

**T.C.**  
**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA**  
**TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Kerem ÇELİKBOYA**

**Tez Danışmanı: Yard. Doç. Dr. H. Ali Dural**

**MAYIS 2014**



## Önsöz

Birçok yüksek lisans öğrencisi tez yazımı aşamasında danışmanları ile görüşmemekten, bu dönemde yalnız ve rehbersiz kalmaktan şikayet eder. Sanırım bu konuda şikayet etme hakkı olan son yüksek lisans öğrencisi ben olabilirim. Zira tez aşamasında bir değil üç adet tez danışmanı ile çalışma ayrıcalığına sahip oldum.

Her şeyden önce hem lisansta hem de yüksek lisansta dersini takip etme şansı bulduğum “resmi danışmanım” Sayın Yard. Doç. Dr. H.Ali Dural’a yardımları için teşekkür etmek isterim. Sayın Hocam, tez hazırlığının idari aşamasında yardımcı olduğu gibi akademik açıdan da fikirlerini paylaşarak teze farklı açılardan bakmamı sağladı. Kendisi en sıkıntılı zamanlarında bile tezime zaman ayırmıştır. Bu açıdan, kendisine ne kadar teşekkür etsem az gelir. Bu kadar ilgili bir tez danışmanı ile çalışan öğrenciler, zaman zaman tezlerinin kontrolünü kaybetmekten ve tez danışmanlarının istediği doğrultuya yönelmekten şikayet ederler. Ne var ki, Sayın Hocam Ali Dural, tezimle son derece yakından ilgilenmekle beraber tezin içeriği bakımından bana geniş bir akademik özgürlük alanı tanımış, farklı görüşte olduğu zamanlarda bile farklı görüşlerimi saygı ile karşılamıştır. Bana tanıdığı bu akademik özgürlük için de kendisine teşekkür etmek isterim.

Tezin yazım aşamasında “resmi danışmanım” Sayın Hocam Ali Dural’a ilaveten, İstanbul Bilgi Üniversitesi’nde asistanlığını yapma şansına sahip olduğum Sayın Hocam Prof. Dr. Veliye Yanlı da “*de facto danışmanım*” sıfatını üstlenmiş ve gerek şekle ilişkin gerekse içeriğe ilişkin konularda her zaman imrendiğim ve örnek aldığım titizliği ile tezime yardımcı olmuştur. Ağır iş yükü arasında benim tezime birincil önceliği vererek, yoğun programı arasında ayırdığı zamanı ve harcadığı emeği için kendisine tekrar teşekkür etmek istiyorum. Bu çalışmanın akademik kalitesini takdir edecek konumda değilsem de Veliye Hocam’ın ilgisi ve katkısı olmasaydı çalışmanın çok daha eksik kalacağı konusunda şüphem yoktur.

İstanbul Bilgi Üniversitesi’nde asistanı olduğum, bilgilerinden yararlanma imkanı bulduğum, kapsının önünden geçerken bile bir şey öğrendiğim Sayın Hocam

Doç. Dr. Gül Okutan Nilsson ise tez sürecindeki “doğal tez danışmanım” olmuştur. Ayırdığı zaman ve paylaştığı fikirleri için kendisine çok teşekkür ederim. Gül Hocam’ın dar ve salt lafzi yorumun ötesinde, hukukun farklı alanları ile bağlantı kurarak değerlendirme yaptığı bakış açısı tezin yazımında bana rehber oldu. Umarım Gül Hocam’dan bu konuda bir şeyler öğrenip teze yansıtabilmişimdir.

Çalışma sürecinde kaynakların temin edilmesi açısından İstanbul Bilgi Üniversitesi Kütüphanesi’nden yoğun bir şekilde yararlanılmıştır. Bu konuda yardımcı olan İstanbul Bilgi Üniversitesi personeline de katkıları için teşekkür ederim. Ayrıca İsviçre’den kaynak temini konusunda yardımcı olan Araştırma Görevlisi Ece Baş’a da teşekkür ederim.

Bu çalışma akademik kariyerin başında yazılan bir yüksek lisans tezinde ibarettir. Hukuk öğretilerinde veya uygulamasında deryadaki bir damla kadar etkiye sahip olması bile beni memnun edecektir. Ancak benim açımdan akademik kariyerimin başında yaptığım ilk kapsamlı çalışma olması bakımından büyük bir önem sahiptir. Diğer bir ifade ile bu tez, “hukuk için küçük, benim için büyük” bir adım niteliğindedir ve bu kendimce büyük adıma atarken bana destek olan insanlara da bu vesile ile teşekkür etmek isterim.

Tezin bir kısmı Almanya’nın Freiburg kentinde yazıldı. Freiburg’da geçen iki aylık sürenin çok keyifli geçmesini sağlayan, yemeğimden ödevime kadar yardım eden arkadaşım Araştırma Görevlisi Çisil Durgun’a güzel günler için teşekkür etmek istiyorum. Freiburg’da geçen iki ay boyunca borçlar hukuku tartışmalarını aktaran, iki ayın sonunda Türkiye’ye dönünce de sabaha karşı saat 04.30’da telefonda sözleşmelerin hukuki nitelendirilmesi konusunda benimle tartışmaya üşenmeyen Sayın Araştırma Görevlisi Can Armutçuoğlu’na da çok şey borçlu olduğumu söylemek isterim.

Tezin yazım aşamasında tezi okuyup son derece özenli bir şekilde, sanki kendi teziymiş gibi bir ciddiyetle kontrol eden, görüşlerini paylaşan, yol gösteren dostum Araştırma Görevlisi Işıl Yelkenci’ye de çok teşekkür ederim. Aynı şekilde Araştırma Görevlisi Onur Görmez de en yorgun olduğum zamanda yardıma gelerek, tezin bir diğer bölümünü kontrol etmiştir. Zor zamanlarda siz sormaya çekinirken yardım teklif edecek bir arkadaşına sahip olmak büyük bir lüktür. Umarım Onur’un tezini kontrol ederek aynen ifa yoluyla borcumu bir miktar ödeme şansına sahip olurum.

Av. Fatih Işık da tezin bir diğer bölümünü kontrol etme işini üstlenmiştir. Fatih, yalnızca şekli bir kontrolün ötesinde tezi satır satır, kelime kelime inceleyerek konu nasıl daha iyi anlatılabilir diye büyük bir emek harcadı. Bu açıdan kendisine çok teşekkür ederim. Ancak tüm düzeltmelerinden veya yorumlarından daha kıymetlisi, askere gitmeden önceki gün beni arayarak, “ yarın askere gidiyorum, tez ile ilgili yapmamı istediğin bir şey var mı?” diye sormasıdır. Bu sözün karşısında hiçbir teşekkür yeterli değildir.

Zor bir yola giren insanlara “değiştirebileceğin şeyler için güç, değiştiremeyeceğin şeyler için sabır” dlenir. Benim bu konuda dileklere ihtiyacım olmadı; zira her iki erdem de hep gözümün önündeydi. Herhangi bir konuda daha iyisinin olabileceğini ve daha iyisi varsa onun hedeflenmesi, en azından denenmesi gerektiğini gösten annem Vildan Çelikboya’ya, bazı şeylerin ise sabrederek çözülebileceğini ve sabrın bir tembellik değil, bir erdem olduğunu gösteren babam Kemal Çelikboya’ya çok teşekkür ederim. Umarım öğrettikleri derslere layık bir öğrenci olabilmişimdir.

Tezin kendisi değil, daha yalnızca hayali varken yanımda olan ve gelecekteki çalışmaların hayalini benimle birlikte kuran, bu süreçte her türlü aksiliği anlayışla karşılayıp hayatı kolay ve güzel hale getiren, Leyla Orak (Çelikboya?)’ya çok teşekkür ederim.

## İÇİNDEKİLER

<b>GİRİŞ</b> .....	<b>1</b>
<b>I. DEVİR KONUSU OLARAK TİCARİ İŞLETME</b> .....	<b>1</b>
A. GENEL AÇIKLAMA .....	1
B. TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI.....	3
1. <i>Bir İşletmenin Varlığı</i> .....	3
a) Genel Açıklama .....	3
b) Bir Faaliyet Olarak İşletme.....	6
c) Bir Organizasyon Olarak İşletme .....	11
d) Malvarlığı Unsurları Birliği Olarak İşletme .....	15
e) Ticari İşletmenin Farklı Görünümleri Bakımından Ara Değerlendirme .....	19
2. <i>İşletmenin Gelir Sağlamayı Hedef Tutmak Amacıyla İşletilmesi</i> .....	21
3. <i>Hedeflenen Gelirin Esnaf Düzeyini Aşması</i> .....	23
a) Esnaf Kavramına İlişkin Açıklamalar.....	24
b) Kararname ile Getirilen Sistem ve Değerlendirilmesi .....	25
c) Kararnamede Gösterilen Sınırların Sonradan Aşılması .....	30
d) Ticari İşletme Türlerinin Sayılması Yönteminin Terk Edilmesinin Esnaf İşletmesi Ticari İşletme Ayrımı Bakımından Etkisi .....	32
4. <i>Devamlılık</i> .....	35
5. <i>Bağımsızlık</i> .....	37
<b>II. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN BENZER KAVRAMLARDAN AYRILMASI</b> .....	<b>40</b>
A. TİCARİ İŞLETME DEVRİ TANIMI VE İLGİLİ HÜKÜMLER .....	40
B. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI .....	42
1. <i>Malvarlığının Devri</i> .....	42
a) Genel Olarak.....	42
b) Malvarlığı Devri Uygulama Alanı .....	42
c) Malvarlığı Devrinin Sonuçları.....	44
2. <i>İsviçre Birleşmeler Kanunu Uyarınca Malvarlığı Devri</i> .....	45
a) İsviçre Birleşmeler Kanunu Malvarlığı Devri Hükümleri Hakkında Genel Açıklama .....	45
b) Türk Hukuku İle Benzerlikleri.....	49
3. <i>Bölünme</i> .....	51
a) Bölünme Kavramı ve Bölünmenin Türleri .....	51
b) Bölünme İşlemi İle Ticari İşletme Devrinin Ortak Yönleri .....	53
c) Bölünme ile Ticari İşletme Devri Arasındaki Farklar.....	54
4. <i>Birleşme</i> .....	59
a) Birleşme ile Ticari İşletme Devrinin Ortak Yönleri .....	59
b) Birleşme ile Ticari İşletme Devri Arasındaki Farklar.....	61
5. <i>Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi İle Birleşmesi</i> .....	62
6. <i>Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi</i> .....	66
7. <i>Ticaret Şirketinin Ticari İşletmeye Dönüşmesi</i> .....	67

8. İşyerinin Devri.....	68
C. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN UYGULAMA ALANI.....	72
<b>III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVREDİLMESİ.....</b>	<b>76</b>
A. DEVİR SÖZLEŞMESİ.....	76
1. Sözleşmenin Konusu .....	76
2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği .....	79
a) Malvarlığına Yaptığı Etkiye Göre .....	79
b) Asli Edim Yükümlülüğüne Göre .....	81
3. Ticari İşletme Devrinin Kapsamının Belirlenmesine İlişkin İlkeler.....	84
a) Malvarlığı Unsurunun Devredilebilir Nitelikte Olması Zorunluluğu .....	85
b) Devredilecek Malvarlığı Unsurunun Bir Ticari İşletmeye Dahil Olması Zorunluluğu.....	86
c) Devir Kapsamı Belirlenirken Ticari İşletmenin Bütünlüğü Korunmuş Olmalıdır .....	91
d) Devir Kapsamının Belirlenmesi Yöntemine İlişkin Değerlendirmemiz .....	94
4. Devir Sözleşmesinde Karşı Edim.....	100
5. Sözleşmenin Tarafları.....	102
6. Ticari işletme devir sözleşmesinde Temsil.....	104
a) Genel Olarak.....	104
b) Tacir Yardımcıları Bakımından .....	105
7. Devir Sözleşmesinin Şekli .....	107
a) Genel Açıklamalar.....	107
b) Şekil Şartının Devredilen Malvarlığı Unsurlarından Bağımsız Olması .....	109
c) Devir Bakımından Özel Şekil Şartına Tabi Olan İşletmeler Bakımından Şekil.....	110
d) Şekil Şartına Aykırılığın Sonuçları.....	111
B. TİCARET SİCİLİNE TESCİL .....	113
1. Tescilin Hukuki Niteliği .....	113
2. Tescilin Sebebe Bağlılığı-Sebepten Soyutluğu Sorunu .....	114
3. Tescil İşleminin Yapılması .....	116
a) Tescil Talebinde Bulunacak Kişiler.....	116
b) Tescil İçin Aranılan Koşullar.....	119
C. İLAN.....	121
1. İlanın Yapılışı .....	122
2. İlanın Hukuki Niteliği .....	124
3. İlanın Hukuki Sonuçları.....	124
a) Borçların Devri.....	125
b) Devrin Üçüncü Kişilere Bildirilmesi .....	125
<b>IV. TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE AKTİFLERİN GEÇİŞİ.....</b>	<b>128</b>
A. AKTİFLERİN GEÇİŞİNDE HAKİM İLKE: KISMİ KÜLLİ HALEFİYET İLKESİ .....	128
1. Halefiyet Kavramı ve Türleri.....	128
2. Külli ve Cüz'î Halefiyet Kavramlarının Ticari İşletme Devrinde Yetersizliği .....	129
3. Kısmi Külli Halefiyet Kavramı .....	131
4. Kısmi Külli Halefiyetin Emrediciliği Sorunu.....	135
B. ÖZEL OLARAK BAZI MALVARLIĞI UNSURLARININ DEVRİ.....	136
1. Taşınmaz Mülkiyetinin Geçişİ.....	136
a) Kısmi Külli Halefiyet Kapsamında Tescilsiz İktisap.....	137
b) Tapu Sicilinde Tescil ve Ticaret Sicili ile Tapu Sicili Arasında İşbirliği.....	138
c) Tescilsiz İktisap Karşısında Tapu Siciline Güvenen Üçüncü Kişilerin Durumu .....	140
2. Fikri Mülkiyet Haklarının Geçişİ.....	144
a) Genel Olarak Fikri Mülkiyet Haklarının Devri.....	144
b) Ticari İşletme Devrinin Fikri Mülkiyet Haklarının Geçişine Etkisi.....	145
c) Ticari İşletmeye Özgülenmiş Marka Hakkının Tespiti Sorunu.....	147
3. Ticaret Unvanının Devri.....	148

a)	Ticaret Unvanı Kavramı ve Ticari İşletmedeki Rolü .....	148
b)	Ticari İşletme Yoluyla Ticaret Unvanının Devri .....	149
4.	<i>İşletme Değeri</i> .....	151
a)	İşletme Değeri Kavramı.....	151
b)	Müşteri Çevresinin İşletmeye Değerine Dahil Olup Olmadığı Sorunu.....	152
c)	Rekabet Yasağı.....	153
5.	<i>Anonim Şirket Paylarının Geçişi</i> .....	155
a)	Anonim Şirket Paylarının Ticari İşletmeye Dahil Olması Sorunu.....	155
b)	Anonim Şirket Paylarının Devredilmesine Dair Genel Açıklamalar .....	157
c)	Payları Devralanın Pay Sahipliğini İspat Etmesi Sorunu.....	158
d)	Ticari İşletme Devrinin Bağlı Nama Yazılı Payların Devrine Etkisi .....	160
6.	<i>Limited şirket paylarının geçişi</i> .....	164
a)	Devir Sözleşmesi Bakımından.....	165
b)	Payların Devrinin Gerçekleştirilmesi İşlemi Bakımından .....	168
<b>V.</b>	<b>TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE BORÇLARIN ÜSTLENİLMESİ VE SONUÇLARI ...</b>	<b>172</b>
A.	BORCUN DEVRİ KAVRAMI VE TİCARİ İŞLETME DEVRİNE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEME.....	172
B.	TBK M.202 KAPSAMINDA DEVRİN HUKUKİ NİTELİĞİ .....	174
C.	TBK M.202’NİN UYGULAMA ALANI.....	177
D.	DEVREDİLECEK BORÇLARIN KAPSAMI .....	179
1.	<i>Taraflar kural olarak ticari işletmeye dahil tüm borçlardan sorumlu olmaktadır</i> .....	179
2.	<i>Taraflar borçların bir kısmını devrin kapsamı dışında bırakabilir.</i> .....	180
3.	<i>Taraflar ticari işletme borçlarının tamamını kapsam dışında bırakamazlar</i> .....	183
a)	Borçların Tamamının Kapsam Dışı Bırakılamayacağı Görüşü (Teminat Teorisi).....	183
b)	Borçların Tamamının Kapsamı Dışında Bırakılabileceği Yönündeki Görüş .....	185
c)	Değerlendirmemiz .....	187
E.	BORÇLARIN GEÇİŞ ANI SORUNU.....	191
F.	BORÇLARIN DEVRİNİN SONUÇLARI .....	195
1.	<i>Devralan bakımından</i> .....	195
2.	<i>Devreden Bakımından</i> .....	200
3.	<i>Devreden ve Devralan Arasındaki Rücu İlişkisi Bakımından</i> .....	205
4.	<i>Borcun İfası İçin Teminat Vermiş Üçüncü Kişiler Bakımından</i> .....	207
5.	<i>Alacaklı Bakımından</i> .....	210
a)	Ticari İşletme Devri Kapsamında Devredilen Borç Bakımından Alacaklı Koruması.....	210
b)	Devredenın Ticari İşletme Devri Kapsamında Olmayan Borcu Bakımından Alacaklı Koruması	215
c)	Ticari İşletmeyi Devralanın Alacaklıları Bakımından .....	224
d)	Alacaklı Korumasının Genişletilmesi Yönündeki Görüşler.....	226
6.	<i>Ticari İşletme Devri Yapan Ticaret Şirketlerinde Ortakların Bakımından</i> .....	228
G.	TİCARİ İŞLETME DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİNİN BORÇLARIN DEVRİNE ETKİSİ ....	232
1.	<i>Borçların Devrinin Devir Sözleşmesinin Geçerliliğine Bağlı Olması</i> .....	232
2.	<i>Borcun Devrinin Geçersiz Olmasının Diğer Sonuçları</i> .....	234
<b>VI.</b>	<b>TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE SÖZLEŞMELERİN GEÇİŞİ .....</b>	<b>237</b>
A.	GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERİN GEÇİŞİ .....	237
1.	<i>Sözleşmenin Devri Kavramı ve Ticari İşletme Devri Bakımından Önemi</i> .....	237
2.	<i>Sözleşmeden Doğan Hak ve Borçların Aynı Kişiyne Devredilmesi Halinde Sözleşmenin Devredilip Devredilmediği Sorunu</i> .....	239
3.	<i>Ticari İşletmenin Devrinin Sözleşmelerin Devrine Etkisi</i> .....	243
a)	İsviçre Birleşmeler Kanunu Uyarınca Malvarlığı Devrinin Sözleşmelerin Devrine Etkisi.....	243
b)	Türk Hukukunda Ticari İşletme Devri ile Sözleşmelerin Devredilmesi Hakkındaki Görüşler ....	246
c)	Değerlendirmemiz .....	248
4.	<i>Ticari İşletmenin Devri Yoluyla Sözleşmelerin Devredilebilmesi İçin Gerekli Koşullar..</i>	253
a)	Sözleşme Ticari İşletme Devri Kapsamında Olmalı .....	253



b)	Sözleşmenin Devri Yasaklanmamış Olmalı .....	254
5.	<i>Sözleşmenin Devredilmesi Koşullarına Aykırılığın Sonuçları</i> .....	258
B.	BAZI ÖZEL SÖZLEŞME TÜRLERİ BAKIMINDAN ÖZEL DÜZENLEMELER .....	261
1.	<i>Taşınmaza İlişkin Kira sözleşmelerinin Geçiş</i> .....	261
a)	Kira Sözleşmelerinin Devrine İlişkin Genel Açıklamalar .....	261
b)	Ticari İşletmenin Devrinde Kiracılık Hakkının Geçiş .....	263
c)	TTK m.11 f.3 Uyarınca Kira Sözleşmesinin Devri Halinde Kiraya Veren Korunması .....	272
2.	<i>İş Sözleşmelerinin Geçiş</i> .....	276
<b>KAYNAKÇA</b> .....		<b>284</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ</b> .....		<b>297</b>
<b>KABUL VE ONAY</b> .....		ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.

**Kısaltma Tablosu**

<b>ATF</b>	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
<b>Batider</b>	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BGHZ</b>	Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
<b>Bkz./bkz.</b>	Bakınız
<b>C.</b>	Cilt
<b>Dn</b>	Dipnot
<b>E.</b>	Esas no
<b>EBK</b>	818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu
<b>ETTK</b>	6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
<b>HD.</b>	Yargıtay Hukuk Dairesi
<b>İİK</b>	İcra ve İflas Kanunu
<b>K.</b>	Karar no
<b>m.</b>	Madde
<b>MK</b>	Türk Medeni Kanunu
<b>S.</b>	Sıra
<b>s.</b>	Sayfa
<b>T.</b>	Tarih
<b>TBK</b>	Türk Borçlar Kanunu
<b>TST</b>	Ticaret Sicili Tüzüğü
<b>TTK</b>	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>Vd.</b>	Ve devamı

## **Résumé/Abstrait**

Le Code de Commerce Turc no. 6102 (« CCT ») a été promulgué par la Grande Assemblée Nationale Turque le 13.01.2011, publié sur le Journal Officiel du 14.02.2012, et entré en vigueur le 01.07.2012. Le CCT vise à une révision complète au lieu d'apporter des modifications mineures aux dispositions de l'ancien Code de Commerce Turc no. 6762 (« ACCT »); et introduit des dispositions novatrices concernant de nombreuses sujets. Probablement l'une des innovations les plus importantes est le nouveau système mis en place régissant le transfert d'une entreprise commerciale. Le CCT permet le transfert d'une entreprise commerciale dans son ensemble en une seule transaction, sans nécessiter la réalisation des actes de transfert de disposition spécifiques pour chaque individuel des actifs inclus dans (attribué à) l'entreprise commerciale. Ce système de transfert, qui est défini comme la succession universelle partielle, a été accompagnée de nombreux problèmes, et a causé non-cohérence avec de nombreux codes et des lois, le plus important étant le Code des Obligations Turc no. 6098 (« COT »). Dans cette thèse, nous nous efforçons d'examiner le transfert d'une entreprise commerciale, en expliquant le système de transfert réglementés en vertu du CCT, en élaborant sur les spécificités du transfert des actifs qui sont attribués à l'entreprise commerciale, et en faisant l'analyse de la protection des parties à le transfert ainsi que des tierces personnes.

Le concept d'une entreprise commerciale était et continue d'être, en vertu de l'ACCT et le CCT, le point focal de la loi commerciale. Les concepts distinctifs tels que le marchand et affaires commerciales sont définies par référence à l'entreprise commerciale. Néanmoins, malgré cette similitude entre les deux codes concernant le rôle de l'entreprise commerciale, il existe des différences de technique de la législation.

Par exemple, l'ACCT n'a pas fourni une définition explicite d'une entreprise commerciale. Au lieu de définir l'entreprise commerciale, l'ACCT adoptait une

méthode de lister, non-exhaustivement, certain types les plus communs des entreprises commerciales. Toutefois, le Décret-loi sur le Registre du Commerce et les opinions des académiques ont reconnu certains critères qui n'étaient pas prévus dans l'ACCT, et ainsi prévues un fond plus détaillée pour définir l'entreprise commerciale. Ce fut l'objet de critiques pour deux raisons essentiels. Premièrement, il est jugé inadéquat de définir l'entreprise commerciale, qui est un concept fondamental de l'ACCT, par la législation secondaire; car cette méthode n'est pas en conformité avec la méthode législative. Deuxièmement, en raison de la diversité des sources qui définissent les critères d'identification de l'entreprise commerciale, il y a des questions sur la hiérarchie et l'applicabilité de ces critères.

Prenant en compte cette critique, le CCT a défini l'entreprise commerciale à l'art. 11 par. 1 qui cite : « Une entreprise commerciale est une entreprise dont les activités, dans le but de générer un revenu dépassant le niveau prévu pour l'entreprise de l'artisan, sont effectuées d'une manière continue et indépendante ». Même si cette disposition adopte des critères qui semble faire partie de celles prévues par la loi, la Décret-loi sur le Registre du Commerce et les opinions des académiques quand l'ACCT était en vigueur; ne plus donner des exemples de certains types d'entreprises commerciales a des conséquences dans la pratique. Cependant, outre ces différences, il ne serait pas faux de déclarer que le concept d'une entreprise commerciale en vertu de l'ACCT est sensiblement similaire à celle prévue par le CCT en vigueur. Néanmoins, à la même conclusion que nous sommes arrivés à l'égard de cette définition ne peut pas être faite en ce qui concerne les systèmes de transfert d'une entreprise commerciale quant à ces deux codes. Le CCT a matériellement divergé du système de transfert adopté par l'ACCT, en introduisant une méthode considérablement innovatrice.

L'ACCT faisait une distinction entre les actifs et passifs alloués à la propriété de l'entreprise commerciale. Compte tenu de l'absence d'une disposition dans l'ACCT régissant le transfert des éléments de propriété attribués à l'entreprise commerciale, tous les actifs ont été transférés dans le respect du principe de succession individuel (*successio singularis*) conformément aux dispositions générales. En ce qui concerne les passifs de l'entreprise commerciale, le transfert a eu lieu conformément à l'art. 179 de l'ancien Code des Obligations no. 818 («ACO») après notifier des créanciers ou faire une annonce, sans nécessiter le consentement des

créanciers, et tous les passifs ont été transférés dans son ensemble. En d'autres termes, les actifs ont fait l'objet de la succession individuelle alors que les passifs ont été transférés sur la base conformément au principe de la succession universelle.

L'ACCT et l'ACO prévoyaient un système qui ne suffisait pas à résoudre des problèmes et besoins révélés en pratique, étant donné que tous les éléments d'actif attribués à l'entreprise commerciale ont été transférés individuellement conformément à des règles applicables à cette opération de transfert spécifique. Par exemple, une créance de l'entreprise commerciale a été transférée par une cession écrite, alors que l'immeuble a été transféré par un acte officiel de l'agent de cadastre. Effectuer des transactions juridiques distinctes pour chaque élément afin de transférer une entreprise commerciale, qui est une unité économique comprenant de nombreux éléments d'actif, constituait une difficulté majeure.

Le CCT a adopté le principe de la succession universelle, tant pour les actifs et passifs, s'écartant de l'ACCT. En conséquence, indépendamment du fait que la propriété alloué à l'entreprise commerciale se compose des divers actifs ou passifs, ils seront tous être transférés au cessionnaire par la loi (*ipso iure*) avec l'entreprise commerciale, et les opérations de transfert distincts pour chaque élément de propriété ne seront pas nécessaires. Ainsi, les opérations de transfert doivent être considérablement plus facile.

En fait, ce système réglementé en vertu du CCT n'est pas totalement fait originale, bien que matériellement innovateur. Ce système en ce qui concerne le transfert d'une entreprise commerciale est prévu par la loi inspiré par les dispositions de la Code des Fusions Suisse réglementant les transferts d'actifs, qui a entré en vigueur en 2004. La loi Turc a adopté un système similaire à celui prévu par des dispositions de Code des Fusions Suisse réglementant les transferts d'actifs, qui étaient une vraie réussite dans la pratique Suisse, fréquemment appliqué dans les opérations de restructuration. Néanmoins, il existe des différences importantes entre les dispositions relatives au transfert de l'actif dans le Code des Fusions Suisse et des dispositions du CCT. Ainsi, en citant les sources Suisses et les opinions académiques dans cette thèse, les spécificités de la loi Turque a été examinée et les raisons de s'écarter des opinions formées en vertu du droit Suisse sont justifiées.

Même si les dispositions du CCT sur le transfert d'une entreprise commerciale peut faciliter des transactions de restructuration dans la pratique, il provoque certains problèmes pour des avocats et des juristes. Principalement, étant donné que la méthode qui prévaut dans notre système juridique est le transfert par succession individu; l'immobilier, les actions d'une société anonyme, les droits de propriété intellectuelle et d'autres actifs dont les opérations de transfert sont soumis à des conditions de forme spécifiques doivent être spécifiquement évalués dans le cadre de l'analyse de la méthode de transfert de l'entreprise commerciale.

Un autre problème concernant le transfert d'une entreprise commerciale est liée à la protection des créanciers. Comme mentionné ci-dessus, le système de l'ACCT régissant la succession universelle des passifs est conservé dans le CCT. En conséquence, à la suite du transfert d'une entreprise commerciale, les passifs de l'entreprise sont transférés et le débiteur est remplacé sans obtenir le consentement préalable des créanciers. Ceci exige un système de protection efficace pour les créanciers. Ainsi, le système prévu dans le cadre à la fois des anciens codes (l'ACCT et le l'ACO) et des codes en vigueur (le CCT et le COT) prévoient la protection des créanciers en cas de transfert d'une entreprise commerciale, qui diffère selon les différentes caractéristiques du passif transféré. Comme la protection est différente pour des diverses créanciers, ces manières de protection des créanciers doivent être séparément analysé.

Le sujet le plus controversé dans le cadre du système de succession universelle adoptée en vertu du CCT est le transfert des contrats. Pour que le transfert d'une entreprise commerciale soit accepté comme une méthode de restructuration efficace, les contrats qui sont attribués à l'entreprise commerciale doivent aussi être transférés au cessionnaire automatiquement sans nécessiter le consentement de l'autre partie du contrat en question. Néanmoins, l'absence d'une disposition expresse dans le code régissant cette question a comme résultat des débats. Par conséquent, le transfert des contrats et les voies de recours de l'autre partie du contrat en cas de transfert d'une entreprise commerciale doivent être spécifiquement examinés.

Notre étude se compose de 6 sections principales. La première section est conférée à la notion d'une entreprise commerciale, en prenant en considération les différences entre l'ACCT et le CCT. La section suivante présente une comparaison entre le concept du transfert d'une entreprise commerciale et d'autres opérations de

restructuration financière et juridique qui ont des ressemblances. Même si l'accent dans cette section est la plupart du temps sur le droit Turc, certaines sous-sections fournissent des explications relatives au droit Suisse. La troisième section est relative à des transactions qui doivent être réalisés afin de transférer une entreprise commerciale (la convention de transfert, l'inscription au registre du commerce, annonce sur le Gazette du Registre du Commerce Turc).

Les trois sections consécutives analysent les actifs d'une entreprise commerciale (IV), les passifs (V) et le transfert des relations contractuelles (VI). Ces sections commencent par des explications générales, relèvent les divergences et les différences de la cession d'une entreprise commerciale des dispositions générales ou expliquent comment les dispositions générales s'appliquent au transfert d'une entreprise commerciale. Compte tenu des dispositions légales spécifiques régissant le transfert de certains éléments d'actifs et de certaines relations contractuelles, ces actifs et les relations contractuelles ont été spécifiquement évalué suivant les explications générales.

Notre étude se concentre principalement sur l'effet de la cession d'une entreprise commerciale sur les actifs. En d'autres termes, la problématique de cette thèse peut être résumée comme "l'effet de la cession d'une entreprise commerciale sur les actifs". Cette approche nécessite la limitation de la cadre de la thèse.

Cette étude n'analyse pas en détails des droits et des obligations contractuelles des parties du contrat de transfert, qui établit une relation contractuelle pour le transfert d'une entreprise commerciale. Par conséquent, les questions qui sont régies par le droit des contrats comme "mal-performance dans le transfert d'une entreprise commerciale", "défaut du transfert d'une entreprise commerciale», «garantie contre la saisie dans le transfert d'une entreprise commerciale" ne sont pas inclus dans le cadre de cette thèse. Ces questions méritent des études spécifiques de leur propre compte tenu de leur profondeur, donc l'inclusion de ces sujets au sein de la problématique de cette thèse aurait pour conséquence l'aliénation de son but, qui concerne le transfert des actifs d'une entreprise commerciale.

Notre étude a bénéficié à la fois de la loi Turque et Suisse. Les références à la loi Suisse sont des références directes à des sources Françaises. Sources Allemandes du droit Suisse ont été indirectement référé.

Décisions de la Cour Suprême ont un accent limité dans notre étude. La raison de ce fait est que le concept de succession universelle est relativement nouveau en droit Turc. Par conséquent, il n'existe pas encore une jurisprudence établie qui peut montrer l'approche de la Cour Suprême. Le système de transfert d'une entreprise commerciale est considérablement modifié avec l'entrée en vigueur du CCT; donc nous avons évité de faire une supposition que la pratique de la Cour Suprême conformément à l'ACCT ne changera pas. Par conséquent, les références à des décisions de la Cour suprême sont limités.



## **Abstract**

The Turkish Commercial Code no. 6102 (“TCC”) was enacted by the Turkish Grand National Assembly on 13.01.2011, published on the Official Gazette on 14.02.2012, and entered into force on 01.07.2012. The TCC aimed at a comprehensive revision instead of making minor amendments to the provisions of the former Turkish Commercial Code no. 6762 (“FTCC”); and introduced innovative provisions concerning numerous matters. Probably one of the most important innovations is the new system introduced governing the transfer of a commercial enterprise. The TCC enables the transfer of a commercial enterprise as a whole with a single transaction, without requiring the realization of specific dispositive transfer transactions of each individual asset item included in (allocated to) the commercial enterprise. This transfer system, which is defined as the partial universal succession, was accompanied with many problems, and caused non-coherence with numerous codes and laws, most importantly, the Turkish Code of Obligations no. 6098 (“TCO”). In this study, we aim to examine the transfer of a commercial enterprise, through explaining the transfer system regulated under the TCC, elaborating upon the specifics governing the transfer of assets which are allocated to the commercial enterprise, and analyzing the protection of the parties to the transfer as well as third persons.

The concept of a commercial enterprise has been and continues to be, under both the FTCC and the TCC, the focal point of the commercial law. The distinctive concepts such as merchant and commercial affairs are defined generally based on the commercial enterprise. Nonetheless, despite this similarity between the two codes regarding the role of the commercial enterprise, there are differences of legislation technique.

For example, the FTCC did not provide an explicit definition of a commercial enterprise. Instead of defining the commercial enterprise, the FTCC opted for a method of non-exhaustively listing the most common types of commercial enterprises. However, the Commercial Registry By-Laws and the scholars’ opinions acknowledged certain criteria not foreseen under the FTCC and thereby provided for

a more detailed basis for defining the commercial enterprise. This was subject to criticism, the reasons of which are twofold. First of all, it is deemed inappropriate to define the commercial enterprise, which is a fundamental concept of the FTCC, yet undefined therein, under secondary legislation; which is not in conformity with the legislative methods. Second of all, the diversity of sources defining the criteria identifying the commercial enterprise, gave rise to the problems related to the ranking and applicability of such criteria.

Taking this criticism into consideration, the TCC defined the commercial enterprise in art. 11 para. 1 TCC which reads as follows: “A commercial enterprise is an enterprise where activities for the purpose of generating an income exceeding the level foreseen for the enterprise of an artisan are carried out in a continuous and independent manner”. Even though this provision incorporates criteria which seems to comprise of those accepted under the law, the Commercial Registry By-Laws and among scholars during the enforcement of the FTCC, abandoning the method of specifying certain types of commercial enterprises did result in changes in practice. However, besides these differences, it wouldn't be wrong to state that the concept of a commercial enterprise under the FTCC is materially similar to that under the current TCC. Nevertheless, the same conclusion, which we arrived at with respect to its definition, cannot be made regarding the transfer systems of a commercial enterprise under the two codes. The TCC materially diverged from the transfer system adopted under the FTCC introducing a considerably innovative method.

The FTCC made a distinction between the assets and liabilities allocated to the property of the commercial enterprise. Given the absence of a provision governing the transfer of the property items allocated to the commercial enterprise under the FTCC, all assets were transferred in accordance with the individual succession principle (*successio singularis*) pursuant to general provisions. As for the liabilities of the commercial enterprise, the transfer took place in accordance with art. 179 of the former Code of Obligations no. 818 (“FCO”) through issuance of a notice to creditors or an announcement, without requiring the consent of the creditors, and all liabilities were transferred as a whole. In other words, assets were subject to individual succession whereas the liabilities were transferred based on universal succession.

The FTCC-FCO provided for a system which could not meet the practical needs, given that all asset items allocated to the commercial enterprise were individually transferred subject to the rules applicable to that specific transfer transaction. For example, a receivable of the commercial enterprise was transferred with a written assignment, whereas an immovable was transferred with an official deed drawn by the land registry officer. Conducting separate legal transactions for each item in order to transfer a commercial enterprise, which is an economic unit comprising of numerous asset items, constituted a major difficulty.

TCC adopted the universal succession principle for both the assets and liabilities, diverging from the FTCC. Therefore, regardless of whether the property allocated to the commercial enterprise consists of asset or liability items, they will all by law (*ipso iure*) be transferred to the transferee together with the commercial enterprise, and separate transfer transactions for each property item will not be necessary. Thus, the transfer transactions are expected to be materially easier.

In fact, this system regulated under the TCC is not totally original although materially innovative. This system regarding the transfer of a commercial enterprise is legislated inspired by the provisions of the Swiss Mergers Code regulating asset transfers which entered into force in 2004. The Turkish Law adopted a similar system to that under the provisions of the Swiss Mergers Code regulating asset transfers, which has been found successful in the Swiss practice and frequently used in restructuring transactions. Nonetheless, there are material differences between the asset transfer provisions of the Swiss Mergers Code and the TCC provisions. Thus, when citing the Swiss sources and scholars' opinions in this thesis, the specifics of the Turkish Law has been considered and the reasons of diverging from the opinions formed under Swiss Law are justified.

Even though the TCC provisions governing the transfer of a commercial enterprise may facilitate restructuring transactions in practice, it causes certain problems for lawyers and legal practitioners. Primarily, given that the prevailing method in our legal system is transfer through individual succession; real estate, joint stock company shares, intellectual property rights and other assets whose transfer transactions are subject to specific formal conditions must be specifically assessed in analyzing the transfer method of the commercial enterprise.

Another problem regarding the transfer of a commercial enterprise is related to the protection of the creditors. As mentioned above, the system of the FTCC governing universal succession of liabilities is preserved under the TCC. In this case, as a result of the transfer of a commercial enterprise, liabilities are transferred and the obligor is replaced without obtaining the prior consent of creditors. This requires an efficient protection system for the creditors. Thus, the system foreseen under both the former codes (FTCC and the FCO) and the new TCC and TCO provides for protection of the creditors in the event of the transfer of a commercial enterprise, which differs based on the different characteristics of the liability. As different protection is foreseen for different creditors, these protections must be separately and specifically addressed.

The most controversial subject under the universal succession system adopted under the TCC is the transfer of agreements. In order for the transfer of a commercial enterprise to be an efficient restructuring method, the agreements which are deemed allocated to the commercial enterprise need to be transferred to the transferee automatically without requiring the consent of the remaining (other) party to the relevant agreement. Nonetheless, the lack of an express provision in the code governing this matter results in debates. Therefore, the transfer of agreements and the remedies of the remaining party to the agreement in the event of transfer of a commercial enterprise need to be specifically examined.

Our study consists of 6 main sections. The first section is conferred to the concept of a commercial enterprise, by taking into consideration the differences between the FTCC and the TCC. The following section provides a comparison between the concept of the transfer of a commercial enterprise and other restructuring transactions which financially and legally have resemblances. Even though the emphasis in this section is mostly on the Turkish Law, certain parts provide explanations related to Swiss Law. The third section is regarding the transactions which need to be realized in order to transfer a commercial enterprise (the transfer agreement, registration with the trade registry, announcement on the Turkish Trade Registry Gazette).

The consequent three sections analyze the assets of a commercial enterprise (IV), liabilities (V) and the transfer of contractual relations (VI). These sections commence with general explanations, lay out the divergences and differences of the

transfer of a commercial enterprise from the general provisions or how the general provisions shall apply to the transfer of a commercial enterprise. Given specific statutory provisions governing the transfer of certain asset items and certain contractual relations, these assets and contractual relations have been specifically assessed following the general explanations.

Our study focuses mainly on the effect of the transfer of a commercial enterprise on the assets. In other words, the problematique aimed at in this thesis may be summarized as “the effect of the transfer of a commercial enterprise on the assets”. This approach requires the limitation of scope of the thesis.

This study does not extensively analyze the rights and obligations undertaken by the parties under the transfer agreement, which establishes a contractual relation in the transfer of a commercial enterprise. Accordingly, matters which are regulated under contract law such as “mal-performance in the transfer of a commercial enterprise”, “defect in the transfer of a commercial enterprise”, “warranty against seizure in the transfer of a commercial enterprise” are left out of scope of this thesis. These matters merit specific studies of their own given their depth, therefore the inclusion of these subjects within the problematique of this thesis would have resulted in alienation from the main focus regarding the transfer of assets allocated to a commercial enterprise.

Our study has benefited both from Turkish and Swiss Law. References to Swiss Law are direct references to French sources. German sources of Swiss Law have been indirectly referred to.

Supreme Court rulings have a limited emphasis in our study. The underlying reason for this fact is that the universal succession concept is fairly new under Turkish Law. Therefore, there is yet no established jurisprudence which may show the approach of the Supreme Court. The transfer system of a commercial enterprise is materially amended together with the entry into force of the TCC; thus we avoided making an assumption that the Supreme Court practice pursuant to the FTCC would continue. Therefore, references to Supreme Court decisions were limited.

## Özet

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”), 13.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş, 14.02.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TTK, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“ETTK”) hükümlerinin basit bir revizyonundan öte kapsamlı bir değişikliği hedeflemiş ve ticaret hukukunun birçok alanında yeni hükümler getirmiştir. Bu değişiklikler arasında belki de en önemlilerinden biri ticari işletmenin devri konusunda getirilen yeni sistemdir. TTK, ticari işletmenin devri konusunda ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının, ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek olmaksızın, tek bir işlem ile bir bütün olarak devredilmesine imkan tanımaktadır. Kısmi külli halefiyet olarak tanımlanan bu yenilikçi devir sistemi, beraberinde birçok sorun getirmiş, başta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) olmak üzere çeşitli kanunlar ile uyumsuzlukların doğmasına sebep olmuştur. Biz de bu çalışmamızda TTK tarafından getirilen ticari işletme devri sistemini açıklamaya, bir ticari işletmenin devrin ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri açısından getirdiği özellikleri incelemeye ve gerek ticari işletme devir taraflarının gerekse ilgili üçüncü kişi menfaatlerinin korunması konusunu ele almaya, böylelikle ticari işletme devrini değerlendirmeye çalışacağız.

Ticari işletme kavramı ETTK zamanında olduğu gibi, TTK bakımından da ticaret hukukunun çıkış noktasında yer almıştır. Tacir ve ticari iş gibi ticaret hukukunun ayırıcı kavramları, genel olarak ticari işletme esas alınarak tanımlanmıştır. Ne var ki, iki kanunun ticari işletmeye biçtiği rol bakımından genel bir yaklaşım benzerliği bulunsa da, iki kanun arasında kanun yapma tekniği bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Şöyle ki, ETTK’da ticari işletme için açık bir tanım yapılmamıştı. ETTK, ticari işletme kavramını tanımlamak yerine, ticari işletmenin en yaygın görünümünü sınırlı sayıda olmamak üzere sayma yoluna gitmişti. Ancak Ticaret Sicili Tüzüğü ve doktrindeki görüşlerde, ETTK’da belirtilmeyen bir takım ölçütler benimsenmiş ve

böylelikle ticari işletme kavramı tanımı derinleştirilmiştir. Bu durum iki temel sebepten ötürü eleştirilmiştir. İlk olarak ETTK'nın temel kavramı olan ticari işletmenin ETTK'da tanımlanmayıp ikincil mevzuat ile tanımlanması kanun yapma tekniği bakımından yerinde görülmemiştir. İkinci olarak ise, ticari işletme için ölçütlerin farklı farklı hukuk kaynaklarından doğması, bu ölçütlerin hangi sıra ile ve nasıl uygulanacağı konusunda sorulara yol açmıştır.

TTK, bu eleştirileri dikkate alarak ticari işletme kavramının tanımını yapma yoluna gitmiş ve TTK m.11 f.1'de "Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir" diyerek bir tanım vermiştir. Bu tanımda yer alan ölçütler büyük oranda ETTK döneminde kanun, Ticaret Sicili Tüzüğü ve doktrinde ileri sürülen görüşler tarafından benimsenen ölçütlerin birleşimi gibi görünse de ETTK'nın yürürlüğü döneminde benimsenen, ticari işletme türlerinin sayılması yönteminin terk edilmesi uygulamada [faaliyete yeni başlamış işletmelerin ticari işletme sayılıp sayılmayacakları konusunda farklılıklara yol açmıştır. Bu farklılıklar bir kenara bırakılırsa ETTK sistemindeki ticari işletme kavramı ile TTK sistemindeki ticari işletme kavramının önemli oranda birbirlerine benzerlik gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ne var ki, ticari işletmenin tanımı bakımından benzerlik bulunduğu şeklinde vardığımız bu sonuç, her iki kanunda düzenlenen ticari işletme devir sistemleri bakımından geçerli değildir; yani ETTK ve TTK'nın ticari işletme devir sistemlerinin benzediği söylenemez. Aksine, TTK, ETTK'da kabul edilen devir sisteminden çok büyük oranda farklılaşmış ve oldukça yenilikçi bir sistem benimsemiştir.

ETTK döneminde ticari işletmenin devrinde, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarından aktifler ile pasifler arasında bir ayrım bulunmaktaydı. Ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının geçişi bakımından ETTK'da bir hüküm bulunmadığından aktifler genel hükümler uyarınca cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devredilmekteydi. Ticari işletmeye dahil pasifler bakımından ise devir, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu ("EBK") m.179 uyarınca alacaklılara yapılacak bir bildirim veya bir ilan ile bir bütün olarak ve alacaklının rızası aranmaksızın gerçekleşmekteydi. Diğer bir ifade ile aktifler bakımından cüz'i halefiyet, pasifler bakımından ise külli halefiyet hükümleri uygulanmaktaydı.

ETTK ve EBK’da düzenlenen ve aktiflerle pasifleri farklı rejime tabi kılan bu devir sistemi uygulama bakımından ihtiyacı karşılamaktan uzaktı. Zira bu sistemde ticari işletmeye dahil bir aktif bir malvarlığı unsuru, kendi tabi olduğu devir kurallarına uygun olarak tek tek devredilmek durumundaydı. Örneğin ticari işletmeye dahil bir alacak ancak yazılı olarak temlik edilebilirken, bir taşınmazın mülkiyeti ticari işletmeyi devralana tapu sicil memuru tarafından düzenlenen resmi senet ile devredilmekteydi. Ticari işletme gibi birçok malvarlığı unsuru içeren bir iktisadi birimin devri amacıyla, her unsur için ayrı bir hukuki işlem gerçekleştirmek uygulamada büyük bir zorluk oluşturmaktaydı.

TTK ise ETTK sisteminden ayrılarak yalnızca pasifler için değil aktifler için de külli halefiyet ilkesini benimsemiştir. Bu durumda artık ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının tamamı, gerek aktif gerekse pasif niteliğinde olsun, ticari işletmenin devri ile birlikte kanundan dolayı (*ipso iure*) devralana geçecek, her malvarlığı unsuru için ayrı ayrı devir işlemi yapılmasına gerek kalmayacaktır. Bu sayede devir işlemlerinin büyük oranda kolaylaşması beklenmektedir.

Aslında TTK’da düzenlenen bu sistem her ne kadar son derece yenilikçi olsa da, tamamen orijinal bir düzenleme niteliğinde değildir. Ticari işletmenin devrine ilişkin bu sistem, 2004 yılında yürürlüğe giren İsviçre Birleşmeler Kanunu’nun malvarlığı devrini düzenleyen hükümlerinden ilham alınarak oluşturulmuştur. İsviçre Birleşmeler Kanunu’nun malvarlığı devri hükümlerinin İsviçre uygulamasında başarılı bulunması ve yeniden yapılandırma işlemlerinde yaygın bir şekilde kullanılması neticesinde, Kanun Koyucu Türk Hukuku bakımından da benzer bir sisteme yer vermiştir. Ancak İsviçre Birleşmeler Kanunu’nun malvarlığı devri hükümleri ile TTK’nın ticari işletmenin devrine ilişkin düzenlemesi arasında da önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle bu tezde İsviçre Hukuku’ndaki kaynak ve görüşlere yer verilirken Türk Hukuku’nun kendine has düzenlemeleri dikkate alınmış ve İsviçre Hukuku’ndaki görüşlerden farklı görüşler ileri sürüldüğünde, bu görüşlerden hangi gerekçeler ile sapıldığı da belirtilmiştir.

TTK sisteminde ticari işletmenin devri uygulamada kolaylıklar sağlayacak nitelikte olmakla beraber hukukçular için gerek teorik gerekse uygulamaya yönelik bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Öncelikle, hukukumuzda hakim olan sistemin cüz’i halefiyet olması nedeniyle, başta taşınmazlar, anonim şirket payları ve fikri mülkiyet hakları olmak üzere devri özel şekle tabi malvarlığı unsurları



bakımından, külli halefiyet ilkesinin benimsendiği ticari işletmenin devri yönteminin özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ticari işletme devrinde bir diğer sorun ise, ticari işletmenin alacaklılarının korunması konusunda ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz gibi ETTK sisteminde düzenlenen borçların bir bütün olarak geçişi sistemi TTK döneminde de korunmuştur. Bu durumda ise, ticari işletme devrinde, ticari işletmeye ait borçların alacaklılarının rızası alınmaksızın devir işlemi ile borçlunun değişmesi söz konusu olmaktadır. Bu durum ise etkin bir alacaklı korumasını zorunlu kılmakta ve bu korumanın önemini artırmaktadır. Bu ihtiyaç karşısında, gerek ETTK ve EBK gerekse TTK ve TBK hükümlerinde öngörülen devir sistemlerinde, ticari işletme devrine karşı farklı nitelikte borçlular için farklı koruma yöntemleri benimsenmiştir. Farklı borçlular bakımından farklı koruma imkanları getirildiği için bu imkanların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

TTK ile benimsenen kısmi külli halefiyet sisteminde en tartışmalı konulardan biri de sözleşmesel ilişkilerin geçişidir. Ticari işletme devrinin, işlevsel bir yeniden yapılandırma yöntemi olarak kabul edilip uygulanabilmesi için, bir ticari işletmeye dahil olduğu kabul edilen sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafın onayı aranmaksızın söz konusu ticari işletmeyi devralan tarafa geçmesi gerekmektedir. Ancak kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmaması, beraberinde bazı tartışmaları getirmektedir. O nedenle ticari işletme devrinde sözleşmelerin geçişi ve sözleşmede kalan tarafın sahip olduğu hukuki imkanlar özel olarak değerlendirilmelidir.

Çalışmamız 6 ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ticari işletme kavramı ETTK ve TTK arasındaki farklar da dikkate alınarak incelenmiştir. Takip eden bölümde ticari işletme devri kavramı, iktisadi ve hukuki açıdan benzerlik taşıyan diğer yeniden yapılandırma işlemleri ile karşılaştırılmıştır. Bu bölümde esas olarak Türk Hukuku incelenmiş olsa da, bazı bölümlerde, özellikle İsviçre Hukuku ile benzerlik gösteren müesseseler bakımından, İsviçre Hukuku'na ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Üçüncü bölüm, ticari işletme devrinin gerçekleştirilmesi için yapılması gereken işlemlere (ticari işletme devir sözleşmesi, ticaret siciline tescil, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan) ilişkin açıklamalar içerir.

Tezin takip eden üç bölümü ise sırasıyla ticari işletme devrinde ticari işletmeye dahil aktif malvarlığı unsurları (IV) ticari işletmeye dahil pasif malvarlığı unsurları (V) ve ticari işletmeye dahil sözleşmesel ilişkilerin devrine (VI) ayrılmıştır. Bu bölümlerde öncelikle genel açıklamalar yapılmış, ardından ticari işletme devrinin genel hükümlerden hangi yönlerden saptığına veya genel hükümlerin ticari işletme devrinde nasıl uygulanacağı konusuna ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Bazı aktif malvarlığı unsurlarının devri ve bazı sözleşmesel ilişkilerin devri konularında, kanuni düzenlemelerde özel hükümler bulunduğu için genel açıklamalardan sonra ilgili aktif malvarlığı unsurları ve sözleşmesel ilişkiler ayrıca incelenmiştir.

Çalışmamızda ticari işletme devrinin malvarlığı unsurlarına etkisi hususu üzerinde yoğunlaşmıştır. Diğer bir ifade ile, bu tezin ortaya koymaya çalıştığı sorunsal “ticari işletme devrinin, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devrine etkisi” olarak özetlenebilir. Bu yaklaşım tezin kapsamının sınırlandırılmasını gerektirmiştir.

Bu çalışmada bir sözleşmesel ilişki oluşturan ticari işletmenin devri işleminde, tarafların devir sözleşmesi ile üstlendikleri borçlar ile bu sözleşme uyarınca tarafların hak ve yükümlülükleri kapsamlı olarak ele alınmamıştır. Keza buna bağlı olarak “ticari işletme devrinde kötü ifa”, “ticari işletme devrinde ayıp”, “ticari işletme devrinde zapta karşı tekeffül” gibi, ağırlıklı olarak sözleşmeler hukukuna ilişkin konular da bu tezin kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira bahsi geçen konuların her biri kendi başına ayrı bir çalışmayı hak eden genişlikte olduklarından ötürü, bu tezin kapsama dahil edilmeleri halinde, çalışmanın temel sorunsalı olan ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının geçişi konusundan uzaklaşılmasına sebep olacaklardır.

Çalışmamızda Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku’ndan yararlanılmıştır. İsviçre Hukuku’na ilişkin doğrudan atıflar Fransızca kaynaklara ilişkindir. İsviçre Hukuku’ndaki Almanca kaynaklara ise yalnızca dolaylı olarak atıf yapılmıştır. Çalışmamızda Yargıtay kararları sınırlı yer tutmaktadır. Bunun altında yatan sebep, ticari işletme devrinde kısmi külli halefiyet kavramının Türk Hukuku bakımından yeni olmasıdır. Kanunun yürürlük tarihinin de eski olmaması nedeniyle, henüz bu konuda Yargıtay uygulamasını gösterecek bir içtihat birikimi oluşmamıştır. Ticari işletme devri sistemi TTK’nın yürürlüğe girmesi ile büyük oranda değiştiği için, ETTK dönemindeki Yargıtay uygulamasının devam edeceği yönünde bir

varsayımdan kaçınılmıştır. Bu nedenle de Yargıtay kararlarına ancak sınırlı olarak yer verilebilmiştir.

## Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”), 13.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş, 14.02.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış<sup>1</sup> ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TTK, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“ETTK”)<sup>2</sup> hükümlerinin basit bir revizyonundan öte kapsamlı bir değişikliği hedeflemiş ve birçok alanda yeni hükümler getirmiştir. Bu değişiklikler arasında belki de en önemlilerinden biri ticari işletmenin devri konusunda getirilen yeni sistemdir.

Aslen ticari işletmenin devri kavramı TTK ile getirilmiş bir kavram değildir. 818 sayılı Borçlar Kanunu (“EBK”)<sup>3</sup> m.179, bir ticari işletmenin devri halinde ticari işletmeye dahil borçların alacaklıların rızası olmaksızın devralana geçeceğini, bunun için alacaklılara yönelik bir ihbar veya ilan yapılması gerekeceğini ve devreden devirden sonra iki yıl boyunca müteselsil olarak sorumlu olacağını düzenlemekteydi. Ticari işletmenin devrinde borçların geçişine ilişkin bir hüküm olmasına rağmen ticari işletmeye dahil aktif malvarlığı unsurlarının devri bakımından herhangi bir hüküm sevk edilmediği için ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının kendi tabi oldukları hükümler uyarınca, diğer bir ifade ile cüz’i halefiyet esaslarına göre devredilmesi gerekmektedir.

İşte TTK, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri bakımından yeni bir düzenleme getirerek önemli bir değişikliğe yol açmıştır. TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurları, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte, ayrı ayrı tasarruf işlemleri yapılmasına gerek olmaksızın devralana geçecektir. Kısmi külli halefiyet olarak tanımlanan bu devir sistemi, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının bir bütün (kül) olarak devredilmesine imkan tanımaktadır. Bu şekilde ticari işletmelerin kolay bir şekilde el değiştirmesi, yeni girişimcilerin pazara kolayca girebilmesi ve gerek devreden gerekse devralan için ticari verimliliğin artırılması sağlanmıştır.

---

<sup>1</sup> Resmi Gazete sayı 27846.

<sup>2</sup> Resmi Gazete sayı 9353.

<sup>3</sup> Resmi Gazete sayı 366.

TTK m.11 f.3, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devrine ilişkin özel bir devir sistemi getirirken EBK m.179 ile getirilen borçların devri sistemi de büyük oranda korunmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>4</sup> (“TBK”) m.202 “Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur” demektedir. Bu düzenleme temelde EBK m.179 düzenlemesi ile benzer olmakla beraber alacaklılara yapılacak ilan bakımından bazı farklılıklar göstermektedir.

Biz de çalışmamızda TTK tarafından getirilen ticari işletme devri sistemini açıklayarak, bu devrin ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri açısından getirdiği özellikleri açıklayarak ve gerek ticari işletme devir taraflarının gerekse ilgili üçüncü kişi menfaatlerinin korunması konusunda konuyu değerlendirmeye çalışacağız.

### **Konunun Önemi**

Ticari işletme devri konusunun önemini iktisadi ve hukuki olarak ikiye ayırarak değerlendirmek mümkündür.

Ticari işletme her şeyden önce bir iktisadi kavramdır. Ticari işletme ürün ve hizmetlerin üretildiği ve piyasaya sunulduğu belirli bir organizasyona sahip birimleri ifade etmektedir. Günümüzde mal veya hizmet üretimlerinin en önemli kısmı, hatta kişisel emek ve çabaya bağlı faaliyetler bir kenara bırakılırsa neredeyse tamamı ticari işletmeler tarafından karşılanmaktadır. Bu nedenle de iktisadi hayatta yer almak isteyen bir girişimcinin bir ticari işletme işletmesi gerekecektir.

Elbette bir ticari işletme kurarak iktisadi hayata başlayabilir. Ancak bir işletmenin oluşturulması, gerekli organizasyonun sağlanması ve belirli bir müşteri çevresi edinilmesi çoğu zaman oldukça maliyetlidir. Bunun için mevcut bir ticari işletmenin devralınması iktisadi açıdan tercih edilebilir. İşte ticari işletme devri noktada iktisadi açıdan önem taşımaktadır.

---

<sup>4</sup> Resmi Gazete sayısı 27836.

TTK m.11 f.3 kapsamında bir ticari işletme devri, bir ticari işletmenin devralınmasının tek yolu değildir. Uygulamada yeniden yapılandırma işlemleri olarak tanımlanan birleşme (TTK m.136 vd.) ve bölünme (TTK m.159 vd.) işlemleri de çoğu zaman bir veya birden fazla ticari işletmeyi devralmayı hedef tutan işlemlerdir. Ancak her iki işlemde de devredilen ticari işletmenin karşılığında devralan ortaklığın ortaklığa ait ortaklık haklarının alınması söz konusudur. Ortaklık haklarının devamı ilkesi olarak tanımlanan bu ilke tarafların iktisadi beklentilerini her zaman karşılamamaktadır. Özellikle belirli bir faaliyet alanını terk etmek isteyen veya nakit ihtiyacı bulunan bir işletmeci için birleşme ve bölünme işlemleri ihtiyacı karşılamamaktadır. İşte ticari işletme devri bu noktada iktisadi açıdan büyük bir önem taşımaktadır.

Hukuki açıdan bakıldığında da ticari işletmenin devri oldukça ilgi çekici bir konudur. Her şeyden önce ticari işletme kavramı hukuki açıdan önemli bir “icattır”. Ticari işletme bir hukuk kişisi olmamasına ve doğal olarak kendi hak ve borçları bulunmamasına rağmen, ticaret hukukunun temelinde yer almayı başarmış önemli bir kavramdır. O nedenle ticari işletmenin tahlil edilmesi ticaret hukukunun genel olarak değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Ancak bundan daha önemlisi TTK m.11 f.3 uyarınca benimsenen kısmi külli halefiyet sisteminin incelenmesidir. Türk Hukuku’na TTK’daki ticari işletme devri ve bölünme hükümleri ile gelen bu kavram özel hukuk bakımından son derece özel bir düzenlemedir. Bilindiği üzere, malvarlığı unsurlarının devrinde genel kural cüz’i halefiyettir, ancak kanun bazı istisnai hallerde külli halefiyet halleri kabul etmektedir. İşte ticari işletme devri, bölünme ile birlikte, genel kural cüz’i halefiyetten ayrılırken külli halefiyetin tanımına da tam olarak uymayan bir çözüm getirmektedirler. Bu nedenle de kısmi külli halefiyetin malvarlığı unsurlarının devri açısından yol açacağı sonuçların incelenmesi konusunda bir ihtiyaç ortaya çıkacaktır.

Ticari işletme devri ilk bakışta, bir fıkra düzenlenmiş bir kurum olarak görünebilir. Ne var ki, ticari işletme devri yalnızca TTK m.11 f.3 ile sınırlı değildir. Her şeyden önce ticari işletmeye dahil borçların devri bakımından TBK m.202 hükmünün uygulanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri farklı kanunlarda düzenlenmiştir.

Örneğin taşınmazlar bakımından Türk Medeni Kanunu<sup>5</sup> (“MK”), sözleşmeler bakımından TBK, iş sözleşmeleri bakımından İş Kanunu<sup>6</sup> (“İş Kanunu”), fikri mülkiyet hakları bakımından ise Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>7</sup> (“Marka KHK”) ile Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>8</sup> (“Patent KHK”) hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu ise konunun Türk Hukuku içerisinde geniş bir bakış içinde incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, ticari işletme devri çok fazla hukuki soruya yol açarken bunların çok az bir kısmını cevaplamaktadır. Şöyle ki, TTK m.11 f.3 hükümlerine esas teşkil eden, İsviçre Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı'nın Devri Hakkında Federal Kanun<sup>9</sup> (İsviçre Birleşmeler Kanunu) malvarlığı devrini dokuz maddede düzenlemiştir. Kısmi külli halefiyet yoluyla hukuk sisteminde önemli bir değişiklik getiren TTK ise ticari işletme devrine yalnızca bir fıkra ayırmıştır. Her ne kadar, Ticaret Sicili Yönetmeliği<sup>10</sup> ve Şirketlerde Yapı Değişikliği Ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ<sup>11</sup> (“Siciller Arası İşbirliği Tebliği”) gibi ikincil mevzuatlar ile bazı ilave düzenlemeler getirilse de birçok hukuki sorunun doktrin ve yargı kararları tarafından çözülmesi gerekeceği açıktır.

Özetle ticari işletmenin iktisadi açıdan önem taşıyan ve ihtiyaçlara cevap veren bir düzenleme olması ve hukuki açıdan da birçok kanun hükmü arasında bağlantı kurularak çözülmesi gereken sorunlar getirmesi sebebiyle detaylı incelemeyi gerektiren bir konu olduğu görüşündeyiz.

### **Konunun inceleme şekli**

Çalışmamız öncelikli olarak ticari işletme kavramını tanımlamaya çalıştık. TTK m.11 f.1 ticari işletmeyi tanımlarken çeşitli unsurlara yer vermiştir. Öncelikle bu unsurları inceleyerek devir konusu olan ticari işletmeyi tanımlamaya ve incelemeye çalışacağız. Ardından ticari işletme devri ile iktisadi veya hukuki açıdan benzerlik taşıyan bazı kavramlara değinmeye çalışacağız. Ticari işletme devri bir

<sup>5</sup> Resmi Gazete sayı 24607.

<sup>6</sup> Resmi Gazete sayı 13943.

<sup>7</sup> Resmi Gazete sayı 22326.

<sup>8</sup> Resmi Gazete sayı 25504.

<sup>9</sup> Bu kanunda İsviçre’de 3 Kasım 2003 tarihinde kabul edilmiş ve 2004 yılında yürürlüğe girmiştir.

<sup>10</sup> Resmi Gazete sayı 28541.

<sup>11</sup> Resmi Gazete sayı 28453.

yeniden yapılanma yöntemlerinden biridir. Bu nedenle de iktisadi ve hukuki açıdan ticari işletmeye benzer birçok kurum bulunmaktadır. Ticari işletme devrini bu kurumlardan ayrı olarak değerlendirmeye çalışacağız.

Daha sonra ise ticari işletme devrinin sözleşmesel boyutuna değinmeye çalışacağız. Ticari işletme devri sözleşmesinin hukuki niteliği, tarafları, şekli ve kapsamı gibi konularda sözleşmeler hukukunun ilkelerinin ticari işletme devri sözleşmesine nasıl yansıdığını ele almaya çalışacağız.

Takip eden üç bölümde ise ticari işletme devri kapsamındaki malvarlığı unsurlarının geçişi hakkında inceleme yapmaya çalışacağız. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir ticari işletme birden çok malvarlığı unsuru içerdiği için kısmi külli halefiyet malvarlığı unsurları bakımından farklılık arz etmektedir. Bu nedenle malvarlığı unsurlarını aktiflerin devri-pasiflerin devri ve sözleşmelerin devri olarak ayrı başlıklar altında incelemeye çalıştık. Bu genel açıklamalar haricinde, uygulamadaki önemi veya yol açabileceği hukuki sorunlar dikkate alınarak bazı malvarlığı unsurlarına ilişkin kendi alt başlıklarında bilgi verilmiştir .

Konu incelenirken ağırlıklı olarak Türk Hukuku'na başvurulmuştur. Ancak mehzaz kanun olan İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümlerine de değinilmiştir. İsviçre Hukuku'na ilişkin açıklamalar Fransızca kaynaklar doğrudan, Almanca kaynaklar ise dolaylı olarak incelenerek yapılmıştır.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümleri mehzaz nitelikte kabul edilse de İsviçre Birleşmeler Kanunu ile TTK m.11 f.3 arasında önemli bir yaklaşım farkı bulunmaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanunu, malvarlığı devri kapsamında aralarında bir bağ bulunması zorunlu olmayan, ancak aktiflerin pasiflerden fazla olduğu malvarlığı unsurlarının devrini düzenlerken TTK devredilenin bir ticari işletme olması, yani bir bütünlük oluşturması şartını aramaktadır. Bu temel yaklaşım farkı sebebiyle İsviçre Hukuku konusunda yapılan açıklamalara eleştirel bir gözle yaklaşılmış ve İsviçre Hukuku'ndaki açıklamalar belirli bir değerlendirmeden geçirilerek aktarılmıştır.

### **Konunun Sınırlanması**

Tezimizin konusu ticari işletmenin devri işlemi olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda özellikle kısmi külli halefiyet ve kısmi külli halefiyet sonucunda



malvarlığı unsurlarının devredilmesi konusuna odaklanılmıştır. Diğer bir ifade ile tezin asıl sorunsalı ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri noktasındadır.

Bu konunun incelenebilmesi için ticari işletme devrine benzer yeniden yapılandırma yöntemlerine değinilmişse de açıklamalar yalnızca ilgili işlemlerin kıyaslanmasına yönelik olup, kapsamlı bir bilgi verilmesi hedeflenmemiştir.

Bu çalışmada, ticari işletme devrinde tarafların sözleşme ile üstlendikleri borçlar ile tarafların hak ve yükümlülükleri kapsamlı olarak incelenmemiştir. Buna bağlı olarak “ticari işletme devrinde kötü ifa”, “ticari işletme devrinde ayıp”, “ticari işletme devrinde zapta karşı tekeffül” gibi sözleşmeler hukukuna ilişkin konular kapsam dışında bırakılmıştır.

Bu yaklaşımın iki temel sebebi bulunmaktadır. Öncelikle söz konusu konuların herbiri kendi başına ayrı bir çalışmayı hak eden genişliktedir. Bu konuların da çalışma kapsamına dahil edilmesi, çalışmanın sorunsalı olan ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının geçişi konusundan uzaklaşılmasına sebep olacaktır.

İkinci olarak ticari işletme devir sözleşmesinin hukuki tipolojisi her sözleşme için farklılık göstermektedir. Gerek devredilen malvarlığı unsurlarına gerekse sözleşmede karşı edim kararlaştırılıp kararlaştırılmamasına ve karşı edim varsa karşı edimin niteliğine göre ticari işletme devri sözleşmesinin hukuki niteliği değişmektedir. Bu nedenle de ticari işletme devri sözleşmesinde tarafların hak ve borçları her ticari işletme devri sözleşmesinde farklılık göstereceğinden bu konuda genel geçer bir yükümlülük belirlemenin oldukça zor olduğu düşünülmüştür.

Bu nedenlerden ötürü, ticari işletme devri sözleşmesi sonucunda tarafların borçları, “borçların kötü ifası”, “kötü ifanın sonuçları”, “sözleşmenin feshi”, “sözleşmede ayıp” gibi kavramlar kapsam dışında bırakılmıştır.

## I. DEVİR KONUSU OLARAK TİCARİ İŞLETME

### A. GENEL AÇIKLAMA

Özel hukukun temel disiplinleri, medeni hukuk ve aslında niteliği gereği onun bir parçası olmasına rağmen İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde tarihi nedenlerle ayrı değerlendirilen borçlar hukuku üzerine kurulmuştur. Ticaret hukuku kavramı özel hukukun temelinde yer alan bu iki hukuk alanından kendini ayırt etmek ve bağımsız bir hukuk dalı olmak için “ticari işletme” kavramına başvurmuştur<sup>12</sup>. Diğer bir ifade ile ticari işletme, ticaret hukukunu özel hukukun temelinde yer alan medeni hukuktan ve borçlar hukukundan ayıran ve ona ayrı nitelik veren bir kavram olarak görülmektedir<sup>13</sup>.

ETTK ticari işletmeyi tanımlamamış, onun yerine ticari işletmenin en sık karşılaşılan görünümünü tahdidi olmayacak şekilde sayma yoluna gitmiştir<sup>14</sup>. Ancak Ticaret Sicili Tüzüğü<sup>15</sup> m.14 ile ticari işletmede bulunması gereken unsurlar sayılmış ve bu unsurların bulunmadığı bir işletme, kanunda örnek olarak sayılan işletmelerden olsa bile ticari işletme sayılmamıştır.

Ticari işletme kavramının ticaret hukukunun temel kavramı olduğunun belirtilmesine rağmen ticari işletmenin kanunda tanımlanmaması doktrinde

---

<sup>12</sup> Ünal Tekinalp, **Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Eylül 2008 ,Cilt 24, Sayı:3, s.5, Kendigelen (Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009) s.127.

<sup>13</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.5, Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, Eylül 2012 s.17. Yazar ticari işletmenin ticaret hukukundaki rolünü tanımlamak için “kilit taşı” ifadesini kullanmaktadır.

<sup>14</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.9, Alihan Aydın, **Ticari İşletme Kavramı, Unsurları Ve Hukuki İşlemlere Konu Olması**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012 s.9, Kendigelen (Ülgen) s.130.

<sup>15</sup> Resmi Gazete sayısı 9530. Ticaret Sicili Tüzüğü, ETTK döneminde uygulanmış ve TTK’nın kabul edilmesinden sonra Ticaret Sicili Tüzüğü’nün yerine Ticaret Siciliği Yönetmeliği hazırlanarak yürürlüğe girmiştir.

eleştirilmiştir. Ticari işletmenin unsurlarının belirtilmesinin Ticaret Sicil Tüzüğü'ne bırakılması ise kanun yapma tekniği bakımından sakıncalı sayılmıştır<sup>16</sup>.

Belirtmek gerekir ki, azınlıkta kalan bir görüş, ticari işletme kavramının hukuki olarak tanımlanmamasının yerinde bir hukuk politikası olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre işletme kavramının iktisat bilimine ait bir kavram olması nedeniyle hukuken isabetli olarak tanımlanması oldukça zordur<sup>17</sup>. Ayrıca işletme kavramının keskin çizgilerle tanımlanması bu kavramı sabit bir kalıba sokacağı ve ticaret hayatını değişimlere ayak uyduramayacak hale getireceği de belirtilmektedir<sup>18</sup>.

TTK ise doktrindeki hakim görüşü takip ederek ticari işletmeyi tanımlamayı tercih etmiştir. TTK m.11 f.1 "*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*" diyerek ticari işletme için bir tanım vermiştir.

Bu tanımdan bir ticari işletmenin varlığı için şu unsurların bulunması gerektiği söylenebilir:

- i. Bir işletmenin varlığı
- ii. İşletmenin gelir sağlamayı hedef tutması
- iii. Hedeflenen gelirin esnaf işletmesi sınırını aşması
- iv. İşletmenin sürekliliği
- v. İşletmenin bağımsızlığı

Ticari işletmenin varlığı için kanunda belirtilen bu unsurların varlığı zorunludur<sup>19</sup>. Ticari işletmenin varlığı için TTK'da belirtilen bu unsurların hepsinin bir arada bulunması gerekmektedir. Unsurlardan birinin eksik olması halinde bir ticari işletmeden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Doktrinde İmregün tarafından savunulan mutlak ticari işletme kavramı ise bir işletmenin işleten kişi nedeniyle ticari işletme sayılması esasına dayanmaktadır.

<sup>16</sup> Kendigelen(Ülgen) s.130.

<sup>17</sup> Baki Toksal, **Ticaret Kanunu Şerhi, C.1** Ankara, 1986 s.128.

<sup>18</sup> Toksal s.131, Aydın s.11.

<sup>19</sup> TTK özel hükümler ile bir faaliyetin veya işletmenin söz konusu koşulları taşımasına rağmen ticari işletme olabileceğini öngörebilir. Örneğin TTK m.850 f.3'de taşıma işlerinin bir ticari işletme faaliyeti olacağı belirtilmiştir. Bu durumda artık ticari işletmenin unsurlarının varlığını tartışmaya gerek bulunmamaktadır.

İmregün'e göre TTK tarafından mutlak olarak tacir sayılan ticaret şirketlerinin işlettiği işletmeler başka bir koşul aranmaksızın ticari işletme niteliğindedir<sup>20</sup>.

Kanaatimizce bir işletmeyi işleten kişinin niteliğine bakarak ticari işletme saymak TTK sistemi açısından uygun değildir. Öncelikle kanun ticari işletmenin tanımını yaparken sadece işletmeye ilişkin koşullardan bahsetmiş, işletmeyi işleten kişinin niteliğine ilişkin herhangi bir ayırım yapmamıştır. Böyle bir ayırım TTK m.12 vd. maddelerde tacir sıfatının tespiti bakımından değer taşısa da işleten kişinin niteliği, ticari işletmenin varlığı bakımından dikkate alınmamaktadır.

Ayrıca mutlak ticari işletme kavramının kabul edilmesi hukuken tutarsız sonuçlara da sebep olacaktır. Bir işletmenin kanunun ticari işletmenin varlığı için aradığı koşulları taşıyamamasına rağmen sırf bir ticaret şirketi tarafından işletildiği için ticari işletme sayılması halinde, söz konusu işletmenin bir gerçek kişiye veya derneğe devredilmesi halinde ticari işletme vasfını kaybetmesi gerekecektir. Bir işletmenin bu şekilde kendi yapısı ile ilgili olmayan sebeplerle hukuki niteliğinin değişmesi ticaret kanununun ticari işletme için benimsediği merkez parça konuma uygun değildir. Bu nedenle ticari işletmenin varlığı için kanunun aradığı koşulların mutlaka bulunması gerektiği görüşündeyiz. Kanunda belirtilen koşulları taşımayan bir iktisadi yapı bir ticari işletme olarak görülmeyecektir. Ne var ki, bir ticari işletmenin var olmaması ticari işletme işletmesine bakılmaksızın kanun gereği tacir sıfatını kazanan ticaret şirketlerinin tacir sıfatını etkilemeyecektir.

## **B. Ticari İşletmenin Unsurları**

### **1. Bir İşletmenin Varlığı**

#### **a) Genel Açıklama**

TTK m.11 f.1 ticari işletmeyi "*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*" şeklinde tanımlamıştır. Bu ifadeden hareketle bir ticari işletmenin varlığı için öncelikle ilgili iktisadi yapının bir işletme niteliğinde olması gerekmektedir. Bu nedenle de ilk olarak işletme kavramına kısaca değinmek gerekmektedir.

---

<sup>20</sup> Oğuz İmregün, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005s.10

İşletme kavramı aslen hukuk alanına değil, iktisat bilimine ait bir kavramdır<sup>21</sup>. Bu yüzden işletme kavramı için önce iktisat bilimine bakmak gerekmektedir. İktisat bilimi bakımından işletme insan, makine, malzeme, para gibi insan üretim olan öğelerden oluşan, ekonomik, teknik ve toplumsal bir bütün olarak, üretimde bulunup kar sağlamak üzere faaliyetleri gerçekleştiren birim olarak ifade etmektedir<sup>22</sup>. Önen'e göre ise işletme, iktisadi faaliyetin yürütüldüğü birimleri ifade etmektedir<sup>23</sup>. Mucuk ise işletmeyi “*başkalarının ihtiyaçlarını karşılamak üzere mal ve hizmetleri üretmek ve sahibine kar sağlamak amacıyla faaliyet gösteren ekonomik birim*” olarak tanımlamaktadır<sup>24</sup>.

İktisat bilimi tarafından tanımlanan işletme kavramı, hukuk alanında ticari işletme kavramına temel teşkil etmiş ve böylece normatif düzenlemelerin bir parçası olmuştur. Bu nedenle de işletme kavramının hukuk alanında da tanımı yapılmıştır<sup>25</sup>. Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik<sup>26</sup> m.4 işletmeyi “Yasal statüsü ne olursa olsun, bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişiye ait olup bir ekonomik faaliyette bulunan birimler veya girişimler” olarak tanımlamaktadır.

Hukuk doktrininde iktisadi işletme, bir girişimcinin gelir sağlamak amacı ile emek ve sermayesini bağımsız bir organizasyon oluşturacak şekilde bir araya getirmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>27</sup>. Aynı şekilde Tekinalp de “*işletmenin varlığı için ekonomik bir amaca ulaşmak amacıyla maddi ve kişisel araçların bir organizasyon bağlamında bu amaca yöneltilmiş ve bunların işletilebilir olması gerekmektedir*” demektedir<sup>28</sup>.

İsviçre Hukuku'nda Turin ise ticari işletmenin “*ticari bir faaliyetin yürütülmesine yönelik hukuki ilişkiler bütünü*” olduğunu belirtmektedir<sup>29</sup>. Probst ise hukuki ilişkiler bütünüünün mesleki faaliyetlere yönelik de olabileceğini belirterek,

<sup>21</sup> Fatih Arıcı, **Ticari İşletmenin Aktif Ve Pasifi İle Devri**, İstanbul, 2008 s.7, Mehmet Akçaal, **İşletmenin Devri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 s.19.

<sup>22</sup> Can/Güney 29.

<sup>23</sup> Önen s.3.

<sup>24</sup> Mucuk, **Temel İşletme** s.4.

<sup>25</sup> Halit Aker, **Ticari İşletme Kirası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012 s.82.

<sup>26</sup> Bkz. R.G. 18.11.2005, S.25977.

<sup>27</sup> Kendigelen (Ülgen) s.137, Arıcı s.7.

<sup>28</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.9.

<sup>29</sup> Nicholas Turin, **Le Transfert De Patrimoine Selon Le Projet De Loi Sur La Fusion**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2003 s.9.

işletme kavramının yalnızca ticari faaliyetlere indirgenemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>30</sup>.

İşletme kavramı, yürütülen faaliyetin niteliğine ve ölçeğine göre farklı gruplara ayrılmaktadır. Yapılan faaliyetin niteliğine göre bir işletme ticari işletme, esnaf işletmesi ve zırai işletme olarak alt gruplara ayrılabilir. Aynı şekilde esnaf işletmesi ile ticari işletme de yine yapılan faaliyetin ölçeğine göre işletmenin farklı türleridir<sup>31</sup>. Bu yüzden altını çizmek gerekir ki, bir işletmenin varlığı kendiliğinden ticari işletmenin varlığı sonucunu doğurmamaktadır. Ticari işletmenin varlığı için işletmenin TTK m.11 f.1’de belirtilen diğer koşulları da taşıması gerekmektedir.

Hukuk alanındaki çalışmalar işletme kavramı üzerinde, yani hangi durumlarda bir işletme bulunduğu sorusu üzerinde yoğunlaşmamıştır. Ticaret hukukunun temel kavramı niteliğinde olan ticari işletme konusu incelenirken “işletme” kavramının tanımlanmasından daha ziyade bir işletmenin ölçek bakımından ne zaman “ticari” nitelikte olacağı, yani ne zaman esnaf sınırının aşılacağı sorusu üzerinde durulmuştur. Bu nedenle de ETTK döneminden başlayarak doktrinin ticari işletmeyi tanımlama çabası daha ziyade ticari işletmeyi esnaf işletmesinden ayırmaya odaklanmıştır<sup>32</sup>. Nitekim TTK’yı hazırlayan bilim komisyonunun da öncelikli çabası ticari işletmenin esnaf işletmesinden ayrılması sorununa yoğunlaşmıştır<sup>33</sup>. Bu nedenle de ticari işletmenin işletme niteliğine ilişkin incelemeler göz ardı edildiğinden ticari işletme tüm yönleriyle tanımlanmamıştır<sup>34</sup>.

İşletme kavramının iktisat alanındaki tanımının belirsizliği<sup>35</sup> ve hukuk alanındaki incelemelerin işletme kavramını yeterince kesin çizgilerle tanımlayamamasının da etkisiyle, işletme kavramı çok boyutlu bir kavram haline gelmiştir. İşletme kavramı, hem emek ve sermayenin hizmet üretimi için bir araya getirildiği organizasyonu, hem bu organizasyon ile yürütülen faaliyetleri hem de bu

<sup>30</sup> CR CO I- Probst s.1270.

<sup>31</sup>Kendigelen (Ülgen) s.137. Avrupa Birliği ülkelerinde esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki farkın yalnızca faaliyetin ölçeğine göre belirlenmemesi ve bazı faaliyetlerin ölçeğine bakılmaksızın esnaf işletmesi sayılması gerektiği yönünde görüşler vardır. Ne var ki, bugün için esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki farkın işletmenin ölçeğine göre yapıldığını söylemek yanlış olmaz. Bkz. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.11

<sup>32</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.9, Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.83.

<sup>33</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.10.

<sup>34</sup>Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.83.

<sup>35</sup> Gerçekten de iktisadi açıdan işletmeyi tanımlayan “organizasyon”, “girişim” ve “birim” gibi kavramlar hukuki kavramlar olmadıkları için işletmenin hukuki olarak nitelendirilmesi de güçleşmektedir.

birimin malvarlığı unsurlarını ifade edecek şekilde geniş bir şekilde kullanılmaktadır<sup>36</sup>. Bu geniş kullanım nedeniyle işletmeyi bir faaliyet (subjektif teori), maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının oluşturduğu bir bütün (objektif teori) veya piyasada etkinlik gösteren emek ve sermaye organizasyonu (organizasyon teorisi) olarak nazara almak mümkündür<sup>37</sup>.

Ticari işletmenin değişken yapısını daha iyi açıklaması ve farklı unsurlarını birleştirmesi bakımından Türk Hukuku'nda organizasyon teorisi ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Bunun sonucunda ise ticari işletme organizasyon niteliği esas alınarak değerlendirilmektedir. Ancak ticari işletmeyi sadece bir organizasyon olarak görmek de mümkün değildir. İşletmeyi bir faaliyet veya bir malvarlığı unsurları bütünü olarak gören anlayışlar da dikkate alınmalıdır. O yüzden biz işletme kavramının farklı tezahürlerine ayrı ayrı değinmeyi uygun gördük. Kanaatimizce ticari işletmeye ilişkin bu bakış açılarının sonuçları birbirleri ile çatışan kavramlar olmayıp, bir ticari işletmenin farklı görüntülerini teşkil etmektedir. O yüzden her işletmede söz konusu farklı görünümünün bir arada olduğunu, ancak konunun incelenmesi bakımından bir yönün diğerlerine kıyasla ön plana çıkartıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

## **b) Bir Faaliyet Olarak İşletme**

### **i. Genel Olarak**

İşletme kavramı her şeyden önce bir faaliyeti ifade etmektedir. Gerçekten de işletme kavramı, bir açıdan sermaye emek unsurlarını birleştirerek bir faaliyette bulunulmasını ifade eder. İşletmede söz konusu faaliyet iktisadi niteliktedir. Yani söz konusu faaliyet belirli bir mal veya hizmeti tedarik ederek belirsiz bir pazara ulaştırmaya yöneliktir. Bu bakımdan işletme bir iktisadi faaliyet niteliğindedir<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Benzer bir durum ETTK döneminde de dile getirilmiştir. Toksal'a göre ETTK döneminde ticari işletme kavramı "faaliyetler topluluğu", "yer" veya bir "konu" olarak tanımlanmıştır. Bkz. Toksal s.129.

<sup>37</sup> Arıcı s.7. Nitekim işletme kelimesinin sözlük anlamı dahi bu sonucu teyit eder niteliktedir. Türk Dil Kurumu'nun sözlüğüne göre işletme kavramı tanımında şu ifadeler yer vermektedir: "1. İşletmek işi 2. Tarım, sanayi, ticaret, bankacılık vb. iş alanlarında, kâr amacıyla bir sermaye yatırılarak kurulan kurum 3. Bir kuruluşu verimli bir duruma getirip kazanç sağlama yöntemi 4. İş yeri".

<sup>38</sup> Arıcı s.8, Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.9, Kendigelen s.137, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.104, Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.81 vd.

<sup>39</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.103, Kendigelen (Ülgen) s.136.

Her ticari işletme bir iktisadi faaliyet teşkil etse de her iktisadi faaliyetin bir ticari işletme olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>40</sup>. İktisadi faaliyetin işletme niteliğinde olması için “işletme” kavramının diğer bir unsuru olan organizasyona da sahip olması gerekmektedir.

Örneğin bir kimsenin düzenli olarak başka bir kişinin evini temizlemesi veya bir kişinin kendi evindeki eski kitapları belirli aralıklarla satması bir iktisadi faaliyet niteliğinde görülebilir; zira gelir elde etmek amacıyla bir ürün veya hizmet sunulması söz konusudur. Ancak bu faaliyetler belirli bir organizasyon seviyesine ulaşmadığı için işletme olarak kabul edilemez.

İşletme kavramının faaliyet niteliği İsviçre Sicil Tüzüğü’nde açıkça vurgulanmaktadır. İsviçre Sicil Tüzüğü m.2-b ticari işletmeyi bir faaliyet (“*une activité*”, “*eine Tätigkeit*”) olarak tanımlamaktadır. Aynı şekilde mülga Ticaret Sicili Tüzüğü m.14 f.2’de hangi faaliyetlerin ticari işletme niteliğinde olmadığını belirtirken ticari işletme kavramını bir faaliyeti nitelemek için kullanmaktadır.

TTK ise mülga Ticaret Sicili Tüzüğü ve İsviçre Sicil Tüzüğü ile benimsenen bu yaklaşımdan uzaklaşmaktadır. TTK’da ve Ticaret Sicili Yönetmeliği’nde tanım yapılırken faaliyetten bahsedilmemiştir. Bu ise TTK ve buna bağlı ikinci mevzuatın ticari işletmeyi bir faaliyet olarak tanımlamaktan kaçınarak işletme kavramının diğer görünüş şekillerine vurgu yaptıkları şeklinde yorumlanmaktadır<sup>41</sup>.

Bu nedenle bir faaliyetin işletme olarak kabul edilebilmesi için bir organizasyona ve belirli malvarlığı unsurlarına ihtiyacı vardır. Bu iki olgu (organizasyon ve ticari işletme kapsamındaki malvarlığı) faaliyetin somutlaşmasını sağlamaktadır.

Ne var ki, TTK’nın ticari işletmeyi saf bir faaliyet olarak kabul etmeyen ve bir organizasyon ve bir malvarlığı ile somutlaştırılmasını arayan yaklaşımının istisnaları da bulunmaktadır. TTK m.850 f.3 “Taşıma işleri ticari faaliyettir” demektedir. TTK’nın bu ifadesinden iki sonuç çıkarmak mümkündür:

i) Her ne kadar bir işletme salt bir faaliyet olarak kabul edilemezse de işletme kavramının bir faaliyeti işaret edecek şekilde kullanılması mümkündür.

<sup>40</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.103, Kendigelen (Ülgen) s.136.

<sup>41</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.9.



ii) Özel hüküm bulunması şartıyla, bir faaliyetin organizasyon veya içerdiği malvarlığı unsurlarına bakılmaksızın işletme olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Sonuç olarak ticari işletmenin temelde bir faaliyet olduğu göz ardı edilemez. Ne var ki, her faaliyetin bir işletme niteliğinde olmadığı da açıktır. Ancak kanun bazı durumlarda özel hükümler vasıtasıyla işletme seviyesinde organizasyona sahip olmayan bir faaliyetin de işletme olarak değerlendirilmesine imkan tanımaktadır.

## ii. Serbest Mesleklerin İşletme Niteliği

Bu noktada uygulamada taşıdığı önemden ötürü serbest meslek faaliyetlerinin bir işletme niteliği taşıyıp taşımadığına değinmek gerekmektedir; zira serbest meslek faaliyetlerinin bir işletme niteliğinde olduğunun kabul edilmesi halinde TTK m.11 f.1’de belirtilen koşulları sağlayan serbest meslek faaliyetlerinin ticari işletme sayılması ve bu işletmeleri işleten gerçek kişilerin tacir sayılması sonucu ortaya çıkacaktır.

TTK, serbest meslek kavramını tanımlamamaktadır. Ne var ki, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu<sup>42</sup> (“GVK”) m.65 “Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımın ticaret hukuku bakımından da yol gösterici olduğu kabul edilmektedir<sup>43</sup>.

Serbest meslek faaliyetleri geleneksel olarak ticari faaliyetlerin dışında değerlendirilmiştir. Serbest meslek faaliyetlerinin ticaret hayatının dışında tutulmasının “tarihi” ve “iktisadi” olarak iki ana gerekçesi bulunmaktadır. Tarihi açıdan bakıldığında serbest meslek faaliyetlerinin icrası için yoğun bir teorik eğitime (çoğunlukla yüksek öğrenime) ihtiyaç duyulması, bu mesleklerin kendi meslek örgütlerini oluşturması ve bu örgütlerin üyeleri üzerinde sahip oldukları denetim gibi hususlar bu meslekleri ticaret hayatının dışında tutmayı gerektirmiştir<sup>44</sup>.

İktisadi açıdan bakıldığında ise serbest meslek faaliyetlerinin endüstriyel nitelikte olmaması, sermayeden çok zihinsel çalışmayı gerektirmesi, faaliyeti yürüten

<sup>42</sup> Resmi Gazete sayı 10700.

<sup>43</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.58.

<sup>44</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.58.

kişinin şahsının büyük önem taşıması hatta çoğu zaman faaliyetteki yegane belirleyici olması<sup>45</sup>, mesleğin kendi ilkeleri ve etik kuralları nedeniyle hareket serbestisinin sınırlı olması, mesleğin “pazardan gelen talebe” göre hareket etmemesi serbest meslek faaliyetleri ile ticari işletme kavramlarının farklı değerlendirilmesine yol açmıştır. Bunun dışında serbest meslek faaliyeti sonucunda ortaya çıkan neticenin iktisadi anlamda bir ürün veya hizmet olarak görülmemesi de serbest meslek icrasının ticari nitelikte sayılmamasına neden olmuştur<sup>46</sup>.

Serbest meslek faaliyetlerini kategorik olarak ticaret hayatının dışında gören bu görüş eleştirilmektedir. Öncelikle tarihi sebeplerden serbest meslek faaliyeti olarak görülen avukatlık, doktorluk, mali müşavirlik, mühendislik gibi faaliyetler günümüzde geleneksel görüntülerinden farklı bir şekle bürünmüşlerdir. Doktrinde, örneğin birleşme ve devralma işlemlerinde “çözüm ortağı” sıfatı ile danışmanlık yapan avukatlık bürolarının davada müvekkilinin haklarını müdafaa etmeye dayanan avukatlık mesleğinin tarihi ve geleneksel yapısından farklılık gösterdiği haklı olarak belirtilmektedir<sup>47</sup>. Serbest meslek faaliyetlerinin ticari nitelikte sayılmamasında tarihi gerekçeler ileri sürüldüğü düşünüldüğünde bir mesleğin günümüzdeki icra şeklinin geleneksel icra şeklinden ayrıldığı ölçüde ticari niteliğinin o derece arttığı iddia edilmektedir<sup>48</sup>.

Diğer yandan söz konusu faaliyetlerin giderek ticari nitelik kazanmaya başlaması, talebe duyarlı faaliyetlerin ve rekabetin belirginleşmesi ve bu faaliyetlerin sonuçlarının da ticari nitelikte bir hizmet olarak görülmeye başlanması nedeniyle iktisadi açıdan da serbest meslek faaliyetlerinin ticari nitelik kazandığı ileri sürülmektedir<sup>49</sup>.

O yüzden günümüzde artık serbest meslek faaliyetlerini doğrudan ticaret hayatının dışında gören anlayışı sorgulamak gerekmektedir. Elbetteki her serbest meslek faaliyetinin ticari işletme niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Öncelikle serbest meslek faaliyetinin belirli bir organizasyon seviyesine ulaşması

---

<sup>45</sup> Serbest meslek faaliyetinin kalitesinin faaliyeti yürüten kişinin şahsına bu kadar sıkı şekilde bağlı olduğu için bu faaliyetin bir başka kişiye devredilmesi sermayeye dayanan ticari işletmenin devrine göre farklı esaslara tabi olmak zorundadır. Bkz. Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.58.

<sup>46</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.58.

<sup>47</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.61.

<sup>48</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.63.

<sup>49</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.60.

gerekmektedir<sup>50</sup>. Ancak serbest meslek faaliyeti belirli bir organizasyon seviyesine ulaşmış ise bu durumda artık sırf faaliyet geleneksel olarak veya vergi mevzuatı uyarınca serbest meslek faaliyeti olduğu için ticari işletmenin kapsamı dışında sayılmamalıdır. Diğer bir ifade ile ticari işletmenin varlığı için aranan koşullar bir serbest meslek faaliyetinin icrası aracılığıyla oluşmuş ise bu durumda bir ticari işletmenin varlığını kabul etmek daha uygun olabilir. Nitekim doktrinde Kendigelen de serbest meslek faaliyetlerinin belirli bir işletme çatısı altında yürütülmesi halinde bir ticari işletmenin var olacağını belirtmektedir<sup>51</sup>. Ne var ki, bu konuda kanun, özel hükümler sevk ederek belirli bir organizasyona sahip olsa bile serbest meslek faaliyetinin ticari işletme sayılmaması gerektiğini belirtebilir. Örneğin Avukatlık Kanunu m.44 avukatlık ortaklıklarının faaliyetlerinin ticari nitelikte sayılmayacağını belirtmektedir. Bu durumda her ne kadar işletmenin varlığı için gereken bir organizasyon söz konusu olsa da buradaki faaliyeti bir ticari işletme olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır.

Örneğin İsviçre doktrininde Probst işletme kavramını tanımlarken bir mesleğin icrasına veya ticari faaliyetle ilgili hukuki ilişkiler bütünü olarak tanımlamaktadır<sup>52</sup>. Bu yaklaşım bir serbest meslek icrasının da işletme teşkil edebileceğine işaret etmektedir. Buna göre bir serbest meslek faaliyeti belirli bir organizasyon seviyesine ulaşmış ise bu durumda işletme olarak kabul edilmeli, hatta ticari işletmenin diğer unsurlarını da taşıması halinde ticari işletme olarak da kabul edilmelidir.

Nitekim, 2007'de yürürlüğe giren Avusturya İşletmeler Kanunu yalnızca ticari işletmeyi değil tüm işletmeleri kanun kapsamına almış; ancak bazı hükümlerin yalnızca ticari işletmelere, kalan hükümlerin ise ticari işletme-esnaf işletmesi- serbest meslek işletmesi ayırımına bakılmaksızın tüm işletmelere uygulanmasını öngörmüştür. Bu şekilde işletme niteliği kazanması şartıyla serbest meslek faaliyetlerini de ticaret hukukunun kapsamına dahil etmiştir<sup>53</sup>. Ancak serbest meslek işletmelerini tam olarak ticari işletme olarak değerlendirmemiş, bazı hükümlerin uygulanmasını yalnızca ticari işletmelere hasretmiştir. Bu şekilde serbest meslek

<sup>50</sup> Organizasyon kavramı konusunda detaylı için Bkz. Bölüm 0-B-1-c) Bir Organizasyon Olarak İşletme.

<sup>51</sup> Kendigelen(Ülgen) s.145.

<sup>52</sup> CR CO I- Probst s.1271.

<sup>53</sup> Halit Aker, **Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme Ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler**, Batider, Cilt 25, Sayı 3, 2009 s.242.

işletmeleri tamamen kapsam dışında bırakılmasa da ticari işletmelerin tabi olduğu koşulların dışında tutularak ihtiyaçları uygun bir düzenleme yapılabilmıştır<sup>54</sup>.

Bu yaklaşım mevcut Türk doktrini tarafından da ileri sürülmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre serbest meslek veya güzel sanatlar erbabının faaliyetleri belirli bir organizasyona sahip olmadığı sürece işletmenin varlığından bahsedilemeyeceği de bu faaliyetler belirli bir organizasyon seviyesine ulaştıkları takdirde işletmenin bulunduğu kabul edilmelidir<sup>55</sup>. Ancak bu durumda dahi, GVK uyarınca serbest meslek nitelikleri koruyacakları için vergi hukuku bakımından serbest meslek hükümlerine tabi olmaya devam edeceklerdir.

