

T.C  
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI  
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TİCARİ İŞLETMENİN AKTİF VE PASİFİYLE DEVRİ**

Yüksek Lisans Tezi

TURAN HAKKI ER

İstanbul, 2011

T.C  
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI  
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TİCARİ İŞLETMENİN AKTİF VE PASİFİYLE DEVRİ**

Yüksek Lisans Tezi

TURAN HAKKI ER

Danışman: PROF. DR. TEKİN MEMİŞ

İstanbul, 2011

## **GENEL BİLGİLER**

Adı ve Soyadı : Turan Hakkı ER  
Ana Bilim Dalı : Hukuk  
Programı : Özel Hukuk  
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Tekin Memiş  
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans- Aralık 2010  
Anahtar Kelimeler : Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifiyle Devri

## **ÖZET**

Bir ticari işletmenin malvarlığı kapsamındaki aktif ve pasiflerinin devredilmesi Borçlar Kanunu 179. maddesinde ve Yeni Borçlar Kanunu 202. maddesi ile Ticaret Kanunu 11. maddesinde düzenlenmiştir.

Devir sözleşmesi Borçlar Kanununun 179. maddesi itibarıyla herhangi bir şekilde bağlı değildir. Ancak, her aktifin devri kendi statüsüne uygun işlemin gerçekleştirilmesi ile olur. Yeni Borçlar Kanunu bakımından ise sadece devir sözleşmesinin varlığı yeterlidir. Bu devir sözleşmesi ise yazılı biçimde yapılmalıdır.

Ticari işletmenin pasifleri, alacaklıların icazeti olmaksızın, devir alana nakil olur. Devir edende eski borçlardan devir alan ile beraber müteselsil sorumlu tutmuştur

## **GENERAL INFORMATIONS**

Name and Surname : Turan Hakkı ER

Subject Of Study : Law

Programme : Private Law

Supervisor : Professor Tekin Memiş

Type Of Degree : Postgraduate Taught

Date : December 2011

Key Words: : Commercial Enterprise, Transfer Of Commercial Enterprise

## **ABSTRACT**

Assignment of assets and liabilities which are as part of a commercial enterprise have been regulated under the provisions of the article 179 of Debts Law, article 202 of the recent Debts Law and article 11 of Commercial Law.

When the article 179 of Debts Law is taken into consideration, transfer contract may actually not have a certain format. However, assignment of each asset shall be completed upon realization of the relevant proceeding. The assets of the transfer contract is just required for recent Debts Law. This transfer contract have to be put down in writing.

The liabilities of commercial enterprise go to assign without any permission of creditors. Assignee is severally liable with assign for old debts.

## İÇİNDEKİLER

<b>GİRİŞ</b> .....	1
<b>BİRİNCİ BÖLÜM</b> .....	2
<b>TİCARİ İŞLETME ESASI</b> .....	2
<b>1. TERMİNOLOJİ</b> .....	2
<b>2. TİCARİ İŞLETME</b> .....	3
<b>2.1. İşletme</b> .....	5
<b>2.2. Unsurları</b> .....	7
<b>3. TİPİK TİCARİ İŞLETMELER</b> .....	17
<b>3.1. Ticarethane</b> .....	18
<b>3.2. Fabrika</b> .....	19
<b>3.3. Ticari Şekilde İşletilen Diğer Müesseseler</b> .....	19
<b>4. TİCARİ İŞLETMENİN MALVARLIĞI</b> .....	20
<b>4.1. Malvarlığı</b> .....	20
<b>4.2. Özel Malvarlığı</b> .....	21
<b>4.3. Aktif ve Pasifiyle Birliktelik</b> .....	23
<b>İKİNCİ BÖLÜM</b> .....	25
<b>TİCARİ İŞLETMENİN AKTİF VE PASİFİYLE DEVRİ</b> .....	25
<b>1. DEVİR</b> .....	25
<b>1.1. Devrin Kolaylaştırılması İlkesi</b> .....	27
<b>1.2. Mevcudiyet İlkesi</b> .....	28
<b>1.3. Güvence İlkesi</b> .....	29
<b>2. TİCARİ İŞLETMENİN AKTİF VE PASİFİYLE DEVRİ</b> .....	29
<b>2.1. Devir Kapsamından Çıkarılabilecek Unsurlar</b> .....	30
<b>2.2. Devir Sözleşmesi ve Şekli</b> .....	31

2.3. Devir Kapsamında Devri Belli Şekil Şartına Tabi Tutulmuş Unsurların Bulunması	35
3. DEVRİN İLAN ve İHBARI.....	36
3.1. BK Bakımından .....	36
3.2. MBK Bakımından .....	37
4. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN İLAN VE TESCİLİ .....	37
4.1. TTK Bakımından .....	37
4.2. MTTK Bakımından .....	38
5. İLANIN ve İHBARIN HUKUKİ SONUÇLARI .....	39
5.1. Devir Alan Bakımından .....	39
5.2. Devir Eden Bakımından .....	50
5.3. Cebri İcra Bakımından .....	52
6. REKABET ETMEME BORCU .....	54
6.1. Rekabet Etmeme Borcunun Kapsamı .....	54
6.2. Rekabet Etmeme Borcunun Süresi ve Sona Ermesi .....	55
6.3. Rekabet Etmeme Borcuna Aykırılık .....	56
7. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ .....	56
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM .....	58
GENİŞ ANLAMDA TİCARİ İŞLETME DEVİRLERİ .....	58
1. ESNAF İŞLETMESİNİN DEVRİ.....	58
2. BİR TİCARİ İŞLETMENİN BİR TÜZEL KİŞİYE DEVRİ .....	59
2.1. Bir Ticari İşletmenin Bir Tüzel Kişiyi Kuruluşta Sermaye Olarak Konulması	59
2.2. Bir Ticari İşletmenin Bir Tüzel Kişiyi Kuruluştan Sonra Sermaye Olarak Konması .....	60
3. BİR TÜZEL KİŞİYE AİT TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ .....	63

<b>4. MTTK UYARINCA TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİ İLE BİRLEŞMESİ YA DA BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİ İLE BİR TİCARET ŞİRKETİNİN TİCARİ İŞLETME HALİNE DÖNMESİ</b> .....	63
<b>DÖRDÜNCÜ BÖLÜM</b> .....	66
<b>TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNE REKABET HUKUKUNUN ETKİSİ</b> .....	66
<b>1. KAPSAM</b> .....	66
<b>2. TERMİNOLOJİ</b> .....	67
<b>3. YOĞUNLAŞMA TÜRÜ OLARAK TİCARİ İŞLETME DEVRİ</b> .....	68
<b>4. REKABET KANUNU'NUN TİCARİ İŞLETME DEVRİNE ETKİSİ</b> .....	69
<b>4.1. Bildirime Tabi Yoğunlaşmalar</b> .....	70
<b>4.2. Etkilenen Pazar İstisnası</b> .....	76
<b>4.3. Birleşme veya Devralma Sayılmayan Haller</b> .....	78
<b>4.4. Yoğunlaşmaların Bildirilmesi</b> .....	80
<b>4.5. Bildirilen Yoğunlaşmaların Değerlendirilmesi ve Üzerinde Durulacak Hususlar</b> 81	
<b>4.6. Bildirilmeyen Yoğunlaşmaların Değerlendirilmesi ve Üzerinde Durulacak Hususlar</b> .....	83
<b>4.7. İnceleme, Karar ve Yan Sınırlamalar</b> .....	84
<b>SONUÇ</b> .....	91
<b>KAYNAKÇA</b> .....	93

## KISALTMALAR

<b>BK.</b>	Borçlar Kanunu
<b>C.</b>	Cilt
<b>dn.</b>	Dipnot
<b>E.</b>	Esas Numarası
<b>HD.</b>	Yargıtay Hukuk Dairesi
<b>İBK.</b>	İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İİK.</b>	İcra ve İflas Kanunu
<b>İTSN.</b>	İsviçre Ticaret Sicil Nizamnamesi
<b>MarKHK.</b>	Markaların Korunması hk. KHK.
<b>MBK.</b>	Müeccel Borçlar Kanunu
<b>MTTK.</b>	Müeccel Türk Ticaret Kanunu
<b>RG.</b>	Resmi Gazete
<b>RK.</b>	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>S.</b>	Sayı
<b>s.</b>	sayfa
<b>TTK.</b>	Türk Ticaret Kanunu
<b>TST.</b>	Ticaret Sicil Tüzüğü
<b>vb.</b>	ve benzeri



## GİRİŞ

Ticari işletme kavramı; ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri bakımından merkez kavram olduğu gibi aynı zamanda Ticaret Kanunu bakımından da merkez, kanunun ilk kitabına adını veren kavramdır.

İlk bölümde ticari işletme kavramının üzerinde ayrıntılı olarak durularak genel kanun sistematigi içinde taşıdığı önem üzerine yollamalarda bulunulmuştur.

İkinci bölümde; genel olarak ticari işletme devrinden, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devrinin anlaşılması gerektiği, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'nun emredici nitelikte bir devir usulü meydana getirdiği, Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu'nun temelde hangi noktalarda farklılaştığı üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde; ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devrine benzeyen ama ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinden farklılaşan diğer devir ve birleşmelerle 6102 sayılı Müeccel Ticaret Kanunu'nun getirmiş olduğu yeni kurumların üzerinde durulmuştur.

Dördüncü ve son bölümde; 2010 yılında Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ışığında Rekabet Kanunu'nun ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrine etkileri üzerinde durulmuştur.

Dört bölümde tamamlanan çalışmamızda, ticari işletme devrinin birden çok disiplini ilgilendiren bir müessese olması sebebiyle konu sınırlaması yoluna gidilerek, temel olarak mutlak ticari hükümleri esas alınmıştır. Bu sebeple devir sözleşmesinin alelade satış sözleşmesine yaklaştığı hususlar ile vergi ve özelleştirme mevzuatına hiç değinilmemiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

# TİCARİ İŞLETME ESASI

### 1. TERMİNOLOJİ

1956 tarihli ve 6762 sayılı<sup>1</sup> Ticaret Kanunu'nda<sup>2</sup> ticari işletme teriminden bahsedilmiş olmasına rağmen bir tanımda bulunulmamıştır.

Bu sebeple TTK döneminde ticari işletme terimi yerine teşebbüs, ticari teşebbüs ve 1926 tarih ve 818 sayılı<sup>3</sup> Borçlar Kanunu'ndan<sup>4</sup> esinlenerek ticarethane terimlerinin kullanılması gerektiği – eş anlama geldiği - ifade edilmiştir<sup>5</sup>.

Ticari teşebbüs; devamlı gelir sağlamak için yapılan bağımsız iktisadi faaliyetlerin tamamı anlamına gelir. Bu sebeple ticari teşebbüs, esnaf işletmesini ve ticari işletmeyi kapsayan genel bir ifadedir<sup>6</sup>. Ticari teşebbüsün, ticari işletmenin çevre ile olan ilişkisini ifade eden bir kavram olduğu da söylenmektedir. Buna göre; ticari işletme müessesenin iç ilişkilerini, ticari teşebbüs ise çevre ile olan ilişkilerini ifade etmektedir<sup>7</sup>.

Asıl üzerinde durulması gereken ticari işletme terimi ile teşebbüs terimi arasındaki farklılıktır. Rekabet hukuku, yerleşik ticari işletme terimi yerine ticaret hukukunun ve dolayısıyla ticari işletmenin uygulama alanıyla sınırlı kalmamak için teşebbüs terimini tercih etmiştir.

Buna karşılık rekabet hukukundan ve/veya borçlar hukukundan etkilenen ve ticari işletme terimi yerine teşebbüs teriminin tercih edilmesini gerektiğini belirten görüşler de bulunmaktadır<sup>8</sup>.

TTK yerine 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan 2011 tarih ve 6102 sayılı<sup>9</sup> Müeccel Ticaret Kanunu'nda<sup>10</sup> ticari işletme terimi genel hatlarıyla kanunun 11.

---

<sup>1</sup> R.G. 09.07.1956, S. 9353.

<sup>2</sup> Buradan itibaren TTK olarak bahsedilecektir.

<sup>3</sup> R.G. 29.04.1926, S. 359.

<sup>4</sup> Buradan itibaren BK olarak bahsedilecektir.

<sup>5</sup> Zafer Saka, Ticaret Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 1998, s. 51.

<sup>6</sup> Rıza Ayhan ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2011, s.42.

<sup>7</sup> Ali Bozer/Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, 1. Bası, Ankara, 2011, s. 7.

<sup>8</sup> Halil Arslanlı, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 16; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari işletme, 3. Bası, Ankara, 1986, s. 156; Kevork Acemoğlu, Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971, s. 19;

maddesinde düzenlenmiştir. 11. maddenin madde gerekçesinde ise teşebbüs terimi ile ticari işletme teriminin farklı anlamlara geldiği ifade edilmiştir.

Netice itibarıyla ticari işletme, bir işletme türüdür. Ticari işletme terimi ile iktisadi işletmenin aynı anlama gelip gelmediği de bir diğer husustur.

## 2. TİCARİ İŞLETME

Ticari işletme teriminin yeni bir terim olarak TTK ile özel hukuka girmesinin mümkün olmadığı, BK' nın 449. ve 453. maddelerinde geçen ticarethane terimi ile aynı anlama geldiği ifade edilmektedir<sup>11</sup>. TTK' da BK' nın 449. maddesinde var olan ticarethane terimi sebebiyle ticari işletmeyi tanımlamamıştır<sup>12</sup>. Bunun yerine TTK' da belli başlı ticari işletme görünümlerine yer vermiştir.

TTK' nın 11. maddesinde ticari işletme bakımından ifade edilen tek husus *ticari şekilde işletilme* gereksinimidir. Fabrika ve ticarethane örneklerinde ise, bunların ticari şekilde işletilmesi esas olduğundan bu gereksinime ayrıca yer verilmemiştir<sup>13</sup>. Buna rağmen, ticarethane ve fabrika işletmelerinin her durumda ticari işletme niteliğinde olduğunun kabulü mümkün değildir<sup>14</sup>.

*Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır.*

*Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata mütaallikveya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır.*

Ticari işletme terimi İsviçre Borçlar Kanunu' nun (İBK) 934 ve İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nün (İTST) 53. maddesinde ise; "*ticaret yapan, bir fabrika işleten ya da ticari biçimde*

<sup>9</sup> R.G. 14.02.2011, S. 27846.

<sup>10</sup> Buradan itibaren MTTK olarak ifade edilecektir.

<sup>11</sup> Sait K. Mimaroglu, Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Cilt, 1. Bası, Ankara, 1967, s. 111; Dalamanlı/Tiryaki, s. 92.

<sup>12</sup> Lütfü Dalamanlı/Fuat Tiryaki, Türk Ticaret Hukuku Ticarî İşletme, Ankara, 1979, s.93; Hayri Domaniç/ Erol Ulusoy, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, İstanbul, 2007, s. 147.

<sup>13</sup> İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 10. Ergun Tuna, Ticaret Hukuku, 1. Cilt, İstanbul, 1989, s.34.

<sup>14</sup> Berzek, s. 7; İmregün, s. 10; Poroy / Yasaman, s.32; Karayalçın, s. 156; Kendigelen (Ülgen vd.),vd. s. 136.

*diğer herhangi bir faaliyet yürüten kimse merkez kuruluşunun bulunduğu yerde ticaret siciline kendisini tescil ettirir.” biçiminde ifade edilmiştir<sup>15</sup>.*

BK’ nın 449. maddesinde yer alan ticarethane terimi ile ticari işletme terimi aynı anlama gelmemektedir<sup>16</sup>. Bu sebeple tacir, ticari iş, kollektif ve komandit şirket gibi hususlar bakımından merkez kavram olan<sup>17</sup> ticari işletme teriminin kesin ve net çizgilerle açıklanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>18</sup>.

TTK bakımından getirilen bu eleştiri, MTTK’ da 11. maddede *bütünlük ilkesi* kenar başlığı ile ticari işletme tanımına yer verilmesi ile giderilmiştir<sup>19</sup>.

*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*

*Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir.*

*Ticari işletme, içerdüğü malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fıkri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdüğü kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*

MTTK’ nın 11. maddesinde ticari işletme bakımından doktrinde daha önce de ifade edilen; *devamlılık, gelir sağlamayı hedef tutma, bağımsızlık, esnaf işletmesi sınırlarını aşma*

---

<sup>15</sup> Huriye Kubilay ve Diğerleri, Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme, 1. Bası, İstanbul, 2004, s. 65; Poroy/Yasaman, s. 31.

<sup>16</sup> Kendigelen (Ülgen vd.),s. 130; Poroy/ Yasaman, s.27.

<sup>17</sup> Ayhan vd., s.41; Saka, s. 51. Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Bası, Bursa, 2011, s. 15; Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Konya, 2011, s 15.

<sup>18</sup> Ayşe Nur Berzek, Ticaret Hukukunun Genel ilkeleri, 9. Bası, İstanbul, 2007, s. 7; Oğuz İmregün, Kara Ticaret Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1984, s. 11. Reha Poroy /Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2010, s. 32; Hüseyin Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2006, s. 136; M. Fadlullah Cerrahoğlu, Ticari İşletme, 1. Bası, İstanbul, 1980, s. 10.Turgut S.Erem, Ticaret Hukuku Prensipleri, 1. Cilt, 7. Bası, İstanbul, 1977, s. 49

<sup>19</sup> Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 47.

unsurlarının bir ticari işletmede aynı anda bulunması gereklidir. Birinin bulunmaması ya da sonradan ortadan kalkması halinde, ticari işletme sıfatının kazanılması ve kaybedilmesi bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden, ticari işletme sıfatı kendiliğinden ortadan kalkar<sup>20</sup>.

MTTK’ daki kıstasların ticari işletme terimi bakımından *yardımcı* ve madde gerekçesinde belirtildiği üzere *değerlendirici* olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple, maddede sayılan unsurların yanında yeni unsurların da ticari işletme sıfatı bakımından aranması mümkündür.

## 2.1. İşletme

Ticari işletme tanımının tam olarak anlaşılabilmesi için işletmenin ne olduğunun anlaşılması ve bunu yaparken de ekonomik ve hukuki tanımlardan birlikte yararlanmak gerekir<sup>21</sup>.

### 2.1.1. Ekonomik Anlamda İşletme

En temel anlamı ile işletme hangi boyutta olursa olsun emek, sermaye ve ilkel dahi olsa yönetim unsurlarının bir araya geldiği faaliyetler topluluğudur<sup>22</sup>.

Bir diğer tanımda işletme; kişi ve sermaye unsurları ile organize edilmiş ekonomik bütünlüğü sayesinde sürekli gelir elde etmeye yönelik, bağımsız olarak yürütülen faaliyetlerdir<sup>23</sup>. Bu tanımdan dolayı, işletme teriminin yerine, teşebbüs teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı, hatta ticari teşebbüs kavramının yerine hatalı bir biçimde ticari işletme kavramının kullanıldığı ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Ne var ki; İsviçre Ticaret Sicil Nizamnamesinin(İTSN) ticari teşebbüs tanımının hatalı olduğu ve ticari işletmenin ötesinde anlamlar taşıdığı da belirtilmektedir<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Ayhan vd., s. 43.

<sup>21</sup> Benzer bir konuya ilişkin olarak “*ticaret*” kavramının iktisat bilimi ile hukuk bilimi bakımından farklı olarak algılanması noktasında değinilmiş ve hukuk biliminin ticaret kavramından ekonomi bilimine nazaran farklı bir anlam yüklediği ifade edilmiştir. Buna göre; hukuk bilimi açısından ticaret kavramı, üretim ve tüketim olguları ile beraber mal ve hizmet değişimi anlamına gelirken, hukuk bilimi bakımından ise mal ve hizmet değişimi anlamına gelmektedir. (Kendigelen (Ülgen vd.), s. 1)

<sup>22</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 38; Poroy/Yasaman, s. 27; Karayalçın, s. 156; Erem, s. 49.

<sup>23</sup> Mehmet Fatih Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2009, s.6. Erem, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 15.

<sup>24</sup> Karayalçın, s. 157.

<sup>25</sup> Domaniç/Ulusoy, s. 140.

Netice itibarıyla; teşebbüsün iktisadi ve hukuki bir kavram, işletmenin ise teknik ve iktisadi bir kavram olduğu ortaya konmaktadır<sup>26</sup>. Bir diğer tespit ise teşebbüsün bağımsız bir ekonomik bir bütün olduğu, işletmenin ise üretimi gerçekleştiren teşebbüsün ekonomik bir birimi olduğudur<sup>27</sup>.

### 2.1.2. Hukuki Anlamda İşletme

Bir görüşe göre; her ne kadar ticari işletme, ekonomi biliminin konusu olan iktisadi işlemenin bir türü olsa da ticari işletme ile iktisadi işletme farklı kavramlardır<sup>28</sup>. Bu sebeple, ekonomi biliminin işletme teriminden ne anladığının hukuki bakımdan bir önemi bulunmamaktadır. Esas önemli olan, hukuki anlamda ticari işletme teriminden ne anlaşılacağıdır<sup>29</sup>.

Bu görüşe göre; iktisadi işletme kavramının hukuki düzlemdeki görünüşünde işletmeler tek başlarına bir hukuki işlem ehliyetine sahip olmayan, gerçek kişi veya hükmi şahısların bünyesinde yer alan, tek başına bağımsızlığı bulunmayan birimlerden ibarettir. Bir diğer ifade ile, malvarlığına denk gelmektedirler<sup>30</sup>. Bu sebeple, her ticari işletme aynı zamanda bir işletme olmakla beraber her işletme aynı zamanda bir ticari işletme değildir<sup>31</sup>.

Bir diğer görüşe göre; TTK ticari işletme kavramını sıfırdan yaratmamıştır. İktisadi işletme kavramını bir vakta olarak algılayarak onun üzerine muhtelif hükümler düzenlemiştir<sup>32</sup>.

TTK'nın işletme kavramını seçmesinin sebebi asıl olarak, ticari hükümlerin uygulanacağı kurumu ifade etmektir. Teşebbüs ya da İTSN anlamında ticari teşebbüs, daha geniş bir terim olarak ticari işletme kapsamında ele alınamayan faaliyetleri de kapsayan, bağımsız gerçekleştirilen tüm iktisadi faaliyetlerdir<sup>33</sup>. Buna karşılık teşebbüsün, işletmeden daha dar bir kapsamının olduğu da ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Netice olarak, kanun koyucu ticari işletme

---

<sup>26</sup> Karayalçın, s. 156.

<sup>27</sup> Hikmet Sami Türk, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1986, s. 8.

<sup>28</sup> Tuna, s. 29; İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s.10, Domaniç/Ulusoy, s.139, Berzek, s. 7.

<sup>29</sup> Poroy/Yasaman, s.26; Domaniç/Ulusoy, s. 139; Ayhan vd., s. 42; Bilgili/Demirkapı, s. 15.

<sup>30</sup> Acemoğlu, s. 19; Mimaroglu, s. 113.

<sup>31</sup> Ayhan vd., s. 42; Bozer/Göle, s. 7; Bilgili/Demirkapı, s. 15; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bastı, Ankara, 2011, s. 26.

<sup>32</sup> Mimaroglu, s. 113.

<sup>33</sup> Mimaroglu, s. 115; Tuna, s. 30.

<sup>34</sup> Poroy/Yasaman, s. 27.

terimini kullanarak ticari işletmenin, iktisadi işletmenin bir türü olduğunu ifade etmek istemiştir<sup>35</sup>.

## 2.2. Unsurları

Hukuki anlamda asıl olarak ele alınması gereken *ticari işletmenin* ana kriterlerinin TTK ile MTTK 'dan çıkartılmasıdır<sup>36</sup>. Bu husus MTTK 'nın 11. maddesi ve anılan maddenin madde gerekçesinde de tekrarlanmıştır<sup>37</sup>.

*“Ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.”*

Madde metninde; *gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve bağımsızlık* unsurlarına açıkça yer verilirken madde başlığında; *bütünlük ilkesine* ve son olarak *“ticarî işletme ile esnaf*

<sup>35</sup> Erem, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 15.

<sup>36</sup> Arslanlı, s. 19; Hamdi Yasaman, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987, s. 10; Poroy/Yasaman, s. 26-32, Kendigelen (Ülgen vd.), s. 38; Ayhan vd., s. 42; Bilgili/Demirkapı, s. 15.

<sup>37</sup> Ticarî işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan kanun bir taraftan ticarî işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticarî işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü ticarî işletme kanununun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür. Söz konusu eğilimin öznel sistemin vatani olan Almanya'da görülmesi ve bu anlayışın 1998 Alman Ticaret Kanununun hedeflerinden biri olması ilgi çekicidir. Onun için, Tasarıda ticarî işletmenin tanımlanması kaçınılmaz olarak değerlendirilmiştir. Tasarının tümüne egemen, bir kuramın bazı niteliklerini içermeye başlayan temel bir kavramın tanımlanması Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılmamıştır. Diğer taraftan, ticarî işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticarî işletmenin -biraz da eskimiş - görünüş şekilleridir; başlıca türleri değildir. Ayrıca anılan türler, bilgi toplumunun hizmet kavramı ile bilişime hatta iletişime de yabancıdır; perakende ve toptan ticaretin eskimiş yüzünü taşımaktadırlar. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açacak, ticarî 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 Kanununun 12 nci maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan "müesseseler"in, ticarî işletmenin tanım unsurlarını taşıması bile kanunen ticarî işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanununun 13 üncü maddesindeki "ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler" ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka "diğer müesseseler" ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanununun 13 üncü maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanununun 12 nci maddesinde düzenlenen ticarethane ile fabrikanın "müessese" olduğu izlenimini vermektedir. Oysa her iki birim "müessese" değil "ticarî işletme" dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticarî işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanununun 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 ticarî işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanununun 12 nci ve 13 üncü maddeleri Tasarıya alınmayarak ticarî işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir. Ticarî işletme TSTüz 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır. Ticarî işletme "işletme"nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticarî işletmenin bir "işletme" olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece ticarî işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının "işletme"sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanununun "teşebbüs"ünden ayrılmıştır.

*işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir” ibaresi ile de esnaf faaliyetini aşma ilkesine yer verilmiştir.*

*Organizasyon, bağımsızlık ve devamlılık* unsurları iktisadi işletme ile ticari işletmeyi bir birinden ayıran ticari faaliyetin şekline ve metoduna ilişkin unsurlardır<sup>38</sup>.

Bunların yanında ticari işletmenin dışa dönük olması, emek ve sermaye unsurlarını birlikte içermesi, serbest meslek faaliyeti oluşturmaması ve meşru olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>39</sup>.

TTK’ anın 11. maddesinde yer almayan dışa dönüklük, ticari işletmenin *organizasyon* unsuru kapsamındadır. Serbest meslek sayılmama şeklinde ifade edilen olumsuz şart ise bir unsur değil, kanun koyucunun farklı hukuki düzenlemelerde–hukuk bürosu, doktor muayenesi – çeşitli kamusal gayeler ile asıl olarak ticari işletme olan bir faaliyetin ticari işletme olarak sayılmayacağını düzenlemesinden ibarettir.

TTK’ anın 42. maddesi ile MTTK’ anın 40. maddesinde yer alan ticaret siciline tescil ise ticari işletme bakımından bir unsur değil tacirler için getirilmiş bir yükümlülüktür<sup>40</sup>. Ticari işletmenin kurulmasının ardından da yerine getirilebilir.

### **2.2.1. Gelir Sağlamayı Hedef Tutma**

TTK’ da her ne kadar MTTK’ da olduğu gibi açık bir biçimde gelir sağlamayı hedef tutma unsurun bahsedilmemiş dahi olsa, işletme terimi ile beraber ticari ibaresinin kullanılması gelir sağlamayı hedef tutma unsuruna işaret etmektedir<sup>41</sup>. Gelir sağlamayı hedef tutma, ticari işletmenin devamlılık unsuru dâhilinde de düşünülebilir<sup>42</sup>.

Bu husus Ticaret Sicil Tüzüğü (TST) ’ne de ilham kaynağı olmuş ve TST’ de açıkça gelir sağlamayı hedef tutmayan faaliyetlerin ticari işletme olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Benzer şekilde, mehaz İBK’ ada da gelir sağlamayı hedef tutma unsuruna yer verilmemişken İTST’ de iktisadi faaliyetten bahsedilmiştir.

---

<sup>38</sup> Arslanlı, s. 19.

<sup>39</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 38.

<sup>40</sup> Akıncı, s. 26.

<sup>41</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 131.

<sup>42</sup> Arslanlı, s. 20.



Gelir sağlamayı hedef tutma unsurundan bahsedebilmek için, işletmenin kar amacı ile hareket etmesi gerekirken bu amacında başarılı olmuş olması yani fiilen kar elde etmiş olması gerekmez<sup>43</sup>. Önemli olan tacirin, girişilen organizasyon ile hedeflediği gelirin, esnaf işletmesinin elde etmesi muhtemel geliri aşacak oranda olmasıdır<sup>44</sup>.

Ticari işletme sahibinin devlet, kamuya yararlı bir dernek veya vakıf olmasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>45</sup>. İETT işletmesi veya TCDD'nin taşıma işletmesi birer ticari işletme ve TTK' anın 12. maddesi anlamında birer ticarethanedir. Yargıtay' da kendi özel kanunlarında özel hukuk hükümlerine tabi olan devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan müesseselerin tacir sayıldığını, bu sebeple de aynı zamanda ticarethane sayılacağını ifade etmektedir<sup>46</sup>.

Kar amacı olmaksızın; gıda, yakacak vb. yardımlarda bulunmak amacıyla kurulmuş bulunan işletmeler ticari işletme olarak değerlendirilemez<sup>47</sup>. İşletmelerin tesadüfü olarak kar elde etmiş olmaları da bu durumu değiştirmez<sup>48</sup>.

Kar amacı olmaksızın gıda ve yakacak vb. yardımlarda bulunmak amacıyla kurulmuş bulunan işletmeler ile yardım amaçlı olarak kurulan ama sunduğu hizmetten kar elde etmek suretiyle kuruluş amacını yerine getiren işletmeleri bir birinden ayırmak gerekir. İkinci örnekte ki işletmeler birer ticari işletmedir<sup>49</sup>. Gelir sağlamayı hedef tutma unsuru bakımından önemli olan gelirin ne amaçla elde edildiği olup, nasıl dağıtıldığının önemi bulunmamaktadır<sup>50</sup>.

Gelirin ne amaçla elde edildiği büyük önem taşımakla beraber aynı zamanda gelirin ticari nitelikte olması, kazanç mahiyeti taşıması da gereklidir. Birçok kazanç, birçok mevzuatta gelir olarak ifade edilmektedir. Oysa faiz, emekli maaşı, bir dernekte çalışma karşılığı, ticari olmaktan uzaktır<sup>51</sup>.

