

# LEGAL CONSEQUENCES OF COMMERCIAL ENTERPRISE TRANSFERS

## Ticari İşletme Devri'nin Hukuki Sonuçları

### 1. INTRODUCTION

**W**ITH THE ENTRY OF THE 6102 NUMBERED TURKISH COMMERCIAL Code (“**TCC**”) on the July 1, 2012, the commercial enterprise, the components that are subject to the transfer, the scope and form of commercial transfer agreements have been stated by defining the “commercial enterprise” for the first time. The TCC which determines the transfer of the commercial enterprise, the Turkish Code of Obligations (“**TCO**”) numbered 6098 which determines the transfer of liabilities in the commercial enterprise transfer, the Code of Execution and Bankruptcy (“**CEB**”) numbered 2004 that determines articles related to the cancellation of a commercial transaction and The Act On The Protection of Competition (“**Competition Act**”) numbered 4054 which determines the conditions subject to the permission of the Competition Board (“**Board**”) have been used in this study. In addition to this, the provisions of the Turkish Labor Code (“**LC**”) numbered 4857 related to issues about work and employee status’ as a result of a commercial enterprise transfer has been used as well.

### 1. GİRİŞ

**6**102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU’NUN (“**TTK**”) 1 TEMMUZ 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile ilk kez “ticari işletme” kavramının tanımı yapılarak, ticari işletmenin hangi unsurlarının devre konu olacağı, ticari devir sözleşmelerinin kapsamı ve şekline ilişkin açıklamalar getirilmiştir. Çalışmamızda, ticari işletme devrinin düzenlendiği TTK hükümleri esas alınmış olup, ticari işletme devrinde pasiflerin geçişini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“**TBK**”), tasarrufun iptali ile ilgili hükümleri düzenleyen 2004 sayılı İcra İflas Kanunu (“**İİK**”) ve ticari işletme devri için Rekabet Kurulu’ndan (“**Kurul**”) izin alınması gereken halleri düzenleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dan (“**RKHK**”) faydalanılmıştır. Bunun yanı sıra ticari işletmenin devri sonucunda iş ve işçi statüleri ile alacaklarına ilişkin ortaya çıkacak sorunlarda 4857 sayılı İş Kanunu (“**İK**”) hükümlerinden yararlanılmıştır.



## 2. DEFINITION AND REQUIREMENTS OF A COMMERCIAL ENTERPRISE

### 2.1. Definition of a Commercial Enterprise

The definition of the commercial enterprise is stated in the Trade Registry By-Laws even though there is no definition in the Previous Turkish Commercial Code (“**Previous TCC**”) numbered 6762. The TCC, with the purpose of resolving this deficiency, included the definition of a commercial enterprise. Inspired by the Trade Registry By-Laws, the TCC stated the concept of commercial enterprise as “*enterprise in which transaction targeting to profit in excess of the limit foreseen for an enterprise operated by a tradesman are continuously and independently carried out*” (Article 11). With this Article, the enterprise is brought into a general concept and it is stated that every commercial enterprise is also considered a business. In accordance with the definition above, the components that separate a commercial enterprise from other enterprises can be summarized as follows; (i) to generate revenue that exceeded the limit foreseen for an enterprise by a tradesman, (ii) continuousness, (iii) independency, (iv) targeting to generate revenue<sup>1</sup>.

## 2. TİCARİ İŞLETME TANIMI VE TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN ŞARTLARI

### 2.1. Ticari İşletme Tanımı

Ticari işletme tanımı, 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu’nda (“**ETTK**”) yer almamış olmasına rağmen bu kavram Ticaret Sicil Tüzüğü’nde tanımlanmış idi. TTK ise bu eksikliği gidermek suretiyle ticari işletme tanımına yer vermiş olup, ticari işletme kavramı Ticaret Sicil Tüzüğü’nden esinlenilerek, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*” şeklinde ifade edilmiştir (TTK md. 11). İşbu madde ile birlikte, işletme genel bir kavram haline getirilmiş, her ticari işletmenin aynı zamanda bir işletme olduğu belirtilmiştir. Yukarıda yer vermiş olduğumuz tanım doğrultusunda bir ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayıran unsurlar (i) esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamak, (ii) devamlılık, (iii) bağımsızlık, (iv) gelir sağlamayı hedef tutmak<sup>1</sup> olarak özetlenebilecektir.

## 2.2. Requirements for the Commercial Enterprise Transfer

### 2.2.1. Requirements for the Transfer of Actives and Passives Together

Article 202 of the TCO states that, all actives and passives shall be transferred together<sup>2</sup> for the transfer of the enterprise. The commercial enterprise transfer has to take place within the scope of the TCC, although the transfer of actives and passives together is not compulsory. Parties may come to an agreement to keep some components out of the transfer on the condition that the relevant commercial enterprise is sufficient enough to continue its activities with assets transferred<sup>3</sup>.

Within the transfer of a commercial enterprise, the transferring of whole actives and passives is not necessary but this does not mean that the commercial enterprise can only transfer with its actives. As per the main doctrine view, pursuant to Article 202<sup>4</sup> of the TCO, the transfer which only includes the transfer of actives will be considered void. Forasmuch the legal theory of the doctrine view is based on the thought of taking creditors under protection. Thus, there is no possibility of an unpaid balance for people who have the right to claim from the commercial enterprise. However, the opposite doctrine view states that in case the transferor provides a necessary and sufficient assurance, the transfer of the commercial enterprise without liabilities will not be an issue in terms of law.

