işlem koşulları TBK m. 25 hükmünde yer alan içerik denetimi ile de denetlenebilmektedir.

Sözleşmede yazılmamış sayılan hükümlerin dışında kalan hükümler geçerliliğini korumaya devam eder. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyenin, "yazılmamış sayılan hükümler olmadan sözleşmeyi yapmayacağını" ileri sürmesi TBK m. 22 ile açıkça engellenmiştir.

¹⁸⁰ Sirmen, Denetim, s. 115; Doğancı, s. 176.

¹⁸¹ Antalya, Genel Hükümler, s. 427; Atamer, Gİş Denetim, s. 111; Doğancı, s. 179.

¹⁸² Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Genel İşlem Koşulları şerhi, B. 2, Ankara 2022, s. 102; Doğancı, s. 179: "Somut olaydaki olgular somut müşterinin kişisel anlayışına, yapılan işe ilişkin bilgi ve tecrübesine değil, ilgili branştaki objektif ve tipik bir müşterinin anlayışına göre değerlendirilir."

¹⁸³ TBK m. 24, "genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve sözleşmeyi hazırlayana tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır."

¹⁸⁴ Ruhi, s. 28; Sözleşme koşullarının ağırlaştırılması sonucunu doğuran tek taraflı bir değişikliğin bildirilmesinin TMK m. 2 gereği yaptırımı olacağı hakkında Kostakoğu, Cengiz, Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar-Akreditif, B. 8, İstanbul 2016, s. 65-66; Yargıtay 19. HD, T. 25/11/1994, E. 1994/6472, K. 1994/11467; "Bankanın tek taraflı olarak faiz oranlarını arttırabileceğine dair yetkinin kötüye kullanılamayacağı"; YHGK, T. 04/12/1996, E. 1996/717, K. 1996/850; "PTT abonelik sözleşmesinde tek yanlı olarak yapılabilecek değişikliklerin ancak MK m. 2 çerçevesinde gerçekteştirilebileceği", (Atamer, Gİş Denetim, s. 154-155).

¹⁸⁵ Havutçu, Ayşe "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu" Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 34, 2005, s. 3613-3625, s. 3613; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 61: "TBK m. 24 hükmü ile kanun koyucunun vur derken öldürdüğu, TBK hükümleri ile TKHK hükümleri arasında çatışma oluşturduğu, haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşme şartlarında uyarılama yapılmasına ilişkin genel işlem koşullarının dürüstlük kurallarına aykırı olmadığı belirtilmiştir."; Yelmen, s. 139.

Genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamında olduğu kabul edilebiliyorsa, hükümlerin “yorum denetimine” geçilmektedir. TBK m. 23’de, açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşullarının, karşı tarafın lehine yorumlanacağı düzenlenmiştir. Yorum denetimi ile müşterinin menfaati korunmaktadır¹⁸⁶.

Bu denetim yöntemlerinin işe yaramadığı hallerde ise, “içerik denetimi” olarak ifade edilen sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi ile geçerliliği hakkında hüküm verilmesi gerekmektedir. TBK m. 25¹⁸⁷,de düzenlenen içerik denetiminde, dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem koşulları geçersiz sayılmıştır. Bu hüküm, genel işlem koşulunun genel içerik denetimine izin verir. Bu hükme aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür¹⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri her türlü sözleşme ilişkisinde uygulanır. TBK m. 20/4 ¹⁸⁹ hükmü, genel işlem koşulunu düzenleyen veya kullanan taraf kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olsa da genel işlem koşullarının uygulanacağını düzenlemektedir¹⁹⁰.

2. Tüketici İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları

Hukukumuzda TBK m. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem koşulları tüm sözleşmelere uygulanan genel hükümler niteliğindedir. Tüketici sözleşmelerine uygulanması için ise 6502 sayılı TKHK¹⁹¹ m. 5’de, “Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” başlığı altında genel işlem koşullarının özel bir türü olan haksız şartlara yer verilmiştir¹⁹². Bu hükme göre, tüketici ile müzakere edilmemiş genel işlem koşulları

¹⁸⁶ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 11; Yeniocak, Yargısal Denetim, s. 90. TBK m. 23; “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”

¹⁸⁷ TBK m. 25; “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”

¹⁸⁸ Antalya, Genel Hükümler, s. 481; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 11; Genel işlem koşullarında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hükümlerin kesin hükümsüz sayılacağı, ancak genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, TBK m. 27/2’den (sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması imkânından) yararlanamayacağının madde gerekçesinde açıkça belirtilmemesinin kanun yapma tekniğine uygun olmadığına ilişkin açıklamalar için bkz. Yeniocak, Yargısal Denetim, s. 94.

¹⁸⁹ TBK m. 20/4, “Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır”.

¹⁹⁰ Oğuzman/Öz, C. I, s. 166-167; Ersöz, s. 78;

¹⁹¹ RG. 28.11.2013 T., 28835 S.

¹⁹² Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, B. 2, Ankara 2015, s. 161; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 19; Uyumaz,

dâhil olmak üzere, dürüstlük kurallarına aykırı ve tüketici aleyhine hükümler haksız şart olarak isimlendirilmiştir¹⁹³. Böyle bir genel işlem koşulunun yaptırımı ise kesin hükümsüzlüktür¹⁹⁴.

Tüketici sözleşmesi standart sözleşme niteliğinde düzenlenmiş ise haksız şart, aynı zamanda genel işlem koşuludur. Tüketiciler bakımından TKHK’da yer alan “haksız şarta” ilişkin hüküm özel nitelikte olduğundan, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalarda TBK m. 20-25’de yer alan hükümlerinden önce uygulanır. Ancak TKHK’da boşluk bulunduğu hallerde TBK hükümleri uygulanabilir (TKHK m. 83/1)¹⁹⁵. Ancak tüketici sözleşmesi standart sözleşme niteliğinde değilse haksız şart genel işlem koşulu niteliğinde olmadığı için TKHK uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümleri kıyasen uygulanabilir.

Tüketici ise TKHK m. 3/1-k’de yer alan tanıma göre; “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir”. Bu tanıma göre, belirli bir mesleği icra etme, üretim için kullanma, alınan ürünü tekrar satma, ticari amaçla alma işlemlerinde satışa konu mal veya hizmeti alan gerçek veya tüzel kişiler tüketici sayılmazlar¹⁹⁶. Tacirler bakımında ise ikili bir ayırım yapmak gerekir. Gerçek kişi tacirin tüketici sayılması için, ticari iş karinesine göre işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesi veya işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmaması gerekir (TTK¹⁹⁷ m. 19/1)¹⁹⁸.

Alper/Akdağ, İdris, “Bankacılık Faaliyetlerinde Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Alınan Ücret ve Masraflar ile Bunların İadesi”, İÜHFM C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 423-459, s. 431.

¹⁹³ Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte belirlenmiştir. Bkz., R.G. 17.6.2014, S. 29033.

¹⁹⁴ Antalya, Genel Hükümler, s. 481; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 19.

¹⁹⁵ Oğuzman/Öz, C. I, s. 165; Aydoğdu, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, 2013, ss. 571-621, s. 592. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179442>) ET. 04/10/2022; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 20: “TBK m. 20 anlamında denetime tâbi sayılan her GİK hükmü TKHK m. 6 (5) uyarınca da denetlenebilir. Buna karşılık TKHK m. 6 uyarınca denetlenebilecek her hüküm TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez. TKHK çok daha geniş bir çember içinde denetime imkân vermektedir.”

¹⁹⁶ Ersöz, s. 79; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 10: “Tüketici sözleşmeleri içinde yer alan genel işlem koşulları TKHK hükümleri uyarınca denetlenirken, tacirler arasındaki işlemler TBK hükümleri çerçevesinde denetlenecektir.”

¹⁹⁷ RG. 14.2.2011 T., 27846 S.

¹⁹⁸ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, B. 28, Ankara 2022, s. 74; Dinç, Serhan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İş Kavramı”, EÜHFD, C. XVIII, S. 3-4 (2014), ss. 173-191, s. 182.

Tüzel kişi tacirler bakımından ise, bunların adı iş sahası bulunmadığından yaptıkları tüm iş ve işlemleri mutlak anlamda ticari niteliktedir¹⁹⁹. Bu nedenle tüzel kişi tacirler tüketici sayılmazlar. Yargıtay'ın kararlarında da tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilmediği görülmektedir²⁰⁰. Tacir olmayan tüzel kişiler ise (dernekler, vakıflar, sendikalar vb.) tüketicidirler²⁰¹.

Haksız şart, tüketici sözleşmeleri için kullanılan bir kavramdır. Bunun için sözleşmenin, tüketicilerin yaptığı bir hukuki işlem niteliğinde olması gerekir. Tüketici işlemlerinde kullanılan sözleşmeler genellikle standart sözleşme şeklinde hazırlanır. Bu sebeple haksız şartlar çoğunlukla genel işlem koşulu niteliğindedir. Ancak bazı tüketici işlemlerinde bireysel sözleşme niteliğinde tüketici sözleşmeleri kullanılabilmektedir. Bu durumda sözleşme hükmü genel işlem koşulu olmadığı halde haksız şart niteliğindedir. Buna göre, her genel işlem koşulu haksız şart niteliğinde değildir. Genel işlem koşulları tüketici işlemleri dışındaki sözleşmelerde de olabilir. Haksız şartlar ise bireysel ya da genel işlem koşulu niteliğinde hazırlanan tüketici sözleşmelerinde yer alabilir.

Genel işlem koşullarını kurala bağlayan TBK m. 20-25 hükümleri her sözleşmede tatbik edilebilir. Bunun için tarafların niteliği önem taşımaz. TKHK'da yer

¹⁹⁹ Arkan, s. 74; Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, B. 16, Ankara 2024, s. 65-66.

²⁰⁰ Yargıtay 12. HD., T. 26/05/2015, E. 2015/4190, K. 2015/14349; Yargıtay, 20. HD., T. 18/05/2016, E.2016/3355, K.2016/5807; Yargıtay HGK., T. 21/09/2011, E.2011/19-500, K.2011/550; Yargıtay 13. HD., T. 18/07/2011, E.2010/19122, K.2011/11578; Yargıtay HGK., T. 21/09/2011, E. 2011/19-500, K. 2011/550; "Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK.'nın 18/1. maddesi gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır." (UYAP) E.T. 21/12/2022. Aksi yönde Yargıtay, 19. HD, E.1999/3932, K.1999/4621 Kararı: "Ticari şirketlerin ekonomik bir varlığı temsil edip, korunmalarına gerek bulunmadığı savunulamaz. Nitekim AT Komisyonunun ikinci Eylem planında bu konuda oluşması muhtemel duraksamaların önlenmesi amacıyla "... alım gücü az ya da çok..." tabirleriyle konu vurgulanmıştır. Bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK nun 2-1 maddesi, tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar (lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin yenisi, soğutma cihazı vs. gibi) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez.", (Yücer, Aktürk, Zeynep, İpek, "Tüzelkişi Tacirin Tüketicisi Sıfatı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 2, ss. 103-128, s. 118-119). Şirketler de dahil olmak üzere hiçbir ayrım gözetmeksizin ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden tüm tüzelkişilerin icabında tüketici sayılması gerektiği görüşü için bkz. Aktürk, İpek, Tacir, s. 125.

²⁰¹ Ersöz, s. 80; Yücer, Aktürk, Tacir, s. 126.

alan hükümler ise yalnızca kapsamında belirtilen kişiler ve hukuki ilişkilerin düzenlendiği sözleşmelerde uygulama alanı bulur.

3. Ticari İlişkilerde Genel İşlem Koşulları

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşullarının sözleşmenin taraflarını tacirlerin oluşturduğu ticari ilişkilerde uygulamasının incelenmesi gerekir. TBK m. 20/4'de, genel işlem koşullarının kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere uygulanacağından bahsedilse de bu hüküm genel işlem koşullarını “düzenleyen” yönünden hüküm ifade etmektedir. Düzenleyenin karşı tarafının tacir olması halinde TTK hükümlerinin uygulanması önceliklidir.

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m. 3 ilâ 8²⁰², e uygun olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun “Haksız Rekabet”e ilişkin hükümlerinin düzenlendiği “Dördüncü Kısım”nda “Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” başlıklı m. 55/1-f'de²⁰³, genel işlem koşullarının haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı denetlenmektedir. Sözleşmede haksız rekabet olgusunun varlığı için genel işlem koşullarının taraflardan birinin aleyhine olması ve bu aleyhe durumun hukuki düzenlemeye veya sözleşmede belirlenen hak ve borçların o sözleşmenin doğasına uygun düşmeyecek şekilde belirlenmiş olması gerekir. Sözleşmede kanuni düzenlemeden sapma olup olmadığının belirlenmesi için ise emredici ve yedek hukuk kuralları dikkate alınarak yorum yapılmalıdır. Hatta doktrin ve içtihatlar yoluyla

²⁰² Subaşı, Fatma, “Haksız Rekabet Hali Olarak Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Koşulu Kullanmak”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 8, Y. 2020, ss. 79-111, s. 97: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki bu hükmün kaynağı, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun'un eski 8. maddesidir. İsviçre'de 2011 yılında yapılan kanun değişikliği ile madde değiştirilmiş, ancak Türk kanun koyucu TTK m. 55/1-f'de bir değişiklik yapmamıştır. TTK m. 55/1-f'nin mehzaz hükmü olan İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun'un eski 8. maddesi şu şekildedir: “Özellikle, önceden yazılmış ve diğer taraf aleyhine yanıltıcı bir şekilde a. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya b. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem koşulları kullanan”. Bu maddenin yeni şekli ise şu şekildedir: “Dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde tüketiciler aleyhine önemli ölçüde ve haksızca sözleşmesel hak ve borçlar arasında dengesizlik öngören genel işlem koşulları kullanılması”.

²⁰³ TTK m. 55/1-f; “Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya
2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

geliştirilmiş, hukukun genel ilkeleri de yoruma katılmalıdır. Kanunda düzenlenmemiş isimsiz sözleşmeler için kıyas yoluyla uygulanacak hukuk kuralları da yorum yöntemleri içinde sayılmaktadır. Madde özellikle tarafların hak ve yükümlülüklerinin sözleşmenin tipine göre amacını gerçekleştirmeye uygun olup olmadığını belirlemede hakime imkân verir. Kanuni düzenlemelerden veya sözleşmenin doğasından önemli surette sapılması, taraflar arasındaki dengeyi hissedilir şekilde bozması gerekir. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırılığın tespiti için tüm sözleşmenin göz önünde bulundurulması gerekir. Eğer sözleşmenin diğer hükümlerinde bir denge sağlanmışsa veya yasal düzenlemeden sapma müşteri lehine gerçekleşmişse bu madde uygulanmaz²⁰⁴. Adil bir rekabeti bütün ilgililer için temin etmek amacıyla getirilen bu hükümden tacirler de faydalanabilir.

Maddede ayrıca taraflardan birinin aleyhine “yanıltıcı şekilde hareket edilmiş olma” kriteri getirilmiştir. Kanuni düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden önemli ölçüde sapılmayı gizlemeye yönelik bir sözleşme hükmünü içeren genel işlem koşulu bulunmalıdır. Örneğin, muğlak ifadelerin olduğu, zor anlaşılan uzun bir metine yerleştirilmiş bu gibi hükümlerin yanıltıcı olduğu²⁰⁵, bu şekilde hazırlanan bir sözleşmeyi kullanan kişinin haksız rekabet ettiği kabul edilir. Haksız rekabeti oluşturan, yalnızca kanuni düzenlemeden veya sözleşmenin doğasından önemli ölçüde ayrılmış olmak değil, aynı zamanda bunun yanıltıcı bir şekilde genel işlem koşulları içinde yer almasıdır. Ancak haksız rekabetin yaptırımını butlan değildir (TTK m. 56²⁰⁶).

Görüldüğü gibi TTK m. 55/1-f bendinde, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarını kullanmak haksız rekabet sayılmıştır²⁰⁷. Bu hüküm genel işlem koşullarına ilişkin, içerik denetimi sağlamaktan ziyade haksız rekabeti düzenlemek amacıyla getirildiği halde TBK m. 25’de yer alan içerik denetiminin sağlanması yönünden

²⁰⁴ Sirmen, Denetim, s. 127; Atamer, GİŞ Denetim, s. 172.

²⁰⁵ Atamer, GİŞ Denetim, s. 172; Subaşı, F., s. 102.

²⁰⁶ TTK m. 56; “Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse;

a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,

b) Haksız rekabetin men’ini,

c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,

d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,

e) Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir”

²⁰⁷ Bu maddenin kamu düzenine aykırılığın somutlaştırılması ile genel işlem koşullarının kamu düzenine aykırılık sebebiyle geçersiz sayılmasında kullanılabileceği yönünde görüş için bkz. Atamer, GİŞ Denetim, s. 174.

amaca uygun bir hükümdür²⁰⁸. TBK m. 21’de ise TTK m. 55/1-f’den farklı olarak kapsam denetimine yer verilmiştir²⁰⁹.

TBK m. 20-25’e göre, genel işlem koşullarında geçersizlik türleri, yazılmamış sayılma ve kesin hükümsüzlüktür. TTK m. 55/1-f’de ise genel işlem koşulları haksız rekabet olarak nitelendirilmiş ve özel hukuk davaları ile ceza yaptırımına tabi tutulmuştur (TTK m. 56- 58). TTK m. 54/2’ye göre, haksız rekabet, “rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalardır”²¹⁰.

Tacirler ve tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ticari sözleşmelere TTK hükümleri uygulanır²¹¹. Bununla birlikte, öğretide toptan bir anlayışla tacirin TBK’da yer alan genel işlem koşulları hükümlerinden yararlanmaması kabul edilmez²¹². Doktrinde bir görüşe göre de, genel işlem koşulları hem TKHK, hem TBK, hem de TTK’da ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da, TBK ve TTK arasında, bu Kanunların uygulanışı bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediği belirtilmektedir²¹³.

²⁰⁸ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 10 ve 67.

²⁰⁹ Ersöz, s. 91; Antalya, Genel Hükümler, S. 484.

²¹⁰ Ersöz, s. 88; Subaşı, F., s. 94-95.

²¹¹ Antalya, Genel Hükümler, s. 486; Yeniocak, Umut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, B. 2, Ankara 2013, s. 43: “TTK’nda yer alan özel düzenleme sebebiyle genel işlem koşullarına TBK hükümleri uygulanmaz (TTK m. 1/2). TTK m. 18/2’de belirtilen basiretli iş adamı tanımı esas alınarak denetim yapılır. Tacir, bir sözleşmeye düşüncesizlik veya deneyimsizliği sebebiyle taraf olduğunu ileri süremez. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altında bulunan tacirin düşüncesiz veya deneyimsiz olduğu iddiaları dinlenmez. Yargıtay kararlarına göre de, dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmadığı sürece, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunan tacirler genel işlem koşullarının sonuçlarına katlanır.”

²¹² Eren, Genel Hükümler, s. 230: “TBK m. 20-25 arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarının özellikle de tüketici dışında, ticari olsun olmasın her türlü sözleşmede düzenleyen karşısında bulunan tarafın talep etmesi halinde uygulanacağı görüşüne yer verilmektedir.”, Yelmen, s. 72; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 35; Atamer, GİŞ Denetim, s. 137; “Yazar TBK’da yer alan genel işlem koşullarının müzakere edilmemiş olması halinde tacirlere de uygulanacağını belirtmektedir”, Gümüş, Genel Hükümler, s. 51 ve 165; “organizasyon, ekonomik, psikolojik vb. nedenlerle zayıf tarafın aleyhine öngörülen denetimin genel işlem şartlarına ilişkin TBK m. 20 vd. hükümleri ile tacir-tüketici ayrımı yapılmaksızın gerçekleştirileceğini savunur.”; Baş, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, ss. 276-306, s. 276, dn.1; “TBK m.20-25 hükümleri ile tacirleri de kapsamına alan genel işlem koşulları denetimi getirildiği belirtilmiş ancak tacirlerin tüketiciler ile aynı derecede korunmaya ihtiyaçlarının olmayabileceğini ileri sürmüştür.”; Ersöz, s. 96; Akıntürk/Ateş, s. 48; Yılmaz, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara 2015, s. 142; Subaşı, F., s. 90, benzer görüşte Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11. HD., T. 21/05/2018, E. 2016/11123, K.2018/3743, 23/01/2018 T., E. 2016/13088, K. 2018/563, 11/12/2017 T., E.2016/8789, K.2017/7099; “Bir sözleşmedeki genel işlem koşulunun niteliğinin, objektif unsurlara göre belirlenmesi gerekmekte olup, bu hususta tarafların icra ettikleri meslekleri ve sıfatları, tacir veya tüketici olup olmadıkları önem taşımaz.” UYAP ET. 04/10/2022.

²¹³ Akçaal, Mehmet, “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD., C. XVIII, S. 1, Y. 2014, s. 52; Atamer, GİŞ Denetim, s. 53.

Küçük ve orta büyüklükteki işletme sahibi tacirlerin daha büyük ölçekli tacirlere karşı korunmaları gerekebilir. Örneğin; ticari kredi almak için bir banka ile sözleşme imzalayan tacirin zayıf konumda olduğu kabul edilmelidir. Tüketiciler gibi tacirlerin de bir kredi sözleşmesi üzerinde müzakere etme imkânı bulunmaz. Kredi kuruluşunca önceden hazırlanıp kendisine sunulan koşulları kabul etmek zorunda kalır. Yargıtay'ın bir tacir tarafından akdedilen banka kredi sözleşmesine TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararını onadığı görülmektedir²¹⁴.

Ağırlıklı olarak faktoring sözleşmelerinin karşı tarafını genellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler oluşturmaktadır. Bu sebeple, faktoring sözleşmelerinde, TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Ancak, TBK m. 20-22 hükümlerinde yer alan yürürlük denetiminin tacirler için emredici olarak düzenlenmiş olmasının, tacirler arasında işlemlerin hızının önemi ve sözleşmenin henüz başlangıcında tacirin korunmasının sınırlı olması gerektiği, asıl önemli olan denetimin içerik denetimi olduğu gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir²¹⁵. Zira tacirlerin akdettiği genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen basiretli iş adamı esas alınarak (TTK m. 18/2) denetim yapılmaktadır. Nitekim genel işlem koşulunu düzenleyenin karşı tarafının tacir olması halinde TTK hükümlerinin uygulanması önceliklidir.

²¹⁴ Yaman, s. 87. Yargıtay 11. HD., T. 21/05/2015, E.2016/11123, K.2018/3743, “Bir sözleşmenin 6098 sayılı TBK’nın m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması için kanunda belirtilen ölçütlerin uygulanması gerekir. 6098 sayılı TBK’da da sözleşme serbestisi ana kural olmakla birlikte, sözleşmelerin geçerliliği için 6098 sayılı TBK’na, sözleşmenin hukuka aykırı genel işlem koşulları içermemesi unsuru getirilmiştir. Hem tüketiciler hem de tacirler için geçerli olan genel işlem koşulları denetimi, sözleşmelerin imzalanması aşamasında daha olumsuz durumda bulunan sözleşmenin tarafını dürüstlük kuralları kapsamında korumaktadır.” (UYAP) ET. 04/10/2022; Yargıtay 11. HD. 11/03/2024 T., E.2022/5704, K.2024/1952 sayılı kararı ile, “Finansal kiralama sözleşmesine istinaden borcun ödenmediği iddiasıyla sözleşmenin feshi ile malların aynen iadesi talebine ilişkin olarak, taraflar arasında birden çok finansal kiralama sözleşmesi imzalanması halinde kiralayanın kiracı ödemelerini dilediği finansal kiralama sözleşmesine mahsup edip edemeyeceğine ilişkin uyuşmazlıkta, mahkemece iki tacir arasında yapılan sözleşmede belirlenen mahsup hükmünün "genel işlem" koşulu kapsamında değerlendirilmesi ile sözleşme özgürlüğü sınırının aşıldığından bahisle davanın reddi kararı onanmıştır”. (UYAP, ET. 16/04/2024); Yargıtay 3. HD. 08/12/2014 T., E. 2014/13539, K. 2014/16751: “6098 sayılı TBK’nun uygulanması ile ilgili olarak kişi açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) içinde uygulanabilecektir.”, (<https://kazanci.com.tr/gunluk/3hd-2014-13539.htm>), E.T. 16/04/2024.

²¹⁵ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 35; Subaşı, F., s. 91; Atamer, Yeşim, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, Çiğdem Kırcı (ed.), İstanbul 2013, ss. 103-137, s. 131 vd.

Tacirler arasında akdedilen genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin TBK m. 25’de yer alan içerik denetimi yapılırken sözleşmenin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığının incelenmesinde TTK m. 55/1-f bendinden de yararlanılır²¹⁶.

D. Sözleşmenin İçeriğinin Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

TBK m. 27/1’de, “kamu düzenine aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz” olduğu düzenlenmiştir. Kamu düzeni toplumun ve devletin menfaatinin koruyan, toplumda barışı ve güveni korumayı amaçlayan kurallar bütünüdür²¹⁷. Kamu kelimesi toplumu ifade ederken, düzen kavramı devletin içinde var olan hukuk düzenini ifade eder. Sözleşmelerde kamu düzenine aykırılığın önlenmesindeki amaç toplum menfaatlerinin muhafaza edilmesi ile hukuk düzeninin korunmasıdır²¹⁸. Kamu düzenine ilişkin kuralların ihlalinin tespitinde, aykırılığın o ülkenin hukuk düzeninin temel ilkeleriyle çatışması veya genel hukuk değerlerini ağır şekilde ihlal etmesi göz önüne alınır²¹⁹. Hakim bir hukuk kuralının kamu düzenini korumaya yönelik bir hukuk kuralı olup olmadığını belirlemek için kamu düzeni kavramıyla kuralın amaç ve anlamını karşılaştırmalıdır. Toplumun temel yapısını, çıkarlarını koruyan kuralın Anayasa ile ilişkisinin ortaya konulması da gerekir. Çünkü Anayasal kurallar özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak kamu düzeni kurallarının çerçevesini belirler²²⁰.

²¹⁶ Tuzcuoğlu, Tuğçe, Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, B. 6, Ankara 2020, s. 163; Sirmen, Denetim, s. 122; Yelmen, s. 125: “TBK m. 25’de, genel işlem şartlarının içerik denetimi için tek ölçüsü, dürüstlük kuralı olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında içerik denetiminde farklı ölçü ve imkânlarda söz konusudur. Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık ile imkânsızlık, gabin ve irade sakatlığı hallerinde bunlara misal teşkil eder. Bu itibarla TBK m. 25’de sadece dürüstlük kuralından söz edilmişse de hakimin, genel işlem şartlarını bahsedilen hususlar kapsamında değerlendirmesi gerekir.” ve s. 130; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 282; Demir, Mehmet, “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, TBB Dergisi, S. 76, Y. 2008, ss. 217-230, s. 227 vd.

²¹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 368; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 545; Antalya, Genel Hükümler, s. 458; Ruhi, s. 35; İnan/Yücel, s. 228; Hatemi/Gökayla, s. 52; Hatemi, s. 42-43; Erman, s. 613; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 402; Tunçomağ, s. 249-250; Oğuzman/Öz, C. I, s. 85.

²¹⁸ Yargıtay 13. HD., T. 30/05/1996, E. 1996/5075, K.1996/5380; “Kamu düzeni, kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni” olarak tanımlanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 12/12/1990, E. 1990/3, K. 1990/527 sayılı kararında; “Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir.” denilmiştir. (Karahasan, s. 232-233).

²¹⁹ Tunçomağ, s. 249; Hatemi, s. 42-43; Oğuzman/Öz, C. I, s. 83; Antalya, Genel Hükümler, s. 458.

²²⁰ Antalya, Genel Hükümler, s. 459; Tan, s. 514.

Kamu düzenine ilişkin kuralların sadece emredici hükümlerden oluştuğu²²¹ yönünde ve emredici hükümlerin yanında emredici olmayan hükümler ile yazılı olmayan kuralları da kapsadığı²²² yönünde farklı görüşler yer almaktadır²²³.

Toplumun korunması amacıyla konulmuş emredici hukuk kurallarına aykırılığın yanında, bazı durumlarda yedek hukuk kurallarına aykırılık da kamu düzenine aykırılık oluşturabilir²²⁴. Sözleşmelerde adil bir denge kurmak için getirilmiş yedek hukuk kurallarının bütün halinde uygulama dışı bırakılması özel hukuk düzeninde varolan temel hukuk kuralları ile bağdaşmamaktadır. Sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünün yalnızca bir tarafın yararlandığı bir hak olması da bu çerçevede değerlendirilmektedir. Özellikle de genel işlem koşulları içinde yedek hukuk kurallarının sözleşmenin bir tarafının menfaati dikkate alınarak ortadan kaldırılması kamu düzenine aykırı bulunmaktadır²²⁵. Adil bir sözleşmenin eşit taraflar arasında pazarlık yapılarak akdedildiği farz edilmektedir. Aralarında fırsat eşitliği olan taraflar için kanundaki düzenlemenin aksine düzenleme yapılabilen normlar, üstün konumda olan tarafın menfaatini asgari düzeyde karşılayan normlardır. Genel işlem

²²¹ Oğuzman/Öz, C. I, s. 85; Bu hususun tüm emredici hükümlerin kamu düzenini korumak gayesiyle çıkarıldığı anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 159; Atasoy, s. 208; Eren, Genel Hükümler, s. 368: “Kamu düzenine ilişkin kurallar, özel hukukta genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer alır. Borçlar hukukunda kamu düzenine ilişkin kurallar yok denecek kadar azdır. TBK m. 148 zamaşımı sürelerinin kesinliğine ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir.”; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 547: “Genel ahlak ve kişilik haklarını koruyan emredici hukuk kuralları da bulunmaktadır. Örneğin, hizmet sözleşmesi kapsamında, işverenin borca aykırılık halinde hafif kusur sorumluluğundan kurtulmasına yönelik bir düzenleme ya da sözleşmenin kesin hükümsüz kabul edilmesine ilişkin TBK m. 115 hükmü kamu düzenine ilişkin emredici bir kuraldır.”; TBK m. 148 hükmünün de kamu düzenini korumayı amaçlayan emredici bir hüküm olduğu yönünde bkz. Bulut, s. 51; Kırkbeşoğlu, s. 147, dn. 148.

²²² Kanun hükümlerinde açıkça somutlaştırılmamış genel ilkelere aykırılığın kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği ve bu sebeple de bir kanun hükmüne aykırılığın mevcudiyetinin gerekli olmadığını savunan görüş için bkz. Atamer, GİŞ Denetim, s. 184-185; Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 159; Oğuzman/Öz, C. I, s. 85; Ünal, s. 67; Kamu düzenine aykırılığın yanında kanunun emredici hükümlerine aykırılık var ise bu durumda ‘hukuka aykırılığın’ söz konusu olacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, § 42 N 36-37.

²²³ Kamu düzenine ilişkin kuralların mutlaka yazılı hukuk kuralları olduğu görüşü için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 368; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 402; Hatemi, s. 39-40, dn. 11. Kamu düzenine aykırılık için mutlaka yazılı bir kanun hükmüne aykırılığın gerekli olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Atamer, GİŞ Denetim, s. 184-185.

²²⁴ Toplumun korunması amacıyla konulmuş emredici hukuk kurallarının tümü kamu düzenine ilişkindir. Yargıtay TMK m. 2’nin kamu düzenine ilişkin bir norm olduğunu kabul etmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 22/01/1958, E. 1958/1, K. 1958/7) (Atamer, GİŞ Denetim, s. 165, dn. 240). Yargıtay 11. HD, T. 14/04/1995, E. 1995/1993, K. 1995/3369 sayılı kararında açıkça kamu düzenine aykırılıktan bahsetmemekle birlikte genel işlem koşullarının denetiminde yedek hukuk kurallarının işlevine vurgu yapılmaktadır: “Tamamlayıcı hukuk kurallarının düzenleme fonksiyonu, hakkaniyete uygunluk gibi esaslar göz önünde tutularak, genel işlem şartları içinde vasıflandırabileceğimiz sigorta genel şartlarında yer alan bazı kuralların da geçersiz sayılacağı kabul edilmektedir.”

²²⁵ Atamer, GİŞ Denetim, s. 169; Doğancı, s. 38.

koşulları içinde yedek hukuk kurallarından farklı düzenlenen bu normların her iki tarafın menfaatine hizmet eder nitelikte olması gerekir²²⁶. Ancak yedek hukuk kurallarını ortadan kaldıran sözleşmenin her zaman kamu düzenine aykırı olduğu söylenemez. Yedek hukuk kurallarından yerinde yapılan farklı düzenlemeler de bulunur. Kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler açısından ise bu denetim yapılamamaktadır. Dolayısıyla sözleşmedeki hükümlerin kamu düzenine aykırı olup olmadığını hakimın somutlaştırması gerekir.

Yazılı olmayan hukuk kuralları ile hukuk düzeninin temel değer yargıları kamu düzeninden sayılmaktadır. Dolayısıyla kamu düzeni kavramı pozitif hukuk kurallarıyla sınırlı olmayıp doğal hukuk kurallarını da kapsar. Anayasal kurallarda özel hukuk alanında kamu düzenine aykırılığın belirlenmesinde kullanılmaktadır²²⁷. Örneğin sosyal devlet, hukuk devleti ilkesi (AY m. 2/5), eşitlik ilkesi, (AY m. 10), çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi (AY m. 48), tüketicilerin korunmasına (AY m. 172) ilişkin ilkelerin yanında hukukun temel ilkelerini oluşturan ahde vefa, güven ilkesi, sözleşme özgürlüğü gibi kurallar toplumun menfaatleri yönünden taşıdıkları önem sebebiyle kamu düzeni kuralları içinde ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde kullanılmaktadır.

Nitekim ekonomik kamu düzenin sağlanması için devletin yapacağı müdahalelerde, Anayasa m. 2’de yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi, m. 48²²⁸’de yer alan, özel teşebbüslerin güvenlik ve kârlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma görevi, m. 167/1²²⁹’de yer alan, piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini

²²⁶ Atamer, GİŞ Denetim, s. 168; Doğancı, s. 38.

²²⁷ Yazılı hukuk kuralları dışında bağımsız bir kamu düzeni kavramının bulunduğu ve bunla bağdaşmayan hukuki işlemlerin geçersiz sayılması gerektiği görüşü için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 548; Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, B. 2, Ankara 2010, s. 213; Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, C. I, B. 18, İstanbul 2023, s. 99-100; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12-13. Ayrıca, kamu düzenine ilişkin hukuk kurallarının yazılı hukuk kuralı niteliğinde bulunması gerektiği, örf adet kuralları ile TMK m. 1 gereğince hakim tarafından yaratılan hukuk kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğunu söylemenin mümkün olmadığı hakkında bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 369; Antalya, Genel Hükümler, s. 456; Kaşak, s. 82: “Kamu düzenine aykırılık için kanaatimizce mutlaka yazılı hukuk kurallarına aykırılık söz konusu olmalıdır. Aksi hâlde yazılı olmayan birtakım ilkelere aykırı düştüğü gerekçesiyle hukuki işlemlerin yaptırma uğratılabilmesi hukuki güvenliği örseler.”

²²⁸ Anayasa m. 48/2; “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

²²⁹ Anayasa m. 167/1: “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”

sağlayacak tedbirleri alma görevi, m. 172²³⁰'de yer alan, tüketicinin korunmasına ilişkin tedbirleri alma görevi dayanak gösterilmektedir. Belirtilen bu düzenlemeler ile devlete, ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla, özel girişim özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlama imkânı verilmektedir²³¹.

Ayrıca “sosyal devlet ilkesi”nden hareket edilerek taraflar arasında sözleşme adaletinin sağlanması için şekli anlamda sözleşme özgürlüğünün yanında maddi anlamda sözleşme özgürlüğünün de geliştirilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, sözleşmede adaletin sağlanması için devletin sözleşmelerin sosyo ekonomik bakımdan zayıf durumda olan tarafını, her bakımdan üstün olan taraf karşısında koruma görevi bulunmaktadır²³².

Bu çerçevede, kamu düzeninin korunması amacıyla, sözleşmenin farklı aşamalarında, sözleşme özgürlüğüne müdahale edilebilir. Bu amaçla, yapılacak sözleşmenin türü ve sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi²³³ veya bir kanun ile sözleşme yapmanın zorunlu kılınması²³⁴ söz konusu olabilir. Bu düzenlemelere uyulmadan yapılan sözleşmeler kamu düzenine aykırı niteliktedir.

Öte yandan, kamu düzenine ilişkin olan bu kuralların kaynağı kamu hukuku ya da özel hukuka dayanabilir. Örneğin, konut kiralanmasına ilişkin hükümler (TBK m. 338) ile zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilme yasağına yönelik yasal düzenlemeler (TBK m. 147), kamu düzenine ilişkin özel hukuk kaynaklı kurallardır. Keza, kamu hukuku kaynaklı İmar Hukuku kuralları da sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilen kamu düzenine ilişkin kurallardır²³⁵.

²³⁰ Anayasa m. 172: “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.”

²³¹ Eren, Genel Hükümler, s. 339; Tan, s. 518; Küçükyağcı, 108; Çakırca, s. 40.

²³² Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 504; Eren, Genel Hükümler, s. 339; Çakırca, s. 43; Doğancı, s. 39, dn. 194.

²³³ Tan, s. 519; “4734 Kamu İhale Kanununa (m. 53/b) göre, ‘Kurum bu Yasanın uygulanmasında birlik sağlamak üzere tip sözleşmeler hazırlayıp Resmî Gazetede yayınlar’; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa (m. 5) göre de, ‘Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutad olan sözleşmeler kullanılabilir’. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’na (m. 5/g) göre; Enerji Piyasası Kurumunun görevleri arasında ‘Bu Kanunun amaçları ile uyumlu olarak, model anlaşmalar geliştirmek’ bulunur. Yine, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m.10), Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin kapsamının Cumhurbaşkanınca belirleneceğine ilişkin 3996 sayılı Yasa hükmü (m. 4) ve Yasa’nın uygulama usul ve esaslarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110611M1-11-1.pdf> (m.16) yapılacak özel hukuk sözleşmesinde yer alacak hususları madde halinde belirlemektedir.”

²³⁴ Tan, s. 520; “406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 2000 yılında 4502 sayılı Yasa ile değişik 10. maddesi ve benzer şekilde 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 16 ve 18. maddeleri doğrudan yasadan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu örneğini oluşturmaktadır.”

²³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 547; Antalya, Genel Hükümler, s. 459.

Kamu düzeni her toplumda ve her zamanda sabit olmayıp değişkenlik gösterir. Bu bakımdan kamu düzenine aykırılığın tespiti için geniş bir takdir yetkisi tanınır²³⁶. Kişilerin sözleşme özgürlüğü, kamunun daha üstün bir menfaati için sınırlandırılabilir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre akdedilen bir sözleşmenin kamunun bir menfaatinin çatıştığı düşünüldüğünde hakim hangi kamu değerlerinin ihlal edildiğini tespit eder. İhlal edilen kamu değerlerinin bireyin sözleşme özgürlüğünün ve menfaatlerinin üstünde yer alması gerekir. Bazı değerlerin ihlal edilmesi başlı başına kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. Örneğin ekonomik düzenin, rekabet özgürlüğünün ve dolayısıyla serbest pazar ekonomisi kurumlarını tehdit eden bir sözleşmenin kurulmasına izin verilemez²³⁷.

D. Sözleşmenin Ahlaka Aykırı Olmaması

TBK m. 27’de yer alan sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen bir diğer olgu ahlaka aykırılıktır. Kişiler sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü kapsamında, ahlaka aykırı bir sözleşme yapamazlar. Ahlaka aykırı bir sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbidir. Ahlak, “bir toplumda iyilik ve kötülük hakkında oluşan değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünüdür²³⁸.” Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığını tespit edecek hakim in sübjektif ölçülere göre değil, toplumda dürüst, namuslu ve orta zekâlı kişilerin ahlak anlayışını esas alan objektif ahlak anlayışına göre karar vermesi gerekir²³⁹. TBK m. 27/1 hükmünde düzenlenen ahlaka aykırılık kurumu genel niteliktedir. Bazı kanun hükümlerinde ahlaka aykırılığın özel hâllerine yer verilebilir. Bu durumda özel düzenlemenin uygulanması gerekir. Örneğin, aşırı yararlanma ahlaka aykırılığın özel

²³⁶ Bulut, s. 49; İnan/Yücel, s. 228; Antalya, Genel Hükümler, s. 385; Hatemi, s. 42 vd.; Tunçomağ, s. 250; Eren, Genel Hükümler s. 368; Erman, s. 613; Şahin, İ., s. 80-81.

²³⁷ Atamer, GİŞ Denetim, s. 167; Doğanç, s. 39.

²³⁸ Ahlak kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 71-79.

²³⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 398; Tunçomağ, s. 254; Ruhi, s. 36; Antalya, Genel Hükümler, s. 456; Akyol, Genel Hükümler, s. 158; ahlak bakımından zekânın bir öneminin bulunmadığı, bu sebeple de dikkate alınmaması gerektiğini savunan yazarlar için bkz. Kırkbeşoğlu, s. 172, dn. 231; Bazı özel hâllerde veya avukat, doktor, noter, yediemin gibi meslekler bakımından hakimin daha katı bir ahlak ölçütünü esas alabileceği yönünde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 364; Bulut, s. 65; YHGK, T. 22/05/2013, E. 2012/11-1601, K. 2013/752: “Ahlak kuralları, hukuk kurallarından farklı olarak yazılı olmayan kurallardır.” (Kaşak, s. 75).

bir düzenlemesidir²⁴⁰. Sözleşmede tarafların edimleri arasında aşırı dengesizliklerin görülmesi durumunda daha çok TBK m. 28’de düzenlenen “aşırı yararlanma” hükümlerine müracaat edilerek sözleşmenin iptali yoluna gidilebilmektedir. Aşırı yararlanma durumunu aşan dengesizlik ise ahlaka aykırılık olarak nitelendirilebilir. Örneğin faiz oranının normal faiz oranını önemli ölçüde aşması ahlaka aykırılık olarak mütala edilebilmektedir²⁴¹.

Ahlaka aykırılık üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlar, sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olması²⁴², sözleşmede vaad edilen edimin ahlaka aykırı olması²⁴³ ve sözleşmede güdülen amacın ahlaka aykırı olmasıdır²⁴⁴. Örneğin, evlilik dışı birlikte yaşama sözleşmesi, ücret karşılığı münasebet sözleşmesi ve rüşvet sözleşmesi ahlaka aykırıdır. Yine konusu kişinin bir fiili yapmaya zorlanmasına ilişkin sözleşmeler ahlaka aykırıdır. Örneğin, kişinin dinini, mezhebini, uyruğunu değiştirmeye veya değiştirmemeye, belli bir şahısla evlenmeye veya evlenmemeye ve eşlerin aile içi görevlerini yapmayacağına ilişkin taahhütleri içeren sözleşmeler esas itibarıyla TMK m. 23/2’ye göre kişilik haklarını ihlal eden sözleşmelerdir. Ancak bu sözleşmelerin para karşılığında yapılması aynı zamanda ahlaka aykırılık oluşturur²⁴⁵. Bu kapsamda rekabet etmeme anlaşmasının süresiz olarak kararlaştırılması kişisel ve ekonomik özgürlükleri aşırı derecede sınırlandırılmaya veya ortadan kaldırmaya elverişli olduğundan ahlaka aykırıdır²⁴⁶. Bunun gibi, kişinin ekonomik özgürlüğünü ölçüsüz derecede kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşmeler ile özel yaşam alanına müdahale eden sözleşmeler de ahlaka aykırı niteliktedir.

²⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 368; Kaşak, s. 74; Yargıtay 13. HD., 15/02/2001 T., E. 2001/742, K. 2001/1516 kararında, aşırı yararlanmadan söz edilmeksizin ahlaka aykırılık incelemesi gerçekleştirilmiştir. Bir görüş ise kanun koyucunun edimler arasındaki dengesizliği özel olarak TBK m. 28 hükmünde düzenlemesi sebebiyle ahlaka aykırılık kontrolünün edimlerin oransızlığına yönelik olamayacağını belirtmektedir. (Atamer, GİŞ Denetim, s. 138.)

²⁴¹ “Yargıtay 1974 yılında verdiği bir kararında cezai şartın tacirler arasında kararlaştırılmış olması halinde TTK m. 24 uyarınca tenkis mümkün olmamasına rağmen, meblağın, borçlunun ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıracak düzeyde olması halinde BK m. 20 uyarınca ahlaka aykırı sayılabileceğine hükmetmiştir. (YHGK 20/03/1974 1053/222, YKD 1977/1, 11, 17, Y 13. HD, 03/10/1988, 2765/4383 Atamer, GİŞ Denetim, s. 138.); Yavuz, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, B. 3, Ankara 2012, s. 59, dn. 70.

²⁴² Eren, Genel Hükümler, s. 367; Erman, s. 610-611; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 744; Ünal, s. 92 vd.

²⁴³ Eren, Genel Hükümler, s. 366; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 744.

²⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 366; Erman, s. 610; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 744.

²⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 366; İnan/Yücel, s. 231; Akyol, Genel Hükümler, s. 160-168.

²⁴⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 367; Başpınar, s. 140-141; İnan/Yücel, s. 231; Akyol, Genel Hükümler, s. 160-168.

Ahlaka aykırılık teşkil eden pek çok durum, genellikle emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Bu çerçevede ahlaki korumaya yönelik kanun hükümleri, emredici nitelikte kanun hükümleridir ve bunlara aykırılık emredici kanun hükümlerine aykırılık oluşturur²⁴⁷. Ancak ahlaki değer yargılarına uygun olmayan bir sözleşme içeriği kural olarak hukuk düzenince yasaklanmamış olsada batıl sayılır²⁴⁸. Ahlaka aykırılık, özellikle emredici kanun hükümlerinin bulunmadığı durumlarda öne çıkarak emredici hükümle düzenlenmemiş meselelerde emredici hükümleri tamamlayıcı işlev görür²⁴⁹.

Ahlaka aykırılığın tespiti için TMK m. 23/2 maddesi dikkate alınmaktadır. Özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması aynı zamanda kişilik haklarının da ihlali anlamına gelmektedir. Kamu düzenine aykırılık ahlaki kavramlarla kısmen örtüşebilirken kişilik haklarına aykırılık oluşturan durumlar ahlaka aykırılık ile her zaman örtüşmektedir. Örneğin rekabet etmeme sözleşmesinin süresinin çok uzun olması kişinin ekonomik geleceğinin kısıtlanması sebebiyle kişilik haklarına ve aynı zamanda ahlaka aykırıdır.

Sözleşmelerin ahlaka aykırılığının tespiti için içeriğine bakılmalıdır. Taraflardan birinin herhangi bir kişilik hakkından vazgeçmesi ahlaka aykırılık oluşturur. Ancak sözleşmenin içeriğinin nitelendirmesinin ahlaka aykırılığın tespiti için yeterli olmadığı durumlarda, işlemin amacı, tarafların sözleşmeyi yapma saiki de göz önünde bulundurulur²⁵⁰. Sözleşmede tarafların bir üçüncü kişiye ahlaka aykırı davranış içine girilmesi veya taraflardan birinin sözleşmenin diğer tarafına karşı, ahlaka aykırı bir davranış içinde olması kabul edilmez. Örneğin, sözleşmede ekonomik üstünlüğü bulunan taraf, bu üstünlüğünü orantısız olarak sözleşme içeriği elde etmek için kullanıyorsa ahlaka aykırılık söz konusudur²⁵¹. Sözleşmeyi düzenleyenin ahlaka

²⁴⁷ Hatemi, s. 36-37; Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 151; Eren, Genel Hükümler, s. 364; Oğuzman/Öz, C. I, s. 86.

²⁴⁸ Ahlaka aykırı olmasına rağmen kanunla açıkça caiz olduğu düzenlenen hâller bakımından ise hukuki işlemin geçerliliğini koruyacağı görüşü için bkz. Kaşak, s. 7: “YİBK 14.1.1948, E. 1943/30, K. 1948/2 kararında ise genelev olarak faaliyet göstermek üzere taşınmaz kiralınmasının ahlaka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.”

²⁴⁹ Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 151; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 740-741.

²⁵⁰ Atamer, GİŞ Denetim, s. 136; Eren, Genel Hükümler, s. 366; Hatemi, s. 163; Ünal, s. 92-93.

²⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s. 368; Atamer, GİŞ Denetim, s. 144: “Ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılmasının ahlaka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için işletmenin kınanabilir bir davranış içinde bulunması gibi ek bazı unsurların bulunması gerekir. Genel işlem şartlarının kullanılması başlıbaşına ahlaka aykırılık olarak kabul edilemez. Hakkaniyete uymayan genel işlem şartlarını ahlaka aykırı saymak mümkün değildir.”; Yargıtay HGK T. 20/03/1974, E. 1974/1053, K. 1974/222; “Tacirler arasında kararlaştırılan sözleşme cezasının fahiş tutulmuş olması ahlaka aykırıdır” (Serozan, Rona,

aykırı olgulardan haberdar olması veya bu olguları bilinçli olarak görmezden gelmesi sözleşmenin batıl sayılması için yeterlidir²⁵². Sözleşmenin hükümsüz sayılması için birine zarar verme veya ahlaka aykırı eylemde bulunma kastı aranmamaktadır²⁵³.

Ahlaka aykırılığın tespiti yapılırken sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınması gerekir²⁵⁴. Kurulma anında ahlaka aykırı olmayan bir sözleşme hükmünün daha sonra değer yargılarının değişmesiyle ahlaka aykırı kabul edilmesi mümkün değildir. Yine başlangıçta ahlaka aykırı olan bir sözleşmenin daha sonra değişen yargıları sonucu ahlaki kabul edilmesi ile geçerli kabul edilmesi mümkün değildir²⁵⁵.

E. Sözleşmenin İçeriğinin Kişilik Haklarına Aykırı Olmaması

TBK m. 27/1'de, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Kişilik hakları, kişilerin maddi ve manevi bütünlükleri ile ekonomik varlıkları üzerinde sahip oldukları ve herkese karşı ileri sürebildikleri haklardır²⁵⁶. Kişinin, kişi olması sebebiyle yaşamı, bedeni, ruh bütünlüğü, sağlığı, şerefi, haysiyeti, ismi, resmi, aile hayatı, özel hayatı, sırları, ticari sırları üzerindeki hakkı kişilik hakkı niteliğindedir²⁵⁷. Kişilik hakları para ile değerlendirilemeyen, mutlak nitelikte ve

“Darda Kalmış Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkından Feragatinin Geçersizliği”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No:19, İstanbul 1993, ss.1-4, s. 4)

²⁵² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 400-401; Oğuzman/Öz, C. I, s. 88; Sözleşmenin her iki tarafının ahlaka aykırı amacı bilmesi gerektiği, aksi hâlde sözleşmenin ahlaka aykırı olmayacağı görüşü için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 367; Sözleşmenin bir tarafının taşıdığı ahlaka aykırı saikin, sözleşmeyi ahlaka aykırı hâle getirmeyeceği, bununla birlikte sözleşme taraflarından birinin güttüğü ahlaka aykırı amacın, karşı tarafça bilinmesi hâlinde kurulan sözleşmenin de ahlaka aykırı olacağı yönünde bkz. Kaşak, s. 77.

²⁵³ Atamer, GİŞ Denetim, s. 137; Kaşak, s. 77.

²⁵⁴ Kırkbeşoğlu, s. 173; Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 202.

²⁵⁵ Hatemi, s. 115; Yargıtay 4. HD., 12/03/1971, 12928/3376: “Ferdin kişiliğini ahlaki anlayışlarla bağdaşmayacağı bir biçimde fiziki, ahlaki, iktisadi bakımdan tehlikeye veya halele uğratan sözleşmeler geçersizdir. Eskiden ölçü olarak daima değişen ahlak, gelenek ve görenek, çoğunluğun yerleşmiş inancı gibi yönleri benimsemek eğilimi vardı. Sonraları, vazgeçilen hürriyet için karşı tarafın elde ettiği yararın çok büyük, çok geniş kapsamlı olması gibi ölçüler durum ve koşullara, tarafların durumuna göre değişebilir.” (Atamer, GİŞ Denetim, s. 144.)

²⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 369; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, B. 24, İstanbul 2024, s. 9 ve 100; Ruhi, s. 35; Bulut, s. 57; Kırkbeşoğlu, s. 177; Ateş, D., Ahlaka Aykırılık, s. 163.

²⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 369; İşgüzar, Hasan, “3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1990/6, ss. 855-876, s. 858-861; Akyol, Genel Hükümler, s. 137-138.

kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar olduklarından bu hakdan feragat edilemeyeceği gibi, sadece belirli durumlarda sınırlandırılabilir²⁵⁸.

TBK m. 27 hükmünün yanında Türk Medeni Kanunu m. 23 ve m. 24²⁵⁹ hükümleri de kişilik haklarını düzenlemektedir. TMK m. 23/1 hükmü, kişilerin kendi rızaları ile sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapacakları sözleşmeler ile kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan yükümlülükler altına giremeyeceğini öngörmektedir. Mezkûr maddenin 2. fıkrasında yer alan hükmü ile de, kişilik haklarının hukuki işlemler ile sınırlandırılması önlenmektedir. TMK m. 24 hükmü ise kişilerin hukuki işlem dışı saldırılara karşı korunmasını sağlamaktadır.

TMK m. 23 aynı zamanda kişilik hakkını koruyan emredici nitelikte bir hükümdür. Kişilik hak ve özgürlüğün emredici hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması kişilik haklarına ve emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturur²⁶⁰. Kişilik haklarına aykırılık ile ahlaka aykırılık çoğunlukla aynı anda söz konusu olur. Örneğin din değiştirme, ötenazi yaptırma, çocuk sahibi olmama taahhütlerini içeren sözleşmeler böyledir. Ancak bazı sözleşmeler ahlaka aykırı olmadığı halde kişilik haklarına aykırı olabilirler. Örneğin, yardıma muhtaç kişilere yardım etmek için evlenmeme taahhüdü içeren sözleşmeler ahlaka uygun olsa da kişilik haklarına aykırıdır²⁶¹.

Kişilik hakkına aykırılığın tespitinde sözleşmenin konusu, süresi ve tarafların yükümlülüklerinin yoğunluğu belirleyicidir. Özellikle de sözleşmedeki edim-karşı edim dengesine dikkat edilmesi gerekir. Kişinin özgürlüğünü sınırlayan yükümlülüğün karşısında bunu dengeleyen bir edime yer verilmiş olabilir²⁶². Bu bakımdan kişilik hakkına aykırılığın bulunup bulunmadığının her somut olayın niteliğine göre mahkemece belirlenmesi gerekir. Örneğin kelepçeleme sözleşmesi olarak ifade edilen ve taraflar arasında orantısız şekilde bir tarafın ekonomik bağımsızlığını ortadan kaldırmaya yönelik olan sözleşmeler böyledir²⁶³. Keza,

²⁵⁸ Dural/Öğüz, s. 103-104; Kaşak, s. 86.

²⁵⁹ TMK m. 23/1-2, “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”, m. 24/1, “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”

²⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 370; Bulut, s. 11; Hatemi, s. 46.

²⁶¹ Oğuzman/Öz, C. I, s. 86; Akyol, Genel Hükümler, s. 136.

²⁶² Sirmen, Denetim, s. 124; Atamer, GİŞ Denetim, s. 220; Kaşak, s. 91.

²⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 365; Oğuzman/Öz, C. I, s.86; Antalya, Genel Hükümler, s. 460; Akyol, Genel Hükümler, s. 137-139; Kırkbeşoğlu, s. 181; Başpınar, s.140.

ölünceye kadar hizmet etme edimini içeren sözleşmelerle süresi makul olmayan rekabet etmeme sözleşmeleri de kişilik haklarına aykırı niteliktedir²⁶⁴.

TMK m. 23 hükmünde kişilik haklarına aykırılığın yaptırımını düzenlenmemiş olsa da TBK m. 27 gereğince kişilik haklarına aykırı bir hüküm kesin olarak geçersizdir. Bu çerçevede kişilik hak ve özgürlüklerini konu edinen sözleşmesel kısıtlamalar TMK m. 23/2 ve TBK m. 27/1 hükümleri ile eş düzeyde denetlenerek aykırılık halinde geçersiz kabul edilmektedir.

F. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olmaması

TBK m. 27/1’de, konusunun imkânsız olduğu sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Sözleşme yapıldığı esnada, sözleşme içeriğini oluşturan edimin objektif olarak imkânsızlığı söz konusu ise sözleşme geçersizdir²⁶⁵. Buradaki imkânsızlık, sözleşmenin içeriğini oluşturan edimin ya da bâzı edimlerin başlangıçtan itibaren somut ve sürekli bir şekilde imkânsız olmasıdır²⁶⁶. Edimin başlangıçtan itibaren imkânsız olması, sözleşmenin yapıldığı anda yerine getirilmesinin mümkün olmaması anlamına gelir. Edimin objektif olarak imkânsız olması ise sözleşmenin kurulduğu anda borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemez nitelikte olmasıdır. Aşırı ifa güçlüğü bulunan bir sözleşmenin imkânsız olduğu söylenemez²⁶⁷. İmkânsızlık fiili veya hukuki nitelikte bir imkânsızlık olabilir²⁶⁸. Örneğin, henüz imar geçmemiş bir arazi üzerine konut yapılması taahhüdünü içeren sözleşme hukuki imkânsızlık sebebiyle geçersizdir. Bir yarış atının satışına ilişkin sözleşmenin

²⁶⁴ Antalya, Genel Hükümler, s. 460; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. I, B. 19, İstanbul 2024, s. 379; Akyol, Genel Hükümler, s. 139: “Zaman bakımından uzun veya sonsuz süreli sözleşmelerin gerçek kişiler bakımından şahsiyetlerini sınırlayıcı rol ve etkisi tüzel kişiler bakımından sözkonusu değildir. Süresiz veya yüz yıl gibi uzun süreli sözleşmeler tüzel kişilerin mahiyetine uygundur”.

²⁶⁵ Topuz, Seçkin/Canpolat, Ferhat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S.3, ss. 673-718, s. 677; Eren, Genel Hükümler, s. 370; Akyol, Genel Hükümler, s. 152.

²⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 404 ve 903; Eren, Genel Hükümler, s. 370; Oğuzman/Öz, C. I, s. 90-91; Akyol, Genel Hükümler, s. 151; İnan/Yücel, s. 231-232; Tunçomağ, s. 259-260; Antalya, Genel Hükümler, s. 388-389.

²⁶⁷ Edimin ifası imkânsız olmamakla birlikte ifasının borçlunun ekonomik durumunu aşırı derecede ağırlaştırdığı hâlin objektif imkânsızlık teşkil etmediği yönünde Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 758a; Oğuzman/Öz, C. I, s. 92; aşırı ifa güçlüğünden muzdarip borçlunun, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını isteyebileceği yönünde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 374.

²⁶⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 371; Akyol, Genel Hükümler, s. 153; Başpınar, s. 113; Erman, s. 616; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 903.

akdedilmesinden kısa süre önce at ölmüşse burada da fiili imkânsızlık sebebiyle sözleşme geçersizdir.

Sözleşme konusunun sübjektif imkânsız olması ise sözleşmeyi geçersiz kılmaz (TBK m. 112)²⁶⁹. Sübjektif imkânsızlık, edimi sadece borçlunun ifa edemez durumda olmasıdır. Sübjektif imkânsızlığın sebebi, borçlunun ekonomik güçsüzlüğü veya kişisel yeteneğini kaybetmesi olabilir²⁷⁰. Bu hâllerde borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması durumuna göre TBK m. 112 veya m. 136 hükümleri uygulanır.

Örneğin, bir kişinin henüz mülkiyet hakkına sahip olmadığı bir Isparta halısını satma taahhüdünü içeren sözleşme geçerlidir. Çünkü bu hâlde sözleşmenin konusu başlangıçta sübjektif olarak imkânsız olsa da ifa anında temin edilmesi mümkündür. Önemli olan ifa zamanında edimin mevcut olmasıdır. Bu durumda vadesi gelen edimin ifası mümkün değilse sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk oluşur²⁷¹.

Borçlunun kişisel yönden yeteneğini kaybetmesi hali bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Borçlunun edimi fizik gücüne dayanan herhangi bir kişi tarafından ifa edilebilecek bir edimse ve sözleşme kurulduğu sırada gücünü kaybetmişse burada yine de objektif bir imkânsızlıktan söz dilemez²⁷². Öte yandan, borçlunun yeteneği, yalnızca borçluya özgü bir yeteneğe dair ise, örneğin borçlu bir ressam ve edimi bir portre yapımına ilişkin olup bu edimi başka birinin ifası mümkün değilse ve sözleşmenin yapıldığı anda yeteneğini kaybetmişse burada objektif imkânsızlık sebebiyle sözleşme geçersiz olur²⁷³.

Yine, sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlık hâli de “ifa imkânsızlığı” olarak nitelendirilmekte olup TBK m. 112 veya m. 136 hükümlerine tâbi olur²⁷⁴. Gerek sözleşmenin konusunun sözleşmenin başında sübjektif imkânsız olması, gerekse sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşme konusunun objektif veya sübjektif imkânsızlık hâlleri artık borç ilişkisinin geçerliliğine değil sözleşmenin devamına etki etmektedir²⁷⁵. Türk Borçlar Kanunu m. 112’ye göre, borçlunun kusuru

²⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 371; Akyol, Genel Hükümler, s. 153; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 404; Sirmen, Sözleşme, s. 452.

²⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 373; Akyol, Genel Hükümler, s. 153.

²⁷¹ Özçelik, Barış, Ş., “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık Ve Sonuçları”, AÜHFD, 63 (3) 2014, ss. 569-621, s. 570; Akyol, Genel Hükümler, s. 153.

²⁷² Eren, Genel Hükümler, s. 374; Kaşak, s. 93.

²⁷³ Başpınar, s. 120; Eren, Genel Hükümler, s. 374; Kaşak, s. 91.

²⁷⁴ Akyol, Genel Hükümler, s. 152; Eren, Genel Hükümler, s. 374.

²⁷⁵ Başoğlu, Başak, “Sözleşmenin Konusunda İmkânsızlık”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2012, ss. 489-517, s. 491-493; Akyol, Genel Hükümler, s. 153.

sonucu oluşan ifa imkânsızlığı borca aykırılık oluşturur ve borçlu alacaklının zararını tazmin borcu altına girer. Edimin imkânsız hâle gelmesinde borçlu kusursuzsa borçtan kurtulur (TBK m. 136)²⁷⁶.

III. İsimsiz Sözleşmeler

A. Tanımı

Türk Borçlar Kanunu’nun “Özel Borç İlişkileri” kısmında sosyal ve ekonomik hayatta genellikle görülen sözleşmeler düzenlenmiş ve sözleşmelerin sınırlı sayı ilkesine tâbi olmadığı “sözleşme özgürlüğü” ilkesine yer verilerek öngörülmüştür. Borcun kaynaklarından biri olan sözleşmeler temelde iki grupta toplanır. İlk grubu isimli sözleşmeler oluşturur. Bunlar, asgari içeriği kanunda açık olarak düzenlenmiş olan sözleşmelerdir. Diğer grup da isimsiz sözleşmelerden oluşur. İsimsiz sözleşmeler asgari içeriği ve unsurlarıyla kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir²⁷⁷. Sözleşme özgürlüğü ilkesi isimsiz sözleşmelerin dayanağını oluřturur²⁷⁸. Kural olarak kanunlar, hayatın bütün görünümlerini düzenleme olanağından yoksundurlar. Toplumun dinamik yapısı, modernleşmesi, değer yargılarının çeşitliliği her hukuki ilişkinin kanunlarla düzenlenmesini imkânsız kılar²⁷⁹. TBK m. 26’da yer alan tip özgürlüğü ilkesinin doğal bir sonucu olarak isimsiz sözleşmeler kurulabilir²⁸⁰.

Bir sözleşmenin isimli sözleşme sayılabilmesi için mutlaka Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olması gerekmez. Bir sözleşme esaslı unsurlarıyla birlikte başka bir kanunda düzenlenmiş olsa da isimli sözleşme sayılır. Örneğin 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman şirketleri

²⁷⁶ Başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığın TBK m. 112 hükmü uyarınca tazminat yükümlülüğü doğuracağı yönünde bkz. Kaşak, s. 93, dn. 496.

²⁷⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 945; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 3; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 33; Akyol, Banka, s. 9; Gümüş, Genel Hükümler, s. 4.

²⁷⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 3; Eren, Sorunlar, s. 85-86; Gümüş, Genel Hükümler, s. 4-5; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 272-273; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Boçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Sözleşmeler Hukuku), B. 6, Ankara 2023, s. 24; Zevkililer, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 21, Ankara 2021, s. 11; Gümüş, Genel Hükümler, s. 3-4.

²⁷⁹ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 2; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 9; Gümüş, Genel Hükümler, s. 3.

²⁸⁰ Eren, Sorunlar, s. 86; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 35; Gümüş, Genel Hükümler, s. 4.

Kanunu”nda düzenlenmiş olan “Finansal Kiralama” sözleşmesi isimli sözleşmedir. Ancak sözleşmenin herhangi bir kanunda yalnızca isim olarak belirtilmiş olması isimli sözleşme sayılması için yeterli değildir. Sözleşmenin esaslı unsurlarının da kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Örneğin, irtifak sözleşmesi (TBK m. 781), şerh sözleşmesi (TMK m. 1009), mirası paylaşma sözleşmesi (TMK m. 676) gibi sözleşmeler kanunda ismen belirtilmiş olsa da esaslı unsurları düzenlenmemiş olduğundan isimsiz sözleşme olarak nitelendirilir. Buna göre, bir kanunda ismi olduğu halde, tanımı, unsurları, tarafların borçları, sona erme sebepleri az ya da çok düzenlenmemiş sözleşmeler de isimsiz sözleşmelerdir²⁸¹.

İsimsiz sözleşmelerde isimli sözleşmeler gibi geçerlidir. Borçlar hukukuna hâkim olan irade özerkliği ilkesi ve onun uzantısı olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, TBK m. 27’deki sınırlara aykırı olmamak şartıyla diledikleri tip ve içerikte sözleşmeler yapabilirler²⁸².

B. İsimsiz Sözleşmelerin Türleri

İsimsiz sözleşmeler farklı ayrımlara tabi tutulabilir. İlk yapılan ayırım, esasında sözleşmenin isimli ya da isimsiz olmasına bakılmaksızın yapılan “tipik”, “atipik” ayırımıdır. Bir sözleşmenin TMK m. 1 gereğince iş hayatında çok sık kullanılması ve uygulamada mûtab hâle gelmek suretiyle önce teamüle, ardından örf ve adet hukukuna dayalı olarak tipleşmiş olması, o sözleşmenin tipik sözleşme olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurur. Örneğin, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, “faktoring sözleşmesi”, “franchise sözleşmesi” tipik sözleşmeler arasında yer alır²⁸³. Atipik

²⁸¹ Eren, Özel Hükümler, s. 946; Eren, Sorunlar, s. 86; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 4; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 264; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 11, İstanbul 2022, s. 23; Gümüş, Genel Hükümler, s. 4-5; Aral/Ayrancı, s. 53; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 24; Zevkliler/Gökyayla, s. 11; Arat, Ayşe, “İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2006, ss. 239-249, s. 241; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 34,

²⁸² Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 6; Eren, Özel Hükümler, s. 949; “Sözleşme özgürlüğünün sınırsız olarak kullanılması mümkün değildir. TBK m. 27/1, m. 12 hükümleri gerek sözleşmenin içeriği bakımından gerekse şekli bakımından sınırlar ortaya koymaktadır. Aynı zamanda, kanunun bir hükmü dolanılarak (kanuna karşı hile) yapılan isimsiz sözleşmeler, sözleşmenin zayıf tarafının bulunduğu (kira, hizmet, tüketici) bir kısım emredici hukuk kuralları ile sözleşme adaleti, güven ilkesi, dürüstlük kuralı genel sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturur.”; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 33; Kırkbeşoğlu, s. 22.

²⁸³ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 7 ve 13; Eren, Özel Hükümler, s. 946; “isimli sözleşmelerin unsurlarıyla isimsiz sözleşmelerin unsurlarından meydana getirilen sözleşmeleri, uygulamada yoğun bir

sözleşmeler ise geniş anlamda, henüz mûtab hale gelmemiş, “tipleşmemiş” sözleşmeleri, dar anlamda ise tipik bir sözleşme olarak görülmesine rağmen, kendine özgü bireysel özellikleri de içinde barındıran sözleşmeleri ifade eder²⁸⁴.

Belirtmek gerekir ki isimli ve isimli sözleşmeler doktrinde sırasıyla tipik, atipik olarak da adlandırılmaktadır²⁸⁵. Ancak isimli sözleşme yerine tipik, isimli sözleşme yerine atipik ibaresinin kullanılması öğretide eleştirilmiştir.

Bir sözleşme, kanunda esaslı unsurlarının belirlenmesiyle veya toplumsal bir gereksinime cevap vermesi için gelişen uygulama sonucunda bir teamüle bağlı olarak, yargının ve bilimin süzgecinden geçmesiyle tipikleşmiş bir sözleşme olabilir. Sonuç olarak isimli sözleşmelere bu unsurlar göz önünde bulundurulmadan atipik denilmesi yerinde görülmemektedir²⁸⁶. Örneğin, isimli sözleşmeler arasında sayılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri günlük hayatta sıklıkla akdedilen, öğretide ve yargı kararlarında yaygın olarak yer alan tipik bir sözleşmedir²⁸⁷.

Bir başka ayrıma göre isimli sözleşmeler bileşik, karma ve kendine özgü sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılır.

1. Bileşik Sözleşmeler

Bileşik sözleşmeler, hukuki niteliği ve özellikleri birbirinden farklı birden fazla sözleşmesinin kendi özellik ve niteliğini kaybetmeksizin tarafların iradesiyle bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Bileşik sözleşmeler ortak bir amaç doğrultusunda birbirine bağlı olduğu halde hukuki niteliğini ve özelliğini muhafaza eden sözleşmelerden oluşur. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimleri

biçimde kullanılıp kullanılmamalarına göre, kitlesel tipikleşmiş isimli sözleşme ya da atipik - bireysel isimli sözleşme olarak adlandırmaktadır.”

²⁸⁴ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 13; Eren, Sorunlar, s. 87.

²⁸⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12; Aral/Ayrancı, s. 53; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 24; Arat, s. 241; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 291; Zevkliler/Gökyayla, s. 11; Antalya, Genel Hükümler, s. 55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 56; Akkanat, Halil, “Gerçek Faktoring Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, ss. 889-911, s. 890.

²⁸⁶ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 7 ve 13; Eren, Özel Hükümler, s. 946.

²⁸⁷ Eren, Sorunlar, s. 87; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 7; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 34.

arasındaki synallagmatik ilişkinin oluşturduğu bağıllık bileşik sözleşmeleri oluşturan sözleşmeler arasında da mevcuttur²⁸⁸.

Bu sözleşmeler, sürekli gelişen ekonomik işlemlerin sonucudur. Bu sebeple, bileşik sözleşmeler arasında yalnız fonksiyonel ve hukuki bağıllık değil aynı zamanda ekonomik bir bağıllık da söz konusudur. Bileşik sözleşmelerin kurulma iradesi açık veya örtülü olarak taraflarca ortaya konulmuş ve fiiliyata geçirilmiş olmalıdır. Bunun aksine, aynı belgede veya aynı zamanda iki sözleşme düzenlense de, taraflar bileşik sözleşme yapma yolunda bir irade sergilemiyorsa, bu sözleşme “biçimsel bileşik sözleşme” niteliğinde kalır²⁸⁹.

Bileşik sözleşmeleri oluşturan sözleşmelerin bağıllığı bu sözleşmelerin varlık sebebini, diğer bir deyişle akdî temelini veya şartını oluşturur. Bu sebeple bu sözleşmelerden birinin geçerli olmaması veya sona ermesi diğerinin de geçersiz sayılmasına veya sona ermesine sebep olur²⁹⁰. Ancak taraflar sözleşmenin bir kısmının geçersiz olduğu hallerde diğer kısmın hüküm ve sonuçlarını doğuracağına veya sözleşmenin sona ereceğine karar verebilir²⁹¹. Bileşik sözleşmelere o sözleşmenin içeriğini oluşturan her bir sözleşmeye ilişkin kurallar uygulanır. Bu sözleşmelere örnek olarak, mimar ile işveren arasında yapının projesini çizme ve denetleme yükümlülüğü yükleyen sözleşme, eser ve hizmet sözleşmelerinin birleşmesiyle oluşmaktadır²⁹². A’nın evini B isimli şahsa bağışlaması karşılığında, B’nin de A’nın

²⁸⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 75; Eren, Özel Hükümler, s. 964; Eren, Sorunlar, s. 100; Yavuz/Acar/Özen, s. 23; Aral/Ayrancı, s. 60; Zevkliler/Gökyayla, s. 41; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 41; Arat, s. 244; Akyol, Banka, s. 11; Gümüş, Genel Hükümler, s. 5.

²⁸⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 76; Aral/Ayrancı, s. 62; Eren, Özel Hükümler, s. 965; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, B. 4, İstanbul 2019, s. 56; Gümüş, Genel Hükümler, s. 6; “İsimsiz sözleşmeler arasında bileşik sözleşmeleri de saymaktadır. Bunun nedeni, bileşik sözleşmeleri oluşturan sözleşmelerin münferit görünümünün yanında birbirleriyle içsel bağıllık içinde olmaları gösterilmektedir.”; Akyol, Banka, s. 11.

²⁹⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 76; Eren, Özel Hükümler, s. 965; Eren, Sorunlar, s. 101; Aral/Ayrancı, s. 56; Serozan, Özel Bölüm, s. 62; Bileşik sözleşmelerin birbirine bozucu şart ilişkisiyle bağlanmış olması sebebiyle, sözleşmelerden birinin geçersizliği halinde diğer kısmın da sona ereceği görüşü için bkz. Antalya, Genel Hükümler, s. 278. Sözleşmelerden birinin geçersizliği halinde diğer sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin TBK m. 27/2 hükmü uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 40; Akyol, Banka, s. 11; Gümüş, Genel Hükümler, s. 6.

²⁹¹ Eren, Sorunlar, s. 102; Yavuz/Acar/Özen, s. 23; Aral/Ayrancı, s. 60-61; Gümüş, Genel Hükümler, s. 6: “TBK m. 27/2 hükmüne göre kısmi butlan uygulanarak, tarafların farazi iradesine dayalı olarak bileşik sözleşme ilişkisindeki geçerli kalan veya sona ermeyen sözleşme, hiçbir şekilde tek başına ayakta tutulamaz.”.

²⁹² Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 275; Antalya, Genel Hükümler, s. 277.

evin bir dairesinde ölünceye kadar kalmasını taahhüt etmesi sözleşmesinde bağışlama sözleşmesi ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi bulunur²⁹³.

Bazı yazarlar, isimsiz sözleşmelerin aksine bileşik sözleşmelerin iki veya daha fazla sözleşmenin bağımsızlıklarını kaybetmeksizin bir araya gelmesiyle oluştuğu, bu sebeple isimsiz sözleşme olarak kabul edilemeyecekleri görüşündedir²⁹⁴.

Bize göre, bileşik sözleşmelerin isimsiz sözleşmelerin alt türü olarak yer alması isabetlidir. Bileşik sözleşmeleri oluşturan sözleşmeler bir bütün olarak sözleşmede yer alsa da, tarafların iradesi bu sözleşmeleri birleştirme yönündedir. Bağlama iradesi sözleşmenin temelini oluşturur. Birleşen bu sözleşmeler birbirlerinin varlık sebebidir ve ayrı ayrı hüküm doğurmazlar. Bu özelliği birleşik sözleşmelerin bir bütün halinde isimsiz sözleşme niteliği taşıdığını gösterir²⁹⁵.

2. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler (Sui generis Sözleşmeler)

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler (sui generis sözleşmeler) içerdiği unsur ve unsurlar bakımından kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinde yer almayan ve tamamen yeni bir oluşumu yansıtan sözleşmeler olarak tanımlanır²⁹⁶. Bu sözleşmeleri karma sözleşmelerden ayıran, doğrudan içerdiği özgün unsur ve unsurlardır. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, kanunî sözleşme tiplerinde yer almayan, öngördükleri edimleri ve unsurları bir araya getirerek, özel bir bütünlük ve bir sentez oluşturacak şekilde birleştirmektedirler. Kendine özgü sözleşmeler, isimsiz sözleşmelere ait asli unsurlardan veya bir sözleşmeye ait tipik unsurların tamamen

²⁹³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 76; Eren, Özel Hükümler, s. 965. TBK m. 340'da yer alan; "Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir" hükmünde ise bileşik sözleşmenin yasaklandığı görülür.

²⁹⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12: Yazar isimsiz sözleşmeleri kendine özgü yapısı olan ve karma akitler olarak ikiye ayırmış, ancak karma akitleri anlatırken "karma ve bileşik sözleşmeler" başlığını açmıştır. Bkz. s. 69; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 40-41: "Somut olayın şartları altında bazen 'isimsiz figür' olarak ifade edilebilirler"; Amstutz-Morin-Schluep-BSK OR Einl. Vor Art. 184 ff., N. 12 (Aktaran, Eren, Özel Hükümler, s. 964). Ayrıca bileşik sözleşmelerin isimsiz sözleşmeler başlığı altında bulunmaması gerektiği hakkında görüşler için bkz. Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 13, dn. 54.

²⁹⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 75-77; Eren, Özel Hükümler, s. 964; Aral/Ayrancı, s. 56; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 272; Gümüş, Genel Hükümler, s. 6; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 41.

²⁹⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 961; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 14; Gümüş, Genel Hükümler, s. 9; Antalya, Genel Hükümler, s. 279.

değiştirilmesiyle oluşturulabilir²⁹⁷. Sui generis sözleşmelere örnek olarak tek satıcılık sözleşmesi, know-how sözleşmesi, garanti sözleşmesi, sulh sözleşmesi, kredi kartı sözleşmesi, sponsorluk sözleşmesi, futbolcu sözleşmesi, gezi sözleşmesi, sınai haklara ilişkin lisans sözleşmesi, teşhis ve tedavi sözleşmesi, forfaiting sözleşmesi, franchise sözleşmesi, yönetim sözleşmesi gösterilebilir²⁹⁸.

Kendine özgü sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin olarak, doktrinde hâkim olan görüş yaratma görüşüdür. Hakim sözleşmeye uygulanacak hükümleri TMK m. 1 hükmüne uygun olarak belirler. Uygulanacak kural belirlenirken, dürüstlük kuralı, genel hükümler, benzer edim tiplerine uygulanan hükümler, doktrin ve içtihat göz önünde bulundurulur²⁹⁹.

Yargıtay'ın bazı kararlarında, somut isimsiz sözleşme ilişkisine benzer edim tiplerine uygulanan hükümleri doğrudan doğruya uyguladığı görülmektedir. Halbuki isimsiz sözleşmelere kanunda yer alan genel hükümler doğrudan doğruya, özel hükümler ise kıyasen uygulanabilir. Zira isimli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin isimsiz sözleşmelerde de uygulanabilmesi, kanunda yer alan tanımın isimsiz sözleşme ile birebir uyuşması halinde mümkün olabilir. Oysa isimsiz sözleşmeler kanunda sayılan sözleşmelerle örtüşmez³⁰⁰.

3. Karma Sözleşmeler

Kanunda yer alan isimli sözleşmelerin unsurlarının değiştirilmesi ile öngörmeyen bir biçimde birleştirilerek oluşturulan sözleşmelere karma sözleşmeler

²⁹⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 961; Eren, Sorunlar, s. 99; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 14; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 275; Arat, s. 243.

²⁹⁸ Gümüş, Genel Hükümler, s. 9; Antalya, Genel Hükümler, s. 280; Eren, Özel Hükümler, s. 962.

²⁹⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 13; Eren, Özel Hükümler, s. 962-963; Eren, Sorunlar, s. 100; Antalya, Genel Hükümler, s. 281; Gümüş, Genel Hükümler, s. 11.

³⁰⁰ Ozanoğlu, Hasan, Seçkin, "Yargıtay Uygulamasında TKHK'nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler", Ankara Barosu Dergisi, 2000-3, ss. 53-69, s. 69: "Yargıtay 13. HD. 4.5.1998, 1998/2555 ve 1998/3864 sayılı kararı"; Eren, Özel Hükümler, s. 963.

adı verilir³⁰¹. Karma sözleşme içinde yer alan sözleşmeler bağımsız kendine özgü özelliğini kaybeder³⁰².

Bir görüş, karma sözleşmeleri daha geniş anlamda, hem isimli sözleşmelerin hem de isimsiz sözleşmelerin asli unsurlarının bir araya getirilerek karma sözleşme oluşturulabileceği görüşünü benimsemektedirler³⁰³. Bu görüş, sözleşmenin nitelendirmesinde karışıklığa meydan vereceği³⁰⁴, faktoring sözleşmesinin nitelendirmesi bakımından ise kendine özgü sözleşme mi, karma sözleşme mi olacağı hususunda tartışma yaratacağından benimsenmemektedir³⁰⁵.

Karma sözleşme içinde yer alan sözleşmeler bağımsız özelliğini kaybeder³⁰⁶. Karma sözleşmeler “çift edimli karma sözleşmeler”, “bileşik (kombine) edimli karma sözleşmeler” ve “eklemlı karma sözleşmeler” olarak üç gruba ayrılır³⁰⁷. Karma sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları hususunda doktrinde kıyas yoluyla uygulama görüşü³⁰⁸, soğurma görüşü³⁰⁹, dışlama görüşü³¹⁰, birleştirme görüşü³¹¹, kanundaki bireysel hükümlerin uygulanması görüşü³¹² ve hakimın hukuk yaratma görüşüne³¹³ yer verilir. Ancak bu görüşlerin hiçbirisi sistematik olarak kabul görmüş

³⁰¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12 ve 69; Eren, Özel Hükümler, s. 951-952; Eren, Sorunlar, s. 91-92; Zevkliler/Gökyayla, s. 16; Gümüş, Genel Hükümler, s. 7; Feyzioğlu, s. 50- 51; Oğuzman/Öz, C. I, s. 48; Tunçomağ, s. 11; Antalya, Genel Hükümler, s. 278; Kocaman, Arif, B., Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara 1992, s. 2; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 273-277; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 42; Akyol, Banka, s. 12; Gümüş, Genel Hükümler, s. 6.

³⁰² Eren, Özel Hükümler, s. 951; Serozan, Özel Bölüm, s. 90; Zevkliler/Gökyayla, s. 18; Akyol, Özel Borç İlişkileri, s. 8; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 274; Akyol, Banka, s. 12.

³⁰³ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 157; Aral/Ayrancı, s. 53; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 274; Gümüş, Genel Hükümler, s. 6-7; Arat, s. 243.

³⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 952; Eren, Sorunlar, s. 92; Arat, s. 243; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 42.

³⁰⁵ Sarıgan, Berkay, Faktoring Sözleşmeleri, B. 1, Ankara 2021, s. 54.

³⁰⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 951; Serozan, Özel Bölüm, s. 90; Zevkliler/Gökyayla, s. 18; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 274.

³⁰⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 69; Eren, Özel Hükümler, s. 952; Serozan, Özel Bölüm, s. 66.

³⁰⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 75; Eren, Özel Hükümler, s. 960; Eren, Sorunlar, s. 97; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 122-126; Zevkliler/Gökyayla, s. 16; Gümüş, Genel Hükümler, s. 7; Feyzioğlu, s. 50- 51; Oğuzman/Öz, C. I, s. 48; Tunçomağ, s. 11; Antalya, Genel Hükümler, s. 278; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 42; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 2; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 273; Arat, s. 243; Akyol, Banka, s. 14.

³⁰⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 74; Eren, Özel Hükümler, s. 958; Eren, Sorunlar, s. 96; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 127; Gümüş, Genel Hükümler, s. 12; Yavuz/Acar/Özen, s. 27; Zevkliler/Gökyayla, s. 19; Aral/Ayrancı, s. 57; Oktay, s. 276; Akyol, Banka, s. 14.

³¹⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 73; Eren, Özel Hükümler, s. 957; Eren, Sorunlar, s. 95; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 121; Yavuz/Acar/Özen, s. 27; Akkanat, H., s. 891.

³¹¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 74; Eren, Özel Hükümler, s. 958; Akyol, Banka, s. 14.

³¹² Eren, Özel Hükümler, s. 959; Eren, Sorunlar, s. 97.

³¹³ Eren, Özel Hükümler, s. 960; Eren, Sorunlar, s. 98; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 126; Yavuz/Acar/Özen, s. 28; Aral/Ayrancı, s. 58; Antalya, Genel Hükümler, s. 279; Akyol, Banka, s. 14.

değildir³¹⁴. Somut olayın özelliği, tarafların farazi iradeleri, menfaatleri dikkate alınarak karma sözleşmeyi oluşturan isimli sözleşme hükümlerinin uygulanması veya TMK m. 4 hükmü göz önünde bulundurularak TMK m. 1 gereğince hakimın hukuk yaratması yolunun seçilmesi gerekir³¹⁵.

a. Bileşik (kombine) tipli karma sözleşmeler

Taraflardan en az birinin, farklı tipte sözleşmelerin asli edim yükümlülüğünü borçlandığı sözleşmelerdir³¹⁶. Bu sözleşmelerde, sözleşmenin bir tarafı kanunda düzenlenen birden fazla sözleşme tipine ait asli edimleri borçlanırken, diğer tarafın borcunun tek bir edimle sınırlı olduğu sözleşmelerdir³¹⁷. Genellikle, borçlanılan bu tek edim para ödenmesi³¹⁸ olsa da, bedel ödeme borcu yerine başka bir asli edim üstlenilmesi de söz konusu olabilir. Karşı tarafın edimini ise birden fazla sözleşmenin edimlerinin üstlenilmesi oluşturur. Kombine tip sözleşmelerde taraflardan birinin üstlendiği birden fazla edimden her biri, ayrı ayrı tipteki sözleşmelerin karakteristik unsurudur. Üstlenilen birden fazla edimin bir sözleşmenin tali unsurları niteliğinde değildir³¹⁹. Taraflardan birinin tek edimine karşılık karşı tarafın birden fazla edimi olsa da üstlenilen edimler arasında denk nitelikte olup, önem itibarıyla birinin diğerine üstünlüğü bulunmaz. Aksine edimler arasında eşitlik söz konusudur³²⁰.

Bu karma sözleşmenin tipik örneğini pansiyon, yatılı okul, hastaneye kabul veya otelcilik sözleşmesi oluşturur³²¹. Pansiyon sözleşmesinde, bir taraf, kira sözleşmesinin bir unsuru olan mobilyalı bir odayı tahsis etme, satış sözleşmesinin bir unsuru olan yemek veya kahvaltı verme ve hizmet sözleşmesinin bir unsuru olan oda temizleme edimlerini yüklediği halde karşı taraf bir miktar para ödemeyi

³¹⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 961; Eren, Sorunlar, s. 98; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 143.

³¹⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 961; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 146.

³¹⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 71; Eren, Özel Hükümler, s. 955; Yavuz/Acar/Özen, s. 27; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 274; Gümüş, Genel Hükümler, s. 8-9; Arat, s. 244; Akyol, Banka, s. 13; Gümüş, Genel Hükümler, s. 7.

³¹⁷ Arat, s. 244; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 50; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 274; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 39.

³¹⁸ Aral/Ayrancı, s. 58; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 50.

³¹⁹ Erdenk, Erdem, İş Hukukunda İsimli (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul 2008, s. 45; Eren, Özel Hükümler, s. 956.

³²⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 956.

³²¹ Antalya, Genel Hükümler, s. 278; Serozan, Özel Bölüm, s. 91; Gümüş, Genel Hükümler, s. 7.

üstlenmektedir³²². Pansiyon sözleşmesinde bedel ödeme yerine pansiyon sahibinin çocuğuna ders verme taahhüdünde bulunulması da bileşik edimli karma sözleşmeye örnektir³²³. Yine hastaneye kabul sözleşmesinde bir taraf, kira sözleşmesi (oda yatak tahsisi), vekalet sözleşmesi (tedavi etme), satış sözleşmesi (yemek ve ilaç) edimini üstlenirken, karşı taraf bir bedel ödeme borcunu üstlenmektedir³²⁴.

b. Eklemlı karma sözleşmeler

Kanunda düzenlenen çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin unsurların birbirine eklenmesi ile oluşturulan sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerde taraflar kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ait asli edimin yanında başka bir sözleşme tipine ait asli edim yan edim olarak sözleşmeye dahil edilmektedir³²⁵. Taraflardan en az biri birden fazla isimli sözleşmenin asli edim yükümlülüğünü üstlenir. Eklemlı karma sözleşmenin tipik örneğini karma bağışlama sözleşmeleri oluşturur. Bu sözleşmede, bedelin bir kısmının taahhüt edildiği, kalan kısmının ise bağışlandığı satış sözleşmesi söz konusudur. Satış ve bağışlama sözleşmelerinin asli unsurları birbirine eklemlenmiştir³²⁶. Örneğin 100.000 TL'lik bir yapının 50.000 TL'ye satılmasında yapının değerinin kalan 50.000 TL'lik kısmı için bağışlama kastı bulunuyorsa eklemlı karma sözleşme vardır³²⁷.

Yine, montaj kaydıyla satış sözleşmesinde satıcı montaj yan edimini borçlanmıştır. Mesafeli satış sözleşmesinde ise satıcı gönderme yan edimi yanında satılanın teslimi borcunu yüklenir. Bakım kaydıyla kira sözleşmesinde de kiralayan kiralanan taşınmazın temizlenmesi yan edimi ve bedel ödeme asli ediminin ifasını yüklenmiştir³²⁸.

³²² Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 40; Eren, Özel Hükümler, s. 955; Aral/Ayrancı, s. 58.

³²³ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 288; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 47.

³²⁴ Aral/Ayrancı, s. 58.

³²⁵ Gümüş, Mustafa, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2023, s. 15; Arat, s. 244; Aral/Ayrancı, s. 59; Erdenk, s. 46.

³²⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 72; Eren, Özel Hükümler, s. 956-957; Eren, Sorunlar, s. 95; Aral/Ayrancı, s. 55; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 274; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 40; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 50; Akyol, Banka, s. 12; Gümüş, Özel Hükümler, s. 8.

³²⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 13; Eren, Özel Hükümler, s. 957; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 14; Yavuz/Acar/Özen, s. 29; Aral/Ayrancı, s. 56-57; Arat, s. 243.

³²⁸ Aral/Ayrancı, s. 59; Arat, s. 244.

c. Çift edimli karma sözleşmeler

Kanunda yer alan iki isimli sözleşmenin aslî edim unsurlarının kanunun öngörmediği bir biçimde birleştirilmesiyle oluşturulan sözleşmelerdir³²⁹. Çift edimli sözleşmelerde, taraflarca birleşen sözleşmelerin asli unsuru olan edimler değiştirilmektedir³³⁰. Sözleşmenin tarafları farklı kanuni tipte sözleşmelere ait asli edimleri birbirlerine karşı borçlanmaktadırlar³³¹. Böylece farklı sözleşme tiplerinden alınan edimlerden oluşan yeni bir sözleşme meydana getirilmiş olup çift edimli karma sözleşmelerde iki farklı sözleşme olduğundan söz edilemez³³².

Tarafların edimleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedirler. Sözleşmede edim – karşı edim farklı sözleşme tiplerinin asli edimlerinin karşılıklı borçlanılması ile sağlanmaktadır³³³. “Kapıcılık sözleşmesi”, “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, “ev kirasız, para faizsiz sözleşmesi”³³⁴ çift edimli sözleşmelere örnektir³³⁵. Kapıcılık sözleşmesinde, kapıcının iş görme ediminin karşılığını, kira sözleşmesinin asli edimi olan bir bağımsız bölümün kullanımının devredilmesi edimi oluşturur³³⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise yüklenici eser sözleşmesinin asli edimi olan eser meydana getirme borcunu üstlenirken, arsa sahibi taşınmaz satış sözleşmesinin unsuru asli olan mülkiyeti devretme borcunu üstlenir. Bu sözleşmelerde farklı sözleşme tiplerinin asli edimleri birbirinin karşılığını oluşturur³³⁷. Çift edimli

³²⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 952-953; Eren, Sorunlar, s. 9; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 274; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 69; Arat, s. 243; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 44; Akyol, Banka, s. 12; Gümüş, Özel Hükümler, s. 8.

³³⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 953; Zevkliler/Gökyayla, s. 18; Gümüş, Genel Hükümler, s. 8; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 39; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 49.

³³¹ Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 274; Erdenk, s. 44; Arat, s. 243.

³³² Erdenk, s. 44.

³³³ Eren, Özel Hükümler, s. 953; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 49-50.

³³⁴ Para Faizsiz Ev Kirasız Sözleşmesinin peçeleme sözleşmesi olarak yapılması durumunda sözleşmenin sonuçlarına ilişkin bkz. Çağan, Nami, “Vergi Hukuku Yönünden ‘Para Faizsiz-Ev Kirasız’ Sözleşmesi”, BATİDER, C. IX, 1977, ss. 193-201; Şenyüz, Doğan, “Peçeleme İle Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar”, Yaklaşım, Y. 16, S. 185, Mayıs 2008, ss. 24-27, s. 25.

³³⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 953; Antalya, Genel Hükümler, s. 278; Akyol, Banka, s. 12.

³³⁶ Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 49; Eren, Özel Hükümler, s. 953; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 39.

³³⁷ Yargıtay 6. HD., T. 29/06/2022, E. 2022/953, K. 2022/3739; Yargıtay 6. HD., T. 22/02/2022, E. 2021/3343, K. 2022/943; “İçerdiği edimlere baktığımızda, bir edimin taahhüt edilmesi yönüyle eser sözleşmesinin, tapu devrini içermesi yönüyle de taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını taşıdığını söylemek mümkündür. Taşındığı unsurlara da bakarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini; yüklenicinin, arsa üzerine bina inşa etmek ve inşa ettiği binanın belirli bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etmek karşılığında, arsa sahibinin de, arsanın belirli paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği, karşılıklı edimleri içeren, karma nitelikli bir akit olarak tanımlamak mümkündür.” (UYAP) E.T. 21/12/2022.

sözleşmeler birden fazla sözleşmenin asli ediminin borçlanması ile de ortaya çıkabilir. Örneğin, konut kiralanması karşılığında iş yeri kiralanması, tedavi hizmeti verilmesi karşılığında çeviri hizmeti verilmesi, müzik dersi verilmesi karşılığında, spor dersi verilmesi taahhüdünde bulunulan sözleşmelerde borçların birbirinin karşılığını oluşturduğu görülür³³⁸. Taraflardan birinin edimi birden çoksa çift edimli karma sözleşme değil kombine sözleşme söz konusu olur.



³³⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 69; Eren Özel Hükümler, s. 954; Yavuz/Acar/Özen, s. 27; Aral/Ayrancı, s. 58; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 274; Gümüş, Genel Hükümler, s. 10; Aydoğdu/Kahveci, Sözleşmeler, s. 39.

İKİNCİ BÖLÜM

FAKTORİNG KAVRAMI, TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE İŞLEVİ, DİĞER FİNANSMAN İŞLEMLERİ İLE KARŞILAŞTIRMASI, FAYDALARI, FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI, TÜRLERİ VE HÜKÜMLERİ

I. Faktoring Kavramı, Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve İşlevleri

A. Kavram

Latince “fecare” teriminden türeyen ve “yapmak” anlamına gelen “faktor” kelimesi faktoringin kökenini oluşturur. “Faktor” kelime anlamı olarak “başkası adına hareket eden kişi” manasında kullanılır³³⁹. Ortaçağda ve ilk çağda uzak mesafedeki şirketleri temsil eden kişiye “faktor” adı verilmiştir. Ancak o zamanlarda “faktorun”, “acenta” veya “komisyoncu” gibi hareket eden kişiler olduğu anlaşılır³⁴⁰. Bu kişiler acenta veya komisyoncu gibi hareket etmektedirler. Acenta veya komisyoncudan farklı olarak alım satım işlemlerine aracılık yapılan malların mülkiyetini üzerlerine geçirmektedirler³⁴¹. “Faktor” kelimesinin günümüzde kullanıldığı anlamda ilk kayıtlarına Avrupa’da 15. – 19. yüzyıl arasında rastlanır.

“Faktoring” sözcüğü ise “faktor” kelimesinden türemiş İngilizce bir sözcüktür. Bütün batı dillerinde olduğu gibi Türkçe’de de yapısını koruyarak kullanılmaya

³³⁹ Villepin, Patrick De., Factors And Actors- A Global Perspective On The Present, Past And Future Of Factoring, P.I.E. Peter Lang, Brussels 2018, s. 17; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 13; Özdemir, Zekai, “Dış Ticaret Finansman Tekniklerinden Faktoring ve Forfaiting İşlemleri”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (10) 2005/2, ss. 194-224, s. 198; Toroslu, Vefa, M., Hukuksal ve Finansal Açıdan Factoring, B. 4, İstanbul 2014, s. 2; Tiryaki, Betül, “Faktoring İşlemi Ve Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2006, ss. 189-214, s. 189; Özakman, Cumhur, “Faktoring İşlemlerinin Hukuki Niteliği ve Fonksiyonları”, Finans Hukuku Panelleri-2 Faktoring Hukuku ve Sorunları, İstanbul 2008, ss. 31-42, s. 32; Kocaman, “Factoring’in Hukuki Niteliği”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 17, S. 2, Aralık 1993, ss. 79-93, s. 80.

³⁴⁰ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 16; Kocaman, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 80; Kazmacı, Uzun, s. 3.

³⁴¹ Oxford English Dictionary (Elektronik), “One who buys and sells for another person; a mercantile agent; a commission merchant. Also in combination as corn-factor, cotton-factor, produce-factor, wool, etc. factor. At the present time, a factor is distinguished from an ordinary agent or broker, in having actual possession of the goods he deals in, and trading in his own name”.

başlanmıştır³⁴². Mülga 90 Sayılı "Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"³⁴³ yayınlanmadan önce, orijinal hâli ile "factoring" şeklinde kullanılmış, mezkûr KHK'da Türkçeye uyumlu olacak şekliyle "faktoring" olarak yer almıştır³⁴⁴.

Faktoring sözleşmeleri için doktrinde³⁴⁵ "genel alacak tahsili sözleşmesi" kavramının kullanıldığı da olmuştur. Ancak bu kavramın faktoringin "tahsilat" haricindeki diğer işlevlerini faktoring sözleşmenin zorunlu unsuru görmemesi ve genel alacak tahsilinin alacak tahsilinden daha kapsamlı bir faaliyeti içermesi sebebiyle faktoring sözleşmesini anlam olarak tam karşılamadığı gerekçesiyle kabul görmemiştir³⁴⁶.

Yine, doktrinde³⁴⁷ bazı yazarlar faktoring sözleşmesi için "alacak satışı" terimini, bazıları³⁴⁸ ise kredi fonksiyonu sebebiyle "ödünç sözleşmesi" terimini kullanır. Mülga "Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik"³⁴⁹ m. 22/2 ve "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Tasarısı"³⁵⁰ m. 9/2 hükmünde, "alacakların satın alınması" ifadesi kullanılmış, bu ibare öğretide eleştirilmiş, Kanun'da ve Yönetmelik hükümlerinde tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devri sözleşmesinin kastedildiği, borçlandırıci işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kastedilmediği, Türk hukukunda kullanılmayan "alacak satımı" ibaresinin, teknik anlamda satıma konu olmayan alacağın devri işlemi için karışıklığa sebep olacağı

³⁴² Uyanık, Yüce, R., "Dünyada ve Türkiye'de Faktoringin Tanımı", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 3, 2015, ss. 23-40, s. 27; Özakman, Cumhur, "Faktoringde Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar", Sempozyum, GÜHF – Faktoring Derneği, İstanbul 2009, ss. 11-22, s. 11.

³⁴³ RG. 06/10/1983, S. 18183,

³⁴⁴ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 34.

³⁴⁵ Rey, Heinz; Die Behandlung des Factoringvertrages im Schweizerischen Recht, in: Kramer (Hrsg), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl. 1992, s. 297. (Aktaran: Eren, Fikret, "İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 1, Y. 2015, ss. 68-133, s. 88, <http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/Hukuk-Dergisi-c1-s1.pdf>, ET. 19/08/2022; Akyol, Banka, s. 16.

³⁴⁶ Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 15; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 21

³⁴⁷ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, B. 2, İstanbul 2009, s. 364; Yılmaz, Adnan, İhracatın Finansmanında Bir Yöntem Olarak "Factoring", Ankara 1995, s. 58.

³⁴⁸ Bkz. Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 77 vd; Talu, Hülya, "Ticari Alacakların Satışı (Factoring) Uygulaması", Muhasebe Enstitüsü Dergisi, 11 (39), 1985, ss. 30-39, s. 30-34: "Yazar 'Ticari alacakların satışı' terimini kullanmaktadır."

³⁴⁹ RG. 10/10/2006 T., S. 26315. Bundan sonra mülga Yönetmelik olarak bahsedilecektir.

³⁵⁰ Tasarı metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0601.pdf>.

belirtlmifstir³⁵¹. Nitekim Kanun Tasarısında yer alan “satın alma” ifadesi, “devir alma” olarak değiştirilmiş, yeni Yönetmelik³⁵²,te de bu maddeye yer verilmemiştir.

Öte yandan, alacak haklarının satım sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilse³⁵³ de, faktoring sözleşmesi alacak satışı yanında, kanunda düzenlenen birden fazla sözleşme tipinin unsurlarını (ödünç, kredi, satış, alacağın devri, vekâlet, garanti) içinde ihtiva eden bir sözleşme olması sebebiyle karışık muhtevalı³⁵⁴ bir (karma) akit olup, kanaatimizce söz konusu ibarelerden hiçbiri tek başına faktoring sözleşmesi ibaresini karşılamaz. Sonuç olarak “faktoring” terimi bugün yaygın kullanımıyla hukuk dilimize yerleşmiş ve ortak bir terimdir³⁵⁵.

B. Tanımı

Faktoringin, ekonomi, işletme ve hukuk alanlarını içine alan bir finansman tekniği olması sebebiyle çeşitli tanımları yapılmıştır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların iradeleri doğrultusunda şekillenen fonksiyonları göz önünde bulundurularak yapılan tanıma göre, faktoring işlemi, “bir işletmenin faaliyetleriyle ilgili mal veya hizmet satışından kaynaklanan vadeli alacakların devredilmesiyle faktoring şirketinin varlıklarına geri dönüşlü (rücu edilebilen) veya dönüşsüz (rücu edilemeyen) olarak katılması ve faktoring şirketi tarafından bu alacaklar için finansman hizmeti verilsin ya da verilmesin; tahsilatın takip edilmesi, alacakların kayıtlarının tutulması ve şüpheli alacaklar için önlem alma fonksiyonlarından hepsinin ya da en az birisinin yerine getirilmesidir”³⁵⁶. Diğer bir deyişle, faktoring işlemi, tarafların iradesine göre

³⁵¹ Kazmacı, Uzun, s. 47; Özakman, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 19; Altop, Atilla, “Faktoringde Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar”, Sempozyum, GÜHF – Faktoring Derneği, İstanbul 2009, ss. 32-59, s. 44; Saraç, şükrü, Faktoringde Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar, Sempozyum, GÜHF – Faktoring Derneği, İstanbul 2009, ss. 24-31, s. 25.

³⁵² RG: 24.04.2013 T., S. 28627.

³⁵³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 101; Günergök, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014, s. 121: “Alacağın devrinde edim olarak para kararlaştırılmış ise bu halde alacak satışı söz konusudur. Ancak burada satış sözleşmesindeki ayıba karşı garanti (TBK m. 218) değil, devir sözleşmesinden dolayı garanti sorumluluğu söz konusudur.”

³⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 3, c.

³⁵⁵ Baykal, C. Murat, “Factoring Sözleşmesi”, Yargıtay Dergisi, C. 26, S.1-2, Y. 2000, ss. 19-47, s. 23; Yılmaz, Ad., s. 58.

³⁵⁶ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 38; aynı yönde, Özakman, Cumhuriyet, “Factoring İşlemleri ve Faktoring Uygulamaları Hakkında Değerlendirmeler”, Faktoring Sektörü ve Uygulamaları, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 2006, s. 47; “ticari ve hukuki anlamda faktor, mal satımı ve hizmet arzı ile

belirlenen, çeşitli fonksiyonları içeren komple bir finansman ve hukuki yöntemdir³⁵⁷. Faktoring işleminin düzenlendiği sözleşmeye de faktoring sözleşmesi denir. Faktoring için yapılan tanımlarda çoğunlukla faktoring işlemi esas alınsa da, bu işlemin, düzenlendiği sözleşmeyi de kapsadığı açıktır³⁵⁸.

Doktrinde faktoringin bazı fonksiyonları öne çıkarılarak farklı tanımlar yapıldığı da görülmektedir. Örneğin, faktoringin “teminat” fonksiyonu esas alınarak yapılan tanımda; “Faktoring işlemi, faktor tarafından (faktoring şirketi), müşterinin borçlusu durumundaki üçüncü şahıstan, mal teslimi veya iş görme/hizmet ediminden doğan alacakların vadesinden önce avans (peşin) olarak ödenmesi ile alacağın vadesinde tahsil edilmeme riskinin üstlenildiği, müşterinin alacaklarının muhasebesinin tutulması, ihtar işlemleri gibi iş görme/hizmet edimlerinin yerine getirildiği bir işlemdir³⁵⁹”.

Faktoring için yapılan diğer tanımlara bakıldığında ise çoğunlukla “finansman” fonksiyonu esas alınarak, “Faktoringin, vadeli satış yapan işletmelerin faaliyet alanı ile ilgili mal ve hizmet satışından doğan alacak haklarını faktor denilen finansal kuruluşlara satarak kısa vadeli kaynak sağladıkları bir finansman tekniği³⁶⁰”

uğraşan işletmelerin bu satışları nedeniyle doğmuş ya da doğacak alacaklarını temellük, tahsil eden ya da finansman unsurundan bağımsız olarak verdiği ticari, mal idari hizmetler sebebiyle ücrete hak kazanan kişi ya da kuruluşlar olarak tanımlanmakta, söz konusu faaliyetler en geniş anlamıyla factoring veya factoring işlemi olarak ifade edilmektedir.”; ayrıca, FCI (Factors Chain International)’ın General Rules For International Factoring’ın 1. maddesinde yapılan tanıma göre: “Faktoring sözleşmesi, bir tedarikçinin alacaklarının bir kısmını veya tamamını, finansman amaçlı olsun veya olmasın, muhasebeleştirme, tahsil etme veya teminat altına alma işlevlerinden hepsinin veya en azından birinin verilmesi amacıyla devredilen bir sözleşmedir.”. Ayrıca, UNIDROIT 88’in, European Union Federation (EUF)’nun, International Factors Group (IFG)’un ve öğretide 1994 öncesi ve sonrası yapılan tanımlar ile 6361 sayılı Kanunda yer verilen tanımlar ve eleştiriler için bkz. Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 30; Salinger Freddy R./Davidson Nigel/Mills Simon/Ruddy Noel, Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance, Sweet and Maxwell, 2006, s. 2; Villepin, s. 384: “faktoring geçmişin mükemmelliğini, geleceğin yeni teknolojik gelişmeleri ile birleştiren bir hizmet olarak da düşünülebilir”.

³⁵⁷ Toroslu, s. 1; Demir, Remzi, “Faktoring Sözleşmesi”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Y. 2013, ss. 877-902, s. 879; Kocaman, Arif, B., Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi), Ankara 1994, s. 5: “Factoring işlemi çok çeşitli fonksiyonları (nakit sağlama, hizmet verme ödememe riskini üstlenme) bir arada gerçekleştiren, komple finansman biçimidir.”

³⁵⁸ Oranlı, Barış, Faktoring Leasing Sözleşmeleri ve Vergisel Boyutu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s. 13; Toroslu, s. 1.

³⁵⁹ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 17-21; Kocaman, Factoring, s. 5.

³⁶⁰ Toroslu, s. 1: “Bir başka ifadeyle, factoring, firmaların satışlarından doğan vadeli alacaklarını factore peşin bedel ile satmaları işlemidir.”; Kohls, Rainer: Bankrecht, 2. Überarbeitete Auflage, München 1997, Nr. 482: “Faktoring, faktor ile müşteri arasında önceden toplu halde yapılmış temsil vasıtasıyla, alacakların ivazlı olarak elde edilmesi işlemi şeklinde tanımlanmıştır.” (Aktaran, Kocaman, Arif, “Faktoring İşleminde Borçlunun Temel İlişkiden Doğan Savunmaları Faktoring Şirketine Karşı İleri Sürüp Süremeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, 2020, ss. 965-980, s. 965); aynı yönde bkz. Kocaman, Factoring, s. 5; Akyol, Banka, s. 16; Ceran, Hamdi, Ahmet, “Alacakların Yönetiminde Factoring, İstanbul Sanayi Odası Dergisi, 27(321) 1992, ss. 66-71, s. 66; Şener, Oruç

olduğu, uluslararası faktoring zinciri Factors Chain International (FCI) tarafından ise; “faktoring şirketlerinin sözleşmede kararlaştırılan diğer hizmetlerin yanında, asıl faaliyetlerinin alacakların finansmanı odaklı olduğu³⁶¹” belirtilmektedir.

Ancak, tarafların iradeleriyle faktoring sözleşmesinde faktoringin teminat ve finansman fonksiyonları bertaraf edilebilir. Bu sebeple, faktoringin finansman, teminat ve tahsil fonksiyonlarının aynı anda ve mutlak olmadığına vurgu yapan tanımlara öncelik verilmelidir. Bu tanımlardan biri de Finansal Kiralama Birliği³⁶²,’nce yapılan tanımdır. Buna göre faktoring, “müşterinin ticari faaliyeti ile ilgili doğmuş ve doğacak vadeli alacakların devredilmesi ile müşteriye bu alacakları karşılığında finansman, tahsilat ve garanti hizmetlerinden en az birini sağlayan, finansal bir enstrüman”dır³⁶³.

Faktoring işleminin finansman yöntemi olma özelliği, taksitle satış yapan işletmelerin alacaklarının tamamını veya bir kısmını, bir bedel karşılığında, bir faktoring şirketine devretmesinden ve bu sayede kısa vadeli fon sağlamasından ileri gelir³⁶⁴. Bu yönüyle faktoring, taraflar arasında ekonomik işbölümü sağlayan özel bir işlemdir³⁶⁵.

Faktoringin amacı, müşterinin (satıcı) muhasebe, defter ve kayıtlarının tutulmasıyla bürokratik işlemlerden kurtulması, alacaklarının bir bedel karşılığında

Hami, Faktoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005, s. 5.

³⁶¹ FCI Corporate Brochure’de, faktoring sözleşmelerinde diğer hizmetlerin (fatura indirimi ve tedarik zincirinin finansmanı) yanında, alacakların finansmanı odaklı olduğunu belirtmektedir: “Factoring, factor tarafından, müşterinin üçüncü şahıs borçlu karşısındaki mal (emtia) tesliminden veya iş görme/hizmet ediminden ileri gelen alacakların karşılığını (bedelini) alacağın tahsili zamanından önce avans (peşin) olarak ödeyerek, alacağın tahsil edilmemesinin (borçlunun ödemeye muktedir olmamasının) riskinin ve müşteri için, borçlunun muhasebesinin tutulması, ihtar işlemleri gibi iş görme/hizmet edimlerinin üstlenilmesi suretiyle devri ve satın alınması”, olarak tanımlanmıştır.

FCI Corporate Brochure’de, faktoring sözleşmelerinde diğer hizmetlerin (fatura indirimi ve tedarik zincirinin finansmanı) yanında, alacakların finansmanı odaklı olduğunu belirtmektedir. Bkz. <https://fci.nl/en/about-fci>, ET. 14/08/2022;.

³⁶² 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” nun m. 40 kapsamında kurulmuş, tüzel kişiliği haiz, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur.

³⁶³ <https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/e-brosur-257.pdf>, ET. 28/07/2022. Ayrıca bkz. Kocaman, Factoring, s. 5; Özakman, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 15.

³⁶⁴ Oy, Osman/Köse, Seçkin/Alkım, Yahya, Süleyman, Factoring, İstanbul 2008, s. 3; Toroslu, s. 3; Tercan, Erdal, “İflasın Faktoring Sözleşmesine Etkisi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, ss. 431-448, s. 448.

³⁶⁵ Eren, İsimli Sözleşme, s. 87-88; Kocaman, Factoring, s. 5: “Factoring işlemi, çok yönlü, modern bir finansal araçtır”.

devriyle kısa vadeli finansman gereksiniminin karşılanması ile ödenmeme riskinin üstlenilmesidir³⁶⁶.

Factoring, süreklilik arzeden bir işlemdir. Dolayısıyla tek bir satım sözleşmesi faktoring işlemine konu olamaz³⁶⁷. Faktoring şirketi ile müşteri arasındaki ilişkinin sürekli olması gerekir. Faktoring işlemi için vadeli bir alacağın bulunması gerekir. Tanımlarda da belirtildiği üzere faktoring yalnızca alacakların devriyle yapılan bir işlemdir³⁶⁸. Vadeli alacak bulunmuyorsa faktoring işlemi mümkün olmaz³⁶⁹. Faktoring işlemleri kısa vadeli alacaklar için yapılır. Bu işlemlerde vadeler genellikle “30 ilâ 120” gün arasında değişebilir. Bu süre en uzun 180 güne³⁷⁰ uzayabilir.

C. Tarihsel Gelişimi

1. Dünyadaki Gelişimi

Bilinen ilk alacağın temlik işlemleri, MÖ. 4000’lerde Mezopotamyalı tacirler arasında, vadeli alacakların nakde çevrilmesi maksadıyla kullanılmıştır. Faktoringin doğuşu ile birlikte ilk kullanılışı, sırasıyla, Fenikeliler, Babiller ve Romalılara

³⁶⁶ Kazmacı, Uzun, s. 6 vd; Toroslu, s. 3; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 4: “Factoring müessesesinin tek işlevi kredi sağlanmasından ibaret değildir. İhtisas kuruluşları yaptıkları peşin ödemelerin yanı sıra müşterilerine muhasebe, yönetim ve istihbarat pazarlama açısından kolaylıklar ile alacakların ödenmemesi riskine karşı garanti sağlamaktadır.”

³⁶⁷ Demir, R., s. 882; Toroslu, s. 2.

³⁶⁸ Onursal, Erkut, “Dış Ticaretin Finansmanında Factoring Ve Factoringin Hukuki Çerçevesi”, Dış Ticaret Dergisi, 6 (22) 2001, ss. 65-84, s. 65: “Factoring, mal satan veya hizmet arz eden ticari işletmelerin yurt içine veya dışına yapacakları kredili satışlardan kaynaklanan kısa vadeli senede bağlı alacak haklarının, factor veya factoring şirketi adı verilen kuruluşlar tarafından satın alınması temeline dayanan faaliyetler.”; Arıkan, Mustafa, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temlik”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2005, ss. 129-155, s. 130.

³⁶⁹ Toroslu, s. 2; Gökkaya, Yusuf, Kerem, Uluslararası Ticaretin Finansmanında Faktoring Ve Türkiye’de Faktoring Uygulaması, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 3. (https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=KcdTx_5UxQLS025VTZciZA&no=qpzvsAO9SdFHWwVD9I_03g) ET. 05/10/2022.