### c) Bir Organizasyon Olarak İşletme

Bir işletme kavramı, yukarıda da belirtildiği gibi bir faaliyeti işaret edecek şekilde kullanılmaktaysa da her faaliyetin işletme niteliğinde olmadığını belirtmek gerekmektedir<sup>56</sup>. Bir işletmenin varlığı için faaliyetin belirli bir organizasyona sahip olması gerekmektedir. Halbuki organizasyon olmaksızın da bir iktisadi faaliyet yürütülmesi mümkündür. Örneğin bir avukatın veya bir mimarın mesleğini icra etmesi, bir kişinin kendi yaptığı takı veya el işlerini satması da bir iktisadi faaliyettir. Ne var ki, bir organizasyon içermeyen bu iktisadi faaliyetlerin bir işletme teşkil etmesi mümkün olmayacaktır.

Bir faaliyette belirli bir organizasyonun bulunması işletmenin varlığı için zorunludur. Organizasyon olmaksızın bir faaliyet, işletme teşkil etmeyeceği için bu faaliyet TTK m.11 f.1’de belirtilen diğer koşulları karşılarsa dahi ticari işletme olarak kabul edilmemelidir<sup>57</sup>.

Bu nedenle bir kimsenin malvarlığını borsada işlemler ile değerlendirmesi, bir dalış öğretmenin ders vermesi bağımsız, düzenli ve esnaf sınırını aşan düzeyde gelir sağlamayı hedefleyecek nitelikte olsa dahi ticari işletme olarak kabul edilemez<sup>58</sup>. Aynı şekilde bir kimsenin konferanslara veya eğitim seminerlerine katılarak ücret karşılığında tebliğler vermesi yine organizasyon bulunmadığı için işletme olarak kabul edilemeyecektir.

<sup>54</sup> Avusturya İşletmeler Kanunu’nun kapsamlı incelemesi için bkz. Aker, **Avusturya İşletmeler Kanunu**.

<sup>55</sup> Kendigelen(Ülgen) s.137.

<sup>56</sup> CR CO I- Probst s.1271.

<sup>57</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.9, CR CO I- Probst s.1271, Arıcı s.9.

<sup>58</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.9.

Aynı şekilde bir ticari faaliyeti yürütmek için bir araya getirilmiş malvarlığı unsurları da bir işletme teşkil etmemektedir. Bu malvarlığı unsurlarını birlikte değerlendirerek piyasa ile bağlantısını kuracak bir organizasyona ihtiyaç bulunmaktadır<sup>59</sup>.

Genel olarak organizasyon ile anlaşılması gereken, üretim unsurlarının birlikte bir işlev üstlenmesidir<sup>60</sup>. İktisat bilimindeki teknik anlamı ile ise organizasyon “kişilerin tek başına gerçekleştiremeyecekleri amaçları başkaları ile bir araya gelerek, bilgi yetenek ve çabalarını birleştirerek gerçekleştirmeye çalıştıkları bir oluşum” olarak tanımlanmaktadır<sup>61</sup>. Başka bir görüşe göre ise organizasyon “*üretim unsurlarının bilinçli, uyumlu, sistemli, planlı ve düzenli şekilde bir araya getirilmesi*” olarak tanımlanmalıdır<sup>62</sup>.

Organizasyon kavramı, bir işletmeyi işleten kişinin kararları ve eylemleri ile malvarlığı unsurlarını bir arada tutarak işletmenin yeni pazar koşullarına uyarlanması olarak da tanımlanabilir. Bu anlamda organizasyonun varlığı, bir işletmenin yapısal kararlar alınmaksızın dahi varlığını ve olağan faaliyetlerini sürdürebilmesini sağlayan unsurdur<sup>63</sup>. Doğal olarak bir işletmenin kabulü için gereken organizasyon unsurunun varlığı, faaliyetin arızı olmasına engel niteliktedir. Bu nedenle de bir faaliyetin devamlı olması bir organizasyonun, dolayısıyla da bir işletmenin varlığı için zorunlu niteliktedir<sup>64</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi Türk doktrininde de ticari işletmenin bir organizasyona sahip olması gerektiği belirtilerek söz konusu organizasyon unsuru vurgulanmaktadır. Tekinalp, ekonomik amaca ulaşmak amacıyla maddi ve kişisel araçların bir organizasyon bağlamında bu amaca yöneltilmiş olması gerektiğini

<sup>59</sup> CR CO I- Probst s.1271.

<sup>60</sup> Arıcı s.9.

<sup>61</sup> Özveren s.193.

<sup>62</sup> Sabuncuoğlu, Zeyyat/ Tokol, Tuncer, **Genel İşletme**, Bursa, 2008 s.1 (naklen Akçaal s.22). Bu açıdan bakıldığında TTK m.11 f.1 ticari işletme tanımında bir tekrara düşmektedir. TTK m.11 f.3 gelir elde etmeyi hedeflemenin bir işletmenin ticari işletme sayılması için zorunlu olduğunu belirtmektedir. Halbuki iktisat bilimindeki tanımlara bakıldığında gelir elde etme amacının bulunmadığı bir birimin işletme dahi olamayacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda zaten gelir elde etme amacı bulunan işletmenin ticari işletme sayılması için tekrar gelir unsuruna vurgu yapılması bir tekrar olarak görülebilir. Benzer bir husus devamlılık bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Ticari işletmenin öncelikle bir işletme olması şartı varsa ve bir işletmenin varlığı için devamlılık şartı aranıyorsa bu durumda TTK m.11 f.1’de ticari işletmenin varlığı için devamlılık şartının arandığının belirtilmesi gerekli değildir. Devamlılık unsuru bulunmadığı için bu faaliyet bir işletme oluşturmayacağından evleviyetle bir ticari işletme teşkil edemeyeceği açıktır. Bkz. Tamer İnal, **Ticari İşletme Hukuku**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004 s.53.

<sup>63</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.87.

<sup>64</sup> Kendigelen (Ülgen) s.137, Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.88.

belirtirken ticari işletmenin organizasyon yönüne işaret etmektedir<sup>65</sup>. Aynı şekilde Ayhan/Özdamar/Çağlara göre de işletmenin iktisadi faaliyetlerin emek ve sermayenin belirli bir organizasyon dahilinde yapılmasıdır<sup>66</sup>. Arıcı da işletmeyi faaliyet, organizasyon veya malvarlığı topluluğu olarak gören görüşler arasında ticari işletmeyi en isabetli olarak tanımlayanın organizasyon görüşü olduğunu belirtmektedir<sup>67</sup>.

Doktrindeki bu yaklaşım pozitif hukukta da karşılık bulmuştur. Yukarıda belirtildiği gibi TTK m.11 f.1’de ticari işletmeden bir faaliyet olarak değil de bir işletme olarak bahsedilmesi ticari işletmenin yalnızca bir faaliyete indergenmemesi ve organizasyon niteliğine işaret edilmesi amacını taşımaktadır<sup>68</sup>.

Avusturya İşletmeler Kanunu m.1 f.2 de işletmeyi “gelir sağlama amacı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, her türlü devamlı ve bağımsız ekonomik faaliyet organizasyonudur” şeklinde tanımlamıştır<sup>69</sup>. Avusturya İşletmeler Kanunu’nun bu ifadesi de yine işletmenin organizasyon yönüne işaret etmektedir. Ayrıca Alman İmparatorluk Mahkemesi bir kararında bir ticari işletmenin yalnızca buna tahsis edilen unsurların bir yığını olmadığını, buna bir “fikri bağın” yani “organizasyonun” eklendiğini belirterek ticari işletmenin yalnızca bir malvarlığı topluluğu olmadığını belirtmiştir<sup>70</sup>.

İşletmenin varlığı için organizasyonun varlığını arayan bir sistemde, bir faaliyetin ne zaman bir organizasyona sahip olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Organizasyon tanımını hukuk alanının ihtiyaç duyduğu kesinlikte tanımlamak oldukça zor, hatta belki de imkânsızdır. Bu noktada hangi hallerde organizasyonun mevcut olduğuna ilişkin bazı ölçütler önermeye çalışacağız.

Bir organizasyonun varlığı için kanaatimizce incelenmesi gereken konu, faaliyetin işletme sahibinin kişiliğinden ne derece ayrılabilceği noktasındadır. Eğer bir faaliyet, girişimcinin şahsından bağımsız olarak yürütülebiliyorsa bu durumda bir organizasyonun ve bir işletmenin varlığı kabul edilebilir. Kanaatimizce böyle bir yorum ticaret hukukunun ticari işletme temelli sistemine de uygun düşecektir.

<sup>65</sup> Tekinalp, *Yeniden Düşünmek* s.9.

<sup>66</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.104.

<sup>67</sup> Arıcı s.9.

<sup>68</sup> Tekinalp, *Yeniden Düşünmek* s.9.

<sup>69</sup> Aker, *Avusturya İşletmeler Kanunu* s.238.

<sup>70</sup> RGZ 95, 236 (naklen Aker Ticari İşletme Kirası s.85).

Tarihsel sınıflandırmada ticaret hukukunun temel kavramı ticari işlem (objektif sistem) veya tacir (sübjektif sistem) olarak belirlenmiştir<sup>71</sup>. Halbuki Türk Ticaret Hukuku, 1956 tarihli ETTK'dan itibaren ticari işletme kavramını merkezine almıştır ve bu yaklaşımını TTK ile devam ettirmektedir. Diğer bir ifade ile ticaret hukukunun bağlama noktası bir kişi olan tacir değil, ticari işletmedir<sup>72</sup>. Bu durumda ise ticari işletmeyi tacirin kişiliğinden farklı ve bağımsız bir nitelik kazanacak şekilde tanımlamak sistemin tutarlılığı açısından da yerinde olacaktır.

Faaliyetin girişimcinin kişiliğinden ayrılabilir nitelikte olup olmadığını tespit etmek için öncelikle organizasyonun faaliyet üzerindeki etkisine bakılabilir. Aker'in belirttiği gibi organizasyon unsuru bir işletmenin kendi başına faaliyetlerini sürdürebilmesini ve ayakta kalabilmesini sağlayan unsurdur<sup>73</sup>. Bu durumda eğer bir faaliyet, belirli bir kişinin faaliyete katılmaması halinde yürütülemeyecek şekilde bir kişiye bağlı ise bu takdirde bir işletmenin var olduğu söylenemez. Örneğin bir mühendis tarafından yürütülen yapı danışmanlığı işleminde, faaliyet tek bir kişi tarafından tamamen bu kişinin bilgi, beceri ve emeği ile yürütüldüğü için bir organizasyon söz konusu değildir. Ne var ki, söz konusu faaliyetin birden çok mühendis tarafından belirli bir işbölümü çerçevesinde yürütülmesi halinde bir işletmenin varlığı söz konusu olacaktır; zira bu durumda artık faaliyet tek bir kişiye bağlı olmayacak, çalışanlar arasındaki organizasyon uyarınca yürütülecektir. Bu açıdan bakıldığında bir işletmenin varlığı için çalışanların varlığı da gerekmektedir. Hiçbir çalışanın olmadığı, yalnızca bir girişimci tarafından yürütülen faaliyette bir organizasyonun var olması da oldukça düşük bir ihtimaldir.

Faaliyetin işleten kişinin şahsından ayrılmasını inceleyerek de organizasyonun var olup olmadığı değerlendirilebilir. İşleten kişi değişmesine rağmen bir faaliyetin devam edebilmesi halinde bu noktada işletenin kişiliğinden bağımsız bir yapının yani orgaizasyonun varolduğu söylenebilir<sup>74</sup>.

Hizmet alanların (müşterilerin) gözünden bakarak da bir organizasyonun varlığını tespit etmek mümkün olabilir. Eğer müşterilerin güveni bizzat o hizmeti verecek kişinin şahsına değil de kişiden bağımsız bir yapıya yönelik ise bu durumda

<sup>71</sup> Reha Poroy/ Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 s.13, Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2011 s.3 vd.

<sup>72</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.8.

<sup>73</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.87.

<sup>74</sup>Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.85.

bir organizasyonun var olduğu söylenebilir<sup>75</sup>. Örneğin yabancı dil öğrenmek isteyen bir kişi bir öğretmen değil de bir dil kursunu seçerken faaliyeti bizzat yürütecek öğretmeni incelememektedir. Bu kişi dil kursunun yeterli öğretmenleri işe alacağına ve öğrencileri buna göre eğiteceğine güven duymaktadır. Bu ise faaliyetin belirli bir organizasyona sahip olarak faaliyeti yürüten kişinin şahsından bağımsız hale gelmesi ile mümkün olmaktadır.

Bunun dışında organizasyonun varlığı konusunda iktisat biliminden de yararlanmak mümkün olabilir. İktisadi açıdan bir organizasyonun varlığından bahsedebilmek için faaliyetin belirli bir ortak amaca yönelik olması, belirli bir ürün veya hizmet üretmesi, çalışanların bulunması ve bu çalışanların yürüteceği işlerin belirlenmesi gerekmektedir<sup>76</sup>. Özellikle faaliyetin bir işbölümü çerçevesinde yapılabilmesi halinde bir organizasyon ortaya çıkacaktır<sup>77</sup>. Eğer bu unsurlar mevcut ise bu durumda faaliyetin kişi unsurundan bağımsız olarak bir organizasyona sahip olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

#### **d) Malvarlığı Unsurları Birliği Olarak İşletme**

##### **i. Genel Olarak**

Yukarıda da belirtildiği gibi işletmede emek ve malvarlığı unsurları bulunmaktadır. Ticari işletmedeki malvarlığı unsurları (üretim araçları) kullanılarak mal veya hizmet üretilmektedir. İşte mal veya hizmetin üretimi veya pazarlanması için kullanılan bu malvarlığı unsurları ticari işletmenin malvarlığı (mamelek) boyutunu oluşturmaktadır. İşletme kavramı sıklıkla işletmenin malvarlığı boyutunu işaret etmek amacıyla da kullanılmaktadır.

Ticari işletmenin malvarlığı boyutunu ifade etmek üzere Fransız Hukuku'nda "*fond de commerce*" ("ticaret fonu") terimi kullanılmaktadır. Bu terim bir süre Türk Hukuku'nda da kullanılmıştır<sup>78</sup>. Ne var ki, yeni kaynaklarda ticaret fonu ifadesinin kullanımı terk edilmektedir. Bunun yerine ticari işletmenin malvarlığı cephesini ifade etmek üzere de ticari işletme kavramı kullanılmaktadır<sup>79</sup>.

<sup>75</sup>Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.86.

<sup>76</sup> Özveren s.195.

<sup>77</sup> Mucuk, **Temel İşletme** s.82.

<sup>78</sup>Poroy/Yasaman s.33.

<sup>79</sup>Poroy/Yasaman s.33, İnal s.47. Örneğin işletme devri kavramında devredenin ediminin ticari işletmeye dahil unsurların mülkiyetinin devri olduğunu belirten görüş (bkz. Akçaal s.83) işletme kavramını işletmenin malvarlığı cephesinin devri bakımından değerlendirmektedirler.



Ticari işletmenin yalnızca bir malvarlığı yığını olmadığını daha önce belirtmiştik. Ancak bir ticari işletmenin oluşabilmesi için malvarlığı unsurlarının bir araya getirilmesine de ihtiyaç bulunmaktadır, aksi takdirde bir ticari işletmeden değil yalnızca şahsi emekten bahsetmek mümkün olacaktır<sup>80</sup>.

Ticari İşletmenin kendisi bir “hak” veya “eşya” değildir<sup>81</sup>. Bu yüzden işletmenin kendisi üzerinde bir aynı hak tesis etmek mümkün değildir. Ticari işletmenin mülkiyeti kavramından bahsedildiğinde, aslında ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurları üzerindeki mülkiyet hakkından bahsedilmektedir; zira ticari işletmenin kendisi mülkiyetin konusu olamasa da işletmeye dahil malvarlığı unsurları aynı hakkının konusunu oluşturabilir<sup>82</sup>. Ancak ticari işletme devri yalnızca üzerinde mülkiyet hakkı bulunan unsurlardan oluşmamaktadır. Ticari işletmeye dahil olan hakların ve yetkilerin sahipliği gibi ticari işletmeye dahil borçlardan sorumluluk da bu kapsamdadır. Dolayısıyla ticari işletmenin maliki denildiğinde bu ticari işletmeye dahil bulunan malvarlığı unsurlarınının tamamını kendi malvarlığında bulunduran kişi anlaşılmalıdır.

## ii. Ticari işletmenin eşya hukuku açısından niteliği

Eşya hukuku bakımından ticari işletmenin bir eşya birliği teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Eşya birliğini oluşturan eşyalar kendi hukuki varlıklarını muhafaza etmekle birlikte ekonomik veya fiili sebeplerden dolayı bir araya gelmişlerdir<sup>84</sup>. Eşya birliği kavramına günlük hayattan örnek olarak sürüdeki hayvanlar, kütüphanedeki kitaplar<sup>85</sup>, pul koleksiyonundaki pullar<sup>86</sup> örnek gösterilmektedir. Eşya birliğinde bir araya gelen eşyalar arasında bir asli unsur-tali unsur ilişkisi bulunmamaktadır; zira bir araya gelen eşyalar arasında böyle bir asli-tali unsur ilişkisi bulunması halinde eşya birliğinden değil “asli eşya-ekleni” kavramlarından bahsetmek gerekirdi<sup>87</sup>.

Bir arada bulunan eşyaların ne zaman eşya birliği oluşturacağı konusunda da bir tartışma bulunmaktadır. Aker’e göre ticari işletmenin malvarlığı kısmına hangi unsurların dahil olacağı, yani eşya birliğinin hangi eşyalardan oluştuğu, eşyaların

<sup>80</sup> CR CO I- Probst s.1271.

<sup>81</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.93.

<sup>82</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.94, Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013 s.26, Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku** Filiz Yayınevi, İstanbul, 2012 s.12.

<sup>83</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.105.

<sup>84</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.105, Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.11, Sirmen s.26.

<sup>85</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.105, Sirmen s.26.

<sup>86</sup> Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.11, Sirmen s.26.

<sup>87</sup> Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.12, Sirmen s.26.

sahibinin tahsis iradesine bağlıdır<sup>88</sup>. Sirmen'e göre eşya birliğinin varlığı için malik iradesi tek başına yeterli değildir. Ayrıca iş hayatındaki görüşlerin de söz konusu eşyaları bir eşya birliği olarak kabul etmeye elverişli olması gerekmektedir<sup>89</sup>.

Her ne kadar doktrinde ticari işletme çoğunlukla bir eşya birliği olarak değerlendirilse de ticari işletmeyi açıklamak bakımından eşya birliği kavramı kısmen yetersiz kalmaktadır. Bir ticari işletmenin bünyesinde eşya niteliğinde olmayan gayri maddi malvarlığı unsurları da yer almaktadır. Bu nedenle ticari işletmeyi bir eşya ve hak topluluğu olarak tanımlamanın daha isabetli olduğu belirtilmektedir<sup>90</sup>. Alman Federal Mahkemesi de ticari işletmenin bir mallar ve haklar topluluğu olduğunu çeşitli kararlarında teyit etmiştir<sup>91</sup>. Alman Federal Mahkemesi ticari işletmeyi bir hak topluluğu olarak kabul etmesi sonucunda, ticari işletmenin sebepsiz zenginleşme konusu olması halinde bunun bir bütün olarak iadesinin istenemeyeceğini, ticari işletme bünyesindeki her malvarlığı unsurunun ayrı ayrı devrinin talep edilebileceğini belirtmiştir<sup>92</sup>.

Eşya birliğinde veya hak birliğinde yer alan eşyaların ve hakların bir bütün olarak tek bir tasarruf işlemine konu olması kural olarak mümkün değildir<sup>93</sup>. Bu eşyaların her biri ayrı bir aynı hakkın ve tasarruf işleminin konusu olacaklardır<sup>94</sup>. Ancak eşya birliklerinin ayrı ayrı işlem görmesi zorunluluğu yalnızca tasarruf işlemleri bakımından söz konusudur. Bir eşya birliği tek bir borçlandırıcı işlemin konusu olabilir<sup>95</sup>.

Belirtmek gerekir ki, hak birliği kavramı bakımından dile getirilen bu ilke özel hükümler vasıtasıyla büyük oranda sarsılmıştır. Öncelikle 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanununun ile ticari işletmenin (dolayısıyla hak birliğinin) bir parçası olan ticaret unvanı, işletme adı, menkul işletme tesisatı ve ticari işletmede kullanılan fikri mülkiyet hakları üzerinde tek bir işlem ile rehin tesis edilmesine imkan tanındığından hak birliği içindeki unsurlar üzerinde tek bir tasarruf işlemi yapılması yeterli olmaktadır. Daha sonra ile TTK m.11 f.3 ile birlikte bu çalışmanın konusu olan ticari

<sup>88</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.110. Benzer görüşte Arıcı s.38 .

<sup>89</sup> Sirmen s.26.

<sup>90</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.106, Sirmen s.27.

<sup>91</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 7, 208, 211, BGHZ 76, 386, 394, BGHZ 78,41,44; 111, 349, 356 (naklen Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.106).

<sup>92</sup> Zeitschrift für Unternehmens-und-Gesellschaftsrecht Y.2000 S.1 s.95 (naklen Aker Ticari İşletme Kirası s.106).

<sup>93</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.105, Sirmen s.26.

<sup>94</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.105, Sirmen s.26.

<sup>95</sup> Sirmen s.26, Oğuzman/Seliçi/Özdemir s.12.

işletme devri yoluyla ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının tek bir tasarruf işlemi ile devredilebilmesi imkanı getirilmiştir. Bu iki düzenleme ile hak birliği kavramına ilişkin ilkelere önemli iki istisna getirilmiştir<sup>96</sup>.

Ticari işletmenin eşya hukuku karşısındaki hukuki niteliği konusunda bir diğer tartışma da ticari işletmenin özel malvarlığı teşkil edip etmediği bakımındandır. Malvarlığı kavramı bir kişinin sahip olduğu ekonomik değeri olan ve para ile ölçülebilen bütün aktif ve pasifleri ifade etmektedir<sup>97</sup>. Ancak bazı durumlarda malvarlığının belirli bir kısmının malvarlığının geri kalanından ayrılarak ayrı bir rejime tabi olması mümkündür. Doktrinde bu şekilde malvarlığının içinde kanun tarafından özel bir konum verilen özellikli kısma “özel malvarlığı” (“hususî mamelek”) denmektedir<sup>98</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı üzere özel malvarlığından bahsedebilmek için iki koşul bulunmalıdır<sup>99</sup>.

- i. Malvarlığının belirli bir kısmının malvarlığının geri kalanından ayrılması
- ii. Ayrılan malvarlığının kanun tarafından özel bir rejime tabi kılınması

Malvarlığının belirli bir kısmının geri kalanından nasıl ayrılacağı konusu tartışmalı bir husustur. Doktrinde malvarlığı unsurlarının özgüledikleri amaç bakımından bir ayırım yapılması görüşü ileri sürülmüştür<sup>100</sup>. Buna göre malvarlığı unsurlarının aynı amaç için kullanılması bu unsurlar arasında bir bağ oluşturmakta ve bu şekilde bu unsurları malvarlığının geri kalanından ayırmaktadır.

Özel malvarlığının bulunması için aranan diğer koşul ise ayrılmış olan malvarlığının kanun tarafından özel bir rejime tabi kılınmasıdır<sup>101</sup>. Bu konudaki en açık örneklerden biri ETTK m.948 uyarınca donatanın üçüncü kişilere karşı deniz malvarlığı ile sorumlu olmasıdır. Buna göre donatanın deniz malvarlığı üçüncü kişiler için bir teminat teşkil ederken donatanın malvarlığının geri kalanında ayrı bir rejime tabi kılınmaktadır.

<sup>96</sup> Sirmen s.27.

<sup>97</sup> Arıcı s.33.

<sup>98</sup> Nurşit Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1968 s.29, Kevork Acemoğlu, **Borçlar Kanunu'nun 179.Maddesine Göre Malvarlığı Ve Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971 s.11.

<sup>99</sup> Ayiter s.29. Arıcı, özel malvarlığı için başka iki unsur kullanmaktadır. Arıcı'ya göre özel malvarlığı için malvarlığının “belirli bir amaca özgülenmesi” ve özgülenen kısmın malvarlığının kalan kısmından “ayırt edilebilir olması” gerekmektedir. Bkz. Arıcı s.33.

<sup>100</sup> Ayiter s.31. Özel malvarlığının hangi esaslara göre ayrılacağı konusundaki farklı görüşler için bkz. Ayiter s.29 vd.

<sup>101</sup> Ayiter s.29.

Ticari işletmenin özel malvarlığı niteliğinde olup olmadığı ise tartışmalı bir konudur. Türk doktrininde Ayiter'in savunduğu görüşe göre ticari işletme bir özel malvarlığı niteliğinde değildir. Ayiter'in bu görüşünün temelinde yatan düşünce ticari işletmeyi işleten kişinin tüm malvarlığı ile sorumlu olması ve sorumluluğun yalnızca ticari işletmeye özgülenen malvarlığı ile sınırlandırılmaması yatmaktadır<sup>102</sup>.

Acemoğlu'na göre böyle bir yorumun ETTK m.11 f.2 ve EBK m.179 karşısında kabul edilmesi zordur. Öncelikle Acemoğlu'nun belirttiği gibi özel malvarlığı kavramı için kanunun belirli bir malvarlığı unsuruna farklı bir hukuki konum vermesi zorunlu olsa da farklı konumun sorumluluğun sınırını teşkil etmesi zorunlu değildir. Örneğin özel malvarlığı niteliğinde olduğu doktrinde kabul edilen iflas masası müflisin sorumluluğunun sınırını teşkil etmemektedir. Ancak buna rağmen iflas masasında bulunmayan malvarlığına göre farklı bir konumda nitelendirilmesi nedeniyle özel malvarlığı olarak kabul edilmektedir<sup>103</sup>.

Acemoğlu'nun tamamen katıldığımız gerekçelerine ilaveten, TTK m.11 f.3 karşısında ticari işletmenin özel bir malvarlığı olmadığını ileri sürmek çok daha zor olacaktır. TTK m.11 f.3 ticari işletme malvarlığının tek bir hukuki işlemle malvarlığını oluşturan münferit unsurların devrine imkan vermektedir. Bu açıdan ticari işletmeye özgülenmiş malvarlığı unsurlarının devri bakımından özel hukukun bir çok ilkesine aykırı bir hukuki konum benimsemiştir. Artık bu hüküm karşısında ticari işletmenin özel bir hukuki rejime tabi olmadığını ileri sürmek mümkün olmadığından ticari işletmenin özel malvarlığı niteliği daha da belirgin hale gelmiştir.

#### e) Ticari İşletmenin Farklı Görünümleri Bakımından Ara Değerlendirme

İşletme kavramını yukarıda da açıklandığı gibi hem bir faaliyet hem bir organizasyon hem de bir hak birliği olarak nitelendirmek mümkündür; zira bunların hepsi bir işletmenin farklı görünümlerini oluşturmaktadır. Kanaatimizce faaliyet ve hak birliği kavramları ticari işletmeyi bir bütün olarak açıklamamakta, yalnızca belirli bir yönüne odaklanmaktadır. Halbuki organizasyon kavramı işletmenin farklı boyutlarını tanımlaması bakımından daha kapsayıcı niteliktedir. Bu nedenle de işletmenin tanımlanması bakımından organizasyon niteliğine öncelik verilmesi

<sup>102</sup> Ayiter s.17.

<sup>103</sup> Kevork Acemoğlu, **Kitap İncelemesi: "Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme"**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı1-4, 1969, s.575. Aynı görüşte Arıcı s.33.

yerinde olacaktır<sup>104</sup>. Bizim bakışımızı yansıtmaya bakımından Probst'un şu ifadesi oldukça açıklayıcıdır: “*Ticari işletme yalnızca ticari faaliyete ait olan eşyalar birliği olmadığı gibi ürünlerin bir organizasyon veya dışarı ile bağlantısı bulunmaksızın oluşturduğu bir yığın da değildir*”<sup>105</sup>.

Bu yaklaşım ticari işletme devri konusu incelenirken daha da önemli hale gelmektedir. Ticari işletme devri yapan tarafların iradesi çoğu zaman yalnızca ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarını devralmakla sınırlı değildir. Devralan, ticari işletmenin organizasyon boyutundan da yararlanmayı hedeflemektedir; zira söz konusu organizasyon boyutu olmaksızın ticari işletme salt bir malvarlığı yığını olurdu<sup>106</sup>. Halbuki ticari işletmenin organizasyon boyutu, işletmenin bir malvarlığı yığınınından daha değerli olması sonucunu doğurmaktadır<sup>107</sup>. O yüzden devir işlemine ilişkin hükümleri değerlendirirken ticari işletmenin bir organizasyon olduğu unutulmamalıdır.

Ancak bir organizasyonun doğrudan devir işleminin konusu olması mümkün değildir. Bunun sebebi ise organizasyonun hukuken nesnelleştirilmemiş olmasıdır<sup>108</sup>. Bir organizasyon olarak ticari işletmenin devri; ancak onu oluşturan malvarlığı unsurlarının devredilmesi yoluyla sağlanabilir. Yani amaç organizasyonun devri olsa dahi bunun için kullanılacak araç malvarlığı unsurlarının devredilmesidir. Bu nedenle bu çalışma bakımından ticari işletmenin devri ifadesi ile ağırlıklı olarak ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının (“*fond de commerce*”) devri incelenecektir. Biz de “ticari işletme” kavramını bu çalışmada ağırlıklı olarak bir hak birliği olarak değerlendirmeyi, en azından bu çalışmanın kapsamı bakımından, daha uygun bulduk. Netice olarak da çalışma sırasında, aksi belirtilmediği müddetçe, ticari işletme kavramını maddi-gayri maddi malvarlığı ayrımı yapmaksızın bir bütün olarak ticari işletmenin malvarlığı cephesini işaret edecek şekilde kullanmanın daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Ancak elbette malvarlığı unsurlarının devri organizasyonun devrini hedef tuttuğu için malvarlığı unsurlarının devri konusu incelenirken ticari işletmenin devrinin asıl amacının organizasyonun devri olduğu göz önünde bulundurulacak ve malvarlığı unsurlarının devri hükümleri bu çerçevede değerlendirilecektir.

---

<sup>104</sup> Arıcı s.8.

<sup>105</sup> CR CO I- Probst s.1271.

<sup>106</sup> Arıcı s.9.

<sup>107</sup> Arıcı s.8

<sup>108</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.91.

## 2. İşletmenin Gelir Sağlamayı Hedef Tutmak Amacıyla İşletilmesi

TTK m.11 uyarınca bir ticari işletmenin varlık amacı bir ekonomik menfaat sağlamaya yöneliktir. Diğer bir ifade ile bir işletmenin ticari işletme olması için gelir elde etme amacı<sup>109</sup> bulunması zorunludur. Bunun için işletmenin hizmet ve/veya mal pazarında arz yönlü faaliyet göstermesi bir ön şarttır. Yalnızca talep (tüketim) niteliğinde faaliyet gösteren bir işletmenin gelir elde etme amacı olduğundan ve dolayısıyla ticari işletme vasfından bahsedilemez<sup>110</sup>.

*Türk*, gelir elde etme amacının her işletmede bulunması gereken kavramsal bir özellik olduğunu belirtmektedir<sup>111</sup>. Ne var ki, Avusturya İşletmeler Kanunu m.1 f.2 de işletmeyi “gelir sağlama amacı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, her türlü devamlı ve bağımsız ekonomik faaliyet organizasyonudur” şeklinde tanımlayarak, gelir elde etmenin işletme kavramı için zorunlu olmadığını işaret etmiştir<sup>112</sup>.

Gelir sağlamayı hedef tutmak ile faaliyetlerin ücretsiz yapılması kavramları birbirinden farklıdır. Faaliyetlerinin tamamını ivazsız/ücretsiz olarak arz eden bir işletmenin gelir elde etme amacı olmayacağı açıktır. Ancak verilen hizmetin bir ücret karşılığı olması da her zaman gelir elde etme amacının bulunduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin bir kamu kuruluşu kamu hizmetini yerine getirirken verdiği hizmet karşılığında bir ücret alsa dahi yapılan faaliyetin amacı gelir elde etmek değil kamu hizmeti görmek olduğundan bir ticari işletmenin varlığı söz konusu olmayacaktır<sup>113</sup>.

Bu noktada bir ayrımın altını çizmek gerekmektedir. Bir işletmen gelir elde etme amacının bulunması yeterli olup, elde edilen gelirin nerede kullanıldığının ticari

<sup>109</sup> Karahan, “gelir elde etme amacı” yerine “iktisadi faaliyet” kavramını tercih etmektedir. Bkz. Karahan s.19. Aynı şekilde Avusturya İşletmeler Kanunu m.1 f.2 de ticari işletmenin “ekonomik faaliyet” yürütmesinden bahsetmektedir. Bkz. Aker, **Avusturya İşletmeler Kanunu** s.238. Ayhan/Özdamar/Çağlar ise gelir elde etme amacı ile iktisadi faaliyetin eş anlamlı olduğunu belirttikten sonra gelir elde etme amacı ifadesine yer vermiştir. Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar s.104. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen terim olması ve iktisadi faaliyet kavramına göre daha belirgin olması nedeniyle bu çalışmada “gelir elde etme amacı” terimi tercih edilmiştir.

<sup>110</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.42.

<sup>111</sup> Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1986 s.67.

<sup>112</sup> Aker, **Avusturya İşletmeler Kanunu** s.238.

<sup>113</sup> Bu durumu bir dernek veya vakfın kâr elde edip daha sonra söz konusu kârı bir kamu yararı gözeterek harcamasından farklı bir durumdur; zira bu durumda bir gelir elde etme amacı bulunmakla beraber gelir elde etmedeki saik bir kamu menfaatinin temin edilmesidir. Bu durumda bir ticari işletmenin varlığını kabul ettikten sonra işletmeyi işleten vakıf veya derneğin tacir sıfatını TTK m.16 hükümlerine göre tespit etmek gerekmektedir.

işletmenin varlığı açısından bir önemi bulunmamaktadır<sup>114</sup>. Elde edilen gelirin kişisel menfaat dışında kamu yararına kullanılacak olması da işletmenin ticari işletme sayılmasına engel teşkil etmez. Örneğin kimsesiz çocuklara ücretsiz olarak kitap dağıtan bir işletme bakımından gelir elde amacı bulunmadığı için ticari işletme sayılmazken, elde ettiği geliri kimsesiz çocuklara kitap dağıtmak için harcayan bir işletme ticari işletme olarak kabul edilecektir<sup>115</sup>. İlk örnekte faaliyet sırasında gelir elde etme amacı bulunmamaktadır. Halbuki ikinci örnekte kâr amacıyla faaliyet yürütüldükten sonra elde edilen kar ticari olmayan bir amaca yönelik kullanılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Ansay gelir elde etmek kavramını incelerken elde edilen gelirin hangi amaçla kullanıldığının dikkate alınması gerektiğini önermektedir. Ansay'a göre kâr amacı gütmeksizin faaliyet gösteren örgütlerin, kamu kuruluşlarının işlettikleri işletmelerin ticari işletme sayılmaması gerekmektedir. Örneğin öğrencilere burs dağıtmak için kurulan bir vakıf işletmesinin veya teknik alanda gelişmeler için araştırma yapan bir merkezin gelir amacı bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir<sup>116</sup>.

Kanaatimizce Ansay'ın ileri sürdüğü bu yaklaşım çok isabetli değildir. Gerek kamu kuruluşlarının gerekse dernek ve vakıfların faaliyetlerinin sosyal yönü olduğu tartışmasızdır. Nitekim kanun bu sosyal kaygılar ile TTK m.16 f.2'de tüzel kişi tacirler bakımından dernek, vakıf ve kamu tüzel kişilerinin tacir sayılması konusunda bir istisna getirerek bu sosyal yönü dikkate almıştır. Ne var ki, bir işletmenin ticari işletme olup olmadığını tespit etmek için onu işleten gerçek veya tüzel kişinin gayesini dikkate almak ticari işletmeyi, bu işletmeyi işleten kişi (müteşebbis) üzerinden tanımlamak anlamına gelecektir.

Halbuki TTK sistemi aynen ETTK sisteminde olduğu gibi taciri ticari işletme üzerinden tanımlama yoluna gitmektedir<sup>117</sup>. Tekinalp, bunun altında yatan sebebin tacirin artık ticaret hayatının merkezi rolünü ticari işletmelere devretmesine

<sup>114</sup> Arkan s.28, Poroy/Yasaman s.38, Karahan s.19

<sup>115</sup> Poroy/Yasaman s.38. Ne var ki, elde edilen gelirin hangi amaç ile kullanıldığı ticari işletmenin varlığı için dikkate alınmamaktadır. Ancak TTK m.16 f.2 uyarınca “kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar” bir ticari işletme işletseler dahi tacir sıfatı kazanmamaktadır.

<sup>116</sup> Tuğrul Ansay, **Ticari İşletmenin Sorgulanması**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010 s.202.

<sup>117</sup> Poroy/Yasaman s.35, Kendigelen (Ülgen) s.127.

bağlamaktadır<sup>118</sup>. Bu hususlar dikkate alındığında, kim tarafından işletildiğine bakılmaksızın bir işletmenin ticari işletme olup olmadığını bu işletmenin niteliklerine göre belirlemek ve daha sonra sosyal ve ekonomik politikalar ışığında bu işletmeyi işleten kişiyi tacir sayıp saymamaya karar vermek TTK sisteminin daha tutarlı olması bakımından faydalı olacaktır.

Doktrindeki görüşler gelir kavramının geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir. Örneğin para dışında muhasebeleştirilebilen her türlü menfaatin gelir olarak nitelendirilmesi mümkündür<sup>119</sup>. Ayrıca malvarlığında doğrudan artışı hedefleyen faaliyetler dışında malvarlığında meydana gelebilecek azalmaları engelleyen faaliyetler de gelir sağlama hedefi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle üyelerinin ihtiyaçlarını ucuz şekilde karşılamak amacıyla kurulan tüketim kooperatifinin işletmesi de ticari işletme olarak kabul edilmektedir<sup>120</sup>.

Gelir elde etme amacı ticari işletmenin varlığı için yeterlidir, yoksa fiilen gelir elde edilmesi şart değildir. Bu nedenle bir ticari işletmenin fiilen gelir elde edememiş olması veya zarar etmesi ticari işletme sayılmasına engel teşkil etmemektedir<sup>121</sup>. Aynı şekilde gelir elde etme amacı olmadan yürütülen bir faaliyetin sonunda gelir elde edilmiş olması da faaliyeti ticari faaliyet haline getirmez<sup>122</sup>. Örneğin, hayır amaçlı olarak işletilen bir öğrenci yurdunun öğrencilerden aldığı cüz'ü ücretlere rağmen fiilen gelir elde etmesi halinde dahi ticari işletme olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>123</sup>.

### 3. Hedeflenen Gelirin Esnaf Düzeyini Aşması

Kanun gelir elde etme amacını ticari işletmenin varlığı<sup>124</sup> için yeterli görmemiş aynı zamanda elde edilecek gelirin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşması şartını

<sup>118</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.8.

<sup>119</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.45.

<sup>120</sup> Arkan s.28, Poroy/Yasaman s.38. Aksi görüşte, Kendigelen (Ülgen) s.140.

<sup>121</sup> İmregün s. 8. Kendigelen (Ülgen)s.140.,Poroy/Yasaman s.38. Karahan s.19. Aker, bir ticari işletmenin varlığı için cironun fiilen elde edilmiş olması şartını aramaktadır. Ancak yazara göre cironun gider kalemlerinden az olması ve işletmenin zarar etmesi ticari işletmenin varlığına engel teşkil etmeyecektir. Bkz. Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.43. Aynı görüşte İnal s.53.

<sup>122</sup> İmregün s. 8, Arkan s.27, Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.10,Karahan s.19, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.105

<sup>123</sup> Karahan s.20

<sup>124</sup> İsviçre Hukuku, ticari işletmenin belirli bir hacme ulaşmasını bazı faaliyet alanlarındaki işletmelerin ticaret siciline tescil zorunluluğu bakımından dikkate almaktadır. Türk Hukuku ise ölçek şartını hem tüm ticari işletme türleri bakımından dikkate almış hem de yalnızca işletmenin tescil zorunluluğu bağlamında değil genel olarak bir ticari işletmenin varlığı bakımından değerlendirmiştir. Bkz. Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.66.



da aramıştır<sup>125</sup>. Bu tercihin altında yatan temel görüş belirli bir büyüklüğün altındaki işletmeleri işleten kimselerin tacir sayılmasını ve dolayısıyla tacir olmaya bağlanan bazı ağır sonuçlardan etkilenmesini engellemektir. Bu nedenle TTK esnaf ve tacir arasında bir ayırım yaparak küçük işletmeleri işleten kişileri tacir olmanın getirdiği yükümlülüklerden muaf tutmayı tercih etmiştir<sup>126</sup>.

#### a) Esnaf Kavramına İlişkin Açıklamalar

Esnaf kavramı TTK m.15’de tanımlanmaktadır. TTK m.15 uyarınca “*İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan<sup>127</sup> ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır.*” Madde metninden de anlaşılacağı üzere esnaf kavramını belirleyen temel unsur ekonomik faaliyetin sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanmasıdır. Ancak bu ölçüt ticari işletme ile esnaf işletmesini ayırmak için yeterince somut bir ölçüt değildir. Bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun belirlenmesi uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi bakımından önem taşıdığından ötürü, ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki ayırımın daha somut bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir<sup>128</sup>. Ancak söz konusu ayırım için ölçütlerin kanunda belirtilmesi halinde değişen ekonomik koşullara uyum sağlanması bir hayli zor olacaktır<sup>129</sup>.

Bu endişeleri dikkate alan Kanun Koyucu, TTK m.11 f.2’de esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki sınırı tespit etmek için Bakanlar Kurulu’na ticari işletme ile esnaf işletme arasındaki sınırı belirlemek için kararname çıkarma yetkisi vermiştir. Nitekim esnafı tanımlayan TTK m.15 ile bu kararnamede belirtilen sınırın altında gelir elde edilmesi halinde bir ticari işletmenin değil bir esnaf işletmesinin varlığı kabul edilerek iki madde arasındaki uyum sağlanmıştır.

<sup>125</sup> Karahan, bu unsuru “kapasite” olarak nitelendirmektedir. Karahan s.21. Ancak “esnaf sınırını aşacak seviyede gelir elde etme” kavramı gerek kapasite kavramına göre daha belirgin olması, gerekse doktrinde daha çok kabul görmesi nedeniyle bu çalışmada esas alınmıştır.

<sup>126</sup> Aker, Ticari İşletme Kirası s.66

<sup>127</sup> Bu kavramın esnaf ile tacir arasındaki ayırımın belirlenmesinde zorluk yaşatacağı yönünde bkz. Karahan s.22 dipnot 2.

<sup>128</sup> Celal Göle, **Tacir Esnaf Ayrımı**, Batider C:XIII S:2, 1985, Cilt 13, Sayı 2, s.59, İsmail Kırca, **Esnaf Ve Sanatkar İle Tacir Ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24 Sayı 2, 2007 (Seza Reisoğlu’na Armağan Sayısı) s.295, Kendigelen (Ülgen)s.143.

<sup>129</sup>Kendigelen (Ülgen)s.144

## b) Kararname ile Getirilen Sistem ve Değerlendirilmesi

TTK m.11 f.2’de belirtilen Bakanlar Kurulu kararnamesi henüz çıkartılmamıştır. Ne var ki, ETTK döneminde de (ETTK m.1463 f.2) esnaf ile tacir arasındaki sınırın çizilmesi için Bakanlar Kurulu yetkilendirilmiştir. Bakanlar Kurulu ise ilk kez 1986 yılında 86/10313 sayılı kararnameyi, daha sonra ise 2007 yılında 2007/12362 sayılı kararnameyi çıkarmıştır. TTK Yürürlük Kanunu m.10 uyarınca ETTK zamanında yapılan esnaf işletmesi-ticari işletme ayırımına ilişkin düzenlemeler yürürlükte kalmaya devam edeceğinden Bakanlar Kurulu tarafından yeni bir kararname çıkartılana kadar 2007/12362 sayılı kararname esas alınarak konunun incelenmesi gerekecektir. Bu şekilde yeni düzenleme yapılana kadar uygulamada herhangi bir boşluk olmaması hedeflenmektedir<sup>130</sup>.

Bakanlar Kurulu tarafından 2007 yılında çıkartılan ve Yürürlük Kanunu m.10 uyarınca esnaf ile tacir arasındaki ayrımı belirlemede şu an için esas alınan 2007/12362 sayılı Kararname m.1 b.(a) şu şekildedir:

*“Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete’de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri...”*

Kararname’nin içeriğine geçmeden önce Kararname’nin kullandığı ifadelerin TTK’nın sistemine uygun olmadığına dikkat çekmekte yarar vardır. ETTK m.1463 Bakanlar Kurulu’nun esnaf ve tacir arasındaki sınırı belirleme konusunda yetkili olduğunu belirtmektedir. Hâlbuki TTK m.11 f.2 ticari işletme ile esnaf işletmesi

<sup>130</sup> Yürürlük Kanunu Madde Gerekeçesi m.10. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m.11 f.2’nin ifadesinden Bakanlar Kurulu’nun kararname çıkarma konusunda hem yetkili hem de görevli olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan Bakanlar Kurulu’na kararname çıkarma konusunda bir yetki veren; ama bir görev yüklemeyen ETTK m.1463 f.2’den farklılık bulunmaktadır. Aynı görüşte Aydın s.12. Bu nedenle TTK’nın yürürlüğe girmesinden sonra Bakanlar Kurulu’nun ETTK ile TTK arasındaki farkları gözetererek yeniden bir kararname düzenlemesi yerinde olacaktır.

arasındaki sınırın Bakanlar Kurulu'nun çıkaracağı kararname ile çizileceğinden bahsetmektedir. Diğer bir ifade ile ETTK m.1463'ün öngördüğü Bakanlar Kurulu kararı sūjeyi (tacir-esnaf) ayırt etmeyi hedeflerken, TTK m.11 f.2 uyarınca çıkartılacak müstakbel kararname objeyi (ticari işletme-esnaf işletmesi) ayırt edecektir. TTK hükümleri bütün olarak dikkate alındığında bu ifadefarklılığı, her ne kadar pratik açıdan büyük bir fark yaratmayacak olsa dahi, ticari işletme ve tacir kavramlarının eş anlamlı gibi kullanılması bakımından uygun değildir.

Kararname uyarınca bir işletmenin esnaf işletmesi sayılması için öncelikle bu faaliyetin Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen meslekler arasında bulunması gerekmektedir. Ancak bir mesleğin veya faaliyetin bu listede yer alması tek başına esnaf sayılması için yeterli değildir<sup>131</sup>. Söz konusu listede yer alan faaliyetleri yürütenlerin ayrıca aşağıdaki üç gruptan birine dahil olmaları halinde işlettikleri işletmeler ticari işletme olarak tanımlanacaktır;

i. Basit usulde vergilendirilenler

ii. Gelir vergisinden muaf olanlar

iii. İşletme hesabına göre defter tutanlardan ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanlar

Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen faaliyetlerden olmak şartıyla yukarıda belirtilen gruptardan herhangi birine dahil olmak esnaf sayılmak için yeterlidir. Örneğin, basit usulde vergilendirilen bir faaliyet kararnamede, belirtilen limitleri aşsa dahi esnaf faaliyeti olarak kabul edilecektir<sup>132</sup>.

Görüleceği üzere Kararname esnaf ve tacir ayrımı bakımından vergi hukukundan hareket etmiştir; ancak vergi hukukundaki tacir ile ticaret hukukundaki tacir kavramını tam olarak birleştirmemiştir. Bu nedenle bir kişinin aynı anda vergi

<sup>131</sup> Belirtmek gerekir ki, bazı mesleklerin işlem hacimleri veya cirolarına bakılmaksızın esnaf olarak kabul edilmesini savunan görüşler bulunmaktadır. Tekinalp bu şekilde bir yaklaşımı olumlu bulmakla beraber hem Avrupa Birliği üyeleri ülkelerde hem de Türkiye'de hangi mesleklerin nitelikleri gereği esnaf sayılacağı konusunda bir uzlaşma bulunmaması nedeniyle bu anlayışın TTK'ya yansıtılmadığını belirtmektedir. Nitekim 2005 yılında çıkartılan 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nda da esnaf kavramı gelir esasına dayalı olarak tanımlandığından TTK da bu yaklaşımı sürdürmek durumunda kalmıştır. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.10.

<sup>132</sup> Kendigelen (Ülgen)s.146, Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.70, Kırca, **Esnaf-Tacir Ayrımı** s.299.

hukuku uyarınca 2.sınıf tacir, ticaret hukuku bakımından ise esnaf sayılması söz konusu olabilecektir<sup>133</sup>.

Kararname esnaf sınırını belirlerken aynı zamanda kimlerin tacir sayılacağını da belirtmiştir. Kararnameye göre “213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmeleri” gerekmektedir. Kararname bu şekilde kimlerin tacir sayılacağını da yine vergi kanunları üzerinden tanımlamıştır.

Kararnamenin bu düzenlemesi doktrinde eleştirilmiştir<sup>134</sup>. Kararname tacir kavramını tanımlarken vergi hukukunun tacir kavramından hareket etmektedir. Hâlbuki tacir kavramı TTK tarafından zaten tanımlanmaktadır. Her ne kadar bu iki alanın tacir kavramları büyük oranda örtüşse de bazı ayrık yaklaşımlar da mevcuttur. Örneğin borçlar hukuku adi ortaklık niteliğindeki iş ortaklıklarının esnaf sınırını aşması halinde vergi hukuku bakımından tacir sayılması mümkündür. Hâlbuki adi ortaklıkların tüzel kişiliği olmadığı için, söz konusu adi ortaklığın esnaf sınırını aşan düzeyde gelir elde etmesi halinde dahi ticaret hukuku bakımından tacir sıfatı ortaklığa değil, ortaklara ait olmaktadır<sup>135</sup>. Bu durumda iş ortaklıkları vergi hukuku ve vergi hukuku ilkelerine göre düzenlenen Kararname uyarınca tacir sayılırken ticaret hukuku bakımından tacir sayılmamaktadır. Bu şekilde çelişen düzenlemeler karşısında özel hukuk uygulaması bakımından TTK düzenlemesine öncelik vermek yerinde olacaktır<sup>136</sup>.

TTK, Bakanlar Kurulu’na yalnızca tacir ile esnaf arasındaki kapasite sınırı belirleme yetkisi vermişse de tacir kavramının tanımını yapma yetkisi vermemiştir<sup>137</sup>. Kararnamenin esnaf sınırını belirlemenin ötesine geçerek tacir tanımı yapması her şeyden önce bir yetki aşımı teşkil etmektedir. Ayrıca Bakanlar Kurulu kararının esas alınarak adi ortaklıkların tacir sayılması halinde TTK’nın getirdiği

<sup>133</sup> Göle s.55.

<sup>134</sup> Göle s.47 vd. Yazar, 25.01.1986 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi’ni ETTK ışığında incelemiştir. Ne var ki, gerek 1986 tarihli kararname gerekse ETTK’da yer alan hükümler 2007 tarihli Kararname ve TTK hükümleri ile büyük oranda benzer olduğundan makalede yer alan görüşler 1 Temmuz sonraki hukuk sistemimiz için de dikkate değerdir.

<sup>135</sup> İmregün s.31, Arkan s.115, Poroy/Yasaman s.128, Kendigelen (Ülgen) s.211. Nitekim Yargıtay da adi ortaklık tarafından işletilen ticari işletme nedeniyle tacir sıfatının ortaklara ait olduğuna hükmetmiştir. Bkz. 11. HD. 24.12.2002 E.02/7112 K.02/11937.

<sup>136</sup> Göle s.56, Kendigelen (Ülgen)s.147.

<sup>137</sup> Göle s.57.

düzenleme bir idari işlem niteliğindeki Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile değiştirilmiş olacağından Anayasa'da yer alan kuvvetler ayrılığı ve normlar hiyerarşisi ilkelerine de aykırılık teşkil edecektir.

Kararname'nin ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki farkı belirlerken vergi hukukundaki sınırlara atıf yapmış olmasının diğer bir sakıncası ise söz konusu sınırların her yıl değişen miktarlar olmasıdır. Ticari işletmeyi ve dolayısıyla taciri tanımlayan, buna bağlı olarak da bir uyuşmazlığa hangi hükümlerin uygulanacağını belirleyecek bu sınırların belirli olması hukuk güvenliği açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle tacir ile esnaf arasındaki sınırın belirlenmesinde her yıl değişen miktarların esas alarak düzenlenme yapılması doktrinde eleştirilmiştir<sup>138</sup>. Nitekim ticari işletmenin tespiti için İsviçre Sicil Tüzüğü yıllık 100.000 CHF, Avusturya İşletmeler Kanunu ise yıllık 400.000€ ciro şartına yer vererek esnaf işletmesi ile ticari işletme ayırımında sabit rakam belirleme yoluna gitmiştir. Aker, göre esnaf ile tacir sınırının tespit edilmesi için sabit miktar belirlenmesi Türk Hukuku açısından da daha yerinde olacağını ileri sürmektedir<sup>139</sup>.

Kanaatimizce de bu şekilde bir sabit rakam belirlenmesi sınırın daha kolay tespit edilmesi bakımından faydalı bir düzenleme olacaktır. Ancak Türkiye gibi yakın zamana kadar yüksek enflasyon oranlarının söz konusu olduğu ülkelerde bu gibi sabit sınırları kanun veya tüzüklerde benimsemek somut normların eskimesine ve yetersiz kalmasına sebep olabilmektedir<sup>140</sup>. Bunun yerine Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nde VUK'ta yer alan ve her yıl değişen miktarlara atıf yapmak yerine sabit bir rakam belirlemesi hem hukuk güvenliğini sağlayacak hem ihtiyaç halinde limitlerin yine Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile kolayca uyarlanmasına imkan tanıyacaktır.

Burada 2007/12362 sayılı Kararname ile ilgili olarak bir hususa daha dikkat çekmek gerekmektedir. 2007/12362 sayılı Kararname'den önce geçerli bulunan

<sup>138</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.77.

<sup>139</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.77. Yazar işletmenin elde ettiği cironun aleni olmaması nedeniyle üçüncü kişiler açısından belirliliğin sağlanamayacağını ve elde edilecek faydanın sınırlı olacağını da eklemektedir. Ayrıca bu durumda söz konusu eşiği bir sene aşan takip eden sene ise eşiğin altında kalan işletmelerin her seferinde tescil ve terkinin yükünden kurtulmasını sağlayacak hükümlerin de benimsenmesi gerekecektir. Bu konuda esnaf sınırının altı katına kadar aşılana kadar ticaret siciline tescilin zorunlu olmadığını belirten Kararname hükmüne benzer bir hüküm sevk edilmesi yararlı olabilir.

<sup>140</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.77, Kendigelen (Ülgen)s.144. Yazar, esnaf ve tacir arasındaki sınırın belirlenmesinin kanun veya tüzük ile değil Bakanlar Kurulu kararı ile yapılmasını aynı gerekçe ile yerinde bulmaktadır.

86/10313 sayılı Kararname’de esnaf tanımı için ETTK ile uyumlu olarak iktisadi faaliyetleri nakdi sermayeden ziyade bedeni çalışmalara dayanan kişilerin tacir sayılacağı belirtilmiştir. 2007/12362 sayılı Kararname ise ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran kişinin esnaf sayılmasını öngörmektedir. Her ne kadar iki Kararname’nin ifadeleri benzer gibi görünse de 86/10313 sayılı Kararname bedeni çalışmanın sermaye unsuruna göre baskın olması şartını ararken 2007/12362 sayılı Kararname sermaye unsurunun yanında bedeni çalışmanın varlığını yeterli görmüş yoksa bedeni çalışmanın ticari faaliyetteki baskın unsur olması şartını aramamıştır<sup>141</sup>. Ne var ki, TTK m.15 “*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan*” ifadesine yer verdiği için 2007/12362 sayılı düzenlemenin kısmen ortadan kalktığı ve 86/10313 sayılı Kararname döneminde olduğu gibi bedeni çalışmanın sermayeden daha baskın bir unsur olması şartının aranması gerekecektir<sup>142</sup>.

Kararname’de faaliyetin esnaf işletmesi sayılması için Koordinasyon Kurulu tarafından hazırlanan listede yer alması ve yıllık gelir sınırlarını aşmaması gibi somut ölçütler belirlenmiştir. Bu somut düzenlemeler karşısında TTK m.15’te yer alan “*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan*” ölçütünün pratik olarak bir önemi kalmadığı ve Kararname’de belirtilen ölçütleri sağlayan bir işletmenin başka bir koşul aranmaksızın esnaf işletmesi sayılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>143</sup>.

Kanaatimizce bu görüş tam olarak isabetli değildir. TTK m.15 bakımından esnaf tanımı yapılırken, söz konusu faaliyetin sermayeden ziyade emeğe dayanması şartı aranmaktadır. Bu husus Koordinasyon Kurulu’nun kurulmasını öngören 5362 sayılı “Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu” tarafından kabul edilen esnaf tanımı bakımından da geçerlidir. Bu düzenlemelerden hareketle, Koordinasyon Kurulu’nun esnaf faaliyeti sayılabilecek faaliyetleri belirlerken TTK’da ve 5362 sayılı kanunda yer alan esnaf tanımlarına uygun bir şekilde bu belirlemeyi yapması gerekmektedir. Koordinasyon Kurulu’nun görevi TTK ve 5362 sayılı kanun tarafından esnaf faaliyetinde aranan “nakdi sermayeden ziyade bedensel çalışmaya” dayalı olma koşulunun hangi faaliyetlerde ortaya çıktığını tespit etmektir. Yoksa kanunda belirlenen ölçütleri göz ardı ederek kendisi bir esnaf tanımı yapmaya yetkili

<sup>141</sup> Kırca, **Esnaf-Tacir Ayrımı** s.297

<sup>142</sup> Karahan s.22 dipnot 3.

<sup>143</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.72, İmregün s.9.

değildir. Bu sebeple Koordinasyon Kurulu'nun esnaf işletmesi teşkil edebilecek faaliyetleri belirlerken kanundaki ölçütleri dikkate alması zorunludur. Aksi takdirde Koordinasyon Kurulu tarafından hazırlanan liste kanuna aykırı nitelikte olacaktır.

Ticari işletme ile esnaf işletmesi ayırımında elde edilen gelirin esas olduğunu belirtmiştik. Ancak, Kararname tarafından belirlenen limitlerin hesaplanmasında ticari işletmenin elde ettiği gelirin mi yoksa işletmeyi işleten kişinin gelirin mi esas alınacağı açık değildir. Diğer bir ifade ile bir kişinin birden çok ticari işletmesi bulunduğu takdirde acaba her işletme için sınırlar ayrı ayrı mı incelenecek; yoksa bu kişinin tüm işletmelerinden elde ettiği gelirlerin sınırları aşır aşmadığı mı incelenecektir? Her ne kadar Kararname'nin ifadesi tacirin elde ettiği gelirden bahsetse de hem ETTK hem de TTK döneminde Kararname'nin amacı ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın çizilmesidir. Zira ETTK ve TTK taciri ticari işletmeyi işleten kişi olarak tanımlamaktadır. Bu durumda Kararname'nin sınırlarını belirlemesi gereken tacir veya esnaf kavramı değil, ticari işletme ve esnaf işletmesi kavramlarıdır. Ayrıca TTK sisteminin ticari işletme üzerine kurulu olduğu ve taciri bu şekilde tanımladığı düşünüldüğünde söz konusu sınırların tacir için değil ticari işletme için öngörüldüğünü kabul etmek gerekecektir. Nitekim Danıştay da tacir sıfatının tespitine ilişkin olarak 1976 ve 1978 yıllarında verdiği kararlarda tacir sıfatının tespiti için kişinin elde ettiği gelirin her bir işletmesi için ayrı ayrı dikkate alınması ve işletmelerinden en az birinin Kararname'de gösterilen sınırları geçmesi şartını kabul etmiştir<sup>144</sup>.

### c) Kararnamede Gösterilen Sınırların Sonradan Aşılması

86/10313 sayılı kararnamede limitlerin sonradan aşılması halinde ne olacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması doktrinde eleştirilmiştir<sup>145</sup>. Ne var ki, 2007/12362 sayılı Kararname sonradan limitlerin aşılması halinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Kararname'ye göre "...ancak, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt

<sup>144</sup> Danıştay 4.Daire 1976/1577, Danıştay 4. Daire 1976/310, Danıştay 13. Daire 1978/3119 (naklen Kırca, **Esnaf-Tacir Ayrımı** s.304). Buna bağlı olarak ise ticari işletmeyi işleten kişi bir gerçek kişi, vakıf veya dernek ise tacir sıfatı sadece bu sınırı aşan işletme bakımından söz konusu olacaktır. Örneğin tacirin basiretli davranma yükümü yalnızca bu işletmenin faaliyetleri bakımından mevcuttur.

<sup>145</sup> Göle s.60, Kendigelen (Ülgen)s.147

için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması” gerekmektedir.

Kararname'nin bu düzenlemesi sınırların aşılması durumunun ticaret siciline tescil yükümlülüğüne etkisini düzenlemektedir. Kararname'nin lafzından, söz konusu sınırların aşılmasının ticari işletmenin varlığı ve tacir sıfatının kazanılmasına etkisi açıkça anlaşılammaktadır. Ne var ki, doktrinde kabul edilen görüş uyarınca, Kararname'nin 1/a maddesinde belirtilen sınırların aşılması halinde esnaf işletmesi ticari işletmeye dönüşecek, işleten kişi tacir sıfatı kazanacak; fakat esnaf ve sanatkâr siciline tescil edilmiş olan işletmenin ticaret siciline tescil edilmesi zorunlu olmayacaktır. Zira bu düzenlemenin amacı müteşebbisi sicil kaydı yapılması ve üyelik aidatı gibi mali yüklerden muaf tutmaktır<sup>146</sup>. Ayrıca Kararname'nin 1/b maddesi, 1/a maddesinde belirtilen sınırları aşan kişilerin tacir sayılacağını belirtmektedir. Eğer Kararname'nin amacı sınırların aşılması halinde tacir sıfatının kazanılması için tescile kurucu bir nitelik vermek olsaydı 1/b maddesinde sınırları aşan düzeyde gelir elde eden kişilerin tacir olarak ifade edilmesi tutarsız olurdu<sup>147</sup>. Bu nedenle Kararname'de belirtilen limitlerin aşılması anında başka hiçbir şart aranmaksızın tacir sıfatının kazanıldığı kabul edilmelidir. Eğer söz konusu sınırların altı katı aşılmamış ise tacir, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek konusunda serbestiye sahip olacaktır<sup>148</sup>. Bu nedenle de bir tacirin sicil kaydı ticaret sicilinde değil, esnaf ve sanatkâr sicilinde bulunacaktır. Elde edilen gelirin Kararname'de belirtilen sınırı aşması ancak bu sınırın altı katını aşmaması halinde ise TTK m.33'de belirtilen Ticaret Sicil Müdürü'nün tescile daveti ve mülki amirin idari ceza vermesi söz konusu olmayacaktır. Bu şekilde dolaylı olarak TTK m.40 f.1 tarafından getirilen ticari işletmenin ticaret siciline tescil zorunluluğuna bir istisna getirilmektedir. Ancak bu istisnanın uygulama alanı yine Kararname tarafından sınırlanmıştır. Şu kadar ki, tacirin geliri söz konusu sınırların altı katını aşmış ise bu durumda tacirin talebi beklenmeksizin esnaf ve sanatkâr sicili vasıtasıyla ticari işletmenin kaydının ticaret siciline yapılması sağlanacaktır<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> Kırca, **Esnaf-Tacir Ayrımı** s.301, Arkan s.30.

<sup>147</sup> Kırca, **Esnaf-Tacir Ayrımı** s.301.

<sup>148</sup> TTK m.40 tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmesi yükümlülüğü getirirken, Kararname'nin kanun ile getirilen bu yükümlülüğü kaldırması kanun yapma tekniği bakımından eleştiriye açıktır.

<sup>149</sup>



Kendigelen, söz konusu tescil işleminin re'sen gerçekleştirileceğini ve bu durumun ticaret siciline hakim olan sicile hâkim olan “kaydın ilgilinin talebi üzerine yapılması” kuralına (TTK m.27 f.1) bir istisna teşkil ettiğini belirtmektedir<sup>150</sup>.

Diğer yandan Aker, gelirin belirlenen limitleri aşması veya limitlerin altına düşmesi konusunu sicile tescil sorunu olarak gören Kararname'yi eleştirmektedir. Yazar haklı olarak bu konunun bir işletmenin hangi sicile tabi olacağı sorunundan öte bir işletmenin ve işletmecinin hangi kurallara tabi olacağı meselesi olduğu dikkate alınarak üçüncü kişilerin güvenini koruyacak bir düzenleme yapılması ihtiyacına dikkat çekmektedir<sup>151</sup>.

#### **d) Ticari İşletme Türlerinin Sayılması Yönteminin Terk Edilmesinin Esnaf İşletmesi Ticari İşletme Ayrımı Bakımından Etkisi**

Bir ticari işletmenin esnaf işletmesi mi yoksa ticari işletme mi olduğunun belirlenmesi konusunda TTK düzenlemesi eleştirilmektedir. ETTK ticari işletmeyi tanımlamadan ticari işletmenin en çok görülen hallerini sayma yoluna gitmişti. ETTK'nın bu düzenlemesine ilaveten TST ise hangi işletmelerin ticari işletme sayılmayacağına ilişkin çeşitli ölçütler benimsemiştir. Bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde doktrinde ifade edilen görüş ETTK'da sayılan işletmelerin kural olarak ticari işletme sayılması; ancak aksini iddia eden kişilerin işletmelerin TST'de belirtilen koşulları sağlamadığını ispat ederek bir ticari işletmenin değil esnaf işletmesinin varlığı ispat etmelerinin mümkün olduğu yönündedir<sup>152</sup>.

TTK sisteminin ETTK'da yer alan sayma sistemini bırakmış olması sonucunda ticari işletme ile esnaf işletmesi ayrımının yapılmasının zorlaştığı ileri sürülmüştür. Bunun da ötesinde, doktrinde Yıldız tarafından ileri sürülen bir görüşe göre<sup>153</sup>, bir ticari işletmenin esnaf sınırını aşmış ama işletmenin faaliyete başladığı ilk yılın sonunda anlaşılabilir; zira TTK m.11 ticari işletmenin varlığı için Kararname'de belirtilen sınırların aşılmasını aramakta, Kararname ise VUK'da belirtilen sınırlara atıf yapmaktadır. VUK'da belirtilen sınırlar ise bir işletmenin

<sup>150</sup> Kendigelen (Ülgen)s.148.

<sup>151</sup> Aker, Ticari İşletme Kirası s.75.

<sup>152</sup> İmregün s.10, Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.73, Yıldız, Şükrü, **Gerçek Kişilerde Tacir Sifatının Kazanılması**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.21-32 s.25

<sup>153</sup> Yıldız, **Gerçek Kişilerde Tacir Sifatı** s.30 vd.

yıllık kazancına göre belirlendiğinden, söz konusu sınırların aşılmış aşılmadığı ancak bir yıllık bir faaliyetin sonunda tespit edilebilecektir. Sonuç itibarı ile sınırların aşılmış aşılmadığı ancak işletmenin ilk yıllık faaliyeti sonucunda kesin olarak ortaya çıkacağından, ticari işletmenin varlığı da en erken bu bir yıllık sürenin sonunda tespit edilebilecektir. Bu nedenle de ilk bir yıl boyunca işletmenin ticari işletme olması ve bu işletmeyi işleten gerçek kişinin tacir sıfatını kazanması mümkün olmayacaktır<sup>154</sup>.

Kendigelen de tacir sıfatının kazanılması için Kararname’de belirtilen sınırların fiilen aşılması gerektiğini kabul etmektedir. Yazara göre kural olarak bir işletmenin kurulması anında esnaf işletmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer yanda Yıldız’dan farklı olarak Kendigelen’e göre Kararnamede belirtilen sınırların ilk yıl içinde aşılması anında artık bir ticari işletmenin varlığı kabul edilmeli ve bu durumda bir yıllık faaliyet süresinin tamamlanması beklenmemelidir<sup>155</sup>.

Kanaatimizce böyle bir yaklaşım TTK’nın sistemi ile uyumlu olmayacaktır. TTK m.11 f.1 ticari işletmeyi tanımlarken “esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir elde etmeyi hedef tutan” ifadesine yer vermektedir. Bu nedenle işletmenin elde etmesi beklenen gelirin söz konusu limitleri aşacak nitelikte olması halinde, bu işletmeyi bir yıllık faaliyet süresini beklemeden ticari işletme olarak kabul etmek mümkündür. Belirtmek gerekir ki, burada hedeflenen gelirin tespit edilmesinde girişimcinin subjektif beklentileri değil, sektörün durumu, işletmenin organizasyonu ve ticari işletmeye tahsis edilen malvarlığı unsurlarının değeri gibi objektif unsurlar dikkate alınmalıdır<sup>156</sup>. Buna göre söz konusu işletmenin bir yıllık gelirinin Kararname’de belirtilen sınırları aşacak derecede olup olmadığına dair bir projeksiyon yoluna giderek işletmenin durumunu varsayımsal olarak tespit etmek uygun bir çözüm gibi görünmektedir.

Ayrıca TTK’nın diğer hükümleri de ticari işletmenin varlığını kabul etmek için bir yıl beklenmesi şartının aranmayacağına işaret etmektedir. TTK’da gerçek kişilerin tacir sıfatını düzenleyen TTK m.12 f.2’ye bakıldığı zaman henüz faaliyete başlamamış bir işletmeyi işleten kişinin tacir sayılacağı belirtilmektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi bir işletme henüz faaliyete geçmeden ve hiçbir gelir elde

<sup>154</sup> Yıldız, **Gerçek Kişilerde Tacir Sıfatı** s.32.

<sup>155</sup> Kendigelen (Ülgen)s.148.

<sup>156</sup> Aydın s.15. Aslında yazar “getirilen sermaye” kavramına yer verseyse de bu ifade ticaret şirketlerin sermaye getirilmesi hükümleri ile karıştırılmaya müsait olduğundan biz bu ifadenin “ticari işletmeye tahsis edilen malvarlığı unsurlarının değeri” olarak değiştirilmesinin daha yerinde olduğunu düşünüyoruz.

etmeden dahi kanun tarafından ticari işletme sayılmaktadır. Bu durumda bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilmesi için en az bir sene faaliyet göstermesini veya fiilen Kararname'de belirtilen sınırları aşmasını beklemek ve ancak bunun sonunda işletmeyi ticari işletme saymak çelişkili olacaktır. Özetle gerek TTK m.11 f.1 gerekse TTK m.12 f.2, bir ticari işletmenin varlığı için fiilen sınırların aşılmasının gerekmediğini, somut verilere göre elde edilmesi beklenen gelirin Kararnamede belirtilen sınırları aşacağı öngörüsünün yeterli olduğuna işaret etmektedir.

Yukarıda belirtilen bu tartışmaları önlemek ve bir işletmenin ticari işletme sayılıp sayılmayacağı konusunda belirliliği sağlamak için ETTK sisteminde olduğu gibi ticari işletmenin tanımına ilaveten ticari işletmenin en sık karşılaşılan görünümünün sayılması ve bu işletmeler için eski kanundaki gibi bir ticari işletme karinesinin kabul edilmesi önerilmektedir. Böyle bir düzenleme yapılması halinde kanunda sayılan işletmeler, aksi ispat edilene kadar ticari işletme olduğu varsayılacaktır. Bu şekilde en azından bazı işletmeler için bir ticari işletme karinesi getirilerek belirliliğin sağlanması hedeflenmektedir<sup>157</sup>.

Kanaatimizce böyle bir düzenleme yapılması da bu konuda çözüm olmayacaktır. Öncelikle Kararname tarafından benimsenen somut ölçütler dikkate alındığında bir yılı aşkın süredir faaliyet gösteren işletmeler bakımından ticari işletmenin varlığını tespit etmek bir sorun teşkil etmemektedir. Asıl mesele yukarıda tartışıldığı üzere faaliyetin başlangıcından itibaren bir yıllık sürenin geçmemesi durumunda Kararname'nin uygulanamamasından kaynaklanmaktadır.

Bazı işletmelerin aksi ispat edilinceye kadar ticari işletme sayılması yönünde bir düzenleme yapılması halinde, bu işletmelerin esnaf işletmesi olduğunun ispat edilebilmesi için Kararnamede belirtilen gelirlerin altında kaldığının tespit edilmesi, bunun için de yine bir yıllık faaliyet süresinin geçmesi gerekecektir. Üstelik bu durumda faaliyetin başlamasından itibaren geçecek bir yıllık süre boyunca işletme ticari işletme olarak nitelendirilecektir. Yeni faaliyete geçmiş ve aslen esnaf işletmesi hacminde faaliyet gösteren bir işletmenin ticari işletme ve bu işletmeyi işleten kişinin

---

<sup>157</sup> Aydın s.14. Yazar, Alman Ticaret Kanunu m.1 f.2'de karine olarak her işletmenin ticari işletme sayılacağı; ancak işletmenin ticari işletme sayılmak için gereken hacme sahip olmadığını ispat ederek ticari işletmenin bulunmadığının ispat edilmesine imkan verildiğini belirterek Türk hukuku açısından da benzer bir yaklaşımı önermektedir.

de tacir sayılması ağır sonuçlara sebebiyet vereceği için bu çözümü benimsemek de adil olmayan sonuçlara sebep olabilecektir.

Bu bakımdan bir işletme faaliyete geçtiği zaman bu işletmeyi kural olarak esnaf işletmesi veya ticari işletme olarak nitelendirmek yerine, TTK m.11 f.1’de yer bulan “hedef tutulan gelir” kavramından hareket ederek bir işletmenin kapasitesini, Kararname’deki sınırları geçip geçmeyeceği yönünde bir öngöründe bulunarak işletmenin niteliğini tespit etmeye çalışmak TTK sistemi açısından daha uygun bir çözüm olacaktır. Her somut olayda hedef tutulan gelirin esnaf işletmesini aşması şartının incelenmesinin bir belirsizlik yaratacağı doğrudur. Ancak Yargıtay uygulaması ile bu belirsizliğin zaman içinde giderilmesi mümkün olabilir. Özellikle Yargıtay’ın bir karine benimsemek yerine, somut olayın şartlarına göre işletme konusu, işletmeye özgülenen sermaye veya emsal işletmelerin durumu gibi 3.kişiler tarafından da gözlemlenebilen hususları dikkate alarak esnaf sınırını aşılp aşılmayacağı konusunda bir öngöründe bulunması somut olayda daha adil çözümlere imkân tanıyacaktır.

#### 4. Devamlılık

TTK m.11 f.1 ticari işletmenin varlığı için ticari faaliyetin devamlı olması gerektiğini de belirtmektedir. Devamlılık kavramından faaliyetin teşkilatlanmış bir meslek haline gelmesi ve profesyonel olarak icra edilmesi olarak anlaşılmaktadır<sup>158</sup>. Bu nedenle süreklilik arz etmeyen arızı faaliyetler esnaf sınırını aşacak gelir getirmiş olsalar bile ticari işletme olarak kabul edilmeyecektir<sup>159</sup>. Bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilmesinin en önemli sonucu, o işletmeyi işleten kişinin tacir sıfatı kazanması ve ticari hükümlere tabi olmasıdır. Ne var ki, sürekli olmayan faaliyetler için tacir sıfatının kazanılması ve ticari hükümlerin uygulanmasını haklı gösteren bir sebep bulunmamaktadır<sup>160</sup>.

Bir faaliyetin ne zaman devamlılık arz ettiği hususu çok açık değildir. Doktrinde işletmenin devamlı olduğunun kabulü için belirli bir işin değil, faaliyet konusu içerisindeki belirsiz sayıda işin yapılmasının gerektiği belirtilmektedir<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> Karahan s.17, Kendigelen meslek edinme şartının devamlılık unsurunun sonucunda kendiliğinden ortaya çıkan bir netice olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kendigelen (Ülgen)s.141

<sup>159</sup> Arkan s.31

<sup>160</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.49

<sup>161</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.50

Devamlılık kavramı faaliyetin ne kadar sürdüğünden farklı bir kavramdır. Bu nedenle kısa süre devam eden bir faaliyet bile belirli bir planlama ile sürekli olarak icra edilecek ise devamlılık unsurunu içermektedir. Diğer yandan arızı bir faaliyet uzun bir süreye yayılmış olsa dahi devamlılık arz etmeyecektir<sup>162</sup>.

Devamlılık konusunda önemli olan faaliyetin fiilen kesintisiz olması değil, faaliyette devamlılık amacının bulunmasıdır<sup>163</sup>. Bu nedenle niteliği gereği belirli dönemlerde faaliyette bulunmayan işletmelerin ticari işletme sayılmasına engel bulunmamaktadır. Örneğin yalnızca kış döneminde faaliyet gösteren bir kayak merkezinin veya yalnızca eğitim döneminde çalışan bir kantin işletmesinin dönemsel olarak faaliyet göstermesi ticari işletme olarak kabul edilmesini engellemez<sup>164</sup>.

Ayrıca bir faaliyetin başlangıcında arızı olması planlanırken daha sonra devamlılık kazanması halinde süreklilik unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir. Örneğin arızı olarak tatil organize eden kimselerin daha sonra bunu tekrarlamak suretiyle devamlı hale getirmesi mümkündür. Bu durumda başlangıçta bulunmayan devamlılık unsuru sonradan ortaya çıkmış olacaktır. Bu gibi devamlılık unsurunun sonradan ortaya çıktığı hallerde devamlılık unsurunun kazanıldığı andan itibaren ticari işletmenin varlığını kabul etmek uygun olacaktır<sup>165</sup>.

Aker, ticari işletme için aranan “devamlılık” unsurunun işletmeyi işleten kişinin niyetine bağlanmasının ticari işletmenin tespitinde subjektif bir unsura yer verilmesi bakımından eleştiriye açık olduğunu belirtmektedir. Aker’e göre ticari işletmenin tamamen objektif ve önceden bilinebilir ölçütler ile düzenlenmesi

<sup>162</sup> Karahan s.20. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bazı faaliyetler kanun gereği başka bir şart aranmaksızın ticari işletme sayılmaktadır. (örn.TTK 851 uyarınca eşya ve yük taşıma işleri). Bu işlerin arızı nitelikte dahi olsa ticari işletme niteliğinde olması faaliyetin kanun gereği devamlı olduğu anlamına gelmez. Bkz. Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.52.

<sup>163</sup> Arkan s.31, Karahan s.20, Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.51, İnal s.53.

<sup>164</sup> İmregün s.8, Poroy/Yasaman s.39 Ayhan/Özdamar/Çağlar s.105, Kendigelen (Ülgen)s.141

<sup>165</sup> Karşı görüşte bkz. Karahan s.20. Yazara göre devamlılık niyeti olmayan bir faaliyetin sonradan devamlılık kazanması her halde devamlılık amacının bulunduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin bir fuar alanında faaliyet göstermek için kurulan bir işletme fuar süresinin belirsiz süreli olarak uzatılması halinde fiilen bir süreklilik kazanmış olmakla beraber süreklilik amacı kazanmadığı için ticari işletme olarak kabul edilmeyecektir. Kanaatimizce böyle bir durumda faaliyetin bir süre uzaması tek başına süreklilik unsurunu sağlamayacaktır. Ancak eğer faaliyet belirsiz bir süreli olarak icra edilecek ise bu takdirde artık süreklilik amacının var olduğunu kabul etmek gerektiği görüşünderiz. Örneğin yazarın verdiği örnekte fuarın belirsiz süreli hale gelmesi üzerine faaliyetin devam etmesi halinde artık buradaki faaliyetin arızı olduğunu ileri sürmek mümkün olmadığından, ticari işletme niteliğinin kazanıldığını kabul etmek gerekir.

gerekmektedir ve işleten kişinin subjektif iradesine göre bir işletmenin niteliğini belirlemek yerinde değildir<sup>166</sup>.

TTK m.11 f.1’de süreklilik unsuruna yer verilmesi kanaatimizce bir tekrara sebep olmaktadır. TTK m.11 f.1 ticari işletmeyi tanımlarken bir işletmenin varolması gerektiğini belirtmektedir. Bir işletmenin varlığı için ise organizasyon unsurunun zorunlu olduğunu belirtmiştik. Bir organizasyonun varlığından bahsedebilmek için ise faaliyetin sürekli olması gerekmektedir<sup>167</sup>. Bu açıdan bakıldığında TTK m.11 f.1’de süreklilik unsuruna yer verilmeseydi dahi bir işletmenin varlığı için faaliyetin süreklilik arz etmesi şartını aramaya devam etmek gerekirdi.

## 5. Bağımsızlık

TTK m.11 uyarınca bir ticari işletmenin varlığı için faaliyetin bağımsız nitelikte olması gerekmektedir. Ticari işletmenin unsurlarından biri olan bağımsızlık unsuru, ETTK döneminde TST’de yer almamaktaydı. Bağımsızlık unsuru şube kavramı ile ticari işletme kavramını ayırmak için Türk doktrini tarafından benimsenmiş bir ölçüttür. TTK m.11 ise bu düzenlemeye açıkça yer vererek doktrindeki görüşü kanuni düzenlemeye yansıtmıştır<sup>168</sup>.

Bağımsızlık unsuru ticari işletmenin iç düzeninde, yani işletmenin idaresinde bağımsız olarak karar alınabilmesi anlamına gelmektedir<sup>169</sup>. Bağımsızlık kavramını kendi içinde “iç ilişkide bağımsızlık” ve “dış ilişkide bağımsızlık” olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür<sup>170</sup>. İç ilişkide bağımsızlık kavramını ticari kararları alabilmek veya başka bir yerden talimat alma yükümlülüğünün bulunmaması anlamına gelmektedir<sup>171</sup>. Dış ilişkide bağımsızlık ise üçüncü kişiler ile işlem yapabilme yetkisini ifade etmektedir. Ancak hem iç ilişkide hem de dış ilişkide

<sup>166</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası**, s.75.

<sup>167</sup> Aker, **Avusturya İşletmeler** s.239.

<sup>168</sup> Arkan s.31

<sup>169</sup> Kendigelen (Ülgen) s.142. Belirtmek gerekir ki doktrinde Karahan bağımsızlık kavramını “bağımsızlık işletmenin hem iç hem de dış ilişkide, başka bir işletmenin irade ve işlemine bağlı olmaksızın işlem yapabilmesidir” diye tanımlamaktadır Bkz. Karahan s.21.

<sup>170</sup> Aslında doktrinde ticari işletmenin bağımsızlığı kavramı incelenirken bağımsızlık kavramı bu şekilde bir ayrıma tabi tutulmamaktadır. Söz konusu ayırım daha ziyade şube kavramı tanımlanırken kullanılmıştır. Bkz. Arkan s.38, Karahan s.28. Bazı yazarlar ise bağımsızlığın bu iki görünümünü unsurunun hem iç hem dış ilişkilerde aranması gerektiğini ticari işletmenin bağımsızlığı bağlamında incelemektedir. Kanaatimizce bu yaklaşım daha yerindedir.

<sup>171</sup> Arkan s.38, Karahan s.28, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.106, Kendigelen(Ülgen) s.142, Poroy/Yasaman s.49.

bağımsızlığın bulunduğu durumlarda TTK m.11 f.1 anlamında bağımsızlığın varlığından bahsedilebilir.

Bağımsızlık unsurunun bulunmadığı hallerde bir ticari işletmeden bahsetmek mümkün değildir. Bağımsızlık unsurunun bulunmaması halinde ortada ya bir şube ya da bir ticari işletmeye dahil bir bölüm söz konusu olacaktır. Eğer bir iktisadi bölüm dış ilişkilerinde bağımsız değilse (örneğin bir fabrikanın ürettiği ürünleri muhafaza eden depo) bu durumda bu bölüm bir ticari işletmenin parçası olarak değerlendirilmelidir. Eğer dış ilişkide bağımsızlık olmasına rağmen içi ilişkide bağımsızlık yoksa bu durumda ise bir şubenin varlığı söz konusu olabilecektir.

Doktrinde, bağımsızlık unsurunun hem işletme hem de işletme maliki bakımından incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle bir şubenin veya bağlı tacir yardımcısının (ticari vekil veya ticari temsilci) yürüttüğü faaliyetin ticari işletme faaliyeti olmadığı belirtilmektedir<sup>172</sup>. Kanaatimizce bu ifade tarzı işletme ile tacirin birbirine karıştırılmasına sebebiyet verebileceği için çok isabetli değildir. Bir işletmenin ticari işletme olarak değerlendirilmesini onu işleten kişi üzerinden değerlendirmek TTK sistemine uygun değildir. TTK uyarınca ticari işletmenin varlığı değerlendirilirken işletmenin bağımsızlığı tek başına değerlendirilmeli ve işletmenin ticari işletme olup olmadığı sorusu buna göre cevaplanmalıdır. Ticari işletmeyi işleten kişinin bağımsızlığı ise tacir sıfatının tespitinde dikkate alınmalıdır. Nitekim TTK m.12 gerçek kişi taciri tanımlarken “bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir” diyerek işleten kişinin bağımsız olması şartının tacir sıfatının tespitinde dikkate alınacağını belirtmiştir. Bu nedenle kanaatimizce bir ticari işletmenin bağımsız olduğu ancak bu işletmeyi işleten kimsenin bağımsız olmadığı hallerde dahi bir ticari işletme mevcuttur<sup>173</sup>. Ne var ki, bu durumda işletmeyi işleten kişi işletmeyi kendi adına işletmediği için tacir sıfatını kazanamayacak, yetkilerine göre ticari temsilci veya ticari vekil olacaktır. Tacir sıfatı ise fiilen işleten kişinin bulunduğu kişiye ait olacaktır.

Acentelik faaliyetleri her ne kadar müvekkil namına ve hesabına hareket etmekte ve üçüncü kişiler ile yapacağı işlemlere bakımından talimat almakta olsalar da iç örgütlenmesi bakımından bağımsızdırlar. Müvekkilin talimat yetkisi genel olarak faaliyetin nasıl yürütüleceğine değil, kendisi adına yapılacak işlemlerin hangi

<sup>172</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.105, İnal s.54.

<sup>173</sup> Aynı görüşte Kendigelen (Ülgen) s.142.

koşullar altında yapılacağına ilişkindir. Bu açıdan acentenin iç örgütlenmesinin yine bizzat acente tarafından belirlenmesi karşısında diğer koşulları da sağlamaları şartıyla ticari işletme olarak kabul edilmeleri gerekmektedir<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Arkan s.30 vd., Poroy/Yasaman s.39 , Kendigelen (Ülgen) s.142, İnal s.54.



## II. Ticari İşletme Devrinin Benzer Kavramlardan Ayrılması

### A. Ticari İşletme Devri Tanımı ve İlgili Hükümler

Ticari işletme devri, ticari işletmenin sahibinin ticari işletmeyi bütünlüğünü koruyarak devretmesi olarak tanımlanabilir. Hukuki işlemin ticari işletme devri sayılabilmesi için devir konusunun bir ticari işletme niteliğinde olması zorunlu olduğu gibi, devir işleminin ticari işletmenin bütünlüğünü koruması da gerekmektedir.

Bu noktada ticari işletmenin “devri” ile ne anlaşılması gerektiği sorusu da ortaya çıkmaktadır. Acaba ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının mülkiyeti devredilmeksizin ticari işletmenin işletilmesine imkan tanıyacak bir hakkın tesisi de devir olarak nitelendirilecek midir?

Bu konuda doktrinde savunulan görüşe göre devir kavramı dar olarak yorumlanmalı ve yalnızca ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının mülkiyetinin devredilmesi işlemleri ticari işletme devri olarak tanımlanmalıdır<sup>175</sup>. Belirli bir süre işletmeden yararlanılması halinde ortada bir devir olduğundan bahsedilmesi doğru olmayacaktır<sup>176</sup>. Ayrıca ticari işletme devrinin bir sonucunun da işletmenin borçlarının üstlenilmesi olduğu düşünüldüğünde geçici olarak işletme hakkına sahip olan kişinin borçlardan sorumlu olmasının adaletsiz olacağı belirtilmektedir<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Arıcı s.66, Akçaal s.52.

<sup>176</sup> Akçaal s.52. Acemoğlu, işletme üzerinde rehin hakkı tesisinin veya işletmenin kiraya verilmesinin devir niteliğinde olmadığını belirtmektedir. Hatta çalışmasında, bu işlemleri içeren “nakil” kavramı yerine daha dar bir kapsamı olması nedeniyle devir kavramını bilinçli olarak tercih ettiğini belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.3.

<sup>177</sup> Akçaal s.52, Arıcı s.66. Doktrinde Öz’ün devir kavramının işletme üzerinde intifa hakkı tesisi veya işletmenin kiraya verilmesi gibi halleri kapsadığı görüşünde olduğu belirtilmektedir Bkz. Akçaal s.51 dipnot 2. Halbuki, Öz’ün bu konuyu inceleyen çalışmasında şu ifadeye yer verilmektedir: “...TTK m.11/3 hükmünün sadece devri değil, ”diğer hukuki işlemleri” de kapsayacağını belirtmektedir”. Devamında ise, diğer hukuki işlemler bakımından bir sınırlama getirilmemesi sebebiyle rehin ve kira gibi işlemlere konu yapılmasının da TTK m.11 f.3 kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bkz. Öz s.104. Kanaatimizce bu ifade ile Öz, ticari işletmenin kiraya verilmesi veya ticari işletme üzerinde intifa tesis edilmesinin teknik anlamda “devir” niteliğinde olmadığını, ancak TTK m.11 f.3’ün kapsamına gireceğini işaret etmektedir. O nedenle de buradan hareketle yazarın “ticari işletme kirasını” bir devir işlemi olarak tanımladığı sonucuna varmak kanaatimizce yerinde olmayacaktır.

Kanaatimizce de ticari işletme devri kavramını dar anlamıyla, yani ticari işletmeye dahil unsurların mülkiyetinin geçirilmesi olarak anlamak yerinde olacaktır. Her şeyden önce TTK m.11 f.3 ticari işletme devrine ilişkin açıklamalar getirdikten sonra ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan diğer işlemlerin de yapılabileceğini belirtmektedir. Bu durumda kanaatimizce TTK m.11 f.3 diğer işlemlerin devir niteliğinde olmadığını belirtirken; ancak devir işlemi ile aynı şekilde gerçekleştirilmesine imkan tanıdığını vurgulamak istemektedir.

Devir işleminde devralanın karşı edimi serbestçe belirlenebilir. Karşı edimin türü kural olarak işlemin ticari işletme devri olarak nitelendirilmesi bakımından önemli değildir. Ancak karşı edimin, devralan şirketin ortaklık hakları olması halinde işlemin “ticaret şirketinin ticari işletme ile birleşmesi”, “ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi”, “aynı sermaye konulması” veya “bölünme” gibi farklı bir yeniden yapılandırma yöntemi niteliği kazanması ihtimal dahilindedir. Bu durumda devir konusu bir ticari işletme olmakla beraber kanun bu işlemlere ilişkin özel hükümler sevk ettiği için artık işlem ticari işletme devri bağlamında değerlendirilmemektedir.

Ticari işletme devri konusu iki farklı kanunda (TTK m.11 f.3 ve TBK m.202) düzenlenmektedir<sup>178</sup>. Ticari işletme devir sözleşmesinin şekil şartı, sözleşmenin içeriği ve sözleşme kapsamındaki aktiflerin devredilmesi konusu TTK m.11 f.3’de düzenlenmiştir. TTK m.11 f.3’e göre ticari işletme devri işlemi için tarafların yazılı şekilde bir sözleşme hazırladıktan sonra bu sözleşmeyi ticaret siciline tescil ettirmeleri gerekmektedir. TTK m.11 f.3’ün getirdiği en önemli değişiklik ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının kendi tabi oldukları tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın ticari işletmenin devri ile devralana geçmesidir.

TBK m.202 ise ticari işletmeye dahil olan pasiflerin devrini düzenlemektedir<sup>179</sup>. TBK m.202’ye göre ticari işletme devrinin alacaklılara ihbarı

<sup>178</sup> Her ne kadar ticari işletme devrine ilişkin iki temel hüküm bulunsa da bir ticari işletme devrinde uygulanacak hükümler elbette bu iki hüküm ile sınırlı değildir. Örneğin İİK m.280’de ticari işletme devri sebebiyle zarar gören alacaklıların korunmasına ilişkin hükümler getirmektedir. Bunun dışında ticari işletme devri bir sözleşme olduğu için sözleşmeler hukukunun ilkeleri de uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca ticari işletmeye dahil her malvarlığı unsuruna ilişkin hükümler de ticari işletme devri bakımından dikkate alınmalıdır. Son olarak ise Ticaret Sicili Yönetmeliği veya Siciller Arası İşbirliği Tebliği ikincil mevzuatın da uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

<sup>179</sup> Ticari işletmenin iki ayrı kanunda düzenlenmesi kanaatimizce sistematik açıdan yerinde değildir. Hem aktiflerin hem de pasiflerin devrinin aynı kanunda düzenlenmesine bir engel olmadığını düşünüyoruz. Hatta kanaatimizce konunun iki ayrı düzenlenmesi aktiflerin devri ile pasiflerin devri arasında bir eşgüdüm sorunu ortaya çıkartmaktadır.

veya TTSG’de ilan edilmesi ile beraber işletmeye dahil borçlar alacaklıların rızası aranmaksızın devralana geçerken devreden iki yıl boyunca devralan ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edecektir.

TTK’daki ticari işletme devri hükümlerinin karakteristik özelliği ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devrinde kısmi külli halefiyet ilkesinin kabul edilmesidir. Bu nedenle Türk Hukuku’ndaki ticari işletme devrinin 2004 yılında yürürlüğe giren İsviçre Birleşmeler Kanunu’nun malvarlığı devri hükümleri esas alınarak düzenlendiğini söylemek yerinde olacaktır<sup>180</sup>.

## **B. Ticari İşletme Devrinin Benzer Kavramlardan Farkı**

### **1. Malvarlığının Devri**

#### **a) Genel Olarak**

Ticari işletmenin devrine dair EBK m.179, “*Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur...*” diyerek malvarlığının devri halinde de ticari işletmede pasiflerin devrine ilişkin rejimin uygulanacağını belirtmektedir<sup>181</sup>. TTK m.202 de “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur*” ifadesine yer vererek ilan şekline ilişkin bazı değişiklikler bir kenara bırakılırsa hükmü muhafaza etmiştir. İşte bu iki hükmün ticari işletme devri ile birlikte “malvarlığının devri” kavramına da yer vermesi malvarlığı devrinin ticari işletme devri ile ayrımının yapılmasını gerektirmektedir.

#### **b) Malvarlığı Devri Uygulama Alanı**

<sup>180</sup> Her ne kadar TTK m.11 f.3 İsviçre Birleşmeler Kanunu model alınarak düzenlenmiş olsa da iki kanun sistemi açısından önemli farklılıklar da bulunmaktadır. İki sistem arasındaki benzerlikler ve farklılıklar için bkz. II-B-2-İsviçre Birleşmeler Kanunu Uyarınca Malvarlığı Devri.

<sup>181</sup> Ticari işletmede borçların geçişi rejimi için V-Ticari İşletme Devrinde Borçların Üstlenilmesi ve Sonuçları.

Malvarlığı, bir hukuk kişisine ait para ile ölçülebilen hakların ve hukuki ilişkilerin bütünü olarak tanımlanmaktadır<sup>182</sup>. Malvarlığı yalnızca aktif unsurları değil aynı zamanda borçları da içermektedir<sup>183</sup>.

Bir kişinin malvarlığı bir tanedir<sup>184</sup>. Bu yaklaşım ,TBK m.202 hükmünün uygulanması için kişinin sahip olduğu malvarlığının tamamını bir bütün olarak devretmesi gerekliliği sonucuna götürmektedir.

Kanaatimizce böyle bir yorum hükmün varlık amacına uygun düşmeyecektir; zira bir kişinin bütün malvarlığını tek bir işlem ile devretmesi fiilen son derece istisnai bir durumdur. Her şeyden önce gerçek kişiler bakımından tüm malvarlığının devredilmesi kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir<sup>185</sup>. Tüzel kişiler bakımından da bütün malvarlığının devri tüzel kişiliğin sona ermesine yol açacaktır. Halbuki TBK m.202 hükmü devirden sonra devredenin iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğunu öngördüğüne göre uygulama alanını hukuk kişiliğinin sona ermesinin zorunlu olacağı bir hale indirmek gibi bir amacı bulunmamaktadır.

Maddede yer alan malvarlığı devri kavramını tanımlayabilmek için tarihi yorum yöntemine baktığımız da benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu m.181'in ilk düzenlemesinde malvarlığının tamamının devrinden bahsedilmesine rağmen, tarafların malvarlığı unsurlarının bazılarını kapsam dışında bırakabilmesine imkan tanımak için bu ifadenin değiştirildiği belirtilmektedir<sup>186</sup>.

Bu nedenlerle doktrinde TBK m.202 uygulaması bakımından malvarlığı, “kendi içinde bütünlük arz eden parasal değere sahip haklar ve borçlar toplamı” olarak tanımlanmıştır<sup>187</sup>. Buna bağlı olarak kanaatimizce ilgili maddenin

<sup>182</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.10, Arıcı s.33.

<sup>183</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.14. Acemoğlu'nun belirttiğine göre İsviçre-Türk Hukuk sistemi bu sebeple malvarlığı kavramının yalnız aktifleri ifade etmek için kullanıldığı Alman Hukuku'ndan ayrılmaktadır.

