

TİCARİ İŞLETME DEVRİ VE DEVRİN HUKUKİ SONUÇLARI

Sema AYDIN*
Hasan Ali KAPLAN**
Arzu ŞEN KALYON***

ÖZET

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 11. maddesi ile ticari işletme devir sözleşmesinin ve de ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı belirterek yazılı şekli şartı ilk kez hukukumuzda getirilmiştir. Bunun yanı sıra, yeni Ticaret Kanunumuz, ticari işletme devri prosedürünü kolaylaştırmak adına tescilsiz kazanım öngörmekte ve de aktif unsurların devri için genel hükümlerin gerektirdiği kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmadan devrin gerçekleşeceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin sicile güven ilkesi açısından sonuçları ve doğurabileceği hukuki sakıncalar makalemizde incelenmiştir. Ticari işletme devri esas itibarıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunun 202. maddesi anlamında bir işletme devrinden bahsedebilmek için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bu ifadeden, bir ticari işletmenin malvarlığına dâhil bütün unsurlarının devrinin anlaşılıp anlaşılmayacağı yine makalemizde tartışma konusu yapılmış ve ticari işletme devrinin, bir işletmenin hangi unsurlarını kapsadığı irdelenmiştir. Ticari işletme devrinin, iş hukuku açısından sonuçları da önemi nedeniyle çalışmamızda tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşletme, Ticari İşletme, İşletme Devri, İşyeri, Devir Sözleşmesi

TRANSFER OF COMMERCIAL ENTERPRISE AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

ABSTRACT

The “written form” condition for the transfer of the commercial enterprise agreements and the other agreements in relation to the commercial enterprise has firstly regulated under the Article 11 of the Turkish Commercial Code numbered 6102,

* Yrd. Doç. Dr., Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

*** Arş. Gör., Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

has entered into force on July 1, 2012. In addition to this, in order to facilitate the transfer of the commercial enterprise procedure, New Commercial Code stipulates the acquisition without registration officially and transfers of the assets without performing the transaction required by the general provisions. The results and legal inconveniency of the said regulation with respect to the “believe in registration” principle will be discussed in our article. Transfer of commercial enterprise has also regulated under the Turkish Obligation Code numbered 6098. Pursuant to the article 202 of the said Code, in order to mention the transfer of the commercial enterprise, all assets and liabilities of the enterprises shall be transferred. However, we discuss whether transfer of the assets and liabilities means the transfer of the all elements specific to enterprise. With regard to the labor law, consequences of the transfer of the commercial enterprises are also discussed due to its importance.

Keywords: *Enterprise, commercial enterprise, transfer of the commercial enterprise workplace, transfer of the commercial enterprise agreement.*

I. GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹'nin (YTTK) 11. maddesinde ilk kez ticari işletmenin tanımı yapılarak, ticari işletmenin hangi unsurlarının devre konu olacağı ve ayrıca devir sözleşmesinin kapsamı ve şekline ilişkin bazı şartları düzenlenmiş ve böylelikle mevzuatımıza bu konuda önemli bir yenilik getirilmiştir. Çalışmamızda; ticari işletme devrine ilişkin olarak yapılan bu düzenlemenin, yine aynı tarihte yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²'nin (TBK) 202. maddesi hükümlerini de dikkate alarak hukuki sonuçlarını bir mercek altına almayı amaçladık. Nitekim ticari işletme devrinde aktiflerin geçişi YTTK'da, pasiflerin geçişi ise TBK'da düzenlenmiş olduğu için her iki kanunda yapılan düzenlemelerin bir bütün olarak yorumlanması son derece önemlidir. Ticari işletme devrinin, iş hukuku açısından doğurduğu sonuçları da önemi nedeniyle çalışmamız kapsamında inceledik.

II. TİCARİ İŞLETMENİN TANIMI

Türk Ticaret Kanunu'nda merkez kavram, ticari işletme olmasına rağmen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda³ (ETTK) bu kavramın tanımı

¹ Resmi Gazete Tarihi – No: 14.02.2011 – 27846.

² Resmi Gazete Tarihi – No : 04.02.2011 – 27836.

³ Resmi Gazete Tarihi – No: 29.06.1956 – 9353.

doğrudan yapılmayarak, bu iş, Ticaret Sicil Tüzüğü⁴'ne (TST) bırakılmış, ETTK'nın 11-13. maddelerinde ise sadece ticari işletmenin bazı türleri belirtilerek, ticari işletme kavramının tanımlanması ve öğelerinin saptanması hukuk öğretisine ve uygulamasına bırakılmıştı. Doktrinde; ticari işletme kavramının tanımlanması işinin Ticaret Sicil Tüzüğü'ne bırakılmış olması eleştirilmiş⁵, ETTK'nın ticari işletme türlerini, ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler olarak belirleyen maddeleri YTTK'nın gerekçesinde belirtildiği gibi ticari işletmelerin bu üç birime özgülendiği izlenimini uyandırarak yanlış anlamalara yol açmıştır. Bu sebeple ilgili maddelerin YTTK'ya alınmasına gerek görülmemiş ve ticari işletme kavramı ilk kez YTTK'da tanımlanmıştır. YTTK'nın 11. maddesinde; ticari işletme kavramı, TST'den esinlenilerek “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme” olarak ifade edilmiştir. Her ticari işletmenin özünde bir işletme vardır, ancak her işletmenin bir ticari işletme olarak tanımlanması mümkün değildir⁶. Bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi için tanımından hareketle bazı koşulların varlığı aranır. Bunlar; esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlama, devamlılık, bağımsızlık, gelir sağlamayı hedef tutma olarak sayılabilir.

III. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN ŞARTLARI

A. Aktif ve Pasiflerin Birlikte Devri

TBK 202. madde anlamında bir işletme devrinin söz konusu olması için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır⁷. Nitekim ilgili maddenin başlangıç cümlesinde “*bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan.....*” ibaresi bizi bu sonuca götürmektedir. Ancak, bu ifadeden, bir ticari işletmenin malvarlığına dâhil bütün unsurlarının devrinin anlaşılması gerekir.

⁴ Resmi Gazete Tarihi - No: 08.02.1957 – 9530, 29.07.1998 tarih ve 98/11548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, “Ticaret Sicili Nizamnamesi” olan tüzük ismi, “Ticaret Sicili Tüzüğü” olarak değiştirilmiştir.

⁵ Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s. 26, dn. 3’de belirttiği yazarlar için bkz. Reha POROY/Hamdi YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004, s. 32; Oğuz İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994, s. 8-9; Fahiman TEKİL, Ticaret Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Düşünceler, Prof.Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 569.

⁶ ARKAN, s. 27.

⁷ ARKAN, s. 42; Ali BOZER/Celal GÖLE, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011, POROY/YASAMAN, s. 42.

Eğer, ticari işletme devri sonucu devredilen malvarlığı ile ticari işletmenin faaliyetinin devamı mümkün ise, münferit bazı unsurların devredilmemesi TBK m. 202'nin uygulanmasına engel olmaz⁸. Yeter ki devrolunan unsurlarla ticari işletmenin devamı mümkün görülsün⁹. Ancak, ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devredilmesini öngören sözleşme, doktrinde çoğunluk bulan görüşe göre TBK m. 202 kapsamında hükümsüz sayılacaktır¹⁰. Çoğunluk görüşü¹¹, sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşmenin tamamen geçersiz olduğunu kabul ederken, aksi görüş¹², 818 sayılı Borçlar Kanunu¹³ (EBK) m. 179'un (TBK m.202) emredici nitelikte bir düzenleme olmadığını ve söz konusu devri geçersiz kılamayacağını belirtmektedir.

Doktrinde, ticari işletme devrinde aktiflerin yanında pasiflerin devrinin de öngörülmesinin, alacaklıları korumak amacıyla konulduğu kabul edilmektedir¹⁴. Nitekim aktifler, pasiflerin teminatı niteliğindedir ve ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devredilip, pasiflerin (borçların) devredilmemesi bu borcun alacaklılarının, teminatsız kalması sonucunu doğurabilecektir. Kanımızca, işletmenin borçları, devreden tarafından başka bir şekilde güvence altına alındığı takdirde, tarafların ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devrini sözleşmelerinde öngörmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır. Böyle bir güvence bulunmadığı takdirde, pasiflerin kapsam dışı bırakılmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılarak işletmenin tüm aktifi ve pasifi ile birlikte kanunen geçtiğini kabul etmek gerekir.

İsviçre'de 1 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren Fusiongesetz – Loi sur la Fusion – Swiss Merger Act (FusG - LFus) ile birleşme, bölünme, nev'i değiştirme ve malvarlığı devri tek bir kanunda düzenlenmiş olup EBK m. 179 ve TBK m. 202'nin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu 181. maddesinin

⁸ ARKAN, s. 42.

⁹ ARKAN, s. 42, Mehmet BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 35.

¹⁰ POROY/YASAMAN, s. 42; ARKAN, s. 42.

¹¹ ARKAN, s. 42; BAHTİYAR, s. 35, POROY/YASAMAN, s. 42, İMREGÜN, s. 12, ACEMOĞLU'na göre ise devredilen sadece pasifden ibaret ise artık bu ilişkiye borcun nakli hükümlerini uygulamak gerekmektedir (Dr. Kevork ACEMOĞLU, Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 34).

¹² Fatih ARICI, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008 s. 150. Aynı yazar, sözleşme serbestisi prensibi gereği taraflarca sadece aktiflerin devrinin öngörülebileceğini; pasiflerin de aktiflerle birlikte devralana geçirilmesi zorunluluğunun ticari işletme devrini zorlaştırdığını belirtmektedir.

¹³ Resmi Gazete Tarihi – No : 29.4.1926 – 359.

¹⁴ ACEMOĞLU, s. 35; ARKAN, s. 42, BAHTİYAR, s. 35.

kapsamı daraltılmıştır. Buna göre, ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin veya ticaret siciline kayıtlı diğer tacirlerin malvarlığı ve işletme devirleri FusG'a tabi olacaktır. Türk hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da (FusG 69. madde) aktif ve pasiflerin devredilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemeden, İsviçre hukukunda sadece aktiflerin devrine izin verilemeyeceği sonucu çıkartılabilir. Bunun yanı sıra, FusG'un 71. maddesi kapsamında gerçekleştirilecek olan malvarlığı devrinin, envanterde aktif fazlalığı olduğu takdirde gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Bu ifadeden İsviçre hukukunda da, ticari işletme devrinde aktiflerin yanında pasiflerin devrinin de öngörülüp alacaklıları koruma amacı güdüldüğü söylenebilecektir. Türk Hukukunda ise, ticari işletme devrinde aktif malvarlığı toplamının pasif malvarlığı toplamını geçmesi şartı kanunda belirtilmemiştir.

Burada son olarak, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devredilebilmesi için TBK'nun 202. maddesi uyarınca alacaklıların onayının aranmadığını söyleyebiliriz¹⁵. Buna göre, borcun nakli için alacaklıların rızasının aranması kuralı TBK 202. madde kapsamında gerçekleştirilen ticari işletme devri için aranmayacak olup, ticari işletme devirleri için bu genel kurala bir istisna hükmü getirilmektedir¹⁶.