³⁷⁰ Toroslu, s. 1-4; Özkan, Tuba, “Faktoring İle Forfaiting’in Dünya’da ve Türkiye’de Geldiği Nokta Ve Gelişim Potansiyeli”, 2nd International Congress On New Horizons In Education And Social Sciences (ICES-2019) Proceedings, ss. 549-562, s. 560. (https://www.researchgate.net/publication/335217727_Factoring_Ile_Forfaiting'in_Dunya'da_ve_Turkiye'de_Geldigi_Nokta_Ve_Gelisim_Potansiyeli). E.T.15/01/2025; Onursal, s. 65; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 34.

faktorler aynı görevlerini sürdürmüşlerdir. Özellikle Avrupalı tekstil fabrikatörlerinin ürünlerini Amerikan pazarında satışı bu acenteler aracılığıyla gerçekleştirilmiştir³⁷⁸. Bu yüzyıllarda Hollandalılar, dünya ticaretini ve üretimini büyük oranda finanse etmişlerdi³⁷⁹.

Faktoringin günümüzde uygulanan hâli ise ilk olarak 1890’larda Amerika, 1960’larda Avrupa’da görülmüş ve sonrasında hızlı bir gelişim göstermiştir³⁸⁰. Bugün uygulanan faktoringe benzeyen ilk işlem Londra’da 18. yüzyılda yapılmıştır. Başlangıçta satış komisyonculuğundan ibaret olan faktorler tarafından zamanla, alacağın tahsil edilmesi, ödenmeme riskinin üstlenilmesi (delkrede), satış bedelinin önceden ödenmesi hizmetleri de sunulmaya başlanılmıştır. 1823 yılında İngiltere’de düzenlenen “Factors Act” ile faktorün finansman işlevine de yer verilen ilk kanuni düzenleme oluşmuştur. Bu kanun 1842, 1877 ve 1889 tarihlerinde revizyon geçirmiş ve hâlen yürürlükte dir³⁸¹.

1890’da “Mc Kinley Gümrük Tarifesi” ile gümrük vergileri artırılmış, Avrupa’dan Amerika’ya tekstil ürünleri ithalatı engellenmiştir. Bu durum Amerikalı faktorlerin Avrupa’ya dayanan pazarlarını kaybetmesine sebep olmuştur. Ülke içi piyasaya dönen bu faktorler pazarda nakit sağlamak için alacağın tahsili, ödememe riskinin üstlenilmesi faaliyetlerine yönelmişlerdir. Böylece Amerika’da çağdaş faktoring uygulaması başlamıştır³⁸². İkinci Dünya Savaşından sonra Amerika’da bulunan faktoring firmaları faaliyetlerini Avrupa ülkelerine taşımıştır³⁸³.

Başlangıçta, faktorler, ticari malları, müşteriden iktisap etmiş ve bunun karşılığında mal sahiplerine avans ödemişlerdir. 1929 bunalımını takip eden yıllarda malların iktisabı ile finansman sağlanmasının yerine, alacakların devri ile finansman yöntemine geçilmiştir. Zaman içinde faktoring hizmetlerinin çeşitlenmesiyle günümüzdeki çok yönlü faktoring uygulaması ortaya çıkmıştır. 1960’lı yıllardan

³⁷⁸ Baykal, s. 21; Yılmaz, Ad., s. 66.

³⁷⁹ Kocaman, B., Geçmişten Günümüze Factoring, s. 55; “Montesquieu ve Voltaire, Hollandalıları, ‘Bütün dünyanın faktorleri’ olarak tanımlamışlardır.”; Yılmaz, Ad., s. 66.

³⁸⁰ Villepin, s. 27; Kocaman, Factoring, s. 6; Kazmacı, Uzun, s. 4; Süklüm, Nurcan, “Factoring İşlemlerinde Şüpheli Alacaklara Karşılık Ayrılması Uygulaması”, Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi/UUSBD 2017 10/3, ss. 315-335, s. 322; Yılmaz, Ad., s. 67.

³⁸¹ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 27; Toroslu, s. 133; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 5.

³⁸² Kocaman, Factoring, s. 6; Kocaman, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 79; Subaşı, Birgül, Sorularla Faktoring (Türkiye Uygulaması), İstanbul 1997, s. 8-9; Toroslu, s. 134; Ceran, s. 66: “ABD’de factoring tekniğinin başlangıcının asıl nedeni alacakların garanti edilmesi iken, diğer ülkelerde finansman ön plana çıkmıştır”; Tatge, s. 30; Yılmaz, Ad., s. 67.

³⁸³ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 7; Kocaman, Factoring, s. 6; Kocaman, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 79; Toroslu, s. 135; Yılmaz, Ad., s. 67.

itibaren ise Amerika Birleşik Devletleri'nde uluslararası faktoring etkinlik kazanmış, faktoring zincirleri ortaya çıkmıştır³⁸⁴.

1960'lara kadar, faktoring şirketleri genellikle bağımsız ve hizmet verdikleri müşterilerle yakından bağlantılıydılar. Ancak daha sonraki yıllarda faktoring sektörü, az sayıda küçük ve bağımsız faktörün yanında, çoğunlukla birkaç bankanın sahip olduğu baskın nitelikteki büyük faktörlerden olmuştur. Bununla birlikte faktörler sağlık, ayakkabı, mobilya, beyaz eşya elektroniği ve dış ticaret gibi alanlarda finansman sağlamaya başlamıştır³⁸⁵.

Avrupa'da kurulan ilk faktoring şirketi, "International Factors Ltd." olmuştur. 1961 yılında İngiltere'de kurulan bu şirket, First National Bank of Boston'un (FNBB) ile British Merchant Bank'ın işbirliği sonucu kurulmuştur. FNBB diğer Avrupa ülkelerinde de faaliyet göstermiş ve zamanla "International Factors Group" (IFG) adıyla anılmaya başlamıştır. Bu kuruluş ilk uluslararası faktoring zinciri olmuştur³⁸⁶.

Bir başka Amerikan şirketi "Walter E. Heller & Company"nin, 1964 yılında İngiltere'de kurduğu ortaklık ile Avrupa'da yayılmasının sonucunda "International Factors Group"a benzeyen ikinci faktoring zinciri de oluşturulmuştur. Üçüncü faktoring zinciri ise 1968'de kurulan Factors Chain International'dir (FCI). 2016 yılında FCI ve IFG birleşerek daha büyük bir uluslararası ağ oluşturmuş ve şimdi FCI olarak anılmaktadır³⁸⁷.

Başlangıçta 12 ülkeden 15 üyesi olan FCI'nın günümüzde 90 ülkeden yaklaşık 400 üyesi bulunmaktadır³⁸⁸. Dünyadaki bu üç faktoring zincirinden en büyüğü olan FCI dünya faktoring hacminin %60'ına sahiptir³⁸⁹. Türkiye'deki faal faktoring şirketlerinin yaklaşık 20'si bunların en büyüğü olan FCI üyesidir³⁹⁰.

Merkezi Roma'da bulunan "Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü" (UNIDROIT³⁹¹), 1988 yılında "Milletlerarası Faktoring Sözleşmesi

³⁸⁴ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 28; Toroslu, s. 135.

³⁸⁵ Papadimitriou, B. Dimitri/Phillips, J. Ronnie/Wray, L. Randall, "Community- based factoring companies and small business lending", Jerome Levy Economics Institute Working Paper No. 108, 1994, s. 8. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=133148. E.T. 12/08/2022; Yılmaz, Ad., s. 78.

³⁸⁶ Kocaman, Faktoring, s. 18; Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 28; Toroslu, s. 135.

³⁸⁷ Karim, Dewan, Sazzadul/Zahid, Jawadur, Rahim, "Factoring as an Alternative Mode of International Trade Finance", 2020, s. 7, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3536156> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3536156>, E.T. 14/08/2022; Yılmaz, Ad., s. 74-75.

³⁸⁸ <https://fci.nl/en/about-fci>. E.T. 28/05/2024.

³⁸⁹ <https://fci.nl/en/about-fci>. E.T. 28/05/2024.

³⁹⁰ Uyanık, Yüce, R., "Faktoringin Kuralları", s. 17. https://www.academia.edu/42208861/Faktoring_Kurallar%C4%B1. E.T. 14/08/2022.

³⁹¹ International Institute For the Unification of Private Law (UNIDROIT)

Hakkında UNIDROIT Konvansiyonu”nu (Ottawa Konvansiyonu) düzenlemiş, farklı ülkelerdeki faktoring hakkında yasa çeşitliliğini gidermek ve faktoring kurumunda bütünleşmeyi sağlamaya yönelik bir sözleşme oluşturmuştur. Konvansiyon 28/05/1988 tarihinde kabul edilmiş 01/05/1995 tarihinde onaylanmıştır. Bu güne kadar 21 devlet³⁹² tarafından imzalanan bu konvansiyonda yer alan tanımlar faktoring işlemlerinde kullanılmaktadır³⁹³. Türkiye Uluslararası Factoring Konvansiyonuna taraf değildir³⁹⁴.

Dünyada faktoring işlemlerinde işlem hacmi en yüksek olan ülkeler sırasıyla, İtalya, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’dir³⁹⁵.

2. Türkiye’deki Gelişimi

Factoring işleminin Türkiye’de bugünkü anlamda uygulanan faktoring işlemlerine çok benzeyen ilk uygulamasının, Osmanlı döneminde, İstanbul İli, Galata semtinde müslüman olmayan tebânın, esnafa ve çiftçiye yönelik kredi ve borç para verilmesi işlemi olduğu söylenebilir³⁹⁶. "Galata bankerleri" adıyla faaliyet gösteren bu yapı, Londra’da uygulanan faktoring uygulamasından uzak olsa da, bir tür finans piyasasının Osmanlı’da da kurulmakta olduğunun açık belirtisidir.

Ancak daha sonra ortaya çıkan Balkan Savaşı ve Birinci Dünya Savaşları finans piyasalarında yeni gelişme gösteren kurumların gelişmesine engel olmuş, bu duraklama Cumhuriyetin kuruluşuna kadar devam etmiştir. Cumhuriyetin kurulması ile ülkenin ekonomik darboğazının aşılması için alınan kararlar ve prensipler uygulamaya konulurken, devletçiliğin ağır bastığı, karma ekonomi döneminde, finans piyasalarında sadece bankacılık faaliyetleri sürdürülmüş, faktoring işlemleri için

³⁹² <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Factoring-explanatorynote-e.pdf>. (E.T. 28/05/2024)

³⁹³ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 30; Oranlı, s. 14; Karim/Zahid, s. 7: “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) 2001 yılında Uluslararası Ticarete Alacakların Temlik Sözleşmesini hazırlamıştır. Bu sözleşme henüz yürürlükte olmasa da UNIDROIT tarafından göz ardı edilen birçok gerçeği gün ışığına çıkarmaktadır.”

³⁹⁴ Çavuşoğlu, Uyanık, Ayfer, “Milletlerarası Factoring Konvansiyonu,” e-akademi, Şubat 2006, s. 48. <http://e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=48> ET. 23/12/2022. Ayrıca bkz. https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilisoz/bm_yeni.html ET. 24/12/2022; Yılmaz, Ad., s. 68.

³⁹⁵ Kocaman, Berna, “Dünya Faktoring Piyasasında Durum”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S. 128, Şubat 1991, s. 69; Yılmaz, Ad., s. 69-73.

³⁹⁶ Özdemir, Z., s. 207-208; Akyol, Genel Hükümler, s. 190.

gerekli mevzuat hazırlanmadığından bu alanda 1980'li yıllara kadar gelişme sağlanamamıştır³⁹⁷.

1980'li yıllarda, finans sektöründe, yeni bir finans tekniği olarak uygulanmasına başlanan faktoring kavramı, ilk kez ülkemiz bankacılık terminolojisine, 1983 yılında yayınlanan, 90 Sayılı "Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ile girmiştir³⁹⁸. 1985 yılında yürürlüğe konulan 3182 sayılı mülga Bankalar Kanunu³⁹⁹ ise faktoringin kanuni dayanağını oluşturur. Mezkûr Kanun ile Türkiye'de finansal ürünler arasına giren faktoring, ilk olarak 1988 yılında uygulanmaya başlanmıştır.

Türkiye ekonomisinin yurt dışı faaliyetlerinin artışıyla, şirketlerin finansman ihtiyacının karşılanması için, faktoring kurumuna gereksinim doğmuştur. Bu hizmetin önemli sermaye gerektirmesi sebebiyle ilk olarak bankalar bünyesinde uygulanmasına başlanmıştır⁴⁰⁰. İlk faktoring işlemi 1988 yılında İktisat Bankası tarafından yapılmıştır. 1990'ların sonuna gelindiğinde ise faktoring işlemlerinin hızla yaygınlaşması sonucunda sektörün büyümesiyle⁴⁰¹, bankalardan ayrı bir tüzel kişilik olarak faktoring şirketleri faaliyete geçmiştir. Türkiye'de faktoringin gelişimi yurt dışı faktoring olarak başlamış, yurt içi faktoring daha sonra uygulanmıştır. İlk faktoring işlemleri yurt dışı finansman ihtiyacına yönelik olsa da, o dönemde yaşanan yüksek enflasyon ile iskonto

³⁹⁷ Özdemir, Z., s. 208; Toroslu, s. 147; Ceran, s. 66.

³⁹⁸ RG. 06/10/1983, S. 18183, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesiyle faktoring ve faktoring şirketleri tanımlanmıştır. Buna göre: "mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakların temellük edilerek, tahsilinin üstlenilmesi ve bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak finansman sağlanması" işlemine faktoring, bu işle uğraşan şirketlere de "faktoring şirketleri" denilmiştir; Onursal, s. 67-76: "Ülkemizde faktoring işlemlerinin önemli kısmını %75 yurtiçi, geri kalanını ise ihracat %23 ve ithalat %2 faktoringi oluşturmaktadır."

³⁹⁹ RG. 02/05/1985 tarih ve S. 18742. Bu Kanun 18/06/1999 tarihinde kabul edilen 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4389 sayılı Bankalar Kanunu ise şu anda yürürlükte olan 19/10/2005 tarihinde kabul edilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (RG. 01/11/2005 tarihli ve S. 25983) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁰⁰ Toroslu, s. 148; "Türkiye'de faktoring uygulamaları mali sektörün en dinamik unsuru olan bankalar tarafından başlatılmıştır. Bunun nedeni bankaların sektördeki tecrübeleri, piyasa ve müşteriler hakkında oluşturdukları bilgi, veri tabanlarının genişliği ve müşteri ile organik ilişki kurabilmeleridir.". Günümüzde de çoğunlukla faktoring şirketlerinin Banka iştiraki olarak faaliyet gösterdiği görülmektedir. Bkz. Sarıgül, Haşmet, "Factoring as a financing option in Turkey: a comparative study", 2012, s. 12.

https://www.researchgate.net/publication/251323971_Factoring_as_a_Financing_Option_in_Turkey_A_Comparative_Study E.T.13/08/2022: "Almost about all of the commercial banks in Turkey have factoring subsidiaries. The FCSBs share was about 78% on the total factoring turnover in 2010."; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 7.

⁴⁰¹ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 24: "İşlem hacimleri 1988 – 1990 yılları arasında sırasıyla 3, 16.5 ve 65 milyon USD civarında olmuştur."; Özdemir, Z., s. 208: "İşlem hacmi 1999 yılında 5.25 milyar dolara ulaşmıştır ve büyüme devam etmektedir. 2001 yılında Türkiye'de gerçekleşen toplam faktoring işlem hacmi 3.7 milyar dolar olurken, bu toplamın 990 milyon doları ihracat işlemlerinden 2.7 milyar doları iç piyasa işlemlerinden oluşmuştur."; Toroslu, s. 148.

oranları ve kredi uygulamaları çok kârlı hâle geldiği için yurt dışı faktoring zamanla yerini, yurt içi faktoringe bırakmıştır⁴⁰².

Bu tarihten sonra, hızla artan faktoring şirketlerinin büyük bir kısmı, 1994 yılında yaşanan finansal kriz sonrasında yapılan kanuni düzenlemelerin etkisi ile kapanmak zorunda kalmıştır⁴⁰³. Bu durum dünyadaki faktoringin gelişiminin tersi niteliğindedir⁴⁰⁴. Ülkemizde faktoring şirketlerinin istihbarat sisteminin yetersiz olması, merkezi risk birleştirilmesi –santralizasyon- sisteminin, ortak bilgi bankasının ve kredi sigorta sisteminin bulunmaması sebebiyle ağırlıklı olarak rücu edilebilir faktoring işlemi uygulanmaktadır⁴⁰⁵.

Belirtildiği gibi, Türkiye’de, faktoringle ilgili ilk düzenleme 1983 tarihli 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedir. 1994 tarihli finansal krizin ardından, 545 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁴⁰⁶ ile 90 sayılı KHK’da önemli değişiklikler yapılmış, faktoring şirketleri “Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” kapsamına alınmıştır. 90 sayılı KHK m. 13’e dayanılarak Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan (mülga) “Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik⁴⁰⁷” yürürlüğe girmiştir. Faktoring şirketlerinin aralarındaki işbirliğini sağlamak, faaliyetlerinin standart, sağlıklı ve etik bir şekilde gerçekleştirilmesi ve sektörün kamuoyu önünde temsili için Faktoring Derneği kurulmuştur⁴⁰⁸.

⁴⁰² Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 24; Erdemol, Haluk, Faktoring ve Forfaiting, İstanbul 1992, s. 47.

⁴⁰³ Dilek, Şener/Tetik, Nevzat, “Türkiye’de Faktoring İşlemleri Ve Faktor Şirketlerinin Yapısal Sorunlarını Belirlemeye Yönelik Bir Alan Araştırması”, Turkish Studies (Elektronik), 13 (7), 2018, ss. 243 – 256, s. 249; (<https://abakus.inonu.edu.tr/items/02ffa091-5088-4576-b81f-26acd2762102>) E.T. 15/01/2025; Emen, İsmail, “Türkiye’de Faktoringin Genel Esasları”, Türkiye’de Faktoring (Esaslar ve Uygulama) III, İstanbul 1996, s. 21.

⁴⁰⁴ Toroslu, s. 41; Yılmaz, Ad., s. 76.

⁴⁰⁵ Toroslu, s. 148; Oy/Köse/Alkım, s. 6.

⁴⁰⁶ RG. 27/06/1994, S. 21973; bkz. Kocaman, Arif, “545 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Faktoring" Konusunda Getirilen Düzenlemeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 17, S. 4, Aralık 1994, ss. 33-38, s. 33.

⁴⁰⁷ RG. 21/12/1994, S. 22148, bu yönetmelik, 10/10/2006 tarihli ve 26315 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, (Mülga) “Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin” 32. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2006 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmelik ise 24/04/2013 tarihli ve 28627 sayılı, “Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin” 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2013 tarihli Yönetmelik hâlen yürürlüktedir.

⁴⁰⁸ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra, Finansal Kurumlar Birliği’nin kurulmasıyla 18/10/1995 tarihinde kurulan Faktoring Derneğinin faaliyetine son verilmiştir. FKFFŞK’nın 40. maddesi kapsamında 21/11/2012 tarihinde kurulan Finansal Kurumlar Birliği – ilk ismi “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği” iken 7292 sayılı Kanun m. 16 ile değişik-, “6361 no’lu Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansmanı Şirketleri Kanunu’nun ilgili maddelerine göre teşekkül eden, tüzel kişiliği haiz, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Kurumsal yapısı itibarıyla Birlik,

5411 sayılı “Bankacılık Kanunu”⁴⁰⁹ ile 90 sayılı KHK’da yapılan değişiklik sonucunda, faktoring işlemleri bankacılık faaliyetleri arasında sayılmış ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) ile ilişkilendirilmiştir. BDDK tarafından hazırlanan kanun taslağı 2009’da TBMM’ye sunulmuş ve 21/11/2012 tarihinde kabul edilen 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Ve Tasarruf Finansman şirketleri Kanunu”⁴¹⁰ 13/12/2012’de Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmıştır (FKFFşK m. 52/1). Bu defa BDDK tarafından hazırlanan “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik”⁴¹¹ yayınlamıştır. Ayrıca, “Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”⁴¹² ile gerek faktoring şirketleri gerekse bankalar tarafından yapılan faktoring işlemlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlemiştir.

6361 sayılı Kanun ile getirilen önemli değişiklikler, faktoring şirketinin  denmiş sermayenin elli ⁴¹³ milyon Türk Lirasına çıkarılması, tahsili geciken alacaklarına karşılık gider ayırma zorunluluğu, bu alanda faaliyet gösterecek şirketlerin anonim şirket şeklinde kurulması⁴¹⁴, şirketin bir yıl içinde faaliyete geçme zorunluluğu, “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketleri Birliği”nin isminin “Finansal Kurumlar Birliği” olarak değiştirilmesi, yurt içi veya yurt dışında şube açmak için izin zorunluluğu, faaliyet konuları dışında faaliyette bulunmanın yasaklanması, kredilerde limit belirlenmesi olarak  zetlenebilir⁴¹⁵.

Türkiye ekonomisinin üretim, satış ve tüketim kanallarının    nde de yer alan Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman, Varlık Yönetim ve Tasarruf Finansman sektörlerinin çatı kuruluşudur.” Ayrıntı için bkz. <https://www.fkb.org.tr/hakkimizda/kurulus-ve-statusu/>. ET. 28/07/2022.

⁴⁰⁹ RG. 01/11/2005, S. 25983.

⁴¹⁰ RG.13/12/2012, S. 28496. Bu Kanunun adı, 04/03/2021 tarihli ve 7292 sayılı Kanunun 20. maddesiyle, “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketleri Kanunu” içen belirtilen şekilde değiştirilmiştir.

⁴¹¹ RG. 24/04/2013, S. 28627. Yeni yönetmelik; 31/12/2013, 02/04/2015, 26/06/2015, 25/11/2015 02/06/2016, 27/09/2016, 21/10/2017, 12/12/2017, 15/8/2018, 27/11/2018, 25/01/2019, 10/02/2019, 26/02/2019 ve 14/01/2020 tarihlerinde değişikliklere uğramıştır (https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/FINANSAL_KIRALAMA_FAKTORING_VE_FINANSMAN_SIRKETLERININ_KURULUS_VE_FAALIYET_ESASLARI_HAKKINDA_YONETMELIK_14_01_2020-1842.pdf) E.T. 28/07/2022.

⁴¹² RG. 04/02/2015 T., S. 29257. Bu Yönetmelik ile Faktoringe  zg  Genelge ve Tebliğler tek çatı altında toplanmıştır. Faktoring hakkında yürürlükten kaldırılan bkz. <https://www.fkb.org.tr/mevzuat/ortak-mevzuat/yururlukten-kalkmis-mevzuat/>. ET. 07/10/2022.

⁴¹³ 04/03/2021 tarihli ve 7292 sayılı Kanunun 2. maddesi ile “yirmi milyon Türk lirası” ibaresi “elli milyon Türk lirası” olarak değiştirilmiştir.

⁴¹⁴ 04/03/2021 tarihli ve 7292 sayılı Kanunun 2. maddesiyle, bu bentte yer alan “ve kurucu ortak sayısının beşten az olmaması” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

⁴¹⁵ Ayrıca, faktoring şirketlerine uygulanacak muhasebe sistemine ilişkin mevzuatın gelişimi hakkında bkz. Ekergil, Vedat/ ağıran, Kalıpçı, Fevziye, “Türkiye Muhasebe Standartlarının Faktoring Muhasebe

Factoring, özellikle KOBİ'lere⁴¹⁶ finansal kaynak sağlayan, sermayelerinin artırılmasını ve nakit akışını kolaylaştıran, hızlı işlem kabiliyeti sunan, belge ibrazının rahat olmasıyla fon yaratmada etkili bir yöntemdir⁴¹⁷. Piyasada likidite seviyesinin azaldığı finansal krizde, KOBİ'lere katı şartlar sunan bankalar karşısında factoring işlemleri dikkate değer ölçüde finansal tercih niteliğindedir.

Factoring şirketleri hukuki açıdan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna bağlıdır ve Finansal Kurumlar Birliği'nin üyesidirler. Türkiye'de 2024 üçüncü çeyreği itibarıyla, faaliyet gösteren 49 factoring şirketi bulunur⁴¹⁸. Sektörün cirosu, aynı yıl için yurtiçi işlemlerinde 756.626 milyon, yurtdışı işlemlerinde 75,404 milyon olmak üzere ve toplamda 832,030 milyon TL'dir⁴¹⁹. Bu ciro, bir önceki yılın cirosundan %9 yüksektir. Yurtiçi factoring işlemlerinin yurtdışı factoring işlemlerine göre yaklaşık %91,3 oranında baskın olduğu görülür. Türkiye'de 20 factoring şirketi FCI üyesidir⁴²⁰.

İşlemlerine Etkileri Ve Uygulamada İskontolu Factoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi", Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, C. 12, S. 30, 2016, ss. 213-236, s. 222. (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ijmeh/issue/54616/744938>) E.T. 15/01/2025.

⁴¹⁶ Türkiye'de; 1-249 arasında personel çalıştıran ve yıllık net satış hasılatı veya yıllık bilanço toplamı 125 milyon Türk lirasını aşmayan işletmeler personel sayılarına göre mikro, küçük veya orta büyüklükte işletme (KOBİ) olarak tanımlanmaktadır. 2020 yılı itibarıyla, Türkiye'de faaliyet gösteren 3 milyon 295 bin KOBİ bulunmaktadır ve KOBİ'ler toplam girişim sayısının %99,8'ini oluşturmaktadır (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Kucuk-ve-Orta-Buyuklukteki-Girisim-Istatistikleri-2020-41129>) E.T. 28/07/2022.

⁴¹⁷ Karadağ, Hande, Strategic Financial Management for Small and Medium Sized Companies, Emerald Group Publishing, Aralık 2015, s. 110.

⁴¹⁸ Bkz. https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/Factoring_Sektoru_Ozet_Finansal_Veriler_2024_09-3977.pdf E.T. 15/01/2025. 2023 yıl sonu verileri için Bkz. https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/Factoring_Sektoru_Ozet_Finansal_Veriler_2023_12-3624.pdf E.T. 07/06/2024. Tüm liste için bkz. <https://www.fkb.org.tr/uyelerimiz/factoring-sirketleri/tum-liste-subeler-dahil/> E.T. 15/01/2025. Geçmiş yıllarda sayılara ilişkin olarak bkz. Özdemir, Z., s. 208-209; "Türkiye'de kurulan factoring şirketlerinin yıllara sâri sayısı, 1992'de 14, 1994'de 63, 1995'de 45 ve 1999'da 93'e yükselmiştir. Bu şirketlerden 37'si factoring derneği üyesidir ve bu 37 üyeden, 22'si bir bankanın iştirakidir. 93 adet factoring şirketinden 16'sı, dünyanın en büyük factoring zincir kuruluşu olan FCI üyesidir."

⁴¹⁹ https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/2024_03_FactoringSektor_DegerlendirmeRaporu-3979.pdf E.T. 15/01/2025.

⁴²⁰ Bkz. https://fci.nl/en/members/index?f%5B0%5D=country_name%3ATurkey. E.T. 15/01/2025.

D. Faktoring İşleminin İşlevleri

Faktoring işleminin temel fonksiyonları üç başlık altında toplanabilir. Bunlar, finansman (kredi), teminat ve hizmet (tahsil) fonksiyonudur⁴²¹.

Hizmet fonksiyonu, tüm faktoring türlerinde bulunur⁴²². Dolayısıyla faktoringin temel fonksiyonu hizmet fonksiyonudur. Diğer fonksiyonlar, faktoring sözleşmesinde tarafların iradesi ile belirlenir⁴²³. Ancak gerçek olmayan faktoring işlemlerinde teminat fonksiyonu bulunmazken, ön ödemesiz faktoring işlemlerinde finansman fonksiyonu bulunmaz⁴²⁴. Faktoring işleminin en önemli fonksiyonu finansman fonksiyonudur⁴²⁵. Bu fonksiyonların birden fazla kurumdan ayrı ayrı alınması da mümkündür. Faktoringin özelliği ise bu fonksiyonların tümünün tek bir kurum tarafından verilmesine imkân vermesidir⁴²⁶.

1. Finansman (kredi) İşlevi

Faktoringin en önemli işlevi, işletmelerin finansman ihtiyacını karşılamasıdır. Müşteri bütün alacaklarını faktore temlik ederek bu alacakların tahsilini beklemezsizin kendisine bir ön ödeme yapılmasını amaçlamaktadır⁴²⁷.

Bu fonksiyon sayesinde, müşterinin vadeli alacağının hızla işletmeye dönüşü ile işletmenin büyümesi için gereken nakit kaynağına ulaşılır⁴²⁸. Dış kaynaklı finansman yerine işletmenin cari aktifini oluşturan alacakları nakit ihtiyacını karşılar. Faktoring işleminin finansman fonksiyonu, aynı zamanda “kredi” işlevi olarak

⁴²¹ Kocaman, Arif, B., “Yargıtay Kararları Açısından Factoring”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, 9-10 Haziran 2000, ss. 165-175, s. 165; Kocaman, Factoring, s. 11; Akkanat, H., s. 892; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 32; Yılmaz, Ad., s. 60.

⁴²² Kocaman, Savunmalar, s. 966; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 24; Toroslu, s. 9; Yılmaz, Ad., s. 60.

⁴²³ Özdemir, Z., s. 199; Toroslu, s. 4.

⁴²⁴ Kocaman, Factoring, s. 10; Tiryaki, s. 195.

⁴²⁵ Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Band 1, Leasing und Factoring, C.H. Beck Verlag, 1987, s. 222; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 24; Kocaman, Factoring, s. 11; Toroslu, s. 9.

⁴²⁶ Kocaman, Factoring, s. 10; Toroslu, s. 9.

⁴²⁷ Akkanat, H., s. 893; Kocaman, Factoring, s. 11.

⁴²⁸ Kocaman, Factoring, s. 9; Kahraman, Z., s. 74; Özkan, s. 554; Toroslu, s. 6; Onursal, s. 76; Ceran, s. 67; Akkanat, H., s. 893.

belirtirse de, bu işlem Bankalar Kanunu anlamında bir kredi işlemi değildir. Hizmet, finansman ve teminat fonksiyonu bulunan bir faktoring işlemi, bireyler yerine kuruluşların hizmet aldığı bankaların kredi kartı uygulamasına benzetilebilir⁴²⁹. Bankalardan sağlanan finansman yöntemlerinde müşterinin mali gücü dikkate alınırken, faktoring işlemlerinde bundan farklı olarak müşterinin mal veya hizmet satışı yaptığı müşterisinin mali gücü ve kredibilitesi dikkate alınmaktadır⁴³⁰.

Finansman işlevi, vadeden önce müşretiye ödemenin yapıldığı “ön ödeme yöntemi” ile vadesinde ödemenin yapıldığı “iskonto yöntemi” olmak üzere iki şekilde yerine getirilir⁴³¹.

2. Teminat (delkredere) işlevi

Teminat fonksiyonu, müşteri tarafından faktoring şirketine devredilen alacakların tahsil edilememesi riskinin faktoring şirketince üstlenilmesidir⁴³². Tahsil edilemeyen alacak kısmı müşteriye rücu edilmez. Bu fonksiyonla, faktoring şirketi satıcının vadeli satışlarından doğan alacaklarını teminat altına alır⁴³³.

Diğer bir ifadeyle, satıcı alacağını “faktoring garantili” olarak faktoring şirketine temlik eder. Bu temlik karşılığında faktor, müşteriye alacağın bedelini borçlanır. Sözleşmede öngörülmüşse, faktor, alacağın devri karşılığında borçlandığı bedelin bir kısmı için müşteriye ön ödeme yapabilir. Ancak finansman fonksiyonu, faktoring işleminin olmazsa olmaz hizmetlerinden değildir. Faktoring garantisi, tahsilat hizmeti karşılığında borcun kısmen kapatılması yolunda verilen ikincil bir hizmettir⁴³⁴.

⁴²⁹ Ayrıntı için bkz. Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 26; Kocaman, Factoring, s. 24: “Factoring işlemi Bankalar Kanunumuzun kredilerle ilgili hükümlerine tabi olmayacaktır. Gerçekten burada ekonomik anlamda bir kredi sağlama söz konusu olsa bile, bu, hukuki açıdan bir kredi verme olarak değerlendirilemez.”

⁴³⁰ Toroslu, s. 6.

⁴³¹ Çavuşoğlu, Uyanık, Ayfer, Faktoring ve Özellikle Milletlerarası Hukukta Faktoring Sözleşmesi, Adana 2004, s. 35; Tercan, s. 432.

⁴³² Kocaman, Factoring, s. 13; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 31; Kocaman, Arif, B., "Factoring İşlemi Anlamı ve Dünya Factoring Uygulamasına Bir Bakış", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 46/3, Şubat 2015, ss. 127-130, s. 128; Ceran, s. 68; Akkanat, H., s. 894.

⁴³³ Toroslu, s. 6; Ceran, s. 68; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 36.

⁴³⁴ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 26; Akkanat, H., s. 895; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 36.

Teminat işlevi, satıcının sattığı malın sağlamlığından faktörün sorumlu olduğu anlamına gelmez. Bu durumda satıcının sorumluluğu devam eder. Faktor yalnızca alacak bakımından satıcının vade tarihinde acze düşmesi riskini üstlenir. Örneğin, müşteri tarafından üçüncü kişi borçluya satılan mal veya hizmetin ayıplı olması, alacağın varolmaması veya miktarına ilişkin olarak borçlunun ileri süreceği itirazlardan müşteri (satıcı) sorumludur⁴³⁵. Ancak alacağın devredilmesi ile borçlu ile faktor arasında doğan ilişki sebebiyle bu taleplerin faktöre karşı da ileri sürülmesi mümkündür. Zira TBK m. 188 hükmü borçluya bu itiraz ve def'ileri, alacağı devralan faktöre de yöneltme hakkı verir⁴³⁶. Müşteri, faktor ile olan iç ilişkide bu tür itiraz ve def'ilerin faktöre karşı yöneltilmesinden sorumludur. Dolayısıyla müşteri mala ilişkin riski taşır⁴³⁷.

Alacağın varlığına ilişkin olarak, borçlunun bir def'i, itiraz ya da karşı talep ileri sürmesi, alacağı faktöre devreden müşterinin alacağın varlığı üzerindeki taahhüdünü yerine getirmediği anlamına gelir (TBK m. 191). Alıcının bu türlü itirazları sonucunda ihtilaf çıkması hâlinde, ihtilafın çözümüne kadar, faktoring şirketince verilen, faktoring garantisi askıya alınır. İhtilaf sürecinin sonunda satıcı (müşteri) haksız çıkarsa, alacak, faktoring şirketince müşteriye (satıcı) geri temlik edilir. Alıcı (borçlu) haksız çıkarsa, faktoring şirketinin alacağın devri karşılığını oluşturan borcunu ödeme taahhüdü devam eder⁴³⁸.

Teminat işlevinin bulunduğu faktoring işlemlerinde, kural olarak bildirimli faktoring yolu izlenir. Buna göre, müşterinin alacaklarının faktöre devredildiği ve bu alacaklar için ödemenin faktöre yapılması gerektiği borçluya bildirilir⁴³⁹. Bu temlik ivazlı⁴⁴⁰ yani bir edim karşılığı (bu edim faktörün müşteriye yapacağı ön ödemedir) ve tahsil amaçlı⁴⁴¹ bir temliktir. Uygulamada müşterinin belirlenebilir alacakları faktöre

⁴³⁵ Kocaman, Yargıtay, s. 167; Kocaman, Factoring, s. 13; Tiryaki, s. 197; Toroslu, s. 7; Akkanat, H., s. 896; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 36: "Faktoringin seçimlik fonksiyonlarından garanti borcu taliki şarta bağlı bulunur. Vadede borçlunun aczinin varlığına bağlı olarak yürürlüğe girer. Alacakların, müşteri ve borçlu arasındaki ilişkilerden, alacağı doğuran temel ilişkiden, alaktan kaynaklanan sebeplerden ya da politik riskler, mücbir sebepler gibi nedenlerden tahsil edilememesi halleri de teminat fonksiyonunun kapsamı dışında kalmaktadır".

⁴³⁶ Kocaman, Savunmalar, s. 969. Satılan malın ayıplı olması durumunda müşterinin savunma haklarını ileri sürebilmesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, VI. B. 2.

⁴³⁷ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 35; Kocaman, Yargıtay, s. 168; Akkanat, H., s. 896.

⁴³⁸ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 26.

⁴³⁹ Kocaman, Factoring, s. 15.

⁴⁴⁰ Kocaman, Factoring, s. 21; Saraç, Yargıtay, s. 171.

⁴⁴¹ Saraç, Yargıtay, s. 178; Kazmacı, Uzun, s. 83.

toptan temlik edilir⁴⁴². Bu sayede, müşterinin yalnızca tahsil edilme kabiliyeti düşük olan riski yüksek alacakların faktore devredilmesi engellenir⁴⁴³. Teminat işlevinin üstlenilmesi karşılığında faktoring şirketi fatura değerinin %0,2 ile %0,4 arasında değişen teminat harcı alır⁴⁴⁴. Alıcının ödeme güçlüğü içerisine düşecek ödemelerini yapmaması veya yapmaktan kaçınması halinde ödeme vadesinden itibaren doksan gün içinde satıcıya (müşteriye) yapılır⁴⁴⁵.

Factoring şirketi teminat fonksiyonunu üstlenmeden önce müşterinin borçlularının ödeme güçlerini araştırır. Araştırma sonucunda bazı borçlular için olumsuz sonuç çıkması durumunda alacağı devralmayı reddetme hakkını saklı tutar. Böylece faktoring şirketi ödeme gücü bulunan borçlular bakımından ödememe riskini üstlenmiş olur⁴⁴⁶. Faktoring şirketinin alacağın devrini reddetme hakkı daha başlangıçta şüpheli alacaklar bakımından bulunmaktadır. Alacağın devrinin başlangıcında tahsili şüpheli olmadığı halde vade tarihinde tahsil edilemeyen alacağın reddi söz konusu olmaz⁴⁴⁷.

Factoring sözleşmesinin toptan alacak devri ile gerçekleştiği hallerde, faktorün sonradan bazı alacakların devrini reddetmesi durumunda bu alacağın tekrar müşteriye devri gerekir⁴⁴⁸.

Faktor teminat verme işlevi belirli limitlerle gerçekleştirilir. Bu limitlerin dışında kalan alacaklar için finansman sağlayamayabilir veya teminat vermeyebilir. Bu limitlerin dışında kalan, finansman ve teminat sağlanmayan alacakların tahsil amacıyla devredildiği kabul edilir⁴⁴⁹.

⁴⁴² Ahlaka ve kişilik haklarına aykırı düşmedikçe, gelecekteki muhtemel alacakların toptan temlikinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Gelecekteki muhtemel alacakların toplu temlikinin geçerliliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Aral, Fahrettin, "Topyekün Temlik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 42, Y. 1991-1992, S.1-4, ss. 93-140; Şener, s. 22. Toptan temlike ilişkin ayrıntı için bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1, a, aa.

⁴⁴³ Toroslu, s. 12; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 37; Kahraman, Z., s. 77.

⁴⁴⁴ Kocaman, Factoring, s. 14; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 37; Yılmaz, Ad., s. 59.

⁴⁴⁵ Kocaman, Factoring, s. 14; Ceran, s. 67.

⁴⁴⁶ Kocaman, Factoring, s. 13; Akkanat, H., s. 896.

⁴⁴⁷ Kocaman, Factoring, s. 33.

⁴⁴⁸ Kazmacı, Uzun, s. 83; Kocaman, Factoring, s. 19; Şener, s. 5.

⁴⁴⁹ Kazmacı, Uzun, s. 83.

3. İşgörme (hizmet) işlevi

Faktoringin tüm çeşitlerinde hizmet işlevinin yer alması zorunludur⁴⁵⁰. Alacakların devredilmesinden tahsil edilmesine kadar faktoring şirketince ifa edilmesi gereken çeşitli hizmetler bulunur. Bu hizmetler, alacak kayıtlarının tutulması, alacakların tahsili, tahsil edilme sürecindeki ihbar ve ihtarların yapılması, gerektiğinde alacağın cebri icra yoluyla takibi, müşteri için fatura düzenleme, borçluların muhasebesini (defterlerini) tutma, muamele vergisi ve provizyonları hesaplama, borçlunun hesap üzerindeki tüm hareketlerini, hesap özetlerini gönderme, müşteriye bilgilendirme, müşterinin ticaret yaptığı alanda arz ve talep durumunu araştırma, istatistik bilgilerini toplama, pazar, üretim ve reklâm politikaları hakkında danışmanlık yapma, fizibilite raporları hazırlamadır. Faktor ayrıca, satılan malı depolama, sigorta ve gümrük işlemlerini yapma ve nakliyesini gerçekleştirme faaliyetlerini üstlenebilir⁴⁵¹. Faktörün araştırmaları sonucunda tespit ettiği pazarlara müşterinin girmesi hususunda müşteriye bilgilendirir, rekabeti teşvik eder. Hem yurt içinde, hem de yurt dışında yer alan firmalar hakkında, inceleme yapar, muhtemel alıcı işletmelerin kredibilitesi hakkında istihbarat hizmeti verir⁴⁵².

II. Faktoring İşleminin Diğer Finansman İşlemleriyle Karşılaştırılması

A. Finansal Kiralama (Leasing) ile Karşılaştırılması

Finansal kiralama (leasing) sözleşmesi, kiracının finansal kiralama şirketine bildirdiği malın, finansal kiralama şirketince üreticisinden (satıcısından) satın alındığı ve mülkiyeti finansal kiralama şirketinde kalmak kaydıyla kira karşılığı belirli bir süre için kiracı firmaya verildiği işlemdir. Sözleşme süresinin sonunda kiracının belirli bir

⁴⁵⁰ Akkanat, H., s. 893; Kocaman, Factoring, s. 12; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 32: “İş görme fonksiyonu içinde vekalet ve hizmet olabileceği gibi bu tipik sözleşmelerin kapsamına girmeyen iş görme fonksiyonları da olabilir. O nedenle geniş anlamda bu zorunlu fonksiyonu iş görme fonksiyonu olarak açıklayabiliyoruz.”; Yılmaz, Ad., s. 62.

⁴⁵¹ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 29-30; Kocaman, Factoring, s. 12; Tiryaki, s. 197; Akkanat, H., s. 894.

⁴⁵² Oranlı, s. 19; Ceran, s. 67.

bedel ödemesi karşılığında malın mülkiyeti üzerinde kalabilir. Buna karşılık faktoring işlemleri, kısa vadeli alacakların faktore devredildiği, sürekli sözleşme niteliğinde, çeşitli sektörlerde faaliyet gösteren işletmelerin finansman ihtiyacını karşılayan bir finansman tekniğidir. Leasing işlemi ise yatırım malları ve dayanıklı tüketim mallarının finansmanında kullanılan orta ve uzun vadeli bir finansman yöntemi niteliği taşır. Özellikle enflasyonun yüksek olduğu ekonomilere sahip ülkelerde kuruluşların işletme sermayesi ihtiyaçlarını karşılamaya yardımcı olur⁴⁵³.

B. Forfaiting ile Karşılaştırılması

Forfaiting, ihracatçının, yurt dışına yaptığı vadeli bir satış sebebiyle oluşan, bono veya poliçe gibi bir kambiyo senedi, garanti mektubu ya da başka bir şekilde belgelendirilmiş alacaklarını, ihracatçıya veya bu belgelerin lehdarına rücu şartı bulunmaksızın forfaiter tarafından satın alındığı (istonto edildiği) bir işlemdir⁴⁵⁴. Forfaiting işlemi, yurt dışı satımlarda, alacağın tahsil edilmeme riskinin üstlenildiği bir finansman yöntemidir⁴⁵⁵.

Forfaiting, özellikle de, müşterinin 6 aydan 5 yıla kadar olan orta vadeli belgelere dayalı alacakların devri söz konusudur. Faktoring işlemlerinde 30 ilâ 180 güne kadar olan kısa vadeli alacakların devri yapılmaktadır. Gerçek faktoringte siyasal (yönetimsel) risk⁴⁵⁶ dışındaki riskler üstlenildiği halde, forfaitingte siyasal risk de dahil olmak üzere her türlü ödenmeme riski üstlenilir. Yine faktoring işlemleri ulusal ve uluslararası mal veya hizmet satışlarında kullanılırken, forfaiting işlemleri daha çok uluslararası mal ve hizmet satışları (ihracat) işlemlerinde kullanılır. Faktoring her türlü para birimi cinsinden gerçekleştirilirken forfaiting Dolar, Avro, İsviçre Frangı gibi güçlü ve istikrar kazanmış para birimleri ile gerçekleştirilir. Faktoringte en düşük

⁴⁵³ Yiğit, Mehmet, “Yeni Finansal Teknikler Ve Türkiye Uygulamaları”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 3, Kasım 1999, ss. 139-160, s. 141; Emek, Uğur, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Yeni Finansman Yöntemlerinin Uygulanabilirliği –Finansal Kiralama, Factoring-, Ankara 1994, s. 39; Toroslu, s. 25-26; Yiğit, s. 139; Emek, s. 26.

⁴⁵⁴ Erdemol, s. 65; Kocaman, Factoring, s. 27; Özdemir, Z., s. 210-211; Yılmaz, Ad., S. 130; Toroslu, s. 23-24, 123; Tekinalp, s. 492-493.

⁴⁵⁵ Erdemol, s. 65; Kocaman, Factoring, s. 27; Özdemir, Z., s. 210.

⁴⁵⁶ Politik risk: ithalatçı firmanın ülkesindeki devletin aldığı olağanüstü önlemler veya savaş, iç savaş, devrim, ayaklanma gibi politik olaylardır. Bkz. Toroslu, s. 45; Kocaman, Factoring, s. 27; Erdemol, s. 67-68; Yılmaz, Ad., s. 130 ve 132.

işlem tutarı mevcut değilken, forfaitingte en düşük işlem tutarı 100.000 USD'dir⁴⁵⁷. Bu nedenle, çoğunlukla daha büyük yapıdaki şirketler forfaitingi kullanır⁴⁵⁸.

Factoring işlemlerinde genellikle tahsil edilememe riskinin %80'i üstlenilmektedir. Gerçek olmayan faktoringte ise hiçbir risk üstlenilmez. Faktoring işleminde dış ticarete karşılaşılan kur farkı veya transfer riski gibi riskler ihracatçı tarafından üstlenilirken, forfaitingte forfaitist üzerinde kalır. Forfaitingte üstlenilen risk alacağın %100'üdür. Faktoring işleminin asıl amacı, müşteriye finansman sağlanması ile muhasebe, tahsil hizmetlerinin verilmesiyle, forfaitingte alacağın tahsil edilememe riskinin üstlenilmesidir⁴⁵⁹.

C. Banka Kredileri ile Karşılaştırılması

Factoring işleminin bir kredi (finansman) işlevi bulunsa da, banka kredileri ile faktoring birbirinden farklı finansman teknikleridir⁴⁶⁰. Banka kredi işlemlerinde müşterinin ekonomik durumu ve mal varlığı değerleri önemliyken, faktoring işlemlerinde müşterinin ekonomik durumu ve güvenilirliğinden ziyade, satış yaptığı üçüncü kişi borçlunun sağlamlığı önemlidir.

Factoring işlemlerinin temel unsuru olan hizmet görme edimi, banka kredi sözleşmelerinde bulunmaz. Yine faktoring sözleşmesinde, alacağın tahsil edilememe riski faktor tarafından üstlenilebilirken, kredi sözleşmesinde hasar ve risk müşteriye aittir. Banka alacağın tahsili için müşteriye yönelir. Banka kredilerinde süre yönünden bir sınırlama olmadığı halde faktoring işlemleri kısa vadeli alacakların finansmanında kullanılır⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Parboteeah, K. Praveen/Cullen, John B., International Business Perspectives From Developed and Emerging Markets, Newyork 2018, s. 340. (https://books.google.com.tr/books?id=uEYrDwAAQBAJ&pg=PA340&dq=using+export+factoring+benefit&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwiog9DMp6v8AhWYQ_EDHeXMAA44ChC7BXoECAkQCg#v=onepage&q=using%20export%20factoring%20benefit&f=false) ET. 03/01/2023.

⁴⁵⁸ Parboteeah/Cullen, s. 340; Bkz. Uluslararası Forfaiting Association FAI, <https://itta.org> web sitesi.

⁴⁵⁹ Toroslu, s. 125; Erdemol, s. 66-68; Yılmaz, Ad., s. 130.

⁴⁶⁰ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 18-19: "Alman Kredi Kanununda faktoringin kredi işlemleri arasında sayılmadığı,"; Kocaman, Factoring, s. 23.

⁴⁶¹ Kaya, s. 15.

D. İkrazaatçılık ile Karşılaştırılması

6361 sayılı Kanun m. 52/1'deki düzenleme ile birlikte, 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve ikrazaatçılık faaliyetleri de sona ermiştir. Yürürlükten kalkan 90 sayılı KHK m. 1/3⁴⁶² hükmünde ikrazaatçılığın tanımı yapılmış olup buna göre, ikrazaatçının kısaca ivaz karşılığında ödünç para verme işlemi olduğu söylenebilir.

Buna göre faktör, anonim şirket olarak kurulmakta iken ikrazaatçı gerçek kişidir. Faktoring işlemi birden fazla sözleşmeyi içinde barındıran karma nitelikli sözleşme niteliğinde iken, ikrazaatçılık işlemi ödünç sözleşmesi niteliğindedir.

Faktoring işlemlerinde mal ve hizmet satışına ilişkin alacaklar fatura ile belgelendirilmediği sürece kambiyo senedi bulunsa da devralınamazken, ikrazaatçılar kambiyo senetleri karşılık gösterilerek ödünç para verme konusunda serbesttirler⁴⁶³.

6361 sayılı Kanun ile birlikte 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmıştır (m. 52/1). Mezkûr Kanun'un geçici m. 5'e göre, 90 sayılı KHK uyarınca faaliyette bulunan ikrazaatçılar 6361 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile altı ay içinde bu kanunda sayılan faaliyetlerden birini yürütmek amacıyla BDDK'ya başvurabilirler. Bu süre içinde başvuruda bulunmayanlar faaliyetlerini sürdüremezler. Eski alacakların tahsilinden sonra yeni işlem alamazlar. BDDK'ya başvuruda bulunan ikrazaatçılar, Kurul'ca verilen izin ile faaliyetlerine 6361 sayılı Kanunda sayılan finans kurumlarından biri olarak devam edebilirler. Bu şekilde kurulacak şirketlerin 6361 sayılı Kanun m. 5/1-e hükmü ile getirilen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir. Kurul'a, Kanun'da belirtilen faaliyetlerde bulunacağına ilişkin başvurusu bulunmayan veya başvuruları sonucu izin alamayan ikrazaatçıların faaliyetleri başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Bu Kanuna göre gerçek kişiler tarafından sürdürülen ikrazaatçılık faaliyetlerinin ifası günümüzde mümkün değildir⁴⁶⁴.

⁴⁶² 90 sayılı KHK m. 1/3'e göre; "İkrazaatçılık, Hazine Müsteşarlığı tarafından verilen izin ile faiz veya başka bir ivaz karşılığı ya da ipotek almak suretiyle ödünç para verme veya ödünç para verme işlemine aracılık etme işlemi, ikrazaatçı da bu işlemleri yapmak konusunda kendisine faaliyet izni verilen gerçek kişi"dir.

⁴⁶³ Toroslu, s. 123; Örüm, Fethi, "İkrazaatçılık İle Factoring Farkı", Banka ve Finans Hukuku, Panel ve Seminer Notları, İstanbul 2008, s. 43-48; Yargıtay HGK. 03/11/2010 T. E: 2010/19-K: 2010/488 sayılı Kararı: Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin m. 22/2'de yer alan hüküm emredici nitelikte olup somut olayda davalı factoring şirketi anılan Yönetmeliğin aradığı şartları yerine getirdiğini ve davaya konu çekin, bir mal veya hizmet satışı sonucu temlik alındığını kanıtlayamamış olduğundan factoring şirketi çeki takibe yetkili değildir. (Saraç, Yargıtay, s. 618-623).

⁴⁶⁴ Kazmacı, Uzun, s. 39; Toroslu, s. 126.

E. İskonto İşlemi İle Karşılaştırılması

İskonto işleminde banka, müşterinin vadesi gelmemiş kambyo senedini devralır, senet miktarı üzerinden vadeye kadar hesaplanacak faiz ve diğer masraflar mahsup edilerek müşteriye ödeme yapılır. Bu işlem, bir tür kredi işlemidir. Müşterinin senedini vadesi geldiğinde tahsil edilmek üzere banka satın alır⁴⁶⁵. İşlem müşterinin senedi bankaya ciro etmesi ile gerçekleşir. Senedin karşılığının vadesinde tahsil edilememesi üzerine banka, senedi protesto ettirir ve keşideci, müşteri veya cirantalarla karşı yasal işlemlere başvurur⁴⁶⁶. Senedin borçlusu ve alacaklısının aynı şehirde olduğu hallerde senet iskontosundan, farklı şehirlerde olduğu hallerde ise senet iştirasından söz edilir⁴⁶⁷.

Ön ödemeli faktoring işleminde, iskonto işleminde olduğu gibi, vadeden önce müşteriye kredi sağlama özelliği iskonto işlemine benzetilebilir. Ancak faktoringte müşterinin alacaklarının toplu halde devri yapılmaktadır. Senet iskontosunda ise kambyo senetlerinin devri yapılmaktadır. Faktoring işlemlerinde yalnızca alacağa ilişkin kambyo senedinin devri yeterli değildir. Bunun yanında fatura ve diğer tevsik edici belgelerin de faktore devredilmesi gerekir (6361 sk. m. 9/2). Senet iskontosu işleminde banka senedi ciro eden müşterisini senedin tahsili için takibe geçme hakkına sahiptir⁴⁶⁸. Senet iskontosuna konu edilen senetlerin vadesi en çok 90 gün olduğu halde, faktoring işlemlerinde en çok 180 gün vadeli alacaklar devrolunur. Senet iskontosunda satıcının itibarına göre senedin iskonto oranı belirlenir. Faktoringte ise iskonto oranının belirlenmesinde satıcının itibarından çok borçlunun güvenilirliği önemlidir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Toroslu, s. 121; Talu, s. 33.

⁴⁶⁶ Kocaman, Factoring, s. 28; Toroslu, s. 122; Kazmacı, Uzun, s. 33.

⁴⁶⁷ Toroslu, s. 122; bkz. <https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=19909>. ET. 20/04/2024.

⁴⁶⁸ Kocaman, Factoring, s. 28; Talu, s. 33; Onursal, s. 65.

⁴⁶⁹ Kocaman, Factoring, s. 28; Toroslu, s. 122.

F. Akreditif ile Karşılaştırması

Akreditif işlemi uluslararası ticarete başvuru bir ödeme yöntemidir. Bu ödeme yönteminde tarafların yaptıkları sözleşmede “akreditifle ödenecektir” ibaresi yer alır. İthalatçı, kendi bankasına giderek satım bedelini bankaya yatırır. Buna karşılık ihracatçı malları sevk ettiğini gösteren belgeleri, kendi ülkesindeki aracı bankaya ibraz ettiğinde satım bedeli ihracatçıya ödenir. Akreditif, bankaların aracı kılınmasıyla ihracatçının bizzat kendisinin ithalatçının ülkesine gidip ihracata ilişkin belgeleri ibraz etmesine gerek kalmadan ödeme yapılmasını sağlar⁴⁷⁰.

Factoring işleminde alacağın devri yapılırken, akreditifte alacak tutarının satıcıya geçmesine aracı olma söz konusudur. Yine akreditif işlemine aracı olan banka ithalata konu edilen malın ayıplı olup olmamasına bakmaz. Yalnızca malların sevk edildiğini gösteren belgelerin ibrazını ister. Bu belgelerin ibrazı halinde ödeme yapma yükümlülüğü altındadır. Factoringte ise mal ayıplı çıktığında ithalatçı, factoring şirketine ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bu durumda faktörün müşterisine ödenen tutarı rücu etme hakkı bulunur. Akreditif işlemi için ithalatçının bankaya teminat vermesi gerekir. Ayrıca, akreditif masrafları ve komisyon ödemesi de gerekir. Factoring işleminde ise faktörün ödenmeme riskini üstlenmesi karşılığında masraflara ihracatçı katlanır. İthalatçıya finansman masrafı yüklenmediğinden, ihracatçı fiyat belirlemede avantajlı duruma geçer⁴⁷¹. Bu sebeple günümüzde uluslararası factoring akreditife tercih edilir.

⁴⁷⁰ Kocaman, Factoring, s. 30; Yılmaz, Ad., s. 131.

⁴⁷¹ Kocaman, Factoring, s. 30; Toroslu, s. 127; Ceylan/Korkmaz, s. 32; Onursal, s. 75; Yılmaz, Ad., s. 131.

III. Faktoring İşleminin Fayda Ve Sakıncaları

A. Faydaları

1. Müşteriye Sağladığı Faydalar

Faktoring işlemleri işletmelerin nakit ihtiyacını gidererek varlıklarını arttırır⁴⁷². Müşteriye kısa vadeli alacaklarının vadeden önce nakde çevrilmesini sağlar⁴⁷³. Müşteri, alacaklarını cari değeri üzerinden elde ettiği için kur artışı, fiyat ve faiz artışı ve borçlunun ödememe risklerinden korunur⁴⁷⁴. Nakit alım fırsatı sayesinde, hammadde veya mal alımında indirim yaptırarak maliyetini düşürür. Maliyetlerin düşürülmesi, işletmeye finansal yönden avantaj sağlar⁴⁷⁵. Faktoring ile devamlı nakit akışı sağlandığı için kredi kullanma lüzumu oluşmaz⁴⁷⁶. Faktoring işlemi yoluyla sağlanan finansman daha düşük maliyetli ve bürokratik işlemleri ticari kredilere göre daha kısadır. Bu sebeple daha çok tercih edilmektedir⁴⁷⁷.

Faktoringin finansman fonksiyonu yalnız müşteri için değil müşterinin borçluları için de faydalıdır. Borçlu müşteriden alımları için kredi kullanmak zorunda kalmamaktadır. Böylece banka kredi limitinden bağımsız olarak, müşteri daha fazla üretim ve satış yapabilmekte, borçlu da daha fazla alım yapabilmektedir. Satıcının müşterilerinin sipariş tekrarı düşük, müşteri sayısı fazla ise faktoring kullanımı ile rekabet üstünlüğü elde eder⁴⁷⁸.

⁴⁷² Şener, s. 4; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 7; Ceran, s. 68; Talu, s. 31-33; Onursal, s. 75.

⁴⁷³ Kocaman, Faktoring, s. 9 ve 31; Kahraman, Z., s. 74; Özkan, s. 554; Toroslu, s. 6; Onursal, s. 76; Şener, s. 5; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 7.

⁴⁷⁴ Kocaman, Faktoring, s. 9; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 22; Oranlı, s. 20; Toroslu, s. 19; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 7; Saraç, Yargıtay, s. 67.

⁴⁷⁵ Kocaman, Faktoring, s. 9 ve 32; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 22; Özdemir, Z., s. 205; Azarkan, s. 91; Şener, s. 6; Saraç, Yargıtay, s. 67.

⁴⁷⁶ Milenkovic, Tamara/Dencic, Kerkovic/ Mihajlov, Ksenija, "Factoring in the changing environment: legal and financial aspects", Social and Behavioral Sciences, 44 (2012), ss. 428 – 435, s. 435, (https://www.researchgate.net/publication/257716173_Factoring_In_the_Changing_Environment_Legal_and_Financial_Aspects), E.T. 11/12/2024; Villepin, s. 385; Tiryaki, s. 200; Toroslu, s. 6-19; Talu, s. 30; Onursal, s. 66; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 7-8; Saraç, Yargıtay, s. 69.

⁴⁷⁷ Özdemir, Z., s. 206; Erdemol, s. 63-65; Gökkaya, s. 6; Toroslu, s. 7; Saraç, Yargıtay, s. 68.

⁴⁷⁸ Toroslu, s. 8; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 7-9.

Faktoringin teminat fonksiyonunun da müşteriye faydaları bulunur. Bunlar, faktoring sözleşmelerinde müşterinin alacaklarının ödenmemesinin riskinin belli oranda veya tamamen faktore ait olacağının kararlaştırılması ile sözleşmede belirlenen oranda, piyasadaki alıcıların ödeme gücü ya da ödeme imkânsızlığı gibi riskler faktor üzerinde kalmaktadır. Faktorün bu riski üstlenmesi ile alacakların tahsil edilememesi durumunda müşteriye rücu imkânı kısmen veya tamamen ortadan kalkmaktadır. Faktoring işlemleri müşterinin kısa vadeli alacaklarının vadeden önce nakde çevrilmesini sağlarken, müşteriye borcun ödememe riskinden de korumaktadır⁴⁷⁹. Açık hesaplı satışlar kolay ve güvenli hâle gelir⁴⁸⁰. Şüpheli alacak ayırması gerekmez. Maliyet ve zaman yönünden kazanç sağlar⁴⁸¹. Uygulamada faktörler üstlendikleri bu riskler için sigorta yaptırabilmektedir⁴⁸².

Faktoringin iş görme fonksiyonu sayesinde, ilk olarak, işletme, alacaklarını faktoring şirketine devrettiği için idari ve kanuni takip süreçlerinden kurtulur. İşletmenin yöneticileri alacakların tahsili, satış kayıtları ve benzer diğer işlemleri yapmaz. Müşterinin, satış muhasebesi, faturalama ve defter kayıtlarını yapmaması büro ve personel giderlerinden, kredi bulma veya alacağını tahsil etme işlerini yapmaması zaman ve paradan tasarruf sağlar⁴⁸³. Faktorün müşteri hesaplarını tutması ile faktor hesapların bakiyeleri ile müşterilerin ödeme durumlarını izliyerek değerlendirme olanağı elde eder. Kayıtların günü gününe tutulması alacakların etkin bir biçimde denetlenmesini sağlar⁴⁸⁴.

Müşterinin pazarı tanınmasına yardım eder. Orta ve küçük işletmeleri yeni alıcılara tanıtır. Bu işletmelerin iç ve dış pazarlara girmesi kolaylaşır. Faktorün deneyimleriyle pazarı, ithalat ve ihracat, depolama koşullarını tanınması, işletmelerin mallarına alıcı bulmasını, emniyetli ticaret yapabilmesini, pazara girmesini sağlar. Alıcı ve satıcılar hakkında yapılan istihbarat sonucunda elde edilen bilgileri

⁴⁷⁹ Kocaman, Factoring, s. 9; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 22; Oranlı, s. 20; Toroslu, s. 19; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 7; Şener, s. 4-5; Saraç, Yargıtay, s. 67.

⁴⁸⁰ Toroslu, s. 20; Kahraman, Z., s. 74; Kocaman, Factoring, s. 9; Tiryaki, s. 200; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 23; Ceran, s.67; Onursal, s. 75.

⁴⁸¹ Oranlı, s. 21; Ceran, s. 67; Talu, s. 33.

⁴⁸² Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 9; Ölmez, İsa, Türkiye’de Faktoring ve Faktoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2012, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 61.

⁴⁸³ Martinek, s. 224; Kocaman, Factoring, s. 13 ve 31; Kahraman, Z., s. 74; Tiryaki, s. 197; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 23; Kaya, s. 7; Toroslu, s. 20; Ceran, s. 67; Onursal, s. 75; Akkanat, H., s. 894; Saraç, Yargıtay, s. 68-69; Erdemol, s. 5.

⁴⁸⁴ Talu, s. 31; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 10; Yılmaz, Ad., s. 87.

değerlendirerek, müşterinin riskli ticari ilişkilerden uzak kalmasını sağlar⁴⁸⁵. Müşterilerinin kredi değerliliğini araştırma masraflarından kurtulur.

2. İhracatçıya Sağladığı Faydalar

Yurt içi faktoringte müşteriye sağlanan faydaların tamamı, ihracatçı müşteriler için de geçerlidir. Bilhassa ihracatçı firmalar faktoring işlemi sayesinde dil sorununu aşmakta ve yeni piyasalara kolaylıkla girmektedirler. Bu sayede küçük ve orta büyüklükteki işletmelere yeni pazarlara girme imkânı verilmektedir. Böylece işletmelerin uluslararası alanda rekabet şansı artmaktadır⁴⁸⁶. Faktoring işlemi, akreditif gibi ihracat ve ithalat bedelinin ödenmesi yöntemlerinden maliyet ve bürokratik işlem bakımından avantaj sağladığı için daha fazla tercih edilir⁴⁸⁷. İhracatçı, alacağını devir anında elde eder. Vadeli satışlar için ilave finansman maliyetine katlanmak zorunda kalmaz. Faktoring işleminde yapılan ön ödeme döviz cinsinden olacağı için kambiyo taahhüdü kapatılabilir. Uluslararası işlemlerde mal sevkiyatını takiben düzenlenen döviz alım belgeleri ile ihracatçılar KDV iadelerini kısa süre içinde alabilmektedir⁴⁸⁸.

İthalatçıdan alacağın tahsil edilmemesi riski ihracatçı faktör üzerinde kalır⁴⁸⁹. İhracatçı firma dış pazarlar hakkında daha fazla bilgi sahibi olur. İthalatçıya erişim imkânı sağlar. Finansman, bilgi ve tecrübe imkânı olmayan KOBİ'lerin ihracat yapmasına olanak sağlar. İhraç edilen ürüne ilişkin kalite, sağlamlık, zamanında teslim gibi zorlayıcı unsurlar KOBİ'leri disiplin altına alır. İhracatçının sorunları faktoring şirketlerince kısa sürede çözülebilmektedir. Faktoring işlemlerinin sürece dâhil olması dış pazarda işletmelere avantaj ve üstünlük sağlar⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ Kocaman, Factoring, s. 32; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 23; Oranlı, s. 22; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 10; Saraç, Yargıtay, s. 68-69.

⁴⁸⁶ Villepin, s. 24; Özdemir, Z., s. 200; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 23; Tiryaki, s. 199; Yılmaz, Ad., s. 125.

⁴⁸⁷ Oranlı, s. 22; Onursal, s. 65; Yılmaz, Ad., s. 125.

⁴⁸⁸ Toroslu, s. 19; Yılmaz, Ad., s. 125.

⁴⁸⁹ Das, Subhamoy, Perspectives On Finacial Services, 2009 New Delhi, s. 316. (<https://books.google.com.tr/books?id=6UIEgDg5eSEC&pg=PA292&dq=using+export+factoring+benefit&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwi779Xtoqv8AhWySPEDHSnYA8sQ6AF6BAgIEAI#v=onepage&q=using%20export%20factoring%20benefit&f=false>). ET. 03/01/2023; Parboteeah/Cullen, s. 340; Yılmaz, Ad., s. 125.

⁴⁹⁰ Das, s. 304; Kaptan, Sanjay, Shankar/Telang, S. D., Innovativ Concepts in Finance, New Delhi 2002, s. 161, (<https://books.google.com.tr/books?id=z7jCU97zoskC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22S.+S.+>

İthalatçı faktoring işleminin garanti hizmeti sayesinde akreditif maliyetlerine katlanmak zorunda kalmaksızın muhabir faktöre ödeme yapar. Bu durum ithalatçının maliyetlerini düşürür ve ithalatı özendirir⁴⁹¹. Ödemenin kendi ülkesindeki muhabir faktörlere yapılması ithalatçıya zamandan ve paradan tasarruf sağlar. Yurt dışındaki ithalatçının alım gücünün artmasıyla faaliyet gösterdiği alanda pazar genişlemesi görülür⁴⁹².

İthalatçı muhabir faktoring şirketinin kendisine vereceği garanti ile kredi almak zorunda kalmadan vadeli ihtalat yapabilir. İthalatçının vadeli alım yapabilmesinde rekabet gücünü artırır.

B. Sakıncaları

Müşteri tarafından, faktoring şirketine, ön ödeme için finansman ücreti, diğer hizmetleri için komisyon ve alacağın ödenmemesi riski üstlenildiği için delkredere harcı ödenmektedir. Bu tutarlar faktoring işleminin, dolayısıyla işletme finansmanının maliyetini yükseltmektedir⁴⁹³. Faktoring işlemi ile sağlanan finansmanın kısa vadeli olup müşteri tarafından maliyeti ile birlikte kısa sürede faktöre ödenmesi gerekir⁴⁹⁴.

İşletmenin faktoring işlemleri hacminin yüksek olması, kredi değerlendirmesinde olumsuzluk olarak görülebilir. Vadeli alacağını vadeden önce nakde çeviren işletme, mali sıkıntı içinde olduğu izlenimi verebilir⁴⁹⁵. Bazı firmalar, faktoring şirketleri ile muhatap olmak konusunda tutucu olabilirler. İşletmelerinin tahsilat kabiliyetini ve likidite gücünü zayıflattığı kanısına vararak vadeli satış yapmaktan çekinirler⁴⁹⁶. Faktoring işlemi, finansal sıkıntı çeken şirketler için imdat freni olarak görülebilir. Ancak bu kanının aksine faktoring işlemleri finansal sıkıntı

[Kaptan%22&hl=tr&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=factoring&f=false](#)) ET.03/01/2023; Toroslu, s. 29; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 6.

⁴⁹¹ Toroslu, s. 28; Saraç, Yargıtay, s. 78; Das, s. 316.

⁴⁹² Toroslu, s. 20; Yılmaz, Ad., s. 89.

⁴⁹³ Shim, Jae K./Siegel, Joel G., Financial Management, Barron's Educational Series, 2008, s. 255; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 23; Oranlı, s. 23; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s.11; Yılmaz, Ad., s. 93.

⁴⁹⁴ Cobb, William R./Johnson M. L., Business Alchemy: Turning Ideas into Gold, AuthorHouse, 2012, s. 326.

⁴⁹⁵ Sarıgül, s. 5; Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 33; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 11.

⁴⁹⁶ Özkan, s. 554; Özdemir, Z., s. 207; Gökaya, s. 81; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 11.

içindeki şirketlerin iflas sürecini hızlandırmaktadır⁴⁹⁷. Faktoring işlemine konu edilen satışların tutarları küçük ve müşteri sayısı fazla ise işlemin operasyonel maliyeti yükselmektedir⁴⁹⁸.

Müşteri ile alıcı (borçlu) arasındaki hususi ilişkinin faktörün müdahalesi ile bozulacağı, alıcının ödemeler konusunda satıcının hoşgörüsünden yoksun kalacağı ileri sürülebilir⁴⁹⁹. Ancak bu işlem aynı zamanda ticari ilişkinin kurumsallaşmasını ve bu hoşgörünün kötüye kullanılmasını da engeller.

Faktoring işlemlerinin genellikle ülkenin belli bir bölgesinde uygulanmasının sonucu olarak, bu finansman tekniğini kullanmayan kesimde sektöre karşı olumsuz bir anlayış gelişebilir. Faktoring şirketlerinin istihbarat konusunda yetkinliğinin bulunmaması, kredi limitlerinin belirlenmesi, alacakların tahsili ve takibi hususunda sorunlara sebep olabilir. Ayrıca, faktoring şirketinin, alacak haklarının korunmasını sağlamak için gerekli girişimlerin yapılmasını sağlayacak nitelikte bulunması gerekir⁵⁰⁰.

IV. Faktoring Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

A. Tanımı

“Faktoring sözleşmesi”nin tanımı 6361 sayılı Kanun m. 38⁵⁰¹’de yapılmıştır. Buna göre faktoring sözleşmesi, müşterinin mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak alacaklarının faktoring şirketi tarafından devir alınması ile müşterinin alacaklarının tahsili, hesaplarının tutulması, finansman sağlanması veya faktoring garantisi verilmesi işlevlerinden tümünü veya en az birini içeren bir sözleşmedir.

⁴⁹⁷ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 24; Yılmaz, Ad., s. 94.

⁴⁹⁸ Toroslu, s. 21; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 11.

⁴⁹⁹ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 23; Yılmaz, Ad., s. 94.

⁵⁰⁰ Özdemir, Z., s. 207; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 11: “Amerika Birleşik Devletleri için yıllık en az 1.000.000 Amerikan Doları tutarında satış yapabilme şartı aranmaktadır. Avrupalı factoring kuruluşları için yıllık 100.000 Amerikan Doları satış kapasitesi yeterli görülmektedir.”

⁵⁰¹ 6361 sayılı Kanun m. 38: “Faktoring sözleşmesi mal veya hizmet satışından doğmuş, fatura ile tevsik edilen alacaklar ile kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren bir sözleşmedir”.

Kısaca, faktoring sözleşmesi, borçlularından olan alacak hakkını devreden satıcı (müşteri) ile faktoring şirketi arasında, tarafların hak ve yükümlülükleri ve hangi hizmetlerin sunulacağını belirlediği bir sözleşmedir⁵⁰². Sözleşmesinin temelini, müşterinin mal ve hizmet satışından doğan veya doğacak alacaklarının, faktoring şirketince bir bedel karşılığında devralınması ile müşteriye finansman sağlanması, hesaplarının muhasebeleştirilmesi, takip ve tahsil edilmesi ve borçluların (alıcı) ödeme gücünün garanti edilmesi oluşturur^{503/504}.

B. Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Ticari ve ekonomik hayatın gelişmesiyle, toplumun ve bireylerin günlük yaşamda tüm ihtiyaçlarını karşılayabilmesi, ortak isteklerinin gerçekleştirilmesinde sözleşmelerin payı çok önemlidir. Zamanla yeni boyut kazanan ihtiyaçlar, sözleşme ilişkilerinde de çeşitliliğe yol açmaktadır. Kanunlar ile her bir ihtiyaca uygun sözleşme tipi oluşturulmasının imkânsızlığı sebebiyle bireysel ve toplumsal ilişkiler için kanunda yer almayan isimsiz sözleşmelerin kurulması söz konusu olmuştur. Böylece ihtiyaçların karşılanması yanında taraflar için adil bir yol bulunmuştur⁵⁰⁵.

Bu gelişmeler, sözleşme hukuku alanında, kanunda yer alan sözleşmelerle, kanunda yer almayan sözleşmelerin kimi zaman ayrı ayrı, kimi zamanda aynı sözleşme içinde varlık gösterdiği yeni bir gelişmeye sebep olmuş, böylece, sözleşmelerin

⁵⁰² Özdemir, Z., s. 203; Kocaman, Yargıtay, s. 165: “Factoring sözleşmesi, kural olarak, factor ile müşteri arasında akdedilen, mal tesliminden veya hizmet ifasından ileri gelen kısa vadeli alacakların devamlı olarak satın alınmasına dair çerçeve sözleşmedir”.

⁵⁰³ Eren, İsimli Sözleşme, s. 88; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 13; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 21; Kazmacı, Uzun, s. 42.

⁵⁰⁴ Faktoring sözleşmesi, taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran bir genel alacak tahsili sözleşmesi olarak da nitelendirilebilmesine ilişkin görüşler için bkz. Rey, Heinz; Die Behandlung des Factoringvertrages im Schweizerischen Recht, in: Kramer (Hrsg), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl. 1992, s. 297. (Aktaran: Eren, İsimli Sözleşme, s. 88). Bu konudaki eleştiri için bkz. İkinci Bölüm, I, A.

⁵⁰⁵ Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 266; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 29; Gümüş, Özel Hükümler, s. 3.

içeriğinde serbestliğin gelişimi, tip özgürlüğünün doğmasını ve yeni tip sözleşmelerin hayata geçmesini sağlamıştır⁵⁰⁶.

Factoring sözleşmesi de, ekonomik gelişmenin ve ihtiyaçların sonucunda sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanılarak ortaya çıkan sözleşme türlerinden biridir⁵⁰⁷. Sözleşme özgürlüğü kavramı ise hukuk düzeninin sınırları içinde, kişilerin özel borç ilişkilerini, yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkileridir⁵⁰⁸. Sözleşmeyi yapan iradenin, bir sözleşmeyi yapıp yapmama veya içeriğini belirleme konusunda özgür olması olarak da tanımlanabilir⁵⁰⁹.

Factoring sözleşmesinin, isimli sözleşme mi, isimsiz –tipik, atipik- sözleşme mi olduğu, isimsiz sözleşme olduğu kabul edilir ise, isimsiz sözleşme türlerinden, karma sözleşme, bileşik sözleşme ve kendine özgü (sui generis) sözleşmeden hangisinin özelliğini taşıdığı, factoring sözleşmesinde yer alan alacak devirlerinin, karz-ödünç niteliğinde mi, satım sözleşmesi niteliğinde mi olduğu, sözleşmenin iş görme işlevinin, vekâlet, hizmet veya eser sözleşmesi nitelendirmelerinden hangisine dâhil olacağı tartışılmaktadır.

Öncelikle bu kısımda ele alınacak konu, factoring sözleşmesinin isimli sözleşme veya isimsiz sözleşme nitelendirmesi olacaktır. Bu nitelendirmenin doğru yapılması, bu sözleşmelerin tamamlanması, yorumlanması ve uygulanacak hukuk kurallarının tespiti bakımından önem taşımaktadır.

2. İsimli Sözleşme-İsimsiz Sözleşme Ayrımı Bakımından Değerlendirme

Öğretide factoringin hukuki niteliğine ilişkin görüşler, alacak satımı, karz (kredi-ödünç) ve karma sözleşme olmak üzere üç grupta toplanmıştır. Alman öğretisinde yer verilen bir görüşe göre, gerçek factoringte borçlunun ödememe riskini factoring şirketi üstlenir. Tahsil edilemeyen alacakların müşteriye rücu edilmesi söz

⁵⁰⁶ Oğuzman/Öz, C. I, s. 23-24; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 25, İstanbul 2014, s. 133; Nomer, s. 56; Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, s. 20; Antalya, Genel Hükümler, s. 55; Eren, Genel Hükümler, s. 340; Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 526-527; Eren, Özel Hükümler, s. 20; Akıntürk/Ateş, s. 42-43.

⁵⁰⁷ Oranlı, s. 34; Yılmaz, Ad., s. 97.

⁵⁰⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 948; Antalya, Genel Hükümler, s. 125.

⁵⁰⁹ İnan/Yücel, s. 76; Işıktac, s. 311.

konusu değildir. Müşterinin doğacak ve doğmuş alacaklarını faktoring şirketine devri, buna karşılık, faktoring şirketinin belli bir bedel ödeme yükümlülüğünün bulunması sebebiyle gerçek faktoringte alacak satımının varlığı kabul edilmektedir⁵¹⁰.

Gerçek olmayan faktoringte ise borçlunun ödememe riskini faktoring üstlenmemektedir. Alıcının borcunu vadesinde ödemediği takdirde, faktoring şirketince alacak müşteriye yeniden devredilmekte, müşteride alacakların karşılığında aldığı ödemeyi faktore iade etmektedir. Risk oluştuğunda alınan ödemenin geri verilmesi, kredi karşılığında faizin işletilmesi, alacak miktarının kredi limitinin belirlenmesinde esas alınması, ödemenin “ödünç” olarak verildiği yönünde kabule sebep olmuştur⁵¹¹.

Gerçek faktoringte ödünç sözleşmesinin varlığını kabul eden görüşe göre, alacağın devri “ifa yerine⁵¹²” yapılmaktadır. Gerçek olmayan faktoringte ise, ödünç karşılığında alacağın devri “inançlı devir” niteliğindedir ve “ifa uğruna” yapılmaktadır. Faktor müşteriye kredi vermiştir ve alacağın tahsilini üstlenmektedir. Alacağın tahsili için yapılan işlemler işgörme edimi niteliğindedir⁵¹³. Tahsilin gerçekleştirilmediği durumlarda faktor ön ödeme tutarını müşteriye rücu eder.

Diğer görüşe göre, gerçek faktoringte ön ödeme bağımsız bir “geri ödeme” yükümlülüğünün tesisi için ödenmemekte, faktore temlik edilen alacağın “karşı edimi” olarak ödenmektedir. Dolayısıyla ön ödeme ile temlik taraflar arasındaki borç ilişkisinde mübadeleyi oluşturmaktadır. Yani burada alacağın devri borçlanılmış olan

⁵¹⁰ Beale Hugh/Bridge, Michael/Gullifer, Louise/Lomnicka Eva, The Law of Security and Title-Based Financing, OUP Oxford, 2012, s. 2137; Serick, Rolf, Rechtsprobleme des Factoring-Geschaeftes, BB 1976, s. 429. (Aktaran; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 58); Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 39; Kocaman, Factoring, s. 21-22; Kocaman, Yargıtay, s. 165.

⁵¹¹ Dahan, Frederique, Research Handbook on Secured Financing in Commercial Transactions, Edward Elgar Publishing, Haziran 2015, s. 219; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 48; Kocaman, Factoring, s. 21-22; Akyol, Banka, s. 20; Dayınlarlı, Kemal, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 1993, s. 35.

⁵¹² Bilgiç, s. 414; “Borç ilişkisinde tarafların kararlaştırdıkları edim yerine başka edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması mümkün olup söz konusu edimin ifa edilmesiyle birlikte borcun sona erip ermemesine göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. İfa yerine edimde, borçlu alacaklının rızası ile borçlandığı edim yerine bir başkasını ifa ederek borcundan kurtulur. İfa uğruna edimdeyse, borçlanılan şey yerine verilen ile borç hemen sona ermez, borcun sona ermesi için borçlanılan şey yerine verilenin paraya çevrilerek tahsil edilmesi gerekir.” İfa yerine edim ile ifa uğruna edim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Borcuoğlu/Altop, s. 1014-1015; Aksoy, s. 145-146: “İfa yerine devirde; alacağı devreden kişi, devralana karşı borçlu, ancak üçüncü bir kişiden alacaktır. Devreden, devralana olan borcunun ifası için üçüncü kişiden olan alacağını devralana vermektedir. Yani devreden, borcunu sözleşme konusu edimi ifa ile değil, başka bir edimi yerine getirerek ifa etmiş olur. Bu halde, devreden devralana olan borcu, alacağın devri anında sona erer. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, devirler ifaya yöneliktir.”

⁵¹³ Kocaman, Yargıtay, s. 165; Akyol, Banka, s. 22; Tekinalp, s. 366; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 48; Kazmacı, Uzun, s. 98; Şener, s. 20; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 39.

ifadır. Karşı taraf için de bu ifayı “ön ödeme” oluşturur. Bu nedenle gerçek faktoringte alacağın devrinin “ifa yerini tutan edim” olarak nitelendirilmesi yerinde değildir⁵¹⁴. Gerçek olmayan faktoringte de, gerçek faktoringte olduğu gibi, müşterinin alacağı sağlama yükümlülüğü ve faktörün ön ödeme yükümlülüğü karşılıklı edimleri oluşturur⁵¹⁵.

Doktrinde, TBK m. 191/1’de alacağı devredenin garanti yükümlülüğü bulunduğu halde, gerçek faktoringde rücu edilememe koşulunun bulunmasından hareketle, “satım görüşü”nün savunulması imkânının kalmadığı ileri sürülmüştür⁵¹⁶. Çünkü gerçek faktoringte müşteri, bir edim karşılığında -ön ödeme- faktoring şirketine alacağını devretmekte, borçludan alacağın tahsil edilememesi durumunda müşterinin sorumluluğuna gidilememektedir.

Bilindiği gibi, TBK m. 191/1’e göre, “Alacağın bir edim karşılığında devri halinde, alacağı devreden, devir anında alacağın varolduğunu ve borçlunun borcu ödeme gücünün olduğunu garanti etmiş olur”. Ancak bu hüküm emredici değildir. Taraflarca ivazlı devirlerde de, devredenin garanti yükümlülüğünün bulunmadığı kararlaştırılabilir⁵¹⁷. Böylece gerçek faktoring sözleşmesinde müşterinin alacağın tahsil edilememe durumunda yükümlülüğünün bulunmadığı kararlaştırılabilir. Dolayısıyla bu hükümden yola çıkılarak gerçek faktoring işleminin satım niteliğinde olup olmadığına karar verilemez.

Gerçek olmayan faktoring sözleşmesinde ise alacağın tahsil edilememesi halinde müşteriye rücu imkânı bulunur⁵¹⁸. Müşteri borçlunun ödeme gücü olduğunu garanti etmektedir. Alacağın varlığının devreden tarafından garanti edilmesi hem gerçek faktoring hem de gerçek olmayan faktoring için geçerlidir.

⁵¹⁴ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 93; Şener, s. 26.

⁵¹⁵ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 98; Şener, s. 26.

⁵¹⁶ Kocaman, Savunmalar, s. 967; ayrıca, bkz. Kocaman, Arif, B., “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, ss. 529-548, s. 538: “Gerçek faktoringin hukuki niteliğini açıklamakta, 818 sayılı BK m. 169/I-II’den yararlanılmaktadır. Çünkü ivazlı temlikte temlik eden ayrıca taahhüt etmedikçe alacağın sağlamlığından sorumlu olmadığı için bu sorumluluk temellük eden faktörde kalmaktadır ve faktörün borçlunun ödeme gücünden sorumluluğu üstlendiği “gerçek faktoring” de ivazlı temlik, yani temlikin hukuki sebebinin satış olduğu bir durumun söz konusu olduğu bu nedenle gerçek faktoringin hukuki niteliğinin satım unsuru ile birlikte bir ‘karma sözleşme’ olduğu kabul edilmektedir. İvazlı temlikte temlik edenin alacağın sağlamlığından da sorumlu olması halinde gerçek faktoringin hukuki niteliği alacağın temlikine ilişkin hükümlerle izah edilemeyecektir.”

⁵¹⁷ Kocaman, Savunmalar, s. 967.

⁵¹⁸ Toroslu, s. 14; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 30.

Factoring sözleşmesi, içerisinde alacağın devrine de yer veren bir sözleşme olsa da, alacağın devri müessesesinden bazı noktalarda ayrılmaktadır. Factoring sözleşmesi ile faktor alacağı yalnızca tahsil amacıyla devralmaktadır. Alacağın devrinin ise ifa yerine veya ifa uğruna gibi farklı amaçlarla yapılması mümkündür. Müşteri mal ve hizmet sonucu doğan alacağını toptan bir şekilde factoring şirketine devreder. Bu devir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu halde, faktörün gelecekte doğacak alacağı devralma borcu taahhüt işlemi niteliğinde olduğundan ve diğer hizmet borçları bakımından (tahsil, bilgi verme vs.) sözleşmede borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi bir arada bulunur.⁵¹⁹

Factoring işlemi içinde yapılmayan toptan alacak devri, Türk Borçlar Kanunu'na dayanan ve bu Kanun hükümlerine göre akdedilen alacağın devri sözleşmesinden doğar. Factoring sözleşmesi içinde yapılan toptan alacak devri ise tahsil, finans, teminat amaçlarıyla akdedilen factoring sözleşmesine dayanır.⁵²⁰

Alacağın devri ivazlı veya ivazsız yapılabilirken, factoring sözleşmesi içinde yapılan devir işlemi ivazlı olarak yapılabilir. Factoring sözleşmesinde alacağın devri borcunu doğuran sözleşme karşılıklı olarak iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Müşterinin borcu alacağın devredilmesi, faktörün borcu ön ödemenin yapılması ile sözleşmede kararlaştırılan diğer edimlerin ifasıdır. Bu niteliği ile alacağın devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilmelidir⁵²¹. Factoring sözleşmesinin geçersiz olması hâlinde, alacağın devrinin de sebebi ortadan kalkar ve devir geçersiz hâle gelir⁵²².

Türk Borçlar Kanunu m. 183/1 uyarınca, kanun, sözleşme veya işin niteliği gereği yasaklanmış olmadıkça her türlü alacağın devri mümkündür. Alacağın konusu veya hangi sebeple doğduğunun önemi bulunmamaktadır. Factoring sözleşmesinde

⁵¹⁹ Bilgiç, s. 416; Akyol, Banka, s. 20-21: “Alacağın temlikinde alacaklı, alacağını bir üçüncü kişiye temlik ile borcunu ifa etmeyi veya kredi vermeyi amaçlar. Alacağın temliki bir alacakta saf bir tasarruf işlemi iken, factoring karmaşık, karma muhtevalı başka bir sözleşmedir.” ve 24: “Factoring sözleşmesinin amacı kredi açmak ya da kredi vermek değildir. Müşterinin mevcut alacaklarının tahsil edilmesi istenmektedir. Ancak tahsilattan önce yapılan ön ödeme kredi işlevi görmektedir. Faktor banka olmadığı, halktan para toplamadığı için bankaların olduğu sıkı biçim koşullara bağlı kredi işlemi yaptığından söz edilemez”; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 62: “Alacağın temliki akdî bir muameledir. Alacağın temlikinin akdî niteliği, hem temel ilişkideki borçlandırıcı muameleyi, hem de tasarruf muamelesi yönünden geçerlidir. Temel ilişki, bir satış veya bağışlama veya teminat veya tahsil amacıyla yapılmış bir inanç sözleşmesi olabilir.”

⁵²⁰ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 47; Akyol, Banka, s. 22; Günergök, s. 15.

⁵²¹ Bilgiç, s. 416; Günergök, s. 15.

⁵²² Kazmacı, Uzun, s. 96; Factoring sözleşmesinde alacağın devrinin sebebine ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1, a, aa.

devredilen alacağın ise müşterinin mal ve hizmet tesliminden doğan para alacağı olması ve mevzuatta belirtilen şekilde belgelendirilmiş olması gerekir⁵²³.

Öte yandan, mevzuatımıza baktığımızda faktoring sözleşmesinin nitelendirmesi farklılık içermektedir. 90 Sayılı KHK m. 3 ve 1994 tarihli mülga Yönetmelik m. 1⁵²⁴ 'de, faktoringin finansman işlevinin zorunlu tutulduğu görülmektedir. Aynı zamanda faktoring işlemleri, mevzuatta ilk kez 90 Sayılı KHK kapsamına alınarak devlet tarafından da ödünç para verme işlemi olarak kabul edilmiştir.

Ancak daha sonra faktoring işlemleri, 6361 sayılı Kanun kapsamına alınmış, bu Kanun'un m. 38'de yer alan tanımda, 1994 tarihli Yönetmelikte yapılan tanımın aksine, faktoringin Dünya⁵²⁵ standardında yapılan tanıma yakın şekilde, "alacakların devralınması sonucunda, tahsilat, finansman veya garanti fonksiyonlarından sadece birini veya tamamını içerebileceği" belirtilmiş, dolayısıyla finansman işlevi zorunlu olmaktan çıkarılmıştır.

Diğer yandan, Faktoring Derneği'nin hazırladığı, "Faktoring Eğitim Programı El Kitabı"nda, Türkiye'de uygulanan yurtiçi faktoring işlemlerinin, "Bildirimsiz, Rüculu Faktoring" olduğu, bu çerçevede, müşteriden alacağa ilişkin fatura kopyaları ile alıcı (borçlu) tarafından verilmiş çek/senetlerinin alınması karşılığında, müşterinin finanse edildiği ifade edilmiş, bu özelliği ile finansman hizmetinin faktoring sözleşmesinin esaslı unsuru olarak uygulandığı belirtilmiştir⁵²⁶.

6361 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra faaliyete başlayan Finansal Kurumlar Birliği tarafından yayınlanan e-broşürde⁵²⁷; yurtiçi faktoringte, finansman ve tahsilat hizmetlerinin verildiği, rüculu (garantisiz) faktoringin yaygın olarak uygulanmakta olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, 6361 sayılı Kanun m. 38'de,

⁵²³ Kazmacı, Uzun, s. 104; Bilgiç, s. 416.

⁵²⁴ 1994 tarihli mülga, "Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkındaki Yönetmelik" m. 1 hükmünde, "Mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak, finansman sağlayan şirketlerin" faktoring şirketi olduğu belirtilmiştir.

⁵²⁵ "Herhangi bir tedarikçinin alacak hesabını finansman amaçlı olsun ya da olmasın alacak defteri tutma, alacakların tahsilinin takibi ve şüpheli alacaklara karşı koruma hizmetlerinden herhangi birisinin alınması amacıyla bir faktoring şirketine temlik etmesi." Bkz. <https://fci.nl/en/about-fci>. ET. 14/08/2022:

⁵²⁶ Uyanık, Yüce, "Yurtiçi Faktoring ve Türkiye", Faktoring Yazıları, 2003, https://web.bogazici.edu.tr/uyanik/Boun/Faktoring/Entries/2010/8/8_Yurtici_Faktoring_ve_Turkiye.html Bkz. ET. 29/05/2024.

⁵²⁷ Bkz. <https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/e-brosur-257.pdf> E.T. 29/05/2024.

faktoring sözleşmesinde, finans işlevinin, kararlaştırılmayabileceği belirtilse de, uygulamanın daima finans hizmetini içerdiği görülmektedir.

Ayrıca, faktoring işlemleri, Bankacılık Kanunu ile BDDK'nın görev alanına alınmış, işlemleri bankacılık işlemi yönünde değerlendirilerek, faktörlerin faaliyetleri sonucunda alınan para Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi'ne (BSMV)⁵²⁸ tabi tutulmuştur.

Yukarıda sırasıyla anlatılan faktoringin finans işlevine ilişkin gerek mevzuat, gerekse uygulama göz önünde bulundurulduğunda, faktoring sözleşmesinin bir ödünç (kredi) sözleşmesi olduğu kabul edilebilecek midir?

Bilindiği gibi, faktoring işleminin gerçekleştirilmesi için bir satıcının (müşteri), mevcut bir alacağını, faktoring şirketine devretmesi ve faktoring şirketinin de, bu alacağın tahsili hizmetini üstlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, satıcı (müşteri) alacak hakkını faktoring şirketine devretmekte, bu devir karşılığında faktoring şirketi, müşteriye borçlanmaktadır. Buna göre, müşteri, artık faktörden alacaklı, faktor ise alıcıdan yani müşterinin başlangıçta mal sattığı borçludan alacaklıdır. Müşteri ile faktoring şirketi arasındaki sözleşmeye bağlı olarak faktoring şirketi, müşteriye olan borcunu, alacağın vade tarihi gelmeden önce ödeme yaparak kapatabilir. Böylece borcun vadesinden önce müşteriye ödeme yapan faktor, vadeden önce yaptığı bu ödeme için, bir iskonto elde eder. Yine sözleşmeye göre kısmen ödeme yapmış olursa, faktor hala müşteriye kısmen borçlu kaldığı için, borcun geri kalanını alacağı tahsil ettiğinde ödemelidir.

Buna göre, müşterinin alacağını devretmesiyle faktor daima müşteriye borçlu kalmaktadır. Bu sözleşme, şayet bir ödünç (kredi) sözleşmesi olsa idi, buradaki durumun aksine, müşterinin faktöre borçlu olması gerekmektedir.

Gerçek olmayan faktoringde, alacağın devri işleminin dayanağını oluşturan borçlandırıcı işlemin, “ödünç sözleşmesi” olduğunu kabul eden görüş⁵²⁹, alacağın devrinin teminat amacıyla yapıldığını kabul etmektedir. Ancak burada inançlı devir veya teminat amacıyla yapılmış bir devirden bahsedilemez. Devrin amacı teminat olsa

⁵²⁸ Maliye Bakanlığı, faktoring işlemleri neticesinde alınan paranın BSMV'ne tabi olacağı konusunda görüş bildirmiştir. Bkz. 15/06/2020 tarihli ve 66813766-180[6802-2019/2]-163477 sayılı özelge. Ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 2, f.

⁵²⁹ Kocaman, Yargıtay, s. 165; “Alacaklar faktöre mümkün olduğunca tahsil edilmesi için geçirilmektedir. Factor bunu başardığı ölçüde müşterinin kredi borcu sona erer.”; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 90; Tercan, s. 433; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 35; “Alacaklı ile factor arasında kredi anlaşması yapılmıştır. Bu durumda alacağın temliki, kredinin iadesi ve garanti işlevinin yerine getirilmesi için yapılmıştır.”

idi, ödünç veren alacağını ödünç alandan talep edecek, ödünç alandan tahsil edilememesi halinde, devredilen alacağın borçlusundan talep edilmesi gerekirdi. Buna karşın, gerçek olmayan faktoringde, faktor, öncelikle devralınan alacağın borçlusuna yönelmektedir⁵³⁰.

Dolayısıyla, faktoring işlemlerinin sonuçlandığı zamana kadar, alacakların varlığını sürdürmesi ve müşteri-faktor ilişkisinde kredilendirilen tarafın faktor olması sebebiyle, faktor tarafından yapılan ön ödemenin, satıcıya verilen bir kredi olarak nitelendirilmesi veya “teorik olarak” ödünç para verme işlemi kapsamına alınması mümkün değildir⁵³¹.

Factoring şirketinin, ön ödeme yapması ve alacağı tahsil edememesi durumunda, alacağı yeniden satıcıya devrederek, yapılan ön ödemeyi faizi ile birlikte geri alır. Bu işleyişe göre, faktoring ödünç sözleşmesi olmaktan uzak kalmaktadır⁵³².

Sonuç olarak, belirtilen özellikler göz önünde bulundurulduğunda, faktoring sözleşmesinin hukuki niteliğinin alacak devri unsurlarını içinde barındırsa da tek başına alacağın devri olarak veya ödünç (karz) sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir.

3. İsimli Sözleşme Türleri Bakımından Değerlendirme

Factoring sözleşmesi, Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan sözleşme ve tip özgürlüğü ilkesine dayanılarak ekonomik gelişmenin ve ihtiyaçların gerektirdiği, sözleşme türlerinden biridir⁵³³. Bu sözleşme, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiştir. 6361 sayılı Kanun’da ise faktoring sözleşmesinin tanımı yapılmış

⁵³⁰ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 90; Akyol, Banka, s. 22: “Tahsil amacıyla alacağın temlikinde, temlik eden alacağının tahsil edilmesi için inançlı temlik yapmıştır. Temlik alan borçludan alacağı tahsil edince tahsil ettiği miktarı alacaklıya vermek zorundadır. İşte bu inançlı temlik, factoring işleyişine benzerdir.”; Şener, s. 20: “Yazar gerçek faktoring işleminde ve gerçek olmayan faktoring işleminde alacağın devrinin teminat amacıyla yapıldığını kabul etmekle birlikte faktörün ilk planda önce borçluya yönelmesi gerektiği belirtilmektedir.”; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 37: “bu durumda factor, üçüncü şahıs borçlunun kişiliğinde birinci derecede müracaat edebileceği bir kimseyi elde etmiş olmaktadır. Bu üçüncü şahsın aceze düşmesi halinde ise ödünç alana müracaat etmektedir.”

⁵³¹ Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 26; Uyanık, Yüce, Faktoring Kredi Mi?, Faktoring Yazıları, Ocak 2003. (http://web.boun.edu.tr/uyanik/Boun/Factoring/Entries/2010/8/8_Factoring_Kredi_Mi.html, E.T. 15/01/2025); Kocaman, Factoring, s. 23-24: “Gerçek olmayan faktoring işleminde ön ödeme (avans) kredi olarak görülebilirse de, faktoring işleminin Bankalar Kanunu anlamında bir bankacılık işlemi olmadığının kabul edilmesi gerektiği, burada ekonomik anlamda bir kredi sağlama söz konusu olsa da hukuki açıdan bir kredi verme olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.”

⁵³² Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 26; Kocaman, Factoring, s. 24.

⁵³³ Oranlı, s. 34; Yücer, Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 34.

(m. 38), ancak sözleşmenin diğer unsurları bu Kanunda veya başka bir kanunda açıklanmış değildir. Bir sözleşmenin yalnızca tanım olarak bir kanunda yer almasının sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmediği kabul edilmektedir⁵³⁴. TBK m. 27'nin sınırları içinde, taraflarca oluşturulan yeni bir sözleşmenin esaslı noktaları kanunda düzenlenmiş unsurları belli bir yoğunluk taşııyorsa bu sözleşme isimsiz sözleşme olarak nitelendirilir⁵³⁵.

Factoring sözleşmesinin isimli sözleşme olup olmadığının belirlenmesi için, esaslı unsurun ne olduğunun açıklanması gerekir. Esaslı unsur, yani “essentialia negotii” kavramı, sözleşmenin doğası gereği var olması gereken, o sözleşmenin oluşması için olmazsa olmaz, “conductio sine qua non” noktalarıdır⁵³⁶. Örneğin, bir satış sözleşmesinde satış sözleşmesinin konusu yani satılan şey ve satılanın fiyatı – satış parası-, kira sözleşmesinde kiralanan ile kira bedeli, bağışlamada bağışlayanın karşılıksız olarak mülkiyeti devredilen eşya, objektif esaslı noktalarıdır.

Sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan hususlar ise sübjektif noktalar olarak tanımlanmakta olup⁵³⁷, o sözleşmenin isimli sözleşme veya isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesinde, esaslı unsurların dışında kalan noktaların bir rolü bulunmamaktadır⁵³⁸. Zira sözleşmenin esaslı noktaları onun temelini şekillendirme fonksiyonu taşır.

Bunun yanında sözleşmenin içeriğinde yer alan asli edim yükümlölüklerinin kısmen veya tamamen isimli bir sözleşmenin emredici hükümleriyle örtüşmesi dikkate alınır. Örneğin, bir satış sözleşmesinde montaj şartı asli edim yükümlölüğü olarak kararlaştırılmışsa artık sıradan bir satış sözleşmesi değil, satış sözleşmesini eser sözleşmesiyle birleştigi isimsiz sözleşme söz konusu olur⁵³⁹.

6361 sayılı Kanun'un amacı m. 1⁵⁴⁰'de düzenlenmiş ve m. 38/1⁵⁴¹'de factoring sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Doktrinde bir görüş, bu tanımın, factoring sözleşmesinin esaslı unsurlarını açıklamaktan uzak, kısıtlı ve dar bir tanım olduğu, zira

⁵³⁴ Gümüş, Genel Hükümler, s. 4; Eren, Genel Hükümler, s. 946; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 33.

⁵³⁵ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 5; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 36.

⁵³⁶ Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 264-265; Eren, Özel Hükümler, s. 946; Antalya, Genel Hükümler, s. 298, Gümüş, Genel Hükümler, s. 4.

⁵³⁷ Antalya, Genel Hükümler, s. 299.

⁵³⁸ Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 267; Oğuzman/Öz, C. I, s. 72.

⁵³⁹ Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 265; Arat, s. 241; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 36.

⁵⁴⁰ 6361 sayılı Kanun m. 1⁵⁴⁰'de, “finansal kuruluş olarak faaliyet gösteren finansal kiralama, factoring ve finansman şirketlerinin kuruluş ve çalışma esaslarını düzenlemektedir.”

⁵⁴¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A.

tarafların hak ve borçları, sözleşmenin sona erme yolları gibi unsurların açıklanmadığı hususları göz önünde bulundurularak, bu eksik tanım ile faktoring sözleşmesinin isimli sözleşmeler arasında yer almasının mümkün olmadığı belirtilmiştir⁵⁴².

Diğer bir görüş ise 6361 sayılı Kanun m. 38’de yer verilen sözleşmenin tanımında, esaslı unsurların oluşturulduğu, bu sebeple faktoring sözleşmesinin isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁵⁴³.

Mezkûr Kanun m. 38’de yer alan tanım faktoring sözleşmesinin esaslı unsurlarının bulunup bulunmadığı yönünden incelenirse, sözleşmenin temelinde satıcının alacağın devri yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmakta, bunun karşılığında faktorün karşı edimi kapsamında, ücret, faiz, komisyon, gibi, yükümlülüklerinin olup olmadığı, faktoring şirketinin iş görme işlevinin içeriği ile bu işlevinin niteliği, finans ve garanti işlevlerinin karşı edimlerine yer verilmediği, bu sebeple, sözleşmenin taşınması gereken asgari unsurları ve bu sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti bakımından yetersiz olduğu ve faktoring sözleşmelerinin “isimsiz sözleşme” olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, faktoring sözleşmesi isimsiz sözleşme olsa da, iş hayatının gereklilikleri içinde, çok sık akdedilmekte, sözleşmenin unsurları, tarafların yükümlülükleri, neticeleri gibi esaslı unsurları yönünden teamülün olduğu, gerek yargı kararları gerekse doktrinin süzgecinden geçmiş, “tipik” isimsiz sözleşme türünü oluşturmaktadır⁵⁴⁴. Yargıtay kararlarında⁵⁴⁵ ve bazı yazarlar⁵⁴⁶ tarafından ise faktoring sözleşmesi atipik sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Ancak Yargıtayın faktoring

⁵⁴² Kazmacı, Uzun, s. 50; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 264; Eren, Özel Hükümler, s. 1001-1002; Kaplan, İbrahim, “Faktoring Sözleşmesi İle Teminat İçin Alacağın Temlikli Arasındaki Hukuki İlişki”, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1(2), 2016, ss. 47-53, s. 49; Saraç, Yargıtay, s. 140; Yargıtay. 15. HD., 04/03/2015 T., E. 2014/2532, K. 2015/1152, Yılmaz, Yücesoy, Yasemin, Hukuki Açısından Faktoring İşlemi, Ankara 2018, s. 85; Yargıtay 19. HD., 01/02/2012 T., E. 2011/7613, K. 2012/1288; “... faktoring sözleşmesi alacağın temlikli hükümlerini de bünyesinde barındıran karma nitelikli atipik bir sözleşme türüdür”. Yargıtay 19. HD., 01/07/2015 T., E. 2015/1974, K.2015/9718: “... faktoring sözleşmeleri temelinde alacağın temlikli hükümlerini de barındıran ve birden fazla sözleşme türünü içeren karma nitelikli atipik sözleşmelerdir...”; Akkanat, H., s. 890; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 31.

⁵⁴³ Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 19, İstanbul 2024, s. 445; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 5.

⁵⁴⁴ Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 8; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 87; Eren, Özel Hükümler, s. 946. Tipik-atipik sözleşme hakkında açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, B.

⁵⁴⁵ Konuya ilişkin diğer Yargıtay kararları: “... faktoring sözleşmesi alacağın temlikli hükümlerini de bünyesinde barındıran karma nitelikli atipik bir sözleşme türüdür”.Y. 19. HD., 1.2.2012 T., 2011/7613 E., 2012/1288 K., “... faktoring sözleşmeleri temelinde alacağın temlikli hükümlerini de barındıran ve birden fazla sözleşme türünü içeren karma nitelikli atipik sözleşmelerdir...”. Y. 19. HD., 1.7.2015 T., 2015/1974 E., 2015/9718 K.

⁵⁴⁶ Saraç, Yargıtay, s. 140-247.

sözleşmesini atipik nitelendirmesi, toplumsal hayatta, standart sözleşme olarak tekrar eden faktoring uygulamasıyla isabetsiz bulunmaktadır⁵⁴⁷.

Factoring sözleşmelerinin, isimsiz ve tipik sözleşmelerden olduğu kabul edilmekle birlikte, isimsiz sözleşme türlerinden, “bileşik sözleşmeler”, “sui generis sözleşmeler” ve “karma sözleşmeler”den hangisinin içinde yer bulabileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu eserin birinci bölümünde isimsiz sözleşmeler açıklanırken isimsiz sözleşmelerin çeşitleri de ayrıntılı olarak açıklanmıştır⁵⁴⁸. Bu kısımda isimsiz sözleşme çeşitleri kısaca tanımlanarak faktoring sözleşmesinin hangi tanım ile benzerlik gösterdiği incelemesine yer verilmektedir.

a. Bileşik Sözleşmeler

Bileşik sözleşmeler, hukuki niteliği ve özellikleri birbirinden farklı birden fazla sözleşmesinin kendi özellik ve niteliğini kaybetmeksizin tarafların iradeleriyle bir araya getirilen sözleşmelerdir⁵⁴⁹. Bu sözleşmeler ortak bir amaç doğrultusunda birbirine bağlı olduğu halde hukuki niteliğini ve özelliğini muhafaza eden sözleşmelerden oluşur⁵⁵⁰.

Factoring sözleşmesi, alacağın devri, ödünç, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinin unsurlarını taşır. Ancak bu sözleşmeler bağımsız özelliğini muhafaza etmemektedir. Zira faktoring sözleşmesinde vadeli bir alacağın devri sonucunda finans fonksiyonu olsun veya olmasın, tahsil, bilgi verme, muhasebe hizmetlerinden biri veya hepsinin sürekli olarak ifası sözleşmenin unsuru olarak kararlaştırılabilir.

Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393 gereğince, “işverene bağlı olarak belirli veya belli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir”. Faktoring sözleşmesinde ise işverene

⁵⁴⁷ Yılmaz, Yücesoy, s. 86.

⁵⁴⁸ Bkz. Birinci Bölüm, III, B.

⁵⁴⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 964; doktrinde bazı yazarların birleşik sözleşmeleri “isimsiz sözleşmeler”den çok “isimsiz figür” olarak nitelendirdiği görülmektedir bkz. Yücer Aktürk, İsimli Sözleşmeler, s. 40. Ayrıca bileşik sözleşmelerin isimsiz sözleşmeler başlığı altında bulunmaması gerektiği hakkında görüşler için bkz. Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 13, dn. 54; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 91; Eren, Genel Hükümler, s. 358: yazar isimsiz sözleşmeleri, karma ve kendine özgü sözleşme olarak ayırmıştır.

⁵⁵⁰ Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 275; Antalya, Genel Hükümler, s. 277.

belirtildiği gibi bir bağıllık söz konusu değildir. Yine vekâlet sözleşmesi (TBK m. 502 vd), vekâlet verenin bir işini görmek üzere kurulan sözleşmedir. Faktoring sözleşmesinde ise süreklilik sözkosudur. Faktoring sözleşmelerinde alacağın devri ve ödünç sözleşmelerinin unsurları bulunsa da bu sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan özelliklerinden ayrıldığı görülmektedir⁵⁵¹. Dolayısıyla faktoring sözleşmelerinde bazı unsurlarına yer verilen alacağın devri, ödünç, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinin hukuki niteliği ve özellikleri muhafaza edilmediğinden bileşik sözleşme olarak mütalaa edilmesi söz konusu değildir.

b. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler (sui generis) içerdiği unsurların kanunda düzenlenen sözleşme tipleri ile uyuşmadığı, tarafların iradelerine göre yeniden oluşturulmuş sözleşmelerdir⁵⁵². Bu sözleşmeleri karma sözleşmelerden ayıran, doğrudan içerdiği özgün unsur ve unsurlardır⁵⁵³.

Doktrinde, faktoring sözleşmesinin sui generis sözleşme olduğu yönünde bir görüş yer almaktadır⁵⁵⁴. Ancak, faktoring sözleşmelerinin içerdiği unsurların kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinde yer alan sözleşmelerden olması sebebiyle kendine özgü sözleşme olarak nitelendirilmesi yapılamamaktadır.

c. Karma Sözleşmeler

Kanunda yer alan isimli sözleşmelerin unsurlarının kanunen öngörülme yen bir şekilde birleştirildiği sözleşmelere karma sözleşmeler adı verilir⁵⁵⁵. Karma sözleşme içinde yer alan sözleşmeler bağımsız özelliğini kaybeder⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ Ayrıntı için bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

⁵⁵² Eren, Özel Hükümler, s. 961; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 14; Gümüş, Genel Hükümler, s. 9; Antalya, Genel Hükümler, s. 279.

⁵⁵³ Eren, Özel Hükümler, s. 961; Eren, "İsimsiz Sözleşmeler, s. 99; Serozan, Özel Bölüm, s. 73; Zevkliler/Gökyayla, s. 11; Aral/Ayrancı, s. 53; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 275.

⁵⁵⁴ Serozan, Özel Bölüm, s. 112.

⁵⁵⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 12; Eren, Özel Hükümler, s. 951; Eren, İsimsiz Sözleşmeler, s. 91; Zevkliler/Gökyayla, s. 16; Gümüş, Genel Hükümler, s. 7; Feyzioğlu, s. 50- 51; Oğuzman/Öz, C. I, s. 48; Tunçomağ, s. 11; Antalya, Genel Hükümler, s. 278; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 2; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 273; Yücer, Aktürk, İsimsiz Sözleşmeler, s. 42.

⁵⁵⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 951; Serozan, Özel Bölüm, s. 90; Zevkliler/Gökyayla, s. 18; Oktay, İsimsiz Sözleşmeler, s. 274.

Karma sözleşmeler üç gruba ayrılır. Bunlar, “çift edimli”, “bileşik (kombine) tipli” ve “eklemlı” karma sözleşmelerdir⁵⁵⁷. Kısaca sözleşmenin bir tarafı yalnızca para öderken karşı taraf kanunda varolan iki ya da daha fazla sözleşmenin asli edimini üstleniyorsa bileşik (kombine) tipli sözleşme, Kanun’da düzenlenen çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin unsurların birbirine eklenmesi ile oluşturulan sözleşmeler eklemlı karma sözleşme, Kanun’da düzenlenen iki isimli sözleşmenin asli edim unsurlarının kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulan sözleşmeler çift edimli karma sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır⁵⁵⁸.

Türk öğretisinde, ilk defa “faktoring sözleşmesi”ni inceleyen eserde, yazar faktoring sözleşmesinin “karma muhtevalı sözleşme” olduğunu belirtmiş⁵⁵⁹, çoğunluğun görüşüne göre de, faktoring sözleşmesinin, her bir işlevinin, kanunda ayrı ayrı düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin edimlerin yüklenildiği karma bir sözleşme olduğu kabul edilmiştir⁵⁶⁰. Bu karma sözleşme içinde ödünç, hizmet, vekâlet, garanti, alacağın devri sözleşmelerine ilişkin unsurları içermektedir⁵⁶¹.

Bütün faktoring sözleşmesi türlerinde, iş görme işlevi zorunlu olarak yer almaktadır⁵⁶². Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların iradelerine göre

⁵⁵⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 952; Gümüş, Genel Hükümler, s. 7-8.

⁵⁵⁸ Ayrıntı için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 3, a, b ve c de yer alan açıklamalarımız.

⁵⁵⁹ Akyol, Banka, s. 11-12; Akkanat, H., s. 890; Gümüş, Özel Hükümler, s. 9.

⁵⁶⁰ Tiryaki, s. 211: “gerçek faktoring sözleşmelerinin alacağın temlik ve iş görme edimlerinden meydana gelen bir karma sözleşme olduğunu, gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinin ise temelinde ödünç ilişkisi mevcut olan bir karma sözleşme olduğu”; Eren, Özel Hükümler, s. 1001: “faktoring sözleşmelerinin vekalet, alacak satışı, alacağın devri ve ödünç (karz) sözleşmelerine ait unsurlardan meydana gelen bir karma sözleşme olduğu”; Şener, s. 16: “gerçek faktoring sözleşmelerinin alacağın satışı ve iş görme sözleşmelerinin unsurlarını barındıran bir karma sözleşme olduğunu, gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinin ise ödünç ve iş görme sözleşmelerine dair unsurları muhteva eden bir karma sözleşme olduğu”; Akyol, Banka, s. 19: “faktoring sözleşmelerini iş görme ile ödünç (karz) sözleşmelerinin oluşan bir karma sözleşme olduğu”; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 129: “Gerçek faktoring sözleşmelerinin iş görme ve satım sözleşmelerine ilişkin unsurları, gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinin ise iş görme ve ödünç sözleşmelerine dair unsurları barındıran karma sözleşme olduğu”; Çeker, Mustafa, “Uluslararası Factoring Sözleşmeleri ve Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 17, S. 4, 1994, ss. 111-127, s. 118: “faktoring sözleşmeleri, satım, ödünç (karz), alacağın temlik ve iş görme sözleşmelerinin unsurlarından oluşan karma bir sözleşmedir.”; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 56: “faktoring sözleşmelerinin alacak temlik, ödünç, kredi, garanti, vekalet ve iş görme sözleşmelerine ait unsurların bulunduğu bir karma sözleşme olduğu”; Ateş, Mustafa, “Factoring Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler”, Yargıtay Dergisi, C: 22, S: 1-2, ss. 133-144, s. 137: “gerçek faktoring sözleşmelerinin “alacağın satışı” ve iş görme sözleşmelerinin unsurlarını barındıran bir karma sözleşme olduğunu, gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinin ise ödünç ve iş görme sözleşmelerine dair unsurları muhteva eden bir karma sözleşme olduğu”; Tekinalp, s. 496: “gerçek faktoring sözleşmelerini vekalet ve (alacak) satım sözleşmelerinin unsurlarından oluşan, gerçek olmayan faktoring sözleşmelerini ise alacak devri ve ödünç (karz) sözleşmelerinin unsurlarını barındıran bir karma sözleşme olduğu” ifade edilmiştir; Saraç, Yargıtay, s. 247; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40.