<sup>184</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.10. Ticari işletmenin içinde özel malvarlığı olarak tanımlanan bölümlerin bulunmasının bu duruma engel olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.11.

<sup>185</sup> Akçaal s.73.

<sup>186</sup> CR CO I- Probst s.1271.

<sup>187</sup> Akçaal s.73, Edgar Phillippin, **Le transfert du patrimoine commercial - Aspects de droit privé**, Revue de droit privé et fiscal du patrimoine, Schulthess, 2009 s.101, Frank Vischer, **Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées**, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Schulthess, 2004 s.161, Turin s.9. Hatta İsviçre Hukuku'nda tek bir malvarlığı unsurunun, örneğin bir taşınmazın veya marka hakkının, dahi malvarlığı olarak tanımlanmasının mümkün olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. Henry Peter, **Lfus: Concepts Generaux Et Questions Controversées**, Semaines Juridiques, 2005 s.88. Belirtmek gerekir ki, malvarlığı kavramının bu şekilde tanımlanması halinde işletme ile malvarlığı kavramları birbirlerine

uygulanması için kişinin bütün sahip olduğu malvarlığının devredilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Devredilen kısmın kendi içinde bütünlük arz etmesi yeterlidir<sup>188</sup>. Devredilenin bütünlük arz ettiğinin kabul edilebilmesi için özel malvarlığı niteliğinde olması veya ortak amaç için bir araya getirilmiş olması yeteli görülmektedir<sup>189</sup>. Bunun dışında devredilen kısım özel malvarlığı niteliğinde olmasa dahi kişinin malvarlığının tamamını veya tamamına yakını oluşturuyor ise bu durumda yine TBK m.202 kapsamında bir malvarlığı devri olduğu kabul edilmektedir<sup>190</sup>. Bu koşulları taşımayan tek bir malvarlığının veya birbirileri ile bir bağı bulunmayan birden fazla malvarlığı unsurunun devri malvarlığı devri olarak nitelendirilemez<sup>191</sup>. Böyle bir işlem olsa olsa sıradan bir satım sözleşmesi olarak değerlendirilecektir<sup>192</sup>.

Doktrinde malvarlığı devri işleminin tipik örneği olarak bir şubenin devri gösterilmektedir<sup>193</sup>. Bunun dışında işletme düzeyine ulaşmamış özel donanımlı depoların devredilmesi halinde de malvarlığı devri hükümlerine başvurulabileceği belirtilmektedir<sup>194</sup>. Bir özel malvarlığı niteliğinde olan şubenin devredilmesi halinde ticari işletme devri söz konusu olmasa da bir malvarlığı devri işleminin varlığı kabul edilmeli ve TBK m.202 uygulanmalıdır.

Benzer bir şekilde Yargıtay işyeri olarak tanımlanan bir yerin devrinde de EBK m.179 (TBK m.202) hükümlerinin uygulanacağını karara bağlamıştır<sup>195</sup>. Buradan hareketle Yargıtay'ın da TBK m.202 kapsamında malvarlığı devrini kendi içinde bütünlük arz eden bir bölüm olarak tanımladığı çıkarımını yapmak mümkün olabilir.

### c) Malvarlığı Devrinin Sonuçları

Malvarlığının devri hükümleri TBK m.202'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre malvarlığının devredilmesi halinde malvarlığına dahil bulunan borçlar, alacaklılara

---

çok yaklaşmaktadır. Turin bu durumda işletmenin bir ticari faaliyete özgülenmiş malvarlığı şeklinde anlaşılabilirliğini belirtmektedir. Bkz. Turin s.10.

<sup>188</sup> Arıcı s.36,CR CO I- Probst s.1271, Vischer s.161. Aksi görüşte Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.28.

<sup>189</sup> Arıcı s.36,CR CO I- Probst s.1271, Vischer s.161.

<sup>190</sup> CR CO I- Probst s.1271, Vischer s.161. Malvarlığını kişinin sahip olduğu bütün malvarlığı olarak tanımlayan Acemoğlu da kişinin sahip olduğu malvarlığı unsurlarının bir kısmını kapsam dışında bırakmasının TBK m.202'nin kapsamına girmesine engel teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.28.

<sup>191</sup> Vischer s.161.

<sup>192</sup> CR CO I- Probst s.1271, Turin s.9.

<sup>193</sup> Akçaal s.74, Arıcı s.35, Vischer s.161.

<sup>194</sup> Arıcı s.36.

<sup>195</sup> 9.HD 30.09.2004 E.2004/5530 K.2004/21060.

yapılacak bir ihbar veya Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla devralana geçmiş olacaktır. Bu şekilde borcun üstlenilmesi için alacaklının onayının alınması kuralına bir istisna getirilerek malvarlığının kolayca devredilebilmesine imkan tanınmıştır. Hatırlatmak isteriz ki, malvarlığına dahil pasiflerin geçişi bakımından getirilen bu kolaylık yalnızca ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesi halinde uygulanacaktır.

TBK m.202 ile getirilen kolaylaştırılan devir usulü yalnızca pasifler bakımından söz konusudur. TTK m.11 f.3 yalnızca ticari işletmeler bakımından getirilen bir hüküm olduğundan malvarlığı devrinde kısmi külli halefiyet ilkesi uygulanmayacaktır. Malvarlığı devrinde aktiflerin tek tek cüz'i halefiyet ilkesine uygun olarak devredilmesi gerekecektir<sup>196</sup>.

Kanun malvarlığı devrinde, devir kapsamındaki unsurların devri bakımından özel bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu nedenle malvarlığına dahil unsurlara göre şekil şartının tespit edilmesi gerekmektedir. Daha sonrasında ilgili malvarlığı unsurları kendi tabi oldukları şekil şartına uygun olarak devralana geçirilecektir<sup>197</sup>.

## 2. İsviçre Birleşmeler Kanunu Uyarınca Malvarlığı Devri

### a) İsviçre Birleşmeler Kanunu Malvarlığı Devri Hükümleri Hakkında Genel Açıklama

İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan malvarlığı devri ve ticari işletme devri düzenlemeleri uygulamada yeniden yapılandırma ihtiyaçlarını karşılamadığı için 2004'te yürürlüğe giren İsviçre Birleşmeler Kanunu ile tamamen farklı ilkelere dayanan yeni bir malvarlığı devri kurumu düzenlenmiştir. Malvarlığı devri ile ticaret siciline kayıtlı bir hukuk kişinin bir sözleşme ile düzenlediği envantere belirttiği aktif ve pasifleri tek bir işlem ile devralana geçirmesi mümkündür<sup>198</sup>. Malvarlığı devrini gerçekleştirecek taraflar devredilecek unsurları bir envanter vasıtasıyla belirledikten sonra söz konusu sözleşmeyi ticaret siciline tescil

<sup>196</sup> Akçaal s.73.

<sup>197</sup> Akçaal s.74.

<sup>198</sup> Rashid Bahar, *Lfus : Commentaire De La Loi Fédérale Sur La Fusion, La Scission, La Transformation et Le Transfert de Patrimoine- Art. 69-75*, Genève, Zurich, Bale, 2005 s.747, Hanspeter Kläy/ Nicholas Turin, *Le Projet De Loi Sur La Fusion*, Reprax 2001 s.71, Hüseyin Ülgen/ Fatih Arıcı, *İsviçre Hukuku'nda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan- Cilt II, İstanbul, 2010, s.1770.

etmeleri üzerine, envanterde yer alan malvarlığı unsurlarının tamamı, ayrı ayrı devre gerek olmaksızın tek bir işlem ile (“*uno actu*”) devredilmektedir.

İsviçre Hukuku’nda düzenlenen malvarlığı devri kavramı büyük oranda TTK m.11 f.3’te düzenlenen ticari işletmenin devri kurumuna da esas oluşturmaktadır. Bu nedenle İsviçre Hukuku’nda malvarlığı devri kurumuna ilişkin yapılan açıklamalar, ilke olarak Türk Hukuku’nun ticari işletme devri kurumu için de geçerli olacaktır. O nedenle de İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca malvarlığı devri hükümlerine burada değinmekte yarar görüyoruz.

Malvarlığı devri kavramı İsviçre Birleşmeler Kanunu’nun en yenilikçi hükümlerinden biri kabul etmektedir<sup>199</sup>. Malvarlığı devri kurumunun düzenlenme amacı malvarlığı unsurlarının, özellikle de birbirleri ile bir iktisadi bağı bulunan malvarlığı unsurlarının devrini kolaylaştırmaktadır<sup>200</sup>. İsviçre Birleşmeler Kanunu özellikle belirli bir bağlantı içeren malvarlığı unsurlarını bir bütün (kül) halinde devretmeye imkan tanımak ve bu şekilde her bir malvarlığı için tek tek işlem yapılması zorunluluğunu sonlandırmak istemiştir<sup>201</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu düzenlemesi malvarlığı devrinin sözleşmesel tarafı üzerinde odaklanmaktadır. Böyle bir devrin devri gerçekleştiren şirketin yapısı üzerindeki etkisine ilişkin oldukça sınırlı bir düzenleme getirmektedir. Bu açıdan malvarlığı devri kavramı şirketler hukukundan ziyade sözleşmeler hukukunun bir parçası kabul edilmektedir<sup>202</sup>. Ne var ki, malvarlığı devri bir yeniden yapılandırma modeli olarak birleşme ve bölünme gibi işlemlerin alternatifi olması nedeniyle şirketler hukukuna da etki etmektedir<sup>203</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca malvarlığı devri kurumu oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Öncelikle İsviçre Birleşmeler Kanunu kişi bakımından uygulama alanını bir hayli geniş tutmaktadır. Ticaret siciline tescilli her gerçek veya tüzel kişi malvarlığı devri işlemine başvurabilecektir (İsviçre Birleşmeler Kanunu

<sup>199</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.748.

<sup>200</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.748.

<sup>201</sup> Rita Trigo Trindade, **Le Transfert De Patrimoine**, Schweizerische Zeitschrift Für Wirtschafts- Und Finanzmarktrecht, Schulthess, 2004 s.215.

<sup>202</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.748.

<sup>203</sup> Kläy/Turin s.71. Ancak belirtmek gerekir ki malvarlığı devri işlemi ticaret siciline kayıtlı tüm gerçek kişiler ve tüzel kişiler tarafından da yapılabilir. Bu nedenle İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümlerinin ticaret şirketleri için getirilmiş hükümleri her durumda uygulanmamaktadır.

m.69 f.1)<sup>204</sup>. Malvarlığı devrinin yeniden yapılandırma işlemleri bakımından bir diğer önemi de bu işlemin gerçek kişilere de açık olmasıdır. İsviçre Birleşmeler Kanunu birleşme ve bölünmeden farklı olarak malvarlığı devri işlemlerinin gerçek kişiler tarafından da yapılmasına imkan tanımaktadır. Bu nedenle gerçek kişiye ait bir işletmenin bir tüzel kişilik bünyesine aktarılmasında malvarlığı devri yoluna başvurmak mümkün olacaktır<sup>205</sup>.

Konu bakımından da malvarlığı devri kavramının geniş bir uygulama alanı vardır. Malvarlığı devri yoluyla her türlü malvarlığı unsuru (aktif veya pasif) devredilebilmektedir. Malvarlığının bir ticari işletme teşkil etmesi veya kendi içinde bağlantılı bir bütün teşkil etmesi zorunlu değildir<sup>206</sup>. Buna göre tek bir malvarlığı unsurunun bile İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 vd. hükümleri uyarınca devredilebileceği belirtilmektedir<sup>207</sup>.

Elbetteki malvarlığı devri yoluyla devredilebilecek malvarlığı unsurları bakımından da bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Öncelikle devri mümkün olmayan malvarlığı unsurlarının malvarlığı yoluyla ile devredilmesi mümkün değildir<sup>208</sup>. Bunun dışında İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 f.2 uyarınca devredilen aktiflerin değeri pasiflerin değerinden fazla değilse bu durumda sözleşmenin tescil edilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca İsviçre Hukuku'nda sözleşmesel ilişkilerin de malvarlığı devri yoluyla devredilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>209</sup>.

Malvarlığı devri hükümlerine bakıldığında sözleşmeler hukukunun irade serbestisi ilkesinin malvarlığı devri kurumuna da etki ettiğini görmek mümkündür. Malvarlığı devri işleminde devredilen malvarlığı unsurları karşılığı (ivaz) tarafların iradesine bırakılmıştır. Taraflar ivazı diledikleri gibi belirleyebilir. Bu ise ortaklık

<sup>204</sup> Bu geniş düzenlemeye rağmen adi ortaklıkların tarafından gerçekleştirilecek malvarlığı devri işlemleri İsviçre Birleşmeler Kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır. Bkz. Bahar, **Commentaire Lfus** s.748.

<sup>205</sup> Ülgen/Arıcı s.1771. Belirtmek gerekir ki Türk Hukuku'nda ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi (TTK m.194 f.1) ve ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi (TTK m.194 f.2) kurumları düzenlenmiştir. Bu nedenle malvarlığı devri işleminin dengi olan ticari işletmenin devri hükümleri, gerçek kişilere ait işletmelerin ticaret şirketi tarafından devralınması bakımından tek düzenleme değildir.

<sup>206</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.750. Belirtmek gerekir ki bu konuda doktrinde ayrık görüşler de bulunmaktadır. Vischer'e göre İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı devri kurumu İsviçre Borçlar Kanunu m.181'nin (EBK m.179-TBK m.202) devam ettirilmesi olduğundan devredilen malvarlığının kendi içinde bir bütünlük arz etmesi gerekmektedir. Vischer'e göre aksinin kabulü maddenin kötüye kullanılmasına imkan vermesi bakımından da sakıncalıdır. Bkz. Vischer s.161.

<sup>207</sup> Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.86, Kläy/Turin s.72.

<sup>208</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.749.

<sup>209</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.751 vd.



haklarının devri ilkesini benimseyen birleşme ve bölünme işlemlerinden farklı bir yeniden yapılandırma düzenine imkan tanımaktadır<sup>210</sup>.

Tarafların malvarlığı devrinde ivazı belirlemesindeki serbestisi bakımından İsviçre Birleşmeler Kanunu'nda bir istisna yer almaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 f.1 uyarınca eğer devredilen malvarlığının karşılığı olarak devreden şirketin ortakları, devralan şirketin ortaklık haklarını devralacak ise bu durumda artık malvarlığı devri değil bölünme hükümleri uygulanacaktır.

Malvarlığı devrinin bu derece esnek olmasının altında yatan sebep İsviçre Kanun Koyucusunun malvarlığı devrini bir genel hüküm olarak düzenleme isteğinden kaynaklanmaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri kavramına birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri dışında bir genel yeniden yapılandırma imkanı rolü vermektedir<sup>211</sup>. Bu sayede yeniden yapılandırma işlemlerinin *numerusclausus* nitelikte olmasının yaratacağı sakıncalar giderilmek istenmiştir<sup>212</sup>. Ayrıca bu yolla birleşme ve bölünme işlemlerinin uzun prosedürünü de bertaraf etme imkanı bulunmaktadır<sup>213</sup>.

İsviçre Hukuku bakımından malvarlığı devri düzenlemelerin temelinde yatan sebeplerin başında cüz'i halefiyet ilkesinin yetersizliğinin giderilmesi gelmektedir<sup>214</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu m.181 düzenlemesi uyarınca bir işletmenin tüm malvarlığı unsurlarının her birinin kendi tabi oldukları şekilde devredilmesinin ticari işletme devrinin uygulanmasını oldukça sınırladığı kabul edilmektedir. Bu nedenle ticari işletmenin ihtiva ettiği malvarlığı unsurlarına bakılmaksızın tek bir işlem ile bir bütün olarak devredilmesinin yolunu açmak amacıyla malvarlığı devri kavramı düzenlenmiştir<sup>215</sup>.

<sup>210</sup> Kläy/Turin s.73.

<sup>211</sup> Nicholas Duc, **Les Premières Expériences Dans L'application De La Loi sur La Fusion, Coopération Et Fusion D'entreprises**, Cedidac, 2005, s.243, Ülgen/Arıcı s.1771.

<sup>212</sup> Kläy/Turin s.73.

<sup>213</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.756. Bahar, bu yönteme imkan tanımanın hatalı bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Bahar'e göre eğer kanun koyucu, malvarlığı devrine imkan tanıyarak, birleşme ve bölünme işlemleri için benimsenen prosedürün alacaklıları ve ortakları korumak için vazgeçilmez olmadığını kabul ediyorsa bu prosedürü birleşme ve bölünmede de bu prosedürü kaldırmalıdır. Eğer birleşme ve bölünme prosedürü alacaklı ve şirket ortaklarını korumak için vazgeçilmez nitelikteyse o takdirde malvarlığı devri ile bu hükümlerin dolanılmasına izin verilmesinde sakınca vardır. Bkz. Bahar, **Commentaire Lfus** s.756.

<sup>214</sup> Turin s.53.

<sup>215</sup> Turin s.53. İsviçre uygulamasında cüz'i halefiyetin getirdiği sıkıntıları bertaraf etmek amacıyla birleşme yoluna gidildiği, birleşme sonucu ortaya çıkan ve sona eren şirketin ortaklarına verilen ortaklık haklarının ise tekrar birleşen şirketin diğer ortaklarına devredilmesi yoluna gidildiği

Belirtmek gerekir ki İsviçre Birleşmeler Kanunu tarafından getirilen malvarlığı devri hükümleri malvarlığı unsurlarının cüz'i halefiyet esasına göre tek tek devredilmesine engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle isteyen gerçek ve tüzel kişiler malvarlığı unsurlarını genel hükümler uyarınca tek tek de devredebilmektedirler<sup>216</sup>. Hatta malvarlığı devrinin koruyu düzenlemeleri nedeniyle cüz'i halefiyet esasına göre devrin İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 uyarınca devirlere göre daha sık uygulandığı da ifade edilmektedir<sup>217</sup>.

Malvarlığı devri düzenlemeleri İsviçre Hukuku'nda ticaret şirketlerinin tasfiyesini kolaylaştırmanın dışında ortak girişimlerin kurulmasını da kolaylaştıran bir işlev kazanmıştır<sup>218</sup>. Ayrıca malvarlığı devri aynı sermaye getirilmesi, kar payının para dışında bir değer olarak dağıtılması gibi işlemler bakımından da kullanılabilir<sup>219</sup>.

#### **b) Türk Hukuku İle Benzerlikleri**

İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 ve devamında düzenlenen malvarlığı devri Türk hukukunda yer alan ticari işletme devri kavramı ile büyük oranda benzerlik göstermektedir. Hatta TTK m.11 f.3 ile getirilen düzenlemenin ilham kaynağının İsviçre Birleşmeler Kanunu ile getirilen malvarlığı devri hükümleri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle bu iki kurum arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır.

Öncelikle gerek malvarlığı devri gerekse ticari işletmenin devri kısmi külli halefiyet esasına dayanan devir işlemleridir. Her iki devir işlemi de devredilen malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı devredilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu devir

---

belirtilmektedir. Bu durum ise birleşme kurumunu kanunun biçtiği rol ile uyuşmadığı yönünde bkz. Kläy/Turin s.74.

<sup>216</sup> Marc Amstutz/ Ramon Mabillard, *L'Esprit de la loi sur la fusion*, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Schulthess, 2011 s.363, Michael Gwelessiani/ Clement Meisterhand/Nicholas Turin, *Commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion 11 octobre 2004, Droit des sociétés et droit du registre du commerce*, Revue de la législation et de la pratique, Schulthess, 2004 s.58, Ülgen/Arıcı s.1770.

<sup>217</sup> Amstutz/Mabillard s.363.

<sup>218</sup> Bauen/Bernet/Rouille, *La Société Anonyme Suisse*, Schulthess, Genève-Zurich-Bale, 2007 s.342, Ülgen/Arıcı s.1771.

<sup>219</sup> Phillippin, *Transfert de Patrimoine* s.85, Kläy/Turin s.76, Ülgen/Arıcı s.1771.

şekli doktrinde “kısmi külli halefiyet<sup>220</sup>” veya “envanter üzerinden devir” kavramları ile açıklanmaktadır<sup>221</sup>.

İki kurum arasındaki bir diğer benzerlik ise devir işleminin taraflarına tanıdıkları esnekliktir. Öncelikle iki işlemin de uygulama alanı oldukça geniş tutulmuştur. Ticaret siciline tescil edilmiş olan kişilerin bu devir işlemini yapmasına imkan tanımaktadır. Bir diğer yeniden yapılandırma türü olan bölünme ve birleşme işlemlerine katılabilecek hukuk kişilerinin sınırlandığı düşünüldüğünde malvarlığı devri ve ticari işletme devri işlemlerinin esnekliği ortaya çıkmaktadır.

Her iki işlemde mevcut olan esneklik ivaz bakımından da geçerlidir. Gerek malvarlığı devrinde gerekse ticari işletmenin devrinde, devredilen malvarlığı unsurlarının ivazı taraflarca belirlenebilmektedir. Buna göre taraflar ivazı para, eşya veya bir hak olarak belirleyebilecekleri gibi devir işlemini ivazsız olarak da gerçekleştirebileceklerdir<sup>222</sup>. Ancak devredilen malvarlığı karşılığında devreden şirketin ortakları devralan şirketin ortaklık haklarını devralıyor ise bu durumda işlem malvarlığı veya ticari işletme devri değil bölünme teşkil edecektir.

Her ne kadar malvarlığı devri ile ticari işletme devri kavramları büyük benzerlik gösterse de aralarında önemli bir farklılık bulunmaktadır. TTK m.11 f.3 ile düzenlenen ticari işletme devrinin konusu bir ticari işletmenin devredilmesidir. Bu nedenle devir konusunun ticari işletme niteliğinde olması gerekmektedir. Ticari işletme devrinde bazı malvarlığı unsurları kapsam dışı bırakılabilirse de işletme bütünlüğünün korunması zorunludur. Halbuki, İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı devri hükümleri devredilen malvarlığı arasında bir bütünlük aramamakta yalnızca devir kapsamındaki aktiflerin değerinin pasiflerden fazla olmasını aramaktadır<sup>223</sup>.

Bunun dışında borçların devri, devredilen borçlardan dolayı müteselsil sorumluluk ve malvarlığı-ticari işletmeyi devreden şirketin ortaklarının korunması hükümleri bakımından da bazı özel farklılıklar yer almaktadır. Ne var ki, bu

<sup>220</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.749, Kläy/Turin s.78, Bauen/Bernet/Rouiller s.341, Hülya Coştan, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004 s.113, Hakan Çebi, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010 s.24.

<sup>221</sup> Turin s.56, Bahar, **Commentaire Lfus** s.468. Aynı şekilde Alman Hukuku'nda da “envantere göre devir” kavramı çoğunlukla tercih edilmektedir. Coştan, **Bölünme** s.115.

<sup>222</sup> Kläy/Turin s.72.

<sup>223</sup> Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.217, Kläy/Turin s.72, Phillipin, **Transfert de Patrimoine Commercial** s.86.

düzenlemeler malvarlığı devri ile ticari işletme devri arasında esaslı farklılıklar yaratacak nitelikte değildir.

Belirttiğimiz gibi İsviçre Hukuku'nun malvarlığı devri ile Türk Hukuku'nun ticari işletme devri kavramları arasında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıkların devir işleminde farklılıklar oluşturması halinde bunları ilgili bölümlerde ayrıca belirtilecektir.

### 3. Bölünme

#### a) Bölünme Kavramı ve Bölünmenin Türleri

Bölünme kavramını iktisadi ve hukuki açıdan farklı şekillerde tanımlamak mümkündür. İktisadi açıdan bölünme herhangi bir hukuk süjesinin sahip olduğu malvarlığını başka bir hukuk süjesine devretmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>224</sup>. İktisadi açıdan bölünme kavramının tanımlanmasında devredilen malvarlığının niteliği, devralan hukuk süjesinin niteliği, malvarlığını devreden ortaklığın ortaklık yapısının değişmesi, devrin cüzi veya külli halefiyet yoluyla gerçekleşmesi gibi konular önem taşımamaktadır<sup>225</sup>.

Hukuki açıdan bölünme bir ortaklığın malvarlığı bölümlerini (aktif ve pasiflerini) bir bütün olarak mevcut veya yeni kurulacak ortaklıklara, bu ortaklıklardaki ortaklık haklarının bölünen ortaklığın ortaklarına veya malvarlığını devreden ortaklığın kendisine verilmesi karşılığında devretmesidir<sup>226</sup>. Diğer bir ifade ile bir şirketin malvarlığının ve bu şirkette ortaklık haklarının hukuki kişileri arasında yeniden dağıtılmasıdır<sup>227</sup>.

ETTK bölünme konusunda açık hüküm içermesede Kurumlar Vergisi Kanunu m.19 ve "Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında

<sup>224</sup> Coştan, **Bölünme** s.8.

<sup>225</sup> Coştan, **Bölünme** s.8.

<sup>226</sup> Çebi s.26. Ünal Tekinalp, Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004 s.549. Helvacı bölünme tanımına i) Bölünen ortaklıkların ortaklarının, alacaklılarının ve çalışanlarının özel bir koruma altında olmasını ii) Malvarlığı bölümlerinin külli halefiyet ile geçmesini de eklemektedir. Bkz. Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004 s.37. Kanaatimizce bu unsurlar bölünme kavramını tanımdan ziyade bölünmenin sonuçları niteliğindedir. O nedenle de bu unsurlara tanımda yer vermekten imtina edilmiştir. Aynı şekilde Pulaşlı da kısmi halefiyet kavramını tanıma dahil etmiştir. Bkz. Hasan Pulaşlı, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, Adalet Yayınları, 2011, Ankara s.202.

<sup>227</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.467.

Tebliğ<sup>228</sup> ile ticaret ortaklıklarının bölünmesini genel hatları ile düzenlemiştir<sup>229</sup>. Bunun dışında Sigorta Murakabe Kanunu m.24 ve Kamu İktisadi Teşebbüsler Hakkında KHK m.3 bölünmeye ilişkin hükümler içermektedir<sup>230</sup>. Ne var ki, bölünme işleminin özel hukuk yönüne dair kapsamlı kanuni düzenleme 6102 sayılı TTK isem.159 vd. hükümleri ile getirilmiştir<sup>231</sup>.

Her ne kadar hukuki anlamda bölünme iktisadi anlamda bölünmeye göre daha dar bir kavram olsa da bölünme işleminin bölünmeye katılan ortaklıkların ihtiyaçlarına göre farklı şekillerde yapılandırılması mümkündür. Bu yapılandırmalara göre de bölünme kavramı çeşitli şekilde gruplara ayrılmaktadır. Bu ayrımların başında malvarlığını devreden ortaklığın infisah edip etmediğine göre yapılan ayırım gelmektedir. Bu ayrıma göre malvarlığını devreden ortaklığın tasfiyesiz olarak infisah etmesi halinde tam bölünme söz konusudur (TTK m.15 f.1-a). Malvarlığını devreden ortaklık infisah etmeksizin malvarlığını devrediyor ise bu durumda bu işlem kısmi bölünme olarak tanımlanmaktadır<sup>232</sup> (TTK m.159. f.1-b)

Bölünme işlemlerinin tasnifi bakımından kullanılan bir diğer ölçüt ise malvarlığını devralacak ortaklığın bölünme işleminden önce mevcut olup olmadığıdır<sup>233</sup>. Bölünme ile devredilecek malvarlığını mevcut bir ortaklığın devralması halinde devralma yoluyla bölünme söz konusudur. Eğer malvarlığını devralacak ortaklık bölünme işlemi öncesinde mevcut değilse ve bölünme ile birlikte kurulacak ise bu durumda yeni kuruluş ile bölünme söz konusu olacaktır (m.164).

Bölünmede devredilen malvarlığının karşılığında devralan ortaklığın ortaklık hakları alınmaktadır. Kural olarak bölünen ortaklıktaki ortaklık hakları bölünme ile malvarlığını devralan şirketlerde devam etmektedir. Malvarlığı karşılığında devralan

<sup>228</sup> RG. 19.09.2003; S.25231.

<sup>229</sup> ETTK'da bölünmenin nasıl gerçekleştirileceği konusundaki detaylı açıklamalar için bkz. Coştan, **Bölünme** s.57 vd. Arıcı s.50 vd, Tekinalp, **Bölünme** s.549 vd.

<sup>230</sup> Yasaman, **Birleşme-Bölünme** s.59, Göktuna s.9.

<sup>231</sup> Belirtmek gerekir ki bölünmenin özel hukuk boyutu TTK'da düzenlenmiş olmakla beraber vergi mevzuatı da bölünme kavramının vergi hukuku yönüne ilişkin hükümler ihtiva etmeye devam etmektedir. Örneğin Kurumlar Vergisi Kanunu m.19/3-a tam bölünme kavramını tanımlarken TTK'da aranmayan ek koşullar aramaktadır. Vergi hukuku bakımından bölünmenin tanımı ve TTK'daki bölünme kavramından farkı için bkz. Göktuna s.11 vd.

<sup>232</sup> Doktrinde tam bölünme yerine "infisahla sonuçlanan bölünme", kısmi bölünme yerine ise infisahla sonuçlanmayan bölünme terimleri kullanılmaktadır. Örnekler için bkz. Göktuna s.9. Her ne kadar bu ifadeler daha anlaşılır nitelikte olsa da TTK tam ve kısmi bölünme ifadelerini benimsediğinden biz de bu çalışmada "tam ve kısmi bölünme" kavramları tercih edilmiştir.

<sup>233</sup> Helvacı s.17, Hasan Pulaşlı, **Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınları, Ankara, 2012 s.207. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Çebi bölünme konusunu inceleyen çalışmasını bu ayrıma uygun olarak bölümlere ayırmıştır. Bkz. Çebi, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, Bölüm 2 ve Bölüm 3.

ortaklığın paylarının bölünen ortaklıktaki pay sahiplerine dağıtılış şekline göre de bölünme işlemini sınıflandırmak mümkündür. Bölünme işlemi sonucunda devralan ortaklığın paylarının bölünen ortaklıktaki ortaklık oranlarına göre dağıtılması halinde “oranların korunduğu bölünme” bulunmaktadır. Diğer taraftan bölünme sonucu devralınacak payların bölünen şirketin ortaklarına serbestçe dağıtıldığı durumlarda “oranların korunmadığı bölünme” söz konusudur<sup>234</sup>(TTK m.161).

### **b) Bölünme İşlemi İle Ticari İşletme Devrinin Ortak Yönleri**

Bölünme ile ticari işletmenin devri arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır. Öncelikle ticari işletmenin devri ticari işletmeyi devreden bakımından iktisadi anlamda bölünme teşkil etmektedir. Buna bağlı olarak ise bir ortaklığın belirli bir faaliyet alanından çekilmek veya belirli bir alanda uzmanlaşmak gibi amaçlar için gerek bölünme gerekse ticari işletmenin devri yoluna gitmesi mümkündür. Hatta TTK sistemindeki ticari işletme devrinin kaynağını teşkil eden malvarlığı devri düzenlemesinin (İsviçre Birleşme Kanunu m.69 vd.) bölünmeye benzer nitelikteki işlemleri düzenlemek ve bu işlemlere bölünmeye kıyasla esneklik sağlayabilmek için getirildiği belirtilmektedir<sup>235</sup>.

ETTK’da bölünme ve ticari işletme devri halinde malvarlıklarının nasıl geçeceği, özellikle cüzi halefiyet mi yoksa külli halefiyet esaslarına göre mi devrin gerçekleşeceği konusunda bir hüküm bulunmamaktaydı. Ticari işletme devrinde cüz’i halefiyetin söz konusu olacağı tartışmasız olsa da bölünmede cüz’i halefiyet uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıydı<sup>236</sup>. Genellikle kabul edilen görüş külli halefiyetin kanunda açıkça yer alması gerektiği, bu koşul sağlanmadığı için de bölünmede cüz’i halefiyetin uygulanması gerektiği yönündeydi<sup>237</sup>.

Ancak TTK hem bölünme hem de ticari işletme devri bakımından kısmi külli halefiyet sistemini kabul etmiştir<sup>238</sup>. Kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca aktif ve

<sup>234</sup> Doktrinde daha sık olarak “simetrik-asimetrik bölünme” kavramları kullanılmaktadır. Çebi s.28, Ercümmet Erdem, **Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri**, Bankacılar Dergisi, Aralık, 2011, Sayı 79 s.82, Pulaşlı Şerh s.209, Coştan Bölünme s.79 vd. İsviçre Hukuku’nda da aynı şekilde simetrik bölünme-asimetrik bölünme kavramları kullanılmaktadır. Bahar, **Commentaire Lfus** s.490. Helvacı, “simetrik-asimetrik bölünme” kavramları yerine “eşdeğer-eşdeğer olmayan bölünme” kavramlarını kullanılmaktadır. Bkz. Helvacı s.18.

<sup>235</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.490.

<sup>236</sup> Arıcı s.52 vd.

<sup>237</sup> Yasaman, **Birleşme-Bölünme** s.66.

<sup>238</sup> Kısmi külli halefiyet kavramı kapsamlı açıklaması için bkz. IV-A-Aktiflerin Geçişinde Hakim İlke: Kısmi Külli Halefiyet İlkesi. İsviçre Hukuku’nda kısmi külli halefiyet kavramı yerine “envanter üzerinden devir” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Turin s.56, Bahar, **Commentaire Lfus** s.468. Aynı

pasifler birlikte tek bir işlem ile geçmektedir. Bu açıdan TTK sisteminde kısmi külli halefiyet ticari işletmenin devri ve bölünme açısından ortak bir sonuçtur<sup>239</sup>.

### c) Bölünme ile Ticari İşletme Devri Arasındaki Farklar

Ticari işletme devri ile bölünme işlemleri arasındaki temel fark devredilen malvarlığının karşılığı, diğer bir ifade ile ivazdır<sup>240</sup>. Bölünme işleminde devredilen malvarlığı karşılığında malvarlığını devralan ortaklığın payları iktisap edilmektedir. Yani bölünmede devredilen malvarlığının karşılığı devralan ortaklığın ortaklık haklarıdır. Halbuki ticari işletme devri için yapılacak sözleşmede kanun bir ivaz şartı getirmemiştir ve bu nedenle ticari işletme devri sözleşmesinde devredilen malvarlığının karşılığının devralan ortaklığın ortaklık hakları dışında herhangi bir değer olması mümkündür<sup>241</sup>. Bu nedenle olarak ticari işletmenin devri karşılığında, para ödenebileceği gibi bir hakkın devri de söz konusu olabilir. Hatta taraflar ticari işletme devrini ivazsız olarak da gerçekleştirebilirler<sup>242</sup>.

Kanaatimizce ivaz bakımından getirilen sınırlama bölünme ile ticari işletmenin uygulama alanları bakımından belirleyici niteliktedir<sup>243</sup>. Aslen TTK bölünme konusunda taraflara geniş bir düzenleme imkanı tanımaktadır. Taraflar bölünme sonucunda bölünen ortaklığın infisah edip etmeyeceğini, bölünme sonucu malvarlığını devralan ortaklığın ortaklık haklarını bölünen şirketin mi yoksa bölünen şirketin ortaklarının mı alacağını, hatta asimetrik bölünme yoluyla hangi ortağın hangi oranda pay alacağını dahi kararlaştırabilmektedir. Ne var ki, tüm bu serbestiye rağmen bölünmede malvarlığı devrinin karşılığı her durumda devralan ortaklığın ortaklık hakları olmaktadır.

Halbuki devreden ortaklık bakımından devralan ortaklığın ortaklık haklarını almak her durumda cazip bir çözüm olmayabilir. Örneğin belirli bir sektörden

---

şekilde Alman Hukuku da “kısmi külli halefiyet” kavramını dışlamamakla beraber “envantere göre devir” kavramının daha yerinde olduğu belirtilmiştir. Coştan, **Bölünme** s.115.

<sup>239</sup> Coştan, **Bölünme** s.36.

<sup>240</sup> Coştan, **Bölünme** s.33, Bahar, **Commentaire Lfus** s.474 ve s.494, Kläy/Turin s.72, Pulaşlı, **Şerh** s.202, Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.83.

<sup>241</sup> Coştan, **Bölünme** s.33, Bahar, **Commentaire Lfus** s.474 ve s.494, Kläy/Turin s.72, Pulaşlı, **Şerh** s.202, Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.83. Devredilen malvarlığı unsurlarının karşılığında devralan ortaklığın ortaklık haklarının verilmesi halinde ise artık bir bölünme işlemi söz konusu olacaktır.

<sup>242</sup> Coştan, **Bölünme** s.35, Turin s.37, Phillippin, **Transfert de Patrimoine Patrimoine** s.83.

<sup>243</sup> Coştan, **Bölünme** s.35, Çebi s.33.

çıkarmak için ticari işletmesini devreden bir ortaklığın bu devir sonrasında bu alanda faaliyet gösteren bir ortaklıkta ortak olmak istemeyeceğini dikkate almak gerekmektedir. Diğer yandan finansal durumu sıkıntıda olan veya yeni yatırımlarına kaynak oluşturmak isteyen bir ortaklığın ticari işletmesini para karşılığında, yani bir satım sözleşmesi ile devretmesine imkan tanımak gerekmektedir. İşte bölünme işlemi bu gibi durumlarda malvarlığını devretmek isteyen ortaklığın taleplerini karşılamaya imkan vermemektedir. Bu açıdan bölünmenin ticari işletme devrinin iktisadi işlevinin yerini alması mümkün değildir.

Ticari işletme devrinde ivazın serbestçe belirlenebilmesi imkanı karşısında sorulabilecek bir soru da ticari işletme devri karşılığı olarak devreden ortaklığa, devralan ortaklığın paylarının verilmesi halinde bölünme hükümlerinin mi yoksa ticari işletme devri hükümlerinin mi uygulanacağıdır. Şöyle ki, bu işlemde bir ortaklığın ticari işletmesi mevcut veya yeni kurulan bir ortaklığa devredilirken devir karşılığında devralan ortaklığın ortaklık haklarının verileceği kararlaştırılabilir. Bu durumda işleme ticari işletme devri mi yoksa bölünme hükümleri mi uygulanacağı incelenmesi gereken ve farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmiş bir sorundur.

Alman Nev'i Değişirme Kanunu malvarlığı devri karşılığında devralan ortaklığın ortaklık haklarının verilmesini her koşulda bölünme olarak kabul etmiştir. Alman Nevi Değişirme Kanunu m.123 f.1'de tam bölünme ve f.2'de kısmi bölünme durumunda devreden ortaklığın ortaklarına devralan ortaklığın ortaklık haklarının verilmesini düzenlemiştir.m.123 f.3'te ise devralan ortaklığın ortaklık haklarının devreden ortaklığın kendisine verilmesini düzenlemiştir. Doktrinde "ayırma" olarak tanımlanan bu işlemi bölünmenin özel bir türü olarak açıkça düzenlemiştir<sup>244</sup>. Bu nedenle ayırma işleminin bölünme niteliğinde olduğu Alman Hukuku bakımından tartışmasızdır<sup>245</sup>.

İsviçre Hukuku bakımından biraz daha karmaşık bir durum söz konusudur. Bir malvarlığının devredilmesi karşılığında devralan ortaklığın ortaklık haklarının devreden ortaklığın ortaklarına verilmesinin kararlaştırılması halinde bu işlem bölünme teşkil edecektir. Zaten malvarlığı devri kavramı düzenlenirken bu durum

<sup>244</sup> Çebi s.20. Tekinalp ise bu işlemi ayrılma olarak değil yavru ortaklık oluşturma olarak tanımlamaktadır. Bkz. Tekinalp, **Bölünme** s.549.

<sup>245</sup> Coştan, **Bölünme** s.13, Çebi s.21.



açık hükme bağlanmıştır (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69). Bu şekilde bölünme bakımından getirilen düzenlemelerin malvarlığı devri suretiyle aşılmasını engellemek istenmektedir<sup>246</sup>.

Diğer taraftan malvarlığı devri karşılığında alınan ortaklık haklarının malvarlığını devreden ortaklığın ortaklarına değil de devreden ortaklığın kendisine verilmesi (“ayırma”) İsviçre Birleşme Kanunu tarafından düzenlenmemiştir.

Aslen İsviçre Birleşmeler Kanunu, tasarı aşamasındayken m.39 ayırmayı bölünme türleri arasında saymaktaydı. Ne var ki, kanunlaşma aşamasında ayırmaya ilişkin bu düzenleme tasarıdan çıkartılmıştır<sup>247</sup>. Mevcut düzenleme çerçevesinde ayırma işleminin bölünme niteliğinde olmadığı ve bunun yerine ayırma işlemine malvarlığı devrine ilişkin olarak İsviçre Birleşmeler Kanunu’nu m.69 vd. hükümlerinin uygulanması görüşü ileri sürülmektedir<sup>248</sup>. Bu şekilde ayırma işleminin bölünmeye oranla daha kolay ve daha esnek bir şekilde düzenlenmesinin önü açılmıştır<sup>249</sup>.

TTK ise Alman Nev’i Değiştirme Kanunu ve İsviçre Birleşmeler Kanunu Tasarısı’nın düzenlemesini takip ederek ayırmayı da bölünme niteliğinde kabul etmiştir. TTK m.159 f.1-b kısmi bölünmede malvarlığı devri karşılığında verilecek ortaklık haklarının devreden ortaklığın kendisine de verilebileceğini belirtmekte ve ayırmayı kısmi bölünmenin özel bir görünümü olarak düzenlemektedir<sup>250</sup>.

Bu noktada Türk Hukuku’na özgü TTK m.194 hükmünü de unutmamak gerekmektedir. TTK m.194 uyarınca bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi veya bir ticaret şirketi ile birleşmesi imkanı bulunmaktadır. Kanaatimizce bölünmenin düzenlendiği bir kanunda bu hükümlerin bölünmeye katılabilecek tüzel kişilerin ticari işletmelerini devretmesi halinde uygulanması mümkün değildir. Bu yüzden de devralan ortaklığın ortaklık hakları karşılığında ticari işletmeyi devreden bir ticaret şirketi veya kooperatif olması halinde TTK m.159 uyarınca ayırma suretiyle bölünme söz konusu olacakken devreden bölünmeye katılamayacak bir

<sup>246</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.494, Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.215.

<sup>247</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.475, Turin s.40, Coştan, **Bölünme** s.18, Çebi s.15.

<sup>248</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Fusions, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13.Juni.2000, BBl, 2000, 4337, s.4360, s.4361 ve s.4459. (naklen Coştan Bölünme s.21), Bahar, **Commentaire Lfus** s.476, Turin s.41, Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.215.

<sup>249</sup> Trigo Trindade, **Transfert du Patrimoine** s.215

<sup>250</sup> Bazı yazarlar ise ayrılmanın bölünmenin tam ve kısmi bölünme dışında bölünmenin 3. bir görünümü olduğunu belirtmektedir. Bkz. Tekinalp, **Bölünme** s.549, Yasaman, **Birleşme-Bölünme** s.61. Bu görüş Alman Nev’i Değiştirme Kanunu’nun sistematigi ile paralellik göstermektedir.

kişi olması halinde ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi veya ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>251</sup>.

TTK bölünebilecek şirketler bakımından bir sınırlama getirmektedir. TTK m.160 uyarınca yalnızca sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilmektedir<sup>252</sup>. Halbuki ticari işletme devri yapabilecek hukuk kişileri bakımından böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Bu yüzden de TTK m.160 yer alan sınırlama nedeniyle bölünme yoluna gidemeyecek şirketlerin ticari işletmelerini devretmeleri ise kural olarak mümkündür<sup>253</sup>.

Devredilen malvarlığının içeriği de bölünme ile ticari işletme devri bakımından bir farklılık arz etmektedir. Aslında gerek bölünmede gerekse ticari işletmenin devrinde malvarlığının hem aktif hem de pasif kısmı devredilebilmektedir<sup>254</sup>. Bölünme bakımından devredilen malvarlığının aktif ve pasiflerinin birbirleri ile bağlantılı olması gerektiği belirtilse de<sup>255</sup> devredilen malvarlığının bir ticari işletme niteliğinde olması şartı aranmamaktadır<sup>256</sup>. Halbuki TTK m.11 f.3 açıkça belirtmese de Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 tarafından ifade edildiği şekilde ticari işletmenin bir bütün halinde ve devamlılığı sağlayacak şekilde devredilmesi gerekmektedir<sup>257</sup>. Bu nedenle bir ticari işletme niteliği taşımayan aktif ve pasifler bölünmenin konusunu teşkil edebilirse de ticari işletme devrinin konusu olamazlar<sup>258</sup>.

Bir yeniden yapılandırma işleminin bölünme veya ticari işletme devri olmasının en önemli sonuçlarından biri alacaklıların korunması rejimindeki

<sup>251</sup> Ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi için bkz. II-B-5-Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi İle Birleşmesi Ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi için bkz. II-B-6-Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi.

<sup>252</sup> Söz konusu sınırlamanın eleştirisi için bkz. Necla Akdağ Güney, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 2 Sayı Yıl 2005, İstanbul.

<sup>253</sup> Trigo Trindade, **Transfert du Patrimoine** s.217, Klây/Turin s.78. Coştan, **Bölünme** s.37, Çebi s.16.

<sup>254</sup> Coştan, **Bölünme** s.32.

<sup>255</sup> Çebi s.26.

<sup>256</sup> Erdem s.81, Bahar, **Commentaire Lfus** s.467, Coştan, **Bölünme** s.110.

<sup>257</sup> Belirtmek isteriz ki TTK'ya kaynaklık eden İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı düzenlemesi yalnızca ticari işletme devrine değil ticaret siciline kayıtlı olan bir hukuk stüjesi tarafından gerçekleştirilen malvarlığı devirlerine de uygulanmaktadır. Malvarlığı devrinin uygulanması için ise TTK m.11 f.3'den farklı olarak devredilen malvarlığı unsurlarının bir ticari işletme teşkil etmesi şartı aranmamaktadır. Bu nedenle İsviçre Hukuku'nda devir kapsamındaki malvarlığı unsurlarının ticari işletme teşkil etmesinin zorunlu olmaması bölünme ve malvarlığı devri kavramları için ortaktır.

<sup>258</sup> Devredilecek malvarlığı unsurlarının bir iktisadi bütün oluşturması şartının aranmaması bakımından bölünme işlemi ticari işletme devrinden ziyade İsviçre hukukundaki malvarlığı devri kavramına benzemektedir.

farklılıktır. Ticari işletmenin devrinde kanun ticari işletmeyi devreden tarafı devralan ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutmakta; ancak devreden veya devralan tarafa herhangi bir teminat yükümlülüğü getirmemektedir (TBK m.202)<sup>259</sup>. Ne var ki, TTK m.173 uyarınca bölünmeye katılan şirketlerin alacaklılarına teminat verilmediği müddetçe bölünme kararı alınamaz. TTK m.173 ile getirilen teminat yükümlülüğüne ilaveten TTK m.176 bölünmeye katılan ortaklıkların belirli koşullarda bölünme ile kendisine borç nakledilen ortaklıkların borçlarından sorumlu olacağını belirtmektedir. Her ne kadar TTK m.176 bir müteselsil sorumluluk getirmekteyse de bu sorumluluk TBK m.202 ile ticari işletme devrinde getirilen müteselsil sorumluluktan farklı olarak ikincil derecede bir müteselsil sorumluluktur<sup>260</sup>. O nedenle bölünmede müteselsil sorumluluk ancak asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde devreye girerken, ticari işletme devrinde alacaklı doğrudan devredene veya devralan başvurma imkanına sahiptir. Belirtmek gerekir ki, alacaklıların korunması için bölünmede özel hükümler öngörülmüş olması nedeniyle TBK m.202 ile getirilen koruma rejimi bölünme halinde uygulanmayacaktır<sup>261</sup>.

Alacaklıların korunmasına ilişkin bu hükümler dışında TTK, bölünmeye katılacak ortaklıkların ortaklarının bilgilendirilmesi yükümlülüğü getirmekte, ayrıca ortaklık haklarının korunması davalarına imkan tanımaktadır. Halbuki, ticari işletmenin devredilmesi halinde TBK m.202 veya TTK m.11 f.3 yukarıda açıklanan devreden müteselsil sorumluluğu dışında herhangi bir ilave koruma getirmemektedir.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar ticari işletme devrinde devreden ortaklığın ortaklarının korunması bakımından özel bir düzenleme getirilmemiş olsa da devreden ortaklığa ilişkin genel hükümlerin getirdiği koruma imkanları geçerliliğini koruyacaktır. Örneğin anonim ortaklıklarda sermayenin korunması ilkesi veya sermayenin iadesi yasağına ilişkin sınırlamalar anonim ortaklık tarafından gerçekleştirilecek ticari işletme devirleri için geçerli olacaktır.

İlaveten, bölünmenin aksine ticari işletme devrinde tasfiye hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ticari işletme

<sup>259</sup> Arıcı s.58.

<sup>260</sup> Arıcı s.58, Erdem s.85, Bahar, **Commentaire Lfus** s.474.

<sup>261</sup> Arıcı s.58. Bölünmede alacaklıların korunması için getirilen düzenlemeler için detaylı açıklama için Bkz. Hülya Coştan, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması**, Turhan Yayınevi, Ankara 2009

devrinin devreden hukuk süjesinin tasfiyesine sebep olması halinde tasfiyede alacaklıları ve ortakları koruyan hükümler uygulanacaktır<sup>262</sup>.

#### 4. Birleşme

TTK m.136 “Birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarına kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir” demek suretiyle birleşmenin nasıl gerçekleşeceğini belirtmektedir.

Türk doktrini birleşmenin türlerini de dikkate alarak daha kapsamlı bir tanımyapmaktadır. Buna göre birleşme bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının tasfiye olunmaksızın mevcut veya yeni kurulan bir ortaklığa kendiliğinden külli halefiyet yoluyla geçmesi ve devredilen malvarlığının karşılığı olarak devreden ortaklığın ortaklarının devralan ortaklığın bünyesinde kendiliğinden ortaklık payı alması olarak tanımlanmaktadır<sup>263</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu birleşme konusunda bir tanım içermese de İsviçre Birleşme Kanunu Gerekçesi, TTK’daki tanıma benzer şekilde birleşmeyi “iki veya daha fazla şirketin tasfiyesiz olarak külli halefiyet ile malvarlığı devri karşılığında devralan şirketin ortaklık haklarının devredilen ortaklığın ortaklarına devredilmesi sonucunda bir araya gelmesi” olarak tanımlamaktadır.

##### a) Birleşme ile Ticari İşletme Devrinin Ortak Yönleri

Ticari işletmenin devri işlemi de birleşme ile benzer bir iktisadi amaç içermektedir. Gerçekten de gerek birleşmede gerekse ticari işletmenin devrinde bir malvarlığı devri söz konusudur. Bu nedenle iktisadi anlamda ticari işletme devrinin devralan bakımından bir birleşme işlemi de olduğu söylenebilir<sup>264</sup>. Hatta İsviçre Hukuku’nda birleşme işleminin ortaklık haklarının devamı bertaraf edilerek<sup>265</sup> ticari işletme devri amacıyla kullanıldığı gözlenmiştir. Bu durum üzerine ise İsviçre Kanun

<sup>262</sup> Coştan, **Bölünme** s.37.

<sup>263</sup> Yasaman, **Birleşme-Bölünme** s.55, Türk s.37, Göktuna s.8, Pulaşlı, **Şerh** s.111.

<sup>264</sup> Trigo Trindade, **Commentaire Lfus** s.33.

<sup>265</sup> Örneğin birleşme sonucu payları devralan kişilerin payları birleşmeye katılan şirketin ortaklarına verme yükümlülüğü getiren pay sahipleri sözleşmeleri kullanılarak böyle bir sonuca ulaşılabilir.

Koyucusu,İsviçre Birleşmeler Kanunu'nda malvarlığı devri kurumunu benimseyerek birleşmeleri tekrar asıl kimliğine uygun hale getirmeyi hedeflemiştir<sup>266</sup>.

Üstelik ETTK düzenlemesinden farklı olarak TTK'da, ticari işletmenin devrinde kısmi külli halefiyetin benimsenmesi neticesinde hem birleşmede hem de ticari işletme devrinde malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde tek bir işlem ile (“*uno actu*”) devralana geçmesi bu iki kurumu birbirine daha da yaklaştırmaktadır.

Birleşmeyi ticari işletmenin devrinden ayıran ilk özellik devredilen malvarlığının karşılığı yani ivazdır. Aynen bölünmede olduğu gibi birleşmede de devredilen malvarlığının karşılığında devreden ortaklığın ortaklarına devralan ortaklığın ortaklık hakları verilmektedir ve bu sonuç birleşmeyi ticari işletme devrinden ayıran en temel özelliktir<sup>267</sup>. Bu kavram doktrinde ortaklık haklarının devamı olarak tanımlanmaktadır<sup>268</sup>. Ancak ticari işletmenin devrinde ivaz taraflarca belirlenebilmektedir. Bu açıdan ticari işletmenin devrinde ortaklık haklarının devamı ilkesi söz konusu değildir. Bu nedenle ticari işletmeyi devreden ortaklığın ortaklarının ticari işletmeyi devralan ortaklıkta ortaklık hakkı alması söz konusu olmayacaktır<sup>269</sup>.

Birleşme sonucunda devralan ortaklığın ortaklık haklarının birleşen ortaklığın ortaklarına verilmesi ortaklık yapısı bakımından da değişikliğe sebep olmaktadır. Birleşmede malvarlığını devreden ortaklığın ortakları devralan ortaklığın ortakları haline gelmektedir. Bu nedenle birleşme sonucunda yalnızca birleşmeye katılan ortaklıkların malvarlıkları değil ortakları da aynı çatı altında toplanmaktadır<sup>270</sup>. Öte yandan ticari işletme devri yalnızca malvarlığı devri sonucu doğurduğu için ortaklık yapısını de değiştirmemektedir<sup>271</sup>.

<sup>266</sup> Turin s.55.

<sup>267</sup> Yasaman, **Birleşme-Bölünme** s.55,Bauen/Bernet/Rouille s.341, Göktuna s.6.

<sup>268</sup> Kläy/Turin s.51, Yasaman, **Birleşme-Bölünme** s.52, Göktuna s.7, Pulaşlı, **Şerh** s.120, Trigo Trindade, **Commentaire LFus** s.37. Belirtmek gerekir ki, birleşmeyi ticari işletme devrinden ayıran ortaklık haklarının devamı ilkesi mutlak bir kural değildir. TTK m.141 uyarınca birleşmeye katılanlar birleşmede ayrılma akçesi öngörebilirler veya ayrılma akçesini zorunlu tutabilirler. Bu durumda birleşmede devreden ortaklığın ortakları devralan ortaklıktan ortaklık hakkı yerine ayrılma akçesi alacağı için ortaklık haklarının devamı söz konusu olmayacaktır. Bkz. Hubert Orso Gilliéron, **Dédommagement Forcé Des Actionnaires Minoritaires En Cas De Fusion Simplifiée (Art. 23 AL. 2 Let. A LFus)**, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2009 s.340, Trigo Trindade, **Commentaire LFus** s.37, Kläy/Turin s.51, Pulaşlı, **Şerh** s.120.

<sup>269</sup> Türk s.59.

<sup>270</sup> Mehmet Bahtiyar, **Yeni Ticaret Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri**, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 106, 2011 s.3891, Göktuna s.6.

<sup>271</sup> Arıcı s.48.

Birleşme sonucunda malvarlığını devreden ortaklık veya ortaklıklar her koşulda tasfiyesiz bir şekilde infisah etmektedir<sup>272</sup> (TTK m.136 f.4, İsviçre Birleşme Kanunu m.3 f.2). Ne var ki, ticari işletme devri kural olarak bir ortaklığın infisah etmesine sebep olmamaktadır<sup>273</sup>.

Belirtmek gerekir ki, bir ortaklığın ticari işletme devri yapmasının ardından şirketin faaliyet konusunun imkansız hale gelmesi veya şirketin bütün malvarlığını kaybetmesi nedeniyle infisah etmesi mümkündür. Örneğin tek bir ticari işletmesi bulunan bir anonim şirketin ticari işletmesini bir başka anonim şirkete devretmesi halinde devreden anonim şirket tüm malvarlığını kaybettiği veya faaliyet konusu imkansız hale geldiği için infisah edebilir. Ticari işletmeyi devralan anonim şirketin sermaye artırımına gidip yeni çıkan payları ticari işletmeyi devreden anonim ortaklığın ortaklarına devretmesi halinde ticari işletmeyi devreden anonim şirket tasfiye etmiş ve bu şirketin ortakları devralan şirketin ortağı haline gelmiştir. Birleşme ile benzer bir ekonomik neticeye sebep veren bu işlem İsviçre Hukuku'nda gerçek olmayan birleşme (psuedofusion/ Fusionimproprement dite/ unechteFusion) olarak isimlendirilmektedir. Ne var ki, bu işlemin malvarlığı devri hükümlerine tabi olduğu kabul edilmektedir<sup>274</sup>.

### b) Birleşme ile Ticari İşletme Devri Arasındaki Farklar

Birleşmeyi ticari işletme devrinden ayıran diğer bir husus ise devredilen malvarlığının kapsamıdır. Birleşmede devralınan ortaklığın tüm malvarlığı devralan ortaklığa geçmektedir<sup>275</sup>. Eğer bir malvarlığı unsurunun birleşme ile devralan şirkete geçmesi istenmiyor ise bu durumda bu malvarlığı unsurunun birleşme öncesinde birleşmeye katılan şirketlerin malvarlığından ayırması gerekmektedir<sup>276</sup>. Ne var ki, ticari işletme devrinde taraf iradeleri uyarınca devir kapsamının belirlenmesi mümkündür. Bu nedenle de tüm malvarlığı veya tüm ticari işletmelerin devri zorunlu

<sup>272</sup> Pulaşlı, **Şerh** s.113, Yasaman **Birleşme-Bölünme** s.52, Her ne kadar TTK m.136 sona ermenin tasfiyesiz olacağını açıkça belirtmiyorsa da birleşme işleminin niteliği gereği sona ermenin tasfiyesiz olarak gerçekleştirileceği konusunda bir şüphe yoktur. Buna rağmen Göktuna, kanun metninin infisahın tasfiyesiz olduğunun açıkça belirtilmemesini bir eksiklik olarak kabul etmektedir. Bkz. Göktuna s.5.

<sup>273</sup> Edgar Phillippin, **Questions choisies de droit de l'exécution forcée en relation avec la loi sur la fusion**, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, 2006 s.14.

<sup>274</sup> Trigo Trindade, **Commentaire LFus** s.33, Bauen/Bernet/Rouille s.326.

<sup>275</sup> İsviçre Hukuku'nda bu durum "malvarlığının devamı ilkesi" ("Principe de continuité de patrimoine") olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Trigo Trindade, **Commentaire LFus** s.35.

<sup>276</sup> Türk s.75.

olmayıp yalnızca tarafların kararlaştırdığı ticari işletme veya ticari işletmelerin devredilmesi mümkündür.

Ayrıca kanun, birleşme bakımından bir kişi sınırlaması getirmektedir. TTK m.137 ortaklıkları “sermaye şirketleri”, “şahıs şirketleri” ve “kooperatifler” olarak üç gruba ayırarak her grubun hangi şirketler ile birleşebileceğini düzenlemektedir<sup>277</sup>. Ancak ticari işletmenin devri bakımından kanunda böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Her gerçek veya tüzel kişi ticari işletmesini başka bir gerçek veya tüzel kişiye devredebilmektedir<sup>278</sup>.

Birleşmede de bölünmede olduğu gibi alacaklıları ve ortakları koruyan hükümler bulunmaktadır<sup>279</sup>. Bu nedenle alacaklılar ve birleşmeye katılan ortaklıkların ortaklarını koruyan özel davalar bulunmaktadır. Ancak ticari işletmenin devrinde, devreden ticaret şirketinin ortakları bakımından bu şekilde özel bir koruma imkanı getirilmemiştir. Ticari işletmenin devrinde alacaklıların korunması ise TBK m.202’de öngörülen müteselsil sorumluluk hükümleri çerçevesinde bir korumadır.

## 5. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi İle Birleşmesi

TTK m.194’te “Ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme” başlığı altında bir ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesini ve ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesini düzenlemektedir. TTK m.194 f.1 uyarınca ticari işletme bir ticaret şirketi ile birleşebilmektedir. Bu durumda birleşen şirketin niteliğine göre TTK 138 ilâ 140, 142 ilâ 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193 üncü madde hükümleri bu birleşme işlemine kıyas yoluyla uygulanacaktır.

TTK Hükümet Tasarısı’nda ve İsviçre Birleşmeler Kanunu’nda yer almayan bu madde daha sonradan Alt Komisyon tarafından “*Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi ihtiyacı doğabilir*” gerekçesi ile kanuna eklenmiştir. Bu açıdan mehz İsviçre Birleşmeler Kanunu düzenlemelerinde yer almayan Türk Hukuku’na özgü bir düzenleme söz

<sup>277</sup> İsviçre Birleşmeler Kanunu bir kamu iştiraki olan bir şirketin veya bir derneğin birleşmeye katılmasına da imkan vermektedir. Ne var ki, bu düzenlemeler TTK’ya alınmamıştır. Bkz. Pulaşlı, **Şerh** s.119. Söz konusu sınırlamanın eleştirisi için bkz. Akdağ Güney.

<sup>278</sup> Kläy/Turin s.78. Aslında TTK m.194 ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi kavramına yer vermektedir. Ancak kanaatimizce bu düzenleme teknik anlamda bir birleşme değildir. O nedenle ticari işletmeyi burada zikretmeyi uygun görmedik.

<sup>279</sup> Bölünme ve birleşme bakımından alacaklıların korunması için getirilen düzenlemeler için detaylı açıklama için Bkz. Coştan, **Alacaklı Koruması**.

konusudur<sup>280</sup>. Zaten İsviçre Hukuku'nda ticari işletmenin birleşmeye katılmasına ihtiyaç olmadığı, malvarlığı devri hükümleri ile ticari işletmelerin yeniden yapılandırılmasının sağlanabileceği belirtilmektedir<sup>281</sup>.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, TTK m.194'de birleşme ifadesinin kullanılması yanıltıcı nitelikte bir ifadedir. TTK m.136 vd. hükümleri uyarınca birleşme işlemi tüzel kişiliği bulunan bir ortaklık malvarlığının tamamını mevcut veya yeni kurulan bir ortaklığa devrederek tasfiyesiz olarak infisah etmekte, bunun karşılığında infisah eden ortaklığın ortakları, malvarlığını devralan ortaklıktan ortaklık hakkı almaktadır<sup>282</sup>. Birleşme işlemi birleşenler ticaret ortaklıkları yani tüzel kişiliklerdir<sup>283</sup>. Halbuki, bir ticari işletme bir hukuk kişisi değil, bir hukuk nesnesidir. Bu açıdan ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi bir malvarlığının bir hukuk kişisi ile birleşmesi işlemidir, bu ise teknik anlamda bir birleşme olarak nitelendirilemez. Burada aslen bir malvarlığı bütünü (ticari işletme) bir hukuk kişisi tarafından (ticaret şirketi) “devralınmasının” söz konusu olduğunu açıklığa kavuşturmak gerekmektedir<sup>284</sup>.

Ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi işlemi ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının tamamı ticaret şirketine geçerken, ticari işletmenin sahibi olan kişiler devralan ortaklığın ortaklık haklarını iktisap etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi özel bir rejime tabi kılınmış bir aynı sermaye koyma işlemi olarak veya devredilen malvarlığının ivazı olarak ortaklık haklarının verildiği özel bir birleşme türü olarak nitelendirilebilir.

Kanun Koyucu ise, ticari işletmeye verdiği özel önem sebebiyle bir ticari işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesine birleşme işleminin hükümlerinin, özellikle de külli halefiyet ilkesinin uygulanması için böyle bir düzenleme

<sup>280</sup> Coştan, **Alacaklıların Korunması** s.36. Ne var ki İsviçre Hukuku'nda da ticari işletmenin birleşme işlemine taraf olmasına imkan tanınması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Hasler, Daniel Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Bern, 2007 (naklen Coştan, **Alacaklı Korunması** s.37).

<sup>281</sup>BotschaftFusG, Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997 (naklen Coştan, **Alacaklı Korunması** s.36.), Pulaşlı, **Şerh** s.173, Ülgen/Arıcı s.1771.

<sup>282</sup> Yasaman, **Birleşme-Bölünme** s.55, Türk s.37, Göktuna s.8.

<sup>283</sup> Türk s.43 vd.

<sup>284</sup> Nitekim Arkan “TTK'da ayrıca bir ticari işletmenin bir ticaret şirketince devralınması da düzenlenmiştir” demek suretiyle devralma ifadesini kullanmıştır. Bkz. Arkan s.42.



getirmiştir<sup>285</sup>. Özellikle bir aile etrafında toplanmış küçük şirketler topluluklarında bu imkanın uygulanabileceği ileri sürülmüştür<sup>286</sup>.

Ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesinin açıkça düzenlenmesinin bir sonucu olarak bu durumda ticari işletmenin devredilmesi halinde devreden devirden itibaren iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olacağını öngören TBK m.202 hükmü uygulanmayacaktır<sup>287</sup>. Bu bakımdan TTK m.194 düzenlemesinin bir ihtiyacı karşıladığı söylenebilir. Ne var ki, TTK m.194 düzenlemesinde bazı sorunlar olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

Öncelikle teknik olarak birleşme niteliğinde olmayan böyle bu işlemin “ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi” olarak tanımlanması yukarıda açıklandığı üzere ticari işletmeyi bir hukuk kişisi olarak değerlendirmeye müsait bir ifadedir. Halbuki ticari işletme bir hukuk kişisi değil bir hukuk nesnesidir. Bu açıdan kişiliği olmayan hukuk nesnesi için “birleşme” ifadesi kullanılması ticaret şirketlerinin birleşmesini akla getireceğinden kavramlar arasında karışıklığa sebep olabilecektir<sup>288</sup>. Ayrıca böyle bir düzenleme ticari işletmenin bir hukuk kişisi olduğu ve hatta tüzel kişiliği bulunduğu gibi bir yanlış anlaşılmaya dahi yol açabilecek niteliktedir<sup>289</sup>.

Ticari işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesini düzenleyen TTK m.127 f.1-g'nin TTK m.194 karşısındaki durumuda bir başka sorundur. Gerçekten de bir kişinin ticari işletmesini bir ortaklığa devretmesi ve karşılığında bu ortaklığın ortaklık haklarını iktisap etmesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu

<sup>285</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.14.

<sup>286</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.14.

<sup>287</sup> Akçaal s.80.

<sup>288</sup> Coştan, **Alacaklı Koruması** s.36.

<sup>289</sup> Belirtmek gerekir ki, benzer bir sorun yine Hükümet Tasarısı aşamasında bulunmayan; ancak sonradan TTK'ya eklenen TTK m.1530 açısından da söz konusudur. TTK m.1530 f.2 "Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde..." ifadesine yer vermektedir. Ne var ki, tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmelerin bir hukuki işlem yapması ve sözleşmenin tarafı olması mümkün değildir. Burada ticari işletmeyi işleten tacirlerin ticari işletmenin faaliyet alanına dair bir konuda yaptığı sözleşmeler kastedilmektedir. Bu nedenle TTK m.194'ün ifadesine yönelik eleştirileri aynen TTK m.1530 için de getirmek mümkündür. Bkz. Ali Dural, **Yttk'nın Ticari İşletmeler Arasındaki Mal Ve Hizmet Tedariki Sözleşmelerine İlişkin 1530. Maddesi**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012s.121.

ortaya çıkmaktadır. Bu durumda TTK m.127<sup>290</sup> ve devamındaki aynı sermaye hükümlerinin mi, TTK m.159'da düzenlenen ayırma yoluyla bölünme hükümlerinin mi yoksa TTK m.194 f.1 uyarınca ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi hükümlerinin mi uygulanacağı kanunun açık bıraktığı, çözülmesi gereken bir sorundur. Bu sorunu çözebilmek için ilgili hükümleri birbiri ile karşılaştırarak bir sonuca ulaşmak gerekmektedir.

Konuyu incelerken öncelikle TTK m.159'da düzenlenen kısmi bölünme ile TTK m.194'te yer alan ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi hükümlerinin karşılaştırılması yoluna gidilebilir; zira ticari işletmenin bir ticaret ortaklığına devredilmesi halinde devralan ortaklıkta ortaklık hakkı kazanılması, hem ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi hem de ayırma yoluyla bölünme işleminin özelliklerini göstermektedir. Bu durumda da hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda gerek kanundan gerekse Adalet Komisyonu Raporu'nda bir açıklama yer almamaktadır<sup>291</sup>.

Kanaatimizce bu sorunu her iki maddeyi karşılaştırarak çözmek mümkündür. Ayırma yoluyla bölünmeye imkan tanıyan TTK m.160 bir ticaret ortaklığının veya kooperatifin bölünmesinden bahsetmektedir. Halbuki ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesine ilişkin TTK m.194 devreden kişi bakımından bir ayırım getirilmeden, "kişi" ifadesini kullanmaktadır. Buradan hareketle devralan şirketin ortaklık hakları karşılığında ticari işletmesini devreden kişinin bir ticaret şirketi veya bir kooperatif olması halinde ayırma yoluyla bölünme, devreden kişinin bölünmeye katılamayacak bir kişi (gerçek kişi, dernek veya vakıf) olması halinde ise ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi (TTK m.194) hükümlerine gidilerek sorunun çözülmesi mümkün olabilir.

Belirtmek isteriz ki, kanunun lafzından hareketle devreden kişinin niteliğine göre böyle bir ayırım yapılabilir. Ancak, aynı amaca yönelik bir işlem için, devreden ticaret şirketi veya kooperatif olduğunda bölünme hükümlerini doğrudan, devreden

---

<sup>290</sup> TTK m.342 anonim ortaklıkta aynı sermaye bakımından TTK m.127'ye ilaveten özel bir düzenleme getirmektedir. Ne var ki, TTK m.342 ticari işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesi bakımından bir düzenleme getirmediği için anonim ortaklıklar bakımından da TTK m.127 ışığında konunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>291</sup> Yukarıda da belirtildiği gibi bu düzenleme Hükümet Tasarısı'nda yer almadığı için söz konusu açıklamanın Gerekeç'te bulunması beklenemez. Bu konudaki gerekçenin Adalet Komisyonu Raporu'nda yer alması gerekirdi.

gerçek kişi, dernek veya vakıf olduğunda ise birleşme hükümlerini kıyasen uygulamada bir menfaat bulunup bulunmadığı ayrıca tartışmaya açık bir sorudur.

Ticari işletmenin gerçek kişi tarafından bir ortaklığa bu ortaklıktaki ortaklık hakları için devredilmesi halinde durumun ne olacağı da yine tartışmalıdır. TTK m.127 ticari işletmenin ticaret şirketine aynı sermaye olarak getirilmesini düzenlemektedir. Ancak TTK m.194’te ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi düzenlenirken TTK m.127 hükümlerinin akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelebilir.

TTK m.194’ün gerekçesi incelendiğinde Adalet Komisyonu’nun ilgili hükmü getirmedeki amacının bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine devredilmesini kolaylaştırmak olduğu görülebilir. Bu durumda ise TTK m.194’te düzenlenen ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi düzenlemesini bir imkan olarak değerlendirmek gerektiği söylenebilir. Bu durumda bir gerçek kişi, dernek veya vakıf ticari işletmesini ticaret şirketine devredip karşılığında bu şirketin paylarını almak istiyorsa dilerse TTK m.194 ve devamı hükümlerine dilerse TTK m.127 vd. Hükümlerine başvurabilecektir.

TTK m.194’ün bir imkan olması ise sadece bölünmeye katılamayacak kişiler (gerçek kişi, dernek veya vakıf) bakımından söz konusudur. TTK m.159 uyarınca bir ticaret şirketinin ticari işletmesini bir başka ticaret şirketine devretmesi ve devralan şirketin paylarını alması durumunda “ayırma yoluyla bölünme” işlemi söz konusu olacaktır. TTK m.164 uyarınca ise bu durumda aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

## **6. Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi**

TTK m.194 f.2 ile Kanun Koyucu bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine de imkan tanımıştır. Kanun Koyucu bu şekilde tek ortaklılimited ve anonim şirketlerin kurulmasını kolaylaştırmak istemiştir<sup>292</sup>. TTK m.194 f.1 uyarınca ticari işletme yeni kurulacak bir ticaret ortaklığına devredilirken ticaret ortaklığının paylarının tümü ticari işletmeyi devreden kişilere verilecektir.

Ticaret şirketinin ticari işletmeye veya ticari işletmenin ticaret şirketin “dönüşmesinden” bahsetmektedir. “Dönüşme” ibaresi tür değiştirme kavramını akla

<sup>292</sup>Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.14.

getirmekteyse de bir hukuk nesnesinin bir hukuk kişisine dönüşmesi veya tersi mümkün değildir.

TTK m.194 f.2 uyarınca ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde, ticari işletmenin yeni kurulan bir ticaret şirketine devredilmesi karşılığında ticari işletmeyi devreden kişiler yeni kurulan ortaklıkta ortaklık hakları kazanmaktadırlar. Bu açıdan bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi ticari işletmenin yeni kurulan bir ortaklığa özel bir usulle aynı sermaye olarak getirilmesi olarak nitelendirilebilir.

Bu noktada ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi ile ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi kavramlarının birbirinden nasıl ayrılacağı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bir ticari işletme mevcut bir ticaret ortaklığına devrediliyorsa bu durumda ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi söz konusudur. Ne var ki, ticari işletme yeni kurulacak bir ticaret şirketine sermaye olarak getiriliyorsa bu durumda ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi söz konusu olacaktır.

Yukarıda ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi ile ayırma yoluyla bölünme arasındaki ayrımın belirsizliğinden bahsedilmişti. Benzer bir belirsizlik, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi bakımından da söz konusudur. Burada da ticari işletmeyi devreden kişinin bölünmeye katılabilecek kişilerden olup olmasına göre bir ayırma giderek sorunu çözmek düşünülebilir. Buna göre ticari işletmeyi devreden gerçek kişi, dernek veya vakıf olması halinde ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi (TTK m.194 f.2), devreden bir ticaret ortaklığı veya kooperatif olması halinde ise yavru şirket kurma yoluyla bölünme bulunduğu kabul edilebilir (TTK m.159-b).

## **7. Ticaret Şirketinin Ticari İşletmeye Dönüşmesi**

TTK m.194 f.3 ile getirilen bir imkan da bir ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesidir. Bu durumda ticaret şirketi malvarlığında bulunan bir ticari işletmenin mülkiyetini ortaklara devretmektedir<sup>293</sup>. Ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi, ticaret şirketi olmanın getirdiği yükümlülüklerden kaçınmak isteyen şirket ortaklarına ticari işletmeyi kendi adlarına veya adi ortaklık çatısı altında işletme

<sup>293</sup> Bu durumda ticari işletmeyi devralan ticaret şirketi ortakları arasında nasıl bir mülkiyet ilişkisi (elbirliği yoluyla mülkiyet-paylı mülkiyet) bulunduğu konusunda bir açıklık yoktur.

imkanı sağlamaktadır<sup>294</sup>. Ticari işletme tüm ortaklara devredileceği için bu imkan yalnızca küçük şirketlerde ve istisnai durumlarda uygulanabilecektir<sup>295</sup>.

Belirtmek gerekir ki, ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi teknik olarak bir tür değiştirme işlemi olarak nitelendirilemez. Tür değiştirme bir hukuk kişinin hukuki şeklini bir başka şekil ile değiştirmesidir<sup>296</sup>. Halbuki ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesinde ticaret şirketi sona ermekte<sup>297</sup>, ancak bu şirketin yerini yeni bir ticaret şirketi almamakta,sona eren şirketin malvarlığı bu şirketin ortaklarına devredilmektedir. Bu açıdan ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi şirketin malvarlığının tasfiye edilmeden bir bütün olarak ortaklara devredildiği bir tasfiyesiz infisah halidir.

TTK m.194'te ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi işlemi hukuki niteliği açısından bir ticari işletme devri niteliğindedir; zira ticaret şirketine ait olan bir ticari işletme bu şirketin ortaklarına devredilmektedir. Ne var ki, bu ticari işletme devrinde iktisadi açıdan ticari işletmenin kontrolü el değiştirmemektedir. Hukuken ticari işletmenin maliki değişmiş olsa dahi ticari işletmenin işletmesini ticaret şirketi vasıtasıyla sağlayan ortaklar söz konusu işletmeyi doğrudan kendi adlarına işletmeye başlamaktadırlar. Bu nedenle Kanun Koyucu söz konusu ticari işletme devrini ayrıca düzenleyerek farklı hükümlere tabi tutmayı tercih etmiştir.

TTK m.194'ü genel olarak ticari işletme devrinden ayıran bir diğer düzenleme de ticaret şirketinin dönüşmesi halinde ticaret şirketinin infisah etmesidir. Ticari işletme devrinde devreden ticaret ortaklığının infisah etmesi gibi bir zorunluluk bulunmamakla beraber ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesinde ticari işletmeyi ortaklarına devreden şirketin infisah etmesi söz konusudur<sup>298</sup>.

## 8. İşyerinin Devri

<sup>294</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.15.

<sup>295</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.14.

<sup>296</sup> Pulaşlı, **Şerh** s.247.

<sup>297</sup> Her ne kadar TTK'da ticaret şirketinin infisah edeceği konusunda bir açıklık yoksa da Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135 ticari işletmeye dönüşen ticaret şirketinin sicilden terkin edileceğini belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki, birden çok ticari işletmesi bulunan bir ticaret şirketinin bu işletmelerden sadece birini ortaklara devrederek sadece bu işletme için dönüşmesinin mümkün olup olmadığı da üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

<sup>298</sup> Yukarıda da açıklandığı üzere ticari işletmesini ortaklarına devreden ortaklığın infisah edeceği TTK m.194 f.3'te açık olarak belirtilmese de Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135'te bu husus açıkça yer almaktadır.

Ticari işletmenin devri kavramı incelenirken dikkate alınması gereken konulardan biri de işyerinin devri kavramıdır. İşyeri kavramı İş Kanunu m.2 f.1’de “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir” şeklinde tanımlanmıştır<sup>299</sup>. Bu tanımdan yola çıkıldığında ticari işletme kavramı ile işyeri kavramının örtüşebildiği belirtilmektedir<sup>300</sup>.

Ne var ki bu iki kavramından birbirinden ayrıştığı yerler de bulunmaktadır. Öncelikle ticari işletmenin varlığı için işletmenin belirli bir boyutu aşması gerekmektedir. Halbuki, işyeri tanımı herhangi bir ölçekten bahsetmemektedir<sup>301</sup>. Aynı şekilde bir ticari işletme niteliğinde olmayan (örneğin gelir elde etme amacı bulunmayan) bir yerin de işyeri niteliği bulunabilir<sup>302</sup>.

Doktrinde işyeri ile ticari işletme kavramları arasındaki bir diğer farklılığın ise işçinin oynadığı rol olduğu belirtilmektedir. Doğan Yenisey, işçinin işletmenin vazgeçilmez bir unsuru olduğunu, ancak ticari işletme bakımından işçi çalıştırılmasının zorunlu olmadığını belirtmektedir. Kanaatimizce teorik olarak doğru olan bu açıklama fiili durumu tam olarak açıklamamaktadır. Bir ticari işletmenin varlığı için işçinin varlığını işaret eden bir hüküm bulunmadığı doğrudur<sup>303</sup>. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere bir ticari işletmenin varlığı için ortada bir işletme bulunması gerekmektedir. Yine aynı şekilde işletmenin varlığı için bir organizasyonun bulunduğu dikkate alındığında, böyle bir organizasyonun emek unsuru olmaksızın mevcut olamayacağı açıktır. Emek unsurunun yalnızca işleyen kişi veya kişilere ait olması ise nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur. Nitekim, bir serbest meslek erbabı tarafından yürütülen faaliyetlerin işletme teşkil etmediği yönündeki görüşler de bu yorumu desteklemektedir. Bu nedenle bir işletmenin varlığı için fiilen işçinin varlığı gerekecektir. Aksi takdirde bu faaliyetin ticari işletme seviyesinde bir işletme olması hukuken mümkünse de fiilen mümkün olmayacaktır.

<sup>299</sup> Bu tanımın 1927 yılında Jacobi tarafından yapılan tanıma büyük oranda benzediği, bununla da bağlantılı olarak söz konusu tanımın Alman ve Fransız Hukuku kaynakları ile de paralel olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Kübra Doğan Yenisey, **İş hukukunda işyeri ve işletme : Alman ve Fransız hukuklarıyla karşılaştırmalı bir inceleme**, Legal Yayıncılık , İstanbul, 2007 s.9.

<sup>300</sup> Doğan Yenisey s.34.

<sup>301</sup> Doğan Yenisey s.34.

<sup>302</sup> Doğan Yenisey s.34.

<sup>303</sup> Her ne kadar işletme tanımında bir emek ve sermayenin organizasyonundan bahsedilse de buradaki emek unsurunun işçiden gelmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. İşveren konumundaki işletme sahibinin emeği de işletmenin varlığı için yeterli görülebilir.

İşyeri devri kavramı İş Kanunu tarafından düzenlenmektedir. İş Kanunu m.6 işyeri devrinin yalnızca sonuçlarına yer vermiş, ancak iş bölümü ile ne anlaşılması gerektiği konusunu açık bırakmıştır<sup>304</sup>. Doktrinde işyerinin devri işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri olarak tanımlanmaktadır<sup>305</sup>. Ancak işyeri devri kavramının geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>306</sup>. O kadar ki, örneğin bir işyerinin kapatılması ve ardından bir başka kişinin devralması halinde de bir işyeri devrinin olabileceği kabul edilmektedir<sup>307</sup>.

Belirtmek gerekir ki ticari işletme ile işyeri kavramları arasındaki farklılık nedeniyle ticari işletmenin devri ile işyerinin devri kavramları da birbirlerinden farklı kavramlardır. Ancak bu iki ayrı kavram çoğunlukla birlikte tezahür etmektedir; zira bir ticari işletme devri her durumda bünyesinde bir işyeri devri barındırmaktadır. Bugün durumlarında söz konusu devir, ticaret hukuku tarafından ticari işletme devri olarak, iş hukuku tarafından ise işyeri devri olarak nitelendirilmektedir. İşletmenin kısmen devredilmesi de bu durumu değiştirmeyecektir; zira ticari işletme devrinde olduğu gibi işyeri devrinde de bazı hususların kapsam dışı bırakılabileceği kabul edilmektedir, yeter ki devredilen kısım işyerinin/işletmenin faaliyetini sürdürmeye elverişli olsun<sup>308</sup>.

Ne var ki, bir işyeri devrinin her zaman ticari işletme devri niteliğinde olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Öncelikle bir ticari işletmenin faaliyetleri birden fazla işyerinde yürütülüyor olabilir. Örneğin otomobil üreten bir işletmenin üretim, bakım ve satış işlemleri ayrı işyerlerinde yürütülmektedir. Bu durumda bu işletmenin bakım hizmetlerinin yapıldığı işyerinin devri halinde İş Kanunu anlamında bir işyeri devri söz konusu olacakken bu işlem bir ticari işletme devri teşkil etmeyecektir.

İşyeri devrinin ticari işletme devri teşkil etmediği diğer bir durum ise bölünme işlemidir. Gerçekten de TTK'nın bölünme hükümleri uyarınca bir işyerinin bir başka tüzel kişiliğe devredilmesi mümkündür. Devredilen işyeri karşılığında devreden

<sup>304</sup> Doğan Yenisey s.201. İşyeri kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda kapsamlı açıklama için bkz. Doğan Yenisey s.202 vd.

<sup>305</sup> Osman Güven Çankaya/ Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 s.459.

<sup>306</sup> Ali Güzel, **İşyerinin Değişmesi İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1987 s.26.

<sup>307</sup> Güzel s.27, Doğan Yenisey 242 vd.

<sup>308</sup> Güzel s.27, Çankaya/Çil s.464.

ortaklığın kendisinin veya ortaklarının devralan ortaklığın paylarını alması halinde hem bir bölünme hem de işyeri devri söz konusu olacaktır<sup>309</sup>. Ne var ki, bu durumda bir işyeri devri bulunsa da bir ticari işletme devri söz konusu olmayacaktır.

Bunun dışında bir işyerinin gerçek kişi tarafından işletilirken bir ticaret şirketine, bu şirketin payları karşılığı olarak devredilmesi halinde de bir işyeri devri bulunmaktadır<sup>310</sup>. Ne var ki, kanaatimizce bu durum TTK uyarınca bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi veya ticari işletmeyle birleşmesi niteliğinde olacaktır ve ticari işletme devri olarak değerlendirilemeyecektir<sup>311</sup>. Ancak bu durumda işyeri devrinde İş Kanunu m.6 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, İş Kanunu m.6 f.4 birleşme ve tür değiştirme işlemlerinde İş Kanunu m.6 hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmektedir. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak ise bu birleşme ve tür değiştirmede devreden tüzel kişiliğinin sona ermesi gösterilmektedir<sup>312</sup>. Ne var ki, her ne kadar kanun ticari işletmenin birleşmesinden veya dönüşmesinden bahsetse de bu işlemler teknik olarak birleşme veya tür değiştirme niteliğinde değildir. İş Kanunu m.6'ya 4.fıkra ile getirilen istisnanın bu durumda uygulanıp uygulanmayacağı da üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

Yargıtay kararları da işyeri devri kavramını geniş yorumlamaktadır. Yargıtay işçinin çalıştığı işyerinin ihale ile başka bir kişiye verilmesini<sup>313</sup> veya bir taşeronla olan sözleşmenin sona ermesi üzerine işin başka bir taşerona verilmesi<sup>314</sup> hallerini de işyeri devri olarak nitelendirmiştir. Ancak bu işlemlerin bir ticari işletme devri olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. İlaveten işyerinin fiili devri, işyerinin kiraya verilmesi gibi yollarla da işyerinin devri mümkündür<sup>315</sup>. Ne var ki, bu işlemler ticari işletme devri niteliğinde olmadığı açıktır.

Ticari işletme devrinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş olsak da bu durum mutlak nitelikte değildir. Ticari işletme devrinde bazı unsurların

<sup>309</sup> Belirtmek gerekir ki bölünmenin iş ilişkilerine etkisini düzenleyen TTK m.178 karşısında İş Kanunu m.6'nın durumu ve uygulama alanı ayrı bir tartışma konusudur.

<sup>310</sup> Çankaya/Çil s.462.

<sup>311</sup> Bu konuda detaylı açıklama için bkz. II-B-5-Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi İle Birleşmesi ve II-B-6Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi.

<sup>312</sup> Çankaya/Çil s.464.

<sup>313</sup> HGK, 25.11.1987 E.987/9-382 K.987/874, HGK, 17.01.1990 E.1989/9-610 K.1990/5.

<sup>314</sup> Yarg. 9. HD. 4.5.2000 E.2000/2591 K.2000/6577 (naklen Doğan Yenisey s.202)

<sup>315</sup> Bu kavramlar için bkz. Güzel, Ali, **İşyerinin Değişmesi, İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, Kazancı Yay, İstanbul, 1987, Çankaya, Osman Güven/ Çil, Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2011.



kapsam dışında bırakılmasına kanun imkan tanımıştır. Buna göre ticari işletmeyi devri sözleşmesi yapan tarafların iş ilişkilerini kapsam dışında bırakabilmesi mümkün bulunmaktadır. Böyle birdurumda bir ticari işletme devri söz konusudur. Ne var ki, böyle bir durumda İş Kanunu m.6'nun uygulanması fiilen mümkün olmayacaktır<sup>316</sup>.

### C. Ticari İşletme Devrinin Uygulama Alanı

Ticari işletmenin kısmi külli halefiyet yoluyla devredilebilmesi sayesinde TTK m.11 kapsamında ticari işletme devri, geniş bir uygulama alanına sahip olabilecektir. Nitekim malvarlığı devrinde kısmi külli halefiyet ilkesini benimseyen İsviçre uygulaması da bu öngörüü teyit etmektedir<sup>317</sup>. Ticari işletme devri her şeyden önce ticaret şirketlerinde bir yeniden yapılandırma yöntemi olarak kullanılabilir. İsviçre Hukuku'nda ticari işletme devri yoluyla diğer yeniden yapılandırma yöntemleri olan birleşme veya bölünmeye benzer ekonomik sonuçlara ulaşılabileceği belirtilmektedir<sup>318</sup>. Benzer iktisadi sonuçlara ulaşmak için birleşme ve bölünme yerine ticari işletme devrinin tercih edilmesinde ise şu etmenler rol almaktadır:

- i. Karşı edim serbestisi: Yukarıda da belirttiğimiz gibi birleşme ve bölünme işlemlerinde devredilen malvarlığı unsurlarının karşılığında devralan şirketin pay sahipliği haklarının verilmesi zorunludur. Halbuki ticari işletme devrinde karşı edim bakımından bir sınırlama bulunmadığı için taraflar karşı edimi istedikleri gibi belirleyebilirler ve sözleşmede devredilen malvarlığı bölümü karşılığında bir miktar para ödenmesi veya bir başka edim öngörülebilir<sup>319</sup>. Bu ise yeniden yapılandırma işlemine esneklik kazandıracak bir çözümdür. Hatta İsviçre Hukuku'nda malvarlığı devri hükümlerinin esnekliği karşısında artık yeniden yapılandırma işlemlerinin *numerus clausus* şekilde sayıldığı görüşünün de tartışmaya açık olduğunu belirtilmektedir<sup>320</sup>.
- ii. Taraf serbestisi: Birleşme ve bölünme işlemlerinde kanun kişi bakımından uygulama alanına sınırlama getirmektedir (birleşme için

<sup>316</sup> Somut uyuşmazlıkta hakimin iş ilişkilerinin ticari işletmenin devri kapsamında olup olmadığını değerlendirilmesi gerektiği yönünde Bkz. Güzel s.27.

<sup>317</sup> Turin s.67, Bahar, **Commentaire Lfus** s.755, Ülgen/Arıcı s.1771.

<sup>318</sup> Turin s.76 vd. Bahar, ise farklı iki işlem ile benzer iktisadi sonuçlara ulaşılmasının tarafları daha basit usule tabi olan yönteme teşvik ederek alacaklı korunmasından kaçınmaya zemin oluşturması bakımından eleştirmektedir. Bkz. Bahar, **Commentaire Lfus** s.755.

<sup>319</sup> Turin s.72, Bahar, **Commentaire Lfus** s.755.

<sup>320</sup> Turin s.72, Peter, **Consept Generaux** s.79.

TTK m.137, bölünme için TTK m.160). Halbuki birleşme ve bölünme işleminin aksine, ticari işletme devrini gerçekleştirebilecek kişiler bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle bir ticari işletmesi bulunan her türlü gerçek veya tüzel kişinin ticari işletme devri işlemi yapması mümkündür. Bu durum ise maddenin kişi bakımından uygulama alanını önemli ölçüde genişletmektedir<sup>321</sup>.

- iii. Kolaylaştırılmış şekil: Ticari işletme devrinin diğer yeniden yapılandırma yöntemlerine göre daha basit bir usule tabi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>322</sup>. Gerçekten de TTK, birleşme veya bölünme işlemleri bakımından ağır şekil şartları getirirken ticari işletme devri bakımından adi yazılı şekil şartına riayet edilen bir sözleşmenin yapılmasını ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesini yeterli saymıştır<sup>323</sup>. Üstelik ticari işletme devrinin ortaklık haklarına ilişkin bir yönü bulunmaması sebebiyle ortakların korunmasına ilişkin özel bir usul de öngörülmemiştir<sup>324</sup>. Netice itibariyle ticari işletme devri yoluyla bir yeniden yapılandırma işlemi usul bakımından taraflara kolaylık sağlamaktadır<sup>325</sup>.

Ne var ki, belirtilen bütün bu menfaatlerine rağmen İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca malvarlığı devri işlemi, ticaret şirketleri tarafından bir yeniden yapılandırma yöntemi olarak benimsenmemiştir. Bu sonucun altında devir sözleşmesinin içeriğinin tescil ve ilana tabi olmasının yattığı belirtilmektedir. Ayrıca devir için bir envanter düzenlenmesi yükümlülüğünün malvarlığı devrinin cazibesini azalttığı ileri sürülmektedir. Son olarak ise alacaklıların korunması için devredene

<sup>321</sup> Turin s.70 vd, Ülgen/Arıcı s.1771.

<sup>322</sup> Hatta İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri hükümlerinin aksine konunun devrin kapsamının belirlenmesi ve ortakların korunması gibi konularda neredeyse hiçbir düzenleme getirilmemesi, şekil şartı bakımından taşınmazlar bakımından bir istisna getirilmeden adi yazılı şeklin yeterli görülmesi karşısında TTK'nın ticari işletme devri usulünün gereğinden fazla basitleştirilmiş olduğunu söylemek bile mümkündür.

<sup>323</sup> Elbetteki devredilen ticari işletmenin ilgili ticaret şirketi bakımından önemine göre ticari işletme devri sözleşmesinin de daha sıkı usul kurallarına tabi olması ihtimali bulunmaktadır. Ancak bu durum ticari işletme devrinin kendiliğinden değil ticari işletme devrinin ticaret şirketi bakımından öneminden kaynaklanmaktadır.

<sup>324</sup> Ülgen/Arıcı s.1770.

<sup>325</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.756.

getirilen müteselsil sorumluluğun devredeni malvarlığı devri yoluna başvurmadan caydırdığı nakledilmektedir<sup>326</sup>.

Ticari işletme devrinin kullanılabilceği bir diğler alan ise ticaret şirketlerinin tasfiyesidir<sup>327</sup>. Tasfiye aşamasına giren bir şirketin malvarlığının paraya çevrilmesi gerekmektedir (TTK m.542 f.1). Şirketin ticari işletmesini bir bütün halinde devretmeyi tercih etmesi halinde şirket ticari işletme devri yoluna başvurabilir<sup>328</sup>. Bu durumda şirketin malvarlığında bulunan ticari işletmelerin bir bütün olarak devredilmesi hem devir usulünü kolaylaştıracak hem de ticari işletmenin değer kaybetmesini önleyecektir. Özellikle kısmi külli halefiyet ilkesinin benimsenmesi ile beraber ticari işletmeye dahil malvarlığının ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın tek bir işlemle devredilebilmesine imkan tanınması karşısında bu kurumun tasfiye aşamasında kullanılması daha da işlevsel hale gelecektir<sup>329</sup>.

Ticari işletme devri ayrıca tasfiye bakiyesinin ortaklara dağıtılması aşamasında da başvurulabilecek bir yöntemdir<sup>330</sup>. TTK m.543 f.3 uyarınca tasfiye bakiyesinin esas sözleşmede veya genel kurul kararında aksi belirtilmediği müddetçe para olarak yapılması gerekmektedir. Ne var ki, esas sözleşme veya genel kurulda pay sahiplerine yapılacak dağıtımın başka şekilde kararlaştırılması halinde ticari işletme pay sahiplerine bir bütün olarak devredilebilir. Bu koşulların varlığı halinde pay sahibine yapılacak dağıtımda da ticari işletmenin devri hükümlerine başvurulması mümkün olabilir<sup>331</sup>.

Bunun dışında gerçek kişi tacirlerin ticareti terk etmeleri bakımından da ticari işletme devri oldukça pratik bir yöntem olarak görülmektedir. Ticareti terk etmeyen gerçek kişi tacir ticari işletmesini tasfiye etse bile ticari işletmeye dahil borçlardan sorumlu olmaya devam edecektir. Bununla beraber ticari işletmenin bütünlüğü bozulduğu için bazı borçların ifa edilmesi mümkün olmayacak ve tacir sözleşmeye aykırılık nedeniyle alacaklıların uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Üstelik ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının değeri düşmüş olacağından ticareti terk etmek isteyen kişi, işletmeyi tasfiye etmesi halinde zarara uğramış

<sup>326</sup> Paragrafta belirtilen tüm sonuçlar için bkz. Annie Griessen Cotti/ Henry Peter/ Rita Trigo Trindade, **La Loi sur la Fusion en Application**, Pratique Juridique Actuelle, PJA 2008 s.62.

<sup>327</sup> Turin s.83, Bahar, **Commentaire Lfus** s.757 .

<sup>328</sup> Turin s.84.

<sup>329</sup> Turin s.84.

<sup>330</sup> Turin s.84. Yalnız bu durumda tasfiye sürecine ilişkin özel hükümlerin de uygulanacağı gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>331</sup> Turin s.84.

olacaktır. Halbuki ticari işletmenin bir bütün halinde devredilmesi hem devreden hem de alacaklılar için daha uygun bir çözümdür. Devreden açısından bakıldığında, her şeyden önce ticari işletmenin devredilmesi ile birlikte borçlar ticari işletmeyi devralana geçeceğinden devreden borçlardan kurtulma imkanına sahip olacaktır<sup>332</sup>. Diğer yandan ticari işletme tasfiye edilmediği ve faaliyetlerine devam ettiği için borçların ifa edilmesi mümkün olacağından bu durum alacaklıların zarara uğraması söz konusu olmayacaktır. Üstelik ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesinde değerini muhafaza edeceği gözetildiğinde alacaklıların da alacaklarını tahsil etmesi kolaylaşacaktır.

Bir ticaret şirketine kuruluş veya sermaye artırımı sırasında ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi halinde ticari işletme devri hükümlerinin uygulanacağı konusunda İsviçre Hukuku'nda bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>333</sup>. Nitekim İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun uygulamasına ilişkin yapılan çalışmaların gösterdiği üzere, İsviçre'de gerçekleştirilen malvarlığı devri işlemlerinin 2/3'ünde bir gerçek kişi işletmesini yeni kurulan bir işletmeye devrederek faaliyetlerini bu şirket bünyesinde devam ettirmektedir<sup>334</sup>. Turin'e göre İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı devri hükümlerinin İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan aynı sermaye getirilmesi hükümleri ile birlikte (kümülatif) olarak uygulanması gerekmektedir<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> TBK m.202 uyarınca devreden iki sene daha borçlardan sorumlu olmaya devam edeceği için devreden borçlardan kesin olarak kurtulması için bu sürenin geçmesi gerekecektir.

