

T.C.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TİCARİ İŞLETME DEVRİ

Dilek KARAMAN

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Esin ÇAMLIBEL TAYLAN

2006

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Ticari İşletme Devri ” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Dilek KARAMAN

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Dilek KARAMAN
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Konusu : Ticari İşletme Devri
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 18.maddesi gereğince yüksek lisans tez/proje sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini/projesini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez/proje konusu gerekse tezin/projenin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OY BİRLİĞİ ile O
DÜZELTME O* OY ÇOKLUĞU O
RED edilmesine O** ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez/Proje, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez/Proje, mevcut hali ile basılabilir. O
Tez/Proje, gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin/Projenin, basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

ÖZET

Tezli Yüksek Lisans Projesi

Ticari İşletme Devri

Dilek KARAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Ticari işletmenin bir bütün olarak devri 19. yüzyıl sonlarından itibaren hukukçuların üzerine eğildikleri bir konu olmuştur. Bir ticari işletmenin malvarlığı kapsamındaki aktif ve pasiflerinin devredilmesi Borçlar Kanunu 179. maddesinde düzenlenmiştir. Bir ticari işletmenin malvarlığı kapsamını Türk Ticaret Kanunumuzun 11/II. maddesinde sayılan maddi ve gayri maddi unsurları esas alarak belirlemek mümkündür. Buna göre, tesisat, kiracılık hakkı, ticaret ünvanı, patent, marka, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler ve bunlar gibi bir işletmenin işletilmesi için sürekli olarak tahsis olunan unsurlar, aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında yer alır. Dolayısıyla, bir ticari işletmenin bir bütün olarak devri halinde aksi kararlaştırılmadıkça, TTK. m. 11/ II' de yer verilen maddi ve gayri maddi unsurlar devir kapsamında olacaktır.

Devir sözleşmesi esas itibariyle herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak, devir sözleşmesinin aynı bir etkisi yoktur. Her aktifin devri uygun görülen işlemin gerçekleştirilmesi ile olur. Örneğin, gayrimenkulde tapuda ferağ, menkullerde zilyedliğin devri, alacakların devrinde alacağın temlikinin yapılması gerekir. Borçların nakli ise devrin alacaklılara bildirim ve ilan yapılması ile kanunen gerçekleştirildiğinden başkaca bir işleme ihtiyaç kalmaz. İşletme devri, işletmenin belli şartlarda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) ve ilgili mevzuat uyarınca Rekabet Kurulu' nun denetimine bağlıdır.

Bir ticari işletme devri kapsamında işletmenin pasifleri de yer alır, ancak, borçların devralana geçmesi için borcu üstlenen ile alacaklı arasında ayrıca bir borcun nakli sözleşmesine gerek yoktur. Borçlar, alacaklıların icazeti olmaksızın, “ bildirim alacaklıya ulaşması veya gazete ile duyurma” ile nakledilmiş olur. Borçlunun şahsının, alacaklının icazeti olmaksızın değişmesinden kaynaklanacak riski karşılamak üzere, kanun koyucu, eski borçluya da iki yıl süre ile, yenisi ile beraber müteselsil borçtan dolayı sorumlu tutmuştur. Bu müddet, muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden, daha sonra muaccel olan borçlar için muacceliyet kazandıkları tarihten itibaren işlemeye başlar. Devralan, kendisi tarafından devir sırasında bilinmeyen borçlardan da sorumlu olur.

Anahtar Kelimeler: 1)Ticari İşletme, 2) Devir Sözleşmeleri, 3)Ticaret Sicil Tüzüğü, 4) Devralan, 5) Borç

ABSTRACT

Master Degree with Thesis
Transfer of Commercial Enterprise
Dilek KARAMAN

Dokuz Eylul University
Institute of Social Sciences
Department of Private Law

Assignment of commercial enterprise as an integrity has become an issue about which counselors at law had reasoned since late 19th century. Assignment of assets and liabilities of a commercial enterprise has been regulated under the provisions of the article 179 of Debts Law. It is possible to determine the scope of assets of a commercial enterprise on the basis of tangible and intangible elements specified in the article 11/II of Turkish Trade Code. Accordingly any element allocated continuously in order to operate a commercial enterprise such as facilities, right of being tenant, commercial title, patent, brand, any model and picture related to an art or appertaining to a person shall be among the assets of a commercial enterprise unless otherwise specified. Therefore, in the event of assignment of a commercial enterprise in whole, tangible and intangible elements set forth in the article 11/II of Turkish Trade Code shall be in scope of assignment unless otherwise specified.

Transfer contract may actually not have a certain format. However, transfer contract does not have a real impact. Assignment of each asset shall be completed upon realization of the relevant proceeding. For instance, transfer of title deed for real estates, assignment of possession for movables, assignment of receivables for transfer of the same should be completed. Conveyance of debts instead may be realized upon notification of assignment to creditors and upon publication thereof, thus no other proceeding would be required. Transfer of an enterprise is subject to certain conditions and to inspection of Competition

Board under the provisions of the law concerning Protection of Competition (RKHK) and the relevant legislation.

Liabilities of an enterprise are also contained in the scope of the transfer thereof; however any particular agreement for transfer of debts between the party assuming the debts and the creditor shall not be required in order to convey debts to assignee. Debts shall deem to transit without any consent of creditors “upon delivery of notice to the creditor or publication thereof on a newspaper”. Should the debtor person be substituted without consent of the creditor, enactor keeps the former debtor responsible of such debt jointly with the present debtor for a period of two years in order to cover any risk arising from such substitution. Such period starts with the date of notification or publication of debt for debts due and payable, and it shall start with the date on which such debts would become due and payable for other debts.

Key Words: 1) Commercial Enterprise, 2)Transfer Agreements, 3)Trade Register Statute, 4)Assignee, 5) Debt

TİCARİ İŞLETME DEVRİ

YEMİN METNİ.....	II
TUTANAK.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER.....	VIII
KISALTMALAR.....	XIV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE HUKUKUMUZDAKİ YERİ

§ 1. GENEL OLARAK	3
§ 2. MALVARLIĞI KAVRAMI.....	3
§ 3. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI.....	9
I.TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI.....	12
A. GELİR SAĞLAMAYI HEDEF TUTMA.....	12
B. DEVAMLILIK.....	13
C. BAĞIMSIZLIK.....	14
D. ESNAF FAALİYETİ SINIRLARINI AŞMA.....	15
II.TİCARİ İŞLETMENİN TÜRLERİ.....	18
A.TİCARETHANE.....	18
B. FABRİKA.....	24
C. TİCARİ ŞEKİLDE İŞLETİLEN DİĞER MÜESSESELER.....	25
III.TİCARİ İŞLETMENİN MALVARLIĞI CEPHESİ.....	25
A. MADDİ UNSURLAR.....	26
B. GAYRİ MADDİ UNSURLAR.....	27

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME DEVİR SÖZLEŞMESİ VE REKABET KANUNU'NUN DEVİR SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

§ 1. DEVİR SÖZLEŞMESİ.....	29
I. GENEL OLARAK.....	29
II. HUKUKİ NİTELİĞİ	30
III. TİCARİ İŞLETME DEVİRİNİN KAPSAMI.....	31
A. TİCARET KANUNUNDA BELİRTİLEN UNSURLARIN DEVİRİ.....	32
1. TESİSAT.....	32
2. KİRACILIK HAKKI.....	32
3. TİCARET ÜNVANI.....	34
4. İŞLETME ADI.....	35
5. MARKA.....	36
6. İHTİRA BERATLARI (PATENT HAKKI).....	38
7. SİNAİ RESİM VE MODELLER.....	39
a. Faydalı model belgeleri.....	39
b. Endüstriyel tasarımlar.....	40
8. LİSANS SÖZLEŞMELERİ.....	41
9. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ HAK.....	41
B. ŞUBE.....	43
C. MÜŞTERİ HAKKI.....	44
IV. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	46
A. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	46
1. Devir sözleşmesinin mahiyeti gereğince yazılı şekle bağlılık.....	48
2. Devir sözleşmesine dahil unsurlara göre şekle bağlılık.....	48
a. Alacakların Devri (Temliki).....	48
b. Gayrimenkul Rehniyle Temin Edilmiş Alacakların Devri....	52
aa. İpotek	52
bb. İpotekli Borç Senedi.....	52
cc. İrad Senedi.....	53

B. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EHLİYETİ.....	53
V. GEÇERLİLİĞİ ENGELLEYEN HALLER VE GEÇERLİ OLMAMASININ SONUÇLARI.....	54
A.DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKİL EKSİKLİĞİ NEDENİYLE GEÇERSİZ OLMASI.....	54
B. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE İRADE BOZUKLUĞU.....	54
1. Hata (Yanılma).....	55
2. Hile (Aldatma).....	56
3. İkraah (Korkutma).....	57
C.DEVİR SÖZLEŞMESİNİN AHLAKA VE HUKUKA AYKIRILIK NEDENİYLE GEÇERSİZ OLMASI.....	58
1. Ahlaka aykırılık.....	58
2. Hukuka aykırılık.....	59
D. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE İMKANSIZLIK.....	61
E. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE GABİN.....	62
F. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE MUVAZAA.....	64
§ 2. REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ	
I. GENEL OLARAK.....	66
II. DEVRALMA KAVRAMI.....	68
III. İZNE TABİ DEVRALMALAR.....	72
A. BİLDİRİM KAPSAMINA GİREN DEVİR SÖZLEŞMELERİ.....	72
B. İZİN ŞARTININ DEVİR SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ.....	73
IV. BİLDİRİM.....	74
A. GENEL OLARAK.....	74
B. BİLDİRİM ŞEKLİ.....	75
C. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI.....	75

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 1. MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN DEVREDEN AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	76
I. DEVREDENİN BORÇLARI.....	76
A. TAŞINMAZLARI DEVİR BORCU.....	76
B. TAŞINIRLARI DEVİR BORCU.....	77
C. ALACAKLARI DEVİR BORCU.....	77
D. KIYMETLİ EVRAKIN DEVİRİ.....	79
1. Emre yazılı kıymetli evrakın devri.....	80
2. Nama yazılı kıymetli evrakın devri.....	80
3. Hamile yazılı kıymetli evrakın devri.....	81
E. BORCUN NAKLİ İŞLEMLERİNİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ... 81	
F. TİCARİ İŞLETMEYE AİT BAZI UNSURLARIN DEVİR BORCU.....	83
1. Ticaret ünvanı devri.....	83
2. İşletme adının devri.....	85
3. Müşteri çevresi.....	86
4. Kiracılık hakkı.....	86
G. DEVREDENİN REKABETTE BULUNMAMA BORCU.....	87
II. DEVREDENİN SORUMLULUĞU.....	89
A. SORUMLULUĞUN İÇERİĞİ.....	89
B. SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ HALLERİ.....	92
1. BK. m. 179' da öngörülen iki yıllık sürenin dolması ile.....	92
2. İbra ve kurtarıcı borç naklinin yapılması ile.....	92
§ 2. MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN DEVRALAN AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	93
I. DEVRALANIN BORÇLARI.....	93
A. DEVRALANIN YERİNE GETİRME BORCU.....	93
B. DEVRALANIN İHBARDA BULUNMA BORCU.....	95

C. AKTİFLERİ DEVRALMA BORCU.....	96
D. DEVRALANIN BORÇLARI ÜSTLENME BORCU.....	96
II. DEVRALANIN SORUMLULUĞU.....	97
A. SORUMLULUĞUN İÇERİĞİ.....	97
1. Devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından kanun gereğince sorumluluğu.....	97
2. Devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından devreden ile birlikte müteselsilen sorumluluğu.....	97
3. Devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından kendi malvarlığı ile sorumluluğu.....	98
B. SORUMLULUĞUN SINIRLARI.....	98
1. Devralanın sorumluluğunun yapılacak ihbarla sınırlı olması.....	99
2. Şahsi ifayı gerektiren borçlardan devralanın sorumluluğu.....	99
3. Devralanın devir sırasında varlığını bilmediği borçlardan sorumluluğu.....	100
4. Devralanın devreden borçlarına bağlı fer' i borçlardan sorumluluğu.....	101
§ 3. İŞLETME DEVRİNİN SÜREKLİ SÖZLEŞMELER AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	103
I. HİZMET SÖZLEŞMELERİ.....	103
II. SİGORTA SÖZLEŞMELERİ.....	103
III. SAKLAMA SÖZLEŞMELERİ.....	103
IV. KEFALET SÖZLEŞMELERİ.....	104
V. VEKALET VE DİĞER İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİ.....	104
VI. ÖDÜNÇ VE KREDİ SÖZLEŞMELER.....	105
§ 4. MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	106
I. İHBAR.....	106
A. DEVRİN ALACAKLILARA İHBARI VE MAHİYETİ.....	106
1. İhbarın konusu ve tarafları.....	107
2. İhbarın yolları.....	108
II. İHBARIN HÜKÜMLERİ.....	108

III. DEVRALANIN İHBARI YAPMAMASI.....	109
SONUÇ.....	111
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	117

KISALTMALAR

AT.	Avrupa Topluluğu
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	bend
B.	Bası
Batider.	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
E.	Esas Numarası
ESK.	Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu
FSEK.	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
hk.	Hakkında
İİK.	İcra ve İflas Kanunu
İsv.BK.	İsviçre Borçlar Kanunu
İTO.	İstanbul Ticaret Odası
K.	Karar Numarası
KHK.	Kanun Hükmünde Kararname
m.	madde
MarkKHK.	Markaların Korunması hk. KHK.
MK.	Medeni Kanun
OYAK.	Ordu Yardımlaşma Kurumu
PatKHK.	Patent Haklarının Korunması hk. KHK.
RG.	Resmi Gazete
RKHK.	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	Sayı
s.	sayfa
SÜHFD.	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SPK.	Sermaye Piyasası Kanunu

SSK.	Sosyal Sigortalar Kurumu
T.	Tarih
TC.	Türkiye Cumhuriyeti
TD.	Ticaret Dairesi
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
TOBB.	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TST.	Ticaret Sicil Tüzüğü
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay

GİRİŞ

Günümüz sosyal ve ekonomik koşullarında ticari işletmenin devri konusu büyük önem arz etmektedir. TTK' nun ticari işletme esası üzerine kurulmuş olması, devre konu unsurlar ve devir sözleşmesinin şekli bakımından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilmesi yönünde doktrinel açıdan gerekli düzenlemeler yapılmamıştır.

“Ticari işletme” TTK' nun ana kavramı olduğuna göre, normal olarak bu kavramın ölçütlerinin de TTK içinde aranması gerekir. Ancak, TTK' nu bu açıdan incelediğimizde bu kanunun ticari işletme kavramına birçok önemli sonuçlar bağlamasına rağmen bizzat kavramın kendisini tanımlamamış olduğunu 11 ile 13. maddelerinde sadece ticari işletmenin “türlerini “ belirtmekle yetinip, bu kavramın tanımlanmasını ve öğelerinin saptanmasını hukuk öğretisine bırakmıştır.

Ticari işletmenin nesnel unsurunu oluşturan malvarlığı kapsamına hangi maddi ve gayri maddi değerlerinin girdiği TTK. m. 11/II' de belirtilmektedir. Buna göre, “ tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları, markalar, bir şahsa müteallik (ilişkin) veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılırlar”.

Ticari işletmenin bir bütün olarak tüm aktif ve pasifleriyle başkasına devri BK. m. 179' de aynı şekilde bir işletmenin diğer işletme ile tüm aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi de BK. m. 180. de düzenlenmiştir. Bu ikinci durumda esas olarak BK. m. 179 hükmüne tabi olacağı belirtilmiştir.

Bir mal varlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devrini öngören bir sözleşmenin yerine getirilmesinde, aktifi oluşturan mal ve hakların devri ile, pasifi oluşturan borçların naklini hukuki açıdan ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Devir sözleşmesinin yapılması ile malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi

kendiliğinden devralana geçmez. Aktifi oluşturan mal ve hakların devralana geçmesi, bu mal ve hakların devrine ilişkin genel kurallara göre olur. Diğer bir deyişle, menkul mallar için zilyetliğin nakline, gayrimenkuller için resmi sözleşme ve tescile, alacaklar için alacağın yazılı temlikine ihtiyaç vardır.

Ticari işletmenin devri konusuyla ilgili çalışmamız üç bölümde incelenmiştir.

Birinci bölümde, öncelikle, temel kavramlar üzerinde durularak ticari işletme ve malvarlığı kavramlarına yer verilmiştir. Malvarlığı kavramına ilişkin esaslar belirtilmiş, malvarlığına dair haklar üzerinde durulmuştur. Daha sonra, ticari işletme kavramı üzerinde durularak, ticari işletmenin gerek Ticaret Kanunu gerekse de Ticaret Sicil Tüzüğü' ne uygun olarak ticari işletmenin tarifi yapılmıştır. Yine, aynı bölümde ticari işletmenin malvarlığı cephesi incelenmiştir. Tüm bu açıklamaların ardından devri sözleşmesinin tanımı, bu sözleşme için aranan şartlar ve sözleşmenin geçerliliğini engelleyen haller incelenmiştir. Birinci bölümde son olarak, ticari işletmenin devrinin kapsamı açıklanmıştır.

İkinci bölümde, ticari işletme devir sözleşmesi ve Rekabet Kanunu' nun devir sözleşmesine etkisine değinilmiş, devrin kapsamı incelenmiştir. Ardından, devir sözleşmesinin geçerlilik şartları, geçerliliği engelleyen haller ve geçerli olmamasının sonuçları üzerinde durulmuştur. İkinci bölümün son kısmında ise Rekabet Hukuk çerçevesinde bildirim yükümlülüğü ele alınmıştır.

Son bölüm olan üçüncü bölümde ise, devrin devreden ve devralan açısından hüküm ve sonuçları ele alınacaktır.

Nihayet, tez çalışmamız genel değerlendirme ve kanaatimizi içeren sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE HUKUKUMUZDAKİ YERİ

§1. GENEL OLARAK

Malvarlığı veya ticari işletme devrinde işletme ile birlikte her tür işletmenin aktif ve pasifiyle devri BK. m. 179 ' da düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, BK. m. 180' de, işletmeler düzeyinde kalan malvarlığı birleşmeleri düzenlenmiştir. Kısaca, işletmenin devri veya birleşmesinde şahıs unsuru etkilenmemekte, ilgili şirketler ve ortaklar ayrı kalmaya devam etmektedirler.

Türk Ticaret Kanunu' nda ise, ticaret şirketlerinin birleşmesinde, ticaret şirketlerine ait işletmelerin devri veya birleşmesinin yanı sıra her iki şirket ortaklarının da tek bir ortaklık çatısı altında toplanmaları söz konusudur.

Dolayısıyla, ticari işletme devri konusuna girmeden evvel malvarlığı kavramı ve ticari işletme kavramları üzerinde durulacaktır.

§2. MALVARLIĞI KAVRAMI

Malvarlığı, bir kişinin hukuki bütünlük oluşturmak üzere sahip olduğu ve yükümlü tutulacağı, para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tamamıdır¹.

Bu tariften hareketle şu esasları belirtebiliriz:

a) Gerçek veya tüzel kişilik olsun her şahsın bir malvarlığı ehliyeti vardır². Herkesin hak veya fiil ehliyetinin mevcut olduğunun ifade edilmesi, bunların somut olarak haklara sahip olduğu veya fiil ehliyetinin bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bunun gibi, herkesin malvarlığı ehliyetinin bulunması da, herkesin bir malvarlığına

¹ Akıntürk, T , Medeni Hukuk, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 36.

² Acemoğlu, K , Borçlar Kanunu' nun 179. maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 10.

sahip olduğunu göstermemektedir³. Buradan anlaşılması gereken, her şahsın malvarlığı edinme ehliyeti olduğudur. Şahıs doğduğu anda, hatta doğmadan önce haklarla ilişki haline geçmektedir. Bu ehliyetler şahsiyete bağlıdır ve onlar üzerinde tasarruf mümkün değildir. Şahsın ekonomik ilişkiler kurma ve ekonomik mahiyette hak ve borçlar edinme ehliyeti onun şahsiyetinin bir neticesi olduğundan şahsa bağlıdır⁴.

İster gerçek, ister tüzel kişilik olsun her şahsın bir malvarlığı mevcuttur⁵. Bu nedenle, medeni haklardan yararlanma ehliyeti ile bir malvarlığına sahip olabilme aynı anlama gelmektedir. Malvarlığının pasifinin aktifinden fazla olması, o şahsın bir malvarlığına sahip olmadığı anlamına gelmez⁶.

Kanaatimizce, her şahsın muhakkak bir malvarlığı mevcuttur. Malvarlığı hakları, kişilerin maddi menfaatlerini koruyan haklardır. Dolayısıyla, malvarlığına sahip olabilme her şahıs için medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olması anlamına gelmektedir.

b) Malvarlığının hukuki yapısı bakımından bir bütün mü yoksa ayrı ayrı unsurlardan meydana gelmiş bir yığın mı olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır⁷. Doktrindeki bir görüşe göre, malvarlığı bir bütün, bir küldür. Malvarlığı, hukuk tarafından tanınmış bir bütün, bir *universitas iuris*' tir. Malvarlığına giren haklar arasında hukuki bir bağlılık bulunmaması başka bir deyişle malvarlığının bir bütün olarak bir hak konusu teşkil etmemesi, onun hukuki bir bütün olmasını engellemeyecektir⁸.

Diğer bir görüş ise, aynı haklar muayyen şeyler üzerinde tesis edilmekle beraber mal toplulukları için herhangi bir toptan tasarruf işlemi, aynı hakların

³ Ayiter, N, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968, s. 4 vd.

⁴ Atasoy, A , Ticari İşletme Devri ve Devrin Kapsamı, Konya 1996, s. 35.

⁵ Herkesin sahip olduğu malvarlığı değil, onun edinme ehliyetidir.

⁶ Acemoğlu, s. 10; Arslan, İ. / Atar, Y. / Ayan, M. / Karahan, S. / Sümer, H. H. / Ulukapı, Ö, Hukuk Bilimine Giriş, Mimoza Yayınları, Konya 1994, s. 168; Zevkliler, A, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1992, s. 101; Köprülü, B, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 1-2 Kitaplar, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 64.

⁷ Ayiter, s. 20-28.

⁸ Acemoğlu, s. 10; Yasaman, H, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 7.

açıklığı ilkesi gereği mümkün değildir. Malvarlığı tek başına bütün teşkil eden bir hak objesi değildir, malvarlığı bütünü üzerinde aynı hak tesis edilemez⁹. Burada anlatılmak istenen; malvarlığının bir bütün değil, bir yığın olduğudur. Bu görüşün savunulmasında gerekçe gösterilen örnek, malvarlığının, hak sujesinin ölümü halinde bir kül halinde intikal etmeyeceği, tereke veya terekeden bir şeyin istirdat talebi ile dava edilebileceği, böyle bir dava hakkının varlığının da, malvarlığının bir bütün olarak hakka konu olmayacağıdır¹⁰.

Poroy'a göre ise malvarlığı; “ Bu malvarlığımı teşkil eden her bir parçanın kendine özgü devir şekillerine uymak suretiyle ancak devredilebileceğidir”. Yazar, ticari işletmenin devri konusunda da çeşitli unsurların yapılan işlem bakımından kendi nev'ilerine göre ayrı hukuk kurallarına tabi tutmakta, ancak işletmenin bütününe kapsayan bir sözleşmenin geçerli olduğunu ve burada nev'i şahsına münhasır bir durumun bulunduğu görüşündedir¹¹.

Kanaatimizce, Poroy' un bu durumu nev' i şahsına münhasır olması sonucuna dayandırması doğru değildir. Nitekim, Acemoğlu' nun da belirttiği gibi bu durum BK. m. 179' un hem malvarlığı hem de ticari işletme için öngördüğü çözümün bir neticesidir.

c) Malvarlığı bütünü içerisinde, özel malvarlığı ayrımı yapılmaktadır. Bir malvarlığı içinde bir haklar bütünü ayrı bir hukuki düzene tabi ise, malvarlığı içinde daha dar ve özel bir kritere göre sınırlandırılmış, bağımsız iktisadi gelişme imkanlarına sahip bir haklar çerçevesi varsa, buna özel malvarlığı adı verilmektedir. Özel malvarlığından bahsedebilmek için, ayrılmış bir kısım olmalı ve bu kısmın hukuki malvarlığının geri kalan kısmına rağmen özellik arz etmelidir¹².

Ayiter'e göre özel malvarlığı; “ Bir şahsın malvarlığı içinde haklar kompleksi ayrı bir hukuki düzene tabi ise, malvarlığı içerisinde daha dar ve özel

⁹ **Ayiter**, s. 29; **Atasoy**, s. 35.

¹⁰ **Akıncı, O**, Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1988, s. 24; **Ayiter**; s. 27.

¹¹ **Atasoy**, s. 36; **Poroy, R**, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1991, s. 42.

¹² **Atasoy**, s. 36; **Ayiter**, s. 29; **Yasaman**, Birleşme, s. 8.

kıstasa göre sınıflandırılmış bağımsız ekonomik gelir ve imkanlarına sahip bir haklar çerçevesidir”.

Özel malvarlığı ancak bir kanun hükmünden doğar¹³.

Acemoğlu’na göre de; “ Her şahsın sadece bir malvarlığı mevcuttur. Bu, onun bir bütün oluşunun sonucudur. Bir şahsın sahip bulunduğu malvarlığı içinde bir veya birden çok özel malvarlıklarına sahip olması bu gerçeği değiştirmeye yetmez”.

Görüldüğü gibi, bazı yazarlar, ticari işletmenin özel bir malvarlığı oluşturduğunu, ve bundan dolayı da malvarlığının tekliği ilkesinin, ticari işletme bakımından geçerli olmadığını savunmaktadırlar¹⁴.

Kanaatimizce, ticari işletmenin malvarlığı, tacirin genel malvarlığı içinde yer alır. Tacirin işletmeye tahsis etmiş olduğu mallar, kişisel malvarlığına dahil bulunanlardan ayrı bir hukuki düzene tabi tutulmazlar, dolayısıyla da tacir sorumluluğunu işletmenin malvarlığı ile sınırlandırma imkanına sahip değildir.

Malvarlığı kavramının yanı sıra, özel ve müşterek malvarlığı kavramlarına da değinmekte yarar vardır. Özel malvarlığı kendi içinde bir bütünlüğe ve bağımsızlığa sahip olmasına rağmen bir şahsa ait olan hakların tümü değildir. Özel malvarlığı, kanun tarafından gösterilen hallerde belirtilen özel amacı gerçekleştirmek için bağımsızlık tanınan ve kendi içinde bir bütün teşkil eden hakların toplamıdır¹⁵. Bu nedenle özel malvarlığına gaye malvarlığı da denilmektedir¹⁶. Müşterek malvarlığı ise, birden çok şahsa aittir ve kanun tarafından gösterilen durumlarda, bu şahısların birlikte sahip oldukları malvarlığı anlamına gelmektedir¹⁷.

¹³ **Ayiter**, s. 33.

¹⁴ **Arkan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 34.

¹⁵ **Ayiter**, s. 29; **Akıncı**, s. 27.

¹⁶ **Acemoğlu**, s. 11; **Ayiter**, s. 32-33, özel malvarlığını gaye ile izah eden görüşe karşı çıkmakta ve gaye görüşünün, özel malvarlığının ancak kanunun belirttiği yerlerde varolabileceğini, hak sahibinin rızasının yeterli bulunmadığını ileri sürmektedir. Ancak burada söz konusu olan gaye, özel malvarlığı sahibinin gayesi değil, kanunun onun adına, farzettiği gayedir.

¹⁷ **Acemoğlu**, s. 11; **Akıncı**, s. 27.

d) Malvarlığının para ile ölçülebilir aktif ve pasif hakların toplamı olması, onu bir kimsenin şahsiyeti ve ona bağlı ilişkilerinin bütününe teşkil eden, şahıs varlığı, kavramından ayırır¹⁸. Çünkü şahsiyet haklarının para ile ölçülebilmesi mümkün değildir.

Malvarlığı, hak ve borçlar toplamından oluşan bir bütündür. Yapılması gereken hangi hakların malvarlığı kavramına girdiğini tespit etmektir, bunun için de para ile ölçülebilen haklar, şahsi haklar ve borçlar ayrımı yapılmalı ve bunların devir sözleşmesine konu olup olmayacakları incelenmelidir.

Malvarlığına dahil hakların temel noktalarını şu şekilde belirtebiliriz¹⁹:

1. Malvarlığı para ile ölçülebilen haklar toplamıdır. Para ile ölçülebilme, her şeyden önce bu hakların bir mübadele değerine sahip bulunmaları gereğini gösterir.

2. Malvarlığı hakları, miras yolu ile geçebilen haklardandır.

3. Malvarlığı haklarının üçüncü ve en önemli özelliği ise, sahibinin borçlarının sorumluluk konusunu teşkil etmesidir. Yani, borçlu borçlarından dolayı tüm malvarlığı ile sorumludur.

4. Sadece haklar malvarlığı kapsamına dahil olabilir. Yoksa fiili durum veya münasebetler malvarlığına konu teşkil etmez.

5. Malvarlığı, sahibinin bütün varlığı boyunca (gerçek kişiler için hayatları devam ettiği, tüzel kişiler için ise tüzel kişiliklerini sürdürdükleri sürece) bir bütün teşkil ederler. Bu zaman diliminde de kazanılan her hak otomatik olarak sahibinin malvarlığına dahil olur.

¹⁸ Bu konuyla ilgili Alman Hukuk sisteminde, malvarlığı sadece aktif olarak ele alınmakta, malvarlığının pasif kısmını oluşturan borçlar konusunda ise borçların bu kavramın bir mütemmim cüz'ü değil, bir yüküm olarak değerlendirildiği görülmektedir. İsviçre – Türk Hukuku'nda ise, malvarlığı kavramının aktif ve pasifi ile birlikte bir bütün olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. **Acemoğlu**, s. 12.

¹⁹ **Acemoğlu**, s. 12-13; **Akıncı**, s. 27.

Özel malvarlığı, kanun tarafından gösterilen hallerde, belirli amacı gerçekleştirmek için bağımsızlık tanınan ve kendi içinde bir bütün teşkil eden hakların toplamıdır. İşletme özel bir malvarlıktır ve iktisadi bir amaca yönelmiş bir organizasyonun sahip olduğu maddi ve gayri maddi hak ve münasebetlerin tümüdür²⁰.

Diğer bir görüşe göre, bir şahsın para ile ölçülebilir, hukuki bir küll olarak mülahaza edilen hak ve borçların tamamıdır²¹. Malvarlığını meydana getiren hak ve borçlar her zaman ayrı ayrı değişebildikleri çoğalma, azalma ve ortadan kalma gibi hallerde malvarlığında bir değişiklik olmaz. Malvarlığı oluşturan unsurlar, şahsa bağlı olmaktan çok müşterek bir amaca tahsis edilmiş olmaları nedeniyle birleşmişlerdir²². İşte bu müşterek amaç için bir araya gelen bütün malvarlığını meydana getirir. Ticari amaca tahsil edilen malların, hak ve borçların bir bütün olarak müşterek varlık göstermeleri, ticari işletmeyi ifade eder. Netice olarak da ticari işletme bir başkasına devredilebilir veya üzerinde rehin kurulabilen özel bir malvarlıktır²³.

Bir başka görüşe göre ise, ticari işletme özel bir malvarlığı olarak kabul edilemez. Özel malvarlığı, malvarlığı içinde ayrılmış ve belirli bir amaca tahsis edilmiş, malvarlığından farklı özel bir rejime tabi tutulan bölümdür. Ticari bir işletmede tek bir malvarlığı vardır ve yine bu malvarlığı bir bütündür. Hak ve borçların sahibi bu ticari işletmedir, ayrıca ticari işletmenin özel hukuki rejimi yoktur²⁴.

Ticari işletmeye tahsis olunan malların hukuki statüsü malvarlığının geri kalan kısmından farklı bir özellik göstermemektedir. Başka bir deyişle hukuki açıdan

²⁰ Acemoğlu, s. 11.

²¹ Bilgişin, M. Ş, Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1976, s. 234. ; Atasoy, s. 37.

²² Atasoy, s. 37.

²³ Bilgişin, s. 237; Tunçomağ, K, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 1138.

²⁴ Yasaman, Birleşme, s. 9.

ticari işletmenin malvarlığı, tacirin genel malvarlığı içinde yer alır, ondan ayrı düşünülemez²⁵.

§ 3. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI

Bağımsız bir faaliyet olan işletme faaliyeti, ihtiyaçların giderilmesine yönelik olarak çeşitli unsurların bir araya gelerek bir bütün teşkil etmeleri ile ortaya çıkar.

Doktrinde ticari işletme terimi eleştirilmiş ve bunun yerine teşebbüs teriminin kullanılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir²⁶. Genellikle teşebbüs ile işletme terimleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Teşebbüs daha geniş, işletme ise daha dar anlamda ele alınmaktadır. Bu durumda işletme teknik mal ve hizmet üreten fabrika, atölye, mağaza gibi birimdir. Teşebbüs ise, hukuki, iktisadi ve mali bir birimdir²⁷. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda getirilen tanımlama ise ekonomik yönü ağır basan teşebbüs yönünde olmuştur.

Teşebbüs ve işletme kavramlarının hukuki tanım olarak kullanılmasında, doktrinde bunlardan hangisinin daha uygun olacağı yönünde tartışmalar yapılmıştır. Bununla ulaşılan ortak sonuçla kanun düzenlemesinde yer alan ticari işletme kavramı yasal terim niteliğini kazanmıştır²⁸.

Teşebbüs kavramının kullanılmasını savunanların öne sürdüğü görüşe göre, teşebbüsün belirli mal ve hizmetlerin üretim ve sürümünü piyasa için örgütleyen, ve bunun için gerekli dış ilişkileri kuran ekonomik – hukuki birim olarak ele alındığı; işletmenin ise mal ve hizmet üretimini bir çalışma düzeni içinde yürüten teknik – sosyal veya teknik – ekonomik birim olduğudur. Kısaca, işletme veya işletmelerin bir teşebbüsün iç yapısı görünümünde olduğunu savunmaktadırlar²⁹. Aksi görüşü savunanlar ise teşebbüs kavramının daha geniş bir kavram olduğunu ve yasa

²⁵ Arkan, s. 35.

²⁶ Arkan, s. 19.

²⁷ Mucuk, İ, Modern İşletmecilik, 4. Basım, İstanbul 1969, s. 18.

²⁸ Güzel, O, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Ankara 2003, s. 13.

²⁹ Bozer, A, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli İnceleme, Batider, C. I, S. 3, 1962, s. 363; Karayalçın, Y, Ticaret Hukuku, Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968, s. 156.

koyucunun ticari işletme terimini ticaret kanunu düzenlemesinde kabul ettiğini, önemli olan hususun ise, ticari işletmenin hukuk alanında, ticari hükümler tarafından tespit edilmiş olan unsurlarını ortaya çıkarmak olduğunu belirtmiştir. Kanun, bu kavrama ticari işletme demiştir ve uygun olan kanuni terimin kullanılmasıdır. Bunun dışında yapılan tartışmaların sadece akademik bir tartışma niteliği taşıdığı görüşündedir³⁰. Teşebbüs kavramını savunanlarca da bu görüş kabul edilmiştir³¹.

Ancak bu tartışmalara girmeden Türk Ticaret Kanunu'nda kullanılmış olan ticari işletme terimini esas almamız daha uygun olacaktır.

Esasen Ticaret Hukukunda da kabulü uygun olan bu kavramın, Rekabet Hukukunda kanun düzenlemesi olarak ortaya çıkması ile de terim birliği oluşacak ve Rekabet Hukuku uygulamalarında da ve akademik dilde de teşebbüs olarak kullanılması uygun olacaktır³². Ancak biz bu çalışmada TTK' da kullanılmış olan ticari işletme terimini kullanacağız.

Ticaret Hukukumuzun temelini oluşturmasına rağmen, yasa ticari işletmeyi açık olarak tanımlamış değildir. Sadece 11. maddenin 1. fıkrasında “ Ticarethane veya fabrika veyahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır” hükmünü getirmiştir³³. Görüldüğü gibi sadece hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağı belirtilmiştir³⁴.