---

<sup>43</sup> İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s.11; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 139; Poroy/Yasaman, s. 36; Arkan, s. 27; Domaniç/ Ulusoy, s. 147; Karayalçın, s. 158; Arslanlı, s. 106; Mimaroglu, s. 190; Karahan, s. 17; Tuna, s. 30; Tamer İnal, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s.53; Fehiman Tekil, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1997, s. 66.

<sup>44</sup> Domaniç/Ulusoy, s. 147.

<sup>45</sup> Arkan, s. 28; Arslanlı, s. 19; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 140; Karayalçın, s. 158. Karahan, s.17; İnal, s. 53; Berzek, s. 10.

<sup>46</sup> Kubilay vd., s. 67.

<sup>47</sup> Arıcı, s. 20; Poroy/Yasaman, s. 36; Bilgili/Demirkapı, s. 16.

<sup>48</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 139; İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 11.

<sup>49</sup> Arıcı, s. 20; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 140; Yılmaz/Mevci, s. 4.

<sup>50</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 139; Karayalçın, s. 158; Arkan, s. 27, Karahan, s. 17; Bilgili/Demirkapı, s. 16.

<sup>51</sup> Reşat D. Tesal, Ticaret Hukuku, İstanbul, 1984, s. 25.

Buna karşılık zarar minimasyonu sebebiyle girişilen kazanç getirmeyen, sermayeyi korumaya yönelik faaliyetler ticari niteliktedir. Ticari işletmeyi oluşturan *batık sermaye* bazen ticari işletme sahibi açısından büyük önem arz eder. Söz konusu ticari işletmenin sona erdirilmesi ise tüm bu batık sermayenin kaybedilmesi anlamına gelir. Böylesi bir durumda ticari işletme sahipleri batık sermayeyi korumak için belli süreyle karlı olmayan faaliyetlerine devam ederler. Böylece daha elverişli piyasa koşullarının oluşmasını beklerler.

Aynı açıklamalar toplum nezdindeki itibarını korumak için hareket eden ticari işletmeler içinde geçerlidir. Söz konusu kazançlar ticari niteliktedir. Bu husus İsviçre Federal Mahkemesi tarafından, bir müzik grubunun ticari bir beklenti sahibi olmadan sadece “bizler gibi yok” mottosunu tanıtmak için giriştiği turne faaliyeti için ifade edilmiştir<sup>52</sup>. Aynı şekilde, aciz durumda olan bir emlakçıya ilişkin kararında da, İsviçre Federal Mahkemesi; her ne kadar aciz durumda olsa, faaliyetlerine bir müddet ara vermiş dahi olsa işletmenin amacının mutlaka kazanç elde etmeye yönelik olmasının gerekmediği, üçüncü kişilerden ödemeler ya da başkaca edimler elde etmeye yönelik olmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir<sup>53</sup>.

Diğer yandan gelir sağlamayı hedef tutma unsuru bakımından, kazanç kastı olmaksızın icra edilen faaliyetlerin de ticari işletme teşkil edeceği ifade edilmektedir<sup>54</sup>.

Söz konusu hususa örnek olarak ise *kazançtan gayri başka bir maksat* ifade etmekte olan tüketim kooperatifleri örnek verilmektedir. Giderlerin azaltılması da bir ekonomik faaliyet olarak geniş anlamda ticari kazanç kapsamında değerlendirilebilmektedir<sup>55</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de faaliyetin ticari olmasının, faaliyet sahibinin mutlaka kazanç elde etmesine bağlı olmadığını ifade etmiştir<sup>56</sup>.

Karşı görüş olarak ise asıl gayesi kazanç elde etme ve ortaklarına paylaşırma olmayan kooperatifin, sahip olduğu işletmesinin de paylaşım amacı bulunmadığından, bir ticari işletme olarak nitelendirilemeyeceğidir<sup>57</sup>. Bu görüş Alman Hukuku’nda ifade edilen ve ticari işletme gelirinin, ticari işletmenin kendi masraflarını karşılamak ya da sadece işletmenin gelişimine

---

<sup>52</sup> Tekil, s. 66.

<sup>53</sup> Kubilay vd., s. 65-66.

<sup>54</sup> Arslanlı, s. 20; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 139; Bilgili/Demirkapı, s. 16.

<sup>55</sup> İ. Yılmaz Aslan ve Mercü Ergün, Ticaret Hukuku, Bursa, 2010, s. 4.

<sup>56</sup> Kubilay vd., s. 65-66.

<sup>57</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 140.

ayrılması durumunda, bir gelir sağlama amacının bulunmadığını kabul eden görüş paralelindedir<sup>58</sup>.

Oysa modern işletme nazariyesi doktrininde; doğrudan kazanç elde etmekten ziyade, işletmenin sahip olduğu organizasyonun korunmasının önemli olduğu ifade edilmektedir<sup>59</sup>.

Kooperatiflerin dışında dernekler bakımından, bir dernek tarafından işletilen bir lokalin ticari işletme olarak ifade edilmesi mümkün değildir. Derneğin amacı ne suretle olursa olsun gelir elde etme ya da gelirden gayri bir maksat olarak algılanamaz<sup>60</sup>.

### 2.2.2. Devamlılık

Devamlılık unsuru TST' nin 14. ve MTTK' nin 11. maddesinde yer almıştır. Tüzüğün hareket noktası ise, TTK' nin 12. maddesinde yer alan uğraşmak ibaresidir<sup>61</sup>.

Devamlılıktan kasıt, bir ticari işletmenin istisnasız her daim faaliyette bulunması değildir<sup>62</sup>. İstisnai durumlarda ticari işletmeler, işin mahiyeti itibarıyla kısa süreyle faaliyette bulunabilir. 3 aylık bir inşaat işi için kurulan bir ticari işletme<sup>63</sup> ya da 3 aylık bir turneye çıkan bir müzik grubu gibi<sup>64</sup>. Aynı şekilde ticari işletme faaliyetinin doğası gereği, faaliyetin belli dönemlerde kesintiye uğraması mümkündür<sup>65</sup>. Okulların açık olduğu dönemde hizmet veren bir kantin ya da mevsimlik işler de olduğu gibi<sup>66</sup>.

Ticari işletmelerin devamlılık unsurundan anlaşılması gereken devamlı veya devamlı sayılabilecek bir süre ile ticari faaliyette bulunma kast ve amacıdır<sup>67</sup>. Devamlılık kast ve amacı, ticari işletmenin asli nitelikteki faaliyetleri bakımından bulunmalıdır. Ticari işletme faaliyeti kapsamında tali ve münferit işlemler devam ve kast amacının varlığında dikkate alınmaz. Ticari faaliyetin yürütülmesine keyfi olarak birkaç gün veya hafta ara vermek, daha sonra tekrar

---

<sup>58</sup> Karayalçın, s. 158.

<sup>59</sup> Karahan, s. 17; Karayalçın, s. 158; Bozer/Göle, s. 8.

<sup>60</sup> Dalamanlı/Tiryaki, s. 94.

<sup>61</sup> Arslanlı, s. 19; İmregün, Kara Ticaret Hukuku s. 11.

<sup>62</sup> Yılmaz/Mevci, s. 5; İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 11; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 141; Poroy/Yasaman, s. 37; Karahan, s. 17; Karayalçın, s. 159; Dalamanlı/Tiryaki, s. 94; Tuna, s. 30.

<sup>63</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 141.

<sup>64</sup> Tekil, s. 66.

<sup>65</sup> Arkan, s. 31; Akıncı, s. 21; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 141; Karahan, s. 17; Karayalçın, s. 158; Dalamanlı/Tiryaki, s. 94; Berzek, s. 10.

<sup>66</sup> Arkan, s. 31; Poroy/Yasaman, s. 37; Domaniç/Ulusoy, s. 146.

<sup>67</sup> Arkan, s. 31; Arslanlı, s. 20; İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 11; Yılmaz Aslan/ Doğan Şenyüz/ Ergün Mevci, İşletme Hukuku, 2. Bası, Bursa, 2005, s. 5; Karahan, s. 18; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 141; Mimaroglu, s. 116-117; İnal, s.53; Erem, s.50; Domaniç/Ulusoy, s.146; Ayhan vd., s. 43.

başlamak ve daha sonra belli bir süre faaliyeti yeniden kesintiye uğratmak devamlılık unsurunun varlığını ortadan kaldırır<sup>68</sup>.

Bu sebeple, kısa ve geçici bir süre ile kurulan ve bu süre içinde ticari faaliyette bulunma kast ve amacı taşımayan işletmelerin, ticari işletme niteliğine sahip olduğundan bahsetmek mümkün değildir<sup>69</sup>. Okulda gerçekleştirilecek bir gösteriye münhasıran kurulan bir kantin gibi.

TTK' nın 14. maddesi ve MTTK' nın 12. maddesi uyarınca; bir ticari işletmenin kurulduğunun tescil ve ilanı, ticari işletmenin devamlı olarak ticari faaliyette bulunma kast ve amacı bakımından kuruluş döneminde devamlılık unsurunun var olduğu anlamına gelir. Aynı şekilde ticari işletme, kuruluş tescil ve ilanına rağmen fiilen faaliyete başlamamış bile olsa, tacir sıfatı ve tacir olmanın sonuçlarının doğması sebebiyle bir ticari işletmenin varlığından bahsedilir<sup>70</sup>.

Devamlılık unsuru, ticari işletmenin kuruluş aşamasından sonra ticari işletme iktisadi faaliyetinin belli bir organizasyon haline gelmesinde sanatta uzmanlaşma ya da profesyonelleşme şeklinde kendisini gösterir<sup>71</sup>.

### 2.2.3. Bağımsızlık

TTK bağımsızlık unsuruna açıkça işaret etmemiş olmakla beraber, ticari işletme olmanın bir gereği olarak bağımsızlık unsuru doktrin tarafından aranmaktadır<sup>72</sup>. Bunun sebebi İTSN' de devamlılık unsuruna yer verilmiş olmasıdır<sup>73</sup>. Ayrıca doktrinde devamlılık unsuruna dayanak olarak, ticari işletme ve ticari işletmenin şubesi arasındaki farklılıklar gösterilmektedir<sup>74</sup>. MTTK' nın 11. maddesinde bağımsızlık unsuru, ticari işletmenin kanuni tanımında yer almıştır.

Bağımsızlık; başka bir işletmeye bağlı olarak ekonomik faaliyette bulunmama, ekonomik kararlarını kendi alabilmedir. Böylece bağımsızlık, ticari işletmenin bir iç

---

<sup>68</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 16.

<sup>69</sup> Poroy/Yasaman, s. 36; Karahan, s. 17; İnal, s. 62; Tuna, s. 30; İmregün, s. 11; Yılmaz/Mevci, s. 5.

<sup>70</sup> Arslanlı, s. 20.

<sup>71</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 141; Karahan, s. 17; Mimaroglu, s. 115; Erem, s. 50; Dalamanlı/Tiryaki, s. 94.

<sup>72</sup> Mimaroglu, s. 190; Karayalçın, s. 160; Arkan, s. 31; Poroy/Yasaman, s. 37; Karahan, s. 18; İnal, s. 54; Bilgili/Demirkapı, s. 17.

<sup>73</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 141; Bilgili/Demirkapı, s. 17.

<sup>74</sup> Domaniç/Ulusoy, s. 147; Yılmaz/Mevci, s. 5.

meselesidir<sup>75</sup>. Diğer yandan, bağımsızlık unsurunun hem iç hem de dış ilişkide aranması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>76</sup>.

Ticari işletmenin bağımsızlık unsuru bakımından aranılan iç ilişkide bağımsız karar alabilme, rekabet hukuku bakımından aranılan ekonomik bağımsızlıktan farklıdır<sup>77</sup>. Rekabet hukuku bakımından önemli olan hukuki bağımsızlıktan ziyade, iktisadi bağımsızlıktır<sup>78</sup>. İktisadi bağımsızlık ise, iktisadi karar alma noktasında serbest hareket edebilmedir<sup>79</sup>. Buna göre bir işletmenin fiilen bir başka şirketin idaresi altında olması durumunda, hukuken var olan bağımsızlık sebebiyle bu işletme, ticari işletme olarak nitelendirilebilecekse de rekabet hukuku bakımından bağımsız bir teşebbüs olarak ele alınamayacaktır<sup>80</sup>.

Böylece, bağımsızlık unsuru asıl olarak ticari işletmenin şubesi üzerinde somutlaşmakta, ticari işletme ile alelade bir işletme olan şube arasındaki farklılığı ortaya koymaktadır<sup>81</sup>. Nitekim işletmeler tek başlarına bağımsızlığı bulunmayan, ticari işletmelerin üretim birimleridir. Bunun sonucu olarak, bağımsızlık unsuru bulunmayan bir işletmeden ticari işletme olarak bahsetmek de mümkün değildir. Şube, gerek muhasebe gerekse idari anlamda merkezden bağımsız hareket edemediğinden bağımsızlık unsuruna sahip değildir. Bu şekilde ticari işletme ve şubesi arasındaki fark ortaya konmaktadır<sup>82</sup>.

Buna karşılık; bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık eden ve/veya ticari işletme adına sözleşme yapmayı meslek edinen acente, idare ve muhasebe bakımından bağımsız olması sebebiyle bağımsız bir işletme, bir ticari işletmedir.

#### **2.2.4. Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma**

Esnaf faaliyeti sınırlarını aşma unsurundan TST 14. maddesinde bahsedilmiştir. Ayrıca TTK' nın 17. maddesi de esnaf işletmesi ve ticari işletme faaliyetleri arasındaki farkı ortaya koymaya çalışmıştır.

<sup>75</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 141; Mahmut Tevfik Birsnel, Ticari İşletme Hukuk, I. Cilt, İzmir, 1970, s. 5; Dalamanlı/Tiryaki, s. 94; Bilgili/Demirkapı, s. 17.

<sup>76</sup> Domaniç, s. 147; Ayhan vd., s. 44.

<sup>77</sup> Yılmaz/Mevci, s. 6.

<sup>78</sup> Oktay Durman, İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2009, s. 39.

<sup>79</sup> Yılmaz/Mevci, s. 6.

<sup>80</sup> Akıncı, s.22.

<sup>81</sup> Yılmaz/Mevci, s. 5.

<sup>82</sup> Poroy/Yasaman, s. 34; Karayalçın, s. 160; Arkan, s. 31; Karahan, s. 18.

Anılan maddede; esnaf ve ticari işletme arasındaki fark temel olarak ticari işletme bakımından iktisadi sermayenin bedeni çalışmadan ziyade nakdi sermayeye dayanmasına buna karşın, esnaf işletmesinin kazancının ise ancak geçimini sağlayacak derece olmasına bağlanmıştır.

TTK' nın 17. maddesindeki kriterlerin uygulamada başarısız olması sonucunda İTSN' den esinlenilerek, esnaf işletmesi ile ticari işletmenin birbirinden ayrılmasını sağlayacak kıstasların oluşturulması TTK' nın 1463. maddesi uyarınca Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır<sup>83</sup>.

İlk çalışmalar 1983 yılında başlamış ve nihayetinde 25.01.1986 tarihinde Bakanlar Kurulunca 86/10313 sayılı kararname kabul edilerek esnaf ve küçük sanatkâr ile tacir ve sanayici ayırımı dikkate alınacak olan esaslar kabul edilmiştir<sup>84</sup>.

Anılan düzenlemenin temelinde tacir sıfatına sahip olmanın beraberinde getirdiği ciddi hukuki sonuçlara karşı esnaf ve küçük sanatkârı koruma amacı yatmaktadır. Nitekim düzenlemede de kriter olarak esnaf ve küçük sanatkarın yıllık geliri dikkate alınmıştır<sup>85</sup>.

Yine bir diğer kriter de Esnaf ve Küçük Sanatkâr İle Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu<sup>86</sup> tarafından belirlenen esnaf ve küçük sanatkâr kollarından birine dâhil olunmasıdır.

Söz konusu kollara dâhil olanlardan gelir vergisinden muaf olanlar ile götürü usulde<sup>87</sup> vergilendirilenler ticari işletme olarak nitelendirilemeyecek ve bunlar bakımından diğer şartların aranması da gerekmeyecektir<sup>88</sup>.

Diğer bir kategori olarak, Vergi Usul Kanunu 176. maddesi uyarınca işletme hesabına göre defter tuttukları için 2. sınıf tacir sayılanlar bakımından, iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığı ve elde edilen kazancın ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olup olmadığı üzerinde durulacak ve Vergi Usul Kanunu 177. maddesinin 1 ve 3. fıkralarındaki limitlerin yarısını ya da yerine göre 2. fıkradaki limitin tamamını aşıp aşmadığına bakılacaktır.

---

<sup>83</sup> Arkan, s. 28.

<sup>84</sup> Arkan, s. 23.

<sup>85</sup> Durman, s. 41; Poroy/Yasaman, s. 37.

<sup>86</sup> 1983 yılında 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununda değişiklik yapan 62 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuştur.

<sup>87</sup> Götürü usulü 1998 yılında kaldırılmış olması sebebiyle basit usulde vergilendirilenlerinde esnaf olarak kabul edilmesi gerekliliği hakkında (Akıncı, s 22 dn: 76.)

<sup>88</sup> Akıncı, s 23.

Buna karşılık, Vergi Usul Kanunu bakımından esnaf sayılmak, ticari işletme ve esnaf işletmesi bakımından her durumda uygulanacak kesin bir ölçüt değildir. Yargıtay da, Vergi Usul Kanunu'na göre esnaf sayılmanın, TTK yönünden de esnaf sayılma anlamına gelmediğini ifade etmektedir<sup>89</sup>.

Yargıtay anılan düzenlemelerden hareketle, nüfusu fazla olan bir şehirde kasaplık yapan kişinin tacir, işletmesinin de ticari işletme olduğunu<sup>90</sup>, yine emekten ziyade sermayeyi gerektiren bir ticari faaliyet olduğu gerekçesiyle, hayvan alım satımı işiyle uğraşan kişinin tacir ve dolayısıyla işletmesinin de ticari işletme olduğunu ifade etmiştir<sup>91</sup>.

MTTK'ın 11. maddesinde açıkça ifade edilen ticari işletme ve esnaf arasındaki ilişki ise, 15. maddede somutlaştırılmıştır.

*“İster gezici olsunlar, ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsunlar, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan sanat ve ticaretle uğraşanlar tacir değildir. Ancak, tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medenî Kanununun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanır.”*

Anılan düzenleme asıl olarak TTK'ın 17. maddesinin tekrarından ibaret olmakla beraber 11. maddeye yaptığı atıfla Bakanlar Kurulu uyarınca çıkarılacak kararnameye de göndermede bulunmuştur.

MTTK, TTK dönemdeki sistemi esas olarak kabul etmekle beraber 15. madde gerekçesinde farklı bir sistemden bahsetmektedir<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Kubilay vd., s. 78.

<sup>90</sup> İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, I. Cilt, 3. Baskı, Ankara, 1990, s. 135, dn: 53.

<sup>91</sup> Doğanay, s. 53.

<sup>92</sup> “AET/AT çevrelerinde esnafın tanımı gelir düzeyi unsuru ile değil yeni bir açılım olan “meslek” yaklaşımı ile tanımlanmaktadır. Bu anlayış bazı meslekleri ‘esnaf’ mesleği olarak kabul etmekte, bu meslek mensupları esnaf olarak tanımlanmaktadır. Meslek mensubu olmak esnaf sayılmak için yeterli görülmemekte, esnaf ile tacir arasındaki sınır “meslek” ile çizilmekte, yoksa gelirinin düzeyi dikkate alınmamaktadır. Mesela, gelirleri ne olursa olsun, sıvacı, muslukçu, ayakkabıcı boyacısı, tamirci gibi el işleri, yani zeneatla uğraşanlar esnafdır. Bir muslukçu yanında iki kişi çalıştırabilir ve geliri bazı tacirleri aşabilir; bu sonu değiştirmez. 6762 sayılı Kanundaki 17 ve Tasarıdaki 15 inci madde ise, Alm.TK. 4 üncü paragrafında yer alan ve 1998 yılında Almanya’da yapılan ticaret hukuku reformu sırasında kaldırılan “Minderkaufmann” anlayışına dayanmaktadır. Tasarı öğretideki bu son gelişmeyi; Türk mevzuatının üzerine oturduğu sistemin çok yeni bir tarihte esnafı ile ilişkin bir tasarı ile doğrulanması ve pekiştirilmesi dolayısıyla değiştirmemiştir. Ancak, gelişmeye değinilmekte, gelişme yönüne işaret edilmesi ve gelecekteki değişikliklerde dikkate alınması yönünden yarar görülmüştür. “

Anılan madde gerekçesinde gelir düzeyi kriteri yerine “*meslek*” yaklaşımının kabul edilmesi gerektiği ve bunun sonucu olarak, belli bir mesleki faaliyette bulunan kişilerin herhangi bir ticari işletmeden daha fazla gelir elde etmesine rağmen meslek mensubu olarak kalmaya devam etmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Buna örnek olarak da ayakkabı boyacısı, tamirci, sıvacı gibi örnekler verilmiştir.

Asıl olarak ifade edilen meslek kavramı ile nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanma ölçütü birbirlerine belli oranda benzemekle beraber, MTTK’ nın 15. maddesinin, madde gerekçesinde ifade edilen meslek kriterinin uygulanması durumunda kalabalık nüfus veya elde edilen gelirin bir önemi kalmayacağından, farklı sonuçlar doğurabilme kabiliyetine sahiptir.

### 2.2.5. Organizasyon

TTK ve MTTK’ da organizasyon unsurundan bahsedilmemiştir. Buna karşın MTTK’ da bahsedilen unsurların ticari işletme teriminin tanımlanmasında, *yardımcı* ve madde gerekçesinde belirtildiği üzere *değerlendirici* olduğu dikkate alındığında, organizasyon unsurunun da ticari işletmenin unsurları arasında gösterilmesi mümkündür.

Ticari işletme, bir iktisadi işletme türüdür. İktisadi işletme sahibi girişimcinin gelir sağlamak amacıyla emek ve sermayesini bağımsız bir organizasyon oluşturacak biçimde bir araya getirmesi gerekmektedir<sup>93</sup>. Bunun için ise iktisadi faaliyetin meslek haline gelmesi ve belirli bir organizasyon dâhilinde gerçekleşmesi hizmet veya ürün aşamasında makineleşme veya daha doğru ifade ile emekten uzaklaşma söz konusu olmalıdır<sup>94</sup>. Bu ise esnaf ve serbest meslek işletmesine nazaran müşterilerin, ticari işletmenin işletmecisinin şahsını, işletmeden ayırma eğilimini göstermektedir<sup>95</sup>.

Bunun için ise işletmecinin şahsı dışında bir işletmeye ait maddi ve gayri maddi unsurlara ihtiyaç vardır. Maddi ve gayri maddi unsurların tek başına bulunması da yeterli değildir. Ticari işletmenin maddi ve gayri maddi unsurları, bir organizasyon dâhilinde bulunmalıdır.

Söz konusu maddi ve gayri maddi unsurların bir organizasyon dâhilinde bulunmaması halinde ise bir mal yığından bahsedilir. Bu durumda ise bir ticari işletmenin varlığından

<sup>93</sup> Acemoğlu, s. 16; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 136; Erem, s. 50.

<sup>94</sup> Bozer/Göle, s. 7; Karahan, s. 17.

<sup>95</sup> Durman, s. 39.



bahsetmek mümkün değildir. İşte bu noktada ticari işletmeyi diğer iktisadi işletmelerden ayıran unsur, organizasyon unsurudur.

### 3. TİPİK TİCARİ İŞLETMELER

TTK' nın 11. maddesinde ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler şekilde ifade edilen işletmeler tipik ticari işletme görünüşleri olup, birer ticari işletme türü değildir<sup>96</sup>. MTTK' da ise bu işletme tiplerinden bahsedilmemiştir. Sadece MTTK' nın 850. maddesinde Taşıma işleri ticari işletme faaliyetidir şeklinde bir istisnaya yer vermiştir<sup>97</sup>.

TTK' da *fabrika, ticarethane ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerden* bahsedilmiş olması, söz konusu işletmelerin bir ön kabul olarak ticari işletme oldukları anlamına gelmemektedir<sup>98</sup>. Ne var ki bu işletmeler bakımından asıl –karine– olan ticari işletme olmalarıdır<sup>99</sup>.

Diğer yandan gerek TTK' nın 12. maddesi anlamında faaliyet konusu bakımından ticari işletme sayılan gerekse de TTK' nın 13. maddesi uyarınca ticari işletme sahibi olarak nitelendirilen kimselerin, söz konusu adi karineyi çürütme imkânı her zaman vardır<sup>100</sup>.

TTK' nın 12. maddesinde ticarethane olarak 12 bent halinde sayılan işletmelerin, sırf faaliyet konularından dolayı her zaman ticari işletme sayılmaları mümkündür.

Buna karşılık TTK' nın 13. Maddesinde, ticari işletme olarak kabul edilen işletmeler bakımından, bunların ticari işletme oldukları yönünde TTK' nın 12. maddesindeki karineye benzer bir karine söz konusu değildir.

Bu sebeple, TTK' nın 13. maddesinde ifade edilen işletmelerden birinin, TTK' nın 11. maddesi anlamında bir ticari işletme olduğunu ispat külfeti, bunu iddia eden kişinin

---

<sup>96</sup> Aksi görüş için bkz. Kendigelen (Ülgen vd.), s. 130; Saka, s. 52; Mimaroglu, s. 117; Bilgili/Demirkapı, s. 15; Cerrahoğlu, s. 10; Erem, s. 50; Tesal, s. 22; Yılmaz/Mevci, s. 4. Anılan görüş uyarınca ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin birer ticari işletme türü olarak kabulü durumunda, ticari işletmenin bir unsuru olarak *tipiklik* unsurunun da- kanunda sayılan tipte bir işletmenin varlığı- aranması gereklidir. Bir işletmenin bu üç tipten birine girmediği durumda ise bu görüş uyarınca diğer unsurlara bakılmaksızın söz konusu işletmenin bir ticari işletme olmadığı kabulü gerekir. (Poroy/yasaman, s. 35.)

<sup>97</sup> Ayhan vd., s. 45 dn: 31.

<sup>98</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 134; Dalaman/Tiryaki, s. 95; İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 13.

<sup>99</sup> İrfan Baştuğ/H. Ercüment Erdem, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993, s. 27; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 138; İnal, s. 47; Tuna, s. 34; İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 10; Saka, s. 53; Bilgili/Demirkapı, s. 20.

<sup>100</sup> İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 10. Berzek, s. 8.

üzerindedir<sup>101</sup>. TTK bakımından bu sebeple ticari işletme ve ticari işletme sayılan işletmeler biçiminde bir ayırmadan bahsetmek mümkündür.

Netice itibarıyla bir ticari işletmenin varlığının tespitinde TTK' nın 12. ve 13. maddeleri bir yana bırakılarak, MTTK' da olduğu gibi ticari işletme unsurlarından hareket edilmelidir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ise, ticari işletme olarak bir işletmenin kabulünün önünde kanuni bir engelin bulunmamasıdır. Bu kapsamda, 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı<sup>102</sup>Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca avukat bürosu, her ne kadar ticari işletme tanımındaki unsurları bünyesinde barındırıyor olsa dahi, ticari işletme olarak nitelendirilemeyecektir<sup>103</sup>.

### 3.1. Ticarethane

TTK' nın 12. maddesinde, 12 bent halinde hangi faaliyet konularıyla ilgilenen işletmelerin –ticari işletme niteliğindeki işletmelerin– ticarethane sayılacağı ifade edilmiştir<sup>104</sup>. TTK' nın böyle bir sayma metodunu izlenmesinin sebebi ise İTSN' in 52. maddesidir<sup>105</sup>.

*Ticaret yapan, bir fabrika işleten ya da ticari biçimde diğer herhangi bir faaliyet yürüten kimse merkez kuruluşunun bulunduğu yerde ticaret siciline kendisini tescil ettirilir biçiminde ifade edilmiştir<sup>106</sup>.*

TTK' nın 12. maddesindeki bu sayım örneksime mahiyetindedir. Nitekim her ne kadar maddede sadece imalat ve inşa faaliyetinden bahsedilmiş, gayrimenkul alım, satım veya kiralanmasından bahsedilmemiş olsa da, gayrimenkul alım, satım veya kiralanmasıyla uğraşan

<sup>101</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 132; Saka, s. 54; Bilgili/Demirkapı, s. 20.

<sup>102</sup> R.G. 7.4.1969, S. 13168.

<sup>103</sup> Akıncı, s. 19; Karahan, s. 20.

<sup>104</sup> 6762 sayılı Ticaret Kanunu 12. Maddesi “Aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır: 1. Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi; 2. Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması; 3. Her çeşit imal veya inşa; 4. Madencilik; 5. Matbaacılık, gazetecilik ve kitapçılık, yayın, ilan ve istihbarat; 6. Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi umumî mahaller, hususî mektep ve hastane ve açık satış yerlerinin işletilmesi; 7. Umumi mağazalar ve sair depo ve ambarların işletilmesi; 8. Borsa ve kambiyo işleri, sarraflık, bankacılık; 9. İçtimai sigortalar hariç olmak üzere sigortacılık; 10. Kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak; 11. Su, gaz ve elektrik dağıtım, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın; 12. Acentelik, tellallık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut işleri.” Maddede her ne kadar içtimai sigortaların ticarethane sayılmayacağı ifade olmuşsa da; SSK ve BAĞKUR kendi özel kanunları uyarınca özel hukuka tabidir. Yargıtay 11. HD. de 04.11.1976 tarih ve 4964/4625K. Sayılı kararında BAĞKUR'u ticarethane sayılmayan iktisadi sigorta olarak kabul etmiştir.( Kendigelen (Ülgen vd.), s. 134; Cerrahoğlu, s. 33.)

<sup>105</sup> Poroy/Yasaman 33

<sup>106</sup> Kubilay vd., s. 65.

işletmeler, diğer unsurları da bünyelerinde taşımaları şartıyla ticarethane olarak kabul edilecektir<sup>107</sup>.

### 3.2. Fabrika

TTK' nın 12. maddesinin 2. fıkrasında fabrikacılık tanımına yer verilmiştir<sup>108</sup>. Ticari faaliyet, daha ziyade mal ve hizmet değişimini ifade ederken, sınai faaliyet üretim ve tüketim faaliyetleri anlamına gelmektedir<sup>109</sup>. Bu sebeple, tanıma bakıldığında ticari bir faaliyetten ziyade sınai bir faaliyetten bahsedildiği görülmektedir. Böylece sınai bir faaliyet olan fabrikacılık, ticari işletme kapsamında sayılarak TTK' nın uygulama alanı genişletilmiştir.