<sup>333</sup> Turin s.79, Bahar, **Commentaire Lfus** s.757.

<sup>334</sup> Cotti/Peter/Trigo Trindade s.59.

<sup>335</sup> Turin s.80.

### III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVREDİLMESİ

#### A. Devir Sözleşmesi

##### 1. Sözleşmenin Konusu

Ticari işletme devri sözleşmesinin konusu bir ticari işletmenin bütün olarak devralanın hakimiyetine geçirilmesidir<sup>336</sup>. Arıcı'nın belirttiği üzere, ticari işletme devir sözleşmesinin konusunu yalnızca aktif ve pasifler kümesi olarak tanımlamak yerinde değildir. Ticari işletme devrinin konusu bir ticari işletmenin işlevsel bir birliktelik olan bütününün, yani organizasyonun devredilmesidir<sup>337</sup>.

Ticari işletmenin bir organizasyon olarak devri için ticari işletmeye tahsis edilmiş maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının devredilmesi gerekmektedir. Bu açıdan ticari işletme devri ticari işletmenin malvarlığı cephesini teşkil eden malvarlığının ("*fond de commerce*") devrini gerektirmektedir<sup>338</sup>. Hangi malvarlığı unsurlarının devredilmesinin organizasyonunu devri için yeterli sayılacağı somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. Bu değerlendirme ticari ihtiyaçlar ve teamüllere uyarınca iktisadi bir değerlendirme yapılacaktır<sup>339</sup>.

Ne var ki, ticari işletme devrinin asli edimi yalnızca ticari işletmeye tahsis edilmiş malvarlığı unsurlarının devredilmesi ile sınırlı değildir. Ticari işletmenin müşteri çevresi ve ticari itibar gibi unsurlarının da devralana geçirilmesi gerekmektedir<sup>340</sup>. Hatta bu gibi unsurların devredilmesi ticari işletme devir sözleşmesinin karakteristik edimidir<sup>341</sup>. Diğer bir ifade ile işletmenin devri yalnızca

---

<sup>336</sup> Arıcı s.67.

<sup>337</sup> Arıcı s.68. Nitekim Gerekçe de TTK m.11 f.3 lafzının bu bütünlük unsuruna vurgu yaptığını belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu husus aynı zamanda TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletme devri ile mehz hüküm olan İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 vd. düzenlenen malvarlığı devri işlemi arasındaki temel farkı oluşturmaktadır. Bu konuda bkz. II-B-2-İsviçre Birleşmeler Kanunu Uyarınca Malvarlığı Devri.

<sup>338</sup> Türk s.68 vd.

<sup>339</sup> Arıcı s.68.

<sup>340</sup> Arıcı s.67 dipnot 15.

<sup>341</sup> Arıcı s.67.

aktiflerin ve pasiflerin devrine indirgenemez. Her ne kadar aktif ve pasiflerin devri ticari işletme devri sözleşmesinin belkemiğini oluştursa da aktif ve pasiflerin devri, bir müşteri çevresi ve organizasyonun devrini hedef tutmaktadır<sup>342</sup>.

Akçaal ise ticari işletmenin devrini şu şekilde tanımlamaktadır: “İşletme devri sözleşmesi, işletmeye dahil aktif ve pasiflerin bir bütün halinde devredilmesi ve böylece işletme sahipliğinin kesin bir şekilde devredenden devralana geçirilmesi konusunda işletmeyi devreden ile devralan arasında yapılan sözleşmedir”<sup>343</sup>. Kanaatimizce bu tanım, ticari işletmenin organizasyon olarak devrinden ziyade, salt malvarlığı devri boyutuna vurgu yapmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce bu tanıma bir ekleme yapılarak devredilen aktiflerin ve pasiflerin bir organizasyonun devri amacına yönelik olarak bir bütün teşkil ettiğinin belirtilmesinde yarar vardır. Zira bir ticari işletme devri sözleşmesinin yapılmasındaki amaç bu ticari işletmenin organizasyonunun devralınmasıdır, yoksa salt malvarlığı unsurlarının mülkiyetinin kazanılması değildir<sup>344</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz gibi malvarlığı unsurlarının devri organizasyonun devri için bir araç olarak görülmelidir.

Bu durumda bir ticari işletme devri yapılabilmesi için öncelikle bütünlük arz eden bir ticari işletmenin bulunması zorunluluğu vardır<sup>345</sup>. İşletmenin geçici olarak faaliyetlerine ara vermesi veya tasfiye aşamasında olması da ticari işletmenin bütünlüğü korunduğu sürece ticari işletme devrinin varlığına engel teşkil etmez<sup>346</sup>. Ayrıca bir ticari işletme henüz faaliyete geçmese bile faaliyete başlamaya hazır durumda ise yine ticari işletme devrine konu olabilir<sup>347</sup>. Ancak, ticaret siciline tescil edilmemiş bir ticari işletmeye ilişkin bir devir sözleşmesi yapılması halinde, TTK

<sup>342</sup> Türk s.70, Arıcı s.67.

<sup>343</sup> Akçaal s.83.

<sup>344</sup> Arıcı s.67.

<sup>345</sup> Acemoğlu, Ticari İşletmenin Devri, s.44, Akçaal s.52. Bir ticari işletmenin bulunması şartı yalnızca TTK m.11 f.3 uygulaması bakımından zorunludur. TBK m.202 uyarınca borçların külli olarak devri için işletmenin ticari işletme niteliğinde olması zorunlu olmadığı gibi esnaf işletmelerinin de TBK m.202 kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Bu konudaki gerekçeli açıklama için bkz. V-C-TBK m.202'nin Uygulama Alanı.

<sup>346</sup> CR CO I- Probst s.1271, Akçaal s.52. Ancak eğer tasfiye ticari işletmeyi işleten kişi hakkında verilen bir iflas kararına dayanıyorsa ticari işletme devri müflis tarafından değil, iflas masası tarafından gerçekleştirilebilir. Bkz. Akçaal s.53. Hatırlatmak gerekir ki, tasfiyesi tamamlanan bir ticari işletmenin de devredilmesi mümkün olmayacaktır. Bkz. CR CO I- Probst s.1271.

<sup>347</sup> CR CO I- Probst s.1271. Ancak elbette bu durumda ticari işletmenin henüz müşteri çevresi bulunmayacağından müşteri çevresini devretmek mümkün olmayacaktır.

m.11 f.3'ün uygulanmayacağını ve ticari işletmeye dahil unsurların kısmi külli halefiyet ile devredilmeyeceği belirtilmektedir<sup>348</sup>.

Ticari işletme devrinin tek tek malvarlığı unsurlarını değil de bir bütün olarak ticari işletmeyi konu alması sebebiyle şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- i) Öncelikle mehzaz kanun niteliğinde bulunan İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı devrine ilişkin hükümlerini değerlendirirken ticari işletme devrinin salt malvarlığı devri olmadığı dikkate alınmalıdır. İsviçre Hukuku'nda malvarlığı devri düzenlemeleri ticari işletme devrini de kapsayacak ancak bununla sınırlı olmayan bir düzenlemedir. Malvarlığı devri için devredilen malvarlığının ticari işletme niteliğinde olması şartı aranmamaktadır. Bu nedenle de malvarlığı devri kavramını incelerken bir organizasyonun devredilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Halbuki ticari işletme devrinde kanun salt bir malvarlığı devri değil, işletmenin bir bütün olarak devamını aramış ve organizasyonun naklini esaslı unsur olarak kabul etmiştir. Bu nedenle İsviçre hukukuna ilişkin görüş ve uygulamaların Türk Hukuku bakımından yerindeliklerini dikkate alarak hareket etmek gerekmektedir<sup>349</sup>.
- ii) TTK m.11 f.3'de belirtildiği üzere sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ticari işletmenin devri, salt aktif ve pasifler dışında işletmenin müşteri çevresinin geçişini de içermektedir. Müşteri çevresi ise bir tasarruf işlemi ile devredilebilecek bir malvarlığı değeri değildir<sup>350</sup>. Bu yüzden de sözleşmede kapsam dışı bırakılmadığı takdirde müşteri çevresinin geçişini sağlayacak yükümlülükler tarafların açık anlaşması olmaksızın devir işleminin konusu olmaktadır. Örneğin ticari işletmenin bu şartlar altında devreden taraf için bir rekabet yasağını zorunlu kılar<sup>351</sup>.

<sup>348</sup> Aydın s.16.

<sup>349</sup> Örneğin İsviçre Hukuku'nda malvarlığı devri yoluyla sözleşmelerin devredilmesinde sözleşmede kalan tarafın onayının alınması şartı aranmaktadır. Ne var ki, bir organizasyonun devredilmesini hedefleyen ticari işletme devrinde sözleşmede kalan taraftan onay alınması, ticari işletmenin devrini büyük oranda anlamsız kılacağından TTK hükümlerinin yorumlanması sırasında İsviçre Hukuku bakımından yapılan açıklamalarda bu farklılık dikkate alınmalıdır.

<sup>350</sup> Arıcı s.67.

<sup>351</sup> Arıcı s.71, Akçaal s.158, Arkan s.44.

- iii) Ticari işletmenin aktif ve pasifler toplamından farklı olarak bir bütün olarak devredilmesi nedeniyle buradaki edimin tek bir edim olduğunu kabul etmek gerekecektir, yoksa her bir malvarlığı unsuru bakımından ayrı bir edim söz konusu değildir<sup>352</sup>. Bu nedenle de malvarlığı unsurlarının bir kısmının devri gerçekleşmediği takdirde kötü ifa yalnızca bu malvarlığı unsuru bakımından değil tüm ticari işletme devri bakımından söz konusu olacaktır.
- iv) Ticari işletme devri sözleşmesinin konusu ticari işletmenin bütünü olduğu için ticari işletme devri ivazlı ise ivaz ile karşılıklılık ilişkisi içinde olan, işletmenin tek tek unsurları değil, bir bütün olarak işletmenin kendisidir<sup>353</sup>.

## 2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Ticari işletme devri her şeyden önce bir sözleşmesel ilişki niteliğindedir. Ticari işletme devri işlemi anlayabilmek için önce sözleşmenin hukuki niteliğini tespit etmek gerekmektedir. Bir sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilirken birçok ölçüt kullanılabilir. Örneğin sözleşmenin ivazlı olup olmaması, sözleşme ile borç altına giren taraf sayısı veya sözleşmenin etki doğuracağı zamana göre sınıflandırılması mümkündür. Ancak kanaatimizce sözleşmenin malvarlığına yaptığı etkiye göre ve sözleşmedeki asli edim yükümlülüklerine göre sınıflandırılması ticari işletme devrinin karakteristik unsurlarının tespit edilmesi bakımından daha önemlidir. O nedenle çalışmamızda bu unsurlar üzerinde durulması tercih edilmiştir<sup>354</sup>.

### a) Malvarlığına Yapdığı Etkiye Göre

TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletmenin bir bütün halinde devredilmesi halinde, devir kapsamında kalan malvarlığı unsurlarının tek tek devredilmesine gerek bulunmamaktadır. Ticari işletme devri işlemi ile birlikte malvarlığı unsurlarının tamamı devralana geçmektedir. Bu düzenleme karşısında, ticari işletme devri sözleşmesinin malvarlığına yaptığı etki bakımından<sup>355</sup> sözleşmenin niteliğinin tespit

<sup>352</sup> Arıcı s.71, Akçaal s.158, Arkan s.44.

<sup>353</sup> Arıcı s.68.

<sup>354</sup> Ticari işletme devir sözleşmesinin ivaz bakımından, borç altına giren kişi sayısı bakımından ve hükümlerini doğuracağı zamana göre sınıflandırılması konusunda kapsamlı açıklamalar için bkz. Akçaal s.87 vd.

<sup>355</sup> Malvarlığına yaptığı etki bakımından hukuki işlemler “borçlandırıcı işlem” ve “tasarruf işlemi” olarak ikiye ayrılmaktadır. Borçlandırıcı işlemler, işlemi yapan kişiye bir yapma, yapmama veya verme borcu yükleyerek malvarlığının pasifini artıran işlemler olarak tanımlanmaktadır.



edilmesi bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. TTK m.11 f.3 bu konuda herhangi bir açıklama getirmediği için<sup>356</sup> doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde Tekinalp tarafından ileri sürülen ve sonrasında başka yazarlar tarafından da benimsenen görüşe göre ticari işletmenin devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliğindedir<sup>357</sup>. Bu görüş uyarınca, ticari işletme, devir sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte bir bütün halinde devralana intikal etmiş olacaktır<sup>358</sup>. Akçaal'a göre ticari işletme devri sözleşmesinin tasarruf işlemi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi Adalet Komisyonu'nun değişiklik gerekçesi ile de uyum göstermektedir<sup>359</sup>.

Bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Öncelikle Öz'ün belirttiği üzere<sup>360</sup> ticari işletme devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olarak kabul edilirse, bu tasarruf işleminin temelinde yatan borçlandırıcı işlem bakımından bir şekil sorunu ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, bu durumda TTK m.11 f.3'te getirilen şekil şartı yalnızca tasarruf işlemi bakımından kabul edilmiş olacaktır. Eğer ticari işletme devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olarak kabul edilirse bu tasarruf işleminin yapılması için yapılacak borçlandırıcı işlemin şekli konusunda kanunda bir hüküm yer almamış olacaktır. Bu durumda ise genel hükümler uyarınca borçlandırıcı işlemin şekli devir kapsamındaki malvarlığı unsularına göre tespit edilecektir<sup>361</sup>. Örneğin taşınmaz veya motorlu taşıt içeren bir ticari işletme devri sözleşmesinin en azından noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekecektir. Bu ise TTK'nın ticari işletme devrini kolaylaştırma amacı ile bağdaşmayacaktır.

Bu eleştiriler ışığında doktrinde, kanaatimizce haklı olarak, ticari işletme devri sözleşmesinin tasarruf işlemi niteliğinde değil borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu

---

Sözleşmelerin büyük çoğunluğu borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bkz. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk- 18. Bası**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 s.185, Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölümler/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 s.329. Tasarruf işlemleri ise tasarrufta bulunan kişinin malvarlığındaki bir hakkı doğrudan etkileyerek bu hakkı devreden veya sınırlayan, bu hakka külfet yükleyen, hakkı değiştiren veya sona erdiren işlemlerdir. Bkz. Oğuzman/Barlas s.185, Serozan s.330.

<sup>356</sup> Öz s.112.

<sup>357</sup> Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.12, Akçaal s.90. Ülgen/Arıcı, İsviçre Hukuku'nda da bu görüşü savunan yazarlar olduğunu belirtmektedir. Bkz. Ülgen/Arıcı s.1783 dipnot 88'de belirtilen yazarlar.

<sup>358</sup> Akçaal s.90.

<sup>359</sup> Akçaal s.90.

<sup>360</sup> Öz s.113.

<sup>361</sup> Öz, TBK m.29 f.2 uyarınca önsözleşmenin asıl sözleşmenin şekline tabi olması şartının yalnızca borçlandırıcı işlemler bakımından geçerli olduğunu tasarruf işlemleri bakımından getirilen şekil şartının borçlandırıcı işlem bakımından uygulanamayacağını belirtmektedir. Bkz. Öz s.113.

ileri sürülmüştür<sup>362</sup>. Aydın'ın da belirttiği üzere TTK m.11 f.3'de hükmün ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan bütün işlemler bakımından uygulanacağını belirtmesi karşısında maddede belirtilen sözleşme ancak borçlandırıcı işlem niteliğinde olabilecektir; zira örneğin ticari işletmenin kiraya verilmesi halinde bir tasarruf işlemi söz konusu olamayacaktır. Bu durumda TTK m.11 f.3 ancak borçlandırıcı işlemlere özgü bir düzenleme olabilir<sup>363</sup>. Nitekim mehzaz İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca gerçekleştirilen malvarlığı devri bakımından da ağırlıklı olarak taraflar arasındaki sözleşmenin borçlandırıcı işlem, ticaret siciline yapılan tescilin ise tasarruf işlemi olduğu kabul edilmektedir<sup>364</sup>.

Ticari işletme devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olarak kabul edilmesi halinde sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi tasarruf işlemi niteliğinde olacaktır<sup>365</sup>. Dolayısıyla tescil işlemi gerçekleşmeden malvarlığı unsurları devralana geçmeyecektir<sup>366</sup>. Devir sözleşmesinin yapılması devralana, devredeni ticaret siciline tescil talebinde bulunmaya zorlayacak bir alacak hakkı tesis edecektir<sup>367</sup>.

#### **b) Asli Edim Yükümlülüğüne Göre**

Doktrinde ticari işletme devri sözleşmesinin asli edim yükümlülüğü bakımından bir satım sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmektedir<sup>368</sup>. EBK m.182 uyarınca satım sözleşmesinin konusunun bir mal olması zorunluluğu bulunması karşısında ticari işletme devrinin bir satım sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktaydı. Doktrinde bazı yazarlarca belirttiği üzere hukuken mal niteliğinde olmayan şeylerin de satım sözleşmesine konu olmasının mümkün olduğu kabul edilmekteydi<sup>369</sup>. Bu yüzden hukuken mal niteliğinde olmayan ticari işletmenin devri sözleşmesinin satım sözleşmesine konu olmasının mümkün olabileceği kabul

<sup>362</sup> Aydın s.19, Arıcı s.215, Öz s.112, Murat Topuz, **Ticari İşletme Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt, 18, Sayı, 2 (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum) s.63.

<sup>363</sup> Aydın s.19.

<sup>364</sup> Ülgen/Arıcı s.1783, Turin s.127, Topuz s.30-31.

<sup>365</sup> Arıcı s.215, Öz s.112, Topuz s.63. Bu nedenle tasarruf yetkisinin varlığı da tescil anında aranacaktır. Bkz. Öz s.112.

<sup>366</sup> Arıcı s.215, Topuz s.63.

<sup>367</sup> Topuz s.64. Kanaatimizce tescil talep edilmediği takdirde dava açılarak mahkemeden karar alınarak mahkeme kararı vasıtasıyla ticaret siciline tescil yapılmasına bir engel bulunmamaktadır.

<sup>368</sup> Arıcı s.69 vd. Elbette bunun için devralanın karşı ediminin para borcu olması gerektiği konusunda şüphe yoktur.

<sup>369</sup> Arıcı s.70, Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012s.18. Nitekim Serozan da enerji, hak, ticari işletme ve dövizin satım konusuna gireceğini ve bu durumda satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006 s.100.

edilmekteydi<sup>370</sup>. Biz de ticari işletmenin eşya hukuku bakımından “mal” niteliğinde olmamasının ticari işletmenin bir satım sözleşmesine konu olmasına engel teşkil etmeyeceği şeklindeki görüşe katılmaktayız.

Ne var ki, bu kabule rağmen ticari işletme devrinin bir satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin tartışmaya açık olduğunu düşünüyoruz. Bir sözleşmenin hukuki niteliği taraflara yüklediği asli edim yükümlülüklerine göre belirlenmektedir. Bir satım sözleşmesi devredene satılan şey üzerindeki hakların<sup>371</sup> devrini geçirme, devralana ise bunun karşılığında satım bedelini ödeme yükümlülüğü getirmektedir. Bu bağlamda ticari işletme devrinin satım sözleşmesi olarak tanımlanmasında şu sorunlar ortaya çıkmaktadır:

- i) Müşteri çevresinin devrinin devredene yapmama borcu yüklemesi:  
TTK m.11 f.3 uyarınca aksi sözleşmede belirtilmediği sürece ticari işletme devri müşteri çevresinin devrini de içermektedir. Gerçekten de ticari işletme devrinde tarafların en temel beklentileri arasında bu müşteri çevresini devredilmesi yer almaktadır<sup>372</sup>.

Ne var ki müşteri çevresinin devredilmesi bir satım sözleşmesine konu olmaya müsait değildir<sup>373</sup>; zira satım sözleşmesinde devredenin devredilen üzerinde devralana mutlak bir hakimiyet sağlayabilmesi gerekmektedir<sup>374</sup>. Halbuki, müşterilerin hangi işletme ile işlem yapacaklarını belirleme iradeleri karşısında ticari işletmenin devri müşteriler üzerinde böyle bir hakimiyete imkan vermeyecektir. Müşteri çevresinin de devir sözleşmesi kapsamında olduğu bir sözleşmede, devredenin ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri dışında

<sup>370</sup> TBK m.207 uyarınca Kanun’un satım sözleşmesinin konusu bakımından “mal” ifadesini kullanmaması ve “satılan” kavramını kullanması böyle bir yorumun yapılmasını destekleyici nitelikte görülebilir.

<sup>371</sup> TBK m.207 “mülkiyet hakkından” bahsetse de eşya niteliğinde olmayan hususların üzerindeki hakkın mülkiyet olarak tanımlanmayabileceği tartışması ortaya çıktığından biz daha geniş bir ifade olarak hak kavramını tercih ediyoruz.

<sup>372</sup> Arkan s.44, Akçaal s.107.

<sup>373</sup> Aksi görüşte bkz. Serozan, **Özel Bölüm** s.100. Ancak Serozan, müşteri çevresinin satım sözleşmesine konu olması halinde satıcının edimini nasıl ifa edeceği konusunun bir açıklama getirmemektedir.

<sup>374</sup> Gümüş s.19. Kanaatimizce bu görüşü en saf ve keskin ve şekilde belirtmesi sebebiyle Serozan’ın ifadesine burada aynen yer vermekte yarar vardır: “...(satım sözleşmesinde) hak öyle bir biçimde ve kapsamda kazandırılacaktır ki alıcı satın aldığı değerden tastamam yararlanabilsin; bu değer üstünde eksiksiz tasarruf edebilsin, satın aldığı haktaki “bu hak benimdir ve sadece bana aittir” diyebilsin. Alıcısına böylesine komple bir “erk”, bir “aitlik”, bir “sahiplik”, bir “iyelik”, bir “efendilik” sağlayamayan satıcı yerine göre zapttan ayıptan ya da sözleşmeye aykılıktan ötürü sorumluluğunun yaptırımıyla karşı karşıya kalır”. Bkz. Serozan, **Özel Bölüm** s.115.

müşterilerin devrini sağlayacak işlem ve fiillerde bulunması da gerekecektir. Bu hareketlerin başında da devirden sonra belirli bir süre rekabet etmeme gelmektedir<sup>375</sup>. Bunun dışında devir işlemleri tamamlanana kadar müşteri çevresinin kaybına sebep olacak işlemlerden kaçınması hatta devirden sonra müşterilerini devralan işlem yapmaya teşvik etmesi gerekecektir<sup>376</sup>.

Sonuç olarak ticari işletme devri müşteri çevresinin devrini içerdiği takdirde devredene yalnızca bir hakkın devri borcunu değil, aynı zamanda bir yapmama borcunu yüklemektedir<sup>377</sup>. Hatta, devralan söz konusu yapmama borcu dışında dürüstlük kuralı uyarınca başka edimler de yüklenmektedir. Bu durumda ise devredenin asli edimleri yalnızca bir verme borcu değil, yapma veya yapmama borçları olacaktır. Bu durum ise ticari işletme devir sözleşmesinin satım sözleşmesi tipolojisine uymaması sonucunu doğuracaktır.

- ii) Ticari işletmeyi devralanın borcunun para borcu olmasının zorunlu olmaması: Ticari işletme devri sözleşmesinde devralanın karşı edimi bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>378</sup>. Uygulamada genellikle bir ticari işletme devri karşılığında bir bedel ödense<sup>379</sup> de taraflar karşı edimi serbestçe belirleme imkanına sahiptirler. Bu nedenle devralan karşı edim olarak satım bedeli ödeyebileceği gibi bir eşya veya hak devretmeyi, devredeni bir borçtan kurtarmayı veya başka bir edimi borçlanabilir. Hatta herhangi bir edim belirlenmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır<sup>380</sup>. Bu durumda kararlaştırılan ivaz olarak satım bedeli ödenmesi harici bir edimin borçlanması ise devreden karşı edimi de satım sözleşmesinin tipine uygun düşmeyecektir<sup>381</sup>.

<sup>375</sup> Nitekim bu nedenle ticari işletmenin devredilmesi halinde taraflar arasında kararlaştırılmamış olsa dahi bir rekabet yasağı bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Arıcı s.71, Akçaal s.158, Arkan s.44.

<sup>376</sup> Kanaatimice bütün bu yükümlülüklerin kapsamı dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edilecektir.

<sup>377</sup> Aynı görüşte Cavin Pierre, “**Kauf, Tausch, Schenkung**”, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse, Hrsg: Vischer Frank, Siebenter Band, Erster Halbband, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1977, s.10 (naklen Arıcı s.70).

<sup>378</sup> Ticari işletme devrinde karşı edim bakımından açıklama için bkz. III-A-4-Devir Sözleşmesinde Karşı Edim.

<sup>379</sup> Arıcı s.70.

<sup>380</sup> Ne var ki, ticari hayatın olağan akışında bir ticari işletmenin ivazsız olarak devredilmesi nadir karşılaşılabilecek bir durumdur. Bkz. Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.84. Bkz.

<sup>381</sup> Bu durumda sözleşmede devralanın edimi satım sözleşmesinden ziyade kararlaştırılan ivaza bağlı olarak trampa veya sözleşmede eğer bir ivaz öngörülmemişse bağışlama sözleşmesi niteliğinde olacağı belirtilmektedir. Bkz. Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.84.

Bu konuda İsviçre Hukuku'nda yapılan değerlendirmelere baktığımız zaman da sözleşmenin niteliği konusunda kesin bir sonuca varılamadığını görmekteyiz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ticari işletme devri sözleşmesinin asli edim bakımından nitelendirilmesinde çelişkili kararları bulunmaktadır. Federal Mahkeme eski tarihli bazı kararlarında bir lokantanın, modaevinin veya kasap dükkanının bir bütün olarak satım sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini belirtmiştir<sup>382</sup>. Halbuki, Federal Mahkeme 2002 tarihli bir kararında ticari işletmenin içinde muhtelif unsurlar bulunmasından dolayı bu sözleşmenin *sui generis nitelikte* bir sözleşme olduğunu ve satım sözleşmesi niteliğinde olmadığını belirtmiştir<sup>383</sup>.

Sonuç olarak kanaatimizce ticari işletme devri sözleşmesinin asli edimlere göre niteliğinin tespit edilebilmesi için ilgili devir sözleşmesi ile tarafların üstlendikleri edimlere bakılması zorunludur; zira her devir sözleşmesinde taraflar devir kapsamını ve devralanın karşı edimini farklı şekilde belirleyerek sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirmektedirler. Kanaatimizce ticari işletme devri sözleşmesinin satım sözleşmesi niteliğinde olabilmesi için ilgili devirde taraflar arasındaki devir sözleşmesinde gerek devreden gerekse devralanın edimlerinin satım sözleşmesine altlanabilir olması gerekmektedir. Yani ticari işletmeyi devreden borcu yalnızca bir devir borcu olup, asli edim olarak bir yapma veya yapmama borcu içermemeli, devralanın karşı edimi ise bir miktar paranın ödenmesi olmalıdır. Bu şartların iki birden sağlanmadığı takdirde sırf bir ticari işletme devri sözleşmesinin varlığına dayanarak sözleşmenin satım sözleşmesi olduğunu söylemek doğru sonuçlar vermeyebilecektir.

### 3. Ticari İşletme Devrinin Kapsamının Belirlenmesine İlişkin İlkeler

Ticari işletme devri denilince belirli bir organizasyonun devredilmesi anlaşılmalıdır. Bir organizasyonun devri ise doğrudan bir hukuki işlem yoluyla gerçekleştirilemez. Organizasyonun devri ancak belirli malvarlığı unsurlarının devralanın malvarlığına geçirilmesi suretiyle sağlanabilmektedir. Bu nedenle organizasyonun devri için hangi malvarlığı unsurlarının geçirilmesi gerektiği, yani ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamının tespit edilmesi gerekmektedir. Ne var ki, ticari işletme devrinde devir kapsamının belirlenmesi çeşitli açılardan sorunlar içermektedir. Bu bölümde ticari işletme devrinin kapsamının belirlenmesine ilişkin esasları incelemeye çalışacağız. İlk önce TTK sisteminde devrin kapsamının

<sup>382</sup> BGE 91 II 353, BGE 88 II 410, BGE 63 II 77 (naklen Arıcı s.72).

<sup>383</sup> BGE 129 III 18.

belirlenmesi bakımından geçerli olan kurallara işaret ettikten sonra, bu kurallar uyarınca ortaya çıkan sorunları ve bu sorunlar için çözüm olabileceğini düşündüğümüz İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümlerinde benimsenen envanter sistemine de değineceğiz.

#### a) Malvarlığı Unsurunun Devredilebilir Nitelikte Olması Zorunluluğu

Ticari işletme devri ile devredilebilecek malvarlığı unsurlarının devredilebilir nitelikte olması gerekmektedir<sup>384</sup>. Devredilemez nitelikte bir hakkın sırf ticari işletme kapsamında bulunması sebebiyle devredilebilir hale gelmesi mümkün değildir. Bu nedenle şahsa sıkı şekilde bağlı haklar ticari işletme devri yoluyla devredilemez<sup>385</sup>. Aynı şekilde ticari işletmeye dahil bir intifa hakkının da ticari işletme devri yoluyla devredilmesi mümkün değildir<sup>386</sup>.

Belirtmek isteriz ki, bir malvarlığı unsurunun cüz'i halefiyet ile devri özel şartlara veya şekle bağlanmış olabilir. Bir malvarlığı unsurunun devrinin özel ve ağır koşullara bağlanmış olması, bu unsurun devredilemez nitelikte olduğunu göstermez. Örneğin borçların devrinde alacaklının rızasının aranması zorunluluğu borçların devredilemez nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir<sup>387</sup>.

Ticari işletme devri ile bir malvarlığı unsurunun geçebilmesi için söz konusu malvarlığı unsurunun devri bakımından yalnızca kanuni değil, sözleşmesel bir engel bulunmaması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>388</sup>. Kanaatimizce malvarlığı unsurları bakımından sözleşme ile getirilen devir yasaklarını kanundan kaynaklanan devir yasaklarından ayırmak gerekmektedir. Kanaatimizce sözleşme ile devri yasaklanan bir malvarlığı unsurunun devri mümkündür, ancak böyle bir devir daha önce yapılan sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle sözleşmesel devir yasağına tâbi bir unsurun devredilmesi mümkünse de devir halinde devreden devir yasağı sözleşmesine aykırı hareket etmesi sebebiyle tazminat yükümlülüğü riski bulunmaktadır<sup>389</sup>.

<sup>384</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.781, Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.86, Turin s.11..

<sup>385</sup> Turin s.110.

<sup>386</sup> Turin s.110.

<sup>387</sup> Borçların devredilebilirliği konusu ve borcun devri meselesi aşağıda incelenecektir. V-TBK m.202'nin Uygulama Alanı.

<sup>388</sup> Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.86, Turin s.11..

<sup>389</sup> Bu konudaki kapsamlı tartışma için bkz. VI- Ticari İşletme Devrinde Sözleşmelerin Geçişi

Doktrinde devri yasak olan hak veya borçları içeren sözleşmelerin bulunduğu açık bir şekilde anlaşıldığı durumlarda ticaret sicil müdürlüğünün ticari işletme devir sözleşmesini tescil etmemesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>390</sup>. Ticaret sicil müdürlüğü bu şekilde devri kanunen yasak olan hak ve borçların devrini içeren bir ticari işletme devir sözleşmesini tesil etse dahi işlem geçerlilik kazanmayacaktır; zira tescil işlemi bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan, tasarruf işlemi kanuna aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır.

### **b) Devredilecek Malvarlığı Unsurunun Bir Ticari İşletmeye Dahil Olması Zorunluluğu**

TTK m.11 f.3 kısmi külli halefiyet ilkesini bir ticari işletmenin bütün olarak devri bakımından benimsemiştir. Bu nedenle kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca devredilecek malvarlığı unsurlarının bir ticari işletmeye dahil olması zorunluluğu bulunmaktadır<sup>391</sup>. Devredilen ticari işletmeye dahil bulunmayan bir malvarlığı unsurlarının kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca devredilmesi mümkün olmayacaktır<sup>392</sup>.

Belirtmek isteriz ki, bu durum TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletme devri ile TTK'ya kaynak teşkil eden İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri arasında önemli bir farka yol açmaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca malvarlığı devri işleminin konusunu oluşturacak aktiflerin veya borçların bir ticari işletme teşkil etmesi şartı aranmamaktadır<sup>393</sup>. İsviçre Hukuku'nda devredilecek malvarlığı unsurlarının belirtildiği bir envanter hazırlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Devrin kapsamının belirlenmesi bakımından bir bilançoya yapılan atfın yeterli olmadığı kabul edilmektedir<sup>394</sup>. Bu nedenden ötürü devredilecek unsurların bir ticari işletmenin parçaları olması da zorunluluğu bulunmamaktadır, İsviçre Birleşmeler

<sup>390</sup> Phillippin *Transfert du Patrimoine Commercial* s.86.

<sup>391</sup> Akçaal s.104, Topuz s.44. Aynı husus borçlar bakımından başka Arkan tarafından da belirtilmiştir. Bkz. Arkan s.46.

<sup>392</sup> Bu nedenle bir ticari işletmeye dahil bulunmayan malvarlıkları ticari işletme devri yoluyla devredilemeyecektir. Bu malvarlığı unsurları ancak cüz'i halefiyet ilkeleri uyarınca devredilebilecektir.

<sup>393</sup> Phillippin, *Transfert du Patrimoine* s.86, Kläy/Turin s.72, Ülgen/Arıcı s.1773.

<sup>394</sup> Phillippin, *Transfert du Patrimoine* s.93. Ne var ki, uygulamada bilançoya yapılan atıflar tescil için yeterli görülmektedir. Bkz. Phillippin, *Transfert du Patrimoine* s.93.

Kanunu uyarınca yapılacak bir devir işleminde ticari işletmeye dahil olmayan malvarlığı unsurlarının da devredilmesi mümkündür<sup>395</sup>.

### i. Ticari İşletmeye Dahil Malvarlığı Unsurları Kavramı

Bu noktada malvarlığının “ticari işletmeye dahil” olması ile ne anlaşılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. TTK m.11 f.3 “*Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur*” demektedir. Madde, ticari işletmeye dahil hangi malvarlığı unsurlarının kural olarak devrin kapsamına da dahil olacağını belirtmekteyse de bir malvarlığı unsurunun ne zaman ticari işletmeye dahil olduğu konusunda bir açıklama içermemektedir<sup>396</sup>.

Ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan bir diğer kanun TİRK ise “*rehnin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetlerine tahsis edilmiş olan*” ifadesine yer vermektedir. Her ne kadar TTK m.11 f.3’de farklı olarak ticari işletmeye dahil ifadesi yerine ticari işletmeye tahsis edilen ifadesine verse de bu iki kavramın birbirinin yerine kullanıldığını söylemek mümkündür<sup>397</sup>.

Doktrinde “ticari işletmeye dahil” kavramı ile ne anlaşılması gerektiği konusunda kesin ölçütler getirilmemiştir. Ticari işletmeye dahil unsurların neler olduğunun her somut olaya göre tespit edilmesi gerekmektedir<sup>398</sup>. Kanaatimizce ticari işletmeye dahil unsurların tespiti bakımından şu hususların dikkate alınabilir:

<sup>395</sup> Belirtmek gerekir ki, İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca yapılacak malvarlığı devri işlemlerinde devredilecek unsurların bir ticari işletme oluşturması şartı aranmasa da devredilecek unsurların arasında bir çeşit iktisadi bağ bulunması, arasında iktisadi bağ bulunmayan unsurların birlikte devredilmesi halinde kanunun bu unsurlar bakımından getirdiği şekil şartının dolanılmasının hedeflendiği, bunun ise dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir. Bkz. Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.218, Ülgen/Arıcı s.1774.

<sup>396</sup> Bu noktada altını çizmek isteriz ki, bir malvarlığı unsurunun ticari işletmeye dahil olması ticari işletme devri kapsamına dahil olduğu anlamına gelmemektedir. Aşağıda açıklayacağımız üzere taraflar ticari işletme kapsamında bulunan unsurları devir sözleşmesi kapsamı dışında bırakabileceklerdir. Bkz. III-A-3-c) Devir Kapsamı Belirlenirken Ticari İşletmenin Bütünlüğü Korunmuş Olmalıdır Bu nedenle ticari işletmeye dahil malvarlığının kapsamı ile devir sözleşmesinin kapsamı farklılık arz edebilir.

<sup>397</sup> Bu nedenle ticari işletme rehnine ilişkin çalışmalarda yer alan ticari işletmeye tahsis edilme kavramına ilişkin açıklamalar kural olarak ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının tespiti bakımından da dikkate alınabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, ticari işletme rehni ticari işletmeye tahsis edilen makina, araç, alet ve motorlu nakil araçlarını kapsamaktadır. Doktrinde, sayılan bu unsurların sınırlı sayıda olduğu ve bu niteliği taşımayan unsurların rehin kapsamına alınamayacağı belirtilmektedir. Bk. Ali Erten, **Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001 s.35.

<sup>398</sup> Kendigelen (Ülgen) s.172.



- “Ticari işletmeye dahil kavramı” ile ticari işletmenin faaliyetleri ile sıkı bir bağa sahip olan malvarlığı unsurlarının anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Buna göre bir ticari işletmede kullanılan veya bu ticari işletmenin faaliyetleri ile bağlantılı olarak iktisap edilen taşınır-taşınmaz eşyalar ile her türlü haklar ve hatta borçlar ticari işletmeye dahil sayılmalıdır<sup>399</sup>. Ticari işletmeye dahil unsurlar ticari işletmenin faaliyetlerini sürdürmesi için ticari işletmeyi işleten kişi tarafından tahsis edilmiş olabileceği gibi ticari işletmenin faaliyetleri sırasında elde edilmiş de olabilir<sup>400</sup>. Örneğin ticari işletmedeki makineler birinci gruba girerken ticari işletmenin faaliyeti sonucunda elde edilen bir alacak hakkı veya bu hakkı teminat altına almak için verilen bir bono ikinci gruba dahil olacaktır.
- Bir malvarlığı unsurunun ticari işletmeye dahil olması için ticari işletmenin faaliyetleri ile bağlantılı olması yeterli olup, malvarlığı unsurunun yalnızca bu ticari işletmeye özgülenmesinin zorunlu olmadığını düşünmekteyiz. Örneğin bir ticari işletmenin faaliyetleri sırasında kullanılan bir know-how veya bir patent hakkınında aynı zamanda aynı kişiye ait bir başka ticari işletmede de kullanılması kanaatimizce bu hakkın ticari işletmeye dahil olmasına engel teşkil etmemelidir. Bu anlamda dahil olmayı “münhasıran dahil olma” şeklinde değerlendirmemekteyiz<sup>401</sup>.
- Diğer yandan malvarlığı unsurunun ticari işletmenin faaliyeti ile bağının devamlı olması gerekmektedir<sup>402</sup>. Arızı olarak ticari işletmenin faaliyeti ile bağlantılı olan unsurların bu bağlamda ticari işletmeye dahil olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Örneğin ticari işletmeyi işletene ait bir aracın birkaç kez ticari işletmenin müşterilerine sipariş tesliminde kullanılması halinde bu aracın ticari işletmeye dahil olduğunu söylemek mümkün değildir.
- Arıcı, bir malvarlığının ticari işletmeye dahil olmasının tamamen işletenin iradesine bağlı olduğunu ve bu malvarlığı unsurunun fiilen

<sup>399</sup> Arıcı s.38.

<sup>400</sup> Arıcı s.38.

<sup>401</sup> Aynı görüşte bkz. Arıcı s.38. Ancak bu durum söz konusu malvarlığı unsurunun devir kapsamına dahil olup olmadığının tespitini zorlaştıran bir husustur. O nedenle tarafların bu nitelikteki malvarlığı unsurlarının devir kapsamında olup olmadığını sözleşmede belirtmeleri özel olarak önem taşımaktadır.

<sup>402</sup> Akçaal s.106, Arkan s.32, Topuz s.44.

işletmede kullanılmasının zorunlu olmadığını belirtmektedir<sup>403</sup>. Nitekim, rehin kapsamında olması için taşınırın ticari işletmeye tahsis edilmesi şartının arandığı TİRK hakkında yapılan çalışmalarda da fiilen işletmede kullanılmayan ancak işletmeye dahil edileceği muhakkak olan unsurların rehin kapsamına alınabileceğini belirtilmektedir<sup>404</sup>. Kanaatimizce, TTK m.11 f.3 kapsamında bu görüşün kabul edilmesi ticari işletme devri kurumunun kötüye kullanılmasının yolunu açabilecek niteliktedir. TTK, kısmi külli halefiyet ile kolaylaştırılmış bir devir rejimi benimserken bu rejimin ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurları ile sınırlı olması şartını getirmiştir<sup>405</sup>. Eğer Arıcı'nın savunduğu üzere işletenin iradesi malvarlığı unsurunun işletmeye dahil sayılması için yeterli görülür ve fiili kullanım aranmaz ise ticari işletme devri, şekil şartlarının dolanılması için kullanılabilir bir araç haline gelebilir.

- Arıcı'nın kanaatimizce haklı olarak belirttiği üzere bir malvarlığı unsurunun ticari işletmeye dahil olabilmesi için öncelikle işletmeyi işleten kişiye<sup>406</sup> tamamen veya kısmen ait olması gerekmektedir. Buradaki aidiyetin mülkiyet hakkı olması zorunlu bulunmayıp, tacire ait herhangi bir hak, bir yetki veya fiili hakimiyet bulunmasının aidiyet bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir<sup>407</sup>.

Kanaatimizce bir malvarlığı unsurunun ticari işletmeye dahil olup olmamasında yukarıdaki ilkeler dikkate alınabilir. Ancak başta da belirttiğimiz üzere somut olayın şartları daha farklı bir değerlendirmeyi de gerektirebilir.

## ii. Somut Olayda Ticari İşletmeye Dahil Malvarlığının Tespiti

<sup>403</sup> Arıcı s.38. Benzer bir tartışma ticari işletme rehni bakımından da yapılmaktadır. İşletmecinin iradesinin ticari işletmeye tahsis yönünde olmasına rağmen henüz fiili olarak ticari işletmede kullanılmayan, diğer bir ifade ile yalnızca firki tahsis yapılmış menkul işletme tesisatının durumu bakımından bkz.Erten 33. Ancak bu tartışma yapılırken unutulmamalıdır ki, TİRK m.4 uyarınca rehne konu olan taşınırın listesinin hazırlanması gerekmektedir. Bu nedenle fikri tahsis yeterli sayılsa bile bu unsurların rehin sözleşmesine eklenmesi gerekecektir.

<sup>404</sup> Şaban Kayıhan, **Ticari İşletme Rehni, Kazancı Yayınları**, İstanbul, 1996 s.36. Aynı yönde Kendigelen(Ülgen) s.192.

<sup>405</sup> Bu açıdan TTK devir kapsamının serbestçe belirlenebildiği İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri hükümlerinden ayrılmaktadır.

<sup>406</sup> Arıcı s.37. Yazar aslen "tacir" ifadesini kullansa da TTK m.16 f.2 ticari işletmeyi işleten dernek veya vakıfların bazı koşullarda tacir sayılmayacağını belirttiğinden bu ifadeyi işleten kişi olarak anlamamanın yazarın gayesine daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>407</sup> Arıcı s.37.

“Ticari işletmeye dahil” ifadesinin tanımlanmasının dışında uygulamada hangi unsurların işletmeye dahil olduğunun tespit edilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile “ticari işletmeye dahil” kavramı ile ne anlaşılması gerektiğinden bağımsız olarak somut olayda hangi malvarlığı unsurlarının bu kavram kapsamına girdiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ticari işletme sürekli faaliyet gösteren, hatta bir anlamda yaşayan bir organizasyon olduğu için ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının sürekli değişiklik göstermesi sebebiyle de bu tespitin yapılması oldukça zor olmaktadır.

Tarafların sözleşmede veya sözleşme ekinde devir kapsamına giren malvarlığı unsurlarına yer vermesi veya bu unsurların listesini içeren bir deftere atıf yapması halinde herhangi bir sorun söz konusu olmayacaktır<sup>408</sup>. Tarafların İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi devir kapsamındaki unsurları belirterek bir envanter hazırlamaları uyuşmazlıkları engellemesi bakımından yerinde olacaktır. Ancak, mevcut sistemde böyle bir yükümlülük bulunmadığından ötürü, devir kapsamının belirlenebilmesi için, işletmenin fiili durumunun tespit edilmesi gerekmektedir. Devir kapsamının belirlenmesinde sözleşmenin dışında, ticari işletmeye ilişkin defterlerden yararlanılmasının da mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>409</sup>. Kanaatimizce fiili durumun tespitinde defterlerden yararlanmak faydalı bir yöntemdir. Ancak unutmamak gerekir ki; TTK, İsviçre Birleşmeler Kanunu’nun aksine, envanter üzerinden devir sistemi benimsemediği için defterin tek başına esas alınması TTK sistemine uygun değildir<sup>410</sup>.

Kanaatimizce uyuşmazlık halinde söz konusu unsurun devir kapsamında bulunmadığının ispat edilmesini beklemek yerinde olacaktır; zira TTK m.11 f.3 aksi belirtilmedikçe tüm malvarlığı unsurlarını devre dahil etmektedir. Aynı şekilde Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 uyarınca tarafların devir kapsamında bıraktıkları unsurları belirtmeleri zorunludur. Bu durumda kanun taraflara devir kapsamında olmasını istemedikleri unsurları özel olarak belirtmeyi telkin etmektedir. Eğer taraflar sözleşmede, uyuşmazlığa yol açabilecek hususları özel olarak kapsam dışında bırakmamışlarsa bu durumda söz konusu belirsizliği, malvarlığı unsurunun

<sup>408</sup> Envanter düzenleme yükümlülüğü konusundaki görüşlerimizi için bkz. III-A-3-d)-iii Devrin Bir Envanter Üzerinden Gerçekleştirilmesi İhtiyacı.

<sup>409</sup> Arıcı s.75.

<sup>410</sup> Özellikle uygulamada şahsi kullanım için alınan bazı taşınırın bir ticari işletmeye dahilmiş gibi gösterilmesi karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu durumda sırf ticari işletmenin defterlerinde yer aldığı için fiilen ticari işletme ile bağlantısı olmayan malvarlığı unsurlarını ticari işletmeye dahil saymamak gerektiği görüşüdeyiz.

devre dahil olduğu şekilde bir karinenin kabul edilmesi yoluyla giderilmesi makul bir çözüm gibi görünmektedir.

Bu noktada ticari işletmelerde envanter defterine göre de bir karine belirlenmesi çözümü akla gelebilir. Gerçekten de tacir, ticari işletmesinin açılışında taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter çıkarmakla yükümlüdür (TTK m.66 f.1). Üstelik tacir her faaliyet yılı sonunda da böyle bir envanter düzenlemek zorundadır (TTK m.66 f.2). Bu açıdan bakıldığında ticari işletmeye ilişkin envanter defterinde bulunan malvarlığı unsurlarının devre dahil olduğu yönünde bir karinenin kabul edilmesi de ileri sürülebilir.

Ne var ki, böyle bir yaklaşım iki açıdan olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. TTK m.66 f.2 uyarınca faaliyete başladıktan sonraki dönemde envanter düzenlenmesi faaliyet yılının sonu bakımından getirilmiş bir yükümlülüktür. Bu nedenle bir faaliyet yılı içerisinde envanterin gerçek durumu yansıtmadığı dönemler bulunması ihtimali yüksektir. İkinci olarak ise, envanter defteri ticari işletmeyi devreden tarafından düzenlenen bir defterdir. Envanter defteri devreden tarafından düzenlendiği için defterdeki kayıtları gerçeği yansıtmama riski bulunmaktadır. Sonuç olarak, ister kanunun verdiği imkan çerçevesinde olsun isterse bu imkanın kötüye kullanılması sonucu olsun envanter defterinin gerçeği yansıtmama riski bulunduğundan, ticari işletme devri kapsamının belirlenmesinde envanter defterinin doğru olduğu yönünde bir karine kabul edilmesi adalete uygun düşmeyen bir sonuca sebep olabilecektir.

Bununla birlikte belirtmek isteriz ki, somut olayda taraflar bir malvarlığı unsurunun ticari işletme devri kapsamında olduğunu ispat etmek için envanter defterinden yararlanabilirler. Medeni yargılama hukukunun genel hükümlerine uygun olarak, envanter defterinin bir delil olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu durumda ispat hukuku kuralları içerisinde delilin dikkate alınmasına bir engel yoktur. Ancak bunun ötesinde bir etki ile envanter defterinde yazılan her hususun aksi ispat edilene kadar sabit sayılması çekince ile yaklaşılması gereken bir husustur.

**c) Devir Kapsamı Belirlenirken Ticari İşletmenin Bütünlüğü Korunmuş Olmalıdır**

Ticari işletme devri bir sözleşmesel ilişki olduğu için tarafların devir kapsamını belirleme konusunda bir irade serbestisi bulunmaktadır. Nitekim TTK m.11 f.3 devrin kapsamını belirtirken “aksi belirtilmedikçe” ifadesine yer vererek ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının bazılarının kapsam dışı bırakılabileceğini belirtmektedir<sup>411</sup>. Bu durum ise tarafların devrin kapsamını belirlemedeki irade serbesitelerinin sınırı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir ifade ile taraflar diledikleri her malvarlığı unsurunu ticari işletme devrinin kapsamı dışında tutabilirler mi?

Ticari işletme devrinden bahsedebilmek için ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi gerekmektedir<sup>412</sup>. Devir sırasında ticari işletmenin bütünlüğünün bozulması halinde artık bir ticari işletme devri değil, salt bir malvarlığı devri ortaya çıkacağı için ticari işletme devrine bağlanan sonuçlar uygulanamayacaktır<sup>413</sup>.

Bütünlüğün korunması müşteri çevresinin korunması bakımından önem taşımaktadır<sup>414</sup>. Hatta Acemoğlu'na göre bir işletme faaliyetlerini durdurmuş, hatta iflas etmiş olsa dahi müşteri çevresini hala muhafaza ediyorsa bu durumda bütünlüğünü korumaktadır ve bu işletmenin devri mümkündür<sup>415</sup>. Ayrıca işletmede yer alan malvarlığı unsurlarının değeri bir bütün olarak, tek tek sahip olacakları değerden daha fazladır; zira bu malvarlığı unsurları bir bütün oluşturarak daha büyük bir iktisadi menfaat sağlamaktadırlar.

Ticari işletmenin devrinde bütünlüğün korunması zorunluluğu TTK m.11'nin madde başlığında “bütünlük ilkesi” olarak ifade edilmektedir<sup>416</sup>. Madde başlığı dışında maddenin TTK m.11 f.3'te “*ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan diğer*

<sup>411</sup> İsviçre Hukuku'nun aksine Türk Hukuku'nda kapsamın belirlenmesi bakımından aktiflerin pasiflerden fazla olması şeklinde bir zorunluluk (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 f.2) da bulunmamaktadır. İsviçre Hukuku bakımdan getirilen bu şart, malvarlığı devri bakımından bir işlevi olmadığı, hatta malvarlığı devri işleminin uygulama alanını gereksiz yere kısıtladığı şeklinde eleştirilen bu hüküm ( Bkz. Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.217) Türk Hukuku'na alınmamıştır. Bu nedenle ticari işletme devri sözleşmesinin devredilen aktiflerin pasiflerden daha az değerde olmasına Türk Hukuku'nda bir engel yoktur. Bkz. Öz s.113. Ancak bu durumda devir işleminin amacının alacaklılardan mal kaçırma amacı bulunup bulunmadığının daha dikkatli olarak incelenmesi gerekecektir. Bkz. Öz s.113.

<sup>412</sup> Arıcı s.67, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.118, CR CO I- Probst s.1263, Kendigelen (Ülgen) s.171.

<sup>413</sup> Karahan s.34.

<sup>414</sup> Arıcı s.73.

<sup>415</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.44.

<sup>416</sup> Aslında madde başlığının bütünlük ilkesi olması da eleştiriye açıktır. TTK m.11 f.1 ve f.2 ticari işletmenin tanımlanmasına ilişkin maddeler olup bütünlük ilkesi ile bağlantısı bulunmamaktadır. Ticari işletme devrine ilişkin kısım yalnızca TTK m.11 f.3'tür. Üstelik TTK m.11 f.3 de bütünlük ilkesine ilişkin bir açıklama içermemektedir. Bu nedenle kanaatimizce f.1 ve f.2'nin ayrı bir madde olması, f.3'ün de bütünlük ilkesine ilişkin açıklama içeren ayrı bir madde olması daha uygun bir düzenleme olabilirdi. Bkz. Kendigelen s.49.

*sözleşmeler*”den bahsedilmesi TTK m.11 f.3’te bütünlük ilkesinin benimsendiğini işaret etmektedir. Ayrıca Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.2’de ticari işletmenin bütünlüğünün korunarak devredilmesi gerekliliği açık olarak belirtilmiştir<sup>417</sup>.

Aslında bütünlük ilkesi Türk Hukuku’na yeni giren bir kavram değildir. Vergi hukukunda bölünme işlemlerinde işletme bütünlüğünün korunması gerektiği ETTK zamanında dahi kabul edilmekteydi<sup>418</sup>. Nitekim TTK uyarınca da bölünmede bütünlük ilkesine uyulması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>419</sup>. Bölünme bakımından bütünlük ilkesine uyulması için birbiri ile bağlantılı aktif ve pasiflerin aynı devralan şirket bünyesinde yer almasının ise yeterli olduğu belirtilmektedir<sup>420</sup>.

Bütünlük ilkesine aykırı bir devir işleminin ticari işletme devri olarak değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>421</sup>. Bütünlük korunmadığı takdirde ne TTK m.11 f.3 uyarınca aktiflerin ne de TBK m.202 uyarınca pasiflerin külli olarak devri gerçekleşmiş olacaktır<sup>422</sup>. Bu durumda devrin ticaret siciline tescil edilmesine yönelik bir talebin reddedilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>423</sup>. Bütünlük ilkesine aykırı nitelikteki devirlerin ancak cüz’i halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir<sup>424</sup>.

Bu noktada bütünlüğün ne zamana kadar korunduğu, diğer bir ifade ile ne zaman işletme bütünlüğünün bozulduğu sorusu akla gelebilir. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre devredilen malvarlığı unsurlarının ticari işletme faaliyetlerini devam ettirmesine imkan tanınması halinde bütünlüğün korunduğu kabul edilmektedir<sup>425</sup>. Acemoğlu’na göre ise kapsam dışında bırakılan unsurlar sayıca fazla ise veya bırakılan unsurların sayısı az olmakla beraber değeri yüksek ise bu durumda bir ticari işletme devri söz konusu olmayacaktır<sup>426</sup>. Kanaatimizce değer ve

<sup>417</sup> Öz’e göre ise madde metninde bütünlük ilkesinin açık olarak belirtilmemesi bir eksikliklerdir. Öz’ün de kanaatimizce haklı olarak belirttiği üzere sözleşmenin geçerliliğine etki edecek bir koşulun madde metninde açıkça belirtilmesi daha uygun olurdu. Bu nedenle bütünlük ilkesinin ikincil düzenlemelere bırakılması kanun tekniği bakımından eleştiriye açıktır. Bkz. Öz s.116.

<sup>418</sup> Göktuna s.222.

<sup>419</sup> Çebi s.26.

<sup>420</sup> Göktuna s.222, Çebi s.26.

<sup>421</sup> Arıcı s.73. Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.1’de ticari işletme devrinde bütünlüğün korunması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>422</sup> Karahan s.34.

<sup>423</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.118, Öz s.115.

<sup>424</sup> CR CO I- Probst s.1271. Öz’ün belirttiği üzere bütünlük ilkesine aykırı bir devir sözleşmesi bir ticari işletme devri sözleşmesi olarak geçerli olmasa da, şekil şartını karşılaması şartıyla belirli malvarlığı unsurlarının devri sözleşmesi olarak ayakta tutulması mümkün olabilir. Bkz. Öz s.116.

<sup>425</sup> Arkan s.42, Karahan s.34, Arıcı s.72, Akçaal s.103, Kendigelen (Ülgen) s.171.

<sup>426</sup> Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.31.

sayı ölçütler belirsiz niteliktedir. Bu nedenle de bütünlüğün korunup korunmadığı konusunda yol gösterici olamazlar. Ayrıca kanaatimizce ticari işletme devrinin özel düzenlemeye tabi olmasının altında yatan amaç, ticari işletmenin faaliyetlerini devam ettirebilmesine imkan tanımaktır. Bu açıdan biz işletme bütünlüğünün değerlendirilmesi bakımından Acemoğlu'nun aksine faaliyete devam etme ölçütünü benimsemekteyiz.

Bütünlüğün korunması için hangi unsurların devredilmesinin zorunlu olduğu somut olayın şartlarına ve en başta işletmenin faaliyet alanına göre belirlenecektir<sup>427</sup>. Bunun dışında işletmenin hacmi, bulunduğu yer ve müşteri çevresi gibi hususlar da dikkate alınmalıdır<sup>428</sup>. Doktrinde bir ticari işletmenin birden fazla alanda faaliyet gösteriyor olması halinde devredilen kısmın yalnızca bir alana ilişkin olması durumunda bütünlük ilkesine uyulduğu belirtilmektedir<sup>429</sup>.

Eklemek gerekir ki, kanaatimizce işletmenin bütünlüğü bakımından işletmeye dahil borçlar da dikkate alınmalıdır<sup>430</sup>. Bu nedenle ticari işletme devrinde tüm aktiflerin kapsam dışında bırakılarak, yalnızca borçların devredilmesinin mümkün olmadığı haklı olarak belirtilmektedir<sup>431</sup>.

#### **d) Devir Kapsamının Belirlenmesi Yöntemine İlişkin Değerlendirmemiz**

##### **i. Devir Kapsamının Belirlenmesinde Yetersizlik**

Ticari işletme rehininden farklı olarak ticari işletme devri sözleşmesinde devredilen malvarlığı unsurlarının sayılması TTK m.11 f.3'te zorunlu tutulmamıştır. Bu nedenle ticari işletme devrinde tarafların hangi malvarlığı unsurlarının devredileceğini bir liste halinde belirlemesi zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>432</sup>.

<sup>427</sup> Arıcı s.73.

<sup>428</sup> Arıcı s.73.

<sup>429</sup> Karahan s.35.

<sup>430</sup> Bu konuda ticari işletme devrinde borçların devri konusunda aşağıda daha kapsamlı olarak incelenmiştir.

<sup>431</sup> Acemoğlu, Ticari İşletmenin Devri s.35 vd, Arkan s.45, Karahan s.34, Kendigelen (Ülgen) s.170, Öz s.113.

<sup>432</sup> TTK döneminde Ticaret Sicili Yönetmeliği'nden önce hazırlanan Ticaret Sicili Taslağında (bkz. [http://www.alomaliye.com/2012/ticaret\\_sicil\\_tuzugu\\_taslak.pdf](http://www.alomaliye.com/2012/ticaret_sicil_tuzugu_taslak.pdf)) bu konuda farklı bir düzenleme öngörülmüştü. Ticaret Sicili Tüzüğü Taslağı m.131 f.2'ye göre devir işlemi gerçekleştiren tarafların ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarını ticaret sicil müdürlüğüne vermeleri gerekmekteydi. Bu şekilde sözleşmede yer alması dahi bir devir envanteri hazırlanması zorunluluğu benimsenmişti. Ne var ki, Ticaret Sicili Tüzüğü Taslağı yerine Ticaret Sicili Yönetmeliği böyle bir yükümlülük getirmediği için Türk Hukuku'nda devrin gerçekleşmesi için bir envanter hazırlama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Kanaatimizce Ticaret Sicili Yönetmeliği tarafından getirilen bu düzenleme ticari işletme devri sözleşmelerinin içeriğinin belirlenmesi bakımından oluşan boşluğu doldurmak bakımından yetersiz kalacaktır. Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 devir sözleşmesinde yalnızca devir kapsamı dışında bırakılan unsurların belirtilmesini yeterli saymaktadır. Diğer bir ifade ile devrin kapsamını, çıkarma (olmayanı belirtme) yöntemi ile belirlenmesi yoluna gitmektedir. Ne var ki, bu yöntemin isabetli olarak devir kapsamını belirleyebilmesi için ticari işletmenin malvarlığının taraflarca biliniyor veya kolaylıkla tespiti edilebiliyor olması gerekmektedir. Eğer taraflar ticari işletmeye dahil tüm malvarlığı unsurlarını biliyor veya ihtilafsız olarak kolaylıkla tespit edebiliyor olsalardı, hangi unsurların devir kapsamı dışında kalacağına belirtilmesi ticari işletme devrinin kapsamının belirlenmesi bakımından yeterli olabilirdi. Halbuki bir ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının tamamının devralan tarafından bilinmesi mümkün değildir. Hatta ticari işletmenin ölçeğine göre bazı hallerde devreden bile bu unsurların tam listesine sahip olmaması ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle tarafların hangi unsurların kapsam dışında olduğunu sözleşmede belirtmeleri uyumsuzlukları engellemek için yeterli olmayacaktır.

Üstelik bir uyumsuzluk halinde hangi unsurların ticari işletmeye özgülenmiş olduğunu belirlemek geriye dönük bir incelemeyi gerektirmektedir. Diğer bir ifade ile tarafların devrin yapıldığı sırada malvarlığı unsurunun ticari işletmeye gerçekten özgülenmiş olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir ki bu fiilen oldukça zordur.

## ii. Bütünlük İlkesinin Sınırlarındaki Belirsizlik

Ticari işletme devrinde bütünlük ilkesi, ticari işletmeyi salt malvarlığı devri hükümlerinden ayırmasını sağlayan temel unsurdur. Ticari işletme devrinin amacının faaliyette bulunan bir ticari işletmenin organizasyonunun devredilmesi olduğu düşünüldüğünde bütünlük ilkesinin önemi görülebilir<sup>433</sup>.

Bütünlük ilkesi bakımından en önemli sorun bütünlük ilkesinin ne zaman ihlal edildiğinin tespit edilmesi noktasındadır. Bütünlük ilkesinin sınırları her işletme ve her devir işlemi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu

<sup>433</sup> Elbette bütünlük ilkesinden de vazgeçilmesi bir kanun yapma politikası olabilir. Nitekim İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri hükümlerini kabul ederken devredilenin bir işletme oluşturması şartını aramamış ve bu devri salt bir malvarlığı devri olarak düzenlemiştir. Böyle bir sistem ileri de Türk Hukuku bakımından da değerlendirilebilecek bir yoldur. Ancak TTK-TBK sisteminde malvarlığı devri değil de bir ticari işletme devri düzenlendiğinden artık bütünlük ilkesinin dikkate alınması zorunluluğu kaçınılmazdır.



nedenle de bütünlük ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesi güçtür. Üstelik bütünlük ilkesi TTK m.11 f.3 hükmünün uygulanması bakımından temel bir niteliğe sahiptir. Bütünlük ilkesine aykırı olarak yapılacak bir devir sözleşmesi TTK m.11 f.3 kapsamına girmeyecek ve ticaret siciline yapılacak tescil ile malvarlığı unsurlarının devri söz konusu olmayacaktır. Devir sözleşmesi tescil edilmiş olsa dahi malvarlığı unsurları devredende kalmaya devam edecektir. O nedenle bütünlük ilkesine uygun bir devir yapıldığının uyuşmazlık halinde tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Halbuki mevcut düzenlemede tarafların ticari işletme devri kapsamını devir sözleşmesinde belirtmesi zorunluluğu bulunmadığından bütünlük ilkesine uyulup uyulmadığının geriye dönük olarak tespit edilmesi oldukça güçtür. Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.2'ye göre tarafların hangi unsurları kapsam dışında bıraktıklarını belirtmeleri yeterli olacağından, bu unsurların söz konusu işletmenin bütünlüğüne ne derece etki edeceğini tespit etmek oldukça güç olacaktır.

Bu noktada Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.2 ticari işletme devir sözleşmesinde ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin bir beyan bulunması gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce sözleşmede böyle bir hükmün bulunması fiilen bütünlük ilkesinin korunması sonucunu doğurmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında bütünlük ilkesinin korunup korunmadığının tespit edilmesi mümkün olmayacaktır.

### **iii. Devrin Bir Envanter Üzerinden Gerçekleştirilmesi İhtiyacı**

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerden ötürü ticari işletme devir sözleşmesinde hem taraf iradelerine serbesti tanıyacak hem de belirliliği ve aleniyeti sağlayacak bir çözümü benimseme ihtiyacı bulunmaktadır. Aksi takdirde hem taraflar arasında uyuşmazlık çıkması riski artmış olacaktır hem de geriye dönük olarak ticari işletme devrinin kapsamının belirlenmesinin zorluğu karşısında bu uyuşmazlığın adalete uyum şeklinde çözülmesi oldukça güç olacaktır.

Bu endişeler ışığında İsviçre Birleşmeler Kanunu tarafından düzenlenen malvarlığı devri işlemi bakımından bir devir envanteri düzenlenmesi ve devrin bu

envanter üzerinden gerçekleştirilmesi zorunluluğu, TTK uygulaması bakımından üzerinde ciddi şekilde düşünülmesi gereken yöntemdir<sup>434</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 uyarınca malvarlığı devri sözleşmesinde devredilen malvarlığı unsurlarının tek tek gösterildiği bir devir envanteri yer almalıdır<sup>435</sup>. Bu devir envanterinin malvarlığı devri sözleşmesinin temeli olduğu belirtilmektedir<sup>436</sup>. Envanterde yer alan malvarlığı unsurları ticaret siciline tescil ile devralana geçmektedir. Envanterde yer almayan malvarlığı unsurları devralanda kalacaktır (isviçre Birleşmeler Kanunu m.72)<sup>437</sup>.

Hazırlanacak envantere malvarlığı unsurlarının tespit edilebilir olması için yeterli açıklığın bulunması gerekmektedir<sup>438</sup>. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 taşınmazların, kıymetli evrakın ve fikri mülkiyet haklarının tek tek belirtilmesini zorunlu kılmıştır. Bunun dışında kalan unsurları bakımından ise hangi unsurların devredildiğinin “açıkça” anlaşılabilirdiği genel bir atfın yeterli olacağı belirtilmektedir<sup>439</sup>. Buna göre belirli malvarlığı unsurlarının gruplanarak kapsama dahil edilmesi de mümkün olacaktır<sup>440</sup>. Ancak tek başına ticari işletmenin defterlerine yapılan atfın yeterli olmadığı belirtilmektedir<sup>441</sup>.

Söz konusu düzenlemenin amacı devredilecek malvarlığı unsurlarının belirlenebilir hale getirilmesi yoluyla devre açıklık ve şeffaflık kazandırmaktır<sup>442</sup>. Her ne kadar envanter hazırlanması devir tarafları için bir yük oluştursa da Turin’in

<sup>434</sup> Arıcı, TTK henüz Tasarı aşamasındayken bu görüşü dile getirmiştir. Bkz. Arıcı s.215 vd. TTK’nın yasalaşmasından sonra ise bu görüş başka yazarlar tarafından da ileri sürülmüştür. Bkz. Öz s.109., Aydın s.19. Akçaal ise hazırladığı kanun önerisinde envanter hazırlanması gerekliliğini vurgulamıştır. Bkz. Akçaal s.215.

<sup>435</sup> Rapp söz konusu envanterin malvarlığı devri işleminin merkezinde yer aldığını belirtmektedir. Bkz. Jean Marc Rapp, **Les contrats et la loi sur la fusion, Actualités du droit des contrats, Le contrat à la croisée des chemins**, Centre du droit de l’entreprise de l’Université de Lausanne (CEDIDAC), Laussane, 2008 s.10.

<sup>436</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.779.

<sup>437</sup> Turin’in belirttiği üzere bir unsurun envantere yer almaması halinde öncelikle envanterin yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum sırasında ise tarafların devredilecek malvarlığı unsurlarını açıkça belirtme yükümlülükleri olduğu dikkate alınmalıdır. Bkz. Turin s.151. Belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi düzenlenen envanterin yorumundan tarafların farazi iradesinin envantere yer almayan malvarlığı unsurlarının da devredilmesi olduğunun anlaşıldığı durumlarda bu unsurun da devredileceğini belirtmektedir. Bkz. ATF 111 II 291.

<sup>438</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.779.

<sup>439</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.780, Turin s.149. Rapp, İsviçre Birleşmeler Kanunu’nun yürürlüğe girişini takip eden ilk yılda envanterlerin çok detaylı olduğunu; ancak bugün için uygulamanın bu konuda, belki de gereğinden fazla, esnek hale geldiğini belirtmektedir. Bkz. Rapp s.10.

<sup>440</sup> Turin s.149.

<sup>441</sup> Turin s.147.

<sup>442</sup> Turin s.147, Bahar, **Commentaire Lfus** s.779. Ancak Bahar’ın belirttiği üzere, banka ticari işletmesi gibi sayısız miktarda malvarlığı unsuru içeren işletmelerin devrinde envanter hazırlanması neredeyse imkansız hale gelecektir. Bkz. Bahar, **Commentaire Lfus** s.779.

de güzel bir ifade ile belirttiği üzere bu durum “kısmi külli halefiyetin getirdiği devir kolaylığı için ödenmesi gereken bir bedel” olarak görülmelidir<sup>443</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu ayrıca hazırlanacak envantere devredilen malvarlığı unsurlarının toplam değerinin gösterilmesini de zorunlu tutmuştur<sup>444</sup>. Envanterde toplam değer gösterilmesi gerektiği belirtildiğinden her bir malvarlığı unsurunun değerinin tek tek gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>445</sup>. Envanterde toplam değer gösterilmesi iki nedenden ötürü önem taşımaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 f.2 devredilen aktiflerin değerinin pasiflerden fazla olması zorunluluğu getirdiğinden bu koşulun sağlanıp sağlanmadığının tespiti için devredilen unsurların toplam değerinin belirtilmesi gerekmektedir. İkinciler olarak ise, İsviçre Birleşmeler Kanunu devir işleminde ortakların bildirilmesi yükümlülüğü getirmesine rağmen devredilen malvarlığı değerinin şirketin bilanço değerinin %5’inden az olması halinde bu bildirim yükümlülüğünü kaldırmaktadır (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.74 f.3). Devredilen malvarlığının toplam değeri söz konusu hükümlerin uygulanmasını sağladığı için envantere bu hususun da yer alması öngörülmüştür<sup>446</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu ile belirlenen envanter sisteminin TTK bakımından da benimsenmesi gerektiği görüşünderiz. Elbette bir devir envanteri hazırlanması taraflara bir yük getirecek niteliktedir. Ancak kanaatimizce devir kapsamının kesin olarak belirlenebilmesi için böyle bir yükü taraflara yüklemek zorunluluktur. Envanter üzerinden devir sisteminin benimsenmesi ile devir kapsamının taraflar ve üçüncü kişiler bakımından uyuşmazlıktan arı olarak, kesin şekilde belirlenmesi mümkün olacaktır. Aynı zamanda olası bir uyuşmazlık halinde geriye dönük olarak yapılacak incelemede devrinin kapsamının bütünlük ilkesine uygun olup olmadığını inceleme imkanı ortaya çıkacaktır<sup>447</sup>.

<sup>443</sup> Turin s.148.

<sup>444</sup> Değerlemenin hangi prensipler üzerinde yapılacağı konusunda maddede açıklık olmasa da faaliyete devam eden işletme değeri üzerinden (going concern) hesaplamanın yapılacağı belirtilmektedir. Bkz. Turin s.153.

<sup>445</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.782, Turin s.149. Türk Hukuku bakımından Ticaret Sicil Tüzüğü Taslağı devredilecek malvarlığı unsurlarının her birinin değerlerinin belirtilmesi zorunluluğu getirmekteydi. Ne var ki, Ticaret Sicil Taslağı’nın yürürlüğe girmemesi ve yürürlüğe giren Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin böyle bir şart öngörmemesi karşısında devredilecek malvarlığı unsurlarının değerinin belirlenmesi şartı bulunmamaktadır.

<sup>446</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.783.

<sup>447</sup> Kanaatimizce İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümlerinin doğrudan kabul edilmesinde kural olarak bir sakınca yoktur. Yalnız İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 f.2 uyarınca getirilen devredilen malvarlığı unsurlarının toplam değerinin belirtilmesi Türk Hukuku bakımından zorunlu değildir; zira İsviçre

Bahtiyar'a göre ticari işletme devri sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlanması karşısında devre dahil unsurların Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda olduğu üzere tek tek belirtilmesi ve belirtilmeyen hususların devir dışı bırakıldığı sonucuna varılması gerekmektedir<sup>448</sup>. Diğer bir ifade ile Bahtiyar İsviçre Hukuku'nda benimsenen envanter yükümlülüğünün Türk Hukuku tarafından da kabul edildiğini belirtmektedir. Kanaatimizce ticari işletme devrinin geçerliliği için böyle bir envanter düzenleme zorunluluğu şu an için bulunmamaktadır. Kanaatimizce Bahtiyar'ın görüşü olması gereken hukuk bakımından son derece isabetli olsa bile, pozitif hukuku bakımından böyle bir dayanak ne yazık ki bulunmamaktadır<sup>449</sup>.

Ancak ticari işletme devrinin geçerliliğini etkilemese dahi başka gerekçelerle pozitif hukuk bakımından da bir envanter düzenleme gerekliliği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Öncelikle devrin konusuna giren unsurların belirlenebilir nitelikte olması taraflar arasındaki uyuşmazlıkların önüne geçilmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>450</sup>. Bu nedenle hukuki bir zorunluluk olmasa bile envanterin düzenlenmesi devir kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

İlaveten ticari işletme devrinde bir envanter hazırlanmaması basiretli davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Eğer devir işleminin taraflarından biri bir ticaret şirketi ise bu durumda envanter hazırlanmadan devir yapılması yöneticilerin sorumluluğuna sebep olabilir<sup>451</sup>. Şöyle ki, işlemin tüzel kişiler tarafından yapılması halinde, devir kapsamında olacak malvarlığı unsurlarını tam olarak tespit etmeden bir ücret tayin etmesi ticaret şirketlerinde yöneticilerden beklenen özen borcuna aykırılık teşkil edecektir. Bu sebepten şirketin zarar uğraması halinde yöneticinin zarardan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

---

Hukuku'nun aksine Türk Hukuku'nda ne aktiflerin pasiflerden fazla olması zorunluluğu ne de devrin büyüklüğüne göre ortakların bilgilendirilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle devredilen malvarlığı unsurlarının toplam değerinin belirtilmesi Türk Hukuku bakımından bir işleve sahip olmayacaktır.

<sup>448</sup> Bahtiyar s.3905.

<sup>449</sup> Aslında Ticaret Sicili Tüzüğü Taslağı m.131 f.2 devir kapsamındaki malvarlığı unsurlarının tam listesinin ticaret sicili müdürlüğüne verilmesini zorunlu kılmaktaydı. Kanunda belirtilmeyen böyle bir yükümlülüğün tüzük yoluyla getirilmesinin normlar hiyerarşisi bakımından uygunluğu bir kenara bırakılsa, söz konusu düzenleme ticari işletme devri uygulaması bakımından birçok sorunu önleyebilecek bir düzenlemeydi. Ne var ki, Ticaret Sicili Tüzüğü Taslağı'nın yerini alan Ticaret Sicili Yönetmeliği bu zorunluluğu kaldırdıktan sonra artık devir kapsamındaki hususların tam listesinin verilmesini zorunlu kılan bir pozitif hukuk kuralı bulunmamaktadır.

<sup>450</sup> Arıcı s.74.

<sup>451</sup> Arıcı s.75.

#### 4. Devir Sözleşmesinde Karşı Edim

Ticari işletme devri sözleşmesinde devralanın karşı edimi konusunda TTK m.11 f.3'te herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar ticari işletme devrinin karşı edimini belirlemede serbesttirler<sup>452</sup>. Buna göre ticari işletme devri sözleşmesi bir ivaz karşılığında olabileceği gibi devrin ivazsız olarak da yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>453</sup>. İvaz kararlaştırılması halinde ise ivazın türü taraflarca serbestçe belirlenebilir<sup>454</sup>. Ayrıca ivazın her koşulda ticari işletmeyi devreden lehine olması zorunlu değildir; sözleşmenin üçüncü kişi lehine yapılması da kural olarak mümkündür<sup>455</sup>.

Öte yandan unutmamak gerekir ki, ivazın belirlenmesi serbestisini sınırlayan genel hükümler bulunabilir. Örneğin anonim şirketlerde sermayenin korunması hükümleri ticari işletmenin devri karşılığında ivazın serbestçe belirlenmesine engel teşkil edebilir<sup>456</sup>. Aynı şekilde şirketler topluluğuna dahil grup şirketleri arasında yapılacak devirlerde veya halka açık şirketlerde yapılacak devirlerde irade serbestisini sınırlayan hükümler bulunabilir<sup>457</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.2 (ç) bendi, ticari işletmenin satış fiyatının ve ödeme koşullarının devir sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu unsurlar arasında olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce bu hükümden hareketle ticari işletme devrinin mutlaka ivazlı olması gerektiği ve söz konusu ivazın da para olması gerektiği sonucuna varılamaz<sup>458</sup>. Her şeyden önce TTK

<sup>452</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.783, Coştan, **Bölünme** s.35, Turin s.155, Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.95, Ülgen/Arıcı s.1772-1773. Yalnız belirtmek gerekir ki ticari işletme devrinin karşı ediminin devralan ortaklığın ortaklık hakları olması halinde ortada, devreden tüzel kişi olması halinde TTK m.159 uyarınca bir ayrılma şeklinde bölünme, devreden gerçek kişi olması halinde ise ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi söz konusu olacağı için ticari işletme devri hükümleri uygulanmayacaktır. Benzer bir durum İsviçre Hukuku'nda da yer almaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 f.1 uyarınca malvarlığı devrinin karşılığında devralan şirketin paylarının devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde işlem, malvarlığı devri niteliğini kaybedecek ve bölünme niteliği kazanmış olacaktır.

<sup>453</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.42, Akçaal s.102, Turin s.39, Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.95. Ne var ki, yazarın da belirttiği gibi ticari hayatın olağan akışında bir ticari işletmenin ivazsız olarak devredilmesi nadir karşılaşılabilecek bir durumdur. Bkz. Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.84.

<sup>454</sup> Turin s.157 vd.

<sup>455</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.784, Turin s.156.

<sup>456</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.785, Turin s.155.

<sup>457</sup> Bu hükümlere örnek olarak TTK m.202 uyarınca hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi zarara uğratabilecek şekilde kullandırması gösterilebilir. Bu konuda kapsamlı açıklama için bkz. Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

<sup>458</sup> Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.95.

m.11 f.3'te devredilecek ticari işletme için bir ivaz öngörülmesi ve ivazın da bir para borcunun ifası olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kanun ile getirilmeyen böyle bir zorunluluğun yönetmelik ile getirilmesi de kanun yapma tekniğine aykırı nitelikte olacaktır.

Sonuç olarak taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ticari işletme devrinin karşı edimini serbestçe belirleyebilmelidirler; ancak taraflar karşı edim olarak bir satım bedeli kararlaştırdıkları takdirde bu bedeli ve ödeme koşullarını da sözleşmede belirtmek zorundadırlar. Kanaatimizce karşı edimin satım bedeli dışında başka bir şey olarak belirlenmesi durumunda bu sefer karşı edimin hangi koşullarla ifa edileceğinin de belirtilmesi gerekecektir. Doktrinde, kanaatimizce haklı olarak, devrin ivazsız olması durumunda ise sözleşmede bu hususun açıkça belirtilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>459</sup>.

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde karşı edimin belirtilmesinin zorunlu kılınması karşısında bir sorun ortaya çıkmaktadır. Acaba devredilecek malvarlığı için kararlaştırılan karşı edimin devir sırasında belirli olması zorunlu mudur? Yoksa sözleşmede henüz belirli olmayan ancak belirlenebilir nitelikte bir ivazın gösterilmesi mümkün müdür?

Malvarlığı devri için karşı edimin gösterilmesi şartını arayan İsviçre Birleşmeler Kanunu bakımından da bu sorun ortaya çıkmıştır. İsviçre Hukuku'nda Turin, sıradan satım sözleşmesinin aksine ivazın sözleşmenin kurulması sırasında belirli olmasının ve ivazın sözleşmede belirtilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir<sup>460</sup>. Ne var ki, Phillippin'e göre karşı edim belirli olabileceği gibi ileride belirlenebilecek de olabilir<sup>461</sup>. Örneğin, ticari işletmenin devirden sonra faaliyetlerinin durumuna göre değişecek bir bedel belirlenmesi mümkündür<sup>462</sup>. Aynı şekilde Chapuis de devir sözleşmesinde karşı edimin belirlenebilir nitelikte olmasının yeterli olduğunu belirtmektedir<sup>463</sup>. Ancak Chapuis'ye göre miktarın belirlenebilir olması gerektiğinden yalnızca azami veya asgari miktarın belirtilmesi yeterli

<sup>459</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.784, Turin s.155, Phillippin, **Transfert de Patriomoine** s.95.

<sup>460</sup> Turin s.155.

<sup>461</sup> Phillippin, **Transfert de Patriomoine** s.95.

<sup>462</sup> Phillippin, **Transfert de Patriomoine** s.95.

<sup>463</sup> Chapuis, Olivier, **Loi sur la fusion - Questions choisies**, Publikation Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im

Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (REPRAX), Schulthess, 2005-2 s.28

olmayacaktır<sup>464</sup>. Kanaatimizce TTK uygulaması bakımından da aynı sonuca varılması ve karşı edimin belirlenebilir nitelikte olmasını yeterli saymak yerinde olacaktır.

## 5. Sözleşmenin Tarafları

Ticari işletme devri, ticari işletme üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişi, yani ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının maliki tarafından yapılabilir. Ticari işletmenin bir adi ortaklık çerçevesinde işletilmesi halinde ise devrin ortaklar tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekecektir<sup>465</sup>.

Tasarruf yetkisi olmayan bir kimsenin ticari işletmeyi devretmesi mümkün değildir. Ancak doktrinde tartışmalı olmakla beraber kanaatimizce ticari işletme devri sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olduğu için sözleşmenin kurulması sırasında tasarruf yetkisi aranmayacaktır. Bu nedenle malik dışındaki bir kişi de devir borcu doğuran sözleşme yaptığı takdirde bu sözleşme geçerli olacaktır. Ne var ki, devir sözleşmesinin tescili bir tasarruf işlemi olacağı için devreden tescil anında tasarruf yetkisi bulunması gerekmektedir<sup>466</sup>.

Ticari işletme devri taraflarının gerçek veya tüzel kişi olması bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>467</sup>. Ticaret şirketleri, ticari işletme işleten dernek ve vakıflar ile gerçek kişilerin ticari işletme devri yapması mümkündür<sup>468</sup>.

<sup>464</sup> Chapuis s.28.

<sup>465</sup> İsviçre Birleşmeler Kanunu ticaret siciline tescil edilmeyen ortaklıkları kapsam dışında bıraktığı için adi ortaklığın işlettiği ticari işletmenin kısmi külli halefiyet hükümleri kapsamında devredilmesi mümkün değildir. Bkz. Bahar, **Commentaire Lfus** s.748, Turin s.90.

<sup>466</sup> Öz s.112.

<sup>467</sup> Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135 ticari işletmenin gerçek kişi veya bir dernek ya da vakıf tarafından devredilmesine ilişkin hükümler içermesine rağmen, bir ticaret şirketinin ticari işletmesini devretmesi halinde ne olacağına dair herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle başta anonim şirketler olmak üzere ticaret şirketlerinin ticari işletme devri yapmasının önünün kapatıldığı iddiası akla gelebilirdi. Ne var ki, “Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ” ticaret şirketlerinde ticari işletme devri halinde yapılması gereken işlemlere de yer verdiği için Ticaret Sicili Yönetmeliği’nin ticaret şirketlerinin ticari işletme devri yapmasına engel teşkil etmediği şeklinde bir yorum kanaatimizce haklı olarak ileri sürülebilir.

<sup>468</sup> Akçaal s.84. Akçaal, Yargıtay’ın ticari işletme devri yapabileceğini ileri sürerek 9.HD’nin 30.09.2004 tarihli E.2004/5530 K.2004/21060 sayılı kararına dayanmıştır. Kanaatimizce tüzel kişilerin ticari işletme devri yapmasına bir engel bulunmasa da söz konusu karar işletmenin devrine değil, işyeri devrine ilişkin olduğundan bu konuda örnek olarak gösterilmesi çok isabetli değildir. Yargıtay’ın ilgili olayda EBK m.179 hükümlerine dayanması da bu sonucu değiştirmemelidir; zira EBK m.179 yalnızca ticari işletme devrine değil kendi içinde bütünlük arz eden malvarlığı devirlerine de uygulanacaktır. Bu nedenle kararın, devir konusunun işyeri olarak tanımlandığı husus dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz.

Ticari işletmenin malik dışında bir kişi tarafından işletilmesi de mümkündür. Özellikle ticari işletmenin kiraya verilmiş olması halinde böyle bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durumda bu ticari işletmeyi işletmeden doğan tacir sıfatı ile ticari işletmenin maliki sıfatı farklı kişiler üzerinde bulunacaktır<sup>469</sup>. Böyle bir halde, tacir sıfatını taşıyan ancak ticari işletmenin maliki olmadığı için tasarruf yetkisi bulunmayan kişinin ticari işletmeyi devretmesi mümkün değildir.

Ancak bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Ticari işletmeyi işleten, ancak ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının maliki olmayan kişi faaliyetleri sırasında kendisine ait bazı malvarlığı unsurlarının ticari işletmeye dahil etmiş olabilir. Örneğin bir ticari işletme kirası ile ticari işletmeyi işletmeye başlayan gerçek kişi tacir, bir araç satın alarak bu aracı ticari işletmenin faaliyetlerinde kullanmaya başlamış olabilir. Bu durumda yapılacak bir ticari işletme devri sözleşmesi, ticari işletmeyi işleten kişiye ait malvarlığı unsurlarını kapsamayacaktır. Eğer bu malvarlığı unsurlarının da devir kapsamında olması isteniyorsa o takdirde gerek ticari işletmenin maliki gerekse ticari işletmeyi işleten kişi ile birlikte bir sözleşme yapılması gerekecektir.

İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri için devri yapacak kişinin ticaret siciline kayıt yapması şartını aramaktadır. Bu durumda ticaret siciline kayıtlı olmayan bir gerçek kişi tacirin veya ticari işletme işleten bir dernek ya da vakfın malvarlığı devri yapması mümkün değildir (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69). Ne var ki, bu durum devir için kesin bir engel teşkil etmemektedir. Malvarlığını devretmek isteyen kişi, ticaret siciline tescil edildikten sonra malvarlığı devri işlemini gerçekleştirebilir<sup>470</sup>. Aynı sonucu Türk Hukuku bakımından da kabul etmeye bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz.

Ticari işletme devrinde devralan tarafta birden fazla kişinin bulunması mümkündür. Bu durumda ne olacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Türk Hukuku'nda birlikte mülkiyet halinde kanunda belirtilen istisnai durumlar haricinde paylı mülkiyet söz konusu olacaktır. Bu durumda devralan sayısının birden fazla

<sup>469</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.290 vd. Ticari işletmenin kiraya verilmesi halinde kiracının tacir sıfatı kazanacağı konusunda bir tartışma yoksa da kiraya verenin tacir sıfatının devam edip etmeyeceği konusundaki farklı görüşler vardır. Bu görüşler için Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.290. vd.

<sup>470</sup> Kläy/Turin s.79



olması halinde devredilen malvarlığı üzerinde devralanlar arasında paylı mülkiyet söz konusu olacaktır.

Ne var ki, bir ticari işletmeyi devralanlar arasında bir adi ortaklık ilişkisi bulunması ihtimali oldukça yüksektir. TBK m.638 uyarınca adi ortaklıkta ortaklık için edinilen mallar üzerinde elbirliği yoluyla mülkiyet söz konusu olmaktadır. Buna göre devralanlar arasında adi ortaklık ilişkisi bulunması ve adi ortaklık hükümleri uyarınca devralanların elbirliği şeklinde malik olması uygulamada çoğunlukla karşılaşılabilecek durumdur<sup>471</sup>.

## 6. Ticari işletme devir sözleşmesinde Temsil

### a) Genel Olarak

Ticari işletme devir sözleşmesinin temsil yoluyla yapılması mümkündür. Temsil yetkisinin verilmesi genel olarak bir şekle tabi değildir<sup>472</sup>. Kanun da ticari işletmenin devrinde temsil bakımından özel bir hüküm sevk etmemiştir. O nedenle ilk bakışta ticari işletme devri sözleşmesinin yapılması bakımından da temsil yetkisinin şekle tabi olmadığı düşünülebilir.

Ne var ki, temsilci vasıtasıyla yapılacak işlemin geçerlilik şekline tabi olması halinde temsil yetkisinin verilmesi işleminin şekil şartına tabi olup olmadığı borçlar hukukunda ayrıca tartışılan bir konudur<sup>473</sup>. Doktrindeki bir görüş, temsil yoluyla yapılacak işlemin şekle bağlı olması durumunda dahi temsil yetkisinin bir şekle tabi olmadığı yönündedir<sup>474</sup>. Bu durumda genel kural ticari işletme devri bakımından da uygulanacak ve temsil yetkisi şekle bağlı olmaksızın verilebilecektir. Ancak birçok yazar ise şekil şartının tarafı koruyucu etkisi sebebiyle temsilcinin yapacağı işlemin şekil şartına tabi olmasının temsil yetkisinin verilmesini de etkileyeceğini ve temsil yetkisinde de söz konusu şekil şartına uyulmasının zorunlu olduğunu kabul

<sup>471</sup> Akçaal s.84, Helvacı s.104. Helvacı'nın çalışması bölünme işlemine ilişkin olmakla beraber, kısmi külli halefiyet esasına dayanan bölünme işlemi bakımından ileri sürülen bu görüşün ticari işletme devri bakımından da kabul edilmesine bir engel olmadığı görüşündeyiz.

<sup>472</sup> Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Yayınları, Ankara, 2013 s.231.

<sup>473</sup> Bu tartışmalar için bkz. Kılıçoğlu s.231, Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 s.237, Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme)**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008 s.667, Mehmet Murat İnceoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009 s.139 vd. Ancak belirtmek gerekir ki, TBK bazı hükümler ile bu tartışmayı en azından kefalet sözleşmesi bakımından sona erdirmiştir. TBK m.583 f.2 uyarınca kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartları kefil sözleşmesi yapacak temsilciye temsil yetkisinin verilmesi bakımından da aranacaktır.

<sup>474</sup> Bu görüşün çoğunluk görüşü olduğu yönünde bakınız İnceoğlu, **Temsil** s.139.

etmektedir<sup>475</sup>. Bu görüşe göre ticari işletme devri sözleşmesi yapılması için temsil yetkisi verilirken TTK m.11 f.3'de belirtilen adi yazılı şekil şartına uyulması gerekmektedir.

### b) Tacir Yardımcıları Bakımından

Ticari işletmeyi işleten kişi tarafından faaliyetlerin yürütülmesi için bağlı tacir yardımcısı atanmış olabilir. Bu halde tacir yardımcısının ticari işletmeyi devredip devredemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Tacirin ticari vekil atamış olması halinde sorunun çözümü oldukça kolaydır. TBK m.551 “Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar” demek suretiyle ticari vekilin yetkisini işletmenin olağan faaliyetleri<sup>476</sup> ile sınırlandırmıştır. Kanun olağan iş kavramını tanımlamadığı için hangi işlerin olağan iş olarak kabul edileceğini her somut olayda ayrı ayrı tespit etmek gerekecektir. Bu bağlamda işletmenin faaliyet konusu, işletmenin hacmi, faaliyetin yürütüldüğü bölgede ve ilgili pazarda yerleşik uygulamalar dikkate alınarak tespit yapılması gerekmektedir<sup>477</sup>. Ancak her halükarda ticari işletme devrinin işletme bakımından olağan faaliyet olarak nitelendirilemeyeceği açık olduğundan ticari vekilin ticari işletme devri yapamayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>478</sup>.

Atanan tacir yardımcısının ticari temsilci olması halinde, bu ticari temsilcinin ticari işletme devri yapıp yapamayacağı ise daha kapsamlı incelenmesi gereken bir sorundur. Ticari temsilcinin yetkisini düzenleyen TBKm.548 f.1 uyarınca ticari

<sup>475</sup> Kılıçoğlu s.231, Oğuzman/Öz s.237, İnceoğlu, **Temsil** s.143. Ancak İnceoğlu'na göre bu görüş şekil şartının yalnızca tarafları ikaz amaciyal sevk edildiği durumlar ile sınırlı olarak kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Bkz. İnceoğlu, **Temsil** s.144.

<sup>476</sup> TBK m.551'in lafzında alışılmış işlemler ifadesine yer verilmiştir. Oysa ETBK döneminde doktrinde olağan işlem/olağanüstü işlem kavramları kullanılmış ve benimsenmiştir. Herhangi bir farklı düzenleme getirme amacı olmaksızın yerleşmiş olağan işlem/olağanüstü işlem kavramları yerine “alışılmış işlem” kavramının kullanılması Ayoğlu tarafından da eleştirilmiştir. Bkz. Tolga Ayoğlu, **Bağlı Ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012 s.47. Bu eleştirileri de dikkate alarak biz de çalışmada daha yerinde bulduğumuz olağan işlem/olağanüstü işlem kavramlarını kullanacağız.

<sup>477</sup> Arkan s.180, Karahan s.349, İnceoğlu, **Temsil** s.191. Teoman ise olağan iş kavramının tespiti için ETTK m.165'de kollektif ortaklıklarda yönetim yetkisinin sınırları için kullanılan ölçütten yararlanılabileceğini ve olağan işlem kavramını işletmenin amacını gerçekleştirmek için gereken tüm işlemler olarak tanımlamaktadır. Bkz. Teoman (Ülgen) s.582. Kanaatimizce olağan iş kavramını işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gereken tüm işlemler olarak tanımlamak ticari vekili neredeyse ticari temsilci vekilin seviyesine çıkarmaktadır. Zira ticari temsilcinin temsil yetkisinin sınırlarının da ticari işletmenin amacını gerçekleştirmek için yapılan işlemler olduğu düşünüldüğünde, işletme amacı için gerekli işlemler ölçütü ticari vekil ile ticari temsilci arasındaki farkı belirlemek için yetersiz kalabilir. O yüzden bu şekilde genel bir ölçüt vermek yerine her somut olayda durumu incelemek daha yerinde bir çözüm gibi görünmektedir. Aynı görüşte bkz. İnceoğlu, **Temsil** s.192.

<sup>478</sup> Arıcı s.109.

temsilci “...işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır” demektedir. TBK m.548 f.2 ise “açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz” diyerek taşınmazların devri veya taşınmaz üzerinde aynı hak tesisi bakımından bir istisna getirmiş<sup>479</sup>, ancak diğer tüm işlemler için ticari temsilciyi yetkili saymıştır. Ticari temsilcinin tacirin *alter ego*'su<sup>480</sup> olduğu yönündeki ifadeler de dikkate alındığında ilk bakışta ticari temsilcinin ticari işletmeyi devredebileceği sonucuna varılabilir. Ne var ki, doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere ticari temsilci kavramının varlık amacı böyle bir yoruma imkân vermemektedir. Ticari temsilci ticari işletmenin faaliyetlerinin yürütülmesi için atanır<sup>481</sup>. Nitekim ticari temsilciyi tanımlayan TBK m.547 de “Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ...üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir” diyerek bu görüşü teyit etmektedir. Bu nedenle ticari işletmenin varlığını ortadan kaldıracak işlemler yapması bu varlık amacını ortadan kaldıracığından ticari temsilcinin ticari işletmeyi devredemeyeceği doktrinde kabul edilmektedir<sup>482</sup>.

Belirtmek gerekir ki, ticari temsilcinin ticari işletme devri sözleşmesi yapması bakımından benimsenen bu sınırlama, ticari işletmeyi yalnızca devreden tarafın ticari temsilcisi açısından geçerlidir. Ticari temsilcinin tacir adına ticari işletmeyi devralmak için devir sözleşmesi yapmasına ise bir engel yoktur; zira bir ticari işletmenin devralınması devralanın ticari işletmesini ortadan kaldırmayacağından yukarıda açıklanan sınırlamalar uygulama alanı bulmayacaktır. Bu nedenle ticari temsilcinin bir ticari işletmeyi devralmak için sözleşme yapmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>483</sup>.

<sup>479</sup> Söz konusu yetki sınırlamasının sadece tasarruf işlemleri için değil, borçlandırıcı işlemler ile sözleşme yapma yükümlülüğü getirecek önsözleşmeleri de kapsadığı yönünde bkz. İnceoğlu, **Temsil** s.179.

<sup>480</sup> Teoman (Ülgen) s.569, Poroy/Yasaman s.236, Karahan s.340, İnceoğlu, **Temsil** s.172.