B. Devir Sözleşmesinde Yazılı Şekil Şartı

TBK 202. maddesi uyarınca ticari işletmenin devredilmesinin ilk şartı, ticari işletme devrini öngören sözleşmenin mevcut ve geçerli olmasıdır¹⁷.

EBK m. 179 ile ticari işletme devri sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmamış iken, YTTK'nun 11. maddesi ile ticari işletme devir sözleşmesinin ve ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı belirtilerek yazılı şekil şartı getirilmiştir. Bunun yanı sıra, yazılı olarak yapılan bu sözleşmelerin ticaret siciline tescil ve ilan edileceği de belirtilmiştir¹⁸. Kaynak İsviçre Hukukunda, FusG'un 73. maddesinde ticari işletme devri sözleşmesinin sicile tescil ile hüküm doğuracağı belirtilerek, sicile tescil kurucu unsur olarak belirlenmiş, buna karşın YTTK'nun 11. maddesi ile bu konuda açık bir hüküm konulmamış¹⁹ olduğu için kanımızca, yazılı olarak yapılan ticari işletme devir sözleşmesinin sicile tescil anını

¹⁵ ARICI, s. 138.

¹⁶ ARICI, s. 138.

¹⁷ ARICI, s. 178.

¹⁸ ARICI, s. 215.

¹⁹ ARICI, s. 215.

devrin kurucu unsuru olarak kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Tescilin kurucu unsur olduğunun vurgulanmamış olması ise YTTK sisteminde önemli bir eksiklik olarak görülmektedir²⁰. Ticari işletme devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliğini yazılı olarak yapılması şartına bağlayan düzenlemenin YTTK'da yer alması bir yeniliktir. Ancak ticari işletme rehninde bile resmi şekil aranmaktayken, ondan daha kapsamlı bir işlem olan ticari işletme devrinde yazılı şeklin yeterli görülmesi ve tescilin kurucu olduğunun vurgulanmamış olması bizim de katıldığımız gibi önemli bir eksiklik²¹.

Yazılı şekil şartı, sadece ticari işletme devrinde değil aynı zamanda ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerde de uygulanacak bir hükümdür. Ticari işletmenin, ürün kirasına verilmesi, ticari işletmenin bir şirkete sermaye olarak konulması (YTTK m. 127), ticari işletmenin üzerinde rehin sözleşmesi kurulması işletmeyi bir bütün halinde konu alabilecek sözleşmelerdir. YTTK m. 11'de yer alan düzenleme bizi ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan bu sözleşmelerin de yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna götürmektedir. Dolayısıyla taşınmazlar için tapu siciline tescile, taşınurlar için teslimine gerek kalmadan rehin sözleşmesi kurulmuş olacaktır²². Oysa 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu²³ (TİRK) ticari işletme rehin sözleşmelerinin noterde düzenlenmesi şartını getirmiştir. Dolayısıyla ilk bakışta birbiriyle çelişen iki düzenleme mevcuttur ve ileride ticari işletme rehinine ilişkin sözleşmelerin noterde mi yapılması gerektiği ya da yazılı olarak yapılmasının yeterli olup olmadığı noktasında tartışmaları beraberinde getirebilecek niteliktedir. Kanımızca ileride bu nitelikte bir tartışma ortaya çıktığında hukukun genel ilkeleri uyarınca; YTTK'ya nazaran daha özel hükümler içeren TİRK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yine aynı şekilde YTTK'nın 127 ve 128. maddelerinde²⁴ ticari işletmenin bir şirkete

²⁰ BAHTİYAR, s. 37.

²¹ BAHTİYAR, s. 37.

²² ARKAN, s. 43.

²³ Resmi Gazete Tarihi - No: 28.07.1971 – 13909.

²⁴ *YTTK m. 127- (1) Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak;*

a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar,

b) Fikrî mülkiyet hakları,

c) Taşınurlar ve her çeşit taşınmaz,

d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları,

e) Kişisel emek,

f) Ticari itibar,

g) Ticari işletmeler,

h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,

i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar,

sermaye olarak konulabilmesini öngören özel düzenlemeler vardır. Her ne kadar YTTK'nın 11. maddesinde ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı şart edilmişse de bir ticari işletmenin bir şirkete sermaye olarak konulması halinde öncelikle YTTK m. 128 hükümleri uygulanmak zorundadır.

Devrin şekli açısından genel hükümler çerçevesinde taahhüt ve tasarruf aşamalarını ayrı ayrı ele almak gerekirken, YTTK'nun 11/3. maddesinde; ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebileceği, devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir²⁵. Böylece devir için tek bir sözleşmenin yapılması yeterli görülmüş, malvarlığının devri için genel hükümlerin gerektirdiği tasarruf işlemlerinin (taşınmazların tapuda tescili, taşınırın zilyetliğinin devredilmesi gibi) ayrı ayrı yapılmasına gerek dahi

j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer, konabilir.

(2) Kanunun 307 nci maddesinin ikinci, 342 nci maddesinin birinci ve 581 inci maddesinin birinci fıkra hükümleri saklıdır.

YTTK m. 128- (1) Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur.

(2) Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler; varsa özel sicillerine, bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınırın güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır.

(3) Sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmi şekil aranmaksızın geçerlidir.

(4) Paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir.

(5) Taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın sermaye olarak konulması hâlinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir.

(6) Mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılır. Şirketin tek taraflı istemde bulunabilme hakkı saklıdır.

(7) Şirket, her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği gibi, yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. Tazminat istemi için ihtar şarttır. Şahıs şirketlerinde bu davayı ortaklar da açabilir.

(8) Ortaklarca, sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. Tedbir üzerine açılacak davalar için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar.

²⁵ BAHTİYAR, s. 36.

bulunmadığı açıkça belirtilerek genel hükümlerin öngördüğü taahhüt ve tasarruf aşamaları ayrımı yapılmamıştır.

Dolayısıyla YTTK'da yer alan bu düzenlemeye göre; ticari işletme kapsamında yer alan taşınmazların, yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile tapuya tescil edilmeden kazanılması mümkün hale gelecektir²⁶. Aynı zamanda bu hüküm, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarından olan fikri mülkiyet haklarının da tescilsiz olarak iktisap edilmesine olanak tanımaktadır²⁷. İşletmenin aktiflerinin devri sırasında zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığı, tek bir devir sözleşmesi ile işletme devrinin geçerli bir şekilde hüküm ifade edebileceği kanımızca uygulamada sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir²⁸. İsviçre Hukukunda birleşmeleri düzenleyen FusG'un 70. maddesine göre malvarlığının devri için yazılı sözleşme şartı yeterli görülmesine karşın taşınmazların devrinin gerçekleşmesi için resmi sözleşme şartı korunmuştur. Ancak, söz konusu düzenlemede, farklı kantonlarda yer alan birden fazla taşınmazın devri söz konusu olsa bile tek bir resmi sözleşme akdedilmesi yeterli görülmüş olup bu resmi sözleşmeyi ise devredenın oturduğu yerdeki kamu görevlisinin yapmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir. Kuşkusuz İsviçre hukukunda, taşınmaz devri için resmi sözleşme düzenleme şartının korunması ile YTTK ile Türk Hukukuna getirilen yukarıda bahsettiğimiz sakıncaların önüne geçilmek istenmiştir.

Kanun koyucunun, ticari işletme devri prosedürünü kolaylaştırmak adına tescilsiz kazanım öngörmesi ve aktif unsurların devri için genel hükümlerin gerektirdiği kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmadan devrin gerçekleşeceğini düzenlemesi sicile güven ilkesinin korunması prensibi ile çelişmektedir²⁹. Örneğin, ticari işletme devri sözleşmesi ile bir taşınmazın devri tapuda tescil ile değil yazılı devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ve ticaret siciline tescil ve ilan ile gerçekleşecektir. Üstelik daha önce de belirttiğimiz gibi YTTK'da sicile tescilin, kurucu olduğu da açıkça anlaşılammaktadır. Geçerli bir şekilde kurulan devir sözleşmesinin tescil ve ilanı ile ticari işletmenin aktifinde bulunan taşınmazın devri, tapu siciline tescil olmaksızın gerçekleşeceğinden, tapu sicilindeki kayda güvenerek hak iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde bu iktisabının korunması

²⁶ ARKAN, s. 43; BOZER/GÖLE, s. 20, BAHTİYAR, s. 37.

²⁷ ARKAN, s. 43, BAHTİYAR, s. 37.

²⁸ ARKAN, s. 43; BAHTİYAR, s. 39.

²⁹ BAHTİYAR, s. 39-40.

gerekecek midir sorusu karşımıza çıkacaktır. Eğer üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunduğu kabul edilirse bu durumda, işletmenin aktifindeki taşınmazın devri mümkün olmayacak ve eğer o taşınmazın devri olmaksızın ticari işletmenin devri mümkün değilse ticari işletme devri sözleşmesinin hükümsüz olduğu kabul edilecektir. Ancak, tapudaki kayda güvenerek hak iktisap eden kişinin, ticaret sicilinde tescil ve ilan edilen devir sözleşmesini bilmesi gerektiği kabul edilirse, yeni düzenleme ile tapu kaydına güven ilkesine ticari işletme devri için kanunun burada bir istisna hükmü öngördüğü kabul edilecektir. Hak kaybına uğramak istemeyen üçüncü kişilerin, sadece tapudaki kaydı değil ayrıca ticaret sicilindeki kayıtları da incelemesi gerekecektir. Kanun koyucunun, devir prosedürünü kolaylaştırmak adına kabul ettiği ve uygulamada sakıncalar yaratabilecek olan ve özellikle Eşya Hukuku (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)³⁰ m. 705, 706 ve 1023) ve Borçlar Hukuku ilkeleri ile çelişen bu uygulamanın yeni bir tescilsiz kazanım hali öngördüğü görülmektedir³¹. Sicile güvenin korunması ilkesi ile çelişen bu düzenlemenin tapu sicili, trafik, marka ve patent sicilleri yönünden uygulamada tereddütlere ve sakıncalara neden olabileceği haklı olarak belirtilmektedir³².

Şirkete aynı sermaye konulmasını düzenleyen YTTK m. 128/f.2’de, şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazların tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerlerin, varsa özel sicillerine kaydedildikleri takdirde şirkete aynı sermaye olarak kabul olunacağı düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın şirkete aynı sermaye olarak konulması halinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescili gereklidir. Aynı zamanda, mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimlerin, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacağı YTTK m. 128/f.6’da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlenmenin benzer biçimde, ticari işletme devri içinde öngörülmesi kanımızca yerinde olacaktır.

3. Rekabet Kurulu İzni

Ticari işletme devri için, Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gereken hallerde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun³³’un 7. maddesi uyarınca devir sözleşmesi imzalandıktan sonra Rekabet Kurulu’ndan söz

³⁰ Resmi Gazete Tarihi - No: 8.12.2001 – 24607.

³¹ ARKAN, s. 43; BAHTİYAR, s. 37.

³² BAHTİYAR, s. 37.

