

TİCARİ İŞ - TİCARİ İŞLETME - TACİR- TİCARET SİCİLİ – TİCARET UNVANI - HAKSIZ REKABET

*Prof. Dr. Rıza AYHAN**

Değerli katılımcılar, öncelikle hepimizi saygılarımla selamlayarak sözlere başlamak istiyorum. Tebliğ konumu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11-56. maddeleri arasında yer alan düzenlemeler oluşturmaktadır. Sunumumda kanun sistematığına uygun şekilde açıklamalarda bulunmaya çalışacağım. Ancak ticari iş karinesinin düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesi de tebliğ kapsamında olup, bu madde kanunun ticari işlerin düzenlendiği 3. maddesiyle de ilgili olduğundan, sistematik olarak ilkin ticari iş konusunun değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyim. Bu nedenle sunumumda önce ticari iş kavramını inceleyip, akabinde kanun sistemine uygun şekilde açıklamalarıma devam edeceğim.

I. TİCARİ İŞ

Ticari iş kavramı, 6102 sayılı Kanun'da 4 kriterle (TTK m. 3, 19) tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre,

1. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, başkaca bir husus aranmaksızın ticari iş olarak kabul edilmiştir.
2. Yine ticari işletme ile ilgili bütün işlem ve fiiller de ticari iş olarak öngörülmüştür.
3. Tacirin borçlarının kural olarak ticari olduğu kabul edilmiştir.
4. Ayrıca, taraflardan biri için ticari iş niteliğindeki sözleşmelerin de (Kanunda aksine bir düzenleme yoksa) diğeri için de ticari iş olacağı öngörülmüştür.

Ticari işe vücut veren bu dört kriter, farklı sistemlere dayalı olarak ortaya çıkmıştır. Ancak Kanunda ticari iş ile ilgili olarak benimsenen bu ayırım, oldukça karışıktır ve bazen haksız sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Özellikle tacirlerin borçlarının ticari olduğunun kabul edilmesi ile taraflardan yalnızca biri için ticari iş sayılan sözleşmelerin diğeri taraf açısından da ticari iş olarak kabul edilmesi önemli sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

1957'den bu yana, ticaret hukukunun uygulama alanının, esas itibariyle modern görüşe göre, yani "ticari işletme" kriterine göre belirlendiği kabul edilmektedir. Bu husus 1957 tarihli 6762 sayılı Kanun'un gerekçesinde açıkça dile getirilmiştir. Ancak Kanun'da yer alan ilgili maddeler incelendiğinde, ticari işletmenin yanı sıra; "ticari iş" veya "tacir"den hareket ederek bazı düzenlemelerin yapıldığını da söylemek mümkündür.

Ticari iş açısından, hem 6762 sayılı Kanun'da hem de 6102 sayılı Kanun'da ilk olarak yasa esaslı objektif bir sistemin benimsendiği gözlenmektedir. Zira TTK m. 3 hükmünde öncelikle, TTK'da düzenlenen tüm hususların ticari iş olduğu kabul edilmiştir. Bu noktada, tarafların, tacir sıfatını taşıyıp taşımadıkları ya da yapılan işin ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmedeği de önem arz etmez. Ancak ilgili hükmün ikinci kısmında, modern görüşün esas alındığı ve ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillerin de (haksız fiiller dahil olmak üzere) ticari iş sayıldığı görülmektedir¹. Uygulamada sorunlara sebebiyet veren üçüncü kriter açısından ise, 6762 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile 6102 sayılı Kanun'un 19. maddesinde, tacirin borçlarının ticari olmasından hareket edilerek subjektif sisteme dayalı bir yol izlenmiştir. Ticari işin tespitinde kullanılan dördüncü kriterin ise, objektif sistemin ürünü olduğu anlaşılmaktadır.

Hangi normun hangi zamanda ortaya çıkmış olduğu ve hangi gerekçeye dayalı olarak ortaya konulmuş bulunduğunun tespit edilmesi ve gerekli olduğu ölçüde düzeltmeler yapılarak Kanuna alınması faydalı olacak iken, Kanuna doğrudan alınmış olması birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Uygulamada sorunlar, özellikle 3. ve 4. kriterin, karma sistemi benimseyen 1926 tarihli TTK'dan alınmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Öğretide, 1926 Tarihli Kanun'un "karma sistemi" benimsediği kabul edilmektedir. Bahsedilen Kanun, ticari akitlere ilişkin olarak, "ukutu ticariye" adı altında, tıpkı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi genel ve özel (ör: genel hükümler, ticari akitler, bey, icar, rehin, komisyon, sigorta vs.) hükümler içermektedir. Bir iş ticari iş ise, bu durumda bu iş hakkında ticari hükümler uygulanacaktır. Ticari muamelelerin neler olduğu, 1926 tarihli Kanun'un birinci kitabının, birinci babının üçüncü faslında düzenlenmektedir. Genel olarak "*yeniden satılmak ya da kiralanmak için yapılan alım ve kira işleri, tacir olsun ya da olmasın, kim yaparsa yapsın ticari*" kabul edilmektedir. İlgili Kanunda fabrikacılık, nakliyatçılık, matbaacılık vs. gibi faaliyetler, ticari muameleler olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca tarafların niyeti ne olursa

¹ Bu konuda bkz. Y.HGK. 23.01.2002 tarih ve 2002/4-12 E., 2002/6 K. Sayılı kararı (Kazancı).

olsun, komisyonculuk, tellallık, banka muameleleri gibi işler de ticari muamelelerden sayılmıştır. Tüm bu bahsedilenlerin yanında 1926 tarihli Kanun, ticari işlere ilişkin bir karineye ve işin tâbi olacağı hükme dair bir yorum (koordinasyon) kuralına da yer vermiştir. İlgili Kanunda yer alan bahse konu karine, tacirin akit ve borçlarının, adi işlere ilişkin olduğu ispatlanmadıkça, ticari işlerden sayılması (1926 tarihli TTK m. 22); yorum kuralı ise, taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelerden doğan borçların, kanunda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer taraf için de Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi olmasıdır (1926 tarihli TTK m. 23).

Yorum kuralı, yapılan işin hangi kanun (Borçlar Kanunu-Ticaret Kanunu) hükmüne tâbi olacağını belirlediğinden, o dönemde önemli bir koordinasyon kuralı işlevine sahipti. 6102 sayılı Kanun açısından genel olarak ticari iş sayılmanın 3 önemli sonucunun (zamanaşımı-teselsül-faiz) bulunduğu öğretide kabul edildiğinden, koordinasyon kuralının etkisi zayıflamıştır. Ticari işlerin münferit hükümleri nazara alındığında ise, ticari iş sayılmaya bağlanan sonuçların uygulanabilmesi için, işin bir taraf için ya da iki taraf için ticari olmasının, kural olarak, herhangi öneme sahip olmadığı görülmektedir. Örneğin, ticari işlerde faiz bakımından, işin bir ya da iki taraf için ticari olmasının önemi yoktur. Önemli olan işin, ticari iş olduğunun belirlenmesidir. Nitekim 3095 sayılı Kanun'un 2. maddesinde "...*ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir....*" ifadesine yer verildiği görülmektedir².