Ticari işletmenin tanımı açısından en önemli düzenleme, Ticaret Sicili Tüzüğü'nde (TST)³⁵ yer verilmiştir. “ Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan ve devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz”. (TST.

³⁰ **Poroy**, Ticari İşletme, s. 28.

³¹ **Güzel**, s. 13.

³² **Güzel**, s. 14.

³³ **İmregün, O**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 12. Bası, İstanbul 2001, s. 6; **Deryal, Y**, Ticaret Hukuku, 6. Bası, Trabzon 2002, s. 8; **Pempeççek, F**, Türk Hukuku'nda Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar, Ankara 1999, s. 3; **Baştuğ, İ. / Erdem, H. E**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993, s. 18.

³⁴ **Arkan**, s. 20.

³⁵ 1957 yılında kabul edilmiş olan Ticaret Sicili Nizamnamesi'nde 1998 yılında değişiklikler yapılmış ve Nizamname'nin adı da “ Ticaret Sicili Tüzüğü” olarak değiştirilmiştir. Bkz. RG. 28.8.1998, S. 23447.

14/II)³⁶. Türk Ticaret Kanunu bakımından büyük önem taşıyan ticari işletme kavramının, doğrudan yasada tanımlanmayarak, bu işin tüzükte yapılmış olması da eleştirilmiştir³⁷.

09.11.2005 tarihinde alenileşen Ticaret Kanunu Tasarısında ise, 11. maddenin 1. fıkrasında “ Ticari İşletme, esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, devamlı ve bağımsız şekilde icra edilen faaliyetlerin yürütüldüğü işletmedir.” demek suretiyle yeni düzenleme getirilmiş ve eleştirilen durum ortadan kaldırılmaya gayret edilmiştir³⁸. İkinci fıkrasında da, “ Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Banklar Kurulunca hazırlanacak kararnamede gösterilir” denmiştir³⁹.

TTK. 11. maddesinin I. fıkrasında “Ticarethane veya fabrika veyahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır” hükmünü koymuş, 12. maddesinde ise, ticarethanenin neler olduğunu saymış ve fabrikayı tarif etmiştir⁴⁰. Yine bu durum Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ticari işletme tanımının yapılmasının yanı sıra 12 ve 13. maddedeki faaliyetler karine olmaktan çıkarılmıştır.

³⁶ Arkan, s. 20; Bahtiyar, M, Ticari İşletme Hukuku, Kocaeli 2005, s. 14.

³⁷ Poroy. R. / Yasaman. H, Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 32; İmregün, O, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994, s. 8-9.

³⁸ Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı 11. madde gerekçeleri şu şekilde açıklanmalıdır; ticari işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticari işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticari işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü, ticari işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tamamlayıcıdır. Bu sebeple Tasarı’ da ticari işletmenin tanımlanması şarttır. Tasarının sistemini oluşturan temel bir kavramın tanımı Ticaret Sicili Tüzüğü’ ne bırakılmaz. Diğer taraftan, ticari işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticari işletmenin biraz da eskimiş görünüş şekilleridir, başlıca türleri değildir (**Türkiye Bankalar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, 8.06.2005**).

³⁹ Tasarıda, 6762 sayılı Kanunun ilk yürürlüğe girdiği günlerde öğretinin, esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki sınırı çizme konusunda, 6762 sayılı Kanunun 17 nci maddesinden çıkarmaya çalıştığı kriterler uygulamada etkili olmadığı ve uygulamadaki sınırın Bakanlar Kurulu kararlarıyla belirlendiği için, bu uygulama kanunlaştırıldığı belirtilmiştir.

⁴⁰ Acemoğlu, s. 17 vd.

I. TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI

Yukarıda belirtildiği üzere Ticaret Sicili Tüzüğünde ticari işletmenin temel unsurları öngörülmüştür⁴¹. Buna göre; gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık ve esnaf faaliyetinin sınırlarının aşılması ticari işletmenin unsurlarını oluşturmaktadır. Görüldüğü gibi, bağımsızlık unsuru Ticaret Sicil Tüzüğü'nde yer almamasına rağmen doktrin İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü'nden etkilenecek bağımsızlık unsurunu da aramıştır⁴².

A. GELİR SAĞLAMAYI HEDEF TUTMA

Bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi için ekonomik yarar sağlama⁴³ yani işletmenin gelir sağlamak amacıyla faaliyette bulunması şarttır. Ticari işletme niteliğinin kazanılmasında, gelir sağlamak amacıyla kurulan bir işletmede bu amacının fiilen gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi yoktur. Yani kar temel unsur değildir; işletme zarar etse bile, gelir amacı gerçekleştiği takdirde, ortada bir ticari işletme vardır⁴⁴. Ayrıca, elde edilen gelirin kullanıldığı alan veya harcama şekli de önemli değildir. Örnek olarak, elde ettiği geliri fakir öğrencilere burs olarak dağıtan bir vakıf işletmesi de, ticari işletme sayılır. Çünkü, faaliyet amacı gelir sağlamaktır. Fakat kimsesiz çocuklara ücretsiz giyim eşyası dağıtmak amacıyla kurulan bir mağaza, gelir sağlama amacından yoksun olduğundan ticari işletme sayılamaz⁴⁵.

Gelir sağlama amacıyla çalışan işletmeyi işleten kişinin kimliği de önemli değildir. Bu anlamda devlet veya belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından işletilen

⁴¹ Yeni Ticaret Hukuku Tasarısı'nda 11. maddenin I. fıkrasında bu husus kanunlaştırılmıştır.

⁴² **Atasoy**, s. 9, "...bunlar ticari işletmenin unsurları değil nitelikleridir. Ticari işletmenin unsurları şahıs unsuru, mamelek unsuru ve gelir sağlama maksadı..." için bkz. **Domanıç, H**, TTK. Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 96-97.

⁴³ **Bozer, A. / Göle, C**, Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi, 14. Bası, Ankara 1994, s. 7.

⁴⁴ **Karayalçın**, s. 158; **Arslanlı, H**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 106; **Mimaroglu, S. K**, Ticaret Hukuku Dersleri, İşletme Hukuku, C. I, 3. Bası, Ankara 1978, s. 190.

⁴⁵ **Arkan**, s. 19; **Deryal**, s. 10.

işletmeler de, mühendis veya eczacı gibi serbest meslek erbabı tarafından işletilen işletmeler de, amaç gelir sağlama olduktan sonra ticari işletme sayılacaktır⁴⁶.

Gelir sağlama unsuru, sadece malvarlığında doğrudan doğruya bir artış meydana getiren faaliyetler şeklinde değil, malvarlığında muhtemel bir eksilmeyi önlemeye yönelik organizasyonları kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır⁴⁷. Bu anlamda mensuplarına ucuz mal sağlamak amacıyla kurulmuş olan kooperatif de ticari işletme sayılabilir⁴⁸.

B. DEVAMLILIK

Ticari işletmenin diğer bir unsuru da devamlılıktır. Burada kastedilen daimilik değildir⁴⁹. Önemli olan husus, devam kasıt ve niyetidir. Ticari işletme kural olarak devamlı olmalıdır. Devamlılıktan amaç işletmenin, günlük, geçici, tesadüfi, uzun veya belli olmayan bir zaman için ya da çok kısa bir müddet için faaliyette bulunması değildir (TST. m. 14). Sözü edilen devamlılık işletme içinde yürütülen faaliyetle ilgilidir. Örneğin bir kaç günlük bir panayırda iktisadi faaliyette bulunmak işletmenin varlığı için yeterli değildir⁵⁰.

Ticari faaliyetin niteliği gereği kesintili olması devamlılık unsurunu etkilemez⁵¹. Buna örnek olarak, mevsimlik işler ve bir tatil köyünün yalnız yaz aylarında işletilmesi gibi durumlar gösterilebilir⁵². Buna karşın, tesadüfen yapılan bir veya birkaç işlem ile devamlılık gerçekleşmez⁵³.

Devamlılık, ticari işletmeyi işleten bakımından faaliyetin teşkilatlanmış bir sanat haline gelmiş olması sonucunu doğurur. Başka bir deyişle; faaliyeti yürüten

⁴⁶ Arkan, s. 19; Karayalçın, s. 158.

⁴⁷ Karayalçın, s. 158; Arkan, s. 19.

⁴⁸ Pembeççek, s. 15; Karahan, S, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Konya 1999, s. 20.

⁴⁹ Akıncı, s. 30.

⁵⁰ Karahan, S, s. 21.

⁵¹ Akıncı, s. 30.

⁵² Mimaroğlu, s. 180; Arkan, s. 21.

⁵³ İmregün Kara Ticaret, s. 8.

kişi, bu işi meslek olarak (devamlı) yapmak için teşkilatlanma ihtiyacı duymaktadır⁵⁴.

C. BAĞIMSIZLIK

Ticari işletmeden söz edilebilmesi için diğer unsurların yanında faaliyetin bağımsız bir şekilde yürütülmesi şartı da aranmaktadır⁵⁵. İktisadi bir işletmenin mevcut olabilmesi için faaliyetin bağımsız olarak yapılması gerekir.

Devam kast ve niyeti ile gelir sağlamak üzere yürütülen faaliyetler, esnaf faaliyeti sınırlarını aşsa bile, bağımsız olarak icra edilmedikçe, ticari işletme sıfatını kazanamaz.

Tacire bağlı olarak faaliyet gösteren tacir yardımcılarından ticari mümessil ve ticari vekil, ticari işletmenin diğer unsurlarını taşıyalar da bağımsız olmadıkları, tacire bağlı faaliyet gösterdiklerinden ticari işletme sayılmazlar. Ancak idari bağımsızlığı haiz olmamasına rağmen üniversite basımevi⁵⁶ ticari işletme sayılır (TTK. m. 11 – 12/5)⁵⁷. Buna karşılık acentanın, tellalın komisyoncunun kurup işlettiği müessese devamlı ve bağımsız olarak faaliyet gösterdiği için ticari işletme sayılır (TTK. m. 12/12).

Bağımsızlık unsuru, TST’ nde özel olarak belirtilmemiş olmasına rağmen işin mahiyeti gereği bu koşul ortaya çıkmaktadır.

⁵⁴ **Karayalçın**, s. 159; **Mimaroğlu**, s. 190; **Özdemir, N / Kınacıoğlu, N**, Türk Ticaret Hukuku Başlangıç Hükümleri, Ankara 1984, s. 29.

⁵⁵ **Karayalçın**, s. 160; **Poroy**, s. 36, **Arkan**, s. 20; **Bozer/Göle**, s. 11; **Ayhan, R**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticari İşletme Hukuku, Cemre Yayınları, Ankara 1992, s. 55; **Karahan, s. 22, Ayhan, R. / Karahan, S. / Arslan, İ**, Ticaret Hukuku Pratik Çalışmaları 2. B, Konya 1991, s. 6.

⁵⁶ “...Ankara Üniversitesi Rektörlüğü’ ne bağlı Basımevi 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu’ nun 58. maddesi uyarınca Ankara Üniversitesi Fakültelerinin çeşitli iş ve ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulmuş ve idari bağımsızlığı haiz olmayan Üniversiteye bağlı bir müdürlük ise de; TTK’ nun 12/ 5 maddesi delaleti ile aynı kanunun 11. maddesi gereğince ticari bir işletme vasıf ve mahiyetinde olmasına ve davalı Üniversitenin bir amme müessesesi bulunması hali hiçbir zaman ticari bir işletme kurmasına mani olamayacağına ve matbaacılıkla işgal etmenin bizatihi ticari işletme sayılmasına ve bir müessesenin müstakil bir hükmi şahsiyet taşınamaması hali o müessesenin ticaret siciline tesciline mani teşkil edemeyeceğine...” Y. TD. 27.12.1966, E. 2194, K. 5018 (**Eriş, G**, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Bası, C. I, Ankara 2004, s. 212).

⁵⁷ **Tekil, F**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1990, s. 110; **Ayhan**, s. 55.

D. ESNAF FAALİYETİ SINIRLARINI AŞMA

Ticaret Kanununun 17. maddesi esnafı, “ İster gezici olsunlar, ister bir dükkanda veya sokağın muayyen yerlerinde sabit bulunsunlar, iktisadi faaliyeti, nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahipleri tacir değildirler.” şeklinde tanımlamıştır⁵⁸.

Burada iki önemli unsur üzerinde durulmaktadır:

1. Ekonomik faaliyetin, nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanması⁵⁹,
2. Kazancın, ancak geçimi sağlamaya yetecek kadar olması⁶⁰.

Ancak bu ölçülerle dahi açık bir sonuca ulaşmak kolay olmamaktadır. TTK. m. 17’ de kazancın az olması şartını aramaktadır ama belirttiğimiz gibi belirsiz ve

⁵⁸ Yeni Türk Ticaret Tasarısında esnaf 15. madde altında düzenlenmiştir. Buna göre; “ İster gezici olsunlar, ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsunlar, iktisadi faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11. maddenin ikinci fıkrasına göre çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan sanat ve ticaret sahipleri tacir değildir. Ancak, tacirlere özgü hükümlerden 20 ve 53. maddeler ile Türk Medeni Kanununun 950. maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlar hakkında da uygulanır.” Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 17. maddesinin tekrarıdır. Ancak Tasarının 11. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğe uygun olarak “kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan” ibaresi yerine, 11. maddenin ikinci fıkrasına gönderme yapılmıştır. Ayrıca, 6762 sayılı Kanundaki göndermeler yenilenmiştir.

⁵⁹ Yargıtay, kasaplık işinde sermayenin galip unsur olduğunu ve nüfusu fazla olan bir şehirde kasaplık yapan kişinin esnaf sayılmayacağını kabul etmektedir (TD. , 13.03.1958, 703/689, **Doğanay, İ**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, II, 3. Baskı, Ankara 1990, s. 135, dn. 53). Yine emekten ziyade sermayeyi gerektiren bir ticari faaliyet olduğu gerekçesiyle, hayvan alım satımı ticareti ile uğraşan kişinin tacir sayılması gerektiği kabul edilmiştir (TD. , 05.06.1960, 1029, **Doğanay**, 1990, s. 136, dn. 54). TD. , 11.11.1966, E. 1965/60, K. 1966/4318: “ Gemi çay ocağını işleten kişinin, iktisadi faaliyeti parasal varlığından çok, çay kahve pişirip satmak gibi, daha çok bedeni çalışmayı gerektirmesi dolayısıyla bir esnaf uğraşısıdır” (Batider, C. 6, S. 3, s. 544). Buna karşılık Yargıtay, elektrikli ev aletleri satma şeklindeki bir işletme faaliyetinin, emekten ziyade nakdi sermayeye dayandığı için ticari işletme faaliyeti olduğu görüşündedir. (11. HD. , 05.11.1990, 6947/6969, **Eriş, G**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1992, s. 207).

⁶⁰ TD. , 06.05.1966, 2222/2303: “ Davalının muayyen bir yer veya dükkanda ticaret yapan bir kimse olmayıp bohçacı tabir edilen ve bir şehrin muhtelif semtlerinde gezerek satış yapan bir kimse olup, kazancı ancak kendi geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan bir esnaf bulunmasına binaen...” (**Doğanay**, 1990, s. 135, dn. 51).

genel bir ölçü vererek, kazancın ancak geçimini sağlayacak kadar olmasını ve bu seviyeyi aşmaması kabul edilmiştir. Geçim; zamana, yere ve kişiye göre değişebilir. Bir rakam tespit edilmedikçe bu ölçünün kullanılabilmesi olanaksızdır. Bu nedenle, TTK. m. 1463/2 ile Bakanlar Kurulu tarafından yıllık gayri safi gelirin miktarının bir kararname ile tespiti öngörülmüştür⁶¹.

“Esnaf” ile “Tacir” ayrımının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi ve belirsizliklerin ortadan kaldırılabilmesi için 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu, 02.05.1983 gün ve 62 sayılı ve yine 06.09.-1983 gün ve 81 sayılı “Kanun Hükmünde Kararnameler” uyarınca kısmen değiştirilmiştir ve bu değişiklikler 3153 sayılı kanunla 22.02.1985 tarihinde kanunlaşmıştır⁶².

“Esnaf” ile “Tacir” ayrımı ile ilgili en önemli değişiklik, Kanun Hükmündeki Kararnamenin 3.maddesi ile ESK’nun 6.maddesinde yapılan değişiklik ile “Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu” nun kurulmuş olmasındadır. Kurul, esnaf ve sanatkar kollarını belirlemek, yıllık gayri safi gelirleri ve bölgelerin özelliklerine göre esnaf ve sanatkarlar ile tacir ve sanayicinin ayrımını yapmak, Türk Ticaret Kanununun 1463.maddesi gereğince çıkarılacak Bakanlar Kurulu Kararnamesini hazırlamak ve bunları ilan etmek üzere yetkilendirilmiştir⁶³.

Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu’nun 14.01.1985 tarih ve 5 sayılı kararına dayanılarak, Bakanlar Kurulu tarafından esnaf tacir ayrımına esas olacak kararname 25.01.1986 tarihinde kabul edilmiş, 19.02.1986 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁶¹ **Domaniç**, s. 116; 6762 sayılı Kanunun ilk yürürlüğe girdiği günlerde öğretinin, esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki sınırı çizme konusunda, 6762 sayılı Kanunun 17. maddesinden çıkarmaya çalıştığı kriterler uygulamada etkili olmamıştır. Uygulamada sınır Bakanlar Kurulu kararnameleriyle belirlendiği için, bu uygulama kanunlaştırılmıştır.

⁶² “17.07.1964 tarihli ve 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 62 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname”, 05.08.1983 tarihli RG.,S.18126, sh.17 vd. 507 sayılı Kanun ile 62 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddeleri sonradan 81 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden değiştirilmiştir.

⁶³ **Yakan, A**, Erişim: 05.07.2006, http://www.ada-aras.com/inceleme/ayakan/1.htm#_ftnref6.

Esnaf, tacir ayırımı, TTK.'nın 11, 13 ve 17. maddelerindeki kıstaslar dairesinde bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılması mümkündür. Bilirkişi bu yoldaki incelemesini yaparken “esnaf olduğunu” iddia eden kişinin TTK.'nın 11, 12, 13, 14 ve 17. maddeleri hükümleri ile 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. ve diğer maddelerini, ayrıca 25.01.1986 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi hükümlerini birlikte gözönünde tutmak koşuluyla bir değerlendirme yapmalıdır⁶⁴.

VUK. m. 177' e göre, satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 96.000.- YTL' yi veya satışların tutarı 130.000.- YTL' yi aşanlar; birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 52.000 YTL' yi aşanlar; 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 96.000 YTL' yi aşanlar tacirdirler. Önemli olan parasal limitlerin aşılp aşılmadığıdır.

O kişinin işyerinde dahi inceleme yaparak, faaliyetinin sermayeye mi, yoksa bedeni çalışmaya mı dayandığını ve elde ettiği kazancının da sadece geçimine yetecek derecede mi yoksa bu unsuru aşan bir oranda mı olduğunun iyice araştırılıp bu hususları da raporunda açıklaması gerekir.

Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu' nda, ticaretin sermaye ile beden çalışmasına birlikte ve aynı oranda dayandırılması arandığı halde, TTK' da esnafın gerçekleştirdiği ticaretin, sermayesinden çok bedeni çalışmasına dayanması gerekmektedir. Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu' na göre, “ bulunduğ u yer ve koşullara göre tacir niteliğini kazanmasını gerektirmeyecek miktarla sınırlı” tutulmasını; TTK' da ise, “ kazancın ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olması” şartını aramıştır⁶⁵.

⁶⁴ **Yakan**, Erişim: 05.07.2006, http://www.ada-aras.com/inceleme/ayakan/1.htm#_ftnref6.

⁶⁵ **Yakan**, Erişim: 05.07.2006, http://www.ada-aras.com/inceleme/ayakan/1.htm#_ftnref6.

II. TİCARİ İŞLETMENİN TÜRLERİ

Ticari işletme türlerine değinen hükümler TTK. m. 11 ve 13' de yer almaktadır⁶⁶. TTK. m. 11 uyarınca “ ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler” ticari işletme sayılır. Ticarethanenin tanımı kanunda verilmemiş, ancak, TTK. m. 12' de ticarethane niteliğindeki bazı müesseseler örnek niteliğinde sayılmıştır. Yine bu maddenin son fıkrasında da fabrikanın tanımı yapılmıştır.

A. TİCARETHANE

TTK. m. 12' de hangi tür işlerle uğraşan müesseselerin ticarethane sayılacağı gösterilmiştir. Fakat; burada sayılan işlerden biriyle uğraşan işletmenin, sırf bu nedenle, ticarethane ve dolayısıyla ticari işletme niteliğinde olup olmayacağı söylemek mümkün değildir. Burada yazılı işlerle veya mahiyetçe bunlara benzeyen

⁶⁶ Bu düzenleme yeni Ticaret Tasarısında bulunmamaktadır. Ayrıca madde gerekçesine göre; ticari işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticari işletmenin biraz da eskimiş görünüş şekilleridir, başlıca türleri değildir. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açarak, ticari işletmenin bu üç birime özgü olduğu zannını uyandıracak niteliktedir. Öte yandan, ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü, 6762 sayılı Kanunun 12. maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan “müesseseler” in, ticari işletmenin tanım unsurlarını taşımaları bile ticari işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanunun 13. maddesindeki “ticari şekilde işletilen diğer müesseseler” ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka “diğer müesseseler” ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanunun 13. maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanunun 12. maddesinde düzenlenen, ticarethane ile fabrikanın “müessese” olduğu izlenimini vermektedir. Oysa, her iki birim “müessese” değil “ticari işletme” dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticari işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanunun elli yılı aşan uygulamasında ticarethaneye, fabrikaya ve bu tür müesseselere ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır. Nihayet, “ticarethane” sözcüğü dar ve eski bir terim olarak 19. yüzyılda kalmış bir ticaret anlayışını yansıtmaktadır. Başka bir söyleyişle, günümüzde “ticaret” sözcüğü “mal alışverişi” anlamını çok gerilerde bırakan, hizmet, iletişim ve bilişimi de içeren yeni bir boyut ve içerik kazanmıştır. Nitekim “e-ticaret” kavramı da bu yeni anlamın en çarpıcı örneğidir. Fakat; ticarethane, mal ticaretini ifade ettiği için hizmet sunan iletişim ve bilişimi kendisine konu alan işletmeleri kapsamıyordu.

Fabrika ise; ticari işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun 12 ve 13. maddeleri Tasarıya alınmayarak ticari işletmeye; gelişmelere açık, geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir.

Ticari işletme TST' nin 14. maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır. Ticari işletme; “işletmenin” kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticari işletmenin bir “işletme” olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece ticari işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının “işletme” sinden, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun “teşebbüs” ünden ayrılmıştır.

işlerde esnaf faaliyeti sınırlarının aşıldığı esas olarak kabul edilmektedir. Ancak; kimlerin esnaf ve yine kimlerin tacir sınıfına girdiklerini tespit etmek, her zaman kolay olmamaktadır.

TTK. m. 12' ye göre ticarethane kapsamında yürütülen faaliyetler şunlardır:

1. Menkul malların satılmak, kiraya verilmek üzere tedarik ve bunların aynen veya başka bir şekilde sokularak satılması yahut kiraya verilmesi:

Buna örnek olarak, turistlere araba kiralamak ya da finansal kiralama-leasing⁶⁷ yapmak üzere açılan işletmeler ticari işletme sayılırlar.

2. Kıymetli evrakın⁶⁸ tedariki ve satılması:

Kıymetli evrak, öyle bir senettir ki, senede bağlanan hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemez ve başkalarına devredilemez (TTK. m. 557)⁶⁹.

Sermaye Piyasası Kanununa göre aracı kurumlar⁷⁰, menkul kıymetlerin, kıymetli evrakın alım satımını yaparlar. Bu açıdan TTK anlamında ticarethane kabul edilirler (SPK. M. 30/II). Keza Bankalar Kanunu ile Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları hakkındaki mevzuata uygun olarak bu işlerle uğraşan işletmeler de ticarethane sayılır⁷¹.

⁶⁷ Finansal Kiralama Kanunu 10. madde I. fıkrasında, “ Ülkemizde finansal kiralama, esas itibariyle sadece anonim şirket şeklinde kurulmuş şirketler tarafından yapılır.” şeklinde belirtilmiştir.”

⁶⁸ Kıymetli evrakın tanımı için bkz. TTK. m. 557, Yeni Türk Ticaret Hukuku Yasa Tasarısı' nda ise 645. maddede yer almaktadır.

⁶⁹ **Baştuğ/Erdem**, s. 24; **Ertekin, E. / Karataş, İ**, Uygulamada Ticari Senetler Hukuku, Ankara 1992, s. 3 vd. ; **Poroy, R**, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 1989, s. 25 vd. ; **Yasaman, H**, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s. 18 vd. ; **Aytaç, Z**, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, s. 40 vd.

⁷⁰ **Manavgat, Ç**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991, s. 19-37; **Yasaman**, Menkul Kıymetler, s. 99.

⁷¹ **Baştuğ/Erdem**, s. 24.

3. Her çeşit imal ve inşa işleri:

İmal, makine ve teknik araç kullanılmadan yeni maddi kıymetler elde edilmesidir ve fabrikacılık kavramına girer, bu nitelikte olmayanların ise, esnaf işletmesi düzeyinde kalacağı düşünülürse, imal kelimesi lüzumsuz bir tekrardan ibaret kalmıştır⁷².

İnşa ise, geniş anlamda tamiri de içine aldığından⁷³, gayrimenkullerin tamir ve restorasyonu amacıyla faaliyet gösteren bir işletme de yerine göre ticarethane niteliği taşır⁷⁴.

4. Madencilik:

05.06.2004' de yürürlüğe giren 5177 sayılı Maden Kanunu' nun 2. maddesi *maden* sayılan maddeleri göstermiştir. Bu tür maddeleri; aramak, çıkarmak ve bunları çeşitli şekillerde değerlendirmek amacıyla açılan müesseseler de ticarethanedir.

5. Matbaacılık, gazetecilik ve kitapçılık, yayın, ilan ve istihbarat:

Bu tür işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseselerde ticarethane sayılır. Turistik bilgi vermek için açılan büro ya da bankalar tarafından müşterileri ile ilgili mali bilgiler toplamak amacıyla kurulan müesseseler de ticarethanedir⁷⁵.

6. Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi genel yerler, özel okul, hastane ve açık satış yerlerinin işletilmesi:

Burada gösterilenlerin yanı sıra barlar, gazinolar, plajlar, yüzme havuzları, diskolar, spor alanları, tenis kortları, halı futbol sahaları, konser salonları,

⁷² Karayalçın, s. 162; Erem, S. T, Ticaret Hukuku Prensipler, Ticari İşletme, C. I, 9. Bası, İstanbul 1981, s. 52.

⁷³ Karayalçın, s. 162.

⁷⁴ Arkan, s. 26.

⁷⁵ Arkan, s. 27.

müzikholler, saunalar, özel sürücü kursları, bilgisayar kursları, dershaneler, muhasebe kursları, kreşler, oto satış galerileri, otoparklar ve umumi tuvaletler de umumi mahaller kavramına girmektedirler⁷⁶.

Hususi mektep ve hastane kapsam itibariyle ayrı bir önem arz etmesi nedeniyle maddeye ilave edilmişlerdir⁷⁷.

7. Umumi mağazalar ve sair depo ve ambarların işletilmesi:

Umumi mağaza, depolanan emtia karşılığında kıymetli evrak niteliğinde makbuz senedi ve varant (rehin senedi) çıkararak, bu emtiayı depolayan kişiye, emtiayı, depolandığı yerden hiç çıkarmadan sadece bu senetleri devretme yoluyla satma, rehnetme olanağını verir (TTK. m. 744)⁷⁸. Umumi mağaza, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı' nın izniyle kurulur (TTK. m. 744/III)⁷⁹. Sair depo ve ambarlar ise , umumi mağazalar gibi emtiayı temsil eden senet çıkarmadan kendilerine bırakılan emtiayı vedia hükümler çerçevesi dahilinde saklamakla yükümlü işletmelerdir.

8. Borsa ve kambiyo işleri, sarraflık ve bankacılık:

Borsa, tacirlerin veya onlar adına hareket eden kişilerin, emtia ya da menkul kıymetleri alıp satmak, bunların fiyatlarını belirlemek veya ilan etmek amacıyla düzenli aralılarla toplandıkları yerlerdir.

Borsalar, ticaret borsaları, menkul kıymetler borsaları ve kambiyo ve kıymetli madenler borsaları olarak üçe ayrılır⁸⁰.

5174 sayılı Odalar, Borsalar ve Birlik (TOBB) kanununun 28. maddesine göre; “ Ticaret borsaları, bu Kanunda yazılı esaslar çerçevesinde borsaya dahil maddelerin

⁷⁶ Atasoy, s. 17.

⁷⁷ Erem, s. 52.

⁷⁸ Yeni Türk Ticaret Hukuku Tasarısında umumi mağaza 832. madde de yer almaktadır. Buna göre; “ Makbuz senedi ve varant (rehin senedi) verme karşılığında serbest veya gümrüklenmemiş mal ve hububatı saklama sözleşmesi uyarınca kabul etmek ve tevdi edenlere de bu senetlerle tevdi olunan mal ve hububatı satabilmek veya rehin edebilmek olanağı vermek amacıyla kurulan mağazalara *umumi mağaza* denir” .

⁷⁹ Tasarıda 832. maddenin II. fıkrasında yer almaktadır.

⁸⁰ Arkan, s. 28.

alım satımı ve borsada oluşan fiyatlarının tespit, tescil ve ilanı işleriyle meşgul olmak üzere kurulan kamu tüzel kişiliğine sahip kurumlardır.”

Borsa denildiğinde genellikle hisse senetlerinin işlem gördüğü Menkul kıymet borsaları akla gelmektedir. Menkul kıymetler borsaları da tüzel kişiliğe haiz kuruluşlardır (SPK. m. 40). Ancak ticaret borsaları ile menkul kıymet borsaları arasında farklar bulunmaktadır. İkisini birbirinden ayıran en temel fark; ticaret borsalarında zirai ürünlerin işlem görmesidir⁸¹.

Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK. No. 91)’ nin 3. maddesine göre, “Menkul kıymetler borsaları bu Kanun Hükmünde Kararnamede yazılı esaslar dairesinde menkul kıymetlerin alım ve satımı, fiyatlarının tespit ve ilanı işleriyle yetkili olarak kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumlarıdır. Menkul kıymetler borsalarının gerekli görülen yerlerde kurulması Sermaye Piyasası Kurulu’nun önerisi üzerine Maliye Bakanlığının iznine tabidir.”

Kambiyo işi, para değiştirmeyi; sarraflık ise altın alım satımını, altın para üzerine iş yapmayı ifade eder.

Bankacılık faaliyet konularının neler olduğu 19.10.2005 tarihinde kabul edilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’ nda belirtilmiştir.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, sadece bankalar tarafından yapılabilecek faaliyetlerin, örneğin mevduat kabulünün, bu Kanuna göre kurulmamış ya da bu hususta yetki verilmemiş bir müessese tarafından yapılması, bu müessesenin de TTK. m. 12/8 anlamında ticarethane sayılmasına engel olmaz⁸².

⁸¹ Erişim: 05.07.2006, <http://www.itb.org.tr/about.asp>.

⁸² Arkan, s. 28.

9. İçtimai (sosyal) sigortalar hariç olmak üzere sigortacılık:

Bundan anlaşılması gereken sosyal amaçlı sigortacılık dışında (SSK; TC. Emekli Sandığı; OYAK; Bağ-Kur dışında) kalan sigortacılık faaliyetleridir⁸³.

Ticaret Kanunu m. 18/I gereğince, özel hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılırlar⁸⁴. 29.07.2003 tarihinde kabul edilen 4958 sayılı SSK. Kanununun 1. maddesinde kurumun özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle Kurum; TTK. m. 18/I' e göre tacir niteliğine sahip olacak, ancak işletmesi TTK. m. 12/9. bendi uyarınca ticari işletme sayılmayacaktır⁸⁵.

10. Kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak:

Özel kişilere ait ya da kamu iktisadi niteliğinde olan T. C. Devlet Demiryolları' na veya belediyelere ait olan her tür taşıma işletmesi de ticarethane niteliğindedir⁸⁶.

11. Su, gaz ve elektrik dağıtma, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın:

Bu işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticari işletme unsurlarını taşıyorlarsa ticarethane sayılırlar⁸⁷.

⁸³ **Baştuğ/Erdem**, s. 25.

⁸⁴ 6762 sayılı Kanunun 18. maddesi yeni Tasarı' nın 16. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu madde 6762 sayılı Kanunun tekrarıdır. Dil yenilemesi dışında büyük bir değişiklik yapılarak önemli bir boşluk da doldurulmuştur. Şöyle ki; amacına varmak için ticari işletme işleten tüzel kişiler arasına “vakıflar” da konulmuştur. Uygulamada vakıflar, derneklere oranla daha fazla ve çeşitli alanlarda faaliyet gösteren ticari işletmeler işletmektedirler. Bunların da işlettikleri bu ticari işletmeler dolayısıyla tacir sayılabilecekleri sonucuna yorum yolu ile varılabilir. Ancak, uygulaması bu kadar fazla olan vakıfların Tasarı' da yer almaması doğru olmaz. Bu gerekçelerle birinci fıkraya “vakıflar” da eklenmiştir.

⁸⁵ **Arkan**, s. 30.

⁸⁶ **Arkan**, s. 30; **Atasoy**, s. 18.

⁸⁷ “PTT idaresinin telefon veya telgrafla haberleşmeyi temin etmesi ticari bir işdir.” Y. TD. , 20.04.1962, E. 4232, K. 1759 (**Doğanay**, 1990, s. 199).

12. Acentelik, tellallık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut (aracılık) işleri:

Bu işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler ticarethane olarak kabul edilmektedirler.

Ticaret Kanununun 12. maddesinde 12 bend olarak sayılan faaliyetlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler ticarethane sayılacaktır. Bunlar; Ticaret Sicil Tüzüğünde öngörülen gelir sağlamak amacını güttükleri, esnaf faaliyeti sınırlarını aştığı ve sürekli olduğu kabul edilir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Tasarı' da 12 ve 13. maddedeki faaliyetler kaldırılmıştır.

Ticaret Kanunu m. 12/I gereği 12 bend halinde sayılan müesseseler sadece burada belirtilenlerden ibaret değildir. Kanunda sayılmamakla beraber mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseselerde ticarethane olarak kabul edilmektedirler. Ticarethane hükümlerine tabi olacak başlıca müesseselerin uğraşacağı işler gösterilmiş olmakla beraber burada yazılı mahiyet itibariyle benzer işlerle uğraşan müesseselerin de aynı hukuki statüye sahip olacakları ifade edilmiştir⁸⁸.

Bütün iş ve müesseselerin kanunda tek tek sayılmasının sakıncalarını da göz önüne alarak kanun koyucu, maddeye sınırlayıcı bir nitelik vermekten kaçınmıştır.

B. FABRİKA

Ticaret Kanunu m. 11/I' e göre, fabrika da ticari işletme olarak kabul edilmiştir. Fabrikacılık, hammadde veya diğer malların makine yahut diğer teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller meydana getirilmesidir (TTK. m. 12/II). İmalat küçük çaplı üretim olup, imalathane TTK. m. 12, b. 3 uyarınca

⁸⁸ Mimaroglu, s. 196.

ticarethane sayılır. Oysa fabrikacılık büyük çaplı bir üretim faaliyeti olduğu için, ticari işletmenin unsurlarına (özellikle esnaf çapını aşma kapasitesine) zaten sahiptir⁸⁹.