Tanımdan hareketle fabrikacılık, mutlaka makine ve teknik vasıtalar ile üretim yapılması anlamına gelirken, fabrikacılık sayılmayan imalat, makine veya teknik vasıta ile yapılması zorunlu olmayan imal işleri anlamına gelmektedir. Nitekim TTK' nın 12. maddesinin 3. fıkrasında İTSN' den esinlenilerek imal kavramından, fabrikadan ayrı olarak bahsedilmiştir<sup>110</sup>.

TTK bu tavrını 13. maddenin 1. fıkrasında da devam ettirmiş, ticari muhasebeyi gerektirmesi ve ticari veya sınai bir müessese mahiyeti taşıdığı ölçüde zirai, esnaf, sanat ve serbest meslek işletmesini de ticari işletme saymıştır.

Bu sebeple, başka düzenlemeler uyarınca sınai faaliyet olarak kabul edilen faaliyetler TTK bakımından ticari faaliyet olarak kabul edilecektir<sup>111</sup>. Aynı kabulden hareketle haksız rekabet düzenlemeleri bakımından imalathane kabul edilen işletmelerde, TTK bakımından birer ticari işletmedir<sup>112</sup>.

### 3.3. Ticari Şekilde İşletilen Diğer Müesseseler

TTK' nın 13. maddesi, 12. madde uyarınca *ticarethane* veya *fabrika* olarak değerlendirilemeyen işletmelerin de belli şartlar altında ticari işletme olarak kabul edileceğini düzenlemiştir.

<sup>107</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 133; Bilgili/Demirkapı, s. 21.

<sup>108</sup> 6762 sayılı Ticaret Kanunu 12. Maddesi "*fabrikacılık, ham madde veya diğer malların makine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda getirilmesidir.*"

<sup>109</sup> Mimaroglu, s. 122; Tuna, s. 34.

<sup>110</sup> Mimaroglu, s. 122; Dalamanlı/Tiryaki, s. 98; Tuna, s. 34; Yılmaz/Mevci, s. 10; Karayalçın, s. 166.

<sup>111</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 1.

<sup>112</sup> Karayalçın, s. 166.

Söz konusu düzenleme, TTK' nın İTSN' den esinlenerek sını, esnaf, sanat, zirai, serbest meslek işletmesi ayırımına hatalı olarak gitmesi ve bu sebeple TTK' nın 12. maddesinde belirttiği ticari ve sını faaliyetler dışında ki diğr faaliyetlerin akıbetinin belli olmaması sebebiyle zorunlu olmuştur<sup>113</sup>.

TTK' nın 13. maddesi uyarınca ticari muhasebeyi gerektirmeleri ile işletmeye ticari veya sını işletme mahiyeti verilmesi koşullarının birlikte bulunması şartıyla bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısıyla bir tezgâhta şeklini değiştirerek satması, esnaf veya güzel sanatlar erbabından birinin gerek bizzat gerek işçi çalıştırarak veya makine kullanarak eserler vücuda getirmesi ve bu eserleri satması ticari işletme olarak kabul olacaktır.

#### 4. TİCARİ İŞLETMENİN MALVARLIĞI

##### 4.1. Malvarlığı

Her hükmi ve gerçek kişin bir malvarlığı söz konusudur. Malvarlığı esasen tam ve sağ doğum ile elde edilen hak ehliyetine denk düşer.

Ticari işletme tanıma denk düşen durumda ise her ticari işletmenin çeşitli malları, hakları ve hukuki ilişkileri bulunmaktadır<sup>114</sup>. Söz konusu malvarlığı unsurlarının para ile ölçülebilir olması gereklidir<sup>115</sup>. Pasifinin, aktifinden fazla olması ticari işletmenin malvarlığının bulunmadığı anlamına gelmemektedir<sup>116</sup>.

Ticari işletme bir takım unsurlardan meydana gelen bir organizma olmakla beraber hukuki anlamda bir kişilik değildir. Bu nedenle ticari işletme, iktisadi faaliyet olarak kendisine tahsis edilen malvarlığı unsurlarının sahibi veya maliki değildir. Diğr yandan ticari işletmenin sahibi ve işleticisi konumunda olan gerçek veya hükmi bir kişi vardır. Bu kişiye tacir denir. Ticari işletmenin malvarlığı unsurları, tacirin malvarlığı unsuru içinde yer almaktadır<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> Berzek, s. 10; Karayalçın, s. 167; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 135.

<sup>114</sup> Yılmaz/Mevci, s. 11; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 149; Mahmut Tefik Birsal, Ticarî İşletme Hukuku, I. Cilt, İzmir, 1970, s. 100; Karayalçın, s. 172.

<sup>115</sup> Durman, s. 7. Kendigelen (Ülgen vd.), s. 149; Türk, s. 62; Kenan Tunçomag, Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 6. Bası, İstanbul, 1976, s.1138; Bilgili/Demirkapı, s. 26.

<sup>116</sup> Acemoğlu, s. 10.

<sup>117</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 22.

Borçlar hukuku ve ticaret hukuku ticari işletmeyi genel olarak bu malvarlığı bakımından ele almıştır<sup>118</sup>. Malvarlığını ise kimi zaman bir bilançonun aktif ve pasif kalemi olarak, kimi zamansa sermaye, insan faktörü ve artık değerler ( goodwill, know-how) olarak daha geniş biçimde ifade etmiştir. Tacirin şahıs varlığı ise ticari işletmenin malvarlığı kapsamı dışındadır<sup>119</sup>. Baskı işleriyle uğraşan matbaada sergilenmek amacıyla konulan tarihi matbaa makinesi de bu sebeple ticari işletmenin malvarlığına dâhil değildir<sup>120</sup>.

Diğer yandan ticari işletmenin malvarlığının para ile ölçülebilir unsurlardan oluştuğunun yanında tasarruf işlemine konu olabilme kıstasına da yer verilmektedir. Söz konusu görüş uyarınca, mübadele değeri olmayan unsurlar da ticari işletmenin malvarlığına dâhil kabul edilmektedir<sup>121</sup>. Buna karşın ticari işletmenin malvarlığı içinde tek başlarına tasarruf işlemine konu olamayan ama değer ifade eden unsurlar da bulunmaktadır. Bunlara ise kullanım değeri denmektedir<sup>122</sup>. Ticari işletmeden ayrı olarak devredilemeyen müşteri çevresi buna örnektir.

Doktrinde ticari işletmenin mal varlığı bakımından maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurları ile asli ve tali malvarlığı unsurları şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır.<sup>123</sup> Buna göre; patent, marka ve benzer şekilde, senede bağlı olsun ya da olmasın, alacak hakları gayri maddi malvarlığı olarak kabul edilirken, tesisat, hammadde ve para gibi unsurlar maddi malvarlığı olarak kabul edilmektedir. Asli, tali malvarlığı ayırımı ise her ticari işletme bakımından değişiklik göstermektedir.

Ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının anılan şekilde ayırma tabi tutulmasının pratik bir faydası olmadığı gibi her durumda geçerli bir listenin yapılması da mümkün değildir<sup>124</sup>

## 4.2. Özel Malvarlığı

Özel mal varlığı; bir şahsa ait olan hakların tümü içinde farklı hukuki rejime, bütünlüğe ve bağımsızlığa sahip olan malvarlığı unsurlarıdır<sup>125</sup>. Şahsın malvarlığı unsurları içinde ayrı bir hukuki rejime, bütünlüğe ve bağımsızlığa sahip böyle bir özel malvarlığı oluşması ise kural

<sup>118</sup> Türk, s.72; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 167; Ayhan vd., s. 54.

<sup>119</sup> Acemoğlu, s. 12; Bilgili/Demirkapı, s. 22.

<sup>120</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 149.

<sup>121</sup> Türk, s. 75.

<sup>122</sup> Acemoğlu, s. 13.

<sup>123</sup> Acemoğlu, s. 13; Yılmaz/Mevci, s. 12; Mimaroglu, s. 124.

<sup>124</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 151. Poroy/Yasaman, s.39; Karayalçın, s. 174; Cerrahoğlu, s. 13; İnal, s. 73.

<sup>125</sup> Acemoğlu, s. 11.

olarak kişinin kendi iradesine bırakılmıştır<sup>126</sup>. Buna karşılık, iflas masası gibi irade dışı oluşması da mümkündür.

Her zaman bir şahsa ait malvarlığı unsurlarının bir kısmının ayrı hukuki statüye tabi tutulması özel malvarlığı anlamına gelmez<sup>127</sup>. Kişinin haczedilen malvarlığı unsurları her ne kadar ayrı bir hukuki statüye sahip bulunsada dahi, hacze konu her bir malvarlığı değeri üzerinde bağımsız bir şekilde haciz işlemi yürütüldüğü için bir özel malvarlığı söz konusu değildir<sup>128</sup>.

Tacirin, malvarlığı unsurlarının bir kısmını ticari işletme olarak gelir sağlama amacına özgülenmiş olması sebebiyle, ticari işletmenin de bir özel malvarlığı olduğu ifade edilmektedir<sup>129</sup>. Aynı şekilde ticari işletme devrinin, özel malvarlığı devrinden ayrı olarak düzenlenmiş olmasının, özel malvarlığı devrinin en sık rastlanılan şekli olmasıyla açıklanmaktadır<sup>130</sup>.

Bu görüşler doğrultusunda Türkiye’de de; Fransa ve İtalya’dan esinlenilerek ticari işletme terimi, ticaret fonu şeklinde açıklamak istenmiş ama son dönemlerde bundan vaz geçilmiştir<sup>131</sup>. Bunun sebebi ise ticari işletmenin özel bir malvarlığı olduğunun kabulü durumunda, tüzel kişi tacirin malvarlığı ile ticari işletmenin malvarlığının denk olacak olmasıdır<sup>132</sup>.

Gerçek kişi tacire ait ticari işletmeler bakımından da sonuç değişmemektedir. Eşya hukuku bakımından ticari işletme bir bütünlük arz etmemektedir. Ticari işletme onu oluşturan malvarlığı unsurlarından bağımsız bir hukuk objesi değildir<sup>133</sup>.

Bu sebeple ticari işletmenin üzerinde tek bir mülkiyet hakkından bahsetmek mümkün değildir. Bunun doğası gereği ticari işletmeyi oluşturan her bir unsurun, kendi tabi olduğu kurallar çerçevesinde ayrı ayrı devredilmesi gereklidir<sup>134</sup>.

Borçlar hukuku bakımından ise ticari işletmenin borçlarından dolayı sorumluluk ticari işletmeye değil, tacire ait olduğu gibi icra ve iflas hukuku bakımından da tacir sadece ticari

---

<sup>126</sup> Nurşin Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara, 1968, s. 33.

<sup>127</sup> Durman, s. 9; Ayiter, s. 13.

<sup>128</sup> Ayiter, s. 30.

<sup>129</sup> Acemoğlu, s. 19; Akıncı, 37; Durman, s. 10.

<sup>130</sup> Durman, s. 10.

<sup>131</sup> Poroy/Yasaman, s. 26; İnal, s. 47; Karayalçın, s. 172.

<sup>132</sup> Acemoğlu, s. 20; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 150.

<sup>133</sup> Akıncı, s. 12. Kendigelen (Ülgen vd.), s. 148; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 2. Cilt, İstanbul, 1969, s. 560.

<sup>134</sup> Akıncı, s. 12; Feyzioğlu, s. 560.

işletmenin malvarlığı unsurları ile değil tüm malvarlığı ile sorumludur. Burada ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının, tacirin geri kalan malvarlığı unsurlarından fiilen ayrılmış olması da önem taşımamaktadır<sup>135</sup>.

Ticari işletmenin tüm unsurlarının ve özellikle aktiflerinin bir bütün halinde devri, TTK’ da düzenlenmemiştir. Her bir unsurun kendine özgü kurallar dâhilinde devredilmesi gereklidir. Bu sebeple borçlandırıcı ve taahhüt işlemi bakımından bir bütünlükten bahsedilebiliyor olsa da, tasarruf işlemleri bakımından bir bütünlükten bahsedilmesi mümkün değildir.

Her ne kadar TTK’ da ticari işletmenin pasifleri bakımından MTTK’ da ise ticari işletmenin hem aktif hem de pasiflerinin devri bakımından bir kül halinde intikal düzenlenmiş olsa da söz konusu düzenlemenin amacı; ticari işletmeyi bir özel mal varlığı olarak düzenlemek değil, ticari işletmenin var olan organizasyonunu korumaktır.

Ticari işletme özel bir mal varlığı değilse de tacirin genel mal varlığına göre özellik taşıması sebebiyle *hukuki kül* ya da *sui generis* olarak nitelendirilmesi mümkündür<sup>136</sup>.

### 4.3. Aktif ve Pasifiyle Birliktelik

Ticari işletmenin devri bakımından hem TTK hem de BK “*aktif ve pasifiyle*” birlikte devirden bahsetmiştir. Aktif ve pasifiyle birliktelik bu anlamda her ne kadar ticari işletmenin malvarlığını hedef alan bir terim olarak algılsa da asıl olarak ticari işletmenin bir bütün olarak devri noktasında kanunun ticari işletmenin devri bakımından malvarlığı unsurlarına vermek istediği bütünlüğü ifade etmektedir. Bu kavrama yabancı literatür de *ticaret fonu* veya *azienda* da denmektedir. Türk literatüründe ise *fiili kül*, *hukuki kül* gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmaktadır<sup>137</sup>.

Böylece ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri, ticari işletmenin sadece muhasebeleştirilmiş devre konu malvarlıkları anlamına gelmemekte, söz konusu devrin, ticari işletmenin malvarlığı bakımından kapsamını belirtmekte ve hatta belli başlı unsurların zorunlu devri noktasında da yükümlülükler getirmektedir. Böylece ticari işletmenin devri bakımından

---

<sup>135</sup> Yılmaz/Mevci, s.12; Arkan, s. 34.

<sup>136</sup> Poroy/Yasaman, s. 42.

<sup>137</sup> Poroy/Yasaman, s. 42; Karahan, s. 20.

mal varlığı, mamelek kavramı ile ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birliktelik kavramı farklı anlamlara gelmektedir<sup>138</sup>.

Sonuç olarak; aktif ve pasifiyle birliktelik terimi, ticari işletmenin bir bütün olarak belli başlı sözleşmelere konu edilebilmesi için getirilmiştir<sup>139</sup>. Bu sebeple ki, mal varlığı unsurlarının arasında hukuki bir bütünlük olup olmadığı ile ilgilenilmeksizin ticari işletmenin bir bütün olarak devrinden bahsedilmektedir<sup>140</sup>. Aynı şekilde zaman içinde malvarlığı unsurlarının azalması ya da değişmesi de malvarlığının aktif ve pasifiyle birlikteliğine etki etmemektedir<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Türk, s. 61-66.

<sup>139</sup> Mimaroglu, s. 124.

<sup>140</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 148; Karayalçın, s. 173; Arkan, s. 34.

<sup>141</sup> Ayiter, s. 22.



## İKİNCİ BÖLÜM

### TİCARİ İŞLETMENİN AKTİF VE PASİFİYLE DEVİRİ

#### 1. DEVİR

Çalışmamız kapsamında yer alan TTK ve MTTK' nın 11. maddesi ile BK' nın 179. maddesi ile 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı<sup>142</sup> Müeccel Borçlar Kanunu'nun<sup>143</sup> 202. maddesi anlamında bir ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için bir ticari işletme, iradi bir devir ve buna bağlı olarak da geniş anlamda sağlar arası bir devir sözleşmesinin varlığı gereklidir<sup>144</sup>. Miras hükümlerine göre ya da başka bir düzenleme uyarınca gerçekleşen devirler bakımından TTK ve MTTK' nın 11. maddesinin uygulanması mümkün değildir<sup>145</sup>.

Ticari işletmenin devrini konu alan söz konusu sağlar arası devir sözleşmesinin geniş olarak anlaşılıp anlaşılamayacağı da tartışmalıdır.

Doktrinde çeşitli noktalardan hareket edilerek devir sözleşmesinden; hasılat kirası, rehin gibi diğer sözleşmelerin de anlaşılabilmesi ve söz konusu sözleşmeler bakımından da BK' nın 179. maddesinin uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>146</sup>. Benzer şekilde BK' nın 179. maddesinin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 181. maddesi bakımından da aynı husus ifade edilmiş ve 181. maddenin sadece mülkiyeti devir haliyle sınırlanmaması gerektiği ifade edilmiştir<sup>147</sup>.

Bir diğer görüş, söz konusu hükümden yalnızca ticari işletme sahipliğini satım veya başka bir sözleşme olmasının bir önemi olmaksızın temelli olarak devralana geçiren sözleşmelerin anlaşılabilmesini ifade etmektedir<sup>148</sup>.

MTTK' nın 11. Maddesinde, TTK'den farklı olarak ticari işletmenin ticari işletme sahipliğini temelli olarak devralana geçiren sözleşmelerin yanında diğer hukukî işlemlere de konu olabileceğini düzenlemiştir.

---

<sup>142</sup> R.G. 4.2.2011, S. 27836.

<sup>143</sup> Buradan itibaren EBK olarak bahsedilecektir.

<sup>144</sup> Akıncı, s. 48; Durman, s. 106; Acemoğlu, s.23; Ayhan vd., s. 54.

<sup>145</sup> Acemoğlu, s.23.

<sup>146</sup> Acemoğlu, s.23.

<sup>147</sup> Durman, s. 62.

<sup>148</sup> Poroy/Yasaman, s. 45.

Bu sebeple, MTTK ve TTK' nın 11. maddeleri münhasıran ticari işletme devrine ilişkin özel düzenlemeler getirmemektedir. Ticari işletmelerin konu olduğu tüm hukuki işlemler açısından mahiyetlerine uygun olduğu ölçüde uygulanabilecek genel bir düzenleme mahiyetindedirler.

Nitekim TTK' nın 11. maddesinin madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere *diğer hukukî işlemlere* konu olabilecek olan, ticari işletmenin bir bütün olan malvarlığıdır.

Söz konusu bütünün MTTK' nın 11. maddesinde; *devir, rehin, intifa, kira gibi işlemlere* konu olabileceğinden bahsedilmesinin doğası gereği ticari işletmenin rehin, intifa, kira gibi işlemlere konu edilmesi durumunda, ilgili sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece söz konusu işlemlerin ticari işletmenin bir bütün olan malvarlığını kapsadığı anlaşılır.

Ticari işletmenin, rehin sözleşmesine bir bütün olarak konu olabileceği düzenlenmişse de MTTK' nın 11. maddesinde Ticari İşletme Rehni Kanunu'na<sup>149</sup> (TİRK) herhangi bir atıfta bulunulmamış ve dahası TİRK ilga edilmemiştir. TİRK' nin 1. maddesinde; *“ticaret veya esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı bir ticari işletme üzerinden rehin hakkı bu kanunda yazılı hükümler dairesinde tesis edilir”* demektedir. Dolayısıyla MTTK' nın 11. maddesinin TİRK' e atıfta bulunması ve ilgili hükümleri saklı tutması ya da ilga etmesi gerekmektedir. Bu haliyle özel ve genel kanun arasında çözümlü güç bir kanun çatışması meydana gelmiştir<sup>150</sup>.

Söz konusu özel/eski-yeni/genel kanun çatışmasında; MTTK' nın 11. maddesinin, TİRK' i ilga etmek gibi bir amacının olmadığı ve MTTK' nın amacını aşan oranda geniş bir düzenleme getirmiş olduğu dikkate alınarak MTTK yürürlüğe girmesinden sonra da ticari işletme rehinleri bakımından TİRK uygulanmaya devam edilmelidir<sup>151</sup>.

Bu durumda ise; bir sınırlı aynı hak olan ticari işletme rehni sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde ve ticaret siciline kurucu tescil ile yapılması gerekirken tam mülkiyet hakkının devrine ilişkin ticari işletme devri sözleşmesinin adi yazılı olarak yapılmasının gerekeceği eleştirilmektedir<sup>152</sup>.

Diğer yandan anılan düzenleme ile ortaya konan bir diğer sonuç ise devirin; intifa, kira gibi mülkiyeti nakil borcu doğurmayan sözleşmelerden ayrıldığıdır. Bu ayrıma ilişkin olarak

<sup>149</sup> R.G. 28.07.1971. S. 13909.

<sup>150</sup> Kendigelen s. 48.

<sup>151</sup> Bahtiyar, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri” Legal Hukuk Dergisi, Ekim, 2011s. 3895.

<sup>152</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3895.

MTTK' nın 11. maddesinde bir tereddüt oluşturacak biçimde sadece devir sözleşmesi için sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde hangi unsurları kapsadığı sayılmış olsa da, söz konusu düzenlemenin sebebi, devrin diğer sözleşmelerden farklı sonuçlar doğurmasıdır. Böylece MTTK, devir sözleşmesinin niteliğine uygun bir yedek hukuk kuralı koymuştur. Bu sebeple ticari işletmenin devri bakımından asıl muhatap, BK 179. maddesi ve aynı şekilde MBK' nın 202. maddesidir.

BK' nın 179. maddesinde ise, açıkça '*devralan*' kimseden bahsedilmektedir. Aynı şekilde MBK' nın 202. maddesinde de açıkça '*devir*' den bahsedilmektedir. Bu sebeple BK' nın 179. maddesi ve MBK' nın 202. maddesindeki '*devir*' ifadesinden anlaşılması gereken, mülkiyet nakli borcu doğuran sözleşmelerdir<sup>153</sup>.

Ticari işletmenin tek bir kişiye devredilmesi zorunlu değildir. Ticari işletmeyi devralan kimseler, devredenle beraber müteselsil sorumlu olurlar<sup>154</sup>.

Ticari işletme devrinin bu karmaşık yapısına karşın, ticari yaşamdaki süreklilik ve ivedilik sebebiyle ticari işletme devirlerinin de bu süreklilik ve ivediliğe uygun olarak düzenlenmesi gereklidir. Bu sebeple, ticari işletme devirleri bakımından asıl olan devrin kolaylaştırılması ve serileştirilmesidir<sup>155</sup>.

Diğer yandan; süreklilik ve ivedilik sebebiyle bir takım devri kolaylaştırıcı ve serileştirici düzenlemeler getirilirken devrin, devre tamamen yabancı bulunan üçüncü kişilerin üzerinde de doğrudan etkili olması sebebiyle aynı zamanda üçüncü kişilerin menfaatleriyle de uzlaştırıcı bir yol izlenmelidir.

Bu gereksinimler ve uzlaştırıcı tavırlar ise, ticari işletme devri bakımından *bütünlük ilkesi*, *devrin kolaylaştırma ilkesi* ve *mevcudiyet ilkesi*' ne işaret etmektedir.

### **1.1. Devrin Kolaylaştırılması İlkesi**

Devrin kolaylaştırılması ilkesi; kendisini tek bir maddede değil, devrin kolaylaştırılmasına yönelik maddelerin bütününde göstermektedir<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Türk, s. 76.

<sup>154</sup> Ayhan vd., s. 56.

<sup>155</sup> Akıncı, s.28.

<sup>156</sup> Akıncı, s.28.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. Maddesi, ticari işletme borçlarının nakli bakımından borcun nakli hükümlerine nazaran özel bir düzenleme getirerek alacaklıların rızasını aramamaktadır.

Böylece anılan maddeler, ticari işletmeyi devralan kimse bakımından büyük bir kolaylığı bünyesinde taşımaktadır. Ticari hayatta devralan kimselerin, ne tüm alacaklıların teker teker rızasını alma şansı ne de buna zamanı vardır. Büyük ölçekli devirler bakımından ise bu neredeyse imkânsızdır.

Ticari işletme devrinin önündeki en büyük engellerden biri olan bu husus devralan bakımından bir kanuni ilan-ihbar yükümlülüğü getirilerek, ticari işletme devrinin kolaylaştırılması ilkesi kapsamında giderilmiştir<sup>157</sup>.

Devrin kolaylaştırılması amacı kapsamında değerlendirilebilecek tek hüküm, BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi değildir. Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarKHK) 16. maddesi<sup>158</sup>, ticaret unvanı bakımından TTK' nın 51. maddesi<sup>159</sup> ile MTTK' nın 49. maddesi<sup>160</sup> diğer hükümlere örnektir.

## 1.2. Mevcudiyet İlkesi

MTTK' nın 11. maddesinin madde başlığı bütünlük ilkesi olarak düzenlenmiştir.

Bütünlük ibaresi her ne kadar devrin kolaylaştırılması ilkesini işaret ediyorsa da, aynı zamanda bir başka ilke olarak mevcudiyet ilkesini de ifade etmektedir.

Mevcudiyet ilkesi; ticari işletmenin devrinde bir mal yığınının devrinden farklı olarak, belli bir amaca yönelik olarak organizasyon unsurunu tamamlamış mevcut bir ticari işletmenin devrini amaçlamaktadır<sup>161</sup>. Eşya hukuku bakımından ifade edilmek istenen ise, devir sonucunda ticari işletmenin mal varlığının tek bir mülkiyet birliği içinde toplanmasıdır<sup>162</sup>.

Mevcut bir ticari işletmeden bahsedebilmek için ise; söz konusu ticari işletmenin kârlı, hâlihazırda faaliyette bulunan, fiilen müşterisi olan bir işletme olması gerekmektedir. Önemli

<sup>157</sup> Acemoğlu, s. 33, dn. 34.

<sup>158</sup> 16/2 “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.”

<sup>159</sup> 51/2 “Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın dahi devrini tazammun eder.”

<sup>160</sup> 49/2 “Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur. Devir hâlinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir.”

<sup>161</sup> Acemoğlu, s. 44; Türk, s. 75.

<sup>162</sup> Türk, s. 76.

olan, kâr elde etmeye ve müşteri çekebilmeye yönelik organizasyonun bulunmasıdır<sup>163</sup>. Böylece, 2004 sayılı ve 09.06.1932 tarihli İcra ve İflas Kanunu'nun<sup>164</sup> (İİK) 309. maddesinde *yeniden yapılanma* adı altında ticari işletme devri için gerekli olan faaliyette devam etme ve devam edilecek faaliyet sonucu ticari işletmenin ıslah edilebilir olması şartları aranmamakta; bunlara elverişli olması yeterli görülmektedir.

### 1.3. Güvence İlkesi

Ticari işletmenin bir bütün olarak ve mevcut halini koruyarak yaşayan bir organizma olarak devri, aynı zamanda ticari işletme devri bakımından *güvence ilkesine* işaret etmektedir.

Güvence ilkesinde; ticari işletme devrinin, devre tamamen yabancı bulunan üçüncü kişilerin menfaatleri üzerinde doğrudan etkili olduğu ve bu sebeple ticari işletme devrinin kolaylaştırılmasının yanında menfaatleri uzlaştırıcı bir çözüme de ihtiyaç duyduğu kabul edilmektedir.

Bu kabulle; ticari işletme devri bakımından devre tamamen yabancı olan üçüncü kişiler bakımından, devrin ihbarı ile başlayan devreden ile devralan arasındaki müteselsilen sorumluluk, müteselsil sorumluluğun süresi olan 2 yıllık sürenin ihbar ya da ilan olmaksızın başlamayacağı, tek başına pasiflerin devrinin ise bir ticari işletme devri anlamına gelmeyeceği gibi koruyucu hükümler getirilmiştir<sup>165</sup>.

## 2. TİCARİ İŞLETMENİN AKTİF VE PASİFİYLE DEVRİ

Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde önemli olan, devir olan ticari işletmenin bir organizasyon olarak ticari faaliyette bulunma kabiliyetiyle devir olmuş olmasıdır<sup>166</sup>.

Bu hususta, tarafların sözleşmede şekillenen iradelerine tam bir teslimiyet de söz konusu değildir. Taraflar her ne kadar sözleşmede ticari işletmenin bir bütün olarak devrini kararlaştırmamışlarsa da, gerek BK' nın 18. maddesi gerekse de MBK' nın 19. maddesi uyarınca tarafların asıl gayeleri dikkate alınmalı ve ticari işletmenin bir bütün olarak devredilip

<sup>163</sup> Acemoğlu, s. 44; Türk, s. 75; Karayalçın, s. 183; Arslanlı, s. 115.

<sup>164</sup> R.G. 19.06.1932, S. 2128.

<sup>165</sup> Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, Kocaeli, 2005, s. 29; Türk, s. 157.

<sup>166</sup> Durman, s. 108; Türk, s. 75; İmregün, Kara Ticaret Hukuku, s. 14.

devredilmediği araştırılmalıdır. Aynı kural, tarafların bir ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri şeklinde iradelerini dış dünyada yansıtmış olması durumunda da geçerlidir<sup>167</sup>.

## 2.1. Devir Kapsamından Çıkarılabilecek Unsurlar

TTK ile MTTK' nın 11. maddelerinde belli başlı unsurların devir kapsamı dışına çıkarılabileceği düzenlenmiştir<sup>168</sup>.

Anılan düzenlemelerin bir diğer sonucu; sözleşmede bir düzenleme bulunmadıkça, belli başlı unsurların ticari işletmenin bir bütün olarak devri kapsamında devralana geçtiğini ifade etmesidir.

TTK' nın 11. maddesi;

*“Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata mütaallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır.”*

MTTK' nın 11. maddesi;

*“Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.”*

MTTK' da adı geçen ‘durağan mal varlığı’, tartışmalara ve tereddütlere yol açan ‘tesisat’ sözcüğü yerine kullanılmıştır.

Ticari işletme mal varlığının bütünlüğüne zarar vermeksizin belli başlı aktiflerin ticari işletme kapsamından çıkarılabileceğinin kabulünden sonra, hangi unsurların bütünlüğü bozmaksızın çıkarılabileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Burada önemli olan, ticari işletmenin bir organizasyon olarak faaliyetine devam etmesini engellemeyecek unsurların devir

<sup>167</sup> Akıncı, s. 78; Karayalçın, s. 183; Domaniç, s. 179.

<sup>168</sup> Acemoğlu, s. 31; Türk, s. 75. Kendigelen (Ülgen vd.), s. 171.

kapsamından çıkarılmasıdır<sup>169</sup>. Her duruma uygun, genel geçer çıkarılabilecek unsurların bir listesinin yapılması ise mümkün değildir<sup>170</sup>.

İsmlama ayakkabıcı için ticaret unvanı önemli olabileceken<sup>171</sup>, orta ölçekli bir ayakkabı tasarımcısı için tasarım tescilleri ve markanın devri ticaret unvanına oranla daha önemli olabilir. Söz konusu malvarlığı unsurlarının tespitinde ise; ticari işletmenin faaliyet konusu, ilgili pazar çevresi, hacmi, bulunduğu yer gibi kıstasların dikkate alınması gereklidir<sup>172</sup>.

Ticari işletme organizasyonunu bozarak gerçekleştirilmiş devirlerin ise, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>173</sup>.