<sup>481</sup> ETBK m.450 f.1 ticari temsilcinin faaliyet yetkisini belirtirken “müessesenin gayesi” kavramına yer vermektedir. Teoman'ın belirttiği üzere her ticari işletmenin amacı gelir elde etmektir. Bu durumda “müessesenin gayesi” kavramı gelir getirebilecek her türlü işlem olarak algılanmaya müsaittir. Ne var ki, Teoman'ın da belirttiği üzere “müessesenin gayesi” kavramını işletme konusu olarak algılamak gerekmektedir. Teoman (Ülgen) s.570. İşletmenin konusu bakımından işletme amacı kavramının tacirin subjektif iradesine göre değil de benzer nitelikteki işletmelerde güdülen objektif amaca göre belirlenmelidir demektedir. Bkz. İnceoğlu, **Temsil** s.176, İsmail Kırca, **Ticari Mümessillik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.106

<sup>482</sup> Arkan s.173, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.334, İnceoğlu, **Temsil** s.175, Karahan s.342, Kırca, **Ticari Mümessillik** s.127. Aynı sebepten ötürü ticari temsilcinin ticari işletme rehni de yapamayacağı belirtilmektedir. Kendigelen(Ülgen) s.185, Arkan s.173 .

<sup>483</sup> Bu konuda taşınmaz mülkiyetinin devri konusunda getirilen sınırlamaya ilişkin yorumlarla mantık yürütme bakımından bir paralellik kurulması da mümkündür. TBK m.548 ticari işletmenin taşınmaz

## 7. Devir Sözleşmesinin Şekli

### a) Genel Açıklamalar

ETTK döneminde ticari işletme devri sözleşmesinin şekli konusunda özel bir hüküm bulunmamaktaydı. Türk hukukunda kural, şekil serbestisi olduğundan kanun gereği veya tarafların iradeleri sonucu özel şekil şartı kararlaştırılmayan sözleşmeler herhangi bir şekilde yapılabilir. Bu nedenle ETTK döneminde ticari işletmenin devri sözleşmesinin de kural olarak şekle tabi olmadığı kabul edilmekteydi. Diğer bir ifade ile ETTK zamanında bir ticari işletmenin devri sözleşmesinin, pratikte karşılaşılması ihtimali düşük olsa bile, sözlü olarak; hatta zımni irade beyanı ile dahi kurulması teorik olarak mümkün olmaktadır<sup>484</sup>.

Ne var ki, ticari işletmeye özgülenen unsurlar arasında devri özel bir şekle tabi kılınmış bir malvarlığı unsuru (örneğin taşınmaz veya bir marka hakkı) bulunması halinde, devir sözleşmesi bu unsurların devri borcu doğuracağı için, bu unsurların devri bakımından kanunun zorunlu kıldığı şekle uyulması gerekmektedir<sup>485</sup>. Örneğin ticari işletmenin devri kapsamında ticari işletmenin merkezinin bulunduğu taşınmazın mülkiyetinin devri de gerekiyor ise bu sözleşmenin tapu memuru tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Sonuç olarak ETTK döneminde kural şekil serbestisi olsa dahi, birçok durumda ticari işletmeye özgülenen unsurlardan bir veya birkaçının devri için özel şekil şartı arandığında şekil serbestisi fiilen büyük oranda ortadan kalkmaktaydı.

TTK ticari işletmenin devri bakımından radikal denebilecek bir değişiklik benimsemiştir. TTK m.11 f.3 TTK, ETTK'dan farklı olarak ticari işletme devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını zorunlu kılarak sözleşme için kanuni şekil şartı benimsemiştir. Bu nedenle ETTK döneminde teorik olarak mevcut olan devir

---

devri yapamayacağını belirtmiş; ancak taşınmaz iktisabı bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Buradan hareketle doktrinde ticari temsilcinin tacir adına taşınmaz iktisap etmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Bkz. Arkan s.172, Teoman (Ülgen) s.571, Karahan s.341, İnceoğlu, **Temsil** s.180. Benzer yorum yöntemi ile ticari temsilcinin de ticari işletmeyi devredemeyeceği; ancak bir ticari işletmeyi devralarak ticari işletmeyi genişletebileceğini kabul etmek mümkündür. Ancak söz konusu devralmanın mevcut ticari işletmenin faaliyet konusunu değiştirmesi halinde yine ticari temsilcinin yetkisi aşılmış olacaktır.

<sup>484</sup> Kendigelen (Ülgen) s.169, Arıcı s.108.

<sup>485</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.51, Kendigelen (Ülgen) s.169, Arıcı s.108, Arkan s.43.

sözleşmesinin sözlü şekilde veya zımni irade beyanı yoluyla kurulabilmesi imkanı tamamen ortadan kalkmıştır.

Her ne kadar TTK m.11 f.3 ticari işletme devri için yazılı şekil şartını yeterli kabul etmiş olsa da ticari işletmenin devri sözleşmesi niteliği gereği kanunen farklı bir şekle tabi olabileceği de dikkate alınmalıdır. Örneğin ticari işletme devrinin ölünceye kadar bakma sözleşmesinin karşı edimi olması halinde MK m.545 uyarınca sözleşmenin resmi şekilde kurulması gerekecektir<sup>486</sup>. Belirtmek gerekir ki, burada resmi şekil şartının aranması işlemin konusunun ticari işletme olmasından değil, devir işleminin hukuki niteliğinin ölünceye kadar bakma sözleşmesi olmasından kaynaklanmaktadır.

Bunun dışında TBK m.17 uyarınca taraflar iradi olarak sözleşmenin yazılı şekil şartından daha ağır bir şekle, örneğin imzaların noter tarafından onaylanması veya sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesi gibi, tabi tutulmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda da tarafların belirlediği bu şekil şartı kanuni şekil şartının yerini alacağından sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olmayacaktır.

TTK m.11 f.3 yazılı şekil şartının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğunu belirtmemektedir. Ancak doktrinde yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir<sup>487</sup>. Nitekim bu kabul, TBK m.12 f.2’de yer alan “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir” kuralı ile de uyumludur<sup>488</sup>.

TTK m.11 f.3 sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirtmişse de sözleşmenin içeriğinde bulunması gereken hususlar hakkında herhangi bir açıklama içermemektedir. Bu konudaki eksiklik Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.2 ile giderilmeye çalışılmıştır. Ticaret Sicil Yönetmeliği m.133 f.2’ye göre ticari işletme devir sözleşmesinin şu hususları içermesi gerekmektedir<sup>489</sup>:

<sup>486</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.51, Kendigelen (Ülgen) s.170, Arıcı s.108. Yazarlar ticari işletme devrinin bağışlama sözleşmesi niteliğinde olması halinde bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğini de belirtmişlerdir. Şekil şartı öngörmeyen ETTK sisteminde verilen bu örnek, TTK sisteminde ticari işletmenin devri yazılı şekil şartına tabi olmasıyla beraber güncelliğini yitirmiştir.

<sup>487</sup> Bu görüşü belirten yazarlardan bazıları bkz. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.12, Arkan s.42, Karahan s.36.

<sup>488</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.115.

<sup>489</sup> Belirtmek isteriz ki, TTK m.11 f.3’te sözleşmenin içeriğine ilişkin herhangi bir şart veya düzenleme getirilmemesine rağmen Ticaret Sicili Yönetmeliği yoluyla böyle bir düzenleme getirilmesi kanun yapma tekniğine aykırıdır. Ticari işletme devir sözleşmesinin içeriğinin TTK’da

*“a) Tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile tebligat adresi.*

*b) Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları.*

*c) Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan.*

*ç) Ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları<sup>490</sup>”*

Bu unsurları içermeyen bir ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmemesi gerekecektir. Kanaatimizce sözleşmenin içeriğine ilişkin bu düzenlemelerin kanunda değil de ikincil mevzuat ile getirilmesi yerinde olmamıştır. Sözleşmenin içeriğine ilişkin hususların ilgili kanun maddesinde düzenlemek kanun tekniği bakımından daha uygun olabilirdi<sup>491</sup>.

#### **b) Şekil Şartının Devredilen Malvarlığı Unsurlarından Bağımsız Olması**

TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletme devri sözleşmesinde, devrin kapsamına bakılmaksızın yazılı sözleşme zorunlu ve yeterlidir<sup>492</sup>. Sözleşmenin şekil şartı kural olarak devredilen malvarlığı unsurlarından bağımsız niteliktedir. Diğer bir ifade ile ticari işletme devri kapsamında taşınmazlar veya marka hakkı gibi devri özel şekle tabi bulunan unsurlar bulunsa dahi yazılı şekil şartı yeterli olacak ve ayrıca münferit unsurun devri için gereken şekil şartına uyulması aranmayacaktır<sup>493</sup>.

Belirtmek gerekir ki, TTK m.11 f.3 bu konuda mehz İsviçre Birleşmeler Kanunu'ndan ayrılmaktadır. İsviçre Birleşme Kanunu m.70 f.1 uyarınca devir kapsamında taşınmazların bulunması halinde devrin resmi şekilde yapılması gerekmektedir (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.70 f.2). Bu hükme göre bir malvarlığı

---

belirtilmesi daha yerinde olurdu. Nitekim İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71, malvarlığı devri sözleşmesinin içeriğinde yer alması gereken hususları belirtmektedir. Kanaatimizce Türk Hukuku bakımından da benzer bir yöntem benimsenerek Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde yer alan hususların TTK'da düzenlenmesi normlar hiyerarşisine uygun olacaktır.

<sup>490</sup> Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.2 ç bendi kanaatimizce ticari işletme devir sözleşmesinin ivazlı olmasını ve bu ivazın bir para borcu olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bu konudaki açıklamamız için bkz. III-A-4Devir Sözleşmesinde Karşı Edim. Kanaatimizce Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin bu hükmü ivaz kararlaştırılmış ise ivazı belirtilmesi zorunluluğunu ifade etmektedir.

<sup>491</sup> Nitekim İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 sözleşmenin içeriğinde yer alması gereken unsurları açıkça belirtme yoluna gitmiştir. Kanaatimizce TTK bakımından da benzer bir düzenleme yapılması tercih edilebilirdi.

<sup>492</sup> Şu kadar ki yukarıda da açıklandığı üzere tarafların iradesi veya kanun ticari işletme devri sözleşmesinin daha ağır bir şekle tabi kılması olabilir.

<sup>493</sup> Arkan s.43, Öz s.108, Akçal s.147.

devri sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olurken devredilen malvarlığı unsurları arasında taşınmaz bulunması halinde daha nitelikli olan resmi şekilde düzenleme şeklinde gerçekleşmesi gerekecektir<sup>494</sup>.

TTK m.11 f.3 ile benimsenen ve mehz İsviçre Hukuku'ndan ayrılan bu sistem doktrinde kanaatimizce haklı olarak ciddi şekilde eleştirilmiştir.

Aydın, 1926 tarihli mülga Türk Kanunu Medenisi ile benimsenen taşınmazların resmi şekilde yapılacak sözleşme ile devredilmesi kuralından sapılması için haklı bir sebep bulunmaması nedeniyle söz konusu düzenlemeyi eleştirmekte ve Türk Hukuku bakımından da İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi taşınmaz devri söz konusu olan hallerde resmi şekil zorunluluğunun korunması gerektiğini belirtmektedir<sup>495</sup>.

Öz de söz konusu düzenlemenin isabetli olmadığını belirtmektedir. Özellikle taşınmazların devrindeki belirlilik ilkesine istisna getirilmesi ve tescilsiz bir iktisap hali öngörülmüş olmasına rağmen üçüncü kişileri koruyucu hükümler sevk edilmemiş olması karşısında TTK m.11 f.3 düzenlemesinin taşınmazların devri halinde de adi yazılı şekli yeterli saymasının sakıncalı olduğunu belirtmektedir<sup>496</sup>.

Belirtmek gerekir ki, ticari işletme devri işleminin şekil şartı yalnızca devredilen malvarlığı unsurlarından bağımsızdır. Topuz'a göre ticari işletme devri sözleşmesinde ivaz olarak devri özel şekle tabi unsur (örneğin bir taşınmaz) kararlaştırılmış ise devir işleminin bu şekle uygun yapılması gerekecektir. Örnek vermek gerekirse ticari işletme devri karşılığında devreden bir taşınmazın mülkiyetini kazanacak ise bu durumda devir sözleşmesinin yine tapu sicil müdürü tarafından yapılması gerekecektir<sup>497</sup>.

### **c) Devir Bakımından Özel Şekil Şartına Tabi Olan İşletmeler Bakımından Şekil**

TTK m.11 f.3 ticari işletmenin devri bakımından sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmekteyse de çeşitli ticari işletme türleri bakımından kanun özel devir şekilleri öngörmüş olabilir. Örneğin 6197s. Eczacılar ve Eczaneler

<sup>494</sup> Rapp, bu hüküm sebebiyle uygulamada tarafların taşınmazlar için ayrı bir sözleşme, diğer malvarlığı unsurları için ayrı bir sözleşme hazırlayarak devir işlemini ikiye böldüğünü belirtmektedir. Bkz. Rapp s.9.

<sup>495</sup> Aydın s.17.

<sup>496</sup> Öz s.109.

<sup>497</sup> Topuz s.64.

Hakkında Kanun m.11 uyarınca bir eczanenin devri hükümet tabibinin katılması ile noterlikçe yapılacaktır<sup>498</sup>. Bu durumda ticari işletme niteliğinde bile olsa bir eczanenin devri için devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olmayacak ve sözleşmenin 6197s. Kanunda belirtildiği üzere hükümet tabibinin katılımı ile noter tarafından düzenlenmesi gerekecektir<sup>499</sup>. Kanaatimizce 6197s. Kanun ile getirilen düzenleme, TTK m.11 f.3'ya göre özel hüküm niteliğindedir. Ancak özel hüküm yalnızca şekil şartına ilişkin olduğundan, TTK m.11 f.3'te yer alan şekil şartı dışındaki diğer hükümler ile ticari işletmenin borçlarına ilişkin TBK m.202 hükümlerin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Örneğin noter tarafından yapılan ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi zorunluluğu devam edecektir. Aynı şekilde bu tescil üzerine TTK m.11 f.3 uyarınca eczaneye özgülenmiş malvarlığı unsurları, kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca devralana geçecektir.

#### **d) Şekil Şartına Aykırılığın Sonuçları**

TBK m.12 f.2'nin şekle aykırı işlemlerin kesin hükümsüz olduğunu belirten açık ifadesine rağmen, hatırlatmak gerekir ki sözleşmeler hukukundaki ilkeler çerçevesinde şekle aykırı olan bir ticari işletme devir sözleşmesi iki durumda hukuk düzeninde etki doğurabilecektir. Bunlardan ilki şekle aykırılığın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği hallerdir. Buna göre eğer ticari işletme devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılmamış olmasına rağmen bu şekle aykırılığı ileri sürmek dürüstlük kuralının ihlali anlamına gelecek nitelikte ise o takdirde artık işlemin geçersiz olduğu ileri sürülemeyecektir<sup>500</sup>.

Yazılı şekil şartının sonuç doğurabileceği diğer bir hal ise çevirme (tahvil veya konversiyon) olarak tanımlanan, kesin hükümsüz bir işlemin tarafların sözleşmeyi yaparken ulaşmak istedikleri amaca uygun olan ve şekil şartının karşılandığı diğer bir sözleşme olarak ayakta tutulmasıdır<sup>501</sup>. Tahvil, özellikle ticari işletme devrinde karşılaşılabilecek ve bu nedenle incelenmesi gereken bir hukuki yoldur. Özellikle ticari işletme devri kapsamında devredilecek unsurların tamamının veya önemli bir

<sup>498</sup> Kanunun yer alan "devir veya satın alan kimse" ifadesi nedeniyle bu hükmün eczanenin hasılat kirasına verilmesi halinde de uygulanacağı şeklindeki görüş için bkz. Aker s.281.

<sup>499</sup> Aker, **Ticari İşletme Kirası** s.281.

<sup>500</sup> Kocayusufpaşaoğlu s.312 vd., Oğuzman/Barlas s.224, Akçaal s.146.

<sup>501</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 s.296, Oğuzman/Barlas s.225. Belirtmek gerekir ki, çevirme Alman Hukuku'nun aksine Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde somut düzenlemeye sahip değildir. Ne var ki öğretisi ve yargı kararları tahvil kavramını kabul etmektedirler. Bkz.Kocayusufpaşaoğlu, s.609.



kısının, devri şekle bağlı bulunmayan malvarlığı unsurlarından oluşması halinde tahvilin koşulları karşımıza çıkabilir. Örneğin sözlü olarak yapılan bir ticari işletme devri sözleşmesi uyarınca devredilecek ticari işletmede çoğunlukla taşınır malların bulunması halinde bu sözleşme ticari işletme devri sözleşmesinin şekil şartlarını taşıyor olsa dahi taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin bir sözleşme olarak ayakta tutulması söz konusu olabilecektir. Aynı şekilde ticari işletme devri kapsamında temlik edilecek alacaklar bakımından da kesin hükümsüz devir sözleşmesinin alacağın tahsili için verilmiş bir temsil yetkisi olarak ayakta tutulması mümkün olabilecektir<sup>502</sup>. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de Alman Hukuku'nda ticari işletmenin devri için aranan resmi şekilde düzenlenme şartını karşılamayan bir sözleşmenin, ticari işletmeye özgülenen unsurların devri sözleşmesine çevrilmesiyle ayakta tutulmasına karar vermiştir<sup>503</sup>.

Doktrinde Acemoğlu, ticari işletme devir sözleşmesinin çevirme yoluyla, ticari işletmeyi oluşturan münferit unsurların devri sözleşmesi olarak ayakta tutulamayacağını belirtmektedir. Acemoğlu'na göre ticari işletme devri yapmak isteyen tarafların iradesinin ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının tek tek devredilmesine indirgenmesi doğru değildir. Devir işleminde devreden, devrala tarafın ticari işletmenin pasiflerini de devraldığını dikkate alarak işlem yapmaktadır. Acemoğlu'na göre bu hususlar dikkate alınmadığı için Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği karar uygun bir çözüm değildir. Üstelik Acemoğlu'na göre, bu durumda alacaklılar EBK m.179 (TBK m.202) ile getirilen korumadan yararlanamayacağı için bu çözüm adil de olmayacaktır<sup>504</sup>.

Ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamında çok çeşitli unsurlar bulunacağı için çevirme yoluyla bütün edimleri ayakta tutmak mümkün olmayabilir. Örneğin ticari işletme devri kapsamında bir taşınmaz bulunması halinde sözlü olarak yapılmış ticari işletme devri sözleşmesini taşınmazların devir borcunu da kapsayacak şekilde ayakta tutmak mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda eğer çevirme yoluyla ayakta tutulamayacak edimler olmadan tarafların bu sözleşmeyi yapmayacağı

<sup>502</sup> Kocayusufpaşaoğlu s.610. Yazar bu örneği alacağın münferit bir unsur olarak temlik edilmesi ihtimalini dikkate almaktadır. Ancak aynı yorumun ticari işletme devri kapsamında temlik edilecek bir alacak için yapılmasını engelleyen bir durum olmadığı kanaatindeyiz.

<sup>503</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 76, 4. (naklen Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.50).

<sup>504</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.50 dipnot 2.

söylenbiliyorsa, bu durumda, kısmi hükümsüzlük halinde olduğu gibi, artık hiçbir edim için çevirme yapılması söz konusu olmayacaktır<sup>505</sup>.

## B. TİCARET SİCİLİNE TESCİL

TTK m.11 f.3 ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi zorunluluğunu getirmektedir. ETTK-EBK döneminde ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan bir işlemin ticaret siciline tescil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktaydı<sup>506</sup>.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinde tescil işleminin yapılmasında ticaret sicilinde tescile hakim kurallar da geçerli olacaktır. Örneğin tescilin kural olarak talep üzerine yapılması veya harca bağlı işlemlerde tescil anının harcın yatırılma anı olması gibi kurallar ticari işletme devri bakımından da dikkate alınacaktır (TTK m.27). Biz bu noktada ticari işletmenin devri sebebiyle tescil işleminin özellik arz ettiği hususlara değinmeye çalışacağız.

### 1. Tescilin Hukuki Niteliği

Tescil konusunda tartışmalı konuların başında tescilin hukuki niteliği gelmektedir. Özellikle tescilin kurucu mu açıklayıcı mı olduğu konusu doktrinde ciddi şekilde tartışılmıştır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili kurucu niteliktedir. Ticari işletme devri ticaret siciline tescil edilmediği takdirde devir sonuç doğurmayacaktır<sup>507</sup>.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise ticaret siciline yapılan tescil kural olarak açıklayıcı niteliktedir ve kanun tescile kurucu nitelik atfetmek istediği takdirde bunu açıkça belirtmektedir<sup>508</sup>. TTK m.11 f.3 uyarınca böyle bir özel hüküm bulunmadığı için bu görüşteki yazarlara göre ticaret siciline tescil açıklayıcı nitelikte sayılmalıdır<sup>509</sup>.

<sup>505</sup> Kocayusufpaşaoğlu s.619.

<sup>506</sup> Ancak EBK m.179 uyarınca borçların devredilmesi için ilan veya ihbar şartı arandığından ve her alacaklıya ayrı ayrı ilan yapılması oldukça zor olduğundan ticaret siciline tescil ve daha sonra TTSG'de ilan yoluna başvurulması tercih edilebilirdi.

<sup>507</sup> Tekinalp, Yeniden Düşünmek s.13, Aydın s.18. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Turin s.165.

<sup>508</sup> Bu konuda örnek olarak TİRK hükümleri gösterilebilir.

<sup>509</sup> Karahan s.36 dipnot 1, Akçaal s.150, Aydın/Kaplan/Şen Kalyoncu s.233.

Kanaatimizce bu sorunun cevabını verebilmek için öncelikle yapılacak tescil işleminin hukuki niteliğini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bizim katıldığımız görüş uyarınca ticari işletme devri sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olup ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi söz konusu borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik tasarruf işlemi niteliğindedir<sup>510</sup>.

Bu görüşün kabul edilmesi halinde tescil işleminin kurucu mu açıklayıcı mı olduğu borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi için ayrı ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir. Borçlandırıcı işlem olan ticari işletme devir sözleşmesi bakımından yapılacak tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu görüşündeyiz. Kanaatimizce ticari işletme devir sözleşmesinde tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması ile, şekil şartının da karşılanması koşuluyla, devreden ticari işletmeyi devretme borcu altına girdiği bir sözleşme kurulmuş olacaktır. Ticari işletme devri sözleşmesi tescil edilmese dahi taraflar arasında borç doğuran bir hukuki ilişki mevcut olacaktır. Daha sonra yapılacak tescil borçlandırıcı işlem bakımından açıklayıcı nitelikte olacaktır. Bu durum ticaret siciline yapılacak tescilin, aksi kanunda açıkça belirtilenler hariç olmak üzere, açıklayıcı nitelikte olması ilkesi ile de uyumlu bir sonuçtur.

Tescil işlemi diğer yandan borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik tasarruf işlemi niteliğide olduğundan, tescilin tasarruf işlemi bakımından kurucu bir etkiye sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır; zira Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.3 uyarınca ticari işletmenin devri devir sözleşmesinin tescili ile hüküm doğurur hükmü de bu sonucu teyit eder niteliktedir.

Özetle, bizim katıldığımız görüşe göre ticari işletme devri, devir sözleşmesi (borçlandırıcı işlem) ve bu sözleşmenin tescil yoluyla ifası (tasarruf işlemi) olarak ikiye ayrıldığından, tescil işlemi borçlandırıcı işlem bakımından açıklayıcı, tasarruf işlemi bakımından ise kurucu nitelikte sayılmalıdır. Bu sonuç, hem ticaret siciline yapılacak tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu ilkesi ile hem de Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.3'ün ifadesi ile uyumlu olacaktır.

## **2. Tescilin Sebebe Bağlılığı-Sebepten Soyutluğu Sorunu**

Kanaatimizce tescil işleminin hukuki niteliği bakımından en önemli sorun işlemin sebebe bağlı olup olmadığı noktasındadır. Bu sorun özellikle ticari işletme

<sup>510</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. A-2-Sözleşmenin Hukuki Niteliği-a)Malvarlığına Yaptığı Etkiye Göre

devir sözleşmesinin irade sakatlıkları veya kanuna aykırılık sebebiyle iptal edilmesi halinde büyük önem taşımaktadır. Eğer ticaret siciline yapılacak tescil işleminin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse, sözleşmenin geçersiz hale gelmesi ile birlikte tescil de ortadan kalkacak ve malvarlığı unsurları tekrar devralana dönecektir. Ancak tescil işleminin sebepten bağımsız olduğu kabul edilirse bu durumda sözleşmenin ortadan kalkması tescil işlemini geçersiz hale getirmeyecektir. Bu durumda devreden, devrettiği malvarlığı unsurlarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edecektir.

Ticaret siciline yapılacak tescilin sebebe bağlı olduğu ileri sürülmektedir. Bu durumda ticari işletme devri sözleşmesinin herhangi bir sebepten geçersiz hale gelmesi halinde tasarruf işlemi niteliğinde olan tescil işlemi de geçersiz hale gelecektir. Ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devri sebepten soyut nitelikte olsa bile ticari işletme devri kapsamında yapılan devirlerde sebebe bağlı sayılmaları gerektiği ileri sürülmektedir<sup>511</sup>.

Kanaatimizce ticari işletmenin tescil ile birlikte kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca bir bütün olarak devri TTK m.11 f.3 kapsamında bir ticari işletme devri sözleşmesinin bulunması şartına bağlı özel bir düzenlemedir. Taraflar arasında ticari işletme devri sözleşmesinin ortadan kalkması halinde artık tasarruf işleminin de ayakta tutulması mümkün olmamalıdır. Bu nedenle kanaatimizce Öz tarafından savunulduğu üzere tescilin sebebe bağlı olması ve sebebin geçersizleşmesi halinde tescile bağlı sonuçların da ortadan kalkması gerekmektedir. Devredilen malvarlığı unsurlarına ilişkin tasarruf işlemlerinin illi veya mücerret olması da varılan sonucu etkilememelidir; zira TTK m.11 f.3 kapsamında devredilen şey tek tek malvarlığı unsurları olmadığı gibi, kanun, ilgili malvarlığı unsurlarının devrini kendi tabi oldukları tasarruf işlemlerinden bağımsız olarak devir sözleşmesinin tesciline bağlamıştır. Bu şartlar altında artık ilgili malvarlığı unsurunun devir işleminin illi veya mücerret olması ticari işletme devri sözleşmesinin tescilinin hukuki niteliğini değiştirmemelidir.

Nitekim İsviçre Hukuku bakımından da devir sözleşmesinde bulunan bir sakatlığın ticaret siciline yapılacak tescil ile giderilemediği belirtilmektedir. Bu

---

<sup>511</sup> Öz s.112.

görüŖe göre de devir sözleşmesinde sakatlık olması halinde artık devir işlemi de geçersiz olacaktır<sup>512</sup>.

### 3. Tescil İşleminin Yapılması

Tescil işleminin nasıl yapılacağı konusunda TTK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan tescil işlemi için Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin esas alınması gerekmektedir. Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135 ticari işletme devri sırasında sicil müdürü tarafından yapılacak işlemleri, devir işlemlerinin taraflarına göre belirtmiştir<sup>513</sup>.

#### a) Tescil Talebinde Bulunacak Kişiler

Tescil talebinde bulunacak kişiler bakımından Ticaret Siciliği Yönetmeliği'nde özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda ilk bakışta devir taraflarından herhangi biri tescil için başvuru yapabilir gibi görünebilir. Ne var ki, tescil işlemi bir tasarruf işlemi niteliğinde olup ilgililerin malvarlığı unsurlarında değişiklik yapmaktadır. Borçlandırıcı işlem, bu şekilde bir tasarruf işleminin yapılmasını talep etme hakkı verse de tasarruf işleminin yine de malvarlığında değişiklik gerçekleşecek kişi tarafından talep edilmesi gerekmektedir.

Bu açıdan bakıldığında ticari işletmeyi devreden devre katılmasının zorunlu olduğu açıktır. Sahip olduğu ticari işletme üzerinde bir tasarrufta bulunacak, bunları devralana nakledecek olan kişi devredendir. O nedenle devir talebinin ticari işletmeyi devreden tarafından yapılması gerekmektedir. Aktiflerin devreden malvarlığından çıkararak devralanın malvarlığına dahil olması ancak bu şekilde gerçekleşebilecektir.

Aslında TTK m.28 f.2 uyarınca devreden tarafından yapılacak böyle bir tescilin devralanın borçları devralmasını da sağlayacağı düşünülebilir<sup>514</sup>. Ancak TBK m.202 hükmü karşısında devreden tescil talebinde bulunması borçların devralana geçişi için yeterli olmayacaktır. TBK m.202, devre ilişkin ilan devralan tarafından

<sup>512</sup> Turin s.163.

<sup>513</sup> Bu sırada bir ticaret şirketinin ticari işletme devri gerçekleştirilmesi halinde hangi işlemlerin yapılacağını belirtmemiş olmasının önemli bir eksiklik teşkil ettiği görüşündeyiz. Böyle bir düzenlemenin Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde yer almaması karşısında her şeyden önce ticaret şirketlerinin bir ticari işletme devri yapıp yapamayacağı sorusu akla gelmektedir. İkinci olarak, ticaret şirketlerinde böyle bir devrin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin tescili için hangi belgelerin aranacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. O nedenle Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin değiştirilerek bu soruların giderilmesinde yarar olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>514</sup> TTK m.28 f.2: "Bir hususun tescilini istemeye birden çok kimse zorunlu ve yetkili olduğu takdirde, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, bunlardan birinin talebi üzerine yapılan tescil tümü tarafından istenmiş sayılır".

yapılmasını öngörmektedir. Böylece, kanunun lafzı uyarınca devredenin bu ilanı yaptıramayacağı, sadece devralanın bu yükümlülüğü yerine getirebileceği anlaşılmaktadır.

Belirtmek isteriz ki, bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir. Şöyle ki, bu ilan devralan tarafından yaptırılmadıkça, devralan ve devreden için öngörülen iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi başlamayacaktır. Hakim görüşe göre ilan yapılmadıkça devralanın devirden önceki borçlardan sorumluluğu doğmayacaktır<sup>515</sup>. Bu nedenle de TBK m.202 uyarınca borcun devredilmesi için devralanın ilan yaptırmasını beklemek devralanın sorumluluğunu kendisinin yapacağı bir hukuki işleme bırakılması sonucunu doğurmaktadır<sup>516</sup>. Kendigelen ise her ne kadar bu eleştirilerin haklılığını kabul etse de kanun hükmünün açık olduğunu ve bu nedenle de devir işlemi yapılana kadar ticari işletmenin pasiflerinin devralana geçmeyeceğini belirtmektedir<sup>517</sup>. Ayhan/Özdamar/Çağlar ise ticari işletme devrinde yalnızca devralanın değil, devredeninin de ilanı yaptırabileceğini belirtmektedir<sup>518</sup>.

Özetle ticari işletmenin devri hem devredeninin hem de devralanın malvarlığını azaltıcı bir etkiye sahip olduğundan, malvarlığında azalmaya sebep olacak kişilerin bu tasarruf işlemine rıza göstermesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak hem devralanın hem de devredeninin tescil talebinde bulunması gerekecektir.

Uygulamada bu durumun çözülmesi için devralan ve devredeninin birlikte tescil talebinde bulunması zorunluluğu getirilebilirdi. Ne var ki, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde bu şekilde birlikte başvuru zorunluluğu benimsenmemiştir. O nedenle pozitif hukuk bakımından tarafların ayrı ayrı başvuru yapmalarını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, tarafların ayrı ayrı başvurması halinde her başvuru için ayrı bir tescil ve ilan işlemi yapılması gerekecektir. Yapılan tescil, talep eden kişinin tasarruf işlemi niteliğinde olacak ve tescil talep eden kişi bu şekilde borçlandırıcı işlemi tasarruf işlemi ile ifa etmiş olacaktır.

Kabul etmek gerekir ki, tarafların ayrı ayrı işlemler yapabilmesi bazı sakıncalar içermektedir. Bu şekilde iki kere tescil yapılması ve iki kere ilan yapılmasının getireceği iş yükü bir yana, ticari işletmenin aktifleri ile pasiflerinin devri arasında bu

<sup>515</sup> Doktrinde bu şekilde baskın olan görüş hakkında bkz. Arkan s.45, Arıcı s.182, Kendigelen (Ülgen) s.174.

<sup>516</sup> Kendigelen (Ülgen) s.175.

<sup>517</sup> Kendigelen (Ülgen) s.175.

<sup>518</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.120.

şekilde bir ayırım yaratılması alacaklıların korunması bakımından çok ciddi riskler içerecek niteliktedir; zira bu durumda yalnızca devredenin tescil talebinde bulunması ve bunun üzerine ilanın gerçekleşmiş olması halinde ticari işletmeye dahil aktifler devralana geçmiş olsa da devralanın borçlardan sorumluluğu başlamamış olacaktır.

İşte bu sakıncaları gidermek için kanaatimizce iki çözüm yolu benimsenebilir. İlk olarak ticari işletme devri sözleşmesinin tescili için tarafların birlikte başvuru yapması zorunluluğu getirilebilir. Bu sayede tescil işlemi gerek devredenin gerekse devralanın iradesini yansıtacağı için hem aktiflerin hem de borçların devri için gerekli yapı sağlanmış olacaktır.

Bu konuda diğer bir çözüm ise devreden tarafından yapılacak tescil talebinin gerek aktif gerekse pasif malvarlığı unsurları bakımından devri sağlayacağıının belirtilmesi olabilir. Nitekim İsviçre Hukuku'nda İsviçre Birleşmeler Kanunu m.73 f.1 tescil talebinin devreden tarafından yapılacağını açık hükme bağlamıştır. Buna göre tescil için devralanın talebi bulunması zorunlu değildir. Ancak devredenin yaptığı tescil devralan bakımından da sonuç doğuracak ve devir kapsamındaki borçlar devralana geçecektir<sup>519</sup>.

Türk Hukuku'nda bu sistemin benimsenmesi için ise TBK m.202'de bir değişiklik yapılarak ilan veya ihbarın devralan tarafından yapılması şartının kaldırılması yeterli olacaktır. TBK m.202'de belirtilen ilanın devralan tarafından yapılması zorunluluğunun kaldırılması halinde devreden tarafından yapılacak tescil talebi ilgili kişiler tarafından birlikte yapılmış gibi değerlendirilecek (TTK m.28 f.2) ve gerek devralanın gerekse devralanın üstlendiği devir borçlarını ifa etmeleri sonucunu doğuracaktır. Kanaatimizce böyle bir düzenleme sistemin bütünlüğünün sağlanması için üzerinde düşünülmesi gereken bir çözüm olacaktır.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, kanaatimizce ilanın devralan tarafından gerçekleştirilecek olmasından kaynaklanan sorunlar TTK-TBK sisteminde önemini büyük oranda kaybetmiştir. ETTK döneminde ticari işletmeye dahil olan aktifler cüz'i halefiyet ilkesine göre devredilmekteydi. Bu nedenle bir ticari işletmeye dahil olan aktifleri cüz'i halefiyet esasınca devralan kişinin ticari işletmenin pasiflerini devralmak için devir sözleşmesini ilan ettirmekte bir menfaati bulunmamaktaydı. Ne var ki, TTK döneminde aktiflerin bir bütün olarak devralınabilmesi için ticari

---

<sup>519</sup> Turin s.172.

işletmenin devri sözleşmesinin tescil edilmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak ticari işletmeyi devralmak isteyen taraf bir an önce tescilin yapılmasını sağlamak isteyecektir. Bu nedenle de artık devralan tarafın ilanının yapılmasını geciktirmekte ekonomik bir menfaati kalmayacaktır. Bir kez tescil yapıldıktan sonra ise ilanının yapılması basit bir usul işlemi haline gelecek ve ilanının yapılması ile birlikte devralan işletmenin borçlarını yüklenmiş olacaktır.

## **b) Tescil İçin Aranılan Koşullar**

### **i. Talep Üzerine Tescil**

Ticaret siciline tescil ilgililerin talebi üzerine yapılır. Kural olarak ticaret sicil müdürünün re'sen tescil işlemi yapması mümkün değildir. Bu nedenle tescil için ilgililerin tescil talebinde bulunması gerekmektedir<sup>520</sup>. Ticari işletme devri bakımından da tescil talebinin ilgililer, yani devreden veya devralanın talebine dayanması gerekmektedir.

Tescil talebinin bir süreye tabi olup olmadığı ayrıca düşünülmesi gereken bir sorundur. İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri hükümlerine göre tescil bir süreye tabi değildir<sup>521</sup>. Türk Hukuku bakımından ise farklı bir sonuca varmak gerekebilir. TTK m.30 uyarınca kanunun tescil için farklı süre öngörmediği durumlarda tescilin onbeş gün içerisinde talep edilmesi gerekmektedir. Bu hükmeye göre tescil işleminin onbeş gün içinde teslim edilmesi gerektiği de ileri sürülebilir.

Ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilebilmesi, için sözleşmenin şu hususları içermesi gerekmektedir (Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.2):

- “a) Tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile tebligat adresi,
- b) Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları,
- c) Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan,
- ç) Ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları”

<sup>520</sup> Tescil talebinde bulunabilecek kişiler bakımından bkz. III-B-3-a) Tescil Talebinde Bulunacak Kişiler.

<sup>521</sup> Ancak yine de tescil işlemi ile sözleşmenin kurulması arasında uzun bir zaman yer alması halinde temelinin değişebileceği belirtilmektedir. Bkz. Turin s.165.



Bu unsurları içermeyen bir ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi mümkün değildir<sup>522</sup>.

Ticaret Sicil Yönetmeliği m.133 f.5 şartlı veya belirli bir süre sonra sonuç doğuracak devir işlemlerinin tescil edilemeyeceğini belirtmektedir<sup>523</sup>. Kanaatimizce söz konusu sınırlama hak sahipliğinin belirsizliğini gidermeye yönelik olarak ve tescil işlemleri ile sınırlıdır. Yoksa borçlandırıcı işlem olan ticari işletme devir sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılmasında veya tarafların edimleri için bir vade kararlaştırılmasında bir engel bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durumda şart gerçekleşmeden veya vade gelmeden önce tescil talebinde bulunulamayacak veya talep halinde ticaret sicil müdürünün talebi reddetmesi gerekecektir.

Bunun dışında doktrinde ticari işletme devri için bir resmi makamın (örneğin Rekabet Kurulu) onayı gereken hallerde bu onayın sözleşmenin ticaret siciline tescilinden önce alınmış olması gerektiği; aksi takdirde sözleşmenin tescil edilmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>524</sup>. Ne var ki, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde bu konuda bir herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Üstelik ticaret sicil müdürünün devirde bir resmi makam izninin aranıp aranmadığını tespit etmesi mümkün olmayabilir. Örneğin ticaret sicil müdürü, devir işlemi için Rekabet Kurulu'ndan onay alınması gerekip gerekmediğini tespit etme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce ticaret sicil müdürünün böyle bir inceleme yapma yükümlülüğü bulunmaması yerinde olacaktır. Kanaatimizce böyle bir tescil talebi karşısında ticaret sicil müdürü, talep üzerine tescil işlemini yapmalıdır. Ticaret sicil müdürü ayrıca gerekli gördüğü takdirde TTK m.32 uyarınca geçici tescil yoluna da başvurabilir.

## ii. Mahkeme Kararı Yoluyla Tescil

Hukumumuzda aynen ifa temel kuraldır ve borcun muaccel, ifanın ise mümkün olduğu hallerde aynen ifanın talep edilmesi esastır<sup>525</sup>. Bu nedenle taraflardan biri tescil talebinde bulunmamış ise, diğer taraf mahkemeden aynen ifa talep edebilir ve

<sup>522</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.118.

<sup>523</sup> Bu düzenleme taşınmazlar üzerinde vadeli veya şarta bağlı tescil yapılamayacağı kuralı ile paraleldir. Bkz. Öz s.119.

<sup>524</sup> Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.97.

<sup>525</sup> Başaoğlu s.69.

mahkemeden alacağı karar ile ticaret siciline tescilin yapılmasını sağlayabilir<sup>526</sup>. Bu durumda ilgilinin talebi olmaksızın mahkeme kararı vasıtasıyla tescilin yapılması mümkündür.

Genel olarak aynen ifa verme, yapma ve yapmama borçları bakımından üç başlık altında incelenmektedir<sup>527</sup>. Ancak ticari işletme devrinde mahkemeden aynen ifa talep edilmesi durumunda ticari işletme devrinde aynen ifanın hangi hükümler uyarınca talep edileceği konusunda açıklık yoktur. Ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının mülkiyetinin geçişi aslen bir verme borcunun konusunu oluşturmaya müsaittir. Ne var ki, ticari işletme devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi, sözleşme kapsamındaki tüm malvarlığı unsurları bakımından devri sağlamaktadır. Ticaret siciline tescil talebinde bulunma ise bir irade beyanında bulunma borcu olarak nitelendirilmekte ve yapma borçlarının özel bir görünümü olarak nitelendirilmektedir<sup>528</sup>. Diğer yandan ticari işletme devri kapsamında müşteri çevresinin de devredilmesi halinde devreden rekabet etmeme borcu bulunduğu kabul edilmektedir ki, rekabet etmeme borcu da bir yapmama borcu türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda ticari işletme devri borcunun hem verme hem yapma hem de yapmama borçları içerdiğini söylemek mümkün olacaktır. Bu durumda ise aynen ifanın hangi hükümler çerçevesinde talep edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce, ticari işletme devri sözleşmesi kapsamında tarafların yüklendiği temel edim, ticaret siciline tescil talebinde bulunmaktır. Malvarlığı unsurlarının devri veya rekabet yasağı gibi hukuki sonuçlar bu tescil işlemine bağlanmış sonuçlardır. O nedenle de ticari işletme devri sözleşmesinin ifa edilmemesi halinde aynı ifa talebi bakımından bu durumu bir irade beyanında bulunma borcu olarak tanımlamak yerinde olacaktır<sup>529</sup>.

### C. İLAN

<sup>526</sup> Öz s.112, Turin s.127, CR CO I- Probst 1274. Ancak bunun için aynen ifa talep eden tarafın kendi edimini yerine getirmiş ve tescil için talepte bulunmuş olması gereklidir; aksi takdirde TBK m.97 uyarınca ödemelik def'i ile karşılaşabilir.

<sup>527</sup> Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012 s.70 vd.

<sup>528</sup> Başoğlu s.85.

<sup>529</sup> İrade beyanında bulunma borçlarının aynen ifası konusunda kapsamlı açıklama için bkz. Başoğlu s.85 vd.

TTK m.11 f.3, ticari işletme devrinin ticaret siciline tescilini takiben ticari işletme devri sözleşmesinin TTSG’de ilan edilmesi zorunluluğu da getirmiştir. Bu şekilde ticari işletme devrinin üçüncü kişilere duyurulması hedeflenmektedir<sup>530</sup>.

Bu noktada TTK m.11 f.3 hükmü ile TBK m.202 hükmü arasında da bir bağlantı kurulmuştur. TBK m.202 malvarlığının veya işletmenin devri halinde devrin, ticari işletmeler için TTSG’de, diğer devirler için ise Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla veya alacaklılara doğrudan ihbarda bulunarak duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olacağını belirtmektedir.

ETTK’da ticari işletmenin devrinin ilan edilmesi borçların devri bakımından zorunlu olmakla beraber aktiflerin geçişi bakımından bir önem taşımamaktaydı<sup>531</sup>. Halbuki, TTK m.11 f.3 ise ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri için ticaret siciline tescil ve takiben TTSG’de ilanı zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan TTK m.11 f.3 uyarınca yapılacak bir devir işlemi kendiliğinden TBK m.202 uyarınca aranacak ilan şartını da yerine getirmiş olacağından iki hüküm arasında bir uyum mevcuttur<sup>532</sup>.

### 1. İlanın Yapılışı

EBK’da ilanın hangi gazetelerde yapılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktaydı<sup>533</sup>. Bu nedenle EBK ve İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca devrin herhangi bir gazete yayınlanmasının yeterli olacağı kabul edilmekteydi<sup>534</sup>. Ne var ki, devredilen ticari işletmenin niteliği ve boyutuna göre

<sup>530</sup> Turin s.169.

<sup>531</sup> Üstelik borçların devri bakımından da TTSG’de ilan yapılması zorunlu olmayıp, ilanın bir başka gazetede veya doğrudan alacaklılara ihbar yoluyla yapılması da mümkündür.

<sup>532</sup> Ancak TBK m.202 borçların devri için ilan yerine alacaklılara ihbar yapılması imkanını da muhafaza etmiştir. Borçların dış üstlenilmesinin gerçekleşmesi için ilan veya ihbardan birinin yapılmasının yeterlidir. Bkz. Kılıçoğlu s.822. Taraflar TBK m.202 uyarınca borçların geçişi için alacaklılara ihbar yoluna da başvurabileceklerdir; ancak TTK m.11 f.3 uyarınca ilan zorunluluğu varken bu ihtimalin uygulanması fiilen bir anlam taşımamaktadır.

<sup>533</sup> Mehzaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu da ilanın hangi gazetelerde yapılacağı konusunda bir açıklık içermemektedir.

<sup>534</sup> Kendigelen (Ülgen) s.175. İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca ve İtalyanca metinlerinde “resmi gazete” ifadesine yer verilmesine rağmen Fransızca metinde böyle bir yükümlülük bulunmadığından, ilan şekli bakımından daha serbest olan Fransız versiyonunun esas alındığı belirtilmektedir. Bkz. CR CO I- Probst s.1275.

yapılacak ilanın dürüstlük kuralına uygun nitelikte olması gerektiği belirtilmekteydi<sup>535</sup>.

Ancak TBK düzenlemesi ile ticari işletmelerin devrinde borçların geçişini sağlayacak ilanın TTSG’de yapılması zorunluluğu getirilmiştir. TBK Gerekçesi bu değişikliğe ilişkin olarak “*devralanın bu devri tirajı düşük veya yerel bir basım organında ilân etmek suretiyle, alacaklıların zarara uğramasının önlenmesi amaçlanmıştır*” demektedir<sup>536</sup>.

İlanın içeriği bakımından TBK veya TTK m.11 f.3’de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır<sup>537</sup>. Doktrinde de belirtildiği üzere, ilanın ticari işletmenin devredildiğini belirtmesi yeterlidir. TBK m.202 uyarınca borçların geçişi için borçların devralındığı hususunu özellikle belirtmesine gerek yoktur<sup>538</sup>. Ancak yapılacak ilan veya ihbardaki ifadelerin alacaklıların borçların devralan tarafından üstlenildiğini anlayabilecekleri açıklıkta olması gerektiği belirtilmektedir<sup>539</sup>. Aynı şekilde devredilen borçların tam listesinin belirtilmesi de gerekmez.

Yapılan ilanın içeriğinin ticari işletme devir sözleşmesinden farklı olması ihtimal dahilindedir. Örneğin ticari işletmeyi devralan kişinin adının veya devir tarihinin yanlış yazılması halinde bu durumda ilanın mı yoksa tescil kaydının mı esas alınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu durumda ilanın esas alınması gerektiğini kabul etmektedir<sup>540</sup>.

Kanaatimizce bu durumda TTK m.37 hükmü uygulanarak ilanın içeriğine güvenen üçüncü kişilerin korunması gerekecektir. TTK m.37 “*Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması hâlinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma*

<sup>535</sup> Kendigelen (Ülgen) s.175.

<sup>536</sup> TBK Madde Gerekçesi m.202. Her ne kadar ilk bakışta TBK düzenlemesinin EBK’ya göre daha katı olduğu düşünülse de kanaatimizce uygulamada ticari işletmenin devri bakımından büyük bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Ticari işletme devrinin TTK m.11 f.3 uyarınca gerçekleştirilmesi ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ve TTSG’de ilan edilmesi gerekeğinden, TBK m.202 uyarınca devrin ilanının TTSG’de yapılması zorunluluğu fiilen bir değişikliğe sebep olmayacaktır. Söz konusu değişiklik yalnızca aktiflerin cüz’i halefiyet uyarınca devredileceği ticari işletme devirleri bakımından önem taşıyacaktır.

<sup>537</sup> İlanın içeriği bakımından zorunlu bir içerik bulunmasa dahi ticari işletmeye dahil bazı borçların kapsam dışında bırakılması kararlaştırılmış ise bu durumda alacaklılara karşı ileri sürülebilmesi için ilan veya ihbarda yer alması gerektiği kabul edilmektedir. Bu konudaki kapsamlı açıklama için bkz. V-D-2 *Taraflar borçların bir kısmını devrin kapsamı dışında bırakabilir*.

<sup>538</sup> Kendigelen (Ülgen) s.174, Turin s.17.

<sup>539</sup> CR CO I- Probst s.1273. İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir. Bkz. ATF 79 II 154 (naklen CR CO I- Probst s.1274).

<sup>540</sup> ATF 60 II 100,104 (naklen CR CO I- Probst s.1274). Aynı görüşte CR CO I- Probst s.1274.

*güvenleri korunur*” demektedir. Ticari işletme devri sözleşmesinin TTSG’de ilan edilen içeriğinin tescil edilenlerden farklı olması halinde iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından ilanın esas alınması yerinde olacaktır<sup>541</sup>. Ancak doktrinde üçüncü kişinin korunması için bu kişinin işlemi ilana güvenerek yapmış olması gerektiği belirtilmektedir<sup>542</sup>. Üçüncü kişinin iyinetli olmaması halinde ilana güveninin korunmayacağı açıktır. Ancak bu durumda da üçüncü kişinin sadece sicil ile ilan arasındaki farklılığı bilmesinin yeterli olmadığı, üçüncü kişinin aynı zamanda gerçek durumu da bilmesi gerektiği, ancak bu şartlar altında iyiniyetli olmadığının kabul edilebileceği belirtilmektedir<sup>543</sup>.

## 2. İlanın Hukuki Niteliği

Ticari işletme devri sözleşmesinin ilanın bir irade beyanı olmadığı belirtilmektedir; zira irade beyanlarının aksine ilan belirli bir hukuki sonuca yönelik olarak yapılmamaktadır. İlan yalnızca devir işlemi alacaklılara bildirme amacına dayanmaktadır; ancak kanun söz konusu bilgilendirmeye işlemi yapan kişinin iradesinden bağımsız olarak bir sonuç bağlamaktadır. Bu açıdan yapılacak ihbar hukuki işlem benzeri bir fiil olarak tanımlanmaktadır<sup>544</sup>.

Hukuki işlem benzeri niteliğinde olduğu için ticari işletme devri sözleşmesine sirayet etmeyen hata ve hile gibi irade sakatlıkları ilanın iptal edilmesine imkan vermeyecektir. Ancak irade sakatlığının ticari işletme devri sözleşmesine yansması halinde devir sözleşmesi iptal edilmiş olacağı için artık yapılan ilan bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Çünkü bu durumda ilan veya ihbarın hukuki sonuç doğurması için gereken kanuni koşul ortadan kalkmıştır<sup>545</sup>.

## 3. İlanın Hukuki Sonuçları

<sup>541</sup> Belirtmek gerekir ki, TTK m.37 hükmü, ilanın tescile uygun olmadığı hallerle ilişkin bir hükümdür. O nedenle tescil edilen durumun gerçek durumdan farklı olması durumunda ilana güvenen üçüncü kişilerin korunması söz konusu olmayacaktır. Bkz. Veliye Yanlı, **Ticaret Sicili**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.95. Ancak tescil yapılmadan ilanın yapıldığı haller de bu madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. Arkan s.254, Yanlı s.99.

<sup>542</sup> Yanlı s.98. Yazar, bu durumun Türk Hukuku’na özgü olduğunu, mehaz Alman Hukuku düzenlemelerinde böyle bir şarta yer verilmediğini de belirtmektedir.

<sup>543</sup> Yanlı s.98.

<sup>544</sup> Arıcı s.191. Doktrinde hukuki işlem benzeri fiil, hukuki sonucun düşünülmesinden bağımsız olarak fiili sonuca yönelmiş bir irade açıklamasına hukuk düzeninin bir hukuki sonuç bağlaması olarak tanımlanabilir. Hukuki işlem benzeri fiilerin en tipik örneği temerrüt ihtarıdır. Temerrüt ihtarında bulunan alacaklı borçuyu temerrüde düşürme iradesi taşımaya dahi ihtar borçluyu temerrüde düşüreceklerdir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu s.84, Oğuzman/Barlas s.179.

<sup>545</sup> Arıcı s.191.

### a) Borçların Devri

Ticari işletme devrinde ilanın temel amacı alacaklılara devrin bildirilmesidir. TBK m.202 bu bildirimde hukuki bir sonuç bağlamıştır. TBK m.202 uyarınca borçların bir bütün olarak devralan geçişini sağlamaktır<sup>546</sup>. TBK m.202 uyarınca ticari işletmenin devrinin TTSG’de ilan ile birlikte borçlar devralana geçmiş olacaktır. Bu andan itibaren devralan borçlardan sorumlu olacaktır.

TBK m.202 hükmü devredenin iki yıl süre ile devralan ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olacağını belirtmektedir. Ticari işletmenin devrinin ilan devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlangıç anının tespit edilmesi bakımından da önem taşımaktadır. TBK m.202 iki yıllık sürenin başlangıcı bakımından borcun ilandan önce muaccel olup olmamasına göre bir ayırım yapmaktadır. Eğer devredilen borç ilandan önce muaccel oluyorsa o takdirde iki yıllık sorumluluk süresi ilan tarihinden başlayacaktır. Ancak alacak ilandan sonra muaccel olacak ise bu durumda sorumluluk muacceliyet tarihinden başlayacaktır. Görüldüğü üzere ilan yapıldığı tarih gerek devralanın sorumluluğunun başlangıç anının gerekse devreden devirden önceki borçlardan sorumluluğunun bitiş anının tespiti bakımından önem taşımaktadır.

### b) Devrin Üçüncü Kişilere Bildirilmesi

Ticari işletme devrinin ilan edilmesi ile ticari işletme devri üçüncü kişilere bildirilmiş olur. Bu şekilde ticari işletme devri bakımından belirli bir aleniyetin sağlanması mümkün olacaktır. TTK m.11 f.3 uyarınca devir sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesi karşısında acaba üçüncü kişilerin ilgili malvarlığı unsurları üzerindeki mülkiyet hakları bakımından iyiniyetli sayılıp sayılamayacakları sorunu ortaya çıkmaktadır; zira ticari işletme devir sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesinin üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırdığı kabul edilirse artık MK .988 uyarınca emin sıfatıyla zilyetten veya MK m.1023 uyarınca tapu sicilinde malik görünen ancak gerçek malik olmayan kişiden yapılan iktisaplar korunmayacaktır<sup>547</sup>.

<sup>546</sup> Borçların devri meselesi aşağıda kapsamlı olarak inceleneceği için burada konuyu anahatları ile nakletmekle yetineceğiz. Ticari işlemede borçların devri bakımından kapsamlı açıklama için bkz. IV-V-Ticari İşletme Devrinde Borçların Üstlenilmesi ve Sonuçları.

<sup>547</sup> Söz konusu tartışma Türk Hukuku’nda özellikle taşınmazların devri bakımından tartışılmıştır. Bu bölümde konuya ilişkin genel açıklamaları yaptıktan sonra taşınmazların devri bakımından meseleyi aşağıda tartışacağız. Bkz. IV-B-1-c)Tescilsiz İktisap Karşısında Tapu Siciline Güvenen Üçüncü Kişilerin Durumu.

İsviçre Hukuku'nda devrin ilanının üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırıcı etkisinin sınırlı olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar tescil ve ilan için ticari işletme devri sözleşmesinin de ticaret siciline verilmesi gerektiği belirtilse de sözleşmenin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından bilindiğinin kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir<sup>548</sup>. Bu nedenle de hangi malvarlığı unsurlarının devredildiği bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetinin devam ettiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre bir taşının ticari işletme devri kapsamında devredilmesi üçüncü kişilerin bu malı elinde bulunduran kişinin malik olduğuna inanarak yaptığı iktisapların korunmasına engel teşkil etmeyecektir<sup>549</sup>.

Türk Hukuku bakımından bu konuda bir tartışma bulunmaktadır. Öz'e göre ticari işletme devri sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesi zorunluluğu karşısında TTK m.36 hükümleri uygulanacak ve üçüncü kişiler devir sözleşmesinin kapsamı bakımından iyiniyetli sayılamayacaklardır<sup>550</sup>. Bu nedenle artık iyiniyetli olarak hak iktisabında bulunması mümkün olmayacaktır<sup>551</sup>.

Diğer yandan çoğunluk görüşüne göre İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da ticari işletme devri sözleşmesinin tescil edilmesinin devrin kapsamındaki malvarlığı unsurları bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırmadığı sonucuna varılmaldır<sup>552</sup>.

Kanaatimizce Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak devredilen malvarlığı unsurlarının tamamı sözleşmede veya sözleşme eklerinde belirtilmemektedir. Hangi unsurların devredildiğinin açıkça sözleşmede belirtildiği İsviçre Hukuku'nda dahi malvarlığı unsurlarının devri bakımından ilan üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırmadığı sonucuna varılıyorsa Türk Hukuku bakımından aynı sonuç evleviyetle kabul edilebilir<sup>553</sup>.

Bu noktada devrin tescil ve ilan edilmesi karşısında TTK m.36 hükmünü de dikkate almak gerekmektedir. Kanaatimizce, ticari işletme devri ilgili ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi bakımından tarafların iyiniyetini ortadan

<sup>548</sup> Bahar, *Commentaire Lfus* s.796, Turin s.174.

<sup>549</sup> Bahar, *Commentaire Lfus* s.796.

<sup>550</sup> Öz s.109.

<sup>551</sup> Öz s.109. Yazar bu konuyu taşınmazlar bakımından tartışmakla beraber iyiniyetli hak iktisabının mümkün olduğu diğer durumlar için de aynı sonuca varacağını kabul etmeye bir engel bulunmamaktadır.

<sup>552</sup> Karahan s.37, Bahtiyar s.3902, Gürbüz Usluel s.160.

<sup>553</sup> Aynı görüşte bkz. Gürbüz Usluel s.160.

kaldıracaktır. Ancak hangi malvarlığı unsurlarının devredileceği tescil ve ilanı zorunlu hususlar arasında yer almadığından, bir taşınmazın veya bir taşınırın o işleme ait olup olmadığının bilinmesi mümkün olmayacaktır.



## IV. Ticari İşletme Devrinde Aktiflerin Geçişi

### A. Aktiflerin Geçişinde Hakim İlke: Kısmi Külli Halefiyet İlkesi

#### 1. Halefiyet Kavramı ve Türleri

Halefiyet, bir kimsenin yerine bir başkasının geçmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>554</sup>. Bir kişinin yerine geçerek onun malvarlığında bulunan hak ve/veya borçların diğer bir hukuk kişisine devredilmesi kural olarak cüz’i halefiyet ve külli halefiyet<sup>555</sup> olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir.

Cüz’i halefiyette hak veya borçların her biri tek tek devreden malvarlığından çıkıp devralana alana geçmektedir. Özetle devir işlemi ile birlikte hakkın ve/veya borcun öznesi değişmektedir. Söz konusu devir işleminin devir işlemi ilgili malvarlığı unsurunun tabi olduğu devir işlemine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>556</sup>.

Diğer bir devir yolu olan külli halefiyet yoluyla devirde ise hukuk kişisine ait tüm hak ve borçların bir bütün (kül) olarak devredilmesi söz konusudur<sup>557</sup>. Bu devir, bir hukuki işlem (örn. ticaret şirketlerinin birleşmesi) veya bir hukuki olay (örn. ölüm ile terekenin mirasçılara geçmesi) neticesinde gerçekleşebilir. Külli halefiyet yoluyla devir için devredilecek malvarlığı unsurlarının tabi olduğu işlemlerin tek tek

---

<sup>554</sup> Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s.3. Bunun dışında bir de dar anlamda halefiyet kavramı bulunmaktadır. Dar anlamda halefiyet kavramı başkasına ait bir borcu yerine getiren kimsenin kanundan dolayı kendiliğinden alacaklının haklarına sahip olması olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet** s.3. Bizim çalışmamızda halefiyet kavramı borçlar hukukundaki dar anlamı ile değil, yukarıda belirtilen geniş anlamı ile kullanılmıştır. Dar anlamda halefiyet kavramının detaylı açıklaması için bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet**.

<sup>555</sup> “Halef” kavramı yerine ” arda”, “ardıl” ifadeleri, “külli” kavramı yerine ise “tümel” veya “tümsel” kelimeleri de kullanılmışsa da doktrinde bu kavramlar yerleşmemiştir. Açıklama için bkz. Türk s.151 dipnot 115.

<sup>556</sup> Türk s.150.

<sup>557</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.69.

yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>558</sup>. Bu nedenle külli halefiyetin bir hak süjesi değişikliği olduğu belirtilmektedir<sup>559</sup>.

Devir konusunda kural, devir işleminin cüz'i halefiyet uyarınca gerçekleşmesidir. Diğer bir ifade ile külli halefiyet ancak kanunda bu yönde açık hüküm bulunan hallerde söz konusu olur<sup>560</sup>. Bu nedenle de gerek tek bir malvarlığı unsuru, gerekse birbiri ile bağlantılı birden çok malvarlığı unsuru söz konusu olsun devir işlemi cüz'i halefiyet esasına göre gerçekleştirilir; meğerki kanunda külli halefiyete imkan tanıyan açık bir hüküm bulunsun.

ETTK ticari işletmenin aktiflerinin devri bakımından özel bir hüküm içermemekteydi<sup>561</sup>. Bu nedenle de ticari işletmenin devrinin cüz'i halefiyet kuralları uyarınca gerçekleştirileceği konusunda bir tartışma bulunmamaktaydı. Bunun neticesinde ise ticari işletme devri sözleşmesinin ifası için ticari işletmenin içeriğinde bulunan malvarlığı unsurlarının her birinin tek tek tabi oldukları devir şekline uygun olarak devredilmesi gerekmektedir<sup>562</sup>.

Belirtmek gerekir ki, ETTK döneminde aktiflerin devri bakımından hakim olan ilke cüz'i halefiyet ile devir ilkesiydi. Borçlar bakımından ise EBK m.179 uyarınca bir ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devralınması halinde pasiflerin bir bütün olarak devralana geçmesi mümkündü. Bu nedenle de ETTK-EBK sisteminde aktiflerde cüz'i, borçlarda külli halefiyet ilkesi bulunmaktaydı<sup>563</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu öncesinde, İsviçre Hukuku bakımından da aynı durum söz konusuydu. İsviçre Borçlar Kanunu m.181 uyarınca ticari işletmenin devrinde pasiflerin bir bütün olarak geçişi öngörülmüş olsa da aktifler bakımından bir hüküm bulunmadığı için malvarlığı unsurları cüz'i halefiyet uyarınca devredilmekteydi<sup>564</sup>.

## 2. Külli ve Cüz'i Halefiyet Kavramlarının Ticari İşletme Devrinde Yetersizliği

<sup>558</sup> Türk s.151.

<sup>559</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.69.

<sup>560</sup> Helvacı s.101, Türk s.152, Coştan, **Bölünme** s.113.

<sup>561</sup> ETTK m.11 f.2 ticari işletme devri sözleşmesine hangi unsurların dahil sayılacağını belirtmekteyse de, bu unsurların hangi esaslara göre devredileceği konusunda bir hüküm içermemekteydi.

<sup>562</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.69, Arıcı s.30, Topuz s.40. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Turin s.8.

<sup>563</sup> Turin s.8, Kendigelen (Ülgen) s.173.

<sup>564</sup> Turin s.13, Kläy/Turin s.73, Topuz s.24.

Bir ticari işletmenin cüz’i halefiyet yoluyla devredilmesini beklemek bu kurumu büyük oranda işlevsiz hale getirmek anlamına gelmektedir. Bir ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurları çoğu zaman önemli oranda çeşitlilik göstermektedir. Bir ticari işletmede taşınmazlar, fikri mülkiyet hakları, motorlu taşıtlar, alacak hakları ve ruhsatlar gibi birbirinden farklı devir şekillerine tabi olan malvarlığı unsurları bulunması olağan bir durumdur. Bu unsurların hepsinin ayrı ayrı devri ise büyük bir maliyet veya zaman kaybı sonucu doğurmaktadır<sup>565</sup>.

Bu noktada külli halefiyet, bir malvarlığı bütünüünün devri bakımından büyük kolaylık sağlamaktadır; zira külli halefiyet yoluyla devirde her malvarlığı unsuru için tek tek işlem yapmaya gerek kalmamakta, cüz’i halefiyet esasına göre yapılacak çok sayıda devir sonucunda ortaya çıkacak hukuki durum külli halefiyete sebep olan tek bir işlem ile sağlanabilmektedir<sup>566</sup>. Bunun sonucunda devir işlemi daha kısa sürede ve daha az maliyet ile gerçekleştirilebilmektedir<sup>567</sup>.

Ne var ki, pratik açıdan büyük kolaylıklar sağlayan külli halefiyet yoluyla devir bazı sakıncaları da barındırmaktadır. Öncelikle cüz’i halefiyet halinde mevcut olan devrin “aleniliği” külli halefiyet bakımından söz konusu değildir<sup>568</sup>. Bunun neticesinde külli halefiyet yoluyla devir işleminin dışında kalan üçüncü kişilerin korunması için bazı tedbirler alınması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır<sup>569</sup>. Diğer yandan, külli halefiyet kavramının eşya hukukunun temel ilkelerinden olan “belirlilik” ilkesi ile bağdaştırılması Kanun Koyucu açısından bir güçlük arz etmektedir<sup>570</sup>.

İlaveten külli halefiyet halinde devralan, devredenin tüm malvarlığını devralmaktadır. Hatta devralanın varlığını bilmediği aktif ve pasifler dahi külli

<sup>565</sup> Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.215 Klây/Turin s.73. Turin, devredilen malvarlığı unsurlarının çeşitliliğine bağlı olarak cüz’i halefiyet yoluyla bir ticari işletmenin devrinin günler hatta aylar sürebildiğini belirtmektedir. Bkz. Turin s.14. Üstelik devir işleminin belirli bir sürece yayılması devreden, devir konusu haklar üzerinde tasarruf ederek devralanın menfaatlerine zarar vermesi riskinin artması anlamına gelmektedir. Bkz. Turin s.15.

<sup>566</sup> Türk s.152, Helvacı s.101.

<sup>567</sup> Türk s.154, Helvacı s.101.

<sup>568</sup> Türk s.153.

<sup>569</sup> Türk s.154, Turin s.14. Helvacı ise külli halefiyet hallerinde 3.kişilerin zarar görmesinin mümkün olmadığını; çünkü devralanların bütün malvarlıkları ile sorumlu olmaya devam edeceğini belirtmektedir. Bkz. Helvacı s.102. Kanaatimizce bu görüş eleştiriye açıktır. Şöyle ki, devralanın malvarlığının kendi borçlarını karşılamaya yetmediği bir durumda devralanan malvarlığı mevcut borçlar için de güvence oluşturacaktır. Bu ise tüm aktiflerin hem devreden hem de devralanın alacaklılarına teminat teşkil etmesi anlamına geleceğinden devreden alacaklılarına zarar verebilecek niteliktedir. TTK’nın birleşme işleminde alacaklıları koruyacak hükümler getirmesi de kanaatimizce bu endişeyi teyit eder niteliktedir.

<sup>570</sup> Helvacı s.101.

halefiyet yoluyla devrin kapsamındadır<sup>571</sup>. Bu durum ise devir işlemini yapacak tarafların menfaatler dengesine uygun düşmeyebilir. Öncelikle devralan kişinin devreden tüm malvarlığını devralması zorunluluğu devir işleminin tarafların ihtiyaçlarına ve beklentilerine göre şekillendirilmesini zorlaştırmaktadır. Bu açıdan külli halefiyet yoluyla yapılacak devirler özellikle ticari işletme gibi karmaşık ve çeşitlilik arz eden malvarlığı bölümleri bakımından sorun oluşturabilmektedir; zira taraflar devreden malvarlığında bulunan bazı unsurları devir kapsamı dışında bırakma imkanından yoksundurlar.

İkinci olarak ise devralan varlığını bilmedikleri de dahil tüm aktif ve pasifleri devralmaktadır. Bu nedenle de külli halefiyet halinde, devralanın hangi aktifleri ve pasifleri devraldığını kesin olarak bilmesi mümkün değildir<sup>572</sup>. Diğer bir ifade ile devralan devralırken bilmediği bir pasiften dolayı sorumlu olabilmektedir. Bu da devralan bakımından bir belirsizlik ve dolayısı ile bir risk teşkil etmektedir.

Sonuç olarak ticari işletme gibi birçok malvarlığı unsuru barındıran, sürekli faaliyet gösterdiği için kapsamı tam olarak belirli olmayan bir malvarlığı bütünüünün devredilmesi için gerek cüz'i halefiyet gerekse külli halefiyet ihtiyaçları tam olarak karşılayamamaktadır. Bu nedenle hukuk sistemlerinde bu ihtiyaçları karşılayacak bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

### 3. Kısmi Külli Halefiyet Kavramı

Bu arayışın sonucu olarak doktrinde “kısmi külli halefiyet” olarak tanımlanan bir devir yolu karşımıza çıkmaktadır<sup>573</sup>. Kısmi külli halefiyet uyarıncadevreden malvarlığının belirli bir kısmı tek bir işlem ile (“*uno actu*”), her bir unsur için tek tek işlem yapmaya gerek olmaksızın devralana geçmektedir. Bu şekilde külli halefiyetin

<sup>571</sup> Turin s.56.

<sup>572</sup> Elbette bir malvarlığını devralacak kişinin bu malvarlığının kapsamını incelemesi beklenir. Bu nedenle ticaret şirketlerinin birleşmesi öncesinde devralacak şirketin devralınacak (hedef) şirketi kapsamlı bir hukuki ve mali incelemeye tabi tutması (Due diligence) gerekmektedir. Ne var ki, bazı durumlarda kapsamlı incelemeye rağmen aktif ve pasifin kesin olarak tespit edilmesi mümkün değildir. Özellikle büyük ölçekli bir ticari işletmede faaliyeti yürüten kişinin bile işletmenin borçlarından haberdar olmaması mümkündür. Özellikle de haksız fiil kaynaklı borç ilişkileri bakımından alıcının üzerinde ciddi bir risk bulunmaktadır.

<sup>573</sup> Kläy/Turin s.78, Bauen/Bernet/Rouiller s.341, Bahar, **Commentaire Lfus** s.795, Coştan s.113, Çebi s.24, Topuz s.32. Doktrinde kısmi külli halefiyet kavramı dışında “envanter üzerinden devir” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Turin s.56, Bahar, **Commentaire Lfus** s.468. Aynı şekilde Alman Hukuku’nda da “envantere göre devir” kavramı çoğunlukla tercih edilmektedir. Coştan **Bölünme** s.115.

getirdiği devir kolaylığından yararlanırken devir işlemini taraf beklentileri ve ihtiyaçlarına uygun olarak biçimlendirme imkanı söz konusu olacaktır<sup>574</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 vd. hükümlerinde düzenlenen malvarlığı devri işlemi kısmi külli halefiyet esasına göre devri benimsemiştir<sup>575</sup>. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.73 uyarınca malvarlığı devri işlemi ticaret siciline tescil edildiği anda baka bir işleme gerek olmasızın devir kapsamındaki malvarlığının mülkiyeti devralana geçmesinden ötürü külli halefiyete benzerlik gösterir<sup>576</sup>. Ancak söz konusu devir bir tam külli halefiyet durumu değildir; zira yalnızca devir kapsamına alınan malvarlığı unsurlarının devrini öngörmektedir<sup>577</sup>.

Kısmi külli halefiyet kavramı yalnızca ticari işletme devrinde karşımıza çıkmamaktadır. Bunun dışında İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca bölünme işlemi de bir kısmi külli halefiyet uygulaması olarak kabul edilmektedir; zira bölünmede de kapsamı sınırlandırılmış bir malvarlığı unsuru tek bir işlem ile devralana geçirilmektedir<sup>578</sup>.

İsviçre Kanun Koyucusu tarafından malvarlığı devrine şamil olacak şekilde uygulama alanı genişletilen kısmi külli halefiyet kavramı TTK tarafından ticari işletmenin devri bakımından da benimsenmiştir<sup>579</sup>. TTK m.11 f.3 “*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir*” demektedir. TTK düzenlemesi uyarınca ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte devir kapsamında bulunan tüm malvarlığı unsurları başka bir işleme gerek kalmaksızın bir bütün olarak devralana geçmektedir<sup>580</sup>.

<sup>574</sup> Devredilecek malvarlığının kapsamının belirlenmesi bakımından bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamalara ilişkin daha kapsamlı açıklama için bkz. III-A-3 Ticari İşletme Devrinin Kapsamının Belirlenmesine İlişkin İlkeler.

<sup>575</sup> Kısmi külli halefiyet uyarınca devrin öngörüldüğü bir diğer durum ise bölünme işlemidir. Buna bağlı olarak bölünmede malvarlığı devrine ilişkin doktrinde yer alan açıklamalar bazı istisnalar haricinde İsviçre Birleşmeler Kanunu’nda yer alan malvarlığı devri ve TTK’da yer alan ticari işletme devri işlemleri için de geçerli olacağından bu kaynaklara da yeri geldikçe atıf yapmayı uygun gördük.

<sup>576</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.795, Turin s.56.

<sup>577</sup> Turin s.57, Topuz s.32.

<sup>578</sup> Coştan Bölünme s.115, Bahar, **Commentaire Lfus** s.615.

<sup>579</sup> Aynı şekilde TTK m.179 f.4 uyarınca bölünmede de yine kısmi külli halefiyet söz konusu olacaktır.

<sup>580</sup> Phillipin, **Transfert du Patrimoine Commercial** s.98, Bahar, **Commentaire Lfus** s.795, Bauen/Bernet/Rouiller s.341, Turin s.57, Öz s.98, Topuz s.55 vd, Karahan s.36.

Bu durumda kısmi külli halefiyet ile tam külli halefiyet arasındaki farklılıkları belirtmekte yarar vardır. Külli halefiyet ile kısmi külli halefiyet kavramları arasındaki temel ve tartışmasız farklılık devrin kapsamına ilişkindir. Tam külli halefiyet halinde halef olan kişi selefin tüm malvarlığını devralmaktadır. Bu durum, külli halefiyetin genellikle devredenin hukuki varlığının sona erdiği hallerde (gerçek kişilerde ölüm, ticaret şirketlerinde birleşme gibi) uygulanması ile de bağlantılıdır. Ne var ki, kısmi külli halefiyet yoluyla devirde, devrin konusu malvarlığının belirlenmiş-sınırlanmış bir kısmıdır ve halefiyet bu sınırlı malvarlığı üzerinde gerçekleşmektedir<sup>581</sup>.

Burada bir soru akla gelmektedir. Acaba devredilecek ticari işletme devredenin bütün malvarlığını teşkil ediyorsa bu devri yine kısmi külli halefiyet olarak nitelendirmek mümkün müdür? Kanaatimizce kısmi külli halefiyetin belirleyici unsuru, tarafların devri kapsamını sınırlama imkanı bulunmasıdır. Yani külli halefiyette devredenin bütün malvarlığının devri zorunluyken kısmi külli halefiyet durumunda taraflar devredilebilecek malvarlığının kapsamını belirleyebilmektedirler. Tarafların devrin kapsamını benimserken bütün malvarlığını bu devrin kapsamına dahil etmesine bir engel bulunmamaktadır. Sonuç olarak da kısmi külli halefiyet yoluyla yapılacak devrin kapsamı devredenin bütün malvarlığını teşkil ediyor olsa da söz konusu devir kısmi külli halefiyet niteliğini kaybetmeyecektir.

Kısmi külli halefiyet ile tam külli halefiyetin sonuçları bakımından farklı olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir konudur<sup>582</sup>. Doktrindeki bir görüş uyarınca kısmi külli halefiyet ile kastedilen, kapsamı belirli bir malvarlığı ile sınırlandırılmış külli halefiyetten başka bir şey değildir. Bu nedenle de devir kapsamındaki malvarlığı unsurları üzerinde külli halefiyetin tüm sonuçları doğacaktır<sup>583</sup>. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 2006 tarihinde verdiği bir kararda kısmi külli halefiyetin nicelik bakımından kısmi, nitelik bakımından ise külli halefiyet niteliğinde olduğunu belirterek bu yaklaşımı teyit etmiştir<sup>584</sup>. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak bağlı nama yazılı payların devri, limited şirket paylarının devri veya sözleşme ilişkilerinin bütün

<sup>581</sup> Coştan, **Bölünme** s.114, Turin s.56, Çebi s.24, Helvacı s.105.

<sup>582</sup> Bu tartışma özellikle sözleşme ilişkilerinin ve bazı malvarlığı unsurlarının devri bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. O yüzden burada tartışmayı ana hatları ile naklederek bu tartışmanın sonuçlarını ilgili malvarlığı unsuruna ait bölümde belirtmeyi tercih ettik.

<sup>583</sup> Beretta, Piera, **Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes**, RSJ 98,2002 s.251, Büchi, Raffael, **Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikums-gesellschaften**, Bern, 2001, s.170 vd. (İki kaynak da naklen Turin s.58), Helvacı s.108.

<sup>584</sup> 4P.299/2005, ATF (naklen Rapp s.6)

olarak devri gibi 3.kişilerin onayını gerektiren işlemlerde külli halefiyet hükümleri uyarınca 3.kişilerin rızası olmaksızın devir gerçekleşebilecektir<sup>585</sup>.

Diğer bir görüş uyarınca ise kısmi külli halefiyet kavramı yalnızca kapsam bakımından değil sonuçları bakımından da tam külli halefiyetin daraltılmış bir görüntüsüdür. Bu görüşe göre Kanun Koyucunun kısmi külli halefiyeti getirmesinin sebebi devir işleminin taraflarına kolaylık sağlamaktır. Ancak bu amaç 3.kişilerin menfaatlerinin tamamen göz ardı edilmesini gerektirmez. Bu nedenle de istisnai bir düzenleme olan tam külli halefiyetten farklı olarak, kısmi külli halefiyetin etkisinin 3.kişilerin menfaatini koruyucu nitelikte olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>586</sup>.

Kanaatimizce kısmi külli halefiyet kavramını sonuçları bakımından tam külli halefiyetten ayrıştırmaya kural olarak ihtiyaç yoktur. Tam külli halefiyetin temel özelliği olan malvarlığı unsurlarının tek bir işlem ile bir bütün olarak devralana geçmesi külli halefiyet için de söz konusudur. Bunun ötesinde kısmi külli halefiyet kavramı ile tam külli halefiyet kavramlarını ayrıştırmak konuyu daha karmaşık hale getirerek uygulamayı zorlaştıracaktır<sup>587</sup>. O nedenle kural olarak tam halefiyetin sonuçlarının kısmi külli halefiyet bakımından da uygulanması gerekmektedir<sup>588</sup>.

Öte yandan kısmi külli halefiyetin tam külli halefiyet ile aynı sonuçları doğurmasını eleştiren görüş bazı malvarlığı unsurları (örn: bağlı nama yazılı payların devri) ile sözleşmesel ilişkilerin devri bakımından kötüye kullanımlara ilişkin endişeden kaynaklanmaktadır<sup>589</sup>. Ne var ki, kanaatimizce bu sorunu özel hükümler vasıtasıyla çözmek daha uygun ve pratik bir çözüm olacaktır.

Nitekim Kanun Koyucu aynı endişelerin ortaya çıktığı tam külli halefiyet halinde malvarlığı unsurlarının nasıl devredileceğine ilişkin özel hükümler sevk etmek suretiyle üçüncü kişileri koruma yoluna gitmiştir. Örneğin TTK m.493

<sup>585</sup> Beretta, Piera, **Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes**, RSJ 98, 2002, p.251 (naklen Turin s.58), Büchi, Raffael, **Spin-Off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften**, Bern, 2001, s.170 vd. (naklen Turin s.58).

<sup>586</sup> Turin s.59 vd.

<sup>587</sup> Kısmi külli halefiyetin etkisi sorunu özellikle sözleşmelerin devri bakımından önem taşımaktadır. Doktrindeki tartışmalar da temelde kısmi külli halefiyetin sözleşmelerin devrine etkisi bağlamında ortaya çıkmıştır. Bu konudaki görüş farklılıklarının sözleşmelerin devrine etkisi aşağıda Sözleşmelerin Devri bölümünde daha kapsamlı olarak değerlendirilecektir.

<sup>588</sup> Ancak bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Tam külli halefiyet kişiliği sona erdiren ölüm veya ticaret şirketlerinin birleşmesi gibi hallerde söz konusu olmaktadır. Ancak kısmi külli halefiyette böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle kısmi külli halefiyet halinde tam külli halefiyete ilişkin hükümler uygulanırken bu farklılığın dikkate alınması gerekecektir.

<sup>589</sup> Turin s.59 vd

uyarınca bağılı nama yazılı payların bir külli halefiyet hali olan miras yoluyla devralınması halinde dahi şirketin devre onay vermekten kaçınması, belirli sınırlamalara tabi olsa dahi, mümkündür.

Kanaatimizce kısmi külli halefiyet uygulamalarının menfaat dengesine aykırı durumlar oluşturabileceği hallerde yukarıda tam külli halefiyet halinde olduğu üzere açık hükümler sevk etme suretiyle sorunun çözülmesi, kısmi külli halefiyet kavramını bir bütün olarak farklılaştırmaya kıyasla daha yerinde bir çözüm olacaktır. Bu bağlamda, kısmi külli halefiyet için özel hüküm bulunmayan hallerde, miras veya ticaret şirketlerinin birleşmesi gibi tam külli halefiyet hallerine ilişkin hükümler, kısmi külli halefiyet halleri için de kıyasen uygulanabilmelidir.

Ne var ki, bu hükümlerin kıyasen uygulanmaları sırasında tam külli halefiyet hali ile kısmi külli halefiyet öngören durumlar arasındaki farklar dikkate alınmalıdır. Unutulmamalıdır ki, tam külli halefiyet devreden kişiğinin sona erdiği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumlarda malvarlığı unsurunun geçişine engel olunması halinde hak veya borçları muhafaza edecek bir tüzel kişi kalmayacağından hak ve borçların kime ait olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sebepten Kanun Koyucu bu durumlarda devre imkan tanıyarak üçüncü kişileri koruyucu ek hükümler sevk etme yoluna gitmektedir. Halbuki kısmi külli halefiyet hallerinde kişiliğinin sona ermesi gibi bir durum kural olarak söz konusu değildir. Bu nedenle de tam külli halefiyetten farklı olarak devrin hiç gerçekleşmemesi halinde söz konusu malvarlığı unsuru sahipsiz kalmayacak ve devreden malvarlığında yer almaya devam edecektir. Bu yüzden külli halefiyet hallerine ilişkin hükümler yorumlanırken bu farklılığın dikkate alınması yerinde olacaktır<sup>590</sup>.

#### **4. Kısmi Külli Halefiyetin Emrediciliği Sorunu**

TTK m.11 f.3 düzenlemesinin emredici olup olmadığı, diğer bir ifade ile ticari işletmeyi devredecek tarafların devri kısmi külli halefiyet uyarınca gerçekleştirmelerinin zorunlu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. TTK bu konuda herhangi bir açıklama içermediğinden bu konunun doktrin tarafından çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu konuda mehzaz kanun olan İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı devri hükümlerine bakılması faydalı olacaktır. İsviçre Hukuku'nda bu sorunun olumlu

<sup>590</sup> Turin s.60.



yanıtlandığı ve tarafların dilerse İsviçre Birleşmeler Kanunu kapsamında malvarlığı devri yoluyla (kısmi külli halefiyet) dilerse de genel hükümler uyarınca (cüz'i halefiyet) aktiflerin devrini gerçekleştirebilecekleri belirtilmektedir<sup>591</sup>. Böyle bir imkan özellikle ticari işletme devir sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesinden imtina eden taraflar bakımından tercih edilebilir<sup>592</sup>.

Kanaatimizce İsviçre Hukuku bakımından kabul edilen bu görüşün Türk Hukuku açısından da geçerli olmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar bir ticari işletme devri sözleşmesi gerçekleştirdikleri takdirde dilerse bu sözleşmeyi ticaret siciline tescil ederek ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarını bir bütün olarak devredebilecekleri gibi dilerse her bir malvarlığı unsuruna ilişkin tasarruf işlemi ayrı ayrı gerçekleştirebilirler.

Bu noktada diğer bir soru ise tarafların ticari işletme devrinin aktiflerini cüz'i halefiyet uyarınca gerçekleştirilmesine rağmen ETTK döneminde olduğu gibi pasiflerin bir bütün olarak devrini gerçekleştirip gerçekleştiremeyecekleridir. Kanaatimizce TBK m.202 uygulama alanını belirtirken aktiflerin devri yöntemi bakımından bir sınırlama getirmemektedir. Bu nedenle de ticari işletmenin aktifleri cüz'i halefiyet uyarınca devredilse dahi borçların TBK m.202 uyarınca bir bütün olarak devredilmesine bir engel olmadığı görüşündeyiz, yeter ki devredilen hususlar TBK m.202 uyarınca bir işletme veya bir malvarlığı olarak kabul edilebilsin.

## **B. Özel Olarak Bazı Malvarlığı Unsurlarının Devri**

### **1. Taşınmaz Mülkiyetinin Geçişi**

TTK m. 11 f. 3, ticari işletme devrinde ticari işletmeye özgülenmiş taşınmazların mülkiyetinin geçişi bakımından tescilsiz bir iktisap hâli öngörmüştür. Tescille iktisap ilkesine ilişkin olarak getirilmiş bu önemli istisnanın olumsuz etkilerini bertaraf etmek için siciller arası işbirliğini sağlayacak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Ancak tüm bu düzenlemelere rağmen, iyiniyetli üçüncü kişilerin yolsuz tescile dayanarak yapacağı hak iktisaplarının korunup korunmayacağı sorununun incelenmesi gerekmektedir. Bu bölümde bu konulara değinilecektir

<sup>591</sup> Duc, s.259, Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.221, Topuz s.32.

<sup>592</sup> İsviçre Hukuku'nda devir işlemi sebebiyle ortaklara bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanununu uyarınca malvarlığı devri halinde uygulanan bu bildirim yükümlülüğünden kaçınmak isteyen tarafların genel hükümlere uygun olarak cüz'i halefiyet yoluna başvurdukları belirtilmektedir. Bkz. Duc s.258.

### a) Kısmi Külli Halefiyet Kapsamında Tescilsiz İktisap

Taşınmaz mülkiyetinin devri, kural olarak, tapu sicilinde yapılan tescil ile gerçekleşir (MK m.705 f.1). Ancak Kanun Koyucu<sup>593</sup> bazı hallerde sosyal ve ekonomik ihtiyaçları dikkate alarak mülkiyetin tescilsiz olarak kazanılmasına da imkan tanımaktadır. Bu gibi tescilsiz iktisap halleri MK m.705 f.2'de sayılmıştır. MK m.705 f.2'de sayılan bu haller dışında ayrıca özel kanunlarda tescilsiz iktisap hallerine yer verilebileceği de açıkça belirtilmiştir. Ne var ki, ister MK'da belirtilmiş olsun ister özel kanunlar ile tesis edilsin, tescilsiz iktisap hali genel kural niteliğinde olan tescil ile hak kazanılması kuralına istisna teşkil eder ve bu istisnai haller sınırlı sayı ilkesine tabidir<sup>594</sup>.

TTK m.11 f.3 de ticari işletmenin devrinde ticari işletmeye özgülenmiş taşınmazlar bakımından bir tescilsiz iktisap hali kabul etmiştir<sup>595</sup>. Buna göre ticari işletme devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile beraber, ticari işletmeye özgülenmiş taşınmazların mülkiyeti tapu siciline tescile gerek olmaksızın ticari işletmeyi devralana geçmiş olacaktır<sup>596</sup>. Bundan sonra tapu sicilinde yapılacak tescil işlemi ise ancak açıklayıcı bir etkiye sebep olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, TTK'nın bu şekilde bir tescilsiz iktisap hali benimsemesi ve eşya hukukundaki tescilin kurucu etkisi ilkesinden sapması doktrin tarafından eleştirilmiştir. Özellikle ticari işletmeye özgülenmiş taşınmazlarda tescilsiz iktisap ilkesinin benimsenmesi sonucunda iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından ortaya çıkacak sorunlar endişe ile karşılanmıştır.<sup>597</sup>

<sup>593</sup> Belirtmek gerekir ki tescilsiz iktisap hali yalnızca kanun tarafından öngörülebilir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir s.404.

<sup>594</sup> Ekrem Kurt, **Tapu Sicilinin Düzeltmesi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004, s.24. Türk Hukuku'nda tescil ilkesine bu yönde getirilen istisnaların sayıca fazla olması sebebiyle Türk-İsviçre Hukuk sisteminde taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin kural "nisbi tescille iktisap" olarak isimlendirilirken; tescilsiz iktisap hallerinin çok dar olduğu Alman Hukuku'nda "mutlak tescille iktisap" kuralının bulunduğu söylenmektedir. Kurt s.98, Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I- Zilyetlik Ve Tapu Sicili**, Mimoza Yayıncılık, Ankara, 2012 s.177.

<sup>595</sup> Öz s.107, Karahan s.36, Tekinalp, **Yeniden Düşünmek** s.12, Topuz s.61.

<sup>596</sup> Bkz. Adalet Komisyonu m.11 değişiklik gerekçesi. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Montavon s.131, Turin s.172.

<sup>597</sup> Karahan s.37, Topuz s.61, Bahtiyar s.3901. Bahtiyar, tescilsiz iktisabın sakıncaları nedeniyle, ticari işletme devrinin taşınmazlar için bir tescilsiz iktisap hali olmaması gerektiğini; ticari işletme devrini kolaylaştırmak isteyen kanun koyucunun tapu sicilinde tescili kolaylaştırmasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bahtiyar s.3905. Örneğin TTK m.128 uyarınca taşınmazların aynı sermaye olarak getirilmesinde taşınmazı devralacak şirketin doğrudan kendi adına tescil talep edebilmesine imkan tanınmış olmasında durum böyledir.

Kanaatimizce ticari işletme devri bakımından bir tescilsiz iktisap hali getirilmiş olması ticari işletme devrine işlerlik kazandırmak bakımından önemli ve yerinde bir düzenlemedir. Doktrinde haklı olarak dile getirilen tescilsiz iktisap dolayısıyla ortaya çıkabilecek sakıncaların ise siciller arası eşgüdüm vasıtasıyla giderilebilmesi mümkündür<sup>598</sup>. Bu nedenle taşınmazlar bakımından tescilsiz bir iktisap halinin benimsenmesi, bazı riskler barındırsa dahi, yerinde bir düzenleme olarak görülebilir.

### **b) Tapu Sicilinde Tescil ve Ticaret Sicili ile Tapu Sicili Arasında İşbirliği**

Ticari işletmenin devri bir tescilsiz iktisap hali teşkil ettiği için, taşınmaz mülkiyetinin iktisabı bakımından tapu siciline tescile gerek yoktur. Yine de ticari işletmeyi devralan kişinin tapu siciline malik olarak tescil edilmesi çeşitli açılardan uygun olur. Ticari işletme devrinin ticaret siciline tescili ile birlikte mülkiyet kendiliğinden kazanıldığı için tapu sicilinde yapılacak söz konusu tescil açıklayıcı nitelikte olacaktır<sup>599</sup>.

Açıklayıcı nitelikte olan bu tescil iki nedenden dolayı önem taşımaktadır: İlk olarak sicil kaydının düzeltilmesi, tapu sicilinin aleniyeti ilkesi gereğince üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmış olacak ve üçüncü kişilerin MK. 1023 uyarınca malik olmayan bir kişiden taşınmaz mülkiyeti kazanmasını engelleyecektir. İkinci olarak ise tescilsiz iktisap yoluyla mülkiyeti kazanan gerçek malikin söz konusu taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için tapu sicilinde malik olarak görünmesi gerekmektedir (MK. 705 f.2)<sup>600</sup>.

TTK m.11 f.3 ticari işletme devrinde taşınmazlar bakımından bir tescilsiz iktisap hali benimsemiş olsa bile, tapu sicilinde gerekli tescil işleminin yapılması yukarıda da belirtildiği üzere hak kaybının önlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle ticari işletme devrinde ticaret sicili müdürü tarafından tapu siciline bildirim yapılması zorunluluğu getirilmiştir<sup>601</sup> (Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135 f.5).

<sup>598</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. IV-B-1-b)Tapu Sicilinde Tescil ve Ticaret Sicili ile Tapu Sicili Arasında İşbirliği.

<sup>599</sup>Ayan s.177, Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.98, Nicholas Pellaton, **Le Transfert De Patrimoine Dans La Lfus, À La Lumière Notamment Des Notions De Patrimoine Et D'inventaire** (Mémoire De Master En Droit) Université De Neuchâtel Faculté De Droit, 2008 s.48, Gwelessiani/Meisterhand/Turin s.76.

<sup>600</sup>Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir s.404, Ayan s.359, Montavon s.131.

<sup>601</sup> TTK'da böyle bir yükümlülük olmamasına rağmen bir yönetmelik ile bu yükümlülüğün getirilmesinin kanun yapma tekniğine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Gürbüz Usluel s.152.

Ticaret Sicili Yönetmeliği bildirim zorunluluğu getirmekle beraber bildirim içeriği ve bildirimi alan tapu sicil memurunun yapması gereken işlemler bakımından herhangi bir açıklama içermemektedir. Bu ise doktrinde Öz tarafından bir eksiklik olarak dile getirilmiş ve özellikle bildirimi alan tapu memurunun re'sen tescil işlemi yapıp yapamayacağı konusundaki belirsizliğin giderilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>602</sup>.

Söz konusu belirsizlik “Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğde<sup>603</sup>” (Siciller Arası İşbirliği Tebliği) giderilmiştir. Siciller Arası İşbirliği Tebliği m.6 bildirim üzerine ilgili sicil memurlarının<sup>604</sup> yapması gereken işlemleri, bu sicillere ilişkin re'sen işlem yapıp yapılamamasına göre farklı usullere tabi tutmuştur. Siciller Arası İşbirliği Tebliği m.6 f.1'in ifadesi şu şekildedir:

*”Müdürlüklerin bildirimini alan ilgili sicili tutan kurum tarafından, kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkan tanıyan durumlarda mal ve haklar yeni sahipleri adına tescil edilir. Resen tescilin mümkün olmadığı durumlarda ise; ilgili sicil memurluğunca bildirim alındığı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur ve ilgililerin başvurusu üzerine gerekli harç ve giderler alındıktan sonra, mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılır.”<sup>605</sup>*

Tapu sicili, kural olarak talep üzerine işlem yapılan bir sicildir (Tapu Sicil Tüzüğü m.16). Bu nedenle ticari işletme devri yoluyla taşınmaz iktisap edilmesi halinde, ticaret sicil müdürü tarafından yapılan bildirim alan tapu sicil memurunun doğrudan taşınmazı devralan adına tescil etmek yerine, yalnızca ticari işletmenin devri işlemini ilgili taşınmazın sayfasına şerh etmesi gerekmektedir. Taşınmazın ticari işletmeyi devralan kişi adına tescil edilmesi için, devralanın tescil talebinde bulunması ve gerekli harç ile giderleri yatırması gerekecektir.

<sup>602</sup> Öz s.120.

<sup>603</sup> R.G. 31.10.2012 Sayı 28453. Belirtmek isteriz ki tebliğin başlığı şirketlerde yapı değişikliği olsa da gerçek kişi tacirler ile ticari işletmesi bulunan dernek ve vakıfların yaptıkları devir işlemlerinde de bu tebliğin uygulanması gerekmektedir. Bu açıdan tebliğin başlığının içeriği tam olarak yansıtmadığını söylemek yerinde olacaktır.

<sup>604</sup> Siciller Arası İşbirliği Tebliği yalnızca tapu sicili ile ticaret sicili arasındaki işbirliğini değil; gemi sicili, fikri mülkiyet haklarına ilişkin siciller ile benzer nitelikteki siciller ile işbirliğini de hedeflemektedir. (Siciller Arası İşbirliği Tebliği m.1). O nedenle bu Tebliğ kapsamında “tapu sicil memuru” ifadesi yerine tüm sicilleri kapsayacak şekilde “ilgili sicil memuru” ifadesi kullanılmıştır.

<sup>605</sup> Öz, Siciller Arası İşbirliği Tebliği öncesinde yazdığı makalesinde Ticaret Sicili Yönetmeliği Taslağı'nda re'sen tescil konusunda bir hüküm bulunmamasının bir eksiklik olduğunu belirtmiştir. Bkz Öz s.120. Makaleden sonra hazırlanan siciller arası işbirliği tebliği ise Öz'ün eleştirdiği eksiklikleri gidermesi bakımından yerinde bir düzenleme olmuştur.

Her ne kadar Ticaret Sicili Yönetmeliği uyarınca ticaret sicil müdürü tarafından bildirim yapılması zorunlu olsa da bildirim yapılmaması ticari işletmeyi devralan kişinin tescil talebinde bulunmasına engel teşkil etmemelidir. Ticaret sicil müdürü tarafından tapu siciline herhangi bir bildirim yapılmasa dahi, ticari işletmeyi devralan, tescilsiz olarak mülkiyeti kazanan malik sıfatıyla taşınmazın kendi adına tescil edilmesini talep edebilecektir. Ancak bunun için, Tapu Sicil Tüzüğü m.17 uyarınca, hak sahibi olduğunu ispat edeceği belgeleri tapu sicil müdürlüğüne ibraz etmesi gerekecektir.

Açıklayıcı nitelikteki bu tescilin önemine binaen Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135 f.5 ile Siciller Arası İşbirliği Tebliği'ndeki bazı hükümler, ticaret sicil müdürüne ve tapu sicil müdürüne bazı yükümlülükler getirmektedir. Ticaret sicil müdürünün veya tapu sicil müdürünün yukarıda açıklanan işlemleri yapmaması halinde ticari işletmeyi devralan kişi zarara uğrayabilir. Böyle bir durumda ticaret sicil müdürü veya tapu sicil müdürünün işlemlerinden dolayı devletin sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>606</sup>.