³³ Resmi Gazete Tarihi - No: 13.12.1994 – 22140.

konusu devre izin alınması gerekmektedir. Söz konusu kanunun 7. maddesinde, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gerektiği Kurulun, çıkaracağı tebliğlerle ilan edileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ³⁴'in izne tabi birleşme veya devralmalar başlıklı 7. maddesinde hangi birleşme ve devralmaların izne tabi olduğu sayılmıştır. Buna göre, Bu Tebliğ'in 5'inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;

- İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya

- İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi,

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması zorunludur.

Ortak girişimler hariç olmak üzere, yukarıda yer alan eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmemektedir.

IV. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN SONUÇLARI

A. Tacir Sınıfının Sona Ermesi

Ticari işletme devri sonucu, devreden başka bir ticari işletmenin sahibi değil ise "tacir" sıfatını kaybeder³⁵. Ancak, devreden tacir sıfatını kaybettiği durumda bile, TBK 202/2. madde uyarınca devralanla birlikte iki yıl boyunca ticari işletmenin borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmaya devam eder.

B. İşletmeye Tahsis Olunan Unsurların Devralana Geçmesi

Kural olarak, ticari işletmenin devri ile birlikte, işletmeye daimi olarak tahsis olunan tüm unsurlar devralana geçer³⁶. YTTK'nun 11. maddesinin 3.

³⁴ Resmi Gazete Tarihi - No: 7.10.2010 – 27722.

³⁵ ARKAN, s 44; BAHTİYAR, s. 31; Yargıtay 11. HD'nin 10.4.2007 tarih ve 2006/12344 E., 2007/6279 K. sayılı kararına göre; "Borçlu, ticari işletmesini devrettiğini ticaret siciline bildirip ilan etmeli ve mal beyanında bulunmalıdır. Ticari işletmenin devri, alacaklıların haklarını etkilemeyeceği gibi, devralan 3. kişi de işletmenin borçlarından dolayı sorumludur." (www.corpus.com.tr)

³⁶ ARKAN s. 44, BAHTİYAR, s. 38; ; Yargıtay HGK'nun 11.4.1984 tarih ve 1982/11-938 E., 1984/388 K. sayılı kararına göre; "Taraflar arasındaki, davalılara ait İpragaz bayiliğinin sı-

fıkrasının 2. cümlesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise ticari işletme devri ile ticari işletmede yer alan duran malvarlığının, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarının devredildiği kabul edilir. Ancak, taraflar aralarında kararlaştırdıkları takdirde münferit bazı unsurları devir dışında tutabilirler, örneğin, ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devredilmeyeceğini kararlaştırabilirler³⁷.

1.DURAN MALVARLIĞI

ETTK'nun 11. maddesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletme devri kapsamına işletmede yer alan tesisat'ın da gireceği düzenlenmiştir. YTTK'da ise "tesisat" kavramı yerine "duran malvarlığı" kavramı kullanılmıştır³⁸. Duran malvarlığı kavramından, ilk olarak işletmeye ait olan gayrimenkuller anlaşılmaktadır. Ancak bunun yanı sıra, işletmede kullanılan kamyon, gemi, otobüs gibi menkuller de bu kavrama dahildir.

Ticari işletmenin duran malvarlığı, bir ticari işletmenin faaliyetini devam ettirebilmesi için gerekli olan gayrimenkul ve menkuller ile aynı amaca tahsis edilmiş olunan makineler, büro malzemeleri, hammadde ve mamul maddelerden oluşur. Buna göre, bir ticari işletmenin faaliyetini sürdürdüğü binası, üretimin devamını sağlayan makine ve teçhizatlar, o ticari işletmenin duran malvarlığıdır³⁹.

vılandırılmış petrol gazı tüpleriyle birlikte devrine ait ilişki, Borçlar Yasasının 179. maddesinde öngörülen ticari işletme devri niteliğindedir. Bu nedenle dava konusu ilişkinin tüp satımı olarak nitelendirilmesi doğru değildir.

Hukuki ilişki ticari işletme devri olduğuna göre, 31.3.1981 günlü fatura TTK. nun 23. maddesinde belirtilen fatura niteliğinde kabul edilemez. Bu belgenin, işletme devri nedeniyle, tüplerin fiilen teslimini kanıtlamak amacıyla düzenlendiğinin kabulü zorunludur. Her şeyden önce, İpragaz A.Ş. 'nin mülkiyetinde olduğu bilinen tüplerin satım konusu olamayacağı açıktır. Adı geçen şirket genel müdürlüğünün 5/1/ 1982 günlü yazısında da belirtildiği gibi, bu şirketin malik olduğu ancak belirli depozito karşılığı bayisine gönderdiği tüplerin, satım konusu olamayacağını her iki taraf da bilebilecek durumdadır. Nitekim davacının da bu konuda aldatıldığı yolunda bir iddiası yoktur. Esasen sözü edilen işletmeyi devralmakla tacir sıfatı doğmuş bulunan davacı TTK. nun 20. maddesi uyarınca, basiretli bir işadami gibi davranmak durumundadır. Bayilik tüstlenen ve tacir sıfatı kazanan bir kişinin, depozito karşılığı bayiyeye gönderilen gaz tüplerinin satım konusu olmayacağını bilmesi gerekir." (www.mevbank.com)

³⁷ ARKAN, s. 44.

³⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. madde gerekçesi.

³⁹ BAHTİYAR, s. 26. Yargıtay 11. HD'nin 20.2.1975 tarih ve 1974/3620 E., 1975/1217 K. sayılı kararına göre; "Bir ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilen şeyler, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça işletmeye dahil unsurlar olarak kabul edilir. Davalılara ait devir sözleşmelerinde özel hat ile telefon hariç tutulduğu yazılı bulunmadığına göre, artık bunla-

2. İŞLETME DEĞERİ

ETTK'nunda yer almayan, "işletme değeri" kavramı, YTTK ile ticari işletme devir sözleşmesine dahil unsurlardan biri olarak düzenlenmiştir. İşletme değeri, YTTK gerekçesinde, işletmeye bağlı olan müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılmaktadır. Söz konusu gerekçe de işletme değeri için hukukumuzda çok kullanılan "peştemaliye" ve "good-will" terimi de kullanılmıştır.

Her ticari işletmenin uzun yıllar belirli bir çevrede faaliyetini sürdürmesi sonucu belli bir müşteri çevresi vardır. İşte, ticari işletmenin belirli bir süre faaliyet göstermesi sonucu elde etmiş olduğu müşteri çevresi (peştemaliye – good-will), o işletmenin gayrimaddi unsurunu oluşturur⁴⁰. Peştemaliye, YTTK gerekçesinde de belirtildiği gibi ekonomik değeri olan bir unsurdur ve işletme değeri, bazen işletmede yer alan duran malvarlığı ve diğer işletmeye özgülenen unsurların bütününden, edindiği müşteri çevresi sonucu daha fazla ekonomik bir değere sahip olabilir. YTTK'nun düzenlenmesine göre de, taraflarca aksi kararlaştırmadığı sürece ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamına işletme değeri de girmektedir. Taraflar eğer "peştemaliye-good-will"i, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamı dışında tutmak isterler ise, bunu söz konusu sözleşme de açıkça belirtmeleri gerekmektedir; aksi halde bunlar devrin kapsamına dahil olur.

3. KİRACILIK HAKKI

YTTK'nun 11/3. maddesine göre, ticari işletme devri ile birlikte, eğer işletmenin faaliyetini sürdürdüğü taşınmaz devredene ait değilse, devir ile birlikte kiracılık hakkının da devralana geçtiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁴¹. 6098 sayılı TBK m. 323'de yapılan düzenleme ile işyeri kiralarda kiraya verenin, haklı bir sebep olmadıkça kiracılık hakkının devrine onay vermekten kaçınamayacağı düzenlenmektedir. Buna göre, kiralayan haklı bir sebebi olmadıkça devreden tarafından kullanılan ticari işletmeye ait taşınmazı devralana kiralamaktan kaçınamayacaktır.

rin işletme ile birlikte davalılara devredildiği kabul etmekte zorunluluk vardır. Bu nedenle, davalıların, özel hat ile telefonu kullanmadıkları yolundaki savunmaları geçerli olmayacağından, devirden sonra meydana gelen borçtan, sorumlu tutulmaları gerekir." (www.corpus.com.tr)

⁴⁰ BAHTİYAR, s. 28; ACEMOĞLU s. 84.

⁴¹ ARKAN, s. 44; BAHTİYAR, s. 27.

4. TİCARET UNVANI

Ticaret unvanı, YTTK'nun 49 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ticaret unvanını tacirin ticari işlerinde kullandığı isim olarak tanımlayabiliriz⁴². Ayrıca YTTK düzenlemesine göre ticaret unvanı, işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir işletmenin devri sırasında, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, işletme devri ticaret unvanının da devri sonucunu doğurur⁴³. Devir hâlinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir. Buna göre, taraflar ticari işletme devri sözleşmesinde aksini kararlaştırmadıkları sürece, devreden ticaret unvanının devrini de gerçekleştirmeyi kabul etmiş olmaktadır. Devreden taraf, ticaret unvanını devretmek istemiyorsa bunun açık bir şekilde ticari işletme devri sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir kararında da, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bir ticari işletme devrinin ticaret unvanının devrini içerdiği kabul edilmiştir⁴⁴.

5. DİĞER FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

YTTK'nun 11. maddesinde tarafların aksini kararlaştırmadığı müddetçe devir sözleşmesinin diğer fikrî mülkiyet haklarının devrini de içerdiği kabul edilmektedir. Buna göre, bir işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrinde, devir sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadığı sürece işletmeye ait markaların veya işletmedeki üretim için önem taşıyan patent⁴⁵ devrini de kapsar⁴⁶. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴⁷'nin 15 vd. maddelerine göre markanın devri yazılı olarak yapılmalıdır ve ayrıca marka siciline kaydedilmeyen devir, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Ancak, YTTK'nun 11. maddesinde devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir

⁴² BAHTİYAR, s. 110.

⁴³ Yargıtay 11. HD'nin 25.9.1995 tarih ve 1995/5933 E., 1995/6728 K. sayılı kararına göre; "TTK.nun 51. maddesine göre; bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmedikçe ünvanının devrini dahi tazammun eder. Şirketin davacılar devri sırasında, ünvanının devredildiği yolunda ayrıca bir anlaşma olmadığından, ünvanın da devredildiğinin kabulü gerekir." (www.corpus.com.tr)

⁴⁴ Yargıtay 11. HD. 09.11.1989, E. 8241, K. 6118 (ARICI, s. 119.)

⁴⁵ ARICI, s. 136.

⁴⁶ Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, Aralık 2005, 4. Bası, s. 431; Yargıtay 11. HD'nin 14.9.1999 tarih ve 1999/1896 E., 1999/6794 K. sayılı kararına göre; "İlke olarak marka devir sözleşmesinin yazılı yapılması sözleşmenin geçerliliği için şart ise de, marka sahibinin içinde bu hakkın da yer aldığı işletmesinin bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. 556 s. KHK. m.16/2 uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması, aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın da devrini kapsar." (www.corpus.com.tr)

⁴⁷ Resmi Gazete Tarihi - No: 27.06.1995 – 22326.

bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceği belirtildiğinden ticari işletme kapsamında yer alan markanın, yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile markalar siciline kaydedilmeden kazanılması mümkün hale gelecektir⁴⁸.