## 2.2. Devir Sözleşmesi ve Şekli

### 2.2.1. TTK Bakımından

TTK' da devir sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Uygulamada ise sözlü şekilde yapılan bir ticari işletme devrinin ne ticaret sicili ne de vergi dairesine kaydolma gibi prosedürleri tamamlama kabiliyeti bulunmaktadır<sup>174</sup>. Aynı zamanda taraflar arasındaki muhtemel uyuşmazlıklar bakımından bir envanter ve bilanço çıkarılması da halin icabına uygun düşer<sup>175</sup>. Buna rağmen, yazılı envanter ve bilanço düzenlenmesi devir sözleşmesinin geçerlilik şartı değildir<sup>176</sup>.

*Akıncı*<sup>177</sup> ise; bilanço veya envanter düzenlemenin devredenin açıklama yükümlülüklerinden biri olduğunu, bu yan edimin devralana bir talep yetkisi vereceğini ve bilanço veya envanterin hazırlanmamasının basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne de aykırılık oluşturabileceğini ifade etmiştir. Oysa bu gibi durumlarda, yani ticari işletme devrine ilişkin herhangi bir bilanço ve envanterin hazırlanmadığı durumlarda, TTK' nın 11. maddesi kapsamındaki *tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata mütaallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir*

<sup>169</sup> İmregün, s.12; Arslanlı, s. 115; Durman, s. 108; Poroy/Yasaman, s. 45; Acemoğlu, s. 31; Türk, s. 5; İnal, s. 73; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 171; Ayhan vd., s. 55; Bilgili/Demirkapı, s. 27; Arkan, s. 42; Karahan, s. 29; Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3892.

<sup>170</sup> Acemoğlu, s. 23; İnal, s. 72.

<sup>171</sup> Poroy/Yasaman, s.43.

<sup>172</sup> Akıncı, s. 84.

<sup>173</sup> Acemoğlu, s. 31.

<sup>174</sup> Domaniç, s. 178.

<sup>175</sup> Acemoğlu, s. 52; Selahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1968, s. 372.

<sup>176</sup> Durman, s.64; Tekinay, s. 372.

<sup>177</sup> Akıncı, s. 86.

*müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar* ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında, devir sözleşmesinin kanuni içeriği olarak esas alınacaktır.

*Akıncı*<sup>178</sup> tarafından ifade edilen devir sözleşmesinde pasiflerin yüklenildiğine ilişkin bir düzenlemenin bulunması da TTK' nın 11. maddesindeki kanuni intikalın, kanuniliğini ortadan kaldıracığından zorunlu değildir<sup>179</sup>.

### 2.2.2. MTTK Bakımından

MTTK' nın 11. maddesinde; ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan tüm sözleşmelerin ve tatbikîde devir sözleşmesinin de yazılı biçimde yapılacağı ve de ticaret siciline tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir. Yazılı biçimde yapılan ticari işletme devri sözleşmesi aynı zamanda bir tasarruf işlemi niteliğindedir<sup>180</sup>. Anılan düzenleme ise birçok açıdan sıkıntılıdır<sup>181</sup>.

MTTK ile aynı dönemde uygulamaya girecek olan MBK' nın 12. maddesi uyarınca kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmeler ise batıldır.

Lafzi yorumla, MTTK kapsamında bir ticari işletmeyi bütün olarak konu alan devir sözleşmeleri yazılı olarak yapılmalı ve ticaret siciline tescil ile ilan edilmelidir. Bu yorum ise; çeşitli yönlerden sakıncalı olup, farklı yorumla daha uzlaştırıcı bir hale getirilmelidir.

*“Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.”*

TTK' nın 11. maddesi *“bu devir sözleşmesiyle”* ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olacak yapılacağını ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceğini

<sup>178</sup> Akıncı, s. 86.

<sup>179</sup> Durman, s. 124; Acemoğlu, s. 34: dn 40; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 174.

<sup>180</sup> Arkan, s. 42; Kendigelen, s. 47.

<sup>181</sup> Kendigelen, s. 47-48; Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3895.



düzenlemiştir. Böylece TTK'ın 11. maddesi, iki farklı sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Söz konusu sözleşmelerden ilki, ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan *diğer hukuki işlemlerdir*. İkinci kategori ise; duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını bir bütün olarak konu almayan devir sözleşmeleridir.

Söz konusu yorum, maddenin düzenleniş biçimine de uygundur. Ticari işletmenin devrini konu alan hukuki işlemler dışındaki diğer hukuki işlemlerin yazılı olarak yapılması gerekmez. Bunlar bakımından asıl olan, ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alıp almadıklarıdır. Bu sebeple; bir ticari işletmeyi konu alan hasılat kirası, ancak ticari işletmeyi bir bütün olarak içermesi durumunda yazılı şekilde yapılmalıdır. MBK'ın 359. maddesi de bu yoruma uygun olarak hasılat kirasının ancak araç ve gereçleri, hayvanları, devredilen eşyayı veya stoklanmış malları içeriyorsa, o zaman yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>182</sup>.

İkinci kategori ise, ticari işletme devri sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getiren devir sözleşmeleridir. Bunun sebebi ise, devir kapsamından alacaklıların, alacaklarına güvence teşkil eden unsurların çıkarılması durumunda hangi unsurların devir kapsamından çıkarıldığının yazılılık ve ticaret siciline tescil ve ilan ile alenileşmesidir. Yazılı olmayan bir sözleşmeye bağlı gerçekleşen ticari işletme devri bakımından ise, ticari işletme devri sözleşmesinin anılan düzenlemelerdeki kanuni içeriği esas olacaktır.

Anılan düzenlemelerin lafzi yorumuna sabit kalınması durumunda, yazılı bir devir sözleşmesine dayalı olarak yapılmayan ticari işletme devirlerinin batıl kabul edilmesi gerekir. Bu durumda; aktiflerin devri, her bir aktif için lüzumlu şekil şartları ayrı ayrı yerine getirilerek gerçekleşecek, pasiflerin intikali ise; borcun dış yüklenmesi hükümleri uyarınca alacaklının rızası hilafına gerçekleşmeyeceğinden devralana geçmemiş olacaktır.

Bu durumda ticari işletmesini devretmek vasıtasıyla mal varlığında bir azalma gerçekleşmiş bulunan devreden, tüm pasiflerden tek başına sorumlu olacaktır.

Bu sakıncaya karşı MTTK'ın 11. maddesi bakımından ifade edilebilecek bir diğer çözüm de, Alman Hukuku uygulamasıdır. Alman Temyiz Mahkemesi, sözleşmenin varlığında

---

<sup>182</sup> 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 359. maddesi "*Kira sözleşmesi, araç ve gereçleri, hayvanları, devredilen eşyayı veya stoklanmış malları da içeriyorsa taraflar, bunların değerlerini birlikte takdir ederek iki nüsha düzenleyecekleri tutanağa geçirip imzalayarak, birbirlerine vermeye yükümlüdürler.*"

teşkil eden unsurların varlığı durumunda, tahvil yoluyla da olsa yazılı olmayan mal varlığı devir sözleşmesini muteber saymaktadır<sup>183</sup>.

Tartışmaya açık olan bir diğer husus ise, MTTK' nın 11. maddesinde yer alan ticaret siciline tescilin kurucu bir şart olup olmadığı hususudur<sup>184</sup>. Anılan tartışmaya, ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan rehin sözleşmeleri bakımından bakmak konuyu daha da zorlaştırmaktadır. TİRK' in 1. maddesinde açık biçimde, ticaret siciline kayıtlı bulunan ticari işletme üzerinde rehin hakkının TİRK hükümleri dairesinde tesis olunacağını düzenlenmiştir. TİRK' in 5. maddesi uyarınca; ticari işletmenin üzerinde yer alan rehin hakkı, ticari işletme rehin sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile doğar. Dolayısıyla ticari işletme rehni sözleşmesi bakımından ticaret siciline tescil kurucu unsurdur<sup>185</sup>.

Bu noktada, MTTK' nın 11. maddesinde geçen; “*Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*” hükmünde, “bu devir sözleşmesiyle” kast edilen ticari işletme devrine MTTK' nın 11. maddesindeki ticari işletme devri sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getiren sözleşmelerdir. Bu çözüm, *Ticari İşletmeye Ait Aktiflerin İntikali* başlığında da ifade ettiğimiz devir sözleşmesinin ticari işletme devrinde iç ilişkiyi; ilan veya ihbarın ise, dış ilişkiyi düzenlediği görüşümüzle paraleldir.

Dolayısıyla, ticari işletme devri sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getirmeyen ticari işletme devri sözleşmesi halen yazılı şekle tabi değildir. Keza kanun, ticari işletme devri sözleşmesinin kanuni içeriğini düzenlemiştir. Somut olayda, ticari işletme devrinin tespiti durumunda MTTK' nın 11. maddesinde şekillenen devir sözleşmesinin kanuni içeriği uygulanacaktır.

Diğer yandan, ticari işletme devri sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getiren sözleşmeler ile diğer hukuki işlemler bakımından yazılılık şartının yanında ticaret siciline tescilin halen kurucu bir unsur olup olmadığı da tartışmaya açıktır. *Tekinalp*<sup>186</sup> tarafından söz konusu tescilin kurucu unsur olduğu ifade edilmektedir.

MTTK' nın 36-38. maddeleri arasında, ticaret siciline bir hususun tescilinin etkileri düzenlenmiştir. MTTK' nın 36. maddesi uyarınca; tescili zorunlu bir unsurun tescilinden

---

<sup>183</sup> Acemoğlu, s. 50: dn 2.

<sup>184</sup> Kendigelen, s. 48.

<sup>185</sup> Kendigelen, s. 48.

<sup>186</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3897.

kaçınılmış olması durumunda tescili zorunlu unsurunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi, ancak üçüncü kişinin bu hususu bilmesi ya da biliyor olması şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla, ticaret siciline tescil kurucu bir unsur/sıhhat şartı değildir<sup>187</sup>.

### **2.3.Devir Kapsamında Devri Belli Şekil Şartına Tabi Tutulmuş Unsurların Bulunması**

TTK bakımından devri belli şekil şartlarına tabi tutulmuş bulunan unsurların bir ticari işletme devri kapsamında bulunması durumunda – taşınmazlar, motorlu taşıtlar vb.- bunların geçerli biçimde devri için kendi statülerinde öngörülen şekil şartına uygun olarak devredilmiş olması gereklidir. Bu sebeple, motorlu taşıtlar bakımından devir sözleşmesinin noterde; taşınmazlar bakımından ise, resmi senetle yapılması gereklidir. Aksi halde borçlanma işlemi geçerlilik kazanamaz<sup>188</sup>.

MTTK’ nın 11. maddesinde; TTK’ dan farklı olarak ticari işletmeye dâhil aktif unsurlar bakımından külli bir intikal hali düzenlenmiş olduğundan, devir kapsamındaki tüm unsurların intikali için devir sözleşmesi yeterli ve zorunludur. Özel şekle tabi olanlar bakımından ayrı ayrı özel şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekmez<sup>189</sup>.

*“Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur.”*

<sup>187</sup> “Hükümdeki ‘*edilir*’ sözcüğü, düzenlemenin emredici nitelik taşıdığını göstermekte ise de bu nitelik, tescilin de kurucu nitelik taşıdığı anlamına gelmez. Çünkü, öngördüğü tescilin açıklayıcı olduğu kabul edilen birçok hükümde de benzer ifadeler mevcuttur. Örneğin, TTK 18/1’de “tescil ettirmek ile yükümlüdür” 40/1 “tescil ve ilan ettirir” ve TTK 107/2’de “tescil ve ilan ettirmesi zorunludur” ibareleri bulunmasına rağmen, bu hükümlerde öngörülen tescilin kurucu olmadığı hususunda kuşku yoktur.”(Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3897.).

<sup>188</sup> Akıncı, s. 126; Acemoğlu, s. 72; İnal, s.72; Tekil s.111; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 169; Tunçomag, s. 1139; Bilgili/Demirkapı, s. 28.

<sup>189</sup> Ayhan vd., s. 56; Bozer/Gölge, s. 19.

### 3. DEVRİN İLAN ve İHBARI

#### 3.1.BK Bakımından

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde yer alan ilan ve ihbar, devir sözleşmesinin değil; devrin ilan ve ihbarıdır. Anılan maddede usul bakımından tek bir ilan ve ihbar düzenlenirken, ilan ve ihbar şekli bakımından alternatifli bir düzenleme getirilmiştir.

Devralan, ilan veya ihbar arasında seçim yapmakta özgürdür. İsterse her alacaklının devirden haberi olacak biçimde ayrı ayrı ihbar eder, isterse de ilan yoluyla tüm alacaklılara duyurmayı tercih eder<sup>190</sup>.

İlan veya ihbarın konusu devir sözleşmesi değil, ticari işletmenin devridir. Bu sebeple önemli olan ilan ve ihbarda devrin belirtilmiş olmasıdır<sup>191</sup>. Bunun dışında ilan veya ihbarda devir kapsamındaki unsurların ya da borcu yüklenme iradesinin belirtilmiş olması gerekmez.

İlan ve ihbarın amacı, ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamını belirlemek değil; ticari işletmenin ilgilisi olan ve devrin tamamen dışındaki üçüncü kişilerin kendilerinin seçmemiş olduğu yeni bir ticari işletme sahibi karşısındaki rizikolarının ortadan kaldırılmasıdır<sup>192</sup>.

İhbar çok şekilde olabilir; telefonla<sup>193</sup>, postayla ya da afişle<sup>194</sup>. İhbar bakımından önemli olan, alacaklının egemenlik alanına girmesidir. Ne var ki, ihbarın dürüstlük kuralı içinde gerçekleşmesi gereklidir<sup>195</sup>.

İlanın şekline ilişkin olarak ise, BK' nın 179. maddesinden hareketle gazetede yapılması gerektiği, Türk Ticaret Sicil Gazetesi(TSG)'nde yapılmasının yeterli olmadığı ifade edilmektedir.

Buna karşılık *İmregün*<sup>196</sup> ve aynı görüşte olan *Akıncı*<sup>197</sup> TTK' nın 42, 33 ve TST' nin 13. ile 83. maddeleri uyarınca ilanın TSG' de yapılması gerektiğini ve yeterli olduğunu ifade

<sup>190</sup> M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 975.

<sup>191</sup> Tekinay, s. 373.

<sup>192</sup> Hülya Çoştan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara, 2009, s. 20.

<sup>193</sup> Arkan, s. 45.

<sup>194</sup> Acemoğlu, s. 113; Tekinay, s. 373.

<sup>195</sup> Durman, s. 113; Acemoğlu, s. 113; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 175.

<sup>196</sup> İmregün, s. 12.

<sup>197</sup> Akıncı, s. 225-226.

etmektedirler<sup>198</sup>. *Acemoğlu*<sup>199</sup> ise, ticaret hayatına uygun bir biçimde yayınlanması şartıyla TSG’de yapılacak ihbarın kabul olabileceğini ifade etmektedir.

### 3.2. MBK Bakımından

MBK’ nın 202. maddesinde yer alan bildirim ve ilan; BK’ nın 179. maddesinde olduğu gibi sözleşmenin *şekline, esasına* değil; devrin *neticesine* hizmet eden, borcun dış yüklenmesine, ticari işletme devri bakımından getirilen özel bir düzenlemedir. Dolayısıyla sözleşmenin değil, devrin bildirimi ilandır.

MBK’ nın 202. maddesi; BK’ nın 179. maddesinden farklı olarak bildirim ve ilan imkânından, ilan imkânının seçilmesi durumunda ticari işletme devrinin TSG’ de ilan edileceğini düzenlemiştir. Buna karşın, mal varlıkları bakımından ise Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde ilan gerekli görülmüştür.

Nitekim BK’ nın 202. maddesinin madde gerekçesinde, ilana ilişkin düzenlemelerin gerekçesi ise “*Böylece, devralanın bu devri tirajı düşük veya yerel bir basım organında ilân etmek suretiyle, alacaklıların zarara uğramasının önlenmesi amaçlanmıştır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Söz konusu ilanın veya ihbarın devralan tarafından yapılmaması ise, taraflar arasındaki devir sözleşmesine aykırılık teşkil edecektir. Devreden, borca aykırılık hükümleri uyarınca, devralan tarafından ilanın yerine getirilmesini talep edebilecek, bu hususta bir eda davası açabilecektir<sup>200</sup>.

## 4. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN İLAN VE TESCİLİ

### 4.1. TTK Bakımından

TTK’ nın 11. maddesinde ticari işletme devri düzenlenirken ticari işletme devri sözleşmesinin ilan ve tesciline yer verilmemiştir.

Buna karşılık, TTK’ nın 33. maddesinde tescil edilmiş bulunan hususlarda meydana gelecek her türlü değişikliğin ticaret siciline tescil olunacağı düzenlenmiştir.

---

<sup>198</sup> Karşı. Arslanlı, 115; Arkan, 45; Oğuzman/Öz, s. 976; Kendigelen (Ülgen vd.), s.175; Tunçomag, s. 1140.

<sup>199</sup> Acemoğlu, s. 113.

<sup>200</sup> Acemoğlu, s. 101; Tunçomag, s. 1141; Durman, s. 111.

Aynı şekilde TST' nin 83. maddesi üzerinde, ticari işletme devrinin sadece ticaret unvanı üzerindeki sonuçları itibarıyla durulmuş ve herhangi bir ilandan bahsedilmemiştir<sup>201</sup>.

Aynı dönemde yürürlükte olan BK' nın 179. maddesinde düzenlenen ticari işletme devrinin ilanı TTK bakımından yeterli bulunmuş, sadece ticaret unvanı ve diğer sicil kayıtlarının düzeltilmesi ile ticareti terk hususunda tescil ve ilana ayrı olarak yer verilmiştir.

#### 4.2. MTTK Bakımından

MTTK' nın 11. maddesinde bahsedilen ticaret siciline tescil ve ilan, devir sözleşmesinin tescil ve ilanıdır. Buna karşılık, devir sözleşmesinin yazılılık şartı ile birlikte değerlendirilip sözleşmenin geçerliliği ile doğrudan ilgili değildir<sup>202</sup>.

Söz konusu tescil ile amaçlanan ticari işletme devrine ilişkin sözleşmenin aleniyet kazanması ve her ilgilinin hemen ulaşabilmesidir. Söz konusu aleniyet özellikle MTTK' nın 11. maddesinde devir sözleşmesinin kanuni içeriğinde değişiklik meydana getiren devir sözleşmeleri bakımından önemlidir. Ne var ki; ticaret sicil memurunun bu noktada devir sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getiren devir sözleşmeleri üzerinde hukukilik ve/veya yerindelik denetimi yapma yetkisi bulunmamaktadır<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> TST. 83.maddesi “Bir işletmenin bir hakiki şahıs tarafından diğer bir hakiki şahsa unvanı ile beraber devri halinde, o işletme ve unvana ait kayıtlardan yalnız devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanlar değiştirilir. Bir işletmenin bir hakiki şahıs tarafından diğer bir hakiki şahsa unvan hariç olmak üzere devri halinde ise eski unvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir, yeni unvan altındaki işletme için yeniden tescil muamelesi yapılır. Şu kadar ki, bu işletmenin eskisinin devamı olduğu, işletmenin eski sicil numarası ve unvanı gösterilmek üzere kırmızı mürekeple yeni işletmeye ait sayfeye şerh verilir. Bir işletmenin bir hakiki şahıs tarafından bir ticaret şirketine devri halinde ise o işletmenin ve unvanın bütün kayıtları silinir ve ticaret şirketinin tabi olduğu hükümler uyarınca bu devir dolayısıyla şirketin sicil kayıtlarında değişiklik yapılması gerektiği takdirde sadece o değişiklikler yapılır. Bir ticaret şirketinin mamelekinin hakiki bir şahsa devri halinde ise bu hakiki şahıs ticaret siciline kayıtlı olmadığı takdirde ikinci fıkra hükmü tatbik olunur. Devir alan şahıs sicilde kayıtlı olduğu takdirde ise devreden şirketin unvanı silinir ve devralana ait kayıtlarda sadece bu devir sebebiyle yapılması gerekli olan değişiklikler yapılır. Bir işletmenin sicile kayıtlı bir işletmesi bulunmayan bir dernek veya amme hükmü şahsı tarafından devir alınması halinde de ikinci fıkra hükmü tatbik olunur. (T. Ticaret K.51, Borçlar Kanununun 6763 sayılı kanununun 41 inci maddesinin - II d - bendi ile değiştirilmiş olan 179 ve 180 inci maddeleri).”

<sup>202</sup> Ayrıntılı bilgi için devir sözleşmesi ve şekli bölümüne bakınız.

<sup>203</sup> Çoştan, s. 21.

## 5. İLANIN ve İHBARIN HUKUKİ SONUÇLARI

### 5.1. Devir Alan Bakımından

#### 5.1.1.Sorumluluğun Başlangıcı

Alman hukukundan etkilenen görüşe göre; devralan bakımından ticari işletmenin borçlarından sorumluluk, devir sözleşmesinin yapılması anında doğmaktadır. Kanun, sadece devir sözleşmesini aramış ve devir sözleşmesi kapsamındaki unsurların devrini şart koşmamıştır<sup>204</sup>.

Bir diğer görüşe göre, eski borçlardan sorumluluk devrin bir sonucudur<sup>205</sup>. Devir gerçekleşmediği sürece de sorumluluk doğmaz<sup>206</sup>. Yargıtay da sorumluluğun başlangıç zamanının “devir anı” olduğunu kabul etmektedir<sup>207</sup>.

Sorumluluğun doğmasının bir şartı olarak ticari işletme devrinin ilanının da gerekli olduğunu ifade eden bir diğer görüş bulunmaktadır<sup>208</sup>. Bu görüşün kabulü halinde ihbar ve ilan gerçekleşmediği sürece ticari işletme alacaklıları sadece devredene başvurabilecek, devralana başvurma imkânını kaybetmiş olacaktır. Ticari işletmeye ait borçlar devralana henüz intikal etmemiştir.

Böylesi bir durumda alacaklıların, alacağının tehlikeye düşmesi gündeme gelecektir. Devredenin, ticari işletmesinden başka bir mal varlığının bulunmaması mümkündür.

Bu durumda alacaklılar, icra iflas hukuku kurumları ile bir arayışa girmek zorunda kalacaklardır<sup>209</sup>. Böylesi ek bir külfetin, devrin taraflarının bir ihmali ya da kastı sebebiyle alacaklılara yüklenmesi mümkün değildir.

Söz konusu ihbar, kasten yapılmamış ve kanuna karşı hile arayışına girilmiş de olabilir. Bu durumda, kanuna karşı hile yapmak şeklinde sonucundan kaçılmak istenen kuralın hileli işlemlere uygulanması eşyanın tabiatı gereğidir.

---

<sup>204</sup> Acemoğlu, s. 45.

<sup>205</sup> Durman, s. 59; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 171; Tunçomag, s. 1144.

<sup>206</sup> Akıncı, s. 214; Arkan, 41-44; Acemoğlu, s.45; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 171; Tunçomag, s. 1146-11447; Feyzioğlu, s.562.

<sup>207</sup> Kubilay vd., s. 377.

<sup>208</sup> İmregün, s. 15; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 171; Tunçomag, s. 1140-1141; Bozer/Göle, s. 19; Karahan, s.32.

<sup>209</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 175.

Netice itibarıyla, devir gerçekleşmeden devredenin yanında devralanın sorumlu tutulması mümkün değildir. Borçların teminatı olarak görülen aktifler halen devredendedir. Böyle bir durumda, devralanı erken bir sorumluluk altına sokmak, alacaklıların mevcut durumunu iyileştirmekten başka bir anlama gelmemektedir. Yargıtay da, sorumluluğun açık bir şekilde devir anında başlayacağını ifade etmektedir<sup>210</sup>.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesinin bir amacı da; alacaklıları korumak, mevcut durumlarından daha kötü duruma düşmelerini önlemektir. Ne var ki; alacaklıları daha güvenceli bir duruma getirmek değildir.

Sorumluluğun, sözleşmenin yapılması ile devralan bakımından başladığının kabulü durumunda ortaya çıkacak bir diğer durum ise, devreden kısmi ifası durumudur. Bu durumda, devir kapsamındaki unsurların büyük bir kısmının devralana geçirilmiş olması halinde devralan bakımından sorumluluk başlayacaktır. Devralana geçirilen kısım, devir kapsamında yer alan unsurların düşük bir miktarına tekabül ediyorsa, bu durumda devralanın sorumluluğu başlamayacaktır<sup>211</sup>.

*Acemoğlu*<sup>212</sup> bu sonuca ulaşırken, devralan ile devreden arasındaki devir sözleşmesinden kaynaklanan ödemelik def'inden yola çıkmış ve devralanın, devredene karşı ödemelik def'ini ileri süremeyecek oranda bir unsurun devredilmiş olması durumunda, devralanın üçüncü kişilere karşı sorumlu olacağını ifade etmiştir.

Ödemelik def'inin uygulanabilmesi için, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme olması ve edimler arasında karşılık ilişkisi bulunması gereklidir<sup>213</sup>. Buna karşın devir sözleşmesi ile devir sözleşmesine üçüncü kişi niteliğinde olan alacaklının alacağına temel olan ilişki bakımından devir sözleşmesiyle bir karşılık ilişkisi söz konusu değildir.

*Acemoğlu*'nun<sup>214</sup> ödemelik def'inin üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesinin, ticari işletmenin borçlarından sorumluluğun şartlarının tamamlanmamış olduğuna ilişkin itiraz olduğu görüşü, ödemelik def'inden hareketle mümkün değildir. Burada sorumluluğun şartlarının yerine gelmediğine ilişkin itiraz, doğrudan taraflar arasında ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri kabul edilebilecek bir devir ilişkisinin bulunmadığından kaynaklanmaktadır.

---

<sup>210</sup> Durman, s. 127-128 dn: 251.

<sup>211</sup> Acemoğlu, s. 47.

<sup>212</sup> Acemoğlu, s.47.

<sup>213</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul, 2009, s. 946-947.

<sup>214</sup> Acemoğlu, s. 48.



Devralan bakımından başlayacak bu sorumluluğun süresi ise, her bir borcun zaman aşımı süresi ile sınırlıdır.

### 5.1.2.Sorumluluğun Kapsamı

Ticari işletmeye ait pasiflerin intikali bakımından BK' nın 179. maddesi ve MBK' nın 202. maddesi tıpkı kaynak hüküm olan İBK' nın 181. maddesi gibi alacaklıları korumaya yönelik bir düzenlemedir<sup>215</sup>. Ticari işletmeye ait pasiflerin intikali bakımından külli halefiyet düzenlenmiştir<sup>216</sup>.

Söz konusu külli halefiyete istisna olarak, kredi sözleşmeleri gösterilmektedir<sup>217</sup>. Devralan bakımından söz konusu olan sorumluluk, anılan düzenlemeler uyarınca emredici bir düzenlemedir<sup>218</sup>. Dolayısıyla, tacirin ticari işletmesi sebebiyle kullanmış olduğu kredi borçları bakımından bir istisna söz konusu değildir.

Külli halefiyet bakımından *Acemoğlu*<sup>219</sup> tarafından ifade edilen bir diğer istisna ise; devralanın, ticari işletmeyi devralırken karşılığında en az onun kadar sağlam bir edim vermiş olması durumunda artık ticari işletmenin eski borçlarından sorumlu tutulamayacağıdır.

Ticari işletmenin devrinde, devralan tarafından verilen ivazın ticari işletme kadar güvenli olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır<sup>220</sup>. Kaldı ki; BK ile MBK, İsviçre'deki düzenlemeden farklı olarak herhangi bir teminat talebi imkânını da tanımamıştır<sup>221</sup>.

Külli halefiyete ilişkin olarak ifade edilen bu istisnaların yanısıra *Akıncı*<sup>222</sup> tarafından anılan düzenlemelerde; külli halefiyetin söz konusu olmadığı, kanundan kaynaklanan bir topyekûn borcun yüklenilmesi ve nakli imkânın söz konusu olduğu ifade edilmektedir.

Aynı şekilde *Durman*<sup>223</sup>, külli intikalın söz konusu olduğu durumlarda BK' nın 179. maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

*Tunçomağ*<sup>224</sup> ise; devralanın tüm hukuki ilişkilerde devredenine yerine geçmediğini, sadece devir sözleşmesinde kararlaştırıldığı ölçüde onun hak ve borçlarını üzerine almış

<sup>215</sup> Durman, s. 63; Türk, Ortaklıkların Birleşmesi; 157.

<sup>216</sup> Acemoğlu, s. 132; Durman, s.77; Türk, Ortaklıkların Birleşmesi, s. 194; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 176.

<sup>217</sup> Domaniç, s. 179.

<sup>218</sup> Poroy/Yasaman, s. 46; Tekil, s. 111; Kendigelen (Ülgen vd.), s 176; Karş.; Akıncı, s. 34; Ayiter, s.49.

<sup>219</sup> Acemoğlu, s. 43.

<sup>220</sup> Akıncı, s. 124; Acemoğlu, s. 42; Ayhan vd., s. 56.

<sup>221</sup> Durman, s. 73.

<sup>222</sup> Akıncı, s. 32-33.

<sup>223</sup> Durman, s. 118.

olduğunu ifade ederek anılan düzenlemelerde külli halefiyetin söz konusu olmadığını ifade etmektedir.

Külli halefiyetin genel olduğu ve aktifler ile pasiflerin beraber intikaline özgü olduğu düşünüldüğünde yazarların, ticari işletmenin devri bakımından bir külli halefiyet halinin söz konusu olmadığı görüşüne TTK dönemine ilişkin olarak katılmak mümkündür<sup>225</sup>.

#### 5.1.2.1. Ticari İşletmeye Ait Pasifler

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi uyarınca devralanın sorumlu olacağı pasifler, ticari işletmeye ait pasiflerdir. Bu sebeple devreden ticari işletmesi sebebiyle sorumlu olduğu pasifler ile kendi şahıs varlığı sebebiyle sorumlu olduğu pasiflerin ayrılması gereklidir.

Yapılacak ilk tespit; devir olacak pasiflerin, ticari işletmenin kuruluşunda ya da kuruluşundan sonra doğmuş olduğudur<sup>226</sup>. Ne var ki, tacirin ticari işletmesinin kuruluşunda ya da kuruluşundan sonra sorumlu olduğu pasiflerin tamamı ticari işletmeye ait değildir.

Bu sebeple; devre konu ticari işletmenin kuruluşunda ya da kuruluşundan sonra doğan pasiflerin, tacirin şahıs varlığı sebebiyle ve ticari işletmesi sebebiyle sorumlu olduğu pasifler şeklinde ikiye ayrılması gereklidir.

TTK ile MTTK' nın 3. maddesi<sup>227</sup>, hangi işlerin ticari iş sayılacağını göstermektedir. Genel kural ise, TTK' nın 21. maddesi ile MTTK' nın 19. maddesi uyarınca tacirin borçlarının ticari olmasıdır. Sadece gerçek kişi tacirler bakımından borcun doğumu sırasında tacir tarafından yapılacak bir açıklama ile ya da halin icabı uyarınca ticari iş sayılmayacak münasebetlerden doğan borçların ticari olmadığını iddia edilebileceği düzenlenmiştir. Bu iddia ise sadece borcun niteliği gereği ticari sayılıp sayılmayacağını tartışmalı olduğu hallerde özgüdür.