C. TİCARİ ŞEKİLDE İŞLETİLEN DİĞER MÜESSESELER

TTK. m. 12' ye göre; ticarethane veya fabrika olarak nitelendirilmeyen diğer müesseselerin ve özellikle klasik anlamda ticaret hukukunun kapsamına girmeyen çiftçilik ve güzel sanatlarla ilgili faaliyetlerin yürütüldüğü işletmelerin de, yerine göre ticari işletme sayılmasına sağlamak için TTK. m. 13 kabul edilmiştir⁹⁰. Nitekim kanunda, “ işlerin hacim ve öneminin ticari muhasebeyi gerektirmesi ve ona ticari müessese niteliği vermesi” koşulu öngörülmüştür. Öngörülen bu koşulun esnaf faaliyeti sınırını aşan işletmelerde zaten gerçekleşmiş sayılacağı genellikle kabul edildiği ve ayrıca TTK. m. 12' de yapılan ticarethane sayımı sınırlı olmadığı için, bir de ayrıca TTK. m. 13' ün düzenlenmesine gerek olup olmadığı da tartışılabilir⁹¹.

Dikkat edilmesi gereken husus; ister TTK. m. 12' de, ister m. 13' de gösterilen alanlarda çalışılsın önemli olan esnaf faaliyeti sınırlarının aşılıp aşılmadığıdır. Kısacası; ister tarımsal, ister zanaatkar (el ile iş yapanlar) veya güzel sanatlar faaliyeti kapsamına girsin, bunların ticari şekilde işletilen diğer müesseseler anlamında mütalaa edilebilmesi için faaliyetlerinin esnaf faaliyeti sınırlarını aşması gerekir⁹².

III. TİCARİ İŞLETMENİN MALVARLIĞI CEPHESİ

Ticari işletme, iktisadi bir amaca yönelmiş bir organizasyonun sahip bulunduğu maddi ve gayri maddi hak ve münasebetlerin bütünüdür⁹³. Her işletmede olduğu gibi ticari işletmede de, insan unsuru ile malvarlığı unsurları birlikte bulunur.

⁸⁹ Bahtiyar, s. 20.

⁹⁰ Tasarıda hüküm altına alınmamıştır.

⁹¹ Bahtiyar, s. 20.

⁹² Atasoy, s. 23; Arkan, s. 30; Bozer/Göle, s. 15.

⁹³ Acemoğlu, s. 19.

İnsan (kişi) unsuru, ticari işletmeyi kendi adına işleten kişiyi ifade eder; malvarlığı unsuru ise, çok çeşitlidir. Bunların neler olduğu TTK. m. 11/II' de belirtilmiştir⁹⁴.

Ticari işletmenin malvarlığı cephesi maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşurken, ticari işletme kavramı içinde bu malvarlığını yöneten ve işleyen insan unsuru (işçiler ve memurlar; işletmeye bağılı tacir yardımcıları vb.) vardır⁹⁵.

TTK. m. 11/II' de; “ Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret ünvanı ve diğere adlar ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, aksine mukavelede hüküm bulunmadıkça ticari işletmeye dahil sayılır” denilmek suretiyle işletmeye özgülenmiş malvarlığı unsurlarının bir kısmına değinilmiştir. Bu unsurlar ikiye ayrılarak incelenmektedir⁹⁶:

A. MADDİ UNSURLAR

El ile tutulan, gözle görülen, yani somut varlığı olan değerleri ifade eder. Tesisat, işletme sermayesi, hammadde, üretilen stok malları gibi.

Ticari işletmenin tesisatı ticari veya sınai faaliyetleri yürütebilmesi için gerekli olan gayrimenkuller ve menkulleri bunların mütemmim cüz ve teferruatı ile, aynı amaca tahsis edilmiş menkul mallardan yani makinelerden, hammadde, yarı mamül ve mamül maddelerden oluşur. Bu anlamda ticari ve sınai işletmenin binası, depoları, satış mağazaları, imalathaneleri, makine, teçhizat, takım ve tezgahları tesisat olarak kabul edilir⁹⁷.

⁹⁴ Arkan, s. 32.

⁹⁵ Birsal, M. T, Ticari İşletme Hukuku, C. I, İzmir 1970, s. 87.

⁹⁶ Tasarıda bu düzenleme 11. maddenin üçüncü fıkrasında yer almıştır. Buna göre; “ Ticari işletme bir bütün halinde devredilebilir ve diğere hukuki işlemlere konu olabilir. Duran malvarlığı, işletme değeri (peştemaliye), kiracılık hakkı, ticaret ünvanı ile diğere fikri mülkiyet hakları ve sürekli olarak işletmeye tahsis olunan unsurlar aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesine dahil sayılır. Bu sözleşme yazılı olarak yapılır.”

⁹⁷ Baştuğ/Erdem; s. 32, Bahtiyar; s. 21; İleride ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

TTK. m. 11/II' de ticari işletmenin unsurları arasında sayılmamakla birlikte, o işletme faaliyetinin icrasında kullanılan döner malvarlığının da, ticari işletmenin unsurları kapsamına gireceği şüphesizdir. Örneğin; şeker fabrikasının işleyeceği pancarlar, un fabrikasının işleyeceği buğdaylar gibi⁹⁸.

B. GAYRİ MADDİ UNSURLAR

Ticari işletmenin maddi unsurlarının yanında kiracılık hakkı, ticaret ünvanı, işletme adı, marka, patent, fikir ve sanat eserleri ve sınai model ve resimler üzerindeki haklar da vardır. Başka bir ifadeyle; özellikle ticaret ünvanı, işletme adı, marka, patent, know-how, endüstriyel tasarım, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar gibi ekonomik değeri olan, fakat cismani varlığı olmayan veya varlığı bir bütün olarak görülemeyen hakları ifade eder⁹⁹.

Kiracılık hakkı, TTK. m. 11/II' de açıkça işletmenin unsurları arasında sayılmıştır. Tacir eğer kendisine ait bir gayrimenkulde faaliyette bulunuyorsa kiracılık hakkından bahsedilemez¹⁰⁰. Maddede değinilmiş olan bu hak, işletme sahibinin kiracı olması, yani işletmenin kiralanmış bir yerde faaliyet göstermesi durumunda söz konusu olur¹⁰¹.

Patent; yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir nitelikte bir buluş yapanlara veya haleflerine, bu buluştan belirli bir süre ile yalnızca kendilerinin yararlanmasını sağlamaktadır. Bu hakkı temsilen, sahibine, Türk Patent Enstitüsü tarafından bir belge verilmektedir¹⁰².

Endüstriyel Tasarım; bir ürünün tümü, veya bir parçası, veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan

⁹⁸ **Karahan;** s. 31; İleride ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

⁹⁹ **Bahtiyar;** s. 22, **Ayiter, N. ;** İhtira Hukuku, Ankara 1968, s. 1-2, **Yasaman, H. ;** Sınai Resim ve Modeller, Batider, 1883, C. 12, S. 2-3, s. 95.

¹⁰⁰ **Atasoy,** s. 40.

¹⁰¹ **Bahtiyar,** s. 22; İleride daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

¹⁰² 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü ifade eder¹⁰³.

Know-how tanımı yasal olarak olmamasına rağmen, kural olarak, bir teşebbüste değerlendirilebilir veya uygulanabilir nitelik taşıyan, kişinin karşılığında bir bedel ödeyerek sahip olmayı, kullanmayı ve değerlendirmeyi isteyebileceği patente bağlı olmayan herhangi bir fikri mülkiyet hakkıyla korunmayan, gizli ya da gizli olmayan teknik ve ticari bilgi ve tecrübe birikimi anlamında kullanılır ve bunun üçüncü kişilere aktarılmasını konu alan sözleşmelere de know-how sözleşmesi denmesi mümkündür¹⁰⁴.

Ticari bir işletmenin belirli bir süre çalışması sonucunda elde etmiş olduğu müşteri çevresinden görülen rağbet¹⁰⁵ (peştemaliye= goodwill) ticari işletmenin maddi olmayan unsurunu oluşturur. Bu unsur en az maddi unsur kadar ekonomik değere sahip olabilir¹⁰⁶. Her işletmenin dar veya geniş, ama mutlaka bir müşteri çevresi vardır ve bu çevrenin kapsamı, işletmenin değerine belli bir ölçüde yansımaktadır¹⁰⁷.

İleride malvarlığı unsurları, devrin kapsamına girip girmeyecekleri hususunda ayrıntılı olarak incelenecektir, bu açıdan ticari işletmenin devrinin kapsamı başlığı altında daha geniş bir şekilde ele alınacaktır.

¹⁰³ Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesinin a bendinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁴ **Bahtiyar**, s. 23; **Tutucu, A**, “ Rekabet Hukuku Bakımından Teknik ve Ticari Bilgi (Know-how) Sözleşmesi, (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 2005, s. 591; **Aslan, İ. Y**, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara 1998, s. 128.

¹⁰⁵ **Özsunay, E**, Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, Ankara 1962, s.8.

¹⁰⁶ **Karahan**, s. 32; **Baştuğ/Erdem**, s. 33; **Türk, S. H**, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 68 vd.

¹⁰⁷ **Bahtiyar**, s. 23.

İKİNCİ BÖLÜM

DEVİR SÖZLEŞMESİ VE REKABET KANUNU' NUN

DEVİR SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

§ 1. DEVİR SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK

Ticari işletmenin bir bütün olarak tüm aktif ve pasifleriyle başkasına devri BK. m.179' da, ise bir işletmenin diğeri ile birleşmesi BK. m.180' da düzenlenmiştir.

Söz konusu iki maddenin ortak yönü, işletmeler düzeyinde kalan birleşme ve devralmalara ilişkin olmaları ve her iki maddede düzenlenen hallerde aynı hükümlerin uygulanmasıdır. TTK' da düzenlenen, ticaret şirketlerinin birleşmeler halinde ise, birleşme sadece malvarlığı ile sınırlı kalmamaktadır. Öncelikle şirketlerin birleşmesinden söz edebilmek için en az iki tüzel kişinin varlığı şarttır. Şirketlerin birleşmesi de malvarlığı düzeyi ile sınırlı kalmamakta, şahıs unsuru da birleşme kapsamında olmaktadır. Bir diğere ifade ile, birleşen şirketlerin gerek malvarlığı gerekse ortakları aynı çatı altında toplanmaktadır (TTK. m. 146 vd. , 451 – 452).

Bir şirket bir başka şirketin sadece işletmesini devralırsa BK. m. 179, bir şirket başka bir şirkete ait işletmeyi devralır ve o şirket devralınma yoluyla sona erdirilirse TTK' nın şirket birleşmelerine ilişkin hükümleri uygulanacaktır¹.

Ticari işletmenin devri sözleşme ile yapılır. Sözleşme genel kurallara uygun olarak, tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile meydana gelir. Devre karar veren taraflar, devrin amaç ve usulünü belirleyen bir devir sözleşmesi hazırlarlar. Yani devir sözleşmesi, ticari işletmenin devir borcunu doğurmak amacıyla yapılan bir sözleşmedir. Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devredilmesi gayesini taşıyan hayatta bulunanlar arasında yapılan bu sözleşmeye ticari işletmenin devri sözleşmesi denir.

¹ Arkan, s. 41; Bahtiyar, s. 28.

Ticari işletmenin devri sözleşmesi kural olarak işletmenin bütününi konu edinir. Buna rağmen işletmeye dahil olan bazı unsurların devredilmesi şart değildir. Ancak işletmenin devrinden bahsedebilmek için işletmenin faaliyetini devam ettirecek asli unsurların devredilmesi gerekir, bazı unsurların devredilmeyip muhafaza edilmesi de mümkündür².

Şirket birleşmelerinde TTK' da külli halefiyet söz konusu iken, BK. m. 179' da aktife dahil unsurlar bakımından cüz' i intikal şeklinde düzenlenmiştir. Çünkü, işletmenin devri için devir sözleşmesinin yapılması yeterli olmamakta, işletmenin malvarlığının aktifinde yer alan her bir unsurun devri için ilgili o işlemin niteliğine uygun olarak genel hükümlere uymak gerekmektedir.

Borcun nakli konusunda normalde uygulanan BK. m. 173-174, naklin alacaklıya karşı hüküm ifade edebilmesini, onun rızasına bağlamıştır. Oysa bu durum, işletmeyi devralanın tüm işletme alacaklılarını teker teker bulması ve onların durumlarını araştırması, rızalarını alması gibi oldukça güç ve karışık bir duruma neden olabilirdi. Bu sebeple, BK. m. 179 işletmenin devri halinde alacaklıların rızasını aramaksızın borçların da devrini mümkün kılmıştır. Ancak, işletme alacaklılarını korumak için devreden de devralanla birlikte iki yıl süre ile müteselsil sorumlu olmasını hükme bağlamıştır³.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Ticari bir işletmenin devrini konu alan sözleşme tasarruf işlemi değil, borç doğuran bir işlemdir. Oysa ki, alacağın temliki ve borcun naklinde devir sözleşmesi, tasarruf işlemi niteliğindedir. Devir sözleşmesinin yapılması ile, işletmenin malvarlığı, kendiliğinden devralana geçmez. Bunun için, malvarlığının niteliğine uygun tasarruf işlemlerinin; örneğin, gayrimenkullerde tapuya tescilin yapılması gibi

² Tasarının 11. madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütününi doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke, 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticari işletmenin bir hukuki işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır.

³ **Bahtiyar**, s. 29.

işlemlerin yapılması şarttır. Ancak, her bir malvarlığı unsurunun devri için ayrı ayrı sözleşme yapılması zorunlu değildir, devri konu alan tek bir sözleşme yeterlidir⁴.

III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN KAPSAMI

Ticari işletmenin malvarlığı unsurlarına kısaca değindikten sonra incelememiz gereken bu unsurların devir sözleşmesine dahil olup olmayacaklarıdır.

Taraflar devir sözleşmesinde, nelerin devredilebileceğini ve nelerin devredilemeyeceğini açıkça düzenleyebilirler. Tabii ki böyle bir durumda, sözleşme hükümleri devrin kapsamını tayin edecektir. Ancak; sözleşmede açıkça hüküm bulunmayan hallerde, ayrı bir hükme gerek olmaksızın TTK.m. 11/II' ye göre maddi ve gayri maddi unsurlar da devralana geçecektir. Buradan da anlaşılacağı üzere TTK. m. 11/II' de "...aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesinden ticari işletmenin devri sözleşmesinde mutlaka bütün bu unsurların bulunması zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bazıları devir dışında da bırakılabilir. Yeter ki; işletmenin iktisadi bütünlüğü ve işletme kabiliyeti muhafaza edilmiş olsun⁵.

Hatta işletmenin birden fazla alanda faaliyet gösteriyor olması halinde, devredilen unsurların ticari işletmenin bir işletme olarak devamının mümkün olması yeterlidir⁶. Örneğin; pasta ve ekmek üretimi gerçekleştiren bir ticari işletmenin devri halinde, pasta veya ekmek ürünlerinden asgari birinin üretimini gerçekleştirecek unsurların devredilmiş olması gerekir⁷.

⁴ **Topçuoğlu, M**, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp' e Armağan, İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun' un Etkisi, C. II, İstanbul 2003, s. 80.

⁵ **Atasoy**, s. 42; **Karayalçın**, s. 183.

⁶ **Arkan**, s. 42; **Karahan**, s. 38; **Arslanlı**, s. 115.

⁷ **Karahan**, s. 38.

A. TİCARET KANUNUNDA BELİRTİLEN UNSURLARIN DEVRİ

1. TESİSAT⁸:

Ticari işletmenin maddi unsurlarındandır. Gayrimenkul tesisat, daha önce de belirttiğimiz gibi “ işletmeye tahsis olunmuş gayri menkuller ile bunların mütemmim cüz ya da teferruatı niteliğinde olan şeyleri kapsar. Ticari işletmenin devrinde gayrimenkullerin devri genel hükümlere tabidir⁹.

Tesisat kavramına, işletmede kullanılan menkullerde dahildir. İşletmede kullanılan kamyon, otobüs, gemi¹⁰, yine terazi ve kantar gibi tartı aletleri ile kasa ve büro malzemeleri de sayılır. Bunlar; vasıta sayılmaktadırlar, doğrudan işletmenin konusunu teşkil etmezler ve ticari işletmeyle beraber bunların da devri,sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça mümkün olacaktır¹¹.

2. KİRACILIK HAKKI:

Bu konuda; Borçlar Kanunu hükümleri ile 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun uygulanmaktadır.

Borçlar Kanununun 248 ve devamı maddelerinde “kira” müessesesi düzenlenmiş, 248 inci maddesinde adi kiranın tanımı yapılmıştır. Buna göre, “Adi kira bir akittir ki kiralayan onunla, kiracıya ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terk etmeyi iltizam eder.”

Borçlar Kanununun 270 inci maddesinde hasılat kirası şu şekilde tanımlanmıştır. “ Hasılat kirası, bir akittir ki, onunla kiralayan kiracıya ücret

⁸ 6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticari işletmeyi “ bütün” bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tartışmalara ve tereddütlere yol açan “ tesisat” sözcüğü ile ifade etmiştir.

⁹ Atasoy, s. 42.

¹⁰ Sicile kayıtlı gemiler, rehnin paraya çevrilmesinde İcra Hukuku bakımından gayrimenkul hükmüne tabidir. Ancak, teknik anlamda olan bu husus geminin burada menkul tesisat olması halini değiştirmemektedir.

¹¹ Atasoy, s. 43.

mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktizafını terketmeyi iltizam eder”.

Kiralamanın konusu şey, gelir getiren menkul ve gayrimenkul mal olursa, hasılat kirası adını alır. Hasılat kirası ile kiracıya kiralanan şeyi kararlaştırılmış olan süre içerisinde kullanma hakkı ile birlikte ondan yararlanma hakkını da verir. Ancak, kiranın adi ya da hasılat kirası olup olmadığını belirlemede, kiralanan şeyin mahiyeti kadar, kiracının onu ne şekilde kullanacağını da önemi vardır. Hasılat kirasında işletme hakkı ve semerelerinin elde edilmesi yetkileri de devrolunmaktadır¹².

İşletme sahibi ticaret yapılan yerin sahibi ise, korunması gereken kiracılık hakkından bahsedilemez¹³.

Müşterileri ticari işletmeye bağlayan temel unsurlardan biri; işletmenin merkezi, ulaşım kolaylığına sahip bir yerde bulunması da olabilir. Bu gibi hallerde tacir, ticari işletmenin faaliyet gösterdiği gayrimenkulde kiracı sıfatıyla bulunabilir¹⁴.

Kiracılık hakkı özellikle ticari işletmenin bir başkasına devri halinde önem kazanmaktadır.

Kiracılık hakkının, ticari işletmeyi devralana terk edilmesi 6570 sayılı Kanuna göre, kiralayanın muvafakati ile mümkündür. Ticari işletmeyi bir bütün olarak satan veya kiraya veren ticari işletme sahibi, kiralayanın açıkça muvafakati olması şartıyla, devir sözleşmesi ile gayrimenkul üzerindeki kiracılık hakkını da ticari işletmeyi satan veya kiralamış bulunan şahsa, devretmiş olacaktır. Bu durumda, şöyle bir sakınca oluşacaktır; kiralayan muvafakat vermediği sürece devralan işletmenin eski yerinden yararlanamayacak ve uzun yıllar çalışarak ticari işletmeye bağlanmış bulunan müşterileri tamamen kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.

¹² Akıntürk, T, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2005.

¹³ Bilgişin, s. 18, Karayalçın, s. 175.

¹⁴ Arkan, s. 33.

TTK. m. 11/II' de ifadesini bulan kiracılık hakkına ilişkin hüküm ticari işletmenin devri halinde, kira sözleşmesinde açıklık bulunmasa dahi kira sözleşmesinin de devrini gerektirmektedir¹⁵.

Kiracılık hakkının¹⁶; TTK. m. 11/II' de ticari işletmenin unsurları arasında sayılması nedeniyle, 6570 sayılı Kanuna nispetle özel hüküm sayılacağından ticari işletmenin devrinin, kira sözleşmesinde bir açıklık olmasa dahi kiracılık hakkının da devralana geçirilmesi sonucunu doğuracağı fikrinin daha uygun olacağı kanısındayız¹⁷.

3. TİCARET ÜNVANI¹⁸:

Ticaret ünvanı TTK. m. 41 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir; buna göre, ticaret ünvanını, tacirin ticari işlerinde kullandığı isim olarak tanımlayabiliriz. Ticaret ünvanı, ticari işletme sahibinin şahsını gösterir¹⁹. İşletmeden ayrı olarak tek başına devredilemez (TTK.m. 51/I)²⁰.

¹⁵ Arslanlı, s. 118; Poroy, R, Ticaret Fonunda Kiracılık Hakkı, İTO. Mecmuası, C. 69, S. 9-10, Eylül-Ekim 1953, s. 35-48.

¹⁶ Yeni Ticaret Kanunu Tasarısında; kiracılık hakkı da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır. Ancak “kiracılık hakkı”nın günümüzde önemini yitirdiğini, bir işletmenin bulunduğu adres ile tanınmasının dünyamızda sadece tarihsel bir anlam taşıdığını da unutmamak gerekir. Kiracılık hakkı bir işletmenin, mesela, dondurmacının, ayakkabıcının, perukçunun, şapkacının, şekerinin, ticaretini yaptığı adres ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluluğunu ifade eder.

¹⁷ Acemoğlu, s. 80; Arslanlı, s. 113-114.

¹⁸ Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru da ticaret ünvanıdır. Ticaret ünvanı haiz olduğu işlev nedeniyle, dahil olduğu kategoriden, yani fikri mülkiyet haklarından ayrı olarak kanunda zikredilmiştir.

¹⁹ Bu madde hükmü tasarıda 39. madde başlığı altında ele alınmıştır. Madde gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: 6762 sayılı Kanununun 41. maddesini karşılayan ve tekrarlayan bu hükmün ikinci fıkrası yenidir. AT'ın şirketler hukukuna ilişkin 68/151/AET sayılı 1. yönergesinden esinlenerek ve 1502. maddenin öngörme amacı göz önünde tutularak kaleme alınan bu hüküm ile şeffaflığın sağlanması amaçlanmıştır. Tacir işletmesiyle ilgili belgelerinde sicil numarasını, ticaret ünvanını, merkezini, tacir ticaret şirketi ise sermaye miktarını ve ayrıca web sitesi adresi ve numarasını yazmak zorundadır. Bunlar, söz konusu belgelere yazılması gerekenler bakımından asgariyi göstermektedir.

²⁰ Tasarıda 49. madde birinci fıkrada tekrar edilmiştir. Y. TD. 16.04.1973 T. , E. 1714, K. 1714. , sayılı kararı: “...Ticaret ünvanı işletmeden ayrı olarak üçüncü kişilere devredilemez. Ancak ticaret ünvanı devredilmeksizin ticari işletme devredilebilir. Devir sözleşmesinde aksi kabul edilmiş olmadıkça, ticaret ünvanı da devredilmiş sayılır. Olayda davacı işletmesini davalıya devrettiğini ve ancak markasını kullanmak hususunda davalıya devrettiğini ve ancak markasını kullanmak hususunda davalıya satış yapmadığını beyanla marka üzerindeki haksız müdahalesinin menini istemiştir. TTK. m. 43' de hakiki şahısların işletmelerinde ihtimal edecekleri ünvanı, ticaretin ne şekilde olacağını tayin ve tespit etmiş 48. maddeye uygun olarak yapabileceği ilaveler ile kısaltmadan yapılacak ad ve

Devredildiği takdirde, devir geçersiz olacağı gibi, TTK. m. 53/II' de belirtilen cezai müeyyide söz konusudur²¹.

4. İŞLETME ADI:

TTK. m. 55' de düzenlenmiştir. İşletme adı, bir işletmeyi, diğer bir işletmeden ayırır. Buna göre: “ İşletme sahibini hedef tutmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırmak için kullanılan adların da sahipleri tarafından tescil ettirilmesi lazımdır”²².

İşletme adını kullanmak zorunluluğu da yoktur. Ancak, kullanıldığı takdirde sicile tescili gerekir²³.

Bununla ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından aksi kararlaştırılmamışsa işletmenin devri halinde işletme adı da devredilmiş olur.

İşletme adı, işletmeden bağımsız olarak da devredilebilir zira bunu yasaklayan bir düzenleme hukuk sistemimizde mevcut değildir²⁴.

soyadından terekküp edeceğine işaret etmiştir. Davacı, işletmenin mahiyetini ve kapsamını belli eden ilave ise (lastik asrikası) dir. Şu hale nazaran davacıya ait işletmenin ünvanı ticaret ile mamüllerine koyduğu marka birbirinin aynıdır. Ticaret ünvanı, işletmeden ayrı olarak başkasına devir edilemeyeceği, bir işletmenin devri aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça ünvanın dahi devrini tazammun edeceği TTK. m. 51 hükmü icabıdır. Davacı ticari işletmesini davalıya devrettiğine göre, aynı zamanda marka olarak kullanılan ticaret ünvanının da birlikte devir etmiş sayılması, gerçek anlamlarına göre taraf iradelerini tespit etmek mümkün olmayıp, satıştaki hakiki maksatlarının araştırılması BK. 18. maddesi emridir.” , (**Akıncı’ dan naklen**, s. 52).

²¹ Tasarıda, bu hüküm 51. madde başlığı altında düzenlenmiştir ve hüküm aynen tekrar edilmiştir. Sadece, birinci fıkraya Türk Patent Enstitüsü eklenmiştir. Buna göre; “ Bütün mahkemeler, memurlar, ticaret ve sanayi odaları, noterler ve Türk Patent Enstitüsü, görevlerini yaparlarken bir ticaret ünvanının tescil edilmediğini, kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenirlerse durumu yetkili ticaret sicil müdürüne ve Cumhuriyet savcılığına bildirmek zorundadırlar” denmiştir. ; Devrin devreden ve devralan açısından hüküm ve sonuçları bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

²² Tasarıda 53. madde başlığı altında ele alınmıştır. Hüküm, 6762 sayılı Kanunun 55. maddesinin devam ettirmektedir. Sadece gönderme yapılan maddeler yeniden düzenlenmiş ve numaraları belirlenen maddelerin tescil edilen işletme adlarına uygulanacağı belirtilmiştir. Tescil edilmemiş işletme adlarına uygulanacağı belirtilmiştir. Tescil edilmemiş işletme adları, haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır.

²³ **Akıncı**, s. 53.

²⁴ Aksi görüş için bkz. Y. TD. , 27.10.1970, E. 1574, K. 3909, Davada uyuşmazlık konusu olan (Çemberlitaş Turşucusu) ismi, TTK. m. 55' de açıklandığı gibi işletme sahibini hedef tutmaksızın

5. MARKA:

Bir işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrinde, devir sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadığı sürece işletmeye ait markaların devrini de kapsar. Bu hüküm, işletmenin devrine sözleşmeden doğan yükümlülük halinde uygulanır.

Marka, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir. Mahkeme kararının sonucu olan devir hariç markanın devri yazılı olarak yapılır (MarkKHK. m. 15/II). Markalar siciline kaydedilmeyen devir, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (MarkKHK. m. 16/VII).

Markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde, devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz (MarkKHK. m. 16/IV).

Devir ile marka, sahibinin malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına dahil olur. Bu nedenle, satım sözleşmesi hükümleri yanında - tasarrufi bir işlem olması sebebiyle - alacağın temlikine ilişkin kurallar da uygulanır²⁵.

Hacizli markanın devri halinde, haczin sicile şerhi ile markayı devralacak olan kişilerin bu yükümlülükle marka hakkını üzerilerine aldıklarının kabulü gerekir. Bu durumda, haciz devralanı da bağlayacaktır²⁶. Marka ve ayırt edici ad ve işaretler maddi bir varlığa sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle yani bir eşya niteliğini haiz olmadığından zilyetliğe de konu olamazlar. Bunun sonucu olarak da üzerinde

doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmeden ayırt etmek için kullanılan bir işletme adıdır. Tescil edilen işletme adı Kanun tarafından korunan bir hak tevhit ederse de, işletme devredilmeksizin işletme adının devri söz konusu olamaz. Olayda davalı ile babası arasında tüzel kişiliğe haiz bir ortaklık kurulmadığı gibi, işletmenin davalıya devredilmemiş bulunmasına ve şuyunun giderilmesi yoluyla dükkanın demirbaş eşyasının olmasıişletmeyi devir sayılamayacağına ve davacının daha önce işletme adını tescil ettirmiş olmasına göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının rediyle hükmün onanmasına karar verilmiştir.” (Eriş, s. 379).

²⁵ Tekinalp, Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 427.

²⁶ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 430.

zilyetlik oluşturabilinen menkullerden sayılması da mümkün değildir. O halde, ilk bakışta belirlenebileceği gibi menkul mallarla sınırlı İİK.nun 86. maddesi markalar bakımından uygulama alanı bulamaz. Nitekim, kanun koyucu da bu amaçla 556 sayılı KHK' nin 19. maddesinde markaların haczini özel olarak düzenlemiş ve İİK' nun haciz yolu ile takipteki 86. maddesine yollama yapmadan, markaların işletmeden bağımsız olarak hacedilebileceği ve haczin sicile kayıt ve keyfiyetin yayınlanacağını öngörmüştür. Yasa koyucunun bu düzenleme ile yetinmesi çok doğaldır. Zira, menkul mallarla ilgili İİK' nun 86/1. maddesinin getirdiği tasarruf yetkisini sınırlama, o menkul malın zilyet değiştirmesi halinde alacaklının bundan zarar görmesini önlemeye yöneliktir. Sicile kayıtlı ve devir işlemleri de ancak sicil üzerinden oluşabilecek marka hakkı bakımından bu sınırlandırmaya gerek yoktur. Haczin sicile şerhi ile o markayı devir alacak kişilerin bu yükümlülükle marka hakkını üzerlerine aldıklarının kabulü gerekir. Bu durumda da haciz alacakların devir işleminden, devir alan kimse bakımından da onu bağlayacak diğer bir deyişle haciz prosedürü işlemeye devam edecektir.

Marka sahibinin izni olmadan onun ticari vekili veya temsilcisi adına marka tescil edilmesi halinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin söz konusu tescilin kendi lehine devredilmesini isteme yetkisi vardır (MarkKHK. m. 17/I).

Garanti markasının veya ortak markanın devri veya bir ortak markada lisans verilmesi, marka siciline kayıt halinde geçerlidir (tescilin kurucu etkisinin olduğu devir) (MarkKHK. m. 60). Burada üzerinde durulması gereken husus; teknik yönetmelikte öngörülen koşulları yerine getirerek garanti markasını kullanmaya hak kazanan işletmelerin, garanti markasını devretmelerinin söz konusu olmamasıdır. Zira bu işletmeler, marka üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildiler²⁷.

²⁷Alcan, E, Marka ve Marka Hakkının Korunması, Erişim: 12.04.2006, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/marka_hakki_karunmasi.htm.

6. İHTİRA BERATLARI (PATENT HAKKI):

Daha önce bununla ilgili tanımı yaptığımız içinde burada sadece devri hususu üzerinde duracağız. Ticari işletme ile beraber veya bağımsız olarak devredilebilirler²⁸.

Bu konuda; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin 87. maddesine göre, patent üzerinde birden çok şahsın hak sahipliği söz konusu olsa bile bunların devri için bölünebilmeleri imkansızdır. Müşterek hak sahibi kendisine düşen payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecektir. Ancak böyle bir tasarrufta bulunabilmesi yani payın üçüncü bir şahsa devredilmesi halinde diğer pay sahiplerine önalım haklarını kullanabilmeleri için Patent Enstitüsü tarafından durum iki ay içinde bildirilecektir (PatKHK'nun 85. maddesinin a bendi).

Yine KHK. No. 551 m. 90/I' e göre, patentten doğan haklar ivazlı veya ivazsız devredilebilir. Böyle bir devir olduğunda devreden bu işlemleri yapmaya yetkili olmadığı sonradan anlaşıldığında bu kimse ilgililere karşı sorumlu olacaktır. “ Patent başvurusunun geri alınması veya başvurunun red edilmesi veya patent hakkının hükümsüzlüğüne mahkemece karar verilmiş olması hallerinde, tarafların hakkı devir eden veya lisans veren bakımından daha kapsamlı bir sorumluluğu sözleşme ile öngörmemiş olmaları halinde, bu Kanun Hükümünde Kararnamenin 131 inci maddesi hükmü uygulanır” (PatKHK. m. 90/II).

Devredilen patent başvurusunun veya devre konu buluşun ayıplı olmasından üçüncü şahısların zarar görmesi halinde devreden ve devralan müteselsilen sorumlu olurlar (PatKHK. m. 91/I).

PatKHK. m. 91/I hükmüne göre sorumlu kılınan devir eden veya lisans veren, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, devir alan veya lisans alana rücu edebilir. Rücu, devir eden veya lisans verenin kötü niyetli olmadığı hallerde ve hakkaniyet düşüncesi ile zarara kısmen veya tamamen devir alan veya lisans alanın katlanması gerektiği durumlarda mümkündür (PatKHK. m. 91/II).

²⁸ Ayiter, İhtira, s. 100.

Patentlere ilişkin devir işlemleri iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ancak Patent Siciline kayıt tarihinden itibaren sonuç doğurur (KHK. No. 551 m. 92/II).

7. SINAİ RESİM VE MODELLER:

TTK. m. 11/II' ye göre; resim ve modeller gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi tarzda tahsis olunan sınai hakların ticari işletmenin unsuru olduğu ve aksine bir hüküm olmadıkça işletmenin devri ile beraber devrolunacağı hükme bağlanmıştır.

a. Faydalı Model Belgeleri: Türkiye'de ve dünyada yeni olan ve sanayiye uygulanabilen buluşların sahiplerine belirli bir süre (10 yıl), bu buluş konusu ürünü üretme ve pazarlama hakkının tanınmasıdır.

Patent gibi, faydalı modelinde konusu buluştur (PatKHK. m. 1, 153, 156/I).

Faydalı model, PatKHK' da tanımlanmamış, ancak, onun “ yeni olan” ve “sanayiye uygulanabilen” bir buluş olduğu belirtilmiştir (PatKHK. m. 154). Buradan şu tanım faydalı model için yapılabilir. Faydalı model, sanayiye ve üç boyutlu bir ürüne uygulanan yenilik basamağına haiz bulunmayan basit bir çözümü içeren küçük bir buluştur²⁹.

Faydalı model isteme hakkı, buluşu yapana ve haleflerine aittir (PatKHK. m. 157/I). Faydalı model belgesinin konusu olan buluş birden fazla kişinin ortak eseri ise, bunu isteme hakkı buluş sahiplerine ortaklaşa aittir. Aralarında başka türlü kararlaştırmışlarsa, örneğin buluşun içlerinden birine ait olacağı şeklinde, bu karar uyulur³⁰.

Faydalı model belgesi verilmesi işlemleri, patent verilmesine oranla, hem zaman hem de masraf açısından daha elverişlidir. Faydalı model koruması elde etme işlemlerinin basit ve ucuz olmasının, özellikle küçük ve orta ölçekli sanayicilerimizin ve araştırma kuruluşlarımızın buluş yapmalarını ve bunları sanayiye uygulamalarını özendirceği

²⁹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 667.

³⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 674.

düşünülmüştür. Diğer taraftan, özellikle günümüzde, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin gerçekleştirdiği yeniliklerin, rakiplerce hemen hemen aynısının yapılarak taklit edilmesi tehlikesi mevcuttur. Küçük ve orta büyüklükteki bu işletmelerin, mütevazî de olsa, bu buluşlarını faydalı model belgesi vererek korumak, onların ekonomik varlıklarının idamesine hizmet edecektir. Başka bir deyişle, faydalı model koruması, tecavüz fiillerine karşı, patent korumasına oranla daha çabuk ve seri bir işlev görecektir şekilde düzenlenmiştir³¹.

PatKHK. m. 157/I' e göre; faydalı model belgesinin başkalarına devri mümkündür.