Patent veya patent başvurusu bir bütün olarak kabul edildiği için buluş birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmişse, patent isteme hakkı müştereken bunlara aittir. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴⁹'nin (PatKHK) 87. maddesine göre, patent üzerinde birden çok şahsın hak sahipliği söz konusu olsa bile bunların devri veya üzerinde hak sahipliği tesis edilebilmeleri için bölünebilmeleri imkansızdır. Müşterek hak sahibi kendisine düşen payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecektir. Ancak böyle bir tasarrufta bulunabilmesi yani payın üçüncü bir şahsa devredilmesi halinde diğer pay sahiplerine önalm haklarını kullanabilmeleri için Patent Enstitüsü tarafından durum iki ay içinde bildirilecektir.

PatKHK'nın 90. maddesine göre, patent başvurusu veya patentten doğan haklar, bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak devredilebilir. Devreden veya lisans veren kişinin bu işlemleri yapmaya yetkili olmadığı sonradan anlaşılırsa, söz konusu kişi bu durumdan ilgililere karşı sorumlu olur. Devreden veya lisans verenin kötü niyetle hareketi halinde, bunlar, fillerinden doğan zararlardan her zaman sorumlu olarak kabul edilmektedir. Buna göre, ticari işletme devri sırasında, patent devri söz konusu ise devreden taraf ancak hak sahibi olduğu ölçüde patent devrini gerçekleştirecektir ve devralanın patentin devredilmemesinden veya devrin hükümsüzlüğünden doğan zararını karşılamakla, yükümlüdür.

6. İŞLETMEYE SÜREKLİ OLARAK ÖZGÜLENEN MALVARLIĞI

Ticari işletmeye daimi olarak tahsis olunan unsurların neler olduğu kanunda tek tek sayılmamaktadır, her olayın özelliklerine göre *sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını* yorumlamak gerekir. Örneğin, bir Yargıtay kararında, konusu gazete yayınlamak olan bir işletmede, özel hat ve telefon, işletmeye devamlı olarak tahsis edilmiş unsurlar olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Buna göre, devir sözleşmesinde açıkça özel hat ve telefonların

⁴⁸ ARICI, s. 116.

⁴⁹ Resmi Gazete Tarihi – No: 27.6.1995 – 22326.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD'nin, 20.02.1975 tarih ve 1974/3626 E., 1975/1217 K. sayılı kararı (www.

da devir kapsamında olduğu belirtilmemiş olsa bile, ticari işletme devri ile işletmeye devamlı olarak tahsis olduğu kabul edildiğinden bu unsurlar da devrin kapsamı içinde olacaktır.

Ticari işletme devri ile müşteri çevresi de devredene geçmiş olur⁵¹. Taraflar aralarında akdettikleri devir sözleşmesinde rekabet yasağı öngörmemiş olsa bile TMK m. 2 gereği devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altına girer⁵². Ticari işletmenin devrinden sonra devredenın aynı müşteri çevresinde ve aynı tür ticari işleri yürütecek bir ticari işletme açması, devralan tacirin müşteriler üzerindeki hakkının ihlali anlamına gelir. Bu noktada, TMK m. 2'nin yanı sıra, haksız rekabete ilişkin hükümler ile devralanın hakkını korumak da mümkündür⁵³.

C. Devralan Tarafından Borçların Üstlenilmesi

TBK 202. madde uyarınca, devralan, işletme devrini alacaklılara bildirildiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Buna göre, ticari işletmeye ait borçlar ayrıca bir borcun nakli sözleşmesi yapılmadan kanun gereği devralana geçmektedir⁵⁴. Devralanın sorumluluğu, devreden gibi belli bir zaman dilimi ile sınırlı olmayıp söz konusu borçlar zamanaşımına uğrayana kadar devam eder⁵⁵.

corpus.com.tr)

⁵¹ ARKAN, s. 44; BOZER/GÖLE, s. 19.

⁵² ACEMOĞLU, s. 85-86; ARKAN, s. 44.

⁵³ BOZER/GÖLE, s. 19.

⁵⁴ ARKAN, s. 45; BAHTİYAR, s. 38, Yargıtay 21. HD'nin 14.11.2000 tarih ve 2000/8071 E., 2000/7999 K. sayılı kararında kanunun öngördüğü koşullar yerine getirilmeden yapılan şirket devrinin alacaklıların haklarını etkilemeyeceği ve devralanın da işletmenin borçlarından sorumlu olacağı belirtilmektedir: *“Borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletmenin devri niteliğinde bulunduğundan İİK'nun 44. ve BK'nun 179. maddelerinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. Anılan maddelerde öngörülen koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiği ilişkinde dosyada hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda, devir alacaklıların haklarını etkileyeceği gibi, devralan davacıda BK'nun 179. maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumlu bulunduğundan davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır. Dairemizin ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir.”* (www.mevbank.com); Yargıtay 15. HD'nin 28.2.1994 tarih ve 1993/5796 E., 1994/1128 K. sayılı kararına göre de: *“İşyerinin devri halinde, ticareti terk edenlerin uyması gereken kurallar uyarınca işlem yapılmamışsa, alacaklıların hakları devirden etkilenmez....”* (www.corpus.com.tr)

⁵⁵ ARKAN, s. 45.

Devralan, kanun gereği ticari işletmeye ait borçlardan sorumlu tutulmaktadır⁵⁶ ancak devralanın ticari işletmeye ait olup da ancak devir esnasında bilmediği borçlardan da sorumlu olup olmayacağı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, devreden ile devralan arasında devralanın bazı borçlardan sorumlu olmayacağı ya da belli bir miktara kadar sorumlu olacağı kararlaştırılmış ise ve sorumluluk sınırlaması bildirim ve ilanlarda belirtilmiş ise artık alacaklılara karşı bu sınırlamanın geçerli olması gerekir⁵⁷. Aksi görüşe göre⁵⁸, devralanın sorumluluğuna ilişkin sınırlamalar devralanla devreden arasındaki iç ilişkide geçerlidir, hatta bu sınırlamalar bildirim ve ilanla da belirtilmiş olsa dahi alacaklılara karşı geçerli olmamalıdır. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Zira sözleşme serbestisi prensibi uyarınca taraflar arasında akdedilen bu sorumluluk sınırlamalarını alacaklıların haberdar olması ve alacaklarının yeteri kadar güvenceye bağlanması koşuluyla geçerli kabul etmek gerekmektedir.

D. Devredenin Müteselsil Sorumluluğu

Ticari işletme devrinde, işletmeye ait borçlar alacaklıların rızası olmaksızın devralana geçmektedir. Bu noktada, Kanun koyucu alacaklıları koruma gayesiyle, devreden de devralanla birlikte devirden sonra iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olmasını düzenlemiştir⁵⁹. Devreden,

⁵⁶ Yargıtay 21. HD'nin 26.9.2005 tarih ve 2005/2921 E., 2005/8294 K. sayılı kararına göre; "... arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan İ.İ.K.'nun 44 ve B.K.'nun 179. maddesinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. İşyeri devri ile ilgili İ.İ.K.'nun 44. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirildiği 3. kişi tarafından iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri, kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiği ilişkin hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda devir, alacaklıların haklarını etkilemez. Devralan davacı B.K.'nun 179. md. 'si uyarınca işletmenin borçlarından sorumlu olduğu göz ardı edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." (www.mevbank.com)

⁵⁷ Halil ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 116; Selahattin Sulhi TEKİNAY/ Sermet AKMAN/ Haluk BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 289

⁵⁸ ARKAN, s. 46.; ACEMOĞLU, s. 117.

⁵⁹ Yargıtay HGK'nun 14.5.2008 tarih ve 2008/19-355 E., 2008/372 K. sayılı kararına göre; "Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca bir işletmenin devrinde önceki borçlunun, devralanla birlikte iki yıl süreyle işletmenin borçlarından müteselsilen sorumlu bulunmasına, aynı kanunun 142. maddesine göre de, alacaklıların müteselsil borçluların tamamından veya birinden borcun ödenmesini istemesinin mümkün olmasına ve borç tamamen ödeninceye kadar müteselsil borçluların sorumlulukları devam eder." (www.mevbank.com); Yargıtay HGK'nun 26.12.2001 tarih ve 2001/11-1155 E., 2001/1165 K. sayılı kararına göre; ".... Ancak, ticari işletmenin devrinden itibaren iki yıl süreyle devreden devralanla birlikte işletmenin borçlarından sorumlu olacağı yönündeki Borçlar Kanunu'nun 179 ncu maddesinin buyurucu hükmüne nazaran ticari işletmeyi devreden davacının, kendi adına devam eden doğal aboneliğinden doğan tüketim borcundan davalıyla birlikte müteselsilen sorumlu

ticari işletme devrinin ilan veya bildiriminden önce mevcut ve geçerli borçlar için sorumlu olur⁶⁰. Devredenin, devralanla birlikte sorumlu olacağı sürenin başlangıcı, borcun muaccel veya müeccel olmasına göre özellik arz etmektedir. Muaccel borçlarda, devreden ilan veya ihbar tarihinden itibaren; müeccel borçlarda ise borcun muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıl boyunca devreden devralanla birlikte sorumlu olacaktır⁶¹.

Ticari işletme devrinde, devredenin devralanla birlikte iki yıl birlikte sorumlu olması kefilin durumunu ağırlaştırır bir durum değildir. Buna göre, kefilin sorumluluğunun devamı için ticari işletme devrinde kefilin onayı aranmaz⁶². Ancak, kefilin 2 yılın sonunda devralanla birlikte sorumlu tutulabilmesi için iki yıllık sürenin geçmesinden sonra onayının alınması gereklidir⁶³.