Kanunun temel sisteminden ayrılan bu kriterler, zaman zaman hayatın olağan akışıyla bağdaşmayan sonuçlar da doğurabilmektedir. Örneğin, gerçek kişi tacir evine mobilya alırken borçlanmışsa, bu borç tacir açısından ticari iş niteliği taşımamaktadır. Ancak mobilyaları satın aldığı kişi, ticari işletme işleten bir mobilyacı ise, onun ticari işletmesini ilgilendiren bir iş söz konusu olduğundan, bu iş mobilyacı açısından ticari bir iş olarak kabul edilecektir. Ayrıca söz konusu bu satış sözleşmesinin, satıcı bakımından 2. kriter uyarınca ticari iş niteliği taşıması nedeniyle alıcı bakımından da 4. kriter uyarınca ticari iş niteliğinde olması gerekir. Bununla birlikte Kanun'un 4. kriteri, "*kanunda aksine hüküm bulunmaması koşuluna bağlı olduğundan*" ve gerçek kişi tacirin bu tarz borçları kanuni bir istisna teşkil ettiğinden, bu borç alıcı konumundaki gerçek kişi tacir bakımından ticari iş niteliği taşıyacaktır.

² Ticari işlere bağlanan en önemli sonuç olan faiz bakımından, 3095 sayılı Kanun hükümlerinin mevcut hukuki durum gözetilerek Ticaret Kanunu'na aktarılması, sorunların çözümü bakımından önemli yarar sağlayacak mahiyettedir.

Öte yandan, bu mobilyayı alanın, gerçek kişi tacir değil de, sıradan bir vatandaş olması durumunda, bu kişinin dördüncü kriterde belirtilen istisnadan (*kanunda aksine hüküm bulunmaması*) yararlanma imkânı söz konusu olmayacaktır. Yani ticari faaliyeti dışında bir işlem yapan gerçek kişi tacir için, ticari iş niteliği taşımayan bir borç, sıradan vatandaş bakımından ticari nitelik taşıyacaktır (kriter 2 ve 4). Bu sonuç ise, mantığa ve hakkaniyete uygun değildir ve hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır. Ancak yasal düzenlemenin lafzı dikkate alındığında şu an için bu durumdan farklı bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Tüketicinin korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin bu çelişkiyi bertaraf edebileceği düşüncesi, bir ihtimal olarak akla gelse de, anılan düzenlemeler, ticari iş olmaya bağlanan sonuçları bir bütün olarak ele almamakta, kısmi istisnalarla koruma sağlamaktadır.

Netice itibariyle 1926 tarihli Kanunun sistemini değiştiren 6762 sayılı Kanun'un, ticari iş kriterlerine ilişkin düzenlemesi, sistem değişikliğine uyum sağlamak için gerekli mütalaa edilmiş olabilir; ancak hali hazırda ticari işletme kriteri üzerine bina edildiği teyit edilen yeni Kanunda, farklı kriterlerin çelişkiler doğuracak tarzda kullanılmaya devam edilmesi hem sistem ile bağdaşmamakta hem de önemli sorunları beraberinde getirmektedir.

II. TİCARİ İŞLETME

A. Genel Olarak

Ticaret Kanunumuzun temelini teşkil etmesine rağmen, 6762 sayılı Kanun'da ticari işletmenin tanımına yer verilmemiş; ancak doktrinde TST'nin 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan menfi tanımdan hareket edilerek ticari işletmenin unsurlarının tespiti yoluna gidilmiştir. Buna göre ticari işletmenin unsurları; gelir sağlamayı hedef tutma, sürekli faaliyet gösterme (devamlılık), bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırları aşma şeklinde sıralanmıştır.

Bununla birlikte 6102 sayılı TTK'da, eski Kanun döneminde kabul edilen ticari işletmenin unsurları da göz önünde bulundurularak, ticari işletmenin tanımına açıkça yer vermiştir. Buna göre ticari işletme, "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*" (TTK m. 11/1).

6762 sayılı Kanun'un 12 ve 13. maddesinin aksine, 6102 sayılı Kanun'da ticari işletme sayılan müesseselere yer verilmemiş; bunların tek tek sıralanması yoluna gidilmemiştir. Ancak Kanun'da öngörülen kriterlere sahip olunması kaydıyla 6762 sayılı Kanun döneminde açıkça sayılan müesseselerin de, ticari işletme niteliğine sahip olduğunda tereddüt edilmemelidir.

Önemli olan bir işletmenin, ticari işletme sıfatına sahip olması için gerekli olan unsurları bünyesinde barındırıp barındırmadığıdır. Bu nedenle TTK m. 850/3 hükmünde, taşıma işlerinin ticari işletme faaliyeti olduğunun ayrıca belirtilmesi, gerekli olmayan ve kanun sistemine uymayan bir düzenlemedir.

6102 sayılı Kanun'un 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak Kararname ile belirlenecektir.

B. Ticari İşletmenin Devri

Ticari işletmeler ile ilgili “bütünlük ilkesi”nin benimsendiği 6102 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ayrıca, ticari işletmenin devri veya diğer hukuki işlemlere konu olabilmesinin şartları düzenlenmiştir (m. 11/3). Buna göre;

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

6102 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrası ticari işletmenin çeşitli işlemlere konu olmasını ve devir sözleşmesinin kapsamını düzenlemektedir. Ticari işletmenin devrini içeren sözleşme, **yazılı şekilde** yapılmalıdır. Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 11/3'te ticari işletmenin devri sözleşmesinin içeriğine ilişkin herhangi bir şart getirilmemesine rağmen, 27 Ocak 2013 tarihli ve 28541 sayılı R.G.'de yayınlanan Ticaret Sicil Yönetmeliği (TSY) m.133/2'de, ticari işletmenin devri sözleşmesinin hangi hususları içermesi gerektiği belirlenmiş olduğundan, artık bu yazılı şeklin nitelikli (mevsuf) yazılı şekil olarak anlaşılması gerekir³. Ancak, Türk Ticaret Kanunu 11/3'teki ifadeden ticari işletmenin devrinde “adi yazılı şekil”in yeterli olduğu anlaşılmasına rağmen; TSY m.133/2 hükmü ile nitelikli (mevsuf) yazılı şeklin benimsenmiş olması normlar hiyerarşisi bakımından eleştiriye açıktır.

İlgili hükümde, aksi öngörülmemişse devrin; *duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve*

³ Ticari işletmenin devrinde adi yazılı şeklin kabul edilmesinin sakıncaları hakkında bkz. BAHTİYAR, Mehmet, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2011, Y. 9, S. 106, s. 3889 vd..

sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını kapsayacağından söz edilmiştir. Maddede açıkça belirtildiği üzere “aksi öngörülmemişse” ifadesinden, devir sözleşmesinin kapsamının *serbestçe* tâyin edilebileceği anlaşılmaktadır.