Patentler için öngörülen hükümler, faydalı model belgelerine ilişkin açık bulunmayan ve faydalı model belgelerinin özelliği ile çatışmadığı taktirde uygulama alanı bulur (KHK. No.551 m. 166)³². Bunu belirttikten sonra esas konumuz olmamasına karşın patent ve faydalı model arasındaki başlıca dört farkı da belirtmek de yarar vardır. Zira bu şekilde herhangi bir karışıklık oluşmasın. İlk fark; faydalı modelde tekniğin bilinen durumunun aşılması kriteri aranmaz. İkinci fark; koruma süreleri açısından. Üçüncüsü; faydalı model belgesine, ek faydalı model belgesi verilmez. Son fark ise; araştırma ve inceleme işlemlerinin olmaması nedeniyle patent verilmesine oranla faydalı model belgesinin verilmesi, hem zaman hem de masraf açısından daha elverişlidir.

b. Endüstriyel Tasarımlar: 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin³³ 3. maddesine göre, “ Tasarım, bir ürünün tümü, veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütündür”. Kararnameye göre, tescilli tasarımlar yeni ve de ayırt edici niteliğe sahip olduklarında belge verilerek korumaya tabi tutulurlar, tescilsiz tasarımların korunması ise, genel hükümlere tabi tutulur.

³¹ **Marpataş Patent Bürosu**, Faydalı Model nedir ve Yararları Nelerdir ? , Erişim: 13.04.2006, <http://www.marpatas.com.tr/genelbilgiler2.html>.Patent.

³² **Atasoy**, s. 51.

³³ RG. 31.12.1997, S. 23217.

Tasarımın tescil başvurusu veya tescilden doğan tasarım hakkı bir başkasına devredilebilir (KHK. No. 554 m. 21/I).

8. LİSANS SÖZLEŞMELERİ:

Lisans sözleşmeleri, gerek Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda gerekse patent, marka, endüstriyel tasarımlara ilişkin diğer sınai hakları düzenleyen mevzuatla düzenlenmiş gayri maddi hakların ya da özel kanunlarda düzenlemesi olmayan ancak genel hukuk normları ile korunan hakların veya fiili durumların kullanılma hakkının devredildiği sözleşmelerdir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu lisans sözleşmesi değil, ruhsat ifadesini kullanmakta da olsa, burada söz konusu olan sözleşmelerin de nitelik açısından lisans sözleşmeleri olarak kabulü gerekir³⁴.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez.

9. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ HAK³⁵:

13.12.1951’ de Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1. maddesine göre; fikir ve sanat eseri, sahibinin özelliklerini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nev’ i fikir ve sanat mahsulünü ifade eder.

Fikir ve sanat eserlerinde hakkın iktisap edildiği an, eserin meydana geldiği anda ve herhangi bir muameleye gerek olmadan bütün şumulü ile doğar³⁶.

Fikir ve sanat eserleri, bir müessesenin işletilmesi için daimi tarzda işletmeye tahsis olunmuş mutlak haklardan olup işletmenin unsurlarındandır.

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, gayri maddi mallar arasındadır. Yine, gayri maddi mallar üzerinde bir korumanın söz konusu olabilmesi için bunların bazı

³⁴ **Özdemir, O. S.**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 39.

³⁵ **Kınacıoğlu, N.**, Türkiye’ de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazarı Esasları, Haluk Tandoğan’ ın Hatırasına (1925-1988), Ankara 1990, s. 549.

³⁶ **Ayiter**, İhtira, s. 3.

menfaatlere hizmet etmeleri gerekmektedir. FSEK. m. 13' e göre, fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun tarafından himaye altına alınır demek suretiyle menfaatleri mali (işleme, çoğaltma, yayma, temsil, radyo ile yayım hakkı) ve manevi olarak ikiye ayırmıştır.

FSEK. m. 48' e göre; eser sahibi veya mirasçıları, kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibariyle sınırlı veya sınırsız karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilecektir. FSEK. m. 49' a göre de; ancak eser sahipleri veya mirasçılarından böyle bir hakkı kullanma ruhsatını kazanmış bulunan kimse ancak bunların yazılı muvafakati ile bu hakkını veya kullanma ruhsatını bir başkasına devredebilir. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça mali bir hakkın devri veya bir ruhsatın verilmesi, eserin tercüme veya sair işlenmelerine geçerli değildir (FSEK. m. 55) ve yine aksi kararlaştırılmadıkça, asıl ve çoğaltılmış nüsha üzerindeki mülkiyet hakkının devri, fikri hakların devrini gerektirmeyecektir (FSEK. m. 57). Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını sahip olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma âletlerinin zilyedliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır (FSEK. m. 57/ II).

Burada önemli olan husus manevi hakların devre konu olmamasındadır. Nitekim; ticari işletme devredilmiş olsa bile, söz konusu manevi haklar geçmeyecektir.

Telif hakkı da TTK. m. 11/II' de belirtilen unsurlardan biridir, işletmeye daimi tarzda tahsis edilmiş sınai haklardandır.

Telif hakkı, bir düşünsel yapıt yaratan kişinin o yapıt dolayısıyla sahip olduğu haktır. Telif hakkı, fikir ve kalem eserleri üzerindeki mali hakların ve bu arada özellikle tab, neşir, satışa çıkarma, başka dile tercüme ve diğer şekillendirme yetkilerini içine alır³⁷.

Bu hak sadece tabilik ve kitap ticareti alanında değil her çeşit modeller, resimler, mimari, planları coğrafya ve buna ait eserler, heykeller, musiki beste ve notaları, plaklar vesaire gibi fikir, sanat ve zeka mahsulleri üzerinde de kabul

³⁷ Atasoy, s. 53.

edilmektedir³⁸. Kanun, eser mahiyeti taşıyan mahsulleri korumaktadır. Bu çerçevede; eser sahibi, hukuki muamele ve tasarruflar aracılığıyla kanun koyucunun kendilerine temin ettikleri menfaatlerden iktisaden yararlanma hakkını kazanır.

Eser sahibi, kendisine tanınan mali haklardan bizzat kullanmak suretiyle değil de bunların kullanımını bir ivaz karşılığında başkalarına tamamen veya geçici ya da belirli nüshalara ait olmak üzere devredebilir. Devralan kimse de yapılan anlaşmanın hükümleri çerçevesinde hak sahibinin yerine geçer.

FSEK. m. 48' e göre; eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibariyle mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler.

FSEK. m. 49'a göre; eser sahibi veya mirasçılarından mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir.

B. ŞUBE

Ticari işletmenin devri halinde, devrin kapsamına, işletmenin bir parçası durumunda bulunan ticari işletmenin şubesi de dahildir (TTK. m. 11/II).

Her ticari işletmenin bir merkezi bulunmalıdır. Ticari işletmenin merkezi, işletmenin idari, hukuki ve ticari faaliyetlerinin toplandığı ve yürütüldüğü yeri ifade eder.

Tacir işletme kapsamında yürütülen faaliyetin yaygınlaşması karşısında işleri merkezden yönetmek yerine kuracağı yarı bağımsız birimler, yani şubeler aracılığıyla mahallinden yürütmek isteyebilir.

³⁸ **Bilgişin**, s. 229; **Hirsch**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948, s. 127; **Atasoy**, s. 54.

Bir yerin şube sayılabilmesi için gerekli şartlar şunlardır :

- **Merkeze bağlı olma:** Şube ile merkezin aynı gerçek veya tüzel kişiye ait olması gerekir. Şubenin kar ve zararı merkeze aittir. Şube aracılığıyla elde edilen hakların ve üstlenilen borçların sahibi de işletmenin kendisidir.
- **Dış işlerde bağımsızlık:** Merkeze bağımlı olan şubenin merkezin yapmaya yetkili olduğu işlemleri üçüncü kişilerle kendi başına yapma yetkisine sahip olması gerekir. Bu konuda ticari işletmenin faaliyet alanına göre asli nitelik arz eden işlemleri yapması yeterli görülmektedir.
- **Yer ve yönetim ayrılığı:** Merkez ile şube arasında kural olarak yer ayrılığı vardır. Ancak şube başka bir şehirde açabileceği gibi aynı şehirde de hatta merkezin bulunduğu bina içinde dahi kurulabilir. Şube kendi başına işlem yapmaya yetkili olduğundan merkezden ayrı bir muhasebe ve defterlere sahip olması gerekir. Ticari defterlerin mutlaka şubede bulunması ve hesapların orada tutulması şart değildir. Şubeyle ilgili kayıtların defterlere merkez tarafından geçirilmesi mümkündür.

Merkezi Türkiye’de bulunan ticari işletmelerin şubeleri buldukları yer ticaret siciline tescil ve ilan edilirler.

Şubeler kendi merkezlerinin ticaret ünvanını, şube olduklarını belirterek kullanmak zorundadır.

C. MÜŞTERİ HAKKI

Bir ticari işletmeden mal istemek suretiyle devamlı bir şekilde münasebette bulunan kimseler topluluğuna, müşteri tabakası denir³⁹.

Her ticari işletmenin, sürdürdüğü faaliyet oranında bir müşteri çevresi vardır, işte bir işletmeyi ayakta tutan, yaşatan da yine o işletmenin sahip olduğu müşteri

³⁹ Özsunay, s. 6.

çevresidir. Bu müşteri çevresi veya bu müşteri çevresinin çokluğu, ticaret hacminin genişliğini ve bunun sonucu olarak da işletmenin gücünü ve değerini arttırmaktadır⁴⁰.

Ticari işletmenin sahip olduğu değer, çoğunlukla işletmenin sahip olduğu maddi ve gayri maddi unsurların ekonomik değer toplamının üstündedir. Bu fazlalık çoğu sebep dolayısıyla, örneğin; işletmenin bulunduğu yerin merkeziliği, verimli ve etkin çalışmayı sağlayan bir organizasyonun mevcudiyeti, satışa arz olunan mal ve hizmetin kalitesi gibi, işletmeyle devamlı iş yapan bir müşteri topluluğunun bulunmasından (goodwill) kaynaklanabilir⁴¹. Bunun için müşteri hakkı ticari işletmenin en önemli unsurlarından biridir, hatta belli bir dereceye kadar tek unsurdur bile denilebilir⁴².

Peştemaliye (müşteri çevresi); Ticaret Kanununda ticari işletmenin unsurlarından sayılmamakla birlikte, ticari işletmenin müşteri çevresinin üzerinde sahip olduğu bir hak olarak nitelenen müşteri hakkı ticari işletmenin gayri maddi unsurlarındandır⁴³.

Müşteri topluluğu için önemli olan ve bu müşteri topluluğunu işletmeye bağlayan unsur tacirin şahsı olabilir. Bu durumda; oluşan müşteri topluluğuna şahsa bağlı müşteriler topluluğu denir. Ancak; tacirin şahsının müşteriler için önemli olmadığı durumlarda mevcuttur, yani, müşteri topluluğunu işletmeye bağlayan ticaret ünvanı, marka, modeller, paketleme, belli eşyaların varlığı, malların nitelik ve niceliği gibi işletmeye özellik kazandıran ve işletmenin mallarını diğer işletmelerin mallarından ayıran işaretler de olabilir. Müşteri topluluğu bu tanıtma işaretlerine bağlıdır⁴⁴.

⁴⁰ Karayalçın, s. 174.

⁴¹ Arkan, s. 33.

⁴² Acemoğlu, s. 24; Bilgişin, s 223.

⁴³ Tasarıda, önemli unsurlardan biri de, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir. Tasarı işletme değerinin yanında, parantez içinde ticaret ve ticaret hukuku tarihimizden gelen ve kavramı çok iyi ifade eden peştemaliye sözcüğünü de kullanmıştır.

⁴⁴ Atasoy, s. 56.

İşletmenin oldukça işlek bir yerde faaliyet göstermesi de yine müşteri topluluğunun oluşmasında etkili olan nedenlerde olabilir. Yine alışkanlıklar da etkenler arasındadır.

Müşteri çevresi işletmenin faaliyetlerinin sürekliliğini sağlayan faktörlerdendir. Ancak; müşteri demek hukuken ticari işletmeye bağlı olan kişiler demek de değildir. Müşterilerin o işletmeden alışveriş yapmalarının tek nedeni kendi menfaatleridir, zorunlu bir durum değildir⁴⁵. Şüphesiz ki müşterilerin işletme ile birlikte hukuken devri söz konusu değildir⁴⁶.

Bütün anlatılardan da anlaşılacağı üzere; devredilen bir ticari işletme olduğu taktirde devralan bakımından en önemli unsur müşterilerdir. Aslında diğer bütün unsurlar, ticari işletmede müşterileri bir arada tutma amacına yöneliktir⁴⁷.

II. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradeleri arasındaki uygunluk o sözleşmenin objektif ve subjektif bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır⁴⁸.

Ticaret Kanununun genel hükümlerinde ticari işletmenin devri sözleşmesinin şekli hususunda bir düzenleme mevcut değildir, ancak, bir malvarlığı veya işletmenin devri hakkında BK. m. 179' da özel hüküm mevcuttur⁴⁹.

⁴⁵ Atasoy, s. 56.

⁴⁶ Karayalçın, Ticari İşletme, s. 175; Arslanlı, s. 113.

⁴⁷ Ayhan, s. 200; Karayalçın, Ticari İşletme, s. 175.

⁴⁸ Tuğ, A, Türk Özel Hukukunda Şekil, Mimoza Yayıncılık, Konya 1994, s. 123; Eren, F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 5. Bası, Ankara 1994, s. 292.

⁴⁹ Yeni Ticaret Kanunu Tasarısında; 11. maddenin üçüncü fıkrasında yeni düzenleme getirilmiştir. Nitekim, Borçlar Kanununun 179. maddesi ticari işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır. Buna karşılık, 1447 sayılı Kanun bütünü rehnedilmesini ayrıntılı kurallara bağlamıştır. Tasarının 11. maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan bütünü vurgulamakta ve devir sözleşmesini yazılı şekle tabi kılmakta, diğer taraftan da bütüne doğal olarak hangi malvarlığı unsurlarının dahil olduğunu göstermektedir. Böylece, 6762 sayılı Kanunun 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sözleşmenin ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşme olduğu Tasarının 11. maddesinin üçüncü fıkrasında açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

BK bakımından, işletmenin devri için tek bir sözleşme yapılması yeterlidir. Bu sözleşme, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir (BK. m. 11/I).

Devir sözleşmesi esas itibariyle herhangi bir şekle bağlı değildir. BK. m. 179⁵⁰ vd. maddelerinde, bu nitelikteki sözleşmeler için bir şekil şartı öngörülmediğinden devir sözleşmesi özel bir şekil şartına tabi değildir⁵¹. Ancak, ticari işletmede devri kanunen özel şekle bağlanmış unsurlar var ise bu taktirde, bunların devri için söz konusu özel şekle uyulması gerekir. Bu durum sözleşmenin bir kısmı için veya tamamı için öngörülebilir. Mesela gayrimenkul alım-satımın ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde yapılmaları gibi. Tasarruf işleminin ise, BK. m. 179' da külli halefiyet söz konusu olmadığı için, her bir unsur için öngörülen özel şartlar çerçevesinde yapılmalıdır⁵².

BK. m. 11/II' de belirtildiği üzere, kanunun sözleşmeler için öngördüğü şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir⁵³. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler geçerli değildir. Kısaca, ticari işletmenin devri sözleşmesi kural olarak hiçbir şekle bağlı olmasa da ticari işletme içinde kanunen devri özel şekle bağlı unsurların olması durumunda bu unsurların devri için sözleşme şekle bağlı olarak kurulur. Tabii bu şekil şartı, ticari işletmenin unsurlarının devri için gereklidir⁵⁴.

İşletmenin devralınması durumunda, devrin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' un 7. maddesi gereğince Rekabet Kurulu' ndan izin alınması gerekir⁵⁵.

Ticari işletme devri genellikle bir satış sözleşmesine dayanır. Dolayısıyla, bu sözleşmeyle ilgili ayıp ve zapta karşı tekeffül hükümleri (BK. m. 194, 189 vd.) burada da uygulanır⁵⁶.

⁵⁰ Tasarıda 207. madde başlığı altındadır.

⁵¹ **Acemoğlu**, s. 50; **Ataay, A**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980, s. 321. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 11. maddesinin üçüncü fıkrası devir sözleşmesini yazılı şekle tabi kılmaktadır.

⁵² **Arkan**, s. 42.

⁵³ Tasarıda, BK. m. 12' de düzenlenmiştir.

⁵⁴ **Atasoy**, s. 70.

⁵⁵ İleride ayrıntılı şekilde incelenecektir.

⁵⁶ **Arkan**, s. 44.

1. Devir Sözleşmesinin Mahiyeti Gereğince Yazılı Şekle Bağlılık

Devir sözleşmesinin mahiyeti gereği yazılı şekle tabi olacak, işletmenin devri değil, işletmenin unsurlarının devridir. Sözleşmenin mahiyeti icabı bir şekle bağlı olması gerekiyorsa ve şekle uyulmadan yapılmışsa sözleşmenin geçersiz olacağı açıktır. Şekle tabi olan unsur işletmenin bütünü için bir öneme sahip değilse devir sözleşmesi sadece o unsur için geçersiz olacaktır. Ancak, ticari işletmenin bütünü açısından öneme sahip ise, sözleşmenin tümü geçersiz olacaktır⁵⁷.

2. Devir Sözleşmesine Dahil Unsurlara Göre Şekle Bağlılık

Devir sözleşmesine konu teşkil eden malvarlığında bir taşınmaz var ise, bu takdirde bu taşınmazın devri konusunda mutlaka resmi şekil şartına uyulması gerekir.

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali hakların (FSEK. m. 52) devri için sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekir. “ Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm, işletmenin devrine, sözleşmeden doğan yükümlülük halinde uygulanır.” (KHK. No. 556 m. 16/II).

“İkinci fıkra hükmü hariç olmak üzere, bir markanın devri, mahkeme kararının sonucu olan devir hariç, yazılı olarak yapılır ve devir sözleşmesi taraflarca imzalanır. Aksine sözleşmeler hükümsüzdür” (KHK. No. 556 m. 16/III).

a. Alacakların devri (temlik)

Alacaklı, alacak hakkının devri ve temlik mümkün olduğu için, gerek iktisadi gerekse ticari bir çok nedenden alacağını başka birisine devredebilir. Devir imkanını sağlayan en genel hukuki işlem de alacağın temlikidir. Kural; bütün alacakların temlik yoluyla devredilebilmesi olmakla birlikte, bazı alacaklar için farklı işlemler gerekebilir, bunlar da, kıymetli evraka bağlanan alacaklardır.

Alacağın temlik, BK. m. 162-172 arasında düzenlenmiş olmasına karşın Bu kurumun tarifi yapılmamıştır. Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını

⁵⁷ Acemoğlu, s. 52.

borçlunun rızasına gerek olmadan, bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine denir⁵⁸.

Alacaklı borçlunun rızasını (onamını) aramaksızın, alacağını üçüncü bir kişiye temlik edebilir (devredebilir) (BK. m. 162/I)⁵⁹. Alacağın devri ile birlikte, alacaklı değişir, alacak devralana geçer. Alacağı temlik eden borcun ifasını isteyemez, bu hak yeni alacaklıdır⁶⁰.

Alacağın temlikinde, alacak ve aksi kararlaştırılmamışsa bu alacağın fer' ileri; alacağa bağlı olan talep hakları da (örneğin; dava, icra yapma vs.) devredilmiş olur. Bu nedenle, alacağın temlikinden sonra da, devreden alacaklı, borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlıdır. Örneğin, bir satış sözleşmesinde, alacağını devreden satıcının malı teslim yükümlülüğü devam eder⁶¹.

Bütün alacaklar, ister sözleşmeden, ister haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olsunlar – yasa veya sözleşme hükümlerine veya işin niteliğine göre yasaklanmış olmadıkça – (BK. m. 163/I) başkasına devredilebilir⁶². Yeterli ölçüde belirlenmiş veya belirlenebilir olmak şartıyla daha sonra meydana gelecek (müstakbel) alacaklar (örneğin, ilerdeki kira alacakları) ve şarta bağlı alacaklar da temlik edilebilir. Bölünebilen hallerde alacağın bir kısmının da temliki mümkündür. Buna karşılık; konu veya zaman bakımından bir sınırlama yapmaksızın doğacak bütün alacakların temlikini öngören sözleşmeler, şahsiyet haklarına, ahlaka aykırıdır, ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanması niteliğindedir ve bu nedenle geçersizdir⁶³.

⁵⁸ **Eren, F.** , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 1176; **Erdoğan, İ.** Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri, SÜHFD, Jale G. AKİPEK' e Armağan, Konya 1991, s. 482; **Dayınlarlı, K.** Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 2. Baskı, Ankara 2000, s. 54.

⁵⁹ Tasarıda, BK. m. 188' de düzenlenmiştir.

⁶⁰ **Yekta, M. F.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 373.

⁶¹ **Yekta**, s. 374; **Akıntürk**, s. 185.

⁶² **Erdoğan**, Alacağın Temliki, s. 468; **Aral, F.** Topyekün Temlik, AÜHFD, 1992, C. 24, S. 1-4, s. 94-106; **Yekta**, s. 374.

⁶³ **Yekta**, s. 374.

Alacağın temliki, Borçlar Kanunu tarafından düzenlenen bir sözleşmedir, borçlandırıcı bir sözleşme değildir. Temlik, alacağı devreden kimsenin malvarlığından devralan kimsenin malvarlığına geçiren bir tasarruf işlemidir⁶⁴.

Tasarruf muamelesini özellikle iki unsur nitelemektedir. Bunlardan ilki; bir hukuki muamelenin varlığı, ikincisi ise; bu muamelenin doğrudan bir hakkı veya hukuki ilişkiyi etkilemesidir. Bu iki unsurun bulunup bulunmadığının incelenmesi gereklidir.

Her tasarruf muamelesi zorunlu olarak hukuki bir muameledir. Alacağın temliki de hukuki muamele niteliği taşımaktadır. Nitekim, bir alacağını üçüncü bir şahsa temlik eden kimse, temlik edilen hakkın üçüncü şahsa geçmesi için temlik iradesini beyan etmektedir. Temlik, bir sözleşme olduğu için, temellük edenin de temlik edenin temlik irade beyanını kabul etmesi gerekir. Temlik edenle temellük edenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını içermedikçe, temellük eden ilk alacaklının yerine geçemez⁶⁵.

İkinci niteliği ise, bu muamele ile bir hakkın veya hukuki ilişkinin hukuken değişikliğe uğramasıdır. Böyle bir durumda; irade beyanı ile temlik eden doğrudan doğruya bir hakkı veya mevcut olan hukuki ilişkiyi etkiler, onu bir başkasına devreder.

Temlik eden, bu muamele ile kendi malvarlığının aktifini azaltırken temellük edenin aktifini artırmaktadır. Temlikin yapılmasıyla temlik edilen alacak üzerinde temlik edenin hiçbir hakkı kalmaz. Temlik edilen alacak üzerinde temlik edenin dava hakkı da sona erer⁶⁶.

⁶⁴ **Olgaç, S.**, Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 1976, s. 916; **Önen**, s. 89; **Dayınlı**, s. 74. Y. 4. HD. , 18.02.1965, T. 1963/8716, E. 1965/862 K. sayılı kararında alacağın temlikinin temlik eden alacaklı ile temellük eden kişi arasında yapılan sözleşmeye dayanılarak meydana gelen tasarrufi bir işlem olduğunu açıklamıştır (**Erdem, N.**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. I, Ankara 1987; C. II, Ankara 1988; C. III, Adana 1990, s. 1090).

⁶⁵ **Dayınlı**, s. 75.

⁶⁶ **Dayınlı**, s. 76.

Alacağın temlik sözleşmesinin geçerliliği BK. m. 163' e göre yazılı şekle tabidir. Ancak; ikinci fıkrada temlik vaadinin şekle tabi olmadığı belirtilmiştir⁶⁷.

Alacağın temlik sebebe bağlı olmayan bir işlemdir⁶⁸. Temlikin sebebini meydana getiren borçlandırıcı işlem, geçerli veya mevcut bulunmasa bile, alacak yine temlik edilene geçer. Bu yüzden de; devir sözleşmesinin geçerli olmamasına rağmen eğer temlik yapılmamışsa, malvarlığı veya ticari işletmeye bağlı alacak devralana geçer. Devreden böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme davasına başvurmak zorundadır⁶⁹. Alacağın temlik kural olarak sebebe bağlı olmayan bir işlem olmasına karşın taraflar isterlerse alacağın devredilmesinin geçerli olmasını temlikin dayandığı sebebin geçerli olmasına dayandırabilirler⁷⁰.

“ Bir alacağın temlik, temlik eden kimsenin şahsına özgü olanlar dışındaki, öncelik haklarını ve diğer yan hakları da kapsar” (BK. m. 168/I)⁷¹. Böylece alacak temlik edildiğinde; alacağı garanti eden, kefalet, menkul ve gayrimenkul rehni, hapis hakkı gibi yan haklar kendiliğinden alacağı devralana geçer. Ayrıca; işlemiş, birikmiş faizler de alacakla birlikte devredilmiş sayılır⁷². Alacağı devralana, alacakla beraber geçen “öncelik haklarına” örnek olarak İİK. m. 206' daki öncelikli sıralar ve yenilik doğuran haklar yani ihbar, takas, irade beyanı sakatlığı halleri, fesih ve iptal hakkı gösterilebilir.

Alacağı temlik eden, devralana alacak senedini, alacağı ispatlayacak belgeleri teslim etmek ve gerekli bilgiyi vermekle sorumludur (BK. m. 168/II)⁷³.

Kural olarak; bütün alacaklar temlik sözleşmesiyle devredilebilir, ancak, bazı alacaklar için farklı işlemler gerekebilir. Bu durum BK. m. 172' de düzenlenmiştir⁷⁴.

⁶⁷ Akıntürk, s. 188; Önen, s. 91; Tasarıda; BK. m. 189' da düzenlenmiştir. Burada sadece alacağın temlik vaadi , alacağın devri sözleşmesi olarak kaleme alınmıştır.

⁶⁸ Oğuzman, M. K, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1987,s. 409; Acemoğlu, s. 76; Aksi görüş için bkz. Eren, s. 1181 vd.

⁶⁹ Acemoğlu, s. 76.

⁷⁰ Atasoy, s. 62; Önen, s. 94; Dayınlarlı, s. 82.

⁷¹ Tasarıda, BK. m. 194' de düzenlenmiştir. Buna göre, “Alacağın devri ile devreden kişinin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Asıl alacakla işlemiş faizler de devredilmiş sayılır.”

⁷² Yekta, s. 378.

⁷³ Bu madde Tasarıda BK. m. 195' de düzenlenmiştir. Aynı bir madde başlığı altında ele alınmıştır. Buna göre; “ Devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispat araçlarını teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür.”

Buna göre; “ Bazı hakların temlikine mahsus olarak kanunen muayyen olan hükümler bakidir”. Özellikle Ticaret Kanunumuzda kıymetli evrakın devrine (TTK. m. 559 vd.)⁷⁵ ilişkin olarak alacağın temlikini düzenleyen genel kurallardan (BK. m. 162-171) farklı özel hükümlere yer verilmiştir⁷⁶. Kıymetli evrakın devrinde Ticaret Kanunundaki özel kurallar öncelikle uygulanacaktır. Ticaret Kanunu madde 559’ a göre, “ Kıymetli evrakın devri için her halde senet üzerindeki zilyedliğin devri şarttır. Ayrıca, emre yazılı senetlerde ciroya, nama yazılı senetlerde yazılı bir devir beyanına da ihtiyaç vardır”.

b. Gayrimenkul rehniyle temin edilmiş alacakların devri

Gayrimenkul rehniyle temin edilmiş alacaklar da, devir bakımından, alacağın temlik hükümlerinden ayrılırlar.

aa. İpotek

İpotek, doğmuş veya ilerde doğması muhtemel bir borç için taşınmaz bir malın teminat gösterilmesidir (MK. m. 850-897). Yani; borçlu, alacaklısına borcun ödenmemesi halinde gayrimenkulü paraya çevirmek suretiyle alacağına kavuşma imkanı tanımak suretiyle alacaklının alacağını güvence altına almaktadır (MK. m. 796). İpotekle temin edilmiş alacakların devri de, yine alacağın temlik hükümleriyle devredilebilir ve bunların devri için tescil aranmaz (MK. m. 806).

Tedavüle elverişli olması nedeniyle, ipotek hakkı, kıymetli evrak şeklinde kurulamaz, alacaklının talebi üzerine kendisine verilen ipotek belgesinin kıymetli evrak niteliği de yoktur⁷⁷ .

bb. İpotekli borç senedi

İpotekli borç senedi, taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış kişisel bir alacak meydana getirir (MK. m. 898). Kıymetli evrak mahiyetindedir ve elden ele dolaşması mümkün olan bir senettir⁷⁸ .

⁷⁴ Tasarıda, BK. m. 199’ da düzenlenmiştir.

⁷⁵ Ticaret Kanunu Tasarısında, 647. madde başlığı altında düzenlenmiştir.

⁷⁶ Borçlar Kanunu Tasarısında, 188-198. maddelerinde düzenlenmiştir.

⁷⁷ Atasoy, s. 67.

cc. İrad senedi

İrad senedi, bir taşınmaz üzerinde taşınmaz yükü şeklinde kurulmuş bir alacak hakkı meydana getirir (MK. m. 903/I).

İrad senedi, kişisel borç doğurmaz ve borcun sebebini de göstermez (MK. m. 903/III). Bir gayrimenkul mükellefiyettir⁷⁹.

İpotekli borç senedindeki veya irad senedindeki alacağın devri, rehin senedinin teslim edilmesine bağlıdır. Rehin senedinin nama yazılı olması halinde devralanın adı ve devir işlemi senet üzerine yazılır (MK. m. 924).

B. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EHLİYETİ

Sözleşmeye taraf olabilmek için hak ehliyetine sahip olmak gerekir, ayrıca hukuki işlemin geçerliliği için işlemi yapan şahsın veya şahısların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir⁸⁰.

Tarafların fiil ehliyetinde Medeni Kanun çerçevesinde reşit olmak, kısıtlı olmamak, mümeyyiz olmak şartları aranır⁸¹.

Malvarlığı veya ticari işletmeyi devreden veya devralan kişi mümeyyiz küçük veya kısıtlı ise, devir işleminin geçerli olabilmesi için kanuni temsilcisinin izin veya onayı gerekli olacaktır. Eğer tam ehliyetsiz ise bu işlemi onun adına kanuni temsilcisi yapacaktır.

Sınırlı ehliyetsizler, kanuni mümessillerinin izin ve icazetine gerek olmaksızın karşılıksız kazandırmalarda bulunabilirler. Kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri tek başlarına yapamazlar, ancak, hiçbir yüküm getirilmeden malvarlığının artması veya malvarlığındaki azalmayı engelleyici işlemler yapabilirler.

⁷⁸ Kılıçoğlu, M. A, Bankacılar için Medeni Hukuk Bilgisi, 2. Bası, Ankara 1993, s. 340.

⁷⁹ Oğuzman, M. K. / Selici, Ö, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 785.

⁸⁰ Özsunay, E, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s. 31 vd. ; Zevkliler, A, Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Savaş Yayınları, Ankara 1992,s. 199; Kılıçoğlu, M. A, Bankacılar için Medeni Hukuk Bilgisi, 2. Bası, Ankara 1993, s. 141.

⁸¹ Acemoğlu, s. 54-55.

Mümeyyiz küçük veya kısıtlı, vesayet altında ise, ticari işletmeyi devredip devralabilmesi için vasisinin izni dışında, hem Sulh hem de Asliye Mahkemelerinin iznin almak zorundadır.

TTK. m. 15' de de belirtildiği gibi küçük veya kısıtlı, aynı kayıt ve şartlar altında mümeyyiz bir kimsenin yaptığı bir işlemin aynısını ondan farksız bir şekilde yaparsa sözleşmenin iptali yoluna gidilmez⁸².

V. GEÇERLİLİĞİNİ ENGELLEYEN HALLER VE GEÇERLİ OLMAMASININ SONUÇLARI

A. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKİL EKSİKLİĞİ NEDENİYLE GEÇERSİZ OLMASI

Sözleşmenin şekil noksanlığı sebebiyle geçerli olmadığını hakim kendiliğinden dikkate alacaktır. Taraflardan her biri, sözleşmede şekle uyulmaksızın yapıldığını ve bu nedenle de geçersiz olduğunu ileri sürmek hakkına sahiptir. Ancak, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan devir sözleşmesine dayanarak borcun yerine getirilmesi istenmişse sözleşme geçerli hale gelecektir⁸³.

Şekil eksikliğinin sonradan ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanımı doğrultusunda değerlendirmektedir. Ancak elbette ki, bu durum her olayda olayın durumu nazara dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁸⁴.

B. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE İRADE BOZUKLUĞU

İrade ile irade açıklaması arasında istenmeden meydana gelmiş olan uygunsuzluğa irade bozukluğu denir⁸⁵.

BK. m. 1' e göre; sözleşmeler iki taraflı hukuki işlem niteliğinde olduklarından meydana gelebilmeleri için, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine

⁸² Tasarıda, 13. madde başlığı altında düzenlenmiştir.

⁸³ Atasoy, s. 73.

⁸⁴ Y. HGK. 1958 T. , -1- 62/83 S. Kararında “.....Bir aktin tamamen icra edildikten sonra şekil noksanı sebebiyle iptalini istemek hakkın kötüye kullanılmasıdır” demiştir. (Akıncı, s. 38).

⁸⁵ Karahasan, M. R, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1992, s. 270; Eren, C. I, s. 503; Akıntürk, s. 48; Önen, s. 55.

uygun açıklamaları gerekir. Şunu da hemen belirtmek gerekir ki; bir sözleşmenin geçerli bir surette meydana gelebilmesi için, sadece tarafların karşılıklı irade açıklamaları arasında değil, aynı zamanda onların iradeleri ile irade açıklamaları arasında da uygunluğun bulunması şarttır⁸⁶.

İrade ile onun dışı yansıtılması mahiyetinde olan açıklama arasındaki uygunsuzluk, ya bilerek ve istenerek yani kasdi veya bilmeyerek ve istenmeyerek, meydana gelebilir.

Eğer irade ile açıklaması arasındaki uygunsuzluk her iki tarafça kasdi olarak meydana getirilmiş ise buna muvazaa; gayri kasdi olarak meydana gelmiş ise buna da irade bozukluğu denir.

Borçlar Kanununun 23-31. maddeleri arasında “ Rızadaki fesat” başlığı altında düzenlenmiştir. Burada düzenlenen irade bozukluğu halleri, “hata” , “hile” , “ikrah” olarak belirtilmiştir⁸⁷.

1. Hata (Yanılma)

Hata, irade ile irade açıklaması arasındaki uygunsuzluk iradesini açıklayan tarafın dikkatsizliğinden ileri gelir.

BK. m. 23’ e göre, iradesi hata sebebiyle sakatlanmış olan tarafın bu sözleşmeyle bağlı olmayacağını kabul etmekte, fakat bunun için de hatanın esaslı olmasını istemektedir⁸⁸. Buna göre esaslı hata, BK.m. 24. maddesinde ele alınmıştır⁸⁹. Buna göre esaslı hata, sözleşmenin geçerliliğine etki eder ve hata edene sözleşmenin iptalini isteme hakkı verir. Buna karşılık esaslı olmayan hata da, sözleşme geçerlidir ve hata eden sözleşmeyi iptal edemez⁹⁰.

⁸⁶ Akıntürk, T, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara 1991, s. 37; Feyzioğlu, F. N, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1976, s. 44.

⁸⁷ Tasarıda, BK. m. 30-40. maddeler arasında dili güncelleştirilerek ele alınmıştır.

⁸⁸ Tasarıda, 30. maddede yer almaktadır.

⁸⁹ Tasarıda, BK. m. 31’ de ele alınmıştır. Ayrıca; burada, açıklamada yanılma, saikte yanılma (madde 32), iletme de yanılma (madde 33) olarak düzenlenmiştir.

⁹⁰ Oğuzman, s. 70; Önen, s. 56; Akıntürk, s. 49.