### 2.2.2. Written Form Requirement of a Transfer Agreement

As per Article 11 of the TCC, the transfer agreement of the commercial enterprise and other agreements subject to the commercial enterprise as a whole shall be in written form and shall be registered and published in the trade registry.<sup>5</sup> Besides, it is not extensively determined that whether the register has a constituent effect on the commercial enterprise transfer or not. However, it is a huge deficiency that even the commercial enterprise pledge has to be in official form while official form requirement of the commercial enterprise transfer<sup>6</sup> is not determined in law.

### 2.2.3. Authorization of the Competition Board

Article 7 under the title of “The Mergers and Acquisitions Calling for the Authorization” of the “Communiqué on the Amendments Made to the Communiqué Concerning the Mergers and Acquisitions Calling for the Authorization of the Competition Board” numbered 2010/4<sup>7</sup> states that mergers and acquisitions are subject to an authorization. According to this Article, in case an authorization of the

## 2.2. Ticari İşletme Devrinin Şartları

### 2.2.1. Aktif ve Pasiflerin Birlikte Devredilmesi Şartı

TBK'nın 202. maddesi, bir işletme devrinin söz konusu olabilmesi için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>2</sup>. TTK kapsamında ticari işletme devrinin gerçekleşebilmesi için ise, işletmenin tüm aktif ve pasiflerinin devredilmesi zorunlu olmamakla birlikte, devre konu ticari işletmenin devredilen malvarlığı ile faaliyetlerine devam edebilecek yeterlilikle olması şartıyla taraflar anlaşarak işletmeye ait unsurlardan bazılarını devir dışında tutabilirler<sup>3</sup>.

Ticari işletmenin devrinde tüm aktiflerin ve pasiflerin devrinin zorunlu olmaması ticari işletmenin sadece aktifleriyle devredilebileceği anlamına gelmemektedir. Doktrindeki hakim görüşe göre, ticari işletmenin sadece aktiflerinin devredilebilmesini mümkün kılan devir, TBK'nın 202. maddesi kapsamında hükümsüz sayılacaktır<sup>4</sup>. Zira doktrindeki görüşün hukuki dayanağı, alacaklıları koruma altına alma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Böylece, ticari işletme nezdinde alacak hakkına sahip olan kişi(ler) in alacaklarının karşılıksız kalma ihtimali söz konusu olmayacaktır. Ancak doktrindeki buna karşı olan görüş ise devredenin gerekli ve yeterli teminatları göstermesi durumunda ticari işletmenin pasiflerinden arı bir şekilde devralana devredilebilmesinin hukuki açıdan bir sorun oluşturmadığını belirtmektedir.

### 2.2.2. Devir Sözleşmesinde Yazılı Şekil Şartı

TTK'nın 11. maddesi ile ticari işletme devri sözleşmesinin ve ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılması ve ticaret sicilinde tescil ve ilan ettirilmesi hükme bağlanmıştır<sup>5</sup>. Bunun yanı sıra tescilin, ticari işletme devrinin kurucu unsuru olup olmadığı özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak ticari işletme reh-ninde bile resmi şekil aranmaktayken ticari işletme devri gibi çok daha kapsamlı bir konuda resmi şeklin kanunla düzenlenmemiş oluşu büyük bir eksikliktir<sup>6</sup>.

### 2.2.3. Rekabet Kurulu İzin Şartı

2010/4 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”in<sup>7</sup> “İzne Tabi Birleşme veya Devralmalar” başlıklı 7. maddesinde hangi birleşme ve devralmaların izne tabi olduğu detaylı olarak sayılmıştır. Bu kapsama gire ticari işletme devri için, Kurul’dan izin alınması gereken hallerde, RKHK'nın 7. maddesi uyarınca devir sözleşmesi imzalandıktan sonra Kurul’dan söz konusu devir için izin alınması gerekmektedir.

Board is necessary for the transfer of commercial enterprise, it is obliged to obtain an authorization of the Board after the transfer agreement has been signed.

### 3. CONSEQUENCES OF THE COMMERCIAL ENTERPRISE TRANSFER

#### 3.1. Consequences of the Commercial Enterprise Transfer Within the Scope of the Competition Act

In case that the commercial enterprise transfer, which is subject to permission, is not notified to the Board, the Board shall decide on the following: the commercial enterprise transfer can be terminated, all unlawful legal acts can be eliminated, any shares or assets seized can be returned, if possible, to their former owners, whose terms and duration of the acquisition process determined by the Board. Or if not possible, these shares or assets can be assigned and transferred to third parties. Thereby the assignee shall not participate in the management of the undertakings acquired within the period, until these are assigned to their former owners or third parties. Furthermore the assignee has to take other required precautions as well.

In further addition, as a result of making the notification, the Board shall impose on natural and legal persons having the nature of an undertaking and on associations of undertakings or members of such associations formed at the end of the previous financial year. The administrative fine in thousands of annual gross revenues of undertakings and associations of undertakings or members of such associations which generate by the end of the financial year precede the decision of the Board, which generate by the end of the financial year closest to the date of the decision.