Ticari işletmenin devrini içeren bir sözleşme bakımından devre ilişkin işlemlerin etkisi ve taşınmazların devrin kapsamında olup olmadığı sorunları ortaya çıkmaktadır. Kanun metninde devrin kapsamı ile ilgili hükümde, özellikle taşınmazlara ilişkin sarıh bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple, taşınmaz mülkiyetinin tapu siciline yapılan tescille geçeceğine yönelik kuralın, ancak açık bir hükümle bertaraf edilebileceği düşüncesi akla gelse de, Türk Ticaret Kanunu’nda ticari işletme devrinin, aksi öngörülmediği sürece duran malvarlığı ve işletmeye sürekli olarak özgülenmiş malvarlığı unsurlarını içerdiği hükme bağlanmıştır. Duran malvarlığı hukuki bir terim olmayıp, muhasebe ile ilgili bir kavram olmasına rağmen, bu terimden ve Kanun gerekçesinden hareketle taşınmazların da devrin kapsamına girdiği kabul edilmelidir.

Taşınmazların devri ile ilgili TMK’da özel düzenleme bulunmasına rağmen, belirli bazı hallerde taşınmaz mülkiyeti tescilden önce iktisap edilebilmektedir. TMK m. 705/2’de taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce iktisap edilebileceği haller belirtilmiştir. Bu kapsamda; *miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde*, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde dahi yeni malikin tescilden önce iktisap ettiği taşınmazlar üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesi için, mülkiyetin kendisi lehine tapu kütüğüne tescil edilmiş olması gereklidir (m. 705/2). TMK m. 705/2’de de açıkça belirtildiği üzere, kanunda belirtilen diğer hallerde de, taşınmaz mülkiyeti tescilden önce iktisap edilebilir. TMK m. 54 uyarınca *kişiliği sona eren bir tüzel kişinin mallarının kamu hukuku tüzel kişisine geçmesi, vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla, vakfa özgülenen taşınmazın mülkiyetinin vakfa geçmesi, mal ortaklığı mal rejiminde, evlenme sözleşmesinin eşlerin mülkiyetindeki taşınmazı elbirliği mülkiyetine dönüştürmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesine ilişkin yapısal değişikliklerin varlığı, yeni arazi oluşumu* gibi hallerde taşınmaz mülkiyeti tescilden önce el değiştirmektedir. 6102 sayılı TTK m. 11/3 hükmü ile birlikte artık bu hallerin bir diğer örneğini de, ticari işletmenin devri oluşturacaktır. Ticari işletmenin devrine ilişkin TTK m. 11/3 hükmü, ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebileceğini ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceğini düzenlemektedir. Taşınmazlarda tasarruf işlemi olan tapu siciline tescil yapılmadan, ticari işletmenin devri sonucunda mülkiyet devralana geçmektedir.

Kanunda devre ilişkin olarak yazılı sözleşme ve ticaret siciline tescil ve ilân gibi şekli unsurlara yer verilmiş; ancak devrin hükmünü ne zaman doğurduğu, yani tescilin kurucu mu açıklayıcı mı olduğu konusunda açık düzenleme yapılmamıştır. TSY m. 133/3'de ise, ticari işletmenin devrinin, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade edeceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemeden, ticaret siciline yapılan tescilin “kurucu” etkiye sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bununla birlikte tapu siciline tescil yapılmadan, ticaret siciline yapılan tescille mülkiyetin intikal etmesi, hukuk güvenliği açısından önemli sorunları beraberinde getirecektir. Zira bu halde TTK kapsamında ticari işletmenin devri sözleşmesi çerçevesinde devredilmiş bir taşınmaz tapu siciline güvenerek iktisap eden üçüncü şahısların hakları korunacağından, ticari işletmeyi devralan kişinin haklarının tehlikeye düşmesi sorunu ile karşı karşıya kalılabilecektir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, siciller arası koordinasyona ilişkin bir Tebliğ⁴ çıkarmıştır. Anılan Tebliğ hükümlerine göre, ticaret sicil müdürü, tapu dâhil ilgili sicil dairelerine ticari işletme devrini bildirimle yükümlü olup⁵ (Tebliğ m. 4), bildirim alan tapu sicil müdürünün, ticari işletme devrine ilişkin hususu tebliğin 6. maddesi⁶ uyarınca şerh etmesi gerektiği kabul edilmelidir⁷.

Ticaret sicili müdürlüğü tarafından bildirilen mal ve haklar üzerinde, ilgili sicili (tapuyu) tutan kurumlar, bildirim aldığı andan itibaren, eski hak

4 Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ, RG: 31.10.2012.

5 Tebliğ m. 4/3: Kanun hükümlerine göre ticari işletmenin devrinde devredilen ticari işletmeye sürekli olarak özgülenmiş bulunan malvarlığına dâhil olan; tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların **devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla**, tescili yapan müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere 5 inci maddede düzenlenen hususlar bildirilir.

6 Müdürlüklerin bildirim alan ilgili sicili tutan kurum tarafından, **kendi kayıtlarında re'sen işlem yapılabilmesine imkân tanıyan durumlarda** mal ve haklar yeni sahipleri adına tescil edilir. **Re'sen tescilin mümkün olmadığı durumlarda ise**; ilgili sicil memurluğunca bildirim alındığı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur ve ilgililerin başvurusu üzerine gerekli harç ve giderler alındıktan sonra, mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılır.

7 3 nolu dipnotta belirtilen tebliğin 4/3. maddesinde, hakkın devralan adına gecikmeksizin tescilinin yapılması amacıyla bildirim yapılmasından bahsediliyor. Bu düzenleme Tebliğ 6. maddede uyarınca, re'sen işlem yapılmasına imkân tanıyan bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Ama bunun bir Tebliğ hükmüyle düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır.

sahiplerinin, yeni hak sahipleri aleyhine sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlem yapamaz (Tebliğ m. 6/2). Ancak bu bildirimden öncesi açısından siciller arasında koordinasyon sağlanmadığından, iyi niyetli üçüncü şahısların bildirim öncesi taşınmazlara ilişkin işlemlerinin akıbeti bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Mevcut durum, taşınmaz devrinden önce ticaret sicil kayıtlarını kontrol gibi bir yükümü doğurmaktadır. Ancak ticaret sicili kayıtlarına güven kural olarak korunmamaktadır. Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinin, tapu siciline güven ilkesini bertaraf eden bir etkiye sahip olmadığını kabul etmek, mevcut sistemde hukuka ve menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır.

III. TİCARİ İŞLETMEDE “ŞUBE KAVRAMI”

“Şube” kavramı ile ilgili olarak 6102 sayılı Kanun’da herhangi bir tanım bulunmamasına karşın; Ticaret Sicil Yönetmeliği’nde şubeye ilişkin bir tanıma yer verilmiştir.

Ticaret Sicili Yönetmeliği’nin 118. maddesine göre **şube**, “Bir ticari işletmeye bağlı olup ister merkezinin bulunduğu sicil çevresi içerisinde isterse başka bir sicil çevresi içinde olsun, bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kendi başına sınaî veya ticarî faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazalarını” ifade etmektedir.

5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun⁸ 9’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında ise **şube**, “Bir merkeze bağlı olduğu halde, ister merkezin bulunduğu odanın, ister başka odanın çalışma alanı içinde olan müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi bulunmadığı halde kendi başına sınaî faaliyet ve ticarî muamele yapan yerler ve satış mağazaları bu Kanunun uygulanması bakımından şube sayılır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Mevzuatımızda şube kavramına 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3’üncü maddesinde de yer verilmiştir. Buna göre, “**Şube**: Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü işyerini ifade eder.”