Hata, devir sözleşmelerinde özellikle de ticari işletmenin devrinde uygulama alanı pek bulmaz. Ticari işletmeyi veya malvarlığını devralmak büyük menfaatler sağlayan bir işlemdir. Düşük bir bedel karşılığında ticari işletmeyi devralan kimse, daha sonra bundan beklediği sonuçları elde edememesi, ticari hayatın gereklerine göre devralanın katlanmak durumun olduğu risklerdendir. Yine bu durumda olduğu gibi, devredilecek aktiflerin değeri üzerindeki yanılma da esaslı hata teşkil etmez. Tüm bu hususlar, devir sözleşmesinin saiklerini teşkil eder.

Ancak, saik hatası, bir temel hatası olacak önemde ise, esaslı bir hata sayılır ve devir işlemi, temel hatası yüzünden hükümsüz olabilir.

Beyan sahibi belirli durum ve olaylar hakkında mesela devir sözleşmesine konu işletmenin satış hacmi ile beraber müşteri çevresinin çok olmadığı konusunda yanlış bilgi sahibi olmasaydı veya bilgi dahilindeki şart ve unsurların gerçek duruma uymadığını bilseydi, söz konusu sözleşmeyi yapma iradesi hiç veya bu şekilde oluşmayacak ve dolayısıyla da sözleşmeyi yapmayacaksa saik hatası söz konusu olur⁹¹.

2. Hile (Aldatma)

Hile, bir kimse bir takım yalanlar ve yanıltmalarla bir irade beyanında bulunmaya veya sözleşme yapmaya sevk edilmesidir. Görüldüğü gibi, hilede irade açıklamasında bulunan taraf hataya düşürülmektedir. Bu yanılma esaslı olmasa da buna maruz kalan taraf sözleşme ile bağlı değildir (BK. m. 28/I)⁹².

Devir sözleşmesinde hile en çok rastlanılan hallerden biridir⁹³. Devir sözleşmesinde; devralanın bu sözleşmeyi yapmasına sebep olacak ve gerçeğe uygun

⁹¹ **Tunçomağ**, s. 221; **Akıntürk**, s. 49.

⁹² Tasarıda, 36. maddenin birinci fıkrasında dili güncelleştirilerek düzenlenmiştir.

⁹³ Y. 1. HD. , 2005 T. , 2005/5595 E. , 2005/5880 K. , “Taraflar arasında görülen davada; Davacı, davalı ile evlenmek istediğini, ancak davalının kendisine dava konusu taşınmazdan pay verilmesi karşılığında evlenmeyi kabul edeceğini bildirmesi üzerine 71 parselde 600/1485 payın çıplak mülkiyetini davalıya devrettiğini, davalının nikah yapmaya yanaşmadığını, davalının hileli davranışıyla taşınmazın devrini sağladığını ileri sürüp, iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davalı, satış işleminin gerçek olduğunu, davacı ile bir süre birlikte yaşadıklarını, evlenme vaadiyle yapılan işlemlerin hile sayılmayacağını, davacının iddiasını yazılı delillerle ispatlaması gerektiğini belirtip davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davacının yazılı delilinin bulunmadığı, davalıya yemin teklif edilmediği, buna göre davacının davasını ispat edemediği...” , (Erişim: 04.05.2006, <http://www.adalet.org/okarar.php>).

olmayan teminatların verilmesi, işletme bilançosunda borçların bir kısmının gizlenmiş olması, yıllık satış tutarının gerçeğe aykırı olarak fazla gösterilmesi ve müşterilerin özel dostluklar sebebiyle sağlanabildiğinin saklanması, uymak zorunda olduğu rekabet yasağı borcunun açılanmaması hile sayılır ve devir sözleşmesini sakatlar⁹⁴.

Kast, sözleşmenin yapılmasına yönelik olmalıdır. Reklam niteliğinde olan, abartılmış veya övünmek maksadıyla yapılan beyanlar hile sayılmaz. Ancak, bu davranışlarda bulunan kişi yaptığı davranışın sözleşmenin yapılmasına yol açacağını biliyorsa yine hile hükümleri uygulanacaktır.

BK. m. 28/II' ye göre; üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, o sözleşmeyle bağlı değildir⁹⁵.

3. İkra (Korkutma)

Bir kimse kendisine veya yakınlarından birine bir zarar verilebileceği tehdidi altında iradesini açıklamaktadır. Bu nedenle açıkladığı irade gerçek iradesine uymamaktadır.

BK. m. 30' a göre; korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır⁹⁶. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında; bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın darda kalmasından yararlanacak ve sonuçta aşırı bir yarar elde edecek olması halinde, korkutma vardır ve sözleşme korkutulan taraf için bağlayıcı olmaz.

⁹⁴ Acemoğlu, s. 60; Önen, s. 62; Akıntürk, s. 50.

⁹⁵ Tasarıda, 36. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

⁹⁶ Tasarıda, 38. maddede düzenlenmiştir; Karahasan, s. 299-306.

Devir sözleşmesinde ikrah ise sıkça rastlanılan bir durum değildir⁹⁷.

Hakim; hata, hile veya ikrahı kendiliğinden dikkate almaz, nitekim, iradesi bozulanın sözleşmenin meydana gelmesini engellemek için bu isteğini beyan etmesi gereklidir. Bu durum BK. m. 31⁹⁸ de düzenlenmiştir. Buna göre; hata veya hile sebebiyle ya da ikrah sonucunda sözleşme yapan taraf, hata veya hileyi öğrendiği ya da ikrahın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde⁹⁹ sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya yerine getirdiği edimini geri istemezse, sözleşmeye icazet vermiş sayılır. Ayrıca; hile veya ikrahtan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmeye icazet verilmesi, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz (BK. m. 31/II)¹⁰⁰.

C. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN AHLAKA VE HUKUKA AYKIRI OLMASI

1. Ahlaka Aykırılık

BK. m. 20/I¹⁰¹ de de belirtildiği gibi ahlaka aykırı olan sözleşmeler batıldır.

Genel ahlak deyimi, belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır.

Devir sözleşmesinin ahlaka aykırı olup olmadığını tespit edebilmek için tarafların niyetlerine ve sözleşmenin yapılması sırasındaki amaçlarına bakmak gerekir. Buna yaparken, sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması ve bu şekilde incelenmesi gereklidir. Konunun ahlaka aykırı olup olmadığını tespit ederken ne

⁹⁷ Akıncı, s. 41.

⁹⁸ Tasarıda, 39. maddede düzenlenmiştir.

⁹⁹ Tasarıda, 39. maddede sürelerde bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu andan başlayarak on yıl içinde de denmiştir. Bu suretle daha önceden doktrinde, iptal hakkını bir yıllık kısa süre dışında ayrıca sözleşmenin kurulmasından itibaren azami bir süre ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışmalarına da son verilmiştir.

¹⁰⁰ Akıntürk, s. 51; Tasarıda, 39/II' de düzenlenmiştir.

¹⁰¹ Tasarıda, 27. maddede düzenlenmiştir. Buna göre tasarı metnindeki birinci fıkra şu şekildedir, "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler batıldır.

tarafların ne de hakimin ahlak anlayışına bakılır, esas olan, toplumdaki doğru ve makul kimselerin ortak görüşleridir¹⁰².

Devir sözleşmesi ahlaka aykırılık sebebiyle de batıl olabilir. Bu, konusundan doğabileceği gibi, mesela randevu evinin devrinde olduğu gibi, o devir sözleşmesiyle güdülen amacın ahlaka aykırı olmasından da doğabilir. Bahsedilen bu son durumda, devir sözleşmesinin konusu hukuka ve ahlaka uygun olduğu halde, bu sözleşme ile güdülen amaç ahlaka aykırı olduğu için batıl olacaktır¹⁰³.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus; muhteva bakımından ahlaka aykırı olan bir ticari işletmenin bu faaliyetlerine devlet tarafından izne veya kanuna dayanılarak yapılması halinde ne olacağı hususudur. Devletin veya kanunun bu noktadaki izni, işlemin ahlaka aykırı mahiyetini ortadan kaldıramaz¹⁰⁴.

Ayrıca; ahlaka aykırılık, girilen taahhüdün niteliğinden kaynaklanabileceği gibi süresi ve taraf yüklediği sorumluluğun aşırılığından da kaynaklanabilir. Sözleşme diğer tarafın iktisadi hürriyetini aşırı derecede kısıtlıyorsa, tarafı keyfi davranışa tabi tutuyorsa ve uzun bir süre bağlılık yaratıyorsa yine ahlaka aykırılık sebebiyle sözleşme geçersizdir¹⁰⁵.

2. Hukuka Aykırılık

Kanunun belli konulara ilişkin kuralları, kendilerine aykırı düşen anlaşmaları önlemek amacını güder. İşte belli bir konuya ilişkin bulunan ve tarafların iradeleriyle değiştirilmesi mümkün olmayan kurallara emredici hukuk kuralları denir. Sözleşmenin konusu emredici nitelikteki kurallara aykırı olamaz, aksi halde batıldır¹⁰⁶.

Bir çok durumda; bir hükmün emredici hukuk kaidesi olup olmadığı, ifadesinden anlaşılmaz. Hükmün niteliğini tayin için, dayandığı esasın ve hükmün

¹⁰² **Becker, H**, İsviçre MK. Şerhi, BK. 1. Kısım Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Yayınları, C. VI, S. 8, Ankara 1967, s. 97.

¹⁰³ **Acemoğlu**, s. 63.

¹⁰⁴ **Acemoğlu**, s. 63.

¹⁰⁵ **Atasoy**, s. 83.

¹⁰⁶ **Eren, C. I**, s. 389; **Akıntürk**, s. 54.

konulmasındaki amacın araştırılması gerekir¹⁰⁷. Buna göre; kamu düzenini yani toplumun menfaatini koruma amacı güden hükümler amaçları itibariyle emredici hukuk kuralı niteliği taşırlar.

Toplumun ahlaki esaslarını korumak amacı güden hükümler de amaçları icabı emredici hukuk kuralları niteliği taşırlar. Yine, fertlerin şahsiyetini korumak amacı güden hükümler de emredicidir. Ayrıca; ekonomik, sosyal veya fiziki durumları yüzünden zayıf olanları korumak amacı güden hükümler de emredicidir.

Taraflar sözü edilen emredici kuralları değiştiremezler. Bu kurallara aykırılık hükümsüzlüğe yol açar. Hatta emredici kuraldan kaçınmak için kanuna karşı hileye başvurulması halinde de aynı müeyyide uygulanır¹⁰⁸.

Devir sözleşmesi, hukuka aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersizliğine neden olabilir. Özellikle, ticari faaliyetin kanun tarafından yasaklanmış bulunmasında olduğu gibi. Sahte para basan bir fabrikanın veya kaçak rakı hazırlayan müessesenin devri gibi. Hukuka aykırılık bazen devralanın şahsından da doğabilir. Örneğin; bir eczahanenin, yabancı uyruklu birine ya da eczacılık diploması olmayan birine devri halinde olduğu gibi¹⁰⁹.

Ortada somut bir emredici hüküm bulunmasa bile, yapılan bir sözleşme kamu düzenini ihlale yönelikse, hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşır.

Kamu düzeninin kesin bir tanımını yapmak oldukça zordur, bu kavram, daha çok göreceli bir kavramdır. Ancak; kamu düzeni ile, belli bir ülkede ve belli bir zaman diliminde, toplumun ve devletin çıkarlarını çok yakından ilgilendiren ve tüm hukuk kurallarının oluşturduğu düzen anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, uygulanmalarında toplumun kesin çıkarlarının bulunduğu tüm hukuk kurallarından oluşan düzene, kamu düzeni denir¹¹⁰.

¹⁰⁷ Oğuzman, M. K. / Öz, T. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 72.

¹⁰⁸ Oğuzman/ Öz, s. 72.

¹⁰⁹ Acemoğlu, s. 62-63.

¹¹⁰ Özsunay, E, Borçlar Hukuku I, 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983, s. 56.

Bu kuralların zamanla muhtevası değişebilir. Örneğin; Türk Parasını Koruma Mevzuatının yabancı döviz bulundurulmasını yasakladığı dönemde, bu konuda kamu düzeni, sınırlayıcı bir yönde iken kısıtlamalar kaldırılınca kamu düzeni serbestlik yönüne dönuşmüştür¹¹¹.

Her ne kadar kamu düzenine aykırı sözleşmelerin hükümsüz olacağı esas olsa da doktrinde bir kanun hükmüne aykırı düşmediğı halde sözleşmenin kamu düzenine aykırı sayılarak hükümsüz kılınabilmesinin tehlikeli bir belirsizliğe yol açacağı gerekçesiyle, kanundaki bir düzenlemeye aykırı düşmeyen bir hususun kamu düzenine aykırı olduğunun da ileri sürülemeyeceğı görüşü ileri sürülmüştür¹¹².

Şahsiyet haklarını koruyan bir kurala aykırı sözleşme yapıldığında da hukuka aykırılık söz konusu olur. Bir sözleşmenin konusu şahsiyete aykırı ise, sözleşme bu sebeple hükümsüz olur. Bu nedenle, kişinin karar verme özgürlüğünün hukuki muamelelerle önceden sınırlanmasına izin verilmediğı gibi, kişiyi hak ve fiil ehliyetinden yoksun kılan işlemler de yasaktır. Kişiyi her yönden sınımsız bağlayan ve ekonomik varlığını tehlikeye düşüren sözleşmeler hükümsüzdür¹¹³.

D. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE İMKANSIZLIK

Sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin konusunu oluşturan edimlerden biri objektif olarak imkansızsa, sözleşme geçersizdir. Bu imkansızlık fiili bir imkansızlık olabileceğı gibi hukuki bir imkansızlık da olabilir. Ancak önemli olan imkansızlığın ne zaman söz konusu olduğudur. Buna göre; sözleşmenin geçerliliğine etki eden imkansızlık, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olan imkansızlıktır¹¹⁴. Sözleşme yapılırken imkansız olan edimin sonradan şartların değişmesi ile mümkün hale gelmesi, sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz.

Sözleşme yapılırken mevcut olan imkansızlığın sözleşmenin geçerliliğine tesir edebilmesi için bunun objektif bir imkansızlık olması gerekir¹¹⁵. Sözleşmedeki edim,

¹¹¹ Oğuzman/ Öz, s. 73.

¹¹² Hatemi, H, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK. m. 65 Kuralı, İstanbul 1976, s. 42 vd.

¹¹³ Özsunay, 1983, s. 56.

¹¹⁴ Dural, M, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 79.

¹¹⁵ Oğuzman/ Öz, s. 76.

aynı edimi üstlenecek hiçbir borçlu tarafından yerine getirilmeyecek ise, objektif imkansızlıktan söz edilir¹¹⁶.

Devir sözleşmesinin baştan itibaren imkansız olması, kolay rastlanılan bir durum değildir. Ancak, bu durum, devir sözleşmesi esnasında istimlak edilmiş ya da hakkında tahsis kararı verilmiş olan gayrimenkulün, malvarlığının tek konusunu oluşturduğu durumlarda söz konusu olur. Ancak devletin verdiği bir imtiyaz dolayısıyla işletilen bir ticari işletmenin devrinde, devletin devralana bu imtiyazı tanımaması, devreden tarafından sağlanmış olsa da, imkansızlık yüzünden batıl olmayacaktır¹¹⁷

Buna mukabil edimin objektif olarak imkansız olduğunu bilmesine rağmen karşı tarafa bunu söylemeyip sözleşme yapan kimse, bu davranışı yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulabilir (culpa in contrahendo)¹¹⁸.

İmkansızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık hallerinde, devir sözleşmesi geçersizdir ve tarafların icazeti ile de düzeltilmesi mümkün değildir¹¹⁹. Ayrıca; devir sözleşmesinin özellikleri dikkate alındığında, bu konuda BK. m. 20/II uygulanamayacak, ticari işletmenin veya malvarlığı unsurlarından yalnızca birinin devri bu maddeye aykırı olsa bile, bütün devir sözleşmesi geçersiz olacaktır¹²⁰.

E. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE GABİN

Bir sözleşmede tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlık bulunması haline gabin denir.

BK. m. 21' e göre; “ Bir sözleşmede edimler arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde eğer gabin zarara uğrayan tarafın zaruret içinde bulunmasından veya hiffetinden veyahut tecrübesizliğinden faydalanmak suretiyle meydana

¹¹⁶ Özsunay, 1983, s. 58; Akıntürk, s. 56.

¹¹⁷ Acemoğlu, s. 62.

¹¹⁸ Eren, C. I, s. 401.

¹¹⁹ Eren, C. III, s. 202-203.

¹²⁰ Acemoğlu, s. 63.

getirilmiş ise zarar gören taraf, bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir”¹²¹.

BK. m. 21/II’ de de bu süre sözleşmenin tamam olmasından itibaren başlar.

Devir sözleşmesinde gabin, özellikle ticari işletmenin devri halinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin; iflas etmekte olan işletmenin devredilmesi durumunda devralanın bu durumdan yararlanarak işletmeyi gerçek fiyatının çok altında satın alması hali gibi. Eğer alacaklı işletmeyi teklif ettiği fiyata devre razı olmazsa, onu, iflas ettirmekle korkutabilir. Ancak böyle bir tehdit ikrah mahiyetinde olmayabileceğinden devreden, edimler arasındaki nisbetsizlik halinde kendisini ancak gabin hükümleri ile koruyabilir¹²².

Ancak unutulmamalıdır ki, basiretli iş adamı gibi davranma (TTK. m. 20/II) yükümü altında olan tacirin, ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde tecrübesizliği söz konusu olamayacağı için, BK’ nun gabinle ilgili hükümlerinden de yararlanması mümkün olmayacaktır. Ancak, tacir muzayaka durumunda, gabin hükümlerine dayanabilir¹²³

Gabin durumunda sözleşmenin feshedilebilmesi için iki unsurun varlığı gerekmektedir. Birincisi; objektif unsur, yani, edimler arasında açık bir nisbetsizliğin varlığı halidir. İkincisi ise; subjektif unsur, yani, açık nisbetsizliğin karşı tarafın özel durumundan yararlanılarak meydana getirilmiş olması durumudur¹²⁴.

Gabin sonucunda zarara uğrayan taraf, edim borcunu yerine getirmişse verdiği şeyi geri isteyebilir¹²⁵. Karşı tarafın edimi iade etmesi gerekir, yoksa, gabin

¹²¹ Tasarıda, aşırı yararlanma olarak 28. madde başlığında düzenlenmiştir. Buna göre ise; “ Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa; bu oransızlık, zarar görenin darda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, sözleşmenin kurulmasından başlayarak bir yıl içinde durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini veya sözleşmeye bağlı kalarak oransızlığın giderilmesini isteyebilir.”

¹²² **Acemoğlu**, s. 61.

¹²³ **Arkan**, s. 134.

¹²⁴ **Karahasan**, s. 257; **Atasoy**, s. 85; **Akıncı**, s. 43.

¹²⁵ Tasarıda, bu hususa ek olarak, sözleşmeye bağlı olarak oransızlığın giderilmesini de isteyebilecektir hükmü eklenmiştir; **Akıntürk**, s. 62.

sonucunda zarara uğrayan taraf, halin icabına göre mülkiyet hakkına dayanan istihkak davası ile ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanan dava ile hakkını koruyabilecektir¹²⁶.

F. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE MUVAZAA

Muvazaa, devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından sorumlu olacağı ve devreden de devralanla beraber bir süre daha sorumlu olduğu dikkate alındığında, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak amacına hizmet etmez. Mal kaçırmak amacıyla borçlu, malvarlığını bütün olarak devretmek yerine, malvarlığını meydana getiren unsurları tek tek devretmeyi daha elverişli sayacaktır. Bu durum, çoğunlukla devir sözleşmesinin miras hükümlerini bertaraf etmek amacıyla, başka bir işlem gibi gösterilmek istenildiğinde ortaya çıkar. Aynı şekilde, devir sözleşmesinin karşı ediminin yerine getirilmesi durumunda bu edimin daha düşük gösterilmesi ile de muvazaa oluşur¹²⁷.

Tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmalarına, ancak görünürdeki bu işlemin kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağına ilişkin yaptıkları anlaşmaya muvazaa denir¹²⁸. Buna göre; muvazaanın önemli üç unsuru vardır. Tarafların iradeleri ile beyanları arasındaki kasti uygunsuzluk, üçüncü şahısları aldatmak niyeti, tarafların aralarında üçüncü şahıslara karşı cari bir görünüşü yaratmak hususunda anlaşmalarını anlamak gerekir. Buna göre; bir sözleşme yapan taraflar, irade beyanlarının görünürdeki anlamına bağlı olan normal hukuki sonuçların gerçekleşmeyeceğini kararlaştırdıkları ve bu sözleşmeyi sırf başkalarını yanıltmak, onlara karşı gerçekte olduğundan başka bir görünüş meydana getirmek amacını güttükleri taktirde, yapılan işlem muvazaalıdır¹²⁹.

Mutlak muvazaanın söz konusu olabilmesi için bazı şartların varlığı aranır:

- Şekli olarak yapılan işlem; tarafların üçüncü kişileri yanıltmak gayesiyle yaptıkları şekilsel işlem.

¹²⁶ **Reisoğlu, S.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 1993, s. 105; **Önen**, s. 68.

¹²⁷ **Acemoğlu**, s. 58.

¹²⁸ **Esener, T.**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956, s. 41-42; **Akıntürk**, s. 46, **Önen**, s. 48.

¹²⁹ **Tekinay, S. S.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 46; **Önen**, s. 48.

- Muvazaa konusunda taraf iradelerinin uyuşması; taraflar görünürdeki işlemin kendi aralarında hüküm doğurmadığı ve bunun yalnızca üçüncü kişiler aldatmak maksadıyla yapıldığı konusunda anlaşmalarıdır.

Nisbi muvazaada bu iki şarta ek olarak bir üçüncü şart daha vardır. Bu da tarafların görünürdeki işlemin arkasına sakladıkları gerçek işlemdir. Bu işleme, gizli işlem denir. Örneğin, bağışlama yapmak isteyip görünürde satım sözleşmesi yapılması gibi¹³⁰

BK. m. 18' de; “ Bir aktin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven (yanlışlıkla) gerek hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak hakiki ve müşterek maksatlarını anlamak lazımdır”¹³¹.

Muvazaa söz konusu olduğunda, tarafların arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (re'sen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin icazet vermesi ile geçerli hale gelmeyeceği sonucu doğmaktadır.

Muvazaa def'i yoluyla öne sürülebileceği gibi, duruma göre, arada hukuki ilişkinin bulunmadığını açıklayan bir tespit davası ile de öne sürülebilir. Üçüncü kişiler de, kural olarak, görünürdeki işlemin butlanını öne sürebilirler. Fakat bunun için üçüncü kişilerin butlanı ileri sürmede doğrudan veya dolaylı hukuki çıkarları bulunmalıdır. Görünürdeki işlemin butlanı, kural olarak, bütün üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

Ancak; görünürdeki işlemin butlanının tüm üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesinin de istisnaları mevcuttur. Bunlardan ilki, kanunda da düzenlenmiştir. BK. m. 18/II' de, hüsünüyet ile ve yazılı bir senede dayanarak alacağı devralan kimseleri muvazaa iddialarına karşı korumuştur. İkinci istisna ise, hüsünüyetli üçüncü kişiler genel hükümlere göre de muvazaa iddiasına karşı korunmuşlardır.

¹³⁰ Akıntürk, s. 48.

¹³¹ Tasarıda, sözleşmelerin yorumu, danışıklık başlığı altında 19. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; “ Bir sözleşmenin türü ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”.

Üçüncü istisna da ise, muvazaa nedeniyle bir sözleşmenin butlanının ileri sürülmesi istisnai bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması olarak görülebilir¹³².

§ 2. REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK

Ticari hayatta faaliyet gösteren teşebbüslerin, karlarını artırmak, daha verimli olmak veya piyasadaki konumlarını sağlamlaştırmak gibi çok çeşitli amaçlarla, başka bir teşebbüs veya teşebbüslerle kalıcı olarak bir araya gelmeleri, ekonomik açıdan olağan bir durumdur.

Teşebbüsleri kurumsal bir yapı içerisinde kalıcı olarak bir araya gelmeye teşvik eden ve hatta bazen zorlayan, pek çok ekonomik ve sosyal nedenin bulunduğu söylemek mümkündür. Örneğin ekonomik açıdan birleşme, genel olarak daha fazla güç ve rekabet avantajı anlamına gelmektedir. Birleşme sonrasında yaşanan kapasite artışı, bazı mallar açısından en verimli üretim biçimini ifade eden ölçek ekonomisine ulaşılmasını ve bu sayede en ucuz üretimin yapılmasını sağlar. Bunun yanı sıra birleşme sonrasında artan teknik bilgi ve finans olanakları, farklı yatırım alanlarına ve de özellikle yüksek yatırım harcamaları gerektiren sektörlere girişleri kolaylaştırır.

Rekabet Hukuku mevzuatlarında piyasada rekabetin azalması sonucunu doğuran teşebbüsler arasındaki kalıcı birlikteliklerin kontrolüne ilişkin düzenlemeler öngörülmektedir. Bu bağlamda, bir teşebbüsün (veya daha fazla teşebbüsün) başka bir teşebbüsü ele geçirmesi, iki bağımsız teşebbüsün yeni bir teşebbüs bünyesinde birleşmesi veya ortak girişim (joint venture) benzeri başka türlü kurumsal birliktelikler meydana getirilmesi, rekabet makamlarınca denetim altında tutulmaktadır. Bu tip birliktelikler, yukarıda sayılan yararlarının bir sonucu olarak, “per se” yasaklanmamakta, ancak belirli şartlar altında rekabet açısından zararlı

¹³² Tunçomağ, s. 301-303.

etkileri bulunduğu kabul edilerek, esnek düzenlemeler vasıtasıyla kontrol edilmektedir¹³³.

Bu amaca yönelik olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen hüküm, 7. maddede "birleşme ve devralmalar" başlığı altında yer almaktadır. Oldukça uzun bir şekilde kaleme alınmış olan bu hükme göre, "Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması" hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir.

Hükümün ikinci fıkrasında ise, "Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini, Kurul'un çıkaracağı Tebliğlerle ilan edileceği" ifade edilmiş ve birleşmelerin denetiminde, Rekabet Kurulu'nun münhasıran yetkili olduğunu öngörülmüştür. Rekabet Kurulu ise, bu hükme dayanarak 12.7.1997 tarihinde, "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ" yayınlamış ve hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmaları tespit etmiştir¹³⁴.

Hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olarak hakim durumda "olmak" yasaklanmamaktadır. İşletmenin kendi dinamiği ve başarısı ile hakim duruma ulaşması yasak değildir¹³⁵.

Birleşme ve devralma sonrasında hakim durumun tespiti hususunda pazar payı, teşebbüsler arasındaki bağlantılar, pazarın geçmişteki durumuna dikkat edileceği kabul edilmiştir¹³⁶.

¹³³ **Sanlı, K. C.**, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Yayın No: 0049, Ankara 2000, s. 315.

¹³⁴ **Sanlı**, s. 315.

¹³⁵ **Arslan, Y.**, Rekabet Hukuku, Bursa 2005, s. 255.

RKHK' nun m. 3' de hakim durum; “ belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü...” olarak tanımlanmıştır.

Dolayısıyla, yasaklanması gereken devralma işlemleri bakımından iki temel şart aranmaktadır. Buna göre, devri sonucunda, ya rekabet önemli ölçüde kısıtlanmalı ya da ortaya çıkan yeni teşebbüs hakim duruma gelmeli veya teşebbüslerin varolan hakim durumları daha da güçlenmiş olmalıdır¹³⁷.

Birleşme ve devirle ilgili olarak yapılan bu düzenlemenin amacı, genel olarak, mevcut rekabet yapısı üzerinde olumsuz değişikliklere yol açacak konsantrasyonlara karşı; rakip teşebbüsleri, tüketicileri yani piyasayı korumaktır. Rekabet üzerinde meydana gelecek bu tür olumsuz değişikliklere neden olan işlemler yasaklanacaktır¹³⁸.

Dolayısıyla hukuki görünümü nasıl olursa olsun, iktisadi gücün kurumsal biçimde yoğunlaşması yoluyla piyasadaki rekabetin azalmasına neden olan her türlü kalıcı birliktelik, teorik olarak 7. madde kapsamında değerlendirilebilir.

Kanunun 7. maddesi hükmü yakından incelendiğinde, bu amaca yönelik olarak iki farklı düzenlemeye bir arada yer verildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, diğeri ise bir teşebbüsün, bir başka teşebbüsü kontrol altına alacak şekilde devralmasıdır¹³⁹.

II. DEVRALMA KAVRAMI

Türk Hukukunda teşebbüslerin devrine ilişkin olarak belirtilebilecek olan hükümler; Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi, Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret

¹³⁶Yavuzylmaz, N, Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşmeler ve Devralmalar, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2005, s. 29.

¹³⁷Topçuoğlu, s. 102.

¹³⁸Topçuoğlu, s. 104.

¹³⁹Sanlı, s. 316.

ortaklıklarının birleşmesi başlığı altında yer alan, 146, 451, 453 ve 454. madde ve Kooperatifler Kanunu'ndaki 84 ve 85. madde hükümleridir¹⁴⁰.

Bir malvarlığının tamamının veya bir kısmının bir teşebbüs veya bir kişi tarafından devralınması hali ne TTK' da ne de BK' da özel olarak düzenlenmemiştir. Bir malvarlığının tamamı veya bir kısmı devralınsa bile, malvarlığına ait unsurlar ayrı ayrı ve kendi devirlerine ait şekle uymak koşuluyla devredilebilir¹⁴¹.

Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi, 180. maddede olduğu gibi, bir işletmenin veya malvarlığının bütün olarak devri halinde, devredilen işletmenin alacaklılarının menfaatlerini koruma gayesi güden bir hükümdür ve dolayısıyla doğrudan doğruya bir "devir" muamelesini düzenleme amacı taşımamaktadır¹⁴². Bu maddede; bir malvarlığının veya ticari bir işletmenin bütünü ile devri durumunda, devredilen malvarlığının veya işletmenin pasifinde yer alan kalemler için, borcun nakline ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir¹⁴³.

RKHK' da ve Tebliğlerde bu konuda bir açıklık bulunmamasına rağmen, bir malvarlığı devrinin rekabet hukuku açısından etki doğurabilmesi için bu malvarlığının işletilebilir nitelikte olması ve devralan teşebbüsün rekabet gücüne bir katkı sağlaması gerekir. İşletilmeye uygun olmayan malvarlığı devirleri, birleşme olarak kabul edilmez ve Rekabet Kurulu'nun da iznini gerektirmez. Örneğin; işletmeye ait boş bir arazinin devri birleşme ve devralma olarak kabul edilmez¹⁴⁴.

Burada söz konusu olan işlem, devralan gerçek veya tüzel kişinin Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs sıfatını haiz olması şartıyla, 7. madde anlamında bir "devralma" ve hatta aynı zamanda birleşme olarak değerlendirilebilir¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Sanlı, s. 325.

¹⁴¹ Erdem, E, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu Tebliğleri, AT Konsey Tüzüğü (4064/89), s. 48.

¹⁴² Sanlı, s. 325; Erdem, s. 48.

¹⁴³ Kılıç, Y, Rekabet Politikası Açısından Birleşme ve Devralmalar, Uzmanlık Tezi, Haziran 2000, s. 68.

¹⁴⁴ İnan, N, " Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları" , Rekabet Bülteni, S. 2, Y. 1, s. 19.

¹⁴⁵ Sanlı, s. 325.

Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümler ise, her ne kadar devralma kavramına yer veriyor olsa da, 7. madde anlamındaki devralmadan ziyade, iki veya daha fazla ortaklığın hukuksal, ekonomik ve toplumsal anlamda birleşmelerini düzenlemekte; ve bu itibarla, gerek hukuki, gerekse iktisadi anlamda (ve rekabet hukuku anlamında) “birleşme” kavramı, bu tip birliktelikler için daha uygun düşmektedir. Yapılan işlem neticesinde ekonomik bağımsızlığın yanı sıra, hukuki bağımsızlığın da kaybedilmesi ve ortak bir merkezden yönetim, bunların devralma kapsamı dışında kalmasında belirleyici olmaktadır¹⁴⁶.

Devralmaların tanımı konusunda RKHK ve ilgili mevzuata bakıldığında; birleşmedeki gibi ayrıntılı bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Buna göre Kanunu' nun 7. maddesinde;

“...veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmının ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır...” denmektedir.

Görüldüğü gibi; Rekabet Hukuku bakımından “devralma”, yukarıda ifade edilen anlamıyla devralmalardan farklı ve daha geniş bir kavramdır. Kanun'un 7. maddesi, devralma bakımından üç ayrı unsurun devralınmasından bahsetmiştir. Bunlardan ilki malvarlığının, ikincisi ortaklık payının ve diğeri ise, oldukça geniş bir kapsamı olan, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devredilmesidir¹⁴⁷.

1997/ 1 sayılı Tebliğ' in 2. maddesinde de birleşme ve devralma sayılan haller arasında ikinci sırada devralma sayılan durumlar düzenlenmiştir. Buna göre; herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisini veren araçları devralması veya kontrol etmesi bir devralma olarak değerlendirilmektedir. Kontrolün el değiştirmesi sonucunu doğuran bütün

¹⁴⁶ Sanlı, s. 325.

¹⁴⁷ Sanlı, s. 325.

devralmalar Rekabet Hukukunda denetime tabi devralma kavramı içerisinde yer alır¹⁴⁸.

Avrupa Birliği Birleşmeler Tüzüğünde¹⁴⁹ de devralma, halen en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya daha fazla kişinin veya bir ya da daha fazla teşebbüsün, başka bir veya daha fazla teşebbüsün hisselerini veya malvarlığını satın almak suretiyle, sözleşmeyle veya başka herhangi bir şekilde, kısmen veya tamamen, doğrudan veya dolaylı olarak kontrolü elde etmesi şeklinde düzenlenmiştir¹⁵⁰. Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken birleşme ve devralmalar hakkında 1997/1 sayılı tebliğde de aynı düzenleme yapılmıştır.

Anlaşılabacağı gibi; Rekabet Hukuku anlamında bir devralmanın tespit edilmesinde belirleyici kriter, başka bir teşebbüs üzerinde sağlanan “kontrol”dür. “Kontrol”, sadece devralmanın değil, konsantrasyon¹⁵¹ ve teşebbüs kavramının belirlenmesinde de merkezi olan bir unsurdur. Teşebbüslerin iktisadi anlamda bağımsız olmalarından neyin anlaşılması gerektiği, kontrol kavramıyla doğrudan ilgilidir¹⁵².

“Kontrol” kavramının Rekabet Hukuku bakımından gösterdiği öneme rağmen, Kanun'da herhangi bir şekilde bu kavrama yer verilmemiştir. Buna karşılık md. 7/2 hükmüne dayanılarak çıkarılan Tebliğ¹⁵³, devralmanın yanı sıra kontrol ölçütüne de

¹⁴⁸ **Güven**, s. 115. Zira burada önemli olan nokta, bunların ikisini de kapsayan, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri, bir başka deyişle “kontrol”ün el değiştirmesidir. Diğer bir deyişle; kontrolün devralındığı durumlar denetime tabi bir devralma olarak kabul edilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sanlı**, s. 325.

¹⁴⁹ Avrupa Komisyonu, reform önerileri konusunda yorum getiren Yeşil Kitabın ardından Aralık 2002'de 4064/89 sayılı EC Birleşme Tüzüğü'nü revize ederek mevcut Tüzüğün yerini alacak taslak bir tüzük yayınlamıştır. AB Bakanlar Konseyi revize edilmiş metni 27 Kasım 2003 tarihinde oybirliği ile kabul etmiştir. Yeni Tüzük AB'nin genişleme tarihi olan 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵⁰ **Güven**, s. 115.

¹⁵¹ Ekonomik karar alma gücünün, bir başka deyişle iktisadi kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde yoğunlaşması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet süjelerini azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması “konsantrasyon” olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sanlı**, s. 317.

¹⁵² **Sanlı**, s. 326.

¹⁵³ “Ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağına sahip haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir” (md. 2/2).

yer vermiş ve takip eden paragraflarda ayrıntılı sayılabilecek düzenlemeler getirerek, bu kavramın kapsamını ve kontrolün hangi surette elde edilebileceğini açıklamıştır¹⁵⁴.