⁵⁶¹ Eren, Özel Hükümler, s. 1001; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40.

⁵⁶² Kahraman, Z., s. 75; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 39.

oluşturulan faktoring sözleşmesinde iş görme edimi farklılık gösterebilir. Defterlerin tutulması, bilgi toplanması, ihbar ve ihtarın yapılması, borcun icra takibinin yapılması, alacağın tahsil edilmesi, piyasa araştırması, fizibilite raporlarının hazırlanması gibi faaliyetlerin müşteriye sunulması, faktoring sözleşmesinde kararlaştırılabilen iş görme edimlerindenidir. Bu edimlerin faktoring sözleşmesinde bulunması, sözleşmenin tek bir sözleşme kapsamına alınmasını engellemektedir. İşgörme işlevi içinde yer alan her bir edim hizmet, vekâlet ve eser sözleşmesinin unsurlarını birlikte içermektedir. Ancak bu sözleşmelerin unsurları Kanun’da yer almayan şekilde yer aldığı için faktoring sözleşmelerinin çifte tipli karma sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁵⁶³.

Finansman işlevi ise, ödünç sözleşmesi ve alacağın devri unsurlarını içermektedir. Teminat işlevi de, garanti sözleşmesi ve alacağın devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektirmektedir⁵⁶⁴.

Belirtilen sebeplerle, faktoring sözleşmesinin içeriğinin tek tipte sınırlamayıp, tarafların üzerinde anlaştığı edimler çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir⁵⁶⁵.

V. Faktoring Sözleşmesinin Unsurları

A. Tarafları

1. Faktor

Faktor (faktoring şirketi), genel olarak, literatürde ticarî alacakları satın alan şahıs ve işletmeler olarak tanımlanmıştır⁵⁶⁶. Ticari ve hukuki anlamda ise faktor, “Mal alım-satımı yapan veya hizmet ifa eden işletmelerin faaliyetleri sonucunda doğmuş

⁵⁶³ Faktoring sözleşmesinin “kombine karma sözleşme” olduğu görüşü için bkz. Gümüş, Özel Hükümler, s. 7.

⁵⁶⁴ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 15; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 86; Oranlı, s. 36.

⁵⁶⁵ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 87; Kazmacı, Uzun, s. 67; Oranlı, s. 36; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 15.

⁵⁶⁶ Matulich, S./Heather E. L./Var, T., Financial Accounting, Second Canadian Edition, Mc. Graw-Hill Ryerson Limited, Toronto 1987, s. 172. (Aktaran, Dilek/Tetik, s. 245); Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 27: “İngilizce’de factor kelimesinin anlamı kısaca ‘Başkası adına alım satım yapan kişi’ şeklinde geçmektedir.”; Kazmacı, Uzun, s. 42.

veya doğacak alacaklarını devralarak tahsilini üstlenen, devralınan alacaklara karşılık ön ödemelerde bulunarak finans sağlayan, ayrıca mali, ticari ve idari konularda işletmeye hizmet vererek karşılığında ücrete hak kazanan, kişi ya da kuruluş”tur⁵⁶⁷.

Ayrıca, 6361 sayılı Kanun m. 38/1 hükmünde yer alan faktoring sözleşmesinin tanımından yola çıkarak faktörün; “müşterinin meslekî veya ticari faaliyeti sonucunda doğmuş veya doğacak alacaklarını devralan ve karşılığında, finans sağlama, işgörme ve faktoring garantisi verme hizmetlerini yürüterek faktoring işlemi yapan tüzel kişi” olarak da tanımlamak mümkündür⁵⁶⁸.

6361 sayılı Kanun uyarınca kurulacak faktoring şirketlerinin anonim şirket olması zorunludur (m. 5/1-a). Bu özelliği ile faktörün, faktoring şirketi biçiminde bir banka veya finans kuruluşu tarafından kurulan bir kredi kuruluşu⁵⁶⁹ olduğu söylenmelidir.

Faktoring işlemleri, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 4’e göre, bankalar tarafından yapılabileceği gibi, 6361 sayılı Kanun uyarınca münhasıran faktoring hizmeti yürütmek üzere kurulmuş faktoring şirketleri tarafından da yürütülebilir. Bugün çoğunlukla faktoring işlemlerinin 6361 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş şirketler tarafından yürütüldüğü görülmektedir⁵⁷⁰.

Faktoring şirketlerinin kuruluşuna ilişkin usul ve esaslar 6361 sayılı Kanun m. 5/1-a ile bu Kanun’a dayanılarak hazırlanan ve yürürlüğe konulan Yönetmeliğin m. 4/1-a hükmünde düzenlenmiştir. Faktoring şirketlerine bu düzenlemelerde hüküm bulunmadığı hallerde TTK hükümleri uygulanır. Anonim şirket olarak kurulan faktoring şirketi, ödenmiş sermayesi elli milyon Türk Lirasından (6361 sk., m. 5/1-e⁵⁷¹) az olmayacak şekilde pay senetlerinin tamamı, nama yazılı ve nakit karşılığı çıkarılan ve ticaret unvanında “Faktoring Şirketi” yazan, şirket ana sözleşmesi 6361

⁵⁶⁷ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 13; Tiryaki, s. 192; Demir, R., s. 890; Kazmacı, Uzun, s. 42; Dilek/Tetik, s. 247; Sarısoy, Taner, “Faktorig İşlemleri ve Vergilendirilmesi”, Vergi Raporu, S. 78, Ekim-Kasım, 2005, ss. 22-29, s. 22; Onursal, s. 65.

⁵⁶⁸ Kazmacı, Uzun, s. 42; “Faktor ya da faktoring şirketi en geniş ifadesiyle faktoring hizmeti veren özel hukuk tüzel kişisidir”; Akıntürk/Ateş, s. 353; “faktor, müşteriye ait alacakların karşılığını peşin ödemek şartıyla devir ve satın alan şirkettir; Yargıtay HGK, T. 03/11/2010, E. 2010/19-488, K. 2010/557; “müşterinin alacaklarını devir ve satın alarak karşılığında nakit olarak ödeyen şirkettir.” demek suretiyle genişçe bir tanıma yer vermiştir.” (UYAP) ET. 22/12/2022.

⁵⁶⁹ Eren, İsimli Sözleşme, s. 87; Şener, s. 6-7.

⁵⁷⁰ Kazmacı, Uzun, s. 42; Toroslu, s. 8; Demir, R., s. 891.

⁵⁷¹ 07/03/2021 tarihli ve 31416 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 04/03/2021 tarihli ve 7292 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” 2. maddesi ile daha önce “yirmi milyon” iken “elli milyon” olarak değiştirilmiştir.

sayılı Kanunda yer alan esaslara uygun olarak hazırlanmış ve kurucuları ile yönetim kurulu üyeleri Kanunda belirtilen nitelikleri ve mesleki tecrübeyi haiz şirketlerdir. Faktoring şirketleri, alacak yönetimi işinde uzmanlaşmış finansal kuruluşlardır⁵⁷².

TTK m. 338/1’de anonim şirketlerin bir veya daha fazla pay sahibi ile kurulabileceği düzenlenmiştir. Faktoring şirketleri için 6361 sayılı Kanun’un 5/1-a maddesinde yer alan kurucu ortak sayısının beşten az olmayacağı kuralı, bu Kanun’da 7292 sayılı Kanun 2. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁷³. Böylece madde Türk Ticaret Kanunu hükmü ile uyumlu hâle gelmiştir.

Faktoring şirketleri anonim şirket olarak kurulacağı için TTK m. 333’e göre, Ticaret Bakanlığı’ndan kuruluş izni alır. İzin için 6361 sayılı Kanun m. 4/1’de bu Kanun’da belirtilen koşulların yerine getirilmesi ve BDDK’nın kararı gereklidir. Aynı Kanun m. 7/1’de belirtilen hükme göre ise Ticaret Bakanlığından kuruluş izni alan şirketin, ayrıca BDDK’dan faaliyet izni alması gerekir. Faktoring şirketleri, BDDK’dan izin alarak şubeler açabilirler (6361 sk m. 8).

6361 sayılı Kanun m. 9’da, faktoring şirketlerinin, şirket faaliyet konuları dışında faaliyette bulunamayacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda örneğin nakdi kredi kullandıramaz, kefalet, garanti ve teminat mektubu veremezler (6361 sk., m. 9/1). Bu hükümden yola çıkılarak faktoring şirketlerinin faktoring işlemi dışında faaliyette bulunamayacağı sonucuna varılabilir.

Kambiyo senetlerine dayalı olduğu halde, bir mal veya hizmet teslimine dayalı fatura veya Kanunda belirtilen diğer belgelerle belgelendirilemeyen alacakları devralamazlar (6361 sk. m. 9/2).

Faktoring Yönetmeliği m. 4/1’e göre faktoring şirketleri, fatura veya benzeri vesikalarla belgelendirilen alacakları devralabilirler⁵⁷⁴. 6361 sayılı Kanun m. 40 ve m. 50/1-b’e göre, kurulduktan sonra bir ay içinde faktoring şirketlerinin “Finansal

⁵⁷² Sopranzetti, Ben J.; “The Economics of Factoring Accounts Receivable”, Journal of Economics and Business, 50 (4), (1998), ss. 339-359, s. 340. (https://www.researchgate.net/publication/222493075_The_economics_of_factoring_accounts_receivable), ET. 02/01/2023.

⁵⁷³ RG. 07/03/2021 T., S. 31416.

⁵⁷⁴ Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği”, “Faturasız işlem yapılmaması başlıklı m. 4/1’de; “Finansman, müşterinin mal veya hizmet satışına istinaden düzenlediği fatura veya fatura yerine geçen belgelerin karşılığında, kamu kurumlarına yapılan ödemeler haricinde, yalnızca müşteriye sağlanır.” Yargıtay HGK, T. 03/11/2010, E. 2010/19-488, K. 2010/557; “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin 22/2. maddesi uyarınca faktoring şirketleri, kambiyo senedine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilmeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler.” (UYAP), E.T. 22/12/2022.

Kurumlar Birliği”ne üye olmaları zorunludur. Faktoring şirketleri, işlemlerinden doğan alacaklardan doğmuş veya doğacak olan ancak miktarı tam olarak bilinmeyen zararlarını karşılamak için Kurulca (BDDK) belirlenen usul ve esaslara göre karşılık ayırırlar (6361 sk., m. 16)⁵⁷⁵.

2. Müşteri (Satıcı)

Faktoring sözleşmesinin karşı tarafı olan müşteri, mal satışı veya hizmet ifası sonucunda doğan vadeli alacağını faktoring şirketine devrederek faktoring hizmeti talep eden gerçek veya tüzel kişilerdir⁵⁷⁶. Müşteri çoğunlukla ticari işletme sahibi gerçek kişi tacirler veya şahıs şirketleri ya da sermaye şirketleri olsa da, bir ticari işletmeye sahip olmayan esnaf veya çiftçi gibi gerçek kişiler veya diğer tüzel kişiler de faktoring sözleşmesinin tarafı olabilirler⁵⁷⁷. Öğretide, faktoring işlemini talep eden müşteriye “satıcı” da denilmektedir⁵⁷⁸. Faktoring sözleşmesi, müşteri ile faktor arasında akdedilmektedir. Sözleşmede çoğunlukla müşteri alacaklarını faktoring şirketine devreder. Alacağın devri bir tasarruf işlemi olduğundan müşterinin faktoring sözleşmesi imzaladığı anda hem fiil ehliyetine hem de devredilecek alacaklar üzerinde tasarruf ehliyetine sahip olması gerekir. Alacakların toptan devredilmediği faktoring sözleşmesinde her bir devir işleminin yapıldığı sırada tasarruf yetkisine sahip olması yeterlidir⁵⁷⁹. Faktoring işlemi, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler için fayda sağlamakta ve tercih edilmektedir. Müşteri, herhangi bir sektörde faaliyet gösterebilir, ancak alacaklı ve borçlu arasında sürekli bir mal akışı olmalıdır⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Ekergil/Kalıpçı, Çağırın, s. 227; “Faktoring alacaklarına BDDK tarafından hazırlanarak 24 Aralık 2013 tarihli ve 28861 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Muhasebe Uygulamaları ile Finansal Tabloları Hakkında Yönetmelik”e uygun olarak özel karşılık, yeniden yapılandırma karşılığı ve diğer karşılık ayrılmaktadır. Ocak 2011-Eylül 2015 dönemlerine ilişkin bilançolar incelendiğinde, faktoring şirketlerinin toplam faktoring alacakları içinde takipteki alacaklarının %3,83’den %5,49’a yükseldiği görülmektedir. Aynı dönemlerde takipteki alacakların ortalama %80’i için Özel Karşılık gideri ayrılmıştır.” 2022 Temmuz verileri için bkz. <https://www.bddk.org.tr/BultenAylikBdmk/tr/Gosterim/Faktoring>.

⁵⁷⁶ Toroslu, s. 9; Saraç, Yargıtay, s. 56-57; Kazmacı, Uzun, s. 49; Demir, R., s. 891; Şener, s. 7.

⁵⁷⁷ Saraç, Yargıtay, s. 56; Kazmacı, Uzun, s. 49. Tezde yapılan açıklamalar tacir olan müşterilere yöneliktir.

⁵⁷⁸ Çelen, Volkan, Türk Hukukunda Faktoring Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2016, s. 123.

⁵⁷⁹ Kazmacı, Uzun, s. 49; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 61.

⁵⁸⁰ Demir, R., s. 882; Şener, s. 1.

3. Borçlu

Borçlu, müşteriden mal veya hizmet alan ve bunun karşılığında müşteriye vadeli borcu bulunan gerçek ya da tüzel kişidir⁵⁸¹. Müşteri ise borçlunun alacaklısı konumundadır. Faktoring sözleşmelerinde borçlu, müşteri ile faktoring şirketi arasındaki borç ilişkisinde üçüncü kişi konumundadır. Zira borçlu, müşteri ile faktor arasında yapılan sözleşmeye dâhil değildir⁵⁸². Müşteri ile faktor arasında akdedilen faktoring sözleşmesi ile faktor, satıcının borçludan olan alacağını devralmaktadır.

Alacakların devrinde borçlunun onayı gerekmez⁵⁸³. Zira borç ilişkisinde alacaklının değişimi borçlunun yüklendiği edimi etkilememektedir. Borçlunun alacağın devrine katılmaması, hukuki durumunun korunması kuralının kabulüne sebep olmuştur⁵⁸⁴. Borçlu, alacağı devreden müşteriye karşı ileri sürebileceği tüm itiraz def'ileri faktore karşı da yöneltebilir (TBK m.186 ve m.188)⁵⁸⁵.

4. Muhabir Faktor

Muhabir faktor yurt dışına yapılan satışlarda (ihracat), alıcının (ithalatçı) ülkesinde faaliyet gösteren faktordür. Bu faktor de borçlu gibi, müşteri ile müşterinin ülkesinde faaliyet gösteren faktor arasında imzalanan sözleşmeye dâhil değildir. Muhabir faktor, faktoring sözleşmesinin bir unsuru olarak, uluslararası faktoring işlemlerinde, satıcının ülkesindeki faktörü ithalatçı firma hakkında bilgilendirir⁵⁸⁶. Ayrıca, ihracatçının ithalatçıdan olan alacağını tahsil eder. Tahsil edilen bu alacak daha önce ihracatçının ülkesindeki faktore devredilen alacaktır. Bu sebeple muhabir faktor tarafından bu faktore gönderir⁵⁸⁷.

Uluslararası faktoring işlemlerinde, farklı ülkelerdeki faktoring şirketleri arasında faktoring sözleşmesi yapılır. Yurtdışında faaliyet gösteren faktoring şirketine

⁵⁸¹ Şener, s. 7; Demir, R., s. 891.

⁵⁸² Şener, s. 9; Demir, R., s. 891.

⁵⁸³ Akkanat, H., s. 909; Şener, s. 30.

⁵⁸⁴ Şener, s. 30-31; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 87; Kazmacı, Uzun, s. 131.

⁵⁸⁵ Şener, s. 31-32; Kocaman, Yargıtay, s. 168.

⁵⁸⁶ Toroslu, s. 9; Erdemol, s. 47.

⁵⁸⁷ Demir, R., s. 892; Toroslu, s. 9; Erdemol, s. 48.

verdiği hizmetler karşılığında yurtiçinde faaliyet gösteren faktoring şirketince belirlenen miktarda komisyon ödenir⁵⁸⁸.

B. Sözleşmenin İçeriği

Faktoring sözleşmesinin içeriğini ilk olarak, mal satışı veya hizmet ifasından doğmuş veya doğacak vadeli alacakların devri oluşturur⁵⁸⁹. Şayet fiilen gerçekleştirilen bir satış işlemi veya hizmet ifası söz konusu değilse, faktoring işlemi geçerli değildir⁵⁹⁰. Bu durumlarda fatura düzenlenmiş olması faktoring işlemini geçerli kılmaz.

Sözleşmenin içeriğinde, faktoring şirketinin türü, faktoring şirketince taahhüt edilen hizmetler, müşteriye yapılacak ön ödemenin oranı, sağlanan kredi limiti, mala ilişkin uyuşmazlık çıkması halinde uygulanması öngörülen prosedür, faktoring komisyonu ile faiz oranları, borcun ifasının gerçekleşmediği hallerde ortaya çıkacak uyuşmazlığın çözümü yöntemlerinin yer alması gerekir⁵⁹¹. Sözleşme faktoring şirketi ve müşteri arasında akdedilen sürekli nitelikte bir anlaşmadır.

Ayrıca, sözleşmede, satıcının alacağının tümü faktoring şirketine temlik edilmelidir. Belli bir alacağın bir kısmının faktoring şirketine temlik edilmesi mümkün değildir. Bunun sebebi müşterilerin tahsil riski az olan alacağı devretmeme, riski fazla olanı devretme eğiliminde olmalarıdır⁵⁹². Faktoring şirketi uygun görmediği alacakları devralmayı reddedebilir. Taraflar sadece doğmuş olan alacakların devredileceği ile ilgili anlaşma yapabilirler⁵⁹³. Yurtdışı faktoring işlemlerinde ise tüm alacaklar faktoring şirketine devredilmeyebilir⁵⁹⁴. Müşteri faktoring sözleşmesinin kurulmasından sonra sözleşmede belirlenen limitin üstüne çıkmak ya da yeni borç ilişkileri kurmak isteyebilir. Bu durumda faktoring şirketinden alacağın devralınacağı vaadini alması gerekir. Aksi halde faktoring şirketinin yeni yapılan sözleşmeden doğan alacakları devralmayı reddetme hakkı bulunur⁵⁹⁵.

⁵⁸⁸ Toroslu, s. 9; Demir, R., s. 891; Tiryaki, s. 193.

⁵⁸⁹ Kocaman, Factoring, s. 19; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 15; Oranlı, s. 29.

⁵⁹⁰ Özdemir, Z., s. 199; Ölmez, s. 63.

⁵⁹¹ Özdemir, Z., s. 204.

⁵⁹² Kocaman, Factoring, s. 14; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 16; Oranlı, s. 29.

⁵⁹³ Oranlı, s. 30.

⁵⁹⁴ Ceylan/Korkmaz, s. 32.

⁵⁹⁵ Kocaman, Factoring, s. 19.

Müşteri ile faktoring şirketi arasındaki ilişkinin yanında satıcı (müşteri) ile alıcı (borçlu) arasındaki ticari ilişkinin de süreklilik arz etmesi gerekir. Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulunca hazırlanan Faktoring Yönetmeliğinin⁵⁹⁶ m. 9/2-a hükmünde sözleşmede bulunması gereken unsurların ayrıca belirtildiği görülmektedir.

C. Sözleşmenin Kuruluşu ve İşleyişi

Faktoring sözleşmesinin kuruluşu müşterinin faktoring şirketine başvuru ile başlar. Sözleşme akdedilmeden önce, faktoring şirketince, satıcı (müşteri) hakkında ayrıntılı bir araştırma yapılır⁵⁹⁷. Satıcının yıllık ortalama satışları tutarı son hesap durumu, sürekli borç ilişkisi içinde olduğu alıcı işletmelerin isim ve adresleri, işlem yapılan bankalar, satış konusu mal ve hizmetlerin çeşitleri, alacakların vadesi, ödeme koşulları, faturalarının ortalama tutarı gibi konuların incelenmesi sonucunda elde edilen verilere göre, satıcıdan talep edilecek faktoring komisyonu ve ön ödemenin faizi

⁵⁹⁶ “Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği”nin “Doğacak alacakların devredilebilmesi için gereken şartlar” başlıklı m. 9/2-a’da, “söz konusu sözleşmede, işin tanımı, alacağın niteliği, tutarı, doğacak alacaklar bakımından sözleşmenin tutarı hesaplanamıyorsa, azami faktoring limiti ve alacağın ödenmesinin şartları açıkça belirtilmiş olması” gerekir denilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan 04/01/2011 tarihli “Faktoring Şirketleri Tarafından Doğacak Alacakların Temlik Alınabilmesinin Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge”de yer alan; “Sözleşmede yer alan hususlara ilave olarak, müşteri (satıcı) ile borçlu arasında imzalanan sözleşme, sipariş formu, proforma fatura ve/veya akreditif belgeleri ile varsa doğacak alacakları gösteren diğer belgelerin faktor tarafından değerlendirilmesi ve bu hususların BDDK denetim elemanları tarafından yapılacak denetime hazır bir şekilde bulundurulması, alacağın doğmasını müteakip düzenlenecek fatura veya fatura benzeri belgelerin mutlak suretle en kısa süre içerisinde faktoring şirketi tarafından müşteriden temin edilerek işlem dosyasına eklenmesi zorunludur.” hükmünün mezkûr Yönetmeliğin 9/2 hükmünde de yer aldığı görülmektedir.

⁵⁹⁷ “Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin”, “İstihbarat çalışması” başlıklı 5. maddesinde; “(1) Kuruluş tarafından müşteriyi yeteri kadar tanıyacak şekilde istihbarat çalışmalarının yapılması, sadece müşterilerin beyanı veya sözlü teyidi ile işlem yapılmaması gerekir. İstihbarat çalışması;

a) Öncelikle ilgili mevzuatta yer alan faturanın tarifi, şekli ve nizamına ilişkin düzenlemeler de dikkate alınarak faturadaki bilgilerin kontrol edilmesi,

b) İç kontrol sisteminin devralınan faturalara ilişkin gerekli istihbarat ve araştırma yapılmasını sağlayacak ve Merkezi Fatura Kaydı Sisteminde bu faturaların mükerrer olmadığının kontrolü tamamlanmaksızın kullandırım yapılamayacak şekilde oluşturulması,

c) Müşterilerin mali durumlarının değerlendirilerek bunların itibarı ve işlem geçmişleri de dikkate alınmak suretiyle gerektiğinde fatura borçlusu ve kambiyo senedi veya diğer senedin keşidecisine de başvurularak borcun teyit edilmesini sağlayacak yöntemler geliştirilmesi ve ulaşılabilmesi mümkün olan ilgili veri tabanlarından yararlanılması yoluna gidilmesi hususları dâhil olmak üzere asgari olarak yukarıda belirtilen usul ve esasları içerecek şekilde yapılır ve bunların yetersiz kalması durumunda ilave yöntemlere başvurulur.” denilmiştir.

belirlenir. Faktoring şirketi tarafından hazırlanan teklif satıcıya (müşteri) sunulur. Teklif müşteri tarafından kabul edilirse faktoringe ilişkin maktu sözleşme şekilleri dikkate alınarak müşteriye sunulan teklife uygun hazırlanmış olan faktoring sözleşmesinin taraflarca imzalanmasıyla sözleşme akdolunur⁵⁹⁸. Satıcının bilgilerinin istenildiğinde faktore verilmesi gerekir⁵⁹⁹.

Faktoring sözleşmesi kurulduktan sonra faktoring işlemleri, faktor, müşteri ve borçlu arasında işleyen ticari bir süreçtir⁶⁰⁰. Bu süreçte ilk olarak üçüncü şahıs borçlunun müşteriye yaptığı teklifin faktoring şirketine bildirilmesi gerekir. Bu bildirim üzerine faktor alıcı hakkında araştırma yaparak alıcının risk derecesini belirler. Belirlenen risk derecesine göre devralınacak alacak için kredi limitini tespit eder⁶⁰¹. Sözleşmede bazı alacaklar için garanti verilmesi taahhüt edilmişse, garanti limitinin de belirlenmesi gerekir⁶⁰². Bu limitler çerçevesinde devir alınan alacakların karşılığında ön ödeme yapmaya hazır olduğunu müşteriye bildirir⁶⁰³. Faktörün bu bildirimini yazılı şekilde ve sorumluluk vaadi niteliğindedir.

Satıcı, satış işlemi gerçekleşmeden önce, faktoring şirketine bildirmek ve onay almak zorundadır⁶⁰⁴. Onay üzerine borçlu ile sözleşme yapılır. Müşterinin sözleşme konusu malı borçluya teslimi anına kadar faktor sorumluluk vaadinden dönebilir⁶⁰⁵.

Müşteri, sözleşmede belirlenen limiti aşmak veya yeni borçlularla sözleşme yapmak isterse, faktoring şirketinin alacağı devralma vaadini almak zorundadır. Faktoring şirketi yeni borçlu ile kurulan sözleşme ilişkisinden doğan alacakları devralmayı reddedebilir⁶⁰⁶.

Mal teslim edildiğinde, müşteri bu teslimden doğan alacağı faktore temlik eder. Teslim edilen mal veya hizmet ifası sebebiyle düzenlediği faturanın aslını borçluya, bir sûretini ise faktore gönderir⁶⁰⁷. Bildirimli faktoring kararlaştırılmışsa, alacağın

⁵⁹⁸ Kocaman, Factoring, s. 6 ve 19; Toroslu, s. 17; Kazmacı, Uzun, s. 6; Özgül, Handan, Faktoring, T. İş Bankası Yayını, Haziran 1991, s. 6.

⁵⁹⁹ Demir, R., s. 883; Toroslu, s. 17; Kocaman, Factoring, s. 19; Kazmacı, Uzun, s. 6; Yılmaz, Ad., s. 79.

⁶⁰⁰ Villepin, s. 19; Demir, Oğuz, "Türkiyede Faktoring Uygulaması ve Mali Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi", Vergi Dünyası Dergisi, S. 193, Eylül 1997, s. 33-35.

⁶⁰¹ Kazmacı, Uzun, s. 6; Özgül, s. 6; Yılmaz, Ad., s. 79.

⁶⁰² Kazmacı, Uzun, s. 6; Özgül, s. 6.

⁶⁰³ Kocaman, Factoring, s. 19; Talu, s. 32: "Uygulamada faktörün onayladığı satışlarda kötü alacak riski faktore, onaylamadığı satışlarda ise bu risk satıcı işletmeye aittir."; Akyol, Banka, s. 28.

⁶⁰⁴ Demir, R., s. 882; Toroslu, s. 17; Özgül, s. 7.

⁶⁰⁵ Kocaman, Factoring, s. 19; Tiryaki, s. 198.

⁶⁰⁶ Kocaman, Factoring, s. 19.

⁶⁰⁷ Toroslu, s. 17; Kazmacı, Uzun, s. 7; Öğülmüş, Levent, Faktoring, İstanbul 1995, s. 13.

faktore devredildiği ve ödemenin faktore ifa edileceğ alıcıya (borçlu) gönderilen fatura aslına yapıştırılan etikette belirtilir⁶⁰⁸.

Factoring şirketi, fatura suretlerine göre muhasebe kaydını yapar⁶⁰⁹. Faktor, faktoring sözleşmesi hükümlerine göre, fatura tutarı üzerinden hesaplanan faiz, komisyon ve masrafların mahsup edilmesi ile kalan tutarı müşteri hesabına gönderir veya kararlaştırılmış ise vade gününde tahsil edilmek üzere alacak kaydeder. Müşteri, hesabına alacak kaydedilen tutarı nakit olarak derhal kullanabilir⁶¹⁰.

Alacağın vadesi geldiğinde, alacak faktoring şirketince tahsil edilir⁶¹¹. Alacak tahsil edildiğinde ön ödeme yapılmamışsa faktoring komisyonu mahsup edilerek müşteriye ödeme yapılır. Ön ödeme yapılmışsa, yapılan ön ödemeye isabet eden tutar, finansman faizi ve faktoring komisyonu indirilerek ödeme yapılmaktadır⁶¹². Faktor, müşterinin defterlerini tutma ya da gerektiğinde dava açma gibi hizmetlerini de yürütebilir⁶¹³.

Factoring şirketinin sağladığı finansman tutarı ile bu işlem sebebiyle elde edilecek faktoring komisyonu ve faiz gelirlerinin toplamının faturanın toplam tutarını geçmesi mümkün değildir (Factoring Yönetmeliği m. 4/2).

D. Sözleşmenin Şekli

6361 sayılı Kanun m. 38/2’de⁶¹⁴, faktoring sözleşmesinin, yazılı veya belirlenen şartlarda elektronik ortamda akdedilebileceği düzenlenmiştir. Belirtilen hükme göre, faktoring sözleşmesi yazılı veya yazılı şeklin yerine geçen uzaktan

⁶⁰⁸ Toroslu, s. 17; Tiryaki, s. 203; Ceran, s. 67.

⁶⁰⁹ Kazmacı, Uzun, s. 7; Öğülmüş, s. 13; Şener, s. 5.

⁶¹⁰ Toroslu, s. 19; Koyunpınar, M. Gökhan, Çağdaş Bir Finansman Aracı Olarak Faktoring ve Türkiye Uygulaması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İktisat Anabilim Dalı, Y. Lisans Tezi, Ankara 1999, s. 15-16.

⁶¹¹ Tiryaki, s. 198; Toroslu, s. 17.

⁶¹² Toroslu, s. 17; Özdemir, Z., s. 203, Papadimitriou/Phillips/Wray, s. 8.

⁶¹³ Çelen, s. 119; Ceran, s. 67.

⁶¹⁴ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu m. 38/2’de; “Faktoring sözleşmesi, yazılı veya uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle mesafeli olarak ya da mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şeklin yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemler yoluyla kurulacak şekilde düzenlenir” denilmiştir. Maddenin ilk hâli: “Faktoring sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi zorunludur.” iken, 26/06/2020 tarihli ve 31167 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 18/06/2020 tarihli ve 7247 sayılı Kanunun 13. maddesi ile değiştirilerek şekle ilişkin belirtilen düzenleme yapılmıştır.

mesafeli iletişim araçlarının kullanılmasıyla yapılabilir. Kanunda yer alan bu hüküm emredici nitelikte ve geçerlilik şekli olup bu şekle uyulmadan yapılacak sözleşme geçerli değildir (TBK m. 12/2)⁶¹⁵.

Factoring sözleşmesinin esaslı bir unsurunu oluşturan alacağın devri işlemleri, TBK m. 184/1'e göre yazılı şekle tâbi kılınmıştır. Öte yandan "alacağın devri" bir tasarruf işlemi iken "alacağın devri vaadi" borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bu sebeple alacağın devri vaadinde TBK m. 184/2 gereğince yazılı şekil şartı bulunmaz⁶¹⁶. Bununla birlikte, alacağın devri vaadi karşılıksız ise bağışlamaya ilişkin TBK m. 288/1 hükmü uyarınca sözleşmenin yazılı şekilde kurulması gerekir.

Alacağın devrine ilişkin Kanun ile getirilen adi yazılı şekil kuralı dikkate alınarak, 6361 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce de factoring sözleşmelerinin yazılı şekle tâbi olacağı kabul edilmekteydi⁶¹⁷. Ayrıca, 6361 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte bulunan mülga⁶¹⁸ Yönetmeliğin m. 19 hükmünde de, factoring sözleşmelerinin yazılı yapılacağı düzenlenmiş idi. Ancak, bir kanun ile açık yetki verilmeksizin idarenin düzenleyici işlemleri ile şekil şartı öngörülmesine imkân bulunmadığından⁶¹⁹, bu hükümün emredici değil, düzenleyici nitelikte bir hüküm olduğu kabul edilmiştir⁶²⁰. Factoring sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlanmasının kanuni dayanağı oluşturan 6361 sayılı Kanun m. 38/2 ile şekil şartı kanuni düzenlemeye kavuşmuştur.

6361 sayılı Kanun m. 38/2 ile factoring sözleşmeleri için öngörülen şekil şartı, dayanağı Kanun olduğu için "kanunî"⁶²¹, nitelikli veya resmî şekil şartına bağlanmadığı için ise, "adi yazılı"⁶²² şekil şartı olarak tanımlanabilir. TBK m.

⁶¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 327; Yargı, Bilgiç, "Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve Garanti Sorumluluğunun Factoring Sözleşmelerindeki Görünümü", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, Temmuz (2017), ss. 383-420, s. 415.

⁶¹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 353.

⁶¹⁷ Baykal, s. 25; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 68.

⁶¹⁸ 10/10/2006 tarihli 26135 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, (mülga) "Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin" 19. maddesinde, "Bu Yönetmelik hükümlerine göre kendilerine faaliyet izni verilen şirketlerin, müşterileri ile yapacakları işlemler için yazılı sözleşme düzenlemeleri zorunludur" denilmiştir. Bu Yönetmelik 6361 sayılı Kanuna dayanarak hazırlanan, 24/04/2013 tarihli ve 28627 sayılı, "Finansal Kiralama, Factoring Ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin" 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶¹⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 302; Altaş, s. 48: "Kanun veya taraf iradeleri dışında örneğin örf adet hukuku veya hakimnin hukuk yaratmasıyla şekil şartı getirmek mümkün değildir. Ayrıca kanunda açıkça yetki verilmemişse idarenin düzenleyici işlemleriyle de şekil şartı öngörülemez."

⁶²⁰ Kazmacı, Uzun, s. 77.

⁶²¹ Nomer, s. 119-122.

⁶²² Eren, Özel Hükümler, s. 1003; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 68; Kazmacı, Uzun, s. 76.

13/1'⁶²³de yer alan düzenleme gereğince faktoring sözleşmesinin değiştirilmesinde de bu şekil şartına uyulmalıdır.

Faktoring sözleşmesi taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğurur ve hukuki temelini alacağın devri oluşturur⁶²⁴. Müşterinin doğmuş ve doğacak alacaklarının bütününe faktore devrini içerir. Yazılı şekilde yapılmayan faktoring sözleşmesi geçerli değildir (TBK m. 12). Ancak sözleşmenin geçerliği için resmi şekil aranmadığından adi yazılı şekil yeterlidir. Uygulamada faktoring sözleşmesi matbu formda hazırlanmaktadır⁶²⁵.

Öte yandan, 6361 sayılı Kanunun 38/2. maddesinde 7247 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik⁶²⁶ sonucunda, faktoring sözleşmelerinin Kurulca belirlenen usullerde elektronik ortamda yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükme dayanılarak BDDK tarafından hazırlanan Yönetmelik⁶²⁷ ile faktoring şirketlerince müşterinin kimliğinin uzaktan tespit edilmesinin ardından bir bilişim veya elektronik cihaz kullanılarak yazılı şeklin yerine geçecek sözleşme ilişkisi kurulmasına dair usul ve esaslar düzenlemiştir⁶²⁸.

⁶²³ TBK m. 13/1, “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur”.

⁶²⁴ Şener, s. 20.

⁶²⁵ Azarkan, Nejat, “Faktoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyi Karşı Şahsi Def’ilerin İleri Sürülmesi”, DÜHFD, C. 22, S. 36, Y. 2017, ss. 89-107, s. 95; Kazmacı, Uzun, s. 76.

⁶²⁶ 6361 sayılı Kanunun 38/2. maddesinde 18/06/2020 tarih ve 7247 sayılı Kanun m. 13 ile yapılan değişiklik sonucunda, “Faktoring sözleşmesinin uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle mesafeli olarak ya da mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şeklin yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemler yoluyla kurulacak şekilde düzenleneceği, bu uygulamaya ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından yapılacağı” belirtilmiştir.

⁶²⁷ 11/01/2022 tarih ve 31716 sayılı Rasmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine Ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik”.

⁶²⁸ Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine Ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmeliğin, “Kimlik tespitini müteakip sözleşme ilişkisinin kurulması” başlıklı m. 13’e göre, “(1) Bu Yönetmelikte yer alan şartlar dâhilinde uzaktan kimlik tespitinin yapılmasını ya da müşteri kimliğinin yüz yüze tespit edilmesini müteakiben, müşterilerce gerçekleştirilmek istenen işlemlere yönelik sözleşme ilişkisinin internet veya mobil hizmet kanalları üzerinden mesafeli olarak kurulması durumunda, müşterinin sözleşmeyi kuran irade beyanının aynı kanallar üzerinden 12 nci maddenin birinci fıkrasına uygun olarak gerçekleştirilmiş bir kimlik doğrulama sonrasında alınması şarttır.

(2) Bu Yönetmelikte yer alan şartlar dâhilinde uzaktan kimlik tespitinin yapılmasını ya da müşteri kimliğinin yüz yüze tespit edilmesini müteakiben, mesafeli olsun olmasın, müşterilerce gerçekleştirilmek istenen işlemlere yönelik olarak bir bilişim veya haberleşme cihazı üzerinden yazılı şeklin yerine geçecek nitelikte bir sözleşme ilişkisi kurulabilmesi için;

a) Söz konusu sözleşmenin bütün şartlarının, müşterinin okuyabileceği şekilde internet veya mobil hizmet kanalları üzerinden müşteriye iletilmesi,

Yürürlüğe giren bu yeni düzenlemeye göre, faktoring sözleşmeleri, adi yazılı şekilde veya mezkûr Yönetmelikte yer verilen nitelikleri taşımak koşuluyla yazılı şeklin yerine geçecek olan haberleşme cihazları üzerinden yapılabilir. Haberleşme cihazları kullanılarak yapılacak sözleşmelerin şeklinin kanuni, nitelikli yazılı şekil olduğunu söylemek gerekir.

E. Sözleşmenin Özellikleri

1. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran ve Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşme

Özelliği

Borç sözleşmeleri edim ilişkisine göre, bir tarafa borç yükleyen, iki tarafa borç yükleyen ve çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ayrılır. Taraflardan yalnız birinin borç altına girdiği sözleşmelere “tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler” veya “tek taraflı sözleşmeler” denir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin kurulması için de karşılıklı iki veya daha fazla irade açıklamasına ihtiyaç vardır. Ancak, bu sözleşmelerde bir taraf edim ile yükümlü iken diğer tarafın borcu bulunmaz. Borcu bulunmayan bu edimi kabul ettiğine ilişkin iradesini beyan ettiğinde sözleşme kurulmuş olur. Bağışlama taahhüdü, kefalet sözleşmesi, ivazsız sözleşmeler tek taraflı sözleşmelerdir⁶²⁹.

b) (a) bendine göre müşteriye iletilen sözleşme ve bu sözleşme ile birlikte müşterinin sözleşmeyi kuran irade beyanının, 12 nci maddenin on üçüncü fıkrası ile on dördüncü fıkrasında belirtilen müşteriye özgü şifreleme gizli anahtarı ile imzalanarak şirkete iletilmesi,

c) (a) bendine göre iletilen sözleşmede müşteriye sözleşme içeriği olarak hangi bilgiler gösterilmiş ise (b) bendine göre müşteri tarafından yalnızca o bilgilerin imzalanmasının sağlanması, şarttır.

(3) Müşteriye sunulacak hizmetlere yönelik olarak şirket ile müşteri arasındaki ilişkileri düzenleyen ve resmî şekle veya özel bir merasime tabi olmayan her türlü sözleşme ilişkisinin;

a) İkinci fıkraya uygun olarak elektronik ortamda kurulması ya da

b) Müşterinin sözleşmeyi kuran irade beyanının uzaktan kimlik tespitinin görüntülü görüşme aşamasında kimlik tespitini müteakip alınması suretiyle mesafeli olarak kurulması, hallerinde bu sözleşmeler için yazılı şekil şartı gerçekleşmiş sayılır.”

⁶²⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 223; Antalya, Genel Hükümler, s. 281.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler tasarruf sözleşmeleri şeklinde de yapılabilir. Örneğin borcun ibrası, alacağın devri, def'i dermeyanından feragat gibi sözleşmeler tek taraflı tasarruf sözleşmeleridir⁶³⁰.

Her iki tarafında borç altına girdiği sözleşmelere “iki tarafa borç yükleyen” veya “iki taraflı” sözleşme denir⁶³¹. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri ise, tarafların sözleşmedeki borç yükü dikkate alınarak, iki tarafında eşit miktarda borçlandığı “tam iki tarafa borç yükleyen” ve bir tarafın borç yükünün pasif nitelikte olduğu “eksik iki tarafa borç yükleyen” sözleşmeler olarak ikiye ayrılır. Tam iki taraflı sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları sözleşmenin hem borçlusu hem de alacaklısı konumundadır⁶³². Yani, tarafların hem edim ifa etmekle yükümlü, hem de bu edim karşılığında karşı tarafın ifa edeceği edimi talep hakları mevcuttur. Edimler arasında tam bir karşılıklılık bulunmaktadır⁶³³. Edimlerin birbiriyle değişimi karşılıklılık (synallagma) olarak adlandırılmaktadır⁶³⁴. Örneğin, satım sözleşmelerinde, malın satıcısı, satılan şeyi teslim etme ve mülkiyetini devretme borcunu yüklenmekte, alıcı ise, bedel ödemekle yükümlü tutulmaktadır⁶³⁵.

Eksik iki taraflı borç yükleyen sözleşmelerde ise borç ilişkisinde bir karşılıklılık bulunmakla birlikte, edimlerin birbirine eşitliği ve değiştirilmesi söz konusu değildir. Örneğin, faizsiz ödünç sözleşmesinde (tüketim ödünçü) (TBK m. 386), ödünç alanın borcu, aldığı şeyi geri vermektir. Ancak bu borcun doğması için önce bir şeyin ödünç veren tarafından teslim edilmiş olması gerekir. Bu şey teslim edilmediği sürece, ödünç alanın bir borcu doğmamaktadır. Dolayısıyla edimler karşılıklıdır ancak aynı anda değil sıra ile doğmaktadır⁶³⁶. Vekâlet sözleşmesinde (TBK m. 502 vd), sözleşmenin kurulduğu anda, vekâleti alanın işgörme borcu başlamıştır. Vekâlet veren bakımından ise vekilin bu işi yaparken bazı masraflar yapması halinde bu masrafları ödeme yükümlülüğü oluşur (TBK m. 510/1). Burada edimler birbirinin karşılığını oluşturmamaktadır. Ancak bu tür sözleşmelerde tarafların edimi karşılığında bir ücret öngörülmüş ise artık karşılıklı borç yükleyen sözleşme söz konusu olur.

⁶³⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 223; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 53.

⁶³¹ Dural/Sarı, s. 206; Ruhi, s. 15.

⁶³² Eren, Genel Hükümler, s. 223; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 53; Oğuzman/Öz, C. I, s. 45.

⁶³³ Eren, Genel Hükümler, s. 223; Antalya, Genel Hükümler, s. 282; Akipek/Küçükgüngör, s. 18.

⁶³⁴ Antalya, Genel Hükümler, s.153; Oğuzman/Öz, C. I, s. 46; Şener, s. 9.

⁶³⁵ Yavuz, Dersler, s. 450; Akipek/Küçükgüngör, s. 18; Antalya, Genel Hükümler, s. 283.

⁶³⁶ Antalya, Genel Hükümler, s. 283; Akipek/Küçükgüngör, s. 18-19; Uygur, s. 212.

Tarafların edimlerini zamana yaydıkları, bir anda yerine getirilemeyen edimlerin bulunduğu borç ilişkileri sürekli niteliktedir⁶³⁷. Örneğin, kira sözleşmelerinde tarafların sürekli ya da belli bir dönemde edimde bulunmaları gerekir. Diğer yünden, satım sözleşmeleri gibi, tarafların edimlerini bir anda yapıp kurtuldukları sözleşmelerde borç ilişkisi ani edimlidir. Sürekli borç ilişkileri, sözleşmelerde tarafların ifa faaliyetlerinin zamana yayıldığı borç ilişkileri olarak da tanımlanmaktadır⁶³⁸. Bu sözleşmelerde borç ilişkisindeki asli edimlerden birinin sürekli nitelikte olması yeterlidir.

Factoring sözleşmelerinde, tarafların edimleri, bir defada aniden gerçekleşmediği ve belirli bir zaman dilimini kapsamadığı için taraflar arasında, sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Factoring sözleşmeleri, özellikle faktor açısından sürekli borç doğuran sözleşme niteliğindedir. Faktor tüm sözleşme süresi boyunca asli edim yükümlülüğünü ifa etmek zorundadır⁶³⁹. Dolayısıyla tek bir alacağın devri işlemi için factoring sözleşmesi yapılamaz⁶⁴⁰. Factoring işlemi, özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler için fayda sağladığından bu işletmeler tarafından tercih edilmektedir. Müşteri, herhangi bir sektörde faaliyet gösterebilir, ancak alacaklı ve borçlu arasındaki ticari ilişki sürekli nitelikte olmalıdır⁶⁴¹.

Müşteri tarafından, factoring şirketine alacakların toptan devri durumunda, alacaklar bir seferde devredilmiş olsa da, müstakbel alacaklar doğduğu anda devredilmiş olacağından, sözleşmenin zamana yayıldığı ve sürekli borç ilişkisi oluşturduğu kabul edilmektedir⁶⁴². Ayrıca, factoring şirketinin edim yükümlülüğü bakımından, devredilen alacakların karşılığında, yapılacak ödeme, zamana yayılan bir edim niteliğindedir⁶⁴³.

Gerçek factoringte, müşterinin (satıcı), borçlularından olan mevcut veya müstakbel alacaklarını, alacağın devri işlemiyle factoring şirketine devri, buna karşılık, factoring şirketinin ön ödemede bulunması, alıcının (borçlu) ödeme

⁶³⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 226; Kazmacı, Uzun, s. 65; Doğan, Gülmelahat, “Sürekli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdü”, Ankara Barosu Dergisi, (4), 2014, ss. 387-413, s. 388. “<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398217>) E.T. 15/01/2025.

⁶³⁸ Doğan, G., s. 393; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 10; Oğuzman/Öz, C. I, s. 12.

⁶³⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 1002; Kazmacı, Uzun, s. 65; Akkanat, H., s. 904.

⁶⁴⁰ Demir, R., s. 842; Çelen, s. 102.

⁶⁴¹ Demir, R., s. 842.

⁶⁴² Kazmacı, Uzun, s. 65-66; Çelen, s. 102.

⁶⁴³ Kazmacı, Uzun, s. 65-66; Çelen, s. 102.

yapamaması durumunda da alacağı garanti etmesi söz konusudur⁶⁴⁴. Gerçek olmayan faktoringte ise gerçek faktoringte olduğu gibi, müşterinin alacağın devri karşılığında yine faktörün ön ödemede bulunma borcu ve/veya iş görme borcu bulunmaktadır. Dolayısıyla ön ödeme ile alacağın devri taraflar arasındaki borç ilişkisinde mübadeleyi oluşturur⁶⁴⁵. Bu yönüyle faktoring sözleşmesinin karşılıklı -tam iki taraflı- bir sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁶⁴⁶.

2. Standart (Tip) Sözleşme Özelliği

Faktoring sözleşmeleri, faktoring şirketinin önceden ve tek taraflı olarak hazırladıkları, sözleşmenin koşullarının müşteri tarafından müzakere edilemediği, standart (tip) sözleşmelerdir⁶⁴⁷. Bu niteliği itibariyle, sözleşmeler genel işlem koşullarını içerir.

Faktoring şirketleri, genellikle Faktoring Derneği tarafından hazırlanan standart sözleşmeyi kullanmaktadır. Şirketlerin standart faktoring sözleşmesinin genel işlem koşullarını müşteriye açıklaması, özellikle aleyhine olan hükümler hakkında dikkatlerini çeken bir bilgilendirme yapılması gerekir. Aksi halde sözleşme hükmünün sözleşmeye dâhil olmadığı itirazı ile karşılaşabilirler. TBK m. 25 hükmü gereğince, faktoring şirketi lehine müşteri aleyhine genel işlem koşullarının hükümsüz olduğuna karar verilebilir⁶⁴⁸.

Tacirlerin sözleşmenin bir tarafını veya her iki tarafını oluşturduğu ticari sözleşmelerde kararlaştırılan genel işlem koşulları için TBK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı daha önce incelenmişti⁶⁴⁹. Tacirlerin akdettiği genel işlem koşulu içeren sözleşmeler bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen basiretli iş adamı esas alınarak (TTK m. 18/2) denetim yapılmaktadır. Nitekim genel işlem koşulunu düzenleyenin karşı tarafının tacir olması halinde TTK hükümlerinin uygulanması önceliklidir. TTK m. 55/1-f hükmünde ise genel işlem koşulları haksız rekabet olarak

⁶⁴⁴ Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 39; Çelen, s. 101.

⁶⁴⁵ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 93; Şener, s. 26; Kazmacı, Uzun, s. 102.

⁶⁴⁶ Özakman, Faktoring Sözleşmesi, s. 39; Çelen, s. 100.

⁶⁴⁷ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 88; Kazmacı, Uzun, s. 67.

⁶⁴⁸ Kazmacı, Uzun, s. 69; ayrıntı için bkz. Üçüncü Bölüm, I., I. Genel İşlem Koşullarının Denetimi, başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁴⁹ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 2 ve 3.

nitelendirilmiş ve özel hukuk davaları ile tazminat ve diğer tedbirlere ve ceza yaptırımına tabi tutulmuştur (TTK m. 56- 58).

Ancak faktoring sözleşmeleri, daha çok küçük ölçekte işletmeler (KOBİ), gerçek kişi tacirler ile diğer finansman şirketleri arasında akdedilerek gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan, ekonomik olarak dar boğazda bulunan bu işletmelerin, dolayısıyla tacirlerin hukuk çerçevesinde korunma imkânlarından faydalandırılmaları gerekir. Zira genel işlem koşullarının getirilmesiyle Kanunda amaçlanan, sözleşmenin zayıf olan ve sözleşme hükümlerini müzakere kabiliyeti bulunmayan tarafın hak ihlâlinin önüne geçilmesidir.

Doktrinde ⁶⁵⁰ de genel olarak kabul edilen görüşe göre, genel işlem koşullarının tacirler için de kullanılması mümkündür. Zira genel işlem koşulları hem TKHK, hem TBK, hem de TTK'da ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da, TBK ve TTK arasında, bu Kanunların uygulanışı bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir⁶⁵¹.

Uygulamada faktoring sözleşmeleri, tacirlerin ekonomik sıkıntılarının giderilmesi için, son çare olarak yapılabilmekte, sözleşmede hak kayıplarına sebep olabilecek koşullara boyun eğilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkabilecek mağduriyetlerin yaşanması durumunda, taraflar arasında karşılıklı menfaat dengesinin korunması için genel işlem koşullarının, tacirin ekonomik zorluğu göz önünde bulundurularak dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirmesi gerekmektedir⁶⁵².

⁶⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 230; Yelmen, s. 72; Yılmaz, Ab., s. 142; Atamer, GİŞ Denetim, s. 137; Gümüş, Genel Hükümler, s. 51.

⁶⁵¹ Akçaal, s. 52; Atamer, GİŞ Denetim, s. 53.

⁶⁵² Yaman, s. 87. Yargıtay 11. HD., T. 21/05/2015, E.2016/11123, K.2018/3743, "Bir sözleşmenin 6098 sayılı TBK'nın m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması için kanunda belirtilen ölçütlerin uygulanması gerekir. 6098 sayılı TBK'da da sözleşme serbestisi ana kural olmakla birlikte, sözleşmelerin geçerliliği için 6098 sayılı TBK'na, sözleşmenin hukuka aykırı genel işlem koşulları içermemesi unsuru getirilmiştir. Hem tüketiciler hem de tacirler için geçerli olan genel işlem koşulları denetimi, sözleşmelerin imzalanması aşamasında daha olumsuz durumda bulunan sözleşmenin tarafını dürüstlük kuralları kapsamında korumaktadır." (UYAP) ET. 04/10/2022.

3. Tasarruf İşlemi-Taahhüt İşlemi Özelliği

a. Tasarruf İşlemi Özelliği

Tasarruf işlemleri, bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, muhtevasını değiştiren, sınırlayan veya ortadan kaldıran sözleşmelerdir. Kişinin sahip olduğu hakkın, sözleşmenin karşı tarafına devri sonucunu doğurur⁶⁵³. Faktoring sözleşmesinin temelinde yer bulan alacağın devri işlemi, alacağı devreden ile devralan arasında yapılan sözleşmeye dayanan bir tasarruf işlemidir⁶⁵⁴. Yargıtay kararlarında da, faktoring sözleşmesinin esaslı unsurunu oluşturan alacağın devrinin, devreden malvarlığına etkisi bakımından, alacak hakkının faktore geçmesi sonucunu doğuran tasarruf işlemi niteliğine vurgu yapılmaktadır⁶⁵⁵. Tasarruf işleminde, işlemin yapıldığı anda üzerinde tasarruf edilecek hakkın mevcut olması gerekmektedir⁶⁵⁶.

Ancak, gelecekteki alacaklar, şarta veya süreye bağlı alacaklar bu kuralın istisnasını oluşturur⁶⁵⁷. Alacak henüz doğmadan yapılacak önceden devirde devreden, devir anında alacak üzerinde tasarrufunun varlığı kabul edilmektedir. “Önceden tasarruf” olarak adlandırılan bu görüşe göre, alacağın devredildiği an ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an birbirinden ayrılmaktadır. Tasarruf işlemlerinde alacağın devrinin yapıldığı anda, devrin hüküm ve sonuçlarının doğmasının şart olmadığı savunulmaktadır. Gelecekteki alacakların devri, önceden yapılmış bir

⁶⁵³ Nomer, s. 38; Yılmaz, Yücesoy, s. 58; Dalcı, Nurcihan, “Müstakbel Alacakların Toptan Devri”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, 2013, ss. 749-767, s. 759.

⁶⁵⁴ Dalcı, Toptan Devir, s. 750; Oğuzman/Öz, C. I, s. 533; Hatemi/Gökyayla, s. 365; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 241; Eren, Genel Hükümler, s. 1362.

⁶⁵⁵ Faktoring sözleşmesinin temelinde alacağın devri olduğuna ilişkin Yargıtay Kararları, Yarg. 19. HD’nin 08.05.2012, T. 2011/16457 E, 2012/7738 K; 03.05.2012 T, 2011/14829 E, 2012/7413 K; 02.05.2012 T, 2011/13258 E, 2012/7365 K; 07.03.2012 T, 2011/11028 E, 2012/3631 K; 06.03.2012 T, 2011/10742 E, 2012/3529 K; 15.02.2012 T, 2011/7769 E, 2012/2243 K; 01.02.2012 T, 2011/7627 E, 2012/1291 K sayılı ve benzeri kararları; Yarg. 11. HD’nin 17.11.2009 T, 2007/15028 E, 2009/11989 K sayılı kararı; Yarg. 15. HD’nin 18.01.2010 T, 2009/6695 E, 2010/93 K sayılı kararı. (Saraç, Şükrü, “6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Çerçevesinde Faktoring Uygulamaları ile ilgili Güncel Sorunlar”, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu Çerçevesinde Faktoring Uygulamaları İle İlgili Güncel Sorunlar Sempozyumu, 2016, ss. 18-60, s. 26. [https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/fkb_Hukuk_Sempozyumu_Kitapc%CC%A7ık_\(1\)-1575.pdf](https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/fkb_Hukuk_Sempozyumu_Kitapc%CC%A7ık_(1)-1575.pdf)) ET. 24/07/2022.

⁶⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1362; Günergök, s. 35.

⁶⁵⁷ Aral, F., s. 116; ayrıca bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1, a, aa.

tasarruf işlemi olup hüküm ve sonuçlarını alacağın doğduğu anda gerçekleştirir⁶⁵⁸. Böylece, alacak doğduğunda başka bir irade açıklamasına veya hukuki fiile ihtiyaç olmaksızın tasarruf hukuki sonuçlarını doğurur. Tasarruf işleminin, bir hakkın “doğrudan doğruya” karşı tarafa geçirilmesi niteliği, gelecekteki alacakların tasarrufunda, kendini bu şekilde gösterir.

Factoring sözleşmesinde doğmuş ve doğacak alacaklar “münferit devir”, “toptan devir” veya “alacakların devri vaadi” –çerçeve devir sözleşmesi- olarak yapılabilir⁶⁵⁹.

Bir faktoring işleminde, satıcının (müşteri) mevcut ve gelecekteki alacakların tamamını faktoring şirketine önceden ve toptan devredilmesi işlemi, faktoring sözleşmesinin tasarruf işlemi kısmını oluşturmaktadır⁶⁶⁰.

Böylece müşteri, ticari faaliyeti sonucu mevcut ve müstakbel alacaklarını faktoring şirketine devredebilir. Bu haliyle, henüz mevcut olmayan alacakların devri, belirlenebilir nitelikte olduğu için, geçerli olacaktır. Faktoring sözleşmelerinde yapılacak alacak devirlerinde, müşterinin ticari faaliyetinden doğan ve ticari işletmesiyle ilgili mevcut ve müstakbel alacakları devredildiğinden devredilen alacağın belirliliği özelliğini taşır⁶⁶¹.

Toptan devir sözleşmesinde, müstakbel alacakların faktoring şirketine geçmesi için herhangi bir işlem yapılması gerekmemektedir⁶⁶². Alacak doğduğu anda kendiliğinden alacağı temlik eden faktoring şirketine intikal edecektir. Bunun sebebi toptan devrin tasarruf işlemi niteliğinde olması ve alacağın devri sözleşmesi yapıldığında alacak hakkının müşterinin malvarlığından çıkarak, devralan faktoring şirketine geçmesidir⁶⁶³. Dolayısıyla, doğacak alacaklar bakımından daha sonra alacaklar doğdukça münferit tasarruf işleminin yapılması söz konusu olmaz. Toptan devir yeni doğan alacakların devamlı olarak devir kapsamına girmesini sağlar. Bu durum alacağı devralanın münferit alacaklar hakkında doğru bilgilendirilmesi gerekmektedir. Alacağı devreden belirlir aralıklarla alacak listesini göndermesi gerekir. Böylece taraflar toptan temlik ile faktoringe geçen alacakları, alacak doğar

⁶⁵⁸ Aral, F., s. 116; Dalcı, Toptan Devir, s. 754; Şener, s. 24 ve 33; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 38; Altun, s. 166; Günergök, s. 36.

⁶⁵⁹ Bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1, a, aa.

⁶⁶⁰ Yılmaz, Yücesoy, s. 58-59.

⁶⁶¹ Aral, F., s. 99; Eren, Özel Hükümler, s. 1302; Günergök, s. 17-18; Kazmacı, Uzun, s. 122.

⁶⁶² Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 71; Eren, Genel Hükümler, s. 1370; Kazmacı, Uzun, s. 78.

⁶⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 1362; Şener, s. 35; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 38; Günergök, s. 17.

doğmaz teşhis edebilme imkânına sahip olurlar⁶⁶⁴. Alacağı devreden satıcı (müşteri) her mal veya hizmet tesliminde aldığı faturanın bir suretini faktoring şirketine göndermelidir. Ayrıntılı borç listesi faktörün borçluya bildirimde bulunması imkânını sağlar (TBK m. 186).

Ancak bir görüş, mevcut olmayan ve ileride gerçekleşeceği kesin olarak bilinmeyen alacakların devredilmesi halinde, ileride doğacak alacakları da içine alan bir çerçeve sözleşme yapıldığından, gelecekte alacak doğduğunda faktoring şirketine devrin gerçekleşmesi için münferit temlikin gerekli olduğunu belirtmektedir⁶⁶⁵. Bu görüşte, toptan devri, bir taahhüt işlemi, bir çerçeve devir niteliğine dönüştürmektedir⁶⁶⁶. Bunun olması için, alacağın temlik vaadi yönünde (TBK m. 184/1) bir sözleşmenin yapılması gerekir.

Bu görüşün karşısında olan ve bizimde katıldığımız görüşe göre, satıcının faktoringe borçluların (alacaklarının) listesini göndermesi bildirici nitelik taşır. Gelecekte doğacak alacağın doğduğu anda listenin gönderilmesi, önceden yapılan devrin teyidi niteliğindedir⁶⁶⁷.

Satıcının aynı anda birden fazla faktoring şirketine alacak devri yapması mümkün müdür? Bilindiği gibi alacağın devrinin tasarruf işlemi olma özelliği sebebiyle, aynı alacak için birden fazla devir işlemi yapılamaz. Alacağın aynı anda birden fazla devredilmesi halinde, tasarruf işlemlerinde geçerli olan “zaman itibarıyla öncelik ilkesi” gereğince, ilk temlik geçerli olur⁶⁶⁸. Alacağı son temlik alanın ilk temlik bilip bilmemesi önem taşımaz. Burada alacağın devrine konu alacak bakımından objektif ve hukuken imkânsızlık söz konusudur (TBK m. 27/1). Bu hükme göre ikinci devir geçersizdir⁶⁶⁹.

TBK m. 186’da⁶⁷⁰, alacağın devredildiği bildirilmemişse, iyiniyetle önceki alacaklıya ifada bulunan borçlu borçtan kurtulur. Bu durumda iyiniyetli borçlu korunmuştur. Bu hükme göre, alacağı devralan faktörün alacağı bir üçüncü kişiye

⁶⁶⁴ Aral, F., s. 119; Özakman, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 16.

⁶⁶⁵ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 17, dn. 17’de belirtilen yazarlar.

⁶⁶⁶ Aral, F., s. 119; Kazmacı, Uzun, s. 70-75.

⁶⁶⁷ Aral, F., s. 120; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 120; Özakman, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 16.

⁶⁶⁸ Aral, F., s. 105; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 78; Eren, Genel Hükümler, s. 1363; Şener, s. 48; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 38; Üçer, Mehmet, “Roma Hukuku’nda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temlik”, AÜHFD, C. 54, S. 3, Y. 2005, ss. 397-443, s. 414; Arıkan, Temlik, s. 146.

⁶⁶⁹ Aral, F., s. 128; Şener, s. 29 ve 49; Kazmacı, Uzun, s. 138.

⁶⁷⁰ TBK m. 186, “Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya, alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.”

devrettiği ve bu devri borçluya bildirmediği hallerde iyiniyetle önceki devralan faktore ödeme yapan borçlu korunmaktadır⁶⁷¹.

İkinci faktore devir yapılmış ve borçlu ikinci faktore ödeme yapmış ise bu durumda kendisine ilk devir yapılan faktorün iki hakkı bulunmaktadır. Birincisi, müşterinin sözleşmeye aykırı fiili sebebiyle zararının tazminini (TBK m. 112 vd) isteyebileceği gibi, alacağı ikinci kez devralan faktore sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurarak (TBK m. 77 vd.) kendisine yapılan ödemeyi isteyebilir⁶⁷².

Devrin vaat edildiği durumlarda faktoring şirketine alacak doğduktan sonra devir işlemleri yapılır. Alacağın devri bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için, devreden tasarruf yetkisinin olması gerekir. Tasarruf yetkisi eksikliği işlemi geçersiz kılar. Tasarruf yetkisi eksikliği sebebiyle geçersiz olan alacağın devri sözleşmesi, tahvil yoluyla alacağın devri vaadi olduğu kabul edilerek işlem yapılır⁶⁷³. 6361 sayılı Kanunu m. 9/2⁶⁷⁴ son cümlesinden ise alacağın kısımlara bölünerek birden fazla faktore devredilebileceğinin kabul edildiği görülmektedir⁶⁷⁵.

b. Taahhüt İşlemi Özelliği

Taahhüt (borçlandırıcı) işlem, taraflardan en az birisini borç altına sokan hukuki işlemdir⁶⁷⁶. Borçlandırıcı işlem, malvarlığının pasifini artıran işlemlerdir. Faktoring sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olması durumunda, faktoring şirketi alacakları devralacağını taahhüt eder. Bu durumda her alacak borçlunun hâkimiyet alanında doğar ve faktoring şirketine devredilir. Bu taahhüdün yerine getirilmediği

⁶⁷¹ Şener, s. 35-36: “Alacağın global temlikinde temlik eden müşteri maddi anlamda alacaklı sıfatını yitirir ve artık borçludan ifayı talep etme veya ifayı kabul etme yetkisi sona erer. Ancak bu temel ilkeye rağmen borçlunun temlik sebebiyle durumunun kötüleştirilememesi ilkesi ve temlikin geçerliliğinin borçluya bildirilmesine bağlı olmadığı gerekçesiyle Kanun koyucu BK. m. 165 (TBK m. 186)’de borçluyu koruyucu bir düzenleme getirmiştir. Bu kural adalet ve hukuki güvenlik düşüncesine dayanır. Böylelikle borçlunun bizzat hak sahibine (faktore) ifa ile borcundan kurtulabileceğine ilişkin temel ilkeye alacağın temlikinde önemli bir istisna tanınmış olmaktadır.” Ayrıca bkz. aynı eser dipnot 69’da yer alan Yargıtay Kararları; Dayınlı, Alacağın Temliki, s. 144-147.

⁶⁷² Aral, F., s. 129; Şener, s. 50-51: “Bunların dışında, faktor, haklı sebeple faktoring çerçeve sözleşmesini de feshedebilir.”; Kazmacı, Uzun, s. 140: “..haklı sebeple sözleşmeyi feshedebilir.”

⁶⁷³ Kazmacı, Uzun, s. 95; Üçer, s. 414.

⁶⁷⁴ 6361 sayılı Kanunu m. 9/2 son cümle, “Aynı faturaya dayalı birden çok faktoring şirketine yapılan kısmi temliklerin toplam tutarının fatura tutarını aşamaz.”

⁶⁷⁵ Özakman, Güncel ve Hukuki Sorunlar, s. 21; Altop, Güncel ve Hukuki Sorunlar, s. 35.

⁶⁷⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 179-180; Nomer, s. 38.

takdirde, faktoring şirketi müşterinin zararını tazmin eder⁶⁷⁷. Bu tür alacak devri “toptan devir sözü verme” olarak ifade edilir.

Alacağın devri vaadi alacağın devri borcunu doğuran bir borç sözleşmesidir⁶⁷⁸. Ancak, alacağın devrinin, çerçeve devir ile sonradan yapılacak tasarruf işlemine bırakıldığı durumlarda, müşterinin alacak üzerinde tasarruf yetkisi sürdüğünden, faktoring şirketi dışında başka şekilde tasarrufta bulunması mümkündür⁶⁷⁹.

Bu durum faktoring şirketlerinin menfaatlerine uygun düşmemektedir. Faktoring şirketinin, tahsilat imkânı zor veya imkânsız olan alacakların tahsilini üstlenmesi yükümlülüğünün yanında, tahsilat imkânı kolay olan alacaklarında tahsilatını sağlayarak müşterinin alacağına önceden kavuşmasını sağlamak yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu ise bütün alacakların devri ile mümkün olabilir⁶⁸⁰.

Ayrıca, müşteri ile faktoring şirketi arasında akdedilecek sözleşme çerçevesinde, alacaklar hakkında münferit satış sözleşmelerinin veya ödünç sözleşmelerinin meydana gelmesi, ön ödemenin yapılması, komisyon, faiz ve masrafların ödenmesi, müşterinin muhasebesinin tutulması gibi yükümlülükler de faktoring sözleşmelerinin borçlandırıcı işlemleri niteliğindedir⁶⁸¹. Alacağın devri tasarruf işlemiyken faktorün ifa edeceği edimleri taahhüt işlemi niteliğindedir⁶⁸².

4. Çerçeve Sözleşme-Münferit Sözleşme Özelliği

Faktoring sözleşmelerinin münferit sözleşme özelliğinde olduğunun ortaya konulabilmesi için öncelikle çerçeve sözleşmelerin özelliklerinin açıklanması gerekmektedir. Çerçeve sözleşme, tarafların, ileride aynı türden ve birden fazla sözleşme yapma niyeti olması halinde, sürekli olarak akdedilecek münferit sözleşmelerde yer alacak, belirli şartlar üzerinde anlaşma sağlamalarıdır⁶⁸³. Türk

⁶⁷⁷ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 201, ayrıntı için bkz. İkinci Bölüm, VI, A, a, aa ve Üçüncü Bölüm, I, E, 1.

⁶⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 351 ve 1368; Günergök, s. 16.

⁶⁷⁹ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 121.

⁶⁸⁰ Kahraman, Z., s. 77.

⁶⁸¹ Kocaman, Yargıtay, s. 164; Yılmaz, Yücesoy, s. 59, Bilgiç, s. 416.

⁶⁸² Kocaman, Yargıtay, s. 164; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 45.

⁶⁸³ Barlas, Nami, “Çerçeve Sözleşme Kavramı Ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, ss. 805- 828, s. 808 ve 813; Eren, Genel Hükümler, s. 226-227; Kazmacı, Uzun, s. 70; Yılmaz, Yücesoy, s. 95.

Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olan çerçeve sözleşmelerin, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince akdedilmesinde sakınca bulunmaz⁶⁸⁴. Taraflar çerçeve sözleşme yaparak ileride akdedilecek sözleşmelere ilişkin kuralları belirlese de, çerçeve sözleşmeye göre münferit sözleşme yapma borcu bulunmamaktadır⁶⁸⁵.

Factoring sözleşmesinin niteliğine bakıldığında ise yapılan sözleşmede “toplu devrin” kararlaştırıldığı durumlarda, daha sonra münferit sözleşme yapılmadan alacağın doğması ile factoring şirketine geçmesi söz konusu iken, “alacağın devrinin vaadedildiği” sözleşmede, alacağın doğumundan sonra müşteri alacağı factoring şirketine devretme borcu altına girmektedir.

Bu noktada “alacağın devri vaadinin” önsözleşme kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin açıklanması gerekmektedir. TBK m. 29 hükmüne göre, bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin ön sözleşme akdedilmesi geçerli olup taraflara sözleşme yapma yükümlülüğü getirmesi⁶⁸⁶ yönü ile ön sözleşmeler, sözleşme yapma özgürlüğünün hukuki işlem ile sınırlandırılmasına bir örnek oluşturmakta, öte yandan da, tarafların iradeleri ile bu sınırlama getirildiğinden, sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak görülmektedir⁶⁸⁷.

Ön sözleşme ile taraflar ileride kendileriyle veya taraflardan biriyle veya üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmayı taahhüt ederler⁶⁸⁸. Ön sözleşme şarta bağlı bir sözleşme değildir. Zira şarta bağlı borçlarda şart gerçekleşinceye kadar bir hak mevcut olmadığı halde ön sözleşmenin yapılmasından itibaren vaad alacaklısı yararına bir hak doğmaktadır⁶⁸⁹. Ön sözleşme özellikle taşınmaz satım vaadi, kefalet vaadi veya üçüncü bir kişi ile sözleşme kurulmasının taahhüdü gibi teorik olarak oldukça geniş bir alanda yapılabilmektedir⁶⁹⁰.

TBK m. 184’de alacağın devrinin söz verilmesi düzenlenmiştir. Alacağın devri sözü verilmesi, alacağın devrinin taahhüt edilmesi niteliğinde borçlandırıcı bir işlemdir. Tasarruf işlemi niteliğinde olan alacağın devrinin, öncesinde yapılacak bir taahhüt, “önsözleşme” değil “sözleşme” olarak değerlendirilmektedir⁶⁹¹. Dolayısıyla alacağın devrinin sözünün verilmesi ile “alacağın devri vaadi” değil, “alacağın devri

⁶⁸⁴ Barlas, s. 809.

⁶⁸⁵ Barlas, s. 814, aksi yönde bkz. Kahraman, Z., s. 77.

⁶⁸⁶ Antalya, Genel Hükümler, s. 127; Eren, Genel Hükümler, s. 351 ve 353.

⁶⁸⁷ Korkmaz, s. 289.

⁶⁸⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 351, Antalya, Genel Hükümler, s. 435, Korkmaz, s. 290.

⁶⁸⁹ Esener, s. 78; Eren, Genel Hükümler, s. 353-354.

⁶⁹⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 350, Korkmaz, s. 292.

⁶⁹¹ Eren, Genel Hükümler, s. 351 ve 1368; Üçer, s. 421; Arıkan, Temlik s. 140.

taahhüdü” söz konusu olmaktadır⁶⁹². Önsözleşme ile kişi sözleşme yapma borcu altına girmektedir. Tasarruf işlemi niteliğinde olan alacağın devri işleminin hukuki sebebinin bir “ön sözleşme” değil, taahhüt niteliğinde bir “borç sözleşmesi” oluşturabilir⁶⁹³.

Factoring sözleşmesi bakımından ise alacağın devrinin toptan devredilmediği durumlarda, bir devir vaadi kararlaştırılmış ise bununla müşteri doğacak alacaklarını factoring şirketine devretmeyi borçlanmış olmaktadır. Bu sebeple, factoring sözleşmesinde alacak doğduğunda devredileceğinin söz verilmesi, önsözleşmeden farklıdır.

Yine, alacakların “toptan devrinin” söz konusu olduğu factoring sözleşmelerinde, müşterinin mevcut ve gelecekteki alacakları daha sonra münferit sözleşme yapılmasına ihtiyaç bulunmaksızın factoring şirketine geçmiş olur. Bu sebeple burada bir çerçeve sözleşmeden bahsedilemez⁶⁹⁴.

Ancak doktrinde factoringin çerçeve sözleşme niteliğinde olduğunu savunan bir görüş, factoring işlemlerinde müşterinin, mal teslimi veya hizmet ediminden doğan tüm mevcut ve gelecekteki alacaklarını factoring şirketine “toplu devrini” öngören sözleşmeyi çerçeve sözleşme olarak nitelendirmektedir⁶⁹⁵. Bu görüş ayrıca, gelecekte münferit olarak devir işleminin yapılması gerekmediğini vurgular⁶⁹⁶.

Diğer görüş ise factoring çerçeve sözleşmesi ile tarafların daha sonra yapılacak

⁶⁹² Eren, Genel Hükümler, s. 1368; Üçer, s. 421; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 68: “Müşterinin alacaklarının ayrı ayrı temlik borcu altına girmesi mümkündür. Alacağın temlikli vaadi niteliğindeki bu sözleşmenin yazılı yapılması gerekmemektedir.”; Özakman, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 16.

⁶⁹³ Hatemi/Gökyayla, s. 57; Nomer, s. 53-54; Oğuzman/Öz, C. I, s. 189; Eren, Genel Hükümler, s. 1368; Arıkan, Temlik, s. 140.

⁶⁹⁴ Kazmacı, Uzun, s. 78; aynı görüşte, bkz. Özakman, Hukuki Nitelik, s. 41; Barlas, s. 809: Factoring sözleşmesini çerçeve sözleşme değil, kendine özgü sözleşme şeklinde nitelendirmektedir. Karşı görüşte, Şen, Doğramacı, s. 49: “Factoring sözleşmesi taraflar arasındaki sözleşmenin genel esaslarının belirlendiği bir çerçeve sözleşme niteliğindedir. Factoring sözleşmesinde sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflarca mevcut ve gelecekte doğacak tüm alacakların toptan temlikinin kararlaştırılması, çerçeve sözleşmelerin asli edim yükümü içermeyeceği bilgisi ile çatışmaz. Çünkü yalnız başına alacağın temlikinin, sözleşmenin tipini belirleyecek önemde bir edim yükümü olduğu kabul edilemez. Factorün asli edim yükümlülüğü, taraflar arasında kararlaştırılan factoring sözleşmesinin türüne göre alacağın yönetimi ile ilgili gerekli işlemleri yapmaktır. Asli edim yükümlülüğü bu şekilde belirlenince, alacağın temlikli yalnızca bu asli edimin gereği gibi ifasına yönelmiş bir yan edim yükümlülüğü şeklinde değerlendirilebilir. Çerçeve sözleşmelerde asli edim yükümlülüğü, münferit sözleşmeler aracılığıyla somutlaştırılacaktır.”

⁶⁹⁵ Diehl-Leistner, B.A, Internationale Factoring, Europaeisches Wirtschaftsrecht, Abteilung A.: Monographien, Band 1, München, 1992, s. 3, (Aktaran, Kocaman, Savunmalar, s. 965), Kahraman, Z., s. 77; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 122; Kocaman, Yargıtay, s. 165; Toroslu, s. 5; Günergök, s. 16, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Factoring, Finansman Ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanununun, “Finansman sözleşmesi” başlıklı 39/2: “Finansman şirketlerinin, kredilendirecekleri mal veya hizmetleri temin eden satıcılarla önceden yazılı şekilde genel bir sözleşme yapmaları zorunludur.” denilmiştir; Akkanat, H., s. 898; Tercan, s. 433; Şener, s. 7 -8 ve 21.

⁶⁹⁶ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 121-122; Kahraman, Z., s. 78; Şener, s. 21.

münferit alacağın devri sözleşmelerinin çatısının oluşturulduğunu belirtmektedir⁶⁹⁷. Bu görüşe göre, faktoring sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olduğu, bununla faktoring şirketinin alacakları devralacağını taahhüt ettiği belirtilmektedir. Bu durumda her alacak müşterinin hâkimiyet alanında doğar ve faktoring şirketine devredilir. Bu taahhüdün yerine getirilmediği takdirde, müşteri faktoring şirketinin zararını tazmin eder⁶⁹⁸. Bu tür alacak devri “toptan devir sözü verme” olarak ifade edilir. Alacaklının sahip olduğu alacakların toplu şekilde devrinin taahhüt edilmesine çerçeve devir (çerçeve sözleşme) denilir⁶⁹⁹. Mal tesliminden veya hizmet ediminden ileri gelen kısa vadeli alacakların devamlı olarak satın alınmasına dair faktor ile müşteri arasında akdedilen bir “çerçeve sözleşme” olduğu belirtilmektedir⁷⁰⁰.

Alacağın temlik vaadi alacağın devri borcunu doğuran bir borç sözleşmesidir⁷⁰¹. Ancak, alacağın devrinin, çerçeve devir ile sonradan yapılacak tasarruf işlemine (temlik işlemi) bırakıldığı durumlarda, müşterinin alacak üzerinde tasarruf yetkisi sürdüğünden, faktoring şirketi dışında başka şekilde tasarrufta bulunabilir⁷⁰².

Bu durum faktoring şirketlerinin menfaatlerine aykırıdır. Faktoring şirketinin, tahsilat imkânı zor veya imkânsız olan alacakların tahsilini üstlenmesi, yükümlülüğünün yanında, tahsilat imkanı kolay olan alacaklarında tahsilatını sağlayarak müşterinin alacağına önceden kavuşmasını sağlamak yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu ise bütün alacakların devri ile mümkün olabilir.

Belirtildiği gibi, çerçeve devir sözleşmesinde mevcut veya doğacak alacaklar tek bir sözleşme ile devralınır. Böylece müşterinin mevcut ve gelecekteki alacakları toptan bir şekilde, faktore devredilmektedir. Faktoring sözleşmesi akdedildikten sonra

⁶⁹⁷ Çerçeve faktoring sözleşmesinin, müşterinin alacaklarını topluca temlik etmeyip, temlik borcu doğuran ve sözleşme sonrasında doğan alacakların münferit temlikini gerektiren bir akit oluşu görüşü için bkz. Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 17, dipnot 7.

⁶⁹⁸ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 201; Altun, s. 167: “Alacakları devretmeyi taahhüt edildiği sözleşmelerdir. Bu sebeple çerçeve devir niteliği itibariyle tasarruf işlemi olmayıp, taahhüt işlemidir (temlik taahhüdü)”

⁶⁹⁹ Kahraman, Z., s. 78; Günergök, s. 16.

⁷⁰⁰ Diehl-Leistner, s. 3. Çerçeve sözleşme, ileride aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, ileride ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli birtakım şartların kısmen veya tamamen sürekli ilişkileri boyunca yapacakları münferit sözleşmelerde yer alması konusunda mutabık kalmalarıdır (Barlas, s. 808). Buna göre işbu sözleşme, ileride kurulacak alacak temlik sözleşmelerine temel teşkil edecek, ancak ileride başka sözleşme akdetme borcu doğurmayacaktır. (Kahraman, Z., s. 77)

⁷⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s. 351; Üçer s. 421.

⁷⁰² Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 121; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 17.

ayrıca alacağın devri için tek tek sözleşme yapılmaz⁷⁰³. Bu niteliği ile faktoring sözleşmesi münferit sözleşme niteliğindedir⁷⁰⁴.

F. Faktoring Sözleşmesinin Türleri

1. Gerçek Faktoring- Gerçek Olmayan Faktoring Sözleşmesi

Faktoring sözleşmesinin esas şeklini gerçek faktoring oluşturur⁷⁰⁵. Gerçek faktoring yerine, “tam faktoring⁷⁰⁶”, “Amerikan tipi faktoring⁷⁰⁷”, “geleneksel – oldline- faktoring⁷⁰⁸” olarak da ifade edildiği görülmektedir. Faktoring işleminin finansman, iş görme ve teminat işlevlerinin tümünün müşteriye sunulduğu faktoring türüdür⁷⁰⁹. Gerçek faktoringte önemli özelliği delkredere rizikosunun –borçlunun ödememe riski- faktor tarafından üstlenilmesidir⁷¹⁰. Buna göre, temlik edilen alacağın borçlu tarafından ödenmediği, diğer bir deyişle alacağın tahsil edilemediği bir durum söz konusu olduğunda, faktorün müşteriye rücu hakkı yoktur⁷¹¹. Ancak ödememe, müşterinin edimini ifa etmemesi veya ayıplı ifa gibi alacağın varlığına dayanıyorsa,

⁷⁰³ Kocaman, Yargıtay, s. 167; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 89; Kazmacı, Uzun, s. 72; Günergök, s. 16; Akyol, Banka, s. 29; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 17-18; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 36; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 41.

⁷⁰⁴ Kazmacı, Uzun, s. 69-75; Tiryaki, s. 211; Kocaman, Savunmalar, s. 968: “Faktoring sözleşmesinin iki kademeli çerçeve sözleşme niteliğinde olduğu, gerçek faktoringin “alacağın satışı” işlemi, gerçek olmayan faktoringin “ödünç” işlemi olduğu görüşündedir.”; ayrıca bkz. Kocaman, Yargıtay, s. 163: “Factoring sözleşmesi, kural olarak, factor ile müşteri arasında akdedilen, mal tesliminden veya hizmet ifasından ileri gelen kısa vadeli alacakların devamlı olarak satın alınmasına dair çerçeve sözleşmedir”.

⁷⁰⁵ Akkanat, H., s. 890; Kocaman, Factoring, s. 15.

⁷⁰⁶ Saraç, Yargıtay, s. 76; Akkanat, H., s. 900; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 31; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 39.

⁷⁰⁷ Kocaman, Factoring, s. 15; Toroslu, s. 15.

⁷⁰⁸ Kocaman, Yargıtay, s. 172; Akgün, Öztin, Finansal Yönetim, B. 7, İstanbul 1998, s. 557; Das, s. 290.

⁷⁰⁹ Saraç, Yargıtay, s. 76; Tiryaki, s. 201; Toroslu, s. 25; Akkanat, H., s. 900; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40.

⁷¹⁰ Silverman, Herbert R., “Factoring: its legal aspects and economic justification” Law and Contemporary Problems, ss. 593-608, s. 593, (<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2376&context=lcp>) E. T. 11/12/2024; Kocaman, Arif, “Faktoring İşlemi –Anlamı ve Dünya Faktoring Uygulamasına Bir Bakış-”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1991, Cilt: 46, Sayı: 3-4, ss. 127-130, s. 128. (<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38248>); Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 40; Kocaman, Factoring, s. 15; Özdemir, Z., s. 200; Toroslu, s. 25; Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Faktoring, s. 45; Akyol, Banka, s. 17.

⁷¹¹ Akgün, s. 557; Toroslu, s. 25; Kocaman, Factoring İşlemi, s. 128.

müşterinin sorumluluğu devam eder⁷¹². Müşterinin, riskli bulduğu alacağını üzerinde tutmak istemediği, ancak nakde ve satış defterlerinin yönetimine ihtiyaç duyduğu durumlarda gerçek faktoringi tercih ettiği görülmektedir⁷¹³. Gerçek faktoring işleminde alacağın faktore devredildiği alıcıya (borçlu) bildirilir⁷¹⁴. Ödenmeme riskinin faktor tarafından üstlenilmesi karşılığında müşteri tarafından delkredere harcı ödenmektedir. Faktoring komisyonu gerçek olmayan faktoringe göre yüksektir⁷¹⁵.

Gerçek olmayan faktoringde faktor, iş görme ve finansman işlevini üstlenmekle birlikte teminat işlevini üstlenmemektedir⁷¹⁶. Alacağın tahsil edilemediği durumlarda borçlunun ödememe riski müşterinin üzerinde kalmaktadır⁷¹⁷. Borç herhangi bir sebeple ödenmediğinde faktor müşteriye daha önce yaptığı ön ödemeyi faiziyle birlikte geri ister. Faktörün müşterisine karşı ön ödeme ve işgörme yükümlülüğü devam eder. Faktoring sözleşmesinde taraflarca, alacağın belli bir süre içinde ödeneceği taahhüdünde bulunulur⁷¹⁸. Genellikle vade tarihinden itibaren 90 günlük bir süre içinde alacak tahsil edilemezse, borç müşteriye faktor tarafından rücu edilir. Faktor alacağın tahsil edilmeme riski için daha önce müşteriden aldığı teminatlara başvurabilir⁷¹⁹. Faktörün rücu hakkını kullanmasından belli bir süre vazgeçmesi için, satıcı tarafından ek komisyon ödenmesi gerekebilir⁷²⁰.

Gerçek olmayan faktoring, gerçek faktoringin aksine yalnızca ön ödeme (avans) yöntemi ile akdedilebilmektedir. Gerçek faktoring kural olarak, faktore alacağın devredildiğinin borçluya bildirimin zorunlu olduğu faktoringtir. Gerçek olmayan faktoring ise bildirimsiz olarak akdedilebilir⁷²¹.

Doktrinde faktoring sözleşmesinin açık hükümlerinden ve sözleşmenin yorumlanmasından faktoring işleminin türünün anlaşılamadığı durumlarda faktoringin

⁷¹² Oranlı, s. 24; Toroslu, s. 26; Saraç, Yargıtay, s. 73.

⁷¹³ Ceran, s. 68; Tiryaki, s. 203.

⁷¹⁴ Toroslu, s. 26; Kocaman, Factoring, s. 15; Akkanat, H., s. 902.

⁷¹⁵ Toroslu, s. 49; Kaptan/Telang, s. 160.

⁷¹⁶ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 43; Saraç, Yargıtay, s. 73; Yargıtay 19. HD, T. 15/05/2008, E. 2007/11609, 2008/3542; Yargıtay 19. HD, T. 18/04/1996, E: 1995/11837, K: 1996/4005 (Saraç, Yargıtay, s. 618); Akkanat, H., s. 892; Akyol, Banka, s. 17; Erdemol, s. 11.

⁷¹⁷ Toroslu, s. 26; Yargıtay HGK. T. 15/07/2009, E: 2009/19, K:2009/285 (Saraç, Yargıtay, s. 615.); Akyol, Banka, s. 17.

⁷¹⁸ Toroslu, s. 26; Saraç, Yargıtay, s. 73; Erdemol, s. 11: “Faktor, borçlunun acze düşmesi dahil herhangi bir nedenden dolayı borcun ödenmemesi halinde satıcıya rücu etme hakkına sahiptir. Söz konusu hak, borcun borçlu tarafından fatura tarihinden itibaren mutabık kalınan bir süre içinde ödenmemesi halinde borcun satıcı tarafından geri satın alınmasının veya geri satın alınacağının garanti edilmesini içerir.”

⁷¹⁹ Özakman, Hukuki Nitelik, s. 32; Toroslu, s. 26; Yargıtay 19. HD. T. 06/04/2011, E: 2011/2090, K: 2011/4486. (Saraç, Yargıtay, s. 615.); Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81; Yılmaz, Ad., s. 65.

⁷²⁰ Erdemol, s. 11.

⁷²¹ Kocaman, Factoring, s. 15; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 44; Toroslu, s. 26.

teminat fonksiyonunu üstlendiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷²². Bu görüşe göre, öncelikle faktoring sözleşmesinin TBK m. 19 hükmü dikkate alınarak yorumlanması gerekir. Yorum sonucunda teminat fonksiyonunun üstlenilmediği anlaşılmıyorsa, borçlunun ödememe riskinin faktor tarafından yüklenildiği kabul edilmelidir. Faktoringin esas şeklini gerçek faktoring oluşturur. Tacir olması yanında bir ihtisas kurumu niteliğindeki faktoring şirketinden teminat fonksiyonu üstlenilmek istenmiyorsa açık bir şekilde sözleşmede ifade etmesi beklenir. Zira basiretli tacir tanımı da bunu gerektirir.

Bunun aksini savunan görüşe göre, teminat fonksiyonu, faktoringin zorunlu bir unsurunu oluşturmadığından sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı veya sözleşmenin yorumundan anlaşılamadığı hallerde sözleşme kapsamında olduğu kabul edilemez. Bu durumda sözleşmenin “gerçek olmayan faktoring” olduğu kabul edilmelidir⁷²³.

TBK m. 191⁷²⁴ hükmünde alacağı devredenin garanti borcu düzenlenmiştir. Buna göre, devredenin garanti borcu, devir anında alacağın varlığı ile borçlunun ödeme gücünü içerir⁷²⁵. Bir görüş, faktoring sözleşmesinde müşterinin alacağın varlığını garanti borcunun, alacağın doğduğunu ya da ileride doğacağını ve alacağın sona ermediğini garantiği ettiğini savunur⁷²⁶. Diğer görüş, devredenin garanti borcunu geniş yorumlayarak, alacağın borçludan tahsilini engelleyen sebeplerin de garanti edildiğini kabul eder⁷²⁷.

Faktoring işleminde, müşterinin devredilen alacağı garanti borcu, üçüncü şahıs borçlu ile aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan itiraz ve defiler (ödemezlik defi), borçlunun aciz halinde olması veya alacak ve alacağa bağlı haklar üzerinde üçüncü kişinin hak iddiaları (ayıplı mal) sebebiyle alacağın tahsil edilemediği durumlarda söz konusudur⁷²⁸. Ancak sözleşme ile bu borç bertaraf edilebilir.

Bu hüküm doğrultusunda yapılan faktoring sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça faktorün teminat fonksiyonu bulunmaz. Sözleşme ile faktorün

⁷²² Saraç, Yargıtay, s. 74-75 ve 604; Saraç, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 30; Yargıtay 19. HD. T. 19/12/1996, E.1996/3982-K.1996/11480; Altop, Hukuki ve Güncel Sorunlar, s. 36.

⁷²³ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 32; Akkanat, H., s. 901.

⁷²⁴ TBK m. 191: “Alacak bir edim karşılığında devredilmişse, devreden devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur”.

⁷²⁵ Tunçomağ, s. 1102; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 226.

⁷²⁶ Oğuzman/Öz, C. II, s. 590.

⁷²⁷ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 245; Tunçomağ, s. 1099; Eren, Genel Hükümler, s. 1373; Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Faktoring, s. 111.

⁷²⁸ Kahraman, Z., s. 81; Oranlı, s. 43; Kocaman, Yargıtay, s. 167.

borçlunun ödememe riskini üstlenip üstlenmediği anlaşılmıyor ise faktörün teminat işlevini üstlenmediği kabul edilmelidir.

2. Ön Ödemeli Faktoring-Ön Ödemesiz Faktoring Sözleşmesi

Faktor tarafından müşteriye alacağın vadesi beklenmeden fatura tutarının belli oranının ödendiği faktoringe ön ödemeli faktoring denir. Sözleşmelerde genellikle fatura değerinin %80-90'ının ödenmesi kararlaştırılmaktadır⁷²⁹. Müşteri tarafından, alacağa ilişkin fatura suretlerinin veya malın gönderildiğine ilişkin belgelerin faktore sunulması üzerine ödemede bulunulur. Ödenen kısım için, ödeme tarihinden alacağın tahsili anına, tahsil edilememesi durumunda ise saklı tutulan tutarın talep edilebileceği ana kadar, cari hesap faizi üzerinden faiz işletilir⁷³⁰. Alacağın tahsilatı ise vadesi geldiğinde yapılabilir. Fatura bedelinin %10-20'sine isabet eden ödenmeyen kısmı, malın ayıplı olması, kabul edilmemesi, bedelin düşürülmesi gibi hâllerde kullanılmak veya gerektiğinde hak edilen faiz ve harçlara mahsup edilmek üzere bir tasarruf hesabına aktarılır. Alacak tahsil edildiğinde, bu %10-20'lik kısım faktoring hizmeti karşılığında ödenmesi gereken faiz ve harçlar mahsup edilerek müşteriye tevdi edilir⁷³¹.

Ön ödemesiz faktoring ise faktore devredilen alacakların vadesi gelmeden müşteriye ön ödeme yapılmadığı faktoringtir. Bu tür faktoringte finans fonksiyonu bulunmaz, yalnızca hizmet fonksiyonu veya bazen teminat fonksiyonu bulunur⁷³². Ödeme ancak, borcun vadesinde veya vadeden sonra ya da borç tahsil edildiğinde yapılmaktadır⁷³³. Bu faktoring çeşidinde finansman fonksiyonu söz konusu olmayıp, sadece tahsilat işlevi bulunmaktadır⁷³⁴.

⁷²⁹ Kocaman, Factoring, s. 11; Özdemir, Z., s. 199-200; Toroslu, s. 11; Ceran, s. 67; Akkanat, H., s. 893; Şener, s. 5; Yılmaz, Ad., s. 60.

⁷³⁰ Kocaman, Factoring, s. 11; Kocaman, Berna, Finansal Piyasalar, Ankara 2004, s. 175; Toroslu, s. 11; Yılmaz, Ad., s. 61; Toroslu, s. 26; Kocaman, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 82-83; Saraç, Yargıtay, s. 76.

⁷³¹ V. Thanbausen, Das İniand Factoring, Vertragliche Gestaltung, Rechtsnatur und Kollision mit dem Verlaengerten Eigentumsvobehalt, Diss, Würzburg 1984, 1984, s. 10; Özdemir, Z., s. 200; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 27; Toroslu, s. 6; Ceran, s. 68; Akkanat, H., s. 903.

⁷³² Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 35; Saraç, Yargıtay, s. 76; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 41.

⁷³³ Toroslu, s. 26; Kazmacı, Uzun, s. 11; Saraç, Yargıtay, s. 76.

⁷³⁴ Toroslu, s. 26; Kocaman, Factoring, s. 16.

3. Açık Faktoring - Örtülü Faktoring Sözleşmesi

Açık faktoringde, alacağın faktore devredildiği borçluya bildirilmektedir. Müşteri (satıcı), borçluya gönderdiği faturanın üzerine o fatura içeriği borcun faktore yapılması gerektiğini bir not ile bildirir⁷³⁵. Böylece borçlu, alacağın devredildiği bilgisini edinmiş olur. Buna göre ödeme borçlu tarafından faktoring şirketine yapılır. Kendisine bildirim yapılan borçlu, faktor yerine müşteriye iyi niyetle ödemede bulunduğu iddiasında bulunamaz⁷³⁶. Gerçek faktoringte, genellikle alacağın faktore temlik edildiği borçluya bildirilmektedir⁷³⁷. Bu tür faktoringe bildirimli faktoring de denir⁷³⁸.

Örtülü faktoringde ise alacağın faktoring şirketine devredildiği borçluya veya üçüncü kişilere bildirilmemektedir. Bu tür faktoringe “bildirimsiz faktoring⁷³⁹” de denir. Bu durumda faktor iş görme edimlerinden ihtar ve tahsil edimini yerine getiremez⁷⁴⁰. Satıcı, faktörün ajanı olarak tahsilatı kendisi yapar. Bu faktoringte, borçlu iyi niyetle müşteriye ödeme yaptığında borcundan kurtulur (TBK m. 186). Bu durumda müşteri, kendisine yapılan ödemeleri faktore ibraz etmekle yükümlüdür. Müşterinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde, faktor tarafından, ihbar etmek hakkı, faktoring sözleşmesinde saklı tutulabilir⁷⁴¹. Örtülü faktoringte, faktor müşteriye yaptığı ön ödemeyi geri alamama riski ile karşılaşır. Bu nedenle örtülü faktoring sözleşmelerde tercih edilmeyen bir yöntemdir⁷⁴². Bu tür faktoring işleminde finansman fonksiyonu bulunduğu halde hizmet –tahsil- fonksiyonu bulunmaz. Faktor genellikle ödememe riskini üstlenmez⁷⁴³.

⁷³⁵ Toroslu, s. 26; Onursal, s. 74; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40; Erdemol, s. 39.

⁷³⁶ Bkz. İkinci Bölüm, VI, B, 1; Yılmaz, Melike, Çağdaş Finansman Teknikleri Faktoring – Forfaiting Analiz ve Uygulamaları, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Manisa 2000, s. 9.

⁷³⁷ Kocaman, Factoring, s. 15; Tiryaki, s. 203.

⁷³⁸ Toroslu, s. 34; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40.

⁷³⁹ Toroslu, s. 35; Onursal, s. 74; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40.

⁷⁴⁰ Kocaman, Factoring, s. 116; Toroslu, s. 26; Özdemir, Z., s. 200; Oranlı, s. 26; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40: “Bu halde faktor, müşterisine tahsilat yetkisi tanımaktadır. Yani satıcı, sattığı malın bedelini factoring şirketi nam ve hesabına temsilci sıfatıyla tahsil etmekte ve faktörün hesabına ödemektedir.”

⁷⁴¹ Kocaman, Factoring, s. 16; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 46; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40: “Bildirimsiz faktoringte faktor, müşterisine tahsilat yetkisi tanımaktadır. Yani satıcı, sattığı malın bedelini factoring şirketi nam ve hesabına temsilci sıfatıyla tahsil etmekte ve faktörün hesabına ödemektedir.”; Erdemol, s. 38.

⁷⁴² Kocaman, Factoring, s. 16; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 46.

⁷⁴³ Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40.

Örtülü faktoringte ödemenin müşteriye yapılması alacağın devrinin muvazaalı olduğu yolunda yorumlanamaz. Zira TBK m. 186 hükmüne göre de borçluya alacağın devredildiği bildirilmemişse, alacağı devreden ilk alacaklıya yapılan ödeme ile borçlu borcundan kurtulur. Alacağın müşteri tarafından tahsil edilmesi müşteriye alacak hakkı sahibi yapmaz. Alacak hakkı faktore ait olup gerektiğinde alacağın devri borçluya bildirilerek tahsilatı faktor tarafından yürütülebilir⁷⁴⁴.

4. Yurtiçi Faktoring- Yurtdışı Faktoring

Yurt içi faktoring, müşterinin, yurt içinde mal satması veya hizmet ifa etmesi sonucunda, müşteriden olan alacağını, faktoring şirketine devrettiği faktoringdir⁷⁴⁵. Dolayısıyla faktoring sözleşmesinin tarafları ve alıcı (borçlu) aynı ülkede bulunmaktadır⁷⁴⁶. Faktoring sözleşmesi, müşteri ve faktor arasında akdedilen iki taraflı bir sözleşme olsa da, müşterinin alacaklarının faktore devri sebebiyle sözleşme faktor, müşteri ve borçlu olmak üzere üçlü borç ilişkisi doğurur⁷⁴⁷.

Yurt içi faktoring süreci, faktoringten faydalanmak isteyen satıcının (müşteri), kendi işletmesine ait hesap özeti, borçluların isim, adres listesi ve alacaklarının dökümü ile birlikte kredi talebine ilişkin belgeleri hazırlayarak faktoring şirketine müracaat etmesi ile başlar. Faktoring şirketince, bu başvuru talebi değerlendirilerek, satıcı (aday müşteri) işletmeye bir teklif sunar. Bu teklifte, satıcının ve borçlularının kredibilitesine göre işletmeye yapılabilecek hizmetlerin çeşidi ve buna göre hazırlanan fiyatlama yer alır. Böylece, komisyon oranı, ön ödeme oranı ve faiz oranı gibi konuları da içeren sözleşme koşulları belirlenir.

Tarafların sözleşmeyi imzalamasının üzerine, satıcıya gelen siparişler hakkında faktoring şirketine bilgi verilir ve bu siparişler hakkında faktoring şirketinin onayı beklenir. Siparişlerin onaylanması üzerine, satıcı tarafından mallar borçluya gönderilir. Satıcının (müşteri) alacakların tamamı faktoring şirketine devredilir. Böylece, ileride her fatura düzenlendiğinde ayrı ayrı devir işlemi yapılması söz konusu olmaz. Faturaların bir etiket yapıştirılarak borçluya ihbarı sağlanır. Etiket faturaların

⁷⁴⁴ Toroslu, s. 35; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 51.

⁷⁴⁵ Demir, R., s. 886; Toroslu, s. 27.

⁷⁴⁶ Özdemir, Z., s. 202; Toroslu, s. 27; Onursal, s. 71.

⁷⁴⁷ Toroslu, s. 8; Saraç, Yargıtay, s. 77; Şener, s. 1.

hem aslına, hem de bir suretine yapıştırılır. Faturaların sureti faktoring şirketine, aslı ise borçluya verilir. Satıcı (müşteri) tarafından, faturaların üzerine ödeme tarihi yazılmalıdır. Böylece, faturanın vadesi hususunda ihtilaf çıkması engellenir. Faktoring şirketi, satıcının (müşteri) sözleşme koşullarına uygun olarak, -genellikle %80'i aşmayan oranda- ön ödeme yapar. Faktoring şirketi faturanın (borcun) vadesi geldiğinde, borçludan tahsil eder. Borçlulardan tahsil edilen fatura bedeli üzerinden, masraflar düşürülür. Kalan tutar, satıcının (müşteri) faktoring şirketindeki hesabına alacak kaydedilir. Faktoring şirketinin tahsil ettiği fatura tutarı üzerinden, ön ödeme yapılmışsa yapılan ön ödeme tutarı, finansman faizi ve faktoring komisyonu düşürülür ve kalan tutar satıcıya (müşteri) ödenir⁷⁴⁸.

Yurt dışı faktoring ise, müşterinin yurt dışındaki müşteriye mal satması veya hizmet ifa etmesi durumunda, yurt dışındaki müşterisinden olan alacağını faktoring şirketine devrettiği faktoringdir⁷⁴⁹. Bu faktoring işleminde ihracatçı ve faktor olarak adlandırılan aracı kurum olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Faktoring şirketi, ithalatçının ülkesinde ise “import (ithalat-muhabir) faktor”, ihracatçının ülkesinde ise “export (ihracat) faktor” söz konusu olmaktadır. Bu faktoringte faktore devredilen alacak müşterinin ihracat işleminden doğar. Bu sebeple alıcı ithalatçı, satıcı ise ihracatçı olarak isimlendirilir. İhracat işlemlerinde yurt içi faktoringe göre risk yüksektir. Bu sebeple yurtdışındaki faktor muhabir faktorün hizmetinden yararlanır. Muhabir faktorün görevi, ithalatçının kredibilitesini araştırarak limit onayının ihracatçı faktore bildirilmesidir. Muhabir faktor genellikle faktorün şubesi veya temsilcisidir. Bazen de ithalatçının ülkesinde herhangi bir faktor olabilir⁷⁵⁰.

İhracat faktoringi, alıcının başka bir ülkede olduğu durumlarda gerçekleştirilen faktoring işlemidir. İthalat faktoringi ise satıcının başka bir ülkede olduğu, faktorün muhabir aracılığı ile yurt dışındaki ihracatçıya ödeme yapma garantisi verdiği faktoringdir. Böylece ithalatçı akreditif yapmadan ithalat yapabilmektedir⁷⁵¹. Bu faktoring işleminde, ihracatçı, ihracatçının ülkesindeki faktoring şirketi, ithalatçı, ithalatçının ülkesindeki faktoring şirketi (muhabir faktor) olmak üzere dörtlü borç ilişkisi bulunmaktadır⁷⁵².

⁷⁴⁸ Özdemir, Z., s. 203; Papadimitriou/Phillips/Wray, s. 8; Saraç, Yargıtay, s. 77; Akyol, Banka, s. 25.

⁷⁴⁹ Kocaman, Factoring, s. 17; Özdemir, Z., s. 201-202; Saraç, Yargıtay, s. 78; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 41; Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Faktoring, s. 48.

⁷⁵⁰ Toroslu, s. 28; Saraç, Yargıtay, s. 78.

⁷⁵¹ Toroslu, s. 9 ve 29; Saraç, Yargıtay, s. 78.

⁷⁵² Toroslu, s. 27; Das, s. 291.

VI. Faktoring Sözleşmesinin Hükümleri

A. Müşteri ile Faktoring Şirketi Arasındaki İlişki

1. Müşterinin Borçları

a. Alacağın Devri Borcu

aa. Alacakların Toptan Devri

Faktoringde müşteri, faktore alacaklarını devretmekle yükümlüdür. Müşterinin alacağının faktore devri, faktoring sözleşmesinin temelini oluşturur⁷⁵³. Diğer bir deyişle bu yükümlülük, müşterinin asli edim yükümlülüğüdür. Faktoring sözleşmelerinde, alacaklının (müşteri) doğmuş ya da doğacak alacakları münferit devir, toptan devir veya devrin vaadedildiği çerçeve devir olmak üzere üç türlü yapılabilir⁷⁵⁴.

Münferit devir, doğmuş veya gelecekte doğacak belirli bir alacağın devredilmesidir. Böyle bir devirde her bir alacak, bağımsız bir devir işlemine konu olmaktadır. Örneğin, bir eser veya satım sözleşmesinden doğan bir alacağın devredilmesi böyledir⁷⁵⁵. Faktoring sözleşmesinde de toptan devrin kararlaştırılmadığı hallerde müşteri her bir alacağı faktore devretme borcunu ifa borcu altına girer⁷⁵⁶.

Toptan devir ise mevcut veya gelecekte doğacak tüm alacakların, tek bir sözleşme ile devredilmesidir⁷⁵⁷. Toptan alacak devri niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Toptan devir kapsamına giren alacakların, henüz doğmamış olanları da dâhil olmak üzere, tek tek belirtilmesi veya bağımsız devir işlemi yapılması gerekmez⁷⁵⁸.

⁷⁵³ Akkanat, H., s. 905; Akyol, Banka, s. 25; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 71; Saraç, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 26. Faktoring sözleşmesinin temelinde alacağın devri olduğuna ilişkin Yargıtay Kararları için bkz. dn. 655.

⁷⁵⁴ Aral, F., s. 96; Kocaman, Hukuki Nitelik, s.120-121; Kazmacı, Uzun, s. 118; Altun, s. 166-167; Günergök, s. 16.

⁷⁵⁵ Aral, F., s. 96; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 68; Günergök, s. 16.

⁷⁵⁶ Akkanat, H., s. 905; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 68; Özakman, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 16.

⁷⁵⁷ Aral, F., s. 96; Dalcı, Toptan Devir, s. 750; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 71; Kazmacı, Uzun, s. 78; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 36; Günergök, s. 16.

⁷⁵⁸ Kahraman, Z., s. 77; Kocaman, Savunmalar, s. 969; Dalcı, Toptan Devir, s. 750; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 71; Şener, s. 21; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 36; Kazmacı, Uzun, s. 118; Günergök, s. 17.

Devralanın alacakların doğumundan haberdar olup olmadığına bakılmaksızın, alacaklar doğduğu anda kendiliğinden devralanın malvarlığına geçer⁷⁵⁹.

Çerçeve devir, alacakların devredilmesinin taahhüt edilmesi işlemidir⁷⁶⁰. Alacağın devrinin vaadedildiği çerçeve devir sözleşmeleri, devir vaadi şeklinde yapılan taahhüt işlemi niteliğindedir. Taahhüt işleminde, henüz alacak hakkı devralanın mülkiyetine geçmemektedir. Devreden, devretme borcu altına girmiştir. Çerçeve devir, daha çok, kredi kuruluşundan alınan krediyi karşılamak için, borçlunun cari hesabındaki tüm alacakları devretmeyi taahhüt etmesi şeklinde görülür⁷⁶¹.

Toptan devir, devralan açısından daha kuvvetli bir hukuki durum yarattığından uygulamada çerçeve devire göre daha çok tercih edilmektedir⁷⁶². Tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın toptan devredildiği faktoring sözleşmelerinde alacak hakkı faktorün malvarlığında hukuki sonuç doğurur. Çerçeve devir işlemi ise taahhüt işlemi niteliğinde olduğu için alacağın devri için alacak doğduğunda tasarruf işleminin (alacağın devri) yapılması gerekmektedir⁷⁶³.

Faktoring işleminde, toptan alacak devri, müşteri ile faktor arasında faktoring sözleşmesinin imzalanmasıyla gerçekleşir. Toptan devirde, gelecekteki alacakların devri de söz konusu olduğundan, doğacak olan alacakların belirli ya da belirlenebilir olması, konu ve zaman bakımından sınırlı olması gerekir⁷⁶⁴. Alacağın devrinin konusunu müşterinin borçluları ile akdettiği sözleşmelerin ifası için mal teslimi ve hizmet ifası sonucunda ortaya çıkan para alacakları oluşturur. Alacaklara ilişkin faturaların ve borç listesinin imzalanarak faktore verilmesi gerekir. Faktorün listeyi onaylaması ile alacağın devri işlemi tamamlanmış olur⁷⁶⁵.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar toptan devri sınırlayarak, belirli alacakları devir dışı bırakabilirler. Faktoring şirketi, uygun görmediği alacakları satın

⁷⁵⁹ Klapper, Leoral, "The role of factoring for financing small and medium enterprises", Journal of Banking & Finance Volume 30, Issue 11, November 2006, Pages 3111-3130, s. 3011; Kazmacı, Uzun, s. 120; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 71; Günergök, s. 16; Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 25: "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22/09/2010 tarih, 2010/333 esas no ve 2010/406 sayılı kararı: "...Alacak, temlik edilmekle temlik edenin malvarlığından çıkarak temellük edenin mamelekine dahil olur; buna karşılık temlik edenin alacaklı sıfatı da artık son bulur, onun yerini temellük eden alır..."

⁷⁶⁰ Aral, F., s. 96; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 121; Kazmacı, Uzun, s. 118; Günergök, s. 16.

⁷⁶¹ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 121; Kazmacı, Uzun, s. 118; Günergök, s. 16.

⁷⁶² Aral, F., s. 96; Aydınçık, Şirin, "Bir İnaçlı Temlik Türü Olarak Alacağın Teminat Amaçlı Temliki", İÜHFM, C. 64, S. 1, 2006, ss. 131-194, s. 146; Kocaman, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 91; Kazmacı, Uzun, s. 119.

⁷⁶³ Kazmacı, Uzun, s. 78 ve 118; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 17.

⁷⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1370; Şener, s. 22.

⁷⁶⁵ Akkanat, H., s. 905; Şener, s. 5 ve 20.

almayı reddedebilir⁷⁶⁶.

Faktoring sözleşmesine göre müşterinin alacaklarının devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilmektedir⁷⁶⁷. Faktoring işleminde alacaklar münferit devir işlemi olarak gerçekleştiriliyorsa, alacağın devrinin sebebi faktoring sözleşmesinde tarafların iradesine göre belirlenmelidir⁷⁶⁸. Alacağın devri, müşterinin bir bedel karşılığında faktore devredilmesi amacını taşıyorsa, müşteriye yapılan ön ödemenin karşı edimidir. Dolayısıyla ön ödeme ile alacağın devri taraflar arasındaki borç ilişkisinde mübadeleyi oluşturur⁷⁶⁹. Buna göre, faktoring sözleşmesinin geçersiz olması durumunda alacağın devri de geçersizdir⁷⁷⁰.

Alacağın devrinin sebebini, teminat verme, ifa uğruna veya ifa yerine edim oluşturabilir⁷⁷¹. Alacağın devrinin alacağın tahsili ve kararlaştırılan diğer hizmetlerin ifası amacıyla devri de mümkündür⁷⁷². Alacağın devri, tahsil amacı taşıyorsa, devrin sebebini tahsile ilişkin taahhüt oluşturur. Faktoring sözleşmesi, müşterinin finansman ihtiyacının karşılanmasına yönelik olarak yalnızca alacağın tahsili amacıyla akdedilebilir⁷⁷³.

Toptan alacak devri bakımından ise faktoring işleminde alacağın devri, birden fazla amacı içerebildiğinden bunların, tarafların iradesine uygun olarak akdedilen faktoring sözleşmesine göre farklı sebepler ihtiva etmesi yönüyle kendine özgü bir sebebe dayandığı söylenebilir⁷⁷⁴.

6361 sayılı Kanun m. 9/2'ye göre devredilecek alacağın müşterinin mal veya hizmet satışından doğan alacakların faturaya ya da kurulca belirlenen belgelere

⁷⁶⁶ Kocaman, Factoring, s. 19; Kazmacı, Uzun, s. 83 ve 121: "Toptan devirde kapsam dışına çıkarılan alacakların müşteriye geri devri gerekir."

⁷⁶⁷ Kazmacı, Uzun, s. 96; Şener, s. 68: "Yazar alacağın devrinde soyutluk görüşünü savunmakla birlikte alacağın devri bakımından sebebe bağlılık ilkesinin kabul edilmesi halinde faktor ile müşteri arasında akdedilen alacağın devri sözleşmesine ilişkin çerçeve faktoring sözleşmesinin geçersizliği savunmalarının ileri sürüleceğini ifade etmektedir."

⁷⁶⁸ Kazmacı, Uzun, s.101-102; Bilgiç, s. 416; Akyol, Banka, s. 20-21; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 62.

⁷⁶⁹ Kocaman, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 93; Şener, s. 26; Kazmacı, Uzun, s. 102.

⁷⁷⁰ Kazmacı, Uzun, s. 96; Şener, s. 68.

⁷⁷¹ Kocaman, Yargıtay, s. 165; Kazmacı, Uzun, s. 102; Şener, s. 20; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 37; Günergök, s. 15.

⁷⁷² Kazmacı, Uzun, s. 97: "Gerçek faktoringte alacağın devrinin ödünç amacıyla yapıldığını kabul eden görüşe göre alacağın devrinin sebebi ifa yerinedir. Gerçek olmayan faktoring sözleşmesinde alacağın devrinin ödünç amacıyla yapıldığını kabul eden görüşe göre alacağın devri teminat amacıyla veya ifa uğruna yapıldığı kabul edilir."; Kocaman, Savunmalar, s. 965; Kocaman, Factoring, s. 5; Toroslu, s. 1; Akyol, Banka, s. 16; Ceran, s. 66; Günergök, s. 15.

⁷⁷³ Kazmacı, Uzun, s. 102; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 62-65: "İnançlı temlik yapıldığı takdirde bu temlik teminat veya tahsil amacıyla yapılmış demektir."

⁷⁷⁴ Kazmacı, Uzun, s. 103; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 62; Günergök, s. 15.

dayanması gerekir. Dolayısıyla faktoring sözleşmesi kapsamında devredilebilir alacaklar, müşterinin mal satımı veya hizmet sunumu sebebiyle doğmuş veya doğacak para alacaklardır⁷⁷⁵.

Fatura ile belgelendirilmeyen alacakların devredilmesi hâlinde idari para cezası yaptırımı uygulanır (6361sk. m. 44/1-c). Aynı Kanun m. 43, sözleşme kapsamında devredilen alacaklara ilişkin bilgilerin Finansal Kurumlar Birliği tarafından oluşturulan Merkezi Fatura Kaydı sisteminde kaydedileceğini düzenlemektedir. Yine Faktoring Yönetmeliği⁷⁷⁶ m. 6/1'e göre, faturaların mükerrer olup olmadığı Merkezi Fatura Kaydı Sistemi'nde⁷⁷⁷ kontrol edilir.