⁸ 5590 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, 5174 sayılı Kanunla değiştirilmiştir, (RG. Sayı 25479, Kabul T.18.5.2004, RG Yayın T.1.6.2004).

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 118'inci maddesinde yer alan tanım esas itibariyle 5174 sayılı Kanun'da yer alan tanımla örtüşmektedir. Ancak 5174 sayılı Kanun, “*müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi bulunmadığı halde*” ifadesini kullanarak, ayrı bir muhasebenin varlığını şart koşmakla birlikte; muhasebenin mutlaka şubede tutulmasını zorunlu kılmamakta, şubeye ait muhasebenin merkez tarafından tutulmasını da yeterli saymaktadır. Oysa Ticaret Sicil Yönetmeliği, “*bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın*” ifadesi ile **şubenin ayrı bir muhasebeye sahip olmasının zorunlu olmadığını hükme bağlamaktadır.**

IV. TACİR

6102 sayılı Kanun'un 12 ila 17'inci maddeleri, tacir sıfatına ve esnafa ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Tacir sıfatının kazanılması açısından eski sistemde benimsenen ilkeler Yeni Kanun'da da devam ettirilmiştir. 6102 sayılı Kanun'da gerçek kişi tacir sıfatının belirlenmesi, küçük ve kısıtlıların tacir sıfatı ve ticaretten men edilenlerin durumu 6762 sayılı Kanun ile paralel bir biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte Yeni Kanun'un 16. maddesinin 1. fıkrasında, tüzel kişi tacir tanımının kapsamına, 6762 sayılı Kanunun 18. maddesinde açıkça zikredilmeyen ancak doktrinde bu kapsama onların da dâhil edileceği kabul edilen, “vakıf”lar da eklenmiştir. Bu nedenle amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler gibi vakıflar da tacir sıfatına sahip olacaktır. Ayrıca tacir sıfatı ile ilgili hükümlerde, 6102 sayılı Kanun ile hüküm altına alınan şirketler topluluğuna ilişkin yeniliklere değinilmesinde yarar vardır. Zira 6102 sayılı Kanun'un 195. maddesinin 5. fıkrasında, **hâkim teşebbüsün** tacir sayılacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, hâkim teşebbüs konumundaki gerçek kişi, ticari işletme işletmese bile tacir sayılacaktır.

V. TACİR OLMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

6102 sayılı Kanun'un 18 ila 23'üncü maddeleri arasında tacir olmanın hükümleri düzenlenmiştir. TTK m. 18/3 hükmünde, “*sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme ve temerrüte*” ilişkin olarak tacirler arasında yapılacak ihtar ve ihbarlar için belirli şekil şartlarına yer verilmiştir. Buna göre, tacirler arasında bu tarz işlemlere ilişkin ihbar ve ihtarlar, “*noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile*” yapılır. 6762 sayılı Kanun'da “*iadeli taahhütlü mektup*”tan söz edilmişken; yeni Kanun'da “*taahhütlü mektup*” kavramına yer verilmiştir. Ayrıca eski Kanun'dan farklı olarak TTK m. 18/3 hükmünde “*güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile*” de

bu ihtar ve ihbarların yapılabileceği ifade edilmiştir. İhtar ve ihbarların bu şekilde yapılmasını, onların “*muteber olmaları*” için gerekli gören ifadeye, Yeni Kanun’da yer verilmemiştir. Bu şekil şartının geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğuna dair Yasa metninde herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, maddenin gerekçesinde bunların bir ispat şartı olduğuna yer verilmiştir. Ancak madde metni yerine gerekçede bu yönde bir açıklama yapılmış olması, kanun yapım tekniği açısından isabetli değildir.

6102 sayılı Kanun’un 23. maddesi, tacirler arasındaki satışlara ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. 6762 sayılı Kanun’un 25. maddesine göre, sözleşmenin kısmi kısmi icrası mümkün ise veya alıcı kısmi teslimi çekince koymadan kabul etmişse, sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan haklar sadece yerine getirilmemiş kısım için kullanılabilirdi. 6102 sayılı Kanun’da da esas itibarıyla bu kural yine geçerli olmakla beraber; kalan kısmın teslim edilmemesi nedeniyle beklenen faydanın elde edilmesi veya istenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durum ve şartlardan kalan kısmın tam ve gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşılıyorsa, böyle bir durumda alıcının “sözleşmeyi feshedebileceği” Kanun’a eklenmiştir. Ancak kısmi ifa halinde alıcının bu nedenlere dayanarak sözleşmeyi “*feshedebileceğine*” ilişkin düzenleme, mahiyeti itibarıyla “*dönme*” niteliği taşıdığından, yasal düzenlemedeki feshe yönelik ibare eleştiriye açıktır⁹.

Ticari satış ve trampanın düzenleme altına alındığı 6762 sayılı Kanunun 25. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde, tacirler arasında ayıplara ilişkin açılacak davalarda zamanaşımı süresi 6 ay olarak belirlenmişti. 6102 sayılı Yeni Kanun’da ilgili cümle madde metninden çıkarılmış; tacirler arasında ayıplara ilişkin açılacak davalarda da TBK ve uluslararası mevzuat ile uyum sağlanarak, TBK m. 231’deki 2 yıllık zamanaşımı süresi geçerli kılınmıştır.

Ticaret Kanunu’nda tacir olmanın bir kısım hükümleri, eski Kanun’a paralel şekilde düzenlenmekle birlikte, Ticaret Kanunu dışında, özellikle HMK ve TBK’da da tacir olmanın hükümlerine ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Her ne kadar farklı Kanunlarda yer alsalar da, konumuz kapsamında kısaca bunlara da değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

6100 Sayılı HMK m. 17’ye göre, “*Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.*”

⁹ Benzer yönde eleştiriler için bkz. KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, 2. Bası, s. 65.

Her ne kadar maddenin lafzından doğrudan anlaşılmasa da, HMK m. 17 gerekçesi de dikkate alındığında¹⁰, yetki sözleşmesini sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yapabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Tacir veya kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerce yetki sözleşmesi yapılması, Yeni HMK hükmü karşısında artık mümkün değildir ve yargı uygulaması da bu tarzda şekillenmeye başlamıştır. Bununla birlikte mevzuatta çeşitli hükümler, tacir olmayanların da yetki sözleşmesi yapabileceğine müsaade edebilmekte, en azından bu konuyla ilgili sınırlama getirmemektedir.

HMK m. 17 lafzı dikkate alındığında, düzenlemeden, tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yaptığı yetki sözleşmesinin, kural olarak, “*kesin yetki sözleşmesi*” olduğu anlaşılmaktadır. Maddenin lafzı, tacirler ve diğer kamu tüzel kişileri dışındaki şahısların yetki sözleşmesi yapmasına engel değildir. Ancak 17. maddenin gerekçesinden, bunun yasaklandığı anlaşılmaktadır. Şüphesiz ki, yasa metinlerinin yorumlanmasında gerekçeler önemli bir kaynak olmakla birlikte, yasa metninde yasaklamanın söz konusu olmadığı bir hususu, gerekçe ile yasaklamak, kanun yapım tekniği açısından tenkide açıktır.

Kanun gerekçeleri, kanun koyucunun gerçek amacının ortaya konulmasında önemli bir etken olmakla birlikte, diğer gerekçeler ve kanun metinleri de kanun koyucunun amacının ortaya konulmasında dikkate alınmalıdır.