Netice itibarıyla, TTK ile MTTK' nın 3. maddesi uyarınca; ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü muamele, fiil ve işlerden kaynaklanan borçlar, ticari iş olarak ticari işletmeye aittir. Tacir bakımından söz konusu borçların doğumu sırasında yapılmış bulunan bir açıklamanın da, bu borçları ticari işletmenin borcu olmaktan çıkarması mümkün olmadığı gibi devralan

<sup>224</sup> Tunçomağ, s. 1142.

<sup>225</sup> Türk, Ortaklıkların Birleşmesi, s. 155-157.

<sup>226</sup> Akıncı, s. 43.

<sup>227</sup> 6762 sayılı kanunun 3. Maddesi; “Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir.”

bakımından da söz konusu borçların ticari işletmeye ait olmadığını üçüncü kişilere karşı iddia ve ispat hakkı vermez.

Bu noktada söz konusu pasiflerin, devreden tarafından ticari işletmeye ait ticari defterlere işlenip işlenmediğinin ya da tacir tarafından imzalanan sözleşmelerden kaynaklanıp kaynaklanmadığının da önemi bulunmamaktadır. Ticari defterlerin, sadece devreden bir den çok ticari işletmesinin söz konusu olması durumunda söz konusu pasifin hangi ticari işletmeye ait olduğuna ilişkin bir ispat vasıtası olarak kullanılması mümkündür<sup>228</sup>.

### 5.1.2.2. Tüm Pasiflerin Kapsam Dışı Bırakılması

Bir borcun ticari işletmeye ait olduğu noktasında bir tartışma bulunmamasına rağmen, devir kapsamında yer alıp almadığı noktasında da tereddüt olabilir.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesinde yer alan *işletmenin borçlarından mesul olur* ifadesinden hareketle anılan hükümlerin emredici olduğu, tüm pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasının mümkün olmadığı, bu sebeple tüm pasifleri devir kapsamı dışında bırakan bir devir sözleşmesinin sadece anılan hükmünün geçersiz sayılarak ticari işletme devrinin gerçekleştiği ve devralanın ticari işletme borçlarının tümünden sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>229</sup>.

Devralanın ticari işletmenin borçlarından dolayı sorumluluğu, BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesindeki şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu sebeple; anılan düzenlemelerdeki şartlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devrinden de bahsedilemeyeceğinden, BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesindeki sonuçların da doğması mümkün değildir<sup>230</sup>.

*Akıncı*<sup>231</sup> ise; BK' nın 179. maddesinin emredici bir düzenleme olmadığı, tüm pasiflerin devir kapsamının dışında bırakıldığı bir devir sözleşmesine bağlı olarak gerçekleşen devirlerin de BK' nın 179. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakıldığı bu devir sözleşmesinin devralan tarafından ilan veya ihbar edilerek alacaklılara karşı ileri sürülebileceğini İsviçre Federal Mahkemesi' ne benzer şekilde ifade etmektedir<sup>232</sup>.

<sup>228</sup> Acemoğlu, s. 129.

<sup>229</sup> Acemoğlu, s. 35; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 171; Tunçomag, s. 1138; Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3892.

<sup>230</sup> Poroy/Yasaman, s. 46; Arkan, s. 42; Karahan, s. 29; Domaniç, s. 178; Bilgili/Demirkapı, s. 27.

<sup>231</sup> Akıncı, s. 90.

<sup>232</sup> Oğuzman/Öz, s. 975 dn. 230.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesinde emredici şekilde aktif ve pasif ile birlikte devralmadan bahsedilmektedir<sup>233</sup>. TTK' nın 11. maddesinin madde gerekçesinde de bahsedildiği üzere, BK' nın 179. maddesi ticarî işletme devirlerini sadece borçtan sorumluluk bakımından düzenlemiştir. Böylesi bir düzenlemenin sebebi, alacaklıların devir öncesinden daha kötü bir duruma düşmesini önlemektir<sup>234</sup>. Bu ise, ticari işletmenin mal varlığının –aktif ve pasifiyle birlikte –yeniden tek bir mülkiyet birliği –devralanın mameleki –içinde tekrar toplanması ile mümkündür<sup>235</sup>. Ayrıca bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nin tüm pasiflerin devir sözleşmesi ile devir kapsamında çıkarılabilmesini kabul etmesine rağmen İBK' nın 181. maddesi bakımından da ifade edilmektedir<sup>236</sup>. Yargıtay tarafından, BK' nın 179. maddesi emredici bir düzenleme olarak kabul edilmekte ve tarafların iradesiyle anılan hükümdeki teselsülün kaldırılmasının kamu düzeni sebebiyle mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>237</sup>.

Bu sebeple, tüm pasiflerin kapsam dışı bırakılması BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi bakımından mümkün değildir. Anılan biçimde gerçekleştirilen devirler de baştan itibaren geçersiz, batıldır<sup>238</sup>.

### 5.1.2.3. Belli Başlı Pasiflerin Kapsam Dışı Bırakılması

Ticari işletmenin belli başlı pasiflerinin somutlaştırılarak, devir kapsamı dışına çıkartılıp çıkartılmayacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, belli başlı pasiflerin devir sözleşmesi ile sınırlandırılıp ihbar veya ilan edilmesi şartıyla devralan tarafından ticari işletme alacaklılarına karşı ileri sürülmesi mümkündür<sup>239</sup>. Bunun için sınırlanan kısmın, devre konu ticari işletme malvarlığının önemli bir kısmını teşkil etmemesi gerekir.

Bir diğer görüşe göre ise, devreden ile devralan arasındaki iç ilişkide belli başlı pasiflerin ticari işletme devri kapsamında çıkarılması mümkündür. Buna karşılık ihbar ve ilan yapılmış dahi olsa, söz konusu anlaşmanın ticari işletme alacaklılarına karşı ileri sürülmesi mümkün değildir<sup>240</sup>.

<sup>233</sup> Durman, s.104; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 170.

<sup>234</sup> Türk, Ortaklıkların Birleşmesi, s. 157.

<sup>235</sup> Türk, Ortaklıkların Birleşmesi, s. 76.

<sup>236</sup> Durman, s. 65.

<sup>237</sup> Kubilay vd., s. 377.

<sup>238</sup> Acemoğlu, s. 34-35; Arkan, s. 42; Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3892.

<sup>239</sup> Acemoğlu, s. 130; Tekil, s. 112; Tunçomag, s. 1141; Tekinay, s. 352; Feyzioğlu, s.563.

<sup>240</sup> Durman, s. 65; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 176; Arkan, s. 45-56; Karahan, s. 31.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddeleri emredici bir düzenlemedir. Ticari işletme borçlarından sorumluluğun kaynağı da taraflar arasındaki sözleşme değil, kanunun kendisidir<sup>241</sup>. Ayrıca ticari işletmenin aktifleri bakımından devir sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getirilme imkânından maddede bahsedilmiş iken, pasifler bakımından benzer bir düzenleme getirilmemiştir. Yargıtay da; BK' nın 179. maddesinin emredici olduğunu, sorumsuzluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla etkisiz hale getirilemeyeceğini, BK' nın 179. maddesine kısmen dahi olsa istisnanın ancak bir kanuni düzenleme ile getirilebileceğini ifade etmektedir<sup>242</sup>.

Bu sebeple devralan, ticari işletmeyi devir alarak varlığından haberdar olduğu ya da olmadığı tüm ticari işletme borçlarından sorumlu hale gelir<sup>243</sup>. İBK' nın 181. maddesinde ise, *bunla bağlantılı olan borçlardan* ibaresine yer verilerek devir anında belirtilmeyen borçların, devredenin kişiliği ile bağlantılı kalacağı ve devralan bakımından sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmiştir<sup>244</sup>. BK ve MBK' da ise, buna benzer bir ibare bulunmamaktadır.

### 5.1.3. Ticari İşletmeye Ait Aktiflerin İntikali

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddeleri devralanın, ticari işletmenin borçlarından sorumlu tutulabilmesi için sadece devrin ve devralan kişinin duyurulmasını yeterli görmüştür<sup>245</sup>. Devrin ihbarı, ihbar ve ilana güven prensibi uyarınca tüm aktif ve pasiflerin birlikte devredildiği anlamına gelmektedir<sup>246</sup>.

Buna karşılık, kendi hukuki rejimleri sebebiyle devirleri mümkün olmayan unsurların, ilan veyahut ihbar içinde yer alması, onların hukuki rejimlerini değiştirmez. İntifa ve sükûna hakkı; devir sözleşmesi ve ilan ya da ihbarda açıkça devir kapsamında ya da dışında gösterilmiş olsa da mahiyetleri itibarıyla devirleri mümkün olmadığından, ticari işletme devri kapsamı dışındadırlar<sup>247</sup>.

TTK ile MTTK' anın 11. maddesi kapsamında devir kapsamından çıkarılabilecek bir aktifin söz konusu olması halinde, devir kapsamından çıkarılmış bulunan aktiflerin de ilan ve

<sup>241</sup> Arkan, s. 45; Durman, s. 59. Yargıtay 11. HD. 20.02.1975T, 74/3926E, 75/1217K. sayılı kararında; "*işletmenin devrinden önceki borcuna gelince... İşletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devrinde [borç] alacaklının rızasına ihtiyaç olmaksızın yeni malike intikal eder.*" (Akıncı, s. 90 dn. 76.)

<sup>242</sup> Durman, s. 127-128 dn 251; Kubilay vd., s. 377.

<sup>243</sup> Poroy/Yasaman, s. 45; Tunçomag, s. 1139; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 176.

<sup>244</sup> Durman, s. 66.

<sup>245</sup> Akıncı, s. 218; Acemoğlu, s. 115-116.

<sup>246</sup> Akıncı, s. 219; Durman, s. 115; Acemoğlu, s. 115; Tekil, s. 112.

<sup>247</sup> Acemoğlu, s. 74.

ihbarda belirtilmesi gereklidir<sup>248</sup>. Keza devir sözleşmesi, ticari işletme devrinde iç ilişkiyi düzenlerken, dış ilişkiyi ilan veya ihbar belirler<sup>249</sup>.

Söz konusu ilan ve ihbar ise BK' anın 179. maddesi ile MBK' anın 202. maddesi anlamında devrin ilan ve ihbarı olmayıp, TTK ile MTTK' anın 11. maddesi anlamında devir sözleşmesinin ve bu kapsamda devir sözleşmesinin kanuni içeriğine getirilen istisnanın ilanıdır.

Bu devir sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getiren ticari işletme devir sözleşmelerinin yazılı biçimde yapılması ve ilan edilmesi gerektiği yönünde ki görüşümüze de uygundur. Burada MTTK' anın 36. maddesi uyarınca devir sözleşmesinin tescil ve ilanın kurucu unsur olmadığı sadece ticari işletme devri sözleşmesinin kanuni içeriğine istisna getiren sözleşme içeriğinin aleniyet kazanması bakımından rol oynadığı da unutulmamalıdır. Dolayısıyla tescil edilmesi ve ilanı zorunlu olan devir sözleşmesi tescil ve/veya ilan edilmemişse, devir alan ile devreden bu sözleşmeyi üçüncü kişilere karşı iddia edebilmesi, üçüncü kişilerin ticari işletme devri kapsamında çıkartılmış bulunan aktiflerin tamamını bilmesi veya bilmeleri gerektiğini ispatlamalarına bağlıdır. Üçüncü kişilerin sadece devri bilmesi bu manada yeterli değildir.

#### **5.1.3.1. Aktifler Bakımından Cüzi Halefîyet**

BK' nın 179. maddesi ile TTK' nın 11. maddesinde ticari işletmenin aktif unsurları bakımından herhangi bir özel düzenleme bulunmaması sebebiyle cüzi halefîyet ilkesi geçerlidir<sup>250</sup>.

Bunun sonucu olarak, ticari işletmenin her bir aktif unsuru bakımından, söz konusu aktif unsurun kendi bünyesinde tâbi olduğu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi gereklidir<sup>251</sup>.

Sözleşmeden doğan alacak hakları bakımından ayrı ayrı alacağın temliki, kıymetli evrakın tipine göre ciro ve teslim ya da sadece teslim, taşınmazın mülkiyetinin nakli için taşınmazın mülkiyetinin tapu sicilinde devri, devreden tarafından devrin gerçekleştirilmemesi durumunda devralanın tescile zorlama davası açması, taşınırılar bakımından teslim işlemleri, sınai haklar bakımından ise özel kanunlarında istisna getirilmemiş olması şartıyla sicile tescil

---

<sup>248</sup> Acemoğlu, s. 115; Tekil, s. 112.

<sup>249</sup> Durman, s. 110; Acemoğlu, s. 68; Tekil, s. 111; Tekinay, s. 372.

<sup>250</sup> Ayiter, s. 47; Acemoğlu, s. 69; Arslanlı, s. 112; Poroy/Yasaman, s. 45.

<sup>251</sup> Akıncı, s. 33; Ayiter, s. 47; Arslanlı, s.112; Tunçomag, s. 1138; Oğuzman/Öz, s. 973.

işlemleri, fikri haklar bakımından hangi hakların devredildiğini ayrıntılı olarak gösteren yazılı devir sözleşmesi gereklidir.

Ticaret unvanı bakımından kural, aksi belirtilmemiş olması koşuluyla ticari işletme ile beraber ticaret unvanının da devralana geçtiğidir. Devralan, ticaret unvanını devralmak zorunda olmadığı gibi kullanmak zorunda da değildir. Ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak devredilmesi yasaklanmıştır. Ticaret unvanı ticari işletme devri kapsamı dışında bırakılmışsa, bu durumda sicilden silinecektir. Aynı ticaret unvanının tekrar devreden tarafından bir başka ticari işletmede kullanılması ise devreden bakımından rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil edecektir. Ticaret unvanı devir kapsamı dışında tutulmamışsa bu durumda devralan, ticaret unvanına herhangi bir ek almaksızın aynen kullanma imkânına sahiptir<sup>252</sup>. Bu hususlar işletme adının ticari işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün olması durumu dışında, işletme adının ticari işletme ile beraber devri bakımından da geçerlidir.

Müşteri çevresi, ticari işletme devrinin zorunlu unsurudur. Müşteri çevresi, ticari işletmeye iş yapma imkânı sağlayan müşteriler olarak ifade edilebilir. Bunun yanında müşteri çevresi esas olarak, ticari işletmenin malvarlığına dâhil unsurlar dışındaki fiili vakıalardır<sup>253</sup>.

Müşteri çevresinin devrinden bahsedebilmek için ise, ticari işletmenin bir organizasyon olarak devri gereklidir. Müşteri çevresini elde tutmaya yarayan ticari işletme unsularının devri, müşteri çevresinin devredilmiş olduğu anlamına gelir<sup>254</sup>.

Kiracılık hakkı, ticari işletme devirleri bakımından tarihsel bir öneme sahiptir. Bunun temelinde ticari işletmeyi devreden ticari işletmenin bulunduğu yerde ticaret yapması sebebiyle, müşterilerin oraya alışmış olduğu inancı vardır<sup>255</sup>.

6570 sayılı ve 18.05.1955 tarihli Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun<sup>256</sup>,un 12. maddesi kira sözleşmesinin mal sahibinin rızası hilafına devrini yasaklamıştır. Buna karşılık, konut ve çatılı işyeri kiraları dışındaki kira sözleşmeleri ile kira sözleşmesinde devir hakkı tanınmış kira sözleşmeleri bakımından mal sahibinin rızası alınmak zorunda değildir<sup>257</sup>.

---

<sup>252</sup> Arslanlı, s. 96; Acemoğlu, s. 94.

<sup>253</sup> Ayiter, s. 16-17.

<sup>254</sup> Akıncı, s. 143.

<sup>255</sup> Karayalçın, s. 175; Kendigelen (Ülgen vd.), s.154.

<sup>256</sup> R.G. 27.05.1955, S. 9013.

<sup>257</sup> İnal, s.72.

### 5.1.3.2. Aktifler Bakımından Külli Halefiyet

MTTK' nın 11. maddesi, ticari işletmenin aktifleri bakımından külli halefiyeti düzenlemektedir.

*“Ticari işletme, içerdği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir.”*

Anılan düzenleme uyarınca, ticari işletme devri neticesinde ticari işletmeye ait aktifler bir kül olarak intikal edecek ve ayrı ayrı tasarruf işlemine ihtiyaç duyulmayacaktır<sup>258</sup>. Ticari işletme devri sözleşmesi tasarruf işlemi yerine geçecektir<sup>259</sup>. Buna karşılık bu husus; tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem ayrımının anılan düzenleme ile bertaraf edildiği, oysa söz konusu ayrımın hukukun en temel ayrımlarından biri olduğu, her işlemde tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlemin ayrı ayrı gerçekleştiği, uygulamada peş peşe yapılmalarının bunların ayrı ayrı var olduğunu bertaraf etmediği sebebiyle eleştirilmektedir<sup>260</sup>.

Sözleşmeden doğan alacak hakları bakımından külli intikal geçerli olduğundan, her bir alacak için ayrı ayrı tasarruf işlemi niteliğindeki iradi alacağın temlik sözleşmesi yapılmaksızın alacaklar; bir kül olarak ve rehin, kefalet gibi ferî hakları da kapsayacak biçimde devralana geçecektir<sup>261</sup>. Kıymetli evrakın devri için, kıymetli evrakın tipine göre ciro ve teslim ya da sadece teslim işlemlerinin yapılmasına gerek olmayacak, hak sahipliği sıfatının itilafa düşmesi durumunda devrin ispatı yeterli olacaktır.

Sözleşmeler bakımından külli halefiyet geçerli olmakla beraber, art arda teslim sözleşmeleri bakımından ticari işletmenin devri ile meydana gelen yeni koşullar, sözleşmenin diğer tarafı bakımından sözleşmeyi fesih hakkı doğurabilir. Almanya'da bir bira işletmesinin bir başka bira işletmesiyle birleşmesi ve bu sebeple biranın tadının değişmesi, tedarikçiler bakımından art arda teslim sözleşmelerini haklı nedenle fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir<sup>262</sup>. Vedia sözleşmeleri bakımından ise, sözleşmenin niteliği gereği ödünç veren kimsenin her zaman ödünçü geri alma imkânı vardır.

<sup>258</sup> Ayhan vd., s. 58; Bozer/Göle, s. 19.

<sup>259</sup> Arkan, s. 42.

<sup>260</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s. 3902-3905.

<sup>261</sup> Tunçoğlu, s. 1147.

<sup>262</sup> Türk, Ortaklıkların Birleşmesi, s. 204.



Diğer yandan, alacak hakları bakımından borçlunun devredene iyi niyetle ödeme yaparak borcundan kurtulmasını önlemek ve kıymetli evrak borçlusunun da kıymetli evrakta şeklen hamil olarak gözüken devredene ödeme yaparak aynı şekilde borcundan kurtulmasını önlemek için, devrin söz konusu borçlulara bildirilmesi gereklidir. Devrin ilan ve ihbarı aynı manaya gelebilecekse de, söz konusu ilanın borçlunun iyi niyetini ortadan kaldıracak nitelikte - alacak hakkını doğuran sözleşmenin ayrıtları ya da kıymetli evrakın ayrıtlarını içerir – olması gerekecektir. Buna karşılık, borç doğuran sözleşme, tacir tarafından devre konu ticaret işletme unvanı kullanılarak imzalanmış/ciro edilmişse, o zaman salt devrin ilan ve ihbarı yeterli olacaktır. Bu durumlarda, kötü niyetli olarak şeklen hamil gözüken kişiye gerçekleştirilen ödeme, borcu sona erdirmeye yetmeyecektir.

Taşınmazlar bakımından ise yazılı biçimde yapılmış bir devir sözleşmesi, devir kapsamındaki taşınmazların mülkiyetinin intikali için yeterlidir. Tapu sicilinin düzeltilmesi ve açıklayıcı tescil işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için ilgili ticaret sicil kayıtlarının sunulması gerekli ve yeterlidir<sup>263</sup>. Böylece taşınmazlar bakımından bir tescilsiz iktisap hali düzenlenmiştir<sup>264</sup>.

Devredenin yolsuz tescile dayalı olarak tapuda malik gözükmeye durumunda, devralanın iyi niyetli olmasının tapudaki yolsuz tescile bir etkisi olmayacaktır. Külli halefiyet ilişkisinde halef, selefının sahip olduğu haklara sahip olacağından ve daha fazlasına sahip olmasının da mümkün olmadığından yolsuz tescilin devralanın iyi niyeti sebebiyle düzelmesi mümkün değildir. Kazandırıcı zamanaşımı süreleri bakımından ise devredenin zamanında işlemiş bulunan süreler, devralma ilişkisi sonrasında kaldığı yerden işlemeye devam edecektir<sup>265</sup>. Sadece olağan zamanaşımı süresi bakımından sürenin kesintiye uğramadan devam edebilmesi için, devredenin de devralan ile birlikte iyi niyetli olması gereklidir.

Kiracılık hakkının MTTK'nın 11. maddesinde her ne kadar ticari işletmenin devri kapsamında ayrıca bir tasarruf işlemine gerek duyulmaksızın intikal edeceği ifade edilmişse de, anılan maddenin madde gerekçesinde mal sahibinin onay vermesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>266</sup>. Bu itibarla, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri bakımından kiracılık hakkı özel bir düzenlemeye tabi kılınmamıştır<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> Türk, Ortaklıkların Birleşmesi, s, 187.

<sup>264</sup> Arkan, s. 43.

<sup>265</sup> Türk, Ortaklıkların Birleşmesi, s, 183.

<sup>266</sup> Karahan, s. 30.

<sup>267</sup> Bozer/Göle, s. 18; Arkan, s. 33.

## 5.2. Devir Eden Bakımından

Ticari işletmenin devri ile devralanın ticari işletmenin borçlarından sorumlu olması, tek başına devreden borçlu sıfatını ortadan kaldırmamaktadır<sup>268</sup>.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi uyarınca devreden de devralanla birlikte iki yıl boyunca devir olan sözleşme ve hukuki ilişkilerden doğan borçlardan sorumludur.

İki yıllık böylesi bir müteselsil sorumluluğun anılan düzenlemelerde yer almasının sebebi, *devrin kolaylaştırılması ilkesi* uyarınca alacaklıların rızası olmaksızın gerçekleşen ticari işletme borçlarının nakli karşısında *güven ilkesi* uyarınca bir menfaatler dengesi kurulmasıdır<sup>269</sup>.

Söz konusu sözleşme ve hukuki ilişkilerden kaynaklanan sorumluluğun süresi ise her borç bakımından farklılık gösterir.

Buna göre; devir anında muaccel borçlar için sorumluluk, ihbar veya ilan tarihinden itibaren iki yıl; devirden sonra muaccel olan borçlar için ise, söz konusu borcun muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl süreyledir. Her şartta, söz konusu borcun zamanaşımına uğramasıyla borç eksik borç haline gelir. Alacaklıların devredeni ibra etmesi de mümkündür<sup>270</sup>.

Birden fazla ihbar veyahut ilan varsa o zaman ilki sürenin başlangıcına esas alınır<sup>271</sup>. Devralan ile devreden müteselsilen sorumlu oldukları bu iki yıllık sürenin bitimi ardından devralan bakımından borcun nakli gerçekleşir<sup>272</sup>. Bu süreçte normal teselsülden farklı olarak devreden kendisine başvuran alacaklılara ödemede bulunduğu takdirde, borcun tamamı için devralana başvurabilir<sup>273</sup>.

Söz konusu iki yıllık sürenin belli durumlarda durup durmayacağı veya kesilip kesilmeyeceği tartışmalıdır.

Esasında bu soru, iki yıllık sürenin hak düşürücü bir süre olup olmadığı tartışması sonucunda yanıt bulabilecektir<sup>274</sup>. Zamanaşımı süresi olduğunun kabulü durumunda iki yıllık sürenin belli şartlar altında durmasından ve/veya kesilmesinden bahsetmek mümkün

---

<sup>268</sup> Durman, s. 60.

<sup>269</sup> Durman, s. 61; Feyzioğlu, s. 563.

<sup>270</sup> Akıncı, s. 239.

<sup>271</sup> Tunçomağ, s. 1147.

<sup>272</sup> Durman, s. 60.

<sup>273</sup> Ayhan vd., s. 59.

<sup>274</sup> Durman, s. 126; Acemoğlu, s. 142; Oğuzman/Öz, s. 975.

olabilecektir. Buna karşılık iki yıllık sürenin dolmasıyla artık alacaklıların devredene başvuru hakkı kendiliğinden düşmektedir<sup>275</sup>. Bu sebeple bu sürenin bir zamanaşımı süresi olmayıp, hak düşürücü bir süre olduğu kabul edilmektedir<sup>276</sup>. Diğer yandan başlatılmış bir icra takibinin ya da açılmış bir davanın bulunması durumunda devredenin sorumluluğu, icra takibi ya da davanın sonuna kadar devam edecektir<sup>277</sup>.

BK ile MBKK; devredenin eski borçlarından iki yıl süre ile sorumlu olduğu, bu sürenin başlayabilmesi için devralanın söz konusu devri, alacaklılara ilan veya ihbar etmesini aramıştır.

Bu ihbarın tüm alacaklılara yapılmış olmasının gerekip gerekmediği ve bunun sonuçları tartışmalıdır.

Buna göre, ihbar ve ilanı ticari işletmenin devri bakımından bir şart, daha doğrusu borcun nakli bakımından kurucu bir unsur olarak görenler bakımından, ihbar ya da başka bir şekilde devirden haberdar olmayanların alacaklarının, devredene nakli söz konusu olmayacaktır<sup>278</sup>.

Bir diğer görüşe göre<sup>279</sup> ise, ticari işletmenin devrinin ilan ve ihbarı sadece devralan ile devredenin birlikte sorumlu olacağı süre bakımından önem arz eder. İlan ve ihbar olmadan iki yıllık süre başlamayacaktır. Devreden, devralan ile birlikte iki yıllık süre ile sınırlı olmaksızın, her bir borcun zaman aşımı süresi boyunca sorumlu olmaya devam edecektir. Bu ihtimalde, devir sözleşmesine göre üçüncü kişi durumundaki alacaklının ilanın yapıp yapılmadığını araştırma zahmeti de olmayacaktır<sup>280</sup>.

Ticaret unvanına bir ek alınması ya da unvanın aynen kullanılması durumunda ilan veya ihbar şartının gerçekleştiği de ifade edilmektedir<sup>281</sup>. Ticaret unvanına bir ek alınmasının ihbar ya da ilan anlamına gelmesi mümkün değildir. Söz konusu görüşün kaynağı olan HGB. 25. maddesi bu hususu özel olarak düzenlemiş idi.<sup>282</sup> Bizde ise böyle bir düzenlemeye hiçbir zaman yer verilmemiştir.

---

<sup>275</sup> Tunçomag, s. 1147.

<sup>276</sup> Acemoğlu, s. 142; Oğuzman/Öz, s. 975; Durman, s. 126; Arkan s. 46.

<sup>277</sup> Feyzioğlu, s. 563; Tunçomag, s. 1147.

<sup>278</sup> Oğuzman/Öz, s.976; Durman, s. 113; Feyzioğlu, s. 562.

<sup>279</sup> Durman, s. 127.

<sup>280</sup> Acemoğlu, s. 46.

<sup>281</sup> Akıncı, s. 223 dn 328; Arslanlı, s. 114.

<sup>282</sup> Durman, s. 94.

### 5.3. Cebri İcra Bakımından

İİK' nın 280. maddesinde ticari işletme devrine farklı bir anlam yüklenmiştir. İİK' nın *iptal davası* başlıklı 277. maddesinde, İİK' nın 280. maddesindeki yazılı tasarruf işlemlerinin batıl olduğu ifade edilmiştir.

277. madde;

*İptal davasından maksat 278, 279 ve 280 inci maddelerde yazılı tasarrufların butlanına hükmettir. Bu davayı aşağıdaki şahıslar açabilirler:*

*1 – Elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı 2 – İflas idaresi yahut 245 inci maddede ve 255 inci maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri.*

280. madde;

*“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 itilaini temin edecek şekilde munasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir”*

Anılan ihtimalde iptal davasının açılabilmesi için, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olması gereklidir.

Diğer yandan, her ne kadar madde metninde *batıldır* demiş olsa da İİK' nın 277 vd. uyarınca iptale tabi tasarrufların, maddi hukuk anlamında batıl olduğundan bahsedilemez. Anılan düzenlemelerdeki yaptırım, sadece geçerli olan hukuki işlemler bakımından söz konusudur.

Dolayısıyla dava konusu mal - sanki devreden malvarlığından hiç çıkmamış gibi - onu haczettirip ve sattırıp arta kalan kısmın ise devralana geri verilmesine hizmet etmektedir<sup>283</sup>.

Aynı şekilde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un<sup>284</sup> 30. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır.

*Borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkan bırakmamak maksadiyle borçlu tarafından yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun maksadını bilen veya bilmesi lazım gelen kimselerle yapılan bütün muameleler tarihleri ne olursa olsun hükümsüzdür.*

Ne var ki, İİK tarafından düzenlenmiş bulunan iptal yaptırımının MTTK ve MBK' nın ticari işletmeleri düzenleyen hükümleri karşısında gerekliliği ve uygulanabilirliği tartışmaya açıktır.

MTTK' nın 11. maddesi ve MBK' nın 202. maddesi kapsamında gerçekleşen devirler bakımından İİK' nın 277 ve 280. maddelerinin uygulanma ihtimalleri bulunmamaktadır. Her şeyden önce anılan düzenlemelerin temel amacı, alacaklıları zarara sokan işlemlerin iptal yaptırımına tabi kılınmasıdır. Oysa MTTK' nın 11. maddesi ve MBK' nın 202. maddesi uyarınca gerçekleşen ticari işletme devirlerinde; devreden ile devralan, devrin ilanını izleyen iki yıl süreyle müteselsilin sorumlu olduklarından alacaklıları zarara sokan bir işlemde bahsetmek mümkün değildir.

İki yıllık sürenin ardından İİK' nın 280. maddesinde bahsi geçen beş yıllık sürenin uygulanması da yine mümkün değildir. Keza gerek MTTK gerek MBK uyarınca gerçekleştirilen devrin ve/veya devir sözleşmesinin tescil ve/veya ilanı İİK' nın 280. maddesinde yer alan iki yönlü karineyi; borçlunun, alacaklıların ızzar kastı ile hareket ettiğini ve üçüncü kişinin bu kastı bildiğini çürütür.

MBK ve MTTK' nın anılan hükümleri uyarınca devir ve/veya devir sözleşmesinin ilan edilmemesi durumunda da, İİK' nın 280. maddesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu ihtimalde ise, devralan ile devreden müteselsilin sorumlu oldukları iki yıllık süre henüz başlamamıştır. Ne var ki, ticari işletmenin devri anında müteselsilin sorumlulukları başlamıştır.