#### 3.2. Consequences of the Commercial Enterprise Transfer Within the Scope of the Commercial Law and the Code of Obligations

##### 3.2.1. Termination of The Capacity as the Mercant

The mercant that transfers his commercial enterprise will lose the capacity as the Mercant unless he does not own another enterprise. The person who loses the capacity as the Mercant shall register in the trade registry and has to announce the same in the trade registry gazette within 15 (fifteen) days. This person can be pursued by insolvency for 1 (one) more year after the announcement<sup>8</sup>.

##### 3.2.2. Transfer of the Components of the Commercial Enterprise to the Assignee

As per second sentence of the 3<sup>rd</sup> paragraph of Article 11 of the TCC, unless otherwise agreed between the parties, it is

### 3. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN SONUÇLARI

#### 3.1. Ticari İşletme Devrinin RKHK Açısından Sonuçları

İzne tabi ticari işletme devrinin Kurul'a bildirilmemesi halinde; devralma işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına, şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine ve bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verilebilir.

Buna ek olarak bildirim yapılmaması sonucunda ayrıca, teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezası devralana verilir.

#### 3.2. Ticari İşletme Devrinin Ticaret Hukuku ve Borçlar Hukuku Açısından Sonuçları

##### 3.2.1. Tacir Sıfatının Sona Ermesi

Ticari işletmesini devreden tacir, başka bir işletmeye sahip değilse tacir sıfatını kaybedecektir. Tacir sıfatını kaybeden kimse bu durumu 15 (on beş) gün içinde ilgili ticaret sicili müdürlüğüne tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi'ne ilan ettirmelidir. Bu kişi söz konusu ilandan itibaren 1 (bir) yıl daha iflas yoluyla takip edilebilir<sup>8</sup>.

##### 3.2.2. İşletmeye Tahsis Olunan Unsurların Devralana Geçmesi

ETTK'nın 11. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise ticari işletme devrinin ticari işletmede yer alan duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını kapsadığı kabul edilir.

##### • Duran Malvarlığı

ETTK'nın 11. maddesinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, işletmede yer alan tesisatın da ticari işletme devri kapsamına gireceği düzenlenmişti. TTK'da ise "tesisat" kavramı yerine "duran malvarlığı" kavramı bilinçli olarak tercih edilmiş olup, bundan anlaşılması gereken ise,





deemed that the commercial enterprise transfer includes the fixed assets, goodwill, right for rental, trade name and other intellectual property rights and assets allotted to the enterprise at all times.

#### • Fixed Assets

As per Article 11 of Previous TCC, unless otherwise agreed between the parties, it is stated that, facilities of the commercial enterprise shall be included in the commercial enterprise transfer. In the TCC, instead of the “facilities” concept, the “fixed assets” concept is consciously preferred. This concept stands for properties owned by the commercial enterprise. Fixed assets are composed of the properties that the commercial enterprise owns to continue its business activity. In this respect, headquarters and branch buildings, work and transportation tools which belong to the commercial enterprise are considered as fixed assets.

#### • Goodwill

In Turkey the term ‘peştemaliye’ and in international literature the term good-will is used to describe abstract assets that are acquired in addition to concrete assets. Every commercial enterprise constitutes a customer portfolio during its activities. When the assignee continues to provide service to transferor’s customers without having difficulty to find a customer, it is accepted as an intangible value of that commercial enterprise. Goodwill, as stated in the jus-

işletmeye ait gayrimenkuller ile menkullerdir. Duran malvarlığı, bir ticari işletmenin faaliyetini devam ettirebilmesi için sahip olduğu menkul ve gayrimenkullerden oluşur. Bu hususta işletmeye ait genel merkez ve şube binaları, iş ve taşıma araçları duran malvarlığı olarak değerlendirilir.

#### • İşletme Değeri

İşletme değeri için Türk hukukunda peştemaliye ve uluslararası literatürde *good-will* terimi kullanılmakta olup bu terim anlam olarak, işletmenin somut malvarlığı unsurlarına ek olarak edinmiş olduğu soyut değerleri ifade etmektedir. Her ticari işletme faaliyet gösterdiği süre içerisinde belirli ve devamlı bir müşteri çevresi oluşturmuştur. Devralanın müşteri sıkıntısı yaşamaksızın devredeninin müşterilerine hizmet sunmaya devam etmesi o işletmeye ait bir gayri maddi değer olarak addedilmektedir. İşletme değeri, TTK gerekçesinde de belirtildiği gibi ekonomik değeri olan bir unsurdur. Bu unsur, bazen işletmede yer alan duran malvarlığı ve diğer işletmeye özgülenen unsurların bütününden daha fazla ekonomik bir değere sahip olabilir.

#### • Kiracılık Hakkı

TTK’nın 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, devreden devrettiği ticari işletmenin taşınmazı üzerinde kira hakkı bulunması halinde, bu hak da devir işlemi ile devralana geçecektir<sup>9</sup>. Kiracının, kira sözleşmesi kapsamında tahliyesine ilişkin TBK hükümleri ise saklıdır.



tification of the TCC, is an element which has an economic value. This element has sometimes more economic value than fixed assets in an enterprise or components that are allocated to the other enterprises.