YTTK 264. madde⁶⁴ de kolektif şirketin borçları için, şirket

olduğunun gözden kaçırılması doğru olmadığı gibi, dava dışı idare İGDAŞ tarafından tahakkuk ettirilerek bildirilen fatura bedelinden zamanında davalıyı ihbar etmemesi halinde borcun ferilerinin kendi kusurundan kaynaklandığı ve bunun sonucunda borcun ağırlaşmasından davalıyı sorumlu tutamayacağı düşünülmeyen bunun tamamının davalıdan rücuun tahsiline karar verilmesi de isabetsiz bulunmuştur.” (www.corpus.com.tr)

⁶⁰ ARKAN, s. 46, Yargıtay HGK'nun 23.2.2005 tarih ve 2005/9-90 E., 2005/97 K. sayılı kararına göre; “davacının elektrik borcuna konu işyerini 01.09.2000 tarihinden geçerli kira sözleşmesi ile devraldığı, BK.nun 179. maddesi uyarınca devralınan şirketin borçlarından da sorumlu olacağı” (www.corpus.com.tr)

⁶¹ Yargıtay HGK'nun 17.10.2007 tarih ve 2007/21-664 E., 2007/745 K. sayılı kararına göre; “ Kural olarak, ihbar veya ilan tarihinden itibaren iki yıl boyunca işletmeyi ya da malvarlığını devreden devralanla birlikte müteselsil borçlu olacaktır. İhbar, alacaklıya ulaşmak şartıyla hüküm ifade edecektir.....” (www.corpus.com.tr); Yargıtay HGK'nun 28.11.2001 tarih ve 2001/21 E., 2001/1077 K. sayılı kararına göre; “Eski ve yeni borçlunun müteselsil sorumluluğu iki yıllık bir devre için kabul edilmiş olup, bu iki yıl (muaccel borçlar için) devrin, alacaklının ihbarı yada gazetelerde ilan tarihinden itibaren başlar....” (www.corpus.com.tr); Yargıtay 15. HD'nin 6.3.1995 tarih ve 1995/1063 E., 1995/1252 K. sayılı kararına göre; “... Bu şekilde yapılan devir ve temlik ticari işletmenin devri niteliğinde olduğundan bu devrin alacaklılara karşı geçerli olabilmesi için BK.nun 179. maddesinde öngörülen şekilde devrin alacaklılara ihbar edilmesi veya gazetelerle ilan edilmesi gerekir.” (www.corpus.com.tr)

⁶² ARKAN, s. 47.

⁶³ Cevdet YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 700; Elçin GRASSINGER, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Oldukları Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s. 142; ARKAN, s. 47.

⁶⁴ **YTTK m. 264-** (1) Şirketin borçları için, şirket alacaklılarının ortaklara ileri sürebilecekleri istem hakları, ortağın şirketten ayrılmasının, şirketin sona erdiğinin veya iflasının ilan edildiğinin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasından itibaren üç yıl geçmesiyle zamanlaşımına uğrar; ancak, niteliği nedeniyle, alacağın daha kısa bir zamanlaşımına bağlandığı durumlarda o zamanlaşımı süresi uygulanır.
(2) Alacak ilandan sonra muaccel olursa, zamanlaşımı muacceliyet anından itibaren işleme-

alacaklılarının ortaklara ileri sürebilecekleri istem hakları 3 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutularak genel bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür; ancak YTTK m. 265/2 ile söz konusu genel hükme, ticari işletme devri bakımından bir istisna hükmü getirilmiştir. Buna göre; “*Bir ortak, şirketin ticari işletmesini devralırsa, alacaklılara karşı üç yıllık zamanaşımını ileri süremez. Buna karşılık, devralma sebebiyle ayrılan ortaklar hakkında borcun nakli hükümlerine göre iki yıllık zamanaşımı uygulanır. Üçüncü kişinin ticari işletmeyi alacak ve borçlarıyla devralması hâlinde iki yıllık zamanaşımı geçerli olur.*”

İki yıllık süre hak düşürücü süredir, taraflar duruşma esnasında belirtmemiş olsa bile hâkim tarafından re’sen nazara alınır⁶⁵.

İsviçre’de, FusG’un 75. maddesi ile de devreden devralanla devirden sonra üç yıl boyunca ticari işletmenin borçlarından birlikte sorumlu olması düzenlenmiştir. Devreden, devralanla birlikte sorumlu olacağı sürenin başlangıcı, Türk hukukunda olduğu gibi borcun muaccel veya müeccel olmasına göre özellik arz etmektedir. İsviçre hukukunda, muaccel borçlarda, devreden ilan tarihinden itibaren; müeccel borçlarda ise borcun muaccel olduğu tarihten itibaren üç yıl boyunca devreden devralanla birlikte sorumlu olacaktır.

V. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN İŞ HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

E. İş Hukukunda İşyeri Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu⁶⁶ (İŞK) işyerini şu şekilde tanımlamaktadır: “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir*” (m. 2/1/c. 2)⁶⁷. Bu düzenleme ile 1475 sayılı İş Kanunu’ndan⁶⁸ farklı olarak daha

ye başlar.

(3) Bu maddede öngörülen zamanaşımı ortakların birbirlerine karşı olan alacaklarına uygulanmaz.

⁶⁵ ARKAN, s. 46

⁶⁶ Resmi Gazete Tarihi – No: 10.6.2003 – 25134.

⁶⁷ İşyeri kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment ÖZKARACA, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 7 vd. ve aynı eser dn. 2’de belirtilen eserler.

⁶⁸ Resmi Gazete Tarihi – No: 1.9.1971 – 13943. 1475 sayılı kanun 14. maddesi hariç, 4857 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

ayrıntılı bir tanıma yer verilmiştir⁶⁹. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen⁷⁰ yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler⁷¹ ile araçların⁷² da işyerinden sayılacağı belirtilmektedir. Nitekim

⁶⁹ 1475 sayılı İş Kanunu m. 1/1'de “işin yapıldığı yere işyeri denir” şeklinde bir tanım bulunmakta ve maddenin ikinci fıkrasında şu hüküm yer almaktaydı; “İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.” Bu tanıma yönelik eleştiriler için bkz. Ali Cengiz KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 9 vd. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu da 2. maddesinin sekiz ve dokuzuncu fıkralarında 1475 sayılı kanunda yer alan tanıma aynen yer vermiştir.

⁷⁰ Bu yerlerin yönetim yönünden örgütlenmeleri farklıysa, birbirinden bağımsız iki işyeri söz konusu olur. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 10 ve aynı yer dn. 15'te belirtilen yazarlar. Bu anlamda, işyeri asıl işyeri ile kanuna göre işyerinden sayılan yerleri de içine alan bir bütündür. Söz konusu bütünlük sıradan bir bütünleşme olmayıp, örgütlenmiş bir bütünleşmeyi içerir. Nitekim işyerinde yapılar, makineler, çeşitli araçlar ile bunları birleştiren belirli bir örgütlenmeye ve teknik yönetimde birliğe rastlanır. Bkz. A. Murat DEMİRCİOĞLU/Tankut CENTEL, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 56; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s. 63; Cevdet İlhan GÜNAY, İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, Ankara 2005, s. 291; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2011, s. 175 vd.; Mustafa KILIÇOĞLU, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, s. 16.

⁷¹ Eklenti, işin niteliği ve yürütümü bakımından doğrudan bir bağlantısı bulunmasa da, bir bütün oluşturmasındaki önem ve bağlantıları nedeniyle işyerinin bir parçası olarak sayılan yerler olarak tanımlanmakta ve eklentilerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilerek sosyal tesisler, otopark, yükleme ve boşaltma yerlerinin de işyerinden sayılacağı ve eklentilerin mutlaka işin görüldüğü yerin coğrafi sınırları içerisinde yer almasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 14 ve aynı yer dn. 30'da belirtilen yazarlar. Aynı yönde bkz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 57-58; GÜNAY, s. 297; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 65; Şahin ÇİL, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2004, s. 17.

Yargıtay 10. HD'nin 18.3.2004 tarih ve 2004/28 E., 2004/2048 K. sayılı kararında da işin niteliği gereği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yemek-uyku ve dinlenme yeri olan karavanın işyerinden sayılacağı belirtilmektedir (www.corpus.com.tr).

⁷² Araçların işyerinden sayılabilmesi için, yapılan işle ilgili olması gereklidir. Bu kapsamda araç işin yapılması ve hizmetlerin yerine getirilmesinde kullanılan sabit veya yer değiştirebilen her türlü makine ya da taşıt araçları olarak tanımlanmakta ve bunların işyerinden sayılabilmesi için, mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içerisinde bulunmasının gerekli olmadığı, hatta mülkiyetinin işverene ait olmasının dahi zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 14; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 58; SÜZEK, s. 178. Ayrıca araçları harekete geçiren itici gücün; benzin, mazot, elektrik, hayvan veya insan olması herhangi bir öneme sahip değildir. Bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 65.

Yargıtay 9. HD'nin 28.1.2011 tarih ve 2009/2058 E., 2011/1191 K. sayılı kararında da, işveren tarafından kendisine tahsis edilen aracı alkollü olarak kullanan işçinin davranışı işyerinde alkol kullanımı olarak nitelendirilmiş ve sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedenle fesih olduğu kabul edilmiştir (www.corpus.com.tr).

üçüncü fıkrada, işyerinin işyerine bağlı yerler⁷³, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu vurgulanmaktadır⁷⁴.

Asıl işyeri ile ona bağlı yerlerin tek bir işyeri sayılabilmesi için işyerinde üretilen mal veya hizmet ile “nitelik yönünden” bir bağıllık bulunmalıdır⁷⁵. Aynı işverene ait işyerlerinde görülen işler arasında nitelik farkı bulunuyor ise, yani işin nitelik ve yürütümündeki farklılık açıkça görülüyorsa, bu yerler ayrı işyerleri sayılacaktır⁷⁶. Örneğin aynı işverenin televizyon fabrikası ile tekstil atölyesi varsa bunlar iki ayrı işyeri sayılacaktır. Buna karşılık yapılan işler arasında nitelik yönünden bir farklılığın bulunmadığı durumlarda, bu yerlerin birbirinden bağımsız yönetim organizasyonuna sahip olup olmadıklarına bakılmalıdır⁷⁷. Örneğin bir tekstil atölyesinde üretilen elbiseler ayrı bir yerde satışa sunuluyor ise, satış mağazasının atölyeden bağımsız bir yönetim organizasyonuna sahip olup olmadığı incelenmelidir⁷⁸.

Bir işyerine bağlı yerler ile bir işletmeye bağlı birden çok işyeri birbiriyle karıştırılmamalıdır. Nitekim bir işletme aynı sonuca yönelmiş birbirinden bağımsız birden çok işyerinden oluşabilir. Örneğin bir banka işletmesinin şubeleri bu nitelikte bir işletmeye bağlı bağımsız işyerleridir⁷⁹.

⁷³ Bir işyerine bağlı yerlerden söz edebilmek ve bu yerleri tek bir işyeri sayabilmek için, bunlar arasında “hukuki bir bağıllığın” bulunması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca hukuki bağıllığın bu yerlerin aynı işverene ait olması anlamına geldiği, ancak bu anlamda salt hukuki bağıllığın yeterli olmadığı (örneğin; aynı işverene ait bir doküma fabrikası ile bir fırının tek işyeri sayılamayacağı) ifade edilerek; ayrı ayrı kimselere ait olan yerlerin ise birbirini ne kadar tamamlarsa tamamlasın tümünün tek işyeri sayılmasının mümkün olmayacağı yönünde bkz. SÜZEK, s. 175-176.

⁷⁴ Bir işyerinde mal veya hizmet üretimi için başka mekânların da kullanıldığı durumlarda bunların bağımsız birer işyeri mi, yoksa tek bir işyeri mi kabul edilmesi gerektiği hususunda “örgütte birlik” ölçütüne başvurulması ve örgütte birliğin bulunmadığı durumlarda değişik işyerlerinin varlığının kabul edilmesi önerilmektedir. Örgütte birlikte anlaşılması gerekenin ise teknik yönetim birliği olduğu ifade edilmektedir. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 9; GÜNAY, s. 287-288.