---

<sup>283</sup> Durman, s. 161.

<sup>284</sup> R.G. 28.07.1953, S. 8469.

Son olarak MBK' nın 202. ve MTTK' nın 11. maddelerin emredici bir düzenleme olduğu göz önüne alındığında, anılan düzenlemelere aykırı olan - sadece aktifi ya da pasifi devir amacı taşıyan ya da ticari işletmenin malvarlığının bütünlüğü ilkesine zarar veren - devirlerin kanunun emredici hükmüne aykırılığında bahsedilecektir. Bu ihtimalde anılan devir sözleşmeleri batıl olacaktır. İİK' nın 280. maddesinin hukuken geçerli sözleşmeler bakımından uygulanması mümkün olduğundan, İİK' nın 280. maddesinin somut olaya uygulanması yine mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla İİK' nın 277. ve 280. maddelerinin ancak ticari işletmenin önemli unsurlarından birinin alelade devri durumunda uygulanması mümkün olacaktır. Dolayısıyla, İİK' nın 280. maddesinde ifade edilen “*ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmı*” ticari işletmenin MTTK' nın 11. maddesi anlamında aktif ve pasifiyle bir bütün olarak devri şeklinde değerlendirilemeyen, yine de ticari işletme nazarında bir değer ifade eden satışlara ilişkindir<sup>285</sup>.

## **6. REKABET ETMEME BORCU**

Bir ticari işletmenin devri, esas olarak devralanın ticari işletmeye ait organizasyonu devam ettirmesini amaçlamaktadır. Organizasyonun devamı ve devralan bakımından beklenen faydanın gerçekleşebilmesinin en önemli unsuru da, hiç kuşku yok ki, müşterilerdir.

Ticari işletmenin bir bütün olarak devrinin düzenlenmiş olmasının ve devir için mevcut bir işletmenin aranmasının en önemli sebebi, müşterileri bir arada tutabilmektir<sup>286</sup>.

Bunun sonucu olarak, devir sözleşmesinde açıkça yer almıyor olsa da devreden bakımından rekabet etmeme borcunun doğacağıdır<sup>287</sup>. Bu, aynı zamanda devredeninin müşterilerinin devralana bağlanmasını sağlama yükümlülüğünün bir sonucudur<sup>288</sup>.

### **6.1. Rekabet Etmemeye Borcunun Kapsamı**

Rekabet etmeme borcunun kapsamının belirlenmesi noktasında iki noktadan hareket edilir.

<sup>285</sup> Yargıtay da; bir limited şirkete ait üç adet markanın bir başka şirkete devrini ticari işletmenin mühim bir unsurunun devri olarak kabul etmiştir.(17. Hukuk Dairesi 2007/2474 E., 2007/2410 K.) Aynı şekilde, bir işletmeye ait bir vincin bir ticari işletmenin mühim bir unsuru olabileceğini ifade etmiştir.(Durman, s. 183: dn. 126.)

<sup>286</sup> Acemoğlu, s. 85; Ali Paşlı, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009, s. 281; Ayhan vd., s. 58.

<sup>287</sup> Akıncı, s. 77; Acemoğlu, s. 85-86; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 79; Karahan, s. 30.

<sup>288</sup> Acemoğlu, s. 85.

İlk olarak, eğer rekabet etmeme borcu ticari işletme devri sözleşmesinde düzenlenmiş ise, o takdirde anılan rekabet etmeme borcunun kapsamı da ticari işletme devri sözleşmesinden belirlenecektir.

Bunun yanında sözleşmede düzenlenmemiş olan rekabet etmeme borcunun kapsamı ise, devre konu olan ticari işletmenin özellikleri dikkate alınarak belirlenir. Söz konusu özellikler; ticari işletmenin konusu, hitap ettiği müşteri çevresi ve ticaret hacmidir<sup>289</sup>.

Bu şekilde, kapsamı belirtilmemiş rekabet etmeme borcu bakımından kural olarak rekabet etmeme borcu kapsamına, devredilen ticari işletmenin ilgili müşteri çevresini bir şekilde etkileyen ve sonuç doğurmaya uygun işlem ve eylemler girmektedir<sup>290</sup>. Buna karşılık her somut olayda farklı bir kapsam gündeme geleceği gibi, zaman içinde meydana gelebilecek somut olaylardaki değişiklikler sebebi ile rekabet etmeme borcunun kapsamı da değişecektir.

## **6.2. Rekabet Etmeme Borcunun Süresi ve Sona Ermesi**

Rekabet etmeme borcunun süresi devir sözleşmesi kapsamında belirlenebileceği gibi, ticari işletme devri sözleşmesinde rekabet etmeme borcundan hiç bahsedilmemiş ya da rekabet etmeme borcunun süresi uzun tutulmuş olabilir.

Genel olarak, somut olayın özellikleri dikkate alınarak iki veya üç yıllık ve her şartta azami beş yıllık bir sürenin geçerli ve yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>291</sup>.

Beş yılı aşan rekabet etmeme borçları bakımından ise, herkese çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü anayasal bir hak olarak tanınmış olduğundan, somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

Bu kapsamda, kişinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokan, çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünün özüne zarar verecek nitelikteki rekabet etmeme borcunun kabulü mümkün değildir. Bunun tespitinde ise; ticari teamüller, dürüstlük kuralı, tarafların amacı ve devre konu ticari işletmenin niteliği dikkate alınır<sup>292</sup>.

---

<sup>289</sup> Akıncı, s. 95; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 178-179.

<sup>290</sup> Akıncı, s. 96; Ayhan vd., s. 59.

<sup>291</sup> Akıncı, s. 96.

<sup>292</sup> Acemoğlu, s. 87; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 179.

### 6.3. Rekabet Etmeme Borcuna Aykırılık

Rekabet etmeme borcu asli edim olarak ticari işletme devri sözleşmesine konulmuş olsa da, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer almıyor olsa da rekabet etmeme borcuna aykırılık sonucu doğacak sonuçlar değişmemektedir.

Devreden tarafından rekabet etmeme borcunun ihlali durumunda, devralanın BK' nın 81. ve 106 vd. maddesi ile MBK' nın 112. ve 97. maddesi uyarınca talep ve dava hakkı söz konusudur<sup>293</sup>.

Bunun yanında, söz konusu devir ilişkisine tamamıyla yabancı bir ilişkiden dolayı devreden tacirinin üzerinde bir rekabet etmeme borcu olabilir. Devir ilişkisine yabancı olan bu rekabet etmeme borcu devir ile devralan tacire intikal etmez<sup>294</sup>.

## 7. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi anlamında ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri, geçerli bir devir sözleşmesi olmaksızın mümkün değildir.

İlana güvenerek işlem tesis eden kişilerin uğramış oldukları zararlar bakımından ilan sahibi kişinin işveren olarak, haksız fiil ve ticaret sicil memurluğunun kusursuz sorumluluğu sebebiyle ticaret ve sanayi odasına başvurma imkânı saklıdır<sup>295</sup>. Devir sözleşmesinin geçersizliğine rağmen tasarruf işlemlerinin yapılmış olması, devir işlemine icazet anlamına da gelebilir.

Diğer yandan, taraflar arasındaki devir sözleşmesinin şekle aykırı olduğu veya kanuna ve/veya ahlaka aykırı olduğu yönündeki savunma mekanizmalarının alacaklılara karşı iddia edilmesi mümkün değildir<sup>296</sup>.

*Akıncı*<sup>297</sup> tarafından devir sözleşmesinin geçersiz olması durumunda, ilan iptalinin gerekmeyeceği, buna karşılık olarak BK' nın 179. maddesi uyarınca geçerli bir devir sözleşmesinin zorunlu bulunduğu, ilandan sonra devir sözleşmesinin geçersiz olması durumunda BK' nın 179. maddesinin uygulanmasının mümkün olmayacağı, devredeninin artık

---

<sup>293</sup> Akıncı, s. 95.

<sup>294</sup> Acemoğlu, s. 75.

<sup>295</sup> Akıncı, s.217; Arslanlı, s. 160.

<sup>296</sup> Acemoğlu, s. 65.

<sup>297</sup> Akıncı, s. 227.



eski borçlardan dolayı sorumlu olmayacağı, bunun yerine borcun dış yüklenmesi kurumunun uygulanması gerektiğini ifade edilmektedir.

Bu görüş BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesinin emredici bir hüküm olmadığını savunan yazar bakımından, söz konusu görüşüne uygun olarak ifade edilmiştir.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi emredici bir düzenleme olduğundan devir sözleşmesinin ilandan sonra geçersiz olması durumunda ticari işletme devri de gerçekleşmemiş olur<sup>298</sup>.

Ticari işletme devrinin gerçekleşmemiş olması sebebiyle aktif ve pasiflerin devralana geçişinden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda, ilan ve ihbara rağmen sebebe bağlı tasarruf işlemleri açısından mülkiyet devredende kalmaya devam eder. Soyut işlemler bakımından ise, mülkiyet devralanda kalır. Borcun nakli de gerçekleşmemiş olduğundan, alacaklılar devralana karşı hak iddia edemezler<sup>299</sup>. Alacaklıların da güvenceleri zarara uğramış olur. Bu sebeple, alacaklılar icra ve iflas düzenlemeleri uyarınca tasarrufun iptali davası açma hakkına sahip olurlar<sup>300</sup>.

Buna karşılık, devralan ile devreden arasındaki dürüstlük ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden eylemler bakımından, farklı bir sonuca varmak gereklidir. Nitekim kanuna karşı hile şeklinde gerçekleşen eylemlerin akıbetinin uygulamasından kaçılmaya çalışılan hüküm olduğu ifade edilmektedir.

Bu sebeple, taraflar arasında devralanı ya da devredeni sorumluluktan kurtarmak amacıyla kasten gerçekleştirilen eylemler sebebiyle devir sözleşmesinin geçersiz olması durumunda, devir sözleşmesi geçerliymiş gibi tarafların müteselsilen sorumluluğuna hükmetmek gereklidir. Geçersiz bir devir sözleşmesinin ilan ve ihbarı, devreden ve devralanın müteselsil sorumlu olduğu iki yıllık süreyi başlatmayacağından; bu ihtimalde devralan ve devreden, iki yıllık süre ile bağlı olmaksızın müteselsilen sorumlu olacaklardır. Ticari işletme alacaklısının devir ilişkisini ve devir ilişkisinin kendi hakkını ihlal ettiğini öğrendiği tarih ise, müteselsil sorumluluk bakımından geçerli olan iki yıllık sürenin sadece ilgili alacaklı bakımından başlangıcı için esas alınacaktır.

---

<sup>298</sup> Çoştan s. 10; Tekil s. 111; Kendigelen (Ülgen vd.), s. 170.

<sup>299</sup> Oğuzman/Öz, s. 976.

<sup>300</sup> Durman, s. 116; Acemoğlu, s. 46.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

# GENİŞ ANLAMDA TİCARİ İŞLETME DEVİRLERİ

### 1. ESNAF İŞLETMESİNİN DEVRİ

Esnaf işletmesinin devrinde ticari işletme devrine ilişkin olan BK' nın 179. maddesindeki düzenlemeden yararlanılıp yararlanılamayacağı tartışmalıdır.

*Acemoğlu*<sup>301</sup>, anılan düzenlemedeki işletme teriminden sadece ticari işletme teriminin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. *Poroy*<sup>302</sup> anılan düzenlemelerde ticari işletme teriminin kullanılmaması sebebiyle esnaf işletmelerinin de anılan düzenleme kapsamına girdiğini; *Türk*<sup>303</sup> anılan düzenlemenin hükümet tasarısında ticari işletme olarak düzenlendiğini; ancak Adalet Komisyonu tarafından bu sınırlamanın kaldırılarak her türlü işletmenin devrini kapsayacak bir biçimde yeniden kaleme alındığını; *Berzek*<sup>304</sup> madde metninde sadece işletme dendiğini, bu sebeple her türlü işletme devrinin anılan düzenlemede düzenlendiğini, *Kendigelen*<sup>305</sup> TTK' daki ticari işletmeye ilişkin genel tanımın sebebinin BK' nın 449. maddesinden esinlenmek olduğunu ve anılan düzenlemenin esnaf işletmeleri bakımından da uygulanacağını belirtmektedir. *Arkan*<sup>306</sup>, *Bahtiyar*<sup>307</sup> ve *Akıncı*<sup>308</sup> da aynı fikirdedir.

MBK' nın 202. maddesi, tüm bu tartışmalara son vererek anılan düzenlemeden tüm işletmelerin ve dolayısıyla esnaf işletmelerinin de yararlanacağını ifade etmiştir<sup>309</sup>. Devir bakımından, ticari işletme devrinin ticaret sicil gazetesinde; diğer işletmelerin ve malvarlıkların devirlerinin ise, Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde ilanı şart koşulmuştur.

---

<sup>301</sup> Acemoğlu, s. 16.

<sup>302</sup> Acemoğlu, s. 16.

<sup>303</sup> Türk, s. 8.

<sup>304</sup> Berzek, s. 16.

<sup>305</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), s. 130.

<sup>306</sup> Arkan, s. 41.

<sup>307</sup> Bahtiyar, Ticari İşletme Devri, s.3891.

<sup>308</sup> Akıncı, s. 35.

<sup>309</sup> 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 202. maddesi "Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari 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 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."

Diğer yandan, Ticari işletme dışında esnaf işletmesi ve serbest meslek işletmelerinin yapıları itibarıyla her zaman BK' nın 179. maddesi ve MBK' nın 202. maddesi uyarınca devri mümkün değildir. Anılan işletmelerin kendi bünyelerindeki pasiflerin çoğu; vekâlet, istisna gibi sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmelere ilişkin edimlerin ise şahsen ifası zorunludur<sup>310</sup>. Böyle bir durumda ilgili esnaf veya serbest meslek işletmelerinin şahsen ifa zorunluluğu bulunan sözleşmeler hariç bünyesinde bulundurduğu eşya, bilgisayar, marka ve diğer unsurlarının BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi uyarınca bir özel malvarlığı olarak devri mümkün olabilir<sup>311</sup>.

## **2. BİR TİCARİ İŞLETMENİN BİR TÜZEL KİŞİYE DEVRİ**

Gerçek kişiye ait bir ticari işletmenin tüzel kişiye devri üç şekilde olabilir: Kuruluşta sermaye olarak konulması, kuruluştan sonra sermaye artırımını vasıtasıyla ve de son olarak satın alma şeklinde.

### **2.1. Bir Ticari İşletmenin Bir Tüzel Kişiyeye Kuruluşta Sermaye Olarak Konulması**

Bir tüzel kişinin, bir ticari işletmeyi kurulma aşamasında aktif ve pasifiyle beraber satın almak yoluyla ve de sonrasında esas sermayesi dâhilinde göstermek suretiyle devir alması mümkündür.

Anonim ve limited şirket kurucularının bu hususu, kurulmak istenen anonim ve limited şirketin esas sözleşmesinde değeri ile birlikte göstermesi zorunludur<sup>312</sup>. Tüzel kişinin türüne göre -anonim şirkette olduğu üzere- ticari işletme değerinin mahkemece atanan bilirkişi marifetiyle tespiti gerekebilir.

Söz konusu devralma işlemi; devreden ticari işletme sahibinin devir sonucunda, devralan tüzel kişi üzerinde bir ortaklığa sahip olmayacak olması sebebiyle alelade bir satım işlemidir. Dolayısıyla hem TTK hem de MTTK bakımından ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrine ilişkin BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesinin uygulama alanındadır.

Bir diğer olasılık ise, tüzel kişinin kuruluş sırasında bir ticari işletmeyi aktif ve pasifiyle devralması ve buna karşılık devralınan ticari işletme sahibinin de kurulan tüzel kişiliğe ortak yapılmasıdır. Bu durum asıl olarak bir birleşmedir.

<sup>310</sup> Akıncı, s. 36; Türk, s. 144 dn 144.

<sup>311</sup> Akıncı, s. 36.

<sup>312</sup> Yılmaz Ulusoy, Ferdi İşletmelerin Sermaye Şirketlerine ve Kolektif Komandit Şirketlerin Sermaye Şirketlerine Dönüşmesi, Ankara, 1983, s. 4.

Tüzel kişilerin birleşmeleri bakımından ancak aynı tür ya da aynı tür sayılan şirketlerin birleşmelerine izin veren TTK, gerçek kişi ticari işletmesinin devralınması şeklinde gerçekleşen bu hususu düzenlememiştir. Yine BK' nın 180. maddesi de, ancak iki gerçek kişi tacirin işletmelerini birleştirmesine yönelik bir düzenlemedir.

Bu hususu düzenleyen özel bir düzenleme bulunmaması ve de BK' nın 179. maddesi bakımından ivaz olarak para ya da ortaklık hakkının verilmesinin önemi bulunmaması sebebiyle BK' nın 179. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

MTTK' nın 194. maddesinde ise bu husus ayrıca düzenlenmiştir.

## **2.2. Bir Ticari İşletmenin Bir Tüzel Kişiye Kurulştan Sonra Sermaye Olarak Konması**

### **2.2.1. Satın Alma Yoluyla**

Bir gerçek kişinin ticari işletmesinin, aktif ve pasifiyle birlikte bir tüzel kişi tarafından devralınması her zaman mümkündür. Buna ilişkin TTK' da özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, TTK bakımından bir genel bir de anonim şirketlere özgü sınırlama getirilmiştir.

Tüzel kişinin türü ne olursa olsun, işğal konusuna girmeyen bir ticari işletmeyi devralması mümkün değildir. Bir tüzel kişinin hak ve fiil ehliyeti esas sözleşmesinde gösterilmiş bulunan faaliyetlerle sınırlıdır. Dolayısıyla, bir esas sözleşme değişikliği olmaksızın nakliye işi ile uğraşan bir tüzel kişinin suni gübre tesisini; kozmetik üretimi yapan bir şirketin, inşaatçılıkla uğraşan bir ticari işletmeyi devralması mümkün değildir<sup>313</sup>.

MTTK' nın 125. maddesinde, TTK' nın 137. maddesinden farklı olarak tüzel kişilerin faaliyet alanlarına ilişkin benzer bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Anonim şirketlere özel sınırlama ise TTK' nın 311. maddesi ile MTTK' nın 356. maddesindedir.

TTK' nın 311. maddesi

*“Bir işletme, tesisat veya başka mal ve hakların esas sermayenin onda birini aşan ve bedel karşılığında şirketçe devralınmasına dair, şirketin tescilinden itibaren iki*

---

<sup>313</sup> Ulusoy, s. 13.

*yıl içinde yapılacak mukaveleler umumi heyetçe tasdik ve ticaret siciline tescil edilmedikçe muteber olmaz. Bu gibi mukavelelerin tasdik ve tescilinden önce bunların ifası maksadiyle yapılmış olan tasarruflar dahi muteber olmaz.”*

*Umumi heyet kararını vermeden önce idare meclisinin talebi üzerine, mahkemece tayin edilecek bilirkişi, şirket tarafından devralınacak şeylerin değerini biçerek rapor verir.*

*Müzakere hakkında 295 inci madde tatbik olunur. Şu kadar ki; esas sermayenin en az yarısını temsil eden pay sahipleri hazır bulunmadıkça müzakere yapılamaz. Karar, mevcut reylerin ekseriyetiyle verilir.*

*Umumi heyetin tasdik kararından sonra, idare meclisi, mukavelenin aslını veya noterlikçe tasdikli bir suretini, bilirkişi raporu ve diğer vesikalarla birlikte tescil edilmesine müsaade edilmesi için ait olduğu mahkemeye tevdi eder. Mahkeme, 299 uncu maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarına göre incelemelerde bulunarak kararını verir.*

*Mukavele tarihi, umumi heyetin tasdik kararının tarihi, iktisabedilecek şey, bunun kimden iktisabolunacağı ve verilecek karşılık, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*

*Bu halde 305 - 310 uncu maddelerin hükümleri de tatbik olunur. Şirketin iştigal mevzuuna giren veya cebri icra yoluyle iktisabedilen şeyler hakkında bu madde hükmü tatbik olunmaz. Şu kadar ki; şirketin iştigal mevzuunu kolaylaştırmak veya mümkün kılmak için vukubulan iktisaplar bundan müstesnadır.*

*MTTK' nın 356. maddesi*

*Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya ayının, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir.*

*Genel kurul kararını vermeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişi, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçer. Rapor resmî nitelik taşır.*

*Toplantı ve karar nisabına 421 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları uygulanır.*

*Sözleşme genel kurulun onay kararıyla birlikte tescil ve ilan olunur.*

*Şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen ayın ve işletmeler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.*

Böylece bir anonim şirketin; kuruluşunu takip eden iki yıl içinde bir ticari işletmeyi devralması, devre konu ticari işletmenin değerinin devir alan anonim şirketin sermayesinin onda birini aşip aşmamasına göre anonim şirketin iç ilişkisi bakımından değişiklik meydana getirmektedir.

### **2.2.2.Sermaye Artırımı Yoluyla**

Bir tüzel kişinin kuruluşunu tamandıktan sonra belli şartlar altında esas sermayesinde artırıma gitmesi mümkündür. Artırım yoluyla ticari işletmenin sermaye olarak konması ve devreden gerçek kişinin, sermaye borcuna karşılık olarak tüzel kişiliğe ortak olarak kabulü mümkündür.

TTK' nın 329. Maddesinde, şirketin kurulması veya esas sermayesinin çoğaltılması dolayısıyla vaki olan iştirak taahhüdünden doğan şirket alacaklarının ödenmesi maksadıyla şirketin kendi hisse senetlerini temellük etmesi yasaklanmıştır. Bu sebeple, anonim şirketin ilk olarak sermaye artırımına gitmesi ve artırım sonucu oluşan yeni payların ticari işletmenin devrinde kullanması gerekir.

MTTK' nın 379. Maddesinde aynı husus biraz farklı biçimde; esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda payın ihtisabı yasaklanmıştır. Dolayısıyla; aşmayan oranda bir payın iktisabı genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi ile mümkün olup, bu şekilde iktisap olan payların ticari işletmenin devri için kullanılması mümkündür. MTTK' nın 383. maddesinde ivazsız olarak bedellerinin tamamı ödenmiş olmak şartıyla şirketin kendi paylarını iktisap edebileceği; MTTK' nın 384. maddesinde ise, bu payların iktisaplarından itibaren üç yıl içinde ticari işletme devir işlemi için kullanılmış olması şart koşulmuştur.

Bu oranı aşan durumlar ile TTK düzenlemesi bakımından anonim şirketin sermaye artırımına gitmesi ve çıkarılacak yeni paylar bakımından mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarının kullanımının engellenmesi ve söz konusu payların devir alınacak ticari işletme

sahibine verilmesi gereklidir<sup>314</sup>. Rüşhan hakkının müktesep hak olmaması sebebiyle sınırlanması kararının, esas sermayenin arttırılmasına ilişkin karar prosedürüne eklenmesi mümkündür.

### **3. BİR TÜZEL KİŞİYE AİT TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ**

Bir tüzel kişiye ait olan bir ticari işletmenin ivaz karşılığı olarak bir başka gerçek veya tüzel kişiye satışı mümkündür. Bu durumda kural olarak devreden tüzel kişilik infisah etmez ve de tasfiye işlemleri başlamaz. Aynı şekilde bir ivaz karşılığı olması sebebiyle tüzel kişi ortakları da bundan zarar ya da yarar görmemektedir<sup>315</sup>.

Komandit ve kolektif şirketlerin münhasıran ticari işletme işletmek amacıyla kurulabildiği dikkate alındığında, devre konu ticari işletmesinden başkaca bir ticari işletmesi bulunmayan kolektif ve komandit şirket ile esas sözleşmesinde yazılan gayeyi yerine getirecek ticari işletmesinden başka malvarlığı bulunmayan anonim ve limited şirket bakımından da durum değişmeyecek, BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddesi uygulanacaktır. Bunlar bakımından sadece iç ilişkide uygulanacak olan prosedür değişecektir<sup>316</sup>. Kolektif ve komandit şirkette; ortaklar ittifakla karar vermedikçe tasfiye memurları şirket mallarını toptan satamayacak<sup>317</sup>, anonim şirket bakımından ise tasfiye memurları durumu genel kurula taşıyıp ve genel kuruldan bu konuda nitelikli çoğunlukla karar alması gerekecektir<sup>318</sup>.

### **4. MTTK UYARINCA TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİ İLE BİRLEŞMESİ YA DA BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİ İLE BİR TİCARET ŞİRKETİNİN TİCARİ İŞLETME HALİNE DÖNMESİ**

TTK ile BK bakımından, BK' nın 180. maddesinde yer alan düzenlemeye paralel MBK' nın 203. maddesindeki iki ticari işletmenin birleşmesine ilişkin hükmün yanında; MTKK' nın 194. maddesinde bir ticari işletmenin bir tüzel kişiyle birleşmesine ilişkin kuralları karşılayan yeni bir hükme yer verilmiştir.

*Bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir. Bu hâlde devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ilâ 140, 142 ilâ*

<sup>314</sup> Ulusoy, s. 14; Türk, Nevilerin Aynı Olması, s. 183-184.

<sup>315</sup> Paslı, s. 177; Türk, Nevilerin Aynı Olması, s. 184.

<sup>316</sup> Paslı, s. 177.

<sup>317</sup> Türk, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, s. 59.

<sup>318</sup> Türk, Nevilerin Aynı Olması, s. 121.

*158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193 üncü madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.*

*Bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi hâlinde 182 ilâ 193 üncü maddeler kıyas yoluyla uygulanabilir.*

*Bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüştürülebilmesi için, söz konusu ticaret şirketinin paylarının tümü, ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişiler tarafından devralınmalı ve ticari işletme bu kişi veya kişiler adına ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir. Bu hâlde, ticari işletmeye dönüştürülen ticaret şirketi, bir kollektif veya komandit şirket ise mezkûr ticaret şirketinin borçlarından, ticari işletmeyi işletecek kişi ve kişiler ile ticaret şirketinin eski ortakları da 264 üncü maddedeki zamanaşımı süresince sıfatlarına göre müteselsilen sorumlu olurlar. Dönüştürmeye bu Kanununun 264 ilâ 266 ncı maddeleri de uygulanır.*

*182 nci maddenin üçüncü fıkrası hükmü saklıdır*

MTKK' nın 194. maddesinde yer alan atıflar uyarınca, sermaye artırımı yoluyla bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından devir alınma yoluyla birleşmesi durumunda MTKK' nın 142. maddesi uyarınca devralan ticaret şirketi, ticari işletmenin değeri oranında bir sermaye artırımına gitmeli ve MTKK' nın 140. maddesi uyarınca devreden ticari işletme sahibine mevcut haklarını karşılayacak oranda pay hakkı tanınmalıdır.

Diğer yandan devralınan ticari işletme sahibinin ticari işletmesi sebebiyle ve şahsen sorumlu olduğu borçlar bakımından, söz konusu borçların birleşme kararının ilanından önce doğmuş olması şartıyla kişisel sorumluluğu birleşme kararının ilanından sonra üç yıl süre ile devam eder. Ancak; alacak, ilandan sonraki bir tarihte muaccel olursa o zaman üç yıllık süre anılan alacağın muacceliyet tarihinden itibaren başlayacaktır. Söz konusu süre, MBK' nın 202. maddesindeki iki yıllık hak düşürücü süreden farklı olarak bir zaman aşımı süresidir.

Bu şekildeki birleşme ve dönüşümlere; birleşme veya dönüşme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde MTKK' anın 191. maddesinde ortakların itiraz hakkı düzenlenmiştir.

Ne var ki; ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devrinde olduğu gibi burada da devre konu ticari işletme alacaklılarına herhangi bir itiraz hakkı tanınmamıştır. Bunun yerine, ticari işletme sahibi bakımından üç yıllık şahsi sorumluluk süresi düzenlendiği gibi ayrıca MTKK' nın 193. maddesinde devralınan ticari işletme alacaklıları bakımından, ticari işletmenin



ticaret Şirketine d6nüşmesi veyahut devrinde yer alan kişilerin söz konusu alacaklılara karşı kusurları sebebiyle sorumlu olduğu ifade edilmiştir.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

# TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNE REKABET HUKUKUNUN ETKİSİ

### 1. KAPSAM

Daha önce de çalışmamızın giriş kısmında ifade ettiğimiz üzere, tezimizin konusu bir gerçek veyahut hükmi şahsa ait olan bir ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devridir. Bu itibarla; Ticaret Hukuku alanında işletmelerin ya da şirketlerin birleşmeleri tezimizin kapsamı dışında kaldığı gibi, üzerinde duracağımız Rekabet Hukuku yoğunlaşmaları bakımından da ortak girişimler ya da malvarlığının devri dışında kontrolün kalıcı olarak devri sonucu doğuran durumlar çalışmamızın kapsamı dışında kalacaktır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun<sup>319</sup> (RK) 7. maddesinde ticari işletme devrinin hukuki geçerliliği bakımından önemli etkisi olan Rekabet Kurumuna (Kurum) bildirim düzenlenmiştir.

*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim 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 yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.*

Bu kapsamda Rekabet Kurumu tarafından 1.1.2011 tarihinden itibaren 1997/1 sayılı Tebliğin yerine geçmek üzere 7.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliği (tebliğ) çıkarılmıştır.

---

<sup>319</sup> R.G. 13.12.1994, S. 22140.

## 2. TERMİNOLOJİ

Ticari işletme terimi bakımından yeri geldikçe bu bölümünde zorunlu olarak “teşebbüs” terimi kullanılacaktır. Bunun sebebi RK. 3. maddesinde ticari işletme kavramı yerine teşebbüs kavramına yer verilmesidir.

*Teşebbüs: Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder.*

Böylece, mal ya da hizmet üreten birim veya kişiler teşebbüs olarak nitelendirilmektedir. Örneğin bir buluş sahibi gerçek kişi, serbest meslek sahibi kişiler, ürün ve hizmetlerine ticari nitelik kazandırmaları şartıyla sanatçılar, müşavirler, sportif faaliyetler RK çerçevesinde teşebbüs olarak kabul edilirler<sup>320</sup>.

Ticari işletme kavramı yerine teşebbüs teriminin kullanımının yanında aynı zamanda ticari işletmenin gerçek veyahut bir hükmi şahıs tarafından aktif ve pasifiyle bir bütün olarak devir alınması için de “yoğunlaşma” terimi yer yer kullanılacaktır.

Her ne kadar RK’ nın 7. maddesi ile tebliğ, yoğunlaşma ifadesine yer vermemekle beraber birleşme ve devralma kavramını tek bir sözcükle ifade etmek üzere “yoğunlaşma” kavramının kullanımının yerleşik hale geldiği söylenebilir. Nitekim “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın 3. maddesi “Yoğunlaşma İşlemleri” başlığını taşımaktadır<sup>321</sup>.