#### • Tenancy Right

As per the third paragraph of Article 11 of the TCC, in case that the transferor has a rental right on the real estate of the commercial enterprise that he transferred, this right will transfer to the assignee with the transfer<sup>9</sup>. Evacuation of the renter within the scope of the tenancy agreement is reserved under the provision of the TCO.

#### • Trade Name

The Trade name is used in commercial affairs by the merchant; it is set out in Article 49 and following Articles of TCC. The Trade name is adhering strictly to the enterprise and it is not possible to transfer it without the enterprise. Therefore, unless it is clearly defined in the transfer contract, the trade name will be transferred to the transferee depending on the commercial enterprise.

#### • Ticaret Unvanı

Ticaret unvanı, tacirin ticari işlerinde kullandığı isim olup TTK'nın 49. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Ticaret unvanı işletmeye sıkı sıkıya bağlı olup işletmeden ayrı devri mümkün değildir. Bu nedenle, devir sözleşmesinde açıkça belirtilmedikçe, ticaret unvanı da ticari işletmeye bağlı olarak devralana geçecektir.

#### • Diğer Fikri Mülkiyet Hakları

Bir işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrinde, aksi kararlaştırılmadığı sürece devir sözleşmesi, işletmeye ait markalar veya işletmeye bağlı patent hakkı gibi diğer fikri mülkiyet haklarını da içermektedir<sup>10</sup>. Söz konusu hakların mülkiyeti TTK'nın 11. maddesinde ticari işletme devri sözleşmesinin bir bütün halinde yazılı olarak yapıp, ilgili ticaret sicili müdürlüğünde tescil ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesi ile kazanılacaktır.

### • Other Intellectual Property Rights

In the transfer of an enterprise with its assets and liabilities, unless otherwise agreed, the transfer contract includes the brands of the enterprise or other intellectual property rights such as the patent right of the enterprise<sup>10</sup>. According to Article 11 of the TCC, these rights will be acquired by the entirety with the written commercial enterprise transfer contract and shall register in the trade registry and has to be announced in the same way in the trade registry gazette.

### • Assets Allotted to the Enterprise At All Times

The scope of the allocated items of the commercial enterprise is not mentioned individually in the law. This matter shall be reviewed separately according to each condition. For instance, in the Supreme Court's decision it is stated that, even though the parties did not determine a private line and telephone within the scope of the transfer, it is accepted that all these commercial operations are allocated for the commercial enterprise which publishes newspapers<sup>11</sup>.

### 3.2.3. Joint Liability of the Assignee and the Transferor

As mentioned above, the merchant who transfers his commercial enterprise will lose the capacity of a merchant unless he does not own another enterprise. However, losing the capacity of a merchant does not mean that the transferor can be discharged from his liabilities. The legislator holds the transferor severally responsible for 2 (two) years with the assignee due to the debts arising from his assets and enterprise. As per Article 202 of the TCO, beginning from the date of notification of the transfer of commercial enterprise to creditors or the date of announcement in the Trade Register Gazette for commercial enterprises and the date of announcement in one of the newspapers broadcasting across Turkey for non-commercial enterprises, the assignee shall be responsible to creditors due to the debts arising from his assets or enterprise. According to this, the debts regarding the commercial enterprise shall be transferred to the assignee without a debt assumption agreement<sup>12</sup>. Within this period, the assignee and the transferor shall be jointly liable for the debts of the commercial enterprise as required by law<sup>13</sup>. Without doubt, the law-maker acts with the intention of protecting the creditor<sup>14</sup>. Liability is restricted for a period of 2 (two) years with regards to the transferor. This is a prescription period which the judge shall take into account on its own motion even if it is not stated in the trial by the parties.

### • İşletmeye Sürekli Olarak Özgülenen Malvarlığı

Ticari işletmeye tahsis olunan unsurların neler olduğu kanunda tek tek yer almamaktadır. Bu husus her olayın şartlarına göre ayrıca değerlendirilmektedir. Örneğin, bir Yargıtay kararında, konusu gazete yayınlamak olan bir işletmede, özel hat ve telefon, işletmeye sürekli olarak özgülenen malvarlığı unsurları olarak kabul edileceğinden devir sözleşmesinde özel hat ve telefonun devir kapsamında olduğu açıkça belirtilmese bile, bu unsurların işletmeye devamlı olarak tahsis olunduğu kabul edilir. Bu nedenle söz konusu unsurlar açıkça yazılmamış olsa bile, devrin kapsamı içinde yer alırlar<sup>11</sup>.

### 3.2.3. Devralan ile Devredenin Müteselsil Sorumluluğu

Daha önce belirttiğimiz üzere devreden tacir başka bir işletmeye sahip değilse tacir sıfatını kaybedecektir. Ancak tacir sıfatının kaybedilmesi devredeninin sorumluluktan kurtulacağı anlamına gelmeyecek olup kanun koyucu, devredeni devralanla birlikte 2 (iki) yıl boyunca malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan müteselsil olarak sorumlu tutmaya devam eder. TBK'nın 202. maddesi uyarınca, devralan, ticari işletme devrini alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, ticari işletme olmayanlar için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten itibaren, alacaklılara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Buna göre, ticari işletmeye ait borçlar ayrıca bir borcun nakli sözleşmesi yapılmadan kanun gereği devralana geçmektedir<sup>12</sup>. Devralan, bu süre içerisinde kanun gereği ticari işletmeye ait borçlardan devreden ile beraber müteselsilen sorumlu olacaktır<sup>13</sup>. Burada kanun koyucu şüphesiz ki alacaklıyı koruma amacıyla hareket etmektedir<sup>14</sup>. Devreden açısından sorumluluk 2 (iki) yıllık bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu süre hak düşürücü süre olup taraflarca duruşma esnasında belirtilmemiş olsa bile hakim tarafından re'sen nazara alınır.