HMK 17. maddesi lafzı ve gerekçesinden, tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yeterince güçlü olduğu, aralarındaki ilişkilerde birbirlerini ezemeyecekleri düşüncesinin etkili olduğu sonucu çıkmaktadır. Şüphesiz ki gerekçede bahsedilen ilişki ticari münasebetlere ilişkindir. Ticari olmayan akdi ilişkilerin madde kapsamında olduğunu söylemek mümkün görülmemektedir. Buna karşın yetki sözleşmesinin geçerlilik şartlarını düzenleyen ve 17. maddenin hemen akabindeki 18. maddenin gerekçesinde ise, “*boşanma, ayrılık gibi kanuni kesin yetki kuralının bulunduğu hallerde, yetki sözleşmesi yapılamayacağı*” belirtilmektedir. Kamu tüzel kişileri ve tüzel kişi tacirlerin boşanması ya da ayrılması gibi bir hukuki muamele hukukumuzda yer almamak-

¹⁰ HMK m. 17 gerekçesinde şu ifadeler yer verilmektedir: “...Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, özellikle, tacir olmayan gerçek kişi tüketiciler, tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukuken daha zayıf durumdadır. O nedenle, bu kimselerin, daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir. Bu amaçla, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler arasındaki yetki sözleşmesine, örneğin bir gerçek kişi tüketici ile bir tacirin, yetki sözleşmesi yapmalarına engel olunmak istenmiştir. Buna göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Ayrıca bu kapsamda belirtmek gerekir ki, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir.”

tadır. Madde gerekçesi kapsamında boşanması ve ayrılması mümkün olan tek kişi, gerçek kişi tacirdir. Oysa 17. maddenin şahsi hale ilişkin hukuki sonuçları değil, ticari münasebetleri kapsadığı tereddütsüzdür. Yani Kanunun 17. madde gerekçesi, tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki şahısların yetki sözleşmesi yapamayacağını açıkça belirtirken; 18. madde gerekçesi, bu sıfatı bulunmayanların da yetki sözleşmesi yapabileceğine dair bir yorumu mümkün kılmaktadır. Her ne kadar 17. madde gerekçesinde açıkça diğer kişilerin yetki sözleşmesi yapamayacağı belirtilmişse de, kanun koyucunun amacının ortaya konulmasında diğer madde gerekçeleri de önem taşımaktadır ve bu madde gerekçelerinde yer alan ifadeler, 17. madde gerekçesiyle çelişen yorumlara sebebiyet vermektedir.

Keza, tek bir kanun koyucu bulunduğundan, kanun koyucunun amacının yorumlanmasında, diğer kanun hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin, TBK (Türk Borçlar Kanunu) m. 262 hükmü, taksitle satışa ilişkin olarak yetkili mahkemeyi düzenlemektedir ve anılan hüküm, TBK m. 263/son uyarınca alıcının tacir sıfatına sahip olması halinde uygulanmayacaktır. Yani taraflardan en az birinin tacir olmadığı bir ilişkide uygulanabilecek bir maddedir. Anılan TBK m. 262 hükmüne göre, yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyecektir. Hükmün mefhumu muhalifinden, yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinden, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra vazgeçilmesinin ve bunun bir yetki sözleşmesi ile gerçekleşmesinin de mümkün olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, HMK m. 17 hükmünün gerekçesiyle tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki şahısların yetki sözleşmesi yapamayacağını öngören kanun koyucu, HMK’den sonra yürürlüğe giren başka bir kanunda, tacir olmayan şahısların da yetki sözleşmesi yapabileceğini öngörmektedir. Üstelik buna icazet, kanun gerekçesi ile değil, bizzat kanun metni ile verilmektedir. Bu durum, kanun koyucunun amacının, HMK m. 17’nin açık gerekçesi ile tayin edilemeyecek derecede belirsiz ve temel kanun normları arasında dahi koordinasyonu sağlamaktan uzak olduğunu göstermektedir.

Tacir olmanın hükümlerinin bir kısmı da Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir: Bu kapsamda;

Taksitle satışa ilişkin TBK m. 263 uyarınca; alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması durumunda, taksitle satışa ilişkin hükümlerden sadece 259 uncu maddenin ikinci fıkrası (alıcının temerrüdünde satıcının seçimlik hakkı ile ilgili), 260 ıncı maddenin birinci fıkrası (alıcının temerrüdünde satıcının

dönme hakkı ile ilgili) ve 261 inci maddesi (alıcının temerrüdünde hâkimin müdahalesi ile ilgili) hükümleri uygulanır.

Ön ödemeli satışa ilişkin TBK m. 272 uyarınca; alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması durumunda, 264 ila 271 inci maddeler (ön ödemeli satışa ilişkin TBK hükümleri kastedilmektedir) uygulanmaz.

Kira sözleşmesine ilişkin olarak 6353 s. Kanun ile 6217 s. Kanun'un geçici 2. maddesinde yapılan değişikliğe göre, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır (m. 53).

VI. TİCARET SİCİLİ

Ticaret sicili, 6102 sayılı Kanun'un 24 ila 38'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ticaret siciline ilişkin düzenlemelere TTK'nın yanı sıra ayrıca 27.01.2013 tarihli Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nda da yer verilmiştir.

Ticaret sicilini, bir deftere verilen isim olmaktan ziyade, ticari işletme ile ilgili ilişkilerin açıklanmasına yahut bazı hakların kazanılmasına hizmet eden, belirli iş ve işlemlerin kaydedildiği, resmi nitelikte, aleni bir sicil olarak tarif etmek mümkündür¹¹. Ticaret sicili çeşitli fonksiyonlara sahiptir. Bunları; açıklığın sağlanması fonksiyonu, ispat fonksiyonu, bazı hallerde güveni koruma fonksiyonu, kontrol fonksiyonu, bazı haklar üzerinde tekel sağlama fonksiyonu olarak sıralamak mümkündür.

Ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulması olanağını sağlayan 6762 sayılı Kanundaki düzenleme (6762 s.K m. 28), 6102 sayılı Kanun'da da korunmuştur (TTK m. 24). Sicil kayıtlarına elektronik ortamda ulaşabilmek amacıyla, elektronik bilgi bankası kurulması öngörülmüştür (m. 24/2).

Ticaret sicilinin tutulmasından doğan zararlara ilişkin olarak, sicili tutan odanın sorumluluğu yerine, devlet ve odanın müteselsil sorumluluğu esası-

¹¹ AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, s. 174.

nın benimsenmiş olması ise, Yeni Kanun ile getirilmiş bir başka yeniliktir. Devlet ve sicil görevlilerini atamaya yetkili kurumun, zararın doğmasında kusuru bulunanlara rücu etme hakkı bulunmaktadır (TTK m. 25)¹².

Tescil edilen hususların, kural olarak ilânla birlikte üçüncü şahıslar tarafından bilindiği Yasada kabul edilmekle birlikte (TTK m. 36/1); bu kurala Ticaret Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde istisnalar getirilmiş olması eleştiriye açıktır (Örneğin; m. 371/2; 539/2; 629/1).