Diğer yandan Türk Rekabet Hukuku düzenlemelerinden farklılıklar taşımakla beraber mehz kabul edilen Avrupa Birliği Rekabet Hukuku düzenlemelerinde de “yoğunlaşma” terimi kullanılmaktadır. Konu ile ilgili yapılan düzenleme “Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 139/2004 sayılı Tüzük ’de de yoğunlaşma kavramına yer verilmiştir<sup>322</sup>.

<sup>320</sup>“ İşletmenin Devri Ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Etkisi” Metin Topçuoğlu, Ünal Tekinalp’e Armağan, II. Cilt, İstanbul, 2003, s. 71-118.; Akıncı, s. 19; Erdem Bafra, Rekabet Hukuku Açısından, s. 49.

<sup>321</sup> “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik Ve Hukuki Gerekçeleri” Bünyamin Gürpınar, Rekabet Hukukunda Birleşme Ve Devralmalar Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 36., Topçuoğlu, s.91; Bafra, s. 26.

<sup>322</sup>Gürpınar s.37; “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Kerem Cem Sanlı, Ankara, 2000; Macide Nur Arslan “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Çerçevesinde Birleşme Kontrolü” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 6; Harun Ulu, “Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, 2004, s. 10.

### 3. YOĞUNLAŞMA TÜRÜ OLARAK TİCARİ İŞLETME DEVRİ

RK. 7. maddesi kapsamında çıkarılan tebliğde yoğunlaşma biçimleri ticari işletme devrini kapsar biçimde ifade edilmiştir.

*Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;*

*Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.*

*Bu Tebliğ bakımından kontrol; ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar, özellikle **bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet** veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.*

*Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir. **Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir.***

RK yeri geldikçe bir ticari işletmenin aktif ve pasifiyle bir bütün olarak devrini RK anlamında bir yoğunlaşma olarak kabul ederek, söz konusu devrin hukuki geçerliliğini bir takım şartlara bağlamıştır. Burada bahsi geçen Ticaret Hukuku anlamında bir ticari işletme devri değil, RK anlamında bir yoğunlaşmanın bildirim şartına tabi kılınmasıdır.

Nitekim ticaret kanunu bakımından aynı grup şirketleri arasında gerçekleşen bir devir, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle bir bütün olarak devri sayılabilecekse de, RK. açısından önemli olan unsur, yoğunlaşmanın ortaya çıkıp çıkmadığı ve dolayısıyla rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığı olgusudur.

Şu halde yoğunlaşmadan söz edebilmek için öncelikle, birleşme veya devralma işlemlerini icra eden teşebbüslerin bağımsız olması ve sonra teşebbüslerin kontrol mekanizmasının kalıcı olarak ele geçirilmiş olması gereklidir. Kontrol mekanizmasında değişikliğe yol açmayan işlemlerin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak bağımsızlık kavramını hukuki bağımsızlıktan ziyade ekonomik bağımsızlık olarak anlamak gerekir. Bir holding çatısı altındaki teşebbüsler, hukuken bağımsız olmakla birlikte, ekonomik olarak ana teşebbüse bağımlıdırlar. İşte bir holding bünyesindeki iki teşebbüsün birleşmesi yahut birinin diğerini devralması ticaret kanunu anlamında bir ticari işletme devri olarak kabul olunabilecekse de RK anlamında yoğunlaşma olarak kabul edilemez<sup>323</sup>. Diğer yandan BK' nın 179. maddesi ve MBK' nın 202. maddesinden farklı olarak bir yoğunlaşma türü olan devir kavramı kısmen devir veya yönetim hakkının devri hallerini de kapsamaktadır<sup>324</sup>.

#### 4. REKABET KANUNU'NUN TİCARİ İŞLETME DEVRİNE ETKİSİ

RK anlamında bir yoğunlaşmanın hukuki geçerlilik kazanabilmesi RK 'daki belli başlı şartları bünyesinde taşıması/yerine getirmesi koşuluna bağlanmıştır.

Tüm yoğunlaşmalar gerek dikey gerekse de yatay olsun *per'se* yasaklanmamaktadır. Bunun yerine RK 7. maddesinde hangi tür yoğunlaşmaların yasak olduğu ifade edilmiş, ikinci fıkrada ise hangi tür yoğunlaşmaların bildirim tabi olduğu ifade edilmiştir. Bunun sebebi, yoğunlaşmaların her durumda rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunmamasıdır. Buna karşın ilk zamanlarda bu olumlu etkinin göz ardı edilerek yoğunlaşmaların *per'se* yasak kabul edildiği de olmuştur<sup>325</sup>.

RK 7. maddesinde iki farklı kategori bulunmaktadır. Yasak olan yoğunlaşmalar ile bildirim tabi olan yoğunlaşmalar ayrı olduğu gibi her iki durum bakımından düzenlenen yaptırımlar da farklılık taşımaktadır.

<sup>323</sup> Topçuoğlu, s. 102-103; Şanlı, s. 323-324; Erarslan, s 8; Ulu, s. 10; Bafra, s. 48.

<sup>324</sup> Şanlı, 324; Erarslan, s. 16-17.

<sup>325</sup> Serpil Çınaroğlu, "Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet" Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003, s. 58.

#### 4.1. Bildirime Tabi Yoğunlaşmalar

1997/1 sayılı Tebliğin yerine giren 2010/4 sayılı tebliğ, yoğunlaşmaların bildirim bakımından 1997/1 sayılı tebliğe nazaran farklı bir yol izlemiştir.

Böylece 1997/1 sayılı tebliğde kabul edilen pazar payı eşiğinden vazgeçilerek ciro eşiği kabul edilmiştir. Aynı şekilde ciro eşiği kabul edilirken de bildirime tabi olan yoğunlaşmalar bakımından cironun dikkate alınması noktasında işlem tarafı ve ilgili teşebbüs tanımları da getirilerek hukuki güvenlik bakımından olumlu adımlar atılmıştır.

Diğer yandan cironun hesaplanması, pazarın tespiti, kontrol bakımından kalıcı değişiklik kavramı, bağlantılı işlemler, etkilenen pazar gibi kavramlar da tebliğde yer bulmuştur.

Netice itibarıyla, tebliğ ile bildirime tabi olan yoğunlaşmalar bakımından yeni bir dönem başlamış olmakla beraber, RK. 7. maddesinin eski halini koruduğu dikkate alındığında mehaz AB mevzuatı ile tam bir uyum sağlanmamıştır.

AB mevzuatında yoğunlaşmaların denetimi bakımından eski 4064/89 sayılı Tüzük RK. 7. madde ile paralel bir uygulamaya sahipti. Bu sebeple; öncelikle bir yoğunlaşma işleminin hâkim durum yaratıp yaratmadığı veya bir hâkim durumu güçlendirip güçlendirmedeği incelenmekte, bu yönde bir kanıya varılırsa, bu hâkim durumun etkin rekabeti engelleyip engellemediği araştırılmaktaydı<sup>326</sup>.

Buna karşılık, 4064/89 sayılı tüzüğün yerine giren 139/2004 sayılı tüzükte bu yaklaşım terk edilmiştir. Böylece, AB mevzuatı kapsamında yoğunlaşmaların denetimi bakımından iki aşamalı düzenleme terk edilerek onun yerine *Ortak Pazar'da veya onun önemli bir kısmında etkin rekabeti önemli ölçüde etkileme ve özellikle sonuç olarak bir hâkim durum yaratma veya var olan bir hâkim durumu güçlendirme* kıstaslarına yer verilmiştir<sup>327</sup>. Bu kapsamda salt bir hâkim durum yaratma ya da mevcut bir hâkim durumu güçlendirme kriteri sebebiyle oldukça sınırlı bir kontrolden daha esnek bir kontrol mekanizmasına geçilmiştir.

RK bakımından bir ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri bir hâkim durum yaratıyor ya da bir hâkim durumu güçlendiriyorsa ve de bu durum ülkenin bütünü ya da bir kısmında herhangi bir mal veyahut hizmet piyasasındaki rekabeti önemli oranda azaltıyorsa hukuka aykırı ve yasaktır. Bu şartlar bulunmasa bile bir ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrine taraf

<sup>326</sup> Erarslan, s. 78.

<sup>327</sup> Erarslan, s. 78.

olanların toplam ciroları yüz milyon TL'yi ya da ayrı ayrı ikisinin ciroları otuz milyon TL'yi aşıyorsa ya da işlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi aşıyorsa, bu durumda söz konusu devrin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

#### **4.1.1. Ciro Eşikleri**

RK 7. madde uyarınca çıkarılan tebliğ ile hem Kurumun iş yükü hem de birleşme devralmaların lüzumundan fazla sınırlandırılması için tüm yoğunlaşmalar değil, belli bir iktisadi büyüklüğe sahip yoğunlaşmalar bildirim tabii kılınmıştır.

Tebliğden önce hem ciro hem de pazar payı eşiği yer alırken, pazar payı eşiğinin sıklıkla eleştirilmesi sonucunda 2010/4 sayılı tebliğde ciro esas kabul edilmiştir<sup>328</sup>. Aynı zamanda cironun hesaplanması bakımından da gerek tebliğ gerekse de kurum tarafından çıkarılan Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'da (Kılavuz) ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

Netice itibarıyla, Tebliğ'de iki farklı eşik düzenlenmiştir. İlk eşik 100 milyonluk ve 30 milyonluk eşik olurken, ikinci eşik ise 500 milyon ve 5 milyonluk eşiktir.

#### **4.1.2. İşlem Tarafı ve İlgili Teşebbüs**

Ciro eşiklerinin hesaplanabilmesi için ilgili teşebbüs ile işlem tarafı kavramlarının üzerinde durmak gereklidir. Tebliğin ciro hesaplamasına ilişkin 8. maddesinde hem işlem taraflarının hem de ilgili teşebbüslerin üzerinde durulmuştur.

Tebliğ'in 7. maddesinde cironun hesaplanmasıyla ilgili olarak işlem taraflarının cirolarının dikkate alınacağı belirtilmiş, 4. maddesinde ise işlem tarafı tanımında bulunulmuştur.

*Birleşme veya devralmanın tarafı olan teşebbüsü ifade ettiği belirtilirken, ilgili teşebbüs ise birleşme işlemlerinde birleşen, devralma işlemlerinde devralan veya devre konu kişi ya da ekonomik birimleri*

---

<sup>328</sup> Orçun Şenyücel "2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve" Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, İstanbul, 2011, s.103; Eraslan, s. 46.

Tebliğın uygulaması bakımından çıkarılan kılavuzda da bu iki kavram arasında ilişki ve örneklemeyle ilgili olarak; ilgili teşebbüs, birleşme işlemlerinde birleşen, devralma işlemlerinde devralan veya devre konu kişi ya da ekonomik birimler olarak; işlem tarafı ise birleşme veya devralmanın tarafı olan teşebbüsler olarak tanımlanmıştır.

Buna göre; ilgili teşebbüs birleşme veya devralma işleminin doğrudan tarafı olan kişi veya ekonomik birimleri, işlem tarafı ise her bir ilgili teşebbüsün dâhil olduğu ekonomik bütünlüğü ifade etmektedir. Genel olarak örnek vermek gerekirse; bir holdingin A şirketi B şirketini devralıyorsa, normalde A şirketi ilgili teşebbüs olurken, holdingin tamamı ise işlem tarafı olarak tanımlanmıyor<sup>329</sup>.

Buna göre birleşmeler bakımından her ne kadar birleşme sonucunda tek bir hükmi şahıs ortaya çıkacak olsa da, birleşen kişi ya da ekonomik birimlerin her biri ayrı ayrı ilgili teşebbüs sayılmaktadır.

Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle bir bütün olarak devrinde ise, kural olarak devir alan ve devir eden birer ilgili teşebbüs sayılır.

Buna karşılık devre konu ticari işletmenin, bir şirketin sahip olduğu birden fazla ticari işletmeden yalnız biri olması durumunda ise ilgili teşebbüs kavramı bakımından kısmi bir devirden bahsedilecektir. Bu durumda ilgili teşebbüsler, devralan ile devreden şirketin devre konu olan ticari işletmesi olacaktır. Örneğin; A şirketinin sahip olduğu birden fazla ticari işletmeden sadece birinin B şirketi tarafından devralındığı bir işlemde ilgili teşebbüsler, B şirketi ve devre konu ticari işletme olacaktır.

Bir holdinge ait yavru bir şirket, bir başka şirketin birden çok ticari işletmesinden yalnız birini satın alıyorsa, bu durumda holding değil; söz konusu yavru şirket ve devralınan ticari işleme birlikte ilgili teşebbüs olur<sup>330</sup>.

Diğer yandan ticari işletmeyi devir alan kimsenin bir şirket değil de bir gerçek kimse olması durumunda söz konusu gerçek kişi ilgili teşebbüs sayılacaktır.

---

<sup>329</sup> Şenyücel, s.105; Salim Aydemir, “2010/4 Sayılı Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi” Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 114.

<sup>330</sup> Şenyücel, s.116; Aydemir, s. 116.



#### 4.1.3. Cironun Eşiklerinin Tespiti

Cironun hesaplanması ve dolayısıyla tebliğde belirtilen eşiklere ulaşılması durumunda bildirim zorunluluğunun bulunması sebebiyle tebliğde cironun hesabında nelerin dikkate alınması gerektiği 8. maddede belirtilmiştir.

*Bu Tebliğin 7 nci maddesinin uygulanması bakımından, her bir işlem tarafının cirosunun hesaplanmasında aşağıdakilerin ciroları toplamı esas alınır:*

*a) İlgili teşebbüs,*

*b) İlgili teşebbüsün doğrudan ya da dolaylı olarak;*

*1) sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına sahip olduğu veya*

*2) oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine sahip olduğu veya*

*3) denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip olduğu veya*

*4) işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,*

*c) İlgili teşebbüs üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan kişi veya ekonomik birimler,*

*ç) (c)'de sayılanların, (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,*

*d) (a)-(ç)'de sayılanların, (b)'de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler.*

*(2) Bu Tebliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ciroların hesaplanmasında, işlem taraflarının tüzel kişiliğe sahip olan ya da olmayan kısımlarının devredilmesi halinde, devreden taraf bakımından yalnızca devredilen kısmın cirosu esas alınır.*

*(3) İlgili teşebbüslerin bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu ekonomik birimlerin ciroları, ilgili teşebbüs sayısına göre eşit şekilde bölünerek hesaplanır.*

*(4) İlgili teşebbüslerin üçüncü kişilerle birlikte işlerini idare etme hakkına sahip olduğu ortak girişimlerin ciroları, bu hak sahiplerinin sayısına göre eşit şekilde bölünerek hesaplanır.*

*(5) İki yıllık dönem içinde aynı kişiler ya da taraflar arasında, bu maddenin ikinci fıkrası anlamında gerçekleştirilen iki ya da daha fazla işlem, bu Tebliğin 7 nci maddesinde yer alan ciroların hesaplanması bakımından tek bir işlem olarak değerlendirilir.*

*(6) Ciro, tek düzen hesap planına göre bildirim tarihinden bir önceki mali yılsonunda veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, bildirim tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan net satışlardan meydana gelir. Ciro hesaplanırken bu maddenin birinci fıkrasındaki kişi veya ekonomik birimlerin kendi aralarındaki satışlarından doğan ciroları hesaba katılmaz. Ciro hesaplamasında döviz kuru olarak, cironun gerçekleştiği mali yıldaki **Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru ortalaması göz önüne alınır.***

Tebliğin 8. maddesi ile ciro hesabı noktasında birçok belirsizlik giderilmeye çalışılmıştır. Özellikle döviz kurunun açıkça belirtilmiş olması, hangi yıla ilişkin ciroların hesaplanacağı ve yine grup içi satışların ciro hesabında dikkate alınmayacağı, ciro hesabında net satışların dikkate alınacağı, ortak girişimler bakımından hesaplanan cironun kontrol hakkı sahibi kişiler arasında eşit olarak bölüneceği, kısmi devir bakımından devreden taraf bakımından yalnızca devredilen kısmın cirosunun esas alınacağı, ilgili teşebbüs bakımından doğrudan ve dolaylı kontrol kavramlarına açıklık getirilmiş olması hukuki güvenlik bakımından olumlu yaklaşımdır.

Özellikle ilgili teşebbüs yanında ilgili teşebbüsle alakalı olarak doğrudan ve dolaylı kontrol altındaki ekonomik birimlerin de ciro hesabında dikkate alınması tam bir ekonomik analizin gerçekleştirilebilmesi için getirilmiştir.

Diğer yandan, doğrudan ve dolaylı kontrolün kapsamı ise; ilgili teşebbüsün sermayesinin veya ticari varlığının yarıdan fazlasına sahip olduğu, ilgili teşebbüsün oy haklarının yarıdan fazlasına sahip ya da ilgili teşebbüsün temsile yetkili organlarının yarıdan fazlasını atama yetkisine sahip teşebbüsler ile işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler, ilgili teşebbüsle bağlantılı olan teşebbüsler biçiminde ifade edilmiştir. Aynı zamanda söz konusu kapsamda, birlikte ve tek başına kontrol de ele alınmıştır.

Böylece hangi araçlarla sağlandığı nazara alınmaksızın, önceden iktisadi anlamda bağımsız olan bir teşebbüsün sevk ve idaresi üzerinde “*belirleyici etki*” uygulama imkân ve iktidarının varlığı halinde, kontrolün elde edildiğini anlamına gelmektedir. Söz konusu belirleyici etki kriteri özellikle AB mevzuatı ve uygulaması bakımından da ifade edilmektedir<sup>331</sup>.

Diğer yandan *işlerini idare etme hakkına sahiplik*, kontrol kavramından farklı bir anlam taşımaktadır. Buna göre; kontrol ile idare hakkı arasında ki fark, *fili kontrol* noktasındadır. Hukuken sahip olunan temsil hakkı bir teşebbüs üzerinde kontrol hakkı vermeyebilir; ama çeşitli sebeplerle örneğin, şirketin halka açık olması, imtiyazlı paylar vb. sebeplerle fiilen bir kontrol olduğu için bu *de jure* kontrol olarak *hak süjesi* eksikliğinden dolayı ifade edilemeyecektir<sup>332</sup>. Ne var ki; RK. bakımından önemli olan hukuki değil, iktisadi kontrolün elde edilmesi olduğu göz önünde tutulduğunda kontrol tabirinin salt “*hak*” ile sınırlandırılması doğru değildir. Bu bahisle, işleri idare hakkına sahiplikte asıl olarak bir tür belirleyici etkiye sahip olmak şeklinde düşünülmelidir.

Böylece kontrol kavramını vermek yerine, tek tek sayma suretiyle ilgili teşebbüsle birlikte ele alınması gereken doğrudan ve dolaylı kontrolün kapsamı da belirlenmiştir. Bunun sebebi ise, tebliğin kendinden önceki tebliğe getirilen eleştirilere tepki olarak hukuki belirliliği olabildiğince sağlama amacıdır<sup>333</sup>.

Son olarak tebliğ ile getirilen bir diğer yenilik ise, iki yıllık dönem içinde aynı kişiler ya da taraflar arasında bu maddenin ikinci fıkrası anlamında gerçekleştirilen iki ya da daha fazla işlemin ciro hesabı bakımından tek bir işlem olarak değerlendirilmesidir. Bu durumda her biri ayrı ayrı ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri olan bir birini izleyen devirler böylece, RK anlamında tek bir yoğunlaşma olarak kabul edilip ciro hesabı da aynı şekilde tek bir işlem gibi gerçekleştirilmektedir. Böylece, yoğunlaşmaların ticari işletmeler boyutuna bölünmek suretiyle eşiklerin altında tutulmasının da önü kesilmiştir.

---

<sup>331</sup> Şanlı, s. 326-327; Erarslan, s. 22.

<sup>332</sup> Şenyücel, s. 120.

<sup>333</sup> Şenyücel, s. 114.

## 4.2. Etkilenen Pazar İstisnası

Tebliğ'in 7. maddesi ile yoğunlaşmalar bakımından getirilen bir istisna ise etkilenen pazardır.

*Ortak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez.*

Etkilenen pazar kavramının bir istisna olarak getirilmiş olmasının sebebi, düzgün işleyen bir piyasa yapısıyla beraber rekabetin sağlanmasıdır. Bu itibarla amaç, tüm yoğunlaşmaların mutlak anlamda denetimi değildir. Bunun için her ne kadar ciro eşikleri getirilmiş dahi olsa, her durumda ciro eşiğinin tespiti ve hesabı kolay olmadığı gibi piyasadaki rekabeti olumsuz etkileme yeteneği olmayan yoğunlaşmalar bakımından böylesi bir bildirim külfetinin getirilmesi de gereksizdir.

Bu itibarla, tebliğ ile yoğunlaşma sonucunda etkilenen bir pazarın bulunmaması durumunda piyasadaki rekabet ortamının bozulmasının mümkün olmayacağından hareketle hiç ciro hesaplamasına gidilmeksizin bildirim gerekliliğinin olmadığı ifade edilmiştir.

Böylece bir yoğunlaşmanın varlığı durumunda tarafların üzerine düşen, ciro eşiklerinden önce bir etkilenen pazarın var olup olmadığını tespit etmektir. Böylesi bir pazarın bulunmaması durumunda ise, ciro eşiği hesaplamasına gerek olmadığı gibi ciro eşiği geçilmiş dahi olsa herhangi bir bildirim gerekliliği de söz konusu değildir.

Etkilenen pazar tanımına hem tebliğde hem de RK' da yer verilmemiştir. Kılavuzda ise etkilenen pazar; *“taraflardan en az birinin Türkiye’de faaliyette bulunması kaydıyla, tarafların faaliyetleri arasında yatay ya da dikey çakışma bulunan herhangi bir ilgili ürün pazarı”* şeklinde ifade edilmiştir.

Taraflarından hiç birinin Türkiye’de faaliyeti bulunmadığı durumda herhangi bir etkilenen Pazar da söz konusu olmayacaktır. Ne var ki; kılavuzdaki bu tanım bizi yanıltmamalıdır. Etkilenen pazar, coğrafi pazardan farklıdır<sup>334</sup>.

Diğer yandan; etkilenen pazar istisnasına yer verilmiş olmakla beraber, buna göre tamamen farklı pazarlarda bulunan teşebbüslerin birleşmeleri durumunda, etkilenen pazarın söz

<sup>334</sup> Şenyücel, s. 115; Bafra, s. 45.

konusu olması durumundan bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Etkilenen pazar istisnası, konglomera birleşmelere işaret etmektedir. Böylece etkilenen pazar; yatay, dikey ve konglomera çakışmaların toplamından oluşmaktadır.

#### 4.2.1. Yatay akışma

Yatay akışma ya da yatay yoğunlaşma olarak ifade edebileceğimiz husus, yoğunlaşmanın taraflarından en az iki tanesinin aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu durumdur. Örnek olarak; yurt dışında bulunan bir çikolata markasının, Türkiye’de faaliyet gösteren çikolata markası tarafından satın alınmasıdır. Görüldüğü üzere; her ne kadar coğrafi pazar farkı söz konusu olabilse de, etkilenen pazar kavramının coğrafi pazar kavramından farklı olması gereği yatay ilişkide etkilenen pazar söz konusudur.

Yine kılavuzda ifade edilen bir diğer husus; yatay çakışmanın sadece yukardaki örnekte olduğu gibi basit akışmalarla sınırlı olmadığı, aynı zamanda işlemten etkilenme ihtimali olan pazarların da dikkate alınacağıdır.

Etkilenme ihtimali bulunan pazarın tespiti bakımından ise, birleşmelerden farklı olarak devir biçimindeki yoğunlaşmalarda sadece devre konu teşebbüsün faaliyet alanı dikkate alınarak etkilenen pazar değerlendirilmesi yapılacaktır. Böylece hazır beton ve çikolata pazarında faaliyet gösteren bir grubun, bilgisayar ve hazır beton pazarında faaliyet gösteren bir grubun sadece bilgisayar üretim birimini devir alması durumunda her ne kadar her iki firmanın da hazır beton pazarında faaliyette bulunması söz konusu olsa da, devre konu birimler bakımından yatay ilişkide herhangi bir çakışma bulunmaması sebebiyle etkilenen pazar da söz konusu olmayacaktır.

#### 4.2.2. Dikey atışma

Dikey atışma kılavuzda; *“taraflardan en az bir tanesinin, bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu durum”* olarak ifade edilmiştir.

Aynı şekilde etkilenme ihtimali olan pazarlar bakımından yapmış olduğumuz açıklamalar, dikey çatışma bakımından da geçerlidir.

#### 4.3. Birleşme veya Devralma Sayılmayan Haller

Tebliğin 6. maddesinde ifade edilmiştir;

*Aşağıda mahiyeti açıklanan işlemler Kanununun 7 nci maddesi kapsamı dışında olup, bu tür işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez.*

- a) *Kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler,*
- b) *Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları,*
- c) *Kontrolün; tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi,*
- ç) *Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi.*

Anılan düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, tebliğ ile bir takım durumlar yoğunlaşma olarak kabul edilmemiştir. Bunlar; kontrolün kanun gereği, özelleştirme amacıyla, miras yoluyla geçişle kontrol değişikliği meydana getirmeyen durumlardır.

Diğer yandan 6. madde ki istisnalara bir tane daha eklemek mümkündür. Bilindiği üzere tebliğin 5. maddesinde yoğunlaşma sayılan durumlar ifade edilirken *kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekildeki* doğrudan veya dolaylı kontrolün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması ile iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi şeklindeki durumlar gösterilmiştir.

Yine benzer düzenleme; *“bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, tebliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir.”* şeklinde ortak girişimler bakımından da ifade edilmekteydi.

Bu sebeple, kalıcı bir kontrol değişikliği meydana getirmeyen geçici süreli kontrol değişiklikleri de, yoğunlaşma olarak kabul edilemeyecektir<sup>335</sup>. Böylece 6. maddede ifade edilen, *Kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler,* ibaresinden kontrolün kalıcı olarak değişmediği durumları da anlamak gereklidir.

---

<sup>335</sup> Topçuoğlu, s. 101; Eraslan, s. 59.

#### 4.4. Yoğunlaşmaların Bildirilmesi

Tebliğin 7. maddesindeki etkilenen pazar istisnasına dâhil olmayan, yine tebliğin 5. maddesi ve 6. maddesi anlamında bir yoğunlaşma olarak kabul olan ve de 7. maddedeki eşikleri aşan bir yoğunlaşmanın, dolayısıyla bir ticari işletmenin aktif ve pasifiyle bir bütün olarak devrinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, kurula bildirilmesi ve izin alınması gereklidir.

Buradaki geçersizlik; RK. 7. madde anlamında yasak olan bir yoğunlaşmanın tespiti sonucu söz konusu olan bir geçersizlik olmayıp, tebliğ uyarınca bildirim zorunlu olan bir yoğunlaşmanın bildirilmemesi neticesinde geçerlilik kazanamamasıdır.

Bildirim şartını yerine getirmeyen yoğunlaşmalar, bu anlamda geçerlilik kazanamayacaksa da daha sonrasında kurumun re'sen harekete geçmesi neticesinde yapacağı bir inceleme ile RK. 7. maddesine aykırı bulmaması durumunda geçerlik kazanabilecektir. Ne var ki, bildirim külfetinin yerine getirilmemiş olması sebebiyle kurum tarafından idari para cezasına hükmolunacaktır. Bu idari para cezası ise; birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir.

Yoğunlaşmaların bildirilmesi külfeti tebliğin 10. maddesi ile her iki tarafa yüklenmiştir. Ne var ki, her iki taraftan birinin bildirim yeterli olduğu gibi yetkili temsilciler vasıtasıyla da gerçekleştirilmesi mümkündür. Yine tebliğde bildirim gerçekleştiren tarafın diğer tarafı haberdar etme zorunluluğundan bahsedilmiştir.

Söz konusu haber verme zorunluluğu yoğunlaşmayı meydana getiren işlemde doğan bir yan edimdir. Dolayısıyla, bildirim hukuki geçerliliğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Keza kurum tarafından bildirilen yoğunlaşmalar, kurumun internet sayfasından ilgili teşebbüsler ile faaliyet alanlarını da içerecek biçimde duyurulmaktadır.

Diğer yandan bildirim ise, tebliğde yer alan form ile gerçekleşecektir. Bildirim tarihi, bildirim kurum kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılır.

Bildirim gerçekleşmesinin ardından bildirimde değişiklik yapılması mümkündür. Bilgilerde değişiklik yapılması halinde bildirim, bu bilgilerin tamamlandığı veya değiştirildiği tarihte yapılmış sayılır.

Tebliğ öncesi 1997/1 sayılı tebliğde, yoğunlaşmaların bildirim bakımından yoğunlaşma işleminin hangi aşamasında bildirim gerçekleştirileceği belirtilmemiştir. Yoğunlaşma



anlaşmasının sözlü ya da yazılı olup olması önem taşımazken; anlaşmanın icra gücüne sahip, tek taraflı olarak feshedilemeyecek ve taraflar açısından bağlayıcı hukuki bir ilişki yaratacak nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Diğer bir ifade ile, nihai metnin bildirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ne var ki; tebliğ açısından artık nihai şekil değil, ara aşamada da bildirim mümkündür<sup>336</sup>.

Buna karşılık, bir yoğunlaşmanın bildirilmemesi ile bildirilmemiş bir yoğunlaşmanın icra edilmiş olması arasında yaptırım bazlı olarak farklılık meydana getirilmektedir. RK. 11. maddesine göre salt icra edilmemiş bir yoğunlaşmanın kurul tarafından herhangi bir şekilde öğrenilmesi durumunda, bildirim yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle idari para cezası verileceği düzenlenmişken, RK. 16. maddesinde ise söz konusu bildirilmeyen yoğunlaşmanın icra edilmiş olması durumunda yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezası düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, bildirim yoğunlaşmanın icrasından önce gerçekleştirileceği ortadır. 1997/6 sayılı tebliğde kurumun iznine bağlı kılınan her türlü birleşme ve devralmanın, işlemin yapılmasından uygun bir süre (tercihen 30 gün) önce kurula bildirilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Anılan tebliğ 2006/2 sayılı tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu sebeple, bahsi geçen 30 günlük sürenin tarafların nihai iradelerinin şekillendiği birleşme ve devir alma sözleşmesinin imzalanmasından ama icrasından önce olduğu ifade edilmektedir. Bu itibarla; ticari işletmenin aktif ve pasifinin devri bakımından, birleşme veya devir sözleşmesinden sonra; fakat tescil ve ilan veya alacaklılara ihtar gibi işlemlerden önce gerçekleşmesi gerekir<sup>337</sup>.