Mülga Yönetmeliğin⁷⁷⁸ m. 22/2 hükmünde faktoring işlemlerinde sadece fatura ile belgelendirilmiş alacakların devrinin mümkün olduğu belirtilmiş, doğacak alacakların devri bakımından ise bir düzenlemeye yer verilmemiş idi⁷⁷⁹. Bu durum, faktoring doğacak alacakların devrinin mümkün olup olmayacağı yönünde tartışmalara sebep olmuştur⁷⁸⁰. Ancak söz konusu Yönetmelikten daha sonra yürürlüğe giren 6361 Sayılı Kanun m. 9/2'de doğacak alacakların BDDK tarafından belirlenen usul ve esaslara göre tevsik edilerek devralınacağı belirtilmiştir.

⁷⁷⁵ 6361 Sayılı Kanun m 9/2, Uluslararası Faktoring Konvansiyonu m. 1/3; Kazmacı, Uzun, s. 104; Kocaman, Factoring, s. 5; Toroslu, s. 1; Akyol, Banka, s. 16; Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 30; Şener, s. 5.

⁷⁷⁶ Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik "Mükerrer fatura kullanımının önlenmesi" başlıklı m. 6: "Faktoring işlemi esnasında finansman sağlanmadan önce kuruluş tarafından müşteri yetkililerince imzalanmış alacak bildirim formu ve fatura bilgileri temin edilir. Fatura bilgilerinin Merkezi Fatura Kaydı Sistemine kaydedilmesi suretiyle faturanın mükerrer olmadığının kontrolü yapılır, e-fatura ve e-arşiv uygulamaları ayrıca Gelir İdaresi Başkanlığından teyit edilir."

⁷⁷⁷ Ayrıntı için bkz. <https://www.fkb.org.tr/merkezi-fatura-kaydi/#:~:text=Merkezi%20Fatura%20Kayd%C4%B1%20Sistemi%3B%20Faktoring,ve%20raporlam a%20yap%C4%B1lmas%C4%B1n%C4%B1%20sa%C4%9Flayan%20servistir>. ET. 07/01/2023.

⁷⁷⁸ 10/10/2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren (mülga) "Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik".

⁷⁷⁹ Yargıtay Kararlarında da alacağın devrinin yalnızca fatura ile belgelendirileceği belirtilmiştir. Yargıtay HGK. 03/11/2010 T., E: 2010/19-K: 2010/488 sayılı Kararı: "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin m. 22/2'de yer alan hüküm emredici nitelikte olup somut olayda davalı factoring şirketi anılan Yönetmeliğin aradığı şartları yerine getirdiğini ve davaya konu çekin, bir mal veya hizmet satışı sonucu temlik alındığını kanıtlayamamış olduğundan factoring şirketi çeki takibe yetkili değildir". Ayrıca bkz. Yargıtay 19. HD., T. 14/05/2012, E: 2011/14460, K: 2012/7911, T. 09/05/2012, E: 2012/1129, K: 2012/7776, T. 09/05/2012, E: 2011/13732, K: 2012/7767, T. 26/04/2012, E: 2011/12929, K: 2012/6987 (Saraç, Yargıtay, s. 618-627).

⁷⁸⁰ Kazmacı, Uzun, s. 105-106; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 18-19; Altop, Hukuki ve Güncel Sorunlar, s. 33-34.

Yine Faktoring Yönetmeliği m. 9’da doğacak alacakların devrine ilişkin şartlara yer verilmiştir⁷⁸¹.

bb. Alacağın Devrinin Yasaklanmasının Faktoring

Sözleşmesine Etkisi

Kural olarak, her alacak devredilebilir. İstisnai olarak bazı alacakların sözleşmeden, kanundan veya işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle devri mümkün olmayabilir⁷⁸². TBK m. 183/1’e göre, istisnai olarak alacağın devri yasaklanabilir.

Bâzı Kanun hükümleri ile devrin yasaklandığı alacaklar için üçüncü kişiye devir mümkün değildir⁷⁸³. Örneğin, TMK m. 25/4’de manevi tazminat talebinin sadece zarar verenin kabûlü hâlinde üçüncü kişiye devredilebileceği düzenlenmiştir⁷⁸⁴. TBK m. 366/1’de ise ürün kiralama sözleşmesinde kiraya verenin rızası olmadan üçüncü kişiye devrin mümkün olmadığı kurala bağlanmıştır. TBK m. 395/2’de de, hizmet sözleşmesi gereğince işverenin işin görülmesine ilişkin alacak hakkının

⁷⁸¹ Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin “Doğacak alacakların devredilebilmesi için gereken şartlar” başlıklı m. 9 “(1) Doğacak alacaklar açısından faktoring işleminin gerçekleşmesi, devralınan alacakların fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile tevsik edilebilir bir alacak olması ve alacağın doğduğu anda bu durumun fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile tevsik edildiğinin kuruluş tarafından takip edilmesine bağlıdır.

(2) Mal veya hizmet satışına bağlı olarak doğacak alacağın devralınabilmesi için;

a) Kuruluş ile müşteri arasında doğacak alacağın devrine yönelik bir sözleşme yapılması, sözleşmede işin tanımının, alacağın niteliğinin, tutar veya tutarın hesaplanamaması durumunda, hesaplama temel oluşturacak veriler çerçevesinde belirlenen azami faktoring limiti ile ödeme şartlarının açıkça belirtilmiş olması,

b) Sözleşmedeki doğacak alacağa ilişkin belirtilen hususların, müşteri ile borçlu arasında imzalanan sözleşme, sipariş formu, proforma fatura veya akreditif belgeleri ile varsa bunlara ilave olarak doğacak bir alacak olacağını gösteren diğer belgelerle tevsik edilmesi,

c) Mal veya hizmet satışından kaynaklanan bir ticari ilişki bulunduğunu ve devre konu alacakların da bu ticari ilişki çerçevesinde doğacağını ispat eden tüm belgelerin doğruluğunun ve tutarlılığının bir bütün halinde kontrol edilerek değerlendirilmesi, bunların denetime hazır bir şekilde belgelendirilmesi, ç) Alacağın doğmasını müteakip düzenlenecek fatura veya fatura yerine geçen belgelerin kuruluş tarafından müşteriden temin edilerek işlem dosyasına eklenmesi, gerekir.”

⁷⁸² Aral, F., s. 94; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 33; Günergök, s. 26.

⁷⁸³ Eren, Genel Hükümler, s. 1371; Oğuzman/Öz, C. II, s. 571; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 323-324; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 72; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 134.

⁷⁸⁴ Kılıçoğlu, Ahmet, “Medeni Kanun’da Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, 1990, ss. 103-110, s. 113: “Manevi tazminatın kural olarak devrine karşı olan düşünceler, devir alan kimsenin başkasına ait şahsiyet değerleri üzerindeki çekişme ve tartışmaya girilmesindeki hoşnutsuzluktan kaynaklanır.” Mirasçılara manevi tazminat talep hakkının geçeceği yönünde görüş için bkz. Tandoğan, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 334. Manevi tazminat talebinin devrini, borçlunun rızasına bırakan TMK m. 25/4 hükmünün isabetsiz olduğu, devrin mümkün olması gerektiği görüşü için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 892; Saraç, Yargıtay, s. 186; Günergök, s. 27.

devredilemez olduğu hükmüne yer verilir. TBK m. 429/1 hükmü, hizmet sözleşmesinin işçinin yazılı rızası olmadan devredilemeyeceğine ilişkindir. Yine, TBK m. 619’da ölünceye kadar bakma sözleşmesinde alacaklının bakım hakkını devredemeyeceği öngörülmüştür.

Kamu hukukundan kaynaklanan bazı alacak haklarının devrine de kısıtlama getirildiği görülmektedir. Örneğin, 5510⁷⁸⁵ sayılı Kanun m. 93’de, sigortalıların bazı mali hakları ile sağlık hizmeti sunucularının doğan alacak haklarının devri yasaktır⁷⁸⁶.

Bazı alacaklar bakımından ise hukuki işlemin niteliği gereği devir mümkün değildir. Örneğin TBK m. 364’de düzenlenen nafaka alacağı hakkı, alacaklının ihtiyaçları dikkate alınarak hükmedildiğinden devredilmesi amacına aykırı düşer⁷⁸⁷. Yine, TBK m. 502-514’de düzenlenen vekâlet sözleşmesinin ücretli ifası hâlinde, vekâlet verenin vekilden talep edeceği işin yönetilmesini isteme hakkı da devredilemez⁷⁸⁸. Devir engellerine ilişkin hükümler emredici olmayıp taraflarca aksi kararlaştırılabilir⁷⁸⁹.

Taraflar da alacağın devrini kısmen veya tamamen sözleşmeye dayanarak yasaklayabilir. Taraflar devir yasağını sözleşme akdedilirken veya daha sonra getirebilir (TBK m. 183/1)⁷⁹⁰.

Factoring sözleşmelerinde, müşterinin bazı alacakları üzerinde kanuni veya sözleşme ile kararlaştırılmış devir yasağı hukuka uygundur (TBK m. 183/1). Faktore devredilen alacaklar için daha önce, müşteri ile borçlusu arasında devir yasağı

⁷⁸⁵ 16/06/2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5510⁷⁸⁵ sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” m. 93’e göre, “sigortalılar ve hak sahiplerinin aylık ve ödenekleri ile sağlık hizmeti sunucularının kurum nezdinde doğan alacak haklarının devri yasaktır”.

⁷⁸⁶ Oğuzman/Öz, C. II, s. 572; Nisim, Franko, “Alacağın Temliki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1, ss. 177-196, s. 183 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36521>) ET. 07/01/2023: “Kaide itibarıyla, bütün alacakların temliki mümkündür. Bu itibarla alacağın kaynağı ister akit, ister haksız fiil, ister haksız iktisap veya kanun olsun, temlik edilebileceği gibi, vadesi gelmemiş alacaklar, şarta bağlı alacaklar dahil temlik edilebilir. Bunun gibi kaynak itibarıyla amme alacakları da kabili temliktir”. Yine Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde; “İade alacağının tamamının üçüncü kişilere nakden ödenmesinin talep edilmesi halinde, iade hakkı sahibi mükellefe nakden iadeye ilişkin usul ve esaslar uygulanır. Bu durumda, alacağın üçüncü kişilere ödenmesine ilişkin talep, alacağın açık bir şekilde kime temlik edildiğini içeren, noter tarafından onaylanmış alacağın temliki sözleşmesi ile yapılır.” denilmiştir; Üçer, s. 416.

⁷⁸⁷ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 174; Eren, Genel Hükümler, s. 1372; Üçer, s. 417.

⁷⁸⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1372; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 137-142; Üçer, s. 418.

⁷⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1372; Günergök, s. 34.

⁷⁹⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1371; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 165; Tunçomağ, s. 1084; Franko, s. 184; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 33; Üçer, s. 419.

sözleşmesi akdedilmiş ise devrin yasaklandığı faktore karşı ileri sürülebilir⁷⁹¹. Türk hukukunda faktoring şirketlerine karşı devir yasağı getirilemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁹².

Alacağın devri hakkının yasaklanması sözleşmesi şekle bağlı değildir⁷⁹³. TBK m. 183/2⁷⁹⁴ de yer alan, yazılı bir borç tanınmasında devrin yasaklandığının ileri sürülemeyeceği hükmü faktoring işlemleri için geçerli değildir. Faktor TBK m. 183/2 hükmünden yararlanamaz. Bunun sebebi, faktoring şirketince müşterinin alacağın böyle bir borç ikrarıyla devralınmamasıdır⁷⁹⁵. Faktoring sözleşmesinde devredilebilecek alacağın müşterinin mal satımı veya hizmet ifası sonucu doğmuş ve faturaya bağlanmış alacak olması gerekir.

Devir yasağına ilişkin sözleşme alacağın doğumundan önce veya sonra yapılabilir. Faktoring sözleşmesi ile alacağın toplu olarak devredildiği durumlarda alacağın doğumundan sonra yapılan devir yasağı hüküm doğurmaz. Toplu temlikin söz konusu olduğu sözleşmelerde, müşterinin gelecekteki alacağı doğduğunda faktoring şirketinin malvarlığına geçer. Ayrıca bir temlik sözleşmesi yapılması gerekmez⁷⁹⁶. Alacağın doğumu ile alacak faktörün mülkiyetine geçtiğinden, alacak

⁷⁹¹ Kazmacı, Uzun, s. 114; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 72; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 33; Kazmacı, Uzun, s. 112.

⁷⁹² Kazmacı, Uzun, s. 116: “Alman Hukukunda, faktoring şirketine karşı devir yasağı ileri sürülemez. Yine de borçlu alacaklıya (müşteri) ödeme yaparsa borcundan kurtulur.” Şener, s. 87, 88, 90; “Alman kanun koyucusu 1994 tarihli HGB 354a kuralı ile sözleşmesel temlik yasaklarına ilişkin emredici nitelikte yasal bir düzenleme getirmiş ve özellikle yasağın ticari alanda mutlak etkisini ortadan kaldırmıştır. Buna göre alacaklı ve borçlu arasında bir para alacağı söz konusu ve bu para alacağımı teşkil eden işlem her iki taraf bakımından da ticari bir işlem yani her iki taraf tacir sıfatını haiz ise, kararlaştırılan sözleşmesel temlik yasağına rağmen, yapılan temlik herkese karşı geçerlidir.”, s. 100: “Türk Hukukunda Alman Hukukunda olduğu gibi bir kural bulunmamaktadır. Bu durum faktoring işlemlerinde tarafların hak ve menfaatlerine ve dolayısıyla ekonomiye zarar vermektedir. Bu sakıncaların giderilmesi için Alman Hukukunda yer alan düzenlemenin Borçlar Kanunu’nda da yer alması gerekmektedir.”.

⁷⁹³ Şener, s. 76; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 134: “Şekil yönünden BK m. 12 (TBK m. 13) bir sözleşmenin yapılmasındaki genel kurallara tabidir.”; Kazmacı, Uzun, s. 113; Üçer, s. 419; Günergök, s. 28.

⁷⁹⁴ TBK m. 183/2; “devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırıldığı savunması ileri sürülemez.”

⁷⁹⁵ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 23; Şener, s. 85; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 31; “BK m. 162/2 hükmünün faktoring sözleşmesinde uygulama alanı bulabileceği, ancak bu alacakların aynı zamanda mal ve hizmet satışından doğan alacaklar, ticari alacaklar, ticari faaliyetlerden, işletmelerin ticari faaliyetlerinden doğacak alacaklar olması gerektiği belirtmiştir.”; Kazmacı, Uzun, s. 114.

⁷⁹⁶ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 73; Şener, s. 85-86: “Bu görüş ayrıca, gelecekteki alacakların devrinde alacağın doğduğu anda doğrudan faktörün malvarlığına geçtiğini öngören doğrudan geçiş teorisini savunan görüşe uygundur.”; Akkanat, H., s. 905; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 33; Kazmacı, Uzun, s. 114; Günergök, s. 32.

üzerinde tasarruf yetkisi kalmayan müşterinin yapacağı devir yasağı sözleşmesi, konunun imkânsızlığı sebebiyle geçersizdir (TBK m. 27)⁷⁹⁷.

Alacak doğmadan önce yapılan devir yasağı bakımından ise doktrinde, dolaylı geçiş teorisini savunan görüşe göre, alacak doğduğunda bir an için müşterinin malvarlığına geçtiği için, daha önce yapılan devir yasağı sözleşmesi hüküm ifade etmektedir. Böylece alacak faktorün malvarlığına geçmez⁷⁹⁸. Doğrudan geçiş teorisini savunan görüşe göre ise alacağın toplu devrinde, gelecekteki alacağın doğumu ile alacak doğrudan faktorün malvarlığına geçtiğinden, toplu devirden sonra fakat alacak doğmadan önce yapılan devir yasağı faktore karşı ileri sürülemez⁷⁹⁹.

Sözleşmeden doğan devir engeli olduğu hâlde alacak devredilirse, bu devir kendiliğinden geçersiz sayılmaz. Müşteri ile borçlu arasında akdedilen devir yasağı sözleşmesi, faktore karşı def'i olarak ileri sürülebilir⁸⁰⁰. Devre borçlunun onay vermesi halinde devir baştan itibaren geçerli kabul edilir⁸⁰¹.

Faktoringte alacakların bir kısmının devredildiği, bir kısmının ise devrinin yasakladığı sözleşmeler tercih edilmemektedir⁸⁰². Temlikin toptan yapıldığı durumlarda, müşterinin bazı alacaklarını, sözleşme ile devrinin yasaklanması müşterinin alacağın temlikine engel olacak fiillerden kaçınma borcuna aykırılık oluşturur⁸⁰³. Borçlunun da, devir yasağını faktore karşı ileri süremediği durumlarda, oluşan zarar müşteriden istenilebilir⁸⁰⁴.

Ancak devir yasağı sözleşmesinin, müşterinin ekonomik özgürlüğünü, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı bir şekilde ihlal edilmesi halinde (TBK m. 27, TMK m. 23) alacağı devralana karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Özellikle

⁷⁹⁷ Şener, s. 81; Kazmacı, Uzun, s. 86 ve 114; Günergök, s. 32.

⁷⁹⁸ Şener, s. 81; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 33.

⁷⁹⁹ Çeker, s. 119-120; Kazmacı, Uzun, s. 86 ve 115.

⁸⁰⁰ Kazmacı, Uzun, s. 86 ve 114; Şener, s. 83; Günergök, s. 30.

⁸⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1372; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 134; Günergök, s. 31; Borçlunun devir yasağına rağmen yapılan devre muvafakat vermesi halinde devir yasağının geleceğe etkili ortadan kalkacağı görüşü için bkz. Şener, s. 87.

⁸⁰² Kahraman, Z., s. 79; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 71-72.

⁸⁰³ Kahraman, Z., s. 77 ve 80; Saraç, Yargıtay, s. 248; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 73: "Müşterinin temlikten kaçınması factora mahkemeye müracaatla temlikin mahkeme hükmü ile gerçekleştirilmesini talep hakkı verecek, hakimnin kararı alacaklının beyanı yerine geçecektir. Kararın kesinleştiği tarihte alacak factorun malvarlığına intikal etmiş olacaktır. Factorun ayrıca akdin ihlali sebebiyle akdi fesih hakkı saklı bulunmaktadır."

⁸⁰⁴ Oğuzman/Öz, C. II, s. 574.

borçlunun ekonomik anlamda güçlü ve müşterinin borçluya bağımlı olduğu durumlarda bu aykırılığın olduğu kabul edilir⁸⁰⁵.

cc. Alacağa Bağlı Öncelik Haklarının ve Bağlı Hakların

Faktoring Şirketine Geçişi

Alacakların faktoring şirketine devri hâlinde alacak ile birlikte öncelikli haklar ve alacağa bağlı haklar faktoring şirketine devredilmiş olur(TBK m. 189)⁸⁰⁶.

Öncelik haklarından, alacağın, borçlunun malvarlığından öncelikle tahsil edilebilmesine imkân veren haklar anlaşılır. Örneğin İcra ve İflas Kanunu⁸⁰⁷ m. 206’da sayılan alacaklar önceliklidir. Mezkûr hükümde, iflas yolu ile takipte alacak kalemlerinden öncelikle ödenecek olanlar belirlenmiştir⁸⁰⁸. Alacağı devreden alacaklı ile borçlu arasında özel bir ilişkiye dayanan öncelik hakları da, devralana karşı ileri sürülebilir⁸⁰⁹.

Müşteri lehine tesis edilmiş ayni ve şahsi teminatlar (rehin ve kefalet), kanunî ipotek hakkı, hapis hakkı, işlemiş faizler, tazminat ve cezai şart alacağı gibi fer’i haklar da alacağın devralınması ile faktoring şirketine geçer⁸¹⁰.

Alacak taşınır rehni ile teminat altına alınmış ise rehinin konusu olan taşınır, faktoring şirketine teslim edilmemiş olsa da, rehin hakkı faktoring şirketine intikal eder (TBK m. 189/1)⁸¹¹. Ancak faktörün vasıtasız zilyetliğini elde etmediği menkul

⁸⁰⁵ Kazmacı, Uzun, s. 118; Şener, s. 100. Bu konudaki ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, I, E, 4.

⁸⁰⁶ TBK m. 189: “Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizlerde devredilmiş sayılır”.

⁸⁰⁷ RG. 19/06/1932 T. ve S. 2128.

⁸⁰⁸ Tunçomağ, s. 646; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Eren, Genel Hükümler, s. 1374; Arıkan, Temlik, s. 148.

⁸⁰⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1372, Tunçomağ, s. 646; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Kazmacı, Uzun, s. 128; Üçer, s. 424; Arıkan, Temlik, s. 146.

⁸¹⁰ Yarg. 13. H.D., 28.12.2010, E.2010/15896, K.2010/18172 sayılı Kararda: “Alacağın devrinde alacaklının, halen sahip olduğu bir hakkını devredebileceği gibi, henüz mevcut olmayan, müstakbel bir alacağını da devredebileceği; devreden, devir anında sahip olduğu bir hakkını devrettiği durumlarda, yapılan bu tasarruf işlemi ile alacaklının mal varlığının aktifindeki mevcut haklarda başkası lehine bir azalmayı kabul etmiş olacağını, böylece devir akdi yapılır yapılmaz alacağın, alacağa bağlı olan bütün imtiyazlar ve fer’i haklarla beraber devralana geçtiğini, bu sebeple gerek işleyipte eski alacaklı tarafından tahsil edilmemiş, gerekse işlemekte olan tüm fer’i hak ve alacakların yeni alacaklıya ait olacağını kabul etmiştir (Saraç, Yargıtay, s. 787-789); Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 42; Üçer, s. 424.

⁸¹¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1374; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Üçer, s. 424.

mal üzerinde teminat hakkından yararlanması mümkün olmayacağından müşteri rehin konusu malı teslimde zorlanabilir. Alacağı taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olması hâlinde de, rehin hakkının faktoring şirketine geçmesi için bir resmî senedin düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaz (TMK m. 891)⁸¹². TBK m. 189/2 maddesine göre, işlemiş akdi veya kanuni faizler de devredilmiş sayılır⁸¹³. Faktoring sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, devirden önce işlemiş fakat ödenmemiş temerrüt faizleri ile devirden sonra gerçekleşen temerrüt faizleri devralana geçer⁸¹⁴.

Ayrıca, müşteri alacağının teminatı olarak borçludan kambiyo senedi almışsa, kambiyo senedinin kendisine devrini ister⁸¹⁵. Ancak alacağın bir kıymetli evrak ile teminat altına alınması hâlinde, bu kıymetli evrak kendiliğinden faktoring şirketine geçmez⁸¹⁶. Kıymetli evrakın alt ilişkiden bağımsız olması nedeniyle, kıymetli evrakın iktisabı ancak müşterinin ciro yoluyla devretmesi hâlinde sağlanır.

Kambiyo senedinin, satılan malın veya sunulan hizmetin karşılığı olarak verildiği hâllerde, kambiyo senedinin devri ve teslimi faktoring sözleşmesi gereğince alacağın devri borcunun yerine getirilmesi için talep edilir⁸¹⁷.

Aynı zamanda mülkiyeti muhafaza kaydından kaynaklanan alacak hakkı da kendiliğinden faktoring şirketine geçmez. Müşteri tarafından, faktoring şirketine mülkiyetin münferit olarak devredilmesi ile devir gerçekleşir⁸¹⁸.

⁸¹² Eren, Genel Hükümler, s. 1375; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Kazmacı, Uzun, s. 128; Üçer, s. 424 ve 439; TMK m. 924: “İpotekli borç senedindeki veya irat senedindeki alacağın devri, rehin senedinin teslim edilmesine bağlıdır.”; Arıkan, Temlik, s. 150.

⁸¹³ Eren, Genel Hükümler, s. 1375; Kahraman, Z., s. 81; Kazmacı, Uzun, s. 128.

⁸¹⁴ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 74: “Müşteri hakkını saklı tutmadığı takdirde, bu faizlerin de temlik kapsamında değerlendirileceği”; Kazmacı, Uzun, s. 128; Üçer, s. 425: “Sadece temlikten sonra işleyecek faizlerin değil, gerek kanuni ve gerekse akdi olsun işlemiş bütün faizlerin temellük edene geçeceği sonucuna ulaşmak gerekir.”; Arıkan, Temlik, s. 148; aksi yönde görüş için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1375: “Devirden önce işlemiş fakat ödenmemiş temerrüt faizleri devralana geçmediği halde devirden sonra gerçekleşen temerrüt faizleri devralana geçer”.

⁸¹⁵ Saraç, Yargıtay, s. 249; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 42; Üçer, s. 440: “Kıymetli evrak niteliğindeki senetlerde hakkın devri için senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır (TTK m. 647/1). Emre yazılı senetlerde alacağın temlik, temellük edene yapılacak ciro ile gerçekleşir (TTK m. 647/2). Nama yazılı senetlerde ise, temlik edenin yazılı temlik beyanı ile alacağın temlik gerçekleşir (TTK m. 647/2). Hamile yazılı senetlerde ise senedin teslimi yeterlidir. “Emre yazılı değildir” kaydını taşıyan bir poliçe, ancak alacağın temlik yoluyla devredilebilir (TTK m. 681/1). Bu şekildeki bir devir, alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur. Aynı şekilde, protesto keşide edildikten sonra veya vade tarihinden sonra yapılan cirolar, alacağın temlik hükmündedir (TTK m. 690/1).

⁸¹⁶ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Adıgüzel, s. 135.

⁸¹⁷ Saraç, Yargıtay, s. 249; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 76.

⁸¹⁸ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 76: “Faktörün mülkiyetini havale yolu ile iktisap ettiği menkulü semenin ifa edilmemesi üzerine borçludan mülkiyet hakkına dayanarak geri almasının alacağın teminatı değil müşterinin tekeffül yükümlülüğünün teminatı olduğu kabul edilmiştir.”; mülkiyeti saklı tutma hakkının devralana geçtiği yönde görüş için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1375.

Alacağın devri ile ayrıca, ifayı talep hakkı, icraya ya da mahkemeye başvuru hakkı, alacağın ifasına bağlı tazminat talep hakkı, temerrüt hâlinde gecikme tazminatı veya ifa yerine tazminat talep hakları da devralana geçer⁸¹⁹.

Yenilik doğuran haklar bakımından ise ikili bir ayırım yapılmaktadır. Borç ilişkisine yani alacağı doğuran hukuki ilişkiye bağlı olan yenilik doğuran haklar devralana geçmez. Örneğin, sözleşmeyi fesih hakkı, hata, hile, korkutma gibi irade bozukluğu sebebiyle sözleşmeyi iptal etme, sözleşmeden dönme hakları borç ilişkisine bağlı hak olduğundan bunların devralana geçmesi mümkün değildir⁸²⁰. Dolayısıyla alacağa bağlı yenilik doğuran haklar devralana geçtiği halde borç ilişkisine bağlı haklar geçmemektedir⁸²¹.

dd. Devrolunan Alacakları Garanti Borcu

Factoring sözleşmelerinin hangi türde yapıldığına bakılmaksızın müşterinin devredilen alacağın mevcut bulunmasından ve borçlunun ödeme gücünden faktore karşı sorumluluğu vardır (TBK m. 191/1)⁸²².

Factoring sözleşmesi ile borçlunun ödeme gücünden kaynaklanan delkredere riski üstlenilmiş, dolayısıyla, gerçek factoring niteliğinde kurulmuş olsa dahi, müşteri, devredilen alacağın mevcut olmasından sorumludur (TBK m. 191/1)⁸²³. Nitekim factoring sözleşmesinde alacağın devri her zaman bir edim karşılığında devredilmektedir. Fakat taraflarca müşterinin garanti borcu bertaraf edilebilir⁸²⁴.

Alacağın devri bir tasarruf işlemidir. Alacak hakkına sahip olduğunda hak üzerinde tasarrufta bulunulabilir. TBK m. 27/1'e göre, sözleşmenin konusunun başlangıçtan itibaren mevcut olmaması, yani sözleşmenin konusunun baştan itibaren

⁸¹⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1375; Üçer, s. 425; Günergök, s. 112.

⁸²⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1375; Üçer, s. 425; Arıkan, Temlik, s. 150; Kazmacı, Uzun, s. 127: "Devredenin kişisel durumuna bağlı olan hukuki sonuçlar devralana geçmez. Örneğin zamanaşımını durduran nedenler, alacaklının kişiliğine özgü olarak düzelenmiştir (TBK m. 153). Bu sebeple zamanaşımı işlemeyen bir alacak devredildiğinde, devir ile birlikte devralan için zamanaşımı işlemeye başlar (Oğuzman/Öz, C. II, s. 563)."

⁸²¹ Üçer, s. 425; Arıkan, Temlik, s. 150; "Örneğin, seçimlik bir borçta alacaklının seçme hakkı, muacceliyeti alacaklının ihbarına bağlanan ihbar hakkı, takas beyanında bulunma hakkı alacağa bağlı olan, borç ilişkisinden bağımsız, yenilik doğurucu haklardır."

⁸²² Kazmacı, Uzun, s. 154-155; Üçer, s. 427.

⁸²³ Kahraman, Z., s. 81; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81.

⁸²⁴ Kazmacı, Uzun, s. 156; Akyol, Banka, s. 31; Günergök, s. 116.

imkânsız olması sözleşmeyi hükümsüz kılar⁸²⁵. TBK m. 191 hükmü ise mevcut olmayan bir alacağın devrini geçerli kabul etmektedir⁸²⁶. Faktoring sözleşmesinde ise mevcut olmayan bir alacağın faktore devrinde müşteri TBK m. 191/1 hükmü gereğince sorumludur⁸²⁷.

Devredenin garanti borcu, devir sırasında alacağın varlığı ile borçlunun ödeme gücünü içerir⁸²⁸. Bir görüşe göre, faktoring sözleşmesinde müşterinin alacağın varlığını garanti borcu, alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğacağını ve alacağın sona ermediğini kapsar⁸²⁹.

Diğer görüş, devredenin garanti borcunu geniş yorumlayarak, alacağın borçludan tahsilini engelleyen sebeplerin de garanti edildiğini kabul eder⁸³⁰. Faktoring işleminde, müşterinin devredilen alacağı garanti borcu, üçüncü şahıs borçlu ile aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan itiraz ve def'iler (ödemelik def'i), borçlunun aciz halinde olması veya alacak ve alacağa bağlı haklar üzerinde üçüncü kişinin hak iddiaları (ayıplı mal) sebebiyle alacağın tahsil edilemediği durumlarda da söz konusudur⁸³¹.

Borçlunun takas beyanında bulunması ile alacağın kısmen veya tamamen sona ermiş olması halinde, faktor açık kalan alacak miktarı, bu miktara ilişkin faiz ve masraflar ile sözleşmede kararlaştırılan oranda komisyona hak kazanır⁸³².

Müşteri ile faktoring şirketi arasındaki sözleşmeye bağlı olarak, alacağın muaccel olduğu, ancak belirli bir sürede tahsil edilemediği hâllerde, -bir icra takibi

⁸²⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 184; Tunçomağ, s. 259; Oğuzman/Öz, C. I, s. 89; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 977.

⁸²⁶ Engin, İlkay, Baki, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 90-91; Çelen, s. 191: "Bu düşünce alacağın devrinde garanti yükümlülüğünü kusursuz sorumluluk olarak kabul eden kanun koyucunun amacına uygun düşecektir."; Kazmacı, Uzun, s. 157: "TBK m. 191/1 hükmünün, ivazlı bir işleme dayanan devirlerde, alacağı devralanı koruma amacı ile TBK m. 27/1 hükmüne istisna getirdiği ve imkansızlığa rağmen sözleşmenin geçerli sayıldığı kabul edilir."

⁸²⁷ Engin, s. 94; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81.

⁸²⁸ Tunçomağ, s. 1102; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 226.

⁸²⁹ Oğuzman/Öz, C. II, s. 590; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81; Üçer, s. 427; Günergök, s. 112.

⁸³⁰ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 245; Tunçomağ, s. 1099; Eren, Genel Hükümler, s. 1373; Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Faktoring, s. 111; Kazmacı, Uzun, s. 158.

⁸³¹ Kahraman, Z., s. 81, Oranlı, s. 43; Günergök, s. 123; Kocaman, Yargıtay, s. 167-168: "Alacağın gerçekliğinden sorumluluk, üçüncü şahıs borçlunun factor'e karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ilerden kurtulmayı (muafiyeti) da içermelidir. Müşteri sadece alacağın gerçekliğinden değil, aksine alacağın sağlamlığından da sorumludur."; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81; "Buradaki müşterinin aciz halinden sorumluluk gerçek olmayan faktoring sözleşmeleri için geçerlidir."

⁸³² Akkanat, H., s. 906; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81.

başlatılıp, bu takibin sonuçsuz kalması şartı aranmaksızın-, rüçû imkânına başvurabilir⁸³³.

Ancak mevcut bir alacak olmakla birlikte bu alacağın devredilmesine engel bir durumun varlığında veya devir yasağı olması halinde TBK m. 191/1 hükmü uygulanmaz. Devrin geçersiz olduğu kabul edilir⁸³⁴. Yine, devirden sonra ortaya çıkan zamanaşımı, ifaya engel durumların varlığı ve ifanın imkânsızlığı hâlinde devreden sorumlu tutulamaz⁸³⁵.

Devredenin garanti borcunun içeriği de TBK m. 193'de düzenlenmiştir. Müşterinin garanti borcu, alacağın devri karşılığında faktoring şirketinden alınan ön ödeme, faiz, masraf ve komisyon tutarıdır. Dolayısıyla garanti borcu kapsamında müşterinin tazmin borcu, devredilen alacağın tutarı ile sınırlı değildir⁸³⁶.

TBK m. 193'e göre, müşterinin garanti borcu, devir işlemi sebebiyle oluşan giderler ile faktoring şirketinin devraldığı alacağın tahsili için uygulanan ancak sonuç alınamayan takip ve davaların giderleridir⁸³⁷. Ayrıca müşteri kusursuz olduğunu ispat etmediği müddetçe, faktoring şirketinin devir sebebiyle uğradığı diğer zararları tazmin etmek zorundadır (TBK m. 193/4)⁸³⁸. Müşterinin garanti borcu kapsamında sorumluluğu için kusuru aranmaz⁸³⁹. Ancak diğer zararları tazmininden kusuru oranında sorumludur.

⁸³³ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 36; Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Faktoring, s. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 262; Günergök, s. 123: "Borçlunun ödeme gücünün bulunmamasından dolayı devredenin sorumluluğuna gidilebilmesi için devralanın borçluya icra takibi başlatmış olması ve borçlunun yeterince mal varlığı olmadığını belgelendirmiş olması gerekir. Ancak alacağın mevcut olmamasından dolayı devredenin sorumluluğu için takip başlatılması veya dava açılması gerekmez."

⁸³⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1372; Engin, s. 94; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81; Kazmacı, Uzun, s. 157: "Devir işleminin geçersizliği, alacağın varlığına ilişkin değilse, tarafların ehliyetsizliği, şekle aykırılık gibi nedenlerden ileri geliyorsa, garanti sorumluluğu uygulama alanı bulmaz. Zira buradaki garanti sorumluluğu sadece alacağın varlığına ilişkindir."; Günergök, s. 122.

⁸³⁵ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 214; Arıkan, Temlik, s. 149; Günergök, s. 116.

⁸³⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1373; Kazmacı, Uzun, s. 159; Yargıtay 19. HD., T. 15/05/2008, E.2007/11609, K.2008/5342: "Taraflar arasındaki faktoring sözleşmesinde müşterinin faktöre malların maddi ve hukuki ayıptan arı olmasını garanti ettiğini, davalı müşterinin garanti ettiği hususların ortaya çıkması halinde davacı faktörün ödediği bedeli müşteriden talep edebileceğine karar verilmiştir (Saraç, Yargıtay, s. 613-615); Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 82; Günergök, s. 126.

⁸³⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1374; Oğuzman/Öz, C. II, s. 589; Kazmacı, Uzun, s. 159; Engin, s. 167; Üçer, s. 430.

⁸³⁸ Kazmacı, Uzun, s. 159; Engin, s.149; Oğuzman, Öz, C. II, s. 593-594; Günergök, s. 125.

⁸³⁹ Günergök, s. 117 ve 125; Kazmacı, Uzun, s. 159.

ee. Alacaklağın Devrini Borçluya Bildirme Borcu

Alacağın devri sonucunda borç ilişkisindeki alacaklı sıfatı alacağı devralana geçer. Bunun için borçlunun devirden bilgisinin olup olmadığı önem taşımaz. Devralan alacak üzerinde tasarruf hakkına sahip olur⁸⁴⁰. Alacağın devredildiği bildirildikten sonra önceki alacaklıya ödemede bulunan borçlu iyi niyet iddiasında bulunarak borçtan kurtulamaz⁸⁴¹.

Faktoring şirketinin devredilen alacağı tahsil edilebilmesinin güvencesi olarak devrin borçluya ihbar edilmesi gerekir. İhbar yükümlülüğü, müşterinin, ödemeyi faktoring şirketine yapılmasını temin etmek amacı güder⁸⁴².

Alacağın devredildiği borçluya bildirilmemişse önceki alacaklıya ifade bulunan iyiniyetli borçlu borcundan kurtulur (TBK m. 186). Bildirim alacağı devreden veya devralan tarafından yapılabilir⁸⁴³. Çoğunlukla faktoring sözleşmelerinde, bildirim borcunun müşteriye yüklendiği görülmektedir⁸⁴⁴. Kanunda bildirimin şekline ilişkin bir şarta yer verilmemiştir. İspat kolaylığı için yazılı yapılması tercih edilir⁸⁴⁵.

Bildirim için müşterinin borçluya verilmek üzere düzenlediği fatura ve fatura suretleri üzerine, alacağın faktore devredildiği, faktörün unvanı, ödemelerin yapılacağı faktore ait hesap numarası ve açık adresi, borcun vadesi, ödeme yerini gösteren ibareler kaydedilir. Uygulamada belirtilen bilgileri içeren etiketin faturalara ve fatura nüshalarına yapıştırılmasıyla bildirim yükümlülüğü yerine getirilir⁸⁴⁶.

TTK m. 18/3⁸⁴⁷ hükmünde tacirlerin yapacağı bazı ihbar ve ihtarların şekli açıklanmıştır. Bu hükme göre, alacağın devrinin ihbarı şekle bağlı olarak

⁸⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1378; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 73; Kazmacı, Uzun, s. 79.

⁸⁴¹ Akkanat, H., s. 905; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 73.

⁸⁴² Kahraman, Z., s. 77; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 73.

⁸⁴³ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 232-233; Oğuzman/Öz, C. II, s. 569; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 257; Kazmacı, Uzun, s. 132.

⁸⁴⁴ Kahraman, Z., s. 77; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 73; Kazmacı, Uzun, s. 80. Bkz. Ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği, II. 2; “Alacağın FAKTOR’a devrinin borçluya ihbarı mükellefiyeti tamamen MÜŞTERİ’ye ait olmakla birlikte FAKTOR dilerse, herhangi bir hukuki sorumluluk taşımaksızın, borçluya ihbarı kendisi yapabilir, böylesi bir halde ihbara ilişkin tüm masraflar MÜŞTERİ tarafından FAKTOR’a tazmin edilir. MÜŞTERİ temliki bildirmemek suretiyle borçlunun üçüncü şahıslara iyi niyetle yaptığı ödemelerden ve FAKTOR’un bu nedenle uğrayacağı zararlardan da sorumludur.”

⁸⁴⁵ Oğuzman/Öz, C. II, s. 570; Şener, s. 41; Kazmacı, Uzun, s. 132.

⁸⁴⁶ Kahraman, Z., s. 80; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 74.

⁸⁴⁷ TTK m. 18/3: “Tcirlar arasında, diğlar tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılabilir”.

gerçekleştirilmesi gereken ihtar ve ihbarlar arasında sayılmamıştır⁸⁴⁸. Alacağın devri için bildirim geçerlilik koşulu hükmünde değildir.

Alacağın devri bildiriminin, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu kabul edilir⁸⁴⁹. Bildirim borçlunun öğrenmesiyle hüküm ve sonuçlarını doğurur ve bildirim yapanın geri alma anına kadar etkilidir⁸⁵⁰. Ancak bildirimin hüküm ifade ettiği ana ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, bildirim öğrenildiği anda hüküm ifade eder. Buna göre, bildirimin ulaşma anından sonra fakat öğrenme anından önce önceki alacaklıya ödeme yapan iyiniyetli borçlu borcundan kurtulur⁸⁵¹. Diğer görüşe göre, bildirim ulaştığı anda hükümlerini doğurur. Buna göre bildirim ulaştıktan sonra önceki alacaklıya iyiniyetle ifade bulunan borçlu borcundan kurtulmaz⁸⁵².

Borçluyu koruyan öğrenme anı görüşü, iyiniyetle ifade bulunan borçlunun borçtan kurtulmasına hizmet ettiğinden isabetli bulunmaktadır. TBK m. 186 uyarınca, alacakların faktore devredildiğinin bildirilmesi ile borçlu iyiniyetle ödeme yaptığından bahisle borcundan kurtulamaz⁸⁵³.

Taraflar faktoring sözleşmesinin bildirimsiz (gizli) olacağını da kararlaştırabilirler. Bu durumda devir borçluya bildirilmez. Örtülü faktoring sözleşmesinde ödeme müşteriye yapılmaktadır. Müşteri, derhal faktoring şirketine bu ödemeyi iletme yükümlülüğü altındadır. Ancak müşterinin borçlarını yerine getirmediği, özellikle de kendisine yapılan ödemeleri faktore vermediği hâllerde faktor devri borçluya bildirebilir. Böyle bir durumda bildirimsiz (gizli) faktoring, bildirimli (açık) faktoringe dönüşür⁸⁵⁴.

Bunun yanında, alacağın devredildiğinin ispatı için TBK m. 190⁸⁵⁵ 'de devredenin, gerekli belgeleri devralana teslim etmesi gerektiği belirtilmiştir. Faktoring şirketi de, belirtilen belgeleri ve devri ihtiva eden faktoring sözleşmesini borçluya ibraz ederek alacaklı sıfatını ispat etmekle yükümlüdür. Borçlu ödemeyi yaptığında

⁸⁴⁸ Şener, s. 41; Üçer, s. 422.

⁸⁴⁹ Oğuzman/Öz, C. II, s. 569-570; Şener, s. 41; Kazmacı, Uzun, s. 132.

⁸⁵⁰ Şener, s. 40-41.

⁸⁵¹ Oğuzman/Öz, C. II, s. 569-570; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 257-258; Üçer, s. 422 ve 430-431; "Yazar, ihbarın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için borçlunun ayrıca temlik öğrenmesinin şart olmadığı, bildirimin yapılmasının yeterli olduğu, ancak, borçlunun temlik öğrenmeden yapacağı ifanın, onu borçtan kurtaracağı, maddenin amacının borçluyu korumak olduğu belirtilmiştir."

⁸⁵² Oğuzman/Öz, C. II, s. 570; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 257-258; Şener, s. 35.

⁸⁵³ Kahraman, Z., s. 80; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 74; Kazmacı, Uzun, s. 133; Üçer, s. 422.

⁸⁵⁴ Şener, s. 89; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 74; Kazmacı, Uzun, s. 133.

⁸⁵⁵ TBK m. 190: "Devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür".

factoring şirketince alacağın devri senedini borçluya iade etmelidir. Ancak borcun tamamen ödenmediği ya da senedin alacaklıya başka haklar da tanıdığı durumlarda borçluya ödemeye ilişkin bir makbuz vermesi ve ödemenin senede yazılması mümkündür.

b. Teminat Verme Borcu

Gerçek factoring sözleşmesinde faktor alacağın tahsil edilmemesi riskini üstlenmektedir. Müşterinin alacakları devredildiğinde sözleşme ile kararlaştırılan ve devredilen alacağın miktarına göre belirlenen oranda müşteriye ödeme yapılmaktadır. Müşteriye sağlanan finansman karşılığında ise faktor tarafından katlanılan risk için birtakım teminatlar verilmektedir⁸⁵⁶.

Yine factoring sözleşmelerinde müşterinin malın ayıplı olması veya borçlunun müşteriye karşı ileri sürebileceği savunma araçlarını alacağı devralan faktöre karşı ileri sürmesi gibi sebeplerle sorumluluğu devam etmektedir. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda faktorün müşteriye rücu hakkı doğar. Faktorün bu hakkını elde edebilmesi için de çeşitli teminatlar elde etmesi yerindedir⁸⁵⁷.

Teminat ihtiyacı gerçek olmayan factoring sözleşmelerinde de bulunur. Üçüncü kişi borçludan tahsil edilemeyen alacakların müşteriye rücu edilmesi durumunda alınacak teminatlara başvurulabilir. Bu teminatlar ipotek, kefalet, ticari işletme rehni şeklinde olabilir⁸⁵⁸. Teminat amacıyla rehin cirosu veya temlik cirosu ile kambiyo senedi teslim alınabilir. Faktor ayrıca ihtiyaç halinde yeni teminatlar istenmesi hakkını sözleşme ile saklı tutabilir⁸⁵⁹.

Müşterinin bir kısım alacakları teminat hesabında güvence olarak tutulabilir⁸⁶⁰. Faktöre devredilen alacaklar için belirlenen limitler dâhilinde alacağın bir kısmının ödenmesi, alacağın tahsil edilmesinde ise tahsil edilen miktarın bir kısmının alıkonulması faktor için teminat niteliğindedir. Borçludan ödemenin gerçekleştirilemediği durumlarda teminat hesabında bulunan miktar ile ödenmeyen

⁸⁵⁶ Akkanat, H., s. 906; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 80.

⁸⁵⁷ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 80; Şener, s. 70.

⁸⁵⁸ Akyol, Banka, s. 28; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 80; Kazmacı, Uzun, s. 80.

⁸⁵⁹ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 80; Kazmacı, Uzun, s. 80-81.

⁸⁶⁰ Şener, s. 71; Kazmacı, Uzun, s. 80.

alacak oranına göre takas yapılabilir. Faktoring sözleşmesinin bitiminde faktörün müşteriye bir rücu hakkının doğmayacağı anlaşılırsa alınan teminatlar müşteriye iade edilir⁸⁶¹.

c. Faiz, Masraf ve Komisyon Ödeme Borcu

Faktoring işleminde faiz, masraf ve komisyon müşterinin ödeme borcunu doğuran ana bileşenlerdir. Faktörün müşteriye ön ödeme veya iskonto yöntemiyle sağladığı finansman işlevi karşılığında faiz ödeme borcu oluşur. Finansman faizi olarak adlandırılan bu faiz⁸⁶², alacakların vadesinden önce, ön ödeme (avans⁸⁶³) veya iskonto yoluyla müşteriye finansmanı sağlandığından, ödeme tarihi ile alacağın tahsil tarihi arasındaki süre için banka ticari hesap faizi oranında ödenen tutardır⁸⁶⁴.

Faktoring işleminde finansman faizi için uygulanacak oran, yurt içi ve yurt dışı uygulamasında farklılaşmaktadır. Buna göre yurtiçi faktoring işlemleri karşılığı güncel faiz oranları dikkate alınırken, yurt dışı işlemlerde faturadaki para birimi için geçerli uluslararası faiz oranları uygulanmaktadır⁸⁶⁵.

6361 sayılı Kanun m. 51/2⁸⁶⁶ hükmü gereğince, faktoring işlemleri için uygulanacak faizin üst limitini belirleme yetkisi Cumhurbaşkanı tarafından TCMB'ye devredilebilmektedir.

⁸⁶¹ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 80; Şener, s. 71; Kazmacı, Uzun, s. 80; Bkz ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. II/13.

⁸⁶² Toroslu, s. 51; Kazmacı, Uzun, s. 80.

⁸⁶³ Robert A. Modansky, Jerome P. Massimino, Asset-Based Financing Basics, <http://www.journalofaccountancy.com/issues/2011/aug/20113992>. E.T. 29/12/2022.

⁸⁶⁴ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 82; Saraç, Yargıtay, s. 67; Toroslu, s. 51; Onursal, s. 69.

⁸⁶⁵ Thanbausen, s. 1; Onursal, s. 69; Toroslu, s. 51; Libor (London Interbank Offered Rate) faiz oranı, borçlanma işlemlerinde önemli bir belirleyici olup, Londra'nın en güçlü bankalarınca, bankalararası piyasalarda USD üzerinden yapılan borçlanmalarda uygulanan ortalama faiz oranıdır. Bu oran, İngiliz Bankacılar Birliği tarafından belirlenmekte, belirlenen oranlar her gün Reuters üzerinden ilan edilmektedir. Libor faiz oranları belirlenirken, İngiliz Bankalar Birliği tarafından tespit edilen on altı bankadan verilmiş en yüksek dört ve en düşük dört faiz oranı dışında kalan, diğer faiz oranlarının aritmetik ortalaması alınmaktadır. Libor faiz oranları, forward, swap, değişken faizli borçlar, konut kredileri ve eurodolar işlemlerinde referans olarak kullanılmaktadır (Bkz. <https://anapara.com/libor-nedir/>), (E.T. 18/01/2023).

⁸⁶⁶ 6361 sayılı Kanun m. 51/2: “faktoring şirketlerinin ödünç para verme işlemlerinde uygulanacak azami faiz oranlarını tespit etme yetkisi, Cumhurbaşkanı'na aittir. Ancak Cumhurbaşkanı bu yetkisini, TCMB'na devredebilmektedir”.

TTK m. 8/1'e göre taraflar faiz oranını, serbestçe kararlaştırabilirler. Tarafların kararlaştıracığı oranın 6361 Sayılı Kanun m. 51/2'deki hükmü gereğince belirlenen azami faiz oranını aşmaması gerekir⁸⁶⁷.

Yurt dışı faktoring işlemlerinde “libor” faiz oranı esas alınır⁸⁶⁸. Ayrıca yurtdışı işlemlerde faktor üstlendiği riske bağlı olarak “spread” adı verilen ilave bir faiz uygulayabilmektedir⁸⁶⁹.

“Karşılık” olarak da ifade edilen ve toplam fatura değerinin ödenmeyen kısmını oluşturan, borçlu tarafından ödeme yapılınca kadar faktorün elinde tutulan kısım, sözleşme gereği müşterinin üstlendiği mala veya hizmete ilişkin riskleri temin etmek, faiz ve harçlara mahsup edilmek üzere bir tasarruf hesabında tutulur. Bu tutar alacağın tahsil edilmesi, risklerin gerçekleşmemesi veya faktorün delkredere riskini üstlenmesi hâlinde vadeden itibaren 90 gün sonra faiz ve harçlar mahsup edilerek müşteriye ödenir⁸⁷⁰.

İskonto yönteminde ise alacağın toplam tutarı üzerinden çeşitli masraf ve harçlar indirilerek işlemin başında müşteriye ödenmektedir. Bu indirim (iskonto), faktorün alacağın ödenmeme riskini üstlenmesi, sunduğu hizmetler ve finansman sağlamasının karşılığını oluşturur⁸⁷¹.

Factoring şirketinin faktoring sözleşmesi uyarınca müşterisine sunulan hizmetler, yaptığı masraflar ile teminat işlevinin üstlenildiği hâllerde bu rizikonun karşılığını teşkil etmek üzere müşterinin masraf ve komisyon (ücret) ödeme borcu bulunur⁸⁷². Komisyon oranı, müşterinin alıcılarının sayısı, alıcıların ekonomik güçleri, kredibiliteleri, faaliyet gösterilen sektörün özellikleri, müşterinin taahhüt ettiği yıllık ciro, faktoring işlemi yapılan ülkelerin risk durumu, alacakların miktarı ve para birimi gibi kıstaslar göz önünde bulundurularak belirlenir⁸⁷³. Faktoring işlemlerinin maliyetlerinden olan komisyon tutarı, faktoringi diğer finansman tekniklerinden ayıran faktördür.

⁸⁶⁷ Akyol, Genel Hükümler, s. 192-193: “Bankaların tip sözleşmelerle yüksek ve aşırı faiz kararlaştırmasının hukukla ve ahlakla bağdaşmayacağı, TMK m. 2 ve TBK m. 26-27 hükümlerine aykırılık oluşturacağı için mutlak butlanla batıl olduğu belirtilmektedir.”

⁸⁶⁸ Onursal, s. 69; Oy/Köse/Alkım, s. 25.

⁸⁶⁹ Toroslu, s. 52; Oy/Köse/Alkım, s. 25.

⁸⁷⁰ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 27; Kocaman, Factoring, s. 11.

⁸⁷¹ Akkanat, H., s. 903-904; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 28; Saraç, Yargıtay, s. 67; Toroslu, s. 51.

⁸⁷² Bakker, Anuschka/Levey Marc M., Transfer Pricing and Intra-group Financing: The Entangled Worlds of Financial Markets and Transfer Pricing, IBFD, 2012, s. 233; Akkanat, H., s. 906; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 37; Akyol, Banka, s. 26; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 82.

⁸⁷³ Onursal, s. 69; Akkanat, H., s. 907; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 83.

Komisyonun faktore devredilen riskin bir karşılığı olduğu kabul edilir⁸⁷⁴. Faktorün geri ödememe riskini üstlendiği gerçek faktoring işleminde toplam fatura tutarı üzerinden satıcıya kredi garantisi olarak ödenen kısım faktor için maliyettir⁸⁷⁵. Gerçek faktoringde riskin tümünü üstlenen faktoring şirketine, faktoring komisyonu yanında fatura değerinin % 0,2 ile 0,4'ü arasında teminat (delkredere) harcı ödenmelidir⁸⁷⁶.

Bunların yanında, faktoring şirketi tarafından, tahsilatın gerçekleştirilmesi üzerine faktoring harcı ödenmesi söz konusu olmaktadır. Bu harç, faturada belirtilen alacak değerinin %0,5'i ilâ %2,5'i arasında değişebilen bir provizyondur⁸⁷⁷.

İlave olarak, şayet, faktoring şirketince kendisine yapılan ön ödemelerin teminatı olarak, müşteri tarafından, faktoring şirketine banka teminat mektubu vb. bir güvence verilmiş ise bu güvencenin gideri, yenileme masrafı, vergisi ve komisyonu da müşteri tarafından karşılanmaktadır⁸⁷⁸.

Faktor, genellikle kredi değerli olarak görülmeyen borçlular için bir ek ücret ekler⁸⁷⁹.

d. Bilgi ve Belgeleri Verme Borcu

Faktoring sözleşmesinde, müşterinin, işletmesi ile ilgili olarak talep edilen bilgileri, faktoring şirketine doğru ve tam bir şekilde verme borcu bulunur (TBK m. 190). Bilgi belgelerin verilmesi asli edim yükümlülüğüne hizmet eden yan edim yükümlülüğüdür⁸⁸⁰.

Müşterinin mâli durumu, maliye ve sosyal güvenlik kuruluşları ile ilişkileri,

⁸⁷⁴ Onursal, s. 69; Akkanat, H., s. 906.

⁸⁷⁵ Robert A. Modansky, Jerome P. Massimino, Asset-Based Financing Basics, <http://www.journalofaccountancy.com/issues/2011/aug/20113992.html>, E.T. 29/12/2022.

⁸⁷⁶ Akkanat, H., s. 906; Toroslu, s. 15; Demir, R., s. 893.

⁸⁷⁷ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 31; Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Faktoring, s. 31; Yılmaz, Ad., s. 59.

⁸⁷⁸ Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 82; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 42.

⁸⁷⁹ Talu, s. 32; Robert A. Modansky, Jerome P. Massimino, Asset-Based Financing Basics, <http://www.journalofaccountancy.com/issues/2011/aug/20113992.html>, ET. 29/12/2022.

⁸⁸⁰ Kazmacı, Uzun, s. 84; “Yan edim yükümlülüklerinin temelinde dürüstlük kuralı vardır (TMK m. 2). Diğer taraftan yan edimler, karşılıklı borçlardan olmadıkları için, faktoringte olduğu gibi karşılıklı edimler içeren bir sözleşmeden doğmuş olsalar bile, bu edimlerin yerine getirilmesinde temerrüde düşüldüğünde, sözleşmeden dönme (fesih) veya aynen ifadan vazgeçip tazminat isteme imkanı olmadığı kabul edilir.”; Günergök, s. 105 ve 110.

taraf olduğu uyuşmazlıklar, borçluların listesi gibi hususlarda, faktoring şirketi tarafından talep edilmesi halinde, müşteri bilgi verme mecburiyetindedir. Bunun dışında, temlik edilen her alacağa ilişkin faturanın bir kopyası faktoring şirketine verilmeli, borçluya ancak faktoring şirketine ifa etmekle borcundan kurtulacağı bildirilmeli, alacakla birlikte geçen bağlı haklara ilişkin ipotek, kefalet senedi gibi belge ile birlikte borçluya ilişkin sahip olduğu diğer tüm bilgiler faktoring şirketine iletilmelidir⁸⁸¹. Müşterinin bu zorunluluğu aynı zamanda TBK m. 190 hükmünün de bir gereğidir.

Müşterinin bu yükümlülüğu, işletmesinin mâli durumu hakkında faktoring şirketini aydınlatmakla ilgilidir. Nitekim faktoring şirketi, müşterinin, muhasebe kayıtlarını tutar ve müşteri ile uzun süre ilişki içine girer. Faktoring şirketince talep edilmesi halinde, usulüne uygun tutulmuş, envanter ve bilanço örneklerinin de sunulması gerekmektedir. Bu çerçevede faktoring şirketi veya görevlendireceği kişiler tarafından müşterinin işletmesinin denetlenmesi konusunda anlaşılabilir⁸⁸².

Müşterinin bilgi ve belge verme borcu faktor için çok önemlidir. Faktor alacakları devralırken ve tahsil ederken bu bilgilerden yararlanır. Zira alacağın tahsili yapılırken, ifa yeri, ifa zamanı, borçlunun adresi, borçlunun ileri süreceği savunmaların bilinmesi gerekir.

Toptan devrin yapıldığı sözleşmelerde alacak doğduğunda bu bilgilerin faktore bildirilmesi gerekir. Müşterinin bilgi ve belge verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi borca aykırılık oluşturur. Müşteri dava yoluyla bilgi ve belgeleri vermeye zorlanabilir. Faktorün zararları için tazminat talep hakkı bulunur⁸⁸³.

⁸⁸¹ Kocaman, Yargıtay, s. 170; Toroslu, s. 11; Tiryaki, s.193-194; Demir, R., s. 893; Kahraman, Z., s. 83; Akyol, Banka, s. 26; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 83; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 42; Kazmacı, Uzun, s. S. 129.

⁸⁸² Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 83; Üçer, s. 426.

⁸⁸³ Kazmacı, Uzun, s. 85 ve 120; Günergök, s. 110.

2. Faktoring Şirketinin Borçları

a. Alacakları Devralma Borcu

Faktoring şirketi, müşterisinin usûlüne uygun olarak devrettiği alacakları, faktoring sözleşmesi kapsamında, devralmakla yükümlüdür⁸⁸⁴. Toptan alacak devrinin kararlaştırıldığı durumlarda faktor bakımından sonradan devralma borcu bulunmaz. Bu halde sözleşmenin kurulması ile kendiliğinden alacağın devri gerçekleşmektedir. Ancak sözleşmede alacağın devredilmesinin taahhüt işlemi olarak kararlaştırılması halinde her bir alacak bakımından alacağın devralınması borcu bulunur. Önceden ve toptan devrin öngörülmediği bu sözleşmelerde fakor müşterinin sözleşme kapsamında bulunan alacaklarını sözleşmede belirlenen usulde devralmak zorundadır. Müşterinin devrettiği alacağın, faktoring şirketinde devralınmaması sözleşmeye aykırılık oluşturur. Faktörün borca aykırı davranması ile bir zarar meydana gelirse bu zarara katlanır⁸⁸⁵.

Faktoring sözleşmesinin akdedilmesinden sonra müşterinin yeni müşterileri için faktörün taahhüdünün alınması gerekir⁸⁸⁶. Bu alacaklar için faktörün onayı alınması halinde alacağı devralma borcu söz konusu olur.

b. Ön Ödeme Borcu

Faktoring sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, müşteri, faktor karşısında bir “ödeme” talep hakkı elde eder. Ön ödeme, iskonto veya avans ödemesi şeklinde gerçekleşebilir. Avans ödeme yönteminde, faktoring şirketi, müşterisinin alıcıya (borçlu) malı teslim ederek, fatura suretlerini kendisine sunması üzerine, derhal alacağın % 80 ile %90’ını ödemekle yükümlüdür⁸⁸⁷. Alacağın kalan kısmı ise asıl alacağın muacceliyetine kadar, bir banka hesabında alıkonulur. Faktoring şirketinin, bu işlem sebebiyle işleyen faiz, komisyon ve harç alacakları banka hesabında

⁸⁸⁴ Akkanat, H., s. 907; Kahraman, Z., s. 86; Akyol, Banka, s. 25; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 83.

⁸⁸⁵ Akkanat, H., s. 908; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 84; Kazmacı, Uzun, s. 87.

⁸⁸⁶ Akkanat, H., s. 896.

⁸⁸⁷ Akkanat, H., s. 908; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 84; Akyol, Banka, s. 25-26.

alıkonulan bu meblağdan mahsup edilir. Mahsup sonunda kalan bir miktar varsa, alacağın vadesinden sonra müşteriye ödenir⁸⁸⁸.

İkinci yöntem “iskonto” yöntemidir ve nadiren uygulanır. Bu yöntemde, alacağın karşılığı, derhal muaccel olmaktadır. Alacağın tamamından, masraf ve harçlar iskonto edildikten sonra müşteriye ödeme yapılmaktadır⁸⁸⁹. Dolayısıyla faktoring sözleşmesinde devredilen alacakların vadesi beklenmeksizin, alacağın belirli oranda ödeme yapılmasının öngörülmesi halinde, faktoring şirketi müşterisine, temellük edilen alacaklarla ilgili belirli limitler içinde ödeme yapmak zorundadır. Alacağın tahsili sonrasında ise faktoring şirketi, alacaktan peşin olarak satıcı firmaya ödediği miktarı, faktoring komisyonunu, faktoring faizi ve teminat harcını da düşerek kalan tutarı satıcı firmaya ödemekle yükümlüdür⁸⁹⁰.

Faktorün yaptığı ön ödemeler genellikle faturanın gönderilmesinden itibaren 30 gün ile 90 gün arasında belirlenen vadelerde muaccel hale gelir⁸⁹¹. Ödemeler nakit olarak ve müşterinin isteğine göre kendisinin serbetçe tasarruf edebileceği hesaba gönderilebilir. Genellikle borçlanılmış olan ödeme, peşin yapılmak yerine müşterinin hesabına alacak kaydetme şeklinde gerçekleştirilir⁸⁹².

Sözleşme süresinde faktor tarafından kredi açığının kapatılması amacıyla kullanılmayan ön ödemeler sözleşme sona erdiğinde kararlaştırılan faizi ile birlikte müşteriye iade edilir⁸⁹³. Gerçek faktoring sözleşmesinde faktorün en önemli borcu müşterinin kredi açığının kapatılmasına yönelik finansman sağlama borcudur⁸⁹⁴.

Ön ödemesiz faktoring işleminde ise faktorün ödeme borcu en erken borcun vadesinde muaccel hale gelir. Bu faktoringte borcun muacceliyeti alacağın vadesinden belli bir sürenin geçmesine veya tahsilatın gerçekleştirilmesine bağlı tutulabilir⁸⁹⁵. Tahsil edilen alacağın vadeden sonra müşteriye ödenmesi halinde faktorün faiz ödeme borcu oluşur.

⁸⁸⁸ Özdemir, Z., s. 200; Kazmacı, Uzun, s. 81.

⁸⁸⁹ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 28; Kahraman, Z., s. 85.

⁸⁹⁰ Demir, R., s. 893; Kazmacı, Uzun, s. 87.

⁸⁹¹ Akkanat, H., s. 908; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 84.

⁸⁹² Kocaman, Yargıtay, s. 169; Akkanat, H., s. 908; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 84; Kazmacı, Uzun, s. 87.

⁸⁹³ Yargıtay 19. HD., 1996/3982-11480: “Aradaki faktoring ilişkisi çerçevesinde %20’lik bakiye kısmı ödenmeyen faktoring şirketine karşı müşterinin açtığı bir alacak davasında kalan bakiye %20’lik kısmın davalı faktoring şirketinden tahsiline karar verilmiştir.”, bkz. Kocaman, Yargıtay, s. 172; Akkanat, H., s. 908.

⁸⁹⁴ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 84; Akkanat, H., s. 908.

⁸⁹⁵ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 84.

Faktor tahsil edemeyeceği alacaklar için bir miktar para bloke etmişse, bunu da ilişkinin sona ermesi üzerine müşterisine iade etmesi gerekir. Ancak bu borç, faktorün ilişki sona ermesine rağmen riski devam ettiği sürece doğmaz. Başka bir deyişle faktoring ilişkisi sona ermiş olsa da faktorün hâlâ tahsil edemediği alacaklar için faktor başta aldığı teminatı tutmaya devam eder⁸⁹⁶.

Faktorün müşterisinden komisyon ve masraf alacakları ile müşterinin temlik ettiği alacaklardan dolayı kazandığı temlik karşılıkları nakit hareketi şeklinde karşılıklı olarak ödenmez, ancak cari hesap ilişkisi içinde gerçekleşir⁸⁹⁷.

Faktorün müşteriye ödeme yapma borcunu zamanında yerine getirmeyerek temerrüde düşmesi halinde, müşteri, para borcunun temerrüdüne ilişkin hükümlerden yararlanarak ödemenin temerrüt faiziyle ödenmesini talep eder. Müşterinin temerrüt faizi ile karşılanmayan munzam zararı varsa bunun da tazminini isteyebilir. Faktorün temerrüt borcunu yerine getirmemesi sebebiyle müşterinin sözleşmeyi fesih hakkı da doğabilir⁸⁹⁸.

c. İşgörme Edimlerini Yerine Getirme Borcu

Faktor, sözleşme ile üstlendiği işgörme edimlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Faktoring işlemlerini diğer benzer işlem ve kurumlardan ayıran işgörme işlerine ilişkin edimlerin faktoring şirketi tarafından yüklenilmiş olması, işin gerekli kıldığı özen gösterme borcunu, müşterinin menfaatlerini koruma borcunu da yüklemektedir. Faktoring şirketinin işin gerektirdiği objektif özen borcuna, uygun olduğu ölçüde Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır⁸⁹⁹.

Faktor önce alacağı devralmakta daha sonra tahsilini yapmaktadır. Böylece tahsil için çalışmalarını kendi hesabına yapmaktadır⁹⁰⁰. Faktorün kendi adına "tahsil

⁸⁹⁶ Akyol, Banka, s. 25; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 84.

⁸⁹⁷ Akyol, Banka, s. 25; Kocaman, Yargıtay, s. 169.

⁸⁹⁸ Kazmacı, Uzun, s. 88.

⁸⁹⁹ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 85; Tercan, s. 437; Akyol, Banka, s. 25; Yılmaz, Ad., s. 97.

⁹⁰⁰ Kazmacı, Uzun, s. 88; Dayınlı, Alacağın Temliki, s. 41: "Teminat maksadıyla alacağın inançlı temlikinde, temlik eden özel bir şekilde bağlı kalmaksızın alacağın temellük edene temlik eder. Temellük eden de kendi adına alacağını ileri sürebilmesi için temlik edene bir 'tahsil yetkisi' verebilir.". Bildirimsiz faktoringte, faktorün alacakların tahsili için müşteriye "tahsil için temsil" yetkisi verdiği kabul edilir. Bkz. Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40: "Bildirimsiz faktoringte faktor, müşterisine tahsilat

yetkisi”, “tahsil için temsil yetkisinden” farklıdır. Temsilci, tahsilatı doğrudan temsil olunan adına yapar. Alacağı devralan faktor ise “kendi adına tahsil yetkisini” haiz olup tahsil edilen para kendisinin olur⁹⁰¹.

Bu sebeple müşterinin ticari ilişkide bulunduğu kişiler üzerinde inceleme yapmak zorundadır. Zira müşterinin gerçek olmayan bir ticari ilişki içinde fatura düzenleyerek faktore devredilmesi halinde faktore karşı sorumluluğu devam eder⁹⁰².

Özellikle gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinde, alacağın ödenmeme riski müşteri üzerinde olduğundan, tahsilatın gerçekleşmemesi halinde, faktoring şirketinin müşteriye rücu hakkı bulunmaktadır. Faktor müşterinin borçlularının durumları, alacakların tahsil edilip edilmediği hakkında müşteriye bilgi vermelidir. Alacağın tahsil edilemediği durumlarda, alacak müşteri tarafından geri temlik edilerek, faktoring şirketince müşteriye yapılan ödemeler, faizleriyle ve harcama giderleriyle birlikte müşteriden talep edilmektedir. Faktoring şirketinin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle alacağın tahsil edilememesi sözkonusu olmamalıdır. Dolayısıyla faktor alacağın kısmen veya tamamen tahsiline engel oluşturacak fiillerden kaçınmalı, teminaların azalmaması, borçlunun takibi, alacağın muhafazası ve tahsili için gerekli tedbirleri almalıdır.

Doktrinde bir görüş⁹⁰³, faktorün alacakları takip ve tahsil ile yükümlü olmadığını, özellikle gerçek olmayan faktoringte, faktorün müşteriye rücu hakkının doğması için alacağın vadesinden itibaren belli bir süre geçmesinin yeterli olduğunu, örneğin vadeden itibaren 90 günün sonunda borcun ödenmemesi halinde faktorün müşteriye rücu hakkının doğduğunu, bu sebeple ifa uğruna alacağın devrinde tahsil için gerekli özenin gösterilmesi şartını arayan TBK m. 192 hükmünün burada uygulanamayacağını ifade eder. Bu görüş, faktorün takip ve tahsil borcu olmasa da, alacağın tahsil edilememesi veya kısmen tahsil edilmesi faktore ait bir sebepten kaynaklanıyorsa, faktorün iş görme borcunu ihlal ettiği gerekçesiyle sorumluluğuna gidileceğini kabul etmektedir. Yani sorumluluğun doğması için faktorün alacağı tahsil etmemesi değil, tahsil edilmemede kusurunun bulunması şartını aramaktadır.

yetkisi tanımaktadır. Yani satıcı, sattığı malın bedelini factoring şirketi nam ve hesabına temsilci sıfatıyla tahsil etmekte ve faktorün hesabına ödemektedir.”; Erdemol, s. 38-40.

⁹⁰¹ Akyol, Banka, s. 26; Arıkan, Temlik, s.142.

⁹⁰² Akyol, Banka, s. 26; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 68.

⁹⁰³ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 42: “Faktor alacakları takip ve tahsil ile yükümlü olmadığı için tahsil edilmeyen alacaklar müşteriye geri temlik edilir. Bu sebeple Borçlar Kanunu’nun m. 170 (TBK m. 192) hükmü faktoringte uygulanmaz. Ancak rızaen ve fiilen tahsil edilmiş tutarlar kredi borcu ve ferilerinden mahsup olunur.”.

Bunun karşısındaki görüşe göre ise faktoring şirketinin alacağı tahsil borcu vardır ve bu tahsil borcunun gereği gibi ifa edilmesi, alacağın tahsilatı için, her türlü hukuki girişime rağmen, alacağın tahsilinin mümkün olmaması halinde gerçekleşir⁹⁰⁴.

Kanaatimce, faktoring sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmamışsa faktorün alacağın tahsili borcu bulunmaktadır. Ancak, takip borcunun olduğunu kabul etmek faktoringin işleyişini oldukça güçleştireceğinden mümkün değildir. Faktorün alacağın tahsiline ilişkin borcu, devralınan alacakların idare edilmesi, gerekli ihbar ve ihtarların zamanında yapılması ile borçlunun borcunu usulüne uygun ödemesi için tedbirlerin alınması, yapılan gider ve işlemlerin belgeleriyle kayıt altına alınması ve yapılan ödemelerin kabul edilmesidir⁹⁰⁵. Faktoring sözleşmesinde alacağın belli bir süre içinde ödeneceği taahhüt edildiği halde -genellikle vade tarihinden itibaren 90 günlük bir süre içinde- alacak tahsil edilemezse, gerçek olmayan faktoringte borç müşteriye rücu edilir. Gerçek faktoring sözleşmesinde ise tahsil edilemeyen alacaklar için müşteriye rücu hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda faktor alacağı takip yoluna başvurabileceği gibi, daha önce aldığı teminatların tahsili yoluna da başvurabilir⁹⁰⁶.

Öte yandan, Faktoring Yönetmeliğinde⁹⁰⁷, ek teminat olarak alınan kambiyo senetlerinin tahsil edilmesi, devrolunan alacağın tahsili için hukuki takiplerinin başlatması koşuluna bağlanmıştır (Yönetmelik m. 8/4). Bu hükme göre, faktore devredilen alacakların tahsil edilememesi durumunda borçlu aleyhine takibine başlanılmadığı sürece teminat için devrolunan kambiyo veya diğer senetler tahsil edilememektedir. Bir anlamda faktor alacağın takibi ile borçlu kılınmaktadır. Aksi

⁹⁰⁴ Kahraman, Z., s. 84; Akyol, Banka, s. 28; Kazmacı, Uzun, s. 89: “Gerçek olmayan faktoringte alacakların ifa uğruna devredildiği kabul edilirse, devralanın alacakların tahsilinde özen gösterme yükümlülüğü TBK m. 192’ye dayandırılabilir. Buna göre faktor tahsil ettiği alacakları müşterinin kendine olan kredi borcundan düşerken, fiilen tahsil ettiği değil, gerekli özeni gösterseydi tahsil edebileceği miktarları esas alınmalıdır.”; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 86; “Faktorün tahsil işlemi üstlendiği durumlarda borçluyu takip ve alacağın muhafazası için gerekli tedbirler alınmalıdır.”; Erdemol, s. 38; Günergök, s. 131: “Borcun ifasına yönelik devirde, TBK m. 192 gereğince devredenin garanti sorumluluğuna gidilebilmesi için, devralanın borçluya icra takibi ve diğer tüm yasal yolların tüketilmiş olması gerekir. (Bkz. Yargıtay 11. HD., 03/01/1980 T., E. 1980/80, K. 1980/401.)”

⁹⁰⁵ Cox, Anthony N./MacKenzie John A., International Factoring, Euromoney, Ocak 1986, s. 28; “Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 85; Kazmacı, Uzun, s. 89; Yılmaz, Yücesoy, s. 93. Ayrıca bkz. ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. II/12: Faktoring garantisinin bulunmadığı alacaklar için borçluyu takip zorunluluğunun bulunmadığı düzenlenmiştir.

⁹⁰⁶ Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 32 ve 81; Toroslu, s. 26; Yargıtay 19. HD. T. 06/04/2011, E: 2011/2090, K: 2011/4486. (Saraç, Yargıtay, s. 615.); Toroslu, s. 26; Saraç, Yargıtay, s. 73.

⁹⁰⁷ Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği, “Alınan kambiyo senedi veya diğer senetler” başlıklı m. 8/4: “Müşterilerden ek teminat mahiyetinde olmak üzere devralınan ve kambiyo senedi veya diğer senedin tahsil edilmesi, ancak hukuki takip süreçlerini başlatmış olması halinde mümkündür.”

halde alınan teminatın bir anlamı kalmamaktadır. Borçlunun takip edilmesi, gerçek faktoring işleminde faktor tarafından tercih edilen bir yükümlülük olduğu halde, gerçek olmayan faktoring işleminde borçlunun takibinden önce teminatlara başvurmak isteyen faktor için bir zorunluluk oluşturmaktadır. Bu sebeple söz konusu hükmün sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı söylenebilir.

Sözleşme ile belirlenen iş görme edimlerinin gerekli özen gösterilerek icra edilmesi gerekir. Faktor, bu borcununu ifa ederken, kendi menfaatlerini koruduğu gibi müşterinin menfaatlerini de korumaktadır⁹⁰⁸. İşgörme borcu çerçevesinde, faktoring şirketi, alacağa ilişkin düzenli kayıt tutmalı, teminatların azalmasına engel olmaya çalışmalıdır. Faktörün sözleşme ilişkisi içinde başka bir hizmeti de müşterinin hesaplarının tutulmasıdır⁹⁰⁹.

Bununla birlikte, müşterinin borçlularının kredi değerini kontrol etmek, müşteriye pazar koşulları, üretim sistemleri hakkında bilgi vermek, alacaklara ilişkin muhasebe işlemleri ile ticari defterlerin tutulması da faktoring şirketinin yükümlülükleri arasındadır. Faktor üstlendiği borçları kendisi bizzat yerine getirebileceği gibi üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu hizmetlerin gerekli özen gösterilerek yapılmamasından faktörün sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar geçersizdir (TBK m. 115/3, m. 116/3 ve m. 27).

d. Teminat Altına Alınan Alacağı Karşılama Borcu

Gerçek faktoring sözleşmesinde faktoring şirketi, tahsil edilemeyen alacakların riskini üstlenerek, alacağın bedelini müşteriye ödeme yükümlülüğü altındadır. Bu risk ve yükümlülük, müşteri ile faktor tarafından yapılan faktoring sözleşmesinde kararlaştırılan garanti hükümlerinden kaynaklanmaktadır⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Akkanat, H., s. 908; Akyol, Banka, s. 25.

⁹⁰⁹ Kocaman, B., Finans, s. 23; Akyol, Banka, s. 26; Kocaman, Yargıtay, s. 166; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 85; Kocaman, Savunmalar, s. 970.

⁹¹⁰ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 84. Ayrıca, 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Factoring, Finansman Ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu”nun 38. maddesinde, faktor tarafından satıcının şüpheli alacaklara karşı korunması taahhüdü “faktoring garantisi” olarak geçmektedir; Akkanat, H., s. 895: “Taraflar teminat borcunu sözleşme ile öngörmediği takdirde hükümlerini icra eden alternatif bir fonksiyondur.”; Kazmacı, Uzun, s. 91.

Hukukumuzda “rücusuz faktoring” de denilen bu faktoringte, faktoring şirketi, borçludan tahsil edilemeyen alacakları müşteriye rücu edemez. Borçlunun ödeme gücü sebebiyle oluşan alacağın tahsil edilememesi riski faktoring şirketinin üstünde kalır.

Faktor müşterinin borçluları hakkında yaptığı araştırmaları sonucu müşteri için bir limit belirler. “Azami faktoring hacmi” olarak da isimlendirilen bu limit faktorün üstleneceği teminatın sınırını oluşturur. Ancak faktor belirlediği limitin tamamını kullandırmak zorunda değildir. Faktoring şirketi, borçlunun ödeme gücü hakkında önceden bir araştırma yapar ve şüpheli bulduğu alacaklar bakımından garanti “delkredere” riskini üstlenmeyebilir.⁹¹¹

Faktor tarafından tahsil edilmeme riski üstlenilmeden önce devralacağı alacaklarla ilgili müşteriden bir borç listesi alarak borçluların hali hazır ödeme kabiliyetlerini belirler. Her bir borçlu için “borçlu işlem hacmi” dikkate alınarak ayrıca bir limit tespit eder⁹¹². Her bir borçlu nezdinde doğmuş ve doğacak alacaklarla ilgili olarak tahsil edilmeme riskini üzerine almayı taahhüt eder⁹¹³.

Faktoring sözleşmesinin akdedilmesinden sonra müşterinin yeni müşterileri için limit belirleme işleminin belirlenmesi ile faktorün taahhüdünün alınması gerekir⁹¹⁴.

Bu türlü faktoringte, faktoring şirketi, müşterisi ile akdedilen faktoring sözleşmesinde, devraldığı alacağı, kısmen veya bütünüyle tahsil edeceğine ilişkin garanti vermektedir⁹¹⁵. Ancak faktoring şirketinin bu taahhüdü, borçlunun ödeme gücünün bulunmaması sebebiyle tahsil edilemeyen hâller için geçerlidir. Müşterinin fiili veya edimdeki bir kusur ya da alacağın varolmaması sebebiyle ödenmeme durumunda garanti fonksiyonu söz konusu olmaz⁹¹⁶.

Faktorün teminat borcu, faktore devredilen alacağın tahsil edilmemesi riskinin üstlenilmesi olup, faktor bu borçtan kefil veya sigortacı gibi sorumlu tutulamaz. Bu sebeple faktorün “teminat borcu (delkredere)” deyimi, üçüncü şahıs borçlunun borcu

⁹¹¹ Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Faktoring, s. 40; Kahraman, Z., s. 86.

⁹¹² Akkanat, H., s. 895; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 26; Akyol, Banka, s. 28; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 35.

⁹¹³ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 56; Akkanat, H., s. 896.

⁹¹⁴ Akkanat, H., s. 896.

⁹¹⁵ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 85; Kazmacı, Uzun, s. 91.

⁹¹⁶ Kocaman, Yargıtay, s. 167: “Alacağın gerçekliğinden sorumluluk, üçüncü şahıs borçlunun factor’e karşı ileri sürebileceği itiraz ve def’ilerden kurtulmayı (muafiyeti) de içermelidir”; Akkanat, H., s. 896.

için sorumluluk üstlenilmesi anlamına geldiğinden, bu kelimenin sahip olduğu hukuki anlam bakımından kullanılmasının isabetsiz olduğu belirtilmelidir⁹¹⁷.

e. Sır Saklama Borcu

Bir faktoring sözleşmesi ile müşterinin portföy yönetimini yapan, muhasebe kayıtlarını tutan ve danışmanlık hizmeti de dahil olmak üzere verdiği çeşitli hizmetlerin ifası sırasında vâkıf olunan ticari kayıt ve bilgilerin faktoring şirketi tarafından gizli tutulması esastır⁹¹⁸. Bu bilgiler, ticari sır niteliğindedir. Bu sebeple, faktoring şirketleri, müşterisine dair elde ettiği ticarî sırları açıklamamalı ve ya kendileri ya da üçüncü kişilerin yararları için kullanmamalıdır⁹¹⁹.

f. Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi Ödeme Borcu

6802 sayılı Gider Vergisi Kanunu⁹²⁰ m. 28'e göre BSMV, banka ve sigorta şirketlerinin finansal kiralama işlemleri dışında diğer bütün işlemleri sebebiyle almış oldukları paralar üzerinden hesaplanmaktadır. Dolayısıyla BSMV'nin yükümlüsü, banka ve sigorta şirketleridir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu⁹²¹ m. 1/1'de, katma değer vergisinin konusunun mal ve hizmet teslimi olduğu ve m. 8'de mal teslimi ve hizmet ifasını

⁹¹⁷ Martinek, s. 225; Akyol, Banka, s. 28; Öğretide TBK m. 191'de 'Garanti' ifadesinin kullanılması eleştirilmekte, bu terimin Türkçe olmadığı, ancak Türk Hukuk diline garanti sözleşmesi adı altında girdiği, terim kargaşasına yol açmamak için TBK'da 'tekeffül' denen sözleşme yükümlülüğünün karşılığı olarak garanti terimi kullanılmak yerine tekeffül terimi alınmayacak idiyse, 'sağlama yükümlülüğü' denmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir." (Hatemi/Gökyayla, s. 365.)

⁹¹⁸ Kahraman, Z., s. 86: "Bu yasak, portföy yönetimi işlemleri bakımından Sermaye Piyasası Kurumunun yayınladığı tebliğler ile açıklanmıştır. (Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 23 (file:///C:/Users/ab191938/Downloads/18cf779d-2c41-4fd7-9db9-145b9991b0e9.pdf E.T.27/07/2022); Kazmacı, Uzun, s. 91.

⁹¹⁹ Portföy Yönetim Şirketleri Ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği (RG: 02/07/2013 tarihli ve 28695 sayılı) "Sır saklama" m. 23/1: "Şirketin yöneticileri ve personeli işleri dolayısıyla hizmet verdiği kişiler hakkında öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve bu sırları kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine kullanamazlar.", ayrıntı için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I, I, 2, h'de yer alan açıklamalar.

⁹²⁰ 23/07/1956 tarih ve 9362 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 6802 sayılı Gider Vergisi Kanunu m. 28, "Banka ve sigorta şirketlerinin Finansal Kiralama Kanununa göre yaptıkları işlemler hariç olmak üzere, her ne şekilde olursa olsun yapmış oldukları bütün muameleler dolayısıyla kendi lehlerine her ne nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paralardır."

⁹²¹ 02/11/1984 tarih ve 18563 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu m. 1/1, "ticari, sınai, zirai ve serbest meslek faaliyetleri çerçevesinde Türkiye'de yapılan teslim ve hizmetlerle, her türlü mal ve hizmet ithalatı katma değer vergisine tabidir."

gerçekleştirenlerin verginin yükümlüsü olduğu belirtilmiştir. Hem BSMV hem de KDV dolaylı vergi niteliğinde olup malı teslim alan ve hizmetten yararlananların vergilendirilmek istenmeleri sebebiyle aynı mahiyette vergilerdir. Bu sebeple, 3065 sayılı Kanun m. 17/4-e bendinde, BSMV'ne tabi olan konular KVD'den istisna tutulmuştur.

6361 sayılı Kanun'una göre ise faktoring işlemleri, faktoring şirketlerinin yanında bankalar tarafından da yerine getirilebilmektedir (5411 sk m. 4/1-r). Yukarıda bankaların –finansal kiralama işlemleri dışında- her türlü işleminin BSMV'ye tâbi olacağı belirtilmiş idi. Bankaların dışında anonim şirket olarak kurulan faktoring şirketlerince yapılacak faktoring işlemleri de, bankalarda olduğu gibi banka ve sigorta muameleleri vergisine mi yoksa katma değer vergisine mi tabi olacağı hususunun incelenmesi gerekmektedir.

90 sayılı KHK'de faktoring işlemleri, ikrazatçılık işlemleri ile aynı hukuki metinde düzenlenmiş, Gider Vergisi Kanunu m. 28/3'de, ikrazat işlemleri yapanların banker sayılması gerektiği belirtmiş, aynı maddenin 2. fıkrasına göre de BSMV'ne tabi tutulmuştur. Faktoringin 90 sayılı KHK'da ikrazatçılıkla birlikte düzenlenmesi ve ikrazatçıların BSMV'ye tabi tutulması faktoring işlemlerinin de BSMV'ne tabi olması gerektiğini düşündürmüştür.

Doktrinde bazı yazarlar⁹²² bu görüşe katılmakta, faktoring işlemlerinin bir kredi işlemi olduğunu kabul ederek, faktoring şirketlerinin BSMV'nin yükümlüsü sayılması gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak 6361 sayılı Kanun ile birlikte 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış (m. 52/1) ve ikrazatçılık faaliyetleri de sona ermiştir. Bu kanuna göre gerçek kişiler tarafından sürdürülen ikrazatçılık faaliyetlerinin yapılması günümüzde mümkün değildir⁹²³. Faktoring şirketleri hakkında düzenleme, 6361 sayılı Kanunda yer almıştır.

Ayrıca, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 4/1-r bendinde, bankaların faaliyet konuları arasında faktoring işlemleri sayılmış olsa da, 48. maddesinde kredi verme işlemi olarak kabul edilen işlemler arasında faktoringe yer verilmemiştir. Faktoring

⁹²² Süklüm, s. 325; Onursal, s. 79: “Henüz doğmamış alacaklar için verilen avansa faiz yürütülürse bu işlemin kredi unsurlarını taşıyacağı, verilen avansın malını satan müşteri açısından vadesinden önce çekilen parası olduğu, burada da iskonto esasına dayalı kısa vadeli kredi işlemine benzer bir uygulama ortaya çıktığı belirtilmiştir.”; Yılmaz, Ad., s. 102; Sarısoy, s. 28; Ekeril/Kalıpçı, Çağırın, s. 226; Tuncer, Selâhattin, “Factoring ve Vergi Sorunları”, Türkiye’de Factoring (Esaslar ve Uygulama) III, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 1996, s. 35-36.

⁹²³ Kazmacı, Uzun, s. 39.

işlemleri bu madde de yer almadığından, bu kanunun içerdiği anlam bakımından bankacılık işlemi olmadığının kabulü gerekir⁹²⁴.

Dolayısıyla bankalar tarafından faktoring işlemleri yapılması halinde, Gider Vergisi Kanunu m. 28’de açıkça yer aldığından, bankalar BSMV’ne tâbidir. Ancak faktoring işlemi 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda bankacılık işlemleri arasında sayılmadığından bankalar tarafından gerçekleştirilmeyen faktoring işlemleri Gider Vergileri Kanunu m. 28 kapsamında değerlendirilemez^{925/926}.

Öte yandan, Maliye Bakanlığı, faktoring işlemleri neticesinde elde edilen hasılatın, BSMV’ne tabi olacağı konusunda görüş bildirmiştir⁹²⁷. Benzer bir özelgede

⁹²⁴ Kocaman, Factoring, s. 23; Kocaman, Yargıtay, s. 164; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 69.

⁹²⁵ Öte yandan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’na 17/07/2019 tarihli ve 7186 sayılı Kanun’un m. 17 ile getirilen Geçici madde 32’de; “Türkiye’de faaliyette bulunan bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri ve finansman şirketleri ile bu maddede tanımlanan diğer finansal kuruluşlarla kredi ilişkisinde bulunan ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliğe göre hazırlanan Çerçeve Anlaşmalarda belirlenen borçlular, bu kuruluşlar tarafından kullanılmış olan kredilere ilişkin olarak alınacak tedbirlerle, geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmelerine ve istihdama katkıda bulunmaya devam etmelerine imkân verilmesini sağlamak amacıyla, dahil oldukları risk grubundaki diğer borçlularla bir bütün olarak veya kısmen yeniden yapılandırmaya tabi tutulabilir.” hükmüne yer verilerek faktoring işleminin kredi olarak kabul edildiği görülmekte olup, bu husus Kanun içinde bir çelişki oluşturmaktadır. Bunun gibi doktrinde de faktoring şirketinin kredi kuruluşu olarak değerlendirildiği görülmektedir. Eren, İsimli Sözleşme, s. 87.

⁹²⁶ Faktoring işleminin kredi işlemi olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

⁹²⁷ 15/06/2020 tarihli ve 66813766-180[6802-2019/2]-163477 sayılı özelge;

“6802 sayılı Gider Vergileri Kanunun’un 28. maddesinde, ‘Banka ve sigorta şirketlerinin 10/06/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununa göre yaptıkları işlemler hariç olmak üzere, her ne şekilde olursa olsun yapmış oldukları bütün muameleler dolayısıyla kendi lehlerine her ne nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paralar banka ve sigorta muameleleri vergisine tabidir.

“Bankerlerin yapmış oldukları banka muamele ve hizmetleri dolayısıyla kendi lehlerine her ne nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paralar (kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymet alıp satmayı, alım - satıma tavassut etmeyi veya alıp sattıkları menkul kıymet karşılığı borçları ödemeyi taahhüt etmeyi meslek haline getirenlerin bu faaliyetleri dolayısıyla lehlerine kalan paralar ile mevduat faizi vermek veya sair adlarla faiz ve benzeri menfaatler sağlamak üzere devamlı olarak para toplama işiyle uğraşanların topladıkları paralara sağladıkları gelir ve menfaatler üzerinden komisyon, ücret, hizmet karşılığı gibi adlarla aldıkları paralar dahil) da banka muameleleri vergisine tabidir.

“90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre ikraz işleriyle uğraşanlarla ikinci fıkrada belirtilen muamele ve hizmetlerden herhangi birini esas işgal konusu olarak yapanlar bu Kanunun uygulanmasında banker sayılırlar. Bir şahsın münhasıran altın alım ve satımı ile uğraşması banker sayılmasını gerektirmez.” hükmü yer almaktadır.

“Aynı Kanunun mükellefe ilişkin 30. maddesinde, ‘BSMV’yi banka ve bankerlerle sigorta şirketlerinin ödeyeceği, matraha ilişkin 31. maddesinde ise BSMV matrahının 28. maddede yazılı paraların tutarı olduğu’ hükümlerine yer verilmiştir.

“Buna göre, 6802 sayılı Kanunun 28. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen işlemleri esas işgal konusu olarak yapması nedeniyle banker kapsamında BSMV mükellefi olan faktoring şirketinin faktoring işlemleri nedeniyle lehe aldığı tutarlar BSMV’ye tabi olup, bu kapsamda lehe alınan tüm tutarlar (faiz, komisyon, kur farkı gibi) üzerinden BSMV hesaplanması gerekmektedir.” yönündedir; Aynı yönde 03/05/1991 T., ve 31842 sayılı Özelge için bkz. Yılmaz, Ad., s. 102; Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü’nün 13/03/1997 tarih ve 10440 sayılı; 11/01/1999 tarih ve 846 sayılı; İstanbul Defterdarlığı’nın 07/01/1998 tarih ve 35 sayılı görüşleri: “Faktoring şirketlerinin, banka ve sigorta muameleleri vergisi mükellefi olarak kabul edilmeleri, yaptıkları bankacılık faaliyeti olan kredi işlemlerinden kaynaklandığından, benzerlerinde olduğu gibi bu işlemlerin dışındaki işlemleri nedeniyle

de; “...1... Ön ödemeler için %70-%90’ı oranında verilen kredi dolayısıyla verilen iskonto bedelinin. 2. Hizmetler karşılığı satıcının temlik etmiş olduğu alacaklar üzerinden alınan komisyon, ücret ve benzerlerinden banka ve sigorta muamele vergisine tabidir.”⁹²⁸” denilmektedir. Görüldüğü gibi Maliye Bakanlığı gerçek ve gerçek olmayan faktoring ayrımı yapmaksızın, faktoring işlemlerinin Bankacılık Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği araştırılmaksızın, faktoring işlerini bir kredi işlemi olarak kabul ederek BSMV’nin konusuna gireceği görüşünü benimsemiştir⁹²⁹.

Ancak Maliye Bakanlığının bu uygulaması, doktrinde eleştirilmiştir⁹³⁰. Eleştirilerin ortak noktası, faktoring şirketlerinin hukuki yapıları ve işlemleri itibarıyla banker sayılmasını gerektirmeyeceği ve faktoring işlemlerinin salt kredi işlemi olarak kabul edilemeyeceği hususlarıdır. Bu sebeplerle, faktoring işlemlerinin KDV’ne tabi olması gerektiğini savunmaktadırlar⁹³¹.

katma değer vergisi mükellefiyetleri bulunmaktadır. Bu anlamda faktoring işlemi olarak tanımlanan işlemler sonucunda elde edilen faiz, komisyon ya da benzer gelirler üzerinden banka ve sigorta muameleleri vergisi ödenecek olmasına karşın, kira geliri, sabit kıymet satışı gibi işlemleri ise katma değer vergisine konu oluşturacaktır.”, (<https://web.bogazici.edu.tr/uyanik/yazilar2.htm>), ET. 20/04/2024.

⁹²⁸ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğünün 03/05/1991 tarih ve HZMT 28201-447Z31842 sayılı görüşü (Oranlı, s. 58). Aynı yönde, Maliye Bakanlığının verdiği 03/05/1991 tarih ve 31842 No’lu özelge için bkz.

<http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/ismail/010/#:~:text=Factoring%20%C5%9Firketlerinin%20m%C3%BC%C5%9Fterilerine%20yapt%C4%B1klar%C4%B1%20hizmet,dikkate%20al%C4%B1narak%20beyan%20edilmesi%20gerekmektedir>. İstanbul Defterdarlığınca 26/06/2003 tarihinde verilen bir özelgede ise “...A.Ş. tarafından diğer firmalara verilen ve bir bankacılık işlemi sayılmayan faktoring bilgilendirme ve danışmanlık hizmetlerinin KDV’sine tabi olacağı, bu işle ilgili olarak yüklenilen verginin genel esaslara göre indirim konusu yapılabileceği” belirtilmiştir.

⁹²⁹ Ancak, faktoring işleminde olduğu gibi alacağın devri işlemi yapan ve bunu tahsil eden, **alacak yönetim şirketi** tarafından devir alınan alacakların tahsilinde KDV uygulaması ve belge düzenine ilişkin 08/07/2021 tarih ve 536448 sayılı özelge de, “Yapılan temlik sözleşmesi dahilinde devir alınan alacakların tahsil edilmesinde, genel hükümler çerçevesinde, hizmet bedeli (devir alınan alacağın devir bedeli ile devir sonrası tahsil edilen tutar arasındaki fark) üzerinden borçlu adına fatura düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu faturada, işlemin mahiyetine ve daha önce adı geçen şirket tarafından düzenlenen faturaya/faturalara ilişkin bilgilere ilişkin açıklamaya yer verilmesi gerekmektedir.

“Bir başka şirkete ait alacakların devralınması suretiyle tahsil edilmesi işlemleri, ilgili kanunların verdiği yetki veya izin çerçevesinde yapılmamaktadır. Bu nedenle banker kapsamında BSMV mükellefi olmayan şirketin söz konusu tahsilat işlemleri BSMV’nin konusuna girmemektedir.

“Bir başka şirketten devir alınan alacakların tahsili hizmeti BSMV kapsamına girmediğinden genel hükümler çerçevesinde KDV’ye tabi tutulacak ve borçlu adına düzenlenen faturada hizmet bedeli üzerinden (devir alınan alacağın devir bedeli ile devir sonrası tahsil edilen tutar arasındaki fark) genel oranda (%18) KDV hesaplanacaktır.” denilmiştir.

⁹³⁰ Erol, Ahmet, Faktoring İşleminin Vergisel Boyutu ve Karşılaşılan Sorunlar, <https://www.turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/a5f09d06-2606-4ec6-9710-59e25bf7853a/factoring-islemlerin-vergisel-boyutu-ve-karsilasilan-sorunlar>, ET. 03/07/2024.

⁹³¹ Aksi yönde görüş için bkz. Özdemir, Z., s. 204-205 ve Toroslu, s. 55.

Daha önce açıklandığı gibi, faktoring şirketleri karma sözleşme olarak, birden fazla işlevi bünyesinde bulundurmaktadır. İş görme işlevi, faktoring sözleşmesine diğer sözleşmelerden ayırıcı bir özellik vermektedir. Bu işlerin yanı sıra finansman işlevi ile teminat işlevi de tarafların iradesine göre, faktoring sözleşmesinde yer alabilmektedir.

Öte yandan her ne kadar gerçek olmayan faktoring işleminin ödünç (kredi) olarak nitelendirilebilirse de gerçek faktoring işleminin ödünç (kredi) olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Yukarıda faktoring sözleşmesi kapsamında yapacağı ödemenin kredi ya da ödünç sözleşmesi niteliği taşımayacağı, müşterinin alacağını devretmesinin karşılığında yapılan ödeme olduğu görüşünü benimsediğimiz belirtilmiş idi⁹³². Dolayısıyla bize göre, hem Gider Vergileri Kanunu m. 28'deki düzenlemede BSMV'ye tâbi olanlar arasında faktoring şirketi sayılmadığı, hem de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 48 hükmünde, kredi işlemleri arasında faktoring işlemi sayılmadığından, faktoring işlemi sebebiyle elde edilen gelirin BSMV'ye değil, KDV'ye tâbi olması gerektiği düşünülmektedir.

Ayrıca, vergi hukuku bakımından işlemlerin biçimlerinden ziyade, içeriğinin ele alınması ve faktoring işlemlerinin bütün fonksiyonları dikkate alınarak vergilendirilmeleri gerekmektedir. Faktoring işlemlerinde finansman işlevi yanında işgörme ve teminat işlevlerine de yer verilmekte iken, sadece finansman işlevi ele alınarak faktoring şirketlerinin bankacılık muamelelerinden birini devamlı olarak yaptığı gerekçesiyle BSMV'ne tabi tutulması, ekonomik yaklaşım⁹³³ ilkesine aykırı düşer.

Verginin yasallığı ilkesi gereği, bir verginin yükümlüsünün yasada açıkça gösterilmesi gerekmektedir. BSMV'nin yükümlülerine benzer olduğu gerekçesiyle faktoring şirketlerinin bu vergiye tabi kılınması, kıyas yolu ile yükümlülük tesis edilmesi anlamına gelir⁹³⁴. Nitekim Gider Vergisi Kanunu'nun 28. maddesinde açıkça faktoring işlemine yer verilmemektedir.

⁹³² Ayrıca bkz. İkinci Bölüm IV. B. 2.

⁹³³ Öncel, Mualla/ Kumrulu, Ahmet/ Çağan, Nami, Vergi Hukuku, B. 33, Ankara 2024, s. 24: “Ekonomik yaklaşımın vergi hukukundaki anlamı vergiyi doğuran olayın belirlenmesinde ve vergi kanunlarının yorumlanmasında tarafların yapmış oldukları hukuki biçimlerin ötesine geçip olayın gerçek ekonomik ve içeriklerin esas alınmasıdır.”

⁹³⁴ Kahraman, Ayfer, “Faktoring Sözleşmelerinden Kaynaklanan Vergisel Yükümlülüklerin Devrinin Sözleşme Serbestisi İlkesi Kapsamında Ele Alınması”, Adalet Dergisi, S. 73, 2024/2, ss. 929-950, s. 938.

Uygulamada, BSMV'nin müstakar haline gelmiş olmasının sebebi, şüphesiz %5'lik vergi oranı ile KDV'den daha az maliyette olmasıdır⁹³⁵. Ancak, faktoring işlemleri KDV Kanunu m. 1'de yer alan işlemler arasında yer almaktadır. Şayet, faktoring işlemlerinin, teşvik edilmesi isteniyorsa, Kanununda özel düzenleme yapılarak, özel oran belirlenmelidir.

B. Faktoring Şirketi ile Borçlu Arasındaki İlişki

1. Borçlunun Borçtan Kurtulması

Factoring sözleşmesi faktor ile müşteri arasında akdedildiğinden borçlu sözleşmenin tarafı değildir. Ancak müşterinin mal sattımı veya hizmet sunumu sebebiyle müşterinin borçludan alacağı bulunur. Müşteri bu alacağını faktore devrederek işletmesinin nakit ihtiyacını karşılamaktadır. Alacağın devri ile borçlu ile müşteri arasındaki borç ilişkisine faktorün katılımıyla üçlü borç ilişkisi oluşmaktadır. Faktor, müşteri ile borçlu arasındaki sözleşmenin tarafı haline gelmemektedir. Ancak, borç ilişkisinde yeni alacaklı olarak, alacağı kendi adına tahsil yetkisine sahip olmuştur. Müşteri, alacaklarını faktoring sözleşmesi kapsamında devretmeden önce borçlunun rızasını almak zorunda değildir⁹³⁶.

Alacağın devri bildirimi, bildirim öğrenildiği anda hüküm ifade eder. Buna göre, bildirimin ulaşma anından sonra fakat öğrenme anından önce önceki alacaklıya ödeme yapan iyiniyetli borçlu borcundan kurtulur⁹³⁷. İhbarın yapıldığını ispat yükü alacağı devredene ait iken, öğrenme anını ispat yükü iddia edene aittir⁹³⁸. İhbarın kimin tarafından yapıldığı önem taşımaz. Uygulamada faktorün bizzat kendisine ödemede bulunmasını talep etmek suretiyle üçüncü şahıs borçluyu yapılmış olan

⁹³⁵ Yurt içi faktoring işlemleri için faktoring komisyon ve finansman ücreti 5% BSMV'ye tabi olmakla beraber, yurt dışı (ihracat) faktoringi işlemleri vergiden muaftır.

⁹³⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1383; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 240; Oğuzman/Öz, C. II, s. 562; Tunçomağ, s. 1074; İnan/Yücel, s. 382; Kocaman, Arif, B., Alacağın Devrinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, B. 2, Ankara 1992, s. 7; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 36; Üçer, s. 402; Erdemol, s. 38; Günergök, s. 102.

⁹³⁷ Bildirimin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ana ilişkin tartışmalar için Bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1, a, ee.

⁹³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 258; Üçer, s. 431.

temlikten haberdar etmesi, alışılmış bir durumdur. Böylece, temlik borçluya bildirilmektedir (açık faktoring). Borçlu bundan böyle, ancak faktore ifada bulunarak borcundan kurtulabilir. TBK m. 186 uyarınca, alacakların faktore devredildiğinin bildirilmesi ile borçlu iyiniyetle ödeme yaptığından bahisle borcundan kurtulamaz⁹³⁹. Borçlu, alacağın devrinden haberdar olmuşsa, artık onun iyiniyetinden söz edilemeyeceğinden, kendisine bildirim yapılmadığından bahisle eski alacaklıya ifada bulunması halinde de borcundan kurtulamaz⁹⁴⁰. Ancak örtülü faktoring işleminde TBK m. 186 hükmü uyarınca devirden bilgisi olmayan iyiniyetli borçlu müşteriye ifa ile borcundan kurtulur.

Borçlu, alacağın devredildiği kendisine ihbar edilsede, alacağın kime ait olduğunun çekişmeli olduğu durumlarda tereddüte düşebilir⁹⁴¹. TBK m. 187/1 hükmüne göre, bu durumlarda, borçlu ifadan kaçınabilir ve hakim belirlediği yere tevdi ederek borcundan kurtulur. TBK m. 187/2'ye göre de, borçlu çekişmeli alacaklarda çekişmeyi bildiği halde ifada bulunmaktan sorumlu kılınmıştır. Gerçek hak sahibine ikinci kez ifaya zorlanabilir. Görüldüğü gibi alacağın kime ait oluşu hususunda çekişme varsa, ifadan kaçınılmalıdır. Borçlunun ifadan kaçınması hem bir hak hem de bir yükümlülüktür⁹⁴². Bu durumda borçlu ancak, alacağı, hakim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulur.

2. Borçlunun Savunma Haklarını İleri Sürebilmesi

Borçlu, alacağı devreden müşteriye karşı ileri sürebileceği tüm itiraz def'ileri faktore karşı da yöneltebilir (TBK m.186 ve m.188). Böylece faktoring, “üçüncü şahıs borçlu”nun hukuki durumunu sınırlandırmamaktadır⁹⁴³.

⁹³⁹ Şener, s. 35 ve 105; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 54; Kahraman, Z., s. 80; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 74; Kazmacı, Uzun, s. 133; Üçer, s. 430.

⁹⁴⁰ Üçer, s. 431.

⁹⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 258; Üçer, s. 431.

⁹⁴² Oğuzman/Öz, C. II, s. 258; Üçer, s. 431.

⁹⁴³ Kocaman, Savunmalar, s. 971; Kocaman, Yargıtay, s. 168: “Alacağın gerçekliğinden sorumluluk, üçüncü şahıs borçlunun factor'e karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ilerden kurtulmayı (muafiyeti) de içermelidir”; Şener, s. 31-32 ve s. 105; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 148; Akkanat, H., s. 909; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 86; Üçer, s. 433; Akyol, Banka, s. 27: “Faktorle müşteri arasında her ne kadar bir toplu genel global alacak temliki varsa da, borçlunun faktor yerine müşteriye yaptıkları ödeme de onları borçtan kurtarır. Burada TBK m. 186 (BK. 165)'in çok sert uygulamamak gerekir. Çünkü factoring sözleşmesinin amacı, müşterinin alacaklarını borçlulardan tahsil etmek için factorün aracılık etmesidir. Eğer böyle bir ödeme yapılmışsa ödemeyi yapan borçlunun borçtan kurtulacağını,

Borçlunun faktoring sözleşmesindeki durumu TBK’da alacağın devrine ilişkin hükümlerde belirtilmektedir⁹⁴⁴. Devrin borçlunun durumunu ağırlaştırmamasına ilişkin kurala bağlı olarak borçlunun devri öğrendiği sırada devredene karşı ileri sürebileceği savunmaları (TBK m. 188/1) ve devredildiği anda muaccel olmayan fakat devredilen alacaktan önce veya aynı anda muaccel olacak alacağı ile takas def’inin ileri sürülebilmesi (TBK m. 188/2) hükümleri uygulama alanı bulur.

TBK m. 188/1’e göre borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği savunma hakları hem itirazları hemde def’ileri kapsar. Savunma haklarının ileri sürülmesinde devrin öğrenme anı esas alınır. Ancak bu ifade öğretide geniş yorumlanarak bu savunmaların, devrin öğrenildiği anda hukuki temellerine sahip olunması halinde de ileri sürüleceği kabul edilmektedir⁹⁴⁵. Borçlu, müşteri ile faktor arasında akdedilen devir işleminin, alacağın mevcut olmaması, müşterinin ehliyetinin olmaması, tasarruf yetkisinin olmaması, şekil eksikliği, sözleşmenin hukuka, ahlaka aykırılık veya muvazaa gibi sebeplerle geçersizliğini ileri sürebileceği gibi, alacağı devreden müşteriye karşı ileri sürebileceği, devrin öğrenilmesinden önce veya sonra ortaya çıkan alacağa ilişkin zamanaşımı, temerrüt, geciktirici veya bozucu şartın gerçekleşmediği, sözleşmenin kusursuz imkânsızlıkla sona erdiği, alacağın devrinden önce ifa, ibra veya takas ile sona erdiği savunmalarını faktore karşı ileri sürebilir⁹⁴⁶. Yine, borçlu müşterinin şahsına karşı ileri sürebileceği savunmaları da faktore karşı ileri sürebilir. Örneğin, aşırı yararlanma, hile, tehdit ve diğer irade bozukluğu hallerinden doğan iptal hakkı, zamanaşımı def’i, ayıba ve zapta karşı tekeffülden doğan def’iler, ödemezlik def’i de ileri sürülebilir⁹⁴⁷.

müşterinin yapılan ödemeyi muhafaza edeceğini, ancak bu meblağa tekabül eden komisyon ve faizi onun tarafından factore ödenmesi gerektiğini, factorün ise müşteriden komisyon ve faiz dışında bir talebi olmayacağını, hele sözleşmeyi bu sebeple feshederek müşteriden başka taleplerde bulunamayacağını kabul etmek gerekir. Özellikle faktor bizzat tahsil etseydi esasen müşteriye bu paranın iadesini isteyememelidir.” Bu görüşe ilişkin eleştirimiz için bkz. İkinci Bölüm, VI, C.

⁹⁴⁴ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 86; Şener, s. 53.

⁹⁴⁵ Şener, s. 61; Kazmacı, Uzun, s. 146; Üçer, s. 435.

⁹⁴⁶ Üçer, s. 431 ve 435; Şener, s. 56: “TBK m. 19’da belirtilen yazılı bir borç tanınmasına dayanılarak alacağın kazanılması halinde muvazaanın ileri sürülemeyeceği kuralı faktoring sözleşmelerinde uygulanamaz. Bunun sebebi faktoring sözleşmesinde alacağın yazılı borç tanınmasına yani bir senede dayanarak iktisap edilmemesidir.”; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 149-152; Kazmacı, Uzun, s. 133 ve 148: “Faktoringte sadece gelecekteki alacaklar değil mevcut alacakların da devri söz konusu olduğundan ve mevcut alacaklar içerisinde yazılı bir senede dayanan alacaklar da olabileceğinden, bu alacaklar bakımından TBK m. 19/2’deki istisnanın uygulanması söz konusu olabilir”.

⁹⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1377; Şener, s. 58: “Borçlunun borç ilişkisiyle ilgili yenilik doğuran beyanları (ayıp ihbarı, iptal vs) zamanında temlik edene karşı yöneltmesi gerekir.”; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 151-156; Oğuzman/Öz, C. II, s. 433; Üçer, s. 433.

Devri yasaklanmış bir alacağın önceden ve toptan devir yoluyla iktisap edilmesi mümkün değildir. Anlaşma ile devir yasağının getirildiği ancak bu yasağın senedin üstünden anlaşılamadığı hallerde TBK m. 183/2 hükmünde yer alan devir yasağının devralana karşı ileri sürülemeyeceğine ilişkin kural faktoring sözleşmesinde uygulama alanı bulmaz. Faktorün senede bağlanmış, ancak devir yasağı senet üzerinde belirtilmemiş bir alacağı iyiniyetle devraldığı iddiası ileri sürülemez⁹⁴⁸. Bunun sebebi, faktoring şirketince müşterinin alacağının böyle bir borç ikrarıyla devralınmamasıdır⁹⁴⁹.

Alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırılmaması kuralına uygun olarak borçlu devreden müşteriye karşı sahip olduğu bütün def'i ve itirazları faktore karşı da ileri sürebilir (TBK m.188/1)⁹⁵⁰. Ancak, borçlu alacağı devredenle yapacağı bir anlaşma ile alacağa bağlı savunma haklarını ileri sürme hakkından feragat edebilir⁹⁵¹.

Bunun yanında, borçlu, faktor ile yapacağı anlaşma ile de faktore karşı savunma haklarını ileri sürmekten vazgeçtiğini kararlaştırabilir. Buna karşın, açık faktoring işleminde, borçlunun faturalar vasıtasıyla yapılan alacağın devri ihbarına itiraz etmemesi, savunma haklarını faktore karşı ileri sürme hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanamaz⁹⁵².

⁹⁴⁸ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 86; Şener, s. 33.

⁹⁴⁹ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 23; Şener, s. 85; Kazmacı, Uzun, s. 114: "Faktoring sözleşmesinde toptan devir yerine münferit devirlerin söz konusu olduğu ve devredilen doğmuş alacaklar içerisinde bu yasağı içermeyen senede dayanan bir alacak söz konusu olabileceğinden TBK m. 183/2 hükmünün faktoringe uygulanmasında somut olaya göre, devir yasağını içermeyen bir senede dayanan ve dayanmayan alacaklar şeklinde ayırım yaparak sonuca varmak uygun olur".

⁹⁵⁰ Kocaman, Yargıtay, s. 167: "Alacağın gerçekliğinden sorumluluk, üçüncü şahıs borçlunun factor'e karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ilerden kurtulmayı (muafiyeti) de içermelidir"; Kocaman, Savunmalar, s. 969; Tercan, s. 433; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 149; Akyol, Banka, s. 31: "Borçlunun def'ileri faktore karşı ileri süremesinin faktoring işleminden beklenen faydayı azaltacağı şüphesizdir. Bu nedenle finansman ihtiyacını süratle tatmin etmek isteyen müşteri, borçluları ile onların "def'ilerinden feragat etmeleri" için bir sözleşme yaparsa, böyle bir sözleşme mutlak olarak faktoring sözleşmesinin müşteri tarafını korursa da, onun müşterileri olan borçlular bakımından sakıncalar doğurur ve onların ekonomik kişilik haklarına tecavüz teşkil eden böyle bir sözleşme kaydı geçersiz sayılmalıdır (TBK m. 27)."; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 87: "Bu kaydın aynı zamanda ahlaka aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir."

⁹⁵¹ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 149; Akyol, Banka, s. 31; Şener, s. 107.

⁹⁵² Yargıtay 4. HD., 30/09/1958, E.7071, K.6062: "...Alacağın temlikinin kendisine tebliği üzerine borçlunun def'iler veya itirazları yeni alacaklıya bildirmemiş ve devir ihbarına karşı ses çıkarmamış olması bunları yeni alacaklıya karşı ileri sürme salahiyetinden vazgeçme manasına gelmez" (Şener, s. 69); aksi yönde görüş için bkz. Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 149: "Borçlunun, devredene karşı ileri sürebileceği savunma haklarını, devri öğrendiği anda devralana karşı ileri sürebileceği, devrin bildiriminden daha sonra temlik eden ile temlik borçlusu arasındaki hukuki muameleden doğan def'ilerin temellük edene karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir."; Günergök, s. 103-104.