6102 sayılı Kanun'un 371/2. maddesinde, anonim şirkette, temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacağı hükme bağlandıktan sonra; şirket tarafından üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğunun ispat edilmesi durumu istisna olarak kabul edilmiştir. Ancak TTK m. 371/2 hükmünde, m. 36/1 hükmünde yer alan kuraldan ayrılılarak, **şirket esas sözleşmesinin ilân edilmiş olmasının, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil olmayacağı** ifade edilmiştir. Yine limited şirketlerde müdürlerin temsil yetkisi ile ilgili olarak da, anonim şirketlerde kabul edilen ilgili bu hükme atıfta bulunulmuştur (TTK m. 629/1).

Ticaret siciline kaydedilen hususların üçüncü kişiler üzerinde ilândan itibaren etki doğuracağını düzenleyen genel kurala getirilen bir diğer benzer istisnaya Kanunun m. 539/2 hükmünde rastlamak mümkündür. İlgili düzenlemeye göre, anonim şirketin tasfiyesinde tasfiye memurlarının üçüncü kişilerle tasfiye amacı dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlayacaktır. Ancak şirket tarafından üçüncü kişinin işlemin tasfiye amacının dışında olduğunu bildiğinin veya hâlin gereğinden bilmemesinin mümkün olmayacağını ispat edilmesi, bu durumun istisnasını teşkil etmektedir. Bununla birlikte

12 Görevlilerin atanması ve devletin gözetimi ile ilgili esaslar TTK m. 25'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Madde 25- (1) Ticaret sicili, ticaret sicili müdürü tarafından yönetilir. Ticaret sicili müdürü, Kanunun 26 ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte belirlenen nitelikleri haiz kişiler arasından oda meclisi tarafından Gümrük ve Ticaret Bakanlığının uygun görüşü alınarak atanır. Aynı usulle sicil müdürlüğünün iş hacmine göre, yeteri kadar müdür yardımcısı görevlendirilir.

(2) Ticaret sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet ve ilgili oda müteselsilen sorumludur. Devlet ve sicil görevlilerini atamaya yetkili kurum zararın doğmasında kusuru bulunanlara rücu eder. Ticaret sicili müdürü ve yardımcıları ile diğer personeli, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılır ve bunlara karşı işlenmiş suçlar kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılır.

(3) Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, ticaret sicili müdürlüklerinin faaliyetlerini her zaman denetlemeye ve gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Ticaret sicili müdürlükleri, adı geçen Bakanlığa alınan önlemlere ve verilen talimatlara uymakla yükümlüdür."

tasfiyenin sadece tescil ve ilân edilmesi, bu hususun ispatı için yeterli görülmemiş, bu durumun bilindiğinin başka şekillerde ispatı istenmiştir.

Ticaret siciline yapılan tescile ilişkin hükümlerde, üzerinde durulması gereken önemli konulardan birisi de “görünüşe güven ilkesi”dir.

Türk Ticaret Kanunu’nun “Görünüşe Güven” başlıklı 37’nci maddesinde tescil kaydı ile ilân edilen durum arasında aykırılık bulunması hâlinde, üçüncü kişilerin ilân edilen duruma güvenlerinin, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, korunacağı düzenlenmiştir.

Bu madde ile üçüncü kişinin kural olarak ilân edilen bir içeriğin ilân edilmiş şekline güvenmesi korunmakta ve ilândan farklı olarak tescil olan içeriğin ona karşı ileri sürülebilmesi öngörülmektedir. Diğer bir deyişle, üçüncü kişi gerçeğe aykırı ilânın gerçekliğine; tescil doğru olsun veya olmasın, güvenebilir. İlgili madde kapsamında güvenin korunması için;

- Tescili gerekli bir husus söz konusu olmalıdır.

- Güveni korunacak üçüncü kişilerin gerçek durumu bilmemeleri gerekir.

- Tescil doğru, ancak ilân yanlış olmalı veya tescil yapılmamış olmakla birlikte yanlışlıkla ilân yapılmış olmalı ya da tescil ile ilânda farklı yanlışlıklar yapılmış olmalıdır.

Sonuç olarak, TTK m. 37’de düzenlenen husus, tescile güveni değil; ilâna güveni içermektedir.

Öte yandan tescil ve ilâna tabi hususun tescil veya ilân edilmemiş olması halinde, bunu **bilen veya bilecek durumda olanlara** karşı ileri sürülebilmesine rağmen (TTK m. 36/4), tescil ve ilân arasında uyumsuzluk olması halinde tescil edilmiş gerçek durumun **sadece bilenlere** karşı ileri sürülüp; **bilebilecek durumda olanlara karşı ileri sürülebilmesi** (TTK m. 37) tenkide açık bir yöndür¹³.

VII. TİCARET UNVANI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 39’uncu maddesinin 1’inci fıkrasına göre “*Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır*”.

Ticaret unvanı, tacirlerin, “*ticari işletmesine ilişkin işlemlerinde kullandıkları ad*” şeklinde tanımlanabilir.

¹³ Bu konuda ayrıca bkz. KENDİGELEN, s. 72.

Ticaret unvanı kullanımı, niteliği itibariyle özel hukuk tarafından hak süjesine tanınan bir hak olduğu için özel hukuktan doğan haklar kategorisine dâhil sayılır. Ticaret unvanı, devredilebilen bir malvarlığı hakkıdır. Ticaret unvanı, aynı zamanda bağımsız ve mutlak bir hak olarak kabul edilmektedir.

Ticaret unvanının oluşturulması bakımından hukukumuzda kabul edilen sisteme göre unvanın ilk teşkilinde, gerçeklik sistemi geçerlidir. Ancak daha sonra, gerçeklik sistemi gereği ticaret unvanının değiştirilmesi icap eden bazı hallerde ticaret unvanının sürekliliğini sağlamak için ticaret unvanının değiştirilmesi mecburi tutulmayarak gerçeklik ilkesine istisna getirilmiş ve karma bir sistem oluşturulmuştur.

Ticaret unvanı seçme ve kullanma yükümlülüğü tacir sıfatının doğması ile başlar. Ancak ticaret unvanının tescilli *kurucu* nitelikte değildir; bu nedenle bu konudaki yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla, ticaret unvanının tescil edilmeden kullanılması da mümkündür. Bununla birlikte ticaret unvanı açısından TTK m. 52’de yer alan özel korumadan faydalanılabilmesi için, ticaret unvanının usulen tescil ve ilân edilmiş olması gerekir. Usulüne uygun olarak tescil edilmemiş bir ticaret unvanını ilk kez kullanan kimse ise, bu unvana tecavüz vaki olduğunda “haksız rekabet” veya TMK hükümlerinden yararlanabilir.

Mülga Kanun’da olduğu gibi, 6102 sayılı Kanun’un 49. maddesinde de, ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği ve aksi öngörülmedikçe ticari işletmenin devrinin unvanın devrini de kapsayacağı kuralı, korunmuştur. Ancak ilgili hükmün ikinci fıkrasında, devralanın bir değişiklik yapmadan unvanı aynen kullanabileceği açıkça ifade edilmiştir.