### 3.3. Ticari İşletme Devrinin İcra İflas Hukuku Açısından Sonuçları

Ticari işletmenin devri, aşağıda belirtilecek olan durumların ortaya çıkması halinde, tasarrufun iptali davasına konu edilebilecek ve bu dava sonuç olarak ticari işletme devrinin iptaline sebebiyet verebilecektir. Tasarrufun iptali davasının ticari işletme devrinin tarafları açısından ortaya çıkaracağı ilk husus, devreden ile devralan üçüncü kişinin ihtiyari takip arkadaşıdır. Nitekim TBK'nın 202. maddesi uyarınca, aralarında kanundan doğan müteselsil borç ilişkisi olan taraflar, icra ve iflas hukuku tarafından da takip arkadaşı konumundadır. Dolayısıyla, maddi hukuk açısından müteselsil sorumlu olan devreden ile devralan, yapılan takip sonuçsuz kaldığı takdirde, icra iflas huku-



### 3.3. Consequences of the Commercial Enterprise Transfer Within the Scope of Execution and Bankruptcy Law

In case that conditions which are stated below occur, the transfer of the commercial enterprise will be able to constitute a subject to the cancellation of commercial transaction and this lawsuit will be able to cause the cancellation of the commercial enterprise consequently. The first result of the relevant action between the parties of the transaction is to become voluntary joinder whose sides are transferor and third person assignee. Thus, as per the Article 202 of the TCO, the parties who have joint obligations rising from law, are also joinder of proceed within the context of execution and bankruptcy law. Therefore in case of an abortive trial, the transferor and assignee that are jointly liable in terms of material law, remain to be voluntary joinder in respect to execution and bankruptcy law. Action for cancellation of the commercial transaction and the annulment of the commercial enterprise will be able to discussed in conditions which are stated in Articles 278 and 280 titled 'Invalidity of Gratuitous Transactions', 'Invalidity Due To Loss' and 'Cancellation Due to the Intention of Harming Third Parties' of the CEB.

To file these two kinds of actions for the annulment of transactions that are given below, the creditor, must have a claim against the transferred enterprise and a certificate of insolvency which indicates that the creditor fails to collect his claims from the debtor. In this case, for the cancellation of the commercial transaction to comes into order, it should be researched if there is a creditor who already has a certificate of insolvency<sup>15</sup>.

To file cancellation of a commercial transaction mentioned as per 3<sup>rd</sup> paragraph of Article 278 of the CEB, first of all parties that cannot be able to collect their claims from the commercial enterprise have to exhaust their rights arising from Article 202 of the TCO and accordingly they have to start an enforcement proceeding against the relevant commercial enterprise. In case that the executive proceeding remains inconclusive, parties who cannot be able to collect their claims from the commercial enterprise will be able to file cancellation of a commercial transaction stated in the CEB Article 278/3 as a '*contract that the debtor accepts a quite low price as*

ku bakımından da ihtiyari dava arkadaşı olarak devam edeceklerdir. Tasarrufun iptali davası ile ticari işletme devrinin iptali, İİK'nın "İvazsız Tasarrufların Butlanı" "Acizden Dolayı Butlan" ve "Zarar Verme Kastından Dolayı İptal" başlıklı 278 ile 280. maddelerinde belirtilen hallerde söz konusu olabilecektir.

Aşağıda yer alan iki tür tasarrufun iptali davasının açılabilmesinin ön koşulu alacaklının, işletmesini devreden şirketten gerçek bir alacağının olması ve bu alacağını borçludan tahsil edemediğini tevsik eden bir aciz vesikasına sahip olmasıdır. Bu durumda tasarrufun iptalinin gündeme gelebilmesi için halihazırda elinde aciz vesikası olan bir alacaklının olup olmadığının da araştırılması gerekir<sup>15</sup>.

İİK'nın 278. maddesinin 3. fıkrasında sözü geçen tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için öncelikli olarak alacağının ticari işletmeden tahsil edemeyen taraf(lar)ın TBK m. 202'den doğan hakkını tüketmesi ve bu doğrultuda alacaklarını alamadığı ticari işletmeye karşı icra takibi başlatmaları gerekmektedir. İcra takibinin sonuçsuz kalması durumunda alacağının ticari işletmeden tahsil edemeyen taraf(lar), İİK m. 278'de belirtilmiş olan "*akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akit*" ile devredilmesi durumunda söz konusu olacak olan tasarrufun iptali davası yolunu kullanabilecektir. İptal davasını açma hakkı, iptale tabi tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren 5 (beş) yıl geçmekle düşer<sup>16</sup>. Tasarrufun iptali davası ile her ne kadar tasarrufun butlanına hükmettirmekten söz ediliyorsa da buradaki butlan maddi anlamda bir butlan değildir. Bir diğer deyişle iptal kararı sonucu mülkiyet durumu değişmez ve alacaklının iptal edilen tasarruf konusu mal üzerinde, o mal sanki borçlununmuş gibi haciz tatbik ettirerek sattırıp, satış bedelinden alacağını elde etmesi hakkı oluşur. Bu nedenle satış bedelinden arta kalan miktar borçluya değil mülkiyet hakkı sahibi üçüncü kişiye verilir. Bu durumda, devre konu işletmenin piyasa değerinin oldukça altında bir bedel ile devredilmesi, ilgili tasarrufun iptali açısından yeterli olacak ve devralanın bunu bilmesi veya bilebilir durumda olması ya da iyi niyetli olması tasarrufun iptal edilip edilmemesine etki etmeyecektir. Yargıtay, konuyla ilgili çeşitli kararlarında, devredilen ticari işletmenin gerçek