Borçlunun gerek müşteri ile gerekse faktör ile yapacağı savunma haklarından vazgeçme olanağının dayanağını sözleşme serbestisi ilkesi oluşturur. Durumu kötüleşen taraf korunan olduğu halde, karar serbest iradeyle alındığı, bilgilendirme ve öğrenmesine imkân sağlandığı sürece herkesin haklarından vazgeçme imkânı bulunur (TBK m. 21). Ancak burada TMK m. 23/2 hükmü gereğince borçlunun vazgeçmesi, ekonomik yönden kişilik haklarını ölçüsüz olarak ihlal ediyor, adil olmayan sözleşme koşulları oluşturuyor, sözleşme dengesini tek taraf aleyhine bozuyorsa, hükmün dürüstlük kurallarına aykırılığı sebebiyle TBK m. 27/1 çerçevesinde geçersiz olduğuna karar verilebilir⁹⁵³.

Borçlu, TBK m. 188 hükmüne göre devredene karşı sahip olduğu savunmaların yanında, alacağın devrinden bağımsız olarak faktör ile arasındaki ilişkiye bağlı olarak TBK m. 139 uyarınca takas veya tecil anlaşması savunmalarını ileri sürebilir⁹⁵⁴. Borçlu ile faktör arasındaki ilişkiden doğan savunma haklarının kullanılmasından müşterinin sorumluluğu bulunmaz⁹⁵⁵. Ancak, alacağı devreden müşteriye karşı sahip olduğu savunmaları ileri sürerek ifadan kaçınması halinde, müşterinin sorumluluğu bulunur⁹⁵⁶.

3. Kambiyo Senetlerinin Devrinde Savunma Haklarının İleri Sürülmesi

Faktoring işlemlerinde genellikle müşterinin alacakları faktöre toptan devredilmekte, alacağını faktoring şirketine devri sırasında o alacağın ifası veya teminatı için verilen kambiyo senetleri de faktoring şirketine usulüne uygun olarak devredilmektedir (TBK m. 190). Alacağın tahsil edilmesi aşamasında ise önce kambiyo senedinin tahsili yoluna gidilmektedir. Faktörün elindeki kambiyo senedi ile takip yaptığı anda ise kural TTK⁹⁵⁷ hükümlerinin uygulanması olduğundan borçlunun

⁹⁵³ Şener, s. 69; Çakırca, s. 44.

⁹⁵⁴ Kazmacı, Uzun, s. 149; Üçer, s. 436.

⁹⁵⁵ Şener, s. 64-65; Kazmacı, Uzun, s. 149.

⁹⁵⁶ Oğuzman/Öz, C. II, s. 564, dipnot 124; Günergök, s. 123.

⁹⁵⁷ TTK'da düzenlenen def'iler, borçlu tarafından senede hamil olan herkese karşı ileri sürülebilen mutlak def'iler ve belli bir borçlu tarafından sadece belli bir senet alacaklısına karşı ileri sürülebilen nisbi def'iler olmak üzere temelde iki gruba ayrılır. Nisbi etkili kişisel def'iler temel borç ilişkisinden kaynaklanan, borçlunun belli bir alacaklı ile arasındaki hukuki ilişkiden doğar ve yalnızca o alacaklıya karşı ileri sürülür. Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, B. 19, İstanbul 2022, s. 31-32.

temel borç ilişkisinden doğan def'ileri faktore karşı ileri sürüp süremeyeceği uyumsuzluk konusu olmuştur⁹⁵⁸.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu m. 687/1'de, kambiyo senedinin tahsili için başvuru alan kişinin, bilerek borçlunun zararına hareket edilmediği sürece def'ileri başvuru alan hamile karşı ileri süremeyeceği düzenlenmiştir⁹⁵⁹.

Bunun yanında, 6102 sayılı Kanun m. 681/2 hükmünde, "kambiyo senedi nama yazılı senet olduğunda, senedin devrinin, alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğuracağı", m. 687/2'de; "alacağın devri yoluyla yapılan devirlere ilişkin hükümlerin saklı olduğu" belirtilmiştir. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu'nun m. 188/1'de belirtilen savunma haklarının, nama yazılı senetler alacağın devri hükmünde olduğu için faktore karşı ileri sürülmesinde sorun olmamaktadır. Emre ve hamiline yazılı senetlerin devrinde kural olarak nisbi def'iler senedi devralana karşı ileri sürülemez.

⁹⁵⁸ Bu tartışmalar özellikle de 6361 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, 2006 tarihli Yönetmeliğin m. 22/2 hükmüne aykırı olarak yapılan devirlerde, faktörün bilerek müşteri zararına hareket ettiğinin kabul edilip edilemeyeceği üzerine toplanmıştır. Bkz. Teoman, Ömer, "Kambiyo Senetlerine İlişkin Bedelsizlik Savının Bunları Ciro Yolu ile Devralan Faktoring Şirketlerine Karşı İleri Sürülebilirlik Sorunu", Yargı Dünyası, S.179, Kasım 2010, s.15-16 ve Altop, Hukuki ve Güncel Sorunlar, s. 48: "2006 tarihli Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik'in m. 22/2 hükmü gereğince, faktoring şirketlerinin alacak olarak kambiyo senetlerini devralırken alacağın bir mal ve hizmet satışından doğan faturalı bir alacak olduğunu araştırma yükümlülüğü olduğundan, bu araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmeyerek kambiyo senetlerinin devralınması faktoring şirketinin bile bile borçlu zararına hareket ettiğinin kabulünü gerektirir."; bir diğer görüş için bkz. Özakman, Hukuki Nitelik, s. 76-77: "Alacağa bağlı kambiyo senedi, alacağın ödeme vasıtası olarak devralındığında, devralanın alacağı temellük eden sıfatına sahip olacağı, alacak için kıymetli evrak düzenlenmesinin yenileme sayılamayacağı, bu sebeple kambiyo senedinin ödeme vasıtası olarak alındığında şahsi def'ilerin faktoring şirketine karşı ileri sürülebileceğini savunur"; aksi yönde görüş için bkz. Altay, Sıtkı, Anlam, "Emre Yazılı Kambiyo Senetlerinde Kişisel Def'ilerin Faktoring Şirketine Karşı İleri Sürülebilirliği Sorunu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXIV, 10-11 Aralık 2010, ss. 291-333, s. 325 vd: "Yönetmelik hükmüne aykırılığın bile bile borçlu zararına hareket edildiğine karine oluşturmadığı, faktörün temel borç ilişkisinden doğan alacağı kambiyo senedi ile birlikte devralması hâlinde şirkete karşı temel borç ilişkisinden doğan def'ilerin ileri sürülebileceği, diğer durumda ise bunun mümkün olmayacağı görüşündedir."; Saraç, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 28. O dönemde Yargıtay Kararlarında da birlik sağlanamamıştır. Bkz. Yargıtay 13. HD. 17/01/2002 T., E. 2001/11343, K. 2002/337; Yargıtay 19. HD., 04/12/2003 T., E. 2002/10455, K. 2003/12107; Yargıtay 19. HD., 09/12/2005 T., E. 2005/2061, K. 2005/12330: "şahsi def'ilerin ileri sürebilmesi için borçlu zararına hareket edildiğinin ispatını gerektirdiği"; aksi yönde bkz. Yargıtay 19. HD., 09/07/2004 T., E. 2003/11608, K. 2004/8248 (Adıgüzel, Burak, "Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2018; 4(2), ss. 129-148, s. 135-136. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/594346>) E.T. 27/03/2023.

⁹⁵⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun'un "Def'iler" başlıklı m. 687/1, "Poliçeden dolayı kendisine başvuru alan kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri başvuru alan hamile karşı ileri süremez; meğer ki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun.". Benzer düzenleme mezkûr Kanun'un "Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler ve Diğer Emre Yazılı Senetler" Kısımında da yer almaktadır. Bkz. TTK m. 825/2: "Borçlu ile önceki hamillerden biri veya senedi düzenleyen kişi arasında doğrudan doğruya varolan ilişkilere dayanan def'ilerin ileri sürülmesi, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması hâlinde caizdir."

Nisbi def'ilerin ileri sürebilmesinin şartı TTK m. 687/1 ve m. 825/2 hükümlerine göre, devralanın bilerek hamilin zararına hareket etmesidir⁹⁶⁰.

Factoring şirketine devredilen kambyo senedinin tahsilinde TTK hükümleri uygulanacak olsa da, devredilen alacağı doğuran temel borç ilişkisinden doğan def'ilerin faktore karşı ileri sürülebilmesi için TTK m. 687/1 hükmünde belirtilen faktorün bilerek ve isteyerek borçlu zararına hareket etmesi kastını taşıması şartı aranmamaktadır⁹⁶¹.

Zira 6361 sayılı Kanun'un m. 9/2⁹⁶²'de, faktoring işlemlerinde fatura ile belgelendirilmeyen alacakların yalnızca kambyo senedine dayanarak devralınamayacağı, aynı maddenin 3. fıkrasında ise, bu koşullarda devralınan kambyo senedinden dolayı kendisine başvuru alan kişinin def'ileri hangi koşullarda faktoring şirketine ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, faktoring işleminin taraflarından olmayan (müşteri ve borçlu) kambyo borçlularının kendi alacaklıları ile mevcut ilişkilerinden doğan def'iler, faktoring şirketi kambyo senedini borçlunun zararına hareket ederek iktisap etmemiş ise faktoring şirketine karşı ileri süremez⁹⁶³.

⁹⁶⁰ Bahtiyar, s. 33.

⁹⁶¹ Adıgüzel, s. 136: "6361 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile doktrinde ve Yargıtay kararlarında tartışmaların önünün kapandığı, zira 6361 sayılı Kanunun 9/2. maddesi ile m. 9/3 birlikte değerlendirildiğinde, kambyo senetlerine dayalı alacaklarda, düzenleyenden ya da hamilden devralınma hâlinde alacağı ispatlayan belgelerin varlığının mutlaka aranması gerektiğinden, bile bile borçlu zararına hareket edildiğinin karine olarak kabul edileceği belirtilmiştir."; aksi yönde bkz. Kazmacı, Uzun, s. 174-175: "6361 sayılı Kanun ile getirilen 9/3 maddesi hükmü ile faktore def'i ileri sürme imkanını bile bile zararına hareket etme şartından bağımsız olarak vermediği, ancak, faktoring ilişkisinin özellikleri dikkate alınarak bile bile borçlu zararına hareket kavramının geniş yorumlanması gerektiği, borçlu zararına hareket kavramının ispatı güç olduğundan, müşteri ile faktoring şirketi arasındaki ilişkinin somut olaya göre bile bile borçlu zararına karine oluşturup oluşturmadığının tartışılması ve faktoring şirketinin çoğunlukla müşterisinin temel borç ilişkisini ifa edip etmediğini bilecek durumda olduğu, buna göre somut durumda göz önünde tutulmak kaydıyla bile bile borçlu zararına harekete yönelik bir karinenin kabul edilebileceği belirtilmektedir".

⁹⁶² 6361 sayılı Kanun'un "Şirketin yapamayacağı iş ve işlemler" başlıklı m. 9/2, "Factoring şirketi Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kambyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilemeyen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilemeyen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir alamaz veya tahsilini üstlenemez", aynı madde 3. fıkra, "Bir kambyo senedinin ciro yoluyla faktoring şirketine devri hâlinde, kambyo senedinden dolayı kendisine başvuru alan kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri faktoring şirketine karşı ileri süremez; meğer ki faktoring şirketi kambyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun".

⁹⁶³ Özakman, Güncel Hukuki Sorunlar, s. 41: "Alacakların ödeme vasıtası olarak borçlu tarafından düzenlenen ve müşteriye temlik cirosu ile devredilen kambyo senetlerinin faktoring şirketine devredilen alacaklarla eşleştirilmesi gerekir. Ödeme vasıtası olarak verilen ve borçlu tarafından düzenlenen kambyo senedi faktore devredilen alacak ile eşleşiyorsa def'i ve itirazlar faktore karşı ileri sürülebilir. Ancak, borçlu tarafından düzenlenmemiş borçluya ciro edilmiş ise senedi düzenleyen ve borçludan önceki cirantalar şahsi def'ileri faktore karşı ileri süremez"; aynı yönde, Altop, Hukuki ve Güncel Sorunlar, s. 48; Ercan, Tayfun, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Neler Değişti?, Ankara 2013, s. 91.

Ancak alacağın karşılığı olarak borçlu tarafından müşteriye verilen kambiyo senedinin, alacakla birlikte faktore devri halinde, alacağa ilişkin savunma hakları borçlu tarafından faktore karşı ileri sürülebilir. Faktorün devraldığı alacakların bağlı olduğu kambiyo senetlerinin düzenleyenden ya da hamilden devralınması hâlinde, alacağı ispatlayan belgelerin, sadece aralarındaki ilişki bakımından varlığının mutlaka aranmaması, faktoring şirketince bile bile borçlu zararına hareket ettiği karine olarak kabul edilmesi sonucunu doğurur⁹⁶⁴.

Alacağın varlığına ilişkin m. 9/2’de belirtilen belgeler olmaksızın yalnız kıymetli evrak ile devir faktoring sözleşmesinde mümkün değildir. Faktoring şirketine devredilen alacak, o alacağı tevsik eden fatura ile devralınmaktadır. Böylece, faktoring işlemine konu alacaklar, kambiyo senedine bağlanıp faktoring şirketine ciro edilse de, temel ilişki ile bağı kopmamaktadır. Bu hükme göre, faktoring şirketi yalnızca gerçek bir ticari ilişkiye dayanan alacakları devralmalıdır. Alacağı devralırken, temel alacağın varlığını araştırmalıdır. Bu sebeple kambiyo senedini ciro eden müşteri, kambiyo alacağının, temelini oluşturan alacağa ilişkin belgeleri faktoring şirketine sunması, faktorün de bu konuda gerekli özeni göstermesi gerekir. Aksi halde faktorün bilerek borçlu zararına hareket ettiği karinesi kabul edilmektedir.

Yargıtay⁹⁶⁵ kararlarında da, “6361 Sayılı Kanun m. 9/2 hükmü gereğince faktoring sözleşmelerinde alacağın devri hükümlerinin uygulanması gerektiği, 6102

⁹⁶⁴ Adıgüzel, s. 137; Azarkan, s. 104.

⁹⁶⁵ Yargıtay 19. HD., T. 05/10/2017 T., E. 2016/12370, K. 2017/6659; Yargıtay 19. HD., 24/05/2016 T., E. 2015/18300, K. 2016/9294: “6361 S. Kanun’un 9/3. maddesindeki hüküm, faktoring işleminin tarafları olan borçlu, önceki alacaklı ve temlik alan faktoring şirketi dışındaki kambiyo senedinde ciro silsilesinde yer alan diğer kambiyo borçluları bakımından getirilmiş bir hükümdür. Kanunun 9/3 maddesi hükmünün, faktoring işleminin tarafları arasında yer almayan kambiyo borçlularını ilgilendirdiği madde gerekçesinden de anlaşılabilmektedir. Zira gerekçenin son cümlesinde “Bu bağlamda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’ nun def’iler başlıklı 687. maddesiyle paralellik sağlanması hedeflenmiştir.” denmiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 687/2 maddesinde “Alacağın temlikli hükümleri saklıdır.” hükmü yer almaktadır. 6361 Sayılı Kanun’un 9/2. maddesi hükmünden hareketle faktoring sözleşmelerinde de alacağın temlikli hükümleri uygulanacağından, gerek 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’ nun 687/2. maddesi, gerekse 6361 Sayılı Kanun’ un 9/2. maddesi karşısında faktoring işleminin taraflarından olan kambiyo borçluları hakkında alacağın temlikli hükümlerinin uygulanacağı, aynı kanunun 9/3 maddesi hükmünün ise faktoring işleminin tarafı olmayan ve ciro silsilesinde yer alan diğer kambiyo borçluları bakımından uygulanabileceği anlaşılmaktadır”. (Adıgüzel, s. 137, dn. 51 ve Kocaman, Savunmalar, s. 973); Yargıtay HGK. 03/11/2010 T. E: 2010/19-K: 2010/488 sayılı Kararı: “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin m. 22/2’de yer alan hüküm emredici nitelikte olup somut olayda davalı factoring şirketi anılan Yönetmeliğin aradığı şartları yerine getirdiğini ve davaya konu çekin, bir mal veya hizmet satışı sonucu temlik alındığını kanıtlayamamış olduğundan factoring şirketi çeki takibe yetkili değildir.” (Saraç, Yargıtay, s. 618-623); Yargıtay 15. HD., 16/03/2015, E. 2513, K. 1229; Yargıtay 15. HD., 04/03/2015, E. 2532, K. 1152. (Bkz. Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 519); Altop, Hukuki ve Güncel Sorunlar, s. 36: “Borçlu dışındaki üçüncü bir kişi tarafından düzenlenmiş kambiyo senetlerinin faktoring şirketlerine alacağı temlik eden müşterinin o faktoring şirketindeki riskin teminatı olarak

sayılı Kanun m. 687/2 ve 6361 sayılı Kanun m. 9/2 hükümlerine göre, faktoring sözleşmesinin taraflarından olan kambiyo borçluları hakkında alacağın devri hükümlerinin uygulanacağı, m. 9/3’de yer alan hükmün ise faktoring sözleşmesinin tarafı olmadığı halde ciro silsilesinde görülen diğer kambiyo borçlularına uygulanacağı” belirtilmektedir.

Buna göre bir alacak kıymetli evrak düzenleyerek devredilse de alacağı devreden alacaklıya karşı ileri sürülebilecek savunmalar, alacağı devralana karşı da ileri sürülebilir. Faktor de alacağın devri ile birlikte sadece senedi devralan kişi olmayıp, temel borç ilişkisinden doğan alacağın yeni alacaklısı olur. Alacağın devri ile sözleşmenin tarafı olmasa da dar anlamda borç ilişkisinin tarafı halinde gelir. Bu sebeple faktoring şirketine karşı temel ilişkiden doğan def’iler ileri sürülebilir⁹⁶⁶.

Alacağın devrinde işlemlerinde kabul edilen, “borçlunun durumunun devirden öncesine göre kötüleşmemesi” ve “borçlunun eski alacaklı ile aralarındaki temel ilişkiden doğan savunmaları yeni alacaklıya da ileri sürebilmesi”⁹⁶⁷ kuralları, kambiyo senedinin cirosu yoluyla “soyutluk” ilkesi ileri sürülerek ortadan kaldırılamaz⁹⁶⁸.

Faktoring Yönetmeliği m. 8⁹⁶⁹ hükmünde, faktoring şirketine devredilen kambiyo senedindeki ciro silsilesinde alacağı devreden müşterinin belirtilmiş olması ve faturada yer alan borçlunun ciranta ya da keşideci olması ile fatura ile kambiyo senedi tutarının uyumlu olması aranmaktadır. Bu şekilde fatura borcunun tahsili veya teminat için verilen kambiyo senedinde müşteri ile borçlu arasındaki teslim ilişkisinin görünmesine dikkat edilmiştir. Faktoring şirketi, devraldığı alacağa ilişkin fatura veya benzeri belgelerin gerçek olup olmadığını, diğer bir deyişle gerçek bir mal veya hizmet teslimine dayanıp dayanmadığını incelemekle yükümlüdür. Yönetmeliğin mezkûr

devredilmesi durumunda, şahsi def’ilerin faktoring şirketine karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir.”.

⁹⁶⁶ Kazmacı, Uzun, s. 174; Saraç, Yargıtay, s. 275; Altop, Hukuki ve Güncel Sorunlar, s. 36.

⁹⁶⁷ Şener, s. 31; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 87; Kazmacı, Uzun, s. 131.

⁹⁶⁸ Kocaman, Savunmalar, s. 975; Azarkan, s. 104; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 76-77; Yargıtay, 19. HD., 09/07/2004 T., E. 2003/11608, K. 2004/8248 (Özdemir, Gökhan, “Faktoring Şirketlerinin Alacaklarını Tahsil Ederken Karşılaştıkları Sorunlar ve Özellikle Menfi Tespit Davası”, Finans Hukuku Panelleri-2 Faktoring Hukuku ve Sorunları, İstanbul 2008, ss. 134-142, s. 140; Saraç, Yargıtay, s. 275.

⁹⁶⁹ Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in “Alınan kambiyo senedi veya diğer senetler” başlıklı m. 8, “Faturalı alacağa istinaden kambiyo senedi veya diğer senetlerin alınması halinde, alınan kambiyo senedi veya diğer senetteki ciro silsilesinde kuruluşa kambiyo senedi veya diğer senedi ciro edip veren kişinin, devralınan faturada alacaklı olarak gözüken kişi ve bu kişiden bir önceki cirantanın veya keşidecinin de faturadaki borçlu ile aynı kişi olması gerekir. Fatura ile kambiyo senedi veya diğer senetteki tutarın uyumlu olmasına dikkat edilir. Kuruluş tarafından kullanılan faktoring programları bu uyumu gözetecek ve uyumsuzluk söz konusu olduğunda işlem yapılmasına olanak vermeyecek şekilde yapılandırılır.”.

hükmü, kambiyo senetlerinin devri anında faktoring şirketinin yapacağı incelemeyi açıklamaktadır.

C. Müşteri ile Borçlu Arasındaki İlişki

Factoring sözleşmesinin tarafı olan müşterinin alacağını devrederken borçlunun rızasını alması gerekmez. Borçluların, müşterinin alacaklarını daha iyi olanaklarla tahsil yeteneği olan faktoring şirketini araya sokmasından yakınma veya bundan hukuki bir sonuç çıkarama yetkileri ve hakları yoktur⁹⁷⁰. Müşteri ile borçlu arasındaki borç ilişkisi faktoring sözleşmesinin kurulmasından sonra sona ermektedir. Fakat sözleşme ilişkisi devam etmekte olduğundan, aralarında önceden kararlaştırılmış olan malın teslimine, alacağın vadesine ilişkin hükümler ile satılan mala ilişkin ayıba karşı tekeffül gibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesinden müşterinin sorumluluğu devam eder. Zira alacağın devri ile faktor sözleşmenin tarafı olmaz⁹⁷¹.

Müşteri, alacağın devredildiği hususunu gecikmeksizin borçluya bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, borçlunun kendisine yapmış olduğu ödeme neticesinde, faktoring şirketinin uğrayacağı zararı tazminle yükümlüdür. Uygulamada, alacağın devredildiğinin ihbarı faktoring şirketi tarafından gerçekleştirilmekte veya faturaya (alacak senedine) etiket yapıştırılmak suretiyle borçlu haberdar edilmektedir⁹⁷². Borçlu bu bildirimden sonra ödemeyi faktore yapar (TBK m. 186).

Bildirim yapıldığı halde müşteriye ödeme yapan borçlunun durumunun incelenmesi gerekmektedir.

Bir görüşe göre; “Alacağın devri hakkındaki Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin faktoring sözleşmesine uygulanmasında dikkatli olunmalıdır. Faktoring sözleşmesinin niteliği, işlevi ve tarafların ona atfettikleri anlama göre bazı hallerde borçlunun borcunu faktor yerine müşteriye ödemesi ifa olarak kabul edilmeli ve borçlu borçtan kurtulmalıdır. Borçlu, ödemesi gereken müşteri alacağının faktore temlik edildiğini bilerek müşteriye ödemedede bulunursa, onun ödediği miktarda değil,

⁹⁷⁰ Akyol, Banka, s. 31; Şener, s. 30.

⁹⁷¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1359; Üçer, s. 399.

⁹⁷² Oranlı, s. 47; Toroslu, s. 26; Onursal, s. 74; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 40.

faktorün uğradığı komisyon, ücret gibi yoksun kaldığı kâr ölçüsünde faktore karşı sorumlu olacağına karar verilmelidir. Çünkü faktoringin temel amacı borçludan müşterinin alacağını alıp yine müşteriye vermektir. Bu amacın sağlandığı durumlarda, ortada teknik ve gerçek anlamda alacağın devri olmadığı halde alacağın devri hükümlerinin uygulanmasıyla borçluyu ikinci defa ödemeye mahkum etmek yanlış olur. Ancak borçlu müşteri ile hileli anlaşma içinde ise bu takdirde yaptığı borç ödemesinin tümünden sorumlu olur⁹⁷³.”

Bu görüşü eleştiren görüş ise; “Faktoring sözleşmesi, ister gerçek ister gerçek olmayan faktoring olsun özellikle de finansman amacıyla yapılmaktadır. Faktor bu amaçla alacağın devri karşılında borcun tahsilini beklemeden müşteriye ön ödeme yapmaktadır. Dolayısıyla faktoring ilişkisinde faktorün bir temsilci gibi tahsil edilen alacağı müşteriye vermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle müşterinin borçlu tarafından yapılacak ifayı kabul etmesi, ikinci kez ifayı kabul etmesi anlamına gelir. Bunun sonucunda müşterinin faktore karşı sorumluluğu yalnız faiz ve masrafların ödenmesi olmayıp borçludan alınan meblağın da iadesi olmalıdır. Müşterinin alacağı borçludan tahsil etmesi faktoring sözleşmesi sistemine ve TBK m. 186’da yer alan hakkaniyete dayanan esaslara aykırı düşer.⁹⁷⁴”

Bize göre, ilk görüş faktoring sözleşmesinde finansman fonksiyonunun üstlenilmediği, alacağın yalnızca tahsil amacıyla devredildiği faktoring sözleşmeleri bakımından kabul edilebilir. Gerçek faktoring ve gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinde ise alacağın devri ile ön ödemenin yapıldığı hallerde, müşterinin borçlunun yapacağı ödemeyi kabul etmesi borca aykırılık oluşturur. TBK m. 186’da yer alan açık hüküm gereği böyle bir halde borçlunun borcundan kurtulması da söz konusu değildir. Bur durumda faktor ifanın geçersizliğine dayanarak borçluya veya sebepsiz zenginleşme veya kusurluysa sözleşmeye aykırılık sebebiyle müşteriye başvurabilir⁹⁷⁵. Borçlu, müşteriye yapılan bu ödemedan dolayı faktore karşı müşteri ile müteselsilen sorumlu olur⁹⁷⁶. Faktorün ödemeyi ikinci kez borçludan tahsil etmesi durumunda, borçlu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak müşteriye rücu

⁹⁷³ Akyol, Banka, s. 32.

⁹⁷⁴ Şener, s. 43; bkz dipnot 90 ve s. 105.

⁹⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1378; Şener, s. 44; aksi yönde bkz. Oğuzman/Öz, C. II, s. 569, dn. 91: “burada müşterinin zenginleşmesi TBK m. 186 hükmüne dayandığından zenginleşme sebepsiz değildir. Alacağın devrine temel olan sözleşme ilişkisine aykırılık sebebiyle müşteriye başvurulabilir.”

⁹⁷⁶ Akyol, Banka, s. 32.

edebilir⁹⁷⁷. Sürekli bir borç ilişkisi niteliğindeki faktoring sözleşmesinde bu türlü ihlallerin yoğunlaşması aynı zamanda faktor için sözleşmenin haklı sebeple feshi sebebini oluşturur⁹⁷⁸.

Müşteri alacağını faktoring şirketine devretmiş olduğundan, alacağın ifasına ilişkin olarak borçluya karşı bir talep ve dava hakkı bulunmamaktadır. Borçlu tarafından takas talebi, zamanaşımı def'i, faktore karşı ileri sürülebilir. Borçlunun ibra edilmesi, sulh olma, makbuz verme, davadan feragat etme, ihtar ve ihbarda bulunma hakkı da alacağı devralan faktoring şirketinin yetkisindedir⁹⁷⁹.

Faktoringte müşteri, alacağın varlığından sorumludur. Müşterinin alacağın varlığından sorumluluğu, alacağın tahsilinin garanti olduğu yönünde bir sorumluluk değildir. Bu sorumluluk, alacağın gerçek bir alacak olduğu yönünde sorumluluktur. Faktore karşı ileri sürülen bu def'i ve itirazlar sonucunda alacağın kısmen veya tamamen sona ermesinden müşteri sorumludur. Faktor bu kısım için müşteriye rücu eder⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1378; Şener, s. 44; Üçer, s. 431: "Eski alacaklı alacağını temlik etmekle tasarruf yetkisini de kaybetmiştir ve borçlu ile arasında bir borç ilişkisi de kalmamıştır. Bu sebeple, borca aykırılık söz konusu olmaz. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine rücu edilir." Borca aykırılık hükümlerine göre müracaat edileceği görüşü için bkz. Oğuzman/Öz, C. II, s. 569, dn. 91.

⁹⁷⁸ Şener, s. 45; Aksi yönde bkz. Akyol, Banka, s. 27; Kazmacı, Uzun, s. 135.

⁹⁷⁹ Oranlı, s. 47; Akkanat, H., s. 896: "Factor takas def'inin kullanılması ile alacağın kısmen veya tamamen sona ermesinden etkilenmeyecek ve müşteriye rücu edebilecektir"; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 56.

⁹⁸⁰ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81; Akkanat, H., s. 897.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNİN SINIRLARININ AŞILMASININ DENETİMİ VE DENETİMİN SONUÇLARI

I. Faktoring Sözleşmesinin Denetimi

A. Genel Olarak

Hukukumuzda Anayasa m. 13 esas alınarak temel hak ve özgürlükler arasında sayılan sözleşme özgürlüğünün özüne dokunulmamak koşuluyla genel sınırlamalar getirilmiştir. Bu genel sınırlamalar, sözleşme özgürlüğünü bütün yönleriyle ortaya koyan TBK m. 27/1, sözleşmede tarafların edimleri arasındaki eşitsizliğin denetlenmesine ilişkin TBK m. 28, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli ve adil bir sözleşme ilişkisi ortaya koyduğunun denetlenmesini sağlayan TBK m. 20-25, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin TMK m. 2/1-2, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılığı denetleyen TMK m. 23/2 olarak sayılmaktadır⁹⁸¹.

Faktoring sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarına uyularak akdedildiğinin denetlenmesi önemlidir. Zira bu sözleşmelerin bir tarafını çoğunlukla ekonomik bakımdan zayıf durumda olan küçük ve orta büyüklükteki işletmeler oluşturur. Güçlünden yana kuralların bulunduğu bir sözleşme ilişkisi yerine, her iki tarafın da serbest iradeleriyle oluşturduğu bir sözleşme ilişkisinin kurulması ve sürdürülmesinin temini gerekir. Bu amaçla örnek bir faktoring sözleşmesi ele alınarak yukarıda sayılan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını düzenleyen her bir hükmün bu faktoring sözleşmesinde aşılp aşılmadığının ortaya konulması ile denetiminin ne şekilde yapılacağı belirlenmelidir.

⁹⁸¹ Ayrıntı için bkz. Birinci Bölüm II.

B. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırı olması durumunda hükümsüz olduğu TBK m. 27’de düzenlenmiştir. Faktoring sözleşmelerinde emredici hukuk kurallarına aykırı bir düzenleme görülürse sözleşmeye müdahale edilerek hükümsüzlüğüne gidilebilir. Emredici hükümler belirlenirken hukukun tümü dikkate alınır. Bu çerçevede özel hukuk kuralları yanında kamu hukuku kuralları da göz önünde bulundurulur. Kanun ve yönetmelik, genelge gibi diğer genel düzenleyici işlemleri ile düzenlenen emredici hükümlere aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda da aynı yaptırım uygulanmaktadır.

1. 6361 Sayılı Kanun Hükümlerine Aykırılık

a. Faktorün Faktoring Faaliyeti Dışında Faaliyet Gösterememesi

Faktoring işlemleri ve faktoring şirketleri hakkında 6361 sayılı Kanun’da bazı emredici hükümlere yer verildiği görülmektedir. İlk olarak 6361 sayılı Kanun m. 9/1-a hükmünde, faktoring şirketinin kendi faaliyet konuları dışında faaliyette bulunamayacağına ilişkin genel kurala yer verilmiştir. Bununla birlikte 6361 sayılı Kanun m. 9/1-b’ye göre, faktoring şirketleri ilave finansman sağlamak amacıyla ödenmiş sermayesinin %1’ini geçmeyecek şekilde müşterileri ile yapacağı sözleşmeler çerçevesinde nakdi kredi kullandırabilirler. Belirtilen bu oranı değiştirme yetkisi (%0 ilâ %5 arasında) BDDK’ya verilmiştir. Ancak bunun dışında nakdi kredi kullandıramazlar.

Faktoring şirketleri ana faaliyet konusu işlemler ile sınırlı olmak kaydıyla garanti ve kefaletler verebilecekleri gibi şirketin kendi sermayesinin %10 ve üstünde pay sahibi olan veya şirkette kontrol sahibi olan kişilere ve şirketin kendisinin %10 ve daha fazla sermayesine sahip olduğu ya da kontrol sahibi olduğu kişilere ödenmiş

sermayesinin %20'sini geçmeyecek şekilde garanti ve kefalet verebilirler. Bu oranı %5 ilâ %25 arasında değiştirme yetkisi BDDK'ya verilmiştir (6361 sk m. 9/1-c).

Faktoring şirketinin yapamayacağı işlemlere ilişkin belirtilen hükümler emredicidirler. Bu anlamda belirtilen durumlar haricinde faktoring şirketleri nakdi kredi kullanıramaz, garanti, kefalet ve teminat mektubu veremezler. Bu kurala uyulmadan yapılan garanti veya kredi sözleşmesinin kendisi emredici hükme aykırılık oluşturur.

b. Faktore Devredilen Alacakların Fatura İle Belgelendirilmesi

Faktoring sözleşmelerinde uyulması gereken diğer bir emredici kural ise 6361 sayılı Kanun m. 9/2'de yer alır. Anılan hükme göre, müşterinin mal veya hizmet satışından doğan ve faktore devredilen alacakların fatura ya da kurulca belirlenen belgeler ile tevsik edilmesi gerekir. Dolayısıyla faktoring sözleşmesi kapsamında faktore devredilen alacakların müşterinin mal satımı veya hizmet sunumu sebebiyle doğmuş veya doğacak alacaklar olduğunun ıspatına yarayan belgeleri de bulunmalıdır⁹⁸².

Faktoring Yönetmeliği⁹⁸³ m. 9/2-a'da, müşterinin doğacak alacaklarının devralınabilmesi için gerekli koşullar düzenlenmiştir. Anılan hükümde doğacak alacakların devri bakımından devralınacak alacağın türüne ve belgelendirilmesine ilişkin hususlar emredici kurallarla belirlenmiştir.

6361 sayılı Kanun'un m. 9/2'de yer alan, "bir mal veya hizmet satışından doğmuş ve doğacak alacakların fatura ile belgelendirilemediğinde devralınamayacağı" yönündeki hükme göre, kambiyo senetlerine dayalı olsa da bu kurala uygun olmayan devir işlemleri hükümsüzdür⁹⁸⁴. Mülga "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman

⁹⁸² Kazmacı, Uzun, s. 104: "6361 Sayılı Kanun, m. 9/2, Uluslararası Faktoring Konvansiyonu m. 1/3"; Kocaman, Factoring, s. 5; Toroslu, s. 1; Akyol, Banka, s. 16; Uyanık, Faktoringin Tanımı, s. 30; Şener, s. 5.

⁹⁸³ Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan 04/01/2011 tarihli "Faktoring Şirketleri Tarafından Doğacak Alacakların Temlik Alınabilmesinin Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge"de yer alan; "Sözleşmede yer alan hususlara ilave olarak, müşteri (satıcı) ile borçlu arasında imzalanan sözleşme, sipariş formu, proforma fatura ve/veya akreditif belgeleri ile varsa doğacak alacakları gösteren diğer belgelerin faktör tarafından değerlendirilmesi ve bu hususların BDDK denetim elemanları tarafından yapılacak denetime hazır bir şekilde bulundurulması, alacağın doğmasını müteakip düzenlenecek fatura veya fatura benzeri belgelerin mutlak suretle en kısa süre içerisinde faktoring şirketi tarafından müşteriden temin edilerek işlem dosyasına eklenmesi zorunludur." hükmünün mezkûr Yönetmeliğin 9/2 hükmünde de yer aldığı görülmektedir.

⁹⁸⁴ Saraç, Yargıtay, s. 119.

Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkındaki Yönetmelik”⁹⁸⁵ m. 22/2’de düzenlenmiş olan bu kurala yürürlükte olan “Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in m. 4/1’de rastlanmaktadır⁹⁸⁶.

Fatura ile belgelendirilmeyen alacakların devredilmesi hâlinde idari para cezası yaptırımı uygulanır (6361 sk. m. 44/1-c). Aynı Kanun m. 43’e göre, “Faktoring şirketleri ile bankaların, fatura bilgileri de dâhil olmak üzere devir aldıkları alacaklarla ilgili bilgilere ilişkin Finansal Kurumlar Birliği tarafından Merkezi Fatura Kaydı oluşturulur”. Yine Faktoring Yönetmeliği⁹⁸⁷ m. 6/1’e göre, faturaların mükerrer olup olmadığı Merkezi Fatura Kaydı Sistemi’nde⁹⁸⁸ kontrol edilir.

2. Vergi ve Harçların Ödenmesi

Faktoring sözleşmeleri ile bir kısım vergi, harç ve resimler ile masrafların müşteriye yükletildiği görülmektedir⁹⁸⁹. Müşterinin karşı edimini düzenlemeye yönelik böyle bir sözleşme hükmünün hem genel işlem koşullarının denetimi yoluyla denetlenip denetlenemeyeceği, hem de tarafların vergi yükümlülüğü bakımından emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekir.

⁹⁸⁵ 10/10/2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkındaki Yönetmelik”, 24/04/2013 tarih ve 28627 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik”in 19. Maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup yeni Yönetmelikte belirtilen m. 22/2 bulunmamaktadır. Bunun yerine mezkûr düzenlemeye Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4/1’de yer verildiği görülmektedir.

⁹⁸⁶ “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkındaki Yönetmeliği” m. 22/2 ve “Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği” m. 4/1’e göre faktoring şirketleri, “kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler.” Yargıtay HGK, T. 03/11/2010, E. 2010/19-488, K. 2010/557; “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin 22/2. maddesi uyarınca faktoring şirketleri, kambiyo senedine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler.”. (UYAP), E.T. 22/12/2022.

⁹⁸⁷ Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik “Mükerrer fatura kullanımının önlenmesi” başlıklı m. 6: “Faktoring işlemi esnasında finansman sağlanmadan önce kuruluş tarafından müşteri yetkililerince imzalanmış alacak bildirim formu ve fatura bilgileri temin edilir. Fatura bilgilerinin Merkezi Fatura Kaydı Sistemine kaydedilmesi suretiyle faturanın mükerrer olmadığının kontrolü yapılır, e-fatura ve e-arşiv uygulamaları ayrıca Gelir İdaresi Başkanlığından teyit edilir.”.

⁹⁸⁸ Ayrıntı için bkz. <https://www.fkb.org.tr/merkezi-fatura-kaydi/#:~:text=Merkezi%20Fatura%20Kayd%C4%B1%20Sistemi%3B%20Faktoring,ve%20raporlam a%20yap%C4%B1lmas%C4%B1n%C4%B1%20sa%C4%9Flayan%20servistir>. ET. 07/01/2023.

⁹⁸⁹ Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği, m. VI/17, VI/4.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/7⁹⁹⁰ hükmünde, sözleşmede kararlaştırılan fiyatın haksız şartın belirlenmesinde değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu hükme göre, tarafların aralarındaki edim-karşı edim dengesi içerik denetimi dışında kalmaktadır. Ticari iş niteliğindeki faktoring işlemlerinde de haksız rekabet oluşturmadığı sürece taraflar edimlerini belirlemede serbestirler. Genel işlem koşullarının denetiminde de bu kurala uyulur⁹⁹¹. Sözleşmede tarafların edim-karşı edim dengesi denetlenemese de edimin tam olarak ne olduğunun anlaşılamadığı, saydamlık ilkesine aykırı fiyat belirlemeleri denetlenebilmektedir⁹⁹².

Tarafların vergi yükümlülüğü bakımından böyle bir sözleşme hükmünün geçerli olup olmayacağı ayrıca Vergi Hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 8/3⁹⁹³ hükmüne göre, vergi mükellefiyetine ve sorumluluğuna ilişkin özel hukuk sözleşmeleri vergi dairelerini bağlamaz. Bu hükme göre vergi sorumluluğu ve vergi yükümlülüğünün devri, vergi kanunlarında öngörülen istisnai durumlar dışında mümkün değildir. Vergi sorumluluğunun devrine ilişkin bir sözleşme hükmü kararlaştırılsa dahi vergi daireleri vergi kanunları ile belirlenen vergi sorumlusuna başvurur ve vergiye ilişkin sorumlulukların yerine getirilmemesi durumunda vergi sorumlusu hakkında işlem yapar⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/7, “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”

⁹⁹¹ Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Yönerge”nin m. 1/1 ve m. 4/2’de yer alan hükümlere göre, denetim dışı bırakılan iki husus hukuki bir düzenlemeyi aynen genel işlem koşullarına aktaran kayıtlar ile edim/karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtlardır. (Sirmen, Denetim, s. 124; Atamer, GİŞ Denetim, s. 220); Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 287; Yargıtay HGK, T., 22/09/2010, E. 2010/13-466, K. 410: “Genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması durumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının tüketiciyi bağlamayacağı duraksamadan uzaktır”, (Doğancı, s. 31).

⁹⁹² Avrupa Birliği Mahkemesi Kararları (European Court of Justice) (C-226/12, 16.01.2014) “Satıcının ödemesi gereken belediye vergisinin sözleşme ile alıcıya aktarılmasına ilişkin hükmün denetimi kabul edilmiştir.”; BGH, NJW 2012, 2337: “Teminatların idaresi, satılması veya kaldırılması için alınan ücretlerin hukuka aykırı olduğu” (Atamer, Genel İşlem Koşullarının Denetimi – BK, TK ve TKHK, s. 11. (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/yesimatamersunum0217.pdf>), Yargıtay 13. HD. 21/11/2005 T., E.2005/11415, K.2005/17157 sayılı kararında Yargıtay devre tatil aidatının çok yüksek olduğu gerekçesiyle indirim tabi tutulmasına karar vermiştir. (Sirmen, Denetim, s. 125.); Doğancı, s. 33: “Saydamlık İlkesi, ortalama (standart) bir müşteri için onun hak ve sorumluluklarının mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya konması ve belli durumlarda bunun ötesinde durumun gerektirdiği ölçüde geniş bir şekilde hükmün hukuki ve ekonomik sonuçlarının fark edilebilmesi şeklinde tanımlayabiliriz.” ve s. 488.

⁹⁹³ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 8/3, “vergi kanunları ile kabul edilen haller müstesna olmak üzere mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz”.

⁹⁹⁴ Kırbaş, Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, B. 21, Ankara 2018, s. 64-65.

Vergi Usul Kanunu m. 8/3 hükmünden ne anlaşılması gerektiğine dair iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre vergi sorumluluğu ve yükümlülüğüne dair kişiler arasında özel hukuk sözleşmeleri yapılabilir ve bu sözleşmeler özel hukuk bağlamında geçerlidir, ancak vergi dairesi bakımından geçerli değildir⁹⁹⁵.

Yani bu sözleşmeler taraflar bakımından iç ilişkide geçerlidir. Ancak vergi dairesine karşı dermeyan edilemez. Çünkü madde metninde bu sözleşmelerin geçersiz olacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Sadece bu sözleşmelerin vergi dairelerini bağlamayacağı ifade edilmektedir.

İkinci görüşün sahipleri ise böyle bir sözleşmenin taraflar bakımından da geçerli olmayacağını ileri sürmektedir⁹⁹⁶. Türk Borçlar Kanunu m. 27’de, “kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı” hükmü sebebiyle vergi dairesini bağlamayan bu gibi sözleşmelerin adliye mahkemelerinde hükümsüz sayılacağı belirtilmektedir.

Kanaatimce vergi yükümlülüğü ve sorumluluğunun devrine ilişkin yapılan sözleşmeler iç ilişkide geçerlidirler ve sözleşme hükümleri çerçevesinde öngörmüş oldukları sonuçları doğururlar. Bir sözleşme ile doğan borç ilişkisinin nispiyeti söz konusu olduğundan yalnız taraflar için hüküm ifade eder. Mükellefiyetin ve vergi sorumluluğunun devrine ilişkin bir sözleşme hükmünün ise üçüncü kişi konumunda olan vergi idaresini bağlamayacağı tabiidir. Yargıtay kararları ile de sözleşme ile

⁹⁹⁵ Güneş, Gülsen, “Vergi Yükümlülüğüne Ya da Vergi Sorumluluğuna Yönelik Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Dairesi Açısından Bağlayıcılığı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 68, S. 7-8-9, 1993, s. 596; Şirin, Ertunç, Zafer, “Vergi Konulu Özel Sözleşmeler ve Kamu Düzeni”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Konferansı/Genç Akademisyenler/Genç Avukatlar: Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2012, ss. 265-285, s. 269; Akkaya, Mustafa, “Özel Hukuk Sözleşmesinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği Sorunu”, Yaklaşım, Y. 8, s. 95, Kasım 2000, s. 151; Şenyüz, Doğan, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Ankara 2002, s. 32.

⁹⁹⁶ Şirin, s. 269; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 73; Nazal, Ersin, “Vergi Hukuku-Özel Hukuk İlişkisi ve VUK’un 3. Maddesinde Yer Alan Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Uygulanması”, Yaklaşım, Y. 16, S. 181, Ocak-2008, s. 106; Domanıç, Hayri, “Emredici Hükümlere Aykırı Olup 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 76, 80 ve 90. Maddesi ile Anayasa’nın 48 ve 167. Maddelerine Göre Bu Kanunsuzlukları Denetleyip Engellemeyen Devletin de Parasal ve Cezai Sorumluluğuna Yol Açabilecek Derecede Hatalı Olan Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri ile Yasal Sebepleri Aşağıdadır”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 2, İstanbul 2007, ss. 1395-1433, s. 1419.

kararlaştırılan vergiye ilişkin hükümlerin taraflar arasında geçerli olduğu kabul edilmekte ve bu yönde kararlar verilmektedir^{997/998}.

⁹⁹⁷ Yargıtay 19. HD., T. 10/10/2013, E.2013/262, K.2013/15810; “Davalı vekili, satış bedelinin noter satış sözleşmesinde belirtilen bedel olduğunu, davacı tarafından daha sonra düzenlediği faturaya KDV ilave ederek daha yüksek bedel tahsiline çalıştığını, noter sözleşmesindeki satış bedeline KDV oranının dahil edildiğini bildirerek davanın reddini istemiştir. Davacı noter satış sözleşmesinde belirtilen satış bedeline %18 KDV oranının dahil edilmediğini iddia etmekte davalı ise dahil olduğunu savunmakta olup uyumsuzluk bu noktada toplanmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.10.2004 tarih 2004/19-456 Esas, 2004/531 Karar sayılı kararında da ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere “213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 8. maddesi, vergi yükümlüsünü (mükellefini) vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişi vergi sorumlusu ise, verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi şeklinde tanımlamış, kural olarak vergi yükümlülüğüne ve sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmelerin, vergi dairelerini bağlamayacağı hükmünü getirmiştir. Türk Vergi Sistemi, Katma Değer Vergisini mal ya da hizmetin üretiminden tüketiciye intikaline kadar her el değiştirme aşamasında alınan genel bir tüketim vergisi olarak düzenlemek suretiyle satış işlemlerinde bu verginin alıcı tarafından ödenmesini öngörmüştür. Devlet, oluşturduğu Vergi Sisteminde vergiyi doğuran satış ilişkisi çerçevesinde kendisine Katma Değer Vergisi ödenmesini satıcıya ait bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Satıcının devlete ödenecek Katma Değer Vergisini satış bedeline dahil olarak mı, yoksa ondan ayrı olarak mı tahsil edeceği, kural olarak yasal düzenlemelerin konusu değildir. **Alıcı ve satıcı arasındaki bir iç ilişki olarak, onların tasarrufuna bırakılmıştır.** Dolayısıyla, yasadan kaynaklanan ayırık durumlar dışında bir satış sözleşmesinde, satıcı, tarafların üzerinde anlaştıkları koşullar çerçevesinde alıcıdan alması gereken Katma Değer Vergisi tutarını da satış bedeline ekleyip mal bedeli ve KDV’yi ayrı ayrı göstererek ödenecek toplam miktarı davalının onayına sunmak; kabul ettiği takdirde toplam bedeli alıcıdan almak veya tersine, **satış bedelini belirlerken Katma Değer Vergisini hiç hesaba katmayıp, bunu bizzat üstlenmek böylece kendi üzerinde tutacağı mal bedeli miktarını azaltmak yolunu seçebilir** yada devlete ödenmesi gereken Katma Değer Vergisi miktarının bir kısmını kendi üstlenmek suretiyle satış bedelinin alıcı yönünden cazip hale gelmesini sağlayabilir. Kuşkusuz, satış bedelinin ve onun Katma Değer Vergisinin ayrı ayrı gösterildiği durumlarda, alıcının anılan vergiyi ödemekten kaçınması halinde, satıcı, malını satıp satmamakta özgürdür yada alıcı KDV’li fiyatı yüksek bulup malı almayabilir. Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirme yapıldığında; bedel unsuru, satış sözleşmesinin esaslı unsurudur. Satıcının, başlangıçta üzerinde iradelerin birleştiği bedel (alıcının satıcıya ödeyeceği tutar) dışında alıcıdan sonradan ayrıca bir istemde bulunmasına olanak yoktur. Taraflar arasındaki satış ilişkisinde noterce düzenlenen resmi satış sözleşmesindeki satış bedeli ödenmiş ve mal da teslim edilmek suretiyle hukuki ilişki sona ermiştir. Hukuki ilişki sona erdikten sonra davacı tarafından tek taraflı olarak düzenlenen faturaya Katma Değer Vergisi oranı dahil edilerek talep edilmesinin hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 11.04.1989 tarih, 1989/533 E, 1989/2502 K sayılı kararında da aynı hususlara değinilerek bir satış ilişkisinde satış bedeli ödenip, hukuki ilişki sona erdikten sonra satıcının, alıcıdan ayrıca KDV talebinde bulunamayacağı belirtilmiştir. Yukarıdaki açıklamalar karşısında somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı, davalıya satış bedelini belirleyip mal satıp, teslim etmiştir. Davalı da bu şartlarla satış bedelini ödeyip, malı teslim almıştır. Böylece davacı aksini kanıtlamadığına göre satış sözleşmesinin taraflarına yüklenen yükümlülükler karşılıklı olarak ifa edilip, sözleşme ilişkisi sona erdirildikten sonra davacının bu kez davalıdan KDV bedeli talebinde bulunmasının hukuki dayanağı olmadığından mahkemece KDV alacağına yönelik talebin reddi gerekirken yanlıgılı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. “, Yargıtay 19. HD, T.17/05/2012, E. 2012/2914, K. 2012/8351, Yargıtay 19. HD, T. 24.11.2011, E. 2011/4778, K. 2011/14707, Yargıtay 19. HD, T.11.04.2011, E.2010/9130, K.2011/4737.

⁹⁹⁸ Aksi yönde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin, T. 05/02/1997, E. 1997/9703, K1997/978 sayılı kararı: “Türk şirketi (A) ile Amerikan şirketi (B) arasında imzalan ve İzmir-Aydın karayolunun yapımına ilişkin ortak girişimde taraflarca anlaşmadan doğan her türlü kâr ve malvarlığının %50-%50 paylaşılacağı kararlaştırılmıştır. Türk şirket yapılan iş sebebiyle iki adet ihracat teşvik belgesi almış, Amerikalı şirket ile arasında bu teşvikler sebebiyle Türk şirketin elde ettiği maddi karşılığın paylaşılması hususunda ihtilaf çıkmıştır. İhtilafın çözümü için ICC (Milletlerarası Ticaret Odası) tahkimde başvurulmuştur. Tahkimde teşvik belgesi ile elde edilen faydaların Amerikan şirketi ile paylaşılması gerektiğine karar verilmiştir. Söz konusu hakem kararını tanınması ve tenfizi için Beyoğlu Asliye Ticaret Mahkemesine başvurulmuş, tanıma ve tenfiz talebi reddedilmiştir. Gerekçesinde ise,

Ayrıca vergi hukukunun emredici hükümleri, amme alacağının hazineye geçmesini sağlayan temel konuları düzenlemektedir. Danıştay kararları ile de, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 8/3’de yer alan mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağı hükmü gereğince taraflarca kararlaştırılan sözleşme koşulları ile mükellefiyetin değiştirilmesinin vergi dairelerince dikkate alınmayacağı belirtilmiştir⁹⁹⁹. Vergi hukukunun ekonomik yaklaşım ilkesini esas aldığı 213 sayılı Kanun m. 8/3’de, vergi hukuku özel hukukun işlemlerini yok saymamaktadır. Sadece bu tür sözleşme hükümlerinin vergi hukuku alanında sonuç doğurmadığını ifade etmektedir. Vergi yükümlüsü ya da sorumlusu vergi idaresine karşı yükümlülüklerini yerine getirmek durumundadır. Sözleşme hükmü ile bu yükümlülüklerin devredilmiş olması mükelleflerin vergi idarelerine karşı ödevlerini ortadan kaldırmamaktadır. Ancak özel sözleşme çerçevesinde iç ilişkide bunu yüklenmiş olan kişiye rücu edilebilir¹⁰⁰⁰. Buna göre faktoring sözleşmesinde bazı vergisel yükümlülüklerin müşteri tarafından karşılanacağına ilişkin hükümlerin sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

Ancak faktoring sözleşmesi ile faktor aleyhine tahakkuk edecek cezaların da ödenmesinden müşterinin sorumlu olduğuna ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir¹⁰⁰¹.

Anayasa m. 38’de yerini bulan şahsilik ilkesi ceza hukukunun en temel ilkelerindendir. Bu ilkeye göre bir kişi sadece kendi eylemlerinden sorumludur¹⁰⁰². Konusu suç olan bir eylem sebebiyle eylemin faili olan kişinin dışında başka bir kişinin cezalandırılmasını yasaktır¹⁰⁰³.

Şahsilik ilkesi kabahatler hukuku ve bu çerçevede vergi hukukunda yer alan yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Vergi hukukunda bazı fiillerin ifası ile vergi

teşvik belgesinden yararlanma hakkının Türk şirkete verildiği, yabancı şirketin, yerli şirkete verilen teşvikten yararlandırılmasının emredici hukuk kuralları ve Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir. Mezkûr karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin E. 1997/9703, K1997/978 sayılı ve 05/02/1997 tarihli kararı ile onanmıştır.” (Şirin, s. 279; “Sözleşmenin nispiyeti ilkesi, ekonomik yaklaşım ilkesi, peçeleme işlemlerinin geçersizliği, 6183 sayılı Kanunda düzenlenen tasarrufun iptali davaları gibi ve imkânlar vergi alacağını koruyucu etki sağlar. Bu nedenle vergi mevzuatında yer alan hükümlerin emredici hüküm olduğundan bahisle kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan yargılamada tahkim kararının tanınmaması isabetli değildir.”).

⁹⁹⁹ Danıştay 9. D., T. 30/12/1976, E. 1828/4057. (Güneş, s. 602).

¹⁰⁰⁰ Şirin, s. 269; Şenyüz, Sözleşmeler, s. 34.

¹⁰⁰¹ Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği, m. VI/4.

¹⁰⁰² Özbek, Veli, Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 15, Ankara 2022, s. 76.

¹⁰⁰³ Batı, Murat/Gafar, Uğur, Hakan, “Vergi Ceza Hukukunda ‘Ne Bis in Idem’ İlkesi: Sorumluluk Hükümleri Açısından Farklı Bir Bakış”, Maliye Çalışmaları Dergisi, 2020, S. 64, ss. 15-29, s. 24.

kabahatleri veya vergi suçları oluşabilmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen vergi kabahatleri, vergi ziyayı, genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarıdır. Bu cezalar idari nitelikteki para cezalarıdır. Vergi Usul Kanunu m. 333’de, tüzel kişilerin faaliyetlerinin görülmesi sırasında oluşacak vergi kabahatleri sebebiyle vergi cezasının tüzel kişi adına kesileceği düzenlenmiştir¹⁰⁰⁴. Faktoring sözleşmeleri bakımından bu hükümler, tüzel kişiliği bulunan faktor için vergi cezaları veya diğer idari para cezalarının faktor adına tahakkuk ettirilmesiyle uygulanmaktadır.

Ancak faktoring şirketi adına kesilen bu cezaların, faktoring sözleşmesi ile müşteriye yükletilmesi mümkün değildir. İdari cezalar bakımından da geçerli olan cezaların şahsiliği ilkesi, sözleşme ile faktor adına kesilen cezanın sözleşme ile müşterinin sorumluluğuna bırakılmasına ve rücu edilmesine engel olur¹⁰⁰⁵. Nitekim Vergi Usul Kanunu m. 372’de, "ölüm halinde vergi cezasının düşeceği" açıkça hükme bağlanmış olup, cezaların ödenmesinde başka bir kişinin sorumluluğunu kabul etmemektedir¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴ Benzer düzenleme için bkz. Kabahatler Kanunu m. 8/1: “Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.” ET. 22/03/2023. Bu düzenleme, 4721 sayılı Kanun’un m. 50’de yer alan tüzel kişinin yetkili organları tarafından yapılan hukuki işlemler ile hukuka aykırı filleri de olmak üzere bütün fiillerden tüzel kişinin sorumlu olacağına ilişkin kural ile de uyumludur.

¹⁰⁰⁵ Yargıtay 9. CD., E. 2010/2357, K. 2010/2913: “şirketin uçakla ilgili yaptığı alt sözleşmelerin yolcuları bağlamayacağı, hukuki sorumlulukta rücu kabul edilse bile cezai yönden rücunun mümkün olmadığı, aksinin kabulü halinde tüm sorumluluğun devir sözleşmeleri ile taşeron şirketlere devredilerek hukuki ve cezai yaptırımların kolayca bertaraf edilebileceği hususları birlikte değerlendirildiğinde, şüpheliler hakkında kamu davası açılması için yeterli delil olduğu halde kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen karara yapılan itirazın kabulü yerine yasal olmayan gerekçeyle reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden kararın bozulması gerekir.”(https://www.hukukihaber.net/ceza-hukuku-sorumlulugu-sozlesme-ile-devredilebilir-mi) ET. 22/03/2023; Kırkbeşoğlu, s. 147, dn. 148: “Taraflardan birinin işlediği trafik suçundan doğan borcu ödeyeceği yönündeki sözleşme kaydı ‘cezaların şahsiliği’ ilkesini emredici hukuk kuralı olarak açıkça düzenleyen 26/09/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22. maddesinde açıkça düzenlendiği göz önünde tutulduğunda emredici hukuk kuralına aykırı olduğu kabul edilecektir.”

¹⁰⁰⁶ Van Vergi Mahkemesinin 18/02/2011 T., E.2010/321 K.2011/34: “Anayasa’nın 38 ve Vergi Usul Kanunu’nun 372. maddelerine dayanılarak "sözü edilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, şahısların işledikleri suçlara istinaden adli veya idari merciler tarafından cezaların yalnızca suçu işleyen kişiye yönelik olarak infaz edilebileceği, cezanın bir başkasına yöneltilmesinin mümkün olmadığı gibi miras yoluyla mirasçılara geçmesine de olanak bulunmadığı sonucuna varıldığından, dava konusu ödeme emrinin vergi ziyayı cezasına ilişkin kısmında yasaya uygunluk görülmediği gerekçesi ile ödeme emrinin vergi ziyayı cezasına ilişkin kısmı iptal edilmiştir. Van Vergi Mahkemesi’nin bu kararı Danıştay 3. D., 11.2.2015 T., E.2013/5782 K.2015/580 kararı ile onanmıştır (Doğrusöz, Bumin, “Cezaların kişiselliği ve mirasçılarının sorumluluğu” <https://www.dunya.com/kose-yazisi/cezalarin-kisiselligi-ve-mirasclarinin-sorumlulugu/371138>, ET. 22/03/2023).

Dolayısıyla faktoring sözleşmesinde yer alan böyle bir hükmün emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturması sebebiyle hükümsüzlüğüne karar verilmelidir (TBK m. 27).

C. Ahlaka Aykırılık

Faktoring sözleşmeleri, faktoring şirketinin önceden ve tek taraflı olarak hazırladıkları, sözleşmenin koşullarının müşteri tarafından müzakere edilemediği, standart (tip) sözleşmelerdir. Genel işlem koşulları içeren faktoring sözleşmelerinde ahlaka aykırı hükümlerin bulunması mümkündür. Ancak ahlaka aykırılığın genel işlem koşullarına özgü bir denetim sayılmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁰⁷. Ayrıca, genel işlem koşulları içinde yer alan hükümlerin hangisinin ahlaka aykırı olduğunun tespitinin çok zor olacağı görülmektedir. Örneğin, cinsel içerikli edim vaat edilen sözleşmenin ahlaka aykırılığı açık olsa da, faktoring sözleşmesinde yer alan yüksek faiz şartının veya sorumsuzluk hükmünün ahlaka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Faktoring sözleşmelerinin bir tarafı daha çok küçük ölçekte işletmeler (KOBİ), gerçek kişi esnaf veya tacirler iken diğer tarafı, bankaların bünyesinde veya serbest olsa da ekonomik yönden güçlü finansman şirketleridir. Faktoring sözleşmeleri sıklıkla, tacirlerin ekonomik sıkıntılarının giderilmesi için yapılabilmekte, sözleşmede hak kayıplarına sebep olabilecek koşullara boyun eğilmektedir. Ekonomik yönden güçlü konumdaki faktoring şirketi ile akdedilen sözleşmenin müşteri ile müzakere edilerek, hak ve menfaatlerin dengeli dağıtıldığını söylemek her zaman mümkün olmayabilir. Sözleşmede hâkim durumda bulunan faktorün lehine müşteri aleyhine aşırı dengesizlik oluşturacak hükümlerin ahlaka aykırı olduğu kabul edilmektedir.

Uygulamada bazı bankaların, müşterinin kredi gereksinimini acil görmeleri halinde, bankadan kredi teminatı olarak ipotek, işletme rehni ve kıymetli evrak alınmasının yanında, aynı kredi müşterisinin bankanın yan kuruluşu olan faktoring kuruluşu ile faktoring sözleşmesi akdetmeye zorladığı görülmektedir.

¹⁰⁰⁷ Atamer, GİŞ Denetim, s. 144.

Bu durumda kredi müşterisi, bir taraftan banka “kredi sözleşmesi”, diğer yandan aynı kredi için bir de “faktoring sözleşmesi” imzalamaktadır. Kredi müşterisinin içinde bulunduğu güç durumdan yararlanarak banka kendisine çifte çıkar sağlamak istemektedir. Böylece ilk yapılan kredi sözleşmesi ile faiz elde ederken faktoring sözleşmesi ile de faiz, ücret ve komisyon sağlanmaktadır. Bu uygulamanın sonucunda, ödeme güclüğü içine giren borçlu iki taraflı icra takibi ile karşı karşıya kalmaktadır¹⁰⁰⁸. Bankanın müşterinin zorda kalmasından yararlanarak müşteriye faktoring sözleşmesi yapmaya zorlaması, ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılması ile adil olmayan, müşteriye mağdur eden bir sözleşmeye sebep olur. Üstün konumun kötüye kullanılması ile karşı tarafın sözleşme özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı, üstün taraf lehine fayda sağlandığı, diğer tarafın ise bu yoldan sömürüldüğü bir durum ortaya çıkmaktadır. Borçlunun ekonomik özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlandığı bu durum ahlaka aykırılık ve TMK m. 23/2’ye göre kişilik hakkının sınırlanması niteliği taşır. Bu durumda olan zarar gören TBK m. 27 hükmü uyarınca sözleşmenin hükümsüzlüğünü isteyebilir.

D. Kamu Düzenine Aykırılık

1. Sorumluluğun Kaldırılması

a. Faktorün Sorumluluğunun Kaldırılması

Faktoring sözleşmelerinde, faktorün bazı hallerde sorumluluğunu ortadan kaldıran hükümlere yer verildiği görülmektedir. TBK m. 114 hükmüne göre, “borçlu genel olarak her türlü kusurundan sorumludur”. Borçlunun sorumluluğu edimini hiç ifa etmemesi veya geç ifa etmesi sonucunda temerrüde düşmesi, kusuruyla ifanın imkânsızlaşması, gereği gibi ifa etmemesi sonucunda sözleşmenin müspet ihlali olarak

¹⁰⁰⁸ Akyol, Banka, s. 36; “Çaresi, yargı mercilerinin bu gibi bir çifte çıkar savunması karşısında dosyaları birleştirerek ya da dosyaları celbederek delilleri araştırmak, eğer gerçekten tek borç için birden fazla kredi çıkarılarak kredi müşterisi kaldıramayacağı şekilde borç altına sokulmuşsa, derhal ihtiyati tedbir kararı verilmek gerekir. Bundan sonra gereçte çifte çıkar amacı tespit edilirse gerek borcun miktarı ve ödenen kısım tedbir edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir.”

ortaya çıkar. Borçlu sorumluluğundan kurtulmak için sözleşmede sorumsuzluğunu kararlaştırabilmektedir. Sorumsuzluğa ilişkin bu türlü sözleşme hükmünün derecesini TBK m. 114 ve m. 115 belirler. TBK m. 115/1'in aksi yorumundan sözleşme ile borçlunun hafif ihmal halinde sorumsuzluğunu kararlaştırılabileceği anlaşılr. Ancak, hafif ihmal halinde sorumsuzluğa ilişkin sözleşme şartının taraflarla müzakere edilerek kararlaştırılmış olması gerekir. Genel işlem koşulu içinde sorumsuzluk kaydının yer alması durumunda ise borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğuna ilişkin yedek hukuk kuralı (TBK m. 114) emredici kural katına çıkar¹⁰⁰⁹. Ayrıca, TBK m. 115/3, uzmanlığı gerektiren ve kanunun ya da yetkili makamların izni ile yürütülebilen hizmetlerde sorumsuzluk anlaşmalarının hükümsüz olduğunu düzenlemiştir. Faktoring işlemleri uzmanlık gerektiren ve yetkili makamlardan izinle yürütülebilmektedir¹⁰¹⁰. Bu açıdan, faktörün hafif kusurundan sorumlu olmayacağının kararlaştırılması mümkün değildir. Böyle bir sorumsuzluk hükmünün faktör ile müşteri arasında akdedilen iş görme edimi açısından uygulanması düşünülemez.

Faktoring sözleşmelerinde yer alan sorumsuzluk kaydına, faktörün özel olarak kendisine devrolunan alacakları takip borcunu üstlendiği hallerde, gereği gibi takip edilmemeden sorumluluğunun olmayacağına ilişkin sözleşme hükümleri örnek gösterilebilir¹⁰¹¹. Önceki bölümde¹⁰¹² faktörün iş görme borcu kapsamında devraldığı alacağı takip borcunun bulunmadığı incelenmiş idi. Ancak daha önce açıklandığı gibi¹⁰¹³, gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinde, alacağın ödenmeme riski müşteri üzerinde olduğundan, tahsilatın gerçekleşmemesi halinde, faktoring şirketinin müşteriye rücu hakkı bulunmaktadır. Faktör, müşterinin borçlularının durumları, alacakların tahsil edilip edilmediği hakkında müşteriye bilgi vermelidir. Alacağın tahsil edilemediği durumlarda, alacak müşteriye geri temlik edilerek, faktoring şirketince müşteriye yapılan ödemeler, faizleriyle ve harcama giderleriyle birlikte

¹⁰⁰⁹ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 55; Şenocak, s. 235; Akman, s. 70; Sirmen Denetim, s. 112: “Genel işlem şartlarına dayalı sözleşmelerde, genel işlem şartlarını kullananın karşısında yer alan tarafın korunması konusunda çeşitli tedbirler önerilmektedir. Bunların başında sözleşmelere ilişkin düzenleyici hukuk kurallarının emredici kural haline getirilmesi ve genel işlem şartlarının denetlenmesi gelmektedir.”

¹⁰¹⁰ İkinci Bölüm, V, A, 1.

¹⁰¹¹ Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. II/13: “Temlik edilen alacağın ödenmemesi halinde, FAKTOR dilerse bahse konu alacağın tahsili zımında yargı organları ve/veya icra yoluyla takip bakımından gerekli işlemleri başlatıp, devam ettirebilir. Ancak böylesi bir halde MÜŞTERİ, alacağın gereği gibi takip olunmadığından bahisle FAKTOR'dan bir talepte bulunamaz.”

¹⁰¹² Faktörün iş görme edimleri içinde alacağı takip borcunun bulunmadığı hakkında açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 2, c.

¹⁰¹³ Bkz. İkinci Bölüm, V. F. 1.

müşteriden talep edilmektedir. Faktoring şirketinin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle alacağın tahsil edilememesi söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla faktör alacağın kısmen veya tamamen tahsiline engel oluşturacak fiillerden kaçınmalı, teminatların azalmaması, borçlunun takibi, alacağın muhafazası ve tahsili için gerekli tedbirleri almalıdır.

Faktoring sözleşmesinde alacağın takip borcunun özellikle yüklenildiği durumlarda ise gereği gibi takip edilmemeden sorumsuz olduğu yönündeki hükümlerin genel işlem koşulu ile kararlaştırılması kabul edilmemektedir. Borçlunun hafif kusurundan sorumlu tutulmayacağına ilişkin TBK m. 115/1 ve yardımcı şahıslar için her türlü kusurdan sorumluluğunu bertaraf etmesine imkân veren TBK m. 116/2 hükmü doktrin ve Yargıtay tarafından TBK m. 115/3 ve m. 116/3 hükümleri geniş yorumlanarak aşılmalıdır¹⁰¹⁴. Kişilere devlet tarafından imtiyaz verilerek yürütülen ve bankacılık, sigortacılık gibi belirli bir güven telkin eden işlerde bu kişilerin ve yardımcı şahısların sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmalar geçerli kabul edilmemektedir¹⁰¹⁵. Ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. II/13 maddesinde görüldüğü gibi, faktörün takip borcunun ihtiyari olduğu durumlar bakımından da gereği gibi takip etmemeden sorumsuzluğunun kabul edilmemesi gerekir.

Benzer şekilde faktoring sözleşmelerinde, ifa yardımcılarının kusurlarıyla oluşan zararlardan sorumluluğunun bulunmadığı kararlaştırılabilmektedir. TMK m. 50 gereğince, tüzel kişilerin iradesini organları açıklar. Böylece tüzel kişiler organları aracılığıyla borçlanırlar. Organların kusurlu fiillerinden kişisel sorumluluğu bulunur. Faktoring şirketlerinin temsilcileri sözleşmenin diğer tarafına verdikleri zararlardan, faktoring şirketleri ile birlikte müteselsilen sorumludur. Ayrıca TBK m. 116/1'e göre yardımcı kişilerin bütün kusurlu davranışları için borçlu sorumludur. Maddenin ikinci fıkrasında sorumsuzluk kararlaştırılabilse de bunun taraflarla müzakere edilmeden sözleşmeye konulması halinde TBK m. 116/1 hükmü ihlal edilmiş olur. Yine TBK m. 116/3 hükmü emredici nitelikte olup müzakere edilerek veya edilmeyerek sözleşme ile kararlaştırılan sorumsuzluk kaydı TBK m. 27 gereğince geçersizdir¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ Atamer, GİŞ Denetim, s. 251; Kaplan, Banka Genel İşlem Şartları, s. 76; Yelmen, s. 147.

¹⁰¹⁵ Yargıtay 11. HD, T. 07/10/1994, E. 4651/7229; Yargıtay HGK, 14/06/1995, E. 11-425/616 (Atamer, GİŞ Denetim, s. 251, dn. 65); Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 306.

¹⁰¹⁶ Kazmacı, Uzun, s. 90; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 55; Yelmen, s. 147.

b. İhtar, İhbar Sorumluluğunun Kaldırılması

Factoring sözleşmelerinde faktörün ihtar, ihbar yükümlülüklerinin kaldırıldığına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir¹⁰¹⁷. Borç ilişkilerinde borçlunun sorumluluğu, edimini hiç ifa etmemesi veya geç ifa etmesi sonucunda temerrüde düşmesi, kusuruyla ifanın imkânsızlaşması, gereği gibi ifa etmemesi sonucunda sözleşmenin müspet ihlali olarak ortaya çıkar. Borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmezse alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Borcun geç ifa edilmesi durumunda ise borçlunun temerrüdü sözkonusu olup alacaklı geç ifa sebebiyle uğradığı zararı borçlunun gidermesini isteyebilir. TBK m. 117¹⁰¹⁸, de borçlunun temerrüde düşürülmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Sürekli edimli sözleşmelerde ise TBK m. 126 hükmü uyarınca, borçlunun temerrüdünde alacaklı ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar borcun ifasında gecikme olduğunda hakimden süre verilmesini isteyebilirler (TBK m. 123).

Factoring sözleşmesi içeriksel olarak ani edim nitelikli unsurları barındırır da asli edimlerin sürekli olması sebebiyle sürekli edimli ve karşılıklı borç ilişkisi doğuran¹⁰¹⁹ sözleşmelerdir. Müşterinin bu sözleşme gereğince borçlarının¹⁰²⁰ kısaca, müşterinin alacağı devretme borcu, teminat verme borcu, faiz, masraf ve komisyon ödeme borcu ile bilgi ve belgeleri verme borcu olduğu söylenebilir. Müşterinin bu borçları ifada temerrüde düşmesi, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi söz konusu olabilir.

¹⁰¹⁷ Bkz. Ekte yer alan Factoring sözleşmesi örneği m. VI/2, 7, m. II/6 ve 12. “müşterinin sözleşmeye herhangi bir aykırılığı halinde ve sözleşmede belirtilen sair hallerde herhangi bir ihbara, ihtar, hüküm istihsaline, mehil tayinine, alacağın miktarının yetkili yargı organlarınca önceden tespitine gerek olmaksızın bircümle ödeme vasıtalarını ve ayni ve şahsi bilumum teminatları, ek teminat mahiyetinde tevdi olunan kambiyo senetlerini ayrı ayrı ya da birlikte nakde tahvile, ibrazında ödenmeyenleri yasal takibe konu yapmaya, aynı zamanda müteselsil kefil/kefiller’i takibe yetkilidir.”

¹⁰¹⁸ TBK, “Borçlunun temerrüdü”, “Koşulları” m. 117: “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır”. “Sürekli edimli sözleşmelerde” m. 126: “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

¹⁰¹⁹ Ayrıntı için bkz. İkinci Bölüm, V, E, 1.

¹⁰²⁰ Ayrıntı için bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1.

Müşteri tarafından, faktoring şirketine alacakların toptan devri durumunda, alacaklar bir seferde devredilmiş olsa da, müstakbel alacaklar doğduğu anda devredilmiş olur¹⁰²¹. Bu sebeple müstakbel alacağın devri yönünden faktoring işlemlerinde bir süreklilik söz konusudur. Devredilen alacağa ilişkin kıymetli evrak ve diğer senetlerin tahsil edilemediği hallerde faktorün komisyon ücreti, faiz, masraf gibi alacaklarının ifası istenebilir. Sürekli borç ilişkilerinde temerrüt halinde faktorün alacaklarını talep etmesi veya fesih hakkını kullanması da mümkündür. Ancak bu hallerde faktorün varolan alacaklarını muaccel kılma yetkisinin taraflar arasındaki hak ve borç dağılımında müşteriyi mağdur etmeyecek şekilde kullanılması, muacceliyet kaydının uygulanma alanının sınırlandırılması gerekir¹⁰²². Özellikle de faktorün ihtar ve ihbar yapılması veya mehil verilmesi yükümlülüğünün ortadan kaldırılması sözleşmede adil olmayan sonuçlara sebep olabilir. Ayrıca, faktorün sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda¹⁰²³ müşteriye borç ilişkisinden doğan ihbar, ihtar, fesih vb. gibi haklarını kullanmadan önce faktörü bilgilendirme yükümlülüğü yüklendiği görülmektedir. Kendi ihtar ve ihbar yükümlülüğünü ortadan kaldıran faktorün müşterinin yapacağı ihtar ve ihbarlar için ayrıca bildirim yapılmasının dahi istenildiği böyle bir sözleşmede taraflar arasında denge olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir.

¹⁰²¹ Kazmacı, Uzun, s. 65-66.

¹⁰²² Atamer, GİŞ Denetim, s. 261-262; Aydoğdu/Kahveci, s. 301; Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1424 ve 1427; Yelmen, s. 144-145; BGB § 309/4: “Kullanıcı, karşı tarafı ihtar etmek ve ona ek süre vermek konusundaki kanuni yükümlülüklerinden kurtaran hükümler geçersizdir.”. Türk Hukukunda da benzer düzenlemeler mevcuttur. Örneğin TBK m. 351 uyarınca ya da m. 315 uyarınca kira sözleşmesinde ihtar çekilmesi ve bu ihtarlarda belli sürelerin verilmesi zorunludur.

¹⁰²³ Bkz. Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. II/10’da: “MÜŞTERİ, borçlusu ile arasındaki temel ilişkiden doğan haklarını (ihbar, ihtar, dava, fesih v.s.) kullanmadan önce FAKTOR’a gerekli bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Bunun gibi borçlunun MÜŞTERİ’ye karşı aralarındaki temel ilişki sebebi ile yönelteceği dava, talep, ihbar, ihtarlardan MÜŞTERİ, FAKTOR’u derhal haberdar edecektir. MÜŞTERİ ve borçlusu arasındaki hukuki işlemde meydana gelebilecek her türlü değişiklik, sona erme, devir olunan alacağın kısmen veya tamamen ödenmemesine, sona ermesine yol açtığı hallerde MÜŞTERİ, bu alacak için elde ettiği finansmanı, FAKTOR tarafından bildirilen faktoring ücreti, faiz ve bilmülle ferileri ile birlikte derhal iade etmekle, ödemekle yükümlüdür. MÜŞTERİ bu alacak sebebi ile FAKTOR’a ödemiş bulunduğu ya da hesabına borç kaydolunan ücret, faiz, masraf ve komisyonların iadesini talep edemez, ödemekten kaçınmaz.” denilmiştir.

c. Hesap Hatalarından Sorumluluğun Kaldırılması

Factoring sözleşmelerinde, işlemler sırasında oluşacak hesap hatalarından faktörün sorumlu olmadığı düzenlenmektedir¹⁰²⁴. Ancak, müşterinin yapılan hesap hatalarını TBK m. 31/5’de yer alan “adi hesap hatası” kapsamında düzeltilmesini talep hakkı bulunur¹⁰²⁵. Öte yandan TBK m. 506’da, vekilin üstlendiği iş ve hizmetlerde işi özenle yürütme borcu olduğu belirtilmiştir. Faktoringinde yürüttüğü hizmetlerde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰²⁶. Faktörün sözleşmeye aykırı fiili sonucu TBK m. 112’de yer alan kural gereğince sorumluluğu söz konusudur. Faktörün hesap hatasında kusurunun az olması halinde tazminat yükümlülüğü azaltılabilir (TBK m. 51). Hesap hatalarından faktörün sorumlu olmadığına ilişkin sözleşme hükmünün geçersiz olduğuna karar verilebilir.

Müşterinin hatayı anlaması durumunda bu konuda faktörü uyarması gerekir. Kendisinde tacir olan müşteriden hesapların doğruluğunu kontrol etmede gerekli özeni göstererek faktörü uyarmasını beklemek riziko dağılımı açısından kabul edilebilirdir. Sözleşmeye aykırılıkta sorumluluğun kapsamının hesaba katılabilen, önceden görülebilen risklerle sınırlı tutulması hukukun ekonomik analizi kuramı çerçevesinde de en doğru çözümdür¹⁰²⁷.

d. İletişim veya Taşıma Sırasında Kaybolmadan Sorumluluğun Kaldırılması

Factoring sözleşmelerinde, ifa yardımcıları veya yetki verilen diğer kişilerin fiilleri sebebiyle oluşacak her türlü kayıp ve zararlardan sorumluluğunun bulunmadığı ve böyle bir durumda müşterinin her türlü talep ve dava haklarından feragat ettiği

¹⁰²⁴ Ekte yer alan Factoring sözleşmesi örneği m. II/21: “FAKTOR devir aldığı alacakları, kullandığı finansmanı gerektiğinde her borçlu ve MÜŞTERİ için ayrı ayrı ve irtibatlandırarak kayda geçirir. Bu kayıtlardaki hesap hataları MÜŞTERİ için bir hak teşkil etmez.”

¹⁰²⁵ Özdemir, Hayrunnisa, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, İstanbul 2018, s. 40; Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, s. 140.

¹⁰²⁶ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 85; Tercan, s. 437; Akyol, Banka, s. 25; Yılmaz, Ad., s. 97.

¹⁰²⁷ Atamer, GİŞ Denetim, s. 256; Hukukun Ekonomik Teorisi hakkında ayrıntı için bkz. Müller, Felix, “Hukukun Ekonomik Teorisi”, Küresel Bakış, Y.1, C. 1, S.3, Ekim 2011, ss. 1-20. (Çeviren: Ahmet M. Güneş) (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1671636>) E.T. 15/01/2025

yönünde hüküme yer verildiği görülmektedir. Genel işlem koşulları ile posta hizmetlerini ifa eden kurumun aksaklığı sebebiyle oluşan kayıp ve zarardan sorumluluğun kabul edilmemesi, TBK m. 27 hükmü gereğince batıl sayılmaktadır¹⁰²⁸.

Dava açma hakkından feragat edildiğine ilişkin hükmün ise hükümsüz olduğuna karar verilmelidir. Anayasa m. 36'da düzenlenen "Hak Arama Hürriyeti"¹⁰²⁹, kişilere dava açma hakkı verir.

Davadan feragat ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 307¹⁰³⁰'de düzenlenmiş olup açılmış bir davadan feragat edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerden olan dava açma hakkından sözleşme ile feragat edilmesi TMK m. 23/2'de yer verilen kişilik haklarına aykırılık oluşturduğu gibi, açılmamış bir davadan feragat edilmesi de mümkün değildir¹⁰³¹.

2. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Faktoring sözleşmesinin belirli bir süre ile sınırlandırılmadığı, diğer bir deyişle süresiz sözleşmelerde, taraflardan her biri fesih yolu ile sözleşmeyi sona erdirebilir. Sözleşme belirsiz süreli olduğunda taraflardan birinin feshi ihbar etmesi ile sözleşme sona ermektedir.

¹⁰²⁸ Yavuz, N., s. 228; bkz. ekte yer alan faktoring sözleşmesi m. II/28, "MÜŞTERİ işbu sözleşmesinin ifası ile ilgili olarak FAKTOR'un ifa yardımcıları, personeli ve kullandığı, kullanacağı bilcümle vasıtalar (PTT, sair Kurye ve Kargo şirketleri gibi) nedeniyle meydana gelebilecek kambiyo senetlerinin kaybı da dâhil olmak üzere, her türlü kayıp ve zararlardan FAKTOR'un herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını, bu konuda her ne nam altında olursa olsun her türlü talep, dava haklarından peşinen feragat ettiğini gayrikabili rucû beyan ve kabul etmektedir."

¹⁰²⁹ Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı m. 36'ya göre, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

¹⁰³⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 307: "Feragat, açılmış bir davada, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir."

¹⁰³¹ Domaniç, Faktoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1403; Domaniç, Hayri, "Halen Uygulanmakta Olan Faktoring Sözleşmelerinin Emredici Hükümlere Aykırı Olup Olmadığı", Finans Hukuku Panelleri-2 Faktoring Hukuku ve Sorunları, İstanbul 2008, ss. 106-142, s. 124; Yargıtay'ın doğmamış haktan feragat edilemeyeceğine ilişkin kararları için bkz. Yargıtay 15. HD., 04/04/2007 T., E.2006/1819, K.2007/2112; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 31/03/1993 T., E.1992/16-759 K.1993/132; Yargıtay 13. HD., 11/10/2004 T., E.2004/6611, K.2004/14120. (<https://www.noterlikrehberi.net/rehber/index.html?feragat-mahkeme-kararlari-4.html>) ET. 23/03/2023.

Fesih, tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli, bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıdır. Sözleşmede fesih ile ilgili hüküm bulunmasa da gerek olağan gerekse olağanüstü fesih yolu ile ileriye etkili olarak sözleşme sona erdirilebilir¹⁰³².

Olağan fesih ile belirli bir süre kararlaştırılmadan yapılan sözleşmede taraflara tek taraflı olarak sözleşmeden kurtulma imkânı tanınır. Taraflardan her biri sözleşme ile kararlaştırılan feshi ihbar süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Belirli süreli sözleşmelerde de fesih dönemleri veya feshi ihbar süreleri kararlaştırılarak sözleşmenin fesih bildirimi ile sona erdirilmesi sağlanabilir¹⁰³³. Sözleşmede fesih ihbar süresinin kararlaştırılmadığı belirsiz süreli sözleşmede fesih hakkı süre verilmeden kullanılabilir (TBK m. 512)¹⁰³⁴.

Belirsiz süreli sözleşmelerde, tarafların olağan fesih hakkının bulunduğu, sözleşme ile açıkça düzenlenmemiş olsa da kabul edilmelidir. Bir sözleşmenin süre sınırı olmaksızın devam edeceği ve sürenin sınırlandırılmaması tarafların ekonomik özgürlüğünü ihlal eder (TMK m. 23/2)¹⁰³⁵. Dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da olağan fesih hakkı kullanılabileceği gibi, bu haktan vazgeçilmesi de mümkün değildir. Ancak sözleşme ile fesih hakkını sınırlayan feshi ihbar süreleri getirilebilir¹⁰³⁶.

Uygulamada kullanılan standart faktoring sözleşmesi metinlerinde, “fesih ihbarlarında bulunurken süre verme” zorunluluğu öngörülmesinin, TBK m. 512/1’de yer alan, tarafların vekâlet sözleşmesini her an ve derhal sona erdirebilme hakkını düzenleyen emredici hukuk kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde akdedilen faktoring sözleşmesinin TBK m. 27 hükmü gereği emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Ancak,

¹⁰³² Kazmacı, Uzun, s. 203-204.

¹⁰³³ Akyol, Banka, s. 37; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 88; Kazmacı, Uzun, s. 179 ve 204; Saraç, Yargıtay, s. 279.

¹⁰³⁴ Atamer, GİŞ Denetim, s. 280: “Banka ile müşteri arasındaki ilişki belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisi oluşturuyorsa kural, iki tarafında makul bir fesih süresine uyularak sözleşmenin feshini ihbar etmeleridir. Müşterinin bir fesih süresi tanımasında bankanın çoğunlukla hiçbir menfaati olmayacağı için bu gerekten vazgeçilebilirse de banka açısından bir önel tayin etmeden fesih imkanına genel işlem koşulları içinde yer verilmiş olması yasanın temel ilkelerine aykırı sayılmalıdır. Taraflar ancak haklı bir sebep halinde süresiz fesih hakkını kullanabilmelidir.”

¹⁰³⁵ Akyol, Genel Hükümler, s. 139: “Zaman bakımından uzun veya sonsuz süreli sözleşmelerin gerçek kişiler bakımından şahsiyetlerini sınırlayıcı rol ve etkisi tüzel kişiler bakımından sözkonusu değildir. Süresiz veya yüz yıl gibi uzun süreli sözleşmeler tüzel kişilerin mahiyetine uygundur”

¹⁰³⁶ Kazmacı, Uzun, s. 205; Saraç, Yargıtay, s. 279; Atamer, GİŞ Denetim, s. 278; Akyol, Genel Hükümler, s. 139.

factoring sözleşmesinde yer alan işgörme edimleri, isimsiz işgörme sözleşmesi niteliğini taşır. Sözleşmenin bu niteliği tarafların menfaatlerini dikkate almayı gerektirir. Öte yandan TBK m. 512'nin 2. cümlesinde sözleşmeyi uygun olmayan bir zamanda sona erdiren tarafın, diğerinin bundan doğan zararını gidermesi gerektiği de belirtilmiştir. Nitekim TBK m. 392'de ödünçün geri verme zamanını düzenleyen hükme göre de belirsiz süreli ödünç sözleşmesinde feshin bildirilmesinde altı haftalık fesih öneline bağlı kalınmalıdır¹⁰³⁷.

Factoring sözleşmelerinde, faktörün kendini garantide hissetme ihtiyacı ve müşterinin kendisini yeni duruma uydurmak üzere genellikle zamana ihtiyaç duyması gözönünde bulundurularak fesih ihbar süresinin tanınmasını öngören sözleşme hükmünün geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹⁰³⁸. Zira factoring sözleşmelerinde, vekâlet akdi niteliği yanında, ödünç akdi niteliği taşıyan hükümler de kararlaştırılabilmektedir. Karma akit olduğu kabul edilen factoring sözleşmelerinde sözleşmenin niteliği ve tarafların karşılıklı çıkarlarına uygun düştüğü ölçüde sözleşme ile kararlaştırılan hükümlere öncelik verilmelidir.

Olağanüstü fesih ise sözleşmenin ifası sırasında oluşan haklı sebeplerle, borç ilişkisine devam edilmesini mümkün görmeyen tarafa, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verir. Olağanüstü fesih hakkının TMK m. 2 hükmü esas alınarak kanunda yer almayan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de olduğu kabul edilir¹⁰³⁹. Gerek belirli süreli, gerekse belirsiz süreli sözleşmelerden haklı sebeple olağanüstü fesih hakkı kullanılabilir¹⁰⁴⁰.

Sözleşmenin haklı sebeple olağanüstü feshinde, haklı sebebin oluşup oluşmadığının tespitinde, sebebin beyanda bulunan taraf için borç ilişkisine etkisi dikkate alınır. Beyanda bulunulan o olgunun borç ilişkisini çekilmez hale getirmesi ve sözleşmeyi sürdürmenin imkânsız hale gelmesi gerekir. Örneğin, müşterinin sözleşmeye aykırı davranması, aciz haline düşmesi, teminat verme borcunu yerine getirmemesi ve sözleşme ilişkisini çekilmez hale getiren diğer sebeplerle sözleşme feshedilebilir¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁷ Atamer, GİŞ Denetim, s. 279.

¹⁰³⁸ Akkanat, H., s. 911; Kazmacı, Uzun, s. 179; Yılmaz, Ad., s. 97.

¹⁰³⁹ Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 200-203.

¹⁰⁴⁰ Atamer, GİŞ Denetim, s. 279.

¹⁰⁴¹ Akyol, Banka, s. 39; Akkanat, H., s. 910; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 91; Özdemir, Z., s. 204: "Satıcının sözleşmede yer alan şartlardan birine uymaması, tasfiyeye gitmesi, alacakları ile ilgili farklı bir düzenlemeye gitmesi, aktiflerinden en az biri üzerine icra emri alması ve 5 gün içinde

TBK m. 98’de taraflardan birinin aciz haline düşmesi halinde karşı taraf güvence isteyebilir. Güvencenin uygun bir sürede verilmemesi halinde sözleşmenin feshedilmesi hakkı bulunmaktadır. Faktoring sözleşmesi bakımından da taraflardan birinin aciz haline düşmesi halinde belirtilen hüküm dikkate alınarak fesih hakkı kullanılabilir¹⁰⁴².

Faktorün iflas etmesinin sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olmadığı görüşünü savunan görüşe göre, faktorün iflasının müşteri için haklı sebeple fesih sebebi oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴³.

Faktoring şirketleri tarafından tek taraflı hazırlanan ve müşterinin imzasına sunulan sözleşmelerde, müşterinin mali durumundaki bozulma haklı sebeple fesih sebebi sayılmakta, ancak müşterinin mali durumundaki bozulmanın takdiri faktoring şirketine bırakılmaktadır. Mali durumun bozulmasının faktoring sözleşmesini çekilmez hale getirip getirmediğine bakılmaksızın faktorün bu yetkiyi kullanabileceği öngörülmektedir. Fesih sebebinin, objektif olarak borç ilişkisine etkisine bakılmalıdır. Faktorün tek taraflı tespiti ölçü olarak kabul edilmemelidir. Sözleşmenin haklı sebeple feshinin beyan sahibi faktorün keyfilğine bırakan sözleşme hükmü geçersizdir¹⁰⁴⁴.

Tarafların edimlerinin borca aykırı ifası sözleşmenin haklı sebeple feshi sebebinin oluşturur. Borca aykırılık, edimin hiç ifa edilmemesi, geç ifa edilmesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halleridir. Borca aykırılığın sözleşme ilişkisini çekilmez kıldığı kabul edilirse haklı sebeple fesih sebebi oluşur. Bunun için tek bir borca aykırılık yeterli olabileceği gibi, genellikle birden fazla tekrar eden ve tarafların sözleşmede güven ilişkisini sarsan aykırılık haklı sebep oluşturmaktadır.

ödenememiş olması, herhangi bir mahkeme kararına göre satıcı borcunu ödemeye mahkum edildiği halde alacaklısını kısmen ya da tamamen tatmin edemezse, factoring şirketi tarafından sözleşme sona erdirilebilir.”; Kazmacı, Uzun, s. 204: “Olağanüstü fesihte sözleşmenin sona ermesine genellikle karşı taraf yol açtığı için, feshin etkisi kural olarak bir süreye bağlanmaz, derhal gerçekleşir; yani olağanüstü fesih kural olarak süresiz fesihtir” ve s. 211; Saraç, Yargıtay, s. 280.

¹⁰⁴² Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 93: “Ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme mümkün iken, sürekli edimli borç ilişkilerinde olağanüstü fesih hakkı kullanılarak sözleşmenin ifa edilmiş edimlerinin etkilenmediği, ileriye etkili olarak sözleşmenin kaldırıldığı görülmektedir.”; Kazmacı, Uzun, s. 79, dn. 318: “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Dolayısıyla sürekli borç ilişkisi niteliğindeki faktoring sözleşmesinde, henüz sürekli edimin ifasına başlanmadan, müşteri, alacakların devrinde temerrüde düşmüş ise faktor, sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini isteyebilir. Müşteri alacakları faktoring şirketine devretmeden, faktoring şirketinin kendi borçlarını ifa etmesi de pek mümkün olmayacağından, alacakların devrinde temerrüde düşüldüğünde, fesih değil dönme söz konusu olur.” ve s. 205; Saraç, Yargıtay, s. 280.

¹⁰⁴³ Akyol, Banka, s. 30; Tercan, s. 438; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 37; Yelmen, s. 136.

¹⁰⁴⁴ Kazmacı, Uzun, s. 211; Saraç, Yargıtay, s. 280; Yavuz, N., s. 235.

İfa imkânsızlığı, borca aykırılık sebeplerinden borcun hiç ifa edilmemesi sonucunu doğurur. TBK m. 136'ya göre sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen kusursuz imkânsızlık borcu sona erdirir. Ancak borcun kendiliğinden sona ermesi sözleşmenin sona erdiği anlamına gelmez. Birden fazla edimin üstlenildiği sürekli borç ilişkilerinde, tarafların edimlerinin imkânsızlaşması sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturur. Ancak tek başına sözleşmeyi kendiliğinden fesih sebebi olarak görülmemektedir¹⁰⁴⁵.

Factoring şirketleri tarafından tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme metinlerinde, müşterinin faktore haber vermeden alacağı tahsil etmesi, faktor bakımından haklı sebeple fesih hakkı olarak görülmektedir¹⁰⁴⁶.

Fesih bildiriminde bulunulması şekle bağlı değildir. Ancak tacirler arasında yapılacak fesih bildirimi TTK m. 18/3'de belirtilen şekle uyularak yapılması gerekir. Güvenli elektronik posta sistemi ile de bildirim yapılabilir. Bildirimlerde şekil şartı taraflardan her ikisinin de tacir olduğu sözleşmelerde yer alır¹⁰⁴⁷.

Factoring şirketleri tarafından önceden hazırlanarak müşterinin imzasına sunulan genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşmelerde genellikle sözleşmeyi düzenleyen faktoring şirketi lehine tek taraflı haklar verildiği görülmektedir. Örneğin, olağanüstü fesih hakkını faktoring şirketi tarafından kullanılabileceği düzenlenirken müşterinin hakkına yer verilmemektedir¹⁰⁴⁸. Ancak sözleşme metninde öngörülüp

¹⁰⁴⁵ Kazmacı, Uzun, s. 214; aksi yönde bkz. Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 89: "Gerek faktor gerekse müşteri için sözleşmenin kurulmasından daha sonra borcun ifa edilmesine engel olacak bir imkansızlığın olması durumunda sözleşme kendiliğinden sona erer. Örneğin, müşterinin ithal edilen malların yasaklanması sebebiyle ticari faaliyetini sürdürememesi, faktörün kendisine bağlı olmayan bir sebeple faaliyetinin engellenmesi, tarafların sözleşme edimlerini ifa etmeye engel objektif ve hukuki imkânsızlık halleridir. Bu imkânsızlık hallerinin sürekli bir şekilde edimlerin ifasına engel olması durumunda faktoring sözleşmesi kendiliğinden sona erer. İmkânsızlık sürekli değil geçici ise sözleşme sona ermemektedir."; Akyol, Banka, s. 40: "Eğer böyle bir imkânsızlık varsa borç ilişkisi de faktoringte sona erer. Sona erme için ayrıca bir irade açıklamasına gerek yoktur, kendiliğinden sona erer."

¹⁰⁴⁶ Kazmacı, Uzun, s. 133; Akyol, Banka, s. 31-32: "TBK m. 186 kuralının bu anlamda tekrarından ibaret olan "temlik edilen alacağı tahsil etmeme" mükellefiyetine aykırı hareket edilmesi, kanaatimizce bu kadar ağır bir müeyyideye bağlanamamalıdır. Alacağın temlikine ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin, faktoring sözleşmesinin işlevi, niteliği ve tarafların ona izafe ettikleri anlam dikkate alınarak, bazı hallerde borçlunun borcunu faktor yerine müşteriye ödemesini de ifa olarak kabul etmek ve borçlunun bu ödeme ile borçtan kurtulduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda müşterinin alacağı temlik ettiğini bilerek ödemeyi kabul etmesi, haklı fesih sebebi sayılmak yerine, onun tahsil ettiği bu alacak için faktörün tahsil imkanına kavuşamadığı komisyon, ücret gibi yoksun kalınan kar ölçüsünde faktore karşı sorumlu olması kabul edilmeli ve bu kadar ağır müeyyide uygulanmamalıdır."

¹⁰⁴⁷ Arkan, s. 169-170; Kazmacı, Uzun, s. 204-205.

¹⁰⁴⁸ Salinger/Davidson/Mills/Ruddy, s. 249; Uygulamada faktoring şirketleri müşterinin iflası riskini gözönüne alarak kendinin güvence altına alacak hükümlere yer verebilmektedir. Bkz. ekte yer alan Factoring sözleşmesi örneği m. IV/2, "FAKTOR'a işbu sözleşme uyarınca ödenmesi gereken herhangi bir alacağının vadesinde ödenmemesi, MÜŞTERİ'nin ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in herhangi bir akde aykırı davranışı ile MÜŞTERİ'nin, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in,

öngörülmediğinden bağımsız olarak fesih hakkının sözleşmenin her iki tarafı bakımından da mevcut olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁴⁹. Zira haklı sebep, genellikle sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeye aykırı fiilleri sebebiyle taraflar arasındaki güven ilişkisinin ortadan kalktığı durumlardır. Bu durumda sözleşmeye uygun hareket eden tarafın bağlılığını her halde devam ettirmek zorunda olduğunun kabulü dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur¹⁰⁵⁰. Olağanüstü fesih hakkından vazgeçilmesinin sözleşme ile kararlaştırılması TMK m. 23/2 hükmüne aykırılık oluşturduğundan geçersizdir¹⁰⁵¹.

Bazı faktoring sözleşmelerinde haklı sebeple fesih hakkının yalnızca faktore verilmesinin yanında sebebin haklılığının takdirinin de faktore bırakıldığı görülmektedir¹⁰⁵². Ancak bu hüküm sözleşme serbestisi ilkesine, müşterinin ticari, ekonomik özgürlüğünü de içine alan kişilik haklarına aykırılık oluşturur. Sözleşmenin zayıf olan tarafının korunması amacıyla böyle bir sözleşmenin denetlenmesi kamu düzeni kavramı ile de yakından ilişkilidir¹⁰⁵³. Haklı sebeple fesih hakkının yalnızca faktore verilmesine ilişkin bir sözleşme maddesinin, sözleşmede taraflar arasındaki hak ve yükümlülük dengesini bozduğu aşıkardır. Sözleşmelerin denetiminde TBK m. 27’de yerini bulan kamu düzeni niteliğinin vurgulanması, böyle bir sözleşme hükmünün incelenmesine imkân sunmaktadır. Zayıf tarafın korunması amacıyla sözleşmenin denetlenmesi imkânı veren kamu düzenine aykırılık kavramının faktoring sözleşmesinde düzenlenen tek taraflı fesih hakkı hükmü çerçevesinde

borçluların veya MÜŞTERİ tarafından işbu sözleşme kapsamında FAKTOR’a devir, ciro, teslim edilen kıymetli evrakta keşideci, ciro veya aval olarak imzası bulunmak sureti ile FAKTOR’a borçlu bulunanlardan herhangi birisinin, kredibilitesi ve mali durumunda olumsuz etkenlerin ortaya çıkması, aleyhinde dava ikame edilmesi veya icra takibinde bulunulması, bu kişilerden herhangi birisince ödemelerin tatil edilmesi, konkordato ve iflas ertelemesi isteminde bulunması, bu kişilerden herhangi birinin iflasının talep edilmesi, bu kişilerden herhangi birinde yönetim değişikliğini gerektirir pay devirleri olması, tüzel kişi müşterinin veya ortaklarının tasfiye kararı almaları hallerinde FAKTOR, herhangi bir mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşmeyi derhal sona erdirebilir. FAKTOR’un bu fesih hakkını kullanabilmesi için MÜŞTERİ’nin aczinin sabit, iflasına hüküm verilmiş olması şartı aranmaz.”.

¹⁰⁴⁹ Akkanat, H., s. 910; Akyol, Banka, s. 39; Kazmacı, Uzun, s. 209.

¹⁰⁵⁰ Akkanat, H., s. 910; Yelmen, s. 137.

¹⁰⁵¹ Kazmacı, Uzun, s. 209.

¹⁰⁵² Bkz. ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. IV/2, son cümle “FAKTOR’un işbu sözleşmeyi haklı sebeple feshi halinde, sebebin haklılığı tamamen FAKTOR’un takdir yetkisi içindedir.

¹⁰⁵³ Sirmen, Denetim, s. 112; Yargıtay HGK, T. 08/04/2015, E. 2013/ 1611, K. 2015/1188; “Somut olayda uyumsuzluk konusu olan bayilik sözleşmesi, davacı başbayı ile davalı semt bayisi arasında yapılmıştır. Bayilik sözleşmesinde tek taraflı olarak davacı lehine tanınan fesih hakkının her zaman kullanılabileceği, fakat davalı tarafın tek taraflı fesih hakkını kullanması halinde cezai şart olarak belirli bir bedeli ödemekle yükümlü olacağına yönelik hükmü genel işlem şartı olarak nitelendirmiştir. Yorum denetimi çerçevesinde düzenleyen aleyhine yorum ilkesi gereği söz konusu hükmün anlaşılmayan, açık olmayan ifadelerin davalı bayi lehine yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.”

somutlaştırılması mümkündür. Bu hüküm öncelikle sözleşmenin bir tarafının sözleşme özgürlüğünü kullanarak karşı tarafın ekonomik gücünün elinden alınmasına sebep olacak düzeyde kullanılması sonucunu doğurur niteliktedir. Aynı zamanda genel işlem koşulu yoluyla tarafların hak ve yükümlülükleri bakımından dengesizlik oluşturmakta ve ekonomik hak ve özgürlükleri kabul edilemez derecede sınırlamaktadır.

Ayrıca hakkaniyet ilkesi gereği, bu tip sözleşme hükümlerinin yaygınlaşması, tarafların hukuki işlemlerden bekledikleri menfaatleri ortadan kaldırdığı gibi genel menfaati de tehdit edecek düzeye gelebilir. Kişinin ekonomik faaliyetlerinin geleceğini tehlikeye atan bir sözleşme ile bağlı kılınması, sözleşmenin zayıf olan tarafı aleyhine ve kamu düzenine aykırı bir durum oluşturur. Sözleşmeyi fesih hakkının tek taraflı şekilde engellenmesi kabul edilemez. Müşterinin ekonomik anlamda kişiliğini geliştirme hakkını ihlal eden bu hüküm genel işlem koşullarına ilişkin hukuki korumadan kamu düzeni gereği denetlenmelidir. Kişinin ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünün sınırlandırılması, sözleşme ilişkisi içinde o kişiyi zayıf taraf konumuna getirebilir. Bu sebeple, fesih hakkının tek tarafa verildiği sözleşme hükmünün kamu düzenini somutlaştırma faaliyeti içerisinde ele alınması son derece uygun görünmektedir.

Sonuç olarak sözleşme ile öngörülüp öngörülmemesinden bağımsız olarak fesih hakkının sözleşmenin her iki tarafı bakımından da mevcut olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵⁴. Zira haklı sebep, genellikle sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeye aykırı fiilleri sebebiyle taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kalktığı durumlardır. Bu durumda sözleşmeye uygun hareket eden tarafın bağlılığını her halde devam ettirmek zorunda olduğunun kabulü dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur¹⁰⁵⁵.

Factoring sözleşmesinde yer alan “faktor dilediği anda sözleşmeyi fesheder¹⁰⁵⁶” yolundaki hüküm gereği faktor sözleşmeyi feshederse bakılmalıdır.

¹⁰⁵⁴ Akkanat, H., s. 910; Akyol, Banka, s. 39; Yavuz, N., s. 234: “Müşterinin bir fesih süresi tanınmasında bankanın çoğunlukla hiçbir menfaati olmayacağı için bu gerekten vazgeçilebilirse de, banka açısından bir önel tayin etmeden fesih imkânına GİŞ içinde yer verilmiş olması yasanın temel ilkelerine aykırı sayılmalıdır. Taraflar ancak haklı bir sebebin varlığı halinde bu şekilde süresiz fesih hakkını kullanabilir.”

¹⁰⁵⁵ Akkanat, H., s. 910; Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1424.

¹⁰⁵⁶ Bkz. Ekte yer alan Factoring sözleşmesi örneği IV/1: “İşbu sözleşme, imza tarihinden itibaren geçerlidir. Taraflardan herhangi biri, 1 (bir) ay önce yazılı ihbarda bulunarak sözleşmeyi her zaman serbestçe sona erdirebilir. Bu sözleşme ile FAKTOR’a sözleşmeyi derhal sona erdirmeye yetkisi veren

Faktor bu hükme rağmen haklı bir sebeple sözleşmeyi feshetmişse sorun bulunmaz. Ancak faktor bu hükmü kötüye kullanarak ve haklı sebep bulunmaksızın fesih hakkını kullanamaz¹⁰⁵⁷.

Faktor ile müşteri arasındaki belirsiz süreli sözleşmede, iki taraf da makul bir fesih süresine uyulmak koşuluyla sözleşmenin feshini ihbar etmelidir. Faktörün bir fesih süresi tayin etmeden genel işlem koşulları içinde fesih imkânına yer verilmesi Kanun'un temel ilkelerine aykırı sayılmalıdır. Haklı bir sebep halinde ise taraflar süresiz fesih hakkını kullanabilmelidir. Böyle bir haksız fesih halinde faktor, gerçek alacakları dışında kalan müşteriye karşı sözleşme ile kararlaştırılmış ve fesih şartına bağlanmış haklarını talep edemez¹⁰⁵⁸.

E. Kişilik Haklarına Aykırılık

Factoring sözleşmeleri içinde kişilik haklarına aykırı hükümler TMK m. 23'e aykırılık oluşturur. Kişiliğin hukuki işlem ile saldırıya uğraması halinin düzenlendiği bu maddede, kişilerin hak ve fiil ehliyetinden ve özgürlüğünden vazgeçemeyeceği öngörülmektedir¹⁰⁵⁹. Factoring sözleşmelerinde olduğu gibi tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarında da kişilik haklarının ihlali söz konusu olabilir. Bu türlü hükümlerin denetlenmesinde ise sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşıldığı durumların belirlenmesi önem taşır. Tarafların ekonomik özgürlüğünü engelleyen, ekonomik geleceğini tehdit eden sözleşme hükümlerinin sözleşmenin diğer tarafının keyfiliğine bırakılması söz konusu olmamalıdır.

haller saklıdır.”, m. IV/2: “FAKTOR'un işbu sözleşmeyi haklı sebeple feshi halinde, sebebin haklılığı tamamen FAKTOR'un takdir yetkisi içindedir.”

¹⁰⁵⁷ 17/06/2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”in Ek-1 Haksız Sözleşme Şartları, 1/e bendinde; “Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar” haksız şart sayılmıştır. Öte yandan aynı Yönetmeliğin Ek-1'inde yer alan, 1/f bendinde; “Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar,” haksız şart olduğu belirtilmiş, ancak, bu hükmün istisnası olarak, 2/a bendinde: “alt bendi için, sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla, finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi tek taraflı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebileceği”, böyle durumlarda 1/f bendinin uygulanmayacağı belirtilmiştir; Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1423.

¹⁰⁵⁸ Akyol, Banka, s. 39-40; Atamer, GİŞ Denetim, s. 280; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 40-41.

¹⁰⁵⁹ Dural/Sarı, s. 142; Arpacı, s. 135.

1. Müşterinin Gelecekteki Alacaklarının Devri

Türk Medeni Kanunu m. 23/1 ve 2’de, kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı bir şekilde sınırlayamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre kişiler akdettiği sözleşmeler ile kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan yükümlülükler altına giremezler. Dolayısıyla özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması aynı zamanda kişilik haklarının ihlali niteliğindedir. Özellikle de, kişisel ve ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede –ölçüsüz- sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması ahlaka aykırılık oluşturur¹⁰⁶⁰.

Faktoring sözleşmelerinde, müşterinin doğmuş ve doğacak alacaklarının tümünü faktore devrettiği¹⁰⁶¹ şeklinde hükme yer verilmektedir. TBK m. 183-194’de düzenlenen alacağın devri, bir borç ilişkisinde var olan bir alacağın borçlunun rızası aranmadan, devreden ile devralan arasında akdedilecek bir sözleşmeye dayanılarak devredilmesidir¹⁰⁶². Alacağın devri sözleşmeleri, hukuki niteliği itibariyle, alacağın devreden mülkiyetinden devralanın mülkiyetine doğrudan geçişini sağlayan bir tasarruf sözleşmesidir¹⁰⁶³.

Alacağın devri sözleşmesinde diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi, TBK m. 1-48 arasında düzenlenen hükümlere uygun olarak akdedilmelidir. Bu çerçevede karşılıklı irade beyanlarının uygun olması (TBK m. 1), sözleşmenin içeriğinin sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını aşmaması (TBK m. 27), irade sakatlığının bulunmaması (TBK m. 30-39) ve temsile ilişkin koşullara (TBK m. 40-48) uygun olması gerekmektedir¹⁰⁶⁴.

Alacağın devrinin konusu mevcut ve muaccel bir alacak olabileceği gibi, şarta

¹⁰⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 364; Kazmacı, Uzun, s. 122; Altun, s. 173; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 69 II 286, 84 II 366; “Ekonomik güç sahibinin üstünlüğünü kötüye kullanarak karşı yana henüz muaccel olmamış gelecekteki alacakların toptan temlikini kabul ettirmesi ahlaka aykırıdır” (Serozan, Feragat, s. 4).

¹⁰⁶¹ Bkz. ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. I/1: “İşbu sözleşmenin konusu, MÜŞTERİ’nin daha önce doğmuş ve/veya sözleşme süresi içinde işletmesi ile ilgili olarak yurtiçi/yurtdışı mal, hizmet satışlarından doğan alacaklarını peşinen ve toptan FAKTOR’a devri (temlik) suretiyle faktoring hizmetlerinden yararlandırılmasından ibarettir.”

¹⁰⁶² Eren, Genel Hükümler, s. 1383; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, s. 240; Oğuzman/Öz, C. II, s. 562; Tunçomağ, s. 1074; İnan, s. 382; Kocaman, Alacağın Devri, s. 7; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 36; Kazmacı, Uzun, s. 94; Üçer, s. 408; Arıkan, Temlik, s. 131.

¹⁰⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 1358; Aral, F., s. 94; Özsoy, Rânâ, Faktoring Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s. 98; Özakman, Faktoring Sözleşmeleri, s. 96; Kazmacı, Uzun, s. 94.

¹⁰⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1364-1367; Kazmacı, Uzun, s. 94; Üçer, s. 408.

bağlı, süreye bağlı, çekişmeli veya gelecekte doğacak bir alacak da olabilir¹⁰⁶⁵.

Bir görüş, gelecekte doğacak alacakları, devrin yapıldığı anda mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan ve dayanmayan olarak iki gruba ayırmaktadır¹⁰⁶⁶. Bu ayırmadan ilki olan devrin yapıldığı sırada mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan gelecekteki alacaklara örnek olarak, mevcut bir kira sözleşmesinden doğacak kira alacağı gösterilebilir. İkinci ayırım olan, alacağın devrinin yapıldığı anda henüz mevcut olmayan bir hukuki ilişkiden doğacak alacaklara ise örnek olarak ileride yapılacak bir eser sözleşmesinden doğacak alacaklar gösterilebilir. Bu ayrımı yapan yazarlardan çoğunluğu, her iki alacağında devredilebileceği görüşünde iken, Oğuzman, ilk gruptaki alacakların devrini mümkün, ikinci gruptaki alacakların ise devrinin mümkün olamayacağı görüşündedir¹⁰⁶⁷.

Bazı yazarlar ise bu ayrımı gitmeksizin gelecekteki (müstakbel) alacaklar terimini kullanmaktadır¹⁰⁶⁸. Yargıtay kararlarında da gelecekteki alacaklar için belirtilen ikili ayrımı gidilmemektedir¹⁰⁶⁹. Müstakbel alacakların devri işleminde henüz alacağı devreden malvarlığında bulunmayan alacakların devri söz konusudur.

Doktrinde¹⁰⁷⁰ de, henüz doğmamış alacakların devredilebileceği kabul edilmekle birlikte, kişilerin belirli kişilerle borç ilişkilerinden doğacak alacaklarının tümünü veya bir kısmını devretmesinin mümkün olduğu, buna karşılık, üçüncü kişilerle ileride doğacak borç ilişkileri sonucunda doğacak alacak haklarını

¹⁰⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1369; Üçer, s. 415; Altun, s. 163; Günergök, s. 25.

¹⁰⁶⁶ Oğuzman/Öz, C. II, s. 540; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 248; Antalya, Gökhan, “Gelecekteki Hakta Tasarruf”, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, ss. 545-548, s. 545; Aydınçık, s. 158.

¹⁰⁶⁷ Oğuzman/Öz, C. II, s. 540-541: “Bu konuda ikili bir ayırım yapılması gerektiğini, devir anında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan alacaklara dayanan: geciktirici şarta bağlı alacakların, borcun doğumu ve kapsamının belli olacağı sözleşmelerden (üçüncü kişinin fiili üstlenme gibi) doğan alacakların, önemli olarak periyodik borç doğuran sözleşmelerden doğacak alacakların devrinin geçerli olacağı, ancak, devir anında beklenen bir hak olmadan her türlü temelden yoksun gelecekteki alacakların devrinin mümkün olamayacağı, bunun sebebinin ise, tasarruf işleminin yapıldığı anda işlemin konusunun bulunmamasını göstermektedir.”; aynı yönde, Domaniç, Emredici Hükümlere Aykırılık, s. 114.

¹⁰⁶⁸ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 113-119; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 249; Günergök, s. 37.