⁷⁵ GÜNAY, s. 293; KÖSEOĞLU, s. 10. Söz konusu işyeri bölümlerinin işyeri bütünü içerisinde görülebilmesi için, bunlar arasında iktisadi ve hukuki bir bağlantının bulunması gerekir. Buna göre, aynı iş tekniği amacının gerçekleşmesine yarayan, aynı teknik yönetime bağlı bulunan ve aynı kişi veya kişilere ait olan birimler aynı işyerinin kapsamına girer. Bkz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 57. Ancak aynı kişiye ait olma ölçütünden hareketle mutlaka tek bir işyerinin olduğu sonucu çıkarılamaz. Çünkü aynı kişi birden çok işyerinin sahibi olabilir. Bu nedenle tek bir işyeri olup olmadığını saptamada ölçünün sadece “birlik halindeki örgüt” olduğu ve bunun en açık olarak “teknik yönetimin birliğinde” kendisini gösterdiği belirtilmektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 63-64.

⁷⁶ Nuri ÇELİK, İş Hukuku, İstanbul 2011, 24. Bastı, s. 59; KÖSEOĞLU, s. 11.

⁷⁷ KÖSEOĞLU, s. 11.

⁷⁸ KÖSEOĞLU, s. 11.

⁷⁹ GÜNAY, s. 293; ÇELİK, s. 69; KÖSEOĞLU, s. 14; ÇİL, s. 17; Yargıtay kararına atıfla aynı

Değişik işverenlerin aynı mekânda faaliyet göstermeleri halinde, her işveren yönünden bağımsız işyerleri söz konusu olur. Benzer şekilde asıl işverenden iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran alt işveren için de, söz konusu yer ayrı bir işyeri niteliğindedir⁸⁰.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde dar bir işyeri tanımı yerine geniş bir tanıma yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, bir işyerinin var olabilmesi için eşyalar, iş araçları, personel, makineler, binalar, hammaddeler gibi maddi; fikri ve sınai haklar, alacak hakları, müşteri çevresi, tecrübe ve sosyal ilişkiler gibi maddi olmayan unsurlardan bir ya da bir kaçının bir araya gelmesi gereklidir⁸¹.

İşyerinin gerçek veya tüzel kişiye ait olması ya da işverenin o yerin maliki veya kiracısı olması, işyeri niteliği açısından bir öneme sahip

sonuç için bkz. SÜZEK, s. 176. İşletme kavramının işyerine oranla daha geniş ve iktisadi anlamda bir üniteyi içerdiği; bu anlamda işletmenin iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birkaç işyerinin bağlı bulunduğu örgütlenmiş bir bütünü ifade ettiği yönünde bkz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 59; SÜZEK, s. 178-179; ÇELİK, s. 69.

⁸⁰ Savaş TAŞKENT, *Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 2, Yıl: 2004, s. 363-364; KÖSEOĞLU, s. 13.

Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlarında sunulan hizmetin belirli süreli sözleşmelerle değişik alt işverenler tarafından yerine getirilmesine rağmen, işyerindeki malzemelerin asıl işveren tarafından sağlanıp sabit kaldığı, işçilerin de her seferinde yeni alt işveren tarafından kesintisiz biçimde çalıştırılmaya devam edildiği durumlarda (alt işverenler arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmasa bile) bir işyeri devrinin varlığını kabul ettiği yönünde bkz. Ercüment ÖZKARACA, *İşyeri Devri-Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum*, C: 2009/1, S:20, s. 137-138. Yazar, bu konuda alt işverenin iradesinin doğru olarak saptanmasının büyük bir öneme sahip olduğunu, sözleşme süresi sona eren alt işverenin işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve bu işçilerin aynı işi üstlenene yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri halinde, bu ilişkinin yeni bir iş sözleşmesine dayandığı ve alt işverenler arasında işyeri devrinin söz konusu olmadığı sonucuna varılması gerektiğini ifade etmektedir (s. 140). Yargıtay HGK'nun 14.11.2001 tarih ve 2001/9-711 E., 2001/820 K. sayılı kararı da aynı yöndedir (www.corpus.com.tr).

Yargıtay 9. HD'nin 12.6.2006 tarih ve 2005/37343 E., 2006/16607 K. sayılı kararında da, işçinin yeni ihaleyi alan şirket nezdinde ara vermeden çalışmasını sürdürmesi halinde işyeri devrinin söz konusu olacağı belirtilmektedir. Karar metni ve kararı uygun bulan karar değerlendirmesi için bkz. Fevzi ŞAHLANAN, *İşyeri Devri İle Asıl İşveren-Alt İşveren (Karar İncelemesi)*, *Tekstil İşveren*, Kasım 2007, S. 333 (Hukuk 18), s. 2-4.

⁸¹ ÇELİK, s. 58; GÜNAY, s. 288; SÜZEK, s. 174; KILIÇOĞLU, s. 15-16. Ancak gözden kaçırılmaması gereken bir husus, içinde "işçi" bulunmayan bir yerin iş hukuku anlamında işyeri olarak kabulünün mümkün olmadığıdır. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 8, dn. 7. Bu bağlamda çalışan işçi sayısının bir veya daha fazla olması İşK m. 4'te öngörülen istisnalar hariç işyeri kavramına etkili değildir. Bkz. GÜNAY, s. 289; SÜZEK, s. 174. İşgücü dışındaki unsurların (maddi olan veya olmayan) işyerinin vazgeçilmez unsuru olmadığı yönünde bkz. Kübra DOĞAN YENİSEY, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, İstanbul 2007, s. 22.

değildir⁸². Yapılan işin türünün de işyeri niteliğinin kazanılmasında bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin ekonomik ve ticari nitelikte işlerin yapıldığı yerler yanında, kültürel faaliyetlerin yürütüldüğü yerler de işyeri olarak değerlendirilir⁸³.

F. İş Hukukunda İşyerinin Devri ve Devrin İş Sözleşmelerine Etkisi

İşçilerin iş güvencelerini tehlikeye sokan en önemli nedenlerden biri çalıştıkları işyerinin el değiştirmesi; devir yoluyla bir işverenden başka bir işverene geçmesidir⁸⁴. Klasik borçlar hukuku teorisi açısından bakıldığında, sözleşme sadece tarafları bağladığı için, devreden işverenle yapılmış olan iş sözleşmeleri devralan işvereni bağlamaz. Bu durumda işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona erecektir. Bu nedenle modern iş hukukunda işyerinin devredilmesine karşı, iş sözleşmesinin yeni işverenle devamı öngörülerek işçiye daha etkin bir koruma sağlanmaya çalışılmaktadır⁸⁵.

Devrin söz konusu olabilmesi için, işyerinde yürütülen faaliyetin devralan tarafından devam ettirilmesi gerekir⁸⁶. İşyerinin devri uygulamada genellikle mülkiyetin devri şeklinde gerçekleşmekle birlikte, satış dışında çeşitli şekillerde de devir mümkün olabilmektedir. Örneğin işverenin iflası, intifa hakkı kurulması, miras, bağış, ticaret ortaklıklarının birleşmesi veya bölünmesi ya da özelleştirme veya devletleştirme ile de devir gerçekleşebilir⁸⁷.

Hukumumuzda 4857 sayılı İşK'dan önce, sözleşmenin işverenin kişiliği dikkate alınarak yapıldığı haller hariç işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinin sona ermeyip mirasçılarla devam edeceğini öngören EBK m. 347/2 hükmü dışında, devir halinde o işyerinde çalışan işçilerin durumunu düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktaydı. Yargıtay bu dönemde sorunu EBK m. 179 hükmü çerçevesinde değerlendirmekte ve devirle birlikte iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edeceği görüşünü benimsemişti⁸⁸. Öğreti de, işyeri devirlerinde sözleşmenin yeni işverenle devamını öngören genel bir yasal düzenleme bulunmasa dahi, iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamını sağlayan değişik hükümlerden hareketle, bu konuda genel bir

⁸² SÜZEK, s. 174; GÜNAY, s. 289; KÖSEOĞLU, s. 9.

⁸³ SÜZEK, s. 173-174; GÜNAY, s. 289; KÖSEOĞLU, s. 9.

⁸⁴ SÜZEK, s. 183.

⁸⁵ SÜZEK, s. 183.

⁸⁶ ÇELİK, s. 61, dn. 19 ve orada belirtilen yazarlar.

⁸⁷ KÖSEOĞLU, s. 57; SÜZEK, s. 183; ÇELİK, s. 62.

⁸⁸ Yargıtay 9. HD'nin 29.9.1983 tarih ve 1983/4362 E., 1983/5947 K. Sayılı kararı (YKD, Mart 1984, s. 398-399).

ilkenin oluşturulabileceğini kabul etmekteydi⁸⁹. Belirtilmelidir ki TBK m. 428’de işyerinin tamamı veya bir kısmının devri İşK m. 6’ya benzer şekilde düzenlenmiştir.

İşK m. 6/1’e göre; “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”⁹⁰. İş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile işverene geçmesi için işçinin onayı aranmamaktadır, ayrıca bu hüküm emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılmaz. Madde gerekçesinde gerçek kişi işverenin ölümü halinde işyerinin mirasçılara geçmesi hali dışında, maddenin kapsamına, hukuki bir işlem nedeniyle işyerinin veya bir bölümünün başka bir işverene geçtiği bütün hallerin girdiği; ancak işlemin özelliğine göre sonuçlardaki farklılıkların ele alındığı ve istisnaların gösterildiği belirtilmiştir⁹¹. İşyeri devrinde İşK m. 6’nın sağladığı korumadan yararlanabilmek için İşK’ya göre iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi statüsünde olmak zorunludur, işyerinin bir bölümünün devri halinde işçinin çalışmasını devre konu bölümde gerçekleştiriyor olması gerekir⁹².

⁸⁹ Bu konuda 1475 sayılı İşK m. 14 ve 53, Deniz İş Kanunu (Deniz İşK) m. 19 ve 20/2, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) m. 8 hükümleri örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Murat ENGİN, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1993, s. 172. İşyerinin devrinin iş sözleşmelerine etkisi açısından Fransız, Alman ve İtalyan hukuklarındaki düzenlemeler için bkz. KÖSEOĞLU, s. 61, dn. 20. Ayrıca sözleşmenin devri için, eski ve yeni işverenle işçinin onayının gerektiği, yeni işverenin açık veya zımni bir onay vermemesi halinde sözleşmenin onu bağlamayacağı, bu durumda işçinin ancak eski işverenden kusurlu ifa imkânsızlığı yaratmasından ötürü tazminat talep edebileceği yönünde bkz. KÖSEOĞLU, s. 60, dn. 15.

⁹⁰ Ödünç (geçici) iş ilişkisi kapsamında çalışan işçiler açısından, işçiyi ödünç alan işverenin işyerinin devri halinde işçinin iş sözleşmesi devredilmiş olmayacak, sadece işçi ile ödünç veren arasındaki mevcut iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun alacaklısı olan ödünç alan işveren tarafında bir değişiklik meydana gelecektir; zira ödünç alan ile ödünç işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bkz. SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara-2011, s. 71.