1 ARKAN, Commercial Undertaking Law, Ankara, 2012, p.27

2 POROY/YASAMAN, Commercial Undertaking Law, 10. Edition, Istanbul, 2004, p.42

3 Justification of the TCC Article 11

4 Poroy/Yasaman, p.42; Arkan, p.42

5 Fatih ARICI, Transfer of the Commercial Undertaking With Assets And Liabilities, Istanbul 2008, p.37

6 Mehmet BAHTİYAR, Commercial Undertaking Law, 11. Edition, Istanbul 2012, p.37

7 Official Gazette Date - No: 7.10.2010 - 27722.

8 CEB Article 44

9 ARKAN, ibid, p.44

10 TEKİNALP, Intellectual Property Law, December 2005, 4. Edition, p.431

11 Court of Appeal 11.CC, 20.02.1975 dated and 1974/3626 E., 1975/1217 K.

12 ARKAN, ibid, p.45

13 Court of Appeals 21st Civil Law Chamber 26.9.2005 case number 2005/2921 E., 2005/8294 K.

14 ARKAN, ibid, p.46

15 Controlled by the courts



a consideration according to the value of the subject which creditor gave during the forming of the contract'. The right to file a cancellation action will be time-barred after 5 (five) years starting from the date on which the transaction subject to the cancellation is done<sup>16</sup>. Even though it has been mentioned about ordering the invalidity of the transaction with the action for cancellation of a commercial transaction; this invalidity does not have a material meaning. In other words, as a result of an annulment decision, the status of property does not change and the creditor will have the right to sell the goods subject to the transaction that is cancelled with implementing the seizure as if that good belongs to the debtor and receive his debt from the sale price. Therefore, the remaining part of the sale price shall be given to the third person who has a property right, but not the debtor. In this case, the transfer of the subject enterprise with a price that is highly below the market price will be enough for annulment of the subject transaction, whether the assignee knows about the price, is in a situation that he/she needs to know or acts in a good faith that will not affect the cancellation of transaction. In various Supreme Court's decision, the Supreme Court states that the acceptance of the unbalance between the real value of the transferred commercial enterprise and the price that the debtor admits as a consideration is highly low. The difference between them should be at least 1 (one) time<sup>17</sup>.

Alternatively the creditor can apply for a cancellation of the transaction within the scope of CEB, Article 280. According to this provision, the creditor can take a transaction action only if he submits that there is an act on the purpose of causing damage in the transfer of a commercial enterprise.<sup>18</sup> In other words, the transaction made by the debtor should be in a non-manner of good faith or of a cautious merchant just as defined in Article 20 of the TCC and the relevant transaction should cause a financial difficulty. As per the 3rd paragraph of Article 280 of the CEB, a presumption which is in favor of the creditor has been brought. According to the relevant presumption, in cases where a third person takes over the debtor's entire or substantial part of the commercial enterprise, it is assumed that the third person is informed about the debtor's intention of harm. The presumption brought with Article 280 of the CEB may only be disproved under two conditions. First of all at

değeri ile borçlunun ivaz olarak kabul ettiği fiyat arasındaki dengesizliğin pek aşağı kabul edilebilmesi için aradaki farkın en az bir kat olması gerektiğine işaret etmiştir<sup>17</sup>.

Alacaklının İİK bünyesinde tasarrufun iptali için başvurabileceği diğer bir yol ise, İİK'nın 280. maddesine dayanmaktadır. Bu hüküm uyarınca alacaklı, ticari işletmenin devrinde zarar vermek kastıyla hareket edildiğini ileri sürmek kaydıyla tasarruf davası açabilecektir<sup>18</sup>. Başka bir deyişle, borçlunun yapmış olduğu tasarrufun, iyi niyetli bir kişiden veya TTK'nın 20. maddesinde tanımlandığı gibi basiretli bir tacirden beklenilemeyecek bir şekilde ve mevcudunu azaltıcı nitelikte olması gerekir. Burada, alacaklının lehine İİK m.280/3. uyarınca bir karine geliştirilmiştir. İlgili karine uyarınca borçlunun ticari işletmesinin veya işyerindeki mevcut ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını borçludan devralan ve böylece ticari işletmesini veya işyerini işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastını bildiği varsayılır. Kanunun kabul ettiği bu karine ancak iki şekilde çürütülebilir. Bunlar; borçlu ya da üçüncü kişi, devir tarihinden itibaren en az üç (3) ay önce, durumu, iptal davasını açan alacaklıya yazılı olarak bildirdiklerini veya borçlu ya da üçüncü kişi, yine devir tarihinden itibaren en az üç (3) ay önce, ticari işletmenin bulunduğu yerde, bu durumu belirten, görülebilir levhalar asmakla beraber ayrıca Ticaret Sicili Gazetesiyle, bu mümkün olmadığı takdirde, bütün alacaklıların öğrenebilecekleri şekilde, uygun vasıtalarla ilan ettiklerini ispat ederlerse, aleyhlerindeki karine çürütebilir. Lakin tasarrufun iptali davasının reddi için karinenin ortadan kalkmasının yanında hükmün ilk fıkrasında öngörülen koşulların varlığının da alacaklılar tarafından ispat edilememiş olması gerekmektedir.