### **c) Tescilsiz İktisap Karşısında Tapu Siciline Güvenen Üçüncü Kişilerin Durumu**

Tescilsiz iktisap sisteminin benimsenmesi ile ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri, tapu sicilinde malik görünen kimse ile işlem yapan üçüncü kişinin korunması meselesidir. Bu koruma bakımından tapu siciline güven ilkesi önem arz etmektedir. Tapu siciline güven ilkesi sebebiyle, gerçek hak sahipliğini yansıtmayacak biçimde tapuda malik görünen kişiden mülkiyet iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak iktisabı korunmaktadır (MK m.1023). Böylelikle tescilsiz iktisap sebebiyle tapu sicilindeki durum ile gerçek hak sahipliği arasında bir fark olması durumunda tapu siciline üstünlük tanınması ve iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak iktisabının korunması sağlanmaktadır.

Tapu siciline güven ilkesi, bilhassa tescilsiz iktisapların varlığı karşısında işlem güvenliği bakımından büyük önem taşımaktadır. Ne var ki, bu durumda gerek tapu sicili gerekse ticaret siciline ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulması karşısında, tapu siciline güven ilkesinin ticari işletme devrinde ne derece ve nasıl uygulanabileceği konusunda bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır.

<sup>606</sup> Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Gürbüz Usluel s.162 vd.

Örneğin ticari işletme devri sözleşmesinin kurulması, ticaret siciline tescil edilmesi ve TTSG’de ilan edilmesinden sonra, ancak henüz tapu sicilinde ilgili taşınmaza ilişkin tescil düzeltilmeden önce, ticari işletme devri kapsamına giren bir taşınmazın üçüncü kişiye satılması halinde acaba taşınmazın mülkiyeti tapu siciline güvenen üçüncü kişiye geçecek midir<sup>607</sup>? TTK m.11 f.3 düzenlemesi bu soru karşısında bir açıklama içermemektedir.

Bu konuda ilk bakışta, ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil edilmesi ve daha sonra TTSG’de ilan edilmiş olmasının, ticaret sicilinin olumlu etkisi neticesinde üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracığı düşünülebilir. Buna bağlı olarak ise tapu siciline güvenerek taşınmazı iktisap edenin MK m.1023 uyarınca mülkiyeti kazanması mümkün olmayacaktır; zira tapu siciline güven yalnızca iyiniyetin bulunduğu hallerde korunmaktadır<sup>608</sup>.

Ne var ki, kanaatimizce ticari işletme devri sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesi tapu siciline güvenin korunması için aranan iyiniyeti ortadan kaldırmamaktadır. Ticaret sicilinin olumlu etkisi yalnızca kanunen tescil edilmesi zorunlu olan hususlar bakımından söz konusu olmaktadır. Bu nedenle tescili zorunlu olmayan bir hususun ticaret siciline tescil edilmesi ve TTSG’de ilan edilmesi bu hususlar bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmayacaktır<sup>609</sup>. Ticari işletmenin devri bakımından ise gerek TTK gerekse Ticaret Sicili Yönetmeliği ticari işletmeye özgülenmiş taşınmazların sözleşmede belirtilmesi gibi bir zorunluluk getirmemektedir. Bu durumda hangi taşınmazların devredildiğinin tescil ve ilan edilmesi gibi bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu nedenle de ticaret sicilinin iyiniyeti kaldırıcı etkisi söz konusu olmayacağından tapu sicilindeki kayda güvenerek işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldıran başka bir husus yoksa bu iktisabın korunması gerekmektedir<sup>610</sup>.

Bunun dışında Gürbüz Usluel, kanaatimizce isabetli olarak, ticaret sicilinin iyiniyeti kaldırıcı etkisinin yalnızca ticari işletmenin bütününe ilişkin olduğunu,

<sup>607</sup> Bu soruyu gündeme getiren yazarlar için bkz. Karahan s.37, Bahtiyar s.3902, Öz s.108, Gürbüz Usluel s.160.

<sup>608</sup> Öz s.109. Belirtmek gerekir ki, yazar bu görüşü belirttiği çalışmasını Ticaret Sicili Tüzüğü Taslağı’nın hazırlandığı dönemde yayınlamıştır. O nedenle Ticaret Sicili Yönetmeliği ile getirilen değişiklikleri değerlendirme imkanı olmamıştır.

<sup>609</sup> Ülgen (Nomer Ertan) s.299, Arkan s.252 dipnot 1.

<sup>610</sup> Gürbüz Usluel s.160, Karahan s.37, Bahtiyar s.3902. Belirtmek gerekir ki, Bahtiyar sözleşmenin tescil ve ilan edilmesinin iyiniyete etki edip etmeyeceğini tartışmadan doğrudan tapu siciline güvenen kişinin korunacağı sonucuna varmaktadır. Aynı sonuç İsviçre Hukuku’nda da kabul edilmektedir. Bkz. Bahar, **Commentaire Lfus** s.796, Turin s.174.

halbuki tapu sicilinde bulunan kaydın ilgili taşınmaz bakımından iyiniyeti belirleyici etkisinin bulunduğunu aktarmaktadır. Bu durumda tapu sicilindeki kayıtların ticaret sicilindeki kayıtlara göre daha özel olması sebebiyle bu kayıtların esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>611</sup>.

Belirtmek isteriz ki, teknik hukuk kuralları haricinde kanun yapma politikası bakımından da taşınmazlar bakımından ticaret sicilinin iyiniyeti kaldırmayacağı bir düzenleme daha yerindedir. Her şeyden önce, ticaret sicilinin taşınmazların devri bakımından iyiniyeti kaldırıcı bir etkisinin bulunması tapu siciline güven ilkesini zayıflatacaktır. Tapu siciline güvenin korunması ise taşınmazların devrini kolaylaştıran ve hızlandıran bir düzenlemedir. Eğer taşınmaz iktisap edecek kişilere bir de ticaret sicilini kontrol etme yükümlülüğü getirmek işlemlerin yavaşlaması ve işlem maliyetlerinin artması anlamına gelecektir.

Diğer yandan taşınmaz alacak kişinin tacir olması veya ticaret ile ilgilenmemesi durumunda tacir olmayan bir kişiye de ticaret sicili kayıtlarını inceleme yükümlülüğü getirilmiş olacaktır. Hukuken böyle bir yükümlülük getirilmesinde bir engel bulunmasa da böyle bir yükümlülük getirilmesi ekonomi politikası bakımından gereksiz bir yük getireceğinden eleştiriye açıktır.

Bu noktada ticari işletme devri kapsamında devredilen malvarlığı unsurlarının sözleşmede veya sözleşme ekinde listelenmesi ve bu listenin de tescil ile ilan edilmesi halinde ne olacağı sorusu akla gelmektedir.

Ticari işletmenin devrinde tapu siciline güvenin korunacağını belirten Öz, bu görüşünü gerekçelendirirken *“üçüncü kişiler yapılacak ilanda taşınmazları göremeyecekleri gibi, ticaret sicilindeki ilana konu tescilde de bu taşınmazları belirtmeksizin sadece bir ticari işletmenin bir bütün olarak devredildiğini gösteren bir sözleşme ile karşılaşacaklardır. Buradan hareketle, devredilen işletmeye dahil olan taşınmazların hangileri olduğunu biliyor sayılması, üçüncü kişi bakımından doğrusu çok adaletsiz bir sonuçtur”* demektedir<sup>612</sup>. Buna göre, yazarın örtülü olarak taşınmazların sözleşmede belirtilmesi halinde üçüncü kişilerin ticaret sicilindeki kayıt nedeniyle iyiniyetli sayılamayacakları sonucuna vardığı akla gelebilir.

---

<sup>611</sup> Gürbüz Usluel s.160.

<sup>612</sup> Öz s.109.

Kanaatimizce sözleşmede devredilecek taşınmazların açıkça sayıldığı hallerde dahi ticaret sicilinin taşınmazın devri bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmelidir. Zira ticaret siciline yapılacak tescilin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırması ancak sicile tescili zorunlu tutulan konular bakımından söz konusu olmaktadır<sup>613</sup>. Halbuki söz konusu durumda kanun tarafından tescili zorunlu tutulmayan bir husus tescil edildiği için tescilin olumlu etkisi söz konusu olmayacaktır<sup>614</sup>. Netice itibariyle ticari işletmeye özgülenmiş taşınmazlar bakımından ticaret sicilinin bir etkisi olmayacağı için tapu siciline güven ile ticaret siciline güven kavramları çatışmayacaktır. Buna bağlı olarak ise tapu siciline güvenerek aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin iktisapları korunacaktır.

Benzer bir durum İsviçre Hukuku bakımından da söz konusudur. İsviçre Hukuku'nda aynen Türk Hukuku'nda olduğu gibi sözleşmenin kapsamının tescil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. İsviçre Hukuku'nda envanter üzerinden devir gerçekleşmesine ve söz konusu envanter ticaret siciline başvuru belgeleri arasında yer almasına rağmen bu tescilin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir; zira tescile esas olan belgelerin tescilin olumlu etkisi kapsamında olmadığı kabul edilmektedir<sup>615</sup>. Gerçekten de üçüncü kişilerin tescile esas olan belgeleri inceleme yükümlülüğü olduğu kabul edilemez. Bu nedenle de devir kapsamındaki unsurların listesinin ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmayacaktır<sup>616</sup>.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki, tescilsiz iktisap halinin kabul edilmesinin ticari işletmeyi devralana zarar verme ihtimali nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur; zira teknolojinin gelişmesi ile birlikte siciller arasında eşgüdüm sağlanması kolaylaşmıştır. Ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte saniyeler içerisinde tapu sicilinde tescil yapılması mümkün olmaktadır. Nitekim Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135 f.5 uyarınca tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicillerine tabi olan malvarlığı unsurlarının devir kapsamında bulunması halinde Ticaret Sicil

<sup>613</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.186, Yanlı s.94.

<sup>614</sup> Burada belirtmek gerekir ki, Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135, herhangi bir sicile kayıtlı olup devir konusu yapılan malvarlığı unsurlarının ilgili sicillere bildirimini konusunda bir yükümlülük getirmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için tarafların ilgili malvarlığı unsurlarını bildirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda taşınmazların da ticaret sicili memuruna bildirilmesi gerekecektir. Ancak bu bildirim yalnızca sicil dosyasına eklenecek bir husus olup tescil ve ilan edilse dahi kanunen tescile tabi hususlar arasında yer almadığı için sicilin olumlu etkisi söz konusu olmayacaktır.

<sup>615</sup> Pellaton s.48, Bahar, **Commentaire Lfus** s.796, Turin s.174, Ülgen/Arıcı s.1785.

<sup>616</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.796, Ülgen/Arıcı s.1785.



Müdürlüğü'nün ilgili sicillere eş zamanlı olarak bildirimde bulunması gerekmektedir<sup>617</sup>. Bu nedenle ticari işletme devrini takiben tapu sicilinde tescil yapılmadan taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişi adına tescil edilmesi ihtimali oldukça düşüktür<sup>618</sup>. Böyle bir durumun ortaya çıkması yalnızca ticaret sicil müdürünün veya tapu sicil memurunun görevini ihmal etmesi gibi istisnai hallerde söz konusu olacaktır.

Ticaret sicil memurunun söz konusu bildirim yapmaması halinde ise kişinin ilgili sicillerin tutulmasından dolayı devletin veya ilgili odanın sorumluluğuna gitme imkanı söz konusu olacaktır (TTK m.25 f.2)<sup>619</sup>. Aslında burda sicil memurunun yanlış bir işlem yapması değil bir işlem yapmaktan kaçınması veya işlem yapmayı ihmal etmesi durumu söz konusudur. Ancak TTK m.25 f.2 genel bir ifade kullanarak ticaret sicilinin tutulmasından doğan zararları düzenlediği için siciller arası bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde olduğu gibi sicil memurunun bir fiilden kaçınması durumunda da sorumluluğun doğduğu kabul edilmektedir<sup>620</sup>. Devlet ve odanın sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hali olduğu ve zararın bulunması halinde ticaret sicil memurunun kusurunun bulunması şartı bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>621</sup>.

## 2. Fikri Mülkiyet Haklarının Geçişi

### a) Genel Olarak Fikri Mülkiyet Haklarının Devri

Bir ticari işletmenin devredilmesinin ardından faaliyetlerin devam etmesi bakımından fikri mülkiyet haklarının devredilmesi de büyük önem taşımaktadır. Özellikle perakende ürün satışı bakımından marka hakkının devredilmesi<sup>622</sup>, üretime dayalı ticari faaliyetlerde ise patentlerin devredilmesi devredilen ticari işletmenin faaliyetlerinin devam etmesi bakımından önem taşımaktadır.

<sup>617</sup> Söz konusu düzenleme yapılmadan önce doktrinde siciller arası eşgüdüm sağlanarak tescilsiz iktisap sebebiyle ortaya çıkabilecek sorunların önlenilebileceği şeklinde öneriler bulunmaktaydı. Bkz. Topuz s.62.

<sup>618</sup> Öz s.120.

<sup>619</sup> Madde gerekçesi incelendiğinde ilgili odanın da Devlet ile birlikte müteselsil olarak sorumlu kılınmasının işlem güvenliği bakımından bir zorunluluk olduğu belirtilmektedir.

<sup>620</sup> Yanlı s.93.

<sup>621</sup> Yanlı s.92.

<sup>622</sup> Marka hakkı bazı işletmelerde müşteri çevresini oluşturan en önemli unsur olduğu için müşteri çevresi ile marka hakkı özdeş hale gelmektedir. Bkz. Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 s.462.

Bir fikri mülkiyet hakkının devredilmesi için kural olarak devrin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (Patent KHK m.86 f.2, Marka KHK m.16 f.3<sup>623</sup>). Fikri mülkiyet haklarının devir sözleşmesi için zorunlu içerik öngörülmemiştir. Ancak devredilen fikri mülkiyet hakkının açıkça ayırt edilebilmesini sağlayacak bilgilerin devir sözleşmesi içerisinde yer alması gerektiği belirtilmektedir<sup>624</sup>.

Fikri mülkiyet hakkının devri sözleşmesinden sonra devir işlemi taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır (Marka KHK m.16 f.6, Patent KHK m.92 f.2). Devir işleminden sonra ilgili sicile yapılacak tescil kurucu etkiye sahip değildir<sup>625</sup>. Diğer bir ifade ile devir sözleşmesinin yapılması ile beraber fikri mülkiyet hakkı devralana geçmektedir. İlgili sicile yapılacak tescil mülkiyet devri bakımından değil, ilgili hakkın korunması bakımından sonuç doğurmaktadır<sup>626</sup>.

#### **b) Ticari İşletme Devrinin Fikri Mülkiyet Haklarının Geçişine Etkisi**

Bir fikri mülkiyet hakkının ticari işletmeden bağımsız olarak devredilmesi mümkün olduğu gibi ticari işletme ile birlikte devredilmesi de mümkündür. Zaten TTK m.11 f.3 ticari işletme devri sözleşmesinde aksi belirtilmediği müddetçe ticari işletmeye dahil olan fikri mülkiyet haklarının da devredileceğini belirtmektedir. Ticari işletme devir sözleşmesinde fikri mülkiyet haklarının kapsam dışında olduğunun belirtilmemesi halinde bu haklar da devir kapsamında kabul edilecektir.

TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletmenin devri sözleşmesinin adi yazıda şekilde yapılması gerekmektedir. Fikri mülkiyet haklarının devir sözleşmelerinin de yazılı şekilde yapılması gerektiği düşünüldüğünde, ticari işletme devri yoluyla devir şekil bakımından herhangi bir özellik arz etmeyecektir.

Ticari işletme devri devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile sonuçlarını doğurmaktadır. Bu nedenle ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi anıyla beraber ilgili fikri mülkiyet hakkı da devralana geçecektir. Daha sonra ilgili sicile yapılacak tescil ise açıklayıcı nitelikte olacaktır<sup>627</sup>.

<sup>623</sup>Marka KHK Yönetmeliği m.19 f.1-a 3.bendinde devir sözleşmesinin noter tasdikli olması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu düzenlemenin Marka KHK'sına aykırı olması sebebiyle hukuki dayanağı ve geçerliliği olmadığı yönünde bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet** s.464.

<sup>624</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet** s.464.

<sup>625</sup> Hayrettin Çağlar, **Marka Hukuku Temel Esaslar**, Adalet Yayınları, Ankara, 2013 s.100, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet** s.629.

<sup>626</sup> Tekinalp, **Fikri Mülkiyet** marka için s.464, patent için s.629.

<sup>627</sup> Gürbüz Usluel s.161.

Fikri mülkiyet haklarının devri bakımından ilgil sicillerde yapılacak tescil işlemleri zaten açıklayıcı nitelikte olduğundan ötürü ticari işletme devri tescilin etkisi bakımından özellik arz etmemektedir.

Diğer yandan burada altı çizilmesi gereken nokta devir anı bakımından karşımıza çıkmaktadır. Fikri mülkiyet hakkının devrine ilişkin sözleşmeler, sözleşmenin kurulması ile sonuçlarını doğurmaktadırlar. Halbuki ticari işletme devri sözleşmesinin sonuçları ticaret siciline yapılacak tescil ile sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle taraflar ticari işletme sözleşmesini imzaladıklarında ortada fikri mülkiyet haklarının devrine ilişkin yazılı bir sözleşme kurulmuş olmasına rağmen, marka veya patent hakları ticaret siciline tescil ile devralan geçmektedir. Bu bakımdan ticari işletme devri yoluyla fikri mülkiyet haklarının geçişi bakımından yazılı sözleşmenin devri sağlamak için yeterli olmadığı belirtilmelidir.

Ticari işletme devrinin fikri mülkiyet haklarının devri bakımından getirdiği yenilik ilgili sicillere yapılacak tescil işlemlerinde kendini göstermektedir. Ticaret Sicili Yönetmeliği m.135 f.5 uyarınca ticari işletme devri kapsamında devredilecek marka hakkına ilişkin kaydın marka sicilinde düzeltilmesi için TPE'ye ticaret sicil müdürü tarafından bildirim yapılması gerekmektedir. Bu durumda ticari işletme devri sözleşmesini tescil eden ticaret sicil müdürünün TPE'ye bildirimde bulunarak ilgili fikri mülkiyet hakkının tabi olduğu sicilin düzeltilmesini talep edecektir<sup>628</sup>.

Bu bildirim yapılabilmesi ve sicilin düzeltilebilmesi için devredilen fikri mülkiyet hakkına ilişkin bilgilerin tescil ile birlikte ticaret sicil müdürlüğüne verilmesi gerekmektedir. Her ne kadar ilgili sicile yapılacak tescil kurucu nitelikte olmadığından mülkiyet kazanılmış olsa da fikri mülkiyet hakkının üçüncü kişilere karşı sağladığı koruma sicile tescil ile başladığından tescil işleminin yapılması gerekmektedir (Marka KHK m.16 f.7, Patent KHK m.92 f.3). Ayrıca gerek marka gerekse patent hakkı bakımından iyiniyetli üçüncü kişilerin sicile güvenerek yaptıkları işlemler ile hak kazanımları korunacağından ilgili sicil kayıtlarının düzeltilmemesi sebebiyle ticari işletmeyi devralan kişinin hak kaybına uğraması riski bulunmaktadır<sup>629</sup>.

<sup>628</sup> Burada özellikle sicilin düzeltilmesi ifadesini kullanılmasını tercih ediyoruz; zira ticaret siciline yapılan tescil ile fikri mülkiyet hakları devralan geçmiş olup, söz konusu işlem sicil kaydının maddi hukuka uygun hale getirilmesinden ibarettir.

<sup>629</sup> Gürbüz Usluel s.161.

### c) Ticari İşletmeye Özgülenmiş Marka Hakkının Tespiti Sorunu

Ticari işletme devri yoluyla bir marka hakkının devredilebilmesi için marka hakkının ticari işletmeye dahil olması gerekmektedir<sup>630</sup>. Bu durumun tespiti ise özellikle fikri mülkiyet hakları bakımından büyük sorun teşkil etmektedir; zira bir fikri mülkiyet hakkının birden çok ticari işletme tarafından ortak olarak kullanılması mümkündür. Özellikle patent bakımından bu durum daha belirgindir. Bir tacirin iki adet fabrikası bulunması halinde bu fabrikalarında ürettiği birbirinden farklı nitelikteki ürünlerde aynı patenti kullanması ihtimali bulunmaktadır. Acaba bu tacirin fabrikalarından birini ticari işletme devri yoluyla devretmesi halinde patent hakkı da devredilmiş olacak mıdır? Eğer bu soruya olumlu cevap verilirse bu durumda söz konusu patent hakkını kendi elinde bulunan diğer fabrikasında kullanabilecek midir?

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde ticari işletme devri sözleşmesinin yorumlanması yoluyla sorunun çözülmesi gerekmektedir. Taraflar bir ticari işletme devrinde fikri mülkiyet haklarını tamamen kapsam dışında bırakabilecekleri gibi başka ticari işletmelerinde kullandıkları fikri mülkiyet haklarını da devredilen ticari işletme ile birlikte ticari işletmeyi devralana geçirebilirler. Bu durum sözleşme serbestisi sınırları ilkesinde değerlendirilmesi gereken bir meseledir.

Eğer ticari işletme devri ile birlikte fikri mülkiyet hakkı da devredilirse, bu durumda hakkın eski maliki fikri mülkiyet hakkını devirden sonra elinde kalan diğer ticari işletmelerinde kullanamayacaktır<sup>631</sup>. Aksi takdirde devredilen fikri mülkiyet hakkını ihlal etmiş olacağından hakkı devralan ihlalden doğan taleplerini ileri sürebilecektir.

Ticari işletme devri sözleşmesinde fikri mülkiyet hakkının devredildiği; ancak fikri mülkiyet hakkını devreden tarafın da kullanmaya devam edebileceği de kararlaştırılabilir. Bu durumda sözleşme hem fikri mülkiyet hakkının devrini hem de bir lisans sözleşmesini içerdiği şeklinde yorumlanabilecektir<sup>632</sup>.

<sup>630</sup> Çağlar, marka hakkının ticari işletmeye tahsis edilmiş olması ifadesinin kullanılacağını belirtmişse (bkz. Çağlar s.101) de TTK m.11 f.3 düzenlemesi işletmeye dahil olan kavramına yer verdiği için bu kavramın kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

<sup>631</sup> Ancak söz konusu markanın aynı zamanda bir ticaret unvanı veya işletme adı olması halinde uygulama bakımından sorunlar çıkabileceği belirtilmektedir. Bkz. Çağlar s.101.

<sup>632</sup> Belirtmek gerekir ki ticari işletme devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması halinde lisans sözleşmesi için aranan şekil şartları da (Marka KHK m.15, Patent KHK m.86) sağlanmış olacaktır.

Bu durumda fikri mülkiyet hakkını devreden devirden sonra malik sıfatıyla değil, ancak lisans sahibi sıfatıyla fikri mülkiyet hakkını kullanmaya devam edebilecektir. Devirden sonra tarafların hak ve yükümlülükleri ise lisans sözleşmelerine uygulanacak hükümler kapsamında çözümlenecektir.

### 3. Ticaret Unvanının Devri

#### a) Ticaret Unvanı Kavramı ve Ticari İşletmedeki Rolü

Ticaret unvanı tacirin ticari işletmesine ilişkin iş ve işlemlerinde kullandığı ad olarak tanımlanmaktadır<sup>633</sup>. Bu nedenle ticaret unvanı yalnızca tacirler tarafından kullanılır. Tacir olmayan kişiler ticaret unvanı kullanamayacaklardır<sup>634</sup>. Ticaret unvanı kullanımı bir hak olduğu kadar<sup>635</sup> tacir bakımından bir yükümlülük de teşkil etmektedir<sup>636</sup>. TTK m.39 f.1 uyarınca “tacir, ticaret unvanını ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır”. Ayrıca TTK m.39 f.2 uyarınca da ticaret unvanı ticari işletmede görülebilir bir yerde belirtileceği gibi ticari işletmeye ilişkin belgelerde de ticaret unvanına yer verimesi gerekmektedir.

Ticaret unvanının asıl işlevi taciri diğer tacirlerden ayırt etmesidir<sup>637</sup>. Bunun dışında kullanılan ticaret unvanının taciri müşterilere tanıtmayı (reklam işlevi) ve tacirin faaliyetlerinin kalitesi konusunda müşterilere güven telkin etmesi (garanti işlevi) gibi özellikleri de bulunduğu belirtilmektedir<sup>638</sup>. Ayrıca ticaret unvanının diğer bir işlevinin ise ticari işletmeyi tanıtmayı olduğu belirtilmektedir<sup>639</sup>. Ticaret unvanının başta müşteriler üzere ticari hayatta faaliyet gösteren kişileri aldatmaması

---

Marka KHK Yönetmeliği lisans sözleşmeleri için noter tasdiki aramaktaysa da bu düzenleme Marka KHK düzenlemesine aykırı olduğundan hukuki dayanaktan yoksun ve dolayısıyla geçersiz kabul edilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet** s.469.

<sup>633</sup> Arkan s.255, Helvacı (Ülgen) s.309. Ticaret unvanı yerine uygulamada “firma” kavramının kullanıldığı, ancak bu kavramın ticari işletme yerine de kullanılması nedeniyle ticaret unvanını ifade etmek için uygun olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Arkan s.255, Helvacı (Ülgen) s.309.

<sup>634</sup> Arkan s.255.

<sup>635</sup> Ticaret unvanı üzerindeki hakkın niteliği konusunda kapsamlı tartışma için bkz. Boyacıoğlu s.12 vd.

<sup>636</sup> Karahan s.162.

<sup>637</sup> Helvacı (Ülgen) s.309, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.203. Ticaret unvanının işlevleri konusunda açıklama için bkz. Boyacıoğlu s.55 vd.

<sup>638</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar s.203, Cumhuriyet Boyacıoğlu, **Ticaret Unvanı**, Nobel Yayın, Ankara, 2006 s.5.

<sup>639</sup> Boyacıoğlu s.6, Helvacı (Ülgen) s.309. Boyacıoğlu'na göre ticaret unvanının ticari işletme ile olan bağlantısı nedeniyle ticaret unvanını yalnızca tacirin şahsının değil, aynı zamanda ticari işletmenin de ayrılcı unsuru olduğunu kabul etmek gerekecektir.

için ise kanun ticaret unvanının belirlenmesi konusunda detaylı kurallar getirmektedir<sup>640</sup>.

TTK m.49 f.1, ticaret unvanının belirli koşullarda devredilebileceğini belirtirken ticaret unvanı kural olarak devredilebilir nitelikte bir malvarlığı unsuru olduğunu teyit etmektedir. Ticaret unvanının henüz sicile tescil edilmemiş olması da devre engel teşkil etmeyecektir<sup>641</sup>.

TTK m.49 f.1 ticaret unvanının devrinin mümkün olduğunu belirtmekle beraber, ticaret unvanının tüketiciler nezdindeki önemi sebebiyle işletmeden ayrı olarak devrini yasaklamıştır; zira bir ticaret unvanının tek başına devredilmesi o bir ticari işletme faaliyeti sonucunda değer kazanan ticaret unvanının başka bir ticari işletme tarafından kullanılmasına sebep olacak ve bu şekilde devralan ticari işletmeye haksız bir güven oluşturacaktır<sup>642</sup>.

#### **b) Ticari İşletme Yoluyla Ticaret Unvanının Devri**

TTK m.11 f.3 uyarınca bir ticari işletmenin devri sözleşmesi aksi belirtilmedikçe ticaret unvanının devrini de içermektedir. Bu maddeden anlaşılabilceği üzere tarafların ticaret unvanını ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamı dışında tutabilirler. Ancak taraflar sözleşmede ticaret unvanını kapsam dışında bırakmadıkları takdirde ise ticari işletme devri sözleşmesinin ticaret unvanının devrini de içerecek ve sözleşmenin ticaret siciline devri ile beraber ticaret unvanı işletmeyi devralana geçecektir.

Ticaret unvanının tek başına devrini yasaklayan TTK m.49 f.1 hükmü sebebiyle devredilen malvarlığı unsurlarının bir ticari işletme teşkil etmemesi veya diğer bir ifade ile TTK m.11’de belirtilen bütünlük ilkesine uyulmaması halinde ticaret unvanının devri de gerçekleşmemiş olacaktır. Bütünlük ilkesine aykırı bir devirde, devir kapsamında ticaret unvanı açıkça gösterilmiş olsa dahi taraflar arasındaki sözleşme TTK m.49 f.1’e aykırılık sebebiyle kesin hükümümüz olacaktır.

<sup>640</sup> Ticaret unvanının seçilmesinde dikkate alınacak esaslara ilişkin kapsamlı açıklama için bkz.Arkan s.256 vd., Karahan s.150 vd., Poroy/Yasaman s.395 vd.

<sup>641</sup> Boyacıoğlu s.93.

<sup>642</sup> Arkan s.265 Dipnot s.2.

Belirtmek gerekir ki, ticaret unvanının devri ticaret unvanına hakim olan dar anlamda gerçeklik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir<sup>643</sup>. Ancak gerçeklik ilkesine getirilen bu istisna kanun tarafından getirildiği için ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devredilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Ticari işletme devri yoluyla ticaret unvanını devralan kişinin bu unvanı aynen kullanıp kullanamayacağı sorusu ortaya çıkmaktaydı. Ticaret Sicil Tüzüğü m.83 “Bir işletmenin bir hakiki şahıs tarafından diğer bir hakiki şahsa unvanı ile beraber devri halinde, o işletme ve unvana ait kayıtlardan yalnız devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanlar değiştirilir” ifadesine yer vermektedir. Ticaret Sicil Tüzüğü m.83’ten hareket eden Helvacı’ya göre ticari işletmenin devri kapsamında ticaret unvanının devralınması halinde ticaret unvanı aynen kullanılamayacaktır. Yazara göre ya devre ilişkin hususların unvana eklenmesi ya da devralanın tamamen yeni bir unvan altında faaliyete devam etmesi gerekecekti<sup>644</sup>. Helvacı’ya göre ticaret unvanını devreden kişi de bu unvanı aynen kullanamayacak ve ayırt ediciliği sağlamak için ek kullanmak veya kullandığı eki değiştirmek zorunda kalacaktı<sup>645</sup>.

Diğer yandan Nomer Ertan ve Boyacıoğlu ise ETTK sisteminde ticari işletmenin devredilmesi halinde unvanın değiştirilmesine gerek olmadığını ve devralanın bu unvanı aynen kullanabileceğini belirtmektedirler<sup>646</sup>. Nomer Ertan’a göre Adliye Encümeni Mazbatasında ticari işletme devri yoluyla ticaret unvanını devralan kişinin bu unvanı kullanabileceğinin açıkça belirtilmesi karşısında artık unvanın kullanılmasında bir engel bulunmayacağı açıktır<sup>647</sup>.

ETTK döneminde Ticaret Sicil Tüzüğü ile birlikte ortaya çıkan bu tartışma ise TTK ile çözülmüştür. TTK m.49 f.2 uyarınca ise ticari işletme devri vasıtasıyla ticaret unvanını devralan bu unvanı aynen kullanabilecektir<sup>648</sup>. Ancak bu kuralın da bir sınırı olduğu belirtilmektedir. TTK m.46 f.3 “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve

<sup>643</sup> Dar anlamda gerçeklik ilkesi, ticaret unvanının taciri göstermesi gerekliliği olarak tanımlanmaktadır. Ticaret unvanının devredilmesi halinde ise artık unvan artık yeni sahibini tanımlayıcı nitelikte olmayacaktır. Bkz. Boyacıoğlu s.89.

<sup>644</sup> Helvacı (Ülgen) s.330.

<sup>645</sup> Helvacı (Ülgen) s.330.

<sup>646</sup> Füsün Nomer Ertan, **Ticaret Unvanı-İşletme Adı**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012 s.81, Boyacıoğlu s.95..

<sup>647</sup> Nomer Ertan s.81.

<sup>648</sup> İsviçre Hukuku bakımından ise farklı sonucun kabul edildiği belirtilmektedir. İsviçre sisteminde bir işletme devredildiği takdirde unvanın kullanılması için unvanın devir işlemini yansıtabilecek şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Bkz. Karahan s.149.

“Milli” kelimelerinin ticaret unvanında kullanılabilmesi için Bakanlar Kurulu kararı gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu kuralın kamu menfaatlerine ilişkin olduğu dikkate alındığında bu ifadeleri içeren bir unvanın devredilmesi halinde devralanın ticaret unvanını kullanabilmesi için yine Bakanlar Kurulu’ndan karar alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>649</sup>.

Ayrıca yine bunun dışında bir gerçek kişinin bir ticaret şirketine ait unvanı devralması halinde de unvanda devreden şirketin türüne ilişkin ifadelerin (anonim şirket, limited şirket) çıkartılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>650</sup>. Aksi halde bir gerçek kişi, bir ticaret şirketinin unvanı altında kendi adı ve hesabına işlem yapma imkanına kavuşacaktır ki, bu durum üçüncü kişileri yanıltıcı sonuçları sebebiyle kabul edilmemelidir.

Ticaret unvanının devri sonrasında unvanı devreden kişinin aynı unvanı kullanma imkanı bulunmamaktadır. İşletmeyi devreden bu durumda yeni bir ticaret unvanı seçerek o unvanı kullanmak zorundadır. Bunun için devreden farklı bir ek olarak ticaret unvanını değiştirmesi gerekmektedir<sup>651</sup>.

Ticaret unvanının değiştirilmesi zorunluluğu ticaret şirketlerinde devre karar verecek organın değişmesine sebep olabilir. Ticari işletme devrinde ticaret unvanı kapsam dışı bırakılmadığı takdirde işletmenin devri unvanın değiştirilmesini de gerektireceğinden ticari işletme devri kararının genel kurul tarafından alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>652</sup>.

#### **4. İşletme Değeri**

##### **a) İşletme Değeri Kavramı**

TTK m.11 f.3 madde metninde açıkça belirtildiği üzere, işletme devir sözleşmesinde aksi belirtilmediği müddetçe devir kapsamında işletme değeri de yer almaktadır<sup>653</sup>. İşletme değeri işletmenin teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan bir değer olarak anlaşılmaktadır<sup>654</sup>. Doktrinde yer alan bir görüş ise,

<sup>649</sup> Boyacıoğlu s.96.

<sup>650</sup> Boyacıoğlu s.97.

<sup>651</sup> Akçaal s.116, Arkan s.265, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.205, Boyacıoğlu s.94,.

<sup>652</sup> Arıcı s.109.

<sup>653</sup> İşletme değeri yerine peştamaliye veya good-will kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Gerekçe m.11 f.3. Yargıtay ise uygulamada “hava parası” olarak tanımlanan kavramın işletme değerini ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. 11. HD. 25.11.1976 E.1976/4568 K.1976/5124.

<sup>654</sup> Gerekçe m.11 f.3.



ticari itibarı bir ticari işletmenin mevcut ve muhtemel müşteri çevresi ile ilişkileri ve bulunduğu piyasadaki pozisyonu olarak tanımlamaktadır<sup>655</sup>.

İşletme değerini oluşturan birden çok faktör bulunmaktadır. Örneğin işletmenin bulunduğu yer, işletmenin verimli bir organizasyona sahip olması ve işletmenin ürünlerinin kalitesi işletme değerini artıran etmenlerdir<sup>656</sup>.

Taraflar devir kapsamı dışında bırakmadıkları takdirde işletme değeri de devir kapsamına dahildir. Bu nedenle devreden, işletme değerinin korunması için devir anına kadar bazı tedbirler almakla yükümlüdür. Örneğin devreden işletmenin faaliyetlerine devam ederek olağan tanıtımını yapmalı, müşteriler ile olağan işlemleri sürdürmeli ve mal stoklarını yenilemelidir<sup>657</sup>.

#### **b) Müşteri Çevresinin İşletmeye Değerine Dahil Olup Olmadığı Sorunu**

İşletme değerini oluşturan unsurlardan bir tanesi de işletmenin müşteri çevresidir<sup>658</sup>. Müşteri çevresi, hizmet veya mal tedarik etmek suretiyle devamlı olarak işletme ile ilişkide bulunan kişiler olarak tanımlanmaktadır<sup>659</sup>.

Müşteri çevresinin bir hukuki işlem ile devredilememesi ise müşteri çevresinin ticari işletmenin devri kapsamına dahil olup olmadığı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de taraflar bir taşınmazı veya bir fikri mülkiyet hakkını devrettikleri gibi bir müşteri çevresini tek bir hukuki işlem ile devretme imkanına sahip değildirler. Müşterilerin diledikleri kişiler ile sözleşme yapma özgürlükleri, müşteri çevresinin bir devir sözleşmesinin konusu olmasına engeldir. Bu nedenle doktrinde müşteri çevresinin devrinin işletme değerinin devri borcu kapsamında olmadığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır<sup>660</sup>.

Diğer taraftan Acemoğlu ticari işletme devrinin ticari işletme devri için temel nitelikte olduğunu ve ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının nihayetinde söz

<sup>655</sup> Arıcı s.122.

<sup>656</sup> Arkan s.32.

<sup>657</sup> Akçaal s.108.

<sup>658</sup> Gerekçe m.11 f.3. Aksi görüşte Akçaal s.107.

<sup>659</sup> Bkz. Ergun Özsunay, **Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1962 s.6.

<sup>660</sup> Akçaal s.107. Aynı görüşte Arıcı s.122. Ne var ki, yazar ticari işletme devir sözleşmesinin konusunu açıklarken tarafların iradesinin müşteri çevresinin devredilmesine ilişkin olduğunu belirtmektedir. Arıcı s.82.

konusu müşteri çevresini bir arada tutmaya yönelik olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre ticari işletme devrinin müşteri çevresini de içermesi gerekmektedir<sup>661</sup>.

Kanaatimizce Acemoğlu'nun görüşü daha isabetlidir. Müşteri çevresinin işletme ile devredilmeyeceği yönündeki eleştiriler, müşteri çevresinin devre elverişli olmamasından hareket etmektedir. Müşteri çevresinin dar anlamda bir devir işleminin konusunu oluşturmaya elverişli olmaması, ticari işletmeyi devreden devralacak kişinin müşteri çevresinden yararlanmasını hedef tutan borçlar üstlenmesine engel değildir. Taraflar, bir ticari işletme devri öncesinde o işletme ile ilişkide bulunan müşterilerin devirden sonra da bu işletme ile işlem yapmalarını sağlayacak, müşterileri buna teşvik edecek işlem ve fiilleri taahhüt edebilirler. Örneğin ticari işletmeyi devreden belirli bir süre aynı alanda faaliyet göstermemesi<sup>662</sup>, devir hususunun müşterilere bildirilmesi, devralan ile müşteri bilgilerinin paylaşılması veya devreden müşteri çevresini koruyacak eylem ve işlemleri gerçekleştirme borcu üstlenmesi mümkündür. Bu nedenle kanaatimizce müşteri çevresi klasik bir devir borcunun konusu olamaz ise de taraflara bazı yapma veya yapmama borçları içeren bir hukuki işlemin konusu olmasına engel yoktur.

Diğer taraftan ticari işletme devrine müşteri çevresinin dahil olmadığı gibi bir sonuca varılması halinde doktrinde görüş birliği ile kabul edilen rekabet etme yasağının da temelsiz kalması söz konusu olacaktır. Gerçekten devreden müşteri çevresini devretmek gibi borcu olmadığı varsayımında, neden ticari işletme devri sözleşmesi ile rekabet etmeme borcu altına girdiğini de açıklamak mümkün olmayacaktır<sup>663</sup>.

Bu gerekçeler dikkate alındığında kanaatimizce müşteri çevresinin devrini işletme devrinin değeri devri için gerekli unsurlardan bir tanesi olarak görmek gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere müşteri çevresinin tek bir işlem ile devri mümkün değildir. Bu nedenle de müşteri çevresinin devri için devreden bir rekabet yasağı ortaya çıkmaktadır.

### c) Rekabet Yasağı

<sup>661</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.85.

<sup>662</sup> Nitekim ticari işletme devri sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmamış olsa bile dürüstlük kuralı gereği tarafların böyle bir rekabet etmeme borcu altında olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Arıcı s.82, Akçaal s.158, Arkan s.44, Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.85.

<sup>663</sup> Öte yandan belirtmek gerekir ki, müşteri çevresinin ticari itibarın bir parçası olmadığını ve devrinin mümkün olmadığını belirten yazarlar devreden rekabet etmeme borcununun varlığını kabul etmektedirler. Bkz. Akçaal s.158, Arıcı s.82.

Doktrinde baskın şekilde, ticari işletme devri halinde devreden rekabet etmeme borcu altında olduğu kabul edilmektedir<sup>664</sup>. Üstelik tarafların sözleşmede rekabet etme yasağını açıkça belirtmemiş olması da bu sonucu değiştirmeyecektir<sup>665</sup>. Ne var ki, tarafların işletme değerini veya işletme değerinin bir bileşeni olan müşteri çevresini devir kapsamı dışında bırakmaları halinde artık devreden böyle bir rekabet etmeme borcu altında bulunmayacaktır<sup>666</sup>.

Taraflar rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamını sözleşme ile belirleyebilirler<sup>667</sup>. Taraflar dilerlerse rekabet etmeme yasağına belirli bir coğrafi kapsam belirleyebilecekleri gibi bir süre sınırlaması da getirebilirler<sup>668</sup>. Ancak tarafların süre sınırlaması getirmeleri halinde söz konusu hükmün MK m.23'de belirtilen kişilik haklarına aykırı olmaması özellikle önem taşır; zira uzun süre iktisadi faaliyette bulunmama taahhüdü girişim özgürlüğünün sınırladığı için kişilik haklarını ihlal etmiş sayılacaktır<sup>669</sup>.

Taraflar sözleşmede rekabet yasağının kapsamını belirlememiş iseler o takdirde kapsamın tespit edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Taraflar herhangi bir düzenleme getiremedikleri takdirde rekabet yasağı konu bakımından devreden müşterileri çekebilecek bir başka ticari işletmeyi kendi adına yürütmesini yasakladığı gibi rakip işletmeyi ortak olarak veya temsilci (organ temsilcisi veya ticari temsilci) olarak işletmesini de kapsar<sup>670</sup>.

<sup>664</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.85, Akçaal s.158, Arkan s.44, Arıcı s.82. Rekabet etmeme yükümünün asli edim mi yan edim mi olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Arıcı s.83. Arıcı, rekabet etme yasağının ticari işletme devrinin karşılıklı ilişkisi içinde yer aldığı bu nedenle de yan-edim asli edim ayrımının pratik bir önemi bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Bkz. Arıcı s.83.

<sup>665</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.85, Arıcı s.82, Akçaal s.158, Arkan s.44. Arıcı uygulamada çoğunlukla tarafların ticari işletme devir sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşme yoluyla devralanın rekabet etmeme borcunu açık şekilde düzenlediklerini belirtmektedir. Bkz. Arıcı s.82. Acemoğlu da rekabet yasağı konusunda sözleşmede bir hüküm bulunmasının hukuki belirsizliği kaldıracağını ekledikten sonra tarafların bu konuda bir cezai şart da öngörebileceklerini belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.86.

<sup>666</sup> Arıcı s.82. Boyacıoğlu ise ticaret unvanının devir kapsamında olması halinde de bir rekabet yasağının bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. Boyacıoğlu s.98 vd. Ne var ki, kanaatimizce taraflar işletme değerinin açıkça devir kapsamı dışında bıraktıklarında ticaret unvanının devredileceğini kararlaştırmış olsalar dahi artık müşteri çevresinin devrini hedeflemedikleri ve dolayısıyla rekabet yasağı bulunmadığı sonucuna varmak yerinde olacaktır.

<sup>667</sup> Akçaal s.158.

<sup>668</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.87.

<sup>669</sup> Akçaal s.158.

<sup>670</sup> Arıcı s.84. Acemoğlu ise devreden müşteriler ile temas halinde olacağı herhangi bir görev üstlenmesinin rekabet yasağını ihlal edeceğini belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.87.

Rekabet yasağının süre bakımından sınırlarının da tespit edilmesi gerekmektedir. Doktrinde belirtildiği üzere bu durumda borcun kapsamı dürüstlük kuralı uyarınca amaca yönelik olarak tespit edilcektir<sup>671</sup>. Bu bağlamda işletmenin ne kadar süredir faaliyet gösterdiği, işletmenin konusu, ticaret hacmi veya müşteri çevresinin özellikleri gibi unsurlar dikkate alınabilir<sup>672</sup>. Doktrinde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak iki veya üç yıllık bir rekabet yasağının kabul edilebileceği; ancak sürenin beş yılı geçmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>673</sup>.

Son olarak hatırlatmak isteriz ki, taraflar dilerlerse rekabet etmeme borcunu kaldırabilirler<sup>674</sup>. Taraflar bu amaçla ayrı bir sözleşme yapabilecekleri gibi işletme değerini veya müşteri çevresini kapsam dışı bırakarak dolaylı olarak da rekabet etmeme borcunu kaldırabilirler.

## 5. Anonim Şirket Paylarının Geçişi

### a) Anonim Şirket Paylarının Ticari İşletmeye Dahil Olması Sorunu

İsviçre’de malvarlığı devri yoluyla diğer malvarlığı unsurları gibi anonim şirket paylarının da devredilebileceği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır<sup>675</sup>. Ne var ki, Türk Hukuku bakımından ticari işletme devri yoluyla anonim ortaklık paylarının mümkün olup olmadığı aynı derecede açık değildir. İsviçre Hukuku’ndan farklı olarak Türk Hukuku’nda devredilecek malvarlığı unsurlarının bir ticari işletmeye dahil olması şartı aranmaktadır. Diğer bir ifade ile İsviçre’den farklı olarak, Türk Hukuku’nda ticari işletmeye dahil olmayan bir malvarlığı unsuru ticari işletme devri yoluyla devredilememektedir<sup>676</sup>.

O zaman bu noktada öncelikle payların bir ticari işletmeye dahil olup olmayacağı sorununu ele almak gerekmektedir. Her ne kadar anonim şirket payı önemli bir ekonomik değere sahip olsa da kendisi bir üretim aracı niteliğinde olmayıp üretim araçları üzerinde hakimiyet sağlayan bir araç niteliğindedir. Bu nedenle de hizmet veya mal üreten bir ticari işletmede çoğunlukla pay senetlerinin

<sup>671</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.87.

<sup>672</sup> Arıcı s.84.

<sup>673</sup> Arıcı s.84.

<sup>674</sup> Akçaal s.158.

<sup>675</sup> Turin s.112, Phillipin, **Transfert de Patrimoine** s.87.

<sup>676</sup> Belirtmek gerekir ki, bir başka kısmi külli halefiyet örneği olan bölünme bakımından iştirak haklarının devredilebileceği kabul edilmektedir. Çebi s.226.

bir işlevi bulunmayacaktır. Bunun sonucunda ise bir anonim şirketinin ortaklık haklarının bir ticari işletmeye dahil olması olağan bir durum niteliğinde değildir.

Bu noktada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2005 tarihli kararı önem taşımaktadır. Yargıtay, bir ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının tespit edilmesinde bu ticari işletmenin ve ticari işletmeyi işleten ticaret şirketinin faaliyet konusunun dikkate alınması gerektiğini bir ilke olarak belirttikten sonra *“bir yatırım ortaklığının malvarlığının tespit edilmesinde ticari işletmelerinin yatırım konusunu teşkil edebilecek her türlü mal ve ticari emtiayı kapsayacağına kuşku bulunmamaktadır”* sonucuna varmıştır. Bu nedenle de yatırım ortaklığına ait taşınmazların devredilmesi işlemini ticari işletmenin bir kısmının devredilmesi olarak değerlendirmiştir<sup>677</sup>. Yargıtay'ın bu kararı ışığında, bir yatırım şirketinin her türlü malvarlığı unsuru ticari işletmesinin doğal parçasını oluşturacak, diğer bir ifade ile ticari işletmeye dahil sayılacaktır. Bu durumda ise bir anonim şirketin paylarının da bir yatırım ortaklığının ticari işletmesine dahil olabileceği sonucuna varmak mümkün olacaktır; zira bir anonim şirketin paylarının yatırım konusu olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Netice itibariyle bir ticari işletmeye özgülenmiş pay bulunması, her ticari işletme bakımından mutad bir durum olmadığından ticari işletmenin devrinde anonim şirket paylarının devri de sıklıkla karşılaşılabilecek bir durum olmayacaktır. Her ne kadar mutad bir durum olmasa da istisnai olarak bir ticari işletmeye, özellikle bir yatırım şirketine ait bir işletmeye dahil payların bulunması halinde ise bu payların da kısmi külli halefiyet esasları uyarınca devredilmesine bir engel bulunmamaktadır.

TTK m.484 uyarınca anonim şirketin payları hamiline veya nama yazılı olarak çıkartılabilir. Ayrıca ortaklık haklarının devredilmesi için senede bağlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle de doktrinde *“çıplak pay”* olarak tanımlanan senede bağlanmamış payların da devredilmesi mümkündür<sup>678</sup>.

<sup>677</sup> Yargıtay HGK T. 2.2.2005, E. 2004/15-666, K. 2005/1.

<sup>678</sup> Savaş Bozbel, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler (25-26 Haziran 2010 Türk Alman Uluslararası Sempozyumu), İMKB Yayınları, İstanbul, 2011 s.200, Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004 s.253. TTK m.489, pay senetlerinin değil payların *“nama yazılı”* veya *“hamiline yazılı”* olarak düzenlenebileceğinden bahsetmektedir. Bu nedenle çıplak paylar da *“hamiline”* veya *“nama”* yazılı olarak ayrılabilir. Ancak, paylar senede bağlanmadığı takdirde devir bakımından payın hamiline mi yoksa nama mı yazılı olduğu bir fark yaratmadığından, çıplak paylar için böyle bir ayırım yapmaya gerek görülmemiş ve bu başlık altında

## b) Anonim Şirket Paylarının Devredilmesine Dair Genel Açıklamalar

TTK m.489 uyarınca hamiline yazılı pay senetlerinin devri için zilyetliğin devri yeterlidir. TTK teslim yerine daha geniş bir ifade olarak zilyetliğin devri ifadesini kullandığı için teslim dışında zilyetliğin devrini sağlayan diğer yollardan da hamiline yazılı payların devredilmesi mümkündür<sup>679</sup>.

Ticari işletmeye dahil hamiline yazılı pay senedinin bulunması halinde, ticari işletme devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte diğer malvarlığı unsurlarında olduğu gibi hamiline yazılı pay senetlerinin mülkiyeti de devredilmiş olacaktır. Senetlerin fiilen teslimi mülkiyetin geçirilmesi için şart değildir. Ne var ki, hamiline yazılı pay senetlerinden doğan hakların kullanılabilmesi için pay sahibinin bu senetlerin zilyetliğine sahip olduğunu ispat edebilmesi gerekeceğinden<sup>680</sup> senetlerin teslim edilmesi veya başka bir şekilde bu senetler üzerinde zilyetliğin tesis edilmesi gerekecektir. Aksi takdirde, ticari işletme devri yoluyla pay senetlerinin mülkiyeti kazanılsa dahi ortaklık haklarının kullanılması mümkün olmayacaktır.

Nama yazılı pay senetleri ise TTK m.490 f.2 uyarınca senet üzerine yapılacak ciro<sup>681</sup> ve senet zilyetliğinin senedi devralan geçirilmesi ile devredilir. Anonim şirket payının senede bağlanmamış olduğu hallerde<sup>682</sup>, devrin nasıl yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmasa da doktrinde bu durumda çıplak payın yazılı devir beyanı ile devredileceği kabul edilmektedir<sup>683</sup>.

---

anonim şirket payları “nama yazılı pay senetleri” “hamiline yazılı pay senetleri” ve “çıplak paylar” olarak değerlendirilmiştir.

<sup>679</sup> ETTK döneminde aynı sonuç kabul edilmekteydi. Bkz. Sevi s.124.

<sup>680</sup> Örneğin TTK m.415 f.3 “Hamiline yazılı pay senedi sahipleri, genel kurulun toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı alırlar ve bu kartları ibraz ederek genel kurul toplantısına katılabilirler” diyerek genel kurula katılmak için zilyetliğin ispat edilmesi şartını aramaktadır.

<sup>681</sup> Anonim şirket paylarının devrinde ciro yerine yazılı bir devir beyanının da yapılabileceği ve devir beyanının ayrı bir kağıtta da yapılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Necdet Uzel, **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013 s.35.

<sup>682</sup> Bu noktada bir hususa dikkat çekmek isteriz ki, borsada işlem gören kaydi değerlendirilmiş payların bu açıdan özel bir konumu bulunmaktadır. Bu senetler her ne kadar senede bağlanmamış olsalar da bu payların devri özel bir rejime tabi olduğundan çıplak payların devrinden ayrılmaktadırlar. Kaydi değerlendirilmiş paylar pay sahibi tarafından verilen talimat sonucunda Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından alacağın temliki hükümlerine tabi olacak şekilde devredilmektedir. Borsaya kote edilip kaydileştirilmiş payların devri bakımından kapsamlı açıklama için bkz. Uzel s.40 vd. Söz konusu özel devir sistemi yüzünden bu payları devir bakımından çıplak paylar arasında değerlendirmeyi uygun görmedik.

<sup>683</sup> Sevi s.253, Bozbel s.200, Uzel s.36. Bozbel çıplak payın devrinin düzenlenmemesinin TTK bakımından bir eksiklik olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bozbel s.200.

Ne var ki, payların mülkiyeti devredilmiş olmasına rağmen nama yazılı pay senetleri ile senede bağlanmamış paylardan doğan ortaklık haklarının ileri sürülebilmesi için devralanın şirketin pay defterine yazılması gerekmektedir (TTK m.499 f.4). Pay defterine yazılana kadar devralan, ortaklık haklarını ve varsa bunları temsil eden pay senetlerinin devralmış olsa da bu hakları şirkete karşı ileri süremeyecektir. Bu açıdan nama yazılı pay senetlerinin devri ile çıplak payların devrinin iki aşamalı olarak gerçekleştiği söylenebilir. İlk aşamada payların devredilmesi söz konusu olmakta ikinci aşamada ise pay defterine kayıt ile payları devralan ortaklık haklarını şirkete karşı ileri sürme imkanına kavuşmaktadır<sup>684</sup>.

Ticari işletmenin devri işlemi, ticari işletmeye dahil olan nama yazılı pay senetleri ile senede bağlanmamış payların da devredilmesi bakımından yukarıda belirtilen ilk aşamanın gerçekleşmesini yani payların devrini sağlayacaktır. Kural olarak söz konusu devir işlemleri için payları devredilen şirketin onayı aranmadığı için (TTK m.490 f.1) devir işleminin tamamlanması ile payların mülkiyeti doğrudan devralana geçmiş olacaktır. Bu durumda ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte ilgili payların mülkiyeti ticari işletmeyi devredenden devralana geçmiş olacaktır. Daha sonra devralanın pay sahibi olarak pay defterine yazılması yalnızca ortaklık haklarının kullanılması açısından önem taşımaktadır.

Devredilen payın nama yazılı pay senedine bağlanmış olması halinde devirden sonra senetlerin devralana teslim edilmesi gereklidir. Ancak söz konusu teslim işlemi mülkiyetin geçmesi için zorunlu değildir; çünkü TTK m.11 f.3 uyarınca malvarlığı unsurlarının devri için ticari işletmenin devri yeterli görülmüş ve her malvarlığı unsurunun devrinin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi şartı bu şekilde bertaraf edilmiştir.

### **c) Payları Devralanın Pay Sahipliğini İspat Etmesi Sorunu**

Ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte ister senede bağlansın isterse bağlanmamış olsun gerek hamiline yazılı gerekse nama yazılı payların devri gerçekleşmiş olacaktır. Ne var ki, paydan doğan hakların şirkete karşı ileri sürülebilmesi için devralanın payların sahibi olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Hamiline yazılı paylarda yalnızca zilyetliğin ispatı yeterliyken nama yazılı paylarda ister senet çıkartılmış olsun isterse senede bağlanmamış çıplak pay

<sup>684</sup> Bozbel s.200. Bağlı nama yazılı payların devrinde mülkiyetin geçişi de şirketin onayı ile gerçekleştiğinden bağlı payların geçişinde bu iki aşamayı birbirinden ayırt etmek daha zor hale gelmektedir. Bkz. Uzel s.52.

bulunsun devralanın pay defterine kaydedilmesi zorunluluğu devam etmektedir. Diğer bir ifade ile TTK m.11 f.3 uyarınca payların devralınması pay sahipliği haklarının kullanılması için pay sahipliğinin ispatı şartını kaldırmamaktadır.

TTK m.499 f.2 uyarınca pay defterine kayıt için senedin usulüne uygun olarak devralındığının ispat edilmesi gerekmektedir<sup>685</sup>. Burada şirket<sup>686</sup>, devre yönelik sınırlı bir inceleme yapacak ve devrin yalnızca şeklen gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirecektir<sup>687</sup>. Bu incelemenin yapılabilmesi için payları devralan kişinin devri ispat edecek bilgi ve belgeleri şirkete ibraz etmesi gerekmektedir<sup>688</sup>.

Ticari işletmenin devri ile birlikte payların devralındığını ispat etmek ise bazı zorluklar içermektedir. Öncelikle kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca ticari işletmeyi devralan tescil ile birlikte senedi iktisap etmiş olacaktır. Bu durumda senet üzerindeki ciro zinciri/temlik zinciri gerçek durumu yansıtmayacaktır. Bu durumda gerçek hak sahibinin maddi hukuk uyarınca hak sahibi olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Ne var ki, yukarıda da açıklandığı üzere ticari işletme devrinde bir envanter vasıtasıyla hangi unsurların devir kapsamında olduğunun belirtilmesi zorunlu olmadığı için payları devralan kişinin bu durumu nasıl ispat edeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce burada iki çözüm yolu bulunmaktadır. İlk olarak devirden sonra pay senetleri üzerindeki ciro zincirinin düzeltilmesi ve senetlerin devralana teslim edilmesi ile hukuki görünüş gerçek hukuki duruma uygun hale getirilmesi mümkündür. Bu durumda ciro zincirini düzeltecek devreden artık hak sahipliğini kaybetmiş olsa da mülkiyeti kazanan hesabına hareket ettiğinden ciro zincirinin düzeltilmesine imkan tanınması yerinde olacaktır. Bunun dışında her ne kadar TTK veya Ticaret Sicili Yönetmeliği hükümleri uyarınca zorunlu tutulmamış olsa da taraflar devrin kapsamında bulunan malvarlığı unsurlarını sözleşmede açıkça belirtmiş olabilirler. Böyle bir durumda ticari işletme devri vasıtasıyla pay senetlerini devralan, ticaret siciline tescil edilen sözleşmeyi payları devredilen şirkete ibraz

<sup>685</sup> Payları devredilen şirketin yönetim kurulunun kendiliğinden bu kaydı yapmasının mümkün olmadığı ve devralanın mutlaka kayıt için bildirimde bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Sevi s.175, Uzel s.85.

<sup>686</sup> TTK m.375 uyarınca pay defterinin tutulması yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer aldığı için burada şirket adına hareket edecek olan zorunlu olarak yönetim kurulu olacaktır.

<sup>687</sup> Narbay s.253, Sevi s.176. Yönetim kurulunun bunun ötesinde devir işleminin geçerli olup olmadığını araştırma yapmaksızın şeklen pay senetlerini iktisap etmiş kişiyi pay defterine kaydetmesi gerektiği belirtilmektedir. Sevi s.178.

<sup>688</sup> Narbay s.253, Sevi s.177, Uzel s.86..



ederek payları devraldığını ispat edebilmelidir; zira TTK m. 499 f.2 payların devralındığının ispatı yöntemi bakımından herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu nedenle de sözleşmede devrin kapsamı belirtildiği takdirde ticaret siciline tescil edilmiş devir sözleşmesinin ispatı için yeterli olduğunu düşünmekteyiz<sup>689</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu durumda devredilen pay senetlerinin veya senet yoksa payın karışıklığa imkan vermeyecek şekilde açıkça belirtilmesi gerekecektir<sup>690</sup>.

#### d) Ticari İşletme Devrinin Bağlı Nama Yazılı Payların Devrine Etkisi

Kural olarak ortaklık haklarının veya pay senetlerinin devri için şirketin onayı gerekmeseyse de bazı hallerde şirketin paylarının<sup>691</sup> devri şirketin onayına tâbi kılınabilir. Doktrinde şirketin paylarının veya ortaklık haklarının sınırlanması “bağlam” olarak tanımlanmaktadır<sup>692</sup>. Bağlam, hukuki kaynağına göre “kanuni bağlam” veya “esas sözleşmesel bağlam” olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>693</sup>. Bağlam bulunması halinde payların devri için pay sahibi ile devralan arasında devir yapılması yeterli olmayıp, şirketin de devre onay vermesi gerekmektedir<sup>694</sup>. Şirket adına devre onayı şirketin yönetim kurulu verecektir<sup>695</sup>; ancak bu yetkinin esas sözleşme ile genel kurula devredilebileceği kabul edilmektedir<sup>696</sup>. Şirketin devre onay vermesi için devir işleminden sonra şirkete başvuruda bulunulması gerekmektedir. Şirkete

<sup>689</sup> Burada ticaret siciline yapılan tescile dayanarak pay defterine kayıt yapılması, sicile tescilin üçüncü kişilere etkisi meselesinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Ticaret sicilinin üçüncü kişilere karşı etkisi yalnızca ticaret siciline tescil edilmesi zorunlu hususlar bakımından söz konusudur. Ne var ki, ticari işletme kapsamında bulunan unsurların tescili zorunlu olmadığından burada sicilin üçüncü kişilere karşı etkisi söz konusu değildir. Bizim belirttiğimiz husus, TTK'nın payların devralınması konusunda herhangi bir ispat şekli zorunluluğu getirmemesi bakımından ticaret siciline yapılan tescilden yararlanılarak devrin ispat edilmesinden ibarettir.

<sup>690</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.779, Turin s.149.

<sup>691</sup> Belirtmek gerekir ki, pay devri bakımından getirilen bu sınırlama yalnızca nama yazılı pay senetleri ile senede bağlanmamış paylar için söz konusudur. Hamiline yazılı pay senetlerinin devri bakımından herhangi bir sınırlama getirilmesi mümkün değildir. Bkz. Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıklarda Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 s.5.

<sup>692</sup> Tekinalp, **Bağlam** s.3, Narbay s.286, Sıtkı Anlam Altay, **Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 s.563, Sevi s.183.

<sup>693</sup> Tekinalp, **Bağlam** s.4. Narbay ise bu iki türe ilaveten bir de akdi bağlam kavramını kullanmaktadır. Bkz. Narbay s.291.

<sup>694</sup> Bağlı payların devri konusunda kapsamlı inceleme için bkz. Uzel.

<sup>695</sup> Tekinalp, **Bağlam** s.21, Uzel s.57, Altay s.573.

<sup>696</sup> Tekinalp, **Bağlam** s.22, Altay s.574. Ancak Altay'a göre genel kurulun ağır işleyişi dikkate alındığında böyle bir düzenleme anonim şirket için tercih edilmemesi gereken bir düzenlemedir. Bkz. Altay s.574. Uzel de yetkinin genel kurula bırakılabileceğini, hatta yönetim kurulundan alınan kararın genel kurulun onayına sunulmasının mümkün olduğunu da belirtmektedir. Uzel s.57. ETTK döneminde bu yetkinin devredilmez nitelikte olduğu yönünde bkz. Narbay s.96.

başvuruyu devreden mi yoksa devralanın mı yapacağı konusunda bir tartışma bulunmaktadır<sup>697</sup>.

Şirket esas sözleşmesinde bağlam bulunması halinde dahi bir ticari işletme kapsamında bulunan nama yazılı pay senetlerinin veya senede bağlanmamış çıplak payların ticari işletmenin devri kapsamında devredilmesi mümkündür. Ne var ki, ticari işletme devrindeki kısmi külli halefiyet, bağlı nama yazılı payların geçişi konusunda payları devredilen şirketin yönetim kurulunun onayı şartını ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumda ticari işletme devri tek başına payların devri için yeterli olmayacaktır. Payların mülkiyetinin geçmesi için yönetim kurulunun onayı aranmaya devam edilecektir<sup>698</sup>.

TTK, payları ticari işletme devri yoluyla devredilen bir anonim şirketin yönetim kurulunun bu devre onay vermektan hangi hallerde kaçınabileceğini de belirtmektedir. TTK m.493'ya göre yönetim kurulunun bağlı nama yazılı payların devrine genel olarak iki halde onay vermektan kaçınabilecektir. Bu hallerden ilki esas sözleşmede yer alan ve kanunun önemli sebep olarak kabul ettiğı bir sebebe dayanarak şirketin devre onay vermektan kaçınmasıdır ("önemli sebep nedeniyle kaçınma"). Yönetim kurulunun devre onay vermektan kaçınabilmesinin diğere yolu ise şirketin söz konusu payları kendisi, diğere pay sahipleri veya üçüncü kişiler lehine gerçek değere ile satın almayı teklif etmesidir ("kurtulma kaydı yoluyla kaçınma")<sup>699</sup>.

TTK m.493 iradi devir halinde yönetim kurulunun gerek önemli sebep nedeniyle gerekse kurtulma kaydı yoluyla devre onay vermektan kaçınmasına imkan tanımaktadır. Ne var ki, pay senetleri miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra gereğı iktisap edilmişlerse bu durumda yönetim kurulu haklı sebebe dayanarak devre onay vermektan kaçınamayacaktır (TTK m.493 f.4). Bu durumda devri engellemek isteyen yönetim kurulu yalnızca kurtulma kaydına dayanabilecektir.

Bu noktada ortaya bir soru çıkmaktadır: Acaba ticari işletmenin devri yoluyla pay senetlerinin devralana geçmesini engellemek için yönetim kurulu önemli sebebe dayanabilecek midir? Yoksa bu durumda da yalnızca kurtulma kaydı hükmünden mi yararlanabilecektir?

<sup>697</sup> Doktrindeki bu tartışmanın kapsamlı incelenmesi bakımından bkz. Uzel s.53 vd.

<sup>698</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.796, Turin s.112, Uzel s.169.

<sup>699</sup> Tekinalp, **Bağlam** s.39. Ayrıca bu konuda detaylı açıklama için bkz. Altay s.563 vd.

İsviçre doktrinde kabul edilen bir görüşe göre malvarlığı devri yoluyla nama yazılı pay senetlerinin veya çıplak payların devri halinde yönetim kurulu haklı sebebe dayanarak devre onay vermektan kaçınamayacaktır<sup>700</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu görüş İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarından destek almaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Borçlar Kanunu m.685b f.4'te (TTK m.493 f.4'ün karşılığı) yer alan miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri ve cebrî icra hallerinin tahdidi olarak sayılmadığını ve sayılanlara benzer diğer durumlara da şamil olduğunu karara bağlamıştır<sup>701</sup>. Federal Mahkeme söz konusu kararında, birleşme yoluyla pay senetlerinin devralınması halinde, her ne kadar birleşme işlemi İsviçre Borçlar Kanunu m.685b f.4'te (TTK m.493 f.4) açıkça belirtilmese de yönetim kurulunun haklı sebep ile pay devrine onay vermektan kaçınmayacağını belirtmiş ve yönetim kurulunun yalnızca "kurtulma kaydı" vasıtasıyla onaydan kaçınabileceğini karara bağlamıştır<sup>702</sup>.

Benzer bir durum borsaya kote edilmiş paylar bakımından da kabul edilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu m.685d borsaya kote edilmiş payların devrinin de belirli şartlar da reddedilebileceğini belirtmektedir. Ne var ki, İsviçre Borçlar Kanunu m.685df.3 (TTK m.495 f.3'ün karşılığı) söz konusu devir işleminin miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri uyarınca devralınması halinde devre onay verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu m.685b f.4'e ilişkin olarak kabul edildiği üzere, İsviçre Borçlar Kanunu m.685d f.3'de yer alan hallerin de sınırlı sayıda olmadığı belirtilmektedir<sup>703</sup>.

TTK uyarınca ticari işletme devrinin İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı devri hükümleri ile aynı ilkelere dayandığı düşünüldüğünde Türk Hukuku bakımından da benzer bir sonuca varılabilir. Türk Hukuku'nda konuyu inceleyen Uzel de TTK m.493 f.4 yer alan hususların sınırlı sayıda olmadığını belirtmektedir. Uzel'e göre her ne kadar istisnalar dar yorumlanır kuralı esas olsa da TTK'nın genel sistemi anonim şirket paylarının devrini serbest hale getirmektir. Bu nedenle de kanunda belirtilen istisnaların sınırlı sayıda kabul edilmesi kanunun amacı ile çelişmektedir. Bu nedenle de TTK m.493 f.4'te yer alan durumların sınırlı sayıda

<sup>700</sup> Turin s.112.

<sup>701</sup> ATF 109 II 130 (naklen Turin s.112). Federal Mahkeme'nin bu görüşü TTK m.493 f.4'ün madde gerekçesinde de yer bulmuştur. Gerekçe uyarınca TTK m.493 f.4'te belirtilen istisnalar "*numerus clauses*" değildir. Bu açıdan İsviçre'de Federal Mahkeme kararı ile çözülen tartışma TTK bakımından Gerekçe yoluyla bertaraf edilmiştir. Bkz. Altay s.607

<sup>702</sup> Turin s.112.

<sup>703</sup> Turin s.113, Phillipin, **Transfert de Patrimoine** s.87.

olmadığını, pay üzerindeki mülkiyetin gerek tam gerekse kısmi külli halefiyet kuralları uyarınca geçtiği durumların tamamının TTK m.493 f.4'te belirtilen haller gibi değerlendirilmesi ve kurallara tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>704</sup>. Uzel'e göre mirasın paylaşımı gibi iradi bir devri dahi kapsama alan TTK m.494 f.4 bakımından kanunen gerçekleşen mülkiyet devri hallerinin de kapsama alınması gerekmektedir<sup>705</sup>. Bu açıdan TTK m.11 f.3 kapsamında yapılacak ticari işletme devrinde de payların devrinde haklı sebebe dayanarak kaçınma mümkün olmayacaktır<sup>706</sup>.

Ancak bu konuda doktrinde farklı görüşlerin de olduğunu belirtmek isteriz. Phillippin'e göre İsviçre Borçlar Kanunu m.685b f.4 ile getirilen istisnaların sınırlı sayıda olmasa da bu istisnalar dar yorumlanmalıdır. Phillippin'e göre kısmi külli halefiyet yoluyla, devreden tüm malvarlığı devrediliyor ise bu durumda birleşmeye benzer bir durum oluşacağı için Federal Mahkeme'nin birleşmeye ilişkin kararı ile uyumlu olarak miras yoluyla devre ilişkin hükümler uygulanacak ve şirket haklı sebebe dayanarak devre onay vermekten kaçınamayacaktır. Ancak, devredilen malvarlığı unsurları devreden tüm malvarlığını teşkil etmiyor ise bu durumda miras benzeri bir durum ortaya çıkmayacağı için miras ile devre ilişkin hükümler uygulanmayacak ve şirket haklı sebebe dayanarak da onay vermekten kaçınabilecektir<sup>707</sup>.

Benzer bir yorum da Türk Hukuku'nda Narbay tarafından yapılmıştır. Narbay, birleşme yoluyla devralınan paylar ve pay senetlerin pay defterine yazılması konusunu incelerken ticaret şirketlerinin birleşmesinin tüzel kişiliği sona erdirmesi bakımından miras yoluya devre benzediğini belirtmektedir. Bu yüzden de birleşme durumunda miras yoluyla pay devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadır<sup>708</sup>.

TTK uyarınca ticari işletme devrinin kural olarak tüzel kişiliği ortadan kaldıracı bir etkisi olmadığı için Phillippin ve Narbay tarafından ileri sürülen görüşlerin

---

<sup>704</sup> Uzel s.169.

<sup>705</sup> Uzel s.168 vd.

<sup>706</sup> Uzel s.171. Uzel böyle bir yorum yapılması halinde bağlamın işlevsiz hale gelmeyeceğini de savunmaktadır; zira bu durumda hala şirketin kurtulma kaydı yoluyla kaçınma imkanı bulunduğu gibi bağlam hükümlerini dolanma amacıyla yapılan devir işlemlerinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini ileri sürmesi mümkündür. Bkz. Uzel s.169.

<sup>707</sup> Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.87.

<sup>708</sup> Narbay s.274.

kabulü halinde ticari işletme devrinde şirketin haklı gerekçe ileri sürerek pay devrine onay vermekten kaçınabileceği sonucuna varmak mümkün olabilir.

Ticari işletmenin devredilmesine rağmen payların devrine şirket tarafından onay verilmemesi halinde ne olacağı da yine ticari işletme devri vasıtasıyla iktisap edilen paylar hakkında TTK m.493 f.4'ün uygulanıp uygulanmaması sorunu ile yakından bağlantılıdır. Pay senetlerinin ticari işletme yoluyla devrinin TTK m.493 f.4 kapsamında kabul edilmesi halinde devir ile birlikte pay senetlerinin mülkiyeti devralana geçecek; ancak genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ancak şirketin onayı ile kullanılabilir (TTK m.494 f.2). Öte yandan eğer ticari işletme devrinin TTK m.493 f.4'de belirtilen istisnalardan farklı bir rejime tabi olduğu şeklinde bir yorum yapılır ise ticari işletme devri pay senetlerinin mülkiyetini geçiremeyecek ve şirketin onayı olana kadar yalnızca oy hakları değil pay senetlerinin mülkiyeti de devreden de kalacaktır (TTK m.494 f.1).

## 6. Limited şirket paylarının geçişi

Daha önce belirtildiği üzere bir şirketin paylarının bir ticari işletmeye dahil olması olağan nitelikte olmamakla beraber ticari işletmenin faaliyet alanı sebebiyle olası bir durumdur. Ticari işletmeye dahil olan paylar yukarıda incelendiği üzere bir anonim şirketin payları olabileceği gibi bir limited şirketin payları da olabilir.

Limited şirketin paylarının devri de diğer birçok malvarlığı unsurunun devri gibi borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olarak ikiye ayrılarak incelenebilir<sup>709</sup>. Nitekim ETTK m.520 "...Payın devri ve devir vaadi hakkında mukavele..." ifadesine yer vererek bu ayrımı kabul etmiştir<sup>710</sup>. Aynı ayrım TTK m.595 hükmü tarafından muhafaza edilmiştir.

Ticari işletme devri de gerek limited şirket paylarının devri borcu doğuracak sözleşmeler gerekse limited şirket paylarının devri işlemi bakımından özellikle arz edecek niteliktedir. Bu nedenle ticari işletmeye dahil limited şirket paylarının devri,

<sup>709</sup> Demirkapı s.67, Pulaşlı s.1016. Her ne kadar bu iki işlem teorik olarak birbirinden ayrılabilirse de uygulama bakımından iki işlem arasında keskin bir ayrım söz konusu değildir; zira uygulamada hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi genellikle birlikte gerçekleştirilmektedir. Bkz. Pulaşlı s.1016, Demirkapı s.127. Ayrıca, borçlandırıcı işlemin şeklinde bir eksiklik bulunsu dahi tasarruf işleminin şekle uygun olarak yapılması halinde borçlandırıcı işlemdeki şekil eksikliğinin sağlığa kavuştuğu ileri sürülmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu s.887.

<sup>710</sup> Demirkapı s.68.

devir sözleşmesindeki özellikler ve devir işlemi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

#### a) Devir Sözleşmesi Bakımından

Ticari işletme devri sözleşmesi, limited şirket pay devrinde devir borcu doğuran işlemin yerini tutacaktır. Taraflar, limited şirket payının dahil olduğu ticari işletmeyi devretmeye yönelik olarak sözleşme yaptıkları takdirde artık payların devri borcu doğmuş olacak ve ayrı bir sözleşme yapılmasına ihtiyaç kalmayacaktır.

Bu durum limited şirket paylarının devrinde şekil şartı bakımından özelliklik arz eden bir durumdur. TTK m.595 (ETTK m.520) limited şirket pay devrinde devir sözleşmesinin yazılı olarak yapıldıktan sonra tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması şartını getirmektedir<sup>711</sup>. Ancak ticari işletmenin devri için yazılı şekil şartını yeterli gören TTK m.11 f.3 hükmü karşısında devir kapsamında limited şirket paylarının bulunsa dahi TTK m.11 f.3’de belirtilen yazılı şekil şartı yeterli olacak ve imzaların noter tarafından onaylanmasına gerek olmayacaktır<sup>712</sup>.

TTK, ETTK’den farklı olarak limited şirketin payı temsil eden senet çıkarılmasına imkan tanımaktadır (TTK m.593 f.2)<sup>713</sup>. Madde metni çıkartılacak senetlerin salt ispat aracı şeklinde düzenlenebileceği gibi nama yazılı olarak da düzenlenmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Senedin ispat aracı olarak

<sup>711</sup> TTK m.595 tarafından getirilen şekil şartının niteliği bakımından açıklık bulunmamaktadır. ETTK bakımından Demirkapı, kanunda belirtilen şartın geçerlilik şartı olduğunu, ETTK döneminde çoğunluk görüşünün de bu yönde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Demirkapı s.105, ve s.121. Bu görüş TTK bakımından Tekinalp’in de kabul ettiği görüştür. Bkz. Ünal Tekinalp, **Sermaye ortaklıklarının yeni hukuku : anonim ve limited ortaklıklar, tek kişi ortaklığı, ortaklıklar topluluğu, birleşme, bölünme ve tür değiştirme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 s.483. Pulaşlı ise, devrin yazılı yapılmasının zorunlu olduğunu; ancak noter tarafından imza onayının emredici nitelikte olmadığını ve noter onayının geçerlilik şartı olarak görülemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, devir işleminin yazılı olarak yapılması halinde ve eğer zorunlu ise genel kurulun devre onay vermesi halinde artık imzaların noterde onaylanmamış olması pay devrine engel teşkil etmeyecektir. Ancak genel kurul dilerse imzaların noter tarafından onaylanmadığını ileri sürerek devre onay vermekten kaçınabilecektir. Bkz. Pulaşlı s.1019. Demirkapı ise şekle aykırı bir devir sözleşmesinin ortaklar genel kurulu tarafından onaylanmasının devri geçerli hale getirmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Demirkapı s.224.

<sup>712</sup> Bu nedenle kanaatimizce, noter onayının hukuki niteliği konusunda doktrindeki tartışmada nasıl bir görüşe varılırsa varılsın, ticari işletmeye dahil olan payları bakımından yazılı şekil şartı yeterli olacak ve noter onayı bulunmasa dahi limited şirket paylarının devri borcu doğmuş olacaktır.

<sup>713</sup> Pulaşlı s.993. TTK m.593, “esas sermaye pay senetleri ya ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir” dese de madde gerekçesinde senet çıkartılmasının bir zorunluluk değil bir imkan olduğu belirtildiğinden limited şirketlerde sermayeyi temsil eden senet çıkarmak mecburi değildir. Bkz. Pulaşlı s.992.

çıkartılması halinde devir bakımından bir etkiye sahip olmayacağı konusunda bir şüphe yoktur<sup>714</sup>.

Ancak esas sermaye payının nama yazılı çıkartılması halinde devir bakımından nasıl bir durum ortaya çıkacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Yıldız'a göre sermaye payının senede bağlanması halinde dahi, senedin devri için yazılı devir beyanı ve imzaların noter tarafından onaylanması şartı aranmaya devam edecektir<sup>715</sup>. Nitekim Yargıtay da payların nama yazılı senede bağlanması durumunda dahi payların devrinin ortaklık haklarının devri sonucunu doğurmayacağını ve esas sermaye payının TTK m.595 ve TTK m.596 hükümlerine göre devredilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>716</sup>. Bu açıdan bakıldığında sermaye payının senede bağlanması devir bakımından bir farklılık oluşturmamaktadır.

Limited şirket payının nama yazılı senede bağlanması halinde devir için şekil şartları aranmaya devam etse de ticari işletmeye dahil ortaklık payının devredilmesi için noter onayının bulunması zorunlu olmadığını düşündüğümüzden dolayı, paylar senede bağlanmış olsa dahi bu durum değişmeyecektir.

Tekinalp'e göre senedin kıymetli evrak niteliğinde olması, limited şirket pay devrinde ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi şartının kaldırılması halinde önem taşımaktadır<sup>717</sup>. Yazara göre, şirket sözleşmesinde ortaklar genel kurulunun onay şartı kaldırılmışsa ve sermaye payı nama yazılı senede bağlanmış ise, şirket senet ibraz edilmeden pay defterine kayıttan kaçınabilecektir<sup>718</sup>. Benzer şekilde Demirkapı da limited şirket paylarını devralacak kişinin her koşulda pay defterine kaydedilmesi gerektiğini, senedin nama yazılı senet şeklinde düzenlenmesi halinde ise senette çift taraflı ibraz kaydı bulunması sebebiyle pay defterine kayıt için senedin ibraz edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>719</sup>. Bu açıdan bakıldığında senedin

<sup>714</sup> Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.480.

<sup>715</sup> Yıldız, **Limited Şirket** s.133. Yazar bu durumun kıymetli evrak kavramının temelleri ile bağdaşmadığını belirtmektedir. Tekinalp ise ortaklık genel kurulunun onay şartının kaldırılıp, sermaye payının senede bağlanması halinde zilyetliğin devri yoluyla pay devredilebilir demektedir. Ancak yazarın zilyetliğin devrini yeterli mi gördüğü yoksa devir için aranan devir beyanı ve noter onayı şartlarına ilaveten bir de zilyetliğin devri şartının mı belirlendiği konusunda ifadede bir açıklık yer almamaktadır. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.481.

<sup>716</sup> 12. HD. 07.05.2013 E.2013/7955 K. 2013/17423

<sup>717</sup> Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.481. Bu sebepten ötürü Demirkapı, nama yazılı senet düzenlenmesine yalnızca ortaklar genel kurulunun devre onayının kaldırıldığı hallerde düzenlenmesine imkan tanınmasının daha yerinde bir düzenleme olacağını belirtmektedir. Bkz. Demirkapı s.44.

<sup>718</sup> Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.481.

<sup>719</sup> Demirkapı s.42. Aynı yönde bkz. Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.481.

kıymetli evraka bağlanması devir kolaylığı sağlamaktan ziyade, ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi şartının kaldırılması halinde dahi pay defterine kayıttan imtina etmesine imkan tanıyan ve dolayısıyla devri zorlaştıran bir hüküm gibi görünmektedir<sup>720</sup>.

Doktrinde belirtildiği üzere limited şirket payının nama yazılı senede bağlanması, ticari işletmeye dahil olan paylar bakımından da önem taşımaktadır. Zira doktrinde belirtildiği üzere, payın senede bağlanması halinde senedin mülkiyetinin kazanılması dışında bir de senedin şirkete ibrazı zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ticari işletme devri yoluyla paylar, ticaret siciline tescil ile devralınmış olsa dahi, ortaklık haklarının kullanılması için senedin ibrazı zorunluluğu söz konusu olacaktır.

Bu noktada TTK m.595 (İsviçre Borçlar Kanunu m.785 f.2) uyarınca devir sözleşmesinde belirtilmesi gereken hususların ticari işletme devir sözleşmesine etkisi üzerinde de durulması gerekmektedir. TTK m.595, şirket sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri getirilmişse, yahut rekabet yasağının ağırlaştırılmış veya paylar üzerinde önalım, geri alım ve alım hakkı ile bir cezai şart kararlaştırılmış ise, bu konu veya konuların sözleşmede belirtilmesini zorunlu kullmaktadır. Demirkapı'ya göre bu hususların devir sözleşmesinde yalnızca belirtilmesi yeterli olmayıp açık şekilde somutlaştırılmaları gerekmektedir<sup>721</sup>.

TTK m.595'e aykırılığın yaptırımını konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle de doktrinde bir tartışma bulunmaktadır. TTK m.595 madde gerekçesi söz konusu hükmün satıcıya kanuni bir bilgilendirme yükümlülüğü getirdiği ve bu yükümlülüğün ihlali halinde devredenin sorumlu olabileceğini belirtmektedir. Diğer bir ifade ile TTK m.595'de belirtilen hususlar devir sözleşmesinde yer almadığı takdirde devir sözleşmesi geçerliliğini korumaktadır; ancak kanunun aradığı bilgilendirme yerine getirilmediği için devredenin sorumluluğu doğacaktır<sup>722</sup>. Bir başka görüşe göre ise söz konusu hususların devir sözleşmesinde belirtilmemesi halinde devir işlemi geçerli olmayacaktır<sup>723</sup>.

<sup>720</sup> Aynı yönde bkz. Demirkapı s.43.

<sup>721</sup> Demirkapı s.219.

<sup>722</sup> Yıldız, **Limited Şirket** s.139. Nitekim, madde gerekçesi de bu görüşü teyit etmektedir. Bkz. Gerekçe m.595.

<sup>723</sup> Demirkapı, söz konusu hükmün emredici nitelikte olmasının daha yerinde olduğunu ve hükme aykırılığın işlemin geçersizliğine sebep olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle de TTK Tasarısı henüz yasalaşmadan hükmün ve madde gerekçesinin değiştirilmesini önermiştir. Bkz. Demirkapı s.218. Tekinalp de düzenlemenin yaptırımının geçersizlik olduğunu, ticaret sicil



Kanaatimizce söz konusu hususların belirtilmemesini bir geçersizlik sebebi saymak son derece ağır bir yaptırımdır. TTK m.595'in belirtilmesini istediği koşullar limited şirket esas sözleşmesinde belirtilmesi gereken hususlardır. Bu nedenle söz konusu hususlar zaten devralanın bilgisine açıktır. Kanaatimizce TTK'nın söz konusu hususların devir sözleşmesinde yer almasını zorunlu kılması devralacak kişiye sorumluluklarını bir kez daha işaret etmekten daha fazlası değildir. Nitekim Gerekçe de devreden bu yükümlülüğünü satıcının bilgi verme yükümü kapsamında değerlendirmiş ve bu hususların sözleşmede belirtilmemesinin geçersizliğe sebep olmayacağını açık hükme bağlamıştır.

Kanaatimizce limited şirket paylarının devri için getirilen bu bilgilendirme şartının limited şirketin ticari işletme devri kapsamında devredilmesi halinde de uygulanması gerekmektedir. Her şeyden önce, kanun TTK m.595'de esas sermaye payının devri ve devir borcu doğuran işlemlerden bahsetmektedir. Ticari işletme devri yalnızca limited şirket paylarının devrini hedef tutmamakla beraber bu payların devri borcunu da doğurduğu takdirde TTK m.595 kapsamına gireceğinden, maddede belirtilen hususların ticari işletme devir sözleşmesinde de yer alması gerekecektir. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi halinde ise, katıldığımız görüş uyarınca işlem geçerli olmaya devam edecek, ancak ticari işletmeyi devreden, devralanın uğrayacağı zararlardan sorumlu olacaktır.

#### **b) Payların Devrinin Gerçekleştirilmesi İşlemi Bakımından**

ETTK m.520 uyarınca limited şirket paylarının devri için devre ortaklar kurulunun onay vermesi zorunluluğu bulunmaktaydı. Genel kurul tarafından onay verilene kadar, taraflar arasındaki işlemin herhangi bir sonuç doğurmadığı ve ortaklık sıfatının payları devretmek isteyen tarafa ait olacağı belirtilmektedir<sup>724</sup>. Limited şirket paylarının devri konusunda TTK, ETTK'dan farklı bir sistem benimseyerek şirket sözleşmesinde ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi zorunluluğunun kaldırılmasına imkan tanımıştır (TTK m.595 f.2). Şirket sözleşmesinde ortaklar genel kurulunun onayı şartının kaldırılması halinde, taraflar arasında devrin gerçekleşmesi

---

müdürlüğünün tescil talebi sırasında bu konularda bilgi verilir verilmediğini incelemesi gerektiğini, bu incelemeyi yapmadan tescil talebinin kabul edilmesinin durumunda dahi devir işleminin geçerli hale gelmeyeceğini belirtmektedir. Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.483.

<sup>724</sup> Demirkapı s.227. Her ne kadar, payların devri için ortaklık kararı gerekli olsa da ortaklar genel kurulunun onayı bulunmasa bile ortaklığa ilişkin mali hakların alacağın temlik yoluyla devralana geçirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. Demirkapı s.235.

ile payların mülkiyeti ve ortaklık hakları devralana geçmiş olacaktır. Ancak ortaklık sözleşmesinde böyle bir hüküm olmadığı takdirde, ETTK döneminde olduğu gibi devir için ortaklar genel kurulunun onayı gerekecektir. TTK, ETTK'dan farklı olarak şirketin onay vermesini belirli bir süreye bağlamıştır. Eğer şirket üç ay içerisinde başvuruyu reddetmezse devre onay vermiş sayılacaktır (TTK m.595 f.7)<sup>725</sup>.

Belirtmek gerekir ki, TTK m.596 hükmü, esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde payların doğrudan devralana geçmesi için şirketin onayının aranmayacağını belirtmektedir<sup>726</sup>. Ancak şirket, devirden üç ay sonra şirket paylarını kendi veya ortağı ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmak için öneride bulunabilecek ve bu şekilde payların devralanda kalmasını engelleyebilecektir.

TTK m.596'da düzenlenen hallerin sınırlı sayıda olup olmadığı, birleşme, bölünme veya ticari işletmenin devri gibi külli halefiyet hallerinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda madde metninde bir açıklık yoktur. Bu nedenle ticari işletme devrinde limited şirket paylarının geçişi halinde TTK m.595 hükmünün mü yoksa TTK m.596'da getirilen istisnanın mı uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda payların geçişi için genel kurulun onay kararının aranacağı yönünde bir görüş ileri sürülmektedir<sup>727</sup>. Ancak, daha önce belirtildiği gibi<sup>728</sup> bağlı anonim şirket paylarının devrine ilişkin TTK m.493 f.4 düzenlemesi incelenirken TTK m.493 f.4'te belirtilen hallerin sınırlı sayıda olmadığı kabul edildiğini ve ticari işletme devrinin de bu madde kapsamında sayılması gerektiği yönünde görüşler de olduğunu belirtmiştik. Bu açıdan bakıldığında, anonim şirket payları için kabul edilen bu yorumun, limited şirket payları bakımından da kabul edilmesi ve limited şirket paylarının ticari işletme devri kapsamında devredilmesi durumunda TTK m.596 hükümlerinin uygulanması da ileri sürülebilecek bir görüştür. Ancak limited şirkette şahıs unsurunun önplanda olması, limited şirket paylarının devri bakımından anonim şirket paylarının devrine göre daha sınırlayıcı düzenlemelerin getirilebilmesi böyle bir yoruma tereddüt ile yaklaşılmasını da gerektirmektedir.

<sup>725</sup> ETTK döneminde uygun süre içerisinde devre onay vermemesi halinde zımni olarak reddettiği kabul edilmekteydi. Bkz. Demirkapı s.343.

<sup>726</sup> Bu açıdan TTK m.596 hükmü, bağlı anonim şirket paylarının devri konusunda istisna getiren TTK m.493 f.4 düzenlemesine benzerdir.

<sup>727</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.796.

<sup>728</sup> IV-B-d)Ticari İşletme Devrinin Bağlı Nama Yazılı Payların Devrine Etkisi.

Limited şirket paylarının devri için ortaklar kurulu kararı aranması şartı kaldırılmamışsa, bu onayın devir işlemin önce verilip verilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Pulaşlı, söz konusu onayın ancak devir işleminden sonra verilebileceğini devirden önce bir ön izin verilmesinin yeterli olmadığını belirtmektedir<sup>729</sup>. Demirkapı ise, şirketin devre önceden onay vermesinin geçerli olduğunu ve önceden onay alınması halinde taraflar arasında işlemin yapılması ile devrin gerçekleşeceğini belirtmektedir<sup>730</sup>.

Limited şirket pay devrinin pay defterine yazılması gerekmektedir. Devre onay verilmesi üzerine devralan müdürler tarafından pay defterine yazılır. ETTK döneminde pay defterine kaydın niteliği hakkında tartışma bulunmaktaydı<sup>731</sup>. Ancak TTK'da pay defterine kaydın açıklayıcı olduğu belirtilmektedir<sup>732</sup>. Şirket esas sözleşmesinde ortaklar kurulu kararının kaldırılmış olması halinde ne olacağı konusunda kanunda açık hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durumda devrin müdürlere bildirilmesi halinde müdürlerin devralanı doğrudan pay defterine kaydetmeleri gerekecektir. Ortaklar kurulunun devre onay vermesinin ardından limited şirket müdürlerinin ticaret siciline tescil için başvuruda bulunması gerekmektedir (TTK m.598). Söz konusu tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu, yani ortaklar kurulu kararı ile limited şirket paylarının devralana geçtiği, ilgili tescilin sadece mevcut durumu üçüncü kişilere açıklayıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir<sup>733</sup>.

Ortaklar kurulu kararından itibaren otuz gün içerisinde müdürlerin başvurmaması halinde ise payı devreden ortağın tescil için kendisinin başvurabileceği açık hükme bağlanmıştır (TTK m.598 f.2).

Şirket sözleşmesinde ortaklar genel kurulunun onay şartı kaldırılmışsa, ticari işletme devri sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile beraber devir kapsamında yer alan limited şirket payları da kendiliğinden devralana devredilmiş olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumda yine devralanın pay defterine yazılması (TTK m.595 f.1) ve müdürler tarafından yeni pay sahibinin ticaret siciline tescil edilmesi

<sup>729</sup> Pulaşlı s.1023.

<sup>730</sup> Demirkapı s.227.

<sup>731</sup> ETTK döneminde kaydın kurucu olduğu yönünde bkz. Pulaşlı s.1025, Demirkapı s.377. Kaydın açıklayıcı olduğu yönünde bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Arıkan Yayınları, 2005, İstanbul s.889.

<sup>732</sup> Pulaşlı s.1025, Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.484, Yıldız, **Limited Şirket** s.135. Tekinalp, limited şirket sözleşmesinde pay defterine kayıt işlemine kurucu nitelik verilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.481.

<sup>733</sup> Pulaşlı s.1023, Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.484.

gerekecektir (TTK m.598 f.1)<sup>734</sup>. Ayrıca şirket sözleşmesinde ek ve yan edim yükümlülükleri öngörülen durumlarda, şirket sözleşmesinde pay devrine genel kurulun onay vermesi şartı kaldırılmış olsa dahi<sup>735</sup> devralan kişinin ödeme gücü şüpheli ise ortaklar genel kurulu devralandan teminat talep edebilir ve teminat verilmediği takdirde devre onay vermekten kaçınabilir (TTK m.595 f.6)<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> TTK m.598’de öngörülen ticaret siciline bildirim zorunluluğu haricinde bu sistem anonim şirket paylarının devrine benzer bir sistemdir.

<sup>735</sup> Aslında madde metninde böyle bir şarta yer verilmemiştir. Ancak bu düzenleme özellikle ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi zorunluluğunu kaldırması halinde önem taşımaktadır; zira ortaklar genel kurulunun onayının aranacağı durumlarda genel kurulun bu konuda tam bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

<sup>736</sup> Bu hüküm karşısında belirtmek gerekir ki, şirket sözleşmesinde ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi zorunluluğu kaldırılmış olsa dahi eğer şirket sözleşmesinde ek ve yan ödeme yükümlülükleri getirilmiş ise yine de ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi gerekecektir. Ne var ki, bu durumda ortaklar genel kurulunun devre onay vermeme imkanı yalnızca devralanın ödeme yükümlülüğünün şüpheli olduğu durumlara hasredilmiş olacaktır.

## V. Ticari İşletme Devrinde Borçların Üstlenilmesi ve Sonuçları

### A. Borcun Devri Kavramı ve Ticari İşletme Devrine İlişkin Özel Düzenleme

Bir ticari işletme yalnızca aktif malvarlığı unsurlarından oluşmamaktadır. Ticari işletmenin faaliyetleri sonucunda ticari işletmeyi işleten kişinin malvarlığında doğan borçlar da ticari işletmeye dâhildir. Bu borçların - aktiflerle birlikte - ticari işletmeyi devralan kişiye devredilmesi, ticari işletme devrinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır.

Türk Hukuku'nda borçların devri TBK m.195 vd. maddelerde düzenlenmiştir. TBK m.195, borçlu ile borcu yüklenecek kişi arasındaki ilişkiyi ("iç üstlenme") düzenlerken TBK m.196, borcu devralacak kişi ile alacaklı arasındaki ilişkiyi ("dış üstlenme") düzenler. İç üstlenmenin gerçekleştirilmesi tek başına borcun nakledilmesi sonucunu doğurmaz. Borcun borçludan devralana geçirilmesi, ancak dış üstlenme işleminin tamamlanması ile birlikte gerçekleşir. Bu nedenle borcun devri kavramı ile aslen dış üstlenme ifade edilmektedir<sup>737</sup>.

Borcun devri işleminde, alacağın temlikinden farklı olarak alacaklının devre onay vermesi gerekmektedir (TBK m.196). Bu durum özellikle ticari işletme gibi çok sayıda borç ilişkisini içeren ve buna bağlı olarak çok sayıda alacaklıyı ilgilendiren bir malvarlığı bütünüünün devrini önemli ölçüde zorlaştırmakta; hatta çoğu zaman imkânsız hale getirmektedir. Zira borçların devri için her bir alacaklının onayının alınması fiilen mümkün değildir.