Kontrolün devralınması olmadan sadece bir teşebbüsün malvarlığı ya da ortaklık paylarının devralınmasının denetime tabi olmaması gerekmektedir. Eğer izne tabi olacak ise, küçük bir bakkalın herhangi bir bankanın hisselerinden alması durumunda da denetime tabi olması gerekecektir¹⁵⁵.

III. İZNE TABİ DEVRALMALAR

A. BİLDİRİM KAPSAMINA GİREN DEVİR SÖZLEŞMELERİ

1997/ I sayılı Tebliğin 2 ve 4. maddesi kapsamına giren her türlü birleşme veya devralmalarda işlemin yapılmasından uygun bir süre önce (tercihen 30 gün), Kurula bildirilmeli ve izin alınmalıdır.

Türk Rekabet Hukukunda izne tabi birleşme ve devralmalar RKHK' da değil, 1997/1 sayılı Tebliğ' de düzenlenmiştir¹⁵⁶. Tebliğ' in 4. maddesine göre, Tebliğ' in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümündeki ilgili ürün piyasasında toplam Pazar paylarının piyasanın % 25 ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon Türk Lirası' nı (25.000.000 YTL) aşması halinde Rekabet Kurulu' ndan izin almaları zorunludur¹⁵⁷.

Birleşme ve devralma işleminin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için, Rekabet Kurulu tarafından açıkça veya zımnen karar verilmesi gerekir (1997/1 sayılı Tebliğ m. 5/6). İzin verilene kadar ise, birleşme ve devralma askıdadır.

Bildirilmesi zorunlu olduğu halde bildirimde bulunulmamış ise, Kurul, bu birleşme ve devralmayı öğrendiği tarihte incelemeye başlar. Eğer birleşme ve

¹⁵⁴ Sanlı, s. 326.

¹⁵⁵ Yavuzylmaz, s. 56 vd.

¹⁵⁶ 09.03.2006 T. , 26103 S. , 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan izin alınması gereken birleşme ve devralmalar hakkında Tebliğ' de değişiklik yapılması ile 1997/2 ve 1997/6 sayılı Tebliğlerin yürürlükten kaldırılmasına dair Tebliğ (Tebliğ No. 2006/2). Buna göre; 5. maddesinin altıncı fıkrası, 8. maddesi, 9. maddesi değiştirilmiştir.

¹⁵⁷ Güven, s. 295.

devralma RKHK. m. 7 kapsamına girmeyen bir işlemse izin verilir fakat zamanında bildirimde bulunulmadığı için, para cezasına hükmedilir. Ancak, birleşme ve devralma 7. maddenin kapsamına giriyorsa (hukuka aykırı ve yasak bir birleşme ve devralma), para cezasının yanında yapılan birleşme veya devralma işlemi sona erdirilir, ayrıca diğer yaptırımların da uygulanmasına karar verilir (RKHK. m. 11).

B. İZİN ŞARTININ DEVİR SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Bazı sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması için gereken unsurlar tam olsa bile, hüküm ve sonuçlarını tam olarak doğurabilmesi için bazı tamamlayıcı unsurların gerçekleşmesi şartı aranmaktadır. Bu aşamada sözleşme askıda kalır. Bu durumu hakim re' sen dikkate alacaktır. Ya tamamlayıcı unsur gerçekleşecek ve sözleşme hükümlerini icra edecek ya da bu unsurun gerçekleşmeyeceği anlaşılarak sözleşme tamamen hükümsüz kalacaktır¹⁵⁸.

Rekabet Kurulu, bildirilmemiş devralma işlemlerine de taraflara para cezası uygulayarak izin vermek zorundadır. Ancak, izin şartı yerine getirilmemiş ise, bu şartı yerine getirmeyen tarafların devir işlemi, rekabeti kısıtlayıcı nitelikte ise soruşturma kapsamına alınacak ve söz konusu devir işlemi yasaklanacaktır (RKHK. m. 11/ 2, b).

Kurulun izni, başlangıçtaki eksikliği giderdiği için izinle beraber, birleşme ve devir sözleşmesi, baştan itibaren hükümlerini doğurur.

Bahse konu tamamlayıcı unsur, taraflarca kabul edilen bir şart (geciktirici şart) olabileceği gibi kanunen şart koşulan unsurlardan da olabilir. Örneğin, bazı sözleşmelerin hakim onayına tabi olması vesayet makamlarının izninin gerekmesi gibi¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Topçuoğlu, s. 105.

¹⁵⁹ Topçuoğlu, s. 106.

1997/ 1 sayılı Tebliğin 4. maddesindeki eşikleri aşan birleşme ve devralmalar açısından, birleşme ve devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması gerekir.

Eğer Kurul, söz konusu olan işlemin birleşme ve devralma olmadığı sonucuna varırsa bu bildirim RKHK. m. 10/ I anlamında bir bildirim (anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirim) ya da RKHK. m. 8' e göre nefi tespit başvurusu ya da RKHK. m. 5 anlamında muafiyet başvurusu olarak değerlendirilebilir¹⁶⁰.

IV. BİLDİRİM

A. GENEL OLARAK

Birleşme ve devirlerin bildirim, RKHK. m. 10/ II' de düzenlenmiştir. Anlaşmaların bildiriminden farklı olarak ön bildirim şeklinde düzenlenmiştir. Bildirilmesi gerekli olan bir işlemin bildirilmeden uygulanması söz konusu değildir¹⁶¹.

Bildirim, birleşme veya devralma sayılan halleri gerçekleştiren kişi veya teşebbüslerce birlikte yapılır. Taraflardan yalnız birinin yaptığı bildirim de geçerli sayılır (1997/ 1 sayılı Tebliğin 2. maddesi).

Bildirim, birleşen kişi veya teşebbüslerin yasal temsilcileri tarafından da yapılabilir. Böyle bir durumda, Bildirim Formuna bu temsilcilerin yetkili olduklarına dair belgeler de eklenmelidir. Bildirimi yapacak olan taraflar, iki veya daha fazla kişi veya teşebbüs olduğu hallerde, bunlar ortak bir temsilci aracılığı ile de bildirim de bulunabilirler¹⁶².

¹⁶⁰ **Erdem, E**, Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu' na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul 2001, s. 217.

¹⁶¹ **Arslan**, s. 273.

¹⁶² **Arslan**, s. 273.

B. BİLDİRİM ŞEKLİ

Bildirim, 1997/ 1 sayılı Tebliğe ekli olan bildirim formunun yirmi nüsha olarak doldurulması suretiyle yapılır. Ortak bildirimler tek bir formla yapılabilir¹⁶³. Rekabet Kurumunun şube ve temsilciliklerine yapılan bildirimler yapılmamış sayılır. Evraklar arasında kopyalar bulunduğu takdirde, bildirimde bulunanlar bunların asıllarına uygunluğunu onaylamalıdır¹⁶⁴.

Bildirim, bildirim formunda istenen tüm bilgileri tam ve doğru bir şekilde içermelidir. Bu bilgilerde sonradan meydana gelen değişiklikler ise, derhal Kurula bildirilmelidir¹⁶⁵.

Bildirim, Rekabet Kurumunca alınmış olduğu tarihte yapılmış sayılır. Yetkisiz kişilerce yapılan bildirimler yapılmamış sayılır. Formdaki bilgilerin yanlış ve eksik olması durumunda bildirim, Kurulun talebi üzerine bu bilgilerin tamamlanmış olduğu tarihte yapılmış sayılır¹⁶⁶.

C. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Bildirimin yapılmamış olması halinde RKHK m.11 uygulanır.

İzne tabi olduğu halde bildirilmemiş ve Kuruldan izin alınmamış olan devralmalar, Kurul tarafından re' sen incelemeye alınır. Yapılan bu inceleme sonucunda devralmanın Rekabet Kanununun 7. maddesine aykırı olmadığı anlaşılırsa, devre izin verilir. Bu konuda kanun tarafında Kurula bir takdir yetkisi tanınmamıştır¹⁶⁷. Ancak, bildirimde bulunma yükümlülüğü ihlal eden ilgililere, para cezası uygulanır (RKHK. m. 11, a).

¹⁶³ Erdem, s. 214.

¹⁶⁴ Arslan, s. 273.

¹⁶⁵ Erdem, s. 214.

¹⁶⁶ Arslan, s. 274.

¹⁶⁷ Topçuoğlu, s. 110.

İzin alınması gereken birleşme ve devralmalar için belirli eşiklerin aşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu eşikleri aşmayan birleşme ve devralmalar açısından izin alınması zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla Kanunun 11/ a' da bahsedilen para cezası eşikleri aşan işlemler için geçerlidir¹⁶⁸.

Kurul tarafından yapılan inceleme sonucunda birleşme ve devralma işleminin, RKHK. m. 7/ I' deki yasak kapsamına girdiği anlaşılırsa, para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işlemlerinin sona erdirilmesine karar verilir. Yine; Kurul tarafından, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş tüm fiili durumların, şartları ve süresi içinde ortadan kaldırılması istenecektir. Birleşme ve devralmalar açısından, eski hale iade için gerekli tedbirler alınacaktır. Bunun gerçekleşmesi için etkili olacak en önemli olanı, teşebbüsleri hakim duruma getiren veya rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına yol açan birleşme veya devri işlemini ortadan kaldırmaktır¹⁶⁹. Bu çerçevede, mümkün olduğunca, ele geçirilen pay veya malvarlığı değerlerinin eski sahiplerine iadesine, bu mümkün değilse de, üçüncü kişilere temlikine ve zaruri görülen diğer tedbirlerin alınmasına karar verilir (RKHK. m. 11/ b).

Ve yine, 1997/ 1 sayılı Tebliğin 9. maddesi uyarınca, birleşme veya devre izin kararı, teşebbüslerden birinin yanlış ya da yanıltıcı bilgilerine dayanıyorsa veya teşebbüsler üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiyorlarsa, geri alınır. Bu durumda, Kurul birleşme veya devralmayı yeniden inceleyerek, birleşme veya devrin yasaklanması ile birlikte diğer yaptırımların da uygulanmasına karar verir.

¹⁶⁸ Topçuoğlu, s. 111.

¹⁶⁹ Topçuoğlu, s. 111.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Ş1. MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN DEVREDEN AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. DEVREDENİN BORÇLARI

A. TAŞINMAZLARI DEVİR BORCU

İşletmenin aktiflerini devretmek zorundadır.aktiflerin devralana geçebilmesi için devir sözleşmesinden başka,işletmenin unsurlarına dahil olan malların özel devrini gerçekleştirmesi gerekir.

Malvarlığı veya işletmede bir gayri menkul bulunduğu takdirde, devir sözleşmesinin, tapu memuru önünde yapılması gerektiğini daha önce de belirtmiştik¹. Devir sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Şekil şartı ancak belirli bazı özel durumlarda söz konusu olur ki bunlardan birisi de değindiğimiz gibi taşınmazları devir borcunda karşımıza çıkar².

Taşınmazın devri sırasında, devre konu olan taşınmazın esaslı unsurları ile birlikte belirlenmesi gerekir³.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar açısından değişik görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; bu tür taşınmazların üzerinde mülkiyet hakkı bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve ona göre resmi şekle bağlı olup olmadığına karar verilmelidir. Diğer

¹ Acemoğlu, s. 73.

² Akıncı, s. 46.

³ Y. 4. HD. , 15.04.1957 T. , 8404/2031 K. , “ Taşınmaz mal satışının geçerliliği, resmi şekle bağlı akitlerden bulunması itibariyle, bu akte ilişkin bütün kayıt ve şartların resmi şekle bürünmesi zorunludur. Yani, resmi senede geçirilmemiş bulunan kayıt ve şartlar taraflar arasındaki anlaşmada sözleşme veya başka şekilde kabul edilmiş bulunsalar dahi, kanuni bakımdan değersizdirler. Örneğin: Tapu memurunca yapılmış resmi sözleşmede yer alan, taşınmaz mal fazlasının veya eksiğinin davacılar a ait bulunacağı yolundaki şart geçerli olamaz”, (Akıncı’ dan naklen, s. 46-47).

görüŖe göre ise; bunlar hakkında menkul mülkiyetinin devri hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir⁴.

İkinci görüş kabul edilmelidir. Buna göre; devreden sadece gayrimenkulün zilyetliğini devralana geçirmekle ifa borcunu da yerine getirmiş olacaktır.

28.10.1987 tarihinde 19618 sayılı taşınmaz malların sınırlandırma, tespit ve kontrol işleri Hakkındaki Yönetmeliğe göre de, tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz malların devir ve temlik, kadastro tutanağının düzenlenme tarihine kadar kabul edilerek tespit son zilyedi adına yapılır.

B. TAŞINIRLARI DEVİR BORCU

Devreden malvarlığı ya da ticari işletmeye dahil bulunan taşınırları devir borcunun yasada öngörülen hüküm⁵ çerçevesinde ifa edilmesi gerekir.

Taşınırların devri, sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Taşınırların devrini sebebe bağlı olduğunu kabul edersek, devir sözleşmesinin hükümsüz olduğu hallerde, bunların mülkiyeti devralana geçmeyecek ve devralanın alacaklıları da bir iptal davası açmak zorunda olmadan haklarını elde edebileceklerdir⁶.

C. ALACAKLARI DEVİR BORCU⁷

Devreden ayrıca alacakları da devretmek mecburiyetindedir. Alacakların devri alacağın temlik suretiyle olur ve yazılı şekilde gerçekleşmek mecburiyetindedir.

Alacağın temlik, bir borç ilişkisinin bütünüdür devrini değil, o borç ilişkisinden doğan alacakların bir kısmının veya tamamının devridir⁸.

⁴ Akıncı, s. 47.

⁵ MK. m. 763: “ Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Bir taşınırların zilyetliğini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devreden mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hallerde o şeyin maliki olur”.

⁶ Acemoğlu, s. 75.

⁷ Daha önce ayrıntılı şekilde incelendiği için kısaca değinilecektir. Bkz. s. 58 vd.

⁸ Akıncı, s. 48; Akıntürk, s. 185; Önen, s. 88.

Alacağın temliki konusu BK. m. 162' de düzenlenmiştir⁹. Buna göre; alacak, borçlunun rızası olmaksızın temellük edene geçer. Ayrıca; söz konusu alacağın temlik edilmesi kanun tarafından yasaklanmamış ve ahlaka aykırı bulunmamış olması gerekir.

Kural olarak her çeşit alacak temliğe konu olabilir. Yalnız mevcut alacaklar değil, doğacak alacaklar da yeterince belirlenmiş yada belirlenebilir olmak kaydıyla temlik edilebilir. Şarta bağlı bir alacak, şartın gerçekleşmesinden önce temlik edilebileceği gibi vadeli bir alacak da vadeden önce temlike konu olabilir.

Bir alacağın mutlaka tamamının temliki gerekmez, kısmi temlik de mümkündür.

Bir borç ilişkisine bağlı alacak hakkının temliğe elverişli olmaması istisnai bir durumdur. Bu istisnai durumlar Borçlar Kanununa göre; kanundan, akitten veya işin mahiyetinden ileri gelmektedir.

Temlikin şartlarına kısaca değinecek olursak;

- Bir alacağın mevcudiyeti,
- Sözleşmeye bağlanması,
- Temlik edenin tasarrufa yetkili olması ve
- Temlikin yasaklanmamış olması

gereklidir.

Alacağın temliki bir akittir. Bu nedenle yalnız temlik edenin tek taraflı iradesiyle meydana gelemez, temellük edenin de açık ya da zımni (örtülü) kabulü gerekir. Ancak; temlik senedinde, temellük edenin imzasının bulunması şart değildir. senedin altında yalnızca temlik edenin imzasının bulunmasıyla şekil şartı yerine getirilmiş olur.

⁹ Tasarıda, 188. madde başlığı altında düzenlenmiştir.

Alacağın temlik işleminin tamamlanması için borçluya ihbarı şart değildir. Bununla birlikte temlikin önceki alacaklı veya temellük eden tarafından borçluya ihbar edilmesinin, borçlunun temlikten habersiz olarak iyiniyetle borcunu; önceki alacaklıya, aynı alacak üzerinde birden fazla temlikin mevcudiyetinde, önceki temlikler dururken sonrakine ödemesi halinde borçtan kurtulma tehlikesi vardır. Bu nedenle temlik alındığında temlik senedinin borçluya ihbarı ihmal edilmemelidir.

Temlikin geçerliliği, temlik konusu alacağı ispata yarayan belgelerin temellük edene verilmesine bağlı değildir. Temlik senedi yalnız başına alacağın geçmesine yeterlidir. Bununla beraber temellük eden Borçlar Kanununa göre alacağı ispata yarayan belgeleri önceki alacaklıdan istemeye yetkilidir.

Alacağın temliki, tasarrufi bir sözleşmedir. Bu nedenle temlik eden kimsenin temlik ettiği alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunması zorunludur.

Kural olarak her alacak hakkı sahibinin, kendi alacağı üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Bununla beraber; bazı durumlarda, örneğin iflas halinde iflas masasına dahil olan alacakları üzerinde iflas etmiş olan alacaklının tasarruf yetkisi yoktur. Öte yandan; bir alacak üzerinde sahibinden başka kimselerin, örneğin, yasal veya atanmış temsilcilerin de tasarruf yetkileri olabilir. Alacağın devri, ancak, alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişiler tarafından yapılabilir. Devreden tasarruf yetkisi bulunmadığı hallerde, yapılan devir geçerli olmaz; geçerli olabilmesi için, alacaklının devri sonradan kabullenmesi, yani devre icazet vermesi gerekir¹⁰.

D. KIYMETLİ EVRAKIN DEVRİ:

Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez (TTK. m. 557)¹¹. Kıymetli evraka bağlı hakların devri mümkün haklardandır, ancak, hak senede sıkı

¹⁰ Akıntürk, s. 189; **Alacağın Temliki**, Erişim: 05.05.2006, <http://www.oyhukuk.gen.tr/file/docs/alacak.doc>.

¹¹ Tasarıda, TTK. m. 645' de düzenlenmiştir.

sıkıya bağı olduğundan devri hızlandırmak ve sorumluluğu genişletmek için bunların devri alacağı temlikinden farklı özel hükümlerle düzenlenmiştir¹².

Kıymetli evrakın devri daha önce de değindiğimiz gibi, senet üzerindeki zilyetliğin devri şartına bağlanmıştır. Bu durum TTK. m. 559' da da açıkça belirtilmiştir.

1. Emre Yazılı Kıymetli Evrakın Devri: Emre yazılı olan veya kanunen böyle sayılan kıymetli evrak, emre yazılı senetlerdendir (TTK. m. 743)¹³. Emre yazılı kıymetli evrakın devri için, ciro ve senedin teslimi yeterlidir (TTK. m. 559). Devir için tam ciro ve senedin teslimi yeterlidir (TTK. m. 560)¹⁴.

Ciro, senedin arka yüzüne veya senede bağı olan alonj denen bir kağıdın üzerine, kayıtsız ve şartsız olarak, alacağın tamamına geçerli olmak üzere yapılır.

Emre yazılı kıymetli evraktan doğan haklar TTK. m. 593'e göre ciro ve teslim yoluyla devredilmektedirler¹⁵. Aynı şekilde bono ve çek de ciro ile devredilebilir. (TTK. m. 690, 700)¹⁶.

2. Nama Yazılı Kıymetli Evrakın Devri: TTK. m. 566' ya göre, belli bir şahıs namına yazılı olup da onun emrine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evraka nama yazılı senet denilmektedir¹⁷. Kıymetli evrak özelliğinin sonucu olarak, devrin tamamlanması için senedin teslimi gereklidir. Bunun dışında; nama yazılı senetlerde yazılı bir temlik beyanına gerek

¹² Atasoy, s. 64.

¹³ Tasarıda, bu madde 824. madde dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır.

¹⁴ Tasarıda, 648. madde başlığı altında ele alınmıştır. Ve bir takım değişiklikler söz konusu olmuştur. Değişikliklerden birincisi mevcut metnin ikinci fıkrasındaki "tam ciro" ibaresinin "ciro"ya çevrilmiş olmasıdır. Kaynak İsv. BK m. 968 (2)' nin Fransızca metninde yer alan "tam ciro" terimi yanıltıcıdır. Almanca metninde kullanılan "doldurulmuş ciro" ibaresi ise pek bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü, borçlu, meşru hamilin belirlenebilmesi için son cironun beyaz ciro olmamasını istiyorsa hamil beyaz ciroyu, mevcut 596 (2)' nin 1 nolu, Tasarının 684 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre doldurabilir. Bu sebeple genel olarak "ciro" teriminin kullanılması yeterlidir. Aksi halde beyaz cironun emre yazılı senedin devrine yetmediği gibi bir anlam çıkabilir. Beyaz ciro da senedin zilyetliğinin geçirilmesiyle birlikte senedin devri için yeterlidir. İkinci değişiklik ise eski metindeki "teslim" yerine kaynağı uygun olarak "zilyetliğin geçirilmesi" kavramının kullanılmış olmasıdır.

¹⁵ Tasarıda, 681. madde başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁶ Tasarıda, TTK. m. 690, 778. madde başlığı altında dili güncelleştirilerek ele alınmıştır. TTK. m. 700 ise, 788. maddesi altında dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır, maddede yer alan "teslim" yerine "zilyetliğin geçirilmesi" ibaresi kullanılmıştır.

¹⁷ Tasarıda, 654. madde başlığı altında aynen ele alınmıştır.

vardır. Bu beyan, kıymetli evrakın veya ayrı bir kağıdın üzerine yazılabilir (TTK. m. 559/II)¹⁸.

Nama yazılı senetler diğer kıymetli evraktan, hakkın ancak genel hükümlere göre devredilebilmesi ve devrin bir temlikname ile senetten ayrı olarak yapılabilmesi bakımından farklıdır¹⁹.

3. Hamile Yazılı Kıymetli Evrakın Devri: Senedin metninde veya şeklinden, hamili kim ise o kişinin hak sahibi sayılacağı anlaşılan her kıymetli evrak, hamile (hamiline) yazılı senet sayılır (TTK. m. 570/I)²⁰. Senedin teslimi (zilyetliğin devri), hamile yazılı olan kıymetli evrakın devri için yeterlidir²¹. Hamile yazılı kıymetli evrakın teslimi dışında ayrıca ciro ve temlik beyanı ile devir edilmesine engel bir durum da yoktur. Devir herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır.

E. BORCUN NAKLİ İŞLEMLERİNİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Bir malvarlığının ve de özellikle bir ticari işletmenin devrinde, sadece münferit alacakların devredilmesi yeterli değildir. Ayrıca malvarlığı veya ticari işletmenin sahibinin bağlı bulunduğu borç münasebetinin de devredilmesi gerekir.

Borçlar Kanunumuz bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, “borçların nakli” yönünden, BK. m. 179'da özel kurallara yer verilmiştir.

Bir mal varlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesini öngören bir sözleşmenin yerine getirilmesinde, aktifi oluşturan mal ve hakların devri ile, pasifi oluşturan borçların naklini hukuki açıdan ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Devir sözleşmesinin yapılması ile malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi kendiliğinden devralana geçmez. Aktifi oluşturan mal ve hakların devralana geçmesi, bu mal ve hakların devrine ilişkin genel kurallara göre olur. Diğer bir deyişle, menkul

¹⁸ Tasarıda, 647/II' de ele alınmıştır.

¹⁹ **Erdoğan**, Alacağın Temliki, s. 502.

²⁰ Tasarıda, 658. madde başlığı altında ele alınmıştır.

²¹ **Erdoğan**, Alacağın Temliki, s. 498.

mallar için zilyetliğin nakline, gayrimenkuller için resmi sözleşme ve tescile, alacaklar için alacağın yazılı temlikine ihtiyaç vardır.

Malvarlığının veya işletmenin pasifini oluşturan borçların naklinde ise, kanun koyucu, borcun nakline ilişkin genel kurallardan ayrılmıştır. BK. m. 179' a göre: “ Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara bildirdiği veya gazetelerde duyurduğu tarihten itibaren, onlara karşı malvarlığının veya işletmenin borçlarından sorumludur; ancak, iki yıl süre ile, eski borçlu da yenisi ile birlikte müteselsilen sorumlu kalır, bu süre muaccel borçlar için bildirim veya duyuru tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden işlemeye başlar”. Borçların bu şekilde naklinin sonuçları, tek bir borcun nakli sözleşmesinden doğan sonuçların aynıdır.

BK. m. 179' un metninden açıkça anlaşıldığı üzere, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, borçların devralana geçmesi için, (genel kuraldan farklı olarak) borcu üstlenen ile alacaklı arasında ayrıca borcun nakli sözleşmesi yapmaya ihtiyaç yoktur. Borçlar, alacaklıların onamı aranmaksızın, “bildirimin alacaklıya ulaşması veya gazete ile duyurma” ile nakledilmiş olur.

Borçlunun şahsının, alacaklının onamı olmaksızın değişmesinden doğacak riski karşılamak üzere, yasa koyucu, (genel kuraldan ayrılarak) eski borçluyu da iki yıl süre ile, yenisi ile birlikte müteselsilen borçtan sorumlu tutmuştur. Bu iki yıllık süre bir hak düşürücü süredir. Bu süre içinde alacaklı eski borçluya karşı dava açmaz ve icra takibinde bulunmazsa eski borçlu borçtan kurtulur.

Malvarlığının aktif ve pasifi ile devralındığının alacaklılara bildirilmesi herhangi bir şekilde bağlı değildir. Alacaklı devralanla olan iş ilişkileri sırasında devirden haberdar olmuşsa, devralma kendisine bildirilmiş sayılır. Gazetelerle duyurma halinde, bütün alacaklıların devirden haberdar olduğu kabul edilir.

F. TİCARİ İŞLETMEYE AİT BAZI UNSURLARIN DEVRİ

Daha önce; Ticaret Kanununda belirtilen unsurların devri başlığı altında ayrıntılı bir biçimde değinmemize karşın, burada yeniden bir kısmına kısaca da olsa değinmekte yarar görüyoruz.

Markalar, işletme adı, bir sanata müteallik model, yayın hakları vs. gibi unsurlar; bağımsız hukuki işlemlere de konu teşkil edebildikleri halde, bir işletmeye devamlı bir şekilde tahsis ile onun unsurlarından sayılır ve aksi belirtilmedikçe, TTK. m. 11/II gereği, ticari işletme ile birlikte devrolunurlar. Fakat; ticari işletmenin devredilmesi ile bunların kendiliğinden devralana geçeceği düşünülmemelidir. Yine bunlardan her biri, mahiyetlerine uygun devir işlemleri ile devralana geçeceklerdir.

Ticaret ünvanı, müşteri çevresi ve yine işletmenin elde ettiği madalyalar, işletme sırları vs. gibi unsurlar da; ticari işletmeden bağımsız olarak devredilemeyen unsurlardandır²².

1. Ticaret Ünvanı Devri

Ticaret ünvanı; TTK. m. 41' de düzenlenmiştir. Tacirin ticari işlerinde kullandığı isim olarak kısaca tanımlayabiliriz. Ticaret ünvanı, işletme sahibinin şahsını gösterir²³.

Ticaret ünvanının devri hususu da TTK. m. 51' de düzenlenmiştir. TTK. m. 51; "Ticaret ünvanı işletmeden ayrı olarak devredilemez. Bir işletmenin devri; aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça ünvanın dahi devrini tezemmüm eder" . Buna göre; ticaret ünvanı, işletmeden ayrı olarak devredilemez. Yine; ikinci fıkrada da, aksi öngörülmedikçe, devri ünvanın da devrini içerir. Yani aksi açıkça belli edilmemişse bir işletmenin devri ünvanının da devredilmiş olduğunu kabul eder. Bununla birlikte; ünvanı saklı tutarak yani devir sözleşmesi dışında bırakarak işletme devredilebilir²⁴.

²² Acemoğlu; s. 82.

²³ Akıncı; s. 52.

²⁴ Daha önce de belirttiğimiz gibi bu madde Tasarıda 49. madde başlığı altında ele alınmıştır. 6762 sayılı Kanunun 51. maddesinin tekrarı olan hükme, ticaret ünvanını devralan kişinin herhangi bir

Türk Ticaret Kanunu' nda, devredilen işletmenin ticaret ünvanının devralan tarafından kullanılabilmesi için bu ünvana bir ilave yapılması zorunluluğu aranmamıştır²⁵.

İşletmesini devreden eğer ticaret ünvanını devrin dışında tutmamışsa ünvanın devralan tarafından aynen kullanılmasına izin vermiş sayılmaktadır²⁶.

Tacirin kimliği, işletmenin genişliği, önemi, ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir kanaatin oluşmasına yer verecek nitelikte olmaması, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı bulunmamak şartıyla, her ticaret ünvanına, işletmenin niteliğinin gösteren veya ünvanında zikredilen kimselerin kimliklerini belirten veya hayali adlardan ibaret olan ekler yapılabilir (TTK. m. 48/I)²⁷. Bunun önemi şuradan kaynaklanmaktadır; ünvanın tek başına yani işletmesiz devri halinde, üçüncü şahıslar yönünden aynı unvan altında işletmenin devam ettiği kanaatini uyandırabilir²⁸.

Ticaret Sicili Tüzüğü m. 83/I' e göre; işletmenin, bir gerçek kişi tarafından diğer bir gerçek kişiye ünvanı ile beraber devri halinde, o işletme ve ünvana ait kayıtlardan yalnız devir nedeniyle değiştirilmesi gerekli olanlar değiştirilir, diğerleri aynen kalır. İşletmenin bir gerçek kişi tarafından ünvan hariç tutularak devri halinde ise, eski ünvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinmektedir (TST. m. 82/II). İşletmenin bir gerçek kişi tarafından bir ticaret şirketine devri halinde ise, o işletmenin ve ünvanın bütün kayıtları silinir ve ticaret şirketinin bağlı olduğu hükümler gereği, devir dolayısıyla şirketin sicil kayıtlarında değişiklik yapılması gerektiği durumda, sadece o değişiklikler yapılır (TST. m. 83/III)²⁹.

değişiklik yapmaya zorunlu olmadan ünvanı kullanması hakkını veren bir ek yapılarak üvandaki değer korunmuştur.

²⁵ Tasarıda; 49. madde başlığı altında, ticaret ünvanını devralan kişinin herhangi bir değişiklik yapmaya zorunlu olmadan ünvanı kullanması hakkını veren bir ek yapılarak üvandaki değer korunmuştur.

²⁶ Arslanlı, s. 96; Atasoy, s. 46.

²⁷ Tasarıda, 46. maddede aynen tekrarlanmıştır.

²⁸ Bilgişin, s. 166-167.

²⁹ Atasoy, s. 47.

Ticaret ünvanının ticari işletmeden ayrı ve tek başına devredilmesi halinde ise gerek devreden, gerekse devralan ve kullanan kişiler hakkında TTK. m. 53/II' de öngörülen cezai yaptırımlar uygulanır³⁰.

2. İşletme Adının Devri

İşletme adı, ticari işletmenin unsurları arasındadır. İşletmenin devri, işletme adının devri neticesini doğurur. Ticaret ünvanına uygulanan kurallar burada geçerli değildir. Yani, ticari işletme başkasına ticari işletme adı bir başkasına devredilemez.

TTK. m. 55' de düzenlenmiştir. İşletme adı, "İşletme sahibini hedef almadan doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzeri işletmelerden ayırt etmek için kullanılan" bir işarettir.

Ticaret ünvanı; işletme sahibi gerçek ya da tüzel kişiyi diğerlerinden ayırdığı halde, işletme adı; doğrudan doğruya bir işletmeyi diğerlerinden ayırır. Ticaret ünvanının kullanılması zorunlu olduğu halde, işletme adının kullanılması zorunlu değildir. Ancak bir işletme adı seçilerek kullanılmaya başlanırsa bunun da ticaret siciline tescil edilmesi gerekir³¹.

İşletme adının devri konusunda özel bir hüküm bulunmadığından, işletme adının işletmeden ayrı olarak devredilebileceği sonucuna varmak mümkündür. Kısacası; ticari işletmenin devri, işletme adının da devrini gerektirmez. Eğer, ticari işletme ile birlikte, ticari işletme adının devri de isteniyorsa, bu konuda ayrı bir sözleşme yapılmalıdır³².

³⁰ Akıncı, s. 53; Tasarıda bu madde 38. madde altında ele alınmıştır, gün esasına dayalı para sistemine göre yeniden kaleme alınmıştır.

³¹ Yanlı, V, Ticaret Hukuku Ders Notları, Erişim: 08.05.2006, <http://www.ins.itu.edu.tr/murkur/MURKUR/documan/T%C4%B0CARET%20HUKUKU%20DERS%20NOTLARI-Veliye%20Yanl%C4%B1.pdf>.

³² Akıncı, s. 53, Arslanlı, s. 96, Atasoy, s. 46.

3. Müşteri Çevresi

Aslında müşteriler, bir devir işlemine konu teşkil edemezler. Ancak; söz konusu olan durum, bu husustaki imkan ve münasebetlerin devridir³³.

Müşteri çevresi; bir ticari işletmenin en önemli manevi unsurlarından biridir. Çünkü, ancak, bir müşteri çevresi bulunan ticari işletmenin yaşama imkanı vardır. Müşteri çevresi yönünden ortaya çıkan en önemli mesele bir ticari işletmenin devrinde onun müşteri çevresini devralabilmek daha doğrusu kazanabilmektir. O takdirde ticari işletme eskisi gibi müşterileriyle faaliyetini sürdürebilir.

4. Kiracılık Hakkı

TTK. m. 11' de; “ kiracılık hakkı” işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığıında bütün içinde yerini almıştır. Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmacının, ayakkabıcının, perûkçunun, şapkacının, şekercinin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluluğunu ifade eder³⁴.

Ticari işletmenin devri halinde, kira sözleşmesinin devralana terk edilmesi 6570 sayılı yasa hükümleri karşısında kiralayanın onayına bağlı olacaktır. Zira, bu durumda “alt kiracılık” gündeme gelmektedir³⁵.

³³ Arkan, s. 43.

³⁴ Tasarının 6762 sayılı Kanununun 11. madde gerekçesi.

³⁵ “...BK.nun 259. ve 294. maddeleri kiracının kiracısını ve kiranın devri müesseselerini düzenlemiştir. 6570 sayılı Kanununun 12. maddesiyle BK,nun kiracıya kural olarak tanıdığı devir yetkisi kaldırılarak kiralayanın muvafakatına bağlanmıştır ve 6570 sayılı Kanun kapsamına giren yerlerde bu kuralın uygulanması zorunlu hale gelmiştir. Başka bir anlatımla sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kiracı kiralananı, başkasına kiralayabilir veya kendisine tanınan kullanım hakkını temlik edebilir. Kiracılık haklarının devri ile kiracının kiracısı olgusu birbirinden farklıdır. Kiracılık haklarının tamamen veya kısmen devri durumunda birinci kiracının kiralananın tamamı veya devredilen kısmı için kiracılık durumu sona erdiğinden, aradan tamamen çekilerek kiraya veren ile devir alan arasında yeni bir sözleşme ilişkisi doğar ve kiradan doğan bütün hak ve borçlu devir alanla kiraya veren arasında gerçekleşir, aracının, kiracısı, olma durumunda ise kiralayan ile ikinci kiracı arasında hukuki bir ilişki doğmaz. Kira akdinin karşılıklı hak ve yükümlülükleri de akdin taraflarına ait olur. Yalnız BK.undaki ilkeye göre alt kiracının kira süresi üst kiracının kira süresini geçemez, ayrıca hasılat kirası biçiminde yapılan alt kiracılık sözleşmesinin de yazılı olması, gerekir. Somut olayda 27.5.1996 tarihli sözleşme incelendiğinden, kiracılık hakkının devri biçiminde değil kiracının kiracısı olarak yapılmış

Uygulamada, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkı bakımından “hava parası” da söz konusu olmaktadır. Genel olarak; devreden, yani ilk kiracı, kira sözleşmesini yaparken, kiralayandan işyerinin kiracılık hakkını da devredebilme yetkisini sözleşmeye konulan özel bir şartla alabilmektedir. Bu durumda; işletmenin devri halinde işyerinin kira sözleşmesini devralana devretmekte, bunun karşılığında da devralandan hava parası almaktadır³⁶.