¹⁰⁶⁹ Dalcı, Toptan Devir, s. 754-755; “Yargıtay 14. HD. 31/01/2002 T., E.276-K.549, 05/11/2002, E. 6474, K. 7366, Yargıtay 19. HD. 05/07/2002 T., E. 2001/7587, K. 2002/5343, Yargıtay 13. HD. 21/11/2003 T., E. 7598, K. 14028, Yargıtay 4. HD., 08/12/1976, E. 2040, K. 16045.”; Yargıtay’a göre, “Alacağın temlikinde alacaklı, halen sahip olduğu bir hakkını devredebileceği gibi, henüz mevcut olmayan, müstakbel bir alacağını da devredebilir.” bkz. Yargıtay 13 HD, 09/04/2014 T., E. 2013/30306, K. 2014/10819; Yargıtay 13. HD., 21/01/2019 T., E. 2016/13491, K. 2019/392, Altun, s. 165, dn. 31.

¹⁰⁷⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 248; Eren, Genel Hükümler, s. 1369; Aral, F., s. 116; Oktay, Özdemir, Saibe, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHFİM, C. 57 (1999), S. 1-2, ss. 265-299, s. 266; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 114; Dalcı, Toptan Devir, s. 752.

devretmelerinin kişilik hakları çerçevesinde sahip oldukları ticari özgürlüklerinin ahlaka aykırı olarak kısıtlayacağı belirtilerek böyle bir devir sözleşmesinin TMK m. 23 ve TBK m. 27/1'e göre geçerli olmayacağı görüşü¹⁰⁷¹, paylaşılmaktadır. Buna göre gelecekte doğacak alacaklara ilişkin devir işlemi, alacağın doğumu anında belirlenebilir olması koşuluyla geçerlidir¹⁰⁷².

Alacağın “belirlenebilir” olmasından kasıt ise çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre¹⁰⁷³, borçlunun kimliği, borcun sebebi, miktarı, süresi gibi unsurların alacağın doğduğu an itibarıyla belirli veya belirlenebilir olmasıdır. Bu görüş doğrultusunda, bir işletmenin ticari faaliyetinden doğmuş veya doğacak bütün alacakların devri mümkün hâle gelmektedir¹⁰⁷⁴.

Factoring sözleşmesinde de müşterinin ticari faaliyeti çerçevesinde mal ve hizmet teslimi sonucu doğacak gelecekteki alacaklarının devri belirtilen belirlilik koşulunu gerçekleştirdiğinden müşterinin ekonomik özgürlüğünü kısıtladığı ve kişilik haklarına aykırılık oluşturduğu söylenemez¹⁰⁷⁵.

Gelecekte doğacak alacakların devrini kabul eden bir görüş, bu alacaklar için alacağın devri sözleşmesinin şarta bağlı yapıldığını kabul etmektedir¹⁰⁷⁶. Böylece,

¹⁰⁷¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1370; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 62; Günergök, s. 17-18; Kazmacı, Uzun, s.121-122; Aral, F., s. 125; Şener, s. 27.

¹⁰⁷² Bu yöndeki görüşler için bkz. Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 123; Eren, Genel Hükümler, s. 1370: “Bir kimsenin belirli bir kimseyle mevcut borç ilişkisinden doğacak bütün alacak haklarını veya belirli türdeki alacak haklarının tamamını başkasına devretmesi mümkündür. Çünkü bu tür devirlere borçlunun kimliği ile devredilecek alacak belirli veya belirlenebilir niteliktedir. Buna karşılık, bir kimsenin üçüncü kişilere karşı ileride doğacak her türlü alacak hakkını başkasına devretmesi, kişilik hakkının ve özellikle ticari özgürlüğünün ahlaka aykırı bir şekilde kısıtlanması anlamına geleceğinden total devrin TMK m. 23 ve TBK m. 27/1'e göre caiz ve geçerli olmaması gerekir.”; Şener, s. 22; Hatemi/Gökyayla, s. 360; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 57.

¹⁰⁷³ Aral, F., s. 109; Dalcı, Toptan Devir, s. 755; Eren, Genel Hükümler, s. 1370; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 114.

¹⁰⁷⁴ Şener, s. 22-24: “Factoring işleminde ileride doğacak olan müstakbel alacaklar önceden temlik edilmekte olup, temlikin yapıldığı anda hem mevcut hemde mevcut olmayan bir hukuki ilişkiden doğacak alacakların temliki söz konusu olmaktadır. Gelecekteki alacaklar için temlik etkisini alacağın fiilen ortaya çıktığı anda gösterir. Eşya hukukunun temel prensibi olan aynı hakların belirliliğinin alacağın temlikinde uygulanması ise alacağın temlikinde en geç ortaya çıkması anında borçlu ve işleme ilişkin diğer ayrıntılar olan alacağın nedeni ve miktarı bakımından belirlenmesi yeterlidir. Factoring sözleşmesi alacağın doğduğu anda borçlunun şahsı, hukuki sebebi ve miktarı bakımından belirlilik gerçekleşir.”; aynı yönde Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 117; Günergök, s. 42; aksi yönde görüş için bkz. Altun, s. 168: “Henüz mevcut olmayan alacakların devri, bunların devir anında belirli olması şartıyla geçerli olur; sadece devredilen alacağın meydana geldiği anda belirli olması yeterli değildir.”.

¹⁰⁷⁵ Factoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin “Doğacak alacakların devredilebilmesi için gereken şartlar” başlıklı m. 9/2 maddesinde bu alacakların tevsi için gerekli belgeler sayılmıştır.

¹⁰⁷⁶ Nomer, s. 115; Çavuşoğlu, Uyanık, Milletlerarası Hukukta Factoring, s. 69; Şener, s. 22; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 33; alacağın devrinin faktörün ön ödeme yapması şartına bağlı olarak devredildiği görüşü için bkz. Tercan, s. 446.

alacak doğduğunda, geciktirici şart gerçekleşir ve alacağı devralanın malvarlığına geçer¹⁰⁷⁷.

Bunun karşısındaki görüş ise, devir anında henüz beklenen bir hak bulunmadığı için her türlü temelden yoksun gelecekteki alacakların devrinde, tasarruf işlemlerinin geciktirici koşula bağlı olarak yapılmasının mümkün olmadığını savunur¹⁰⁷⁸. Zira geciktirici şarta bağlı hak sahibinin hakkının tehlikeye düşmesi halinde koruma isteyebileceği, ancak gelecekte doğacak alacaklar bakımından koruma istenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁷⁹. Bu yönüyle gelecekte doğacak alacakların şarta bağlı sözleşmelerden tamamen farklı olduğu belirtilerek, gelecekteki alacaklar için, alacağın devri sözü verme niteliğinde bir çerçeve sözleşme yapılabileceği savunulur (TBK m. 184/2)¹⁰⁸⁰.

Gelecekte doğacak alacağın devrine ilişkin bir diğer tartışma konusu ise alacak doğduğunda hangi tarafın hukuk alanında hüküm ifade edeceğidir. Doktrinde bu tartışmalar, “Doğrudan Geçiş Teorisi” ve “Dolaylı Geçiş Teorisi” olmak üzere iki başlık altında toplanmıştır. “Doğrudan Geçiş Teorisi”ni savunan görüşe¹⁰⁸¹ göre, gelecekteki alacakların devri hâlinde, alacak doğduğu anda devralanın mal varlığına geçer. Bunun karşısındaki “Dolaylı Geçiş Teorisi”ne göre, önceden devredilmiş olan gelecekteki alacaklar, bir an için devreden malvarlığında doğar, hemen sonra devralana geçer. Bu görüş “geçiş teorisi” olarak da ifade edilmektedir¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1369; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 20;

¹⁰⁷⁸ Oğuzman/Öz, C. II, s. 541; Altun, s. 166.

¹⁰⁷⁹ Aral, F., s. 108; Altun, s. 166: “Geciktirici şarta bağlı bir alacağın doğumu, gelecekte gerçekleşmeyeceği şüpheli olan bir olaya bağlıdır. Taraflar alacağın doğumu için geciktirici bir şart belirleyerek, esasında bu alacağın doğumu için kanunen gerekli olmayan bir olayı, alacağın doğması için gerekli hâle getirmektedir. Gelecekteki alacaklarda ise alacağın doğması, kanunun aradığı bir olgunun gerçekleşmesine bağlıdır. Geciktirici süreye bağlanmış alacaklar için de aynı açıklamalar geçerli olmakla birlikte, geciktirici süreye bağlanmış alacakların geciktirici şarttan ayrıldığı tek nokta, alacağın doğmasını sağlayacak olayın gelecekte kesin bir biçimde gerçekleşecek olmasıdır. Ayrıca geciktirici şartta ve geciktirici sürede alacağın gelecekte doğacak olması taraflarca belirlenirken, gelecekteki alacaklarda bu husus kanundan kaynaklanır.”

¹⁰⁸⁰ Oğuzman/Öz, C. II, s. 542; Altun, s. 169-170.

¹⁰⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1370; ayrıca bkz. Dalcı, Toptan Devir, s. 763; Dalcı, Nurcihan, “Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas”, AÜHFD, 63 (2) 2014, ss. 285-308, s. 294; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 96; Şener, s. 33; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 38; Altun, s. 166 ve s. 171.

¹⁰⁸² Eren, Genel Hükümler, s. 1370; ayrıca bkz. Dalcı, Toptan Devir, s. 763; Dalcı, İflas, s. 294; Kahraman, Z., s. 78; Şener, s. 33: “Borçlunun ileri sürebileceği savunma araçları bakımından, borçlunun alacağın devrinde korunması ilkesi, geçiş teorisinin uygulanmasını gerektirir. Bu teori benimsenirse borçlu alacağın doğduğu ana kadar temlik edene karşı olan tüm savunma araçlarını alacağı temlik alana da ileri sürebilir. Alacağın temlikinden sonra ve fakat alacak doğmadan önce borçlu ile temlik eden arasında devrin yasaklanması ilişkin bir sözleşme veya usule ilişkin anlaşmaların ve ortaya çıkan diğer savunmaların borçlu tarafından alacağı temlik alana karşı ileri sürülmesi olanaklıdır. Bu sebeplerle geçiş teorisini kabul etmek hakkaniyete uygundur.”

Belirtildiği gibi alacağın devri sözleşme ile gerçekleşen bir tasarruf işlemidir¹⁰⁸³. Bu sebeple devir anında alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Tasarruf yetkisi bulunmadan yapılan bir alacağın devri işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurmaz¹⁰⁸⁴.

Gelecekteki alacakların devrinde ise bu alacakların önceden tasarruf edildiği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁵. Henüz mevcut olmayan, doğacak alacakların devrinde, tasarruf yetkisinin sözleşmenin yapıldığı anda mı, alacağın doğduğu anda mı aranacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüş, önceden tasarrufun (doğrudan geçiş teorisi) kabul edilmesinin sonucu olarak, tasarruf yetkisinin alacağın devri sözleşmesinin yapıldığı anda bulunmasının yeterli olduğunu, alacağın doğduğu anda alacak zaten devralanın mal varlığında olacağı için devreden tasarruf yetkisinin aranmayacağını belirtir¹⁰⁸⁶. Bunun karşısında yer alan görüş ise “tasarruf fiili” ile “tasarruf sonucu”nu birbirinden ayrı safhalar olarak görür. Doğrudan geçiş, dolaylı geçiş ayrımı yapılmaksızın tasarruf yetkisinin yalnızca alacağın devrinin yapıldığı anda (tasarruf fiili anı) değil, alacağın doğduğu anda da (tasarruf sonucu anı) bulunması gerektiğini savunur¹⁰⁸⁷.

Gelecekteki alacakların devrinde tasarruf yetkisinin doğduğu âna ilişkin tartışmalar müşterinin iflası halinde gündeme gelmektedir. İflas açılmadan önce, mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan, yani hukuki bir temeli olan gelecekte doğacak alacaklar, “doğrudan geçiş”¹⁰⁸⁸ teorisi gereğince, alacağı devralanın mal varlığında doğar. Bu sebeple, alacağın devrinden sonra, devreden iflas etmesi durumunda, bu alacak iflas masasına girmez¹⁰⁸⁹.

Müşterinin iflasında önce, gelecekteki bir alacağın devredilmesi durumunda, alacak iflastan sonra doğarsa, “dolaylı geçiş”¹⁰⁹⁰ teorisine göre, alacak önce

¹⁰⁸³ Eren, Genel Hükümler, s. 1362; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 241; Oğuzman/Öz, C. I, s. 892; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 59; Üçer, s. 409; Altın, s. 161.

¹⁰⁸⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1363; Oğuzman/Öz, C. I, s. 892; İnanc, s. 388; Altın, s. 161.

¹⁰⁸⁵ Dalcı, İflas, s. 297; Altın, s. 166; ayrıca bkz. İkinci Bölüm, V, E, 3, a.

¹⁰⁸⁶ Kleyling, Thomas (1980): Zession-unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession-und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten, Zürich 1980, s. 77-78 (Aktaran, Dalcı, İflas, s. 297); Aral, F., s. 133.

¹⁰⁸⁷ Hänseler, Peter, Die Globalzession, Schultess, Zürich 1991, s. 125 (Aktaran, Dalcı, İflas, s. 297); Aral, F., s. 133.

¹⁰⁸⁸ Dalcı, Toptan Devir, s. 763; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 38 ve bkz. Dördüncü Bölüm, I, A, 1, a, aa.’da yer alan açıklamalar.

¹⁰⁸⁹ Aynı yönde, Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 71; Tercan, s. 434.

¹⁰⁹⁰ Dalcı, Toptan Devir, s. 763; Kahraman, Z., s. 78; Şener, s. 33.

devredenin malvarlığında doğacağından, iflastan önce devredilen gelecekteki alacağın, satıcının iflasından sonra doğması halinde iflas masasına dahil olur¹⁰⁹¹.

Gelecekteki alacakların devredilebilmesi için tasarruf fiili ve tasarruf sonucu yönünde ikili ayrıma göre ise, bir görüş, tasarruf fiilinin yapıldığı anda, alacağın devredenin tasarruf yetkisine sahip olmasını, gelecekte doğacak bir alacağın devri için yeterli görmemekte, alacağı devredenin alacak doğduğu anda da tasarruf yetkisine sahip olması gerektiğini savunur. Hukuki sebebi mevcut olmayan, henüz konusu oluşmamış, maddi olarak mevcut olmayan bir alacağın devrinde, alacak doğduğunda devreden iflas etmiş ve tasarruf yetkisini haiz olmadığından alacağın devri geçerli olmaz¹⁰⁹².

Gelecekte doğacak alacağın devrini geçerli kabul eden “önceden tasarruf teorisi” ve “doğrudan doğruya” teorisi, gelecekte doğacak alacağı devredenin, alacağın devredildiği anda tasarruf yetkisini haiz olması koşulunu aramaktadır. Bu görüşlere göre iflas açıldıktan sonra doğan alacaklar iflas masasına dahil olmamaktadır¹⁰⁹³.

2. Müşterinin Alacaklarının Toptan Devri

Faktoring sözleşmesi ile müşterinin alacaklarının toptan bir şekilde faktoring şirketine devri yapılmaktadır. Kişilerin mevcut ve gelecekteki alacaklarının konu ya da zaman bakımından sınır konulmadan toptan devri TMK m. 23 kapsamında ahlaka aykırı ve geçersizdir (TBK m. 26 ve 27/1)¹⁰⁹⁴. Buna karşılık belirli sınırlar konularak yapılan bir toptan devir, kişilik haklarına aykırı olmayıp geçerlidir¹⁰⁹⁵. Alacağın hukuki sebebinin ve borçlu çevresinin belirlenebilir olması halinde TBK m. 23 hükmüne aykırılık oluşmaz. Temlik edenin belirli bir ticari işletmesi kapsamında yaptığı mal teslimi veya hizmet ifası sonucunda doğmuş veya doğacak alacaklarının devride böyledir.

¹⁰⁹¹ Dalcı, Toptan Devir, s. 752; Tercan, s. 434.

¹⁰⁹² Aral, F., s. 132-133: “Hem doğrudan iktisap teorisi hem de dolaylı iktisap teorisi alacağın doğduğu anda devredenin tasarruf yetkisine sahip olması şartını aradığından iflas açıldıktan sonra doğan alacaklar iflas masasına dahil olur”; Üçer, s. 414.

¹⁰⁹³ Tercan, s. 435; Altun, s. 171.

¹⁰⁹⁴ Dalcı, Toptan Devir, s. 751; Şener, s. 27; Kazmacı, Uzun, s. 122; Günergök, s. 17 ve 42.

¹⁰⁹⁵ Aral, F., s. 124; Şener, s. 27; Kazmacı, Uzun, s. 122; Altun, s. 161 ve dn. 8 ile s. 173; Günergök, s. 42; Yavuz, N., s. 279.

Mevcut ve gelecekteki alacaklar olmak üzere toptan devir, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını belirleyen TBK m. 26, m. 27 ve TMK m. 23/2 ile genel işlem koşullarını düzenleyen TBK m. 20 vd. hükümlerine aykırılık ve aşırı yararlanma hâli (TBK m. 28) teşkil etmemeli, devredenin işletmesini kazanç imkânından yoksun bırakmamalıdır.

TMK m. 23/2 hükmü bir şahsın ekonomik gücünü aşan taahhütler altına girmesini, ekonomik gücünün tehlikeye düşürüldüğü, işlemleriyle ilgili karar verme gücünün elinden alındığı ve bu özgürlüğün devralanın keyfiyetine bırakıldığı, özgürlüğün özünü tehlikeye atan durumlarda yasaklamıştır. Devredenin ekonomik gücünün tehlike altında bulunmadığı, ticari işleri ile ilgili karar verme imkânına sahip olduğu devir sözleşmesi kişilik haklarını ihlal etmez.

Factoring sözleşmelerinde yer alan müşterinin toptan devir işlemi ile ticari faaliyetinden doğmuş veya doğacak alacaklarının factoring sözleşmesi süresi boyunca, factoring şirketine devredilmesine ilişkin hükümler geçerli ¹⁰⁹⁶ iken, factoring sözleşmesinin süresi, toptan alacak devrinin belirliliğine engel olacak şekilde yeterli bir sınırlama yapmıyorsa ve bu durum sözleşmenin karşı tarafının ekonomik özgürlüğünü tehlikeye düşürecek derecede uzunsa, toptan devrin TMK m. 23/2'ye aykırılık oluşturduğu, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını aştığı söylenebilir¹⁰⁹⁷.

Bir sözleşmenin, sadece süresinin uzun olması sebebiyle kişilik haklarını ihlal ettiği söylenemez. Sözleşme süresinin uzunluğu kişinin ekonomik özgürlüğüne ağır bir şekilde zarar veriyorsa, hukuka ve ahlaka aykırı olduğu kabul edilir¹⁰⁹⁸. Factoring işlemlerinde alacağın devrinin konusu, müşterinin mal satımı ve hizmet sunumundan doğan para alacakları olarak belirlendiğinden konu bakımından sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla böyle bir devrin, TMK m. 23/2 bağlamında hukuka ve ahlaka aykırı nitelik

¹⁰⁹⁶ Aral, F., s. 124; Şener, s. 27; Kazmacı, Uzun, s. 122. Bkz. Ekte yer alan Factoring sözleşmesi örneği m. I/1: “İşbu sözleşmenin konusu, MÜŞTERİ’nin daha önce doğmuş ve/veya sözleşme süresi içinde işletmesi ile ilgili olarak yurtiçi/yurtdışı mal, hizmet satışlarından doğan alacaklarını peşinen ve toptan FAKTOR’a devri (temlik) suretiyle factoring hizmetlerinden yararlandırılmasından ibarettir.”

¹⁰⁹⁷ Altun, s. 161 ve 173, 174, 175; Dalcı, Toptan Devir, s. 751; Şener, s. 27; Saraç, Yargıtay, s. 141; Dural/Öğüz, s. 149; Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 568; Kazmacı, Uzun, s. 123: “Toptan alacak devrinin müşterinin ekonomik özgürlüğünü sınırlandırdığında TMK m. 23/2'ye aykırılık oluşturur. Böyle bir aykırılık durumunda, toptan devre ilişkin anlaşma tümüyle geçersiz sayılmayıp hukuki sebep ve süre bakımından sınırlandırılarak ayakta tutulmalıdır.”

¹⁰⁹⁸ “Yargıtay’ın verdiği kararlarda, sözleşmedeki sınırlama ekonomik özgürlüğü ağır bir biçimde zedelediği takdirde hukuka ve ahlaka aykırı bulunmuş ve geçersiz sayılmıştır.” Bkz. Yargıtay 11. HD., 01/07/2014 T., E. 2014/6520, K. 2014/12577; Yargıtay 11. HD., 13/05/2013 T., E. 2012/17736, K., 2013/9814; YHGK, 22/05/2013 T., E. 2012/11-1601, K. 2013/752 (Altun, s. 175, dn. 109.).

taşıdığını söylemek zordur. Bu kayıtlar genel işlem koşulları denetimine tabi tutulabilir.

3. Def'ilerin İleri Sürülmesi Hakkından Feragat Edilmesi

Müşterinin alacaklarını faktore devri sonucunda borçluları, müşteriye karşı olan def'ileri faktore karşı kullanabilir¹⁰⁹⁹. Borçlunun def'ileri faktore karşı ileri sürmesi faktoring işleminden beklenen faydayı azaltacağından finansman ihtiyacını süratle tatmin etmek isteyen müşteri, borçluları ile onların “def'ilerinden feragat etmeleri” için bir sözleşme yaparsa, böyle bir sözleşme mutlak olarak faktoring sözleşmesinin müşteri tarafını korursa da, onun müşterileri olan borçlular bakımından sakıncalar doğurur. Borçluların ekonomik özgürlükleri yönünden kişilik haklarına aykırılık oluşturan ve ekonomik özgürlüklerini ahlaka aykırı bir şekilde sınırlayan böyle bir sözleşme kaydı geçersiz sayılmalıdır (TBK m. 27, TMK m. 23/2)¹¹⁰⁰.

Bunun yanında, borçlu, faktor ile yapacağı anlaşma ile faktore karşı savunma haklarını ileri sürmekten vazgeçtiğini kararlaştırabilir. Buna karşın, açık faktoring işleminde, borçlunun faturalar vasıtasıyla yapılan alacağın devri ihbarına itiraz etmemesi, savunma haklarını faktore karşı ileri sürme hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanamaz¹¹⁰¹.

Borçlunun gerek müşteri ile gerekse faktor ile yapacağı savunma haklarından vazgeçme olanağının dayanağını sözleşme serbestisi ilkesi oluşturur. Durumu kötüleşen taraf korunan olduğu halde, karar serbest iradeyle alındığı, bilgilendirme ve öğrenmesine imkân sağlandığı sürece herkesin haklarından vazgeçme imkânı bulunur

¹⁰⁹⁹ Borçlunun savunma haklarını ileri sürmesine ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, VI, B, 2.

¹¹⁰⁰ Akyol, Banka, s. 31; Şener, s. 107. Bkz. Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği, Madde II.12: “FAKTOR bunun gibi borçlu tarafından kendisine yöneltilen temel ilişkiye ya da alacağa ilişkin bilcümle defi ve itirazları tahkik, cevaplandırma ve ikame olunan dava, tedbir gibi talep ve işlemleri takibe, ihbara mecbur değildir. MÜŞTERİ bu nedenlerle FAKTOR’a karşı her ne nam altında olursa olsun bir talep ve dava hakkına sahip değildir. MÜŞTERİ’nin bu feragati, hakların kullanılmasının süreye tabi olduğu haller için de geçerlidir.”

¹¹⁰¹ Yargıtay 4. HD., 30/09/1958, E.7071, K.6062: “...Alacağın temlikinin kendisine tebliği üzerine borçlunun def'iler veya itirazları yeni alacaklıya bildirmemiş ve devir ihbarına karşı ses çıkarmamış olması bunları yeni alacaklıya karşı ileri sürme salahiyetinden vazgeçme manasına gelmez” (Şener, s. 69); aksi yönde görüş için bkz. Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 149: “Borçlunun, devredene karşı ileri sürebileceği savunma haklarını, devri öğrendiği anda devralana karşı ileri sürebileceği, devrin bildirimi anından daha sonra temlik eden ile temlik borçlusu arasındaki hukuki muameleden doğan def'ilerin temellük edene karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.”

(TBK m. 21). Ancak burada TMK m. 23/2 hükmü gereğince borçlunun vazgeçmesi, ekonomik yönden kişilik haklarını ölçsüz olarak ihlal ediyor, adil olmayan sözleşme koşulları oluşturuyor, sözleşme dengesini tek taraf aleyhine bozuyorsa, hükmün dürüstlük kurallarına aykırılığı sebebiyle TBK m. 27/1 çerçevesinde geçersiz olduğuna karar verilebilir¹¹⁰².

4. Alacağın Devrinin Yasaklanması

Büyük işletme niteliğindeki borçlular tarafından, genellikle müşteri ile yaptıkları sözleşmelerde, kendi düzenledikleri genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin imzaya sunulduğu görülmektedir. Bu sözleşmelerde alacağın devrinin yasaklanmasına ilişkin şarta yer verilebilmektedir. Kuşkusuz bu anlaşma müşterinin finansman ihtiyacını karşılamaya büyük yararı olan faktoring sözleşmesi akdetmesine veya akdettiği bir faktoring sözleşmesinde alacağın devri borcunu yerine getirmesinde engel oluşturur. Bu durum özellikle küçük ve orta büyüklükteki müşteri için işletmenin ticari varlığına büyük zarar verebilir. Kanunda alacağın devrinin yasaklanmasına imkân verilmesi, bu şartın müzakere edilmeden sözleşmeye alınmasına izin vermez. Böyle bir yasağın sözleşme içeriğinde olduğuna karar verilmeden kendiliğinden sözleşmede olduğu kabul edilemez¹¹⁰³.

Öte yandan faktoring sözleşmelerinde, müşterinin bazı alacakları üzerinde kanuni veya sözleşme ile kararlaştırılmış devir yasağı hukuka uygundur (TBK m. 183/1). Faktore devredilen alacaklar için daha önce, müşteri ile borçlusu arasında devir yasağı sözleşmesi akdedilmiş ise devrin yasaklandığı faktore karşı ileri sürülebilir¹¹⁰⁴.

¹¹⁰² Şener, s. 69; Çakırca, s. 44.

¹¹⁰³ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 56; Kazmacı, Uzun, s. 114 ve 117: “İsviçre öğretisinde alıcının (borçlunun) büyük bir pazara sahip olduğu ve devreden, alıcıya ekonomik anlamda bağımlı olduğu durumlarda ZGB 27/II’ye aykırılık oluşturabilir.”; Şener, s. 87, 88, 90; “Alman kanun koyucusu “994 tarihli HGB 354a kuralı ile sözleşmesel temlik yasaklarına ilişkin emredici nitelikte yasal bir düzenleme getirmiş ve özellikle yasağın ticari alanda mutlak etkisini ortadan kaldırmıştır. Buna göre alacaklı ve borçlu arasında bir para alacağı söz konusu ve bu para alacağını teşkil eden işlem her iki taraf bakımından da ticari bir işlem yani her iki taraf tacir sıfatını haiz ise kararlaştırılan sözleşmesel temlik yasağına rağmen, yapılan temlik herkese karşı geçerlidir.”, s. 100: “Türk Hukusunda Alman Hukukunda olduğu gibi bir kural bulunmamaktadır. Bu durum faktoring işlemlerinde tarafların hak ve menfaatlerine ve dolayısıyla ekonomiye zarar vermektedir. Bu sakıncaların giderilmesi için Alman Hukukunda yer alan düzenlemenin Borçlar Kanunu’nda da yer alması gerekmektedir.”

¹¹⁰⁴ Kazmacı, Uzun, s. 114; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 72; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 33; Kazmacı, Uzun, s. 112.

Türk hukukunda faktoring şirketlerine karşı devir yasağı getirilemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır¹¹⁰⁵.

Ancak devir yasağı sözleşmesinin, müşterinin ekonomik özgürlüğünü, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı bir şekilde ihlal edilmesi halinde (TBK m. 27, TMK m. 23) alacağı devralana karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Özellikle borçlunun ekonomik anlamda güçlü ve müşterinin borçluya bağımlı olduğu durumlarda bu aykırılığın olduğu kabul edilir¹¹⁰⁶.

F. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olması

Sözleşmenin konusunun başlangıçtaki imkânsızlığı genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmelere özgü bir sorun değildir¹¹⁰⁷. Ancak bu kısımda alacağın devri ile finansman temin etme amacı üzerine kurulu faktoring sözleşmelerinde alacağın mevcut olmadığı veya devrinin yasaklandığı sözleşmelerin başlangıçtaki geçersizlik bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Müşterinin alacaklarının devri üzerine kurulan faktoring sözleşmelerinin hangi türde yapıldığına bakılmaksızın müşterinin devredilen alacağın mevcut olmasından ve borçlunun ödeme gücünden faktore karşı sorumluluğu bulunmaktadır (TBK m. 191/1)¹¹⁰⁸.

Factoring sözleşmesi gerçek faktoring niteliğinde kurularak borçlunun ödeme gücünden kaynaklanan delkredere riski faktor tarafından üstlenilmiş olsa dahi, müşteri, devredilen alacağın mevcut olmasından sorumludur (TBK m. 191/1)¹¹⁰⁹. Nitekim faktoring sözleşmesinde alacağın devri her zaman bir edim karşılığında devredilmektedir. Fakat taraflarca müşterinin garanti borcu bertaraf edilebilir¹¹¹⁰.

Alacağın devri bir tasarruf işlemidir. Alacak hakkına sahip olunduğunda hak üzerinde tasarrufta bulunulabilir. TBK m. 27/1'e göre, sözleşmenin konusunun başlangıçtan itibaren mevcut olmaması, yani sözleşmenin konusunun baştan itibaren

¹¹⁰⁵ Kazmacı, Uzun, s. 116: "Alman Hukukunda, faktoring şirketine karşı devir yasağı ileri sürülemez. Yine de borçlu alacaklıya (müşteri) ödeme yaparsa borcundan kurtulur."

¹¹⁰⁶ Kazmacı, Uzun, s. 118; Şener, s. 100.

¹¹⁰⁷ Atamer, GİŞ Denetim, s. 120, dn. 6.

¹¹⁰⁸ Kazmacı, Uzun, s. 154-155; Üçer, s. 427.

¹¹⁰⁹ Kahraman, Z., s. 81; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81.

¹¹¹⁰ Kazmacı, Uzun, s. 156; Akyol, Banka, s. 31; Günergök, s. 116.

imkânsız olması sözleşmeyi hükümsüz kılar¹¹¹¹. TBK m. 191 hükmü ise mevcut olmayan bir alacağın devrini geçerli kabul etmektedir¹¹¹². Mevcut olmayan bir alacak devredildiğinde müşterinin TBK m. 191/1 hükmü gereğince faktoring şirketine karşı sorumluluğu bulunur¹¹¹³.

Devredenin garanti borcu, devir sırasında alacağın varlığı ile borçlunun ödeme gücünü içerir¹¹¹⁴. Faktoring sözleşmesinde müşterinin alacağın varlığını garanti borcu ise alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğacağını, alacağın sona ermediğini¹¹¹⁵, borçlu ile aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan itiraz ve defileri, borçlunun aciz halinde olması veya alacak ve alacağa bağlı haklar üzerinde üçüncü kişinin hak iddiaları (ayıplı mal) sebebiyle alacağın tahsil edilemediği durumları kapsar¹¹¹⁶.

G. Aşırı Yararlanma

TBK m. 28’de düzenlenen aşırı yararlanma hâli sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlardan birini oluşturur¹¹¹⁷. Aşırı yararlanma, zarar gören kişinin düşüncesizliğinden, deneyimsizliğinden ya da zorda kalmasından faydalanılarak sözleşmedeki edimlerin orantısız bir biçimde belirlenmesidir¹¹¹⁸. Aşırı yararlanmanın olduğunun kabul edilebilmesi için edimler arasındaki eşitsizlik yanında bazı subjektif unsurların da bulunması gerekir. Sözleşmenin içeriğinde objektif eksikliğin yanında tarafların irade özerkliğine engel olduğu kabul edilen subjektif eksikliğin var olduğu durumlarda aşırı yararlanma olduğu kabul edilir¹¹¹⁹. Kişiler, dar ve zor durumda

¹¹¹¹ Eren, Genel Hükümler, s. 184; Tunçomağ, s. 259; Oğuzman/Öz, C. I, s. 89; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 977.

¹¹¹² Engin, s. 90-91; Çelen, s. 191: “Bu düşünce alacağın devrinde garanti yükümlülüğünü kusursuz sorumluluk olarak kabul eden kanun koyucunun amacına uygun düşecektir.”; Kazmacı, Uzun, s. 157: “TBK m. 191/1 hükmünün, ivazlı bir işleme dayanan devirlerde, alacağı devralanı koruma amacı ile TBK m. 27/1 hükmüne istisna getirdiği ve imkansızlığa rağmen sözleşmenin geçerli sayıldığı kabul edilir.”

¹¹¹³ Engin, s. 94; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81.

¹¹¹⁴ Tunçomağ, s. 1102; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 226.

¹¹¹⁵ Oğuzman/Öz, C. II, s. 590; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 81; Üçer, s. 427; Günergök, s. 112.

¹¹¹⁶ Bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1, a, dd.

¹¹¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 652; Eren, Genel Hükümler, s. 436; Akyol, Genel Hükümler, s. 178; Çakırca, s. 47.

¹¹¹⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 436; Feyzioğlu, s. 248; Akyol, Genel Hükümler, s. 179; Çakırca, s. 47.

¹¹¹⁹ Çağlar, Hayrettin, “Aşırı Yararlanma Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 32, S. 4, 2016, ss. 69-93, s. 73; Eren, Genel Hükümler, s. 471 ve 472; Yargıtay 1. HD., T. 27/12/1976, E.1976/10791, E. 1976/12751; “...Karşılıklar arasındaki yüzde elli oranındaki bir fark açık oransızlık sayılır. Olağan koşullar altında açık oransızlıktan söz

oldukları için sözleşme yapmak zorunda kalabilir. Aşırı yararlanma hükümlerinin kabul edilmesindeki temel amaç bu kişilerin korunmasıdır. Bu şekilde yapılan sözleşmeler, ahlaka aykırılık içerir. Zarar gören kişinin düşüncesiz ya da deneyimsiz olması veya zorda kalması, irade sakatlığına sebebiyet vererek, saik yanılması ortaya çıkarır¹¹²⁰. Aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda meydana gelen ahlaka aykırılık ve saik yanılması unsurları dikkate alındığında, bir tarafın iradesine uygun olmayan ve sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı bir durum ortaya çıkar¹¹²¹. Sözleşmede aşırı yararlanmanın bulunup bulunmadığını hakim takdir eder¹¹²². Aşırı yararlanma hükümlerinin tacirler için de uygulanacağı kabul edilmektedir. Tacirlerin ticari faaliyetlerine ilişkin işlemlerinde deneyimsiz olacağı düşünülmesi de zor durumda kaldığı ileri sürülerek aşırı yararlanma hükümlerinden faydalanılabilir¹¹²³. Nitekim TMK m. 23/2'nin emredici hükmü hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler için geçerlidir. Ancak tüzel kişiler bakımından değerlendirme yapılırken gerçek kişilerde olduğu gibi geniş yorumlanmamaktadır.¹¹²⁴

Genel işlem koşulları içeren faktoring sözleşmelerinin aşırı yararlanma hükümlerinden yararlanılarak iptal edilmesinin bazı zorlukları olabilir. Öncelikle aşırı yararlanmanın sözleşmenin akdedilmesinden itibaren 1 yıl içinde ileri sürülmesi gerekir. Böyle bir süre kısıtlaması bulunmasının genel işlem koşulu denetiminin

edilebilmesi için karşılıklar arasında en çok yüzde yirmi beşten fazla bir fark olması zorunluluğu vardır. (Çağlar, s. 75).

¹¹²⁰ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 09/04/2014 tarihli kararında 'hemen belirtmek gerekir ki gabin davasında öncelikle edimler arasındaki, aşırı oransızlık üzerinde durulmalı, objektif unsur ispatlandığı takdirde zarar gördüğünü iddia edenin kişiliği, yaşı, sağlık durumu, toplumdaki yeri, ekonomik gücü psikolojik yapısı gibi maddi, manevi yönler yani sübjektif unsur derinliğine araştırılıp incelenmelidir. ''

¹¹²¹ Eren, Genel Hükümler, s. 436; Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, s. 653; Akyol, Genel Hükümler, s. 179; Çakırca, s. 47.

¹¹²² Kocayusufpaşaoğlu, Hukuki İşlem, No: 23, s. 7; Eren, Genel Hükümler, s. 472; Çağlar, s. 72.

¹¹²³ Altun, s. 176, dn. 125: "Aşırı yararlanma hükümlerinin istisnaen tacirler açısından da uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak, basiretli bir tacir deneyimsizliğini ileri sürerek aşırı yararlanma iddiasında bulunduğu takdirde soruna şüpheyle yaklaşılmalıdır. Nitekim bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerde deneyimsizliği söz konusu olmaz. Buna karşılık tacir, zor durumda kaldığını ileri sürerek aşırı yararlanma iddiasında bulunabilir." Yargıtay 11. HD., T. 13/02/2015, E. 2014/16391, K. 2015/1888; "...Bu durumda mahkemece, davalının varış ihbarnamelerinde bildirdiği demuraj tarifi dikkate alınarak, davacıdan fazladan tahsil edilen miktarın istirdadına karar verilmesi gerekirken, davalının varış ihbarnamelerinde belirttiği tarifeye göre tahsil ettiği miktarın daha fazla olduğu gözden kaçırılarak, davalı taşıyıcının ücret tarifesini davacının kabul ettiği, davacının tacir olup indirim/iade talep edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir...", Çağlar, s. 73: "Tacirler için basiretli iş adamı gibi hareket etme kuralı bir yükümlülük olduğundan düşüncesiz ve tecrübesiz olduğundan bahisle aşırı yararlanma hükümlerine başvurulması mümkün değildir. Ancak zor durumda kalmaya istinaden ilgili hükme başvurmak söz konusu olabilmektedir"

¹¹²⁴ Altun, s. 174, dn. 104.

amacına uygun düşmeyeceği kabul edilmektedir¹¹²⁵. Aşırı yararlanmada müşterinin iptal talebinde bulunması gerekirken ve ıspat külfeti müşteride iken, genel işlem koşullarının denetiminde hakim içerik denetimini re'sen yapmaktadır. Aşırı yararlanmada edimler arasındaki dengesizliğin sözleşmenin bütününden açıkça anlaşılması gerekmektedir. Oysa genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bazı maddelerinin müşteri yönünden elverişsiz olması denetimi için yeterlidir¹¹²⁶. Ancak bazı faktoring sözleşmelerinin aşırı yararlanma niteliğinde olduğu durumlarla karşılaşılabılır.

1. Müşterinin Faktoring Sözleşmesi Yapmaya Zorlanması

Yukarıda ahlaka aykırı sözleşme hükümlerine örnek olarak verdiğimiz olayda¹¹²⁷, bazı bankaların, müşterinin kredi gereksinimini acil görmeleri halinde, bankadan kredi teminatı olarak ipotek, işletme rehni ve kıymetli evrak alınmasının yanında, aynı kredi müşterisinin bankanın yan kuruluşu olan faktoring kuruluşu ile faktoring sözleşmesi akdetmeye zorladığı belirtilmiş idi. Bu örnekte bankanın zor durumda kalan müşteri ile kredi sözleşmesinden ayrı olarak yaptığı faktoring sözleşmesinin aşırı yararlanma oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir. Belirtildiği gibi aşırı yararlanmanın söz konusu olması için bir sözleşmede edimler arasında orantısızlığın bulunması ve sözleşmenin zorda kalma sonucu akdedilmiş olması gerekir. Örnekte ise sözleşmenin zorda kalma durumunda akdedildiği açık ise de, akdedilen ikinci sözleşme niteliğindeki faktoring sözleşmesinin edimlerinin orantısız olup olmadığına bakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Sözleşmenin asli edimlerinde orantısızlık bulunmuyorsa böyle bir sözleşmenin aşırı yararlanma hükümlerinden faydalanılarak iptali söz konusu olmaz.

Ancak bankanın ilk yaptığı kredi sözleşmesinin yanında müşterinin içinde bulunduğu güç durumdan yararlanarak çifte çıkar sağlanmak istenilmektedir. Müşteri ise bankadan kredi ihtiyacını karşılamak için bankanın zorunlu tuttuğu ikinci sözleşme olarak faktoring sözleşmesini imzalamaktadır. Burada müşterinin serbest iradesiyle

¹¹²⁵ Atamer, GİŞ Denetim, s. 149.

¹¹²⁶ Atamer, GİŞ Denetim, s. 149.

¹¹²⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, I. C.

sözleşmenin akdedildiğinden bahsedilemez. İrade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünün müşteri için faktoring sözleşmesini akdetmeye zorlanması yönüyle sağlıklı oluşmadığı açıktır. Nitekim müşteri ilk yapılan kredi sözleşmesi ile bankaya faiz öderken faktoring sözleşmesi ile de faiz, ücret ve komisyonu borçlanmaktadır. Bu uygulamanın sonucunda, ödeme gücüğü içine giren borçlu iki taraflı icra takibi ile karşı karşıya kalmaktadır¹¹²⁸.

Müşteri için faktoring sözleşmesinin oluşma şekli yönünden adaletin gerçekleşmediği görülmektedir. Dolayısıyla hem oluşan dengesizliğin, hem de dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı şekilde kurulan sözleşmenin sebep olduğu zararın giderilmesi gerekir¹¹²⁹. Sözleşmeyi akdedenin bu kastı TMK m. 2’de bulunan sözleşme öncesi sorumluluğa (culpa in contrahendo) sebep olduğu kabul edilmektedir¹¹³⁰.

Borçlunun ekonomik özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlandığı bu durum ahlaka aykırılık ve TMK m. 23/2’ye göre kişilik hakkının sınırlanması ile ahlaka aykırılık niteliği taşır. Müşteri sözleşme özgürlüğüne aykırı kurulan bu sözleşmeyi zorda kalması sebebiyle akdettiğini, ekonomik mahvına sebep olacak bu sözleşmeyi normal şartlarda hiç yapmayacağını ileri sürerek hükümsüz sayılmasını talep edebilir.

2. Müşteriden Yüksek Tutarlı Teminat Senedi Alınması

Factoring sözleşmelerinde temlik alınan alacağın doğduğu anda bu alacağa ait olan fatura, varsa çek gibi kambiyo senedi ve bu alacağa ilişkin teminat olarak verilen diğer teminatlar müşteriden istenilmektedir¹¹³¹. Ayrıca, müşterinin faktore olan borçları için de faktoring şirketine her türlü teminatın verileceği düzenlenmektedir¹¹³².

¹¹²⁸ Akyol, Banka, s. 36; “Çaresi, yargı mercilerinin bu gibi bir çifte çıkar savunması karşısında dosyaları birleştirerek ya da dosyaları celbederek delilleri araştırmak, eğer gerçekten tek borç için birden fazla kredi çıkarılarak kredi müşterisi kaldıramayacağı şekilde borç altına sokulmuşsa, derhal ihtiyati tedbir kararı verilmek gerekir. Bundan sonra gerçekte çifte çıkar amacı tespit edilirse gerek borcun miktarı ve ödenen kısım tedbir edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir.”

¹¹²⁹ Atamer, GİŞ Denetim, s. 148.

¹¹³⁰ Karahasan, s. 267; Serozan, Sözleşme, s. 240, dn. 56: “Kısmi hükümsüzlüğün kabul edilmemesi halinde en azından culpa in contrahendo tazminatını, gabine uğrayanın fazla ödemiş veya eksik almış olduğu semen miktarında tutarak yine kısmi hükümsüzlüğe paralel bir sonuca varılabilir.”

¹¹³¹ Bkz. Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. II/1.

¹¹³² Bkz. Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. II/4-5.

Bu şekilde faktore teminat olarak devredilen ikinci senetlerin miktarının faktoring sözleşmesiyle kararlaştırılan miktarın çok üzerinde olması, faktörün müşteriden aşırı yararlanma kastıyla hareket etmesi, söz konusu senetlerin teminat senedi olduğu halde “kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla” takip edilmesi sebebiyle “aşırı yararlanma”ya ilişkin TBK m. 28 hükmüne başvurulması mümkün değildir. Zira teminat senedi verilmesine ilişkin müşterinin edimi yan edim niteliğindedir. Aşırı yararlanma kurumu ise sözleşmenin asli edimleriyle ilgili orantısızlığın bulunması halinde uygulanmaktadır. Bunun gibi faktoring sözleşmenin yan edimlerinde edimler arasındaki sözleşme dengesinin bozulduğu hallerde genel işlem koşullarına ilişkin hukuka aykırılık hükümlerinden yararlanılır¹¹³³.

H. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık

TMK m. 2/1’de; “herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu” belirtilmiş, TMK m. 2/2’de ise; “hakların açıkça kötüye kullanılması hukuken yasaklanmıştır”. Maddenin her bir fıkrasının amaçları farklıdır. Birinci fıkra yoluyla, bir sözleşmenin yorumlanması, tamamlanması, sözleşmelerin yeni şartlara uyarlanması, sözleşme taraflarının yan yükümlülüklerinin belirlenmesi sağlanmaktadır. İkinci fıkra ise bir hakkın sınırları belirlenmektedir. Hakim yasa ile belirlenen sınırları amacına uygun olarak değiştirebilmektedir. Örneğin, şekle aykırılığın yaptırımını sözleşmenin hükümsüz sayılmasıdır. Ancak bazı şartların varlığı halinde bu hakkın kötüye kullanıldığına kanaat getirilebilir. Bir hak sözleşmeden doğuyorsa hakim sözleşmeye müdahale ederek sınırlarını belirlemesi gerekmektedir. Faktoring sözleşmeleri de TMK m. 2 çerçevesinde ele alındığında, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanmasında TMK m. 2/1 hükmü, sözleşme içeriğinin denetlenmesinde ise TMK m. 2/2 hükmünün

¹¹³³ Yaman, s. 90; Sakarya BAM 5. HD. T. 17/05/2019, E. 2019/289 K. 2019/284; “...taraflar arasında imzalanan 5.1.2018 tarihli sözleşmeye ilişkin davalılarca özellikle sözleşmenin paylaşım oranıyla ilgili oransızlık olduğu iddia edilmemiştir. Davalıların gabin iddiaları asli edimleriyle ilgili değildir. Yalnızca davalılar için kararlaştırılan dönme cezası öngörülmesi de gabin sonucunu doğurmaz. Zira aslolan kural olarak sözleşme özgürlüğüdür. Bu durumda davalıların gabin iddiaları yerinde değildir. Öte yandan, davalılarca hata ve hileye dayalı geçersizlik nedenleri de ispatlanamamıştır. Açıklanan nedenlerle davalılarca ileri sürülen geçersizlik nedenleri yerinde değildir.” (<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2021/06/08/gabinin-sartlari-ve-sozlesme-ozgurlugu-289/>) (ET. 24/08/2023.)

dikkate alınması gerekmektedir¹¹³⁴. Ancak hakkın kötüye kullanılmasının denetimi için sözleşmede taraflar bakımından ağır şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Dürüstlük kuralına her aykırı davranışın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu yolunda yorumlanması mümkün değildir. Dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesi ile sözleşmeye müdahale edilmesi irade özerkliği ilkesine aykırılık oluşturabilir¹¹³⁵. Sözleşmede bir hakkın kötüye kullanıldığının kabulü için zarar verme kastı ile hareket edilmesi aranmamıştır. Hakkın “açıkça” kötüye kullanılması kriteri yeterli görülmektedir.

Geçerli olarak doğmuş bir hakkın, hakkın kötüye kullanılması yasağı ileri sürülerek denetlenmesi hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olacağı için engellenmektedir. Bu bakımdan öncelikle sözleşmedeki hakkın geçerli olarak doğup doğmadığının denetimi yapılmaktadır. Emredici hukuk kurallarına veya ahlaka aykırılık söz konusu olduğunda o hak hiç doğmamıştır. Sözleşmenin içeriğinde hiç olmamış sayılmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması yasağında ise bir hakkın atipik koşullar altında kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir¹¹³⁶.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı genel işlem koşullarının denetiminde de kullanılmaktadır. Yargıtay kararlarında da, bu düşüncenin kabul edildiği görülmektedir¹¹³⁷. Ancak hakkın kötüye kullanılmasında hakkın kendisi değil

¹¹³⁴ Atamer, GİŞ Denetim, s. 150; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 268 ve 270.

¹¹³⁵ Merz, Hans, Landerbericht Schweiz, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Nr. 41, Frankfurt/M, ua 1968, s. 67, 99, (Aktaran, Atamer, GİŞ Denetim, s. 150.)

¹¹³⁶ Atamer, GİŞ Denetim, s. 156; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 271.

¹¹³⁷ Yargıtay 13. HD, T. 18/11/1981, E. 1981/6416, K. 1981/7369, “Yanlar arasındaki taahhütname günü 08/05/1975’den başlayarak davacı taksitleri yatırmaya devam etmesine karşın kuranın kendisine isabet etmesi bir rastlantıya bırakılmıştır. Öyle ki, davacıya otomobil, çok uzun sayılabilecek bir süre geçtikten sonra 11/03/1978’de isabet etmiştir. Akıp giden zaman içinde kuranın isabet ettiği güne değin artan fiyatların dışında bir de teslimde gecikmenin yol açtığı fiyat artışlarını davacının omuzlarına yüklemek MK m. 2’de yer alan kurallarla apaçık çelişir.” (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 163, dn. 19); Yargıtay 13. HD., T. 07/04/1981, E. 1981/1045, K. 1981/2514; “Araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya teslim süresini uzatma yetkisinin tanınmış olmasına ilişkin koşulun tüketici aleyhine kötüye kullanılamayacağı”; Yargıtay 19. HD, T. 25/11/1994, E. 1994/6472, K. 1994/11467; “Bankanın tek taraflı olarak faiz oranlarını artırabileceğine dair yetkinin kötüye kullanılamayacağı”; YHGK, T. 04/12/1996, E. 1996/717, K. 1996/850; “PTT abonelik sözleşmesinde tek yanlı olarak yapılabilecek değişikliklerin ancak MK m. 2 çerçevesinde gerçekleştirilebileceği”, (Atamer, GİŞ Denetim, s. 154-155); Yargıtay 3. HD, 07/04/2008, E. 2008/5324, K. 2008/5974, Yargıtay 3. HD, 02/06/1998, E. 1998/4263, K. 1998/6098; Yargıtay HGK, 04/12/1996, E. 1996/3-717, K. 1996/850; Yargıtay 13. HD, 18/03/1996, E. 1998/1734, K. 1996/2495, “Kural olarak ekonomik bakımdan zayıf, güçsüz kişilerin karşı tarafça önceden hazırlanan genel işlem şartına katılma yolu ile girdikleri sözleşme ilişkilerinde edimler arasında dengesizlik bulunduğu takdirde; sözleşmenin aynen ifası borçlunun ekonomik varlığını önemli ölçüde etkilemekte ise, hakim özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edebilir. Nitekim Anayasa, Borçlar Hukuku yönünden de temel üst normdur ve Anayasa ile öngörülen ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması lüzumu, özel hukuk ilişkilerinde de gözetilmesi ile hakim MK’nın 1. maddesinin kendisine tanıdığı kanun koyucu gibi

atipik koşullarda kullanımı kabul edilmezken, içerik denetiminde hakkın hiç doğmadığı kabul edilerek sözleşmeden doğan hak bütün olarak ortadan kaldırılmaktadır. Böylece, içerik denetiminden geçmiş bir hakkın kötüye kullanıldığı ileri sürülebilir. Dolayısıyla genel işlem koşullarının denetiminde TMK m. 2/2'nin uygulanması her zaman mümkündür. Sadece içerik denetimini ve hakkın kötüye kullanılmasını ölçme kriterleri farklıdır. İçerik denetiminde hakkın yedek hukuk kurallarından veya ahlaka aykırılıktan sapması ölçüt alınmaktadır. Hakkın kötüye kullanılmasında ise hak yedek hukuk kurallarına uygun veya ahlaka uygun kullanılsada sübjektif olarak kötüye kullanımına imkan verilmemektedir. Örneğin, faizi dilediği gibi artırma hakkı TMK m. 2/2'ye aykırı kullanılabilir. Yine, şekilsiz olarak yapılan ihbarın şekil şartına bağlanması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir¹¹³⁸.

Factoring sözleşmesinde, “Faktor iş bu sözleşmenin kapsamında temlik aldığı müşterinin herhangi bir satışı ile ilgili alacağı bu sözleşme kapsamında saymamak ve limit müsait olsa dahi herhangi bir finansman, ön ödeme yapmamak hakkını haizdir.” veya “Finansman oranı, devir alınan alacaklara ilişkin olarak faktor tarafından serbestçe belirlenebilir, değiştirilebilir.” hükmü düzenlenebilmektedir. Factoring sözleşmeleri ile borçlunun ödememe riski ile karşılaşmamak için, faktorün güvenli bulmadığı alacağı devralmayı reddetme hakkı bulunur. Ancak bu hakkın kullanılması, müşterinin menfaatleri ile de uyduğu ve makul olduğu müddetçe mümkündür. Dolayısıyla faktorün riskli bulunduğu bir alacağı devralmayı reddetme hakkını her zaman ve keyfi olarak kullanılması dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Müşterinin alacaklarının riski öngörülerek sözleşmede belirlenen limitlerde garanti edilen alacakların devralınması gerekir. Tarafların sözleşmedeki asli edimlerinin neleri içerdiği inceleme konusu yapılamasa da edimin tek taraflı olarak miktarını, niteliğini veya konusunu değiştirme yetkileri denetime tabidir. Sözleşmede tarafların edimlerinin anlaşır şekilde saydam olmaları gerekir. Bu şartın factoring sözleşmesindeki tarafların hak ve menfaatleri yönünden adaleti bozduğu tespit edilirse hükümsüz olduğuna karar verilebilir¹¹³⁹.

hareket etme yetkisine dayanarak; özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emreden MK 2/1; ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibarıyla, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK'nın 24 ve BK'nın 19/2 gibi genel kurallara dayanarak sözleşmeye müdahale etmelidir.” (Yeniocak, Yargısal Denetim, s. 77, dn.2.)

¹¹³⁸ Atamer, GİŞ Denetim, s. 177; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 270-271.

¹¹³⁹ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 57, dn. 145: “Alman Federal Mahkemesi tarafından 2008 yılında verilen bir karara göre, sözleşme hükümlerinde tarafların asli edimlerini uyarılama yetkisi veren hükümlerin taraflar arasındaki dengeyi dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde aşırı bozmakta olduğu, GİK

Bankaların, müşterinin kredi gereksinimini acil görmeleri halinde, bankadan kredi teminatı olarak ipotek, işletme rehni ve kıymetli evrak alınmasının yanında, aynı kredi müşterisinin bankanın yan kuruluşu olan faktoring kuruluşu ile faktoring sözleşmesi akdetmeye zorladığından yukarıda bahsedilmiştir. Müşterinin böyle bir sözleşme yapmaya zorlanması sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşme yapma ve sözleşmenin konusunu belirleme hakkının da kötüye kullanılması niteliğindedir. Banka için sözleşme yapma hakkı dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmaktadır¹¹⁴⁰. Sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılması söz konusudur.

I. Genel İşlem Şartlarının Denetimi

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununda düzenlenen genel işlem koşulları, tüketici ve tacirler arasında uygulandığı gibi işletmeler arasındaki işlemler içinde uygulanmaktadır¹¹⁴¹. Zira genel işlem koşulları hem TKHK, hem TBK, hem de TTK'da ayrı ayrı

ile böyle bir hükme yer verilmesinin müşterinin önceden, sözleşmeyi kurarken, ileride sözleşmenin nasıl değişebileceğine ilişkin öngöründe bulunmasını imkansız kıldığı, her ne kadar sürekli edimli sözleşmelerde uyarılma klozları geçerli olsa da, kaleme alınış tarzları itibarıyla ne zaman fiyatın veya sözleşme koşullarının değişeceğine ilişkin olarak müşterinin de anlayabileceği kriterler içermesi gerektiği belirtilmektedir”; Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1396.

¹¹⁴⁰ Raiser, Ludwig, “Die Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die Gericht” Karlsruher Forum, 1965, 3, 7: “Sözleşme özgürlüğü genel hukuk düzeni ile çatıştığı ölçüde sınırlandırılır. Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması dolaylı olarak genel işlem koşullarının içeriğindedir bir sınırlandırma getirmektedir. Genel işlem koşullarında, hukuk düzeninin taraflara tanınmış olduğu sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir. Dolayısıyla kötüye kullanım, somut bir olayda sadece karşı tarafın menfaati yönünden değil, sözleşme özgürlüğü kurumunun kamu düzenine sağladığı menfaat yönünden de değerlendirilmektedir.”, (Aktaran, Atamer, GİŞ Denetim, s. 155.)

¹¹⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s. 230: “TBK m. 20-25 arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarının her türlü sözleşmeye, özellikle tüketici dışında, ticari olsun olmasın bütün sözleşmelerde düzenleyen karşısında bulunan tarafın talep etmesi halinde uygulanacağı görüşüne yer verilmektedir. ”. Ayrıca, TBK m. 20-25 hükümlerinin tacirler içinde uygulanacağı yönünde görüş için bkz. Yelmen, s. 72; Yılmaz, Ab., s. 142; Atamer, GİŞ Denetim, s. 137; Gümüş, Genel Hükümler, s. 51; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 10; Havutçu, Ayşe, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, C. 76, S. 2, 2011, s. 31; Aydoğdu, s. 573; Kuntalp, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukuku’nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara 2011, ss. 81-102, s. 91-92; aksi yönde görüş için bkz. Antalya, Genel Hükümler, s. 406, 409 vd.

düzenlenmiş olsa da, TBK ve TTK arasında, bu Kanunların uygulanışı bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir¹¹⁴². Her iki tarafın da tacir olduğunda “işletme genel işlem koşulu”ndan bahsedilir¹¹⁴³.

TBK’da düzenlenen genel işlem koşullarının denetimine ilişkin koşulların işletme genel işlem koşullarında bütünüyle uygulanıp uygulanmayacağı bir sorundur. TBK m. 20-25’de yer alan denetleme yöntemlerinin tacirler için uygulanmasında tüketiciler bakımından dikkate alınacak olan sözleşme dengesindeki bozulmanın yeniden kurulmasını sağlayan unsurların tacirler için de mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekir. Tacirlerin ticari hayattaki psikolojik, entellektüel ve organizasyon zaafının tüketiciden düşük olacağı tabiidir. Herşeyden önce tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü onu sözleşmelerde de tüketicilere nazaran avantajlı kılar. Tacirin sürekli akdettiği sözleşmelerde oluşan bilgi ve birikimi, iş tecrübesi ile aleyhine oluşabilecek tehlikeleri öngöreceği kabul edilir. Kendisi için elverişli olmayan koşulları pazarlık ederek lehine çevirmesi, bu konuda hukuki danışmanlık alması, risklere karşı sigorta hizmetinden faydalanması veya oluşan zararı ticari ilişkilerinde telafi etmesi mümkündür. Ayrıca, ticari işlemlerin hızlı, kolay ve sorunsuz işleyişi için sıklıkla başvuru alan genel işlem koşullarının kullanımının tacirler için büyük avantaj sağladığı ortadadır¹¹⁴⁴. Bu sebeple düzenlenen sözleşmede bazı durumlarda tek taraflı ağır yükümlülükler getiren genel işlem koşullarının geçersizliğinin ileri sürülmesi, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırılık olarak görülebilir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan tacir (TTK m 18/2) ticaretin kendisine özgü şartlarını dikkate alarak, tedbirli, makul ve mutad tacir davranışları göstermelidir¹¹⁴⁵. Genel işlem koşullarını kullanan tacirlerin sözleşmeyi şekillendirmede eşit etkiye sahip olmaları ve rekabetin ortadan kalmaması için yaptırımların¹¹⁴⁶ mevcut olduğu görülmektedir. Bu sebeple tacirlerin

¹¹⁴² Akçaal, Mehmet, “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD., C. XVIII, S. 1, Y. 2014, s. 52; Atamer, GİŞ Denetim, s. 53.

¹¹⁴³ Bühner, Marc P, AGB-Kollisionen, “The Battle of the Forms” und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss, Zürich 1987, s. 4, (Aktaran Atamer, GİŞ Denetim, s. 54.)

¹¹⁴⁴ Atamer, GİŞ Denetim, s. 54-55.

¹¹⁴⁵ Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, B. 20, İstanbul 2024, s. 152-154.

¹¹⁴⁶ RG. 22140, T. 13/12/1994 Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4/2-a bendinde, “Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi” rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya karara örnek olarak verilmiş ve yasaklanmıştır.

genel işlem koşulunu kullanan işletmeler karşısındaki durumu, tüketicilerin durumu ile aynı şekilde değerlendirilmemektedir¹¹⁴⁷.

Factoring sözleşmeleri bakımından ise factoring işlemlerine genellikle mikro ya da küçük ölçekli KOBİ'lerin müracaat ettiği görülmekte olup factoring şirketlerine göre güçsüz durumda olduklarını söylemek gerekir. Her ne kadar tacir¹¹⁴⁸ konumundaki müşterinin “basiretli iş adamı gibi hareket etmek” yükümlülüğü bulunsa da, factoring sözleşmeleri gibi ekonomik bakımdan zor durumda kalan küçük işletmelerin kendisinden üstün factoring şirketinin hazırladığı sözleşmeyi imzalamaktan başka şansının olmadığı düşünüldüğünde ağır sonuçlara sebebiyet vereceği tabiidir. Bu bakımdan küçük işletmelerin hukuk karşısında korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Bu gereklilik sözleşmenin adil dengesinin korunmasına ve her iki taraf için sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanmasına da yardımcı olur.

Bu noktada ülkemizdeki KOBİ'lerin yapısı hakkında bilgi vermek gerekir. “Küçük Ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği”¹¹⁴⁹ m. 4/1-b’de KOBİ’nin tanımı yapılmıştır. 2023 yılı TÜİK¹¹⁵⁰ verilerine göre, sanayi ve hizmet sektörlerinde faaliyet gösteren 3 milyon 773 bin KOBİ bulunmaktadır. Bu sayı, Türkiye’de aynı yıl için toplam girişim sayısının %99,7’sini, istihdamın da, %70,5’ini oluşturur. Mezkûr Yönetmelik m. 5/1’de KOBİ’ler mikro işletme¹¹⁵¹, küçük işletme ve orta büyüklükte işletme olarak üç ayrıma tâbi tutulmaktadır. KOBİ’lerin istihdam ettiği personel sayısı

¹¹⁴⁷ Atamer, GİŞ Denetim, s. 56, 57; “Genel işlem şartlarının aslen serbest rekabet ortamı korunduğu sürece çok sınırlı denetime tabi tutulması, ancak tacirler arasında pazarlık imkanının çok sınırlı olduğu hallerde ki bu küçük ve orta ölçekli işletmeler için düşünülebilir genel işlem karşısında özel bir koruma gereği istisna olarak kabul edilebilir. Örneğin bu tür bir işletmenin bankanın kredi alması durumunda sözleşme koşullarına müdahale etme imkanını hiç bulamamış olması mümkündür. Bu durumda istisnai hallerde tacirlerin de burada teklif edilecek olan denetim yöntemlerinden faydalandırılması mümkündür.”; Doğanç, s. 38.

¹¹⁴⁸ Belirtmek gerekir ki KOBİ’ler esnaf işletmesi de olabilir. Factoring sözleşmeleri de esnaf işletmelerinin sahibi olan esnaflar ile de –ticari işletme büyüklüğünde olmayan, dolayısıyla tacir olmayan- akdedilebilir. Ancak bu tezde sözleşmenin diğer tarafının tacir olduğu varsayımı ile hareket edilerek açıklamalar yapılmıştır. Bkz. İkinci Bölüm, V. A. II.

¹¹⁴⁹ 24/05/2023 tarihli ve 32201 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, Küçük Ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği’nin m. 4/1-b, “KOBİ’ler Yıllık çalışan sayısı ikiyüzelli kişiden az olan yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri beşyüz milyon Türk Lirasını aşmayan işletmelerdir.”

¹¹⁵⁰ <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Kucuk-ve-Orta-Buyuklukteki-Girisim-Istatistikleri-2023-53543> E.T. 15/01/2025, ayrıca 2022 verileri için bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Kucuk-ve-Orta-Buyuklukteki-Girisim-Istatistikleri-2022-49438> ET. 15/01/2025.

¹¹⁵¹ Bunlardan mikro işletmeler, Küçük Ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği’nin m. 5/1-a’ya göre, “Yıllık çalışan sayısı on kişiden az olan ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri on milyon Türk Lirasını aşmayan işletmelerdir.”

250'ye kadar çıkabilse de, yaklaşık %90,7'i 1 ilâ 9 istihdama sahip olan ve mali bilançosu on milyon TL'yi aşmayan mikro işletmelerdir¹¹⁵².

Factoring sözleşmeleri, daha çok küçük ölçekte işletmeler, esnaf veya gerçek kişi tacirler ile diğer finansman şirketleri arasında akdedilerek gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan, ekonomik olarak dar boğazda bulunan bu işletmelerin hukuk çerçevesinde korunma imkânlarından faydalandırılmaları gerekir. Genel işlem koşullarının getirilmesiyle Kanunda amaçlanan, sözleşmenin zayıf olan ve sözleşme hükümlerini müzakere kabiliyeti bulunmayan tarafın hak ihlâlinin önüne geçilmesidir.

Görüldüğü gibi KOBİ'lerin ufak yapısı finansal sıkıntı yaşamasına ve bu sorunlarının çözümlenmemesi halinde faaliyetini sonlandırmasına sebep olur. Finansal sıkıntı yaşayan müşterinin faaliyetinin devamını sağlamak için yapacağı factoring sözleşmesinde fakoring şirketi ile eşit durumda olduğu ve basiretli iş adamı gibi hareket ettiği söylenemez. KOBİ'lerin, ekonomik olarak kendisinden üstün teşebbüslerle yapmış oldukları sözleşmelerde, genel işlem koşulları denetiminden yararlandırılması gerektiği görülmektedir. Özellikle de bir ticari işletmenin belirli bir işletme ile sözleşme akdetme mecburiyetinin olduğu, başka bir işletme ile sözleşme kurma alternatifinin olmadığı durumlarda genel işlem koşullarının pazarlık konusu edilmesi de mümkün değildir. KOBİ'lerin banka finansman ilişkisi de bu sözleşmelerdendir¹¹⁵³.

Uygulamada factoring sözleşmeleri, işletmelerin ekonomik sıkıntılarının giderilmesi için, son çare olarak yapılabilmekte, sözleşmede hak kayıplarına sebep olabilecek koşullara boyun eğilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkabilecek mağduriyetlerin yaşanması durumunda, taraflar arasında karşılıklı menfaat dengesinin korunması için genel işlem koşullarının, tacirin ekonomik zorluğu göz önünde

¹¹⁵² Varlı, Bahar, Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler; Yeniliğin Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler İçin Önemi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 114.

¹¹⁵³ Atamer, Yargıtay Sunum, s. 11; TBK'da düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, ne kurumsal olarak adı rekabeti, ne de bu şartları kullananın rakibini korumaktadır. Bu düzenlemenin amacı genel işlem şartları kullanıcısının tek taraflı ve ölçsüz sözleşme özgürlüğüne ilişkin taleplerine karşı, sözleşmenin diğer tarafını korumaktır. (Ulmer, Peter/Hensen, Horst-Dieter/Christensen, Guido (Fuchs, Andreas), AGB-RECHT Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, Köln 2006. (Aktaran, Kara, Mustafa, Sencer, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, ss. 723-742, s. 728, dn. 20.)

bulundurularak, hakkın kötüye kullanılması ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹¹⁵⁴.

Belirtildiği gibi faktoring sözleşmeleri, faktoring şirketinin önceden ve tek taraflı olarak hazırladıkları, sözleşmenin koşullarının müşteri tarafından müzakere edilemediği, standart (tip) sözleşmelerdir¹¹⁵⁵. Bu niteliği itibarıyla, sözleşmeler genel işlem koşullarını içerir. Faktoring sözleşmelerinde kullanılan genel işlem koşulları, sözleşmenin adalet teminatını müşteri bakımından ihlal edebilmektedir. Faktor kendi çıkarlarını koruyabilmek için sözleşmede kendi lehine koşullara yer vermekte, müşteri ile makul bir denge sağlanmasına yönelik yedek hukuk kurallarını gözardı ederek, kendi borçlarını müşteriye yüklemektedir. Tüketicie göre, tacir konumundaki müşterinin sözleşmelerde basiretli bir tacir gibi hareket edeceği, akdettiği sözleşmeyi okuma, itirazlarını iletme ve pazarlık etme gücünün daha fazla olacağı kabul edilebilir. Ancak, küçük ve orta ölçekte ve işletmesinin varlığını sürdürmesi için nakde ihtiyacı olan bir tacirin kredi ihtiyacı için banka karşısında kendisine sunulan kredi sözleşmesini müzakere etme şansının olduğu söylenemez. Bunun gibi, faktoring şirketleri de müşterinin ihtiyaç halinde olduğunu bilen, bankaların bünyesinde veya serbest olsa da ekonomik yönden güçlü kuruluşlar olup, genel işlem koşullarını müzakere şansı vermemektedir. Müşteri esasında kendisi için uygun düşmeyen hükümleri kabul ettiğini bilmektedir. Bildiği halde sözleşmeye onay vermektedir. Bunun sebebi müşterinin daha iyi koşullarda sözleşme akdetme veya sözleşmeyi akdetmekten vazgeçme imkânının bulunmamasıdır. Kendisine pazarlık imkânı vermeyen faktor karşısındaki müşteri, bu şartlarda sözleşmeyi kabul etmek zorunda kalmaktadır. Faktoring sözleşmesinde sözleşme adaletinin yeniden kurulması ancak hakimin sözleşmeye müdahalesi ile mümkündür. Faktoring sözleşmesinin hakim tarafından denetiminde, müşterinin pazarlık ederek sözleşmeyi akdettiği, hak ve menfaatlerin sözleşmede dengeli dağıtıldığı anlaşılabiliriyorsa sözleşme hükmünün geçerli olduğuna karar verilebilir ve sözleşme, isimsiz sözleşmelere ilişkin kurallardan yararlanılarak denetlenir.

¹¹⁵⁴ Yaman, s. 87; Yargıtay 11. HD., T. 21/05/2015, E.2016/11123, K.2018/3743: “Bir sözleşmenin 6098 sayılı TBK’nın m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması için kanunda belirtilen ölçütlerin uygulanması gerekir. 6098 sayılı TBK’da da sözleşme serbestisi ana kural olmakla birlikte, sözleşmelerin geçerliliği için 6098 sayılı TBK’na, sözleşmenin hukuka aykırı genel işlem koşulları içermemesi unsuru getirilmiştir. Hem tüketiciler hem de tacirler için geçerli olan genel işlem koşulları denetimi, sözleşmelerin imzalanması aşamasında daha olumsuz durumda bulunan sözleşmenin tarafını dürüstlük kuralları kapsamında korumaktadır.” (UYAP) ET. 04/10/2022.

¹¹⁵⁵ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 88; Kazmacı, Uzun, s. 67.

Factoring sözleşmelerinde genel işlem koşulları kullanılabilirse de bu koşulların dürüstlük kurallarına aykırı, karşı tarafın aleyhine, onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmaması ve taraflar arasında adil dengeyi bozmaması gerekir¹¹⁵⁶. Bu sebeple sözleşmenin TBK m. 20-25 maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimine tabi tutulması ile kısmen veya tamamen hükümsüzlüğüne karar verilebilir¹¹⁵⁷.

Şirketlerin standart factoring sözleşmesinin genel işlem koşullarını müşteriye açıklaması, özellikle aleyhine olan hükümler hakkında dikkatlerini çeken bir bilgilendirme yapılması gerekir. Aksi halde sözleşme hükmünün sözleşmeye dâhil olmadığı itirazı ile karşılaşabilirler (TBK m. 21)¹¹⁵⁸. Müşteri ile müzakere edilerek üzerinde tartışılan factoring sözleşmesi hükümlerinin bireysel sözleşmeye dönüştüğü

¹¹⁵⁶ Yargıtay 19. HD., T.17/10/2016, E. 2016/3468, K. 2016/13398 Kararı ile, “Davacının tacir olduğu, Genel Kredi Sözleşmelerinden doğan bu masraflardan sorumlu olacağını sözleşme serbestisi kapsamında kabul ettiği, sonradan bu hükümlerin haksız şart olarak kabulünün ticari hayatın gerçekleri ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı, bankacılık uygulamaları açısından da davalı bankanın tahsil ettiği tutarların makul olduğu gerekçesiyle verilen ret kararı onanmıştır.” (Yaman, s. 110). Belirtilen Kararda dürüstlük kuralı ve sözleşme dengesinin korunması değerlendirilmiştir. Yargıtay 19. HD., T.27/09/2012, E. 2012/2292, K.2012/13798: “..davacı kamu hizmeti yapmakta ise de faaliyetlerini özel hukuk kurallarına tabi olarak yaptığından tacir sayıldığı ve basiretli tacir gibi hareket etmesi gerektiği, bu nedenle Tüketiciciyi Koruma Kanunu kapsamında yer alan genel hükümler arasına dahil olmayan genel işlem şartlarından yararlanmasının düşünülemeyeceği, davalının fiyat değişikliğini müşterilerine yansıtmak durumunda olduğu, gabin iddiasının bir yıllık hak düşürücü süre içinde yerine getirilmediği, edimler arasında aşırı dengesizlik bulunmadığı, subjektif unsurun gerçekleşmediği gerekçesiyle verilen ret kararı onanmıştır.” (Yelmen, s. 172); Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 265: “Orantısızlığın dürüstlük kuralına aykırı şekilde ortaya çıkıp çıkmadığı konusunda soyut, olaydan uzak objektif ölçüler yerine somut ölçülere bakılması önerilmektedir. Bu kapsamda sözleşmede rizikonun hangi tarafın hâkimiyet alanında gerçekleştiği, ilişkilerdeki güç dengesi, ölçülülük ve zorunluluk ilkesinin ihlal edilip edilmediği, sözleşmede kararlaştırılan nimet külfet dengesi, özellikle iki tarafında tacir olduğu sözleşmelerde tarafların pazar payı, piyasaya hakimiyeti, tüketicinin temel ekonomik gücü ve ihtiyaçları gibi hususlar adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığında başvurulacak ölçütler içindedir.”

¹¹⁵⁷ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 11; Yılmaz, Ad., s. 98; Factoring sözleşmelerine uygulanması bakımından TTK ile TBK arasında öncelik ve sonralık ilişkisinin bulunmamaktadır (Yaman, s. 83), aksi yönde görüş için bkz. Topçuoğlu, Metin; “Genel İşlem Şartları Rekabet İhlali ve Sonuçları” GÜHFD, C. XIX, Y. 2015, S. 4, ss. 3-70, s. 27.

¹¹⁵⁸ Kazmacı, Uzun, s. 69; Yargıtay 11. HD., T. 04/10/2016, E. 2016/7538, K. 2016/7764 sayılı Kararında: “davacının yukarıda belirtilen imzalı beyanı ile sözleşmenin ayrıntılı olarak incelendiği, banka tarafından yeterli bilgilendirmenin yapıldığı, sözleşmenin içeriğinin öğrenilmesi için zaman ve imkan sağlandığı ve daha sonra 12/11/2013 tarihinde kredi sözleşmesinin imzalandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davalı banka tarafından ibraz edilen işbu belgeler gözetilerek öncelikle kapsam denetimi yapılarak belirtilen hususların yazılmamış sayılması durumunda, boşluk olduğunun kabulü, yazılmamış sayılması müeyyidesi ile karşılaşmayacağının kabulü durumunda içerik denetimi yapılarak taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmesinde komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. miktar ya da oranları diğer bankalar ile karşılaştırılarak, davalı banka tarafından yapılan kesinti miktarının uygun olup olmadığı veya ne miktarda olduğu, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı davacıya idesi gereken miktar bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Görüldüğü gibi Yargıtay kararında bilgilendirme yapılması hususuna işaret edilerek, bu durumun yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olacağı açıkça belirtilmiştir.

kabul edilebilirse de, sözleşme üzerinde tartışıldığına ilişkin hükümler tek başına yeterli olmayıp, hükmün müşterinin aleyhe olduğu hususu ile birlikte gerçekten tartışıldığı sonucuna varılması gerekir. Bunun için müşterinin faktor karşısında güçlü ve etkin bir kuruluş olması, bilgi ve birikimi, profesyonel destek sağlaması gibi müzekere gücüne etki eden hususların değerlendirilmesi gerekir¹¹⁵⁹. Öte yandan müşterinin kabulü ile genel işlem şartları sözleşmenin içeriğine dâhil olsa da, emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı sözleşme kuralları kesin olarak hükümsüzdür¹¹⁶⁰.

TBK m. 25’de yer alan içerik denetimi gereğince, faktoring şirketi lehine müşteri aleyhine genel işlem koşullarının hükümsüz olduğuna karar verilebilir. İçerik denetimi yapılırken sözleşmenin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığının incelenmesinde TTK m. 55/1-f bendinden yararlanılır. Haksız rekabeti düzenleyen TTK m. 55/1-f bendinin yanında TMK m. 2 dürüstlük kuralı ile söz konusu genel işlem koşulunun denetimi yapılır¹¹⁶¹. Özellikle sözleşmelerde ekonomik yönden güçsüz olan

¹¹⁵⁹ Kuntalp, Banka, s. 94: “Taraflar arasında müzakere edilen, karşılıklı tartışılmış olan hükümlerin bireysel sözleşme hükmüne dönüştüğü kabul edilir. TBK m. 20/3 hükmünde, koşulların tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların tek başlarına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağı belirtilmektedir. Zira tarafların sözleşme hükmünü tartışıp kabul ettiklerini ifade etmeleri tek başına yeterli değildir. Ayrıca bunu doğrulayan başka unsurlar da aranacaktır. Bu unsurlar içinde banka ve müşterinin özellikleri de yer alır. Müşterinin güçlü ve etkin bir kuruluş olması halinde tarafların hükmü kabul ettiklerine ilişkin kaydı özgür iradeleri ile imzalamış oldukları sonucuna yol açacaktır.”; Sirmen, Denetim, s. 115: “Müşterinin genel işlem şartları hakkında tam bir bilgi sahibi olarak bunları kabul ettiği girişimci tarafından kanıtlanmadıkça, genel işlem şartlarının global olarak kabul edildiği, yani, okunmadan ve tam bilgi sahibi olmadan, okunsa da anlamadan imzalandığı kabul edilir.”; Yavuz, N., s. 58; Atamer, GİŞ Denetim, s. 74; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 269.

¹¹⁶⁰ Sirmen, Denetim, s. 120: “Yazar kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olmamakla beraber, haksız olarak nitelendirilen şartların içerik denetiminin konusuna girdiği, Yargıtay 13. HD. 19.02.2004 tarih ve E. 2003/13819, K. 2004/1888 sayılı kararında TKHK’un emredici kurallarına aykırı olan sözleşme kaydını haksız şart olarak nitelendirmesinin yerinde olmadığı görülmüştür.”

¹¹⁶¹ Türk Ticaret Kanunu “Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” başlıklı, m. 55/1-f: “Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”, Tuzcuoğlu, s. 163; Sirmen, Denetim, s. 122; Yelmen, s. 125: “TBK m. 25’de, genel işlem şartlarının içerik denetimi için tek ölçüsü, dürüstlük kuralı olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında içerik denetiminde farklı ölçü ve imkânlarda söz konusudur. Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık ile imkânsızlık, gabin ve irade sakatlığı hallerinde bunlara misal teşkil eder. Bu itibarla TBK m. 25’de sadece dürüstlük kuralından söz edilmişse de hakim, genel işlem şartlarını bahsedilen hususlar kapsamında değerlendirmesi gerekir.” ve s. 130; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 282, 260: “Genel hükümlere göre yapılan klasik denetim veya genel denetim (emredici hukuka, kişilik haklarına, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık, imkânsızlık –TBK m. 27- gibi denetimler) ile TBK m. 25 hükmünde yer alan “açık içerik denetimi” kavramı birbirinden farklıdır.” ve s. 263: “Ülkemiz bakımından Almanya’nın aksine “olağan (basit) içerik denetimi” söz konusudur.”; Yargıtay 3. HD. 18/12/2014 T., E. 2014/13539, K.2014/16751, bkz. Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 264; Demir, M., s. 227 vd.

tarafın normalden daha fazla risk üstlendiği hâllerde dürüstlük kuralına aykırılık olduğu kabul edilmektedir. Risk alanlarının tek taraf aleyhine kaydırılması ile sözleşme hükümlerinde dengesizlik oluşup oluşmadığı, rizikoya daha yakın ve en fazla masrafla katlanacak tarafın sigorta imkânı ile riskin dağıtılması imkânının olup olmadığı dikkate alınmalıdır.

Yukarıda incelenen faktoring sözleşmelerinde emredici hukuk hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturan örnekler genel işlem koşullarının denetlenmesinde de verilebilir. Alt başlıkta ise faktoring sözleşmelerinde genel işlem koşullarının denetimine tabi diğer örnekler faktoringe özgü özel başlıklar altında toplanarak incelenmektedir.

2. Genel İşlem Koşulları Kurallarına Aykırılık

a. Sözleşme Şartlarının Değiştirilmesi

Faktoring sözleşmelerinde, faktoring işlem komisyonu, faiz ve ön ödeme oranının faktor tarafından serbestçe değiştirilebileceği hükmüne yer verilebilmektedir¹¹⁶². Ancak bu ve benzer sözleşme hükümlerinin, TBK m. 24¹¹⁶³ hükmü yönünden değerlendirilmesi gerekir.

Sözleşmeye sadakat (pacta sunt servanda¹¹⁶⁴) sözleşmenin bir kez

¹¹⁶² Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. II/23: “Tayin olunan ve MÜŞTERİ’ye yazılı olarak bildirilen, tahsis edilen işlem hacimleri, finansman ve faktoring garantisi oranları her zaman serbestçe, komisyon, ücret, faiz oranları ise piyasa ve maliyet koşulları, ekonomik kriz, iktisadi şartlardaki değişiklikler çerçevesinde ve fakat değişiklik öncesinde yapılmış olan faktoring işlemlerini etkilememek üzere, FAKTOR tarafından serbestçe değiştirilebilir. Vadesinde ödenmeyen alacaklar için, alacak tamamen ödeninceye kadar ayrıca komisyon tahakkuk ettirilir.”. Bu hükümde yapılacak faiz oranı değişikliği hakkında müşteriye bildirim şartı öngörülmemiştir.

¹¹⁶³ TBK m. 24, “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”.

¹¹⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 19.02.1997 T., E. 1996/11762, K.1997/77 sayılı kararı; “Ahde vefa ilkesine göre sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet edilmelidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasında mevcut olan denge şartların olağanüstü değişmesi ile büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. Buna göre akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli sureti değişmişse artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır. Bu görüş doktrinde emprevizyon teorisi adı ile anılır. Bu gibi hallerde emprevizyon veya clausula rebus sic stantibus kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakimın sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir.”

kurulduktan sonra değişmemesini öngörür. Ahde vefa ilkesi irade özerkliği ilkesinin sözleşmedeki yansımasıdır.¹¹⁶⁵ Bu ilke gereğince sözleşme kurulurken pazarlık konusu edilmemiş değiştirme hakkının sözleşme ile saklı tutulması kabul edilmemektedir.

Ancak sözleşmeye bağlılık ilkesinin her sözleşme yönünden katı bir şekilde uygulanması adil olmayan sonuçlara sebep olabilir. Sözleşme kurulduktan sonra ifaya engel olacak veya ifayı zorlaştıracak durumlar söz konusu ise sözleşmenin başta belirlenen koşullarda ifası dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Bu sebeple hukumuzda belli şartlarda sözleşmelerin uyarlanması kabul edilmektedir. Böylece tarafların sözleşmenin kurulma anındaki risk dengesi ile sözleşme adaleti sağlanmaktadır¹¹⁶⁶. 6098 sayılı Kanun'da "sözleşmenin uyarlanması" kurumu "Aşırı İfa Güçlüğü" başlığıyla, TBK m. 138'de düzenlenmiştir¹¹⁶⁷. Ayrıca TBK m. 480/2'de eser sözleşmesinde belirlenen götürü bedelin değişen koşullara uyarlanması düzenlenmiş olup her iki hüküm de diğer sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasında kullanılabilir¹¹⁶⁸. Bunun dışında taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi

(Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, ss. 503-514, s. 503-504.); Yargıtay 19. HD. 25/11/1994 tarih 6472/11467: "Davada uyumsuzluk konusu edilen vadesiz kredi sözleşmesindeki, bankanın dilediği zamanda kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek, cari hesap bakiyesinin iadesini talep etmek yetkisinin bankaya tanınmasına ilişkin hüküm, ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabul edilemez. Nitekim vadesiz kredi sözleşmelerine dayanılarak açılan ve cari hesap şeklinde işletilen vadesiz krediyi kullanan kredi müşterisinin, kullandığı kredinin bir kısmını veya tamamını dilediği zamanda bankaya iade edip, tekrar limiti içinde kullanması ve cari hesabını sıfırlaması yahut kapatması hakkına sahip olması karşısında, kredi kullandıran bankanın da aynı hakları sözleşme ile sağlamasında yararlar dengesi yönünde bir sakınca görülemez, meğer ki banka tarafından bu hakkın kullanılmasında MK md. 2'deki objektif iyiniyet ve 2/2. maddesindeki hakkın kullanılmasının suistimal edilmemesi kurallarına aykırı davranılmamış olsun"; bkz. Yargıtay 19. HD. 30.10.1997 tarih ve E. 5007, K. 9024 sayılı kararı.

¹¹⁶⁵ Cashin-Ritane, Eleanor, "Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi Pacta Sunt Servanda ve Alman- Fransız Hukuku İlişkilerinde Sözleşmenin Uyarlanmasına Giden Yollar", Çeviren: Baysal, Baysal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 63, S. 1- 2, İstanbul, 2005, ss. 321-342, s. 325; Doğancı, s. 40.

¹¹⁶⁶ Baygın, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 65; Cashin-Ritane, s. 327.

¹¹⁶⁷ 6098 sayılı TBK 138. maddesi: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır."

¹¹⁶⁸ Baysal, s. 297; Eren, Genel Hükümler, s. 546: "TBK. m. 138 ve TBK. m. 480/2 hükmünün işin özel niteliği ve şartlar elverdiği takdirde tüm sözleşme ilişkilerine kıyas yoluyla uygulanması gerektiği

çerçevesinde sözleşme hükümlerini değiştirme özgürlüğüne de sahiptir. Yeterki karşılıklı uzlaşmış olsun¹¹⁶⁹.

Genel işlem koşulları ile TBK m. 138 ve m. 480/2'den farklı olarak sözleşme bedelinin artırılması hakkı sözleşmenin bir tarafına baştan verilmektedir. TBK m. 24 hükmü ile sözleşmeyi değiştirme yasaklanarak kendisine genel işlem koşulu sunulan taraf korunmak istenmektedir. Ancak doktrinde¹¹⁷⁰ TBK m. 24'te yer alan, düzenleyene, karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme hakkı veren genel işlem koşulunun yazılmamış sayılmasına ilişkin kural, denetim kriterlerini belirlememesi, dürüstlük kuralına aykırılık yönünden örnek verilmemesi yönüyle eleştirilmiştir. Zira bu tür genel işlem koşulları TBK m. 25'te düzenlenen içerik denetimi ile de denetlenebilmektedir.

TBK m. 24'e benzer bir düzenleme, haksız şartlar listesinin gösterildiği Yönetmelik Eki m. 1/1 ve h bentlerinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelerde, sözleşmeyi düzenleyenin tek tarafı olarak karşı taraf aleyhine değişiklikler yapması yasaklanmaktadır¹¹⁷¹. Aynı Yönetmelik Eki m. 2/c-1'de ise bu hükmün istisnasına yer verilmektedir. Bu haliyle Yönetmelik hükmünün TBK m. 24'e göre uygulanmasının daha elverişli olduğu söylenebilir. Bu şekildeki sözleşme hükümlerinin TBK m. 24 hükmü ile getirilen “yazılmamış sayılma” yerine “hükümsüzlük” yaptırımına tabi tutulması söz konusu olmalıdır¹¹⁷².

Ayrıca bankacılık hizmetlerinde finansman masraflarının sürekli değişmesi sebebiyle, sözleşmelerde faiz intibak hükümlerinin her zaman dürüstlük kuralına

belirtilmiştir.” Aksi yönde Baysal, s. 293, TBK m. 480/2'nin yalnızca eser sözleşmeleri için uygulanabileceği görüşündedir.

¹¹⁶⁹ Bkz. Birinci Bölüm, I. E. 3.

¹¹⁷⁰ Havutçu, Sempozyum, s. 3613; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 61: “TBK m. 24 hükmü ile kanun koyucunun vur derken öldürdüğü, TBK hükümleri ile TKHK hükümleri arasında çatışma oluşturduğu, haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşme şartlarında uyarılama yapılmasına ilişkin genel işlem koşullarının dürüstlük kurallarına aykırı olmadığı belirtilmiştir.”; Yelmen, s. 139.

¹¹⁷¹ Ayrıca bkz. 17/06/2014 T., 29033 S. Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”in Ek-1 Haksız Sözleşme Şartları, 1/h bendinde; “Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek tarafı olarak değiştirmesine imkan veren şartların” haksız şart olduğu belirtilmiş, ancak, bu hükmün istisnası olarak, 2/c-1 bendinde: “Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere” 1/h bendinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

¹¹⁷² Arıkan, Mustafa, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, 2012, ss. 19-28, s. 27; Yelmen, s. 139.

aykırı olduğu kabul edilmemektedir¹¹⁷³. Artış hakkı önemli bir sebebe dayanıyor ve ihtiyaca cevap verir şekilde artırılıyorsa, müşteriye derhal haber verilmek ve müşterinin sözleşmeyi fesih hakkı saklı kalmak koşuluyla, değişikliğin geçerli olduğuna karar verilebilir¹¹⁷⁴.

Zira faktoring sözleşmelerinin genellikle bir yıl veya daha uzun süre için akdedilmesi, ekonomik koşulların ise günden güne değişebilmesi, tarafların ekonomik koşullarını korumaya yönelik bu hükmün geçerliliğinde haklı sebep oluşturur¹¹⁷⁵. Faiz oranlarının faktoring sözleşmesi içinde değiştirilmesi halinde bu durumun müşteriye

¹¹⁷³ Sözleşme koşullarının ağırlaştırılması sonucunu doğuran tek taraflı bir değişikliğin bildirilmesinin TMK m. 2 gereği yaptırımı olacağı hakkında Kostakoğlu, s. 65-66 ve Yargıtay 19. HD. 26/10/1994, 10147/10028 (Atamer, GİŞ Denetim, s. 242: “Kanımca, bu tür hükümlerin, artıştan müşterinin derhal haberdar edilmesi ve kendisine sözleşmeyi fesih hakkı tanınması koşuluyla baştan geçersiz olmadığı kabul edilmelidir.”); aynı yönde Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 560 (Yargıtay 19. HD., 25/11/1994, E. 1994/6472, K. 1994-11467.); Kuntalp, Banka, s. 100: “Kredi sözleşmesinde değişiklik yapabilme bankacılık faaliyetlerinin bir gereği olsa da, geçmişe etkili bir değişikliğin kabul edilmemesi gerekir. Aynı şekilde değişikliğin müşteriye ihbar edilmesi gerekir. İhbarsız artırma müşterinin bilgisi dışında parasal yük altına alınması dürüstlük kuralına aykırıdır. Bankanın faiz oranını tek taraflı artırma hakkının karşılığında müşterinin de sözleşmeyi fesih hakkına sahip olması gerekir.”, aynı yönde Yavuz, N., s. 59-60; aksi yönde, Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1397-1399; Doğanay, İsmail, “Bankalar ile Kredi Müşterileri Arasında Düzenlenen Kredi Sözleşmesindeki Faiz Oranı Miktarını Bankalar Müşteriler Aleyhine Tek Taraflı Olarak Değiştirebilirler Mi?”, Yaklaşım, Kasım 1994, s. 88 vd.; ayrıca bankaların faiz oranlarını tek taraflı değiştirme hakkının saklı tutulmasına ilişkin sözleşme hükümlerinin ahlaka aykırı olduğuna ilişkin diğer görüşler için bkz. Kuntalp, Banka, s. 97; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 295.

¹¹⁷⁴ Yargıtay 3. HD., 22/01/1996 T., 14823/3463: “...Sözleşmelerin, sözleşmenin kurulmasından sonra edimi taraflardan birinin tek yönlü bir irade beyanı ile belirleyebilmesi hususunda anlaşmaları her zaman olanaklıdır. Bundan amaç, aralarında kurdukları hukuksal işlemin içeriğini belirlemek ve daha önemlisi açığa kavuşturmadır. Bu belirlemenin nasıl yapılacağı hakkında sözleşmede herhangi bir açıklık bulunmuyorsa belirleme yetkisi tamamen serbest olmayıp bunun adil, objektif iyi niyet ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapılması gerekir. Davalı kuruluşun Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Yasasına göre belirlendiği gecikme zammı, sözleşmelerin çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun olarak denkleştiren bir yöntemdir.” (Atamer, GİŞ Denetim, s. 243); Akyol, Genel Hükümler, s. 192-193: “Bankaların tip sözleşmelerle yüksek ve aşırı faiz kararlaştırmasının hukukla ve ahlakla bağdaşmayacağı, TMK m. 2 ve TBK m. 26-27 hükümlerine aykırılık oluşturacağı için mutlak butlanla batıl olduğu belirtilmektedir.”

¹¹⁷⁵ Yargıtay 11. HD., T. 18/06/1986, E. 1986/2945, K. 1986/3631: “... bankanın uygulamak istediği faiz oranını belli bir süre vererek müşteriye bildirmesi ve müşteriden muvafakat alınmadan veya sesini çıkarmaması halinde bu faiz oranını uygulayabilir. Zira verilen süre sonunda müşteri bu faiz oranını kabul etmeyerek borcunu kapatabilir.” Bkz. Atamer, GİŞ Denetim, s. 242, dn. 32; Yargıtay 19. HD. 26.11.1994 tarih ve E. 1994/6472, K. 1994/1164 sayılı kararında, “Kredi faizinin süreç içinde ekonomik koşullara göre artmasının tabii bulunduğu, tacirler arasında sözleşme faiziyle temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK 19/1. maddesine uygun olduğu, kamu düzenine yahut ahlaka aykırı, batıl bir hüküm niteliği taşımadığı, ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılmasının emredici bir hüküm olduğu, bunun sonucu olarak bankanın fahiş bir kazanç elde etmek amacı ile faiz oranını tek taraflı artırma yetkisine dayanarak haklı görülemeyecek bir orana yükseltmesinin hakkın suistimalini oluşturacağı, kredi müşterinin MK m. 2 ve 3. maddelerinin korumasında olduğunun kabul edileceği” belirtilmiştir (Kuntalp, Banka, s. 99); Yargıtay 13. HD. 23/11/2005 tarih ve E. 2005/11428, K. 2005/17306: “Sözleşmedeki temerrüt faizi ile ilgili oranların banka tarafından sonradan tek taraflı belirlenmesi halinde, sözleşme hükümleri tamamen geçersiz sayılmamalı, bankanın sözleşme ile kendisine tanınan faiz oranlarını tek taraflı belirleme ve artırma yetkisini, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kullanıp kullanmadığı belirlenmelidir.” (Sirmen, Denetim, s. 127 ve s. 130-131.)

derhal bildirilmesi ve müşteriye fesih hakkı tanınması gerekir. Yargıtay ve doktrin faizi değiştirme hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılması görüşündedir¹¹⁷⁶. Öte yandan finans piyasasında oluşan değişiklik sonucunda faiz oranlarında indirim söz konusu ise bu indirimden de müşterinin faydalandırılması gerekir. Değişen koşullara uygun olarak faiz oranında değişikliğin kabul edilmesi her iki tarafın da mağdur edilmemesi amacıyla kullanılmalıdır. Ekonomik koşullarda değişimin bulunmadığı durumlarda keyfi faiz artırımını uygulamalarında ise faktörün değişiklik yetkisinin olduğu kabul edilmemelidir.

b. Takas Hakkından Faktor Lehine Feragat Edilmesi

Faktoring sözleşmelerinde¹¹⁷⁷ müşterinin borçlarını faktordan olan alacakları ile takas etme hakkının bulunmadığı hükmü düzenlenmektedir. TBK m. 145 hükmü gereğince taraflar takas haklarından feragat edebilirler¹¹⁷⁸. Faktoring sözleşmelerinde, belirtilen şekilde müşterinin takas hakkından feragati düzenlenmiş, faktor bakımından ise böyle bir kısıtlamaya gidilmemiştir¹¹⁷⁹. Bu açıdan sözleşmede taraflar arasında bir denge bulunmamakta, müşterinin haklarının ölçsüz şekilde sınırlandığı görülmektedir.

Sözleşmede karşı tarafın takas hakkının yasaklanması müşteriye önemli bir yük yükler. Yönetmelik'in ekinde takas hakkının sınırlanması veya ortadan

¹¹⁷⁶ Yargıtay 3. HD., T. 22/01/1996, E. 1996/14823, K. 1996/3463; Kostakoğlu, s. 28; Yavuz, N., s. 60. Aksi yönde, Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1397-1399.

¹¹⁷⁷ Ekte yer alan örnek Faktoring Sözleşmesi m. II/3: "MÜŞTERİ bununla birlikte FAKTOR'dan olan alacaklarını, borçlarına takas etme hakkı bulunmadığını ve öncelikle borçlarını ödeyeceğini beyan ve kabul eder."

¹¹⁷⁸ TBK m. 145; "Borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir.". "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in Ek-1 Haksız Sözleşme Şartları, 1/b bendinde; "Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçsüz şekilde sınırlandıran şartlar" haksız şart sayılmıştır. Buna göre, maddede belirtilen halde sözleşmeyi düzenleyene karşı takas hakkını sınırlandıran sözleşme hükümleri haksız şarttır; Yaman, s. 113.

¹¹⁷⁹ Bkz. ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. II/6, II/18, II/27, IV/3.

kaldırılması haksız şart sayılmıştır¹¹⁸⁰. Faktoring sözleşmelerinde takasın yasaklanması müşteriye nakit imkânından yoksun kılarak icra riskine sebep olur¹¹⁸¹.

Genel işlem koşulu içinde düzenlenen takas yasağı faktoring sözleşmelerinde adil olmayan sözleşme hükmü niteliği taşıdığından geçersiz olduğuna karar verilebilir. Faktoring sözleşmesinde takas hakkından feragati düzenleyen hükmün şaşırtıcı kayıt ve dengesizliğe sebep olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılması mümkündür¹¹⁸².

c. Alacağa Bağlı Kambiyo Senetlerinin Faktor Tarafından

Üçüncü Kişilere Devri

Faktoring sözleşmelerinde faktore devrolunan alacağa ait senetlerin ve teminatların üçüncü kişilere devredilebileceği hükmüne yer verildiği görülmektedir¹¹⁸³. Alacakların faktoring şirketine devri hâlinde alacak ile birlikte öncelik hakları ve bağlı haklar da faktoring şirketine devredilmiş olur (TBK m. 189)¹¹⁸⁴.

Öncelik hakkı, borcun öncelikle tahsil edilebilmesini sağlayan haklardır. Örneğin İİK m. 206’da sayılan alacaklar önceliklidir¹¹⁸⁵. Alacağın devri halinde alacaklının kişiliğine özgü olmayan öncelik hakları devralana karşı ileri sürülebilir¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁰ Ek Haksız Sözleşme Şartları m.1/b: “Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar” haksız şart sayılmıştır. Ayrıca bkz. Alman Medeni Kanunu Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 309/3: “Karşı tarafın tartışmasız veya kesinleşmiş bir alacak ile takas hakkını ortadan kaldıran hükümler geçersizdir.”, Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 300: “İsviçre hukukunda ve AB hukukunda da aynı yönde düzenlemeler mevcuttur. Gerçekten 93/13 sayılı Yönergenin eki listenin 1/b maddesinde tüketicinin takas hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin kayıtlar geçersiz sayılmaktadır.” Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013> ET. 05/04/2024.

¹¹⁸¹ Yelmen, s. 144; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 300.

¹¹⁸² Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 301.

¹¹⁸³ Bkz. Ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. II/3. “MÜŞTERİ, iş bu sözleşme hükümleri uyarınca temlik etmiş bulunduğu alacaklar ile ödeme vasıtalarının ve teminatların FAKTOR tarafından üçüncü kişilere devir ve temlikine muvafakat ile FAKTOR’un bu alacaklar ve ödeme vasıtaları üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip olduğunu kabul eder.” denilmiştir.

¹¹⁸⁴ Ayrintı için bkz. İkinci Bölüm, VI, A, 1, a, cc.

¹¹⁸⁵ Tunçomağ, s. 646; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Eren, Genel Hükümler, s. 1374; Arıkan, Temlik, s. 148.

¹¹⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1372; Tunçomağ, s. 646; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Kazmacı, Uzun, s. 128; Üçer, s. 424; Arıkan, Temlik, s. 146.

Alacağın devri ile öncelik hakları yanında, alacağa bağlı rehin ve kefalet gibi teminatlar, kanuni ipotek hakkı, işleyen faizler, hapis hakkı, tazminat ve cezai şart talep hakkı gibi fer'i haklar da faktore geçer¹¹⁸⁷. Müşterinin alacağın teminatı olarak borçludan aldığı kambiyo senetlerinin ciro yoluyla faktore devri gerekir¹¹⁸⁸.

Faktore devrolunan alacağın teminatı olarak borçlu tarafından müşteriye verilen ve faktoring sözleşmesi gereği faktore geçen kambiyo senetlerinin alacak sona erdikten sonra borçluya veya müşteriye iade edilmesi gerekmektedir¹¹⁸⁹. Asıl alacağın ifa, takas, zamanaşımı gibi sebeplerle sora ermesi halinde müşteriye veya borçluya iade edilmesi gereken kambiyo senetleri, faktor tarafından üçüncü bir kişiye devredilmişse bu kambiyo senetleri üçüncü kişilerce takip edilebilir. Bu durumda mükerrer ödeme söz konusu olabilir.

Faktoring sözleşmesinde verilen yetkiye¹¹⁹⁰ dayanılarak müşteriden alınan ikinci senedin ciro yoluyla iyi niyetli üçüncü kişilere devri halinde senedin teminat için verildiği üçüncü kişilere karşı ileri sürülememektedir. Üçüncü kişi senedin teminat amaçlı verildiğini bilmiyor veya çek üzerinden anlaşılmıyor ise müşteri ciro silsilesinde kendisinden sonra gelenlere karşı kambiyo senedinin takibinde sorumlu tutulmaktadır¹¹⁹¹.

Faktoring sözleşmesi gereği müşterinin alacağını devralan faktoring şirketinin, borçlu tarafından müşteriye verilen senedin yanında müşteriden teminat amaçlı aldığı kambiyo senedini teminat sözleşmesine aykırı olarak, üçüncü kişilere devretmesi ve kendisinin bu senedin alacaklısı olduğunu kabul etmesi hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır. Bu senedin üçüncü kişilerce takip edilmesi müşteri için ağır

¹¹⁸⁷ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 75; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 42; Üçer, s. 424.

¹¹⁸⁸ Üçer, s. 440; Saraç, Yargıtay, s. 249; Özakman, Hukuki Nitelik, s. 42.

¹¹⁸⁹ Akkanat, Öztürk, Elif, Beyza, "Alacağın Teminaten Devri", İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (1), Y. 2021, ss. 1-26, s. 8. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1734765>). Burada devrolunan kambiyo senedi borçlu tarafından müşteriye asıl borcun ifası amacıyla borçlu tarafından düzenlenip verilen kambiyo senedi değil, borçlunun başka bir alacağına ilişkin elinde bulunan kambiyo senedir. Borçlu kambiyo senedine bağlanmış alacağını teminat amaçlı müşteriye devretmekte, müşteri de bu senedi faktoring sözleşmesi gereği faktore devretmektedir. Öte yandan müşterinin ek teminat olarak faktoring şirketine devrettiği kambiyo senedi müşteri tarafından sırf teminat amaçlı düzenlenip faktore devredilen kambiyo senedir. Bu devirler inançlı işlem olarak alacağın sona ermesi halinde iade olunacağı inancıyla yapılabileceği gibi, senet üzerine "teminat içindir" ibaresi yazılarak devredilmesi de söz konusu olabilir. Nitekim Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği, m. II/5'te görüldüğü gibi teminat amaçlı verilen senetlere bu ibarenin yazılması zorunlu tutulmuştur.

¹¹⁹⁰ Bkz. ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. II/3.

¹¹⁹¹ Yargıtay 11. HD., T. 10/03/2021, E. 2020/3041, K. 2021/2259; "...davaya konu çekin kullandırılan kredilerin ödeme vasıtası olarak ciro ile teslim alındığını, çekte rehin cirosu ile cirolandığına ya da teminat olarak alındığına dair bir ibare bulunmadığını, davacının bedelsizlik def'ini iyiniyetli yetkili hamil olan davalı Alternatif Bank A.Ş.'ye karşı ileri sürmesi mümkün değildir." (Yaman, s. 105)

sonuçlara sebebiyet verir. Faktoring sözleşmesinin esas amacı tacirlerin nakit sıkıntısını gidermek, finansman desteği sağlamaktır. Oysa faktore teminat amaçlı verilen senedin üçüncü kişilere devrine yetki veren faktoring sözleşmesi, faktoring şirketine göre zayıf konumdaki müşterinin aleyhine hareket edilmesiyle sonuçlanmaktadır. Müşteri için sözleşmeden beklenen fayda elde edilemediği gibi, sözleşme dengesinin faktor lehine bozulduğu ortadadır. Sözleşme serbestisi ilkesinin bir tarafın lehine, diğer tarafın hak, menfaatini ihlal eder şekilde kullanıldığı bu hükmün dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun kabulü ile hükümsüzlüğüne karar verilebilir.

d. Teminat Amaçlı Devredilen Kambiyo Senetlerinin Takibi

Faktoring sözleşmelerinde, faktorün sözleşmeye aykırılık halinde herhangi bir ihbar yapılmadan önceden verilen her türlü teminatlar ile ek teminat olarak verilen kambiyo senetlerinin yasal takibine yetkili olduğu düzenlenmektedir ¹¹⁹².

Faktorün alacakların tahsili için müşteriden devralınan kambiyo senetleri ile birlikte bu alacakların teminatı olarak alınan kambiyo senetlerinin birlikte takibine izin veren bu türlü sözleşme hükümleri mükerrer tahsilata ve sebepsiz zenginleşmeye sebep olabilir. Bu durum müşterinin ve borçlunun ekonomik bağımsızlığı tehdit eder niteliktedir. Faktorün müşterinin sözleşmeye aykırılığı halinde alacağın devri yoluyla kendisine devrolunan tahsil ve teminat amaçlı kambiyo senetlerinin aynı anda takip edilmesine müsaade edilmesinin ölçüsüz olduğu kabul edilir¹¹⁹³.

¹¹⁹² Bkz. ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. VI/2: “müşterinin sözleşmeye herhangi bir aykırılığı halinde ve sözleşmede belirtilen sair hallerde herhangi bir ihbara, ihtara, hüküm istihsaline, mehil tayinine, alacağın miktarının yetkili yargı organlarınca önceden tespitine gerek olmaksızın bilcümle ödeme vasıtalarını ve aynı ve şahsi bilumum teminatları, ek teminat mahiyetinde tevdi olunan kambiyo senetlerini ayrı ayrı ya da birlikte nakde tahvile, ibrazında ödenmeyenleri yasal takibe konu yapmaya, aynı zamanda müteselsil kefil/kefiller’i takibe yetkili” olduğu düzenlenmektedir.

¹¹⁹³ Yargıtay 12. HD., T. 15/12/2020, E. 2020/7857, K. 2020/10812 sayılı kararında: “Faktoring sözleşmesi gereğince temlik edilen teminat senedinin kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe konması nedeniyle borçlu tarafından takibin iptali istenmiş, Yüksek Mahkeme tarafından söz konusu senedin teminat amaçlı verildiğine ilişkin gerekli araştırma yapılmadığı, Faktoring Kanunu m. 9/II ve Yönetmelik 8/I maddeleri gereğince takibin iptali talebine ilişkin verilen red kararları bozulmuştur.” (Yaman, s. 107) Yargıtay 12. HD., T. 05/11/2020, E. 2020/479, K. 2020/9332 sayılı kararında kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla yapılan takibe ilişkin borçlunun teminat senedi itirazı araştırılarak yargılama gerektiği gerekçesiyle BAM kararı bozulmuştur. (Yaman, s. 107).

Ayrıca faktoring şirketine devredilen kambiyo senedinin takibi halinde senet borçlusunun savunma haklarının ileri sürülmesi hususundaki haklarının korunması gerekir¹¹⁹⁴. TTK m. 687/1 hükmü ile kambiyo senetlerinin takibinde def'ilerin ileri sürülemeyeceği¹¹⁹⁵ belirtilse de, faktoring sözleşmeleri gereğince devredilen kambiyo senedinin tahsilinde devredilen alacağa ilişkin temel borç ilişkisinden kaynaklanan def'iler faktore karşı ileri sürülebilir.

6361 sayılı Kanun m. 9/3 hükmüne göre de faktoring işleminin tarafı olmayan (müşteri ve borçlu dışındaki) kişilere ait olupta faktore teminat amacıyla ciro edilen kambiyo senetlerinin takibinde kambiyo alacaklılarının kendi borç ilişkilerinden doğan def'iler faktore karşı ileri sürülemez. Faktor, müşteri ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan savunma hakları yönünden soyutluk ilkesinden faydalanamayacağı halde, borçlu ile müşteri arasındaki borç ilişkisinden kaynaklı olmayan, kambiyo senetlerini düzenleyen ve önceki hamillerin kendi borç ilişkilerinden doğan savunma hakları yönünden kambiyo senetlerine özgü soyutluk ilkesini ileri sürebilir¹¹⁹⁶. Alacağın sona ermesi halinde ise alacak ile birlikte faktore devredilen teminat niteliğindeki kambiyo senetlerinin borçluya veya müşteriye iade edilmesi gerekmektedir¹¹⁹⁷. Asıl alacak sona erdiğinde faktore devredilen teminat senetlerinin faktor tarafından takibinin yapılması sebepsiz zenginleşme oluşturur.

Her ne kadar ekte yer alan örnek faktoring sözleşmesinin m. II/13'de borçludan tahsil edilemeyen alacak kısmı için faktorün tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla, alacakları için müşteriden ödeme talep edeceği belirtilmiş ise de devrolunan alacağa ilişkin senetler ile teminat olarak alınan kambiyo senetlerinin aynı anda takibe

¹¹⁹⁴ Kambiyo senetlerinin devrinde savunma haklarının ileri sürülmesine ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, VI, B, 3.

¹¹⁹⁵ Benzer düzenleme mezkûr Kanun'un "Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler ve Diğer Emre Yazılı Senetler" kısmında da yer almaktadır. Bkz. TTK m. 825/2: "Borçlu ile önceki hamillerden biri veya senedi düzenleyen kişi arasında doğrudan doğruya varolan ilişkilere dayanan def'ilerin ileri sürülmesi, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması hâlinde caizdir."

¹¹⁹⁶ Burada devrolunan kambiyo senedi borçlu tarafından müşteriye asıl borcun ifası amacıyla borçlu tarafından düzenlenip verilen kambiyo senedi değil, borçlunun başka bir alacağına ilişkin elinde bulunan ve teminat amaçlı müşteriye devredilen kambiyo senedir. Borçlu kambiyo senedine bağlanmış alacağını teminat amaçlı müşteriye devretmekte, müşteri de bu senedi faktoring sözleşmesi gereği faktore devretmektedir. Bu devirler inançlı işlem olarak alacağın sona ermesi halinde iade olunacağı inancıyla yapılabileceği gibi, senet üzerine "teminat içindir" ibaresi yazılarak devredilmesi de söz konusu olabilir. Ayrıntı için bkz. Akkanat, Ö., s. 8.

¹¹⁹⁷ Akkanat, Ö., s. 8; Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 80; Şener, s. 71; Kazmacı, Uzun, s. 80 ve 202; Toroslu, s. 212 ve Demir, R., s. 894: "Müşterinin alacak haklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebileceği görüşündedir"; Akyol, Banka, s. 36.

başlanılması mükerrer ödemeye sebep olabilir¹¹⁹⁸. Özellikle de faktoring sözleşmesi gereği teminat amaçlı alınan ikinci kambyo senedine metin olarak teminat amaçlı verildiği belirtilmemiş ise ikinci kambyo senedinin de takibi halinde bu sorun ortaya çıkar.

Burada cevaplanması gereken bir soru da teminat amacıyla faktore devrolunan kambyo senetlerinin teminat amaçlı olduğu ileri sürülerek senedin iptalinin mümkün olup olmadığıdır¹¹⁹⁹.

Yukarıda açıklandığı gibi kambyo senetlerinin soyutluğu ilkesi gereği kambyo senetlerinin takibinde asıl sözleşmeye ilişkin savunma hakları dinlenilmez. Düzenleyenin söz konusu kambyo senedinin aslında teminat senedi olduğunu, dolayısıyla gerçek bir borç ilişkisi olmadığını kişisel def'i olarak ileri sürmesi mümkün ise de bu durumun yazılı delille ispat edilmesi gerekmektedir¹²⁰⁰. İspat için ise Yargıtay, teminat için verilen kambyo senedinin metin kısmına "teminat içindir" ibaresinin bulunmasını yeterli görmemekte, teminatın asıl borç ilişkisine atıfta

¹¹⁹⁸ Bkz. Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. VI/2. Yaman, s. 103: "Müşterinin, henüz vadesi gelmemiş kambyo senedinin devrinin yanı sıra teminat amaçlı beyaza imza atıldığı ve onun da faktoring şirketi tarafından kambyo senedi vasfı taşıyacak şekilde doldurulduğuna dair vakıalara rastlanmaktadır. Bu durum, çoğu kez aradaki anlaşmaya uygun düşse de bu hâlde bile birçok mahzuru içerisinde barındırmaktadır. Çünkü hem müşterinin üçüncü kişideki alacağı devredilmekte hem de buna ek olarak yüksek miktarda kambyo senedi teminat olarak verilmektedir. Faktoring şirketi alacağı üçüncü kişiden tahsil edemediği takdirde hem alacak için hem de teminat olan kambyo senedini icra takibine koymaktadır."

¹¹⁹⁹ Ekte yer alan örnek faktoring sözleşmesi m. II/5'te müşterinin kendisine sağlanan finansmanın, faktoring ücretlerinin, komisyonların, faiz ve bircümle masraflar ile ferilerinin teminatını teşkil etmek üzere faktore teminat vereceği, faktörün, MÜŞTERİ'nin veya borçlularından herhangi birinin ödemelerini geciktirdiği, ödeme güçlüğü içine düştüğü yada teminat açığının doğduğu, borçların vadelerinde tamamen ödenmeyeceğinin önceden anlaşıldığı hallerde, teminatların değiştirilmesini ve/veya yeterli görülebilecek ek teminat verilmesini talep edebileceği, söz konusu teminatların, sözleşmenin süresinin uzatılması, yenilenmesi ve herhangi bir sebeple sona ermesi halinde dahi faktörün müşteriden doğmuş, doğacak, her ne nam altında olursa olsun bircümle alacaklarının teminatını teşkil edeceği belirtilmiştir." Buna göre müşteriden alınan teminatlar faktoring sözleşmesi süresince müşterinin her türlü borcu için teminat özelliğini sürdürmektedir.