Yeni Kanun bunun yanı sıra tacirin işletmesiyle ilgili olarak düzenlediği ticari mektuplarda ve ticari defterlere yapılan kayıtların dayandığı belgelerde, tacirin sicil numarasının, ticaret unvanının, işletmesinin merkezi ile tacir internet sitesi oluşturma yükümlülüğüne tâbi ise tescil edilen internet sitesinin adresinin gösterilmesini zorunlu kılmıştır (m. 39/2). Bu zorunluluk 01.01.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe girecektir (TTK m. 1534/5).

Ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler mülga Kanun’a oranla genişletilmiş ve genel olarak fikri mülkiyet mevzuatında öngörülen koruma hükümleri ile uyumlaştırılmıştır. Bu konuda ticaret unvanına tecavüz halinde hak sahibi; bunun tespitini, yasaklanmasını, değiştirilmesini veya silinmesini, maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde malların ve ilgili araçların imhasını, zararı varsa maddi ve manevi tazminatı talep edebilir. Ancak belirtilen mevzuatta istisnai bazı düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 68’de istisnai tazmin hükümleri bulunmaktadır. Anılan madde uyarınca;

Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

6102 sayılı Kanun ile birlikte ticaret unvanı, gerçek kişilerde de tıpkı tüzel kişilerde olduğu gibi, ülke çapında korunmaktadır. TTK m. 41 gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiştir.

VIII. HAKSIZ REKABET

6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun haksız rekabeti düzenleyen hükümlerinde öncelikle haksız rekabet tarif edilmiş; daha sonra haksız rekabet hallerine örnekler verilmiş; bu hallerin sınırlı olmadığı da yine Kanunda belirtilmiş; tanım, "*suiistimal*" kavramından hareketle yapılmıştı. Bir diğer ifade ile dürüstlük kuralına aykırılık tek başına haksız rekabete sebebiyet vermemekte, *suiistimalin* varlığı da aranmaktaydı. Yine ilgili Kanun'da yapılan haksız rekabet tanımında kullanılan "*iktisadi rekabet*" kavramı, rakipler arası rekabeti akla getiriyordu.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise, tanım yapılmaktan kaçınılarak; haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amaç ve temel ilkelerinden bahsedilmiştir.

6102 sayılı Kanunda da, 6762 sayılı Kanun'da olduğu gibi haksız rekabet halleri sınırlanmamış; haksız rekabet teşkil eden haller örnek kabilinden sayılmış ve 54'üncü maddede belirlenen amaç ve ilkelere aykırı olan her davranışın haksız rekabet olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yeni Kanun'da dürüstlük kuralının, haksız rekabetin tespitinde belirleyici olduğu görülmektedir. Bir anlamda dürüstlük kuralının ihlali, haksız rekabete sebebiyet verecektir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacı, "... *bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması...*" olarak ifade

edilmiştir. Hükümde açıkça “bütün katılanların menfaati” ifadesine yer verilerek, ekonomi, tüketici ve kamunun menfaati de bu kapsama alınmış, haksız rekabet kurallarının sadece rakipler arasındaki ilişkilere özgülenmesinin yolu kapatılmıştır.

Kanun koyucu, amacı bu şekilde belirtmekten başka “rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar”ın haksız ve hukuka aykırı olduğunu kabul ederek temel ilkeleri ortaya koymuştur (TTK m.54/2).

Kanun koyucu tarafından hedeflenen “dürüst rekabet” ile anlaşılması gereken; sadece doğru ve kanunlara uygun rekabet değil; saf, karışık ve katışık olmayan, dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılan rekabettir¹⁴.

Haksız rekabette, failin kendisine bir yarar sağlaması şart değildir. Zira haksız rekabet failinin, rakip olması şart olmadığı gibi; haksız rekabetle korunması amaçlanan menfaat sadece rakibin menfaati de değildir.

Bu çerçevede 6102 sayılı Kanun çerçevesinde haksız rekabete hâkim olan ilkeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- *Tarafların rakip olma zorunluluğunun bulunmaması,*
- *Aldatıcı hareket veya dürüstlük kuralına aykırı bir davranışın mevcut olması,*
- *Failin yarar sağlamanın şart olmaması,*
- *Failin kusurunun aranmaması (tazminat talebi hariç olmak üzere),*
- *Zarar görme şartının bulunmaması (tazminat talebi hariç olmak üzere),*

6102 Sayılı Kanunda da, haksız rekabet hâlleri, tıpkı mülga Kanunda olduğu gibi sınırlı bir şekilde sayılmamıştır. Fakat Yeni Kanun’da haksız rekabet hâlleri genişletilmiş ve geliştirilmiştir (Bkz. TTK m. 55). Buna göre başlıca haksız rekabet hallerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

- *Tedarik fiyatının altında birden çok kez mal ve hizmet satmak,*
- *Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,*
- *Saldırgan satış yöntemleriyle müşterinin karar verme özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde pazarlama yapmak,*
- *Mallar, iş ürünleri veya faaliyetler hakkındaki bilgileri gizleme yoluyla müşteriyi yanıltmak,*

¹⁴ Bkz. TTK m. 54 hükmünün gerekçesi.

- Ticaret unvanını veya ürünün fiyatını açıkça belirtmemek,
- Tüketici kredilerine ilişkin ilânlarda gerekli bilgileri açıklamamak,
- Taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmelerinde eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak,
- Başkalarıyla yapılan sözleşmelere aykırı davranmaya yönelmek,
- Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmak.

6102 sayılı Kanun'un 55. maddesinde sınırlı olmayan ancak son derece ayrıntılı şekilde sıralanan örnekler bakımından tereddüt doğurabilecek bazı haller ile ilgili ayrıca açıklama yapmakta fayda bulunmaktadır.

55. maddenin 1. fıkrasının a bendinde **“dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar”** haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda iltibas, kötüleme vs.'nin yanı sıra; **“birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunma”** da haksız rekabet olarak kabul edilmiştir.

Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak; bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak haksız rekabet teşkil eden eylemlerdendir. Satış fiyatının; aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur. Fakat davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur (TTK m.55/1-a.6).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, **“müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak”** da haksız rekabet hallerinden biri olarak düzenlenmiştir (TTK m.55/1-a.7). Burada, piyasa değeri 50 liralık bir deterjanın yanına piyasa değeri zaten 10 lira olan bir yumuşatıcının eklenip; “deterjan alana yumuşatıcı bedava” şeklinde bir reklam ile 60 liradan satışa çıkarılması örnek olarak verilebilir. Bu bendin konusu, müşteriye armağanlar, primler ve rabatlar gibi avantajlar vaad ederek, vererek veya tanıyarak müşterilerin malın kalitesi, tazeliği, defolu olup olmadığı konusunda fazla düşündürülmeden, yönlendirilmesidir. Düzenlemenin ağırlık merkezi, müşterinin sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmasıdır¹⁵.

¹⁵ Bkz. TTK m. 55 hükmünün gerekçesi.

“Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak” da Türk Ticaret Kanununda haksız rekabet hallerinden biri olarak sayılmıştır (m.55/1-a.8). Bu hüküm satış yöntemi esas alınarak düzenlenmiş olup, müşterinin makûl sayılamayacak, güç bir psikolojik duruma sokularak, satın alma zorunluluğu altında bırakılmasını yasaklamıştır. Bu kapsamda, kapıdan satış yöntemini uygulayan bir şirket çalışanlarının hep bir ağızdan *“bu satışı yapamazlarsa kotalarını dolduramayacakları ve işsiz kalacakları”*nı ileri sürerek müşteriyi baskı altında tutmaları örnek gösterilebilir. Bu yöntemde müşteriye fiziki ya da psikolojik baskı yapılması söz konusudur. Haksız rekabet açısından burada önemli olan müşterinin karar verme özgürlüğünün bu etki nedeniyle değişmesidir.

Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda **“unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek de”** tüketicinin korunmasını hedefleyen haksız rekabet hallerinden biridir (TTK m.55/1-a.10).

6102 sayılı Kanunda **“tüketici kredilerine ilişkin ilânlarda gerekli bilgileri açıklamamak”** da bir haksız rekabet hali olarak örnek gösterilmiştir. Bir önceki başlık altında ifade edildiği gibi, bu haksız rekabet halinde de tüketicinin korunması amaçlanmakta olup; tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak haksız rekabet hallerinden biri sayılmıştır (TTK m.55/1-a.11).

6102 sayılı Kanun’da yer alan ve tüketicinin korunmasını amaçlayan bir diğer haksız rekabet hali ise, işletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, **taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden bir işletmenin;** sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin **eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmasıdır** (TTK m.55/1-a.12).

Türk Ticaret Kanununun 55’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendinde **sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yöneltmek de** bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmekte ve söz konusu haksız rekabet haline ilişkin olarak **“özellikle”** ifadesinden de anlaşılacağı üzere sınırlı sayıda olmayan dört adet haksız rekabet fiiline yer verilmektedir.

Bu kapsamda olmak üzere kanun koyucu ilk olarak, müşterilerle sözleşme yapmak isteyen kişinin, bu sebeple onları daha önce başkalarıyla

yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmesini haksız rekabet hali olarak düzenlemiştir (TTK m.55/1-b.1).

Aynı zamanda “*üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak*” da haksız rekabet sayılır (TTK m.55/1-b.2).

Üçüncü kişilerin yardımcılara temin yahut vaat edilen menfaat, nakdi veya gayri nakdi olabilir. Önemli olan yardımcılara hakları olmayan menfaatin temin yahut vaat edilmiş olmasıdır; işletme sahibinin bundan bir zarar görmüş olması şart değildir. Ancak temin yahut vaat edilen menfaat iş hayatında normal karşılanan bahşiş miktarından fazla değilse bu fiil haksız rekabet sayılmaz.

İlgili bentte sıralanan üçüncü haksız rekabet hali ise, “işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek”tir. (TTK m.55/1-b.3). Üretim ve iş sırlarından maksat; işletmenin inşaat ve imalat usulleri, sürüm imkânları gibi faaliyeti ile ilgili olan ve sır niteliğinde olan ilişkileridir. Herkese açık olan kayıt ve belgeler sır olarak kabul edilmez. Bir vakıanın sır olarak kabul edilebilmesi için, gizli tutulması istenmiş ve gizli kalması için gerekli tedbirler alınmış olmalıdır. Bu nitelikteki imalat ve ticaret sırları, yardımcılara kandırmak suretiyle açıklanmaya veya ele geçirmeye yöneltmişse fiil, haksız rekabet sayılır.

Son olarak, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcıyı veya kredi alan kişiyi, benzer bir sözleşmeyi kendisiyle yapmasını teminen bu sözleşmeden caymaya veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcıyı bu sözleşmeyi feshetmeye yöneltmek de bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir (TTK m.55/1-b.4).

Türk Ticaret Kanununun 55’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (f) bendinde “**dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmanın** özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullanmanın” haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Her ne kadar TTK m.55/1, f bendinde “**işlem şartları**”ndan söz edilmişse de, bunun, TBK m.20 vd. hükümlerinde düzenlenen “**genel işlem şartları**” olarak kabulü gerekir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 54 ve devamındaki maddelerine göre, haksız rekabette bulunan kişilere karşı, Kanunun öngördüğü şartlarda yargı yoluna başvurulabilir. Türk Ticaret Kanununun 56 ve devamı maddelerinde, haksız rekabet sebebiyle ileri sürülebilecek talepler ve açılacak davalar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede açılacak davaları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- İhtiyati Tedbir (m. 61)
- Tespit Davası (m. 56/1-a)
- Men (Önleme) Davası (m. 56/1-b)
- Haksız Rekabetin Neticesi Olan Maddi Durumun Ortadan Kaldırılması (Ref) Davası (m. 56/1-c)
- Maddi ve Manevi Tazminat Davası (m. 56/1-d,e)'dir. Ayrıca davayı kazanan tarafın istemi halinde, gideri diğer taraftan alınmak üzere hükmün kesinleşmesinden sonra ilân edilmesine de karar verilmesi mümkündür.

Haksız rekabet nedeniyle açılacak hukuk davalarında;

- Ekonomik menfaatleri zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olanlar,
- Ekonomik menfaatleri zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olan müşteriler (Ancak müşteriler araçların ve malların imhasını isteyemezler m. 56/2),
- Mesleki ve ekonomik birlikler (ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar) ile tüketicinin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşları ve kamusal kurumlar,

davacı sıfatı ile dava açma hakkına sahiptir. Ancak ilk iki maddede belirtilen zarar görenler ve müşteriler, tüm haksız rekabet davalarını açabilirken; mesleki ve ekonomik birlikler, sivil toplum kuruluşları ve kamu kurumları sadece tespit, men ve ref davalarını açabilirler.

Açılan haksız rekabet davalarında, davalı sıfatı ise;

- Haksız Rekabeti Yapan Kimseye (Faile),
- Adam Çalıştırana (m. 57)
- Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşlarına (m. 58) aittir.

6102 sayılı Kanun'da davalı sıfatına sahip olanlara ilişkin olarak, iletişim ve bilişim alanındaki son gelişmeler de dikkate alınarak hükmün kapsamı genişletilmiştir. Bu çerçevede sadece yazı değil; yazılı basında yayınlanan resim, haber, karikatür ve benzeriyle de haksız rekabetin gerçekleşmesi mümkündür. Haksız rekabet; basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle,

ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, tespit, men ve ref davaları açılabilir. Ancak basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilân veren kişiler aleyhine açılabilir.

Bununla birlikte, haksız rekabet davaları, içeriğin oluşturulmasına katkısı olmadıkça hizmet sağlayıcılarına karşı açılmaz. Bir diğer ifade ile hizmet sağlayıcısı, haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse; tespit, men ve ref davaları hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez (TTK m. 58/4).

Haksız rekabet halinde, açılacak davalardaki zamanaşımı süresi olarak, 6762 sayılı Kanun'daki düzenleme ile paralel bir biçimde; davaya hakkı olan tarafın bu hakkı öğrenmesinden itibaren 1 yıllık ve herhalde bu fiillerin doğumlarından itibaren 3 yıllık bir süre öngörülmüştür. Ancak TCK'da bu fiiller için öngörülmüş daha uzun bir zamanaşımı süresi var ise, açılacak haksız rekabet davası için de bu süre uygulanacaktır. Bununla birlikte 6102 sayılı Kanun'da, mülga Kanun'dan farklı olarak TCK'da düzenlenen bu zamanaşımının "*dava zamanaşımı*" olduğu açıkça ifade edilmiştir.