⁹¹ Yine gerekçede işyerinin bir kira sözleşmesine bağlı olarak geçici ve süreli olarak bir başkasına devrinin de madde kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Öğretide madde metninde yer alan “hukuki işlem” yerine “hukuki bağ” a yer verilmesi önerilmekte ve hukuki bağın her zaman satış ile kurulmasının zorunlu olmadığı; miras, intifa hakkı, kira, birleşme, devletleştirme, özelleştirme gibi hallerde de hukuki bir bağın var olduğu belirtilmektedir, bkz. KÖSEOĞLU, s. 62, dn. 21. Maddede devrin “hukuki işleme” dayanmasından söz edilmesine rağmen, fiili durumlarda da sonuçta bir değişiklik olmayacağı yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 43. Ölüm halinde tüm hak ve borçların külli halefiyet yoluyla, bir hukuki işleme gerek kalmaksızın mirasçılara intikal edeceği ve iş sözleşmelerinin de kendiliğinden yeni işverene (mirasçılara) geçeceği yönünde bkz. SÜZEK, s. 184.

⁹² SÖNMEZ TATAR, s. 68. Yazar, devreden işveren döneminde askı halindeki iş sözleşmelerinin de işyerinin devri ile devralan işverene geçeceğini ve askı süresinin dolması ile birlikte

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İŞK m. 6/2). Bu çerçevede işçinin yıllık ücretli izne hak kazanıp kazanmadığı ve izin süresinin tespitinde (İŞK m. 53), iş güvencesinin kapsamına girmek için gerekli 6 aylık kıdem hesabında (İŞK m. 18), sözleşmenin feshi ihbarla sona erdirilmesinde ihbar süresi ve ihbar tazminatının tespitinde (İŞK m. 17), kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı ve kıdem tazminatı miktarının tespitinde⁹³ (1475 sayılı kanun m. 14) işçinin devreden ve devralan işveren nezdinde yaptığı toplam çalışma süresi dikkate alınmaktadır. Ancak iş sözleşmeleri işyerinin devrinden önce sona eren ve devirden sonra tekrar işe alınan işçiler için, devralan işverenin devirden önceki çalışma süreleri bakımından bir sorumluluğu söz konusu değildir⁹⁴. İşyerinin bir bölümünün ya da işletmeye dahil işyerlerinden birinin devri halinde devreden işverenin işveren sıfatı devam edecektir⁹⁵.

Devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur.⁹⁶ Ancak bu

işçilerin devralan işveren yanında çalışmalarına devam edeceklerini de belirtmektedir.

⁹³ 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/3'e göre işçinin kıdem tazminatından devralan işveren tamamen; devreden işveren ise işçinin kendi yanında yaptığı çalışma süresinden ve devir sırasındaki ücret seviyesiyle sorumludur. Devreden işveren dönemine ait kıdem tazminatından her iki işverenin sorumluluğu müteselsildir. Bu bağlamda devreden işverenin sorumluluğunu iki yıla sınırlayan hükmün, kıdem tazminatı dışındaki alacaklar için geçerli olduğu ve kıdem tazminatının bu iki yıllık süre ile sınırlı olmaksızın, kanunda öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde talep edilebileceği yönünde bkz. ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 156; KÖSE-ÖĞLU, s. 63, dn. 23 ve orada belirtilen yazarlar.

Yargıtay 9. HD'nin 8.12.1994 tarih ve 1994/13155 E., 1994/17394 K. sayılı kararında da işyerini devreden işverenin, işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasında işçinin aldığı ücretle sınırlı olmak üzere kıdem tazminatını ödemekle yükümlü olduğu, bu sorumluluğun sözleşmeyle ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir (www.corpus.com.tr). Yargıtay 9. HD'nin 4.3.2011 tarih ve 2009/7084 E., 2011/6085 K. sayılı kararında ise, işyeri devrinde kıdem tazminatı bakımından devreden işverenin kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücretiyle sınırlı olmak üzere sorumlu olduğu, 1475 sayılı kanun m. 14/2'de devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İŞK m. 6'da sözü edilen devreden işveren için 2 yıllık süre sınırlamasının kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmayacağı açıkça ifade edilmektedir (www.corpus.com.tr).

⁹⁴ SÜZEK, s. 185; ÇELİK, s. 63. Ancak işyerinin devrinden önce ihbar süresine uyularak feshi ihbarda bulunulan ve ihbar süresi devirden sonra sona eren iş sözleşmeleri açısından devralan işverenin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bkz. ÖZKARACA, s. 178-179; SÖNMEZ TATAR, s. 72.

⁹⁵ SÖNMEZ TATAR, s. 67.

⁹⁶ İhbar tazminatı ve izin alacağı devir anında doğmuş haklardan olmadığı belirtilerek, devreden işverenin ihbar tazminatı ile kullanılmayan izin ücretinden sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. ÇİL, s. 93; ÇELİK, s. 63-64; ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 153-

yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır⁹⁷ (İşK m. 6/3). Birlikte sorumluluğun kabul edilmesiyle işçi alacakları güvence altına alınmaktadır. Ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bölünmesi ya da tür değiştirmesi halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı İşK m. 6/4’de açıkça belirtilmiştir.

İşK m. 6/5’e göre; “*Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır*”. Madde hükmü ile salt işyeri devrinin gerek işçi gerekse işveren açısından fesih için haklı bir neden oluşturmayacağı kabul edilmiş ve ekonomik nedenlerle yapılacak fesih hakkı da saklı tutularak, salt devrin tek başına ekonomik bir neden sayılmayacağı açıkça belirtilmiştir⁹⁸. Devirde iş sözleşmesinin yeni işverenle devam edeceği

154. Benzer şekilde Yargıtay 9. HD’nin 11.3.2010 tarih ve 2008/21713 E., 2010/6562 K. sayılı kararında da devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan işçilik alacaklarından ötürü devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı, bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işverenin tek başına sorumlu olduğu belirtilmektedir (www.corpus.com.tr). Bu durumda, iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçtiğinden, yani devralan işveren devreden işverenin hukuki konumunu üstlendiğinden, işyerini devralan işverenin sadece kendi döneminde gerçekleşen haklardan değil, aynı zamanda işçinin devreden işveren yanındaki çalışması nedeniyle kazandığı haklardan da sorumlu olacağı yönünde bkz. ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 142-143.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası m. 89/1’e göre, işyerinin devir veya intikali halinde, eski işverenin kuruma olan sigorta primi, gecikme zammı ve faizi borçlarından yeni işveren de eski işverenle birlikte sorumlu olur. Bu hükmeye aykırı sözleşmeler geçersizdir.

⁹⁷ Hak düşürücü nitelikte olan bu iki yıllık süre sınırlaması, devreden işverenin sadece devir tarihinden geriye doğru hesaplanacak iki yıllık süre içinde gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumlu olduğu gibi bir anlamı içermeyip, iş sözleşmesi devralan işverene geçen bir işçi, devir tarihinden itibaren iki yıllık süre içinde devreden işverene başvurarak devir tarihinde muaccel olup ifa edilmeyen tüm alacaklarını talep edebilir. Bkz. ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 150. Yazar, devreden işverenin kendi döneminde gerçekleşen işçilik haklarından sadece iki yıl süreyle sorumlu tutulmasının işçiler açısından sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini, özellikle işyerini devralan işverenin devreden işverenle eşit finansal imkanlara sahip olmaması durumunda işçi alacaklarının tahsil edilememesi tehlikesinin ortaya çıkabileceğini, devreden işverenin (kıdem tazminatı dışındaki işçilik alacaklarından) birlikte sorumluluğu için öngörülen iki yıllık süre sınırının kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir (s. 151).

⁹⁸ Yargıtay HGK’nun 17.1.1990 tarih ve 1989/9-610 E., 1990/5 K. sayılı kararında da şu tespitler yapılmaktadır: “İşyerinin devir veya intikali yahut herhangi bir surette bir işverenden başka bir işverene geçmesi kural olarak 1475 sayılı İş Kanunu’nun 16 ncı maddesinin II. bendinin (a) fıkrasındaki iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması halini teşkil etmez.

yönündeki kural, yeni işverenin işyerini veya işletmeyi yeniden yapılanmaya tabi tutmasına ve buralarda teknolojik değişiklikler yapmasına engel değildir. Yeni işveren işyerinin kârlılığını, rekabet gücünü arttırmak amacıyla bazı faaliyetlerin durdurulmasına, devraldığı işyerinin veya bir bölümünün kendi işyeri ile birleştirilmesine ve bazı işçilerin iş sözleşmelerinin işyerinin veya işin gereklerinden ötürü feshine karar verebilir⁹⁹. Ayrıca, işyerinin devri başlı başına işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak değerlendirilemez ve işçiye İşK m. 22 hükmüne göre fesih hakkı vermez. Kanunun bu hükmünün süreli fesih hakkını da sınırlandırdığı ve işyerinin veya bir bölümünün devrinin süreli fesih için işveren bakımından başlı başına geçerli bir neden oluşturmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰.

İşletme, işyeri veya işyerinin bir bölümün devri halinde işçi haklarının korunması, Avrupa Konseyi'nin 14 Şubat 1977 tarihli ve 1977/187 sayılı Yönergesi ile düzenlenmiş olup, bu Yönerge 1998 yılında değiştirilmiş ve 12 Mart 2001 tarihli 2001/23 sayılı Yönergeyle son şeklini almıştır. Kâr elde etme amacı bulunup bulunmadığına, faaliyet konusuna ve özel ya da kamu sektörü işletmesi olup olmadığına bakılmaksızın, ekonomik bir faaliyete sahip olan tüm işletmeler Yönergenin kapsamına alınmıştır ve Yönerge işletmenin, işyerinin veya işyerinin bir bölümünün birleşme ya da sözleşmeye dayanan bütün devir hallerinde uygulanmaktadır¹⁰¹. Yönerge kapsamında bir devir söz konusu olduğunda, devir tarihinde devreden iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden doğan hak ve borçlar bir bütün olarak devralana geçer (Yönerge m. 3); devirden önce bir iş sözleşmesi feshedilmekle birlikte bildirim süreleri henüz dolmamışsa devralan işverenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹⁰². Yönergenin 4. maddesi ile de fesih yasağı getirilerek işçinin korunması

Olayda davacının çalışmış olduğu işyeri bir yabancı şirket tarafından işletilmekte iken ihale suretiyle diğer bir yabancı şirkete el değiştirmiştir. Burada az önce açıklanan kuralın uygulanmasına engel bir durum söz konusu değildir. Böylece davacı için hizmet akdini fesih hakkı doğmamış olduğundan kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekir". (www.corpus.com.tr).

Ancak devir tarihinde henüz iş sözleşmesinde öngörülen deneme süresi sona ermemiş ise, devralan işveren ya da işçi sözleşmeyi herhangi bir tazminat ya da bildirim süresi vermeksizin feshedebilecektir. Bkz. SÖNMEZ TATAR, s. 70-71.

⁹⁹ KÖSEOĞLU, s. 66; KILIÇOĞLU, s. 45; ÇİL, s. 94.