### 3.4. Ticari İşletme Devrinin İş Hukuku Açısından Sonuçları

Ticari işletme devri ile iş hukuku bağlamında mevcut bulunan hak ve alacaklara ilişkin sorumluluğun kimlerde olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. İİK'nın 6. maddesi, işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devir tarihinde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralana geçeceğini belirten emredici bir hükümdür. Bu hüküm bağlamında, mevcut iş sözleşmeleri, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, bütün hak ve borçlarıyla ticari işletmenin devri



1 Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s.27.

2 Reha POROY/Hamdi YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004, s.42.

3 TTK Gereke md. 11

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

5 Fatih ARICI, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008 s.215.

6 Mehmet BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2012, s.37.

7 Resmi Gazete Tarihi - No: 7.10.2010 - 27722.

8 İİK m.44

9 ARKAN, a.g.e., s. 44

10 Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, Aralık 2005, 4. Baskı, s. 431.

11 Yargıtay 11. HD'nin, 20.02.1975 tarih ve 1974/3626 E., 1975/1217 K.

12 ARKAN, a.g.e. s. 45

13 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 İİK'nın 44 ve BK'nın 179. maddesinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır.

İşyeri devri ile ilgili İİK'nın 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 ilişki hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda devir, alacaklının haklarını etkilemez. Devralan davacı BK'nın 179. maddesi uyarınca işletmenin borçlarından sorumlu olduğu göz ardı edilerek

least 3 (three) months prior to the transfer, the debtor or the third party shall prove that they have notified the creditor in written form of the transfer or shall prove that they have published the transfer in visible signboards located at the commercial enterprise and additionally have published the transfer in the Trade Registry Gazette. If this is not possible, they shall prove that they have used the appropriate tools in order to enable the third parties to get informed of the transfer; this presumption would have been assumed to be disproved. However, for the dismissal of the transaction action, the relevant presumption has to be disproved; in addition to this the creditors shall not prove the foreseeable provision under the first first paragraph of Article 280.

### 3.4. Consequences of the Commercial Enterprise Transfer Within the Scope of the Labour Code

With the transfer of a commercial enterprise, the question relating to the liability for the existing rights and claims becomes a current issue. Article 6 of the LC is a mandatory rule that states that current labour contracts shall be transferred to the employer with all its rights and obligations in case of a transfer of the entire or substantial part of the commercial enterprise<sup>19</sup>. Rights and obligations arising from the labour contract are personnel regulations, internal regulations, and work place applications, instructions promulgated by the employer and other related rights and obligations. In other respects, the transfer of the workplace contains the same provision that assure the employee's debts which arose before the transfer date. This provision also holds the assignee and transferor jointly and severally liable for debts that arose before the transfer, to be paid within 2 (two) years of the transfer date<sup>20</sup>.

The assignee shall be liable for the debts which arose between the transferor and employees before the enterprise transfer. Assignee and transferor may agree upon it with a contract to assure that the transferring employer shall be liable for these claims with a limitation of the assignee's own period or that the assignee or the transferring employers shall be liable for these claims. These provisions shall be obligatory to both parties but not to the employees. This kind of contract shall qualify as a recourse contract between the transferee and thre transferor<sup>21</sup>.

neticesinde yeni işverenin sorumluluğuna geçecektir<sup>19</sup>. İş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar kapsamına; personel yönetmeliği, iç yönetmelik, işyeri uygulaması, işverence yürürlüğe konan talimatlar ve buna ilişkin diğer ilgili hak ve borçlar girmektedir. Bunun yanı sıra aynı hüküm, işyerinin devri halinde, işçilerin devir tarihinden önce doğmuş alacaklarını devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devralan ve devreden işvereni 2 (iki) yıl süreyle birlikte sorumlu tutarak güvence altına almaktadır<sup>20</sup>.

Devralan, ticari işletmeyi devralmadan önce devreden ile işçiler arasında doğmuş olan işçi borçlarından sorumlu olmaktadır. Devralan ve devreden işverenin aralarında yapacakları bir sözleşme ile devralan işverenin bu tür işçi alacaklarından sadece kendi dönemi ile sınırlı olmak üzere sorumlu olacağını kararlaştırılması veya bu alacaklardan sadece devralan veya devreden işverenin sorumlu olacağını kararlaştırmaları, taraflar için bağlayıcı olmakla beraber işçilere karşı ileri sürülemeyecektir. Bu tip bir anlaşma devreden ile devralan arasında bir nevi rücu sözleşmesi niteliğine sahip olacaktır<sup>21</sup>.