G. DEVREDENİN REKABETTE BULUNMAMA BORCU

Devredilen bir ticari işletme olduğu için, hiç şüphe yoktur ki, devralan bakımından en önemli unsur müşteri çevresidir. Müşteri çevresi devralana geçmemiş ise, gerçek bir işletme devrinden de söz etmeye imkan yoktur ve dolayısıyla da devreden bu durumda rekabette bulunmama borcu söz konusu olmayacaktır³⁷.

Devreden, devralanla rekabette bulunmamalıdır. Bu emredici mahiyette değildir, taraflar aralarında anlaşmak suretiyle aksini kararlaştırabilirler.

Daha önceden de değindiğimiz gibi³⁸, müşteri çevresi birden fazla nedene bağlı olarak o ticari işletmeyi tercih ediyor olabilir. Bunları kısaca; şahsa bağlı ve yere bağlı müşteriler olarak ikiye ayırabiliriz³⁹. Burada söz konusu olan tehlike birinci gruba giren, yani, şahsa bağlı müşteriler de söz konusu olacaktır. Çünkü; müşteri işletme sahibine olan bağlılığı nedeniyle, alıştığı işletmeden farklı bir yerde faaliyette bulunsa bile, onu tercih edebilir.

Genel olarak devreden, eski işletmesinin konusu dışında bir faaliyetle uğraşabilir. Ancak eski işletmesinin müşterilerini çekecek hiçbir faaliyette bulunmamalıdır (MK. m. 2). Örneğin; bir limonata dükkanının eski sahibi, onu devrettikten sonra kahve açamaz. Fakat perakendeci bir müesseseyi devreden kimse,

bir sözleşme olduğu görülmüştür...” , 12. HD. , 27.2.2001 T. , 2001/914 E. , 2001/3734 K. (**Erişim: 08.05.2006, <http://www.ada-aras.com/yargikararlari/yargitaykararlari/ozelhukuk/223.htm>**).

³⁶ Akıncı, s. 55-56.

³⁷ Acemoğlu, s. 85, “ ...alacak ve borçları ile birlikte işletmeyi devraldıkları 3.1.1975 günü ibranamede kaydedilen davacılar, işletmenin müşteri muhitini de kendi inhisarına almakta ve davalının bu mağaza dolayısıyla müşterileri ile bir ilişkisi kalmamaktadır” , 11. HD. , 25.11.1976, E. 4568, K. 5124 (**Erişim**, s. 203-204).

³⁸ Bkz. , s. 31.

³⁹ Acemoğlu, s. 85.

bunun yerine aynı malı satan bir toptancı işletme açabilir. Çünkü bu ikisinin müşterileri tamamen farklıdır⁴⁰.

Bu nedenle, bu şekilde meydana gelebilecek bir durumun önüne geçebilmek açısından tarafların devir sözleşmesine bu yönde bir hüküm koymalarında yarar vardır. Bu konuda açıkça bir şart konmamış olsa bile, MK. m. 2 gereği devreden devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altında bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak yine de , tarafların daha ihtiyatlı hareket ederek bu yönde bir hüküm koymaları daha uygun olacaktır. Ve tabii bu hükmün uygulanabilirliğini sağlamak açısından da, bu konuda bir cezai şart konulması yerinde olacaktır⁴¹. Ancak, böyle bir cezai şart konulmasa bile, devralanın bu yasağın ihlali halinde, borca aykırılık hükümleri çerçevesinde tazminat isteyebileceğine de şüphe yoktur⁴².

Rekabette bulunmama borcu, şu hallerde sona erer⁴³:

1. Yasak sözleşmede bir süre ile sınırlandırılmışsa, bu sürenin geçmesi ile.

2. Ticari işletmenin herhangi bir sebeple son bulması ile. Dolayısıyla bu durumda rekabette bulunmama borcunun konusu kalmayacaktır. Yine işletmenin faaliyet dalını değiştirmesinde de aynı durum söz konusudur. Ancak devralanın iflası ya da işletmenin faaliyette bulunduğu gayrimenkulün istimlak edilmesi ile rekabet yasağı kalkmaz. Çünkü, ilk durumda, iflas masasına girecek aktif bir değer teşkil etmektedir; diğer halde ise, işletme ikinci bir gayrimenkulde faaliyetine devam edebilir.

3. Devralanın artık bu yasakta menfaati kalmaması halindedir. Bu durum, müşteriler devralana kesin olarak bağlanmışsa gerçekleşir. Yine devralan ticaretten çekilmişse de rekabet yasağında menfaati kalmaz.

4. Devreden, uzun zaman geçmesi veya uzaklara gitmesi nedeniyle rekabette bulunmasının imkansızlaşması rekabette bulunmama borcu sona erer.

⁴⁰ Acemoğlu, s. 87.

⁴¹ Akıncı, s. 56.

⁴² Acemoğlu, s. 86.

⁴³ Acemoğlu, s. 88.

Ancak ölüm halinde bu yasak ortadan kalkmaz, mirasçılara geçer. Ticari işletmenin başka bölgeye naklinde de borç ortadan kalkmaz. Ancak bu durum taraflar rekabet yasağı sözleşmesine hüküm koymuşlarsa geçerlidir. Aksi takdirde rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için bu sözleşmeyi belirli bir bölge için yapmak zorundadırlar. Ticari işletmenin bir kez daha devrinde ise, eğer bu yasak işletme lehine değil de devralanın şahsı lehine alınmışsa, rekabette bulunmama borcu devir ile sona erecektir; ancak işletme lehine alınmışsa, yine devralana geçer.

II. DEVREDENİN SORUMLULUĞU

A. SORUMLULUĞUN İÇERİĞİ

Devreden, işletmenin aktiflerini devretmek zorundadır. Aktiflerin devralana geçebilmesi için devir sözleşmesinden başka, işletmenin unsurlarına dahil olan malların özel devrini gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin; Gayrimenkullerin devri için tapu siciline gitmesi, menkullerin devri için teslim etmesi gerekir.

Devreden ayrıca alacakları da devretmek mecburiyetindedir. Alacakların devri alacağın temlik suretiyle olur ve yazılı şekilde gerçekleşmek mecburiyetindedir.

Devreden, malvarlığı veya ticari işletmesine ait tüm hak ve borçları devretmiş olsa da sorumlu kalmakta devam edecektir. BK. m. 141⁴⁴ de müteselsil borç kavramından bahsedilmiştir. Buna göre; “ Alacaklıya karşı, her biri borcun mecmuundan mesul olmağı iltizam ettiklerini beyan eden müteaddit borçlular arasında teselsül vardır. Böyle bir beyanın fıkdanı halinde teselsül ancak kanunun tayin ettiği hallerde olur” .

Borçlar Kanunu 179. maddesinde, kanundan doğan bir teselsülden bahsedilmektedir⁴⁵. Bu durumda, yani, teselsülün kanundan doğduğu durumlarda,

⁴⁴ Tasarıda; BK. m. 161’ de düzenlenmiştir. Buna göre; birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğar.

⁴⁵ Tasarıda; BK. m. 207’ de düzenlenmiştir. Buna göre; “ Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticarî işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu

kamu düzeni söz konusu olacağından, tarafların iradeleri ile teselsülün ortadan kaldırılması geçersiz olacaktır . BK. m. 179' a göre; “.... Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar”.

Alacaklının, devir için rızasına gerek görülmediğinden, BK. m. 179' da devredenin de iki yıl müddetle yenisiyle birlikte müteselsilen sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmiştir. Bu müddet, muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden, daha sonra muaccel olan borçlar için muacceliyet kazandıkları tarihten itibaren işlemeye başlar⁴⁶.

BK. m. 179' dan da anlaşıldığı üzere, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, borçların devralana geçmesi için, (genel kuraldan farklı olarak) borcu üstlenen ile alacaklı arasında ayrıca “ borcun nakli” sözleşmesi yapmaya ihtiyaç yoktur. Borçlar, alacaklının rızası aranmaksızın, “ bildirim alacaklıya ulaşması veya gazete ile duyurma” ile nakledilmiş olur. Borçlunun şahsının, alacaklının rızası olmaksızın değişmesinden doğacak riski karşılamak üzere, kanun koyucu, (genel kuraldan ayrılarak) eski borçluyu da iki yıl süreyle, yenisi ile birlikte müteselsilen borçtan sorumlu tutmuştur. Bu iki yıllık süre bir “ hak düşürücü” süredir. Bu süre içinde alacaklı eski borçluya karşı dava açmaz ve icra takibinde bulunmazsa eski borçlu borçtan kurtulur⁴⁷.

Malvarlığının aktif ve pasifi ile devralındığının alacaklılara bildirilmesi herhangi bir şekilde bağlı değildir. Alacaklı devralanla olan iş ilişkileri sırasında

olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar. Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir. Bildirme veya ilânla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz.

⁴⁶ **Uygur, T**, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 4, Ankara 2003, s. 4460.

⁴⁷ **Yekta**, s. 389; **Önen**, s. 105; **Arkan**, s. 46.

devirden haberdar olmuşsa, devralma kendisine bildirilmiş sayılır. Gazetelerle duyurma durumunda, bütün alacaklıların devirden haberdar olduğu kabul edilir⁴⁸.

Bu, resmi bir mesleki gazete olabileceği gibi, herhangi bir gazeteyle de mümkündür. Bu hususu gerçekleştirirken MK. m. 2 sınırları içinde hareket edilmeli ve örneğin; önemli bir işletmenin devrinde az satılan bir gazeteyle ilan edilmiş olmamalıdır.

Gazete ile ilanın yanı sıra devrin ticaret siciline tescili ile de ihbar yapılabilmesi kabul edilmektedir⁴⁹.

Aktifi oluşturan bir kısım unsurların (malların, hakların) veya borçlardan bir kısmının devrin dışında tutulmuş olması, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devralınmasını engellemez, yeter ki, devrolunan unsurlarla ticari işletmenin işletme olarak devamı mümkün olsun⁵⁰. Malvarlığı veya işletme bütün pasifi ile (borçlarıyla) devralınmış sayılır. Devralan, varlığından haberdar olmadığı borçlardan da sorumludur.

Malvarlığını veya işletmeyi devralan, devredenle yapılan sözleşmede bir kısım borçları üstlenmemişse, alacaklılara yaptığı bildirimde ve gazetelerle yaptığı duyuruda bunu açıkça belirtmelidir. Aksi takdirde, devre ilişkin sözleşmede yer alan sınırlamaları alacaklılara karşı ileri süremez. Nitelikleri gereği ancak devreden tarafından ifa edilebilecek borçlar devrin kapsamına girmez. Bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, aktif pasifi karşılama dahi, devralan alacaklılara karşı bütün borçlardan sorumludur⁵¹.

Bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, aktif pasifi karşılama dahi, devralan alacaklılara karşı bütün borçlardan sorumludur⁵².

⁴⁸ **Yekta**, s. 389; **Arslanlı**, s. 116; **Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 281

⁴⁹ **Acemoğlu**, s. 112 vd.

⁵⁰ **Arkan**, s. 42.

⁵¹ **Yekta**, s. 390.

⁵² **Yekta**, s. 390.

Devredenin sorumluluğu⁵³;

- BK. m. 179' da düzenlenen iki yıllık sürenin geçmesi,
- Devredenin alacaklı tarafından ibra edilmesi ile,
- Devredenin borcu için kurtarıcı bir borcun nakli yapılması ile.

Yine, bu durumlar dışında da, devreden ve devralan aralarında anlaşarak devredenin sorumluluğunu ortadan kaldıracırlar. Ancak, bu durum sadece kendi aralarında hüküm ifade eder, alacaklılara karşı ileri sürülemez.

B. SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ HALLERİ

1. BK. m. 179' da öngörülen iki yıllık sürenin dolması ile

Bu sürenin başlangıcı işletmenin muaccel borçları için devrin tescil ve ilanı ya da alacaklıya ihbar andır.

Müccel borçlarda ise, devir tescil ve ilan veya alacaklıya ihbar edilmiş olmak kaydıyla borcun muaccel hale geldiği andır⁵⁴.

2. İbra ve kurtarıcı borç naklinin yapılması ile

Alacaklılardan birinin devredeni ibra etmesi durumunda, devreden bu borç açısından iki yıllık sürenin geçmesini beklemeden sorumluluktan kurtulur. İbra ile, alacaklı borçlusunda bulunan alacağından tamamen veya kısmen vazgeçerek onu sorumluluktan kurtarır. Sözleşme niteliğindedir ve borçlunun kabulünü gerektirir⁵⁵.

Bahsedilen diğer durum ise, devralanla alacaklı arasında kurtarıcı bir borç naklinin yapılmasıdır. Burada da, devreden sorumluluktan kurtulur. BK. m. 174 hükmü uygulanır⁵⁶.

Bu durumlardan biri söz konusu olduğu zaman devreden sorumluluktan kurtulur ve böylece devralan borcun tabi olduğu zamanaşımı süresinin sonuna kadar

⁵³ Akıncı, s. 58.

⁵⁴ Arkan, s. 46.

⁵⁵ Akıncı, s. 59.

⁵⁶ Tasarıda, BK. m. 201' de düzenlenmiştir.

tek başına sorumlu olur. Ancak; bu durum ilgili üçüncü kişilere karşı geçerlidir. Devreden ile devralanın kendi iç ilişkileri gereği aralarında bu durumla ilgili anlaşma söz konusu ise, devreden devralana karşı ibra veya nakle konu borç açısından sorumlu kalmakta devam edecektir⁵⁷.

§ 2. MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN DEVRALAN AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. DEVRALANIN BORÇLARI

A. DEVRALANIN YERİNE GETİRME BORCU

Devir sözleşmeleri kural olarak - bağış vaadi ise ivazlı olmayacak- karşılıklı (ivazlı) olacaktır. Yani; devreden, malvarlığı veya ticari işletmeyi devretmesiyle devralanın da bazı yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Ortaya çıkan bu duruma, karşı edim denmektedir⁵⁸.

Devir sözleşmesi, bir satımdan ibaret olduğu durumlarda devralanın karşı edim borcu, belli bir para ödemekten ibarettir. Bu ödemenin şekli taraflar arasında kararlaştırılabilir. Bütün malvarlığı veya ticari işletme için tek bir fiyat belirlenebilir. Bunun için; sahip olunan bütün unsurların değerlerinin tek tek belirtilmesi ve bedelin bu değerlerin toplamı olarak hesaplanması da mümkündür. Ancak; daha önce de incelediğimiz ve belirttiğimiz gibi, işletme, sahip olduğu bu unsurların toplamının çok üstünde bir değere sahip olabilir⁵⁹.

Devir sözleşmesi; bir trampa mahiyetinde ise, devralan karşı ediminden dolayı zapttan ve maddi bozukluklardan sorumlu olacaktır (TTK. m. 25/3). Ancak bu gibi durumlarda, devralan sözleşmeye son verme yetkisine sahip değildir. Bunun nedeni; malvarlığı ve ticari işletmenin bütünlüğüdür. Devralanın karşı edimi açısından ise,

⁵⁷ Acemoğlu, s. 151-152.

⁵⁸ Acemoğlu, s. 97; Akıncı, s. 63.

⁵⁹ Acemoğlu, s. 98.

böyle bir bütünlük söz konusu olmayacaktır. Tabii ki; devralanın karşı edimi bir ticari işletme değilse⁶⁰.

Ticari işletmenin devri genellikle, bir satış sözleşmesine dayanacağı için, yine bu sözleşmeyle ilgili ayıp ve zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanır (BK. m. 194, 189 vd.).

Devralan, sözleşme uyarınca bazı mallar ile birlikte para borcu altına da girebilir⁶¹. Buradaki düzenlemede de, trampa için açıkladığımız gibi ele alınması gerekir. Bu durumda, para veya mal değerine göre önemsiz değil ise, bir trampa veya satım değil, her edime ait olduğu sözleşmenin hükümleri uygulanacaktır. Ancak, devir sözleşmesi için söz konusu olan bozukluklar açısından, satım hükümlerinin uygulanacağını kabul ettiğimiz için, burada da devralanın borcu, trampa için yapılan açıklamalara göre ele alınmalıdır⁶².

Devir sözleşmesi, “ ölünceye kadar bakma sözleşmesi” niteliğinde ise, devralanın karşı edimi, devredene ölünceye kadar bakmak olacaktır. Yani; ölünceye kadar bakma akdi, bir malın devri karşılığında bir kimsenin ölünceye kadar bakılmasını gerektiren bir akitler.

B.K. 511 ve takip eden maddeleri ölünceye kadar bakma akdinin şekil ve şartlarını düzenlemiştir.

Ölünceye kadar bakma akdi ile her iki tarafta borç altına girmektedir. Bakılacak kimse kendisini ölünceye kadar bakıp beslemek, görüp gözetmek kaydı ile örneğin, gayrimenkulünü bakım borçlusuna devretmekte, bakım borçlusu da ölünceye kadar bakıp beslemek yükümlülüğü altına girmektedir. Birbirlerine kanunen bakmakla yükümlü olanlar arasında yapılan akitler gerçeğe uymadığında geçersizdir⁶³.

⁶⁰ **Acemoğlu**, s. 98; **Zevkliler**, A, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2004, s. 151; **Akıntürk**, s. 227.

⁶¹ **Akıncı**, s. 63.

⁶² **Acemoğlu**, s. 98 vd.

⁶³ **Dalamanlı**, L, Tatbikatta Satış Vaadleri – Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, İstanbul 1980, s. 123.

Kanun bu yüzden bakım alacaklısına temlik ettiği gayrimenkulün üzerindeki kanuni ipotek hakkını tanımıştır. Gayrimenkulün devrinden itibaren üç ay içinde Tapu Sicil Müdürlüğü'ne müracaat ile bu hak kullanılabilir.

Taraflar arasında düzenlenen sözleşmede temlik olunan gayrimenkul bakım alacaklısına ait olabileceği gibi üçüncü bir kişiye de ait olabilir.

Bakılacak kimse kendisinin bakılmadığını iddia ederse yapılan akdin zamanla bazı nedenlerle çekilmez hale gelmesi durumunda,

Bakım alacaklısının ölmesi durumunda (B.K. m. 517) ölümünün vuku bulunduğu tarihten itibaren bir yıl içinde taraflar akdin feshi için dava açabilirler. Açılan bu dava ile bakım alacaklısı temlik ettiği gayrimenkulü geri alamazsa bile ömür boyu geçimini sağlayacak bir gelirin kendisine verilmesini sağlayabilir.

Ölünceye kadar bakma akdi ile ilgili Tapu Sicil Müdürlüklerinde düzenlenen resmi senedin özel bir şekli vardır. Bu şekil şartlarına uyulması gerekmektedir; vasiyet şeklinde yapılmayan sözleşme geçersizdir. Bu sözleşmeyi yapan tarafların reşit ve mümeyyiz olması gerekmektedir⁶⁴.

Ancak eğer; devir sözleşmesi, bağışlamadan ibaretse, devralanın karşı edim borcu söz konusu değildir⁶⁵.

B. DEVRALANIN İHBARDA BULUNMA BORCU⁶⁶

BK. m. 179' da; sadece malvarlığı veya ticari işletmenin devredilmiş olması yeterli değildir, bunun aynı zamanda üçüncü kişilere de yani alacaklılara da ihbarı gereklidir. BK. m. 179' a göre; “ Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu

⁶⁴ Ölünceye Kadar Bakma Akti, Erişim: 24.05.2006, <http://www.century21alfa.com/pages.php?page=faydalibilgiler>.

⁶⁵ Acemoğlu, s. 99.

⁶⁶ Malvarlığı veya ticari işletmenin devrinin üçüncü kişiler açısından hüküm ve sonuçlarında ayrıntılı şekilde incelenecektir.

müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar”.

Devralan, kanun gereğince ihbarda bulunma yükümlülüğü altındadır. Buna göre; devralan bunu, gazetelerde ilan ederek ya da alacaklıların her birine ihbarda bulunmak suretiyle gerçekleştirecektir⁶⁷.

Devralan ihbarı yapmaktan kaçınırsa borca aykırı bir davranışta bulunmuş olur ve BK. m. 96’ ya göre sorumlu tutulabilir⁶⁸.

C. AKTİFLERİ DEVRALMA BORCU

Devralan, ticari işletmenin ve malvarlığının aktiflerini devralmak borcu altındadır. Bu borcunu yerine getirmedeği takdirde, satım hükümleri yani alacağın temerrüdü gereğince sorumlu olacaktır⁶⁹.

D. DEVRALANIN BORÇLARI ÜSTLENME BORCU

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, devir sözleşmesinde, devralan malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarını iç ilişkiler bakımından üstlenmiş sayılır. Devreden kendisine başvuran alacaklılara karşı ödemede bulunduğu takdirde, borcun tamamı için devralana başvuracaktır.

Taraflar, devri sözleşmesinde borçların eşit olarak paylaşılabilceğini de kararlaştırabilirler. Yine; aynı şekilde, bunların iç münasebette tamamen devreden de kalmasını da kararlaştırabilirler.

Belirtmiş olduğumuz bu husus, ancak, ilgili borcun varlığının devralan tarafından bilindiği durumlarda söz konusu olacaktır⁷⁰.

⁶⁷ Arkan, s. 45.

⁶⁸ Tasarıda; BK. m. 117’ de düzenlenmiştir.

⁶⁹ Acemoğlu; s. 101.

⁷⁰ Acemoğlu; s. 102.

II. DEVRALANIN SORUMLULUĞU

A. SORUMLULUĞUN İÇERİĞİ

1. Devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından kanun gereğince sorumluluğu

Ticari işletmenin devri halinde devralanın işletmenin borçlarından dolayı sorumluluğu, tarafların iradesi dışında bir kanun hükmünden kaynaklandığı için, devralan, kendisi tarafından bilinmeyen borçlardan da sorumlu olur (BK. m. 179).

Bunun için, alacaklının devre açıkça veya zımnen icazet vermesi gerekli değildir.

Devralan ile alacaklı arasında yapılacak tek bir borcun nakli sözleşmesi, devredeni iki yıl beklemesine gerek olmadan, müteselsil sorumluluktan kurtaracağı için önemlidir⁷¹.

2. Devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından devreden ile birlikte müteselsilen sorumluluğu

Yukarıda da değindiğimiz üzere⁷², devralanın kanun gereğince, devredenle birlikte müteselsil sorumluluğu söz konusudur.

BK. m. 179 metninden de anlaşıldığı üzere, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, borçların devralana geçmesi için borcu üstlenen ile alacaklı arasında ayrıca “ borcun nakli” sözleşmesi yapmaya gerek yoktur. Borçlar, alacaklıların icazeti olmaksızın, “ bildirim alacaklıya ulaşması veya gazete ile duyurma” ile nakledilmiş olur. Borçlunun şahsının, alacaklının icazeti olmaksızın değişmesinden kaynaklanacak riski karşılamak üzere, kanun koyucu, eski borçluya da iki yıl süre ile, yenisi ile beraber müteselsil borçtan dolayı sorumlu tutmuştur. Bu süre, hak düşürücü süredir⁷³.

⁷¹ Acemoğlu, s. 124.

⁷² Bkz. “ Devredenin Sorumluluğu”, s. 79.

⁷³ Yekta, s. 389; Arkan, s. 45-46; Önen, s. 102; Akıntürk, s. 195.

3. Devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından kendi malvarlığı ile sorumluluğu

BK. m. 179 BGB. paragraf 419' dan farklı olarak, devralanın malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından, kendi malvarlığı ile de sorumlu olacağını kabul etmiştir. Yani, devralanın, devraldığı işletmenin değeri ile ya da işletmedeki aktiflerle sınırlı sorumluluğu yoktur. Ancak, bu tür bir sonuca varmak suretiyle alacaklıların haklarının çok fazla korunduğuna dikkat çekmek gerekir. Nitekim 179. maddenin getirdiği müteselsil sorumluluk esası ile zaten alacaklıların hakları yeteri derecede korunmaktadır⁷⁴.

B. SORUMLULUĞUN SINIRLARI

Kural olarak, devralan, malvarlığı veya ticari işletmeye bağlı olan bütün borçlardan sorumludur. Bu borçların hangi hukuki sebepten doğmuş olduklarının herhangi bir önemi yoktur.

Bir işletme veya malvarlığını aktif ve pasifi ile devraldığını açık bir şekilde belirten veya resmen ilan eden veya ticari işletmeyi kişisel özelliklerini koruyacak ve önceden mevcut bulunan tarzda devam edebilecek ölçüde devralan kimse, dışarıya karşı bu malvarlığını veya ticari işletmeyi devralan kimse olarak kabul edilir⁷⁵.

Devralan, sadece devir esnasında devredene karşı mevcut bulunan borçlardan dolayı sorumlu tutulabilir. Burada önem arz eden husus, devralanın hangi anda mevcut olan borçlardan sorumlu olacağıdır. Türk – İsviçre Hukuku' nda, ihbarın yapıldığı anda varolan borçların devralana geçtiği kabul edilir⁷⁶. Devralanın ihbardan sonra fakat tasarruf işlemlerinin tamamlanmasından önce doğan borçlardan da sorumlu tutulması gerekir. İhbarla başlayan sorumluluğun sonradan genişlemesi imkanı da mevcuttur⁷⁷.

⁷⁴ Acemoğlu, s. 125.

⁷⁵ Akıncı, s. 65.

⁷⁶ Acemoğlu, s. 128; Arkan, s. 46; Deryal, s. 18.

⁷⁷ Acemoğlu, s. 129.

Yani, devralan, devir işleminin ifasından sonra, ihbar anında mevcut olan ve devredenin şahsına bağlı olan borçlar dışındaki borçlardan kural olarak sorumludur.

1. Devralanın sorumluluğunun yapılacak ihbarla sınırlı olması

Bazı kayıtların ihbarla bildirilmesi mümkündür. Bu şekilde, devreden ile devralan arasındaki dış ilişki bakımından bazı sınırlamalar söz konusu olabilir. Söz konusu olacak bu sınırlamalar ihbarda vücut bulmuş ise, bunun alacaklılara (üçüncü kişilere) karşı ileri sürülebilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, devralan, ancak sınırlamanın dışında kalan borçlar açısından sorumlu tutulabilir⁷⁸.

Devralan, iç münasebet açısından sorumlu olduğu halde bazı borçları, ihbarda sınırlanmış gibi gösterirse, ihbar bir tasavvur açıklaması niteliğinde olduğu için ve bu niteliğinden ötürü gerçeğe uygun olmadığı taktirde hüküm doğurmayacağından BK. m. 20/II gereğince bütün borçlardan sorumlu olur. Buna karşın, devralanın iç münasebetteki bazı borçlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmış olsa da, devralan bunu ihbarda belirtmemişse, yine bütün borçlardan sorumlu olacaktır⁷⁹.

2. Şahsi ifayı gerektiren borçlardan devralanın sorumluluğu

Burada önemli olan husus, borcun devredenın şahsının dikkate alınarak kurulması değil, o borcu ancak devredenın ifa edebilecek mahiyette olmasıdır.

Böyle bir borç naklinde alacaklıların muvafakati söz konusu olmayacaktır. Yine bu durumda, alacaklıya düşüncesi sorulmadan, şahsi ifa yükü altında olan devredenden değil de başka birisinden ifayı kabul etmeye zorlamak yerinde olmayacaktır. Ancak; alacaklı, iki yıl süresi içinde ifanın şahsen ifasını kabul etmemişse, bu durumda, alacaklının bu borcu devralanın ifa etmesini kabul ettiği varsayılır. Kısacası; devredenın şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu borçlarda, kural olarak, devralanın sorumlu tutulmaması gerektiği sonucuna varılması gerektiği düşüncesindeyiz.

⁷⁸ Acemoğlu, s. 117.

⁷⁹ Acemoğlu, s. 130.

Ancak bazı durumlarda, bunları mutlaka devredeninin ifa etmesi gerekebilir. Buna örnek olarak; devreden bir ressam ise ve bu niteliği gereği kendisine yapması için ısmarlanan bir tablonun yapılması istendiğinde, bu borcunun devralana geçmeyeceği doğaldır.

Özetle; borcun nakli (üstlenilmesi) sözleşmesi borçlunun şahsında değişme meydana getirirse de, borcun kendisinde ve borçlunun şahsına bağlı olanlar dışındaki fer' ilerinde herhangi bir değişiklik olmayacaktır (BK. m. 176/I)⁸⁰. Burada önemli olan, rehin ve kefaletten doğan fer' i haklar ile def' ilerin durumudur.

3. Devralanın devir sırasında varlığını bilmediği borçlardan sorumluluğu

Devralanın bazı borçlardan sorumlu olmamak için başvurabileceği en önemli olanak, bunları alacaklılara yapacağı ihbarda açık bir şekilde bildirmelidir. Aksi takdirde, pasif bir davranış sergilerse, devir sözleşmesinde bu borçların göz önünde tutulmaması ya da bilinmemesi, devralanın bazı borçlardan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla; sadece bilmemenin veya devir sözleşmesinde göz önünde tutmamanın devralanın sorumluluğu üzerinde hiçbir rol oynamayacağı şüphesizdir⁸¹.

Devralanın sorumluluğu kanuni bir sonuçtur ve bunun için de devralanın ne iradesi ne de bilgisi gerekli değildir. Ancak bilmediği borçların ortaya çıkması durumunda hile, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanabilir.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez. Taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümler⁸² saklıdır (BK. m. 113).

⁸⁰ Tasarıda, 203. madde başlığı altında yer almaktadır.

⁸¹ Acemoğlu, s. 132; bkz. s. 95.

⁸² Kıymetli evrak, yeniden dolaşıma çıkıncaya kadar haklar donar.

4. Devralanın devreden borçlarına bağlı fer' i borçlardan sorumluluğu

Daha önce de değindiğimiz gibi, borcun nakli durumunda borçlunun şahsında değişme meydana gelirse de, borcun kendisinde ve borçlunun şahsına bağlı olanlar dışındaki fer' ilerinde herhangi bir değişiklik olmaz.

Borcu güvence altına alan rehin bizzat borçlu ya da borcu üstlenen tarafından verilmişse, borcun üstlenilmesinin mevcut olan rehine bir etkisi olmaz. Kısacası; alacaklının rehin hakkı yine devam eder. Eğer rehin üçüncü kişi tarafından verilmiş ise, bu rehin borcun nakli sözleşmesinin yapılmasıyla sona ermiş olur. Rehnin devam edebilmesi, ancak üçüncü kişinin borcun nakline razı olmasına bağlıdır (BK. m. 176/II).

Borcun nakli anına kadar verilmiş olmak şartıyla, borcun nakline muvafakat hiçbir şekilde bağlı değildir. Zımni (örtülü) bir muvafakat da yeterlidir. Güvence veren üçüncü şahıslar yönünden borçlunun taşıdığı önem, borcun nakli (borçlunun değişmesi) halinde böyle bir istisnanın kabulünü zorunlu kılmıştır.

Rehin veren ve kefil, borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurarak, ona güvendikleri için rehin vermiş ve kefil olmuşlardır. Borcun nakli durumunda, borçlunun yerine yeni bir borçlu geçtiğine göre, devri dolayısıyla bu kişilerin durumu tehlikeye girebilir. Onlar ancak yeni borçlunun da (devralan) kişiliğine güvenirlerse borcun nakline rıza göstererek sorumluluklarını devam ettirirler⁸³.

Asıl borçla birlikte, işlemiş (fakat henüz ödenmemiş) ve işleyecek faizler, muaccel cezai şartlar borcu üstlenen şahsa geçer. Borcu garanti eden teminatlar, rehin hakları (yasadana veya sözleşmeden doğan istisnalar saklı kalmak üzere) borcu temin etmeye devam eder. Borcu üstlenen şahıs, borcun nakli sözleşmesini yaparken, yan hakların, yükümlülüklerin varlığından haberdar olmasa dahi, alacaklıya karşı asıl borçla birlikte yan haklardan da sorumludur, asıl borcu yan haklarıyla birlikte zamanında ifa ile yükümlüdür.

İşlemiş ve işleyecek faiz borçları da devralana geçer (BK. m. 113).

⁸³ Akıntürk, s. 197.

Borcu üstlenen, eski borçlunun şahsına bağlı def' iler dışında kalan bütün def' ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir (BK. m. 177/II)⁸⁴. Bu durumda; borcu üstlenen, esas borç ilişkisinden doğan def' ileri, örneğin zamanaşımı def' ini veya ödemezlik def' ini ileri sürebilirse de, sadece eski borçlunun yararlanabileceği takas def' ini ileri süremez⁸⁵.

Aynı şekilde, borcu üstlenen ile eski borçlu arasındaki, borcun nakline temel teşkil eden hukuki ilişkiden doğan def' iler de alacaklıya karşı ileri sürülemez (BK. m. 177/III).

Ticari işletme devri sözleşmesi geçersizse, borç geçmez ve eski borçlu borçlu kalmaya devam eder. Fer' i haklarda da bir değişiklik olmaz.

Alacaklı ile borcu üstlenmek isteyen kimse arasında yapılan “borcun nakli” sözleşmesi herhangi bir nedenle (örneğin irade fesadı -hata, hile, ikrah- sebebiyle) feshedilirse, bu feshin hukuki sonuçları BK. m. 178' de düzenlenmiştir. Maddeye göre, “borcun nakli sözleşmesi iptal edilirse, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin -genel kurallara göre korunan- hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün eklentileri ile birlikte yeniden doğar”.

Bundan başka, borcu üstlenen kimse, sözleşmenin iptalinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisinin bir kusuru olmadığını kanıtlayamazsa, alacaklı, evvelce tesis edilmiş güvenceyi kaybetmesi dolayısıyla veya başka herhangi bir nedenle uğradığı zararın ödenmesini borcu üstlenenden isteyebilir.

Ancak borcun naklinin iptal suretiyle geçersiz olması durumunda, hata veya hile durumlarında olduğu gibi, durum özellik arz eder. Nakle baştan muvafakat etmeyen ve teminatları sona eren iyiniyetli üçüncü kişilerin teminatları, iptalle birlikte yeniden canlanmaz (BK. m. 178/II). Alacaklı, baştan kaybettiği teminatlar da olmak üzere, borcun nakline güvenden dolayı uğradığı menfi zararın tazmini borcu üstlenenden isteyebilir, tabii, o aktin iptalinde ve zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurunun olmadığını ispat ederse (BK. m. 178/II).

⁸⁴ Tasarıda, 204. madde başlığı altında ele alınmıştır.

⁸⁵ Akıntürk, s. 197; Nomer, H. N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 237.

§ 3. İŞLETME DEVRİNİN SÜREKLİ SÖZLEŞMELER AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. HİZMET SÖZLEŞMELERİ (BK. m.313)⁸⁶:

Devredilen ticari işletmenin işveren sıfatı ile taraf bulunduğu hizmet sözleşmeleri de kural olarak devirden sonra da devam etmektedir. Hizmet sözleşmesinden doğan hak ve borçlar ticari işletmeyi devralan işverene geçecektir, dolayısıyla iş ve sosyal güvenlik mevzuatının işveren değişikliğine ilişkin hükümleri (4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi), niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır (BK. m. 179-180)⁸⁷.

II. SİGORTA SÖZLEŞMELERİ (TTK. m. 1263-1338):

Mukavele müddeti içinde sigorta edilen malın sahibi her hangi bir surette değişmişse, mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortadan doğan hak ve borçlar o malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren yeni sahibine intikal eder. Sigortacı sigorta priminden dolayı evvelki malike müracaat edebilir (TTK. m. 1303).

Devredilen ticari işletmenin, sigorta ettiren sıfatı ile veya taraf olduğu ya da sigortadan yararlanan sıfatıyla ilgili olduğu sigorta sözleşmelerinden doğan hak ve borçlar da devralana geçer (TTK. m. 11/II).

III. SAKLAMA SÖZLEŞMELERİ:

TTK. m. 11/II' ye göre; devredilen ticari işletmenin mudi ya da müstevdi veya ardiye sahibi sıfatı ile taraf olduğu vedia veya ardiye sözleşmelerinden doğan hak ve borçlar da (BK. m. 463,473)⁸⁸ devralana geçecektir⁸⁹.