¹²⁰⁰ Ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. II/5: "Faktore verilen teminat amacıyla devir, ciro, teslim edilen kıymetli evrakın bu amaçla devredildiğinin kaydedilmesinin zorunlu olduğu, müşterinin teminat kaydını ihtiva etmeyen bir kıymetli evrakın teminat için verildiği iddiasında ise buna ilişkin faktörün imzasını içeren sözleşmeyi ibrazla yükümlü olduğu" belirtilmiştir. Dolayısıyla teminat amaçlı faktore verilen kıymetli evraka bu husus kaydedilecektir. Yargıtay 19. HD., T. 06/07/2020, E. 2019/310, K. 2020/1335; "...dava konusu bononun davacı tarafından düzenlenerek davalıya verildiği, davacının ödeme iddiasının olmadığı ve imzayı inkar etmediği, bononun teminat bonusu olduğuna dair davacının yazılı bir delil ibraz etmediği ve yemin deliline dayanmadığı, dava konusu bononun teminat bonusu olduğunun davacı tarafından ispat edilemediği, bono kambyo senedi olduğundan sebepten mücerret borç ikrarını içerir, bononun ticari defterlerde kayıtlı olmaması onu hükümden düşürmeyeceği gibi mücerretlik niteliğini de etkilemediği, bu nedenle ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş," ve karar onanmıştır.(Yaman, s. 104).

bulunulmasını istemektedir¹²⁰¹. Senedin üzerine teminat için olduğu belirtilmemiş veya “teminat içindir” ibaresine yer verilmekle birlikte asıl borç ilişkisine atıfta bulunulmamış senetlerin takibinde ise senedin teminat amaçlı verildiği iddiası dinlenilmemektedir. Yargıtayın bu görüşü faktoring sözleşmeleri için teminat iddialarının ileri sürülmesini zorlaştırmaktadır. Bunun sebebi faktoring işlemlerinde müşteri tarafından verilen teminatlar, müşterinin faktore olan faiz, komisyon gibi borçlarını karşılaması yanında, faktore devredilen alacağın tahsil edilmemesi halinde bu alacağın da teminatını oluşturur. Bu şekilde alınan bir teminat senedi tek bir alacağa özgülenmemektedir. Sözleşmenin süresi boyunca ve sona ermesi halinde dahi faktörün müşteriden doğmuş, doğacak, her tür alacağının teminatını teşkil etmektedir. Faktoring sözleşmesinde teminat için verilen senet üzerine bu durumun kaydedileceği hükmüne yer verilmiş olsa da Yargıtayın asıl alacağa atıfta bulunma şartını bu kayıt karşılamamaktadır. Faktoring sözleşmeleri bakımından faktör ile müşteri arasında düzenlenen teminat senetlerinde asıl alacağa atıf koşulunun esnetilmesi gerekmektedir.

e. Teminatın Her Zaman Değiştirilebilmesi veya İlave Teminat

Talep Edilebilmesi

Faktoring sözleşmelerinde, müşterinin, faktörün talep etmesi halinde her türde ve tutarda teminat vereceği düzenlenmektedir¹²⁰². Faktoring şirketince kendini güvenceye almak için ek teminat talep etme yoluna başvurulsa da bu talebin yasal dayanağı yoktur. Kural olarak sözleşme kurulduktan sonra ek teminat verilmemesi sebebiyle sözleşme sona erdirilemez. Şu var ki TBK m. 98’de belirtilen bazı şartların varlığı halinde güvence verilme talebi reddedilen tarafın sözleşmeden dönme hakkı vardır. Buna göre taraflardan birinin borcunu ödemede güçsüz duruma düşmesi halinde karşı taraf güvence isteyebilir ve yeterli güvence gösterilene kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir. Bu hüküm gereğince faktoring sözleşmelerinde de

¹²⁰¹ Yargıtay 12. HD. 21/01/2020 T. E. 2019/808, K. 2020/519 (Yaman, s. 104.)

¹²⁰² Ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. II/5: “FAKTÖR, MÜŞTERİ’nin ve/veya borçlularının herhangi birinin ödemelerini geciktirdiği, ödeme güçlüğü içine düştüğü yada teminat açığının doğduğu, borçların vadelerinde tamamen ödenmeyeceğinin önceden anlaşıldığı hallerde, teminatların değiştirilmesini ve/veya yeterli görülebilecek ek teminat verilmesini talep edebilir.”

müşterinin aczi üzerine uygun bir sürede teminatın verilmemesi halinde fesih hakkı kullanılabilir¹²⁰³.

Öte yandan, sözleşme ile ek teminat istenebileceğine ilişkin hüküm kararlaştırılabilir. Doktrinde de faktörün ihtiyaç halinde yeni teminatlar isteme hakkını sözleşme ile saklı tutabileceği kabul edilmektedir¹²⁰⁴. Özellikle müşterinin ekonomik durumunun kötüleşmesi, daha önce verilen teminatların değerinin düşmesi veya teminatların alacakların toplam miktarının altında kalması halinde ek teminat istenebileceği kabul edilmelidir¹²⁰⁵. Ancak teminat istenilmesi için gerekli şartların oluşmadığı, faktörün borcun ifasında bir riziko bulunmadığı, müşterinin ödeme yeteneği hakkında güvenilir bilgi almadığı ve makul olmayan miktarda teminat istenilmesi hallerinde bu hükmün TMK m. 2'ye aykırılığı sebebiyle hükümsüzlüğüne karar verilebilir¹²⁰⁶. Zira sözleşmedeki yetkisine dayanarak faktörün hak etmediği bir yararı sağlamasını hukuk himaye etmez. Ayrıca Faktoring Yönetmeliği m. 8/3 ve 4'de belirtilen teminat olarak alınan kambiyo ve diğer senetlerin tahsili için gerekli koşullara uyulması gerekir.

f. Doğacak Borçlar İçin Teminat Alınması

Hukukumuzda henüz mevcut olmayan alacaklar için de teminat verilmesi kabul edilmektedir. Nitekim TMK m. 881'de bu husus taşınmaz rehni açısından açıkça ifade edilmiştir¹²⁰⁷. Keza kefaletle ilişkin TBK m. 582/1 hükmünde doğacak borç için kefalet sözleşmesi kurulabileceği düzenlenmiştir. Faktoring sözleşmesinde müşterinin ileride doğacak alacaklarının da faktöre devri kararlaştırıldığından bu alacakların

¹²⁰³ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 93; Kazmacı, Uzun, s. 79 ve s. 205; Saraç, Yargıtay, s. 280; Yavuz, N., s. 255.

¹²⁰⁴ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 80; Kazmacı, Uzun, s. 80-81.

¹²⁰⁵ Atamer, GİŞ Denetim, s. 259; aksi yönde, Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1404.

¹²⁰⁶ Saraç, Yargıtay, s. 144; Domaniç, Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1404; Yavuz, N., s. 256; Atamer, GİŞ Denetim, s. 259.

¹²⁰⁷ TMK “Amaç ve nitelik” başlıklı m. 881; “Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir.”

tahsil edilememesi ile müşteriye sağlanan finansman, komisyon, faiz borçlarına yönelik teminat alınmasına ilişkin düzenleme yapılması tabiidir¹²⁰⁸.

Doğacak alacakların teminat altına alınması kabul edilse de doktrinde kabul edilen “teminat altına alınan alacağın belirliliği ilkesi” gereğince hangi alacağın teminat altına alındığının açık olması gerekir¹²⁰⁹. Bu ilke, teminatın ilişkin olduğu alacağın belirli yahut belirlenebilir olmasını gerektirir. Faktoring sözleşmeleri yönünden verilen teminatın faktor tarafından tahsil edilemeyen alacağa ilişkin müşteriye daha önce devredilen alacağa karşılık ödenen tutar, faiz, komisyon ve diğer masraflara ilişkin olduğu kabul edilir. Dolayısıyla müşteri ile faktor arasındaki akdedilen sözleşme gereğince finansman temini sonucu oluşan alacağa karşılık teminat verilmektedir. Bu açıdan müşteri tarafından verilen teminatın belirlilik unsurunu karşıladığı görülmektedir. Faktoring sözleşmelerinde sözleşmenin sona ermesinden sonra doğacak alacaklar bakımından ise teminatın sürdürülmemesi gerekir. Sözleşmenin sona ermesinden sonra, sözleşme hükümleri çerçevesinde doğan ve devam eden borçlar bakımından da teminatın devam ettiği kabul edilmelidir.

Genel işlem koşulu olarak kararlaştırılan teminat koşulu hakkında TBK m. 21/1 hükmü gereğince yapılması gereken genel bilgilendirme dışında, aynı zamanda borçlunun teminatın doğmuş ve doğacak bütün borçları kapsadığına ilişkin sözleşme hükmünün sözleşmenin parçası olduğu özellikle belirtilmelidir. Bu itibarla, faktoring sözleşmelerinde haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşmeden doğmuş alacaklar için teminat verildiğinin TBK m. 21/1 de yer alan sürpriz koşul olarak değerlendirilmemesi için özellikle açıklanması zaruridir¹²¹⁰. Zira faktoring işlemlerinde haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme için teminat verilmesi ticari ilişkinin unsurlarına yabancı görülmektedir. Böyle bir açıklama sonucunda sözleşme hükmünün TBK m. 25’e göre

¹²⁰⁸ Ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği, m. II/5: “...teminatlar, sözleşmenin süresinin uzatılması, yenilenmesi ve herhangi bir sebeple sona ermesi halinde dahi FAKTOR’un MÜŞTERİ’den doğmuş, doğacak, her ne nam altında olursa olsun bilcümle alacaklarının teminatını teşkil edecektir.”

¹²⁰⁹ Serozan, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, B. 2, İstanbul 2007, s. 344; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Oktay, Saibe, Eşya Hukuku, B. 24, İstanbul 2022, s. 997; Çetiner, Bilgehan, “Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu”, Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı C. I, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 803-827, s. 805. (https://cevdetyavuz.av.tr/makale/Armağan/00_CevdetYavuzArmağan_bastaraf.pdf).

¹²¹⁰ Yavuz, N., s. 284: “İsviçre Federal Mahkemesine göre, kural olarak sadece zayıf ve denetimsiz olan taraf sürpriz koşul kuralına dayanabilir. Ancak bunun muhakkak tüketici olması gerekmektedir. Sözleşmenin karşı tarafına göre zayıf durumda olan tacirde GİŞ içinde zayıf taraf olarak nitelendirilebilir.”

dürüstlük kurallarına aykırı olduğu yönünde nitelendirilmesi veya TMK m. 23/2'ye göre kişilik haklarını ölçsüz biçimde sınırlaması söz konusu olmaz¹²¹¹.

Factoring sözleşmesi dışındaki hukuki sebeplerden kaynaklanan alacaklar bakımından ise aynı kural geçerli değildir. Örneğin, faktörün bir üçüncü kişiden devraldığı alacaklar için müşterinin daha önce verdiği teminatın geçerliliğini sürdürmesi mümkün değildir¹²¹². Yine müşterinin faktör ile ilişkisi sona erdiği halde ileride yeni bir borcun doğabileceği olasılığıyla teminatın serbet bırakılmaması da müşterinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlar nitelikte görülmektedir¹²¹³.

g. Kefilin Sorumluluğunun Genişletilmesi

Factoring sözleşmelerinde kefile ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır¹²¹⁴. Bu düzenlemeler kefaletle ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan yedek hukuk kurallarının uygulama dışı bırakılması sonucunu doğurmakta, adeta ikinci bir borçlu ortaya çıkarmaktadır. Yargıtay'a¹²¹⁵ göre, TBK m. 601'de yer alan kefilin süresiz kefaletin sona erdirilmesi haklarından feragat etmesi, asıl borçlu ile birlikte uzun süre yükümlülük altına girme yönünde iradesini ifade ettiği yönünde kabul edilmektedir. Ancak doktrinde kefile ilişkin Kanunda düzenlenen hükümlerden bu derece sapmanın tarafların hak ve borçları arasında önemli ve haksız orantısızlık yaratmak anlamına gelip gelmediği hususunda karar vermek için kefilin kim olduğu ve kefaletin neden verildiğine dikkat edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹²¹⁶.

Öte yandan 6098 sayılı TBK'da kefalet sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmiştir. TBK m. 589/2 hükmü ile kefilin sorumluluğu

¹²¹¹ Çetiner, s. 820-821.

¹²¹² Yavuz, N., s. 283; Çetiner, s. 821.

¹²¹³ Yavuz, N., s. 283; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, B. 2, İstanbul 1982-1983, s. 287: "Ancak, ileride her ne zaman olursa olsun, doğabilecek bütün borçlar için, makul bir sınırlama olmaksızın, kurulacak bir rehin hakkı, aşırı bağlılık yaratacağından kişilik haklarını ihlal eder ve bu nedenle geçersizdir."

¹²¹⁴ Ekte yer alan Factoring sözleşmesi örneği IV/ m. 10 ve 11.

¹²¹⁵ Yargıtay 19. HD. 04/03/1998 tarih ve 8390/1501; "TBK m. 601 (eski BK m. 494) maddesinde belirtilen haklardan feragat edilmesi, kefilin alacaklının keyfine tabi kılacağı söylenemez. Bu feragatin neticesi olarak kefilin, asıl borçlu kadar uzun bir zaman yükümlülük altına girme iradesini ortaya koymuş bulunduğu kabulü gerekir. İki kimsenin birlikte borçlu olarak müteselsilen mükellefiyet yüklenmesi ve aralarında anlaşarak birisinin hakiki borçlu diğerinin ise garanti veren durumunda olmasını kanun koyucu kabul etmektedir. BK'nın 494. maddesindeki haklarından alacaklıya karşı feragat eden müteselsil kefilin durumu da budur". (Yavuz, N., s. 124).

¹²¹⁶ Atamer, GİŞ Denetim, s. 235.

düzenlense de bu hüküm emredici nitelikte değildir. Böylece kefilin sorumluluğunun taraflarca genişletilmesi ya da daraltılması mümkündür.

Kefalet sözleşmesi, TBK m. 582/1 uyarınca, mevcut alacakları güvence altına almak amacıyla kurulabileceği gibi gelecekteki alacakların teminatı amacıyla da kurulabilir. Faktoring sözleşmelerinde kefilin doğacak borçlardan da sorumlu oldukları görülmektedir. Ancak gelecekteki borçlar bakımından TBK m. 599'da kefile kefaletten dönme hakkının verildiği görülmektedir. Faktoring sözleşmelerinde ise kefilin dönme hakkını kullanamayacağı belirtilmekle birlikte genel işlem koşulu içinde yer alan bu hükmün Kanunda yer alan koşulların oluştuğu durumlarda kefilin dönme hakkının kullanılması mümkün olmalıdır.

Çerçeve sözleşme niteliği taşıyan ve ileri bir tarihte yapılacak kredi sözleşmesini teminat altına almak için yapılan kefalet sözleşmesinde, sözleşme kuruluncaya kadar kefilin dönme hakkı varlığını korur. Çerçeve sözleşme kurulduğu halde henüz münferit bir kredi kullanılmamışken kefilin sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığına ilişkin öğretide bir görüşe¹²¹⁷ göre, çerçeve sözleşmenin kurulması ile bankanın kredi kullandırma borcu altına girdiği ve borcun bulunduğu bu sebeple TBK m. 599'a göre sözleşmeden dönmenin mümkün olmadığı savunulurken, diğer bir görüş¹²¹⁸, henüz münferit kredinin kullandırılmadığı hallerde kefile dönme hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır. Belirtilen görüşlerin faktoring sözleşmeleri yönünden de düşünülmesi mümkündür. Zira henüz doğmamış alacakların devri ile finans sağlanan faktoring sözleşmelerinde, alacak doğduğunda kredi sağlanmaktadır¹²¹⁹. Gelecekteki alacak henüz doğmadan önce müşterinin kefilinin bu alacaklar yönünden kısmi olarak kefaletten dönme hakkı bulunmalıdır. Ayrıca kefilin, verdiği kefaletten kısmi olarak dönmesi kabul edilmektedir¹²²⁰. TBK m. 599 hükmünde yer alan kefaletten dönme şartlarının oluştuğunda faktoring sözleşmesini

¹²¹⁷ Özen, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, B. 4, İstanbul 2017, s. 564.

¹²¹⁸ Çınar, Ömer, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013, s. 115; Reisoğlu, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 293; Şahin, Özkan, Gizem, "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, ss. 1288-1336, s. 1317.

¹²¹⁹ Toroslu, s. 17; Kazmacı, Uzun, s. 7; Öğülmüş, s. 13.

¹²²⁰ Özen, s. 612, dn. 125; Çelik, Yiğit, "Kredi Açma Sözleşmesine İlişkin Kefaletten Dönme Ve Dönmenin Hukuki Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 (1) 2022, ss. 105-128, s. 121.

akdeden kefilin sözleşmeden dönmesi ile kredinin henüz kullanılmamış kısmının sorumluluğundan kurtulabilir¹²²¹.

TBK m. 582/3’de, kefilin haklarından önceden feragat edemeyeceği düzenlenmiş olsa da, kefilin sorumluluğunun sınırını düzenleyen TBK m. 589/3 hükmü emredici nitelikte bulunmadığından, borçlunun kefalet sözleşmesinin akdedildiği tarihten önceki borçları için de kefilin sorumlu olacağı kefil ile alacaklı arasında kararlaştırılabilir¹²²². TBK m. 589/4’de yer alan, kefilin cezai şart ve menfi zarardan sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin kural emredici niteliktedir. Bu sebeple, sözleşme ile kefilin cezai şart ve menfi zarardan sorumlu olacağı hakkında anlaşma yapılamaz¹²²³. Kefilin anapara faizi yönünden sorumluluğu yönünden ise TBK m. 589/2’de kefilin, bir yıllık işlemiş ve işlemekte olan akdi faizden sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ancak kefilin borçlunun kusuru veya temerrüdünün sonuçlarından sorumluluğu, bir yıllık sınırlamaya tabi olmaksızın kabul edilmektedir¹²²⁴. Süreli olmayan kefalet sözleşmeleri TBK m. 598/3 gereğince 10 yıl ile sınırlandırılmıştır.

Factoring sözleşmelerinde kararlaştırılan kefaletin müteselsil kefalet olduğu görülmektedir. TBK m. 586’da müteselsil kefalet düzenlenmiş, TBK m. 583/1 hükmüne göre, müteselsil kefil olma yönündeki iradenin kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekmektedir. Öte yandan TTK m. 7¹²²⁵’de, ticari işlerde müteselsil kefaletin asıl olduğu düzenlenmiştir. Factoring sözleşmelerinde kefaletin ticari iş niteliğinde olduğu açıktır. TBK m. 583/1’de yer alan müteselsil kefilin iradesini el yazısı ile ortaya koyması gerektiği kuralının TTK m. 7/2’de düzenlenen teselsül

¹²²¹ Çelik, Y., s. 121; Özen, s. 612, dn. 125. Buna karşılık ilk münferit kredi kullanılmışsa, artık kefilin TBK m. 599 hükmünden yararlanarak sözleşmeden dönmesinin mümkün olmadığı görüşü için bkz. Çınar, s. 115; Reisoğlu, Safa, s. 293 ve Gümüş, Genel Hükümler, s. 452.

¹²²² Yılmaz, Merve, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, TBB Dergisi 2011 (97), ss. 155-169, s. 161. (<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-97-1110>.)

¹²²³ Yılmaz, Mer., s. 163; Kefalet sözleşmesinde kefilin cezai şarttan ve menfi zarardan da sorumluluğunun kararlaştırılabileceğine dair görüş için bkz. Gümüş, Genel Hükümler, s. 596; Zevkliler/Gökyayla, s. 554.

¹²²⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 555; Aksoy, s. 23; Gümüş, Genel Hükümler, s. 600; Yılmaz, Mer., s. 166.

¹²²⁵ TTK m. 7, “(1) İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez. (2) Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur.”

karinesi çerçevesindeki kefillere de uygulanması konusunda doktrin ve Yargıtayca¹²²⁶ TTK m. 7/2'deki düzenlemenin TBK m. 583/1 hükmünün istisnalarından biri olduğu ve şekil şartını teselsül karinesinin uygulandığı kefiller açısından sona erdirdiği kabul edilmektedir¹²²⁷.

Kefilin sorumlu olduğu miktarın ise TBK m. 589/1 hükmü gereği kefalet sözleşmesinde belirlenmiş olması gerekir. Kefil sözleşmede belirtilen limit kadar borçtan sorumludur. Kefilin sorumlu olduğu limite ilişkin miktarın kefilin el yazısıyla yazılması gerekir. Sorumluluk miktarı belirtilmeyen kredi sözleşmeleri TBK m. 583'e göre geçersizdir¹²²⁸.

Factoring sözleşmelerinde kefalet müteselsil kefillik olup, faktor müşterinin ödeme gücünden yoksunluğu ve diğer sebeplerle borcunu ödememesi halinde müşteriye karşı yapılacak olan tüm işlemler için kefalet limiti içinde olmak koşuluyla kefilin sorumluluğuna başvurulabilir.

¹²²⁶ Can, Mehmet Çelebi/Kaşak, Fahri Erdem, "Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sıfatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği", Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, ss. 266-277, s. 269; Çelik, Aytekin, "Ticari İşlerde Birlikte Borç Altına Girilmesi ve Ticari Bir Borca Kefil Olunmasının Sonuçları", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 6, S. 1, Y. 2023, ss. 326-373, s. 367. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3069368>).

¹²²⁷ Yargıtay 19. HD 18/06/2016 tarih E.2016/2405- K.2016/10936; "...6102 sayılı TTK. nın 7. maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda "müteselsil kefalet" sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz."

¹²²⁸ Yargıtay HGK 23/05/2019 tarih E.2017/11-1731, K.2019/608, "...dava konusu sözleşmenin kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu ve 818 sayılı BK'nın 484. (6098 sayılı TBK'nın 583.) maddesi gereğince kefilin sorumlu olduğu miktarın sözleşmede belirtilmemiş olması karşısında kefalet sözleşmenin bu hâli ile geçersiz olduğu anlaşılmaktadır."; Yargıtay HGK 06/11/2018 tarih, E.2018/689, K.2018/1624 sayılı kararında "...kefaletin verildiği anda borcun belirli ya da belirlenebilir olması gerektiği, kefalet sözleşmelerindeki belirlilik ilkesi uyarınca kefil olunan açısından belirli yani ferdileştirilmiş bir borcun varlığının arandığı, kefilin yalnızca kefalet limiti ve kendi temerrüdünün hukuki sonuçları ile bağlı olduğu, ..." yönünde bir karar vermiştir. Yine Yargıtay 19. HD 08/07/2010 tarih, E.2010/1957, K.2010/8626 sayılı içtihadında sözleşmede kefil olan davalının kefalet limiti ve kendi temerrüdünün sonuçlarından sorumlu olduğu gözetilerek kefil hakkında borçlu için kefalet limiti dikkate alınarak hüküm kurulması gerektiği söylenmiştir. (<https://www.hukukihaber.net/ticari-kredilerde-kefilin-sorumlulugu-ve-kefile-karsi-takip>) E.T. 02/04/2024.

h. Müşteri Bilgilerinin Aktarılması

Factoring sözleşmelerinde, müşterinin faktore ait bilgileri paylaşması yasaklanmışken, faktorün müşteriye ait bilgileri grup şirketleri ile paylaşabileceği¹²²⁹ belirtilmektedir.

Anayasanın m. 17/1'e göre, "herkesin maddi ve manevi varlığını muhafaza etme hakkı bulunur", m. 20/1'e göre de "özel hayatın gizliliğine dokunulamaz". TBK m. 26, m. 27 ve TMK m. 23/2 hükümleri çerçevesinde banka ve finans kuruluşlarının sır saklama yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmek gerekir.

6361 sayılı Kanunun m. 1'de kanunun amacı açıklanarak factoring şirketlerinin finansal kuruluş olarak faaliyet gösterdiklerine vurgu yapılmıştır¹²³⁰. 5411 sayılı Kanun m. 3'de ise finansal kuruluşun tanımı yapılmış, aynı Kanunu'nun "Faaliyet Konuları" başlıklı m. 4'de, factoring ve forfaiting işlemlerinin bankaların faaliyet konuları arasında bulunduğu görülmektedir. Bu hükümlerin bir arada değerlendirilmesinden factoring şirketlerinin Bankacılık Kanunu çerçevesinde de finansal kuruluş olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan 5411 sayılı Kanun m. 73/1¹²³¹ 'de; müşterilere ait sırların açıklanamayacağı belirtilmiş, m. 73/3 de ise müşteri sırlarının kanunen açıkça yetki

¹²²⁹ Ekte yer alan factoring sözleşmesi örneği, II/26: "26. MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, işbu factoring sözleşmesi ve ekleri hükümleri, işleyişi ile ilgili olarak üçüncü kişilere herhangi bir bilgi vermeyeceklerini, tüm bu hususların FAKTOR'un ticari faaliyetlerine ilişkin gizli bilgilerini oluşturduğunu, bu gizli bilgilerin açıklanması nedeniyle FAKTOR'un uğrayabileceği her türlü zararı derhal tazmin edeceklerini peşinen kabul, beyan ve ikrar etmektedirler. Diğer taraftan MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, FAKTOR'un, mevzuat hükümleri elverdiği çerçevede, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurulu, Tapu Sicil Müdürlükleri, Vergi Daireleri, Borsalar gibi resmi kuruluşlar ile Türkiye'de faaliyet gösteren resmi ve Özel Bankalar, finansman şirketleri ve benzerlerinden elde edebileceği, factoring hizmetleri ve factoring sözleşmesi sebebiyle öğrendiği ya da öğreneceği bilgileri grup şirketleri ile serbestçe paylaşabileceğini kabul ve beyan etmektedirler."

¹²³⁰ Söz konusu metne "finansal kuruluş olarak faaliyet gösterme" ibaresi Plan ve Bütçe Komisyonu'nda eklenmiş ve Alt Komisyon tarafından Plan ve Bütçe Komisyonu'na sunulan Alt Komisyon Raporu'nda anılan şirketlerin finansal kuruluş olarak faaliyet gösterdikleri hususunun vurgulanmasının amaçlandığı getirilmiştir. ([https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7741/6361_Sayili_Finansal_Kiralama_Factoring_ve_Finansman_Sirketleri_Kanunu_ve_Alt_Duzenlemeleri_Yorumu_\(Bankalarin_Factoring_Islemleri_ile_Factoring_Sirketleri_Acisindan\).pdf](https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7741/6361_Sayili_Finansal_Kiralama_Factoring_ve_Finansman_Sirketleri_Kanunu_ve_Alt_Duzenlemeleri_Yorumu_(Bankalarin_Factoring_Islemleri_ile_Factoring_Sirketleri_Acisindan).pdf))

¹²³¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu "Sırların saklanması" başlıklı m. 73/1'de; "Banka ve personelinin müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamacağı ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamayacakları" belirtilmiş iken, m. 73/3 maddesinde; "sır saklama yükümlülüğü altındaki bankaların ortaklarının, yönetim kurulu üyelerinin, mensuplarının, bunlar adına hareket eden kişilerin ve görevlilerin müşteri sırlarını kanunen açıkça yetkili kılınan mercilere açıklayabilecekleri" hükmüne yer verilmiş, aynı madde f. 4'de de; "kredi kuruluşları ve

verilen kişi ve kurumlara açıklanması kabul edilmiştir. Aynı madde f. 4’de de; “finansal kuruluşların grup şirketleri ile bilgi alışverişi yapmasına izin verilmiş ve bu kapsamda sır saklama yükümlülüğü kaldırılmıştır.

Buna göre, anılan Kanun hükümleri ile finansal kuruluşlar kendi aralarında müşteri sırlarını paylaşabilmektedir. Bu sırların paylaşılabilmesi için müşterinin onayı aranmamaktadır. Kanunun müsaade ettiği hallerde müşteri sırlarının aktarılması sır saklama yükümlülüğüne aykırı görülmemektedir.

Yine Kanun müşteri sırlarının kanunda açıkça yetkilendirilen merciler ile paylaşılmasına müsaade etmektedir. Dolayısıyla burada yetkinin kanun ile verilmiş olması gerekmektedir. Kanun dışında idarenin diğer düzenleyici işlemleri ile bankalardan bilgi istenemeyeceği görülmektedir¹²³². Örneğin, Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik m. 62’de borsa üyelerinin faaliyetleriyle ilgili bilgileri vermek zorunda oldukları belirtilse de, İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının kanunen verilmiş yetkisi olmadığından borsa üyesi bankaların veya finans kuruluşlarının müşterilerine ait sırlarını iletmeleri istenemez.

Bir faktoring sözleşmesi ile müşterinin portföy yönetimini yapan, muhasebe kayıtlarını tutan ve danışmanlık hizmeti de dahil olmak üzere verdiği çeşitli hizmetlerin ifası sırasında vâkıf olunan ticari kayıt ve bilgilerin faktoring şirketi tarafından gizli tutulması esastır¹²³³. Bu bilgiler, ticari sır niteliğindedir. Bu sebeple, faktoring şirketleri, müşterisine dair elde ettiği ticarî sırları açıklamamalı veya kendileri ya da üçüncü kişilerin yararları için kullanmamalıdır¹²³⁴.

Öte yandan, müşterinin finans kuruluşu ile yapacağı sözleşme ile vereceği muvafakatı sonucunda müşterinin kendisine ait bilgilerin açıklanmasına izin vermesi durumunda sır kavramından söz edilemez. Bu durum sır saklama yükümlülüğüne

finansal kuruluşların kendi aralarında doğrudan doğruya veya en az beş banka tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları bilgi alışverişi” sır saklama yükümlülüğü kapsamından çıkarılmıştır.

¹²³² Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, B. 2, Ankara 2015, s. 1003-1004; Ekici, Akın, “Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı”, Bankacılar Dergisi, S. 63, 2007, ss. 51-70, s. 58; Yavuz, N., s. 249.

¹²³³ Kahraman, Z., s. 86: “Bu yasak, portföy yönetimi işlemleri bakımından Sermaye Piyasası Kurumunun yayınladığı tebliğler ile açıklanmıştır. (Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 23 (file:///C:/Users/ab191938/Downloads/18cf779d-2c41-4fd7-9db9-145b9991b0e9.pdf ET.27/07/2022); Kazmacı, Uzun, s. 91.

¹²³⁴ Portföy Yönetim Şirketleri Ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği (RG: 02/07/2013 tarihli ve 28695 sayılı) “Sır saklama” m. 23/1: “Şirketin yöneticileri ve personeli işleri dolayısıyla hizmet verdiği kişiler hakkında öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve bu sırları kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine kullanamazlar.”

ilişkin hükümlere aykırı bir eylem teşkil etmediği gibi bir yaptırım da söz konusu olmaz¹²³⁵.

Yukarıda yer verilen faktoring sözleşmesi hükmünde ise bilginin paylaşılacağı kişi ve kurumlar sınırlandırılmadan, faktörün grup şirketleri ile bilgilerin paylaşılacağı belirtilmiştir. Bu haliyle hükmün Kanun ile belirlenen sınırdan olmadığı görülmektedir. Ayrıca, faktörün müşteri hakkında Tapu Müdürlüğü, Vergi Dairesi, Borsa gibi kamu kurumlarından, kamu yada özel bankalardan veya diğer finans kurumlarından elde edeceği her türlü bilginin paylaşılabilmesi belirtilmekle, herhangi bir amaç veya bilginin niteliği hakkında sınıra yer verilmediği de görülmektedir. Bu çerçevede yapılacak bilgi paylaşımının müşterinin menfaatini zedeleyeceği düşünülmektedir. Genel işlem koşulu şeklinde standart tipte hazırlanan faktoring sözleşmesi içinde yer alan böyle bir hüküm müşterinin tacir olduğu düşünülerek geçerli kabul edilebilirse de, her somut olayda menfaatlerin tartılması ile müşterinin faktör karşısındaki kurumsal yapısı, gücü, bilgi birikimi, profesyonel desteği bulunup bulunmadığı yönünden yapılacak inceleme ile geçersizliğine karar verilebilir.

1. Delil Sözleşmesi

Factoring Sözleşmelerinde delil sözleşmesine ilişkin hükümlere yer verilebildiği görülmektedir¹²³⁶. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 6'da, tarafların iddialarının varlığını ispatla yükümlü oldukları hükmü ile hukukumuzda ispat yükünün paylaştırılmasına ilişkin temel kural düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190'da da aynı yönde düzenleme ile ispat yükünün kendi lehine hak ileri süren tarafa ait olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında taraflar

¹²³⁵ Reisoğlu, Seza, Bankacılık, s. 997; Ekici, s. 58; Atamer, GİŞ Denetim, s. 274, dn. 56: "Tüketicinin kendisi hakkında çok özel bilgilerin üçüncü kişilere aktarılmasına ancak bireysel sözleşme ile onay verebileceğinin kabul edilmesinin daha doğru olduğu gözükmemektedir."; Yavuz, N., s. 250: "Alman Federal Bankalar Birliği tarafından hazırlanmış olan GİŞ'de de tacir olmayan müşterilerin banka bilgilerinin aktarılmasına açıkça onay vermesi aranmış, bu alan genel işlem şartları dışına alınmıştır."

¹²³⁶ Ekte yer alan faktoring sözleşmesi örneği m. IV/1: "1. İşbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yalnız FAKTOR'un belge ve kayıtlarının, mikrofilm, mikrofiş, bilgisayar ve elektronik ortam haberleşme kayıtlarının teyit edilmiş olsun olmasın, kesin münhasır yegane geçerli delil teşkil edeceği, H.M.K.'nin 193. maddesi hükmü uyarınca MÜŞTERİ tarafından şimdiden kabul ve ikrar edilmektedir. MÜŞTERİ'nin hesap ekstrelerine işbu sözleşmede yer alan hükümler uyarınca vaki itirazı dahi birinci cümle hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmez. MÜŞTERİ, FAKTOR'un defter ve kayıtlarının usulüne uygun tutulduğu hususunda yemin teklif etmek hakkından peşinen feragat etmektedir."

sözleşmelerde, ispat yüküne ilişkin düzenleme yapabilirler¹²³⁷. Genel işlem şartları içinde de, ispat yüküne ilişkin hükümler ile belli hususların ancak belli delillerle ispat edilebileceğine ilişkin hükümler yer alabilir (HMK m. 193/1). Uygulamada çoğunlukla banka kredi sözleşmelerinde bu şartlara yer verildiği görülmektedir. Doktrinde bir görüş¹²³⁸ bankaların hazırladığı kredi sözleşmelerinde münhasıran bankanın defter, kayıt ve belgeleri ile ispat edilebileceğine ilişkin delil sözleşmelerinin geçerli sayıldığını savunurken, diğer görüş¹²³⁹ bunun aksini savunmaktadır. Bu kayıtların bir örneğinin de yukarıda yer verdiğimiz faktoring sözleşmeleri oluşturmaktadır¹²⁴⁰.

HMK m. 193/2’ye göre sözleşmeler ile tarafların ispat hakkını kullanmalarının engellenmesi geçersiz sayılmıştır. Faktoring sözleşmelerindeki delil kayıtlarının hem bu hüküm çerçevesinde hem de dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı, hak arama hürriyetini ihlal edip etmediği ve tarafların usûl yönünden eşitliğine zarar verip vermediğinin değerlendirilmesi gerekir¹²⁴¹. Ayrıca, genel işlem koşulları arasında yer alan delil sözleşmesi hükümleri hukuki işlemlerin ispatı bakımından HMK’nın öngörmediği ve caiz saymadığı bir takım ispat araçlarını caiz hale getirmek dolayısıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde senetle ispat zorunluluğunu yumuşatmak isteniyorsa genel işlem şartlarına müşterinin verdiği onay geçerli sayılmalıdır. Buna karşılık, münhasır delil sözleşmesi ile kanunun öngördüğü caiz ispat araçlarının azaltılması ile dava ve savunma hakkının kullanılması imkânı zedeleniyorsa menfaatler dengesi

¹²³⁷ Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 173; Atamulu, İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, (2018), ss. 101-146, s. 135 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/475405>).

¹²³⁸ Tekinalp, s. 287: “Uygulamada bazı sözleşmelerde özellikle kredi sözleşmelerinde çıkacak uyuşmazlıklarda bankanın defter ve kayıtlarının kesin delil olacağı belirtilmektedir. Böyle bir kayıt münhasır delil sözleşmesi niteliğinde olup, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sözleşmede gösterilen delillerle çözülmesi gerekir.” Aynı Yönde Yargıtay Kararları için bkz. Yargıtay 19. HD. 23/02/1994 tarih, 1121/1593, Yargıtay 11. HD. 28/01/1997 tarih, 7235/344 (Yavuz, N., s. 202-203).

¹²³⁹ Atamer, GİŞ Denetim, s. 285: “Ancak bir kimsenin kendi hakimiyet alanında düzenlenmiş olduğu belgelere dayanarak iddiasını ispat etmesinin çarpıklığı bir yana bununla da yetinilmeyip, ispatın münhasıran bu belgelerle yapılacağına GİŞ içinde kararlaştırılması ... yasal düzenden sapan ve müşteriye aşırı derecede mağdur eden, dolayısıyla kamu düzenine aykırı bir hükümdür.”; Konuralp, s. 65.

¹²⁴⁰ Yavuz, N., s. 197; Atamulu, s. 135-136; Konuralp, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 64; Karadağ, Ö., s. 73.

¹²⁴¹ Taşpınar, s. 244; Konuralp, s. 67; “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”in Ek-1 Haksız Sözleşme Şartları, 1/n bendinde; “Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar” haksız şart olarak düzenlenmiştir.

gözetilerek geçersiz sayılmalıdır¹²⁴². Buna göre kendisi de tacir olan ve yasal defter ve belgelerini muhafaza etme yükümlülüğü bulunan müşterinin iddiasını kendi belgelerine dayandıramaması ispat hakkının kullanımını imkânsız kılmasa da usûlî taraf eşitliğini, dava ve savunma hakkını önemli ölçüde bozmaktadır. Bu şartların dürüstlük kuralları ile bağdaştırılması mümkün görülmemektedir¹²⁴³.

Öte yandan faktoring sözleşmesinde yer alan delil sözleşmesindeki bir diğer sorun ise HMK m. 199 ve 200 hükümleri gereğince belge¹²⁴⁴ niteliğindeki elektronik delillerin kesin delil olarak kabul edilmesidir. Kesin delil hakimi bağlayan, hakimın delilin gerçeği temsil edip etmediği hususunda takdir hakkının bulunmadığı delillerdir. Bir sözleşmede delilin münhasır ve kesin olarak belirlenmesi ile bu konuda hakimın bağlı olacağı anlamına gelir. Bilgisayar ortamında tutulan kayıtların delil sözleşmesi yoluyla kesin delil düzeyine çıkarılabilmesi için ise taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirli olması gerekir. Diğer bir ifade ile delil sözleşmesi yapıldığı sırada henüz belli olmayan bir elektronik kaydın kesin delil olacağına ilişkin bir sözleşme hükmünün belirlilik koşulunu gerçekleştirdiği söylenemez¹²⁴⁵.

¹²⁴² Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 65-67; Yavuz, N., s. 205; Yelmen, s. 153: “Kullanan ile karşı taraf arasında çıkacak uyuşmazlıklarda, kullananın bünyesinde yer alan belgelerin delil olacağını ve bunlara itiraz edilemeyeceğini ihtiva eden hükümler geçersizdir. Bu nitelikte bir hüküm TBK m. 26 ve 27’ye aykırıdır”; Akyol, Banka, s. 107; Yargıtay 11. HD. 01/03/2004 tarihi E.2003/7456, K. 2004/1852; “Davacı ile davalı arasında imzalanan acentelik sözleşmesinde taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda davacının defter ve ticari kayıtlarının münhasır delil teşkil edeceği yolunda bir delil anlaşması yapıldığı anlaşılmaktadır. Kural olarak, taraflar arasında acentelik ilişkisinin fesihle sona ermesinden sonra davacının alacak iddiasından kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde davacıya ait defter ve kayıtların esas alınacağı asıl ise de, bu husus aynı konuda davalının yasal delillerini karşı delil olarak sunma olanağını ortadan kaldırmaz.” (Yelmen, s. 153).

¹²⁴³ Yargıtay’a göre, uyuşmazlık halinde banka kayıtlarının esas alınacağına ilişkin kayıtlar delil sözleşmesi olarak nitelendirilmemektedir. Yargıtay HGK 14/06/1995, 425/616: “Bir güven kuruluşu olan ve tedbirli bir tacir gibi davranmak zorunda bulunan davalı bankanın, uyuşmazlık halinde banka kayıtlarının esas alınacağı şartına dayanarak, kayıtlarında yetkili kişilerine verilen banka cüzdanının içeriğine aykırı biçimde tek taraflı düzeltme yaparak bunların davacıyı bağlayacağını ileri sürmenin hakkaniyet ve güven prensibine da aykırı olduğu kuşkusuzdur.”, (Yavuz, N., s. 198).

¹²⁴⁴ Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, B. 6, Ankara 2024, s. 913: “Belge, senedi de kapsayacak şekilde üst kavramdır.”

¹²⁴⁵ Yavuz, N., s. 207; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 75; Börü, Levent, “Güvenli Elektronik İmza İle Oluşturulmamış Elektronik Posta (E-Mail) Kayıtlarının Delil Değeri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, Y. 2023, S. 4, ss. 101-128, s. 111: “HMK m. 205/2 açık hükmüne göre senet hükmünde sayılacaktır. Böyle bir durumda ise güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş elektronik verileri içeren elektronik postalar senet hükmünde sayılacağından, kesin delil sayılması gerekecektir.”

i. Muacceliyetin Belirlenmesi

Faktoring sözleşmesinde, müşterinin devrettiği alacaklardan birinin vadesinde ödenmemesi veya sözleşmenin feshi halinde faktore devredilmiş bütün alacakların muaccel olacağı düzenlenmektedir¹²⁴⁶. Bu hüküm ile faktor, müşterinin ödeme güçlüğü içinde olduğu durumlarda kendini güvenceye almak istemektedir. Ancak TBK m. 117¹²⁴⁷, de borçlunun temerrüde düşürülmesine ilişkin hükümler düzenlenmiş olup bir borç için temerrüde düşülmesi aynı alacaklıya karşı var olan diğer borçlarında temerrüde düşürülmesini gerektirmez. Sürekli edimli sözleşmelerde ise TBK m. 126 hükmü uyarınca, borçlunun temerrüdünde alacaklı ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi sözleşmeyi feshederek uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Sürekli borç ilişkisi doğuran faktoring işlemleri bakımından da müşterinin düzenlediği kıymetli evrak ve diğer senetlerin tahsil edilemediği hallerde faktorün komisyon ücreti, faiz, masraf gibi alacaklarının ifası istenebilir. Sürekli borç ilişkilerinde temerrüt halinde faktorün alacaklarını talep etmesi veya fesih hakkını kullanması mümkündür. Ancak bu hallerde faktorün varolan alacaklarını muaccel kılma yetkisinin taraflar arasındaki hak ve borç dağılımında müşteriyi mağdur etmeyecek şekilde kullanılması gerekir¹²⁴⁸. Müşterinin borçlulardan vadesi gelmemiş ve daha önce faktore devredilmiş alacakların da muaccel olacağının kararlaştırılması müşteriyi mağdur edebilir. Dolayısıyla müşteri ve faktorün hak ve borç dengesi gözetilerek

¹²⁴⁶ Bkz. ekte yer alan Faktoring sözleşmesi örneği m. IV/3, VI/7, VI/10. “İşbu faktoring sözleşmesine konu fatura bedellerinden herhangi birinin veya müşteri tarafından tevdi edilmiş bulunan ister müşterinin keşide ettiği, isterse ciro ettiği kambiyo senetleri vs. gibi ödeme araçlarından birinin vadesinde ödenmemesi veya sözleşmenin faktor tarafından feshedilmesi durumunda gerek diğer vadesi gelmemiş fatura bedellerinden doğan alacakların tamamının gerekse diğer vadesi gelmemiş çek, bono, poliçe gibi kıymetli evraklardan ve sair sebeplerden doğan tüm alacakların muaccel hale geldiğini müşteri peşinen kabulle bu husustaki her türlü dava ve itiraz haklarından feragat ettiğini beyan ve taahhüt eder.”

¹²⁴⁷ TBK, “Borçlunun temerrüdü”, “Koşulları” m. 117: “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır”. “Sürekli edimli sözleşmelerde” m. 126 “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

¹²⁴⁸ Domaniç, Faktoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri, s. 1424 ve 1427; Atamer, GİŞ Denetim, s. 183, dn. 335: “Borcun ne zaman muaccel olacağına karar verme hakkının GİŞ kullanana verilmiş olması zamanaşımının temelinde yatan düşünce ile çelişir” ve s. 261.

faktore devredilen bütün alacakların muaccel olacağı hükmünün hükümsüzlüğüne karar verilebilir.

Sözleşme sona erdiğinde, sürekli borç ilişkisi niteliğindeki faktörün iş görme borcu bakımından, henüz ifa edilmemiş ve mutlaka sözleşme içinde ifası gereken edimler de sona erer. Sözleşme sona erdiğinde borcun ifası imkânsızlaşır. Borçlu imkânsızlıktan sorumlu tutulabiliyorsa, onun borcu tazminata dönüşür (TBK m. 112)¹²⁴⁹. Sözleşme içinde ifa edilmeyen edimin sözleşme sona erdikten sonra ifa edilmesi mümkünse borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır¹²⁵⁰. Müşteri ya da faktoring şirketinin sözleşme süresinde ifa etmediği para borçları için de borçlu temerrüdü söz konusu olur¹²⁵¹. Taraflarca sorumsuzluk anlaşması yapılmış ise sorumluluk oluşmaz.

İ. Tüketicinin Korunması Hükümlerine Aykırılık

6502 sayılı TKHK m. 5’de, tüketici sözleşmeleri yönünden haksız şartlar düzenlenmektedir¹²⁵². Tüketici ile müzakere edilmeden, dürüstlük kurallarına aykırı ve tüketici aleyhine hükümler haksız şarttır (TKHK m. 5/1). Haksız şartın yaptırımı ise kesin hükümsüzlüktür¹²⁵³.

Tüketici, ticari faaliyet ya da mesleki çalışma kapsamında olmadan işlem yapan gerçek veya tüzel kişidir (TKHK m. 3/1-k). Bu tanıma göre belirli bir mesleği icra etme, üretim için kullanma, alınan ürünü tekrar satma, ticari amaçla alma işlemlerinde satışa konu mal veya hizmeti alan gerçek veya tüzel kişiler tüketici sayılmazlar¹²⁵⁴. Tacirler bakımında ise ikili bir ayırım yapmak gerekir. Gerçek kişi tacirin tüketici sayılması için, ticari iş karinesine göre işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesi veya işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmaması gerekir (TTK m. 19/1)¹²⁵⁵.

¹²⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1085; Kazmacı, Uzun, s. 181.

¹²⁵⁰ Seliçi, s. 73; Kazmacı, Uzun, s. 182.

¹²⁵¹ Kazmacı, Uzun, s. 182.

¹²⁵² Karadağ, Ö., s. 161; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 19.

¹²⁵³ Antalya, Genel Hükümler, s. 481; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 19.

¹²⁵⁴ Ersöz, s. 79; Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 10: “Tüketici sözleşmeleri içinde yer alan genel işlem koşulları TKHK hükümleri uyarınca denetlenirken, tacirler arasındaki işlemler TBK hükümleri çerçevesinde denetlenecektir.”

¹²⁵⁵ Arkan, s. 74.

Tüzel kişi tacirler bakımından ise bunların adi iş sahası bulunmadığından yaptıkları tüm iş ve işlemleri mutlak anlamda ticari niteliktedir¹²⁵⁶. Bu nedenle tüzel kişi tacirler tüketici sayılmazlar. Yargıtay'ın kararlarında da tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilmediği görülmektedir¹²⁵⁷. Tacir olmayan tüzel kişiler ise (dernekler, vakıflar, sendikalar vb.) tüketicidirler¹²⁵⁸.

Tüketiciler bakımından TKHK'da yer alan "haksız şarta" ilişkin hüküm özel nitelikte olduğundan, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalarda TBK m. 20-25'de yer alan hükümlerden önce uygulanır. Ancak TKHK'da boşluk bulunduğu hallerde TBK hükümleri uygulanabilir (TKHK m. 83/1)¹²⁵⁹. Şayet TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri TKHK'ya göre tüketiciler bakımından daha elverişli ise TBK hükümleri öncelikle uygulanmalıdır¹²⁶⁰.

TBK m. 20 ve TKHK m. 5'in uyguladığı koşullar bakımından bazı farklılıklar bulunur. Öncelikle AB Yönergesinden hukukumuza aktarılan TKHK m. 5'de tüketici için hakimin denetim imkanı çok daha geniştir. Tüketici ile yapılan sözleşmede haksız şart içeren hükmün müzakere edilmemesi denetim için yeterli görülmektedir. TBK m. 20'nin aradığı, sözleşme koşullarının önceden tasarlanmış olması ve birden fazla kullanmayı amaçlaması istenmemektedir. Bu açıdan bakıldığında TKHK m. 5'in kapsamı TBK m. 20'ye göre daha geniştir¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ Arkan, s. 74; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 65-66.

¹²⁵⁷ Yargıtay 12. HD., T. 26/05/2015, E. 2015/4190, K. 2015/14349; Yargıtay, 20. HD., T. 18/05/2016, E.2016/3355, K.2016/5807; Yargıtay HGK., T. 21/09/2011, E.2011/19-500, K.2011/550; Yargıtay 13. HD., T. 18/07/2011, E.2010/19122, K.2011/11578; Yargıtay HGK., T. 21/09/2011, E. 2011/19-500, K. 2011/550; "Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK'nun 18/1.maddesi gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır." (UYAP) E.T. 21/12/2022.

¹²⁵⁸ Ersöz, s. 80.

¹²⁵⁹ Oğuzman/Öz, C. I, s. 165; Aydoğdu, s. 592.

¹²⁶⁰ Oğuzman/Öz, C. I, s. 162; Sirmen, Denetim, s. 110: "Eğer, Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun aynı konudaki hükümlerine oranla tüketiciler için daha elverişli, onların menfaatini daha iyi koruyor ise, kanun koyucunun iradesine göre sonraki tarihli genel kanun olan TBK hükümlerinin, önceki tarihli özel kanun olan TKHK hükümlerini yürürlükten kaldırdığı kabul edilecek ve uyuşmazlığa Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır."; Altop, Hukuki ve Güncel Sorunlar, s. 35; Kuntalp, Banka, s. 82; aksi yönde görüş için bkz. Antalya, Genel Hükümler, s. 296.

¹²⁶¹ Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 20: "TBK m. 20 anlamında denetime tâbi sayılan her GİK hükmü TKHK m. 6 (yeni TKHK m. 5) uyarınca da denetlenebilir. Buna karşılık TKHK m. 6 uyarınca denetlenebilecek her hüküm TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez. TKHK çok daha geniş bir çember içinde denetime imkân vermektedir."

Factoring sözleşmesinin karşı tarafı olan müşteri, mal satışı veya hizmet ifası sonucunda doğan vadeli alacağını factoring şirketine devrederek factoring hizmeti talep eden gerçek veya tüzel kişi tacirdir¹²⁶². Bu sebeple tacirler genel işlem koşullarına öncelikle uygulanması gereken TBK m. 20-25 hükümleridir. Bu bakımdan factoring sözleşmesinde müşteri tüketici olmadığından TKHK hükümlerinden yararlanılması mümkün görünmemektedir.

II. Faktoring Sözleşmesinin Denetiminin Sonuçları

A. Genel Olarak

TBK m. 27/2¹²⁶³ hükmü uyarınca kural sözleşmenin geçerli olan hükümleri ile ayakta kalmasıdır. Yasa koyucunun bu hüküm ile amacı, tarafların iradelerine asgari ölçüde müdahale ile sözleşmenin varlığını sürdürmesidir¹²⁶⁴.

Sözleşmenin kısmi olarak geçersiz sayılması için iki şart aranmıştır. Bunlar sözleşme kısmen geçersiz olmalı (objektif şart) ve tarafların geçersiz kısım olmadan sözleşme ile bağlı kalacakları kabul edilebilmelidir (sübjektif şart)¹²⁶⁵. Sözleşme akdedilirken ilgili hükmün geçersiz olduğunu bilse sözleşmeyi akdetmeyeceğini iddia eden tarafın bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Sözleşme ile bağlı kalınmayacağı yönündeki iradenin anlaşılması için hakim, sözleşmenin kaleme alınma tarzından veya ilgili hükmün sözleşme içindeki yeri ve taraflar için öneminin ortaya konulması

¹²⁶² Toroslu, s. 9; Saraç, Yargıtay, s. 56-57; Kazmacı, Uzun, s. 49; Demir, R., s. 891; Şener, s. 7.

¹²⁶³ TBK m. 27/2, “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

¹²⁶⁴ Bkz. Başpınar, s. 4: “Bu düşüncenin temelinde ‘favor contractus/favor negoti’ düşüncesinin yattığı kabul görmektedir.”; Sirmen, Denetim, s. 128: “Tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartın geçersiz sayılması halinde kısmi butlan söz konusu olur (TBK m. 27/2). Sözleşme geri kalan kısmıyla ayakta tutulabiliyorsa, sonuçlarını doğurur. Bu durumda tüketicinin korunması amacıyla, girişimcinin haksız şart olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı savunması dinlenmez”; Yelmen, s. 157: “İçerik denetim, sonucunda dürüstlük kurallarına aykırı hüküm bulunmakta ise bunun denetimi TBK m. 25’de yer almamaktadır. Hükmün gerekçesinde TBK m. 27’deki kesin hükümsüzlüğe atıf yapılmakta olup TBK m. 27/2, c.1 gereğince kısmi kesin hükümsüzlük kastedilmektedir.”; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 261 ve 276.

¹²⁶⁵ Atamer, GİŞ Denetim, s. 199.

halinde sözleşmenin tümünün geçersizliğine karar verilebilir. Bu yönde bir delil bulunamazsa tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak bir sonuca varılır¹²⁶⁶.

Sözleşme taraflarından birinin aleyhine genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin varlığı sebebiyle sözleşmeyi fesih hakkının kullanılmasının fiilen engellenmesi bazı hallerde sözleşmede zayıf tarafın korunması ilkesine aykırılık oluşturabilir. Bu noktada genel işlem koşullarının sözleşmenin bütününe etkileyen bir orantısızlığa sebep olup olmayacağının araştırılması gerekir¹²⁶⁷. Önceden hazırlanan bir sözleşmenin karşı taraf ile müzakere edilmeden yalnızca sözleşmeyi kabul veya ret tercihleri arasında kalması, kişinin sözleşme özgürlüğü ile ekonomik hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasını gündeme getirir. Zayıf olan tarafın kendisine sunulan genel işlem koşulunu içeren sözleşmeyi akdetmesi ile sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşıldığına kanaat getiriliyor ise zayıf tarafın fesih hakkının engellenmesi bu türlü sözleşme örneklerinin yaygın hale gelme tehlikesine sebep olacağı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Kişilerin ekonomik özgürlüklerini tehlikeye atan bir sözleşme ilişkisini sürdürmelerini beklemek hakkaniyet ilkesine aykırıdır. Bu sebeple genel işlem koşulları yoluyla sözleşmenin tümü göz önünde bulundurularak tarafların hak ve borçları arasında oluşan eşitsizliğin sözleşmenin zayıf tarafı lehine giderilmesi gerekmektedir. Örneğin faktoring sözleşmesinde müşterinin fesih hakkının sözleşme hükümleri ile fiilen engellenmesi halinde, müşterinin haklarının kısıtlandığı kabul edilmelidir¹²⁶⁸. TBK m. 27/2'nin 2. cümlesi uyarınca genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin kural olarak tamamının geçersiz hâle gelmeyeceği açık ise de her somut olayda bu hükümlerin sözleşmenin karşı tarafı nezdinde yaratacağı ekonomik etki göz önünde bulundurulmalıdır. Zayıf tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik haklarının kullanılmasını kısıtlayan hükümlerin ekonomik hak ve özgürlükler açısından

¹²⁶⁶ Tarafların farazi iradelerinin tespitinde dikkate alınacak kriterlere ilişkin farklı görüşler için bkz. Atamer, GİŞ Denetim, s. 199, dn. 444-445 ve Başpınar, s. 94-101.

¹²⁶⁷ Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 262-263; Yargıtay 11. HD, T. 19/04/2017, E. 2016/8702, K. 2017/ 2271; “Taraflar arasında imzalanan lisans ve reklam alan tahsis sözleşmelerinin feshedilip edilemeyeceği uyuşmazlık konusu olmuştur. Davacının iddiasına göre sözleşme ilişkisinin devamının kendisinden beklenemeyecek derecede tarafların hak ve yükümlülükler arasında dengesizlik olduğu, hakkaniyet ilkesine aykırı bir sözleşmenin var olduğu ve davacıya sözleşmede fesih hakkının tanınmadığı ileri sürülmüştür. İlk derece mahkemesi, uyuşmazlık konusu sözleşmelerin TBK md. 27'deki sözleşme özgürlüğünü sınırlama sebeplerinden herhangi birinin gerçekleşmediğine karar vermiştir. Bu kararı onayan Yargıtay ise sözleşmede genel işlem şartlarının varlığını doğrular şekilde bunların tespiti halinde söz konusu durumun sözleşmenin feshi nedeni oluşturmayacağını belirterek, sözleşmenin kesin hükümsüz kılınamayacağına hükmetmiştir.”

¹²⁶⁸ Atasoy, s. 296; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 262 ve s. 276.

yaratacağı etki dikkate alınarak, sözleşmede var olan diğer ekonomik dengeyi bozucu hükümlerin geçerli kılınmasının önüne geçilmelidir.

Genel işlem koşulunu kullanan/düzenleyen tarafın TBK m. 27/2-2 hükmü uyarınca sözleşmenin geçersiz hükmü olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını iddia edeceği ve bunu ispat etmeye çalışacağı tabiidir. Böyle bir durumda sözleşmeyi iptal etmek sözleşmenin karşı tarafı için elverişsiz bir durum ortaya çıkarmaktadır. Kendisine sunulan genel işlem koşulunu içeren sözleşmeyi imzalayan tarafın geçersiz hüküm olmadan da sözleşmeyi akdedeceği iradesi ile genel işlem koşulunu kullanan tarafın bu hüküm olmadan sözleşmeyi akdetmeyeceği yönündeki iradeleri çatışır. Böyle bir durumda hakimin tarafların farazi iradelerini tespit ederken, zayıf olan tarafın iradesi yönünde tercihte bulunması gerekir¹²⁶⁹. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin amacı zayıf olanın korunması yönündedir. Genel işlem koşullarının denetiminde kullanan tarafın irade özerkliğinin sınırlanması ile zayıf olan tarafın korunması hedeflenmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda öncelik verilmesi gereken irade sözleşmede zayıf olanın iradesidir. Nitekim sözleşme düzenlenirken hiç söz sahibi olmayan tarafın aksine sözleşme özgürlüğü ilkesi sınırları içinde sözleşme hükümleri düzenleme görevini yerine getirmeyen tarafın sözleşmenin iptali ile yükümlülüklerinden kurtulmasına imkân verilmemelidir.

Emredici hükümlere aykırı bir sözleşme hükmünün geçersizliği halinde tarafların sözleşmenin bu hükmü olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceğini ispat etme olanağı bulunmamaktadır¹²⁷⁰. Ayrıca emredici hukuk kurallarına aykırı olmamakla

¹²⁶⁹ Çorlu Asliye Ticaret Mahkemesinin 03/05/1994 tarihli kararında bir bankanın kredi sözleşmesinde yer alan faizlerin banka tarafından dilediğince artırılabilmesi yönündeki hükmü ahlaka aykırı ve batıl sayılmış, buna karşılık bankanın bu hükmün geçersizliği halinde bütün sözleşmenin iptal edilmesi gerektiği yönündeki iddiası dikkate alınmamıştır. TBK 20/2 tarafların farazi iradesi dikkate alınmadan uygulanmıştır. (Atamer, GİŞ Denetim, s. 200, dn. 447); Kuntalp, Banka, s. 96: “TBK m. 22 hükmü gereğince, geçersiz GİK’lerin yürürlüğe girmemesi sağlanmakta ancak sözleşme geçerliliğini sürdürmeye devam etmektedir. TBK m. 20/2 hükmü burada uygulanmamaktadır. Dolayısıyla sözleşme varlığını korumayı sürdürmektedir.”; Sirmen, Denetim, s. 117: “Taraflar geriye kalan kısımda objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmışlarsa, sözleşme bu içerikle kurulmuş olacak, tarafların üzerinde anlaştıkları noktalar bir sözleşme kurmak için yeterli değilse, sözleşme hiç kurulmamış olacaktır.”; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 262; “Genel işlem koşulunun kesin hükümsüzlüğünü zarar gören yani tüketici veya GİK bakımından karşı –zayıf- tarafın ileri sürülebilmesi kabul edilir. Bunun dışında kesin hükümsüzlükte olduğu gibi hakimin karşı taraf lehine tek taraflı hükümsüzlüğü dikkate alması gerekir. Böylece buradaki hükümsüzlüğü sadece zarar gören zayıf tarafın ileri sürebileceği en uygun çözüm olacaktır.”

¹²⁷⁰ Emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizlik durumunda TBK m. 27/2-2’nin uygulanmayacağına ilişkin görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, ss. 25-33, s. 25-30; Başpınar, s. 155, Oğuzman/Öz, C. I, s. 133,

birlikte kamu düzenine aykırılık içeren bir hükmün varlığı halinde de sözleşmenin ayakta kaldığı kabul edilmektedir^{1271/1272}.

Öte yandan, TBK m. 27/2 yedek hukuk kuralı olduğundan tarafların yapacakları düzenleme ile sözleşmenin hükümsüz olduğu veya sözleşmenin kısmen hükümsüzlüğü halinde dahi ayakta kalacağı kararlaştırılabilir. Buna göre, tarafların karşılıklı olarak iradeleri, batıl olan sözleşme hükmü olmasaydı o sözleşmeyi aslında yapmayacakları konusunda anlaşarak ortaya konulmuşsa sözleşmenin sürdürülmesi mümkün olmaz. İrade özerkliği ilkesi gereğince her iki tarafında bağlı kalmak istemediği bir sözleşmede taraf iradelerine öncelik verilmelidir. TBK m. 27/2-2’de de tarafların birinin sözleşmeyi devam ettirmeyeceğine yönelik iradesini ispatlaması halinde sözleşmenin geçersiz sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Böyle bir sözleşme hükmü aynı zamanda bu iradenin ortaya konulması olup bir ispat sorunu oluşmaz. Ancak bu yorumu, sözleşmenin taraflarının eşit konumda olduğu taraflar arasında müzakere edilerek bütün hükümleri pazarlık konusu olmuş sözleşmeler bakımından yapmak mümkün olur. Genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmelerde diğer tarafın müzakere etmeden onayladığı böyle bir hükmün geçerli sayılmaması gerekir. Genel işlem koşulunda geçersiz bir hüküm olması halinde sözleşmenin geri kalanının da geçersiz olacağı yolunda yer alan bir hüküm sözleşmenin güçlü yanın menfaatine hizmet etmektedir. Böyle bir sözleşmenin denetiminde hakimın sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli olacağına hükmetmesi gerekir¹²⁷³.

Nitekim TBK m. 22’de, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde düzenleyen yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Sözleşme bu hükümler olmadan geçerliliğini sürdürür. Bu nedenle genel işlem koşullarını kullanan taraf içerik denetimi sonrası geçersiz olduğu kabul edilen veya yazılmamış sayılan hüküm olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceğini

¹²⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 165; Alttop, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 137; Serozan, Sözleşme, s. 216.

¹²⁷² Kuntalp, Banka, s. 81, Yavuz, N., s. 140; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 261. Örneğin 6102 sayılı TTK m. 1425/2’de (6762 sk m. 1266/2), “poliçe ve zeyilname ekleri içeriğinin teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklı olması halinde, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir” denilmiş, böyle bir durumda sözleşmenin tümünün batıl sayılmasına imkân verilmemiştir.

¹²⁷³ Atamer, GİŞ Denetim, s. 202; Kuntalp, Banka, s. 93: “Tacirlerle yapılan ve GİK içeren sözleşmelerde, karşılıklı tartışılmış olan hükümlerin bireysel sözleşme hükmüne dönüşmesini kabul etmek gerekmektedir. Nitekim Alman Medeni Kanunu’nun 305. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde açıkça taraflar arasında özellikle üzerinde anlaşılmış hükümlerin GİK olmaktan çıkacakları ifade edilmektedir.”; Yavuz, N., s. 58; Yelmen, s. 157-158.

ileri sürme imkânı verilmemektedir. Burada aksi ispat edilemeyen kanuni bir varsayım vardır¹²⁷⁴. Bu durum genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın kendi kusurundan avantaj sağlamasına engel olarak çelişkili davranmasını önlemekte olup dürüstlük kuralına uygundur¹²⁷⁵.

B. Denetimin Sonuçları

TBK’da genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri genel nitelikte olup herkes için uygulanmaktadır. Bu sebeple özellikle tacirler arasındaki işlemlerde de TBK hükümleri ile genel işlem koşulları denetlenebilir¹²⁷⁶. Faktoring sözleşmelerinde kullanılan genel işlem koşullarının denetiminde, öncelikle tarafların her iki tarafının da tacir olduğu hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak daha önce de açıklandığı gibi sözleşmede taraflar arasında kurumsal güç dengesinin bulunduğunu söylemek neredeyse imkânsızdır. Bunun sebebi ise faktorün genellikle güçlü kurumsal yapıda, profesyonel bilgi, birikimi bulunan finans kuruluşları iken, müşterinin küçük ve orta ölçekli işletmeler niteliğinde olmasıdır. Bu türlü işletmelerin ise ekonomik gücü, personel yapısı, bilgi ve birikiminin düşük olduğu, dolayısıyla sözleşmenin tarafları arasında güç dengesinin bulunmadığı görülmektedir. Bir faktoring sözleşmesinde genel işlem koşullarının kullanılması sonucunda doğacak bir uyuşmazlıkta, öncelikle sözleşmenin bütününe, sözleşme ile sağlanan çıkarlar, edimler arasındaki ve sözleşmede tarafların hak ve borçları arasındahi denge ile bu hususların tarafların – özellikle de müşterinin- mensup olduğu mesleki, ticari, sosyal çevresindeki anlayışlar, piyasa koşulları, pazar payı, müşterilerinin niteliği, kurumsal yapısı, bilgi ve tecrübesi, ekonomik gücü, işletmenin sermayesi, mal ve hizmet yapısı, mal varlığı, personel

¹²⁷⁴ Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 276; TBK m. 25 hükmünde, içerik denetiminin yaptırımının açık olarak öngörülmediği halde gerekçesinde yer verilmesi, oysa mehz Alman Medeni Kanununda (BGB 307/1-1) açıkça içerik denetiminin yaptırımının geçersizlik olduğunun belirtilmiş olması karşısında doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Bkz. Atamer, Yeni TBK Uyarınca Denetim, s. 62-63 ve 96; Yelmen, s. 129; Aydoğdu, s. 133.

¹²⁷⁵ Havutçu, İçerik Denetimi, s. 144: “mezh Alman Medeni Kanunu’nda TBK m. 22’den farklı olarak düzenleyenin de tıpkı kendisine sunulan gibi sözleşmenin yazılmamış sayılan kısmı nedeniyle sözleşmeyi geçersiz kabul edebileceğine ilişkin hüküm mevcuttur. Alman Medeni Kanunu bu yönüyle tartışmaya açıktır.”; Yaman, s. 99; “Genel işlem şartı düzenleyen taraftan kendi aleyhine olması hâlinde dahi belirlenen şart geçerlidir. Zira genel işlem şartını kendisi hazırlamış olduğundan kendi hazırladığı genel işlem şartının haksız olduğu ve içerik denetiminin yapılması gerektiği savı dinlenilmez.”; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 276; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 96.

¹²⁷⁶ Kuntalp, Banka, s. 92, Kocayusufoğlu, Hukuki İşlem, s. 225, dn.2.

sayısı, risk dağılımı, sigorta olanağının bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurularak verilen ödünlerin dengeli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin, bir bankanın finansal kuruluşu olan faktoring şirketi ile henüz birkaç senelik iş tecrübesi olan gerçek kişi tacir arasındaki sözleşme koşullarının taraflar arasındaki denge yönünden değerlendirilmesi ile uzun yıllar sektörde tecrübesi olan, bilanço ve sermaye yapısı güçlü bir şirket arasındaki sözleşme koşullarının dengesinin değerlendirilmesi farklı olmalıdır.

Genel işlem şartlarının faktoring sözleşmesinde değerlendirilmesinde esas olan sözleşmede taraflar arasında adil dengenin sağlanmasıdır. Sözleşmede tarafların hak ve borçların dengeli ve ölçülü olup olmadığı sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması ile ortaya konulmalıdır. Uygulamada yer alan faktoring sözleşmelerinde müşterinin hak ve menfaatlerini ihlal eden hükümlere yer verildiği görülmektedir. Sözleşme koşullarının yorumlanmasında, içerik denetiminde sözleşme dengesi gözetilerek karar verilmeli, müşterinin hak ve menfaatleri gözetilirken, faktorün finansal yapısının korumasına ve faktoring sektörünün devamı ile diğer müşterilerine finans desteğine ve faaliyetine devamı yönünde adil olmaya özen gösterilmelidir.

C. Kısmi Hükümsüzlük Nedeniyle Oluşan Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

TBK m. 27/2’de sözleşmenin kısmen geçersiz olması ile ayakta kalmaya devam etmesi veya sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması olarak iki ihtimal bulunduğu görülmektedir. Kısmi hükümsüzlük halinde uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceğinden ise bahsedilmemektedir¹²⁷⁷. Bu durum irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin temelinde yer alan özel hukuk sistemlerinde sözleşmeye müdahalenin asgari düzeyde tutulması anlayışının bir sonucu olarak düşünülmüştür. Bunun yanında hakimin sözleşmeye müdahalesinin zorunlu görüldüğü durumlar ortaya çıkabilmektedir. Öngörülemezlik sebebiyle işlem temelinin çökmesinde veya sözleşmenin tahvilinde hakimin müdahalesi kabul edilmektedir. Kanunda da

¹²⁷⁷ Atamer, GİŞ Denetim, s. 202; Yelmen, 157-159; Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 278.

müdahaleye izin veren açık düzenlemelere yer verildiği görülmektedir (sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarının hakim tarafından doldurulacağına ilişkin TBK m. 2/2, aşırı görülen ceza koşullarının hakim tarafından kendiliğinden indirileceğine ilişkin TBK m.182/2, satım sözleşmesinde alıcının temerrüdünde hakimin ödeme kolaylığı sağlayacağına ilişkin TBK m. 261, kira sözleşmesinde olağanüstü feshin parasal sonuçlarını hakimin karara bağlama yetkisine ilişkin TBK m. 331 vd., üst sınırı aşan fiyatın yasal sınıra çekilmesine izin veren TTK m. 1530/1). Bu hükümler gibi sözleşmenin tarafları arasındaki bozulan dengenin yeniden kurulmasını amaçlayan genel işlem koşullarının denetlenmesi ve tüketicinin korunmasına ilişkin önlemler hakimin sözleşmeye müdahalesini zorunlu kılmaktadır. Böyle bir durumda hakim sözleşmenin geçersiz sayılan hükümlerini belirledikten sonra gerekli durumlarda sözleşmeyi tamamlayan hükümler ile uyumsuzluğu çözmektedir¹²⁷⁸.

Genel işlem koşullarının kullanıldığı bir sözleşmede sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması bazı durumlarda bir boşluk oluşturmaz. Örneğin, satıcının herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeden döneceğine ilişkin hükmün geçersiz sayılması hâli böyledir. Yine kredi sözleşmesinin şartlarının müşterinin aleyhine değiştirilebileceğini öngören bir hüküm geçersiz olduğunda yerine bir hüküm getirilme ihtiyacı bulunmamaktadır.

Bazı durumlarda ise geçersiz kılınan hüküm sebebiyle sözleşmede boşluk oluşabilir ve bunun doldurulması gerekir. Örneğin tüketiciye sadece tamirat hakkının tanındığı bir sözleşmede müşterinin diğer hakları ile ilgili oluşacak boşluğun doldurulması gerekir. Boşluğun doldurulmasında kural olarak kanunda yer alan emredici hukuk kurallarının veya yedek hukuk kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir¹²⁷⁹. Ancak sözleşmenin yasada düzenlenmemiş tipte bir sözleşme olması durumunda yedek hukuk kurallarının ölçüt norm olarak alınması mümkün görünmemektedir. Tarafların farklı menfaat dağılımının bulunduğu ve amaç olarak yasada düzenlenmiş bir yedek hukuk kuralından ayrılan sözleşmelere bu kuralların uygulanması uyumsuzluğu çözmede noksan kalmaktadır. Faktoring sözleşmeleri de karma nitelikli isimsiz sözleşmedir. Bu noktada faktoring sözleşmesinin karma sözleşme niteliği sebebiyle doktrinde karma sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin

¹²⁷⁸ Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 279. Kocayusufpaşaoğlu, Düşünceler, s. 25-26; Başpınar, s. 177; Yelmen, s. 159.

¹²⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Düşünceler, s. 25-26; Başpınar, s. 155.

görüşlerin incelenmesi gerekmektedir. Sözleşme boşluğunun doldurulmasında uygulanacak hukuka ilişkin ölçütler, geçersiz olduğuna karar verilen bir sözleşme hükmü sebebiyle oluşacak boşluğun doldurulması için de kullanılır.

Bu görüşlerden ilki olan soğurma/yutma (imtisas) görüşüne göre, karma sözleşmeyi oluşturan sözleşmelerden hangisi baskın özellikte ise bu sözleşmeye ilişkin hükümler bütün olarak isimsiz sözleşmeye uygulanmalıdır¹²⁸⁰. Ancak bu görüş, tarafların özgür iradeleriyle oluşturduğu sözleşmenin baskın olmayan unsurlarını yok saydığı, sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü ilkesine üstünlük tanınmadığı için kabul edilmemiştir¹²⁸¹.

Bir diğer görüş birleştirme (terkip) görüşüdür. Bu görüşte, karma sözleşmeyi oluşturan isimli sözleşmelere ilişkin kuralların, sözleşmenin ait olduğu her bir unsuruna uygulanması gerektiği savunulur¹²⁸². Ancak bir bütün oluşturan isimsiz sözleşmeyi ayıran ve birlik görünümüne uygun düşmeyen bu görüş de reddedilmektedir¹²⁸³. Yargıtayın ilgili Kanun hükümlerini doğrudan doğruya somut isimsiz sözleşme ilişkisine uyguladığı anlaşılmaktadır. Halbuki isimsiz sözleşmeler hakkında genel kanun hükümleri doğrudan doğruya, buna karşın özel sözleşmeye uygulanacak kanun hükümleri kıyasen uygulanabilir. Zira kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin hükümlerin isimsiz sözleşmelere uygulanabilmesi, kanundaki tanımın isimsiz sözleşmeye birebir uymasıyla mümkündür¹²⁸⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri zaten her tipte sözleşme için uygulanma alanına sahip olup daima göz önünde bulundurulması gerekir. İsimli sözleşmelerde ise kanunda yapılan tanımlarla doğrudan bir çakışma söz konusu değildir¹²⁸⁵.

Kıyas görüşü ise karma sözleşmeleri oluşturan isimli sözleşmelere ilişkin kanun hükümlerinin tarafların amaç ve menfaatleri dikkate alınarak kıyas yoluyla uygulanabileceği yönündedir¹²⁸⁶. Bu görüşü eleştirenler, karma sözleşmeyi, oluşturan unsurları düzenleyen bir hukuk kuralının bulunmaması halinde kıyasın

¹²⁸⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 74; Eren, Özel Hükümler, s. 958; Eren, "İsimli Sözleşmeler", s. 96; Zevkliler/Gökyayla, s. 19; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 276.

¹²⁸¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 74; Feyzioğlu, s. 59.

¹²⁸² Eren, Özel Hükümler, s. 958; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 96-97; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 276; Gümüş, Genel Hükümler, s. 12.

¹²⁸³ Gümüş, Genel Hükümler, s. 12; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 276; Ateş, M., s. 138.

¹²⁸⁴ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40.

¹²⁸⁵ Ozanoğlu, s. 69: "Yargıtay 13. HD. 04/05/1998 T., E:1998/2555, K:1998/3864 sayılı kararı.

¹²⁸⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 959; Eren, "İsimli Sözleşmeler", s. 97; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 122-126; Zevkliler/Gökyayla, s. 20; Oktay, İsimli Sözleşmeler, s. 277.

uygulanmasının mümkün olmayacağını belirtmektedirler¹²⁸⁷. Ancak bu durum daha çok sui generis sözleşmeler için söz konusu olabilir¹²⁸⁸.

Son olarak yaratma görüşünde, hakim, karma sözleşmelere uygulanacak kuralları TMK. m. 1/2 ve 3 hükümlerine göre kendisi yaratmalıdır. Dolayısıyla hakim ilk olarak isimsiz sözleşmeye ilişkin örf adet hukukuna bakar. Burada da hüküm bulunmuyor ise kendisi kanun koyucu olsa, nasıl karar verecek idi ise, buna göre karar verir¹²⁸⁹. Bu görüş, hakimın hukuk yaratmasının kitlesel tipikleşmiş isimsiz sözleşmeler için mümkün olacağı, ancak atipik ve bireysel isimsiz bir sözleşmede, TMK m. 1/2 ve 3'ün uygulanamayacağı, bunun yerine TMK m. 4'e dayanarak karar verebileceği için eleştirilmiştir¹²⁹⁰.

Genel olarak Türk hukukunda çoğunlukla karma sözleşmelere uygulanacak hükmün kıyas yoluyla belirlenmesi, bunun yetersiz kaldığı durumlarda ise hakimın hukuk yaratması görüşü benimsenmektedir¹²⁹¹.

Karma içerikli, faktoring sözleşmeleri bakımından da, bir görüş¹²⁹², hem faktorün hem de müşterinin yükümlülükleri göz önünde bulundurularak kıyas yöntemi ile uygulanacak hükümlerin belirlenmesini, tarafların yükümlülüklerine uygun hükmün bulunmaması halinde ise hakimın TMK. m. 1/2-3 hükmü uyarınca, bir hüküm öngöreceğini ifade etmektedir.

Bir görüş¹²⁹³ ise temelde birleştirme görüşünü savunmakta, ancak kanunda yer aldığı halde faktoring sözleşmesi ile bağdaşmayan hükümlerin uygulanmaması, bunun yerine hakimın hukuk yaratması gerektiği fikrini öne sürmektedir.

Bir diğer görüş, öncelikle tarafların iradelerine bakılarak bir hüküm tespit edilmesi, taraf iradelerinin uyuşmaması halinde ise borçlar hukuku genel hükümleri dikkate alınarak çözüme gidilmesi, uygulanacak genel hükmün faktoring sözleşmesi ile çelişmesi halinde hakimın hukuk yaratması gerektiği görüşünü savunur¹²⁹⁴.

¹²⁸⁷ Gümüş, Genel Hükümler, s. 12.

¹²⁸⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 960.

¹²⁸⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 960; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 98; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 126; Gümüş, Genel Hükümler, s. 13; Antalya, Genel Hükümler, s. 281.

¹²⁹⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 960; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 98.

¹²⁹¹ Eren, Özel Hükümler, s. 961; Tunçomağ, s. 6-7; Feyzioğlu, s. 60-61; Ateş, M., s. 138.

¹²⁹² Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 126; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 75; Özakman, s. 62; Ateş, M., s. 139; Akkanat, H., s. 891.

¹²⁹³ Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 130. Bu görüş Yargıtayca da kabul edilmektedir. Bkz. HGK. 09.06.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/82-565 (YKD. 1982, C. VIII, S. 10, s. 1382-1394); 15. HD. 25.12.1975, E. 1975/4714, K. 1975/5159 (Baykal, s. 35).

¹²⁹⁴ Atamer, Yeşim, "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2005, C. 63, S. 1-2, ss. 171-191, s. 188-189.

Factoring sözleşmesinin niteliğine ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde konu değerlendirildiğinde, gerçek faktoringde, "satım" unsuru yönünden Türk Borçlar Kanunu'nun satım sözleşmesine ilişkin 206 vd. maddeleri, alacağın devri unsuruna ilişkin TBK m. 183-194 hükümleri, işgörme unsuru bakımından, vekâlet sözleşmelerine dair TBK m. 393 ve devamı maddeleri¹²⁹⁵ uygulanabilir. Gerçek olmayan faktoringde ise ödünç unsuru bakımından, TBK m. 379 ve devamı maddeleri ile iş görme unsuru bakımından yine TBK m. 393 vd. hükümleri uygulanabilir¹²⁹⁶.

6361 sayılı Kanun m. 5'e göre faktoring şirketlerinin anonim şirket şeklinde kurulması gerekmektedir. Bu nedenle faktoring şirketleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 329-563'de düzenlenen anonim şirketlerle ilgili genel hükümlere uymak zorundadır. Yine faktoring şirketleri TTK m. 64 ile 88 arasında düzenlenen ticari defterle ilgili hükümlere göre tutulmalıdır. Kıymetli evraklarla ilgili TTK m. 645-849 arasında belirtilmiş olup faktoring şirketlerinin bu hükümlere bağlı kalması zorunludur.

Factoring sözleşmesi irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanarak taraf iradeleri esas alınmakla düzenlenen bir sözleşme olmakla birlikte genel işlem koşulu içeren sözleşmelerdendir. Sözleşmenin uygulanmasında bir uyuşmazlık çıktığında, hakim, sözleşme hükümlerini dikkate alarak, önce varsayılan taraf iradelerine göre uyuşmazlığı çözmeye çalışır¹²⁹⁷. Ancak bu kural irade özerkliğinin her iki taraf için de kabul edildiği, eşit taraflar arasında pazarlık yapılarak akdedilen sözleşmeler için geçerlidir. Faktoring sözleşmelerinde ise çoğunlukla müşterinin bu imkanının olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla sözleşmenin denetiminde geçersiz hüküm sonucunda oluşan boşluğun doldurulmasında tarafların farazi iradelerinin tespit edilmesi hakime yol göstermez¹²⁹⁸. Bunun sebebi ise bu sözleşmelerin faktörün iradesine uygun olarak ve onun menfaati dikkate alınarak hazırlanmış sözleşmeler olmasıdır.

¹²⁹⁵ Özakman, Factoring Sözleşmeleri, s. 53; Tekinalp, s. 366; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 112, Ateş, M., s. 139-140.

¹²⁹⁶ Ateş, M., s. 140; Çeker, s. 118; Tekinalp, s. 366; Arslan, Murat C., "Factoring Uygulaması ve Hukuki Boyutu", Vergi Dünyası, Ocak 1996, S. 173, s. 70-82; Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 130; Kazmacı, Uzun, s. 65; Demir, R., s. 880; Azarkan, s. 94.

¹²⁹⁷ Yargıtay 19. HD., 1996/3982-11480 (Saraç, Yargıtay, s.) Kararda taraflar arasında akdedilen faktoring sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak uyuşmazlığın çözümüne gidildiği görülmektedir. Ayrıntı için bkz. Kocaman, Yargıtay, s. 170.

¹²⁹⁸ Atamer, GİŞ Denetim, s. 205.

Bunun yerine boşluğun doldurulmasında Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine bakılır. Sözleşmeye uygulanabilecek bir hüküm bulunup bulunmadığı araştırılır¹²⁹⁹. Genel hükümler tarafların menfaatine uygun düşmüyorsa, hakim genel hükümleri uygulamayabilir. Kanunda uygulanabilecek bir hükmün ve örf adet kuralının bulunmadığı durumlarda bir kanun boşluğu söz konusudur. Bu durumda hakim, kendisi bir kural koyarak TMK m. 1/2 hükmü gereğince boşluğu doldurur¹³⁰⁰.

Boşluğun doldurulmasında hakimin göz önünde bulunduracağı en önemli husus sözleşmede adaletin sağlanmasıdır. Tarafların yükümlülükleri arasında dengenin bir bütün halinde değerlendirilerek en uygun çözüm bulunmalıdır. Örneğin, faktörün bütün sorumluluğunu bertaraf eden bir hüküm geçersiz sayılır. Ancak boşluğun doldurulmasında taraf menfaatlerinin dengede kalması için en uygun çözüm olduğu görülürse faktörün hafif ihmaliyle sorumlu tutulmayacağına karar verilebilir. Bu tür denge uygun görülmez ise faktörün hafif ihmali de dahil olmak üzere sorumlu olduğuna karar verilmesi hakimin takdirine bırakılmalıdır¹³⁰¹. Amaç, müşterinin menfaatlerinin korunması ile müşteri için elverişli sözleşme hükümleri sunulması değil, sözleşmede taraflar arasında adaletin ve dengenin sağlanmasıdır.

¹²⁹⁹ Aydoğdu/Kahveci, Genel İşlem Koşulları, s. 283: "İçerik denetiminin yaptırımını geçersizlik ise de Kanunda yaptırım ile ilgili özel bir hüküm varsa onun uygulanması gerekir."; Kuntalp, Karma Sözleşmeler, s. 102.

¹³⁰⁰ Kazmacı, Uzun, s. 65; Demir, R., s. 880; Azarkan, s. 94, Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 130.

¹³⁰¹ Atamer, GİŞ Denetim, s. 205-206; Yargıtay 11. HD., T. 04/10/2016, E. 2016/7538, K. 2016/7764 sayılı Kararı ile; "davacının yukarıda belirtilen imzalı beyanı ile sözleşmenin ayrıntılı olarak incelendiği, banka tarafından yeterli bilgilendirmenin yapıldığı, sözleşmenin içeriğinin öğrenilmesi için zaman ve imkan sağlandığı ve daha sonra 12/11/2013 tarihinde kredi sözleşmesinin imzalandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davalı banka tarafından ibraz edilen işbu belgeler gözetilerek öncelikle kapsam denetimi yapılarak belirtilen hususların yazılmamış sayılması durumunda, boşluk olduğunun kabulü, yazılmamış sayılması müeyyidesi ile karşılaşmayacağına kabulü durumunda içerik denetimi yapılarak taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmesinde davalı banka tarafından kullanılan kredi dolayısıyla komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. adlarla masraf alınabileceğine dair hüküm olmakla birlikte, miktar ya da oran belirtilmediğinden, davalı banka ile diğer bankaların uygulamasına göre, bu tür işlemlere kredi grupları bakımından uygulanan komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. adı altında kesilen masraf miktar ya da oranları sorulup karşılaştırılarak, davalı banka tarafından yapılan kesinti miktarının uygun olup olmadığı veya ne miktarda olduğu, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı davacıya iadesi gereken miktar bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."

SONUÇ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilerin hukuk düzeninin sınırları içinde özel borç ilişkilerini, yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkileridir. Bu ilke, sözleşmeyi kuran iradenin, bir sözleşmeyi yapıp yapmama veya içeriğini belirleme konusunda özgür olması olarak da tanımlanabilir. 19. yüzyıla hakim olan liberal ekonominin etkisiyle devletlerin özel hukuk sistemlerinde ortaya çıkan sözleşme özgürlüğü ilkesi eşit pazarlık gücüne sahip, özgür ve kendileri için en fazla çıkarı sağlamaya çalışan bireylerin karşı karşıya olacağı varsayımından hareket etmektedir.

Ancak zamanla, sözleşme özgürlüğü ilkesine yer verilmesinin, serbest rekabet ve eşit hakimiyet gücüne sahip bireyleri kendiliğinden oluşturmadığı, gücü elinde bulunduran tarafın daha da güçlenmesine sebep olduğu anlaşılmış, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde yapılan bir sözleşmede, sözleşme özgürlüğünden fiilen faydalanan tarafın, ekonomik açıdan güçlü olan taraf olması sorunu ile karşılaşmıştır. Bunun sonucunda özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra serbest rekabeti ve sözleşmelerde tarafların pazarlık gücündeki dengeyi sağlamak için yasal düzenlemelere yer vermeye başlanmıştır.

Hukukumuzda da, Anayasamızda belirtilen ‘sosyal hukuk devleti’ ve ‘sosyal adalet’ ilkelerinin bir gereği olarak ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, sözleşmelerde tarafların pazarlık gücü bakımından denge ve adaletin sağlanması için Anayasa m. 13 esas alınarak sözleşme özgürlüğünün özüne dokunulmamak koşuluyla hukuk yoluyla sınırlaması yoluna gidilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 26 ve m. 27 hükümleri ile sözleşmelerin içeriğinin düzenlenmesi birtakım emredici kurallara tabi tutularak irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri sınırlandırılmış, böylece, tarafların güç dengesi gözetilerek, sözleşmenin içeriğini denetlenmesi yoluna gidilmiştir. Sözleşmenin güçsüz tarafının hak ve özgürlüklerinin ölçsüz olarak sınırlandığı sözleşme hükümlerinin, sözleşme özgürlüğünün özüne dokunulmamak koşuluyla hukuk yoluyla sınırlaması sağlanmıştır. Sözleşmelerin içeriğinin sınırlandırılmasının denetimi ve müdahale yetkisi de hakime verilmektedir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, fiilen sözleşme akdedebilme özgürlüğü yanında, sözleşmenin içeriğinin özgürce belirlenmesini (tip özgürlüğü) sağlar. Böylece taraflar,

TBK m. 27'deki sınırlara aykırı olmamak şartıyla kanunda düzenlenmemiş diledikleri tip ve içerikte sözleşmeler yapabilirler.

Sözleşme özgürlüğü (tip özgürlüğü) ilkesine dayanılarak akdedilen faktoring sözleşmelerinin, yalnızca tanımı Kanun'da düzenlendiği halde, unsurları, taraflarının hak ve borçları, sona erme koşulları gibi esaslı unsurları Kanuni düzenlemeye konu edilmediği için isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Faktoring sözleşmeleri, iş hayatında sıklıkla kullanıldığı ve mütad hale geldiği için tipikleşmiş isimsiz sözleşme olarak kabul edilir. İsimsiz sözleşme türlerinden karma sözleşme olarak kabul edilen faktoring sözleşmeleri, her bir işlevi, kanunda düzenlenmiş münferit sözleşme tiplerine ilişkin edimleri taşıyan sözleşmelerdir. Bu karma sözleşme içinde ödünç, hizmet, vekâlet, garanti, alacağın devri sözleşmelerine ilişkin unsurları içermektedir. Faktoring sözleşmelerinin hüküm ve sonuçları sınırlı sayıdaki kanuni düzenleme yanında, çoğunlukla tarafların iradeleri doğrultusunda şekillendirilir. Faktoring sözleşmelerinin doğru nitelendirilmesi, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi ile tarafların hak ve borçlarının ortaya konulması bakımından önemlidir.

Faktoring, mal veya hizmet satışı işi ile uğraşan müşterinin işletmesiyle ilgili doğmuş ya da doğacak alacaklarının faktore devredildiği, buna karşılık faktorün finansman sağlama, tahsilat takibi ve alacak kayıtlarının tutulması fonksiyonlarından en az birisinin ücret karşılığı yerine getirildiği bir işlemdir. Diğer bir deyişle, faktoring işlemi, tarafların iradesine göre belirlenen, çeşitli fonksiyonları içeren komple bir finansman ve hukuki yöntemdir. Faktoring sözleşmelerinde, temelde finansman işlevi, teminat işlevi ve iş görme işlevlerine yer verilmekte olup, bunlardan ilk ikisi zorunlu olmayan, sonuncusu ise sözleşmenin olmazsa olmaz işlevi olarak kabul edilir. Bu işlevlerden en önemlisinin ise finansman işlevi olduğu söylenmelidir. Bunun sebebini, müşterinin, kendi müşterileri ile ticari ilişkileri sonucunda doğmuş veya doğacak vadeli veya vadesiz alacaklarının faiz, komisyon ve masraf karşılığında faktore toptan devri ile bu alacakların büyük kısmının peşin olarak elde edilmesiyle nakde kavuşmak istemesi oluşturur.

Faktoring sözleşmesi faktoring şirketi ve müşteri ile akdedilen iki taraflı bir sözleşme olsa da, müşterinin alacaklarının faktore devredilmesi sonucunda, faktor, müşteri ve müşterinin borçlusu arasında üçlü borç ilişkisi meydana getirir. Yurt dışı faktoring işleminde muhabir faktöründe katılımı ile dört köşeli borç ilişkisi bulunduğu kabul edilir.

Tarafların iradelerine göre farklı hüküm ve sonuçlara tabi olacak şekillerde akdedilen faktoring sözleşmeleri temelde gerçek faktoring ve gerçek olmayan faktoring olarak ikiye ayrılır. Gerçek faktoring işleminde, alacağın borçludan tahsil edilememesi durumunda, faktorün teminat işlevini üstlenmesi söz konusu iken, gerçek olmayan faktoring işleminde faktor bu riski üstlenmemektedir. Bir faktoring sözleşmesinde genellikle müşterinin ve borçlularının kredibilitesi dikkate alınarak belirlenen limitlerde bir kısım alacak için teminat verilirken, bir kısmı için verilmemektedir. Alacaklar tahsil edildikçe, müşteriye sağlanan kredi limitinde oluşan boşluklara yeni alacaklar doldurulmaktadır. Böylece, başlangıçta garanti verilen ve tahsil edilemezse müşteriye rücu edilemeyecek olan alacaklar için belirlenen garanti limitinde, bu alacaklar tahsil edildikçe boşluk oluşur. Faktorün garanti limitinde oluşan bu boşluk, müşterinin, garanti verilmeyen, yani, tahsil edilemezse müşteriye rücu edilecek olan alacakların tahsil edilememesi halinde bu alacaklarla doldurulmaktadır.

Doktrinde gerçek olmayan faktoringte, finansman işlevinin bulunması ve faktorün tahsil edilemeyen alacakları müşteriye rücu edebilmesi sebebiyle sözleşmenin ödünç sözleşmesi olarak nitelendirildiği, gerçek faktoringte ise faktorün tahsil edilemeyen alacaklarının müşteriye rücu edilememesi sebebiyle sözleşmenin alacağın satımı (devri) olarak nitelendirildiği, ancak sözleşmede yalnızca müşterinin muhasebesinin tutulması, alacakların tahsil edilmesi gibi iş görme işlevi kararlaştırılmışsa sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiği görülmüştür.

Ancak bize göre, belirtilen sözleşme türlerinin unsurları incelendiğinde faktoring sözleşmesi içinde yer alan bu unsurlar kanunda yer alan özelliklerinden uzaklaşmaktadır. Sözleşmede, alacağın devri, ödünç ve vekâlet unsuru tarafların iradesine göre şekillenen birden fazla amacı içeren karma sözleşme niteliği oluştururlar.

Factoring sözleşmeleri mevcut veya doğacak alacaklar tek bir sözleşme ile toptan bir şekilde, faktore devredilmektedir. Faktoring sözleşmesi akdedildikten sonra ayrıca alacağın devri için tek tek sözleşme yapılmamaktadır. Bu niteliği ile faktoring sözleşmesi münferit sözleşmedir. Doktrinde faktoringin, gelecekte münferit olarak devir işleminin yapılması gerekmeyen çerçeve sözleşme niteliğinde olduğunu savunan bir görüş ve bunun aksi yönde münferit alacağın devri sözleşmelerinin çatısını oluşturan çerçeve sözleşme olduğunu savunun görüşlere rastlanılmaktadır. Ancak, çerçeve sözleşmelerin, tarafların ileride akdedilecek sözleşmelere ilişkin kuralların

belirlendiği bir sözleşme olması ve taraflara münferit sözleşme yapma borcu yüklememesi özelliği faktoring sözleşmelerinin çerçeve sözleşme olmadığını ortaya koymaktadır. Çünkü faktoring sözleşmesi ile tarafların hak ve borçları tek bir sözleşme ile belirlenmekte, müşterinin alacakları toptan alacak devri ile bu sözleşmede devredilmekte ve ileride devir için yeni sözleşme akdedilmemektedir. Bu sözleşme ile müşterinin alacakları devredildiği için sözleşme hem tasarruf, hemde taahhüt işlemi niteliğinde, sürekli edimli borç ilişkisi doğurur.

Factoring sözleşmeleri, faktoring şirketlerinin önceden ve tek taraflı olarak hazırladıkları, sözleşmenin koşullarının müşteri tarafından müzakere edilemediği, standart (tip) sözleşmelerdir. Önceden hazırlanan sözleşme metni müşteri ile müzakere edilmeden imzaya sunulmaktadır. Ancak faktoring sözleşmeleri, daha çok küçük ölçekte işletmeler (KOBİ), gerçek kişi tacirler ile diğer finansman şirketleri arasında akdedilerek gerçekleştirilmektedir. Uygulamada faktoring sözleşmeleri, tacirlerin ekonomik sıkıntılarının giderilmesi için, yapılabilmekte, sözleşmede hak kayıplarına sebep olabilecek koşullara boyun eğilmektedir.

Bu niteliği itibariyle, sözleşmeler genel işlem koşullarını içerir. Türk Borçlar Kanunu m. 20-25’de genel işlem koşulları ve bu koşulların denetimine ilişkin emredici hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlere aykırı akdedilen sözleşmelerin TBK m. 27 hükmünde belirtilen, emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık sebebiyle sözleşme serbestisinin sınırlarının aşıldığı kabul edilmektedir.

Factoring sözleşmeleri müşterinin alacaklarının devri karşılığında genellikle küçük ve orta büyüklükte işletmelere finans sağlanması sistemi üzerine kurulmuştur. Ancak müşterinin mal sattığı veya hizmet verdiği büyük işletmelerin, kendi düzenledikleri genel işlem koşulu içeren sözleşmelerle alacağın devrinin yasaklanmasına ilişkin şarta yer verilebilmektedir. Kuşkusuz bu anlaşma müşterinin finansman ihtiyacını karşılamaya büyük yararı olan faktoring sözleşmesi akdetmesine veya akdettiği bir faktoring sözleşmesinde alacağın devri borcunu yerine getirmesine engel oluşturur. Alman Hukukunda yer alan, her iki tarafın tacir olduğu para alacağına ilişkin borç ilişkisinde kararlaştırılan temlik yasağının, yasağa rağmen yapılan temlikte ileri sürülemeyeceği (HGB 354a) kuralının Türk Borçlar Kanunu kapsamına alınmasının tarafların ticari hak ve menfaatleri ile ekonomiye katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Factoring sözleşmelerinde kullanılan genel işlem koşulları, sözleşmenin adalet teminatını müşteri bakımından ihlal edebilmektedir. Faktor kendi çıkarlarını koruyabilmek için sözleşmede kendi lehine koşullara yer vermekte, müşteri ile makul bir denge sağlanmasına yönelik yedek hukuk kurallarını gözardı ederek, kendi borçlarını müşteriye yüklemektedir. Tüketiciye göre, tacir konumundaki müşterinin sözleşmelerde basiretli bir tacir gibi hareket edeceği, akdettiği sözleşmeyi okuma, itirazlarını iletme ve pazarlık etme gücünün daha fazla olacağı kabul edilebilir. Ancak, küçük ve orta ölçekte ve işletmesinin varlığını sürdürmesi için nakde ihtiyacı olan bir tacirin kredi ihtiyacı için banka karşısında kendisine sunulan kredi sözleşmesini müzakere etme şansının olduğu söylenemez. Bunun gibi, factoring şirketleri de müşterinin ihtiyaç halinde olduğunu bilen, bankaların bünyesinde veya serbest olsa da ekonomik yönden güçlü kuruluşlar olup, genel işlem koşullarını müzakere şansı vermemektedir. Kendisine pazarlık imkânı vermeyen faktor karşısındaki müşteri, bu şartlarda sözleşmeyi kabul etmek zorunda kalmaktadır. Doktrinde çoğunlukla tacirlerinde TBK’da düzenlenen genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hükümlerden yararlanacağı kabul edilmektedir. Factoring sözleşmesinde sözleşme adaletinin yeniden kurulması ancak hakimin sözleşmeye müdahalesi ile mümkündür. Factoring sözleşmesinin hakim tarafından denetiminde, müşterinin pazarlık ederek sözleşmeyi akdettiği, hak ve menfaatlerin sözleşmede dengeli dağıtıldığı anlaşılabiliyorsa sözleşme hükmünün geçerli olduğuna karar verilebilir ve sözleşme, isimsiz sözleşmelere ilişkin kurallardan yararlanılarak denetlenir.

Hakim böyle bir uyuşmazlıkta, tip özgürlüğü ilkesinin sonucu olarak akdedilen factoring sözleşmeleri için, isimli sözleşmelerde de olduğu gibi, TBK’nın genel hükümlerini esas alır. Bu bakımdan, sözleşme özgürlüğünün sınırları, genel işlem koşulları, borçlunun ve alacaklının temerrüdü, ifa zamanı, ifa yeri gibi hükümler factoring sözleşmesinde de uygulanır. Genel hükümler yönünden bir sorun görülmezse, isimsiz sözleşmenin TBK m. 19 kapsamında tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkarılması için yorumlanması gerekir. Tarafların iradesi yorum yöntemi ile ortaya çıkarılamıyorsa, burada oluşan sözleşme boşluğunun TMK m. 1 hükmünden yararlanılarak varsa örf adet hukuku kurallarına göre, yoksa hakimin hukuk yaratması ile uyuşmazlık çözümlenmelidir.

Factoring sözleşmesinin denetiminde TBK’nın genel hükümlerine, özellikle sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşıldığı, genel işlem koşullarına yer verildiği

tespit edildi ise sözleşmenin Kanun'da yer alan bu denetim yollarına göre incelenmesi gerekir. Ancak bu denetim yöntemlerinden yürürlük denetiminin tacirler arasında uygulanmasının gerekmediği kabul edilmektedir. Ticari işlemlerde hızlı hareket edileceği için genel işlem koşulu uygulandığına ilişkin uyarıların uygun düşmeyeceği, zira tacirlerin bu tür korumalardan sınırlı yararlanması gerekeceği düşünülmektedir. Bu aşamada yapılacak denetimde, hakim esnek davranmalı, çıta düşük tutulmalı, sözleşmenin içeriğinin denetimine ağırlık verilmelidir. Bu çerçevede sözleşmenin yorumlanmasına geçilir. Müşterinin aleyhine bir genel işlem şartının yorumunda faktorün de hak ve menfaatleri gözetilerek yorum yapılmalıdır.

Sözleşme içeriğinin denetiminde ise genel işlem koşulunun dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturup oluşturmadığına bakılmaktadır. TBK m. 25 ile düzenlenen içerik denetiminin uygulanmasında özellikle TTK m. 55/1-f bendinden yararlanılmalıdır. Bu denetimin sonunda sözleşme hükümlerinin önemli ve haksız şekilde orantısız olduğu, müşterinin ölçüsüz şekilde mağdur edildiği tespit edilebiliyorsa, hükümsüzlüğüne karar verilir. Sözleşme hükümün batıl olduğuna karar verilirken sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Müşterinin menfaatleri, bir sözleşme hükmünde ihlal edilirken, diğer hükümde telafi edilebilir. Önemli olan sözleşme adaletinin dengelenmiş olmasıdır. Bu anlamda yapılan her tespit hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmamalıdır.

Bana göre, sözleşme özgürlüğü ilkesinin, sosyal adalete feda edilmemesi, başka bir deyişle tarafların irade özerkliği ve hukuk güvenliği sağlandığı süreçte tarafların sözleşme özgürlüğünün korunması gerekir. Sosyal adalet düşüncesi ile sözleşmeye müdahalenin yalnızca kişinin kendisine tanınan özgürlüğü kullanamadığı alanlarda uygulanmalıdır. Böylece sosyal adalet ilkesi ile sözleşme özgürlüğü arasındaki denge kurulmuş olmaktadır. Zira bütün sözleşme ilişkilerinin kanunlar ile düzenlendiği, bireylere esneklik ve ihtiyaçlarına cevap veren bir sistemin altından kalkılması imkanı bulunmamaktadır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi üzerine kurulu liberal ekonomik modelde hakimın sözleşmeye müdahalesi son çare olarak kabul edilmelidir.

Factoring sözleşmeleri, birden fazla sözleşme unsurunun düzenlendiği ve sözleşmenin koşulları hakkında taraflara geniş bir seçim alanı bıraktığı sözleşmelerdir. Bu yönü ile factoring sözleşmelerinin bütün unsurlarıyla kanunda düzenlenmesi mümkün görünmemektedir. Ancak factoring sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğünün maddi anlamda gerçekleşmesini önleyen, tehlikeler ortaya konularak taraflar arasında

eşitlik ve adaletin sağlanması için belirtilen genel ilkeler gözetilerek denetim yapılmalıdır.

Bunun için faktoring sözleşmelerinde, sözleşme görüşmelerine başlanırken, faktor tarafından genel işlem koşullarının kullanılmak istenildiği müşteriye bildirilerek, müşteriden onay alınması gerekir. Genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olduğunun kabul edilebilmesi için (yürürlük denetimi), sözleşmede genel işlem koşullarının kullanıldığı konusunda müşteriye açıklama yapmak ve sözleşme metninin incelemesi için müşteriye teslim edilmesi gerekir. Sözleşme metninden haberdar olma imkânı müşteriye verilmelidir. Sözleşme çerçeve sözleşme niteliğinde akdedilmişse her bir münferit sözleşme imzalanmadan önce sözleşme metninin müşteriye sunulması gerekmez. Sözleşmede genel işlem koşullarına yer verilse de, tarafların hak ve menfaatlerine uygun, dengeli ve adil olması gerekmektedir. Müşteriye metin üzerinde müzakere (pazarlık) etmesine izin verilmeli mutabık kalınan maddeler esas alınarak sözleşme imzalanmalıdır. Taraflar arasında pazarlık konusu yapılmış hususlar bireysel anlaşma özelliği kazanır ve sözleşmenin yorumlanmasında bireysel anlaşmaya öncelik verilir. Sözleşme hükümlerinin anlaşılır ve birden fazla yoruma imkân vermeyecek şekilde hazırlanması gerekir. Müşterinin aleyhine bir genel işlem şartının yorumunda faktorün de hak ve menfaatleri de gözetilerek müşteri lehine yorum yapılmalıdır.

Belirtilen hususlar dikkate alınmadan akdedilen sözleşmenin hakim tarafından denetimi sonunda, bazı hükümlerinin yazılmamış sayılmasına, bazı hükümlerin müşteri lehine yorumlanmasına, bazı hükümlerinin batıl olduğuna karar verilebilir. Genel işleme koşullarının varolduğu kabul edilen bir sözleşmede, bazı hükümlerin yazılmamış sayılmasına karar verilirse TBK m. 22 gereğince sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliğini koruduğu kabul edilmektedir. Bu durumda faktoring şirketi yazılmamış sayılan veya batıl sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m. 22/2). Sözleşmenin içerik dentemine ilişkin olarak TBK m. 25’de: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz” denilmiş ancak, bunun yaptırımının ne olacağı belirtilmemiştir.

Bu noktada hakları sınırlandırılan taraf sözleşmenin tümünün veya bazı maddelerinin kesin hükümsüzlüğünü veya edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini talep edebilir. Hakim tarafından sözleşmedeki kesin hükümsüzlük hâlleri re’sen dikkate alınmalıdır. TBK m. 27/1 hükmüne göre sözleşme özgürlüğünün

ihlal edildiği sonucuna varılarak, sözleşmenin bazı maddelerinin batıl olduğuna karar verilebilir. Bu durumda diğer tarafın TBK m. 27/2 gereğince batıl sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı, sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasına itibar edilmemeli, sözleşmenin ayakta tutulması kuralına göre hareket edilmelidir. Bunun sebebi, sözleşmenin geçersiz sayılmasının, müşteri aleyhine sonuç doğurmasıdır. Sözleşmenin bütünüyle geçersiz sayılacağını düşünen ve finansman ihtiyacı içinde bulunan müşteri bu şartları kabul etmek zorunda kalabilir. Böyle bir zorunlulukla hareket eden müşteri ile kendi lehine sözleşmenin bütün şartlarını kabul ettiren faktor arasında sözleşme adaletinin sağlandığından bahsedilemez. Faktörün batıl hüküm olmadan sözleşmenin yapılmayacağı iddiasının takdiri hakime bırakılmalıdır. Hakim objektif olarak sözleşmenin ayakta kalıp kalamayacağını değerlendirmelidir.

Sözleşmenin bir kısmının hükümsüz sayılmasıyla ortaya çıkan sözleşme boşluğunun hakim tarafından doldurulması gerekir. Bunun için faktoring sözleşmesini oluşturan sözleşme unsurlarlarını düzenleyen hukuk kurallarına müracaat edilerek, tarafların hak ve menfaatlerini en iyi dengeleyecek kural oluşturulmalıdır. Karma sözleşme niteliğindeki faktoring sözleşmeleri için sözleşme unsurlarını oluşturan Kanundaki sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanması faktoring sözleşmesinin doğasına uygun düşmezse, hakimin faktoring sözleşmelerinin niteliğine uygun hukuku yaratması gerekir. Sözleşmenin niteliğine uygun kural belirlenirken tipikleşmiş faktoring sözleşmesi için yerleşik hale gelmiş yargı kararları, doktrinde yer verilen görüşler ve mukayeseli hukuk kuralları kullanılarak hem faktor hemde müşteri için adil sonuçlar getirmesine dikkat edilmelidir. Özellikle faktoring sözleşmesinin hangi amaçla akdedildiği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar, tarafların ekonomik gücü, uğraşılan ticari işin, satılan mal veya verilen hizmetin niteliği gibi unsurlar her somut olaya göre değerlendirilerek karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak, “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2018; 4 (2), ss. 129-148. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/594346>) ET. 27/03/2023.

Akçaal, Mehmet, “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD., C. XVIII, S. 1, Y. 2014, ss. 62-82.

Akgün, Öztin, Finansal Yönetim, B. 7, İstanbul 1998.

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Borçlar Hukuku/Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, B. 30, İstanbul 2022.

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. I, B. 19, İstanbul 2024.

Akipek, Şebnem/Küçükgüngör, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, B. 2, Ankara 2002.

Akipek, Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, 1995, ss. 269-290, ss. 269-290. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629589>. ET. 09/11/2022.

Akkanat, Halil, “Gerçek Faktoring Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, ss. 889-911.

Akkanat, Öztürk, Elif, Beyza, “Alacağın Teminaten Devri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (1), Y. 2021, ss. 1-26. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1734765>).

Akkaya, Mustafa, “Özel Hukuk Sözleşmesinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği Sorunu”, Yaklaşım, Y. 8, S. 95, Kasım 2000.

Aktaş, Batuhan/Seyhan, Serkan, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme”, TBB Dergisi 2019 (144), ss. 105-172.

Akyol, Şener, Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001. (Banka)

Akyol, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995.(Genel Hükümler)

Altan, Alparslan, “Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması”, Ankara Barosu Dergisi, 2004-4, ss. 61-88.

Altaş Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.

Altay, Sıtkı, Anlam, “Emre Yazılı Kambiyo Senetlerinde Kişisel Def’ilerin Faktoring Şirketine Karşı İleri Sürülebilirliği Sorunu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXIV, 10-11 Aralık 2010, ss. 291-333.

Altop, Atilla, “Faktoringde Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar”, Sempozyum, GÜHF - Faktoring Derneği, İstanbul 2009; ss. 32-59. (Güncel ve Hukuki Sorunlar)

Altop, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

Altun, Abdurrahim, “Gelecekteki Alacakların Devri”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2019, ss. 160-183.

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, B. 2, Ankara 2019. (Genel Hükümler)

Antalya, Gökhan, “Gelecekteki Hakta Tasarruf”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, ss. 545-548.

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 17, Ankara 2024.

Aral, Fahrettin, “Topyekün Temlik”, AÜHFD, C. XLII, Y. 1991-1992, S. 1-4, ss. 93-140. (Temlik)

Aral, Vecdi, “Hukukta İrade Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, ss. 249-280.

Arat, Ayşe, “İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2006, ss. 239-249.

Arıkan, Mustafa, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2005, ss. 129-155. (Temlik)

Arıkan, Mustafa, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Aralık 2012, ss. 19-28.

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, B. 28, Ankara 2022.

Arslan, Murat C., “Factoring Uygulaması ve Hukuki Boyutu”, Vergi Dünyası, Ocak 1996, S. 173, ss. 70-82.

Atamer, Yeşim, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2005, C: 63, S: 1-2, ss. 171-191.

Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, B. 2, İstanbul 2010. (GİŞ Denetim)

Atamer, Yeşim, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşleme Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara 2011, ss. 9-73. (Yeni TBK Uyarınca Denetim)

Atamer, Yeşim, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, Çiğdem Kırca (ed.), İstanbul 2013, ss. 103-137. (Karşılaştırmalı Denetim)

Atamer, Yeşim, Genel İşlem Koşullarının Denetimi – BK, TK ve TKHK, s. 11. (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/yesimatamersunum0217.pdf>).

Atamulu, İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, (2018), ss. 101-146. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/475405>).

Atasoy, Kemal, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sorunu, B. 1, İstanbul 2020.

Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007. (Ahlaka Aykırılık)

Ateş, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TTB Dergisi, S. 72, 2007, ss. 75-93. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-72-352>. (Dürüstlük Kuralları)

Ateş, Derya, “İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 2, Bahar 2007, ss. 135-148. (İrade Özerkliği)

Ateş, Mustafa, “Factoring Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler”, Yargıtay Dergisi, C: 22, S: 1-2, ss. 133-144.

Aydıncık, Şirin, “Bir İnaçlı Temlik Türü Olarak Alacağın Teminat Amaçlı Temliki”, İÜHFM, C. 64, S. 1, 2006, ss. 131-194.

Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Genel İşlem Koşulları Şerhi, B. 2, Ankara 2022. (Genel İşlem Koşulları)

Aydoğdu, Murat/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), B. 6, Ankara 2023. (Sözleşmeler)

Aydoğdu, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 571- 621. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179442>) ET. 04/10/2022.

Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, B. 16, Ankara 2024.

Ayrancı, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. 52. S. 3, 2003, ss. 229-233.

Azarkan, Nejat, “Faktoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiye Karşı Şahsi Def’ilerin İleri Sürülmesi”, DÜHFD, C. 22, S. 36, Y. 2017, ss. 89-107.

Bahçeci, Barış, “Ticari Kredilerde Temerrüt Faizi Oranının Sözleşme Eliyle Bankaların İnisiyatifine Bırakılması Sorunu”, TBB Dergisi, Ocak 2017 (128), ss. 307-348.

Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, B. 19, İstanbul 2022.

Bakker, Anuschka-Levey Marc M., Transfer Pricing and Intra-group Financing: The Entangled Worlds of Financial Markets and Transfer Pricing, IBFD, 2012. (https://www.ibfd.org/sites/default/files/2021-11/20_007_%20Transfer Pricing and Intra-Group Financing Second revised edition final web.pdf) E.T. 11/12/2024.

Barlas, Nami. “Çerçeve Sözleşme Kavramı Ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, ss. 805- 828.

Baş, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, ss. 276-306.

Başoğlu, Başak, “Sözleşmenin Konusunda İmkânsızlık”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2012, ss. 489-517.

Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.

Batı, Murat/Gafar, Uğur, Hakan, “Vergi Ceza Hukukunda ‘Ne Bis in Idem’ İlkesi: Sorumluluk Hükümleri Açısından Farklı Bir Bakış”, Maliye Çalışmaları Dergisi, 2020, S. 64, ss. 15-29.

Battal, Ahmet, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar I, Ankara 2001, ss. 47–87.

Baykal, C. Murat, “Factoring Sözleşmesi”, YD., C. 26, S.1-2, Y. 2000, ss. 19-47.

Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, B. 4, İstanbul 2020.