Bu amaçla Kanun Koyucu, bir malvarlığı veya bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün olarak devredilmesi halinde borcun nakli bakımından özel bir rejime tabi olmasına imkân tanımıştır<sup>738</sup>. TBK m.202 uyarınca kabul edilen bu özel

---

<sup>737</sup> Ayrıca iç üstlenme sözleşmesi ile üstlenen taraf, borcu üstlenmek yerine doğrudan borcu ödeyerek de iç üstlenme sözleşmesi ile doğan edimini yerine getirebilir. Bu nedenle her iç üstlenme sözleşmesinin dış üstlenme yoluyla ifa edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

<sup>738</sup> Arıcı s.139, CR CO I- Probst s.1263, Turin s.8.

devir rejimine göre borçlar, ticari işletmenin devir işleminin maddede belirtilen usullerde alacaklılara duyurulması şartıyla alacaklının rızası aranmaksızın devredilebilecektir<sup>739</sup>.

Diğer yandan, alacaklının onayı olmaksızın borçlunun değişmesini alacaklı bakımından sakınca teşkil edebilir. Bu sakıncaları gidermek isteyen Kanun Koyucu, borcu devreden tarafın devralan ile birlikte iki yıl müteselsil olarak sorumlu kalmaya devam edeceğini belirtmektedir. Bu açıdan borçlu sıfatının değişmesine engel olamayan alacaklı, TBK m.202 ile getirilen müteselsil sorumluluğa dayanarak eski borçluya başvurma imkanını muhafaza edecektir. Bu şekilde, bir yandan ticari işletmenin devri kapsamında pasiflerin bir bütün olarak ve alacaklıların onayı aranmaksızın devredilmesinin önü açılırken diğer yandan, benimsenen müteselsil sorumluluk ile alacaklının menfaatleri de korunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, borçların külli olarak ve alacaklının rızası aranmaksızın devredilmesi TBK'ya özgü bir düzenleme değildir. Aynı imkan bazı usuli farklılıklarla EBK döneminde de tanınmaktaydı (EBK m.179)<sup>740</sup>. Ayrıca İsviçre Hukuku'nda da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim EBK m.179, İsviçre Borçlar Kanunu m.181'in tercümesinden ibarettir<sup>741</sup>. İsviçre Birleşmeler Kanunu da İsviçre Borçlar Kanunu tarafından benimsenen sistemi büyük oranda devam ettirerek belirli borçların<sup>742</sup>, alacaklıların rızası aranmaksızın ticaret siciline yapılacak tescil ile devredilmesine imkan tanıyan bir düzenleme getirmiştir (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75).

İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun kabulü ile malvarlığı devri ve ticaret siciline tescil edilmiş işletmeler bakımından devir işlemleri bu kanun uyarınca yapılmaya başlanmıştır. Bu kanun, İsviçre Borçlar Kanunu m.181'de olduğu gibi alacaklıların

<sup>739</sup> Söz konusu madde yalnızca borçların geçişini düzenlemekte olup; bu borçların kaynağı olan veya diğer sözleşmelerin geçişini sağlayan bir hüküm niteliğinde değildir. Bkz. Pascal Favre, **Le Transfert Conventionnel De Contrat : Analyse Théorique Et Pratique**, Thèse Fribourg 2005 s.71. Sözleşmelerin geçişi için bkz. VI-Ticari İşletme Devrinde Sözleşmelerin Geçişi.

<sup>740</sup> Ne var ki, EBK-ETTK döneminde ticari işletmeye dahil olan aktif malvarlığı unsurlarının devri cüz'i halefiyet yoluyla gerçekleştirildiğinden, aktiflerin devri ile pasiflerin devri farklı şekillerde gerçekleşmekteydi. Bu durumu "aktiflerde cüz'i-pasiflerde külli halefiyet" olarak tanımlamak mümkündür. Ancak TTK sisteminde aktiflerin de bütün olarak devredilmesi karşısında artık aktiflerin devri ile pasiflerin devri bakımından bir uyum sağlandığı söylenebilir.

<sup>741</sup> Yalnız belirtmek gerekir ki, İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun kabul edilmesi ile birlikte maddede belirtilen müteselsil sorumluluk süresi iki yıldan üç yıla çıkartılmıştır. Bu husus EBK m.179 ile İsviçre Borçlar Kanunu m.181 arasındaki tek farkı teşkil etmekteydi.

<sup>742</sup> İsviçre Birleşmeler Kanunu kapsamında gerçekleştirilecek malvarlığı devri işlemlerinde devredilecek borçların devre eklenecek envantere belirtilmesi yeterli olup, bir ticari işletme ile ilgili olması zorunlu değildir.

onayı olmaksızın borçların devrini ve devredenin müteselsil sorumluluğunu düzenlemekle beraber, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan bazı ilave koruyucu hükümler de içermektedir. İsviçre Kanun Koyucusu, İsviçre Birleşmeler Kanunu ile getirilen alacaklıları ve ortakları koruyucu hükümlerin dolanılmasını engellemek için İsviçre Birleşmeler Kanunu kapsamına giren devirler bakımından İsviçre Borçlar Kanunu m.181'in uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (İsviçre Borçlar Kanunu m.181 f.4). Dolayısıyla, İsviçre Hukuku'nda ticari işletmenin devrinde borçların üstlenilmesini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu m.181 hükmü bugün büyük oranda uygulama alanını kaybetmiştir<sup>743</sup>.

Sonuç olarak devrin İsviçre Hukuku Borçlar Kanunu m.181 uyarınca gerçekleşebilmesi için devreden bir gerçek kişi tacir, dernek veya vakıf olması gerekir<sup>744</sup>. Ayrıca adi ortaklık ilişkileri ticaret siciline tescil edilmediği için, adi ortaklık tarafından gerçekleştirilecek malvarlığı devri işlemleri de İsviçre Borçlar Kanunu m.181 kapsamında kalacaktır<sup>745</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu ile İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümleri arasında farklılıklar bulunmakla beraber çalışmanın bu bölümünü oluşturan borçların devri açısından iki hüküm büyük benzerlikler göstermektedir. Bundan dolayı borçların üstlenilmesi bakımından İsviçre Birleşmeler Kanunu m.73 vd. hükümlerine ilişkin yapılan açıklamalar kural olarak İsviçre Borçlar Kanunu m.181 ve TBK m.202 hükümlerinin yorumu açısından da geçerli olacaktır. Bu nedenle aksine bir yorumu gerekli kılan özel bir durum bulunmadığı müddetçe, borçların devrine ilişkin hükümlerin İsviçre Borçlar Kanunu m.181, İsviçre Birleşmeler Kanunu m.73 vd. veya TBK m.202 kapsamında olacak devirler bakımından uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır.

## **B. TBK m.202 Kapsamında Devrin Hukuki Niteliği**

<sup>743</sup> Doktrinde İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun kabul edilmesi ile beraber Borçlar Kanunu m.181'in yeniden yapılandırma işlemleri için üstlendiği rolün İsviçre Birleşmeler Kanunu tarafından getirilen malvarlığı devri tarafından üstlenileceği belirtilmektedir Bkz. Vischer s.159.

<sup>744</sup> Boris Heinzer/Rémy Wyler, **Coopération et fusion d'entreprises**, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), Lausanne, 2005 s.189.

<sup>745</sup> Heinzer/Wyler s.189.

Her ne kadar doktrindeki çalışmalarda TBK m.202 yoluyla “borcun üstlenilmesi”<sup>746</sup> ifadesi kullanılsa da maddede düzenlenen işlemin gerçek anlamda bir üstlenme işlemi olmadığı belirtilmektedir.<sup>747</sup> Borcun üstlenilmesi işleminde borcu devreden tarafın sorumluluğu sona ererken TBK m.202 hükmü devreden devir işleminden sonra iki yıl boyunca sorumlu kalmasını öngörmektedir. Bu durum TBK m.202’yi tek bir borcun devri işleminden ayırmaktadır<sup>748</sup>.

Doktrinde, TBK m.202 düzenlemesinin bir kanuni borca katılma hali olduğu kabul edilmektedir.<sup>749</sup> Borca katılma bir borç ilişkisinde bir kişinin alacaklı ile anlaşarak asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumluluk üstlenmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>750</sup>. Vurgulamak gerekir ki, borca katılma işleminde borca katılan (ticari işletmeyi devralan) asıl borçlu niteliğini kazanacağından başkasının borcuna katılan niteliğinde değildir<sup>751</sup>. Aynı şekilde borca katılanın sorumluluğu kefil gibi fer’i nitelikte de değildir<sup>752</sup>.

TBK m.202 uyarınca devirde devreden sorumluluğunun devam ettiği iki yıllık süre boyunca, devralan bakımından bir borca katılma söz konusu olacak; ancak iki yıllık sürenin geçmesi ile birlikte dış üstlenme gerçekleşecektir<sup>753</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki TBK m.202 uyarınca ticari işletme devri kapsamında borca katılmanın TBK m. 201’de düzenlenen tek bir borç bakımından borca katılma işleminden ayrılan yönleri bulunmaktadır. Borca katılma halinde kural

<sup>746</sup> EBK döneminde “üstlenme” yerine “devir” kelimesi kullanılmaktaydı. Üstlenme ve devir kavramları arasında bir farklılık olmaması ve doktrindeki eserlerde iki kavrama da yer verilmesi sebebiyle bu çalışmada her iki kavramın da eşanlamlı olacak şekilde kullanması tercih edilmiştir.

<sup>747</sup> Oğuzman/Öz s.612.

<sup>748</sup> Oğuzman/Öz s.612.

<sup>749</sup> Oğuzman/Öz s.612, Arıcı s.193. Acemoğlu da sonucu kabul etmekle beraber borca katılma yerine İsviçre Hukuku’nda da kullanılan “kümülatif borç nakli” terimini tercih etmektedir. Acemoğlu, *Ticari İşletmenin Devri* s.104. Ancak TBK’da “borca katılma” kurumu düzenlendiğinden biz bu terimin daha yerinde olacağını düşünüyoruz.

<sup>750</sup> Acemoğlu s.104, Oğuzman/Öz s.608, Tercier, *Le Droit Des Obligations*, Schulthess, Zurich, 2004 s.317. Kılıçoğlu, katılan ile alacaklının anlaşması ile borca katılmanın sözleşmenin nisbiliği ilkesine aykırı olduğunu ve borca katılma için borçlunun da onayının aranması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Kılıçoğlu s.819.

<sup>751</sup> Acemoğlu s.106.

<sup>752</sup> Oğuzman/Öz s.608. Borca katılanın sorumluluğunun kaynağı bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Acemoğlu’na göre borca katılma işlemi yeni bir borç doğumuna sebep olmadığı gibi borcun dayandığı hukuki sebebi de değiştirmeyecektir. Bkz. Acemoğlu, *Ticari İşletmenin Devri* s.106. Diğer yandan Oğuzman/Öz’e göre borca katılanın borcu asıl borca değil, bizzat kendisinin yaptığı borca katılma sözleşmesine dayandığından borca katılan bakımından borcun sebebi değişmiş olacaktır. Bkz. Oğuzman/Öz s.608.

<sup>753</sup> Arıcı s.193. Acemoğlu da aynı ilkeyi benimsemekle beraber borca katılma yerine İsviçre Hukuku’nda da kullanılan “kümülatif borç nakli” terimini tercih etmektedir. Bkz. Tercier, *Droit des Obligations*, s.317, Acemoğlu, *Ticari İşletmenin Devri* s.104. Ancak TBK’da “borca katılma” kurumu düzenlendiğinden biz bu terimin daha yerinde olacağını düşünüyoruz.



olarak borcu nihai olarak asıl borçlu üstlenecektir. Buna göre eğer borca katılan borcu ifa ederse borcun tamamı için asıl borçluya rücu ederken, asıl borçlunun alacaklıya ifada bulunması halinde borca katılana rücu etme imkanı bulunmamaktadır<sup>754</sup>. Bu husus ticari işletme devrindeki sorumluluk rejiminin borca katılma işleminden farklılık gösterdiği bir noktadır; zira aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletme devrinde taraflar arasındaki ilişkinin niteliği gereği nihai olarak borca, devralan tarafın katlanması gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimizce TBK m.202 hükmünün özel bir borca katılma şekli olduğunu kabul etmek gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle TBK m.202 ile benimsenen sistemin bazı kendine has sonuçları olan özel bir borca katılma olduğunu söylemek yerinde olacaktır<sup>755</sup>.

Borcun nakli işleminin iç üstlenme ve dış üstlenme olarak iki aşamada incelendiğini belirtmiştik. Pasiflerin TBK m.202 uyarınca geçişinde de bu iki aşamanın muhafaza edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda, ticari işletme devir sözleşmesi iç üstlenme işlemi teşkil etmektedir<sup>756</sup>. Ticari işletmenin devrinin TTSG’de ilan edilmesi veya bu durumun alacaklılara ihbar edilmesi ise borcun dış üstlenimidir. TBK m.196 vd. hükümlerince tek bir borcun dış üstlenilmesinden farklı olarak TBK m.202 uyarınca yapılacak dış üstlenme bir sözleşme niteliğinde değildir. TBK m.202 uyarınca borçların geçişi, ticari işletmenin devrinin ilan edilmesinin kanuni bir sonucu olarak kabul edilmektedir<sup>757</sup>.

Dış üstlenme işleminin bu şekilde nitelik değiştirmesi işleme uygulanacak hükümler bakımından da bazı farklılıklar yaratmaktadır. Aslında TBK m.202 f.3, “Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir” demektedir. Ne var ki, yukarıda belirtilen sebepler ile TBK m.202 uyarınca yapılacak devrin tek bir borcun devrinden farklı olması nedeniyle, dış üstlenme sözleşmesine ilişkin hükümleri her koşulda ticari işletme devri sözleşmesine uygulamak mümkün değildir. Bu nedenle dış üstlenmeye ilişkin

---

<sup>754</sup> Oğuzman/Öz s.610.

<sup>755</sup> Ne var ki, ticari işletme devri konusunda yazılan eserlerde TBK m.202 rejimini tanımlamak için “borçların üstlenilmesi” ifadesinin kullanılması sebebiyle bu tez kapsamında “borcun devri” ve “borcun üstlenilmesi” kavramlarını kullanmanın yerinde olacağı görüşünderiz. Üstelik kanaatimizce “borcun üstlenilmesi” veya “borcun devri” kavramı borcun nihai olarak ticari işletmeyi devralan tarafından üstlenilmesi hususunu daha iyi vurgulaması bakımından ilişkinin niteliğine daha uygun düşmektedir.

<sup>756</sup> Tercier, **Droit des Obligations**, s.320.

<sup>757</sup> Arıcı s.180.

hükümler ancak külli ve kanuni devir işleminin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ticari işletmenin devrine uygulanabilecektir<sup>758</sup>.

### C. TBK m.202'nin Uygulama Alanı

EBK m.179 hükmünün uygulama alanı bakımından ETTK-EBK döneminde önemli tartışmalar bulunmaktaydı. Özellikle, TBK m. 202'in yerini aldığı EBK m.179'un esnaf işletmelerinin devrinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde bazı tartışmalara sebep olmaktadır.

Acemoğlu'na göre, EBK m.179'da yer alan "işletme" ifadesi yalnızca ticari işletmeyi kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır<sup>759</sup>. Bu nedenle bir esnaf işletmesinin devri durumunda işletmeye dahil pasiflerin bir bütün olarak devralana geçmesi imkanı bulunmamaktadır. Aynı şekilde devreden ile devralanın, devredilen borçlar bakımından müteselsilen sorumlu olmasını gerektiren bir durum da bulunmamaktadır.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise her türlü işletme, başta esnaf işletmeleri de dahil olmak üzere, EBK m.179'un kapsamına girmektedir<sup>760</sup>. EBK'nın hazırlık aşamalarında EBK m.179'da "ticari işletme" ifadesi yer alırken TBMM Adalet Komisyonu tarafından söz konusu ifadeden "ticari" ifadesinin silinmesinin bu sınırlamayı kaldırmayı hedef tuttuğu belirtilmektedir<sup>761</sup>.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, ticari işletmeler dışındaki işletmelerde (esnaf işletmesi ve serbest meslek işletmesi), EBK m.179 (TBK m.202) uyarınca borçların devri yalnızca teorik bir imkan olup hükmün uygulanma kabiliyetinin son derece düşük olduğu da doktrinde Arıcı tarafından ifade edilmektedir<sup>762</sup>. Arıcı'ya göre, bu durumun nedeni esnaf işletmelerinde ve serbest meslek işletmelerinde ticari işletmeye dahil borçların devredilmeye elverişli nitelikte olmamasıdır; zira ticari işletme dışındaki işletmelere ilişkin borçlar çoğu zaman işletme sahibinin şahsına ilişkin borçlardır. Bu şekilde şahsa bağlı olan borçlar, pasiflerin bütün olarak geçmesine imkan tanıyan EBK m.179 yoluyla dahi devredilemeyecek

<sup>758</sup> Arıcı s.202.

<sup>759</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.16.

<sup>760</sup> Arıcı s.31.

<sup>761</sup> Arıcı s.32.

<sup>762</sup> Arıcı s.32.

niteliktedirler<sup>763</sup>. Bu nedenle de EBK m.179 uyarınca yapılacak bir esnaf veya serbest meslek işletmesi de borçların önemli bir kısmının geçirilememesi sonucuna yol açacaktır.

Görüldüğü üzere, TBK m. 202 açısından yürütülen tartışmalar, çoğunlukla ticari işletmeler dışındaki işletmelerin (esnaf işletmesi ve serbest meslek işletmesi) devrine ilişkindir. Bu bağlamda, TBK m.202'nin, ticari işletmenin devri halinde ticari işletme kapsamında bulunan borçların devredilmesinde uygulanacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>764</sup>.

Diğer taraftan bu tartışma TBK düzenlemesi ile büyük oranda çözülmüştür. TBK m.202, *“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur”* demektedir. Madde metninden anlaşılacağı üzere maddenin uygulama alanı hem ticari işletmeleri hem de esnaf işletmelerini kapsamaktadır. Ancak TTSG’de ilan zorunluluğu yalnızca ticari işletmeler için söz konusu olup, bir esnaf işletmesinin devri halinde Türkiye genelinde dağıtım yapan herhangi bir gazetede ilan verilebilecektir.

Bununla birlikte, TBK m.202'nin uygulama alanının, sadece TTK m.11 f.3 uyarınca yapılacak ticari işletme devirleri ile sınırlı olmadığı da unutulmamalıdır. Şöyle ki, daha önce de belirttiğimiz üzere, bir ticari işletmenin aktiflerinin TTK m.11 f.3 uyarınca kısmi külli halefiyet hükümlerine göre devredilmesi zorunlu değildir. Bu unsurlar, EBK-ETTK döneminde olduğu gibi cüz’i halefiyet hükümleri uyarınca da devredilebilir. Böyle bir durumda devir işlemi, TTK m.11 f.3 kapsamına girmese de borçların TBK m.202 uyarınca geçmesi mümkündür. O yüzden ticari işletme devrinin TTK m.11 f.3 uyarınca gerçekleştirilmediği durumlarda dahi TBK m.202 hükmü uygulanabilecektir.

Onun dışında bir esnaf işletmesinin veya kendi içinde bütünlük arz etmekle beraber işletme niteliğinde olmayan malvarlığı bölümünün (örneğin bir şubenin)

<sup>763</sup> Arıcı s.32.

<sup>764</sup> Maddede bir malvarlığı veya bir işletmenin devri düzenlenirken TTSG’de ilan yükümlülüğü yalnızca ticari işletmeler için getirilmektedir. Buradan hareketle esnaf işletmelerinin devrinin de TBK m.202 kapsamına gireceği ancak esnaf işletmeleri için yapılacak ilanın TTSG’de yapılmasının zorunlu olmadığı sonucuna varmak yerinde olacaktır.

devrinde de yine TTK m.11 f.3 hükümleri uygulanmasa da borçların TBK m.202 uyarınca devredilmesi imkanı bulunmaktadır.

#### **D. DEVREDİLECEK BORÇLARIN KAPSAMI**

Ticari işletme devri kapsamında hangi borçların devralana devredileceği, yani borçlar bakımından devrin kapsamı önemli bir sorundur. Ticari işletmenin devri konusundan genel açıklamalara ilaveten borçların devrinde bazı özel ilkeler söz konusu olacaktır. Bu nedenle ticari işletme devri kapsamındaki borçları tespitini ayrı bir bölüm altında incelemeye çalışacağız.

Ticari işletme devrinde borçların devri bakımından şu hususlar önem taşımaktadır:

##### ***1. Taraflar kural olarak ticari işletmeye dahil tüm borçlardan sorumlu olmaktadır***

Ticari işletmenin devri, kural olarak ticari işletme kapsamında devri mümkün olan<sup>765</sup> tüm borçlarının devredilmesi sonucunu doğuracaktır<sup>766</sup>. Bu açıdan borçların zamanaşımına uğraması, şarta bağlı olması veya müeccel olması herhangi bir fark yaratmayacaktır<sup>767</sup>.

Devredilecek pasiflerin bir ticari işletme kapsamında olması gerekmektedir<sup>768</sup>. Bu bakımdan ticari işletme devri sonucunda devralan, yalnızca ticari işletmeye dahil borçları üstlenmekte olup, devreden tüm borçlarından sorumlu olmamaktadır. Örneğin bir tacir iki ticari işletmesinden yalnızca birini devrediyorsa, devralan yalnızca devredilen işletmenin borçları bakımından sorumlu olacak, devredende kalan işletmenin borçlarından ve tacirin - eğer varsa - şahsi borçlarından ise sorumlu olmayacaktır.

Devredilecek borçların kapsamı açısından, ticari işletme devrinin iki aşamalı olarak gerçekleşmesi sebebiyle aktiflerin devredildiği ancak henüz ilan yapılmadığı dönemdeki borçların durumunun ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Probst'a göre

<sup>765</sup> Hangi borçların devrinin mümkün olduğu sözleşmelerin devri başlığı altında kapsamlı olarak incelenecektir. Bkz. VI-Ticari İşletme Devrinde Sözleşmelerin Geçişi.

<sup>766</sup> CR CO I- Probst s.1272, Tercier, **Droit des Obligations**, s.321, Turin s.18.

<sup>767</sup> CR CO I- Probst s.1272.

<sup>768</sup> Montavon s.136. İsviçre Birleşmeler Kanunu bu bakımdan ayrı bir düzenleme getirmektedir. İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca devredilecek borçların yalnızca devir sözleşmesinin ekinde yer alacak envantere belirtilmesi yeterli olup, bu borçların bir ticari işletme ile bağlantılı olması zorunlu değildir.

iç yüklenme sözleşmesi ile ilan arasında doğan borçlar da ticari işletmeyi devralana geçecektir .

TBK m.202 uyarınca borçların devri kanuni bir devir yolu olup, devralan ile alacaklı arasındaki bir sözleşmeye dayanmamaktadır. Bu nedenle de ticari işletme kapsamında kalan ancak devralan tarafından bilinmeyen borçlar dahi devralana devredilmiş olacaktır<sup>769</sup>.

Devralanın varlığını bilmediği borçlardan dolayı sorumlu olması bir irade sakatlığına, özellikle de hataya, yol açabilecek niteliktedir. Bu durumda devralanın bilmediği borçlardan dolayı irade sakatlıkları sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi imkanının saklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre devralanın varlığını bilmediği borçlar sebebiyle devir işlemini iptal etmesi halinde gerek borçların gerekse aktiflerin devri gerçekleşmeyecektir<sup>770</sup>. Ne var ki, bu durumda yapılmış olan ilan veya ihbar gerçeği yansıtmaz hale geleceğinden, bu ilan veya ihbarlar nedeniyle alacaklıların uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekebilir<sup>771</sup>.

## **2. Taraflar borçların bir kısmını devrin kapsamı dışında bırakabilir.**

Ticari işletme devrinde borçların devrinin kanuni nitelikte olması, tarafların belirleyeceği bazı borçların<sup>772</sup> kapsam dışında bırakılıp bırakılmayacağı sorununun ortaya çıkarmaktadır. Doktrinde bu soruya çoğunlukla olumlu cevap verilmektedir<sup>773</sup>. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de ilan veya ihbarda açıkça belirtilmesi şartıyla bazı borçların devir kapsamı dışında bırakılmasının mümkün olduğu yönünde karar vermiştir<sup>774</sup>.

Ancak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, borçların kapsam dışında bırakılması yalnızca iç ilişkide mümkündür ve bu durum dış ilişkide alacaklılara

<sup>769</sup> Tercier, **Droit des Obligations**, s.321, Turin s.18, Arkan s.45, Kendigelen (Ülgen) s.176.

<sup>770</sup> Arıcı s.149, Kendigelen (Ülgen) s.176.

<sup>771</sup> Arıcı s.149 dipnot 157.

<sup>772</sup> Bu başlık altında incelenen belirli borçların kapsam dışı bırakılıp bırakılmayacağı sorununun. Ticari işletmeye dahil olan bütün borçların kapsam dışı bırakılması için bkz. V-D-3-“Taraflar ticari işletme borçlarının tamamını kapsam dışında bırakamazlar”.

<sup>773</sup> Arıcı s.185, Ayhan/Özdamar/Çağlar s.118, CR CO I- Probst s.1272, Turin s.17. Acemoğlu, **Ticari İşletme Devri**, s.117. Ancak Acemoğlu, bu imkanı yalnızca belirli borçlar bakımından kabul etmektedir. Ticari işletmeye dahil tüm borçların kapsam dışında bırakılması konusunda bkz. V-D-3-Taraflar ticari işletme borçlarının tamamını kapsam dışında bırakamazlar.

<sup>774</sup> BGE 79 II 89, (naklen Oğuzman/Öz s.613). Ancak belirtmek gerekir ki, alacaklı böyle bir durumda İİK m.280 uyarınca tasarrufun iptali yoluna giderek ticari işletmeyi devralanın malvarlığına geçmiş bulunan aktifleri paraya çevirme imkanına sahip olacaktır.

karşı ileri sürülemez<sup>775</sup>. Bu görüş uyarınca, bazı borçların devir kapsamı dışında bırakılması, alacaklılar arasında eşitsizlik yaratması ve alacaklı korumasını azaltması sebebiyle kabul edilmemelidir<sup>776</sup>.

Kanaatimizce, tarafların ticari işletme devri sözleşmesini şekillendirirken bazı borçları kapsam dışında bırakmaları mümkündür. Bu şekilde taraf beklentilerine uygun bir ticari işletme devri sözleşmesinin yapılması mümkün kılınmaktadır. Benzer şekilde, bölünme işlemlerine ilişkin olarak öngörülen TTK m.167, bölünme sözleşmesinde borçların bölümlere ayrılmasını ve kısmi külli halefiyette tüm borçların ayrıştırılmasına imkan tanımıştır (TTK m.167 b). Bu şartlar altında ticari işletme devrinde de benzer bir sonucu kabul etmeye engel bulunmamalıdır.

Bu noktada borçların bazılarının kapsam dışında bırakılması halinde alacaklıların zarar görebileceği görüşü akla gelebilir. Ne var ki, kanaatimizce nasıl ticari işletmeyi devreden bir kişinin, ticari işletmesi ile bağlantılı olmayan borçlarının alacaklıları 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>777</sup> (“İİK”) m.280 uyarınca tasarrufun iptali davası yoluyla korunabiliyorsa, bu durumda İİK m.280 tarafından sağlanan koruma devir kapsamı dışında bırakılan borçların alacaklıları bakımından yeterli sayılmalıdır. Bu nedenle kanaatimizce tarafların ticari işletmeye dahil bazı borçları kapsam dışı bırakmasına imkan verilmeli ve kapsam dışı bırakılan borçlar bakımından devralan, alacaklılara karşı sorumlu olmamalıdır.

Borçların kapsam dışında bırakılmasında borç miktarının esas alınıp alınamayacağı da incelenmelidir. Devralınacak borçlar bakımından toplam bir üst sınır getirilmesinin mümkün olmadığı kabulü gerekir<sup>778</sup>. Ancak doktrinde, belirli bir miktarın üzerindeki ayrı borçlar bakımından bir sınırlama getirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>779</sup>. Kanaatimizce bu şekilde, her bir borç için öngörülen miktar sınırlamaları geçerli olmakla beraber, kapsamın belirsizliğinden kaynaklanan riskleri devralan tarafın üstlenmesi yerinde olacaktır. Örneğin tarafların belirli bir miktara kadar olan borçların devralana geçeceğini kararlaştırmaları halinde, asıl borcun belirtilen sınırın altında kalmasına rağmen borcun daha sonra işleyen faiz

<sup>775</sup> Arkan s.46. Kendigelen ise “*pasiflerin aksine, ticari işletmenin malvarlığına dahil tüm aktif unsurların bu devir kapsamında yer alması zorunlu olduğu gibi bir sonuca varılmamalıdır*” diyerek benzer bir görüşü kabul etmiş görünmektedir. Bkz. Kendigelen (Ülgen) s.171. Aynı görüş daha sonra açıkça tekrar edilmiştir. Bkz. Kendigelen (Ülgen) s.176.

<sup>776</sup> Kendigelen (Ülgen) s.176.

<sup>777</sup> Resmi Gazete sayısı 2128.

<sup>778</sup> Arıcı s.186.

<sup>779</sup> Arıcı s.186.

veya diğ er bir sebep ile belirtilen sınırları aşması halinde, devralan borcu devralmış sayılmalıdır. Aksinin kabulü sınırın belirsizliğinin riskini alacaklıların üstlenmesini sonucunu doğuracaktır.

Borçların kapsam dışında bırakılması için ticari işletme devri sırasında hangi borçların devir kapsamı dışında bırakıldığı, diğ er bir ifade ile hangi borçların devredende kalmaya devam edeceği TTSG’de yapılacak ilanda veya alacaklılara yapılacak ihbarda açıkça bildirilmelidir<sup>780</sup>. Yapılacak ihbarın açık ve anlaşılır olması gerekir<sup>781</sup>. Söz konusu bildirim yapıldığ ının ispatlanması bakımından ispat yükü devralandadır ve bildirimde açık olmayan hükümler devralanın aleyhine yorumlanmalıdır<sup>782</sup>. Bu bağlamda, kapsam dışı bırakıldığı ihbar veya ilandan açıkça anlaşılmayan borçların devralana devredildiğ i sonucuna varılacaktır<sup>783</sup>. Bu bağlamda, devredilmeyecek borçların ilan veya ihbarda açıkça gösterilmesinin tereddütleri kaldırmak bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir<sup>784</sup>.

Hangi borçların kapsam dışı bırakıldığı nın belirlenmesi bakımından bir devir bilançosu hazırlanması ve bu bilançoya atıf yapılması yeterli açıklığı sağlamadığ ı için devredilecek borçların kapsamının belirlenmesi bakımından yeterli olmadığ ı belirtilmektedir<sup>785</sup>. Ancak bilançonun ilanda veya ihbarda yer alması halinde artık bu bilançoya yapılan atıf yeterli açıklığı sağlamış olacaktır<sup>786</sup>.

Altını çizmek isteriz ki, tarafların bir borcu devir kapsamı dışında bırakması, taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan def’ilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğ i anlamına gelmez. Diğ er bir ifade ile taraflar borcun devredenden devralana geçeceğini öngörmemiş ise bu durumda borç devredilmediğ i için devralan bu borçtan hiç bir şekilde sorumlu olmayacaktır. Ancak tarafların devir kapsamından çıkarmadıkları, dolayısıyla devir kapsamına dahil olan bir borç bakımından tarafların sözleşmede kararlaşt ırdıkları bir savunma (örneğin tarafların borçtan yarı yarıya sorumlu oldukları şeklinde bir savunma) alacaklıya karşı ileri sürülemeyecektir<sup>787</sup>.

<sup>780</sup> Acemoğ lu, **Ticari İşletme Devri** s.117, Arıcı s.185, CR CO I- Probst s.1272, Turin s.17. İlan ve ihbar yapılmaması halinde borç devralana geçmeyecek, taraflar arasındaki bu sözleşme hükmü daha sonra müteselsil sorumluluktan kaynaklanan rücu ilişkisi bakımından sonuç doğuracaktır.

<sup>781</sup> Acemoğ lu, **Ticari İşletme Devri**, s.118.

<sup>782</sup> CR CO I- Probst s.1272.

<sup>783</sup> Acemoğ lu, **Ticari İşletme Devri**, s.118.

<sup>784</sup> Acemoğ lu, **Ticari İşletme Devri**, s.118.

<sup>785</sup> CR CO I- Probst s.1272, Acemoğ lu, **Ticari İşletmenin Devri** s.199, Arıcı s.186.

<sup>786</sup> Arıcı s.186.

<sup>787</sup> Ancak böyle bir savunmanın iç ilişkideki rücu ilişkisi bakımından dikkate alınacağı açıktır.

### 3. Taraflar ticari işletme borçlarının tamamını kapsam dışında bırakamazlar

Her ne kadar taraflar, borçların bir kısmını ticari işletme devrinin kapsamı dışında bırakabilirse de, bu imkanın sınırları ayrıca incelenmelidir. Diğer bir ifade ile, tarafların ticari işletme devrinde bütün borçları kapsam dışında bırakması mümkün müdür? Doktrinde Acemoğlu tarafından ileri sürülen teminat teorisi bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Diğer yandan Türk Hukuku'nda özellikle Arıcı teminat teorisine yönelik eleştiriler getirerek tarafların borçların tamamını kapsam dışında bırakabileceğini belirtmektedir. Bu bölümde önce teminat teorisi kısaca açıklandıktan sonra, bu teoriye yönelik eleştiriler nakledilecektir. Ardından kısaca kendi değerlendirmelerimizi belirtmeye çalışacağız.

#### a) Borçların Tamamının Kapsam Dışı Bırakılamayacağı Görüşü (Teminat Teorisi)

Türk Hukuku'nda birçok yazar tarafından da benimsenen teminat teorisi, ticari işletme devrinde yalnızca aktiflerin devredilmesini ve ticari işletmeye dahil borçların tamamının kapsam dışı bırakılmasını kabul etmemektedir<sup>788</sup>. Teminat teorisi<sup>789</sup> olarak tanımlanan bu görüşü kabul eden yazarlara göre bir ticari işletmedeki aktifler, ticari işletmenin borçları bakımından doğal teminat niteliğinde olduğundan borçların tamamının devir kapsamı dışında bırakılması mümkün olmamalıdır<sup>790</sup>.

Teminat teorisi uyarınca tüm pasiflerin kapsam dışı bırakılamayacağı görüşünün dayandığı noktalardan biri de, devir işleminin kanundan kaynaklanan ve tarafların zımnî iradelerinden bağımsız bir devir olmasıdır. Bu bağlamda, TBK m.202 uyarınca borç devri zorunlu ve kanuni nitelikte olduğu için tarafların pasifleri kapsam dışında bırakması mümkün olmayacaktır<sup>791</sup>.

Acemoğlu'na göre, EBK m.179'da (TBK m.202) yer alan “ *bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile devralan*” ifadesi, ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi zorunluluğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla bu ifadenin amacı, maddenin uygulama

<sup>788</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.35 vd., Arkan s.45, Karahan s.34, Kendigelen (Ülgen) s.170. Belirtmek gerekir ki bu görüş Türk Hukuku'na özgü değildir. İsviçre Hukuku'nda da pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Turin s.10, CO-I Probst s.1272.

<sup>789</sup> Öz haklı olarak burada teknik anlamda bir teminatın bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. Öz s.114.

<sup>790</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.35 vd., Karahan s.34, Kendigelen (Ülgen) s.170.

<sup>791</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.39, Arkan s.45. Örneğin devralanın bilmediği borçlardan dahi sorumlu olduğu bir sistemde bu borçları kapsam dışı bırakmanın mümkün olmadığını belirtmektedir.



alanının yalnızca hem aktiflerin hem de pasiflerin kapsam dahilinde olduğu devir işlemleri ile sınırlı olduğunu belirtmek değildir<sup>792</sup>. Bu görüşe göre zaten aktif ve pasifleri bulunmayan bir malvarlığı bütünün ticari işletme teşkil etmesi mümkün olmadığından madde metninin bu durumu vurguladığını kabul etmek yerinde olacaktır<sup>793</sup>.

Teminat teorisini kabul eden yazarlara göre, ticari işletmenin devri alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından büyük riskler barındırmaktadır. Özellikle devrin ivazsız veya küçük bir ivaz karşılığı yapılması halinde devreden alacaklılarının durumu daha riskli hale gelecektir<sup>794</sup>. Bu risk karşısında alacaklıların tek imkanı İİK m.280 uyarınca tasarrufun iptali davası açmak olacaktır ki, bu durum yeterli bir koruma sağlamaması bakımından eleştirilmektedir<sup>795</sup>. Üstelik tasarrufun iptali davası açma imkanının kullanılması alacaklılar bakımından bazı zorluklar taşıdığından<sup>796</sup> böyle bir sonucun alacaklıların korunmasını hedef tutan TBK m.202 düzenlemesi ile bağdaşmadığı belirtilmektedir<sup>797</sup>. Buna paralel olarak, borçların devir kapsamı dışında bırakılmasının alacaklıların TBK m.202’de belirtilen imkandan yararlanmasını engellediği ve bu nedenle de kanunu dolanma amacı taşıdığı da savunulmaktadır<sup>798</sup>.

Teminat teorisini kabul eden görüş uyarınca, ticari işletme devrinde borçların tamamının kapsam dışında olacağına yönelik bir sözleşme hükmü geçersiz olacaktır<sup>799</sup>. Bu görüşe göre üçüncü kişileri ilgilendiren böyle bir konudaki düzenlemenin emredici hükme aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olması gerekmektedir<sup>800</sup>. Bu durumda borçların devredilmeyeceğine ilişkin hüküm geçersiz olacaktır, ticari işletmeye dahil tüm borçlar TBK m.202 kapsamında devralana

<sup>792</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.39.

<sup>793</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.39.

<sup>794</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.35.

<sup>795</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.36.

<sup>796</sup> Bu zorluklara örnek olarak tasarrufun iptali davası için borçlunun takip edilmesi ve takip sonunda alacaklının aciz vesikası alınması zorunluluğu gösterilebilir.

<sup>797</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.36, Kendigelen (Ülgen) s.170.

<sup>798</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.41.

<sup>799</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.40, Karahan s.34, Kendigelen (Ülgen) s.171. Acemoğlu, bu yönde bir sözleşmenin geçersiz olacağına kanunda açıkça belirtilmemesinin bir eksiklik olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.40. Arıcı ise maddenin emredici nitelikte olmaması sebebiyle gerçekte bir kanun boşluğu bulunmadığını belirtmektedir. Arıcı s.146.

<sup>800</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.40, Kendigelen (Ülgen) s.171. Belirtmek isteriz ki, geçersizlik yalnızca borçların kapsam dışında bırakılması hükmüne ilişkin olup, ticari işletme devri sözleşmesinin tamamının geçersiz olması sonucunu doğurmamaktadır. Bkz. Kendigelen (Ülgen) s.171.

gececek ve alacaklılar, tasarrufun iptali davası açmalarına gerek olmadan devralana başvurma imkanına sahip olacaklardır<sup>801</sup>.

### **b) Borçların Tamamının Kapsamı Dışında Bırakılabileceği Yönündeki Görüş**

Teminat teorisine karşı doktrindeki en kapsamlı eleştiriler Arıcı tarafından dile getirilmiştir. Arıcı'nın teminat teorisine ilişkin eleştirilerini şu başlıklar halinde özetlemek mümkündür<sup>802</sup>:

- Arıcı'ya göre TBK m.202'nin (EBK m.179) lafzı borçların kapsam dışı bırakılabileceğine işaret etmektedir; zira TBK m.202 "*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan...*" diyerek maddenin yalnızca aktif ve pasiflerin birlikte devralınması halinde uygulanacağını belirtmektedir. Madde hükmünün aksi ifadesinden yalnızca aktiflerin devralınması durumunda artık TBK m.202 sisteminin uygulanmayacağı anlaşılmaktadır<sup>803</sup>.
- TBK m.202'nin kanundaki yeri de böyle bir yorumu teyit etmektedir. Arıcı'nın belirttiği üzere madde, borcun dış üstlenilmesi başlığı altında incelenmeli ve yalnızca dış üstlenmenin gerçekleşmesi için alacaklının onayının alınması şartının istisnası olarak değerlendirilmelidir<sup>804</sup>. Yoksa bu madde ile borçların her koşulda alacaklıları takip etmesi, yani alacakların kaderini borçlara bağlama gayesi bulunmamaktadır.
- Ticari işletmenin iktisadi bütünlüğünün muhafaza edilebilmesi için borçların devir kapsamında bulunması zorunluluğu yoktur. İktisadi açıdan bakıldığında borçların devre dahil edilmesi gerekliliği, hükmün emredici nitelik kazanması için yeterli değildir.
- Teminat teorisi, ticari işletme devri ile bağlantılı İİK m.280 düzenlemesi ile de uyumsuzdur. İİK m.280 uyarınca iptal kararı alan alacaklı yalnızca ticari işletmeye dahil aktifleri paraya çevirme hakkı kazanmakta olup devralanın diğer malvarlığı unsurlarına

<sup>801</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.38, Kendigelen (Ülgen) s.171.

<sup>802</sup> Arıcı'nın dile getirdiği eleştirilerin tamamı için bkz. Arıcı s.144 vd.

<sup>803</sup> Arıcı s.144.

<sup>804</sup> Arıcı s.147.

başvuramamaktadır<sup>805</sup>. Bu açıdan bakıldığında devralanın sorumluluğu devraldığı ticari işletmenin aktifleri ile sınırlı olmaktadır<sup>806</sup>.

- Arıcı'nın görüşüne göre işletmenin borçlarının işletmenin bütünlüğü bakımından zorunlu unsur olduğunu kabul etmek mümkün değildir<sup>807</sup>. Her işletme için bu durumu ayrıca değerlendirmek gerekir. İşletme bütünlüğü açısından dikkate alınması gereken tek husus işletmenin devamının sağlanabilecek olmasıdır. Ancak her borcun işletmenin bütünlüğü varlığı için zorunlu nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin işletmeye dahil bir aracın kaza yapması sonucunda ortaya çıkan haksız fiil zararının işletmenin devamı için bir zorunluluk olduğu söylenemez. İşletme faaliyetleri ile dolaylı şekilde bağlantılı borçlar bakımından ise borçların işletmenin devamı için önem taşımadığı belirtilmektedir. Örneğin alınan krediler, işletme için alınan cihazların bedelleri gibi işletmenin faaliyeti ile dolaylı olarak ilişkili borçların devralana geçmesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Arıcı'ya göre aksinin kabulü ticari işletmeyi devralanın kendi yönetim ilkelerini uygulamasını zorlaştırarak ticari işletme devrinin bir yeniden yapılanma modeli işlevine zarar verecektir<sup>808</sup>.

Ticari işletme bakımından önem taşıyan borçlar, ticari işletmenin faaliyet alanına girenlerdir ve bu borçların devredilmesi gerekmektedir<sup>809</sup>. Ancak Arıcı'ya göre bu borçların devreden tarafından ifa edilmesi ticari ahlaktan kaynaklanan bir durumdur ve bu konuda hukuken bir zorunluluk yoktur<sup>810</sup>.

- Teminat teorisinin reddi halinde ticari işletme devrinde tüm borçların devir kapsamı dışında bırakılması mümkün olacaktır. Bu durumda ise ticari işletmenin faaliyet konusu ile bağlantılı olan borçların ifa edilmesi mümkün olmayacak ve subjektif imkansızlık ortaya çıkacağı Arıcı tarafından da kabul edilmektedir<sup>811</sup>. Ne var ki, borcun üçüncü kişi

---

<sup>805</sup> Arıcı s.154.

<sup>806</sup> Arıcı s.154.

<sup>807</sup> Arıcı s.157.

<sup>808</sup> Arıcı s.159.

<sup>809</sup> Arıcı s.158.

<sup>810</sup> Arıcı s.158.

<sup>811</sup> Arıcı s.160.

tarafından ifa edilmesinin veya alacaklı ile anlaşarak yalnızca ilgili borç bakımından borcun üstlenilmesi yoluyla bu sakıncanın giderilebileceği iddia edilmektedir<sup>812</sup>.

### c) Değerlendirmemiz

#### i. Teminat Teorisine Yönelik Eleştirilerimiz

Öncelikle Acemoğlu'nun devrin kanundan kaynaklanması sebebiyle borçların tamamının kapsam dışı bırakılamayacağı görüşüne katılmıyoruz. Öncelikle, bir devrin kanuni olması tamamen taraf iradelerinden bağımsız olduğu anlamına gelmemektedir. Borcun devir işleminin kanun gereği olması halinde dahi taraf iradeleri önem taşır. Örneğin bölünme işleminde, borçların geçişi kanun gereği olmakla beraber hangi borçların geçeceği bölünmeye katılacak şirketlerin hazırlayacağı bölünme sözleşmesinde düzenlenir<sup>813</sup>. Aynı şekilde TTK m.11 uyarınca aktif malvarlığı unsurlarının kanun gereği devralana geçmesine rağmen hangi aktiflerin devir kapsamında olacağı taraf iradeleri uyarınca belirlenir. Nitekim Acemoğlu da, tarafların sözleşme ile kararlaştırmaları ve yapacakları ilan veya ihtar vasıtasıyla bildirmeleri şartıyla bazı borçları devir kapsamı dışında bırakabileceklerini belirtmektedir<sup>814</sup>. Bu durumda, TBK m.202 kapsamındaki düzenlemenin kanuni geçiş olması nedeniyle devrin taraf iradelerinden bağımsız olduğunu söylemek çelişkili olacaktır.

Acemoğlu'nun teminat teorisini savunmak için ileri sürdüğü görüşlerden bir diğeri de aktifler ve pasifler arasında sıkı bir bağ bulunmasıdır. Ancak, aktifler ile pasifler arasında böyle bir bağ olduğu düşüncesi, ticari işletmenin kendine ait borçları olduğu şeklinde bir yoruma yol açabilir<sup>815</sup>. Arıcı'nın da haklı olarak belirttiği üzere, aktifler ile pasifler arasında bu şekilde bir bağ kurulması, kişiler hukukunun ilkeleri ile bağdaşmamakta, ticari işletmenin tüzel kişiliği varmış gibi bir görüntü oluşturmaktadır. Halbuki bir hukuk kişisi olmayan ticari işletmenin kendi borçları ve hakları bulunmamakta, faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan hak ve borçlar işletmeyi işleten tacire ait olmaktadır. Bu şartlar altında ticari işletmenin devri ile birlikte tüm

---

<sup>812</sup> Arıcı s.160.

<sup>813</sup> Çebi s.229.

<sup>814</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletme Devri** s.117.

<sup>815</sup> Arıcı s.153.

hak ve borçlarının devralana geçmesi zorunluluğu ticari işletmeyi bir hak süjesi olarak görmekte ve kişiler hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir<sup>816</sup>.

## **ii. Borçların Tamamının Kapsam Dışı Bırakabileceği Görüşüne Yönelik Eleştirilerimiz**

Diğer yandan teminat teorisine yönelik eleştirilerin de bazılarında katılmak mümkün değildir. Öncelikle ticari işletmenin devrinde borçların bazılarının devredilmesi ticari işletmenin bütünlüğünü koruması bakımından vazgeçilmez niteliktedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere ticari işletme devri, salt bir mülkiyet devri sözleşmesi olmayıp belirli bir organizasyonun devrine yöneliktir. Bu organizasyonun devri için bazı malvarlığı unsurlarının devredilmesi zorunluluğu, “ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi” olarak kanunda varlık bulmuştur. Bu durumda, ticari işletmenin bütünlüğü bakımından devri zorunlu olan aktifler devredilirken bu aktifler ile sıkı bağlantı içerisindeki pasiflerin kapsam dışı bırakılması, ticari işletme devrinin organizasyonun devrini hedef tutan yapısına uygun düşmemektedir. Bu mülahazalar uyarınca, iktisadi açıdan ticari işletme devrinde zorunlu bir unsur olan borçların devrinin de, bir emredici kural haline geldiğini söylemek yerinde olacaktır. Aksinin kabulü ticari işletme devri sözleşmesini iktisadi amacından çıkartıp salt satım sözleşmesi haline getirecektir ki, TTK-TBK sistemindeki düzenlemelerin amacı bu değildir.

Diğer yandan teminat teorisine yönelik eleştirilerin de bazı konularda eksik kaldığını düşünmekteyiz. Her şeyden önce bir ticari işletmenin hem TTK m.11’de hem de Ticaret Sicil Yönetmeliği m.133’de vurgulanan bütünlüğü ilkesi borçların devrini de gerektirmektedir. İşletme bir organizasyon olarak aktifleri ve borçları ile bir bütün oluşturmaktadır ve borçları bu bütünden çıkarmak işletmenin bütünlüğünü zedeleyecek niteliktedir. Kanaatimizce ticari işletme devrinin özel olarak düzenlenmesi ve bütünlük ilkesine vurgu yapılması, işletme devrinin aktifleri ve borçları ile işleyen bir bütün olarak devredilmesinin hem sözleşme tarafları hem alacaklılar hem de ekonomi için öneminin bulunmasındadır. İşletme bütünlüğünün korunması yalnızca taraf menfaatini gözeten bir hüküm olsaydı bu takdirde kanun ticari işletme devrinde aktif ve borçların geçişi bakımından özel bir rejim öngörmezdi. Diğer bir ifade ile bir aktifin veya bir borcun devri ile ticari işletme devri arasındaki fark ticari işletmenin işleyen bir bütün olarak devredilmesine imkan

<sup>816</sup> Aynı görüşte bkz. Arıcı s.153.

tanımaktır. Halbuki borçların tamamının veya önemli bir kısmının kapsam dışında bırakılması halinde bu işleyen bütün bozulmuş olacak ve alacaklılar zarar görecektir. Bu ise kanaatimizce Kanun Koyucunun ticari işletme devrine biçtiği role uygun düşmemektedir.

### iii. Ara Değerlendirme Sonucumuz

Sonuç olarak ticari işletme devri salt bir malvarlığı devri değil, bir organizasyonun devridir. Gerek TTK m.11 gerekse TBK m.202'nin ticari işletme devri bakımından özel bir düzenleme getirmesindeki amaç, bu organizasyonun muhafaza edilerek sürdürülmesine imkan tanımaktır. Bu nedenle salt satım sözleşmesi veya borcun devri için getirilen şekil şartları bertaraf edilirken TBK m.202 vasıtasıyla alacaklılar bakımından özel bir koruma getirilmiştir. Ticari işletmenin bir organizasyon olarak tanımlanması karşısında bu organizasyonun ayrılmaz parçası olan borçların tamamının kapsam dışı bırakılmayacağı görüşündeyiz.

Borçların tamamının kapsam dışı bırakılmasının TTK sistemine uygun düşmemesi yanında pratik açıdan da bazı pratik sakıncalar içerdiğini düşünmekteyiz. Öncelikle borçların tamamının kapsam dışında bırakılmasının alacaklılar için getirdiği yükün azımsanmaması gerekir. Arıcı'ya göre, piyasa koşullarında yapılan devir işlemlerinde devredilen işletmenin bir karşılığının alınması sebebiyle alacaklılar ticari işletme karşılığında gelen kaim değere başvurma imkanına sahiptirler<sup>817</sup>. Piyasa koşullarında yapılmayan işlemlerde ise alacaklılara tanınan kolaylaştırılmış tasarrufun iptali davası ile alacaklıların hakları için yeterli koruma sağlanmış olmaktadır<sup>818</sup>.

Ne var ki, kanaatimizce bu yorum devrin riskinin tamamının alacaklılar tarafından yüklenilmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda tüm borçlar bakımından alacaklıların ifası tehlike altına girecek, taraflar tazminat davası açmak zorunda kalacak, daha sonra tahsil edilemeyen tazminatlar için iptal davası açılması gerekecektir. Üstelik daha önceden yapılacak bir ilan ile iptal davasının açılmasının da önüne geçilmesi mümkün olacaktır. Bu sonuç ise menfaatler dengesine aykırı olacaktır.

---

<sup>817</sup> Arıcı s.151.

<sup>818</sup> Arıcı s.151.

Savunduğumuz görüşe yönelik olarak, belirli bir borcun kapsam dışında bırakılmasına izin verilirken, bütün borçların kapsam dışında bırakılmasına izin verilmesinin bir çelişki olduğu şeklinde bir eleştiri yöneltilebilir. Ancak, aktiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasında kanun belirli sınırlar getirmişse bazı borçların da kapsam dışında bırakılmasında da aynı sınırların uygulanabileceğini söylemek kanaatimizce bu çelişkiyi giderecek niteliktedir.

Bu noktada Arıcı'nın teminat teorisinin tarafların irade serbestisini sınırladığı yönündeki eleştirisine<sup>819</sup> de değinmek gerekmektedir. Gerçekten de anılan teori, borçların tamamının kapsam dışında bırakılması yönündeki taraf iradelerini sınırlamaktadır. Ancak, söz konusu sınırlamanın TTK sistemine uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, ticari işletme devrinin alacaklılara zarar verme riski ve ekonomik bakımdan önemi karşısında, tarafların devrin içeriğini belirleme özgürlüğü (irade serbestisi ilkesi) bütünlük ilkesinin kabul edilmesi ile zaten sınırlanmıştır<sup>820</sup>. Bu nedenle teminat teorisinin irade serbestisini sınırladığı görüşünü kabul etmekle beraber bunun kanunun iradesine uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Kanaatimizce, Arıcı'nın teminat teorisinin İİK m.280 ile uyumlu olmadığı şeklindeki görüşüne<sup>821</sup> de katılmak mümkün değildir. Arıcı, TBK m.202'de ilan veya ihbarda bulunanın borçlardan tüm malvarlığı ile sorumlu olurken İİK m.280 uyarınca ihbarda bulunmayan tarafın yalnızca devraldığı malvarlığı ile sorumlu olacağını belirtmektedir. Öncelikle, bu maddede kapsamında korunacak kişiler farklıdır. TBK m.202 ancak devredilen borçlar bakımından bir koruma getirirken, İİK m.280 devreden devir kapsamında bulunmayan alacaklarına ilişkin koruyucu bir hükümdür. Ayrıca söz konusu iki maddenin getirdiği ilan şekilleri de farklıdır. TBK m.202 uyarınca ilan veya ihbar devirden sonra yapılırken İİK m.280 uyarınca ilan en az üç ay evvel devirden önce yapılır. Özetle korudukları kişiler ve ilan şekilleri bakımından birbirinden farklı olan iki hükmün yaptırımlarının birbirinden farklı olması sebebiyle bir tutarsızlık oluştuğunu söylemek kanaatimizce yerinde olmayacaktır.

---

<sup>819</sup> Arıcı s.148.

<sup>820</sup> TTK döneminde bütünlük ilkesini düzenleyen TTK m.11 ve Ticaret Sicil Yönetmeliği m.133 f.2 (c) karşısında, ETTK zamanında ticari işletme devrinde irade serbestisi ilkesinden bahsedilse de TTK bakımından bu ilkenin önemli şekilde sınırlandığı söylenebilir.

<sup>821</sup> Arıcı s.154.

Sonuç olarak, teminat teorisine yöneltilen bazı eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır. Gerçekten de, teminat teorisinin temelinde yatan aktif ve pasiflerin birbirini takip edeceği görüşü ticari işletmeye neredeyse bir tüzel kişilik atfetmesi sebebiyle kişiler hukuku ilkelerine uygun değildir. Ayrıca devrin kanuni olması sebebiyle taraf iradelerinin önem taşımadığı şeklindeki görüşü de kabul etmek mümkün değildir. Ancak bütün bu eleştirilere rağmen bir işletmenin bütünlüğü içerisinde aktiflerin yanında pasiflerin de bulunduğu ve ticari işletme devrinin bu bütünlüğü koruduğu ölçüde özel bir devir rejiminden yararlandığı dikkate alındığında tüm borçların kapsam dışında bırakılmayacağı sonucuna varmanın yerinde olacağını düşünüyoruz.

Kanaatimizce taraflar bazı borçları ilan veya ihbar yoluyla alacaklılara bildirmek şartıyla devir kapsamından çıkartabilirlerse de tarafların bu serbestisinin işletme bütünlüğü ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>822</sup>. Bu nedenle taraflar tüm borçlarını kapsam dışında bırakamayacakları gibi, işletmenin oluşması veya faaliyetlerini devam ettirmesi sırasında esaslı unsur olan fiil ve işlemler sonucunda ortaya çıkan borçları da kapsam dışında bırakamayacaklardır. Örneğin ticari işletmenin sunduğu hizmetler veya sattığı mallara ilişkin sözleşmelerden, esaslı aktiflerin iktisabına ilişkin sözleşmelerden veya ticari işletmenin esas faaliyetleri sırasında mutad olarak ortaya çıkan haksız fiillerden doğan borçların işletme bütünlüğü içerisinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Ancak yine de hangi borçların işletmenin bütünlüğü bakımından vazgeçilmez nitelikte olduğu somut olayda işletmenin niteliğine göre dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Kapsam dışında bırakılması işletme bütünlüğünü bozacak borçların kapsam dışında bırakılmasına ilişkin hükümler üçüncü kişilere karşı geçersiz olacak ve borç ticari işletmeyi devralana geçecektir. Ancak bu durumda dahi devralan daha sonra iç ilişkide devredene rücu imkanını muhafaza edecektir.

### **E. Borçların Geçiş Anı Sorunu**

Ticari işletme devri sözleşmesinin kurulması ile birlikte iç yüklenme gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, devir konusu borç henüz ticari işletmeyi devralana geçmemiştir. Zira borcun dış üstlenilmesi işleminin yerini tutan, alacaklılara yönelik

<sup>822</sup> Aynı görüşte Ayhan/Özdamar/Çağlayan s.118.



ilan veya ihbar henüz yapılmamıştır. TBK m.202 “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur*” demektedir. Buna göre bir ticari işletmenin devri kapsamında ticari işletmeye dahil borçların devredilebilmesi için TTSG’de devrin ilan edilmesi veya alacaklılara bildirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de borçların devralana geçiş anı ilan veya ihbarın yapıldığı andır<sup>823</sup>.

Bu noktada mehzaz kanun niteliğinde olan İsviçre’deki düzenlemeye de değinmek gerekmektedir. İsviçre Hukuku bakımından borçların geçiş anı, soruna uygulanacak hükme göre farklı şekilde çözümlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ticaret siciline kayıtlı olmayan kişilere ait işletmelerin devrinde TBK m.202 hükmünün mehzazı niteliğinde İsviçre Borçlar Kanunu m.181 hükmü uygulanacaktır. İsviçre Borçlar Kanunu m.181 uyarınca ise borçların geçişi devir sözleşmesinin ilan edilmesi veya alacaklılara ihbar anında gerçekleşecektir<sup>824</sup>. Bu açıdan İsviçre Hukuku’ndaki düzenleme ile Türk Hukuku’ndaki düzenleme birbiri ile uyumludur.

Ne var ki, İsviçre Hukuku’nda yeniden yapılandırma işlemlerini düzenleyen temel kanun olan ve ticaret siciline tescil edilmiş işletmeler bakımından zorunlu olarak uygulanan<sup>825</sup> İsviçre Birleşmeler Kanunu kapsamında malvarlığı unsurlarının devri bakımından farklı bir sonuca varılmaktadır. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.73 uyarınca malvarlığı devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte tüm hukuki sonuçlar doğmaktadır. Bu nedenle malvarlığı devri kapsamında bir borcun devredilmesi halinde devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte borçlar, ilan veya ihbarın yapılmasından önce devralana geçecektir. Bu açıdan

<sup>823</sup> Arıcı s.193, Arkan s.45, Kılıçoğlu s.822, Oğuzman/Öz s.614. Öz TTK m.11 f.3 ile TBK m.202 arasında çelişki bulunmasına rağmen iki kanunun aynı anda yasalaşması sebebiyle TTK’nın sonraki kanun sayılamayacağını, üstelik TBK’nın işletmenin tüm malvarlığı unsurlarına değil de borçlarına yönelik bir hüküm sevk etmesi sebebiyle TTK’nın özel hüküm de olmadığını belirttikten sonra TBK m.202’nin uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. Öz s.116.

<sup>824</sup> Turin s.63, CO I- Probst s.1275.

<sup>825</sup> Turin s.64.

malvarlığı devri hükümleri, borcun devri için ilan veya ihbarın yapılması anını esas alan İsviçre Borçlar Kanunu m.181 düzenlemesinden ayrılmaktadır<sup>826</sup>.

Kanaatimizce İsviçre Birleşmeler Kanunu tarafından benimsenen bu sistem gerek kuramsal olarak gerekse pratik açıdan Türk Hukuku bakımından da benimsenmelidir<sup>827</sup>. TTK uyarınca ticari işletme devri sözleşmesi de aktiflerin devri bakımından sonuçlarını aynen İsviçre Birleşmeler Kanunu'nda olduğu gibi ticaret siciline tescil ile doğurmaktadır. Borçların geçişi için tescil anının değil de ilan veya ihbar anının esas alınması, aktif ve pasiflerin farklı zamanlarda devredilmesi sonucunu doğuracağından TTK sistemi ile öngörülen amaca uygun düşmemektedir.

Öte yandan, devir sözleşmesinin tescil edilmesi anında aktiflerin geçişine imkan tanıyan bir sistemde pasiflerin geçişi için ilan veya ihbar anını esas almak alacaklıların korunması bakımından bazı sakıncalar içermektedir; zira bu durumda devreden alacaklıları bakımından doğal teminat niteliğinde olan malvarlığının aktif unsurları devredilmiş olmakla beraber devralanın ticari işletmeye dahil borçlardan sorumluluğu henüz başlamamış olacaktır. Bu ise alacaklıların alacakları için ticari işletmenin malvarlığı unsurlarını paraya çevirme imkanından yoksun kaldığı bir zaman dilimi oluşmasına sebep olmaktadır. Elbette ki, alacaklılara ihbar veya TTSG'de ilan yapılması usuli bir işlem olup kural olarak kısa sürede tamamlanabilir. Ancak, özellikle ilan yapılması sırasında bir sorun çıkması durumunda, sorunda ilan yapılması veya geç yapılması riski alacaklılar üzerinde kalmaktadır ki, bu TBK m.202 sisteminin öngördüğü amaca uygun düşmeyecektir.

Gerçekten de, alacaklı menfaatlerinin korunması bakımından borçların hangi anda devralana geçtiğinin açık ve belirli bir an olması gerekmektedir. Aksi takdirde sorumluluğun hangi anda başladığının tespit edilememesi sebebiyle ortaya çıkacak belirsizlik sebebiyle alacaklıların zarar görmesi riski bulunmaktadır. EBK-ETTK sisteminde aktiflerin devri cüz'i halefiyet ilkesine göre yapıldığından devir işlemleri belirli bir sürece yayılmaktaydı. Bunun sonucu olaraksa ticari işletmenin devredildiği belirli bir anın tespit edilmesi çoğu zaman mümkün olmamaktaydı. O yüzden EBK sisteminde devir anı için ilan veya ihbarın yapıldığı an dışında borçların devri için esas alınacak bir tarih bulunmadığından ilan veya ihbar tarihinin esas alınması pratik

<sup>826</sup> Tercier, **Droit des Obligations**, s.321, Turin s.63. Ancak doktrinde aksi görüşler de bulunmaktadır. Devir işlemi ticaret sicil gazetesinde yayınlanana kadar devralanın borçlu sıfatı kazanamayacağı yönünde bkz. Phillipin, **Question Choisie** s.15.

<sup>827</sup> Aynı görüşte Öz s.116.

bir ihtiyacı karşılamaktaydı. Ne var ki, TTK sisteminde ticari işletmenin aktiflerinin devir sözleşmesinin tescil edilmesi ile bir bütün halinde devredilmesi karşısında artık ilan veya ihbar tarihinin esas alınması bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır; zira TTK sisteminde ticari işletmenin devredildiği belirli ve açık bir an vardır ki o da devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil anıdır. Bu nedenle de EBK m.179 sisteminde bir değişikliğe gitmekte ve borçların geçiş anı olarak tescil anını kabul etmekte kanaatimizce herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Belirtmek isteriz ki, borçların devri konusundaki görüşümüz olması gereken hukuk bakımındandır. TBK m.202 lafzının borçların devri için ilan veya ihbar tarihini esas aldığı açıktır. Her ne kadar Ticaret Sicili Yönetmeliği m.133 f.3 ticari işletme devir sözleşmesinin tescil ile birlikte sonuçlarını doğuracağını belirtmekteyse de kanunun açık hükmü karşısında yönetmeliği esas alma imkanı da bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK m.202’de değişiklik yapılarak, İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte borcun devralana geçeceği bir sistemin kabul edilmesi yerinde olacaktır<sup>828</sup>.

ETTK döneminde borçların devrinin gerçekleşmesi için, ticari işletmenin aktif unsurlarının devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin yapılmasının zorunlu olup olmadığı yönünde bir tartışma bulunmaktaydı<sup>829</sup>. Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde borçların devri aktiflerin devrinden önce gerçekleşmeyecek, diğer bir ifade ile aktiflerin devredildiği an borçların geçişi anına etki edecektir. Bu konuda Acemoğlu, devreden tarafın ticari işletmenin aktif unsurlarını devretmediği müddetçe, TTSG’de ilan yapılmış olsa dahi borçlardan sorumlu olmayacağını belirtmektedir<sup>830</sup>. Kanaatimizce bu tartışma TTK bakımından önemini büyük oranda kaybetmiştir. TBK m.202, uyarınca TTK uyarınca ticari işletme devri sözleşmesi ticaret siciline tescil edildiği anda ticari işletmenin aktifleri devralana ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin

<sup>828</sup> Yine ekleme gerekir ki, ticaret siciline tescil anının esas alınması yalnızca borcun devredenden devralana geçişi bakımından önem taşımaktadır. Yoksa müteselsil sorumluluğun süresinin hesaplanmasında devir sırasında muaccel olan borçlar için TBK m.202’de olduğu gibi ilan veya ihbarın yapıldığı tarihin başlangıç olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim, borçların devri için devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilme anını esas alan İsviçre Birleşmeler Kanunu dahi müteselsil sorumluluk süresinin başlangıcı için ilan veya ihbarın yapıldığı anı esas almaktadır (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75 f.2).

<sup>829</sup> Arıcı s.180.

<sup>830</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.46 vd. Acemoğlu bu durumu “*devralanın sorumluluğunun başlamasını devir sözleşmesinin değil, bunun ifasının ihbarına bağlamayı teklif ediyoruz*” şeklinde ifade etmektedir.

yapılmasına gerek olmaksızın devredilmiş olacaktır. Bu durumda ise tescil ile aktiflerin devri hakim görüşe göre borçların devri anı olan ilandan önce gerçekleşecektir. Bizim önerdiğimiz sistemde ise tescil ile birlikte hem aktifler hem de borçlar devralana geçmiş olacaktır. Hangi sonuç kabul edilirse edilsin TTK m.11 f.3 uyarınca aktiflerin devri, borçların devrinden önce veya en geç borçların devri ile birlikte gerçekleşmiş olacaktır<sup>831</sup>.

Borcun geçiş anı bakımından ilanın yapılması gerektiği kabul edilmekle beraber, doktrinde ilan veya bildirim yapılmamasına karşın, devirden bir şekilde haberdar olan kişiler için de devrin sonuçlarının uygulanabileceğini belirtmektedir<sup>832</sup>. Her ne kadar kanunun ifadesi, borçların devrinin gerçekleşmesi için mutlaka ilan veya ihbarın yapılmasının aranacağı şeklinde yorumlanmaya müsaitse de, ticari işletmeyi devralmış ve borçları üstlenmeyi taahhüt etmiş bir kişinin ihbarı geciktirerek sorumluluktan kurtulmaya çalışması dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç ortaya çıkarabilir. Bu nedenle kanaatimizce, TBK m.202'deki ilan ve bildirim yükümlülüğü alacaklıları koruma amaçlı olduğundan, ihbar edilmeksizin devri öğrenen alacaklının da söz konusu devrin sonuçlarından yararlanmasına ve alacaklarının tahsili için devralana başvurmasına imkan tanımak yerinde olacaktır<sup>833</sup>.

## F. Borçların Devrinin Sonuçları

### 1. Devralan bakımından

TBK m.202 f.3 uyarınca bir ticari işletmenin devri kapsamında pasiflerin külli olarak devredilmesinin sonuçları borcun dış üstlenilmesi ile özdeştir. Bu nedenle ticari işletmenin devredilmesi ile beraber, devirden önce doğan ticari işletmeye dahil borçlar ticari işletmeyi devredenden devralana geçmiş olacaktır. Bu nedenle ticari işletme devri kapsamında devredilen borçlar için asıl borçlu sıfatı devralana geçmiş olacaktır<sup>834</sup>. Devralan artık asıl borçlu sıfatıyla ilgili borçtan sorumlu olacaktır.

<sup>831</sup> Ancak ticari işletmenin aktiflerinin cüz'i halefiyet uyarınca, pasiflerinin ise TBK m.202 kapsamında bir bütün olarak devredilmesi halinde o zaman söz konusu tartışma tekrar önem kazanabilir.

<sup>832</sup> Bkz. Kılıçoğlu s.822 vd., Oğuzman/Öz s.614 dipnot 243.

<sup>833</sup> Yalnız böyle bir durumda TBK m.202'de belirtilen iki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin ilan veya ihbar tarihinden başlaması ve alacaklının durumu önceden öğrenmesinin alacaklı aleyhine bir sonuca yol açmaması madde hükmüne daha uygun olacaktır.

<sup>834</sup> Devralan burada asıl borçlu sıfatını kazanmaktadır. Bu nedenle devralanın borcu, kefilin borcundan farklı olarak, fer'i veya tali nitelikte değildir. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.124.

Borcun devrinin gerçekleşmesi için, borcun ticari işletme devri kapsamında bulunması ve devredilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Kural olarak her borç devredilebilir nitelikte olsa da belirli bir şahsa özgü nitelikteki borçların devredilmesi mümkün olmayacaktır<sup>835</sup>.

Borcun devredilmesi işlemi yalnızca borçlunun kimliğini değiştirmekte olup borcun içeriğine etki etmemektedir<sup>836</sup>. Bu nedenle devir ile birlikte, borcun üstlenilmesinden önce işlemiş olan faizler ile beraber borcun ifa edilmemesine karşı öngörülmüş cezai şartlar da devralana geçecektir<sup>837</sup>. Aynı şekilde, söz konusu borcun ifasına ilişkin olarak yapılan tahkim sözleşmelerinin de devralanı bağlayacağı ileri sürülmektedir<sup>838</sup>. Kılıçoğlu, borçluya karşı kullanılacak önalmı hakkı gibi hakların da yeni borçluya karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir<sup>839</sup>.

Belirtmek gerekir ki, borca bağlı olan ve borçlunun şahsından kaynaklanan yan yükümlülükler borcun devrinin kapsamına girmemekte ve borç devralana geçmemektedir<sup>840</sup>. Örneğin ticari işletme devri kapsamında bir borcu devralan kişinin kamuya yararlı bir dernek olması halinde, devralan tacir sıfatını kazanmayacağı için tacire ait faturaya itiraz etme yükümlülüğü kendisine geçmeyecektir.

Devralan, asıl borçlu sıfatını kazandığından borç ilişkisinin niteliğinden kaynaklanan tüm savunmaları ileri sürebilecektir<sup>841</sup>. Bu bağlamda devralanın borcun doğmadığı veya sona erdiği şeklinde savunmaları ileri sürmesi imkanı bulunmaktadır<sup>842</sup>. Ayrıca devralanın zamanaşımı veya ödemezlik def'i gibi borç ilişkisine ilişkin def'i ileri sürmesi mümkün olabilecektir<sup>843</sup>. Aksi takdirde devralanın sorumluluğu devredenin sorumluluğundan fazla olacaktır ki bu da borcun

<sup>835</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.131. Alacakların ve borçların devredilebilirliği konusunda kapsamlı açıklama için bkz. VI-4-b)-Sözleşmenin Devri Yasaklanmamış Olmalı.

<sup>836</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.141, Kılıçoğlu, s.806. Tercier ise bu durumu "ayniyet ilkesi" olarak tanımlamaktadır. Bkz. Tercier, **Droit des Obligations**, s.319.

<sup>837</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.133, Arıcı s.203, Kılıçoğlu s.816, Tercier, **Droit des Obligations** s.319.

<sup>838</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.133, Tercier, **Droit des Obligations** s.319.

<sup>839</sup> Kılıçoğlu s.816.

<sup>840</sup> CR CO I- Probst s.952.

<sup>841</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.141, Favre s.565, Kılıçoğlu s.815, Tercier, **Droit des Obligations**, s.319.

<sup>842</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.141.

<sup>843</sup> Kılıçoğlu s.815, Oğuzman s.603.

içeriğinin değişmesi anlamına gelmektedir<sup>844</sup>. Elbette devralanın şahsından kaynaklanan savunmaları da ileri sürmesi mümkün olacaktır<sup>845</sup>.

Devralanın ileri sürebileceği savunmalardan bir tanesi de alacağın zamanaşımına uğradığı savunmasıdır. Eğer alacak zamanaşımına uğramış ise bu durumda devralan kendisine başvuran alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir<sup>846</sup>. Bu nedenden ötürü ticari işletme kapsamındaki bir borcun devri işleminin, ilgili borç bakımından zamanaşımı süresini kesip kesmeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

Doktrinde de savunulduğu üzere tek bir borcun devredilmesi borcun tanınması niteliğinde sayıldığından zamanaşımı süresini kesmektedir<sup>847</sup>.

Arıcı'ya göre, ticari işletme devrinde ticari işletmeyi devreden tek ve belirli bir borcun devrini taahhüt etmediğinden söz konusu borcu ikrar ettiği sonucuna varılamaz<sup>848</sup>. Üstelik Arıcı'ya göre söz konusu borcun devir bilançosunda hatta devir sözleşmesinde yer alması halinde bile zamanaşımı kesilmeyecektir<sup>849</sup>. Arıcı'ya göre TBK m.202 kapsamında yapılacak ilanın borçları içermesi zorunluluğu bulunmadığı için zamanaşımının kesilmesi de söz konusu olmayacaktır<sup>850</sup>.

Acemoğlu ise tek bir borcun nakli bakımından böyle bir sonucun kabul edilebileceğini, ancak kanuni bir devir niteliğinde olan ticari işletme devri için böyle bir kabulün yerinde olmadığını belirtmektedir<sup>851</sup>.

Kanaatimizce ticari işletmenin borçları külli olarak devredildiğinden, kural olarak doktrinde belirtilen bu görüşe katılmaktayız. Gerçekten de TBK m.202 uyarınca yapılacak devir işleminde borçların bir bütün olarak devredilmesi karşısında artık alacak zamanaşımının kesildiğini söylemek kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Ayrıca zamanaşımının kesilmesi için ikrarın bizzat alacaklıya yapılması gerektiği kabul edildiğinden<sup>852</sup> ticari işletmeyi devralacak kişi ile borcun

<sup>844</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.141.

<sup>845</sup> Kılıçoğlu s.815.

<sup>846</sup> Kendigelen (Ülgen) s.176.

<sup>847</sup> Tercier, **Droit des Obligations**, s.319.

<sup>848</sup> Arıcı s.205.

<sup>849</sup> Arıcı s.205.

<sup>850</sup> Arıcı s.205.

<sup>851</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.150.

<sup>852</sup> Oğuzman/Öz s.635.

devrine ilişkin bir sözleşme yapılması devredilen borç açıkça belirtilese dahi ikrar niteliği kazanmayacaktır.

Diğer yandan devralan borçlunun şahsından kaynaklanan def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez<sup>853</sup>. Örneğin devralanın, devredenin takas beyanında bulunma imkanına sahip olduğunu<sup>854</sup> veya eski borçlunun şahsından kaynaklanan cebri icra engellerini ileri sürmesi mümkün olmayacaktır<sup>855</sup>. Aynı şekilde borç ilişkisinden doğmuş olmakla birlikte devredenin feragat ettiği savunmaları ileri süremeyecektir.

Borcun devrinde, devralan tarafın devreden taraf ile yaptığı iç üstlenme sözleşmesinden (ticari işletme devir sözleşmesinden) doğan savunmaları da alacaklıya karşı ileri süremeyeceği kural olarak kabul edilmektedir<sup>856</sup>. Hatta ticari işletme devri sözleşmesinin alacaklıya yapılan bildirimlerde yer alması da sonucu değiştirmeyecektir<sup>857</sup>; zira taraflar arasındaki devir sözleşmesi ticaret siciline ibraz edilmekle beraber ilan edilmesi gereken hususlardan olmadığından, bu sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir<sup>858</sup>.

Bu görüşün bir yansıması olarak ise ticari işletme devri sözleşmesinde borçların yüklenilmesine ilişkin belirtilen hususların alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin ticari işletme devri kapsamında yer alan malvarlığı unsurları devreden tarafından taahhüt edilen özellikleri taşııyorsa, devralan bu durumu alacaklıya karşı ileri sürerek ona borcu ifa etmekten kaçınamaz<sup>859</sup>. Ticari işletme kapsamında devredilen bir borçtan sorumluluğun müteselsil olmayacağı

<sup>853</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.142, Tercier, **Droit des Obligations**, s.319. Arıcı da aynı sonucu kabul etmekle beraber doktrinde kullanılan şahsi def'i kavramının yanıltıcı nitelikte olduğunu belirtmektedir. Arıcı'ya göre şahsi def'i kavramı ile borç ilişkisine ilişkin olmayan def'iler anlaşılmalıdır. Bkz. Arıcı s.205.

<sup>854</sup> Ancak devralanın, kendisinin alacaklıya karşı takas beyanında bulunmasına imkan tanıyan bir alacağı varsa, bu durumda takas beyanında bulunmasına bir engel bulunmayacaktır.

<sup>855</sup> Arıcı s.206.

<sup>856</sup> Arkan s.47, Kılıçoğlu s.815, Karahan s. 38, Tercier, **Droit des Obligations** s.319. Aksi görüşte Oğuzman/Öz s.615. Belirtmek gerekir ki, bir borcun ticari işletmeye dahil olmadığı veya ticari işletme devri sözleşmesi kapsamında bırakılmış olması ayrıca ele alınması gereken bir sorundur. Bu durumda devralan, alt ilişkiden kaynaklanan bir borcu hiç üstlenmemektedir, yoksa alt ilişkiden kaynaklanan bir savunmaya dayanmamaktadır.

<sup>857</sup> Arkan s.46.

<sup>858</sup> Bahar, *Commentaire LFus* s.796.

<sup>859</sup> Kılıçoğlu s.815. Yazar açıklamayı tek bir borcun devri bakımından yapmaktadır; ancak TBK m.202 f.3 göndermesi uyarınca ticari işletme devri kapsamında bir borcun devri ile tek bir borcun dış üstlenilmesi aynı sonuçları doğuracağı için aynı sonucu ticari işletme devri bakımından da kabul etmeye bir engel bulunmamaktadır. Belirtmek isteriz ki, devir sözleşmesinin ifa edilmediği yönündeki savunmanın alacaklıya karşı ileri sürülebileceğini belirten görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletme Devri** s.141.

şeklinde bir sözleşme hükmü de alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir<sup>860</sup>. Benzer şekilde ticari işletme devir sözleşmesinde yalnızca asıl borçların devralınacağı, işlemiş faizlerin borcun devri kapsamında olmadığı belirtilmiş olsa dahi devralan alacaklıya karşı borcun ve işlemiş faizlerin tamamından sorumlu olacaktır<sup>861</sup>.

Her ne kadar devreden ve devralan arasındaki hukuki ilişkiden (ticari işletme devir sözleşmesinden) kaynaklanan savunmaların alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilse de, bizim kabul ettiğimiz görüşe göre, ticari işletme devir sözleşmesinin geçersiz olması durumunda artık TBK m.202 uyarınca devrin kanuni şartları oluşmayacağı için borç da devredilmemiş olacaktır<sup>862</sup>.

Devralan devraldığı borçtan dolayı tüm malvarlığı ile sorumlu olmaktadır<sup>863</sup>. Bu sonuç doktrinde, alacaklıların devir öncesi duruma göre daha fazla korunması sonucunu doğurduğu için eleştirilmektedir. Borçlunun yalnızca ticari işletme kapsamındaki aktifler ile sorumlu olması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>864</sup>. Ne var ki, Acemoğlu, ticari işletme kapsamında bulunan malvarlığı unsurlarının değerinin çok hızlı bir şekilde değişebileceği gerçeği dikkate alındığında söz konusu korumanın bir gereklilik olduğunu, ayrıca belirli bir malvarlığı ile sorumluluğun istisnai bir düzenleme olması sebebiyle kanun lafzının böyle bir yoruma elverişli olmadığını belirtmektedir<sup>865</sup>. Kanaatimizce bir borç ilişkisinin tarafı, alacaklının kendi rızası dışında değişmesi karşısında alacaklının daha üstün bir korumaya kavuşması menfaatler dengesini muhafaza için ödenmesi gereken makul bir bedel olarak görülebilir. Nitekim ticari işletmeyi devralacak tarafın ticari işletmenin malvarlığını inceleyerek aktifler ile pasifler arasındaki dengeyi değerlendirme imkanı olduğu dikkate alındığında, borçlardan tüm malvarlığı ile sorumlu olma riskini üstlenmesini beklemek de yerinde olacaktır.

<sup>860</sup> Kendigelen (Ülgen) s.176.

<sup>861</sup> İç yüklenme sözleşmesinin alacaklılara karşı ileri sürülemediği kuralının tek istisnası ticari işletme kapsamında bulunan bir borcun devir kapsamı dışında bırakılmasıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere taraflar belirli borçları kapsam dışında bırakıp, bu durumu ilan veya ihbarda alacaklılara açıkça bildirdikleri takdirde borç devralana geçmeyecektir. Bu durumda artık borç devredilmediği için devralanın sorumluluğu bulunmayacak ve ticari işletmeyi devreden ilgili borçtan tek başına sorumlu olacaktır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. V-D-2-*Taraflar borçların bir kısmını devrin kapsamı dışında bırakabilir*.

<sup>862</sup> Aslında bu konu yalnızca borçların devrine ilişkin bir sorun olmayıp tüm malvarlığı unsurlarının devri bakımından önem taşımaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olması halinde devir işlemlerinin akıbeti ise devri gerçekleştiren tescil işleminin sebebe bağlı veya soyut olmasına bağlıdır. Ticaret siciline yapılacak tescil işleminin niteliği için bkz. III-B-2-Tescilin Sebebe Bağlılığı-Sebepten Soyutluğu Sorunu.

<sup>863</sup> Arıcı s.194, Kendigelen (Ülgen) s.176.

<sup>864</sup> Vaucher s.97 (naklen Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.125).

<sup>865</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.126.



Devralanın sorumluluğunun süresi devredilen borcun devir tarihinde kalan zamanaşımı süresi kadar olacaktır<sup>866</sup>. Acemoğlu'na göre devralanın bu ticari işletmeyi bir başkasına devretmesi, devralanın sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır<sup>867</sup>. Kanaatimizce bu sonuç yerinde değildir. Nasıl ki, bir sözleşme ile borç altına giren kişi ticari işletmeyi devrederek bu borcu devralana nakledebiliyorsa, ticari işletmeyi devralan da bunu bir başka kişiye devrederek asıl borçlu sıfatından kurtulabilmelidir. Elbette bu durumda ticari işletmeyi devreden, TBK m.202 uyarınca iki yıl boyunca devralan ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edecektir. Ancak bu durumda ticari işletmeyi bir başkasından devralan ve daha sonra üçüncü bir kişiye devreden kişinin borcun zamanaşımı süresi boyunca borçtan sorumlu olmasını gerektiren bir durum olmayacaktır.

Ticari işletme devri kapsamında devredilen alacaklar devirden önce doğmuş alacaklardır. ETTK-EBK döneminde malvarlığının aktif unsurlarının farklı zamanlarda hatta ilandan sonra devredilmesi söz konusu olabildiği için, ilandan sonra ancak aktif unsurların devrinden önce doğan borçların EBK m.179 kapsamında devredilip devredilmediği konusunda bir tartışma bulunmaktaydı<sup>868</sup>. Ancak TTK-TBK sisteminde aktifler, pasiflerden önce, ticaret siciline tescil ile birlikte devralan geçmiş olacaktır. Bu andan itibaren ticari işletme devralanın malvarlığına dahil ve onun hakimiyeti altında olacağından ötürü, bu borçlar artık doğrudan devralanın malvarlığına dahil olacaktır<sup>869</sup>. Bu nedenle de bu borçlardan yalnızca devralanın sorumlu olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamalıdır.

## 2. Devreden Bakımından

TBK m.202'de belirtilen usule uygun olarak ilan yapılması sonucunda ticari işletme kapsamında bulunan borçlar da devredilmiş olacaktır. Ne var ki, yukarıda da incelendiği üzere, alacaklıların rızası olmaksızın borcun devrine imkan tanıyan TBK m.202'nin alacaklı menfaatlerine zarar vermesini önlemek adına, borcu devreden tarafın söz konusu borçtan dolayı iki sene sorumlu olacağı yine aynı maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle her ne kadar borcun üstlenilmesi gerçekleşmiş olsa da devreden borçtan sorumluluğu bir süre daha devam edecektir.

<sup>866</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.127, Arkan s.45, Arıcı s.194, Karahan s.37, Kendigelen (Ülgen) s.174.

<sup>867</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.127.

<sup>868</sup> Bu tartışma için bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.128.

<sup>869</sup> Elbette bu borçlar doğrudan devralanın malvarlığında doğmuş olacakları için ticari işletmeyi devreden TBK m.202'den iki yıllık sorumluluğunun kapsamına da girmeyecektir.

Tarafların ticari işletme devir sözleşmesinde devredenin sorumluluğunu kaldırması, alacaklılara karşı sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır<sup>870</sup>. Nitekim Yargıtay da, kanundan kaynaklanan bir müteselsil sorumluluğun taraf iradeleri ile ortadan kaldıramayacağını belirterek, ticari işletme devri sözleşmesinde devredenin müteselsil sorumluluğunun kaldırılmasının mümkün olmadığını teyit etmiştir<sup>871</sup>. Aynı şekilde taraflar arasındaki sözleşme ile iki yıllık sorumluluğun kısaltılması da mümkün olmamalıdır<sup>872</sup>.

TBK m.202 ile getirilen müteselsil sorumluluk sebebiyle alacaklı, dilerse devredene de başvurabilecektir<sup>873</sup>. Devreden devirden önce sahip olduğu savunmaları devirden sonra da alacaklıya karşı ileri sürebilecektir<sup>874</sup>. Devir işlemi, devredenin şahsi savunma imkanlarını sona erdirmemektedir.

Ticari işletme devrinin, devreden bakımından iki yıllık sorumluluk süresi boyunca herhangi bir değişiklik yaratmadığını ve borçlunun borçtan aynı şekilde sorumlu kalmaya devam edeceğini belirtilmektedir<sup>875</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda da vurgulandığı üzere, devredenin borçtan sorumluluğu yalnızca devirden önce doğmuş borçlar bakımından söz konusu olacaktır. Arkan'a göre ticari işletmenin devredilmesinden sonra doğacak borçlar bakımından devredenin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>876</sup>.

<sup>870</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.145.

<sup>871</sup> Yargıtay 4. HD. 3.4.1961, E.1961/3738 K.2899 (naklen Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.144). Ancak eklemek isteriz ki, Acemoğlu, kanundan doğan her müteselsil sorumluluğun kamu düzenine ilişkin olmadığını ve bazı hallerde kanundan doğan müteselsil sorumluluğun sözleşme ile kaldırılabilceğini belirterek Yargıtay'ın gerekçesine bir çekince eklemektedir. Ne var ki, Acemoğlu, ticari işletme devrinde müteselsil sorumluluğun kamu düzenine ilişkin olduğunu bu nedenle de Yargıtay gerekçesinin bu hüküm bakımından yerinde olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.145.

<sup>872</sup> Arıcı s.201, Turin s.18.

<sup>873</sup> Ancak alacaklının devredene başvurması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemelidir. Devredenin aynen ifa imkanından mahrum olması sebebiyle özellikle tazminat talebinde bulunabilmek için devredene başvurulması, hakkın kötüye kullanılmasına aykırılık örneği olarak gösterilmektedir. Arıcı s.195. ve dipnot 371.

<sup>874</sup> Arıcı s.204. Hatta söz konusu savunmaların ileri sürülmesi bir zorunluluk teşkil eder, aksi takdirde ifade bulunan devreden ticari işletmeyi devralan, rücu hakkını kaybedecektir.

<sup>875</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.143.

<sup>876</sup> Arkan s.46. Arıcı ise işletme devriden önce doğan borçların kaynağının devir öncesi işlem ve fiillere dayanması halinde borcun daha sonra doğmasında bir engel bulunmadığını belirtmektedir. Örnek olarak ise devirden önce yapılan bir sözleşmeye devirden sonra bir malın teslimini veya devirden önce teslim edilen malda devirden sonra bir ayıbın tespit edilmesini göstermektedir. Bkz. Arıcı s.194. Kanaatimizce Arıcı'nın verdiği örneklerde ticari işletme devriden önce doğmuş olan bir borç ifa edilmekte veya devirden önce yapılan kötü ifa sebebiyle borcun sona ermediği devirden sonra anlaşılmaktadır. Her iki durumda da devirden önce bir borç mevcut bulunduğundan bu iki örneği de devirden sonra doğan borç olarak nitelendiremeyeceğimiz görüşündeyiz.

Devredenin TBK m.202 kapsamında bir borçtan sorumlu olması için borcun doğması yeterli olacaktır. Devredenin sorumluluğunun devam etmesi için borcun devirden önce muaccel hale gelmesi zorunlu değildir. TBK m.202’de açıkça belirtildiği üzere, devirden önce doğan bir borç ilandan sonra muaccel olmuş ise, bu durumda ticari işletmeyi devredenin iki yıllık sorumluluğu muacceliyet tarihinden başlayacaktır.

İki yıllık sürenin hangi tarihten başlayacağı konusunda TBK m.202 devredilecek borcun muaccel olacağı zamana göre bir ayrıma gitmiştir. Eğer devirden önce doğmuş olan bir borç ticari işletmenin devrinin ilanından önce muaccel oluyor ise bu durumda iki yıllık sorumluluk süresi ilandan itibaren başlayacaktır.

Ancak devirden önce doğmuş bir alacağın devir işleminden sonra muaccel olması mümkündür. Böyle bir durumda henüz alacak muaccel hale gelmeden iki yıllık sürenin işlemeye başlaması, hatta sürenin geçmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklının menfaatlerinin zarar görmesini engellemek amacıyla, TBK m.202’de ilan tarihinden sonra muaccel olacak alacaklar için iki yıllık sürenin alacağın muaccel olduğu tarihten başlayacağı belirtilmiştir.

Sorumluluk süresinin başlama anı bakımından muaccel olan alacaklar ile muaccel olmamış alacaklar arasında bir ayırım yapılması alacaklıların korunması bakımından yerinde olmakla beraber uygulamada bazı sorunlara da yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, ticari işletmenin yalnızca TTSG’de ilan edilmiş olması halinde ilan tarihi bütün borçlular bakımından belirli olacağından bir sorun olmayacaktır. Ne var ki, tüm alacaklılara ayrı ayrı ihbar yapılması halinde TBK m.202’deki iki yıllık sürenin ne zaman başlayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>877</sup>. Acemoğlu’na göre böyle bir durumda her bir ihbarın alacaklıya ulaşması şartıyla ihbarın gönderildiği tarih esas alınarak hükmün uygulanması gerekecektir<sup>878</sup>. Acemoğlu’na göre alacaklının ihbarı almaması halinde ise, devreden borçtan sorumlu olmaya devam etmelidir<sup>879</sup>.

<sup>877</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.146. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m.11 f.3 uyarınca TTSG’de ticari işletme devrinin tescil ve ilan edilmesi zorunluluğu alacaklılara ihbar ile bildirim uygulamasını büyük oranda işlevsiz hale getireceği için, söz konusu sorunun uygulamada nadiren yaşanacağı görüşündeyiz.

<sup>878</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.147.

<sup>879</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.147.

Burada dikkate edilmesi gereken bir nokta vardır. İki yıllık sorumluluk süresinin başlangıcı her bir borç için ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>880</sup>. Öncelikle ilan yerine ihbar yoluna başvurulması halinde her borçlu açısından farklı bir ihbar tarihi söz konusu olacaktır. Devredenin ilan yoluna başvurması halinde ise, ilandan itibaren iki yıl geçmesi devirden önce muaccel olan borçlardan sorumluluğu kaldırsa bile, daha sonra muaccel olacak borçlar için sorumluluk süresi henüz sona ermemiş olabilir. O nedenle de ticari işletme devrinden itibaren iki yıl geçmesi ile devredenin sorumluluğunun tüm borçlar bakımından sona erdiğini söylemek her devir işlemi bakımından mümkün değildir. Bu durumun her borç için ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunludur.

Altını çizmek isteriz ki, devredenin sorumluluğunun sona ermesi için iki yıllık sürenin geçmesi her durumda zorunlu değildir. Asıl borcun sona ermesi halinde doğal olarak devredenin sorumluluğu da iki yıllık süre sona ererse dahi ortadan kalkacaktır. Yalnız bu durumda borcun sona ermesi gerektiğinden, alacaklının devralana karşı takibe başlaması halinde devredenin sorumluluğu sona ermez. Alacaklı tatmin edilene kadar devredenin devralan ile birlikte sorumluluğu devam edecektir<sup>881</sup>.

Devredenin sorumluluğunun sona ermesi için tek yöntem asıl borcun sona ermesi değildir. Alacaklı dilerse devredeni iki yıllık sürenin bitmesinden önce ibra ederek müteselsil sorumluluktan kurtarabilir<sup>882</sup>. Bu durumda asıl borç varlığını sürdürdüğünden devralanın sorumluluğu devam etmekle birlikte, devreden sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.

TBK m.202 tarafından belirlenen iki yıllık süre zamanaşımı süresi değil hak düşümü süresi niteliğinde sayılmaktadır<sup>883</sup>. Buna bağlı olarak alacaklının devredene başvurması halinde hakimin süreyi re'sen dikkate alması gerekmektedir<sup>884</sup>. İsviçre Hukuku'nda ise TBK m.202'nin mehzarı olan İsviçre Borçlar Kanunu m.181'de

<sup>880</sup> Arıcı s.201.

<sup>881</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.145, Phillipin, **Question Choisie** s.21.

<sup>882</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.150, Arıcı s.201, Kendigelen (Ülgen) s.177, Tercier, **Droit des Obligations**, s.321. TBK m.132 uyarınca ibra bir sözleşme niteliğinde olduğundan, borçlunun da ibrayı kabul etmesi gerekmektedir. Yine TBK m.132 uyarınca borcun kaynağındaki sözleşme şekle tabi olsa dahi ibra şekle tabi değildir.

<sup>883</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.148, Arıcı s.194 ve s.200, Arkan s.46, Karahan s.38.

<sup>884</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.148, Arıcı s.194 ve s.200, Arkan s.46, Karahan s.38.

belirtilen sürenin hak düşümü süresi olduğu kabul edilmektedir<sup>885</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletme devrinin temelini teşkil eden İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca bu sürenin bir zamanaşımı süresi haline geldiği belirtilmektedir<sup>886</sup>.

İlgili sürenin hak düşümü süresi olarak kabul edilmesi beraberinde bir sorun da getirmektedir. Acaba alacaklının alacağını tahsil etmek için devredene dava açması halinde hak düşümü süresi kesilecek midir?

Arıcı'ya göre söz konusu süre bir hak düşümü süresi olduğu için zamanaşımının kesilmesine ilişkin hükümlerin burada uygulanması gibi bir imkan bulunmamaktadır<sup>887</sup>. Aynı şekilde Kendigelen de sürenin kesilmesinin veya durmasının mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>888</sup>. Acemoğlu'na göre ise bu durumda zamanaşımı için kabul edilen takip veya dava ile sürenin kesilmesi sonucunun uygulanması mümkün değildir<sup>889</sup>. Acemoğlu her ne kadar dava açılması sürenin kesilmesi sonucunu doğurmasa da alacaklıya davanın bitimine kadar ilave süre verilmesinin menfaat dengesine daha uygun olacağını belirtmektedir<sup>890</sup>.

İsviçre Hukuku'nda ise İsviçre Birleşmeler Kanunu ile devredenin müteselsil sorumluluğu bakımından öngörülen sürenin bir zamanaşımı süresi olduğu kabul edildiğinden<sup>891</sup> zamanaşımını kesen durumların varlığı halinde devredenin sorumluluğu için öngörülen sürenin de kesileceği kabul edilmektedir<sup>892</sup>. Bu nedenle de alacaklının devreden veya devralana karşı dava açması zamanaşımının kesilmesine sebep olmaktadır<sup>893</sup>.

Devredenin sorumluluğu iki yıllık sürenin geçmesi veya başka bir sebep ile sona erdiği takdirde, artık yalnızca borcu devralanın sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumda alacaklı yalnızca devralana karşı talebini ileri sürebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki devredenin dış ilişkide sorumluluğunun sona ermesi,

<sup>885</sup> Bahar **Commentaire Lfus** s.807. İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir. Bkz. ATF 108 II 107.

<sup>886</sup> Bahar **CommentaireLfus** s.807, Turin s.210, Phillippin, **Question Choisie** s.15, Heinzer/Wyler s.186.

<sup>887</sup> Arıcı s.201. Ancak Arıcı, alacağın tahsili için hakem heyetine başvurulması veya dava açılmasında sürenin durmasının kabul edilebilir bir çözüm olduğunu belirtmektedir.

<sup>888</sup> Kendigelen (Ülgen) s.177.

<sup>889</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.149.

<sup>890</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.149.

<sup>891</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807, Turin s.210.

<sup>892</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807, Turin s.210.

<sup>893</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807.

ticari işletme devir sözleşmesi hükümleri uyarınca iç ilişkide devralana karşı sorumlu olmasına engel teşkil etmeyecektir<sup>894</sup>. Bu durumda, örneğin alacaklı tarafından ibra edilen devreden, artık dış ilişkide alacaklıya karşı sorumluluğu olmasa da, borcu ifa etmek durumunda kalan devralana karşı sorumlu olması ihtimali bulunmaktadır.