⁸⁶ Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında 397. madde başlığı altındadır. Tasarının 432' de; “ İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri bütün hak ve borçlar ile birlikte devralana geçer”.

⁸⁷ Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında 179. madde, 207. maddede; 180. madde ise, 208. madde başlığı altında ele alınmıştır.

⁸⁸ Akıntürk, T, Borçlar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005, s. 291, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında saklama sözleşmeleri 566-585. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁸⁹ Türk, s. 215.

IV. KEFALET SÖZLEŞMELERİ:

Devredilen ticari işletmenin, kefil olarak imzaladığı kefalet sözleşmeleri de yürürlükte kalır (BK. m. 483-484)⁹⁰.

Ticari işletmenin sahibi lehine kefalet verilmiş olması durumunda, ticari işleme devredildiği takdirde kefilin (iki yıllık süreden sonrası için) durumunun ağırlaşması söz konusu olacaktır. Kefil durumunun kötüleşmesi üzerine güvence verilmesini istemek veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkına sahip olacaktır (BK. m. 503)⁹¹.

V. VEKALET VE DİĞER İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİ:

İnançlı vekalet işlerinde, inananın korunması, özellikle bizzat inananın inanılana temlik ettiği alacak ve şeyler hakkında yasal temlik ve ayırma hakkı olanaklarının tanınması için tasarı m. 514' e hüküm konulmalıdır .

İnananın, kendisinin inanılana temlik ettiği alacak ve mallar için de ayırma hakkının kullanabileceği açıkça belirtilerek bu konudaki tartışmalara son verilmelidir⁹².

Ticari mümessillik ilişkisi karşılıklı güven esasına dayalı olduğu için işletmenin devri halinde bu ilişki de sona erer⁹³. BK. m. 449/I' de⁹⁴ ticari mümessilin işletme sahibi tarafından atanacağı gösterilmiş olduğundan işletmenin yeni sahibi,eğer güven duyuyorsa eski ticari mümessili yeniden atayabilir⁹⁵. İşletmenin ticari vekilleri ve seyyar tüccar memurları da her zaman azil veya çekilme imkanları saklı kalmak üzere görevleri devirden sonra da devam edecektir (BK. m. 449, 452-456)⁹⁶. Ancak; işletmenin devralınması veya devredilmesiyle oluşacak yeni

⁹⁰ **Önen, T**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999, s. 311, Tasarıda; 483. madde,586. maddede ve 484. madde ise, 587 .madde altında düzenlenmiştir.

⁹¹ Tasarıda 600. madde düzenleme altına alınmıştır.

⁹² **Yavuz, N**, T.C. Yargıtay Başkanlığı ve Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü' nün "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi" konulu Sempozyumu, Erişim: 07.07.2006, http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler/yargisal_faaliyetler/album170605/nyavuz.doc.

⁹³ **Arslanlı**, s. 172; **Karayalçın**, s. 134.

⁹⁴ Borçlar Kanunu Tasarısında 552. maddede düzenlenmiştir.

⁹⁵ **Atasoy**, s. 60.

⁹⁶ Tasarıda, BK. m. 552, 556-557' de düzenlenmiştir.

durumlara göre devredilen işletmenin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle bunların temsil yetkilerinde de yeni düzenlemelerin yapılması gerekebilir (BK. m. 451; TTK. m. 321, 323)⁹⁷.

VI. ÖDÜNÇ VE KREDİ SÖZLEŞMELERİ:

Ödünç sözleşmelerinde, ödünç alanın ödeme gücü son derece önemlidir. Ancak; devredilmiş bir ticari işletmeye ödünç vermiş olanlar borçlu tarafın değişmesi halinde hakları özel hükümlerle korunmuştur (BK. m. 179, TTK. m. 150)⁹⁸.

Kredi sözleşmesinde kredi veren, devralanın mali durumunun kötüleşmesi durumunda kredi vermekten kaçınabilir, ayrıca da, sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir⁹⁹. Kredi verenin, ticari işletmeyi devredince aynen kefil gibi, durumunun olağanüstü bir şekilde zorlaşması söz konusu olabilir. Zira; kefil olan ve kredi veren bir ticari işletmenin varlığına güvenmektedir. Devir durumunda ise, bu güvence azalmaktadır.

Devrolunan ticari işletmenin taraf olduğu cari hesap sözleşmeleri de genel olarak veya ödünç ve kredi sözleşmeleriyle bağlantılı oldukları sürece devirden sonra da devam edecektir¹⁰⁰ (TTK. m. 87-88)¹⁰¹.

⁹⁷ Borçlar Kanunu Tasarısında; BK. m. 451, BK. m. 554' de ; Ticaret Kanunu Tasarısında ise; TTK. m. 321, TTK. m. 371' de; TTK. m. 323 ise, TTK. m. 373' de düzenlenmiştir.

⁹⁸ Tasarıda, BK. m. 207' de düzenlenmiştir. Ticaret Kanunu Tasarısında ise, TTK. m. 157' de düzenlenmiştir. Ticaret Kanunu Tasarısı madde gerekçesinde; alacaklıların korunması yeni bir anlayış üzerine yapılandırılmıştır. 6762 sayılı Kanunun 150. maddesinde, birleşme kararının ilan gününden üç ay sonra hüküm ifade etmesi, alacaklıları koruyucu bir önlem olarak düşünülmüş ve bu süre içinde alacaklılara itiraz hakkı tanınmıştır. Bu hak birleşmeyi engelleyen bir rol oynamaktadır.

⁹⁹ Atasoy, s. 61.

¹⁰⁰ Türk, Birleşme, s. 210.

¹⁰¹ Tasarıda, TTK. m. 89-90' da düzenlenmiştir.

§ 4. MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. İHBAR

A. DEVRİN ALACAKLILARA İHBARI VE MAHİYETİ

İhbar alacaklıların menfaati gereği düzenlenmiş bir husustur. Ancak bu hususun BK. m. 179' daki düzenleniş tarzı gereği korunan tek menfaat alacaklının menfaati değildir, bütün tarafların menfaati de korunmuştur.

BK. m. 179' da ihbar yükümlülüğünde devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ihbar ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından sorumlu olacağı şeklinde düzenlenmiştir. Burada ihbarın yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Bu şekilde; alacaklı, ihbar ile haklarının teminatı durumunda olan aktiflerin devredildiğini öğrenecek ve kendini bu duruma göre ayarlayacaktır. Bu ihbarın yapılması, devreden ve devralanın devir sözleşmesinden doğan sorumlulukları üzerinde de etkili olacaktır. İhbar ile, devralanın, malvarlığı veya işletmenin borçlarından ötürü sorumluluğu söz konusu olacak, ve devreden de devralanla birlikte iki yıl müddetle müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Kanun ihbar için herhangi bir şart öngörmemiş olmasına rağmen ilanın BK. m. 179 hükmü uyarınca gazete vasıtasıyla yapılması gerekmektedir. Gazetelerde yapılan ilan sonrası devirden bütün alacaklıların haberdar oldukları kabul edilecektir. Her alacaklıya ayrı ayrı ilan yapılmasındansa devrin ilan edilmesi devralanın avantajına olacaktır.

Taraflar arasındaki devir sözleşmesi, devralan tarafından devir işlemi gazetelerde ilan edilmedikçe ya da alacaklılara ihbar edilmedikçe sadece sözleşmenin tarafları açısından bağlayıcı olacak ve üçüncü kişileri etkilemeyecektir. Bu bağlamda BK. m. 179 hükmünde sayılan şartların gerçekleşmesi ile, başka herhangi bir işleme gerek kalmadan devralan, devreden işletmesine bağlı borçlardan sorumlu

olacaktır¹⁰². Hatta devralanın varlığından dahi haberdar olmadığı borçlar bile bu devir kapsamına girecek ve devralan bu borçlardan da sorumlu olacaktır¹⁰³.

Yapılan ihbar, alacaklıya yöneltilmiş bir icap değildir. Borcun naklinin gerçekleşmesi için, alacaklı ile yapılmış bir sözleşmenin mevcut olması aranmaz. Devralanın, malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından sorumlu olması, böyle bir sözleşmenin değil, kanunun düzenleniş tarzının sonucudur. Dolayısıyla da, borçların devralana geçişi, alacaklının rızası olmadan gerçekleşmektedir¹⁰⁴.

İhbarın amacı, üçüncü kişilere devir sözleşmesi hakkında bilgi vermek olduğundan, ayrıca da bir hukuki sonuç yaratmaya yönelik olmadığından, ihbar bir irade beyanı olarak nitelendirilemez. Kısacası, bu anlatılan ışığında da anlaşılacağı üzere ihbar, bir tasavvur açıklamasıdır¹⁰⁵.

1. İhbarın konusu ve tarafları

İhbar sadece devralan tarafından yapılabilir ve herhangi bir şekle tabi değildir. Devralanın bu ihbarı, yetki verdiği bir temsilci tarafından yapabileceği, hatta, bu arada devredene de yaptırabileceği kabul edilmektedir. Ancak, devralan, özellikle ifanın henüz yapılmamış bulunduğu durumlarda dikkatli davranmalı ve bu durumlarda bundan kaçınmalıdır. Yine; devralanın bir ticari mümessili var ise, ihbar borcu ticari mümessil tarafından da yerine getirilebilir¹⁰⁶.

İhbar her şeyden evvel açık olmalı ve devir keyfiyeti üzerinde hiçbir şüphe bırakmamalıdır. Burada önem arz eden husus; ihbarın borçların da yüklenildiğini bildirmesinin gerekli olup olmadığıdır¹⁰⁷.

Devrolunan ticari işletmenin borçları, devrin, alacaklılara ihbarı veya gazetelerde ilanından itibaren devralana geçer (BK. m. 179/I). Anlaşıldığı üzere, işletmeye ait borçlar, alacaklılar ile devralan arasında ayrı nakil anlaşmaları

¹⁰² Güzel, A, İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987, s. 273.

¹⁰³ Oğuzman/ Öz, s. 945.

¹⁰⁴ Acemoğlu, s. 108.

¹⁰⁵ Acemoğlu, s. 109.

¹⁰⁶ Akıncı, s. 70.

¹⁰⁷ Acemoğlu, s. 115.

yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün olarak kanun hükmü gereğince devralana geçmektedir. Devralanın sorumluluğu, her bir borç için öngörölmüş olan zamanaşımı süresince devam eder¹⁰⁸.

BK. m. 179' a göre devralan kimse, devrin alacaklılara ihbarı veya gazetelerde ilanından itibaren işletmenin borçlarından sorumlu tutulmaktadır.

2. İhbarın yolları

İhbar, alacaklılara ihbar veya gazetelerde ihbar suretiyle yapılabilir. İhbar, telefonla veya mektup, sirküler gönderme suretiyle yapılabilir. BK. m. 179' da sözü edilen ilanın ise, Ticaret Sicil Gazetesi ile yapılması şart değildir; MK. m. 2 sınırları içinde herhangi bir gazete ile yapılan ilan da yeterli sayılır¹⁰⁹.

Kanaatimizce; telefonla veya mektup, sirküler gönderme suretiyle yapılan ihbarda, devredenin alacaklıların hepsini bilmesinin ilk etapta çoğunlukla güç olabileceğinden, gazetelerde ilan yoluyla ihbarı yapması çok daha sağlıklı olacaktır.

II. İHBARIN HÜKÜMLERİ

Yukarıda da değindiğimiz üzere ihbar, malvarlığı veya ticari işletmenin devri sözleşmesinin de genel şartlarındandır. Bu devir sözleşmesi ancak, bu devir işleminin üçüncü kişilere ihbarı ile hüküm ve sonuçlarını doğurur.

1. Devralanın sorumluluğu, ihbarın yapılması ile derhal ve kanun gereğince başlar. Sorumluluğun derhal başlamasının anlamı, devralanın sorumluluğunun kesin bir tarihte başlaması gereğine bağlıdır. Bu tarihten itibaren devralan malvarlığı ve ticari işletmenin borçlarından devreden ile birlikte müteselsilen sorumlu olacak ve alacaklılar, haklarının tümü için ona başvurabileceklerdir¹¹⁰.

2. İhbar devreden devirden sonra devralanla birlikte sorumlu olacağı iki yıllık sürenin muaccel borçlar için başladığı anı tespit eder.

¹⁰⁸ Arkan; s. 44-45.

¹⁰⁹ Arkan; s. 45, Yekta; s. 389.

¹¹⁰ Acemoğlu, s. 116 vd.

Devredenin devralanla birlikte sorumlu tutulacağı iki yıllık sürenin başlangıcı, muaccel borçlar için bu ihbar ve ilan tarihidir. İhbar, ancak onu alan alacaklı için sonuç doğuracağından, devir kendisine bildirilmemiş alacaklı, eğer gazete yoluyla ilan da yapılmamışsa iki yıllık süre geçmiş olsa da devredene başvurabilecektir¹¹¹.

3. Ticari işletmenin devri durumunda devralanın işletmenin borçlarından dolayı sorumluluğu, tarafların iradeleri dışında bir kanun hükmünden kaynaklandığından devralan, kendisi tarafından bilinmeyen borçlardan da sorumlu olur. Devreden ve devralan, bazı borçlardan devralanın sorumlu olmayacağı ya da belli bir miktara kadar sorumlu olacağı kararlaştırılabilir, ancak, böyle bir anlaşma sadece iç ilişkide geçerli olur, alacaklılara karşı ileri sürülemez¹¹².

4. İhbarın bir başka görevi de, devredilen aktif unsurların çerçevesini belirtmektir. Bu şekilde; alacaklılar, haklarını elde etmek için kime başvurabileceklerini, kimin daha elverişli olduğunu tespit edebilirler¹¹³.

III. DEVRALANIN İHBARI YAPMAMASI¹¹⁴

Burada söz konusu olan iki durum vardır. Bunlardan ilki; devir sözleşmesinin yapılmış olmasına karşın devralan tarafından ihbarda bulunulmaması durumudur. İkinci durum ise, devir sözleşmesinin ifa da edilmiş olması durumudur.

İlk durumda, alacaklılar, yine devir yapılmamışcasına kendi borçlularına başvurarak haklarını alabilirler. Fakat; devir sözleşmesi ifa da edilmişse, ihbar yapılmamış olsa da, malvarlığı veya ticari işletmenin aktif unsurları devralana geçmiş olduğundan alacaklıların hakları tehlikeye düşer. Çünkü, hem alacaklıların teminatı olan aktifler borçluların elinden çıkacak hem de devralan buna bağlı borçlardan sorumlu olmayacaktır¹¹⁵.

¹¹¹ Arkan, s. 46; Acemoğlu, s. 117.

¹¹² Arkan, s. 45; Acemoğlu, s. 117 vd.

¹¹³ Acemoğlu, s. 120.

¹¹⁴ Borçlar Kanunu tasarısında bu durum, devralan için kanundan doğan bir yükümlülüktür.

¹¹⁵ Acemoğlu, s. 121.

Devir sözleşmesi ivazlı ise, yani alacak bir bedel karşılığında devredilmekte ise, alacaklılar haklarını belki devrin bu karşı ediminden alabilirler. Ancak; devir ivazsız ise, yani alacak bir bedel alınmaksızın, karşılıksız olarak devredilmekte (bağışlanmakta) ise, bu durumda tehlike söz konusu olacaktır¹¹⁶.

Devralanın ihbarı yapmaması halinde bir borca aykırılık söz konusu olacaktır. Burada ihbar, bir edim teşkil etmediği için ne temerrüt, devralanın iradesine bağlı olduğu için de imkansızlık teşkil etmez. Bu yüzden, borcun müsbet ihlali söz konusu olur. Bu durumda, devreden BK. m. 96/ 97' ye kıyas edilerek devralanı ihbarda bulunmaya zorlayabilir. Hakimin iradesi devralanın iradesi yerine geçecek ve bu kararın gazetelerde yayımlanması ile de kanuni borç nakli gerçekleşecektir. Yine devreden, sorumluluktan kurtulacağı iki yıllık sürenin başlamasının gecikmesinden ötürü tazminat da talep edebilecektir¹¹⁷.

Devralanı ihbara zorlayan bir hüküm olan İİK. m. 280' de; “ Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur. Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılını temin edecek şekilde munasip vasıtalarla ilân olunduğunu ispatla çürütülebilir” denmektedir. Aksi halde devir işlemi iptal edilecektir.

¹¹⁶ Akıntürk, s. 190.

¹¹⁷ Borçlar Kanunu Tasarısında bu hüküm 117 ve 118. madde başlıkları altında ele alınmıştır.

SONUÇ

Ticaret Hukukumuzun temelini oluşturmasına rağmen, yasa ticari işletmeyi açık olarak tanımlamış değildir. Sadece 11. maddenin 1. fıkrasında “ Ticarethane veya fabrika veyahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır” hükümünü getirmiştir. Görüldüğü gibi sadece hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağı belirtilmiştir.

Ticari işletmenin tanımı açısından en önemli düzenleme, Ticaret Sicili Tüzüğü’ nde (TST) yer verilmiştir. “ Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan ve devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz”. (TST. 14/II). Türk Ticaret Kanunu bakımından büyük önem taşıyan ticari işletme kavramının, doğrudan yasada tanımlanmayarak, bu işin tüzükte yapılmış olması da eleştirilmiştir.

Kanaatimizce de, kanunun temelini teşkil eden ticari işletme kavramının tanımının kanunda yer almaması büyük bir eksikliktir. Tasarıda, ticari işletme tanımının yapılarak bu açığın kapatılması şarttır. Öte yandan; ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerinin de tanımlanması, sanki, ticari işletmenin bu üç birime zgymş gibi bir düşünce uyandırabilecek nitelikte olması açısından oldukça gereksizdir.

Maddi ve maddi olmayan unsurlardan meydana gelen ticari işletmeler her türlü hukuki işlemlere konu olabilirler. Ticari işletme başkasına rehnedilebileceği gibi satılabilmektedir. İşletmenin bu anlamda söz konusu olacak devrinde, devir genellikle bir satım sözleşmesine dayanmakta ve buna dayanarak da devirle ilgili tekeffül ve temerrüd gibi hususlara satımla ilgili Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

Borçlar Kanunumuz bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile (varı ve borcu ile) devredilmesi halinde, “borçların nakli” yönünden, BK. m. 179’ da özel kurallara yer vermiştir.

“ Bir işletme diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerinin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olur, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler” (BK. m. 180/I). Ticaret şirketlerinin birleşmesine veya nev'i değiştirmesine ilişkin olarak Ticaret Kanunumuzun 146-152. maddelerinde özel hükümlere yer verilmiştir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde veya nev'i değiştirmesinde bu hükümler öncelikle uygulanacaktır.

Ancak yapılan bu düzenlemelere karşın kanaatimizce Ticaret Kanununun Birinci Kitabı olan Ticari İşletme kitabında, özellikle de, 11. madde ticari işletmelerin devrinin tüm hüküm ve sonuçlarıyla beraber düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 83. maddesinde sadece işletmenin devri başlığı altında ticaret ünvanının işletmenin devrinde sicil yönünden uğrayacağı akibete değinilmiştir.

Bir ticari işletmenin malvarlığını oluşturan ekonomik değerler sınırlandırıcı (tahdidi) şekilde değil, sadece en tipik örnekler olarak (tadadi) sayılmışlardır.

Buradan da anlaşıldığı üzere ticari işletme bir bütündür. Bu bütün içerisine; makineler, tesisler, vekalet ve iş görme sözleşmeleri, ipotek ve rehin alacakları, depo, mağaza, lisans sözleşmeleri, hizmet ve iş sözleşmeleri, özel hat ve telefonlar, kredi sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri, saklama sözleşmeleri gibi ticari işletmeye daimi tarzda tahsis edilmiş unsurları da dahil etmek gerekir.

Öte yandan, ticari işletmenin malvarlığını oluşturan ekonomik değerlerin hepsi bir arada bir bütün teşkil etmekle birlikte beraber, böyle bir bütün içinde yer alan her bireysel ekonomik değer yapılacak olan hukuki işlem bakımından tamamen bağımsız durumda olup kendi türüne özgü hukuk kurallarına tabidir, başka bir anlatımla, ticari işletmenin tümünü kapsayan bir sözleşme hukuken geçerli olmakla birlikte, bu sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmesi her ekonomik değer için kendi hukuki rejimine göre gerçekleştirilebilecektir. Örneğin; ticari işletmenin bir

bütün olarak başkasına devrinde taşınır malların teslimi, taşınmaz malların tapu siciline, markaların Sanayi Bakanlığı nezdindeki özel sicile tescili gerekir.

Ticari işletmenin devri sözleşme ile yapılır. Sözleşme genel kurallara uygun olarak, tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile meydana gelir. Devre karar veren taraflar, devrin amaç ve usulünü belirleyen bir devir sözleşmesi hazırlarlar. Yani devir sözleşmesi, ticari işletmenin devir borcunu doğurmak amacıyla yapılan bir sözleşmedir. Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devredilmesi gayesini taşıyan hayatta bulunanlar arasında yapılan bu sözleşmeye ticari işletmenin devri sözleşmesi denir.

İşletmenin devri için tek bir sözleşme yapılması yeterlidir. Bu sözleşme, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir (BK. m. 11/I).

Devir sözleşmesi esas itibariyle herhangi bir şekle bağlı değildir. BK. m. 179 vd. maddelerinde, bu nitelikteki sözleşmeler için bir şekil şartı öngörülmediğinden devir sözleşmesi özel bir şekil şartına tabi değildir. Ancak, ticari işletmede devri kanunen özel şekle bağlanmış unsurlar var ise bu taktirde, bunların devri için söz konusu özel şekle uyulması gerekir. Bu durum sözleşmenin bir kısmı için veya tamamı için öngörülebilir. Mesela gayrimenkul alım-satımın ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gibi. Tasarruf işleminin ise, BK. m. 179' da külli halefiyet söz konusu olmadığı için, her bir unsur için öngörülen özel şartlar çerçevesinde yapılmalıdır.

Ticari işletmenin devri sözleşmesi kural olarak hiçbir şekle bağlı olmasa da ticari işletme içinde kanunen devri özel şekle bağlı unsurların olması durumunda bu unsurların devri için sözleşme şekle bağlı olarak kurulur. Tabii bu şekil şartı, ticari işletmenin unsurlarının devri için gereklidir.

Kanaatimizce; devir sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması ile birlikte, daha dar yetkiler veren ve şekil şartına tabi olan ticari işletmenin rehninde olduğu gibi, sözleşmenin yazılı, hatta, resmi şekilde yapılması, olası uyuşmazlıkları önleyebilecektir. Öte yandan, RKHK kapsamında bildirim tabi olan işletme devirlerinde, Rekabet Kurulu, inceleme sırasında yazılı sözleşmenin Kurul' a ibrazını

istemektedir. Bu durumda, bu kapsamda işletme devirlerinin TTK' da şekil şartı öngörülmemiş olmasına rağmen uygulamada yazılı olarak yapılma zorunluluğu doğmaktadır.

Sözleşmeye taraf olabilmek için hak ehliyetine sahip olmak gerekir, ayrıca hukuki işlemin geçerliliği için işlemi yapan şahsın veya şahısların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir.

Devir sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olmamalıdır,yine, sözleşmenin konusunun da başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olmaması gerekir.

Ticari işletmenin devri sözleşmesi kural olarak işletmenin bütünü konu edinir. Buna rağmen işletmeye dahil olan bazı unsurların devredilmesi şart değildir. Ancak işletmenin devrinden bahsedebilmek için işletmenin faaliyetini devam ettirecek asli unsurların devredilmesi gerekir. Ancak, bazı unsurların devredilmeyip muhafaza edilmesi de mümkündür. Kısacası, aktifi oluşturan bir kısım unsurların (malların, hakların) veya borçlardan bir kısmının devrin dışında tutulmuş olması, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devralınmasını engellemez.

Malvarlığını veya işletmeyi devralan, devredenle yapılan sözleşmede bir kısım borçları üstlenmemişse, alacaklılara yaptığı bildirimde ve gazetelerle yaptığı duyuruda bunu açıkça belirtmelidir. Aksi takdirde, devre ilişkin sözleşmede yer alan sınırlamaları alacaklılara karşı ileri süremez. Nitelikleri gereği ancak devreden tarafından ifa edilebilecek borçlar devrin kapsamına girmez. Bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, aktif pasifi karşılama dahi, devralan alacaklılara karşı bütün borçlardan sorumludur.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen hüküm, 7. maddede "birleşme ve devralmalar" başlığı altında yer almaktadır. Oldukça uzun bir şekilde kaleme alınmış olan bu hükümdür. Buna göre, "bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya

herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması” hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir.

Devrin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için yerine göre Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7. maddesi gereği, işletmenin devralındığının Rekabet Kurulu’ na bildirerek izin alınması da gerekir. Bu durumun devrin yapılmasından belirli bir süre önce (30 gün gibi) Kurul’ a bildirilerek izin alınır.

Devralmaya gerçekleştiren teşebbüs, ülkenin tamamında ya da bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar payının, piyasanın yüzde yirmi beşini aşması ya da bu oranı aşmasa da toplam cironun yirmi beş milyar yeni türk lirasını aşması durumunda Rekabet Kurulu’ ndan izin alınması zorunludur. Rekabet Kurulundan izin alınmadığı sürece, sözleşme eksiktir. İzne tabi olduğu halde bildirilmemiş ya da izin alınmamış devirlerde, Kurul tarafından yapılacak inceleme sonunda, yapılan devralmanın Rekabet Kanununun 7. maddesine aykırı olmadığı sürece, devre izin verilir. Ancak, bildirimde bulunulmamış olması nedeniyle, bu yükümlülüğü ihlal eden ilgililere, para cezası uygulanır.

BK. m. 179’ da; sadece malvarlığı veya ticari işletmenin devredilmiş olması yeterli değildir, bunun aynı zamanda üçüncü kişilere de yani alacaklılara da ihbarı gereklidir. İhbar, alacaklılara ihbar veya gazetelerde ihbar suretiyle yapılabilir. İhbar, telefonla veya mektup, sirküler gönderme suretiyle yapılabilir. BK. m. 179’ da sözü edilen ilanın ise, Ticaret Sicil Gazetesi ile yapılması şart değildir; MK. m. 2 sınırları içinde herhangi bir gazete ile yapılan ilan da yeterli sayılır. Alacaklı, ihbar ile haklarının teminatı durumunda olan aktiflerin devredildiğini öğrenecek ve kendini bu duruma göre ayarlayacaktır. Bu ihbarın yapılması, devreden ve devralanın devir sözleşmesinden doğan sorumlulukları üzerinde de etkili olacaktır. İhbar ile, devralanın, malvarlığı veya işletmenin borçlarından ötürü sorumluluğu söz konusu olacak, ve devreden de devralanla birlikte iki yıl müddetle müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Sorumluluğun başlangıcı, kanunda da belirtildiği gibi muaccel borçlar için ihbar ve ilan tarihi, müeccel borçlar için ise, muacceliyet tarihidir.

BK. m. 179, ticaret şirketleri dışında kalan bir işletmenin, gerçek veya tüzel kişi ya da bir ticaret şirketinin, bir işletmeyi devralması durumunda uygulanabilir. Bu madde, sadece, malvarlığı düzeyinde kalan işletmelerin devrini ve bu devrin sonuçlarını düzenler. Kısaca, ilgili şirketler ve bu şirketlerin ortakları, şahıs unsuru BK. m. 179 hükmünün uygulaması içerisinde değildir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Acemoğlu, K , Borçlar Kanunu' nun 179. maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.

Akıncı, O, Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1988.

Akıntürk, T , Medeni Hukuk, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, 10. Bası, İstanbul 2004.

Akıntürk, T, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2005.

Akıntürk, T, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara 1991.

Alacağın Temliki, Erişim: 05.05.2006,
<http://www.oyhukuk.gen.tr/file/docs/alacak.doc>.

Alcan, E, Marka ve Marka Hakkının Korunması, Erişim: 12.04.2006,
http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/marka_hakki_karunmasi.htm.

Aral, F, Topyekün Temlik, AÜHFD, 1992, C. 24, S. 1-4, s. 94-106.

Arkan, S, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005.

Arseven, H, Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler, Kara, Deniz, ve Sigorta Hukuku Bakımından, İstanbul 1960.

Arslan, İ. / Atar, Y. / Ayan, M. / Karahan, S. / Sümer, H. H. / Ulukapı, Ö, Hukuk Bilimine Giriş, Mimoza Yayınları, Konya 1994.

Arslan, Y, Rekabet Hukuku, Bursa 2005.

Arslanlı, H, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.

Aslan, İ. Y, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara 1998.

Ataay, A, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980.

Atasoy, A, Ticari İşletme Devri ve Devrin Kapsamı, Konya 1996.

Ayhan, R, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticari İşletme Hukuku, Cemre Yayınları, Ankara 1992.

Ayhan, R. / Karahan, S. / Arslan, İ, Ticaret Hukuku Pratik Çalışmaları 2. B, Konya 1991.

Ayiter, N, İhtira Hukuku, Ankara 1968 (İhtira).

Ayiter, N, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968 (Mamelek).

Aytaç, Z, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988.

Bahtiyar, M, Ticari İşletme Hukuku, Kocaeli 2005.

Baştuğ, İ. / Erdem, H. E, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993.

Becker, H, İsviçre MK. Şerhi, BK. 1. Kısım Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Yayınları, C. VI, S. 8, Ankara 1967, s. 97.

Bilgişin, M. Ş, Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1976.

Birsel, M. T, Ticari İşletme Hukuku, C. I, İzmir 1970.

Bozer, A, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli İnceleme, Batider, C. I, S. 3, 1962, s. 363.

Bozer, A. / Göle, C, Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi, 14. Bası, Ankara 1994.

Dalamanlı, L, Tatbikatta Satış Vaadleri – Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, İstanbul 1980.

Dayınlarlı, K, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 2. Baskı, Ankara 2000.

Deryal,Y, Ticaret Hukuku, 6. Bası, Trabzon 2002.

Doğanay, İ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, II, 3. Baskı, Ankara 1990.

Domaniç, H, TTK. Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 96-97.

Dural, M, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.

Erdem, E, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu Tebliğleri, AT Konsey Tüzüğü (4064/89), **Erişim:** 05.07.2006, <http://www.itb.org.tr/about.asp> .

Erdem, N, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. I, Ankara 1987; C. II, Ankara 1988; C. III, Adana 1990.

Erdoğan, İ, Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri, SÜHFD, Jale G. AKİPEK' e Armağan, Konya 1991, s. 482.

Erem, S. T, Ticaret Hukuku Prensipler, Ticari İşletme, C. I, 9. Bası, İstanbul 1981.

Eren, F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 5. Bası, Ankara 1994 (C. I).

- Eren, F. ,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003 (C. III).
- Eriş, G,** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1992.
- Ertekin, E. / Karataş, İ,** Uygulamada Ticari Senetler Hukuku, Ankara 1992.
- Esener, T,** Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956.
- Feyzioğlu, F. N,** Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1976.
- Güven, P,** Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2005.
- Güzel, A,** İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987.
- Güzel, O,** Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Ankara 2003.
- Hatemi, H,** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK. m. 65 Kuralı, İstanbul 1976.
- Hirsch,** Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.
- İmregün, O,** Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994.
- İmregün, O,** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 12. Bası, İstanbul 2001.
- İnan, N,** “ Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları” , Rekabet Bülteni, S. 2, Y. 1, s. 19.
- Karahan, S,** Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Konya 1999.

Karahasan, M. R, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1992.

Karayalçın, Y, Ticaret Hukuku, Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.

Kılıç, Y, Rekabet Politikası Açısından Birleşme ve Devralmalar, Uzmanlık Tezi, Haziran 2000.

Kılıçoğlu, M. A, Bankacılar için Medeni Hukuk Bilgisi, 2. Bası, Ankara 1993.

Kınacıoğlu, N, Türkiye’ de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazarı Esasları, Haluk Tandoğan’ ın Hatırasına (1925-1988), Ankara 1990.

Köprülü, B, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 1-2 Kitaplar, 2. Bası, İstanbul 1984.

Manavgat, Ç, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991.

Marpataş Patent Bürosu, Faydalı Model nedir ve Yararları Nelerdir ? , Erişim: 13.04.2006, <http://www.marpatas.com.tr/genelbilgiler2.html.Patent>.

Mimaroğlu, S. K, Ticaret Hukuku Dersleri, İşletme Hukuku, C. I, 3. Bası, Ankara 1978.

Mucuk, İ, Modern İşletmecilik, 4. Basım, İstanbul 1969.

Nomer, H. N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2004.

Oğuzman, M. K, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1987.

Oğuzman, M. K. / Öz, T. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998.

Oğuzman, M. K. / Seliçi, Ö, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992.

Olgaç, S, Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 1976.

Ölünceye Kadar Bakma Akti, Erişim: 24.05.2006 ,
<http://www.century21alfa.com/pages.php?page=faydalibilgiler>.

Önen, T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999.

Özdemir, N / Kınacıoğlu, N, Türk Ticaret Hukuku Başlangıç Hükümleri, Ankara 1984.

Özdemir, O. S, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

Özsunay, E, “ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 4054 Sayılı Kanunla Öngörülen Düzen Üzerine Bazı Gözlemler”, Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye, Özel Sayı Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos-Eylül, Süreç İnanç Dış Tic. Hizm. Grubu Yayını, 1996.

Özsunay, E, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979.

Özsunay, E, Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, Ankara 1962.

Özsunay, E, Borçlar Hukuku I, 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983 (1983).

Pempeççek, F, Türk Hukuku’ nda Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar, Ankara 1999.

Poroy, R, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 1989.

Poroy, R. Ticaret Fonunda Kiracılık Hakkı, İTO. Mecmuası, C. 69, S. 9-10, Eylül-Ekim 1953, s. 35-48.

Poroy, R. Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1991 (Ticari İşletme).

Poroy. R. / Yasaman. H. Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.

Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul 2005.

Reisoğlu, S. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 1993.

Sanlı, K. C. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Yayın No: 0049, Ankara 2000.

Sanlı,K.C,Erişim:28.04.2006,<http://www.rekabet.gov.tr/word/keremcem/12.2.Bolum.3.Kisim.doc>.

Tekil, F. Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1990.

Tekinalp, Ü, “ Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu” , Cumhuriyet’ in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1999.

Tekinalp, Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004 (Fikri Mülkiyet).

Tekinay, S. S. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

Topçuoğlu, M, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp' e Armağan, İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun Etkisi, C. II, İstanbul 2003, s. 71-118.

Tuğ, A, Türk Özel Hukukunda Şekil, Mimoza Yayıncılık, Konya 1994.

Tunçomağ, K, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976.

Tutucu, A, “ Rekabet Hukuku Bakımından Teknik ve Ticari Bilgi (Know-how) Sözleşmesi, (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 2005.

Türk, S. H, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.

Türkiye Bankalar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, (8.06.2005).

Uygur, T, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 4, Ankara 2003.

Yakan, A, Erişim: 05.07.2006, http://www.adas.com/inceleme/ayakan/1.htm#_ftnref6

Yanlı, V, Ticaret Hukuku Ders Notları, Erişim: 08.05.2006, <http://www.ins.itu.edu.tr/murkur/MURKUR/documan/T%C4%B0CARET%20HUKUKU%20DERS%20NOTLARI-Veliye%20Yanl%C4%B1.pdf>.

(Erişim:08.05.2006,http://www.adas.com/yargikararlari/yargitaykararlari/ozelhukuk/223.htm).

Yasaman, H, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992 (Menkul Kıymetler).

Yasaman, H., Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987 (Birleşme).

Yasaman, H. ; Sınai Resim ve Modeller, Batider, 1883, C. 12, S. 2-3, s. 95.

Yavuz, N., T.C. Yargıtay Başkanlığı ve Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü' nün “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi” konulu Sempozyumu, Erişim: 07.07.2006,

http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler/yargisal_faaliyetler/album170605/nyavuz.doc.

Yavuzılmaz, N., Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşmeler ve Devralmalar, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2005.

Yekta, M. F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2000.

Zevkliler, A., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2004.

Zevkliler, A., Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1992.