Beale Hugh/Bridge, Michael/Gullifer, Louise/Lomnicka, Eva, The Law of Security and Title-Based Financing, OUP Oxford, 2012.

Börü, Levent, “Güvenli Elektronik İmza İle Oluşturulmamış Elektronik Posta (E-Mail) Kayıtlarının Delil Değeri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVII, Y. 2023, S. 4, ss. 101-128.

Bührer, Marc P, AGB-Kollisionen, “The Battle of the Forms” und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss, Zürich 1987.

Can, Mehmet Çelebi/Kaşak, Fahri Erdem, “Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sıfatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, ss. 266-277.

Cansel, Erol/Özel, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, B. 2, Ankara 2017.

Cashin-Ritane, Eleanor, “Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi Pacta Sunt Servanda ve Alman- Fransız Hukuku İlişkilerinde Sözleşmenin Uyarlanmasına Giden Yollar”, Çeviren: Baysal, Baysal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 63, S. 1- 2, İstanbul, 2005, ss. 321-342.

Ceran, Hamdi, Ahmet, “Alacakların Yönetiminde Factoring”, İstanbul Sanayi Odası Dergisi, 27(321) 1992, ss. 66-71.

Ceylan, Ali/Turhan, Korkmaz, Finansal Teknikler, Bursa 2014.

Chrenkoff, Arthur, Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea, 21 Austl. J. LEG. PHIL. 36 (1996).

https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ajlph21&id=41&men_tab=srchresults.

Cobb, William R.-Johnson M. L., Business Alchemy: Turning Ideas into Gold, AuthorHouse, 2012.

Cox, Anthony N./MacKenzie, John A., International Factoring, Euromoney, Ocak 1986.

Çağan, Nami, “Vergi Hukuku Yönünden ‘Para Faizsiz-Ev Kirasız’ Sözleşmesi”, BATİDER, C. IX, 1977, ss. 193-201.

Çağlar, Hayrettin, “Aşırı Yararlanma Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 32, S. 4, 2016, ss. 69-93.

Çakırca, İrem, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, B. 1, İstanbul 2015.

Çavuşoğlu, Uyanık, Ayfer, Faktoring ve Özellikle Milletlerarası Hukukta Faktoring Sözleşmesi, Adana 2004. (Milletlerarası Hukukta Faktoring)

Çavuşoğlu, Uyanık, Ayfer, “Milletlerarası Factoring Konvansiyonu,” e-akademi, S. 48, Şubat 2006. <http://e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=48> ET. 23/12/2022.

Çeker, Mustafa, “Uluslararası Factoring Sözleşmeleri ve Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 17, S. 4, 1994, ss. 111-127.

Çelen, Volkan, Türk Hukukunda Faktoring Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2016.

Çelik, Aytekin, “Ticari İşlerde Birlikte Borç Altına Girilmesi ve Ticari Bir Borca Kefil Olunmasının Sonuçları”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 6, S. 1, Y. 2023, ss. 326-373. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3069368>).

Çelik, Yiğit, “Kredi Açma Sözleşmesine İlişkin Kefaletten Dönme Ve Dönmenin Hukuki Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 (1) 2022, ss. 105-128.

Çetiner, Bilgehan, “Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu”, Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı C. I, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 803-827.

(https://cevdetyavuz.av.tr/makale/Armağan/00_CevdetYavuzArmağan_bastaraf.pdf).

Çınar, Ömer, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013.

Dahan, Frederique, Research Handbook on Secured Financing in Commercial Transactions, Edward Elgar Publishing, Haziran 2015.

Dalcı, Nurcihan, “Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas”, AÜHFD, 63 (2) 2014, ss. 285-308. (İflas)

Dalcı, Nurcihan, “Müstakbel Alacakların Toptan Devri”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. I, 2013, ss. 749-767. (Toptan Devir)

Das, Subhamoy, Perspectives On Finacial Services, 2009 New Delhi, s. 316. (<https://books.google.com.tr/books?id=6UIEgDg5eSEC&pg=PA292&dq=using+export+factoring+benefit&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwi779Xtoqv8AhWySPEDHSnYA8sQ6AF6BAGIEAI#v=onepage&q=using%20export%20factoring%20benefit&f=false>). ET. 03/01/2023.

Dayınlarlı, Kemal, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 1993. (Alacağın Temliki)

Dayınlarlı, Kemal, “Sözleşme Özgürlüğüne Eylemli Engeller”, Yargıtay Dergisi, C. 10, Temmuz 1984, Sa. 3, ss. 338-348.

Demir, Mehmet, “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, TBBD., Sa. 76, Y, 2008, ss. 217-230.

Demir, Oğuz, “Türkiyede Faktoring Uygulaması ve Mali Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 193, Eylül 1997.

Demir, Remzi, “Faktoring Sözleşmesi”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Y. 2013, ss. 877-902.

Diehl-Leistner, B.A: Internationale Faktoring, Europaeisches Wirtschaftsrecht, Abteilung A.: Monographien, Band 1, München, 1992.

Dilek, Şener/Tetik, Nevzat, “Türkiye’de Faktoring İşlemleri Ve Faktor Şirketlerinin Yapısal Sorunlarını Belirlemeye Yönelik Bir Alan Araştırması”, Turkish Studies (Elektronik), 13(7), 2018, ss. 243 – 256. (<https://abakus.inonu.edu.tr/items/02ffa091-5088-4576-b81f-26acd2762102>) E.T. 15/01/2025.

Dinç, Serhan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İş Kavramı”, EÜHFD, C. XVIII, S. 3–4 (2014), ss. 173-191.

Doğan, Gülmelihat, “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2014/4, ss. 385-413. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398217>) E.T. 15/01/2025.

Doğan, Naci, “Ulusal Ve Uluslararası Hukuk Alanlarına Göre Sözleşme Kavramı, Sözleşme Akdi Ve Koşulları”, Mevzuat Dergisi, Y. 9, S. 105, Eylül 2006.

Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 10, Ankara 2024.

Doğanay, İsmail, “Bankalar ile Kredi Müşterileri Arasında Düzenlenen Kredi Sözleşmesindeki Faiz Oranı Miktarını Bankalar Müşteriler Aleyhine Tek Taraflı Olarak Değiştirebilirler Mi?”, Yaklaşım, Kasım 1994.

Doğancı, Ekrem, Doğa, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, B. 1, İstanbul 2018.

Doğrusöz, Bumin, “Cezaların Kişiseliliği Ve Mirasçılarının Sorumluluğu” <https://www.dunya.com/kose-yazisi/cezalarin-kisiselligi-ve-mirascilarin-sorumlulugu/371138>. ET. 22/03/2023.

Domaniç, Hayri, “Halen Uygulanmakta Olan Faktoring Sözleşmelerinin Emredici Hükümlere Aykırı Olup Olmadığı”, Finans Hukuku Panelleri-2 Faktoring Hukuku ve Sorunları, İstanbul 2008, ss. 106-142. (Emredici Hükümlere Aykırılık)

Domaniç, Hayri, “Emredici Hükümlere Aykırı Olup 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 76, 80 ve 90. Maddesi ile Anayasa’nın 48 ve 167. Maddelerine Göre Bu Kanunsuzlukları Denetleyip Engellemeyen Devletin de Parasal ve Cezai Sorumluluğuna Yol Açabilecek Derecede Hatalı Olan Factoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri ile Yasal Sebepleri Aşağıdadır”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 2, İstanbul 2007, ss. 1395-1433. (Faktoring Sözleşmesinin Geçersiz Hükümleri)

Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, C. I, B. 18, İstanbul 2023.

Dural, Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul 2020.

Ekerkil, Vedat/Çağırın, Kalıpçı, Fevziye, “Türkiye Muhasebe Standartlarının Faktoring Muhasebe İşlemlerine Etkileri Ve Uygulamada İskontolu Faktoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi”, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, C. 12, S. 30, 2016, ss. 213-236.

Ekici, Akın, “Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı”, Bankacılar Dergisi, Sa. 63, 2007, ss 51-70.

Emek, Uğur, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Yeni Finansman Yöntemlerinin Uygulanabilirliği –Finansal Kiralama, Factoring-, Ankara 1994.

Emen, İsmail, “Türkiye’de Factoringin Genel Esasları”, Türkiye’de Factoring (Esaslar ve Uygulama) III, İstanbul 1996.

Engin, İlkey, Baki, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.

Ercan, Tayfun, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Neler Değişti?, Ankara 2013.

Erdemol, Haluk, Faktoring ve Forfaiting, Akbank Ekonomi Yayınları, İstanbul 1992.

Erdenk, Erdem, İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul 2008.

Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2019.

Erdoğan, Niyazi, Uluslararası İşlemlerde Mali Risk ve Yönetimi ve Çağdaş Finansman Teknikleri, Ankara 1994.

Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku-Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar, İstanbul 1995.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 29, Ankara 2024. (Genel Hükümler)

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 12, Ankara 2024. (Özel Hükümler)

Eren, Fikret, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Turgut Akıntürk’e Armağan, 2007, ss. 86-111. (Sorunlar)

Eren Fikret, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 1, Y. 2015, ss. 68-133. <http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/Hukuk-Dergisi-c1-s1.pdf>. ET. 19/08/2022. (İsimsiz Sözleşme)

Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, B. 8, Ankara 2024.

Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, İÜHFM, C. 38, S. 1-4, 1973, ss. 601-620.

Erol, Ahmet, Faktoring İşleminin Vergisel Boyutu ve Karşılaşılan Sorunlar, <https://www.turmobil.org.tr/ekutuphane/Read/a5f09d06-2606-4ec6-9710-59e25bf7853a>.

Ersöz, Oğuz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 3, S. 1, Haziran 2017, ss. 69-104.

Ertürk, Yusuf, Ziya, “Factoring Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, İzmBD, 1998, C. LXIII, S. 2, ss. 14-29.

Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, B. 9, Ankara 2019.

Esener, Turhan, Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1969.

Feyzioğlu, Feyzi, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Özel Borç İlişkileri, B. 3, İstanbul 1978.

Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Zürich 2020.

Gökkaya, Yusuf, Kerem, Uluslararası Ticaretin Finansmanında Faktoring Ve Türkiye’de Faktoring Uygulaması, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017. (https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=KcdTx_5UxQLS025VTZciZA&no=qpzvsAO9SdFHWwVD9I_03g) ET. 05/10/2022.

Görgeç, Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, Y. 2013, ss. 403-440. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/793437>).

Gümüş, Mustafa, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2023. (Özel Hükümler)

Gümüş, Mustafa, Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, B.1, Ankara 2021. (Genel Hükümler)

Günergök, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014.

Güneş, Gülsen, Vergi Yükümlülüğüne Ya da Vergi Sorumluluğuna Yönelik Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Dairesi Açısından Bağlayıcılığı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 68, S. 7-8-9, 1993.

Güran, Tevfik, İktisat Tarihi, B. 1, İstanbul 2020.

Hänseler, Peter, Die Globalzession, Schultess, Zürich 1991.

Hatemi, Hüseyin, Hukuka Ve Ahlaka Aykırılık Kavramı Ve Sonuçları: (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 5, İstanbul 2021.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir, Borçlar Hukuku-Özel Bölüm, İstanbul 1992.

Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003. (İçerik Denetimi)

Havutçu, Ayşe, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, C. 76, S. 2, 2011. (Değerlendirme)

Havutçu, Ayşe “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 34, 2005, ss. 3613-3625. (Sempozyum)

Işık, Şeyhmus, Genel İşlem Koşulları Ve Tüketici Hukukundaki Görünümleri, Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2013.

Işıқтаç, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, İstanbul 2007.

İnan, Ali, Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2014.

İşgüzar, Hasan, “3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1990/6, ss. 855-876.

Kahraman, Ayfer, “Faktoring Sözleşmelerinden Kaynaklanan Vergisel Yükümlülüklerin Devrinin Sözleşme Serbestisi İlkesi Kapsamında Ele Alınması”, Adalet Dergisi, S. 73, 2024/2, ss. 929-950.

Kahraman, Zafer, “Faktoring Sözleşmesinde Tarafların Hak Ve Yükümlülükleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Y. 2010, S. 69-70, ss. 72-90. (https://www.academia.edu/29558405/Faktoring_S%C3%B6zleşmelerinde_Taraflar%C4%B1n_Hak_ve_Y%C3%BCk%C3%BCml%C3%BCl%C3%BCkleri)

Kaplan, İbrahim; “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, BATIDER, 1991, C. XVI, S. 2, ss. 51-86. (Banka Genel İşlem Şartları)

Kaplan, İbrahim, “Faktoring sözleşmesi ile teminat için alacağın temlikî arasındaki hukukî ilişki”, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1(2), 47-53, 2016, ss. 47-53.

Kaplan, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, B. 3, Ankara 2013. (Sözleşmeye Müdahale).

Kaptan, Sanjay, Shankar-Telang, S. D., Innovativ Concepts in Finance, New Delhi 2002.
(https://books.google.com.tr/books?id=z7jCU97zoskC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22S.+S.+Kaptan%22&hl=tr&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=factoring&f=false) ET.03/01/2023.

Kara, Mustafa, Sencer, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, ss. 723-742.

Karabağ, Bulut, Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014.

Karadağ, Hande, Strategic Financial Management for Small and Medium Sized Companies, Emerald Group Publishing, Aralık 2015.

Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, B. 2, Ankara 2015.

Karagöz, Yıldız, “Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük”, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, C. 26, 2002, ss. 267-295.

Karahasan, Mustafa, Reşit, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, B. 6, İstanbul 2003.

Karim, Dewan, Sazzadul/Zahid, Jawadur, Rahim, “Factoring as an Alternative Mode of International Trade Finance”, 2020. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3536156> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3536156>, ET. 14/08/2022.

Kaşak, Fahri, Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, B. 2, İstanbul 2021.

Kazmacı, Uzun, Özge, Faktoring Sözleşmesi, B. 2, İstanbul 2014.

Kaya, Özge; “Faktoring Sözleşmeleri”, <http://www.turkhukuksitesi.com/makale>

Kılıçoğlu, Ahmet, “Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, 1990, ss. 103-110.

Kırbaş, Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, B. 21, Ankara 2018.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.

Klapper, Leoral, “The role of factoring for financing small and medium enterprises”, Journal of Banking & Finance Volume 30, Issue 11, November 2006, Pages 3111-3130, p. 3011.(<https://doi.org/10.1016/j.jbankfin.2006.05.001>)

Kleyling, Thomas (1980): Zession-unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession-und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten, Zürich 1980.

Kocaman, Arif, B., Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara 1992. (Hukuki Nitelik)

Kocaman, Arif, B., Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi), Ankara 1994. (Factoring)

Kocaman, Arif, B., Alacağın Devrinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, B. 2, Ankara 1992. (Alacağın Devri)

Kocaman, Arif, “Faktoring İşleminde Borçlunun Temel İlişkiden Doğan Savunmaları Faktoring Şirketine Karşı İleri Sürüp Süremeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, 2020, ss. 965-980. (Savunmalar)

Kocaman, Arif, “Faktoring İşlemi –Anlamı ve Dünya Faktoring Uygulamasına Bir Bakış-”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1991, Cilt: 46, Sayı: 3-4, ss. 127-130, s. 128. (<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38248>) (Faktoring İşlemi)

Kocaman, Arif, B., “Yargıtay Kararları Açısından Factoring”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, 9-10 Haziran 2000, ss.165-175. (Yargıtay)

Kocaman, Arif, B., “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, ss. 529-548. (Değerlendirme)

Kocaman, Arif, “545 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Factoring" Konusunda Getirilen Düzenlemeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 17, S. 4, Aralık 1994, ss. 33-38. (545 Sayılı KHK)

Kocaman, Arif, “Factoring’ın Hukuki Niteliği”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 17, S. 2, Aralık 1993, ss. 79-93. (Factoring’ın Hukuki Niteliği)

Kocaman, Berna, “Dünya Faktoring Piyasasında Durum”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S. 128, Şubat 1991.

Kocaman, Berna, Finansal Piyasalar, Ankara 2004. (Finans)

Kocaman, Berna, “Geçmişten Günümüze Factoring”, Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, S. 3, Mart 1991.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. I, B. 6, İstanbul 2014. (Hukuki İşlem)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler” Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, ss. 25-33. (Düşünceler)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, ss. 503-514.

Kohls, Rainer: Bankrecht, 2. Überarbeitete Auflage, München 1997, Nr. 482.

Konuralp, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.

Korkmaz, Fırat, “Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Bir İstisnâsı Olarak Önsözleşme”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, Temmuz 2016, ss. 281-296. (<https://www.jurix.com.tr/article/5415?u=0&c=0>) E.T. 15/01/2025.

Kostakoğlu, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, B. 8, İstanbul 2016.

Koyunpınar, M. Gökhan, “Çağdaş Bir Finansman Aracı Olarak Faktoring ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İktisat Anabilim Dalı, Y. Lisans Tezi, Ankara 1999.

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, B. 2, İstanbul 1982-1983.

Kulaç, Cansu, “İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2), Güz 2023, ss. 383-413.

Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşmeler), B. 2, Ankara 2013. (Karma Sözleşmeler)

Kuntalp, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukuku’nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara 2011, ss. 81-102. (Banka)

Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler”, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

Küçükyalçın, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C. LIII, S. 4, 2004, ss. 101-124.

Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Band 1, Leasing und Factoring, C.H. Beck Verlag, 1991.

Matulich, S./Heither E.L./Var T., (1987), Financial Accounting, Second Canadion Edition, Mc. Graw-Hill Ryjerson Limited Toronto, 1987.

Melekoğlu, Burcu, İkale ve İbra Sözleşmeleri, Ankara 2018.

Merz, Hans, Landerbericht Schweiz, in: Richterliche Kontrolle von Allegemeinen Geschäftz bedingungen, Arbeiten zur, Rechtsvergleichung, Nr. 41, Farankfurt/M, ua 1968.

Milenkovic, Tamara- Dencic, Kerkovic- Mihajlov, Ksenija, “Factoring in the changing environment: legal and financial aspects”, Social and Behavioral Sciences, 44 (2012), ss. 428 – 435, s. 435, (https://www.researchgate.net/publication/257716173_Factoring_In_the_Changing_Environment_Legal_and_Financial_Aspects), E.T. 11/12/2024.

Minaud, Gerard, “Getting cash from receivables in Ancient Rome”, Factors and Actors- A Global Perspective on the Present, Past and Future of Factoring, P.I.E. Peter Lang, Brussels 2018.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku, C.1, B. 6, Ankara 2022.

Müller, Felix, “Hukukun Ekonomik Teorisi”, Küresel Bakış, Y.1, C. 1, Sa.:3, Ekim 2011, ss. 1-20. (Çeviren: Ahmet M. Güneş) (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1671636>). E.T.15/01/2025.

Nazalı, Ersin, “Vergi Hukuku-Özel Hukuk İlişkisi ve VUK’un 3. Maddesinde Yer Alan Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Uygulanması”, Yaklaşım, Y. 16, S. 181, Ocak-2008.

Nisim, Franko, “Alacağın Temliki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1, ss. 177-196. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36521>) ET. 07/01/2023.

Nomer, Haluk, Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 16, İstanbul 2018.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 21, İstanbul 2023.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, B. 17, İstanbul 2022.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Oktay, Saibe, Eşya Hukuku, B. 24, İstanbul 2022.

Oktay, Özdemir, Saibe, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHFM, C. 57 (1999), S. 1-2, ss. 265-299.

Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, (İsimsiz Sözleşmeler), İÜHFM, C. 55, S. 1-2, 1995, ss. 263-296.

Onursal, Erkut, “Dış Ticaretin Finansmanında Factoring Ve Factoringin Hukuki Çerçevesi”, Dış Ticaret Dergisi, 6 (22) 2001, ss. 65-84.

Oranlı, Barış, Faktoring Leasing Sözleşmeleri ve Vergisel Boyutu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002.

Oy, Osman/Köse, Seçkin/Alkım, Süleyman, Yahya, Factoring, İstanbul 2008.

Ozanoğlu, Hasan, Seçkin, “Yargıtay Uygulamasında TKHK’nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2000-3, ss. 53-69.

Öğülmüş, Levent, Faktoring, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 1995.

Ölmez, İsa, Türkiye’de Faktoring Ve Faktoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2012, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Öncel, Mualla/ Kumrulu, Ahmet/ Çağan, Nami, Vergi Hukuku, B. 33, Ankara 2024.

Örüm, Fethi, “İkrazatçılık İle Factoring Farkı”, Banka ve Finans Hukuku, Panel ve Seminer Notları, İstanbul 2008.

Özakman, Cumhur, Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989. (Factoring Sözleşmeleri)

Özakman, Cumhur, “Factoring İşlemleri ve Faktoring Uygulamaları Hakkında Değerlendirmeler”, Faktoring Sektörü ve Uygulamaları, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 2006. (Değerlendirme)

Özakman, Cumhur, “Faktoring İşlemlerinin Hukuki Niteliği ve Fonksiyonları”, Finans Hukuku Panelleri-2 Faktoring Hukuku ve Sorunları, İstanbul 2008, ss. 31-42. (Hukuki Nitelik)

Özakman, Cumhur, “Faktoringde Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar”, Sempozyum, GÜHF – Faktoring Derneği, İstanbul 2009, ss. 11-22. (Güncel Hukuki Sorunlar)

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 15, Ankara 2022.

Özçelik, Barış, Ş., “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık Ve Sonuçları”, AÜHFD, 63 (3) 2014, ss. 569-621.

Özdemir, Gökhan, “Faktoring Şirketlerinin Alacaklarını Tahsil Ederken Karşılaştıkları Sorunlar ve Özellikle Menfi Tespit Davası”, Finans Hukuku Panelleri-2 Faktoring Hukuku ve Sorunları, İstanbul 2008, ss. 134-142.

Özdemir, Hayrunnisa, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, İstanbul 2018.

Özdemir, Zekai, “Dış Ticaret Finansman Tekniklerinden Faktoring ve Forfaiting İşlemleri”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 10, 2005/2, ss. 194-224.

Özen, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, B. 4, İstanbul 2017.

Özgül, Handan, Faktoring, T. İş Bankası Yayını, Haziran 1991.

Özkan, Tuba, “Faktoring İle Forfaiting'in Dünya'da ve Türkiye'de Geldiği Nokta Ve Gelişim Potansiyeli”, 2nd International Congress On New Horizons In Education And Social Sciences (ICES-2019) Proceedings, ss. 549-562, (https://www.researchgate.net/publication/335217727_Faktoring_Ile_Forfaiting'in_Dunya'da_ve_Turkiye'de_Geldigi_Nokta_Ve_Gelisim_Potansiyeli). E.T.15/01/2025.

Özsoy, Rânâ, Faktoring Sözleşmesi, Ankara 2022.

Özsöker, Gökberk, “Türk Borçlar Kanunu’nun Emredici Hükümlerinin Sözleşme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, Haziran 2016, ss. 59-78.

Papadimitriou, B. Dimitri/Phillips, J. Ronnie/Wray, L. Randall, “Community-based factoring companies and small business lending”, Jerome Levy Economics Institute Working Paper No. 108, 1994. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=133148. E.T. 12/08/2022.

Parboteeah, K. Praveen/Cullen, John B., International Business Perspectives From Developed and Emerging Markets, Newyork 2018. (https://books.google.com.tr/books?id=uEYrDwAAQBAJ&pg=PA340&dq=using+export+factoring+benefit&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwiog9DMp6v8AhWyQ_EDHeXMAA44ChC7BXoECAkQCg#v=onepage&q=using%20export%20factoring%20benefit&f=false) ET. 03/01/2023.

Poroy, Reha; “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, ss. 513-550.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, B. 20, İstanbul 2024.

Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, B. 18, İstanbul 2024.

Raiser, Ludwig, “Die Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die Gericht” Karlsruher Forum, 1965.

Rehbinder, Manfred, “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne” (Çev. Teoman Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İÜHFM, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, ss. 641-653.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 25, İstanbul 2014.

Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2007. (Bankacılık)

Reisoğlu, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.

Ripert, Georges, La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949.

Ruhi, Ahmet, Cemal, Sözleşmeler Hukuku, C. II, B. 2, İstanbul 2013.

Salinger Freddy R./Davidson Nigel/Mills Simon-Ruddy Noel, Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance, Sweet and Maxwell, 2006.

Saraç, Şükrü, Yargıtay Kararları Işığında Factoring, B. 2, Ankara 2017. (Yargıtay)

Saraç, Şükrü, “6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Çerçevesinde Faktoring Uygulamaları ile ilgili Güncel Sorunlar”, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu Çerçevesinde Faktoring Uygulamaları İle İlgili Güncel Sorunlar Sempozyumu, 2016, ss. 18-60.

([https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/fkb_Hukuk_Sempozyumu_Kitapc%CC%A7ik_\(1\)-1575.pdf](https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/fkb_Hukuk_Sempozyumu_Kitapc%CC%A7ik_(1)-1575.pdf)) ET. 24/07/2022. (Güncel Sorunlar)

Saraç, Şükrü, “Faktoringde Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar”, Sempozyum, GÜHF – Faktoring Derneği, İstanbul 2009, ss. 24-31. (Güncel Hukuki Sorunlar)

Sarıgan, Berkay, Faktoring Sözleşmeleri, B. 1, Ankara 2021.

Sarıgül, Haşmet, “Factoring as a financing option in Turkey: a comparative study”, 2012. https://www.researchgate.net/publication/251323971_Factoring_as_a_Financing_Option_in_Turkey_A_Comparative_Study E.T.13/08/2022.

Sarısoy, Taner, “Faktorig İşlemleri ve Vergilendirilmesi”, Vergi Raporu, S. 78, Ekim-Kasım, 2005, ss. 22-29.

Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

Serick, Rolf, Rechtsprobleme des Factoring-Geschaeftes, BB 1976, ss. 425-434.

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, B. 4, İstanbul 2019.(Özel Bölüm)

Serozan, Rona, “Darda Kalmış Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkından Feragatinin Geçersizliği”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No:19, İstanbul 1993, ss.1-4. (Feragat)

Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, B. 9, İstanbul 2022.(Genel Bölüm)

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, B. 2, Ankara 2010.(Sözleşme)

Serozan, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, B. 2, İstanbul 2007. (Eşya)

Schönle, Herbert, Les fondements constitutionnels de la liberté Contractuelle, Présence et Actualité De La Constitution Dans L’ordre Juridique, Mélanges Offerts a la Société suisse des Juristes pour son Congrès, 1991 à Genève, Genève, 1991.

Sezginer, Murat, “İdarenein Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme”Sözleşmeler)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, ss. 1589-1621.

Shim, Jae K./Siegel, Joel G., Financial Management, Barron's Educational Series, 2008.

Silverman, Herbert R. “Factoring: its legal aspects and economic justification” Law and Contemporary Problems, ss. 593-608.
(<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2376&context=lcp>)

Sirmen, Lale, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, ss. 441-472. (Sözleşme)

Sirmen, Lale, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, ss. 109-134. (Denetim)

Sopranzetti, Ben J.; “The Economics of Factoring Accounts Receivable”, Journal of Economics and Business, 50 (4), (1998), ss. 339-359,
(https://www.researchgate.net/publication/222493075_The_economics_of_factoring_accounts_receivable), ET. 02/01/2023.

Subaşı, Birgül, Sorularla Faktoring (Türkiye Uygulaması), İstanbul 1997.

Subaşı, Fatma, “Haksız Rekabet Hali Olarak Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Koşulu Kullanmak”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 8, Y. 2020, ss. 79-111.

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd/issue/65334/1006646> E.T. 15/01/2025.

Süklüm, Nurcan, “Faktoring İşlemlerinde Şüpheli Alacaklara Karşılık Ayrılması Uygulaması”, Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi/UUSBD 2017 10/3, ss. 315-335.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, B. 22, İstanbul 2022.

Stiefel, Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht, Aarau, 1919.

Şahin, Özkan, Gizem, “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, ss. 1288-1336.

Şahin, İrfan, Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Şen, Doğramacı, Hayriye, Çerçeve Sözleşmeler, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eskişehir 2010.

Şener, Oruç Hami, Faktoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005.

Şenol, Ercoşkun, Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 2, 2016, ss. 709-737.

Şenyüz, Doğan, Peçeleme İle Muvazaanın Niteliğı ve Arasındaki Farklar, Yaklaşım, Y. 16, S. 185, Mayıs 2008, ss. 24-27.

Şenyüz, Doğan, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Ankara 2002.

Şirin, Ertunç, Zafer, “Vergi Konulu Özel Sözleşmeler ve Kamu Düzeni”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Konferansı/Genç Akademisyenler/Genç Avukatlar: Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2012, ss. 265-285.

Talu, Hülya, “Ticari Alacakların Satışı (Factoring) Uygulaması”, Muhasebe Enstitüsü Dergisi, 11 (39), 1985, ss. 30-39.

Tan, Turgut, “Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi”, Prof. Dr. Yıldırım Uluer’e Armağan, 2014, ss. 513-524.
<http://repository.bilkent.edu.tr/handle/11693/52032>

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 2008. (Özel)

Tandoğan, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010. (Mes’uliyet)

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, B. 6, Ankara 2024.

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Tatge, David B./Tatge Jeremy B., “The History of Factoring, International Factoring Association Annual Meeting, April, 2012. (https://www.ebglaw.com/wp-content/uploads/2014/06/50050_Tatge-The-History-of-Factoring.pdf) ET. 29/03/2023.

Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, B. 2, İstanbul 2009.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993.

Tercan, Erdal, “İflasın Factoring Sözleşmesine Etkisi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, ss. 431-448.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 2, İstanbul 2020.

Teoman, Ömer, “Kambiyo Senetlerine İlişkin Bedelsizlik Savının Bunları Ciro Yolu ile Devralan Faktoring Şirketlerine Karşı İleri Sürülebilir Sürülemeyeceği Sorunu”, Yargı Dünyası, S.179, Kasım 2010.

Tiryaki, Betül, “Faktoring İşlemi Ve Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2006, ss. 189-214.

Tomanbay, Mehmet, Dış Ticaret Rejimi ve İhracatın Finansmanı, Ankara 2003.

Topçuoğlu, Metin, “Genel İşlem Şartları Rekabet İhlali ve Sonuçları” GÜHFD, C. XIX, Y. 2015, S. 4, ss. 3-70.

Topuz, Seçkin/Canpolat, Ferhat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, ss. 673-718.

Toroslu, Vefa, M., Hukuksal ve Finansal Açıdan Factoring, B. 4, İstanbul 2014.

Tuncer, Selâhattin, “Factoring ve Vergi Sorunları”, Türkiye’de Factoring (Esaslar ve Uygulama) III, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 1996.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1976.

Tuzcuoğlu, Tuğçe, Avrupa Birliği Normları Ve 6098 Sayılı Tbk Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, B. 6, Ankara 2020.

Ulmer, Peter/Hensen, Horst-Dieter/Christensen, Guido (Fuchs, Andreas), AGB-RECHT Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, Köln 2006.

Uyanık, Yüce, R., “Dünyada ve Türkiye’de Faktoringin Tanımı”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 3, 2015, ss. 23-40. (Faktoringin Tanımı)

Uyanık, Yüce, R., “Yurtiçi Faktoring ve Türkiye”, Faktoring Yazıları, 2003, https://web.bogazici.edu.tr/uyanik/Boun/Factoring/Entries/2010/8/8_Yurtici_Factoring_ve_Turkiye.html.

Uyanık, Yüce, R., “Faktoringin Kuralları”, s. 17. https://www.academia.edu/42208861/Factoring_Kurallar%C4%B1. E.T. 14/08/2022.

Uyanık, Yüce, Faktoring Kredi Mi?, Faktoring Yazıları, Ocak 2003.
(http://web.boun.edu.tr/uyanik/Boun/Factoring/Entries/2010/8/8_Factoring_Kredi_Mi.html). E.T.15/01/2025

Uyumaz, Alper/Akdağ, İdris, “Bankacılık Faaliyetlerinde Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Alınan Ücret ve Masraflar ile Bunların İadesi”, İÜHFM C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 423-459.

Ünal, Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri, B. 2, Ankara 2017.

Üçer, Mehmet, “Roma Hukuku’nda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, AÜHFD, C. 54, S. 3, Y. 2005, ss. 397-443.

V. Thanbausen, Das İniand Factoring, Vertragliche Gestaltung, Rechtsnatur und Kollision mit dem verlaangerten Eigenturasvorbchalt, Wurzburg, 1984.

Varlı, Bahar, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler; Yeniliğin Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler İçin Önemi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

(https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/29870/bahar_varli_tez.pdf?sequence=1). E.T. 14/08/2022.

Villepin, Patrick De., Factors And Actors- A Global Perspective On The Present, Past And Future Of Factoring, P.I.E. Peter Lang, Brussels 2018.

Yaman, Alper, Sabri, “Faktoring Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Genel İşlem Şartları Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Aydın Üniversitesi, Kasım 2021, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Yargı, Bilgiç, “Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve Garanti Sorumluluğunun Faktoring Sözleşmelerindeki Görünümü”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, Temmuz (2017), ss. 383-420.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 11, İstanbul 2022. (Özel Hükümler)

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 19, İstanbul 2024. (Dersler)

Yavuz, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, B. 3, Ankara 2012.

Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşulları, Ankara 2014.

Yeniocak, Umut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, B. 2, Ankara 2013.

Yeniocak, Umut, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, TBB Dergisi 2013 (107), ss. 75-96. (Yargısal Denetim)

Yılmaz, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara 2015.

Yılmaz, Adnan, İhracatın Finansmanında Bir Yöntem Olarak “Factoring”, Ankara 1995.

Yılmaz, Melike, Çağdaş Finansman Teknikleri Faktoring – Forfaiting Analiz ve Uygulamaları, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Manisa 2000.

Yılmaz, Merve, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, TBB Dergisi 2011 (97), ss. 155-169. (<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-97-1110>).

Yılmaz, Yücesoy, Yasemin, “Hukuki Açıdan Faktoring İşlemi”, Ankara 2018.

Yiğit, Mehmet, “Yeni Finansal Teknikler Ve Türkiye Uygulamaları”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 3, Kasım 1999, ss. 139-160.

Yücer, Aktürk, Zeynep, İpek, İsimli Sözleşmeler Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi, Ankara 2016. (İsimli Sözleşmeler)

Yücer, Aktürk, Zeynep, İpek, “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 2, ss. 103-128. (Tacir)

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 21, Ankara 2021. (Özel Borç İlişkileri)

EKLER

FAKTORİNG SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ¹³⁰²

I. SÖZLEŞMENİN KONUSU, KAPSAMI VE TANIMLAR

1. İşbu sözleşmenin konusu, MÜŞTERİ'nin daha önce doğmuş ve/veya sözleşme süresi içinde işletmesi ile ilgili olarak yurtiçi/yurtdışı mal, hizmet satışlarından doğan alacaklarını peşinen ve toptan FAKTOR'a devri (temlik) suretiyle faktoring hizmetlerinden yararlandırılmasından ibarettir.

2. Sözleşmenin imzası ile birlikte FAKTOR'a devir edilen alacaklar, MÜŞTERİ'nin arz ettiği malların/hizmetlerin bir vadeye bağlanmamış ya da vadeli satışlarından doğmuş, doğacak alacaklardır. MÜŞTERİ'nin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ortağı bulunduğu gerçek, tüzel kişilere yaptığı satışlar, arz ettiği hizmetler, konsinye satışlar, FAKTOR'dan yazılı muvafakat alınmadıkça işbu sözleşmenin kapsamı dışındadır.

3. Sözleşmenin kapsamı içindeki alacaklar doğumu anında, faiz, şahsi ya da aynı teminatları ile birlikte kendiliğinden bu sözleşme hükümleri uyarınca FAKTOR'a intikal ederler.

4. Bu sözleşmede kullanılan ve sözleşmenin niteliği ile ilgili özel kavramların tanımları aşağıda belirtilmiştir:

1. Borçlu: MÜŞTERİ'nin bu sözleşmenin 1. ve 2. maddeleri uyarınca alacak hakkı iktisap ettiği gerçek ya da tüzel kişiler.

2. Alacak bildirimi (AB-NTR) : MÜŞTERİ'nin bu sözleşme çerçevesinde devir etmiş olduğu alacakların doğduğunun FAKTOR'a bildirimi.

3. Limit onay bildirimi (LOB) : Sözleşmedeki faktoring garantisi hükümlerinin işletilmesi amacıyla FAKTOR tarafından MÜŞTERİ'ye yapılan, bu çerçeveye sınırlı olarak, borçlu ve/veya garanti edilen alacak, alacaklar hakkında, alacaklar hakkında, faktoring garantisi limitini ve kapsama dahil alacakların vadesini ihtiva eden bildirim.

¹³⁰² <https://kapitalfaktoring.com.tr/Content/Dokuman/faktoring-sozlesmesi.pdf> adresinden alınmıştır. ET. 25/08/2023.

4. Azami faktoring hacmi (AFH) : FAKTOR'un, faktoring hizmetlerine esas teşkil etmek üzere MÜŞTERİ'ye tanıyabileceği, tahsis edebileceği toplam işlem hacmi.

5. Borçlu işlem hacmi (BİH) : MÜŞTERİ'nin her borçlusu için ayrı ayrı tanınabilen, tahsis olunabilen azami işlem hacmi.

6. Finansman oranı: Devir alınan alacaklara ilişkin olarak FAKTOR tarafından serbestçe belirlenebilen değiştirilebilen ve MÜŞTERİ'ye tahsis ettiği ve serbestçe kullanılabileceği finansman oranı.

7. Uluslararası Faktoring Genel Kuralları (GRIF-General Rules of International Factoring): Factors Chain International (FCI) üyesi şirketler arasında uygulanması hususunda ortak bir anlaşmaya varılmış, uluslararası faktoring

II. FAKTORİNG HİZMETLERİNİN İŞLEYİŞİNE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

1. MÜŞTERİ, işbu sözleşmenin kapsamı içinde kalan alacakları doğdukları anda AB/NTR formu ile derhal FAKTOR'a bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim, önceden MÜŞTERİ'ye verilmiş AB/NTR formunun, MÜŞTERİ'nin faturasının bir nüshası ile birlikte FAKTOR'a imza karşılığı elden teslimi, iadeli taahhütlü mektupla ya da noter aracılığıyla ya da sair tebligat usulüne uygun gönderilmesi suretiyle yapılır. MÜŞTERİ, AB/NTR formu ve faturalarla birlikte, alacağın temeline ilişkin sair belgeleri, sipariş formu, raporlar, yükleme, nakliye, sigorta belgelerini, varsa çek, senet ve akreditif gibi ödeme vasıtalarını, ayrıca teminatlarını FAKTOR'a usulüne ve süre kısıtlamalarına uygun olarak devir ve teslimle yükümlüdür. Fatura ve benzeri belgenin nüshasını ve sair eklerini ihtiva etmeyen AB/NTR formları bir hüküm ifade etmez.

MÜŞTERİ, FAKTOR'a devir etmiş olduğu ya da bundan böyle devir edeceği fatura tutarı alacaklarının gerçek, geçerli bir ticari ilişkiye dayandığını, mal ve hizmet teslimini gerçekleştirmediği herhangi bir faturayı işbu sözleşme kapsamında temlike konu yapmadığını/yapmayacağını, sözleşme kapsamında temlike konu yapılan faturalar mündericatı mal ve hizmetin ayıptan ari olarak teslim edildiğini/verildiğini, temlike konu faturalar mündericatının gerçeği yansıttığını, temlik olunan alacağın/alacakların varlığını ve tamamen ödeneceğini, doğmuş alacaklara ait mal/hizmet sevkiyatlarını, gerçekleştirmiş bulunduğunu, doğacak alacaklarla ilgili olarak gerçekleştireceğini, fatura konusu alacakların kayıtlarında yer aldığını, faturalar

ile ilgili herhangi bir iptal, iade olması durumunda bu hususu FAKTOR'a derhal bildirerek yerine yeni fatura düzenlemesi halinde yeni faturaları göndereceğini ve FAKTOR'un talebi üzerine fatura ve tüm belge asılları ile fatura koçanlarını derhal FAKTOR'a ibraz edeceğini, incelemesine hazır bulunduracağını gayrikabilirücu kabul, beyan ve taahhüt etmektedir.

2. MÜŞTERİ faturalarında ve faturaların orijinal II. nüshalarında, alacağın tamamının ya da bir kısmının FAKTOR'a devir edildiğini, vadesini, ödeme yerini ve FAKTOR'un unvanını, açık adresini gösteren ibarelere yer vermek, söz konusu kayıtları içeren etiketi yapıştırmak veya bu ibareleri içeren kaşeye ya da herhangi bir şekilde bu beyana yer vermek, varsa ödeme tarihine kadar işleyecek akdi faiz, temerrüt faizi oranlarını açıkça belirtmek zorundadır. MÜŞTERİ ile borçlusu arasında ayrıca bir yazılı sözleşme ya da çerçeve anlaşmanın akdolanması halinde bu anlaşmanın bir nüshası da FAKTOR'a gönderilir. Böyle bir anlaşma yapılmış olması halinde MÜŞTERİ, FAKTOR'un işbu sözleşmeden kaynaklanan haklarının korunması ve sağlanmasına yönelik hükümlere bahse konu sözleşmede yer verecektir. Alacağın FAKTOR'a devrinin borçluya ihbarı mükellefiyeti tamamen MÜŞTERİ'ye ait olmakla birlikte FAKTOR dilerse, herhangi bir hukuki sorumluluk taşımaksızın, borçluya ihbarı kendisi yapabilir, böylesi bir halde ihbara ilişkin tüm masraflar MÜŞTERİ tarafından FAKTOR'a tazmin edilir. MÜŞTERİ temlik bildirmemek suretiyle borçlunun üçüncü şahıslara iyi niyetle yaptığı ödemelerden ve FAKTOR'un bu nedenle uğrayacağı zararlardan da sorumludur.

3. MÜŞTERİ, iş bu sözleşme hükümleri uyarınca temlik etmiş bulunduğu alacaklar ile ödeme vasıtalarının ve teminatların FAKTOR tarafından üçüncü kişilere devir ve temlikine muvafakat ile FAKTOR'un bu alacaklar ve ödeme vasıtaları üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip olduğunu kabul eder. MÜŞTERİ bununla birlikte FAKTOR'dan olan alacaklarını, borçlarına takas etme hakkı bulunmadığını ve öncelikle borçlarını ödeyeceğini beyan ve kabul eder.

4. MÜŞTERİ, FAKTOR tarafından yazılı olarak muvafakat edilmedikçe, devir konusu alacakların ödenmesini ön ödemeleri (finansmanı), faktoring ücretlerini, komisyon faiz ve bircümle masraflar ile ferilerini teminat altına almakla yükümlüdür. Bu teminatlar, ayni, şahsi veya bu amaçla tanzim ve FAKTOR'a teminat amacıyla ciro ve teslim edilen kıymetli evraklardan ibaret olabilir.

5. MÜŞTERİ, ayrıca kendisine sağlanan finansmanın, faktoring ücretlerinin, komisyonların, faiz ve bircümle masraflar ile ferilerinin teminatını teşkil etmek üzere FAKTOR'a, talep ettiği miktarda ve türde teminat vermekle yükümlüdür. FAKTOR, MÜŞTERİ'ninve/veyaborçlularındanherhangibirininödemelerinigeciktirdiği,ödemegüçlüğüüçinedüştüğüyada teminat açığının doğduğu, borçların vadelerinde tamamen ödenmeyeceğinin önceden anlaşıldığı hallerde, teminatların değıştirilmesini ve/veya yeterli görülebilecek ek teminat verilmesini talep edebilir. Söz konusu teminatlar, sözleşmenin süresinin uzatılması, yenilenmesi ve herhangi bir sebeple sona ermesi halinde dahi FAKTOR'un MÜŞTERİ'den doğmuş, doğacak, her ne nam altında olursa olsun bircümle alacaklarının teminatını teşkil edecektir. FAKTOR'un teminat miktarını aşan alacak ve zararlarını, ferilerini talep hakları saklıdır. Ödeme vasıtalarından ayırt edilebilmesi için FAKTOR'a teminat amacıyla usulüne uygun olarak devir, ciro, teslim edilen kıymetli evraka bu hususun açıkça kaydedilmesi zorunludur. MÜŞTERİ teminat kaydını ihtiva etmeyen bir kıymetli evrakın teminat için verildiği iddiasında ise, buna ilişkin FAKTOR'un imzasını içeren sözleşmeyi ibrazla yükümlüdür.

6. MÜŞTERİ, devir olunan alacakların mevcudiyetini, sözleşmenin kapsamı içindeki alacaklar üzerinde tasarruf yetkisinin varlığını ve tamamen ödeneceğini gayrikabili rücu garanti etmekte, her ne sebeple olursa olsun devir olunan alacağın ödenmemesi ihtimalinde, alacağın tamamını, ödenmeyen kısmını, aldığı ön ödemeleri, finansmanı, ferilerini ve bu nedenle FAKTOR'un uğrayacağı zararları ve yapacağı masrafları, mehil tayinine, bir ihbar ya da ihtara, hüküm istihsaline gerek kalmaksızın iş bu sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faizi ile birlikte derhal ödemeyi ve yine vadesinde ödenmeyen alacaklar için, alacak tamamen ödeninceye kadar ayrıca komisyon tahakkuk ettirilecek olduğunu kabul ve taahhüt eder.

MÜŞTERİ, iş bu sözleşme hükümleri uyarınca temlik etmiş bulunduğu alacaklar, ödeme vasıtaları veya teminatlar ile ilgili olarak, FAKTOR'a karşı açılacak her türlü dava ve takibin giderleri ile bu davalarda hükme bağlanan ve FAKTOR tarafından ödenmek durumunda kalınan veya kalınacak olan tazminat, gerek karşı tarafa gerekse kendi vekiline ilişkin olan vekalet ücreti, yargılama giderleri, harç ve masraflar ile birlikte ihtarname ve resmi yazışma giderleri de dahil olmak üzere ve fakat bunlarla da sınırlı kalmaksızın, FAKTOR'un tüm zarar ve giderlerini herhangi bir ihtara gerek olmaksızın derhal FAKTOR'a ödemekle yükümlü olduğunu, FAKTOR tarafından

ödenmek durumunda kalınan meblağların hesabına borç olarak kaydedileceğini ve yine FAKTOR aleyhine böyle bir dava veya icra takibine başlanması veya başlanması ihtimalinin olması halinde, FAKTOR'un olası zarar ve giderlerini karşılamak adına kendisinden teminat talep edebileceği gibi, olası zarar ve giderlerini karşılamak adına tüm alacak ve hakları üzerinde rehin, hapis, mahsup, takas haklarını da kullanabilecek olduğunu gayri kabili rücu olarak kabul, beyan ve taahhüder.

7. MÜŞTERİ, devir olunan alacakların FAKTOR'a ödenmesini, işbu sözleşme ile yüklendiği edimlerin ifasını engelleyecek, geciktirecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. MÜŞTERİ ile borçlusu arasındaki temel ilişkiden, alacaktan kaynaklanabilecek ya da takas, mahsup veya sair bilcümle itiraz ve defiler, MÜŞTERİ'nin FAKTOR'a karşı yükümlülüklerini ifaya engel teşkil etmeyeceği gibi bu yükümlülüklerin ifasını da geciktirmez. MÜŞTERİ, malların borçlu tarafından bir çekince olmaksızın teslim alınacağını, maddi ve hukuki ayıplardan ari olacağını, satış, ihracat ya da sair işlemlerin mevzuata, prosedürün usulüne uygun tanzim ile gerçekleşeceğini, FAKTOR'un bu sebeple de bir itiraz ve/veya defi ile karşılaşmayacağını garantietmektedir.

8. MÜŞTERİ, her üç ayda bir ve hesap yılı sonunda ya da bu dönemler dışında talep halinde, işletmesi, satışları ve borçluları hakkında her türlü bilgiyi, hesap özetlerini, mizanı v.s'yi FAKTOR'a göndermeyi, kendisine ait internet sitesinde yayımlanan bilgi ve belgelerinin gerçeğe uygun bulunduğunu taahhüt etmektedir. MÜŞTERİ, yeni yatırımlara girişilmesi, ortak alınması ve işletmenin yönetimini etkileyecek gelişmeler, değişiklikler ile aleyhine üçüncü kişiler tarafından açılan davalardan, girişilen takiplerden, MÜŞTERİ ve borçluların ödeme gücünü, teminatlarını olumsuz etkileyebilecek gelişmelerden FAKTOR'u derhal haberdar edecektir. MÜŞTERİ'nin bu madde ya da sözleşme ile ilgili FAKTOR'a vermekle yükümlü bulunduğu bilgi ve belgeleri göndermiş, internet sitesinde yayımlamış bulunması, FAKTOR tarafından bu konuda herhangi bir talepte bulunulmamış olması, MÜŞTERİ'nin işbu sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerini, sorumluluklarını kaldırmaz, hafifletmez. MÜŞTERİ'nin, talep edilmesine rağmen bilgi verme yükümlülüğünü ihlali, sözleşmeye ağır aykırılık teşkil eder.

9. Satılan malın her türlü sorumluluğu alıcıya (MÜŞTERİ'nin borçlusuna) ait olmaksızın işletme dışında herhangi bir yerde teslimi halinde MÜŞTERİ, malı bütün rizikolara karşı, primleri, masrafları kendisine ait olmak üzere sigorta ettirmekle

yükümlüdür. MÜŞTERİ, sigorta tazminatını bu hükümle peşinen FAKTOR'a devir etmektedir. MÜŞTERİ, işbu devir keyfiyetini sigorta poliçesine kayıt ettirmeyi taahhüt etmiştir. Sigorta tazminatının FAKTOR'a devir edilmiş bulunması, MÜŞTERİ'nin o alacak için bu miktarla sorumlu tutulmasını gerektirmeyeceği gibi FAKTOR, sağlanan finansman ve ferilerinin kapatılabilmesi amacıyla MÜŞTERİ'yi takip, teminatları paraya çevirme ve sağlanan finansman ile aşan her türlü zararını talep hakkına sahiptir.

10. MÜŞTERİ, borçlusu ile arasındaki temel ilişkiden doğan haklarını (ihbar, ihtar, dava, fesih v.s.) kullanmadan önce FAKTOR'a gerekli bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Bunun gibi borçlunun MÜŞTERİ'ye karşı aralarındaki temel ilişki sebebi ile yönelteceği dava, talep, ihbar, ihtarlardan MÜŞTERİ, FAKTOR'u derhal haberdar edecektir. MÜŞTERİ ve borçlusu arasındaki hukuki işlemde meydana gelebilecek her türlü değişiklik, sona erme, devir olunan alacağın kısmen veya tamamen ödenmemesine, sona ermesine yol açtığı hallerde MÜŞTERİ, bu alacak için elde ettiği finansmanı, FAKTOR tarafından bildirilen faktoring ücreti, faiz ve bilcümle ferileri ile birlikte derhal iade etmekle, ödemekle yükümlüdür. MÜŞTERİ bu alacak sebebi ile FAKTOR'a ödemiş bulunduğu ya da hesabına borç kaydolunan ücret, faiz, masraf ve komisyonların iadesini talep edemez, ödemekten kaçınamaz.

11. MÜŞTERİ, borçlusu ile arasında çıkabilecek ve devir edilen alacakların kısmen de olsa ödenmemesine, ödemelerin gecikmesine yol açabilecek bilcümle uyuşmazlıkları ödeme tarihine kadar çözümleyemediği ya da uyuşmazlıkların çözümünün vade tarihlerini aşacağı halden anlaşıldığı takdirde, işbu sözleşmenin (II/10) madde hükümleri uygulanır. Diğer taraftan MÜŞTERİ, borçlusu ile devir konusu alacaklara ilişkin ödemeleri olumsuz etkileyen, geciktiren anlaşmalar, yenilemeler yapamaz. MÜŞTERİ'nin, böylesi hareketlerde bulunması sözleşmeye ağır aykırılık teşkil eder.

12. III. Bölüm hükümleri saklı kalmak kaydı ile ve LOB'nde bulunulmadıkça, vadelerinde her ne sebeple olursa olsun tamamen veya kısmen ödenmeyen alacakları FAKTOR geri temlik etmek hakkına sahip olup, MÜŞTERİ bu alacakları geri devir almak ve bu alacaklar için yapılan finansmanı, ferilerini iade etmekle yükümlüdür. İade (II/10) madde hükmü uyarınca yapılır. Alacakların geri devrinin, yerleşmiş faktoring uygulamaları, uluslararası faktoring kuralları uyarınca, FAKTOR tarafından tanzimedilmiş dekontla gerçekleştirileceği taraflarca kararlaştırılmıştır.

FAKTOR'un devir aldığı alacakları tahsil hizmeti, borçlunun rızaen ve fiilen gerçekleştirdiği ödemeleri kabul ile sınırlıdır. FAKTOR, MÜŞTERİ ile borçlusu arasındaki hukuki ilişkiye yabancı bulunduğu, tarafı olmadığından, faktoring garantisinin yürürlüğe girmediği, sona erdiği ve bu garantinin kapsamı dışında kalan hallerde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça borçluya karşı ihbar, ihtar ya da protesto keşidesi ile yükümlü bulunmadığı gibi, borçluyu takibe, borçluya karşı dava ikamesine mecbur değildir. FAKTOR bunun gibi borçlu tarafından kendisine yöneltilen temel ilişkiye ya da alacağa ilişkin bilcümle defi ve itirazları tahkik, cevaplandırma ve ikame olunan dava, tedbir gibi talep ve işlemleri takibe, ihbara mecbur değildir. MÜŞTERİ bu nedenlerle FAKTOR'a karşı her ne nam altında olursa olsun bir talep ve dava hakkına sahip değildir. MÜŞTERİ'nin bu feragati, hakların kullanılmasının süreye tabi olduğu haller için de geçerlidir.

13. MÜŞTERİ'nin, tamamen ya da kısmen ödenmemiş alacaklarının borçlularına karşı dava açılmış ya da takibe geçilmiş olması, kendisine sağlanmış finansmanın, tahakkuk etmiş faktoring ücreti, faiz, masraf ve komisyon alacaklarının FAKTOR'a iadesi, ödenmesi talebinin, takip ya da davanın sonucuna ertelenmesi anlamını taşımaz. FAKTOR, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla, alacakları için MÜŞTERİ'den derhal ödeme talebinde bulunabilir.

Temlik edilen alacağın ödenmemesi halinde, FAKTOR dilerse bahse konu alacağın tahsili zımında yargı organları ve/veya icra yoluyla takip bakımından gerekli işlemleri başlatıp, devam ettirebilir. Ancak böylesi bir halde MÜŞTERİ, alacağın gereği gibi takip olunmadığından bahisle FAKTOR'dan bir talepte bulunamaz. MÜŞTERİ, alacağın takibi ve tahsiline ilişkin masrafları, alacak miktarı üzerinden tahakkuk ettirilecek tahsil ücretini ve bilcümle ferilerini ödemekle yükümlüdür. Söz konusu faiz ve ücretin ödenmesi, takip ve tahsilatın başarıya ulaşması şartına bağlı değildir. İşbu madde hükümleri uyarınca borçluya karşı dava açılmış, takibe geçilmiş olması, MÜŞTERİ'ye yapılmış ön ödemelerin, finansmanın tahakkuk etmiş faktoring ücreti, faiz, masraf ve komisyon alacaklarının FAKTOR'a iadesi, ödenmesi talebinin, takip ya da davanın sonucuna ertelenmesi anlamını taşımaz. FAKTOR söz konusu alacakları için MÜŞTERİ'den derhal talepte bulunabilir. Dava ya da takip sonucu borçludan tahsil edilen meblağ varsa MÜŞTERİ'nin öncelikle sair borçlarına mahsup olunur. Masraflar, tamamen veya kısmen tahsil olunamayan alacaklar için MÜŞTERİ'nin sorumlulukları aynen devam eder

14. MÜŞTERİ, taksitli veya mülkiyeti saklı tutma hakkı ile satım gibi türlerde satım sözleşmeleri yapması ve faktoring garantisinin geçerli bulunması halinde, bu sözleşmelerden kaynaklanan kanuni veya akdi yetkilerini, talebi üzerine FAKTOR'a devir amacıyla bilcümle irade beyanlarında bulunmakla, hukuki işlemleri yapmakla, gereğinde malın vasıtalı zilyetliğini, mülkiyetini FAKTOR'a devirle yükümlüdür.

15. MÜŞTERİ, FAKTOR'un zarar görmesi ihtimali bulunan her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. MÜŞTERİ'nin bu davranışları ya da dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan davranışlarda bulunması akde ağır aykırılık sayılır.

16. FAKTOR devir aldığı alacaklar sebebi ile MÜŞTERİ'ye aşağıda ve işbu sözleşmenin eklerinde, tadillerinde belirlenecek şartlarla faktoring hizmetinin fonksiyonlarından, birini, bir kaçını ya da tamamını sağlamayı kabul etmektedir.

17. FAKTOR, faktoring işlemlerinin hacmi ve uygulaması gerektirdiği takdirde, önceden kendisine MÜŞTERİ tarafından bildirilecek her borçlu için uygun gördüğü takdirde bir BİH belirleyebilir. Bu halde belirlenen BİH MÜŞTERİ'ye yazılı olarak bildirilir. BİH tayin edilen hallerde borçluya, MÜŞTERİ tarafından yapılan satışlara, hizmetlere ilişkin alacakların doğumu ile birlikte (FAKTOR tarafından işbu sözleşme uyarınca kendiliğinden devri ve) belgelerin gönderilmesinden sonra FAKTOR, MÜŞTERİ'ye tahsis edeceği oranda finansman kullandırabilir. FAKTOR, önceden tahsis etmiş olsa dahi, finansman kullandırıp, kullandırmamakta tamamen serbest olup, MÜŞTERİ'nin AFH ve BİH'lerde boşluk bulunduğundan bahisle finansman kullandırılmasını talep hakkı yoktur. Devir alınan alacak miktarlarının, tayin edilen hallerde BİH'i ve/veya AFH'ni aşması durumunda, aşan miktar için MÜŞTERİ'ye finansman sağlanmaz. Alacakların borçlu tarafından ödenmesi halinde boşalan borçlu işlem hacmi için aynı oranda finansman kullandırılabilir. FAKTOR tarafından devir alınmış alacaklar için finansman kullandırılmamış bulunması, bu alacakların faktoring hizmetlerinden sadece tahsilat amacına yönelik devir edildiği anlamını taşır. Bu alacaklar hakkında işbu sözleşmede yer alan finansman sağlanmasına ve faktoring garantisine ilişkin hükümlerin dışında kalan sözleşme hükümleri aynen uygulama alanı bulur.

18. AFH'ni ve BİH'ni aşan alacaklar ile tahsil olunan alacak bakiyeleri ve lehine tahakkuk etmiş, edecek bilcümle alacakları, MÜŞTERİ'nin işbu sözleşmeden doğan ya da her ne sebeple olursa olsun FAKTOR'a mevcut her türlü borç ve yükümlülüklerinin teminatını teşkil ederler. FAKTOR işbu teminatları da

MÜŞTERİ'nin borçlarına derhal mahsup, takas edebileceği gibi bunları, MÜŞTERİ'nin muhtemel riskleri için, rehin, hapis, mahsup ve bloke hakkına da sahiptir.

19. FAKTOR, MÜŞTERİ ya da borçlulardan herhangi birinin ödeme güçlüğü içine düşmesi, ödemelerin gecikmesi, ayıp iddiasında bulunulması, mücbir sebep veya olağanüstü sebepler de dahil olmak üzere, alacağın ödenmemesi gibi hallerde tayin ve tahsis olunan BİH'inde boşluk bulunsan bile finansman kullandırmama hakkına sahiptir. FAKTOR borçlu tarafından ileri sürülen iddiaların haklılığını araştırmakla yükümlü değildir. Alacak veya temel ilişki hakkında borçlu ve MÜŞTERİ arasında bir uyuşmazlığın mevcut olduğu bütün hallerde de FAKTOR finansman kullandırmaktan kaçınabilir, söz konusu alacakları her zaman serbestçe geri devir edebilir. Bu konuda sözleşmenin (II/9, 10, 11) maddeleri hükümleri uygulanır.

20. FAKTOR tarafından borçlular için BİH tayin edilmiş, finansman verilmiş olması hiçbir suretle MÜŞTERİ'ye faktoring garantisi verildiği anlamını taşımaz.

21. FAKTOR devir aldığı alacakları, kullandığı finansmanı gerektiğinde her borçlu ve MÜŞTERİ için ayrı ayrı ve irtibatlandırarak kayda geçirir. Bu kayıtlardaki hesap hataları MÜŞTERİ için bir hak teşkil etmez. FAKTOR'un serbestçe kullandırabileceği finansman, MÜŞTERİ'nin talebi halinde ve MÜŞTERİ'nin bildireceği bir banka şubesinde açılmış hesabına yapılır. MÜŞTERİ'ye ancak talebi üzerine kullandırılacak finansman, faiz, masraf, komisyon v.s. giderler üzerinden faktoring ücreti, FAKTOR'un belirleyeceği dönemler çerçevesinde tahakkuk ve tahsil edilir.

22. MÜŞTERİ, işbu sözleşme kapsamındaki faktoring işlemlerinin bir bütün olduğunu, taraflar arasındaki hesapların, uluslararası muhasebe standartlarına uygun ve faktoring faaliyetlerine özgü bir şekilde yürütüleceğini, bir ticari senedin, kıymetli evrakın, sair ödeme vasıtalarının ve devir edilen alacakların bedellerinin, ancak bedellerinin fiilen ve rızaen ödenmiş bulunmaları şartı ile bu hesaba yapılmış kaydın gerçekleşmiş sayılacağını, faktoring garantisine ilişkin hükümlerin uygulanması, bu garantinin kalkması, düşmesi hallerinde dahi kullanımdaki fonlar hesabının, ait bulunduğu para, döviz cinsi üzerinden kullandırılan finansmanın borcunu teşkil ettiğini peşinen kabul etmektedir.

Ayrıca taraflar hesaba, finansman, masraf, banka masrafı, faiz, komisyon gibi faktoring sözleşmesi nedeniyle kaydolunacak kalemlere, bu kalemlerin doğduğu tarihlerden itibaren, kararlaştırılan, FAKTOR tarafından bu sözleşme hükümlerine

göre belirlenen oranlarda faiz, ücret, komisyon tahakkuk ettirileceği, alacakların vadelerinde ödenmemesi halinde FAKTOR'un her zaman belli devrelerle bağlı olmaksızın alacaklarını işbu sözleşme hükümleri uyarınca ferileriyle birlikte talebe hakkı olduğu, bu haller dışında hesap bakiyesinin (zorunlu olmamakla birlikte) her üç ayda bir tanzim edilebilecek bir hesap ekstresiyle müşteriye gönderilebileceği, MÜŞTERİ'nin bu sözleşmenin VI/1. hükmü saklı kalmak kaydıyla ekstreya bir ay içinde usulüne uygun olarak itirazda bulunmaması halinde borç bakiyesinin kesinleşeceği ve MÜŞTERİ'nin itirazına esas teşkil edebilecek maddi hataların gerekçeli olarak bildirilmemesi halinde itirazın yapılmamış sayılacağı hususlarında mutabıktırlar. MÜŞTERİ, itiraz etmemesi veya itirazında gerekçelerini bildirmemiş olması halinde ekstre sonuçlarının İcra ve İflas Kanunu'nun 68/b maddesinin 2.fıkrası uyarınca kesinleşeceğini ve hesap özeti gerçeğe aykırılığını ancak borcunu ödedikten sonra dava edebileceğini gayri kabili rücu olarak beyan, kabul ve taahhüt eder. Alacak, mal ve belgeler ya da sair herhangi bir konuda uyuşmazlık çıkması halinde FAKTOR, dilerse bu alacakları ayrı bir hesapta takip etmek hakkına sahiptir. Ancak bazı alacakların ayrı hesaplarda izlenmiş olması, faktoring işleminin bir bütün teşkil etmediği anlamını taşımaz.

23. Tayin olunan ve MÜŞTERİ'ye yazılı olarak bildirilen, tahsis edilen işlem hacimleri, finansman ve faktoring garantisi oranları her zaman serbetçe, komisyon, ücret, faiz oranları ise piyasa ve maliyet koşulları, ekonomik kriz, iktisadi şartlardaki değişiklikler çerçevesinde ve fakat değişiklik öncesinde yapılmış olan faktoring işlemlerini etkilememek üzere, FAKTOR tarafından serbestçe değiştirilebilir. Vadesinde ödenmeyen alacaklar için, alacak tamamen ödeninceye kadar ayrıca komisyon tahakkuk ettirilir.

24. MÜŞTERİ'nin döviz bazlı bir alacağını ve/veya alacağı Türk Lirası olmakla beraber bu alacağın ödenmesine yönelik olarak MÜŞTERİ'ye teslim edilmiş olan kambiyo senedinin döviz olarak düzenlenmiş olması halinde, MÜŞTERİ'nin böylesi bir alacağına istinaden yapılacak olan faktoring işlemi, kural olarak ve taraflarca aksi mutlak ve mutlak yazılı olarak kararlaştırılmadığı sürece, Türk Lirası üzerinden yapılacaktır. Buna göre, faktoring işleminin yapıldığı tarih itibari ile alacak taraflarca yazılı olarak mutabık kalınacak kur, taraflarca bir mutabakat sağlanamadan faktoring işleminin yapılmış olması halinde ise Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının bahse konu işlem tarihi ile ilan etmiş olduğu Döviz Alış Kuru üzerinden

Türk Lirasına çevrilmek sureti ile bulunacak olan Türk Lirası karşılığı ve FAKTOR tarafından Türk Lirasına uygulanmakta olan faiz oranları çerçevesinde MÜŞTERİ'ye finansman sağlanacaktır. MÜŞTERİ tarafından bu madde uyarınca kendisine sağlanan finansmanın geri ödemesi ise, döviz bazlı alacağın tahsil edildiği gün itibari ile T.C. Merkez Bankasının ilan etmiş olduğu Döviz Satış Kuru dikkate alınarak Türk Lirasına çevrilmesi sureti ile gerçekleştirilecektir. Ancak bu madde uyarınca yapılmış olan faktoring işlemine konu alacağın, işlemin yapıldığı tarihteki Türk Lirası karşılığı ile tahsil edildiği tarihteki Türk Lirası karşılığı arasında, işleme konu döviz kurunun ödemenin yapılmış olduğu tarih itibari ile işlem tarihine göre düşüş göstermesi nedeniyle bir eksiklik doğmuş olması halinde ise, bu eksik kalan tutar MÜŞTERİ'nin hesaplarına borç kaydedilecek ve bu tutar MÜŞTERİ tarafından FAKTOR'a ödenecektir. Yine bu madde uyarınca yapılacak faktoring işlemine konu döviz kurunun, ödemenin yapılmış olduğu tarih itibari ile işlem tarihine göre artış göstermesi nedeniyle bir fazlalığın ortaya çıkması halinde ise, fazla olan tutar FAKTOR tarafından MÜŞTERİ'nin hesabına alacak kaydedileceği hususunda, taraflar gayri kabili rücu olarak anlaşmışlardır.

Taraflar, MÜŞTERİ'nin döviz bazlı bir alacağını ve/veya alacağı Türk Lirası olmakla beraber bu alacağın ödenmesine yönelik olarak MÜŞTERİ'ye teslim edilmiş olan kambiyo senedinin döviz olarak düzenlenmiş olması halinde, işbu alacağa istinaden MÜŞTERİ'ye sağlanacak olan finansmanın dövizde endeksli olacağı hususunda anlaşmaları halinde, gerek işlemin dövizde endeksli olacağını gerekse de bu faktoring işlemine konu şartları açıkça ortaya koyan, işbu faktoring sözleşmesinin eki ve ayrılmaz parçası haline gelecek olan ayrı ve yazılı bir sözleşme yapacak olduklarını, mutlak ve gayri kabili rücu olarak kabul ederler. Taraflar aralarında ilgili faktoring işlemine ilişkin olarak işbu fıkra tanımlandığı üzere ayrı ve yazılı bir sözleşme olmadığı sürece, yapılan faktoring işleminin işbu maddenin 1. Fıkrası uyarınca Türk Lirası üzerinden yapılmış olduğu ve faktoring işleminin de yine işbu maddenin 1. Fıkrasında düzenlenmiş olan kurallara tabi olacağı hususunda, gayri kabili rücu olarak anlaşmışlardır.

25. Borçlulardan yapılan tahsilatlar, kullandırılan finansmanın ve MÜŞTERİ'nin sair borçlarının kapatılmasına tahsis edilir.

26. MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, işbu faktoring sözleşmesi ve ekleri hükümleri, işleyişi ile ilgili olarak üçüncü kişilere herhangi bir bilgi

vermeyeceklerini, tüm bu hususların FAKTOR'un ticari faaliyetlerine ilişkin gizlibilgilerini oluşturduğunu, bu gizli bilgilerin açıklanması nedeniyle FAKTOR'un uğrayabileceği her türlü zararı derhal tazmin edeceklerini peşinen kabul, beyan ve ikrar etmektedirler. Diğer taraftan MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, FAKTOR'un, mevzuat hükümleri elverdiği çerçevede, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurulu, Tapu Sicil Müdürlükleri, Vergi Daireleri, Borsalar gibi resmi kuruluşlar ile Türkiye'de faaliyet gösteren resmi ve Özel Bankalar, finansman şirketleri ve benzerlerinden elde edebileceği, faktoring hizmetleri ve faktoring sözleşmesi sebebiyle öğrendiği ya da öğreneceği bilgileri grup şirketleri ile serbestçe paylaşabileceğini kabul ve beyan etmektedirler.

27. İşbu sözleşmedeki MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in, FAKTOR ile akdolanmış ve/veya akdolunacak sair sözleşmelere asaleten veya kefaleten atmış oldukları imzalar nedeniyle ya da böyle bir sözleşme imzalamamış olmakla birlikte, FAKTOR tarafından akdolanmış/akdolunacak sair sözleşmeler kapsamında iktisap olunan kıymetli evrakta keşideci, ciro veya aval olarak bulunan imzalarından dolayı FAKTOR'a borçlu bulunmaları halinde, iş bu sözleşmeden doğmuş/doğacak her türlü hak ve alacaklarının bu borçlar ödeninceye kadar FAKTOR'a merhun olacağını, FAKTOR'un bu şekilde doğmuş/doğacak alacakları bakımından, işbu sözleşme kapsamında yapılan işlemlerden doğmuş/doğacak MÜŞTERİ nezdinde doğmuş/doğacak hak ve alacaklardan hapis, takas ve mahsup hakkı bulunduğunu kabul beyan ve taahhüt ederler. Yine taraflarca, ortaklarından en az biri aynı olan tüzel kişiler, farklı tüzel kişilik olarak kurulmuş olsalar dahi bu madde kapsamında; aynı tüzel kişilik gibi kabul edileceği ve bu durumda da yukarıdaki hükümler çerçevesinde FAKTOR tarafından rehin, hapis, takas ve mahsup hakkı kullanılabileceği taraflarca kabul ve beyan edilmektedir.

28. MÜŞTERİ işbu sözleşmesinin ifası ile ilgili olarak FAKTOR'un ifa yardımcıları, personeli ve kullandığı, kullanacağı bilcümle vasıtalar (PTT, sair Kurye ve Kargo şirketleri gibi) nedeniyle meydana gelebilecek kambiyo senetlerinin kaybı da dahil olmak üzere, her türlü kayıp ve zararlardan FAKTOR'un herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını, bu konuda her ne nam altında olursa olsun her türlü talep, dava haklarından peşinen feragat ettiğini gayrikabili rucû beyan ve kabul etmektedir.

III. FAKTORİNG GARANTİSİ HÜKÜMLERİ

1. FAKTOR tarafından belli alacak ve/veya borçlular için ayrıca yazılı olarak LOB ile taahhüt edildiği takdirde, borçlunun sadece aczinin sabit veya iflasına hüküm olunması sebebi nedeniyle ödeme güçsüzlüğünden, MÜŞTERİ'nin bir sorumluluğu yoktur. LOB'nde bulunulmuş alacaklar, sadece borçlunun aczi ya da iflası şartına bağlı olarak ve bu hususların İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca sabit olmasından, vadeden önce sabit olmuş ise vadeden itibaren, en erken 90 gün sonra ve uluslararası faktoring kuralları çerçevesinde ön görülen en geç 366 gün içinde MÜŞTERİ'ye ödenir. Ancak yurtdışı faktoring işlemlerinde FAKTOR'un LOB'ne esas aldığı herhangi bir muhabir veya üçüncü şahıslar tarafından bu konuda daha uzun bir süre tayin ve tespit edildiği takdirde bu süre uygulanır.
2. Sadece borçlunun vade tarihinde aczinin gerçekleşmiş olması veya iflasına karar verilmiş bulunması şartına bağlı olarak yürürlüğe girebilecek bu garanti ve miktarı, borçlu için alacak, vadesi ve miktarı da açıkça belirtilerek, ancak LOB düzenlenmesi suretiyle yazılı olarak verilebilir. Böyle bir faktoring garantisinin verilmesi, limitinin azaltılması, iptali, MÜŞTERİ, borçlu ya da borçluların işlem hacimleri, kredibiliteleri gibi çeşitli nedenler ile yurtiçi işlemlerde FAKTOR'un, yurtdışı faktoring işlemlerinde FAKTOR ve/veya muhabir faktörün uluslararası faktoring kuralları uyarınca, serbest irade ve tasarruflarına ilişkin bulunmaktadır. Açıkça LOB ile yazılı olarak bildirilmedikçe yorum yoluyla ya da sair herhangi bir şekilde bu garantinin mevcudiyeti iddiaedilemez.
3. FAKTOR, (III/2) hükümleri uyarınca MÜŞTERİ'ye bildirdiği limitleri yine yukarıda açıklanan nedenlerde her zaman serbestçe değiştirmek, garantiyi kaldırmak, iptal etmek hakkına sahiptir.
4. FAKTOR'un BİH'ni, AFH'ni azaltması, hallerinde ayrıca bildirimde gerek olmaksızın faktoring garantisi de BİH ve/veya AFH'a ilişkin bu bildirimden itibaren ortadan kalkar. BİH ve AFH'nin artırılması, faktoring garantisi limitinin de o oranda artması sonucunu doğurmaz.
5. Alacağın tahsilinin, alacağa veya temel ilişkiye inhisar eden ya da mücbir sebepler, olağanüstü haller, politik riskler de dahil olmak üzere herhangi sair bir sebepten vadesinde gerçekleşmemesi halleri de faktoring garantisinin kapsamı dışındadır.
6. FAKTOR, işbu sözleşme uyarınca MÜŞTERİ'nin borçlusuna ait teminatları, alacak bakiyelerini garanti rizikosunun kapatılmasına tahsis edebilir.

MÜŞTERİ'nin, işbu sözleşmeye aykırı herhangi bir davranışı veya iflası, aczi, ödeme gücüğü içine girmesi hallerinde ya da hakkında LOB verilmiş alacakla ilgili olarak MÜŞTERİ'nin borçlusu ile doğrudan ilişkiye girmesi, devirden sonra teminat, ödeme, ödeme vasıtaları alması, yurtdışı işlemlerde GRIF kuralları gereğı muhabir faktoring şirketinden izin alınmadıkça aynı borçluya doğrudan ya da dolaylı olarak başkaca satışlar yapması, fatura tanzim etmesi, FAKTOR dışında başka faktoring şirketleri vasıtasıyla aynı borçlusuna satışlar yapması, borçlusu ile arasında doğrudan ya da dolaylı iştirak ilişkisinin, MÜŞTERİ ve borçlunun ortakları arasında kan veya kayın hısımlılığının bulunması ya da MÜŞTERİ ve borçlu arasında ticari ilişki dışında herhangi bir ilişkinin bulunması veya yurtdışı faktoring işlemlerinde muhabir faktorun ödeme gücüğü içine düşmesi, muhabir faktorun FAKTOR vasıtası ile yansıttığı, verdiği garantisini her ne sebeple olursa olsun ortadan kaldırması alıcının siparişi iptal etmesi ihtimallerinde, ayrıca bir bildirim gerek olmaksızın MÜŞTERİ'ye verilmiş tüm faktoring garantileri kendiliğinden geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. MÜŞTERİ'nin, borçluya düzenlediğı faturanın/faturaların nüshalarını en geç 5 gün içinde, borçluya düzenlenen fatura/faturalar dışında kalan ve FAKTOR'un talep ettiğı her türlü belge ve bilgiyi talep tarihinden itibaren en geç 10 gün içinde FAKTOR'a teslim etmemesi veya muhabirin limit iptalinde, borçluya yapılmış satışlarla ilgili, henüz FAKTOR'a gönderilmemiş fatura, sipariş formları, yükleme belgeleri ile birlikte tüm sair belgeleri usulüne uygun olarak yine talep tarihinden itibaren en geç 10 gün içinde FAKTOR'a teslim etmemesi hallerinde de tüm faktoring garantileri uluslararası faktoring kuralları gereğince geçmişe etkili olarak kendiliğinden ortadan kalkar.

7. MÜŞTERİ'ye faktoring garantisi çerçevesinde bir ödeme yapılmış olması, ancak daha sonra alacağın faktoring garantisi kapsamı dışında kaldığı ya da faktoring garantisinin ortadan kalktığının ortaya çıkması halinde MÜŞTERİ, kendisine yapılmış faktoring garantisi ödemelerini, FAKTOR ya da muhabir faktorun ilk yazılı talebi üzerine derhal tüm faiz ve ferileri ile birlikte iadeyle yükümlüdür. FAKTOR, MÜŞTERİ'nin ortaya çıkabilecek bu yükümlülüğünü temin amacıyla MÜŞTERİ'den teminat talep hakkına sahip olup, söz konusu teminat verilmediğı sürece faktoring garantisi ödemesi yapmaktan kaçınabilir.

IV. SÖZLEŞMENİN SÜRESİ, SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

1. İşbu sözleşme, imza tarihinden itibaren geçerlidir. Taraflardan herhangi biri, 1 (bir) ay önce yazılı ihbarda bulunarak sözleşmeyi her zaman serbestçe sona erdirebilir. Bu sözleşme ile FAKTOR'a sözleşmeyi derhal sona erdirmeye yetkisi veren haller saklıdır.
2. FAKTOR'a işbu sözleşme uyarınca ödenmesi gereken herhangi bir alacağının vadesinde ödenmemesi, MÜŞTERİ'nin ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in herhangi bir akde aykırı davranışı ile MÜŞTERİ'nin, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in, borçluların veya MÜŞTERİ tarafından işbu sözleşme kapsamında FAKTOR'a devir, ciro, teslim edilen kıymetli evrakta keşideci, ciro veya aval olarak imzası bulunmak sureti FAKTOR'a borçlu bulunanlardan herhangi birisinin, kredibilitesi ve mali durumunda olumsuz etkenlerin ortaya çıkması, aleyhinde dava ikame edilmesi veya icra takibinde bulunulması, bu kişilerden herhangi birisince ödemelerin tatil edilmesi, konkordato ve iflas ertelemesi isteminde bulunması, bu kişilerden herhangi birinin iflasının talep edilmesi, bu kişilerden herhangi birinde yönetim değişikliğini gerektirir pay devirleri olması, tüzel kişi müşterinin veya ortaklarının tasfiye kararı almaları hallerinde FAKTOR, herhangi bir mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşmeyi derhal sona erdirebilir. FAKTOR'un bu fesih hakkını kullanabilmesi için MÜŞTERİ'nin aczinin sabit, iflasına hüküm verilmiş olması şartı aranmaz. FAKTOR'un işbu sözleşmeyi haklı sebeple feshi halinde, sebebin haklılığı tamamen FAKTOR'un takdir yetkisi içindedir.
3. Sözleşmenin herhangi bir şekilde sona ermesi veya feshi halinde, FAKTOR MÜŞTERİ'nin işbu sözleşme kapsamında bulunan tüm hak ve alacakları ve teminatlarının yanında her ne sebep altında olursa olsun FAKTOR'a teslim edilmiş olan kıymetli evrakları üzerinde, hapis, takas, rehin ve mahsup hakkına sahip olmakla birlikte, MÜŞTERİ'nin mevcut bilcümle borçları ve ferileri muaccel olur ve MÜŞTERİ alınmış fakat kapatılmamış finansmanı, faktoring ücreti, masraf, faiz gibi ferileri ile birlikte derhal iade etmekle yükümlüdür. MÜŞTERİ ayrıca işbu sözleşme uyarınca tahakkuk etmiş sair borçlarını da derhal, nakden ödemek mecburiyetindedir. FAKTOR tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla MÜŞTERİ'nin bilcümle teminatlarını ayrı ayrı ya da birlikte nakde tahvil ve Türk Borçlar Kanununda öngörülen hallerde MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'i de birlikte takip hakkına sahiptir. Bu halde gerek MÜŞTERİ, gerekse MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER mükerrerlik iddiasında bulunamazlar. İşbu sözleşmenin herhangi bir zamanda FAKTOR tarafından sona

erdirilmiş olması halinde MÜŞTERİ her ne nam altında olursa olsun FAKTOR'dan bir talepte bulunamaz.

V. İHRACAT VE İTHALAT FAKTORİNG'İNDE UYGULANACAK DİĞERHÜKÜMLER

1. MÜŞTERİ, ithalat, ihracat rejimine ilişkin mevzuat ile KAMBİYO mevzuatına ve bu yasal düzenlemelerde meydana gelebilecek değişikliklere uygun hareket etmeyi, mal, hizmet bedelini yurda getirmeyi şimdiden kabul, taahhüt ve garanti etmektedir. MÜŞTERİ'nin bu yükümlülüklerine aykırılığı sebebiyle mevcut ve ileride meydana gelebilecek değişiklikler ile tahakkuk eden, edecek bircümle vergi, resim, harç, fon giderleri, ceza v.s. ve bunlarda meydana gelebilecek artışlar, ferileri ile her ne nam altında olursa olsun ihdas olunacak, tahakkuk ettirilecek sair giderler MÜŞTERİ tarafından karşılanacaktır.

2. Diğer taraftan MÜŞTERİ, yukarıda (V/1) madde hükmü sebebi ile tahakkuk ettirilebilecek cezalar ile faizlerinin ve bircümle ferilerinin, hukuki ve cezai sorumlulukların tarafına ait olduğunu gayrikabili rücu beyan ve ikrar etmekte, bu nedenlerle mevzuat hükümleri uyarınca da olsa FAKTOR'un sorumluluğuna başvurulması ihtimalinde, FAKTOR'u özel ya da kamu kurum ve kuruluşları, resmi daireler, merciler, mahalli idareler karşısında bu cezai ve hukuki sorumluluklardan, ferilerinden, dava ikamesi ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın, açılmış davaların sonuçlarını beklemeksizin derhal kurtarmayı, taahhüt, garanti etmektedir.

3. Döviz kurlarındaki artış veya eksilmeler sureti ile meydana gelebilecek olan riskler MÜŞTERİ'ye aittir. MÜŞTERİ, bu riskler ile komisyon v.s. gibi giderlere ilişkin artışları, kur farklarını karşılamayı şimdiden kabul ve taahhüt etmektedir.

4. İşbu sözleşmede yer almayan hususlarda ve bu sözleşme hükümleri ile bağdaştığı ölçüde FAKTOR'un muhabir faktor ile arasında uluslararası faktoring kuralları çerçevesinde belirlenmiş anlaşma hükümleri ve muhabir faktorun tabi olduğu uluslararası faktoring kuralları hükümleri uygulanacaktır. MÜŞTERİ, FAKTOR'un internet sitesinde de yayımlanan ya da daha önce kendisine imza karşılığı verilen bu sözleşmelerin, bu uluslararası kural ve anlaşmaların hükümlerini orijinal metninden incelediğini, ancak iş bu kural ve hükümlerin çerçevesinde faktoring hizmetleri verilebileceğini, uluslararası faktoring işlemlerinin ancak bu hükümler çerçevesinde uygulanması imkanının bulunduğunu bildiğini ve ayrıca bunlara uygun hareket edeceğini beyan, kabul ve taahhüt etmiştir.

5. MÜŞTERİ, işbu madde hükmü ile muhabir faktoru, uluslararası faktoring kuralları çerçevesinde yurtdışı faktoring hizmetlerinin icrası konusunda özel olarak yetkilendirmekte, FAKTOR'a devir ettiği ihracat alacaklarının muhabir faktor tarafından yine uluslararası faktoring kurallarının emredici hükümleri uyarınca serbestçe ve dilediği zamanda, zamanlarda yasal takip ve dava konusu yapılabileceğini, sulh sözleşmeleri akdolanabileceğini, ancak muhabir faktor tarafından girilen bu yasal takip ve davanın akdolan sulh sözleşmelerinin FAKTOR'a karşı işbu sözleşme ve bilcümle ekleri nedeniyle doğmuş borçlarını ödemesine engel teşkil etmediğini, muhabir faktor tarafından başlatılabilecek takiplerin, açılacak davaların, sulh anlaşmalarının, ya da borçlular tarafından devir konusu alacakla ilgili olarak muhabir faktora karşı açılacak davalarda, takip ya da sair işlemlerin işbu madde hükmü ile MÜŞTERİ'nin muhabire vermiş bulunduğu özel yetkiye dayalı olarak MÜŞTERİ'nin nam ve hesabına muhabir faktor tarafından kendisini temsilen yürütüleceğini, işbu madde hükmü uyarınca muhabir faktor tarafından girilen takip ve davalarla ilgili tüm ücret, masraf ve sair giderlerin MÜŞTERİ tarafından karşılanacağını, muhabir faktorun takip ya da dava açması halinde FAKTOR'un dilerse kendisine devir edilmiş bulunan alacakların tamamı veya bir kısmı için işbu sözleşmenin (II/12) maddesi hükmünü uygulayabileceğini kabul ve taahhüt etmektedir. Bu halde MÜŞTERİ, alacağın muhabir faktor tarafından gereği gibi takip olunmadığından bahisle FAKTOR'dan bir talepte bulunamaz. MÜŞTERİ, alacağın takibi ve tahsiline ilişkin masrafları, alacak miktarı üzerinden tahakkuk ettirilecek tahsil ücretini ve bilcümle ferilerini talep üzerine derhal tamamen ve nakden ödemekle yükümlüdür. Söz konusu faiz ve ücretin ödenmesi, takip ve tahsilatın başarıya ulaşması şartına bağlı değildir. İşbu madde hükümleri uyarınca borçluya karşı dava açılmış, takibe geçilmiş olması, MÜŞTERİ'ye verilmiş finansmanın, tahakkuketmiş faktoring ücreti, faiz, masraf ve komisyon alacaklarının FAKTOR'a iadesi, ödenmesi talebinin, takip ya da davanın sonucuna ertelenmesi anlamını taşımaz. FAKTOR söz konusu alacakları için MÜŞTERİ'den derhal talepte bulunabilir. Borçluların ya da MÜŞTERİ'nin devir konusu alacak ile ilgili olarak muhabir faktora dava açmaları, takip yapmaları ihtimalinde de bu madde hükmü dava veya takibin sonucuna bağlı olmaksızın aynen uygulanır.

6. MÜŞTERİ ayrıca faktoring işlemlerine konu alacakla ilgili olarak alacağın mevcut olmadığı, devrinin geçersiz bulunduğu, muvazaa, üçüncü kişilere zarar verme, mal

kaçırma gibi haller de dahil olmak üzere herhangi bir nedenle iptali halinde, kendisine ödenmiş alacak tutarını ferileri ile birlikte FAKTOR'a ya da muhabir faktora derhal iade ile yükümlüdür. Bu hükmün uygulanması için mutlaka bir mahkemenin ya da resmi makamın kararına ihtiyaç olmayıp, yukarıda 5. madde hükmü çerçevesinde muhabir faktorun, zararını azaltmak amacıyla sulh akdi yapmış bulunması da yeterlidir. MÜŞTERİ'nin bu iade yükümlülüğü uluslararası faktoring kuralları uyarınca bir süreye tabi bulunmamaktadır.

7. MÜŞTERİ işbu hüküm ile FAKTOR'a muhabir faktor ya da bankayı tayin yetkisini tanımaktadır. MÜŞTERİ'nin, muhabir faktor ya da bankanın işlemlerinden, davranışlarından bir zarara uğraması halinde, her ne sebeple olursa olsun FAKTOR'un bir sorumluluğu mevcut değildir. Bu sorumluluktan beraat hükmü muhabirin her türlü kusuru halinde de geçerlidir.

VI. ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

1. İşbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yalnız FAKTOR'un belge ve kayıtlarının, mikrofilm, mikrofiş, bilgisayar ve elektronik ortam haberleşme kayıtlarının teyit edilmiş olsun olmasın, kesin münhasır yegane geçerli delil teşkil edeceği, H.M.K.'nin 193. maddesi hükmü uyarınca MÜŞTERİ tarafından şimdiden kabul ve ikrar edilmektedir. MÜŞTERİ'nin hesap ekstrelerine işbu sözleşmede yer alan hükümler uyarınca vaki itirazı dahi birinci cümle hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmez. MÜŞTERİ, FAKTOR'un defter ve kayıtlarının usulüne uygun tutulduğu hususunda yemin teklif etmek hakkından peşinen feragat etmektedir.

2. MÜŞTERİ'nin bu sözleşmeye herhangi bir aykırılığı halinde ve sözleşmede belirtilen sair hallerde FAKTOR, herhangi bir ihbara, ihtara, hüküm istihsaline, mehil tayinine, alacağın miktarının yetkili yargı organlarınca önceden tespitine gerek olmaksızın bilcümle ödeme vasıtalarını ve aynı ve şahsi bilumum teminatları, ek teminat mahiyetinde tevdi olunan kambiyo senetlerini ayrı ayrı ya da birlikte nakde tahvile, ibrazında ödenmeyenleri yasal takibe konu yapmaya, aynı zamanda MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'i takibe yetkilidir. MÜŞTERİ ayrıca, FAKTOR'un aleyhine girişebileceği takip ya da açacağı her türlü davalarla ilgili olarak ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir talebi uygulanması hallerinde, teminat yatırılmasına, gösterilmesine mahal olmadığını peşinen kabul ve teminat gösterilmesi/yatırılması yolundaki taleplerinden peşinen gayrikabili rücu feragat etmektedir. MÜŞTERİ, şayet mahkemelerce teminat öngörülür ise nakit olarak

yatırılacak teminata, teminatın mahkemeye tevdi tarihinden geri alınmasına kadar geçen süre için iş bu sözleşmede öngörülen oran üzerinden faiz ödemeyi, banka teminat mektubu sunulmuş ise banka teminat mektubu komisyonu ile dönem faizlerinin kendisi tarafından ödeneceğini bu hususlara hiçbir itirazı bulunmayacağını kabul ve taahhüt eder.

3. Bu sözleşme uyarınca yapılacak ihtar ve ihbarların, tacirler için Türk Ticaret Kanununda öngörülen şekillerde veya elden tebliğ suretiyle yapılması lüzumludur. Bu ihbar ve ihtarların yetkili imzaları herhalde ihtiva etmesi şarttır.

4. Bu sözleşmenin akdi, uygulanması ve teminatların alınması nedeni ile ödenmesi gereken bilcümle harç, vergi ve rüsumlar ile masraflar, AFH'ni aşan alacaklar da dahil olmak üzere MÜŞTERİ'ye aittir. Bu sebeple ileride tahakkuk ettirilecek farkları, artışları, ferilerini, her ne nam altında olursa olsun ihdas olunacak tahakkuk ettirilecek giderleri de ödemeyi MÜŞTERİ şimdiden kabul ve taahhüt etmektedir. Diğer taraftan MÜŞTERİ her ne sebeple olursa olsun tahakkuk ettirilebilecek cezaları ile faizlerinin ve bilcümle ferilerinin, hukuki ve cezai sorumluluklarının tarafına ait olduğunu gayrikabili rücu beyan ve ikrar etmekte, bu nedenlerle mevzuat hükümleri uyarınca da olsa FAKTOR'un sorumluluğuna başvurulması ihtimalinde, FAKTOR'u özel ya da kamu kurum ve kuruluşları, resmi daireler, merciler mahalli idareler karşısında bu cezai ve hukuki sorumluluklardan, ferilerinden, dava ikamesi ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın, açılmış davaların sonuçlarını beklemeksizin derhal kurtarmayı taahhüt, garanti etmektedir.

5. İşbu sözleşmenin değişikliklerinin de aynı şekilde yapılması lüzumludur. Aynı şekilde yapılmadıkça değişiklik iddiaları dinlenemez.

6. Sözleşmenin bir kısmının herhangi bir sebeple hükümsüz hale gelmesi, diğer hükümlerin de hükümsüz kalması sonucunu doğurmaz. Sözleşmenin sona ermesi, hükümsüz hale gelmesi MÜŞTERİ'nin yükümlülüklerini kararlaştırıldığı şekilde ifa ve tasfiye etmesini engellemez.

7. MÜŞTERİ veya herhangi bir borçlunun ödemeye ilişkin edimlerini vadelerinde ifa etmemesi, FAKTOR'un tüm alacaklarını başkaca bir ihtar veya bildirimle gerek kalmaksızın muaccel kılar. Muacceliyet halinde MÜŞTERİ, bu alacaklar için vade gününden veya muacceliyet tarihinden, (hangisi önce ise) bu sözleşmedeki özel hükümler gereği ihbarsız (kendiliğinden) muaccel hale gelen borçlarda ise bu borcun kendiliğinden muaccel hale geldiği tarihten itibaren, TL cinsinden olan borçlarda

TCMB Avans Faizi + 25 puan (+%25) (Örneğin: TCMB Avans Faiz Oranı yıllık %10,5 ise, işbu maddeye konu temerrüt faizi, %10,5+25 puan olmak üzere yıllık %35,5 olarak kabul edilecektir), USD cinsinden borçlarda USD Libor+20 puan, EURO (AVRO) cinsinden borçlarda Euribor+20 puan oranında, bu para cinsinin dışındaki döviz cinsinden borçlarda ilgili para biriminin LİBOR'u+20 oranında temerrüt faizi ödemeyi, faiz oranının ekonomik gelişmelere uygun olarak FAKTOR tarafından her zaman tek yanlı olarak arttırılabileceğini tacir sıfatıyla beyan ve kabul ile bu husustaki her tür dava ve itiraz haklarından şimdiden gayrikabili rücu olarak feragat ettiğini beyan, kabul ve taahhüt eder. Bu oran MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in temerrütleri halinde de aynen uygulanır. Taraflar yukarıda bahse konu diğer para cinsi borçlarına ilişkin temerrüt faiz oranı hesabı bakımından, yukarıda TL cinsi borçlar bakımından verilmiş olan örnek hesaplama şeklinin kullanılacak olduğu hususunda gayri kabili rücu olarak anlaşmışlardır.

8. Bu sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılacak bildirimler, aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça MÜŞTERİ'ye gönderildiği tarihten itibaren ve yeni bir bildirimle kadar sözleşmenin ayrılmaz parçası olarak yürürlükte kalırlar. Bildirimler ait oldukları dönemler için geçerlidir.

9. MÜŞTERİ bir başka faktoring hizmetleri şirketi ile sözleşme akdetmesi halinde, akdetmiş olduğu sözleşmenin ayrıntıları bakımından FAKTOR'a bilgi vermek zorunda olduğunu kabul ve taahhüt eder.

10. İşbu faktoring sözleşmesinde isim, unvan ve adresleri yer alan MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, MÜŞTERİ'nin FAKTOR ile akdetmiş bulunduğu işbu faktoring sözleşmesi ile daha önceden asaleten veya kefaleten akdetmiş oldukları diğer faktoring sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerin özel şartları, ekleri, yenilemelerinden ve sair sebeplerden daha önce doğmuş ve bundan böyle doğacak bilcümle borçlarından, sözleşmenin tüm maddelerinde belirtilen işlemlerden doğan borçları da kapsamak üzere, işbu sözleşmeler gereği işlemiş ve işleyecek akdi ve temerrüt faizlerinin tamamından, her türlü masraf ve vergiler ile yargılama giderlerinden ve sair tüm ferilerden, işbu sözleşmede kendi el yazılarıyla belirtmiş oldukları azami kefalet limitleri tutarı kadar, limit artırımını halinde ise ilgili limit artırım sayfalarında yazılı tutarda dahil olmak üzere hesaplanacak toplam tutara kadar, T.B.K.'nın 589. maddesinde belirtilen sürelerle sınırlı olmaksızın "MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER" sıfatı ile imza tarihinden itibaren 10 süreli olarak sorumlu

olduklarını, FAKTOR'un bu kapsamda doğmuş ve ileride doğacak alacakları açısından, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in her türlü hak, alacak ve kıymetli evrak dahil tüm menkul kıymetleri üzerinde hapis, rehin, virman, takas ve mahsup hakkının bulunduğunu Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümlerine uygun olarak aşağıda kabul etmişlerdir.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, MÜŞTERİ'nin mali ve ekonomik durumu, iş ve işleyiş yapısını bildiklerini, bu hususta gerekli araştırmayı yaptıklarını ve bu tespitler doğrultusunda sözleşmeye "MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER" olmak suretiyle dahil olduklarını kabul ve beyan ederler. FAKTOR, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in kefaletine güvenerek iş bu sözleşmeyi imzalamıştır. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, sözleşme anında MÜŞTERİ'nin mali durumuna tamamıyla vakıf olduğunu beyan ve kabul eder. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER borçlunun sözleşme anındaki mali durumunun iyi niyetle varsaydığından daha kötü olduğunu ileri sürerek kefaletinden dönemez. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in MÜŞTERİ'nin mali durumunun kötüleştiğini gerekçe göstererek kefaletten dönmesi halinde ise kefaletine güvenerek sözleşme düzenleyen FAKTOR'un uğradığı tüm zararları tazminle yükümlü olduğu kabul ve taahhüt edilmiştir.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, kefaletlerine dayalı olarak yapılan faktoring işlemlerinin, FAKTOR tarafından kefillerin rızasını almaya gerek kalmaksızın ve kefalet limiti içinde kalmak koşuluyla, kefalet süresi içinde dönüşümlü olarak yapılabileceğini kabul ve beyan ederler. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, FAKTOR'un alacağı için işlemiş ve işleyecek faizlerin tamamından, T.B.K.'nun 589.maddesinde belirtilen bir senelik kısmından fazla dahi olsa sorumlu olduklarını kabul ve beyan ederler.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, işbu sözleşmenin tebligat ile ilgili hükümlerinin kendileri hakkında da cari ve uygulanır olduğunu kabul ederler.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, o ana kadar vadesi gelip ödenmemiş herhangi bir alacak bulunmasa da, MÜŞTERİ'nin ödemelerini tatil etmesi, iflas istemine maruz kalması, iflas etmesi, konkordato talebinde bulunması veya başka bir sebeple borcu külliye ödeme yükümlülüğünün doğması hallerinde, kendilerine de ihbarda bulunulmak kaydıyla borcun kendileri içinde muaccel olacağını, haklarında yapılacak dava ve takipler nedeniyle, FAKTOR'un teminat göstermek ve yatırmaktan muaf olduğunu, şayet mahkemelerce teminat öngörülür ise nakit olarak yatırılacak teminata,

teminatın mahkemeye tevdi tarihinden geri alınmasına kadar geçen süre için iş bu sözleşmenin ilgili maddesinde öngörülen oran üzerinden faiz ödemeyi, banka teminat mektubu sunulmuş ise komisyonu ile dönem faizlerinin kendisi tarafından ödeneceğini kabul ederler.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, FAKTOR'un mevcut rehinlerin satışı cihazına gitmesi halinde tahsil edeceği miktarı, MÜŞTERİ'nin borçlarından istediğine mahsup etme yetkili bulunduğunu kabul ve beyan ederler. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, FAKTOR alacağının tamam rehinle temin edilmiş olsa dahi, FAKTOR'un kendileri hakkında T.B.K.nun 586 maddesi ve İİK.nun ilgili maddeleri uyarınca, ihtiyati haciz ve haciz yoluyla takip yapma haklarının bulunduğunu kabul ve beyan ederler.

MÜŞTERİ'nin ortağı, pay sahibi, yöneticisi ve 3.dereceye kadar kan veya sıhri hısımları olan MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in MÜŞTERİ'nin iflasına karar verilmiş olması veya konkordato istemi konusunda kendisine bildirimde bulunulmadığını ileri sürerek Türk Borçlar Kanunu'nun 594. Maddesi uyarınca FAKTOR'a karşı hiçbir talepte bulunmamayı kabul etmişlerdir.

İşbu faktoring sözleşmesinde muacceliyet ve MÜŞTERİ'nin temerrüdü için ihbar ya da ihtar şart kılınan hallerde; bu ihbar ve ihtarın MÜŞTERİ ile MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'e aynı anda yapılması mümkündür. Faktoring sözleşmesinin hükümleri uyarınca ihbara, ihtara gerek olmayan hallerde, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'e bildirim yapılmasına gerek bulunmayıp, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in borcu MÜŞTERİ ile birlikte muaccel hale gelir. Temerrüt için de aynı esaslar geçerli olup, işbu sözleşmede yukarıda VI/7. Maddesinde kararlaştırılan temerrüt faizi oranı temerrüde düşen MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER hakkında da uygulanır.

FAKTOR, kefil olunan borçlar hakkında tam bir hareket serbestliğine sahip olup, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in, durumlarının ağırlaştığını ileri sürerek FAKTOR'a karşı hiçbir iddia ve talep hakları yoktur. FAKTOR'un, MÜŞTERİ'nin taahhütlerini bir veya birkaç defa temdit etmesi, borcu taksitlere bağlaması, borç için verilmiş olan teminatların tamamen veya kısmen FAKTOR tarafından geri verilmesi, fek edilmesi, ibra edilmesi hallerinde de MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER bunlara şimdiden muvafakat ettiklerini, sorumluluklarının aynen devam edeceğini kabul etmişlerdir. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER bu borç için veya müşterinin diğer borçları için başka adi veya MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in de söz konusu

olması halinde, FAKTOR'un dilediği takdirde diğer kefillerin takibinden vazgeçebileceğini, diğer kefilleri veya mirasçılarını ibra edilebileceğini ve buna rağmen kefaletlerinin aynen devam edeceğini şimdiden kabul ederler.

İş bu sözleşmeyi MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER sıfatı ile imzalayanların her biri kefaletlerinin müteselsil kefalet olduğunu, birden fazla kefilin sözleşmeyi imzalaması halinde de her bir kefilin borcun ve ferilerin tamamından sorumlu olduğunu aralarında yapmış oldukları sözleşmeler sebebi ile FAKTOR'a karşı herhangi bir defa ve itirazlarının bulunmadığını kabul ve beyan ederler.

FAKTOR'un MÜŞTERİ'nin taahhütlerini bir veya birden fazla temdit etmesi, borcu taksitlendirmesi, borç için verilmiş olan teminatların tamamen veya kısmen FAKTOR tarafından geri verilmesi, fek edilmesi, ibra edilmesi hallerinde de MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER bunlara şimdiden muvafakat ettiğini ve kefaletin aynen devam edeceğini kabul eder. FAKTOR, kefil olunan borçlar hakkında tam bir hareket serbestliğine sahiptir. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in her ne sebeple olursa olsun durumunun ağırlaştığını ileri sürerek FAKTOR'a karşı hiçbir iddia ve istek hakkı yoktur.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in MÜŞTERİ'nin yetkilisi, müdürü, ortağı ya da organlarını oluşturan görevlileri olması halinde FAKTOR'un, Türk Borçlar Kanunu 594/1 maddesi gereği, müşterinin yıllık ödemelerinin ya da faiz ödemelerinin gecikmesini MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'e bildirme yükümlülüğü bulunmadığı kabul ve taahhüt edilmiştir. Aynı şekilde, MÜŞTERİ'nin iflasının ya da konkordato ilanının MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'ce bilinmesi gerektiği, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in bildiği, bilebilecek durumda oldukları hallerde, FAKTOR bu durumu MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'e ihbar etmesi şartı aranmayacaktır. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER sayılan hallerde, FAKTOR'a karşı hiçbir hak ve talepte bulunmayacaklarını kabul, beyan ve taahhüt ederler.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, kefalet sözleşmesinin imzalanması ile Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri ve ilgili mevzuat uyarınca FAKTOR tarafından talep edilen her türlü muvafakatname, belge ve bilgiyi vermeyi kabul ve beyan eder. Bu bağlamda FAKTOR tarafından talep edilen belge, bilgi ve muvafakatin verilmemesi sebebi ile iş bu kefalet sözleşmesinin hükümsüz kalması halinde FAKTOR'un uğramış olduğu zararı ödemeyi kabul ve beyan ederler. FAKTOR'un sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır.

MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, FAKTOR ile MÜŞTERİ arasında imzalanan sözleşme ve eklerini okuduklarını herhangi bir itirazları bulunmadığını sözleşmenin bütün hükümlerini kabul ettiklerini kabul ve beyan ederler.

11. FAKTOR, alacağının teminatını teşkil etmek üzere hangi tarihte verilmiş, tesis edilmiş olursa olsun bilcümle teminatları, rehinleri nakde tahvil ettirmek veya asıl borçluya müracaat etmek mecburiyetinde olmaksızın borcun ve ferilerinin tamamının tediyasını MÜŞTERİ'den, Türk Borçlar Kanunun'da öngörülen hallerde MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'den ayrı ayrı veya birlikte talep yetkisine sahiptir. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER şahsen temin ve taahhüt ettikleri miktarların tamamından müteselsilen sorumludurlar. İşbu faktoring sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi, MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in doğmuş bulunan borçlardan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. FAKTOR'a teslim edilmiş olan taşınır rehinleri veya alacak rehinleri bulunması halinde, bu rehinlerin güncel rayiç değerlerinin alacağı açıkça karşılamadığı anlaşıyorsa, FAKTOR'un hakime başvurmaksızın ve alacak rehinlerinin paraya çevrilmesini beklenmeksizin, rehin bedellerinin rayiç değerlerinin üzerindeki arta kalan alacak kısımları için müteselsil kefillere doğrudan müracaat edilebileceği taraflarca kabul ve taahhüt edilmiştir.

12. MÜŞTERİ, işbu sözleşme dolayısıyla ve FAKTOR'a karşı diğer borçları nedeniyle kendisine karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmasına gerek görülürse, bankalardan alınacak teminat mektuplarından doğacak komisyonların kendisi tarafından ödeneceğini kabul etmiştir.

13. FAKTOR tarafından faktoring sözleşmesinin işbu sözleşmenin IV/2. maddesi kapsamında feshi ile MÜŞTERİ'nin hesabının kat edilmesi ve/veya MÜŞTERİ aleyhine icrai ve/veya dava yolu ile takibe geçilmesi halinde, MÜŞTERİ hesap katına ve/veya, icrai ve/veya dava yolu ile takibe konu ana para borcunun %20'si (yüzde yirmisi) oranında cezai şart tutarını, işbu sözleşme kapsamındaki ana para, sözleşmesel ve temerrüt faizleri, komisyon, masraflar ve sair tüm borçları ile birlikte, FAKTOR'a derhal ödemeyi gayri kabili rücu olarak kabul ve taahhüt eder.

MÜŞTERİ, FAKTOR'un kendisi aleyhine icra takibinde bulunması halinde ceza evleri ve tahsil harcını ödemeyi, ceza evi harcının FAKTOR'dan tahsil edilmesi halinde FAKTOR'un ödediği miktarı tazminat olarak kendisinden isteme hakkı bulunduğunu ve bu isteği kayıtsız ve şartsız kabul ettiğini beyan etmektedir.

14. MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, işbu sözleşmede yer alan hususların yerine getirilmesi ve FAKTOR tarafından kendilerine gerekli tebligatın yapılabilmesi için bu sözleşmede isim ve unvanları yanında belirtilmiş adresleri kanuni yerleşim yeri ittihaz ettiklerini, belirtilen yerde adres yazılmaması halinde Ticaret Sicil Dosyalarındaki son adreslerinin veya FAKTOR tarafından son olarak herhangi bir bildirim gönderilen adreslerinin, muhtarlıkta kayıtları bulunmasa bile yasal yerleşim yerleri olduğunu, ileride diğer bir mahalli kanuni yerleşim yeri ittihaz edecek olurlarsa, bu yeni adresi derhal noter aracılığı ile FAKTOR'a bildirmeyi, bildirmediği takdirde bu sözleşmede yazılı ya da yukarıda yer alan adreslerine ya da kayıtlı elektronik posta adreslerine veya 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 7a, 10. ve devamı hükümlerinde yer alan usule göre gönderilecek her türlü tebligatın, kendilerine tebliğ edilmiş sayılacağını kabul ve taahhüt ederler.

MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER'in ticaret merkezleri, yerleşim yerleri yurtdışında bulunduğu ya da yurt dışında yerleşim yeri, ticaret merkezi edindiklerinde dahi FAKTOR'a mutlaka Türkiye'de bir tebligat adresi bildireceklerini, Türkiye'de adres bildirmediği takdirde veya Türkiye'de bildirecekleri adrese yapılacak tebligatlar için de yukarıdaki hükmün geçerli olacağını kabul ve beyan ederler.

15. MÜŞTERİ ana sözleşmesini, temsil ve ilzam yetkilileri ile bunların imza sirkülerini, temsil ve ilzam yetki ve yetkililerinde oluşacak değişiklikleri FAKTOR'a belgeleriyle birlikte zamanında bildirmekle yükümlü bulunduğunu kabul ve beyan eder.

MÜŞTERİ, bu maddede belirtilen belgelerde meydana gelecek değişikliklerin zamanında yazılı olarak FAKTOR'a bildirilmemesinden ve/veya vekaletname ile yapılan işlemlerde vekâletnamenin sahte veya tahrif edilmiş olmasından dolayı FAKTOR'un uğrayabileceği zararlardan sorumlu olacağını kabul ve beyan eder.

16. MÜŞTERİ, işbu sözleşmenin uygulanmasında FAKTOR tarafından gönderilecek hesap özetleri bilgilendirme ve benzeri sebeplerle oluşacak masraf ile bunun gider vergisini de ödeyeceğini kabulederler.

MÜŞTERİ ve kefiller; gönderilen hesap özetlerine MÜŞTERİ tarafından süresinde itiraz edilmemesi halinde bu hesaplarla ilgili ileride vuku bulacak dava ve icra takiplerinde anılan hesap özetleriyle ilgili bilirkişi incelemesi yapılmaksızın belirtilen miktarları kat'i borcu olarak kabul ederler.

17. MÜŞTERİ, ayrıca FAKTOR’a devir olunan alacakların tahsilatı veya finansmanın kullandırılmasında ya da sair ödemeler esnasında oluşacak banka masrafları ile bunların gider vergilerini de ödeyeceğini kabul eder.

18. MÜŞTERİ, FAKTOR ile arasında yapılan ve yapılacak olan tüm işlemlerde, talep aşamasında kalmış olsa bile, kendi nam ve hesabına hareket ettiğini ve/veya edeceğini, bir başkası hesabına işlem yapılmadığını, yapılmayacağını, FAKTOR tarafından ilgili mevzuatın gerekleri hakkında bilgilendirildiğini ve böyle bir durum olması ve/veya 5549 sayılı Kanun’a ve/veya bununla ilgili yürürlükteki mevzuata herhangi bir aykırılığın olması halinde ise FAKTOR’a yazılı bildirimde bulunacağını beyan ve taahhüt etmektedir.

Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki 5549 sayılı Kanun gereğince MÜŞTERİ, FAKTOR’a vermiş bulunduğu kimlik, adres, telefon ve ortaklık yapısına ilişkin bilgilerde herhangi bir değişiklik olduğunda, değişiklikleri gecikmeksizin, derhal FAKTOR’a bildireceğini beyan ve taahhüt etmektedir.

19. MÜŞTERİ, ortaklık yapısının değişmesinden ya da müşterinin hakim ortağının yönetimdeki hakimiyetinin kaybına neden olacak ana sözleşme değişikliklerinden önce, gerekli tüm belge ve bilgilerle FAKTOR’a ortaklık yapısının değişeceğine ilişkin yazılı bildirimde bulunmayı ve ayrıca bu hususta FAKTOR’un talep edeceği başkaca tüm belge ve bilgileri de derhal ibraz etmeyi kabul ve beyan eder.

Eğer bu bildirim ortaklık yapısının değişmesinden, hakim ortağın hakimiyetini herhangi bir şekilde kaybına neden teşkil eden işlemten önce yapılmamış ise, ortaklık değişimini müteakip derhal FAKTOR’a yazılı olarak bildirimde bulunmayı ve bu hisse değişimine ilişkin ana sözleşme değişikliğinden derhal FAKTOR’u bilgilendirmeyi peşinen kabul ve beyan eder. MÜŞTERİ, FAKTOR’un ortaklık yapısının veya yönetim hakimiyetinin değişimi ile ilgili gerekli bildirimini derhal yapmaması, FAKTOR’un talep etmesine rağmen FAKTOR tarafından talep edilen belge ve bilgileri vermemesi halinin sözleşmeye ağır aykırılık ve finansman ve ferilerinin derhal iadesinin talebi sebebini teşkil edeceğini peşinen kabul ve beyan eder.

20. Taraflar arasında akdolunan faktoring sözleşmesinde yer alan “MÜŞTERİ” ibaresi yukarıda birinci sayfada Müşteri/Müşteriler bölümünde yer alan aşağıda imzaları bulunan kişileri birlikte ifade etmektedir. Müşterilerden her biri, anılan sözleşme hükümleri nedeniyle MÜŞTERİLER’den biri nezdinde FAKTOR lehine doğmuş/doğacak bilcümle alacaklardan müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludur.

MÜŞTERİLER, kendilerine finansman sağlanmadığından bahisle ödemeden kaçınamazlar.

21. MÜŞTERİ, FAKTOR'a faks ile gönderdiği talimatları, FAKTOR'un faks teyidi aramaksızın ve ıslak imzalı yazı aramaksızın yerine getirmeye yetkili olduğunu ve FAKTOR'un faks cihazı tarafından üretilen faks evraklarının delil niteliğinde olduğunu ve yine FAKTOR'un kendisine faks yolu ile iletilen talimatları uygulayıp uygulamama konusunda tam bir serbestiye sahip olduğunu beyan ve kabul eder.

22. MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER, FAKTOR ile MÜŞTERİ arasında imzalanan sözleşme ve eklerini okuduklarını herhangi bir itirazları bulunmadığını sözleşmenin bütün hükümlerini kabul ettiklerini kabul ve beyan ederler.

23. İşbu sözleşmenin yorumu gereken hallerde FAKTOR'un uygulamaları esas alınır. MÜŞTERİ lehine münferit uygulamalar yoruma esas teşkil etmez.

24. İşbu sözleşmeden dolayı doğmuş olan tüm borçların ifa yeri FAKTOR'un şirket merkezinin bulunduğu yer olup, taraflar bu hususu kayıtsız şartsız kabuletmüşlerdir.

25. İşbu sözleşmeden doğacak ihtilaflarda İstanbul (Çağlayan) Ticaret Mahkemeleri ve İstanbul (Çağlayan) İcra Müdürlükleri yetkilidir.

26. İşbu, sözleşme aşağıda yer alan özel şartlar ile tarihinde, İstanbul'da taraf sayısı kadar nüsha olarak tanzim ve imza edilmiştir.

27. MÜŞTERİ ve MÜTESELSİL KEFİL/KEFİLLER ve FAKTOR, VI ana bölümde yer alan toplam 76 maddeden oluşan, 14 sayfalık işbu faktoring sözleşmesinin tamamını okuduklarını, mali ve hukuki danışmanlarına incelettiklerini, bütün maddeleri ayrı ayrı müzakere ettiklerini, menfaatlerine aykırı olabilecek düzenlemeleri ve sonuçlarını bilerek ve anlayarak kabul ettiklerini ve bu suretle yükümlülük altına girdiklerini, ticari kararlarının da bu yönde olduğunu, tüm sözleşme hükümlerinin haklarında geçerli olacağını bildiklerini, kabul ve beyan ederler.