Bunlarla birlikte, İK'nın 6. maddesinin 5. fıkrasına göre, ticari işletme devri gerek işçi gerekse işveren için haklı bir fesih sebebi oluşturmaz. Başka bir ifadeyle, ticari işletme devri tek başına, İK'nın 22. maddesinde belirtilen "çalışma koşullarında esaslı değişiklik" halini teşkil etmez ve taraflara iş sözleşmesini haklı bir nedenle fesih imkanı tanımaz.

### 4. SONUÇ

İşbu makaleden anlaşılacağı üzere, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise ticari işletme devri ile ticari işletmede yer alan duran malvarlığının, işletme değerinin, kiracılık hakkının, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarının ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarının devredildiği kabul edilir.

TBK'nın 202. maddesi tahtında 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 dahil bütün unsurlarının devredilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmamalıdır. Ticari işletme devri sonucu devredilen malvarlığı ile ticari işletmenin faali-



16 CEB Article 284

17 Court of Appeal 17th Civil Law Chamber 3.12.2012 case number 2012/12662 E., 2012/13378 K.

18 Court of Appeals 17th Civil Law Chamber T.17.3.2011 case number 2010/1721 E., 2011/2046 K.

19 Mollamahutoğlu, Labour Law, 2. Edition, Ankara 2005, p.168

20 Sevimli, Effect of Workplace Transfersto Labour Contract, İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi C:7, edition:1, 2005, p.16

21 Justification of LC Article 6

Nevertheless, as per the fifth paragraph of Article 6 of the LC, the commercial enterprise transfer does not create a rightful cause of a cancellation of the employment contract either of the employers or employees. In other words, the commercial enterprise transfer does not constitute a 'substantial alteration in working condition' by itself and does not allow parties to cancel the labour contract with a rightful cause.

#### 4. CONCLUSION

As noted above, unless there is a provision to oppose the transfer contract, the contract is deemed to include the fixed assets, good-will, tenancy right, trade name and other intellectual property rights and assets allotted to the enterprise at all times.

As per Article 202 of the TCO, the enterprise shall be transferred with all its assets and liabilities. However, from this expression, it should not be understood that the transfer of all estate components of the commercial enterprises is obligatory. If continuance of the activities is possible with the assets transferred, a non-transfer of some of the individual components does not prevent the implementation Article 202 of TBC.

Transferee and transferor shall be jointly and severally liable for 2 (two) years to assure the preservation of the creditor's interest. Additionally, the act of transfer shall be subject to the cancellation of a commercial enterprise with conditions stipulated at the CEB.

As a result, a commercial enterprise has a significant importance and a system which provides advantage for the business life. All issues have to be determined in regards to the enterprise because liabilities for previous debts cause a risky commercial operation.

yetinin devamı mümkün ise, münferit bazı unsurların devredilmemesi TBK'nın 202. maddesinin uygulanmasına engel olmaz.

Devir konusu olan ticari işletmenin borçlarının devralana naklinde alacaklıların muvafakatini aramayan kanun koyucu, buna karşılık alacaklıların menfaatini korumak amacıyla devredeni de devralan ile birlikte devrin ilan edilmesini müteakip 2 (iki) yıl süreyle müteselsilen sorumlu tutmuştur. Dolayısıyla alacaklılar öngörülen bu süre içerisinde eskisi gibi devredene başvurarak alacaklarını tahsil edebilmektedir.

Sonuç olarak ticari işletme devri günümüzde ticari hayat açısından büyük önem arz etmekte olup belirli avantajlar sağlayan bir sistemdir. Ancak geçmiş borçlardan kaynaklanan sorumluluğun devam etmesi, söz konusu işlemi riskli bir hale getirdiğinden devirden önce tüm unsurların değerlendirilmesi gerekmektedir.



yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."

**14** ARKAN, a.g.e., s. 46

**15** İİK m. 278 ve 280. maddelerinin uygulanabilmesi için halihazırda elinde aciz vesikası bulunan bir alacaklının olup olmadığı Mahkemelerce kontrol edilmektedir.

**16** İİK m.284

**17** Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E.2012/12662 K.2012/13378 T.3.12.2012 numaralı kararda "bedel farkının iptal nedeni olarak kabul edilmesi için satış bedeli ile taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değeri arasında mislini aşan bir farkın oluşması" gerektiği belirtilmiştir.

**18** Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E.2010/1721 K.2011/2046 T.17.3.2011 numaralı kararında "aynı alanda faaliyet göstermeleri nedeniyle borçlunun mali durumunu bilebilecek durumda (olan devralanın) haciz tehdidi ile karşı karşıya kalacağını bildiği halde borçluya ait 600.000,00 TL üzerindeki malı ihaleyle 330.000,00 TL'ye satın alması ve bunları borçlunun yedinde bırakmasının genel yaşam deneyi kuralları ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.

**19** Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 2.Bası Ankara 2005, s. 168.

**20** Atahan Sevimli, İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi, İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi C: 7, Sayı:1, 2005, s.16.

**21** 4857 sayılı İİK, m.6 gerekçesinde bu hususa ayrıntılı olarak yer verilmektedir.