#### **4.5. Bildirilen Yoğunlaşmaların Değerlendirilmesi ve Üzerinde Durulacak Hususlar**

Bildirimi zorunlu bulunan bir yoğunlaşmanın bildirilmesi tek başına bu yoğunlaşma işleminin hukuki geçerlilik kazandığı anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde bildirim külfetine aykırı davranılmış olması da yoğunlaşmanın en baştan itibaren geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Bu anlamda kurul, hem bildirilen hem de bildirim yükümlülüğüne aykırı olan yoğunlaşmaları değerlendirir.

---

<sup>336</sup> Senyücel, s. 104.

<sup>337</sup> Topçuoğlu, s. 112.

Bildirim külfetinin yerine getirilmiş olması durumunda, kurumun bu yoğunlaşmayı değerlendirerek izin vermesi veya nihai incelemeye karar vermesi gerekir. Buna göre kurul, izin vermek yerine nihai olarak incelemeye karar vermesi durumunda birleşme veya devralma işlemi nihai karara kadar askıda olup uygulamaya sokulamaz. Ayrıca kurul bu hususu, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ eder.

Kurulun ayrıca değerlendirme sırasında gerekli gördüğü hallerde; birleşme veya devralmanın taraflarının yanı sıra, birleşme veya devralma ile ilgili diğer kişilerden ve tarafların müşterileri, rakipleri veya sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi istemesi de mümkündür. Yine kurulun yerinde inceleme yapmaya da yetkisi bulunmaktadır.

Tüm bu aşamalarda, kurulun değerlendirme sırasında hangi durumları dikkate alacağı da tebliğin 13. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre kurul; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususları göz önünde tutar.

Yatay çakışmaların, küçük teşebbüsleri bir araya getirerek ilgili pazardaki rekabet ortamına katkıda bulunması da mümkündür. Bu itibarla; yoğunlaşma sonucu ortaya çıkan işletmenin ilgili pazardaki konumu, rakiplerine karşı elde etmiş olacağı kolaylıklar, mevcut pazara yeni rakipler için elverişli şartların oluşup oluşmadığı ve bu noktada potansiyel rekabet değerlendirmeleri yapılır<sup>338</sup>.

Dikey yoğunlaşmalar yukarı doğru ya da aşağı doğru gerçekleşebilir. Genel olarak dikey yoğunlaşmaların piyasadaki rekabet ortamına etkisi yatay yoğunlaşmalara nazaran daha kısıtlıdır.

Dikey yoğunlaşmalar potansiyel rekabet bakımından, ilgili piyasaya yeni girecek olan rakiplerin daha fazla sermayeye ihtiyaç duymasına sebep olduğundan piyasaya girişleri kısıtlayabilir. Diğer yandan ise; ölçek ekonomisi, dağıtım etkinlikleri gibi hususlar ile marka içi rekabeti artırabilir. Bu itibarla, dikey birleşmeler de piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı etkiler gösterebilir.<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> Erarlan, s. 10; Ulu, s. 11-12; Bafra, s. 135.

<sup>339</sup> Erarlan, s. 12; Çınaroğlu, s. 11; Ulu, s. 12; Kulaksızoğlu, s. 9.

Bir diğerk değerlendirmede dikkate alınacak husus, yatay ve dikey yoğunlaşma dışındaki konglomera ya da karma yoğunlaşmalardır. Söz konusu yoğunlaşmalarda yatay ya da dikey bir çatışma bulunmamaktadır. Ne var ki; söz konusu yoğunlaşmaların ilgili pazardaki olumsuz etkisi pek görünür olmasa da, pazar genişlemesi sonucu elde edilen gücün kullanılması ya da bir pazardan başka bir pazara gelir aktarımı biçiminde yağmacı rekabet anlayışı gibi özellikle potansiyel rekabet bakımından yıkıcı rol oynayabilmektedir<sup>340</sup>.

Değerlendirilecek hususlar genel olarak piyasanın yoğunlaşma öncesi ve sonrası mevcut durumunun analizinden çıkmaktadır. Ne var ki; potansiyel rekabet değerlendirmesi nispeten daha afakidir. Buna göre potansiyel rekabet, piyasadaki fiyatları gözleyen muhtemel rakiplerin davranışlarıdır. Bunlar, piyasa fiyatları dolayısıyla karlılık oranları yükseldiğinde piyasaya girerler. Bu sebeple hâkim durumdaki teşebbüsler, fiyatları sabit tutarak piyasaya potansiyel rakiplerin girişlerini engeller<sup>341</sup>.

Böylece rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki her türlü yoğunlaşma kural olarak yasaklandığı; ancak aynı zamanda iktisadi etkinlik sağlayanlara ya da sağlayacağı varsayılanlara yönelik istisnaların yaratıldığı sistemi ifade eden bir muafiyet rejimi benimsemiştir.

#### **4.6. Bildirilmeyen Yoğunlaşmaların Değerlendirilmesi ve Üzerinde Durulacak Hususlar**

Bildirilmesi zorunlu olan yoğunlaşmalar bakımından RK. 7. maddesi ve onun atfı üzerine tebliğin 4. Maddesinde, söz konusu yoğunlaşmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Buna göre bildirilmesi zorunlu olan yoğunlaşmalar bildirilmediği müddetçe yoğunlaşma işlemi askıdadır. Kurul izni ise, başlangıçtaki bir eksikliği giderdiği için izinle birlikte birleşme ve devir sözleşmesi baştan itibaren hükümlerini doğurur. Diğer yandan taraflar ise, izin şartının henüz yerine getirilmediği durumda dahi kendi aralarındaki sözleşmeyle bağlıdır<sup>342</sup>.

Bir diğer görüşe göre; idari nitelikteki bu izin, birleşme ve devralmalar için bir tamamlayıcı unsurdur. Hukuki işlemdeki “eksiklik” ve “noksanlık” giderilip tamamlayıcı unsur gerçekteşinceye kadar, konsantrasyona yol açan hukuki işlem veya işlemler geçersizdir. Bu geçersizlik, izin kararı verilmeye kadar askıdadır. Bir başka ifadeyle, izne tabi bir birleşme ve

<sup>340</sup> Erarlan, s. 14-15; Kulaksızoğlu, s.11; Ulu, s. 11.

<sup>341</sup> Çınaroğlu, s. 11; Kulaksızoğlu, s. 9-10; Aydemir, s. 25; Akıncı, s. 208.

<sup>342</sup> Topcuoğlu, s.108.

devralma işlemi hakkında izin kararı verilinceye kadar “askıda geçersiz” veya “düzelebilir hükümsüzdür”. Kural olarak, izin kararı verildiği tarihten itibaren hükümlerini doğurur. Dolayısıyla, izin verilmeden önceki bir aşamada konsantrasyona yol açan işlemin hukuken geçerlilik kazanması ileride izin kararı verilse dahi mümkün değildir.

Netice itibarıyla, salt bildirim ile yoğunlaşma işlemi tamamlanmamakta, bildirim sürecinden nihai karar sürecine değin yoğunlaşma işlemi askıda kalmaya devam etmekte ve kurulun izin kararıyla birlikte en baştan itibaren geçerli hale gelmektedir.

Görüldüğü üzere kurula bildirim bir yükümlülük olmayıp idari para cezası dışında esasa ilişkin herhangi bir yaptırım bulunmayan bir külfettir. Bu sebeple yoğunlaşmalar bakımından bildirim şartı yerine getirilmiş olmasıyla, olmaması arasında inceleme bakımından farklı bir durum söz konusu değildir.

#### **4.7. İnceleme, Karar ve Yan Sınırlamalar**

Kurul tarafından yapılan inceleme neticesinde; tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez.

Görüldüğü üzere, kurulun değerlendirmesi neticesinde hâkim durum yaratmayan ya da bir hâkim durumu güçlendirmeyen yoğunlaşmalara izin verilmektedir. Piyasadaki rekabeti önemli oranda azaltan her durum yasak olmadığı gibi salt bir hâkim durumun varlığı da piyasadaki rekabetin önemli oranda kısıtlandığı anlamına gelmemektedir.

Kurum kendisine bildirilen bir yoğunlaşma hakkında süresi içerisinde (15 gün) işlem yapmadığı takdirde, söz konusu yoğunlaşma, bildirim tarihinden itibaren otuz gün sonra kendiliğinden geçerlilik kazanır.

##### **4.7.1. Hâkim Durum**

Hâkim durum, RK'nın tanımlar maddesi olarak 3. maddesinde tanımlanmıştır.

*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü,*

RK. 6. maddesinde; bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması, hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir.

RK. 7. maddesinde, yoğunlaşmalar bakımından yasaklanmış bulunan hâkim durum kavramı ile RK. 6. maddesinde bahsedilen hâkim durum kavramı sadece kavramsal olarak birbirine benzemektedir.

RK. 6. maddesinde yasaklanan, rakiplerinden ve müşterilerinden bağısız olarak piyasa koşullarını etkileme gücünü kötüye kullanmak iken; RK. 7. maddesinde hâkim durum oluşturmak veyahut var olan bir hâkim durumu güçlendirmek suretiyle ülkenin tamamı ya da bir bölümünde rekabeti önemli ölçüde etkilemektir.

Dolayısıyla, her iki durumda da salt hâkim durumda olmak ya da hâkim duruma gelmek yasaklanmamıştır. Ne var ki; kimi zaman bir teşebbüsün başarılı çalışmalarıyla hâkim duruma gelmesiyle, yoğunlaşmalar ile hâkim duruma gelmesi ayrıştırılmakta ve yoğunlaşmalar bakımından salt hâkim duruma gelmenin yasaklandığı ifade edilmektedir<sup>343</sup>.

Yine aynı şekilde ifade edilen bir diğer husus ise, hâkim duruma gelme yahut mevcut bir hâkim durumu güçlendirme şartını aramaksızın piyasadaki rekabeti önemli oranda azaltan yoğunlaşmaların yasaklandığıdır<sup>344</sup>.

Başlangıçta piyasadaki etkin rekabeti önemli oranda kısıtlamayan bir yoğunlaşmanın, konsantrasyonun yarattığı sinerji ile sonradan piyasadaki etkin rekabeti önemli oranda kısıtlaması durumunda, anılan yoğunlaşmanın yasaklanıp yasaklanmaması gerektiği de tartışmalıdır. Kural, bu durumda RK. 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve RK. 7. maddesi dolayısıyla yasaklanmamasıdır<sup>345</sup>. Bu ise, tebliğ uyarınca kurulun açıkça ya da zımni olarak vermiş olduğu bir izni sadece iki durumda tekrar ele alabilmesinin bir sonucudur. Kurul sadece, işlem taraflarınca yanlış ya da yanıltıcı bilgi vermişse ya da karara bağlanan şart ve yükümlülükler yerine getirilmemişse söz konusu yoğunlaşmayı tekrar incelemeye alır.

<sup>343</sup> Bafra, s. 41.

<sup>344</sup> “Özellikle, birleşme veya devir sonucunda teşebbüslerin hakim duruma geldiği bir piyasada, rekabetin önemli ölçüde azalmayacağını söyleyebilmek mümkün değildir. Şayet, “rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması” halinin, ikinci bir şart olarak kabul edildiği düşünülürse, bir önceki cümle ile bağlantılı olarak, hakim durum şartından ayrı değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkar. Rekabet düzeninin korunması açısından, iki şarttan birinin gerçekleşmesi yeterli kabul edilmelidir. Aksi halde rekabeti önemli ölçüde azaltan, fakat hakim duruma yol açmayan devrin yasaklanması mümkün olmayacaktır.” Topçu s. 95.

<sup>345</sup> Topçuoğlu, 105; Erarslan, s. 37.

Yine RK. 7. maddesinin uygulaması bakımından hâkim durum yaratmanın yanında ifade edilen bir diğer husus da, mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesidir. Mevcut bir hâkim durumun varlığı durumunda bizzati piyasadaki etkin rekabet zaten önemli oranda etkilenmiş bulunmaktadır. Haliyle, mevcut hâkim durumdaki bir teşebbüsün her nevi birleşme ve devir işlemi eşyanın tabiatı gereği ilgili piyasadaki rekabeti önemli oranda etkileyecektir. Bu itibarla, söz konusu yoğunlaşmaya izin verilmesi ya da izin verilmemesi bakımından yapılacak ilgili piyasadaki rekabetin önemli oradan etkilenip etkilenmediği testinde bu farklılık da dikkate alınmalıdır<sup>346</sup>.

#### 4.7.2. İlgili Pazar

Gerek hâkim durum testi gerekse de ülkenin tümü veyahut bir kısmında rekabetin önemli oranda kısıtlanıp, kısıtlanmadığının tespiti bakımından ilgili pazarın tespiti önem taşımaktadır.

İlgili pazarın tanımlanması bakımından kurum tarafından *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz* çıkarılmıştır. Söz konusu kılavuzda; ilgili pazar bakımından talep ikamesinin yani, göreceli fiyatlarda meydana gelen küçük, kalıcı değişiklikler karşısında gelişen talep ikamesi ile arz ikamesinin yani, tedarikçilerin göreceli fiyatlarda meydana gelecek küçük ve kalıcı artışlar karşısında üretimlerini başka ürünlere kaydırabilmeleri ve bunları kısa dönemde kayda değer ek maliyetlere ve risklere katlanmak zorunda kalmadan pazarlayabilmelerinin dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

Daha sonrasında ise, arz ve talep ikamesi ile ilgili ürün pazarı ile ilgili coğrafi pazar ortaya konulacaktır. Buna göre; ilgili ürün pazarı, alternatif ürünlerden birbirinin yerine ikame olan ürünleri, ilgili coğrafi pazar ise talebin yapısı dikkate alınarak teşebbüslerin müşterilerinin siparişlerini kısa dönemde ve ihmal edilebilir maliyetlerle başka yerlerdeki teşebbüslere kaydırıp kaydıramayacakları dikkate alınarak tespit eder.

AB uygulamasında ilgili pazarın tespitinde ağırlıklı olarak talep ikamesi dikkate alınırken, arz ikamesi de belirli durumlarda dikkate alınmaktadır<sup>347</sup>. Böylece talep ikamesinin yanında arz ikamesi kriterine de yer veren Türk uygulaması, bu anlamda AB mevzuatıyla aynı paralelliktedir.

---

<sup>346</sup> Sanlı, s. 346.

<sup>347</sup> Sanlı, s. 343.

Diğer yandan tebliğ ile bildirim eşikleri bakımından pazar payı eşiği kaldırılmış olduğundan, pazar payının tespiti tebliğ bakımından sadece rekabetin önemli oranda kısıtlanıp kısıtlanmadığı bakımından önem taşımaktadır. Bu sebeple, 1997/1 sayılı tebliğe oranla ilgili piyasa ve piyasa koşullarının belirlenmesi RK. 7 maddesinin uygulanmasının bir koşulu olmaktan çıkmıştır. Ne var ki, halen rekabetin önemli oradan kısıtlanıp kısıtlanmadığı ve hâkim durum testi bakımından kullanılan bir kriterdir.

Netice itibarıyla; birinci aşamada ilgili ürün pazarının tespitini, ikinci aşamada ilgili coğrafi pazarın tespitini ve son aşamada da yapılan yoğunlaşma işleminin ilgili pazar ile ne ölçüde bağdaştığı incelenmektedir<sup>348</sup>. Böylece ilgili piyasa her teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği ile muhtemel olarak faaliyet gösterebileceği ekonomik bölge olarak ifade edilebilir<sup>349</sup>.

#### **4.7.3. Kurul Kararı ve Etkisi**

Kurum; gerek kendisine bildirilen gerekse de herhangi bir yolla öğrenip re'sen harekete geçtiği yoğunlaşmalar bakımından, aralarında bir değerlendirme farkı söz konusu olmaksızın ya izin verir ya da söz konusu yoğunlaşmayı RK. 7. maddesine aykırı bularak para cezası ile birlikte birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına, şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine, bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

##### **4.7.3.1. Özel Hukuk Bakımından**

RK. 7. maddesi, hâkim durum yaratan veyahut bir hâkim durumu güçlendiren ve de ilgili piyasadaki rekabeti önemli oranda etkileyen bir hâkim durumun hukuka aykırı ve yasak olduğunu ifade etmiştir.

Bilindiği üzere, emredici kanun hükümlerine aykırılığın yaptırımı butlandır. RK 7. maddesi, maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere emredici bir düzenlemedir.

---

<sup>348</sup> Eraslan, s. 55.

<sup>349</sup> Akıncı, s. 201.

Bunun doğal sonucu ise, söz konusu yoğunlaşma işlemlerinin baştan itibaren, kendiliğinden ve düzeltilemeyecek şekilde geçersizliğidir. Yoğunlaşma işleminin yerine getirilmiş olması da bu durumu değiştirmez.

Böylece taraflardan biri borcunu ifa etmemişse, yoğunlaşma işleminin butlanla sakat olması sebebiyle ileride ifa etmek zorunda kalmayacaktır. Kendi borcunu ifa eden taraf da karşı taraftan ifa talep edemeyecektir.

İfa edilmiş bulunan borçlar bakımından ise; RK. 56. maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır.

#### 4.7.3.2. İdari Hukuk Bakımından

Birbirleriyle eş zamanlı olarak tatbik edilmesi mümkün olan bu yaptırımlardan ilki, teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar; diğeri ise, idari nitelikli para cezalarıdır. Bu yaptırımlar, işleme taraf olan teşebbüslere birbirinden bağımsız olarak tatbik edilir<sup>350</sup>.

Bu kapsamda yoğunlaşmalar bakımından Kurul, RK. 9. maddesi uyarınca bir yoğunlaşmanın RK. 7. maddesini ihlal ettiğini öğrendiği zaman, rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için; yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı ilgili teşebbüslere bildirir.

RK. 11. maddesinde ise bildirim tabi olup da bildirilmemiş yoğunlaşmalar bakımından düzenleme getirilmiştir.

*Bildirime tabi olup da bildirilmemiş bir birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; **para cezası ile birlikte**, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan*

---

<sup>350</sup> Şanlı, s. 386.



*teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.*

Anılan düzenlemeler uyarınca, kurulun vermiş olduğu tedbir ve ya nihai kararının yerine getirilmesi ise ilgili teşebbüslerin sorumluluğundadır. Söz konusu sorumluluğu yerine getirmeyen ilgili teşebbüslere, kararlardaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için verilen sürenin dolmasından itibaren ya da yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren nispi oranda idari para cezası verilir.

*RK. 17. maddesi “Her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin on binde beşi oranında idarî para cezası verir.”*

Kurumun nispi oranlı idari para cezası uygulamak yerine, söz konusu tedbirleri ilgili teşebbüslerin yerine geçerek onların hesabına yapması ise mümkün değildir.

RK. 16. maddesinde ayrıca yoğunlaşmalar bakımından; birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ile izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi bakımından teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idarî para cezası, birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir.

#### **4.7.3.3. Şartlı İzin**

Şartlı izin tebliğın 13. maddesinde “Kurul, izin kararında şart ve yükümlülük öngörebilir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bir diğer durum ise, tebliğın 14. maddesi uyarınca tarafların taahhütte bulunmasıdır.

*Teşebbüsler, Kanunun 7 nci maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilirler. Teşebbüsler tarafından*

*verilen taahhütler, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olmalıdır. Söz konusu yükümlülük ve şartın uygulanmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri de ön görebilir.*

Diğer yandan taraflar gerek izin başvurusu ile beraber gerekse de bildirim sonrasında orijinal planda değişiklik meydana getirerek yoğunlaşmaya ilişkin taahhütlerde bulunabilirler<sup>351</sup>. Ön inceleme safhasında taahhüt verilmesi halinde bildirim taahhüt metni Kurul tarafından alındığı tarihte yapılmış sayılır.

Kurulun alabileceği tedbirler; belli mal varlıklarının devri, lisans anlaşmaları ve bunların takibi için kayyım ataması şeklinde olabilir. Uygulamada ise kurum, Metro/Migros kararında taraflardan sadece birinin ortak girişim ile ilgili il ve ilçe merkezlerinde faaliyette bulunabileceği, Koç/Balfour kararında ise; ana şirketlerin en az birinin Türkiye sınırları içindeki ilgili ürün pazarında, Garanti Kozanın katıldığı ihalelere katılmaması koşuluyla izin vermiştir<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> Ulu, s. 33.

<sup>352</sup> Ulu, s. 63-64.

## SONUÇ

Ticari işletme terimi, Ticaret Hukuku bakımından merkez kavramdır. Tarihsel süreç içinde Ticaret Hukuku ilk olarak tacir sınıfına imtiyazlar getiren bir düzenleme olarak doğmuş, ardından eşitlik ilkesine uygun olarak ticari işlere uygulanan kurallar en nihayetinde modern sistemde ticari işletmelerin işlemlerine uygulanan bir hukuk sistemi haline gelmiştir.

Ticaret Hukuku merkez kavram olarak ticari işletmeyi düzenlerken ticari işletme, esnaf işletmesi, zirai işletme ayrımlarına da yer vererek ticari işletmeye nazaran organizasyon unsuru daha zayıf olan işletmeleri, ticari işletme olmanın hüküm ve sonuçlarından korumuştur.

Bunun yanında ticari işletmeler bakımından getirilmiş bu yükümlülüklerin yanısıra ticari işletmeler bakımından ticari hayatın olağan akışına uygun olarak çeşitli özel nitelikli imtiyazlar da sağlamıştır.

Diğer yandan Ticaret Hukukunun merkez kavramı olan ticari işletme aynı zamanda ticari yaşamın da vaz geçilmez bir unsurudur. Ticari yaşam içinde canlı bir organizma olarak yer almakta, elde değiştirmekte, şirketleşmekte, iflas etmektedir. Tüm bu sonuçların ticari işletme sahibi bakımından doğurduğu sonuçların yanında, ticari ilişkilerde üçüncü kişiler bakımından doğurmuş olduğu sonuçlar daha önemlidir.

Ticari ilişkilerde üçüncü kişiler bakımından ticari işletmelerin birer canlı organizma olarak doğurmuş olduğu bu sonuçların etkilerinin azaltılabilmesi için kanun koyucu, ticari işletmeleri konu alan belli başlı hukuki ilişkilerin çerçevesini kendisi belirlemiştir.

Ticaret şirketlerinden farklı olarak, ticari işletmenin borçlarından tacirin tüm mal varlığı ile ve sınırsız olarak sorumlu olması sebebiyle kanun koyucu ticaret şirketlerine nazaran ticari işletmeyi konu alan hukuki işlemlerin çerçevesini çizirken daha az müdahaleci olmuştur.

Bu sebeple, daha ziyade ticari işletmeyi malvarlığı yönüyle ele almış ve malvarlığında esaslı değişikliklere sebebiyet veren hukuki işlemlerin çerçevesini çizmekle yetinmiştir.

Ticari işletmenin malvarlığı üzerinde esaslı değişikliğe sebebiyet veren hukuki işlemlerden en önemlisi ise, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının devridir. Ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının devri; münferit unsurların devri olarak, salt pasiflerin veya aktiflerin devri olarak ve nihayetinde tüm malvarlığı unsurlarının birlikte devri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ticari yaşamda gerçekleşen danişıklı işlemler sebebiyle BK ile MBK ticari işletme devirlerini özel olarak düzenlemiştir. Pasiflerin zorunlu intikalini düzenlerken, aktifler bakımından ise; devre konu ticari işletmenin alacaklılarının alacaklarını tehlikeye düşürmemesi şartıyla ancak belli başlı hususların devir kapsamından çıkarılabileceğini düzenlenmiştir.

BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddelerinde düzenlenen ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri, anılan maddelerin emredici düzenlemeler olması sebebiyle, ticari işletme devri kavramıyla aynı anlama gelmektedir. Anılan düzenlemelerin dışında ticari işletmelerin sadece aktiflerinin ya da pasiflerinin devri mümkün değildir. Ticari işletmenin münferit unsurlarının satılması ise mümkündür. Buna karşılık münferit unsurların satışı şeklinde muvazaalı işlemler ile BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddelerin dolanılması mümkün değildir. Bu hususun tespitinde organizasyon unsuru karşımıza çıkmaktadır.

Bu şartları taşımayan ticari işletme devri sözleşmeleri bakımından ise, somut durumun şartlarına göre kısmi butlan ya da emredici düzenlemeler olan BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddelerinin doğrudan uygulanması gündeme gelecektir.

Esnaf işletmelerin devri bakımından BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı başlangıçta tereddüt uyandırmış, daha sonrasında ise esnaf işletmelerinin devri bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ne var ki, ticari işletmeye nazaran daha zayıf organizasyon unsuruna sahip bulunan esnaf işletmelerinin sahip olduğu hukuki işlemlerde şahıs unsuru öne çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak BK' nın 179. maddesi ile MBK' nın 202. maddelerinin her durumda esnaf işletmelerinin devrine uygulanması mümkün değildir.

MTTK, TTK' dan farklı olarak aktifler açısından da külli halefiyet hali düzenlemiştir. Bu yönüyle ticaret şirketlerinin devri ve birleşmeleriyle paralel bir düzenleme oluşturmuştur.

Son olarak, bir ticari işletmenin devri bakımından mevcut bir ticari işletme ve ticari işletme devri sözleşmesi gerekli olduğu gibi, aynı zamanda belli büyüklükteki ticari işletme devirleri bakımından ise Rekabet Kurulu'na bildirim ve bildirim neticesinde kurul tarafından izin de gereklidir. Bildirime tabi olan devirlerin izin öncesi icrası mümkün olmadığı gibi, icra edilmiş olması durumunda, rekabeti bozucu bir etki göstermese dahi idari para cezası uygulanmaktadır. Bildirilmemiş ticari işletme devirleri ile bildirilmiş ticari işletme devirlerinin rekabeti bozucu etkileri bakımından gerçekleştirilecek testler bakımından ise, herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

## KAYNAKÇA

**Acemoğlu, K**, Borçlar Kanununun 179. Maddesine Gore Malvarlığı Veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971.

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

**Alacağın Temliki**, Erişim: 11.02.2010, <http://www.oyhukuk.gen.tr/file/docs/alacak.doc>.

**Al kılıç, Ş**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul, 2009.

**Aral F**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007.

**Arkan, S**, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2011.

**Arkan S**, Marka Hukuku Cilt: II, 8. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, Ankara 1998.

**Arslanlı, H**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960.

**Ayhan, R/Özdamar, M/ Çağlar, H**, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2011.

**Salim, A**, “2010/4 Sayılı Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi” Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, İstanbul, 2011.

**Ayiter, N**, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968.

**Bahtiyar, M**, Ticari İşletme Hukuku, Kocaeli 2005.

**Bahtiyar, M**, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri” Legal Hukuk Dergisi, Ekim, 2011.

**Baştuğ, İ. / Erdem, H. E**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993.

**Battal, A**, Ticaret Sicilinin Müspet Fonksiyonunun Ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi (Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1997/1.)

**Becker, H**, İsviçre MK. Şerhi, BK. 1. Kısım Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı

Yayınları, C. VI, S. 8, Ankara 1967.

**Bilgili, F/ Demirkapı, E**, Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Bası, Bursa, 2011.

**Birsel, Mahmut, T**, Ticarî İşletme Hukuk, I. Cilt, İzmir, 1970.

**Boyacıoğlu, C**, “Ticaret Unvanının Devamına İlişkin Düzenlemenin (TK 49) Ticaret Unvanının Sürekliliği İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi” Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul, Beta, 2003.

**Bozer, A**, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli İnceleme, Batider, C. I, S. 3, 1962.

**Bozer, A / Göle, C**, Ticari İşletme Hukuku, 1. Bası, Ankara, 2011.

**Berzek, A**, Ticaret Hukukunun Genel ilkeleri, 9. Bası, İstanbul, 2007.

**Cerrahoğlu, M. Fadlullah**, Ticari İşletme, 1. Bası, İstanbul, 1980.

**Çınaroğlu, S**, Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003.

**Çoştan, H**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara, 2009.

**Dalamanlı L./ Fuat, T**, Türk Ticaret Hukuku Ticarî İşletme, Ankara, 1979.

**Doğanay, İ**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, II, 3. Baskı, Ankara 1990.

**Domaniç, H./ Ulusoy, E**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, İstanbul, 2007.

**Domaniç, H**, TTK. Şerhi, C. I, İstanbul 1988.

**Domaniç, H./Çoştan, H**, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara, Turhan, 2004.

**Engin, İ, B**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, İstanbul, 2002.

**Erem, S. T**, Ticaret Hukuku Prensipler, Ticari İşletme, C. I, 9. Bası, İstanbul 1981.

- Eren, F.** , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009.
- Eriş, G.**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1992.
- Ertekin, E. / Karataş, İ.**, Uygulamada Ticari Senetler Hukuku, Ankara 1992.
- Feyzioğlu, Feyzi, N.**, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 2. Cilt, İstanbul, 1969.
- Gürpınar, B.**, “*Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik Ve Hukuki Gereçekleri*” Rekabet Hukukunda Birleşme Ve Devralmalar Sempozyumu, İstanbul, 2011.
- İmregün, O.**, Kara Ticareti Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2001.
- İnal, T.**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.
- Karahan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Konya 2011.
- Karayalçın, Y.**, Ticaret Hukuku, Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.
- Kaya A.**, Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan, 2006.
- Kendigelen, A.**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011.
- Kubilay, H/ Göksoy, Y, C/Ayan, Ö /Yıldırım, A, H.**, Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme, 1. Bası, İstanbul, 2004.
- Arslan, Macide, N.**, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Çerçevesinde Birleşme Kontrolü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.
- Mimaroğlu, S. K.**, Ticaret Hukuku Dersleri, İşletme Hukuku, C. I, 3. Bası, Ankara 1978.
- Oğuzman, M. K. / Öz, T. M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Özsunay, E.**, Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, Ankara 1962.
- Paslı, A.**, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009.
- Poroy, R.**, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1991.

**Poroy, R. / Yasaman. H.**, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010.

**Sanlı, Kerem, C.**, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000.

**Şenyücel, O.**, “2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve” Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, İstanbul, 2011.

**Tekil, F.**, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1997.

**Tekinalp, Ü.**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.

**Tekinay, Selahattin, S.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1968.

**Tesal, Reşat, D.**, Ticaret Hukuku, İstanbul, 1984.

**Topçuoğlu, M.**, “İşletmenin Devri Ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Etkisi” Tekinalp'e Armağan, II. Cilt, İstanbul, 2003.

**Tuna, E.**, Ticaret Hukuku, 1. Cilt, İstanbul, 1989.

**Tunçomag, K.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976.

**Türk, S. H.**, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1986.

**Türk, S. H.**, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Ankara, 1986.

**Türkiye Bankalar Birliği**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler.

**Ulu, Harun.**, Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, 2004.

**Ulusoy, Yılmaz.**, Ferdi İşletmelerin Sermaye Şirketlerine ve Kolektif Komandit Şirketlerin Sermaye Şirketlerine Dönüşmesi, Ankara, 1983.

**Ülgen, H./Teoman, Ö./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A./Ertan, F. N.**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

**Yasaman, H.**, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.



**Yasaman, H**, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003.