¹⁰⁰ SÜZEK, s. 188. Ancak işçinin İşK m. 17 hükmünde belirtilen ihbar sürelerine uyarak fesih hakkı her zaman saklıdır. Böyle bir fesih işçi kıdem tazminatı talep edemez.

¹⁰¹ Ancak kısmi bir devirden söz edebilmek için, devredilen malvarlığı değerinin ekonomik kimliğini koruması gerektiği yönünde bkz. KÖSEOĞLU, s. 58 dn. 9 ve s. 59.

¹⁰² Üye ülkeler devirden sonra devralanın sorumluluğunun yanında, devreden de iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden kaynaklanan borçlardan sorumluluğunun devam edeceğini kararlaştırabilirler (Yönerge m. 3/1). Bkz. KÖSEOĞLU, s. 59 ve aynı yer dn. 13.

amaçlanmaktadır. Buna göre, işletmenin veya işyerinin tamamen veya kısmen devri her iki işveren bakımından iş sözleşmesinin feshi için başlı başına bir neden oluşturmaz¹⁰³.

Sonuç olarak işyerinin devrine yönelik olarak İşK'da yer alan düzenlemenin yukarıda değinilen Yönergeler ile uyum içerisinde olduğu söylenebilir¹⁰⁴.

SONUÇ

Ticari işletme kavramı ilk kez YTTK'da tanımlanmıştır. YTTK'nın 11. maddesinde; ticari işletme kavramı, TST'den esinlenilerek "esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme" olarak ifade edilmiştir. Kural olarak, ticari işletmenin devri ile birlikte, işletmeye daimi olarak tahsis olunan tüm unsurlar devralana geçer. YTTK'nun 11. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise ticari işletme devri ile ticari işletmede yer alan duran malvarlığının, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarının devredildiği kabul edilir. Ancak, taraflar aralarında kararlaştırdıkları takdirde münferit bazı unsurları devir dışında tutabilirler, örneğin, ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devredilmeyeceğini kararlaştırabilirler.

TBK 202. madde anlamında bir işletme devrinin söz konusu olması için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bu ifadeden, bir ticari işletmenin malvarlığına dâhil bütün unsurlarının devrinin anlaşılması gerekir. Eğer, ticari işletme devri sonucu devredilen malvarlığı ile ticari işletmenin faaliyetinin devamı mümkün ise, münferit bazı unsurların devredilmemesi TBK madde 202'nin uygulanmasına engel olmaz. Yeter ki devrolunan unsurlarla ticari işletmenin devamı mümkün görülsün. Ancak, ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devredilmesini öngören sözleşme, doktrinde çoğunluk bulan görüşe göre TBK m. 202 kapsamında hükümsüz sayılacaktır. Kanımızca, işletmenin borçları,

¹⁰³ Ancak bu hüküm, ekonomik, teknik veya organizasyona ilişkin sebeplerle yapılacak fesihleri engellemez. Bu bağlamda işletme veya işyerinde işçinin gördüğü iş üzerinde değişiklikler yapılabilecek, ekonomik, teknik veya örgütsel nedenlerle işveren iş sözleşmesini feshedebilecektir. Bu fesih hakkı işçiler yönünden de söz konusu olabilir. Devir nedeniyle çalışma koşullarında esaslı değişiklikler olmuş ise, sözleşme işçi tarafından feshedilebilir. Bkz. KÖSE-OĞLU, s. 59-60.

¹⁰⁴ SÜZEK, s. 183-184.

devreden tarafından başka bir şekilde güvence altına alındığı takdirde, tarafların ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devrini sözleşmelerinde öngörmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır. Böyle bir güvence bulunmadığı takdirde, pasiflerin kapsam dışı bırakılmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılarak işletmenin tüm aktifi ve pasifi ile birlikte kanunen geçtiğini kabul etmek gerekir.

YTTK'nun 11. maddesi ile ticari işletme devir sözleşmesinin ve de ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağını belirterek yazılı şekil şartı getirilmiştir. Kaynak İsviçre Hukukunda, FusG'un 73. maddesinde ticari işletme devri sözleşmesinin sicile tescil ile hüküm doğuracağı belirtilerek, sicile tescil kurucu unsur olarak belirlenmiş, buna karşın YTTK'nun 11. maddesi ile bu konuda açık bir hüküm konulmamış olduğu için kanımızca, yazılı olarak yapılan ticari işletme devir sözleşmesinin sicile tescil anını devrin kurucu unsuru olarak kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Kural olarak tescile açıklayıcı bir işlev yükleyen ETTK sisteminde tescilin kurucu unsur olduğunun vurgulanmamış olması ise YTTK sisteminde önemli bir eksiklik olarak görülmektedir. Ticari işletme devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliğini yazılı olarak yapılması şartına bağlayan düzenlemenin YTTK'da yer alması bir yeniliktir. Ancak ticari işletme rehniinde bile resmi şekil aranmaktayken ondan daha kapsamlı bir işlem olan ticari işletme devrinde yazılı şeklin yeterli görülmesi ve tescilin kurucu olduğunun vurgulanmamış olması bizim de katıldığımız gibi önemli bir eksikliktir. Yazılı şekil şartı sadece ticari işletme devrinde değil aynı zamanda ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerde de uygulanacak bir hükümdür. Ticari işletmenin, ürün kirasına verilmesi, ticari işletmenin bir şirkete sermaye olarak konulması, ticari işletmenin üzerinde rehin sözleşmesi kurulması işletmeyi bir bütün halinde konu alabilecek sözleşmelerdir. YTTK m.11'de yer alan düzenleme bizi ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan bu sözleşmelerin de yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna götürmektedir. Oysa bu konuda gerek TİRK, gerekse ticari işletmenin şirkete sermaye olarak konulması ile ilgili olarak YTTK'nın 127 ve 128. maddelerinde özel düzenlemeler vardır. Bu hallerde ise konuya ilişkin özel hüküm öncelikle uygulanmak zorundadır.

Devrin şekli açısından genel hükümler çerçevesinde taahhüt ve tasarruf aşamalarını ayrı ayrı ele almak gerekirken, YTTK'nun 11/3. maddesinde; ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde

devredilebileceği, devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir. Böylece devir için tek bir sözleşmenin yapılması yeterli görülmüş, malvarlığının devri için genel hükümlerin gerektirdiği tasarruf işlemlerinin (taşınmazların tapuda tescili, taşınırın zilyetliğinin devredilmesi gibi) ayrı ayrı yapılmasına gerek dahi bulunmadığı açıkça belirtilerek genel hükümlerin öngördüğü taahhüt ve tasarruf aşamaları ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla YTTK'da yer alan bu düzenlemeye göre; ticari işletme kapsamında yer alan taşınmazların, yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile tapuya tescil edilmeden kazanılması mümkün hale gelecektir. Aynı zamanda bu hüküm, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarından olan fikri mülkiyet haklarının da tescilsiz olarak iktisap edilmesine olanak tanımaktadır. İşletmenin aktiflerinin devri sırasında zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığı, tek bir devir sözleşmesi ile işletme devrinin geçerli bir şekilde hüküm ifade edebileceği kanımızca uygulamada sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. İsviçre Hukukunda birleşmeleri düzenleyen FusG'un 70. maddesine göre malvarlığının devri için yazılı sözleşme şartı yeterli görülmesine karşın taşınmazların devrinin gerçekleşmesi için resmi sözleşme şartı korunmuştur. YTTK hazırlanırken mevcut sakıncaların ortaya çıkmaması için benzeri bir düzenlemenin kanunda yer alması olumlu olurdu. Sicile tabi malvarlığı unsurlarının devri söz konusu olduğu takdirde, aynı sermaye konulması halinde ticaret sicil müdürünün aynı sermaye olarak konulan malvarlığı unsurunun tabi olduğu sicile yaptığı bir bildirim gibi, ticari işletme devrinde de devrolunacak malvarlığı unsurunun tabi olduğu sicile bildirim öngörülmesi hukuk güvenliği açısından gereklidir.

Kanun koyucunun, ticari işletme devri prosedürünü kolaylaştırmak adına tescilsiz kazanım öngörmesi ve de aktif unsurların devri için genel hükümlerin gerektirdiği kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmadan devrin gerçekleşeceğini düzenlemesi kanımızca sicile güven ilkesinin korunması prensibi ile çelişmektedir. Örneğin, ticari işletme devri sözleşmesi ile bir taşınmazın devri tapuda tescil ile değil yazılı devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ve ticaret siciline tescil ve ilan ile gerçekleşecektir. Üstelik daha önce de belirttiğimiz gibi YTTK'da sicile tescilin, kurucu olduğu da açıkça anlaşılmamaktadır. Geçerli bir şekilde kurulan devir sözleşmesinin tescil ve ilan ile ticari işletmenin aktifinde bulunan taşınmazın devri, tapu siciline tescil olmaksızın gerçekleşeceğinden, tapu sicilindeki kayda güvenerek hak iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde bu iktisabının

korunması gerekecek midir sorusu karşımıza çıkacaktır. Kanun koyucunun, devir prosedürünü kolaylaştırmak adına kabul ettiği ve uygulamada sakıncalar yaratabilecek olan ve özellikle Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku ilkeleri ile çelişen bu uygulamanın yeni bir tescilsiz kazanım hali öngördüğü görölmektedir. Sicile güvenin korunması ilkesi ile çelişen bu düzenlemenin tapu sicili, trafik, marka ve patent sicilleri yönünden uygulamada tereddütlere ve sakıncalara neden olabilecek niteliktedir.

Ticari işletme devrinin İş Hukuku alanında da bazı önemli sonuçları bulunmaktadır. Özellikle işletmeyi devralan işverenin, devralan işveren ile aynı ekonomik güce sahip olmaması halinde işçilik alacaklarının ne şekilde güvenceye alınabileceği önemli bir konudur. Bu konuyla ilgili İşK m. 6’da açık bir düzenleme bulunmaktadır. Nitekim anılan hükümde devir sırasında mevcut olan işçilik alacakları için devir tarihinden itibaren devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olacakları belirtilmektedir. Ayrıca anılan hükümde salt devrin, işveren veya işçi açısından iş sözleşmesinin feshi için gerekçe teşkil etmeyeceği de açıkça vurgulanmaktadır.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971
- ARICI, Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011
- ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku, Umumi Hükümler, 3. B. İstanbul 1960
- BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2012
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2011, 24. Bası
- ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2004
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2012
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007
- ENGİN, Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1993
- GRASSINGER, Elçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Oldukları Savunma İmkânları, İstanbul, 1996
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, Ankara 2005
- İMREGÜN, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994
- KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004
- ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008
- ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devri-Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk, (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, C: 2009/1, S:20
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004

SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara-2011

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2011

ŞAHLANAN, Fevzi, İşyeri Devri İle Asıl İşveren-Alt İşveren (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Kasım 2007

TAŞKENT, Savaş, Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Yıl: 2004

TEKİL, Fahiman, Ticaret Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Aralık 2005, 4. Bası

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP,Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler), İstanbul 2011

www.corpus.com.tr

www.mevbank.com