Ticari işletmeyi devreden mütessesil sorumluluğunun devam etmesi tüzel kişiler bakımından özel sonuçlar da doğuracaktır. Eğer ticari işletme devrini yapan taraf bir tüzel kişilik ise, mütessesil sorumluluk devreden şirketin varlığının iki yıl daha sürdürülmesini gerektirecektir<sup>895</sup>. Mütessesil sorumluluğun sona ermesi ile birlikte tasfiye memurları ilgili vergi dairesine başvuracaklar ardından da şirketin ticaret sicilinden terkinini talep ederek şirketin hukuki kişiliğini sona erdireceklerdir<sup>896</sup>.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, kabul edilen mütessesil sorumluluk sistemi alacaklıları korumakla birlikte devreden bakımından ağır bir yükümlülük getirmektedir. Muaccel olmayan borçlar bakımından iki yıllık sorumluluğun muacceliyet tarihinden başlaması mütessesil sorumluluk süresinin çok uzun bir süre devam etmesi anlamına geldiği için, devreden bakımından ağır bir sonuç doğduğu ileri sürülmektedir<sup>897</sup>.

### 3. Devreden ve Devralan Arasındaki Rücu İlişkisi Bakımından

Kanun devreden ve devralanın mütessesil olarak sorumlu olduğunu belirtmektedir. Buna göre alacaklı dilerse ticari işletmeyi devralan ve asıl borçlu sıfatını kazanan kişiye, dilerse ticari işletme ile birlikte borcu devreden ancak TBK m.202 uyarınca mütessesil sorumluluğu devam eden devredene karşı talebini ileri sürebilecektir. Bu durumda alacaklının talepte bulunduğu kişi borcu ödemek zorunda kalacaktır. Alacaklıya karşı ödeme yapıldıktan sonra devralan ile devreden arasındaki hukuki ilişkinin ne olacağı, özellikle de ödeme yapan tarafın diğer tarafa rücu etme imkanı bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Mütessesil sorumlulukta alacaklıya karşı ifa yerine getirildikten sonra borçlular arasındaki rücu ilişkisi TBK m.167’de düzenlenmiştir. TBK m.167 şu şekildedir: “*Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden*

<sup>894</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.152.

<sup>895</sup> Arkan s.46.

<sup>896</sup> Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.175.

<sup>897</sup> Ülgen/Arıcı s.1796.

*anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar”*. Madde metninden de anlaşılacağı üzere müteselsil sorumlulukta kural borçlulardan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından, iç ilişkide ise borçtan eşit olarak sorumlu olmasıdır.

Bu noktada, ticari işletme devrinde TBK m.202 uyarınca müteselsil olarak sorumlu olan devreden veya devralandan birinin alacaklıya karşı ifade bulunması halinde TBK m.167’ye göre diğer borçluya rücu imkanı bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Acemoğlu’nun haklı olarak belirttiği gibi, TBK m.202 kapsamındaki bir devir işleminde müteselsil sorumluluğa ilişkin genel hükmün uygulanması mümkün değildir; zira taraflar arasındaki ticari işletme devrinde devralan, devredene ait olan borçları da üstlenmeyi taahhüt etmektedir<sup>898</sup>. Hatta Acemoğlu’nun belirttiği gibi söz konusu borçların devralınması çoğu zaman malvarlığının aktif unsurlarının devri bakımından bir ivaz niteliğinde olmaktadır. Bu nedenle de devreden alacaklıya ifade bulunduğu takdirde borcun yarısı için değil tamamı için devredene rücu etme imkanına sahip olacaktır<sup>899</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, alacaklıya ifanın ticari işletmeyi devralan tarafından yapılması halinde ise, devralan devredene karşı rücu talebinde bulunamayacaktır.

TBK m.168 alacaklıya ifade bulunan müteselsil borçluların paylarına düşenden fazla ödedikleri kısım için alacaklıya halef olacaklarını belirtmektedir. Bu nedenle devreden, alacaklıya ifade bulunması halinde, eğer rücu hakkını ortadan kaldıran bir sebep de bulunmuyorsa, ödediği miktar için alacaklıya halef olacaktır. Bu hüküm, bu durumda devreden, borcun ifası için verilmiş olan teminatlara da başvurma hakkı tanıdığı için önem taşımaktadır<sup>900</sup>.

Ancak genel hükümler uyarınca halefiyet, devredeni daha ağır bir sorumluluk altına sokmayacaktır. Buna göre taraflar arasındaki iç ilişkiye göre borçtan nihai olarak devreden sorumlu olacağı belirtilmiş ise alacaklıya karşı ifade bulunan devreden, halefiyet hükümlerine dayanarak devralana rücu etme imkanına sahip

<sup>898</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.152.

<sup>899</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.152.

<sup>900</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.153.

olmayacaktır. Diğer bir ifade ile halefiyet hükümleri yalnızca devreden ve devralan arasındaki ilişkide devralanın sorumluluğu ölçüsünde talep hakkı sağlayacaktır<sup>901</sup>.

Kanun uyarınca ticari işletmenin borçlarından nihai olarak devralanın sorumlu olması gerekse de taraflar rücu ilişkisine ilişkin bir sözleşme yaparak farklı bir sonuç öngörebilirler<sup>902</sup>. Nitekim TBK m.167 böyle bir sözleşmeye açıkça imkan tanımaktadır. Örneğin, devredilen borçların tamamından veya bazılarında nihai olarak devreden sorumlu olabileceği kararlaştırılabilir. Bu taktirde borcu ifa eden devralan, devredene rücu edebilecektir.

Ancak rücu hakkının kullanılabilmesi için bazı yükümlülükler yerine gelmiş olmalıdır. Örneğin devreden, borcu talep eden alacaklıya karşı borçlular tarafından ileri sürebilecek ortak savunmaları ileri sürmelidir, aksi takdire rücu hakkını kaybedecektir<sup>903</sup>. İlaveten eğer ticari işletmeyi devreden, alacaklıya ifada bulunduktan sonra bu durumu devralana bildirmez ve devralan da ikinci kez ifada bulunursa, bu durumda da devreden rücu hakkını kaybedecektir<sup>904</sup>. Bu durumda, Acemoğlu'na göre devralan, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davasını devredene temlik etmek zorunda olacaktır<sup>905</sup>.

Devreden rücu hakkı ancak borcu ifa ettikten sonra doğacaktır. Henüz alacaklıya ödeme yapılmadan, mahkeme ilamı alınmış hatta alacaklı icra yoluna başvurmuş olsa dahi devreden rücu etme hakkı bulunmadığı belirtilmektedir. Buna göre rücu talebi ancak borçluya veya icra dairesine ödeme yapıldıktan ileri sürülebilir<sup>906</sup>.

#### 4. Borcun İfası İçin Teminat Vermiş Üçüncü Kişiler Bakımından

<sup>901</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.153. Bu noktada halefiyet hükümleri devralana iki açıdan yarar sağlamaktadır. İlk olarak yukarıda da açıklandığı gibi devreden borcun ifası için verilen teminatlara rücu ilişkisi içerisinde başvurabilecektir. İkinci olarak ise devreden iç ilişki uyarınca sorumlu devralana rücu etme hakkına sahip olduğunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletme Devri** s.153

<sup>902</sup> Tercier, **Droit des Obligations**, s.295, Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.153. Ancak taraflar yapacakları sözleşmede yalnızca iç ilişkiye ilişkin düzenleme getirebilirler, yoksa müteselsil sorumluluğu kaldıramazlar. Bkz. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.153.

<sup>903</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.154, Oğuzman/Öz s.477, Tercier, **Droit des Obligations** s.295. Ancak devreden bir savunmayı ileri sürememesi devreden kusurundan kaynaklanıyorsa, bu durumda savunmanın ileri sürülmemesi rücu hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Aynı şekilde devreden sadece kendisi tarafından ileri sürülebilecek savunmaların ileri sürülmemesi de rücu ilişkisini etkilemeyecektir. Oğuzman/Öz s.477.

<sup>904</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.154.

<sup>905</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.152.

<sup>906</sup> Oğuzman/Öz s.476, Tercier, **Droit des Obligations** s.295.



Borcun ifasına yönelik aynı teminatlar bakımından ise teminatı veren kişinin niteliğine göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Eğer söz konusu teminatlar bizzat borçlu tarafından verilmiş ise, bu durumda borcun devri halinde teminatın devam edeceğinde bir şüphe bulunmamaktadır<sup>907</sup>.

Ne var ki, söz konusu teminatın üçüncü kişi tarafından verilmiş olması halinde durumun ne olacağı biraz daha karmaşık bir konudur. TBK m.202’de bu konuda açık hüküm bulunmamakla birlikte, TBK m.202 f.3 bu maddede hüküm bulunmaya hallerde dış üstlenme sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Dış üstlenmeye ilişkin TBK m. 198 f.2 ise “*Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam eder*” demektedir<sup>908</sup>. Kanunun bu açık hükmü karşısında borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumluluklarının, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam edecektir<sup>909</sup>.

Doktrinde kanaatimizce haklı olarak devredilen borca ilişkin üçüncü kişi tarafından verilen teminatların devirden sonraki iki yıl boyunca devam etmesi için teminat verenin rızasının gerekli olmadığı; zira TBK m.202 uyarınca devreden, yani lehine teminat verilenin müteselsil olarak sorumluluğunun iki yıl daha devam ettiği belirtilmektedir<sup>910</sup>. Ne var ki, devreden sorumluluk süresi olan iki yılın

<sup>907</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.133, Kılıçoğlu s.817.

<sup>908</sup> Borcun devri halinde kefaletin devamının kefilin rızasına bağlı olması şartının önceden kaldırılamayacağı yönünde bkz. Burak Özen, 6098 sayılı **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 s.101.

<sup>909</sup> Benzer şekilde ticaret şirketlerinin bölünmesinde de bölünen ortaklığa ait olup bölünme ile devredilecek borçlar için verilmiş teminatın devam etmesi için de teminat verenin onayının aranacağı yönünde bir görüş ileri sürülmektedir. Bkz. Çebi s.238. Ancak kefalet sözleşmelerine ilişkin çalışmada Özen, birleşme bakımından farklı bir sonuca vararak teminat verenin rızası aranmaksızın kefalet sözleşmesinin birleşme sonrasında borcu devralan şirket lehine devam edeceğini belirtmektedir. Yazarın bu sonuca varmasının sebebi, TBK m.198 f.2 hükmünün külli halefiyet yoluyla gerçekleşen devirlerde uygulanmayacağı yönündeki görüşüdür. Bkz. Özen s.98. Her iki görüşün de kabul edilmesi halinde kısmi külli halefiyete dayanan bölünme işlemi ile tam külli halefiyete dayanan birleşme işleminin kefilin durumu bakımından farklı sonuçlar doğduğu sonucuna varmak gerekecektir. Ancak, birleşme ve bölünme bakımından nasıl bir görüş benimsenirse benimsensin, ticari işletme devrinde borçların geçişine ilişkin TBK m.202, borcun dış üstlenmesi hükümlerinin uygulanacağını belirttiğinden, ticari işletme devrinde bu sorun TBK m.198 f.2 hükümleri uyarınca çözümlenmelidir.

<sup>910</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.134, Arkan s.47, Kendigelen (Ülgen) s.178, Oğuzman/Öz s.615, Özen s.97.

geçmesi halinde üçüncü kişi tarafından verilen teminatın devam etmesi için artık teminat veren kişinin rızasının aranması gerekecektir<sup>911</sup>.

Teminat verenin rızası bakımından yazılı şekil geçerlilik şartıdır<sup>912</sup> (TBK m.198 f.2). EBK döneminde rızanın verilmesinin bir koşula bağlı olup olmadığı yönünde bir tartışma bulunmaktaydı. Acemoğlu'na göre onay verilmesi yeni bir sözleşme kurulması niteliğinde olmadığı için özel bir şekle tabi olmayacaktır<sup>913</sup>. Ne var ki, doktrinde savunulan bir görüşe göre teminat veren tarafından tesis edilen rehin haklarının geçişi bakımından bir şekil şartı aranmasa da kefalet sözleşmesi hükümlerinin amacından hareketle kefaletin geçişi için kefilin rızasının yazılı olması gerekmektedir<sup>914</sup>. TBK m.198 ise hem kefil hem de rehin veren bakımından rızanın yazılı verilmesi şartını açıkça belirterek tartışmaya son vermiştir.

Borçların devrinde teminatların devam etmesi için teminat veren kişinin yazılı olarak rıza vermesi yeterlidir. Yazılı olarak rızanın verilmesine ilaveten bir işlem yapılması zorunlu değildir. Bu nedenle bir taşınmaz üzerinde üçüncü kişinin borcu için ipotek tesisi halinde, rehin verenin yazılı rızası yeterli olup, tapuda bir işlem yapılmasına gerek yoktur<sup>915</sup>. Aynı şekilde ipotek veren kişi teminatın devam etmesine rıza göstermediği takdirde ipotek kendiliğinden, tapu sicilinde herhangi bir işlem yapılmaksızın, sona erecektir<sup>916</sup>.

Bu noktada TBK m.599 uyarınca, henüz doğmamış bir borç için verilen kefalette borçlunun durumunun ağırlaşması sebebiyle, borç doğana kadar kefilin sözleşmeden dönebilmesine imkan tanımaktadır. Bir ticari işletmeyi işleten kişi için daha sonra doğacak borçlar için kefil olunması karşılaşılabilecek bir durumdur. Acaba ticari işletme devri, ticari işletmeyi devreden lehine kefile TBK m.599 uyarınca kefaleti sona erdirme imkanı tanıyacak mıdır?

<sup>911</sup> Söz konusu rızanın devreden sorumluluğunun sona erdiği ana kadar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Özen s.102, Oğuzman/Öz s.967. İşyeri kira sözleşmelerinde kira sözleşmesini devreden lehine teminat verenlerin durumu bakımından aynı görüş için bkz. Mehmet Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014 s.562.

<sup>912</sup> Oğuzman/Öz s.601.

<sup>913</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.134.

<sup>914</sup> Baki İlkey Engin, **Alacağın Temliki ve Borcun Nakli**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu-Makaleler Tebliğler- 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2012 s.165, Oğuzman/Öz s.601. Bu görüşün EBK döneminde çoğunluk görüşü olduğu yönünde bkz. Özen s.102.

<sup>915</sup> Kılıçoğlu s.815.

<sup>916</sup> Oğuzman/Öz s.601.

Doktrinde bu soru, kanaatimizce haklı olarak, olumsuz şekilde cevaplanmıştır. TBK m.202 uyarınca ticari işletmenin devri sonucunda devreden ve devralan müteselsil olarak sorumlu olacağından kefilin durumunda bir ağırlaşma söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle de ticari işletme devri neticesinde TBK m.202'nin uygulanması kural olarak mümkün değildir<sup>917</sup>.

## **5. Alacaklı Bakımından**

Ticari işletmenin devri ile borçlar başka bir kişi tarafından üstlenilmektedir. Üstelik devredilen borçların doğal teminatı olan aktif malvarlığı unsurlarının da tek bir işlem ile devralana geçirilmesi sebebiyle alacaklıların zarar görmesi riski artmaktadır. Bu nedenle ticari işletme devrinde alacaklıların korunması büyük bir önem taşımaktadır.

Ticari işletme devrinde alacaklı korumasını incelerken söz konusu alacağın devir kapsamında olup olmadığına göre bir ayırım yapmak yerinde olacaktır. Çünkü TBK ve İİK, ticari işletme devrinde hem alacağı devir kapsamında olan alacaklıları hem de alacağı ticari işletme devri kapsamında bulunmayan alacaklıları korusa da, söz konusu koruma için farklı araçlar kullanılmaktadır. Bu nedenle biz de öncelikle ticari işletme devri kapsamında devredilen bir borcun alacaklısının korumasını inceleyeceğiz.

Ancak devir işleminden zarar görebilecek alacaklılar bununla sınırlı değildir. Ticari işletmeyi devreden devir kapsamında olmayan borçlarının (kalan borçların) alacaklıları ile ticari işletmeyi devralanın alacaklıları da devirden etkilenebilecektir. Bu borçların alacaklılarının nasıl korunacağını da değerlendirmeye çalışacağız.

### **a) Ticari İşletme Devri Kapsamında Devredilen Borç Bakımından Alacaklı Koruması**

#### **i. Devreden ve Devralanın Müteselsil Sorumluluğu**

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, TBK m.202 uyarınca ticari işletmenin devrinden sonra devreden ve devralan iki yıl boyunca devirden önceki borçlardan müteselsil olarak sorumlu olmaktadır. Bu müteselsil sorumluluk sebebiyle borcun nakli işlemi alacaklının menfaatlerine zarar vermemektedir. Alacaklı sahip

<sup>917</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.134, Arkan s.47.

olduğu talepleri, asli ve fer'i nitelik ayrımı olmaksızın devralana ve müteselsil sorumluluk devam ettiği sürece devredene karşı ileri sürmeye devam edebilecektir<sup>918</sup>.

Bu konudaki tek istisna alacaklının borçlunun şahsından kaynaklanan iddia ve savunmaları bakımından ortaya çıkmaktadır. Eğer alacaklının sahip olduğu imkanlar borçlunun şahsına bağlı nitelikte ise, bu durumda yeni borçluya karşı bu durumu ileri süremeyecektir. Örneğin, alacaklı ile borçlu arasında evlilik bağı bulunması halinde zamanaşımı süresi işlemeyecektir (TBK m.153 b.3). Ancak borcun devredilmesi halinde, zamanaşımının işlemesine engel başka bir hal olmaması şartıyla, artık zamanaşımı süresinin işlemediği ileri sürülemeyecektir.

TBK m.202, alacaklıların korunması bakımından önemli imkanlar getirmektedir; zira borcun devrine rağmen devredenin müteselsil olarak sorumlu tutulmaya devam edilmesi alacaklının korunması bakımından önem taşımaktadır. Öncelikle borcun nakli, alacaklının işlem ve hareketlerini değiştirmesini gerektirmemektedir. TBK m.202'da belirtilen süre içerisinde ticari işletmeyi ve borcu devreden tarafa başvurusu ve alacağını sanki ticari işletme devri gerçekleşmemiş gibi devredenden tahsil etmesi mümkündür<sup>919</sup>. Hatta alacaklı, ticari işletmeyi devredene karşı takibe başlamışsa takip ticari işletmenin devrinden etkilenmeyecek, alacaklı takip işlemlerine devam edebilecektir<sup>920</sup>.

Ticari işletmenin devri alacaklıların menfaatlerini etkilemediği gibi tam tersine alacaklılar için daha geniş bir koruma imkanı tanımaktadır. Devir işlemi sonrasında alacaklı dilerse devredene dilerse devralana başvurma imkanına sahip olacağından aslında devir işlemi alacaklıların lehine sonuç doğuracak niteliktedir<sup>921</sup>. Ticari işletme devrinin alacaklıların menfaatine zarar verebileceği tek durum, alacaklının TBK m.202'de belirtilen süre içerisinde hareket etmemesi sonucunda devralanın zamanaşımı süresinin sonuna kadar kalan süre boyunca tek başına sorumlu olması ve devralanın malvarlığının bu borç için yeterli bir teminat teşkil etmemesi halidir.

<sup>918</sup> Kılıçoğlu s.814.

<sup>919</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.808. Belirtmek gerekir ki, söz konusu borç ile birlikte aktifler de devredilirken, alacaklının devralana gitmeden devredene başvurusunun hakkaniyete aykırı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ülgen/Arıcı s.1796.

<sup>920</sup> Phillippin, **Questions Choisie** s.20.

<sup>921</sup> Üstelik bu durumda alacaklının devralana başvurusu usulü, devredene başvurusu usulü ile aynı olacaktır. Yani devralana başvurmak için ilave bir ilan-ihtar yapılması yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle devralana başvurmak alacaklılara ek bir yük getirmemektedir.

## ii. İsviçre Hukuku Bakımından Tamamlayıcı Bir Koruma Yöntemi Olarak Teminat Talebi

Devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğu normal koşullar altında alacaklıların menfaatlerini korumak için oldukça etkin bir yöntemdir. Ne var ki, bazı hallerde müteselsil borçlulardan birinin mali durumunun çok hızlı bir şekilde bozulması halinde artık müteselsil sorumluluğun işlevi ortadan kalkabilir. Aynı şekilde, bazı durumlarda müteselsil sorumlu olanlardan birinin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişilik üç yıllık müteselsil sorumluluk<sup>922</sup> süresi bitmeden sona erebilecektir<sup>923</sup>. İşte bu gibi durumlarda müteselsil sorumluluk alacaklı menfaatlerini korumakta yetersiz kalacaktır.

Bu durumlar için Türk Hukuku'nda özel bir hüküm sevk edilmediğinden alacaklılar yalnızca genel hükümler uyarınca sahip olduğu imkanları kullanabileceklerdir. Ne var ki, İsviçre Hukuku'nda alacaklıların korunması bakımından devredenin müteselsil sorumluluğu yeterli görülmemiştir. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75 f.3 müteselsil sorumluluğun üç yıl boyunca etkin bir koruma sağlamayacağı hallerde devredilen borçların alacaklılarının teminat talep etme imkanı tanımaktadır<sup>924</sup>. Biz de Türk Hukuku'nda şu anda yer almayan ancak ilerideki yasalastırma çalışmalarında üzerinde düşünülmesi gerektiğine inandığımız teminat talebi imkanına kısaca değinmek gerektiğine inanıyoruz<sup>925</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75 f.3 uyarınca iki durumda teminat talep etme imkanı tanımaktadır:

<sup>922</sup> İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun kabul edilmesi ile birlikte devredenin devralan ile birlikte müteselsil sorumluluk süresi üç yıla çıkartılmıştır. (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75 f.1)

<sup>923</sup> Ülgen/Arıcı s.1794.

<sup>924</sup> Söz konusu teminat yükümlülüğü yalnızca devredilen borçların alacaklıları lehine getirilmiş bir imkandır ve devreden diğer alacaklıları bu imkandan yararlanamaz. Halbuki, İsviçre Hukuku'nda birleşme ve bölünme işlemlerinde devredilmeyen borçlar bakımından da teminat talep edilmesi imkanı bulunmaktadır. Malvarlığı devrinde teminat imkanının yalnızca devredilen alacaklar için getirilmesinin hükümler arasında uyumsuzluk yarattığı belirtilmektedir. Bkz. Turin s.211.

<sup>925</sup> Aslında yeniden yapılandırma işleminde teminat talep edilmesi Türk Hukuku'na da yabancı bir kavram değildir. TTK m.157 birleşme işleminde, TTK m.175 ise bölünmede birleşme veya bölünmeye katılan şirketin alacaklılara teminat verme yükümlülüklerini düzenlemektedir. Söz konusu iki hüküm büyük oranda birbirlerine benzemekle beraber hukuki sonuçları bakımından önemli bir fark bulunmaktadır. TTK m.157 uyarınca gösterilecek teminat birleşme işlemi tamamlandıktan sonra gösterilirken TTK m.175 kapsamında gösterilen teminat ise devirden önce gerçekleşmektedir. Bu nedenle de teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi birleşme işlemine engel teşkil etmezken bölünme işleminin tamamlanmasına engel olmaktadır. Bkz. Coştan, **Alacaklı Koruması** s.211. Bu açıdan bakıldığında aşağıda incelenen, İsviçre Hukuku'nda malvarlığı devrinde teminat gösterilmesi düzenlemesinin birleşmeye katılan şirketlerin teminat göstermesi yükümlülüğüne benzer nitelikte olduğunu belirtmek gerekecektir.

- i) Müteselsil sorumluluğun üç yıllık süre dolmadan oradan kalkması: Müteselsil borçlulardan biri hakkında iflasa karar verilmesi veya tasfiyenin tamamlanması<sup>926</sup> veya birleşme örneğinde olduğu gibi iradi olarak kişiliğin sona ermesi bu hallere örnek olarak gösterilmektedir<sup>927</sup>.
- ii) Kanunen öngörülen müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamayacağı yönünde belirtiler bulunması: Her ne kadar malvarlığı devri işleminde kanun bir müteselsil sorumluluk öngörmüş olsa da müteselsil sorumluluğun her zaman alacaklının korunmasını sağlaması mümkün olmamaktadır. Örneğin, doktrinde belirtildiği üzere, özellikle ivazsız bir devir yoluyla devreden malvarlığının azalması ve borçlunun borca batık olması halinde müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamayacağı belirtilmektedir<sup>928</sup>. Aynı devir işleminden, sonra aktif malvarlığını tamamen veya büyük oradan tüketen, ancak henüz hukuken son bulmamış bir ticaret şirketinin müteselsil sorumluluğu alacaklıları korumaktan uzaktır<sup>929</sup>. Altını çizmek gerekir ki müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamadığı gerekçesine dayanarak teminat talep edilmesi halinde ispat yükü alacaklının üzerindedir<sup>930</sup>. Ancak korumanın yeterli olmayacağı konusunda kesin ispat şartı aranmayacaktır<sup>931</sup>. Teminatın yeterli olup olmadığının incelenmesi gerektiği konusunda malvarlığı devri işlemine katılanların da işbirliği yapmaları gerektiği ve meşru menfaatini ispat eden alacaklılara bilanço ve mali tablolarını ibraz etmeleri gerektiği belirtilmektedir<sup>932</sup>.

İşte kanunda sayılan bu gibi hallerin varlığında alacaklıların teminat talep etme hakkı bulunacağı kabul edilmiştir<sup>933</sup>. Teminat aynı veya kişisel nitelikte olabilir<sup>934</sup>. Teminat altına alınacak borçlar yalnızca devir kapsamındaki borçlar olup, devreden

<sup>926</sup> Turin s.212, Heinzer/Wyler s.186, Bahar, **Commentaire Lfus** s.808. Bu durumda ayrıca tasfiyeye ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Bkz. Turin s.212, Bahar, **Commentaire Lfus** s.808, Heinzer/Wyler s.187,.

<sup>927</sup> Heinzer/Wyler s.186, Ülgen/Arıcı s.1794.

<sup>928</sup> Ülgen/Arıcı s.1794.

<sup>929</sup> Turin s.211.

<sup>930</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.809, Heinzer/Wyler s.187.

<sup>931</sup> Arıcı/Ülgen s.1794.

<sup>932</sup> Heinzer/Wyler s.188.

<sup>933</sup> Kanunda belirtilen durumların varlığı halinde alacaklıların teminat gösterilmesi için talepte bulunması gerekmektedir. Alacaklılar teminat talep etmemişler ise bu durumda teminat gösterme yükümlülüğü kendiliğinden doğmayacaktır. Bkz. Ülgen/Arıcı s.1795.

<sup>934</sup> Turin s.213, Bahar, **Commentaire Lfus** s.809, Ülgen/Arıcı s.1795.

veya devralanın diğ er borçları için teminat talep edilemeyecektir<sup>935</sup>. Ne var ki, teminatın yalnızca devredilen asıl edimi de ğ il, yan edimleri de kapsayacak nitelikte olması gerekti ğ i belirtilmektedir<sup>936</sup>.

Maddede teminat verilmesinin koş ulları oluş tu ğ u takdirde yalnızca talep eden alacaklı lar lehine mi yoksa tüm alacaklı lar için teminat verilece ğ i belirtilmemiş tir. Ne var ki, koş ulları varsa yalnızca teminat talebinde bulunan alacaklı lar için teminat gösterilece ğ i kabul edilmektedir<sup>937</sup>.

İsviç re Birleş meler Kanunu m.75 teminat verme yükümlülü ğ ünü yalnızca devralan veya devreden bakımından de ğ il her iki taraf için de kabul etmiş tir. Bu nedenle teminat talep edilmesi için gereken koş ullar hangi taraf üzerinde gerç ekleşiyor ise, diğ er bir ifade ile, kimin müteselsil sorumlulu ğ u iş levsiz hale geliyorsa, diğ er taraftan teminat talep edilmesi mümkün olacaktır<sup>938</sup>.

Teminat talebi borç luya yöneltilecektir. Teminat talebinin borç lu tarafından reddedilmesi halinde alacaklı doğ rudan dava açabilece ğ i gibi teminat gösterilmesine yönelik icra takibinde de bulunabilecektir<sup>939</sup>.

Teminat talep edilmesinin herhangi bir süreye tabi olmadığı, kanunda belirtilen ř artların varlı ğ ı halinde her zaman teminat talebinde bulunulabilece ğ i belirtilmektedir<sup>940</sup>. Elbette ki teminat talebinde bulunuldu ğ u sırada kanunda belirtilen koş ulların varlı ğ ını sürdürmesi ve teminat talebinin dürü stlük kuralına aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir<sup>941</sup>.

Teminat gösterme yükümlülü ğ ünün doğ du ğ u hallerde, borç lu dilerse teminat göstermek yerine borcu ödemeyi de tercih edebilecektir. Yalnız vadeden önce borcun ifa edilmesinin diğ er alacaklı lara zarar vermemesi gerekti ğ i İsviç re Birleş meler Kanunu m.75 f.4'te açık hükme bağ lanmış tir.

<sup>935</sup> Heinzer/Wyler s.186, Ülgen/Arıcı s.1795.

<sup>936</sup> Ülgen/Arıcı s.1795.

<sup>937</sup> Heinzer/Wyler s.188.

<sup>938</sup> Turin s.212.

<sup>939</sup> Heinzer/Wyler s.188.

<sup>940</sup> Ülgen/Arıcı s.1795.

<sup>941</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.809. Bahar, birleş mede teminat gösterilmesi hükümlerine kıyasen koş ullar oluş tuktan sonra üç ay içerisinde teminat talep edilmesi gerekti ğ i, bu sürenin geçirilmesi halinde dürü stlük kuralına aykırı bir talebin varlı ğ ını kabul etmek gerekti ğ ini belirtmektedir. Bkz. Bahar, **Commentaire Lfus** s.809.

Ülgen/Arıcı, İsviçre Hukuku'nu incelediği çalışmalarında teminat gösterilmesinin oldukça etkin bir yöntem olduğunu belirtmektedir. Hatta Ülgen/Arıcı, alacaklıların korunması bakımından müteselsil sorumluluk rejiminin kaldırılması ve yerine teminat gösterme yükümlülüğünün getirilmesinin yeterli olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, teminat gösterme yükümlülüğü kabul edildiği takdirde alacaklılar yeterli korumaya ulaşacağından devreden borçtan müteselsil olarak sorumlu olmasına ihtiyaç kalmayacaktır<sup>942</sup>. Yazarlar, bunun yerine müteselsil sorumluluğun teminat yükümlülüğüne bağlı ikincil bir tedbir olması gerektiğini belirtmektedirler<sup>943</sup>.

Kanaatimizce bu görüş, devreden göstereceği teminata gereğinden fazla bir güven duyması nedeniyle, alacaklı koruması bakımından önemli bir fedakarlık anlamına gelecektir. Unutmamak gerekir ki gösterilen teminatın zaman içinde değer kaybetmesi ve alacağın tamamını teminat altına almaması ihtimali söz konusudur. Bu durumda rızası hilafına borç ilişkisinde bulunduğu tarafın değiştiği alacaklının korunması bakımından sorunlar ortaya çıkabilecektir. Ayrıca, TBK m.202 uyarınca getirilen müteselsil sorumluluk alacaklıya devir sanki gerçekleşmiş gibi devredene gitme imkanı tanımaktadır. Halbuki, müteselsil sorumluluk olmaksızın teminat gösterilmesi halinde öncelikle devralanın takip edilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır ki, bu durum da alacaklı bakımından adaletsiz bir sonuca yol açacaktır.

İlave etmek gerekir ki, devreden tarafından teminat gösterilmesi de ayrı bir maliyet teşkil etmektedir. Özellikle, alacaklının menfaatlerini uzun bir süre boyunca koruyacak bir teminat gösterilmesi önemli bir maliyete yol açabilecektir. Bu nedenle İsviçre Birleşmeler Kanunu düzenlemesinde olduğu gibi kural olarak devreden müteselsil sorumluluğunu kabul etmek, ancak müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamayacağı durumlarda ayrıca teminat gösterilmesi yoluna gidilmesi kanaatimizce daha yerinde bir çözüm olacaktır.

#### **b) Devreden Ticari İşletme Devri Kapsamında Olmayan Borcu Bakımından Alacaklı Koruması**

Ticari işletmenin devri, ticari işletmeyi devreden malvarlığında tek bir işlem ile önemli bir azalmaya sebep olmaktadır. Malvarlığının aktifinde vuku bulan böyle

---

<sup>942</sup> Ülgen/Arıcı s.1797.

<sup>943</sup> Ülgen/Arıcı s.1797.



bir azalma, devredenın alacaklıları bakımından bir tehdit oluşturabilir. Kanunda ancak söz konusu alacakların ticari işletme kapsamında devredilmesi halinde TBK m.202 uyarınca getirilen müteselsil sorumluluk yoluyla alacaklıların korunması imkanı bulunmaktadır.

Ancak, ticari işletme devri kapsamında devredilen borçlar, ticari işletmeyi devredenın tüm borçlarını teşkil etmemektedir. Diğer bir ifade ile devreden, tüm borçlarını devretmemesine rağmen, ticari işletmeye dahil bulunsun bulunmasın tüm borçları için teminat teşkil eden ticari işletmenin aktiflerini devretmektedir. Bu borçlar bakımından ticari işletmenin devri, devredenın alacaklılarının, alacaklarını tahsil etmesini zorlaştıran bir etkiye sahip olabilir<sup>944</sup>. Alacağı ticari işletme devri kapsamında bulunmayan alacaklının bu şekilde ticari işletme devri sebebiyle alacağını tahsil edememesi halinde, alacaklı ya ticari işletme devrinin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğunu iddia edebilecek ya da tasarrufun iptali davası açarak devredilen malvarlığı unsurları üzerinde cebri icra imkanı talep edebilecektir<sup>945</sup>.

Tasarrufun iptali davası dışında, bir ticari işletme devri sebebiyle İİK m.44 hükmü uyarınca borçlunun mal beyanında bulunması ve bir süre tasarruf sınırlamasına tabi olması gerektiği şeklinde görüşler de bulunmaktadır. Çalışmanın bu kısmında alacaklılar tarafından açılacak tasarrufun iptali davalarına değindikten sonra, İİK m.44 hükmünün ticari işletmeyi devredenın alacaklılarının korunmasında nasıl bir etkisi olduğunu incelemeye çalışacağız.

#### **i. İİK m.280 uyarınca Tasarrufun İptali Davası Açılması**

Kural olarak bir kişinin kendi malvarlığını azaltan herhangi bir işlemde bulunması halinde bu kişinin alacaklıların bu işleme karşı itiraz etmeleri veya işleme engel olmaları imkanı bulunmamaktadır. Söz konusu işlem alacaklıların alacaklarını tahsil etmesini zorlaştırsa dahi mülkiyet hakkının kapsamında malvarlığı unsuru üzerinde tasarruf etme imkanı da bulunduğundan alacaklılar bu riske katlanmak durumundadır.

<sup>944</sup> Bu nedenle de TBK m.202’de benimsenen sorumluluk rejimi, devredenın malvarlığında bulunan ve devir kapsamında yer almayan borçlar bakımından özel bir koruma sağlamaması sebebiyle de eleştirilmektedir. Bkz. Ülgen/Arıcı s.1796 dipnot 140.

<sup>945</sup> Evrim Erişir, **Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak Ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki**, Batider, Cilt 24 Sayı 4, 2008, s.288. Muvazaanın tespiti genel hükümlere göre gerçekleştirilecek olup, ticari işletme devri bakımından özel bir durum arz etmemektedir. Bu nedenle de çalışmada muvazaanın tespitini incelemeye gerek görmedik. Ancak tasarrufun iptali davası ile muvazaa arasındaki ilişkinin kapsamlı incelemesi için bkz. Okay Durman, **İcra İflas Hukuku Açısından Malvarlığı Veya Ticari İşletmenin Devri**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009 s.159 vd.

Ne var ki, kanun bazı hallerde alacaklıların borçlu tarafından yapılan geçerli bir tasarruf işlemine<sup>946</sup> rağmen, üzerinde tasarruf edilen malvarlığı unsuruna başvurularına imkan tanımaktadır. Tasarrufun iptali<sup>947</sup> olarak tanımlanan bu davada alacaklılar borçlunun malvarlığından çıkmış ve artık üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan bir malvarlığı unsurunu sanki hâlâ borçlunun malvarlığındaymış gibi takip ederek alacaklarını bu malvarlığı unsurunu sattırarak tahsil edebilmektedirler<sup>948</sup>. Belirtmek gerekir ki, tasarruf iptali davasında iptal edilen tasarruf ile mülkiyet eski malike dönmemektedir. Tasarrufun iptalinde alacaklı sanki devir işlemi gerçekleşmemiş gibi mülkiyeti devralana ait olan bir malı devreden borcu için paraya çevirme yetkisini kazanmaktadırlar. Mülkiyetin durumuna etki etmediği için tasarrufun iptali davası diğer iptal davalarından veya hükümsüzlüğün tespiti davalarından ayrılmaktadır<sup>949</sup>.

Bir ticari işletme devrinin varlığı halinde, ticari işletme ile birlikte devredilmeyen borçların alacaklıları İİK.280 uyarınca tasarrufun iptali davası açarak, alacaklarının tahsili için ticari işletme devri ile mülkiyeti devralana geçen malvarlığı unsurlarını paraya çevirebileceklerdir<sup>950</sup>. Hatırlatmak isteriz ki, ticari işletme devri kapsamında devredilen alacaklar bakımından alacaklıların tasarruf iptali davası açmasına gerek bulunmamaktadır; çünkü TBK m.202 uyarınca ticari işletmeyi devralan zaten asıl borçlu haline geldiği için, devraldıkları ticari işletmenin de dahil olduğu tüm malvarlığı ile alacaklılara karşı sorumlu olacaktır. Bu nedenle bu alacaklıların tasarrufun iptali davası açmasını gerektiren bir durum olmadığı gibi, böyle bir davada menfaatleri de bulunmamaktadır.

Tasarrufun iptali davası açılması için borçlandırıcı işlemin yapılması yeterli olmayıp aynı zamanda tasarruf işleminin de yapılması gerekmektedir<sup>951</sup>. Bu nedenle ticari işletme devri sözleşmesi ticaret siciline tescil edilene kadar alacaklılar tasarrufun iptali davası açamayacaklardır.

<sup>946</sup> Tasarruf işleminin geçerli olmadığı bir durumda zaten mülkiyet devreden tarafta kalmaya devam edeceği için bu durumda tasarrufun iptali davası açılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumda tasarruf işleminin geçersiz olduğunun tespit edilmesi yeterlidir.

<sup>947</sup> Söz konusu davanın yalnızca dar anlamda tasarruf işlemlerine karşı değil her türlü hukuki fiile karşı açılabilmesi, bu nedenle “tasarrufun iptali” ifadesinin yanıltıcı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Talih Uyar, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu**, Ankara Barosu Dergisi Sayı 1, 2011 s.211. Ancak doktrinde benimsenmiş olması bakımından bu çalışmada “tasarrufun iptali” kavramına yer verilmiştir.

<sup>948</sup> Durman s.161. Tasarrufun iptali davası hakkında detaylı açıklama için bkz. Durman.

<sup>949</sup> Durman s.158.

<sup>950</sup> Arıcı s.220, Phillippin, **Question Choisie** s.39.

<sup>951</sup> Uyar s.226.

Tasarrufun iptali davası 5 yıllık bir süreye tabi kılınmıştır<sup>952</sup>. 5 yıllık sürenin tasarruf işleminin temelinde bulunan borçlandırıcı işlemde değil, tasarruf işleminden başlaması gerektiği kabul edilmektedir<sup>953</sup>. Bu nedenle 5 yıllık süre ticaret siciline tescil ile başlayacaktır.

İptal davasının açılması için gerekli şartların oluştuğunu davayı açan alacaklının ispat etmesi gerekmektedir. Buna göre tasarrufun iptali davasında alacaklı, borçlunun iptal edilecek işlemi borca batık olduğu sırada yaptığını ve işlemi yaparken alacaklılara zarar verme kastı bulunduğunu, işlemin diğer tarafının ise borçlunun mali durumunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmelidir<sup>954</sup>.

Ancak İİK m.280 düzenlemesi söz konusu ispat yükü bakımından özel bir düzenleme getirmektedir. İİK m.280 f.3'e göre "*Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur*". Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu durumda artık kural olarak borçlunun ve borçlu ile işlem yapan kişinin zarar verme kastı ile hareket edildiği kabul edilecektir.

Doktrinde belirtildiği üzere bu karine iki taraflı bir karinedir. Bu karinenin kabulü ile bir yandan ticari işletmeyi devreden tarafın zarar verme kastı bulunduğu, diğer yandan ise devralanın bu zarar verme kastını bildiği kabul edilmektedir<sup>955</sup>.

İİK m.280 f.3 söz konusu karinenin aksinin nasıl ispat edileceğini de düzenlemektedir. İİK m.280 f.3 uyarınca "*Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların itilaini temin edecek şekilde munasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir*". Belirtmek gerekir ki, madde metninde belirtilen bu usul, zarar verme kastı karinesinin ortadan kaldırması için sınırlayıcı bir etkiye sahiptir. Diğer bir ifade

<sup>952</sup> Sürenin hak düşümü süresi olduğu konusunda bkz. Durman s.173.

<sup>953</sup> Durman s.172.

<sup>954</sup> Arıcı s.229.

<sup>955</sup> Durman s.182.

ile borçlu ve borçlu ile işlem yapan kişi zarar verme kastı bulunmadığını yalnızca kanunda belirtilen şekilde ispat edebileceklerdir<sup>956</sup>.

## ii. Ticari İşletme Devri Halinde İİK m.44 Hükümlerinin Uygulanması Sorunu

İcra İflas Kanunu m.44 ticaretin terki halinde ticareti terk eden tarafın alacaklılarını korumak için özel bir düzenleme getirmektedir. İİK m.44 ticareti terk edene, terk işlemini 15 gün içinde kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmenin yanında ayrıca haczi kabil mallarına ilişkin<sup>957</sup> mal beyanında bulunma yükümlülüğü de getirmektedir (İİK m.44 f.1). İlaveten mal beyanından itibaren iki ay boyunca tacirin haczi kabil malları üzerinde tasarrufta bulunması da yasaklanmıştır (İİK m.44 f.3). Bu düzenlemelerin amacı borçluların ticareti sona erdirerek borçlarından kurtulmaya çalışmalarını engellemektir<sup>958</sup>.

Ticari işletmenin devredilmesi ile ticareti terk kavramları birbirleri ile ilişkili kavramlardır. Ticareti terk, doktrinde “ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticari işletmeyi kapatmak ya da tasfiye etmek” olarak tanımlanmaktadır<sup>959</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi ticari işletmenin devredilmesi ticaretin terki sonucunu doğurabilecek hallerden bir tanesidir. Ancak ticareti terk, yalnızca ticari işletmenin devri yoluyla gerçekleşmez. Tacirin ticari işletmeyi kapatmaya karar vermesi veya ticari işletmeyi tasfiye etmesi halinde de ticareti terk durumu söz konusu olacaktır<sup>960</sup>.

Ticareti terkin, ticari işletmenin devrinden farklı sonuçlar doğurması uygulamada ticari işletmenin devrinin her koşulda ticareti terk sonucu doğurup doğurmayacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu sorun özellikle birden fazla ticari işletmesi bulunan bir kişinin işletmelerinden bir tanesini devretmesi ve diğer işletmeyi işletmeye devam etmesi halinde İİK m.44 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması bakımından önem taşımaktadır. Doktrinde savunulan bir görüşe ticari işletmenin devri her koşulda ticaretin tamamen veya en azından kısmen terk edilmesi anlamına gelmektedir. Örneğin iki işletmesi bulunan bir kişi

<sup>956</sup> Durman s.182.

<sup>957</sup> Kuru, ilgili mal beyanında tüm malvarlığının beyan edilmesi gerektiğini, zira hangi malların haczinin mümkün olduğuna karar verme yetkisinin icra memuruna ait olduğunu belirtmektedir. Baki Kuru, **Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1970, Cilt 27 Sayı 1-2 s.111.

<sup>958</sup> Durman s.191.

<sup>959</sup> Kuru, **Ticareti Terk Eden** s.109.

<sup>960</sup> Durman s.192.

işletmelerinden bir tanesi devretmiş olduğunda her ne kadar bir işletme işletmekteyse de devrettiği işletme bakımından ticareti kısmen terk etmiş sayılmalıdır<sup>961</sup>. Bu görüş uyarınca bir ticari işletme devri kural olarak her zaman İİK m.44 hükümleri kapsamına girecektir<sup>962</sup>. Buna göre devreden ticari faaliyetlerine devam etmesi halinde dahi ticari işletme devri İİK m.44 kapsamında değerlendirilecek ve devreden maddede belirtilen yükümlülükler katlanacaktır<sup>963</sup>.

Diğer yandan bizim de katıldığımız görüş uyarınca İİK m.44 özel olarak ticareti terk halini düzenleyen özel bir hükümdür. Eğer kişinin ticari faaliyeti devam ediyorsa İİK m.44 kapsamına giren bir işlem bulunmamaktadır. Durman'ın da isabetle belirttiği üzere “terk ya tamamen olmalı ya hiç olmamalıdır”<sup>964</sup>. Kanaatimizce İİK m.44 ticari işletmenin devri sebebiyle uygulanan bir hüküm değil, ticaretin terk edilmesi sebebiyle uygulanan bir hükümdür. Bu nedenle bir ticari işletme devri olmadan ticaretin terki gerçekleşmişse İİK m.44 uygulanırken, ticari işletmenin devrine rağmen ticaret terk edilmemişse bu durumda İİK m.44 hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir.

Bu açıdan İİK m.44 hükümleri ile İİK m.280 hükümlerinin, bazı durumlarda birlikte uygulanabilen; ancak birbirinden farklı iki durumu düzenleyen hükümler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>965</sup>. Eğer yalnızca bir ticari işletmesi bulunan tacir ticari işletmesini devrediyorsa bu durumda hem devir sebebiyle İİK m.280, hem de devir işlemi ticareti terk sonucu doğurduğu için İİK m.44 hükmü uygulanacaktır. Yine yalnızca bir ticari işletmesi bulunan tacir, bu defa ticari işletmesini kapatmaya veya tasfiye etmeye karar verirse, ticareti terk etmiş olacağı için İİK m.44 uygulanacak; ancak bir ticari işletme devri söz konusu olmadığı için İİK m.280

<sup>961</sup> Kuru, **Ticareti Terk Eden** s.116. Aynı görüşte: Arıcı s.220, Erişir s.280. Bu görüş uyarınca bir ticari işletme niteliğinde olmayan işyeri devrinin de ticareti kısmi terk olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Arıcı s.221.

<sup>962</sup> Belirtmek gerekir ki, ticaretin kısmi terki halinde İİK m.44 hükümlerinin tamamı uygulanmayacaktır. Örneğin iki ticari işletmesinden birini devreden gerçek kişi hala tacir sıfatını taşıdığı için, bu gerçek kişinin, İİK m.44 f.2 uyarınca kabul edilen bir yıllık süre ile bağlı olmaksızın, iflas yoluyla takip edilmesi mümkündür. Aynı şekilde mal beyanından itibaren iki aylık tasarruf sınırlamasının da ticaretin kısmi terkinde uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Kuru, **Ticareti Terk Eden** s.117. Aynı görüşte Erişir s.286.

<sup>963</sup> Kuru tarafından varılan bu sonuç bazı soruları da beraberinde getirmektedir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde özellikle külli halefiyet uyarınca gerçekleştirilen devir işlemlerinde İİK m.44'ün uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kuru, ticari işletmenin miras yoluyla devri halinde devri halinde İİK m.44'ün uygulanmayacağını belirtmektedir. Bkz. **Kuru, Ticareti Terk Eden** s.110. Ancak ticaret şirketlerinin birleşmesi veya bölünmesi halinde İİK m.44 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu cevapsız kalmaktadır.

<sup>964</sup> Durman s.204.

<sup>965</sup> Durman s.194, Erişir s.280.

hükümleri uygulanmayacaktır. Diğer yandan iki tane ticari işletmesi bulunan bir kişinin yalnızca bir ticari işletmesini devrederek diğer işletmesini işletmeye devam etmesi halinde yalnızca İİK m.280 hükmü uygulanacak, ancak İİK m.44 hükmü uygulanmayacaktır<sup>966</sup>.

Ticari işletme devrinin ticareti terk sonucunu doğurması halinde İİK m.44 f.3 uyarınca devreden mal beyanında bulunduğu tarihten itibaren iki aylık süre boyunca, haczi kabil malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı olarak yapılan tasarruf işlemlerinin alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceği de maddede açıkça belirtilmiştir<sup>967</sup>. Ancak tasarruf işleminin karşı tarafı olan tarafın iyiniyetli olması halinde iyiniyet korunacaktır.

İİK m.44 hükmü uyarınca devredene yüklenen yükümlülükler ticari işletmenin devredilmesinden sonrasına ilişkindir. Buna göre devir işlemi sırasında veya sonrasında devreden ticareti terk ettiğini ticaret siciline bildirecek, mal beyanında bulunacak ve mal beyanından itibaren iki ay boyunca tasarruf işlemi sınırlamasına tabi olacaktır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, bu durumda alacaklı koruması riske girmiş olacağından, İİK m.44 kapsamındaki yükümlülükler ticari işletmenin devri için tasarruf işlemlerinin yapılmasından önce devreye girmelidir<sup>968</sup>. Diğer bir ifade ile ticari işletme devri için sözleşme yapılsa da ticari işletmenin aktiflerinin devri için tasarruf işlemi yapılamayacaktır. Devir işlemi yapılması için tasarruf işlemi sınırlaması için getirilen iki aylık sürenin geçmesi gerekmektedir<sup>969</sup>. Buna göre ticari işletmeyi devretmeye karar veren öncelikle mal beyanında bulunacak ve takip eden iki ay boyunca tasarruf işlemi yasağına tabi olacaktır. Bu iki aylık sürenin bitiminden sonra ise ticari işletmeyi devredebilecektir.

Kanaatimizce bu görüş birçok açıdan eleştiriye açıktır. Öncelikle İİK m.44 hükmünün lafzı ticareti terk işleminin bildirilmesini ve ardından buna bağlı yükümlülüklerin yerine getirilmesini belirtmektedir. Kanunun henüz gerçekleşmemiş ticareti terk durumunun bildirilmesini istemesi beklenemez.

<sup>966</sup> Durman s.194.

<sup>967</sup> İİK m.44'deki tasarruf işlemi yapma yasağına aykırı devir işleminin sonuçları bakımından detaylı açıklama için bkz. Durman s.196 vd. Erişir s.280 vd.

<sup>968</sup> Arıcı s.224.

<sup>969</sup> Arıcı s.224. Arıcı, bu görüşü olması gereken hukuk bakımından belirtmektedir.

Ayrıca yükümlülüklerin ticari işletmenin devrinden önce yerine getirilmesi fiilen uygulanabilir bir yöntem değildir. Öncelikle mal beyanından sonra iki ay süreyle tasarruf yetkisi sınırlaması getirilmiştir. Bu devir yasağı karşısında ticari işletmenin faaliyetlerini sürdürmesi mümkün değildir<sup>970</sup>. Ayrıca, söz konusu görüş halinde tasarruf sınırlamasının sürdüğü iki ay boyunca ticari işletme devredilemeyecektir. Tasarruf sınırlamasına ek olarak devir işleminin iki ay ertelenmesi de tarafların devir işleminden bekledikleri menfaatlerin elde edilmesini zorlaştıracaktır<sup>971</sup>. Bu nedenle kanaatimizce İİK m.44'ün ticari işletme devri gerçekleşikten sonra uygulanması ticari faaliyetlerin yürütülmesi bakımından da bir yükümlülüktür.

İİK m.44 ticareti terk halinde terk edenin yükümlülüğünü düzenleyen bir hükümdür. Ticari işletme devri yoluyla ticaretin terk edilmesi mümkünse de her ticari işletme devrinde ticareti terkin söz konusu olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Diğer bir ifade ile kanaatimizce İİK m.44, her ticari işletme devrinde başka şartlar aranmaksızın uygulanacak bir hüküm değildir. Ticari işletme devri, ticareti terk sonucunu doğurduğu hallerde dahi İİK m.44 hükümleri ticareti terk etmenin (yani incelediğimiz durumda ticari işletme devrinin) sonrasına ilişkin düzenlemeler içerdiğinden ticareti terk edene yüklenen yükümlülüklerin her ticari işletme devri işlemine sirayet etmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle de İİK m.44 uyarınca getirilen tasarruf sınırlaması, eğer İİK m.44'ün koşulları oluşmuşsa, ticari işletme devrinden sonraki işlemler için geçerli olacaktır.

### iii. Şirketler Hukukunun Genel Hükümleri Uyarınca Koruma

TBK m.202 uyarınca devreden devir kapsamında olmayan, yani devirden sonra da devdedenin malvarlığında kalmaya devam edecek borçları bakımından bir koruma getirmediğini belirtmiştik. Ancak devreden bir ticaret şirketi olması halinde şirketler hukukuna ilişkin genel kurallar da uygulama alanı bulacaktır<sup>972</sup>. Bu nedenle de bazı durumlarda devreden alacaklıları ticari işletme devri sonrasında şirketler hukukunun genel hükümleri sebebiyle bazı koruma imkanlarından yararlanabilirler<sup>973</sup>.

<sup>970</sup> Erişir s.286.

<sup>971</sup> Erişir s.285.

<sup>972</sup> Bahar, **LFus Commentaire** s.807.

<sup>973</sup> Belirtmek isteriz ki, söz konusu koruma imkanları ticari işletme devrinden değil, şirketler hukuku hükümlerinden kaynaklanmaktadır. O nedenle de çalışmamızda bu imkanları ismen belirtmekle ve

Bu imkanları şu şekilde sıralama imkanı bulunmaktadır:

- Devreden tarafın TTK m.195 kapsamında bir şirketler topluluğu içerisinde bağlı şirkete ve devir işleminin hakim şirketin bağlı şirket üzerindeki hakimiyeti sonucu yapılmış ise bu durumda TTK m.202 kapsamında hakim şirketin bir denkleştirmeye gitmesi gerekmektedir. Ancak ticari işletme devrinden faaliyet yılı içinde gerçekleştirilmediği takdirde şirketin pay sahipleri hakim şirketten veya hakim şirketin kayba yol açan yönetim kurulu üyelerinden tazminat talebinde bulunabilecektir (TTK m.202 f.1-b). TTK m.202 f.1-c bendi uyarınca alacaklılar da şirket iflas etmemiş olsa dahi söz konusu davayı açarak şirketin zararının şirkete ödenmesini talep edebilecektir. Buna göre ticari işletme devri hakim şirketin yönlendirmesi ile gerçekleştirilmiş ise bu durumda şirketler topluluğu hükümleri uyarınca alacaklıların da hakim şirkete ve onun kayba yol açmış yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açabilecektir<sup>974</sup>.
- Ticari işletme devir sözleşmesinin devreden şirkete zarar vermesi halinde şirketin alacaklıları devreden şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için dava açmaları imkanı bulunmaktadır. TTK m.556 f.1 alacaklıların dava açma hakkını şirketin iflas etmesi şartına bağlamıştır, o nedenle alacaklılar bu koşul gerçekleşmeden sorumluluk davası açamazlar. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun bulunması için kusurlarının bulunması gerekmektedir. (TTK m.553 f.1)<sup>975</sup>.
- TTK m.391-b bendi, anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesine aykırı nitelikteki kararların<sup>976</sup> batıl olduğu belirtmektedir. Eğer ticari

---

eğer varsa ticari işletme devrinin bu hükümlerin uygulamasında özellik teşkil ettiği durumları işaret etmekle yetineceğiz. Daha kapsamlı bilgi için söz konusu imkanların incelendiği çalışmaların incelenmesi faydalı olacaktır.

<sup>974</sup> Bu konuda kapsamlı açıklama için bkz. Okutan Nilsson, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, 12Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

<sup>975</sup> TTK m.644 hükmü atfı sebebiyle bu hususlar limited şirket müdürlerinin sorumluluğu bakımından da uygulanacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında bkz. Akdağ Güney, Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Veday Yayıncılık, İstanbul, 2010.

<sup>976</sup> Sermayenin korunması ilkesine aykırı kararların sermayenin değer kaybetmesine sebebiyet veren veya sermaye taahhüdünün tam olarak ifa edilmesine neden olan, sermayenin ortaklara iade edilmesine imkan veren kararlar olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.236. Sermayenin korunması ilkesi hakkında kapsamlı açıklama için bkz. Tekinalp, Ünal,



işletmenin devri sermayenin korunması ilkesine aykırı nitelikte bir işlem teşkil ediyorsa bu durumda yönetim kurulu kararı batıl olacaktır.

### c) Ticari İşletmeyi Devralanın Alacaklıları Bakımından

#### i. Konu Hakkında Genel Açıklamalar

Belirtmek gerekir ki, TBK m.202 ile getirilen alacaklı koruması yalnızca ticari işletmeyi devreden devir kapsamında olan borçları bakımından alacaklıları korumaktadır. Aynen devrden devir kapsamı dışında kalan borçlarında olduğu gibi, devralanın alacakları bakımından alacaklılar için herhangi bir koruma öngörmemektedir<sup>977</sup>. Halbuki, ticari işletmenin aktiflerinin yanında pasifleri ile birlikte devralınması sebebiyle devralanın alacaklılarının menfaatlerinin de zarar görmesi ihtimali bulunmaktadır<sup>978</sup>.

Bu durumda ticari işletmeyi devralan tarafın alacaklılarının devre karşı herhangi bir hukuki imkanının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Öncelikle devralanın bir ticaret şirketi olması halinde ticari işletme sebebiyle değil, ancak şirketler hukukunun genel hükümleri uyarınca alacaklıların başvurabileceği yollar bulunmaktadır. Ticari işletmeyi devralan tarafın zarar görmesi halinde devralanın alacaklıları, genel hükümler uyarınca sahip oldukları imkanları kullanabileceklerdir<sup>979</sup>. Ayrıca sözleşmeler hukukunun genel hükümleri uyarınca işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürmekleri de mümkün olacaktır.

#### ii. Devralanın Alacaklıların Tasarrufun İptali Davası Açması Sorunu

Yukarıda belirttiğimiz gibi, devreden devir kapsamında olmayan borçları bakımından alacaklıların ticari işletme devrine karşı ellerinde olan tek imkan

---

**Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010 s.1681 vd.

<sup>977</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807, Heinzer/Wyler s.186, Turin s.209.

<sup>978</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807. Belirtmek gerekir ki İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca gerçekleştirilecek malvarlığı devri işleminde devredilen malvarlığının aktif unsurlarının değerinin pasif unsurların değerinden fazla olması zorunluluğu bulunmaktadır (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.71 f.2). Bu hüküm nedeniyle devrin, devralanın alacakları bakımından bir risk taşımadığı da ileri sürülmektedir. Bkz. Phillippin, **Transfert de Patriomine** s.98, Heiner/Wyler s.185.

<sup>979</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807. Bu imkanlar devreden ticaret şirketi olması halinde devreden alacaklılarının sahip olduğu imkanlar ile aynıdır. Yukarıda açıklanan bu imkanlar için bkz. V-F-b)-iii-Şirketler Hukukunun Genel Hükümleri Uyarınca Koruma.

tasarrufun iptali davası açmaktır. Bu noktada ticari işletmeyi devralanın alacaklılarının böyle bir dava açma imkanı bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir. Örneğin, borçların aktif malvarlığı unsurlarından daha fazla olduğu bir ticari işletmeyi devralan veya bir ticari işletme için rayiç değerinin çok üzerinde bir bedel ödeyerek bir ticari işletmeyi devralan kişinin alacaklıları tasarrufun iptali davası açabilecekler midir?

Doktrinde tasarrufun iptali davalarının konusu hakkında bir tartışma bulunmaktadır. Muşul'a göre tasarrufun iptali davasının konusu borçlunun malvarlığındaki aktifi azaltan işlemlerdir<sup>980</sup>. Bu tanıma göre yalnızca pasifi artıran borçlandırıcı işlemlerin veya aktifleri artırmasına rağmen pasiflerin daha fazla artmasına sebep olan bir işlem tasarrufun iptali davasının konusu olamayacaktır. Örneğin borçların aktif malvarlığı unsurlarından daha fazla olduğu bir ticari işletmenin devralınması aktiflerin azalmasına sebep olmadığı için iptali davasının konusunu oluşturmayacaktır.

Ancak doktrinde tasarrufun iptali davasının yalnızca dar anlamda tasarruf işlemlerine karşı değil, malvarlığını azaltan tüm hukuki fiillere karşı açılacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır<sup>981</sup>. Zira, tasarrufun iptali kavramında kullanılan tasarruf kavramının borçlunun mal kaçırmak için yaptığı işlemleri karşılamak bakımından yetersiz kaldığı belirtilmektedir<sup>982</sup>. Buna bağlı olarak borçlunun malvarlığını azaltıcı her türlü hukuki işlem ve hukuki fiilin tasarrufun iptali davasının konusu olması mümkündür<sup>983</sup>. Nitekim, Yargıtay kararlarında da borç itirazına karşı<sup>984</sup> veya haksız ödeme emrine itiraz edilmemesine<sup>985</sup> karşı tasarrufun iptali davası açılacağı kabul edilmiştir<sup>986</sup>. Aynı şekilde borçlunun malvarlığının artışı engelleyen işlemlerinin de tasarruf işleminin konusu olması mümkündür<sup>987</sup>. Bu durumda yalnızca bir hakkın devredilmesi değil, bir hak veya borcun devralınmasına

<sup>980</sup> Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008 1287. Aynı husus Kuru tarafından da dile getirilmektedir. Bkz. Baki Kuru, **İcra İflas El Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 s.1398. Ne var ki, yazar diğer yandan tasarrufun iptali davasının dar anlamda tasarruf işlemleri ile sınırlı olmadığını da özel olarak belirtmektedir.

<sup>981</sup> Bkz. Kuru, **İcra İflas El Kitabı**, s.1398., Uyar, Talih, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu**, Ankara Barosu Dergisi, 2011, sayı 1, s.212, Ali Güneren, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012 s.55, Durman s.177.

<sup>982</sup> Güneren s.55.

<sup>983</sup> Güneren s.56, Durman s.177.

<sup>984</sup> 15. HD. 15.11.1999 E. 4175/1999 K.4058/1999 (naklen Kuru, **İcra İflas El Kitabı**, s.1398).

<sup>985</sup> 15. HD. 13.06.2006 E.1163/2006 K.3523/2006 (naklen Güneren s.56).

<sup>986</sup> Belirtmek isteriz ki, her iki örnekte de borçlunun malvarlığındaki aktiflerde bir azalma söz konusu olmamasına rağmen pasiflerde bir artış gerçekleşmektedir.

<sup>987</sup> Güneren s.56.

ilişkin işlemler hakkında da tasarrufun iptali davası açılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Eğer yukarıda belirtilen ikinci görüş benimsenirse bu durumda ticari işletmeyi devralanın alacaklılarının da tasarrufun iptali davası açmasına imkan tanımak gerekecektir<sup>988</sup>. Bu durumda devralanın alacaklıları tasarrufun iptali davası açarak ticari işletme devri için ifa edilen karşı edimi paraya çevirerek alacaklarını tahsil etme imkanına sahip olacaklardır.

#### **d) Alacaklı Korumasının Genişletilmesi Yönündeki Görüşler**

TBK m.202 ve benzer şekilde yalnızca devreden alacaklıları için müteselsil sorumluluğa imkan tanıyan İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75 ile İsviçre Borçlar Kanunu m.181 hükümlerinin alacaklı koruması bakımından yetersiz olduğu belirtilmektedir. Devir kapsamındaki alacaklar bakımından devreden ve devralanın iki yıl<sup>989</sup> boyunca müteselsil olarak sorumlu olması son derece etkin bir koruma olmakla beraber, ticari işletme devri kapsamında devredilmeyen borçlar ile devralanın borçları bakımından alacaklılar için herhangi bir koruma söz konusu değildir. Genel hükümler uyarınca muvazaa hükümleri yoluyla, borçlunun bir ticaret şirketi olması halinde ise şirketler hukukunun genel hükümleri uyarınca bazı koruyucu hükümler bulunsa da bu hükümlerin de etkinliği sınırlıdır. Bu durumda alacaklıların elindeki tek imkan olan tasarrufun iptali davası ise ağır şartlara bağlı olması sebebiyle kuvvetli bir koruma sağlamamaktadır.

İsviçre Hukuku'nda Bahar, gerek ticari işletmeyi devralanın alacaklılarının gerekse devreden işletme devri kapsamında alacakları devredilmeyen alacaklılarının korunması için daha etkin bir koruma yöntemi benimsenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>990</sup>. Bahar, alacaklıların korunması amacıyla bölünme, bölünmeye katılan şirketlerin sorumluluğuna benzer bir düzenlemenin, malvarlığı ve ticari işletme devri bakımından da getirilmesini önermektedir<sup>991</sup>.

<sup>988</sup> Elbette bu durumda tasarrufun iptali davasının açılması için gereken diğer şartların bulunması gerekmektedir.

<sup>989</sup> İsviçre Hukuku'nda bu süre üç yıldır.

<sup>990</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807.

<sup>991</sup> Bahar, **Commentaire Lfus** s.807. Bilindiği üzere “bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket, bu suretle birinci derecede sorumlu bulunan şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci derecede sorumlu şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar” (TTK m.176 f.1, İsviçre Birleşmeler Kanunu m.47 f.1). Kanun, bölünmeye katılan ve bu şekilde bir borç devralan şirketin borçtan birinci derecede sorumlu olduğunu

Kanaatimizce, Bahar tarafından ileri sürülen bu görüş alacaklı korumasının gereğinden ileri gitmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Aslında Bahar'ın belirttiği gibi, ticari işletmeyi devralanın kendi alacaklıları veya devir kapsamında dışında kalan alacaklar bakımından devreden alacaklılarının zarar görmesi ihtimali bulunmaktadır. Ne var ki, sırf borçlunun malvarlığını azalttığı için bir hukuki işlemin diğer tarafını borçlunun alacaklılarına karşı sorumlu tutmak kanaatimizce aşırıya kaçan bir önlem olacak ve devralan bakımından hukuki belirsizliğe yol açacaktır. Zira bu yöntem benimsenirse ticari işletmeyi devralan devreden tüm malvarlığına ilişkin müteselsil sorumluluk riski altına girecektir.

Diğer yandan Bahar'ın ileri sürdüğü gibi bir sorumluluk rejiminin belirlenmesi halinde ticari işletmesini devreden taraf, devralanın malvarlığını azaltan işlemlerinden sorumlu olma riski altında kalmaktadır ki, böyle bir çözüm ticari işletme devri bakımından sakıncalı bir durum yaratacaktır.

Ayrıca unutmamak gerekir ki, TBK m.202 uyarınca bir ticari işletme devrinde devredilen borçlar bakımından bir müteselsil sorumluluk benimsenmiş olması, salt malvarlığının azalmasına dayanmamaktadır. Malvarlığının azalması halinde alacaklıların elinde bulunan imkan, tasarrufun iptalini talep etmektir. TBK m.202 uyarınca tasarruf iptalinden daha ileri bir koruma olarak müteselsil sorumluluğun kabul edilmesi, alacaklıların rızası olmaksızın bir borcun devredilmesinden ve borçlunun değişmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle alacaklıların rızası hilafına borçlunun değişmediği bir durumda, sırf borçlunun malvarlığı azaldığı için taraflar arasında müteselsil sorumluluğu kabul etmenin menfaatler dengesine uymayacağı görüşündeyiz.

---

belirtmektedir. Ancak söz konusu borcun asıl borçlu tarafından ifa edilememesi halinde bölünmeye katılan diğer şirketler de borçtan ikinci derecede sorumlu olacaklardır. Ancak sorumluluğun söz konusu olması için ikinci derecede sorumlu olan şirketlerin takip edilebilmeleri için, alacağın teminat altına alınmamış ve birinci derecede sorumlu şirketin;

- a) İflas etmiş,
  - b) Konkordato süresi almış,
  - c) Aleyhinde yapılan bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,
  - d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye'de takip edilemez duruma gelmiş veya
  - e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş,
- olması gerekir (TTK m.176 f.2, İsviçre Birleşmeler Kanunu m.47 f.2). Bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu bakımından kapsamlı açıklama için bkz. Coştan, **Alacaklı Koruması** s.233 vd., Çebi s.264 vd.

## 6. Ticari İşletme Devri Yapan Ticaret Şirketlerinde Ortakların Bakımından

Ticari işletme devri işlemi devreden malvarlığında ani bir değişime sebep olması bakımından yalnızca alacaklıları değil, aynı zamanda devri gerçekleştiren bir ticaret şirketi olması halinde bu şirketin ortaklarının menfaatlerini de önemli şekilde etkileyebilecektir. Bu nedenle de devir işlemleri sebebiyle devri gerçekleştiren ticaret şirketinin ortaklarının da korunması gerekmektedir.

Bu endişeler ile hareket eden Kanun Koyucu, devir işlemini gerçekleştiren ticaret şirketinin ortaklarının da özel hükümler ile korunması yoluna gitmiştir. Ortakların korunması konusunda ise ilk adım ticari işletme devrinde belirli bir şeffaflığın sağlanması, yani ortaklara işlem hakkında bilgi verilmesidir<sup>992</sup>. Bu noktada kısaca İsviçre düzenlemesine yer vermek istemekteyiz.

İsviçre Birleşmeler Kanunu kabul edilmeden önce ticari işletme devrine uygulanan İsviçre Borçlar Kanunu m.181 hükmü ortakların bilgilendirilmesi bakımından herhangi bir düzenleme içermemekteydi. Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla İsviçre Birleşmeler Kanunu malvarlığı devri hükümleri düzenlenirken ortaklara<sup>993</sup> bilgi verme hakkı da özel olarak düzenlenmiştir<sup>994</sup>. Bilgilendirme yükümlülüğü, malvarlığı devri işlemi yapacak tüm ticaret şirketleri için kabul edilmiştir. Ancak İsviçre Birleşmeler Kanunu'nda birleşme ve bölünme işlemlerinde küçük ve orta ölçekli işletmelerin kolaylaştırılmış birleşme ve bölünme için getirdiği usule uymak şartıyla bilgilendirme yükümünün kaldırılabileceği de belirtilmektedir<sup>995</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu bilgi verme yükümlülüğünün hangi şekilde yerine getirileceğini de düzenlemiştir. İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75'e göre, devir işleminin finansal tabloların ekinde belirtilmesi yeterli olacaktır. Ancak bu madde

<sup>992</sup> Kläy/Turin s.77.

<sup>993</sup> İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 malvarlığı devri işlemi yapabilecek kişileri belirlerken ticaret şirketleri haricinde ticaret siciline kayıtlı dernek ve vakıfları da saymıştır. Ne var ki, bilgi verme yükümünü düzenleyen İsviçre Birleşmeler Kanunu m.74 yalnızca ticaret şirketlerinden bahsettiği için, dernek ve vakıfların üyelerine bilgi verme yükümü, en azından bu madde kapsamında bulunmamaktadır.

<sup>994</sup> CR CO I- Probst s.1268.

<sup>995</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.802.

uyarınca finansal tabloların hazırlanmasına gerek olmayan durumlarda<sup>996</sup> devir işleminin ilk ortaklar toplantısında ortaklara bildirilmesi gerekmektedir.

Ortaklara yapılan bildirim, işlem gerçekleştirildikten sonra ortaklara bilgi vermeye yöneliktir. Devir işlemi gerçekleştirilmeden önce ortaklardan onay alınması kural olarak zorunlu değildir<sup>997</sup>. Ancak elbette ticari işletme devri işleminin devreden şirketin yapısında bir değişikliğe sebep olması (örneğin faaliyet konusunun imkansızlaşması veya şirketin faaliyet konusunun değişmesi) halinde ortakların devir işlemine onay vermesini gerektiren bir durum olabilir.

Söz konusu bilgilendirme yükümlülüğünün doğması için devir işleminin hacminin tüzel kişilik için belirli bir öneme sahip olması şartı aranmıştır<sup>998</sup>. Buna göre malvarlığı devri yoluyla devredilen aktif malvarlığı unsurları şirketin toplam aktiflerinin %5'inden azını teşkil ediyorsa, kanun bu durumda bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmektedir (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.74 f.3)<sup>999</sup>. Devredilen kısmın şirket aktiflerine oranının belirlenmesinde yalnızca devredilen aktiflerin esas alınacağı; ancak pasiflerin değerlendirmeye katılmayacağı belirtilmektedir<sup>1000</sup>.

Bilgi verme yükümlülüğünün ihlali halinde ortakların veya üyelerin sorumluluk davası açarak tazminat talep etmesi veya bilgi alma haklarını doğrudan kullanarak işlem ile ilgili bilgi alma imkanları bulunmaktadır<sup>1001</sup>. Ancak ortakların bilgi alma hakkının ihlaline dayanarak işlemin iptali için dava açma imkanları bulunmamaktadır<sup>1002</sup>.

İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75 uyarınca bilgilendirme yükümü yalnızca devreden tarafa ilişkin olup devralanın ortaklarına özel bir bilgilendirme

<sup>996</sup> İsviçre Hukuku'nda kendi isteği ile ticaret siciline kaydolun derneklerin finansal tablo hazırlama yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Bahar, **Commentaire LFus** s.801. Aynı şekilde vakıfların da söz konusu bilgilendirme yükümü kapsamına girmeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Turin s.193.

<sup>997</sup> Ne var ki, yönetim organı dilerse işlemde önce ortaklara bilgi vererek onların görüşünü alabilir.

<sup>998</sup> Kläy/Turin s.77, Bahar, **Commentaire LFus** s.802, Turin s.189.

<sup>999</sup> Ancak yönetim organının yine de dilerse ortaklara bilgi vermesine bir engel bulunmadığı şüphesizdir. Bkz. Turin s.189.

<sup>1000</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.802.

<sup>1001</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.803, Turin s.190.

<sup>1002</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.803.

yükümlülüğü getirilmemiştir. Ancak bu durumda dahi devralanın ortakları genel hükümler uyarınca bilgi alma haklarını kullanabileceklerdir<sup>1003</sup>.

Türk Hukuku'nda ise ticari işletme devrinde ortakların korunması bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ne var ki, ticari işletme devri işlemine taraf olan ticaret şirketlerinde, genel hükümler uyarınca ortakların korunması söz konusu olacaktır. Ortakların menfaatlerini koruması için kullanabilecekleri imkanları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Ortakların korunmasına ilişkin genel hükümlerin başında bilgi alma hakkı gelmektedir. Anonim şirketlerde ortaklar, genel kurulda ticari işletme devri ile ilgili olarak yönetim kurulundan bilgi isteyebilirler (TTK m.437 f.2). Verilen bilginin hesap verme ilkesine uygun nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir<sup>1004</sup>. Bilgi alma talepleri haksız olarak reddedilen veya yeterli miktarda bilgi alamayan ortakların daha dava açarak bilgi alma haklarını kullanmaları mümkündür (TTK m.437 f.2)<sup>1005</sup>. Pay sahibinin bilgi alma hakkını denetçilere yöneltmesi de mümkündür<sup>1006</sup>.
- Ticari işletme devrinin yönetim kurulu tarafından karara bağlanacağı genel kural olmakla beraber bu kuralın şirketler hukukunun özel hükümleri dikkate alınması gerekmektedir<sup>1007</sup>. Buna göre ticari işletme devri bazı hallerde genel kurulun karar almasını gerektiren sonuçlara sebep olabilir. Örneğin ticari işletme devrinin finansmanı için sermaye artırımını yapılması gerekiyorsa veya ticari işletme devri şirket sözleşmesinde faaliyet konusunun değiştirilmesini gerektiriyor ise bu durumda atık yetkili organın yönetim kurulu olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır<sup>1008</sup>. Aynı şekilde bir işletme işleten anonim şirket, bu ticari işletmesini devrederek bir holding şirketine

<sup>1003</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.803, Turin s.192.

<sup>1004</sup> Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.322.

<sup>1005</sup> TTK sisteminde, pay sahiplerinin bilgi alma hakkı bakımından kapsamlı inceleme için bkz. Kaya, Arslan, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2001 . Bilgi alma davası için bkz. Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.325 vd.

<sup>1006</sup> Tekinalp, **Sermaye Şirketleri** s.320 vd.

<sup>1007</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.771, Turin s.130.

<sup>1008</sup> Bahar, **Commentaire LFus** s.771, Turin s.133 vd.. Turin'in belirttiğine göre burada faaliyet konusunun ticari işletme devrine kapsamaya yönelik geniş yorumlanması gerektiği ve yalnızca açıkça ilgili devrin kapsam dışında olduğu hallerde kararın genel kurul tarafından alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Turin s.130.

dönüşecekse artık faaliyet konusunun değiştirilmesi söz konusu olacağından bu kararın genel kurul tarafından alınması gerekecektir<sup>1009</sup>. Arıcı'nın belirttiği üzere ticaret unvanının ticari işletme devrine dahil olduğu durumlarda esas sözleşme değişikliği yoluyla ticaret unvanının değiştirilmesi yapılması zorunluluğu bulunduğundan bu konudaki kararın da genel kurul tarafından alınması gerekmektedir<sup>1010</sup>. Ayrıca ticari işletmenin devrinin şirketin infisahına sebep olması halinde de yönetim kurulunun bu devri gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı, bu kararın genel kurul tarafından alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>1011</sup>. Bu nedenle yönetim kurulunun ticaret şirketinin tek işletmesini devretmesinin mümkün olmadığı, bunun için mutlaka genel kurul kararının alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>1012</sup>. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi genel kurulun karar almasının beklenemeyeceği durumlarda yönetim kurulu tarafından alınan kararların da geçerli olduğuna hükmetmiştir<sup>1013</sup>. Nitekim TTK m.616, bu sayılan hususların limited şirketlerde ortaklar genel kurulunun görevleri arasında yer aldığını belirtmektedir. Bu şekilde bazı durumlarda ticari işletme devri hakkında yöneticiler değil de ortaklar tarafından alınması ortakları koruyucu bir etkiye sahiptir.

- Bunun dışında devir kararının yönetim kurulu üyeleri tarafından alındığı durumlarda pay sahiplerinin iki temel imkanı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, TTK m.391 kapsamında düzenlenen yönetim kararlarının batıl olduğunun tespit edilmesidir. Özellikle TTK m.391-b bendi uyarınca sermayenin korunması ilkesine aykırı nitelik taşıyan ticari işletem devirlerinde yönetim kurulu kararı batıl olacaktır<sup>1014</sup>.
- Yönetim kurulu üyeleri tarafından verilen kararları geçerli olmasına rağmen devir işlemin katılan şirketin zarar görmesi halinde TTK m.553 hükümleri uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus

<sup>1009</sup> Rapp s.9.

<sup>1010</sup> Arıcı s.109.

<sup>1011</sup> Arıcı s.110, Bahar, **Commentaire Lfus** s.771, Turin s.131.

<sup>1012</sup> Arıcı s.110. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Arıcı s.112.

<sup>1013</sup> ATF 116 II 320 (naklen Turin s.132).

<sup>1014</sup> Sermayenin korunması ilkesi hakkında açıklama için bkz. Tekinalp, Ünal, **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010 s.1681 vd.



bulunmaktadır. Bir şirketin ticari işletmesini devretmesi kanaatimizce şirketin TTK m.375 f.1-a bendi kapsamında şirketin üst düzey yönetimine ilişkin olduğu için ticari işletme devri konusunda karar verme yetkisinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya bir üçüncü kişiye terhis edilmesi mümkün değildir. Buna bağlı olarak kararın yönetim kurulu tarafından alınması gereken hallerde yönetim kurulu bir heyet olarak birlikte çalışmak zorundadırlar. Bu zorunluluğun sonucunda ise karardan tüm yönetim kurulu üyeleri sorumlu olacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olup, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulması için kusurlarının bulunması gerekmektedir. Bu şartların varlığı halinde ortaklar, şirket iflas etmemiş olsa dahi yönetim kurulu üyelerine karşı dava açarak şirketin zararının tazmin edilmesini isteyebileceklerdir (TTK m.553)<sup>1015</sup>.

## **G. Ticari İşletme Devri Sözleşmesinin Geçersizliğinin Borçların Devrine Etkisi**

### **1. Borçların Devrinin Devir Sözleşmesinin Geçerliliğine Bağlı Olması**

Ticari işletme devir sözleşmesinin herhangi bir sebepten geçersiz hale gelmesi halinde TBK m.202 hükmü uyarınca devredilen borçların akibetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

TBK m.196 ve devamı hükümleri uyarınca borcun devredilmesi halinde taraflar arasındaki iç yüklenme sözleşmesinin geçersiz olması dış üstlenme sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle borcu devralan ile devreden arasındaki sözleşme geçersiz olsa bile, dış yüklenme geçerliliğini koruyacaktır. Ne var ki, alacaklının rızası ile gerçekleştirilen tek bir borcun üstlenilmesi bakımından kabul edilen bu çözümün TBK m.202 uyarınca devir bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir sorundur.

Acemoğlu'na göre böyle ticari işletme devri sözleşmesi geçersiz olsa dahi TBK m.202 uyarınca borçlar devralana geçmiş sayılmalıdır. Bu yoruma göre devir

---

<sup>1015</sup> Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davaları hakkında kapsamlı açıklama hakkında bkz. Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.

sözleşmesi geçersiz olsa bile bu durumun tespit edilmesi halinde borç devralana geçecektir<sup>1016</sup>. Acemoğlu'na göre her şeyden önce taraflar arasındaki devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde alacaklıların zarar görmesi ihtimali bulunmaktadır. Acemoğlu'nun da belirttiği gibi devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde aktif malvarlığı unsurlarının devreden malvarlığına geri dönmesi gerekli olsa da<sup>1017</sup> alacakların temliki veya kıymetli evrakın devri sebebiyle alacakların azalması imkanı bulunmaktadır. Bu durumda borcun devredilmeyeceği sonucuna varılması halinde alacaklının teminatının azalması söz konusu olabilir<sup>1018</sup>. Böyle bir durumda ise artık devralanın borçlardan sorumlu tutulamayacağını söylemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Acemoğlu, tarafların sözleşmeden dönmesi halinde de malvarlığının aktif unsurlarının devralana geçmiş olmasından yola çıkarak, borçlar bakımından da benzer bir sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir<sup>1019</sup>.

Arıcı ise bu soruya olumsuz olarak cevap vermektedir. Arıcı'ya göre ticaret sicilinde tapu sicilindekine benzer bir sicile güven ilkesi bulunmadığı için ticaret siciline güvenerek bir hak iktisabı mümkün olmayacaktır<sup>1020</sup>. Ancak bu durumda gerçeğe aykırı tescil yaptırılması söz konusu olacağı için haksız fiil temelinde bir sorumluluk söz konusu olacaktır<sup>1021</sup>. Arıcı ayrıca sicilin gerçeğe aykırı tutulması sebebiyle ticaret sicilinin sorumluluğunun da söz konusu olabileceğini belirtmektedir<sup>1022</sup>.

Oğuzman/Öz'ün de kanaatimizce isabetli olarak belirttiği üzere göre ticari işletme devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde devralan bu durumu alacaklılara karşı ileri sürebilecektir<sup>1023</sup>. Borcun dış üstlenilmesi iç üstlenme sözleşmesinden bağımsız niteliktedir. Ne var ki, TBK m.202 uyarınca borcun devrini doğuran tek sözleşme, ticari işletme devir sözleşmesi, iç üstlenme sözleşmesi niteliğindedir ve borcun dış üstlenilmesi kanun gereği bir dış üstlenme sözleşmesi olmaksızın

<sup>1016</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.137.

<sup>1017</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.139. Yazar, bu görüşü savunmakla beraber, Alman Hukuku'ndan farklı olarak İsviçre-Türk Hukuk sisteminde işlemlerin sebebe bağlı olması sebebiyle devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde malvarlığı unsurlarının çoğunun devredene döneceği ve alacaklının bu durumda bir zarar riskinin bulunmadığını da kabul etmektedir. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.139.

<sup>1018</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.137.

<sup>1019</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.140.

<sup>1020</sup> Arıcı s.183.

<sup>1021</sup> Arıcı s.183.

<sup>1022</sup> Arıcı s.183.

<sup>1023</sup> Oğuzman/Öz s.612. Aynı görüşte Kendigelen (Ülgen) s.176.

gerçekleşmektedir. Bu durumda devralan iç üstlenme sözleşmesinin geçersiz olduğunu alacaklılara karşı ileri sürebilecektir<sup>1024</sup>.

Nitekim İsviçre Hukuku'nda Probst'a göre de İsviçre Borçlar Kanunu m.181 (TBK m.202) uyarınca yapılacak devir işlemi kanuni bir devir olduğu için, ticari işletme devir sözleşmesinin hükümsüz olması halinde borçların külli olarak devredilmesine imkan bulunmayacaktır<sup>1025</sup>.

## 2. Borcun Devrinin Geçersiz Olmasının Diğer Sonuçları

Ticari işletme devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde borçların durumunun ne olacağı konusunda TBK m.202'de bir hüküm bulunmamaktadır. Ne var ki, TBK m.202 uyarınca borçların devri hükümleri hakkında bünyesine uygun düştüğü ölçüde dış üstlenmeye ilişkin hükümler uygulandığı için dış üstlenme sözleşmesinin geçersizliği halinde uygulanacak hükümlerin kıyasen bu durumda da uygulanması yerinde olacaktır<sup>1026</sup>.

TBK m.200 “sözleşmenin hükümsüzlüğü” başlığı altında dış üstlenme sözleşmesinin geçersizliğini düzenlemiştir. Buna göre dış üstlenme sözleşmesinin geçersiz olması halinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün bağlı borçlarıyla varlığını sürdürecektir<sup>1027</sup>. Diğer bir ifade ile dış yüklenme işleminin hükümsüz hale gelmesi ile birlikte devreden borçlu sıfatının hiç sona ermemiş olduğu anlaşılmış olmaktadır<sup>1028</sup>.

TBK m.200 uyarınca benimsenen bu çözümü TBK m.202 kapsamındaki devirler için de kabul edersek, ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçersiz hale gelmesi durumunda borçların devrine yönelik dış yüklenme işlemi de geçersiz hale gelecektir. Bu durumda ise TBK m.202 uyarınca borcun devri gerçekleşmemiş olacaktır. Devir işleminin geçersiz hale gelmesi sebebiyle borç devralana geçmemiş olacak ve ticari işletmeyi devralmayı hedefleyen kişi borçlu sıfatını kazanmayacaktır.

<sup>1024</sup> Oğuzman/Öz s.613.

<sup>1025</sup> CR CO I- Probst s.1273.

<sup>1026</sup> Arıcı s.203. Arıcı madde metninde yer alan “borcun nakli sözleşmesi” ifadesinin ticari işletme devir sözleşmesi olarak algılanmasını gerektirdiğini belirtmektedir

<sup>1027</sup> Oğuzman/Öz'e göre bu durum TBK m.39 uyarınca iptale ilişkin sonuçların tereddüde yer verilmesini engellemek için tekrar edilmesinden ibarettir. Bkz. Oğuzman/Öz s.606.

<sup>1028</sup> Oğuzman/Öz s.607. Kılıçoğlu, alacaklının rızası ile borçlunun değiştiği bu durumda artık borçlunun sorumluluğunun yeniden canlanmaması gerektiğini, TBK düzenlemesinin genel ilkeler ile uyumadığını belirtmektedir. Ayrıca Kılıçoğlu'na göre, devrin geçersizliği, alacaklının kusurundan veya haklı görülme bir sebepten kaynaklanmadığı sürece, eski borcun yeniden canlanması mümkün olmayacaktır Bkz. Kılıçoğlu, s.817.

Ayrıca bu durumda alacaklı TBK m.202 uyarınca kabul edilen müteselsil sorumluluktan yararlanamayacak ve yalnızca asıl borçlu olan kişiye gidebilecektir<sup>1029</sup>.

Devreden bakımından iptalin etkisini, iki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin geçip geçmemesine göre ayrı incelemek gerekmektedir. İki yıllık süre içerisinde devrin iptali halinde devreden borçlu sıfatı bakımından bir değişiklik olmayacaktır. Bu durumda iptalin sonucunda devreden tek başına ve borcun zamanaşımı süresince sorumlu olmaya devam edecektir.

TBK’da belirtilen iki yıllık sürenin geçmesinden sonra yapılacak bir iptal işleminde ise devreden tarafın aslında borçlu sıfatını hiç kaybetmediği anlaşılacak ve borçlu sorumluluğunun bittiğini düşündüğü bir borçtan tekrar sorumlu olacaktır. Bu durumda devreden kendiliğinden asıl borçlu sıfatını üstlenecek ve borçtan TBK m.202 uyarınca belirtilen iki yıllık süreden bağımsız olarak sorumlu olmaya devam edecektir<sup>1030</sup>.

Söz konusu düzenleme özellikle alacaklı bakımından sakınca doğurabilecek niteliktedir. TBK m.200 f.2 “*borcu üstlenen üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hâle gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklı, önceden sağlanmış güvenceyi yitirmesi yüzünden veya başka herhangi bir sebeple uğradığı zararın giderilmesini üstlenenden isteyebilir*” diyerek alacaklının uğrayacağı zararlar için tazminat talep edebileceğini de teyit etmektedir. Ne var ki, tazminat yükümlülüğü genel ilkeler ile uyumlu olarak kusurun varlığı şartına bağlıdır<sup>1031</sup>.

Borcun devri işleminin geçersiz hale gelmesi, teminat veren üçüncü kişiler ile teminat verenler ile işlem yapan kişiler bakımından sakıncalar doğurabilecek niteliktedir. Örneğin devreden lehine teminat vermiş veya rehin tesis etmiş olan bir kişi, devreden müteselsil sorumluluğunun devam ettiği iki yıl içerisinde teminatın devreden lehine devam etmesine onay vermediği takdirde bu sürenin sonunda rehin hakkı sona erecektir. Rehin hakkının sona ermesinden sonra ise, üzerinde rehin tesis edilmiş eşyanın mülkiyeti üçüncü kişiye devredilmiş olabilir. Eğer devir sözleşmesinin geçersizliği sebebiyle eski duruma dönülürse mülkiyeti kazanan

<sup>1029</sup> Arıcı s.182.

<sup>1030</sup> Arıcı s.182.

<sup>1031</sup> Oğuzman/Öz s.608.

iyiniyetli üçüncü kişinin menfaatleri zarar görmüş olacaktır<sup>1032</sup>. Bu gibi durumları engellemek için Kanun Koyucu, TBK m.200'de devrin hükümsüz hale gelmesi halinde üçüncü kişilerin haklarının korunacağını açık hükme bağlamıştır. Buna göre, söz konusu örnekte borç tekrar devralana dönmüş olsa dahi mülkiyeti iyiniyetli üçüncü kişiye geçmiş eşya üzerinde rehin hakkı canlanmayacaktır ve üçüncü kişi mülkiyeti rehinden ari olarak iktisap etmiş olacaktır<sup>1033</sup>.

---

<sup>1032</sup> Kılıçoğlu, s.817.

<sup>1033</sup> Kılıçoğlu, s.817, Oğuzman/Öz s.607.

## VI. Ticari İşletme Devrinde Sözleşmelerin Geçişi

### A. Genel Olarak Sözleşmelerin Geçişi

#### 1. Sözleşmenin Devri Kavramı ve Ticari İşletme Devri Bakımından Önemi

Sözleşmenin devri<sup>1034</sup> sözleşme taraflarından birinin sözleşmeden ayrılması, onun yerine dışarıdan yeni bir kimsenin taraf olarak sözleşmeye girerek sözleşmesel ilişkinin tamamını devralması olarak tanımlanmaktadır<sup>1035</sup>. Diğer bir ifade ile sözleşmenin devrinde sözleşme hükümleri aynen varlığını korumakta ancak sözleşmenin taraflarından biri değişmektedir<sup>1036</sup>.

Sözleşmenin devri kavramı alacağın temliki ve borcun nakli kavramlarından farklı bir kavramdır. Alacağın devrinde devralan, yalnızca devir konusu alacak hakkını kazanmaktadır. Borcun naklinde ise devralan, yalnızca belirli bir borç bakımından borçlu sıfatını kazanmaktadır. Halbuki bir sözleşme ilişkisinden doğan birden çok hak ve borç söz konusu olabileceği için sözleşmenin devri o sözleşmeden ilişkiden doğan tüm alacakların ve borçların devri sonucunu doğurmaktadır.

Bir sözleşmesel ilişkide alacak ve borçların dışında, sözleşmeye taraf olmaya bağlanan bazı diğer haklar ile def'iler de bulunabilir. Bu haklar ile def'iler teknik olarak alacak niteliğinde kabul edilmemektedir; zira alacak kavramı bir tarafın diğer bir tarafa karşı bir edimi ifa yükümlülüğünde olması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1037</sup>. Halbuki sözleşme tarafınca kullanılacak yenilik doğurucu haklar ve ileri

---

<sup>1034</sup> Hüseyin Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 sözleşmenin devri yerine sözleşmenin yüklenilmesi kavramını kullanmaktadır. Bu tercihin sebepleri için bkz. Ayrancı s.31 vd.

<sup>1035</sup> Eren s.1255, CR CO I- Probst s.878. Ayrancı sözleşmenin devri kavramının yalnızca iradi taraf değişiklikleri için kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ayrancı s.35.

<sup>1036</sup> Tercier, **Droit des Obligations** s.311.

<sup>1037</sup> Eren s.77, Oğuzman/Barlas s.146, Kocayusufpaşaoğlu s.38. Kocayusufpaşaoğlu bu tanımı aslen talep hakkı için kabul etse de talep hakkı ile alacak hakkının aynı nitelikte olduğunu belirttiği için alacak hakkı bakımından da bu sonuca varmak mümkündür. Alacak hakkı ile talep hakkı arasındaki bağlantı için Bkz. Kocayusufpaşaoğlu s.42.

sürülebilecek def'iler bakımından bir yükümlü (borçlu) bulunmamaktadır. Benzer şekilde teknik anlamda alacak niteliğinde olmadığı için külfetlerin de alacağın temliki ile devredilemeyeceği belirtilmektedir<sup>1038</sup>. Özetle sözleşme ilişkisinin tarafı olmaya bağlanan yenilik doğurucu hakların, külfetlerin ve def'ilerin alacak olarak değerlendirilmesi ve alacağın temliki hükümleri ile devredilmesi mümkün değildir<sup>1039</sup>. Bunların devri ancak sözleşmenin devri ile mümkün olmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun revizyonu için 1905 yılında hazırlanan tasarıda alacakların devri yerine hakların devrinden bahsedilmektedir. Bu değişiklik ise Kanun Koyucunun alacak ile diğer haklar arasında bilinçli olarak bir ayrıma gittiği şeklinde yorumlanmıştır<sup>1040</sup>. Bu nedenle de alacağın devrine ilişkin hükümlerin yenilik doğurucu hakların geçişi için uygulanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Aynı şekilde İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun gerekçesinin de sözleşmesel ilişkiler ile sözleşmeden doğan borçlar bakımından bir ayrıma gittiği belirtilmektedir<sup>1041</sup>.

Sözleşmenin devri ile borç ilişkisinden kaynaklanan def'iler ve yenilik doğurucu haklar da dahil olmak üzere tüm haklar, borçlar ve külfetler devralana geçmektedir. Bu nedenle, alacağı devralan kişi bu hakları kullanamazken, sözleşmeyi devralan kişi sözleşmeden çıkan kişinin hukuki konumunu tamamen üstlendiğinden söz konusu yenilik doğurucu haklar ile def'i haklarını kullanabilecektir<sup>1042</sup>. Aynı şekilde sözleşmede kalan tarafın sahip olduğu tüm haklar ve def'iler de sözleşmeyi devralan kişiye yöneltilecektir<sup>1043</sup>. Bunun dışında sözleşmenin devrinden önce borca aykırılık söz konusu ise, sözleşmeyi devralan tazminat yükümlülüğünü üstlenir veya tazminat talebine hak kazanır<sup>1044</sup>.

Sözleşmelerin devri EBK'da düzenlenmemiştir. Sözleşmelerin bir bütün olarak devredilmesi ilk defa TBK m.205 ile açık hükme bağlanmıştır. Buna göre *“Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf*

<sup>1038</sup> Bkz. Ayrancı s.48.

<sup>1039</sup> Favre s.136, CR CO I- Probst s.881, Arıcı s.128, Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.78, Ayrancı s.46. Ayrancı, bazı yenilik doğurucu hakların alacağa ilişkin olduğunu ve bu alacak dışında var olamayacaklarını, bu gibi alacağa ilişkin yenilik doğuran hakların, örneğin muacceliyet ihbarı veya seçim hakkı gibi, alacağı takip edeceğini belirtmektedir. Bu durumda alacağın temliki ile bu gibi fer'i nitelikteki yenilik doğuran hakların devri mümkün olacaktır. Bkz. Ayrancı s.130. Aynı şekilde ayıp halinde ihbar beyanında bulunma hakkının da alacağın temliki ile beraber devralana geçeceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. CR CO I- Probst s.882.

<sup>1040</sup> Favre s.138.

<sup>1041</sup> Heinzer/ Wyler s.205.

<sup>1042</sup> Eren s.1256, Oğuzman/Öz s.599, Arıcı s.127.

<sup>1043</sup> Ayrancı s.49.

<sup>1044</sup> Topuz s.69.

*arasında yapılan ve devredenin bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır*". Ne var ki, açık düzenlemenin bulunmadığı EBK sisteminde dahi irade serbestisi çerçevesinde sözleşmeden ayrılan, sözleşmede kalan ve sözleşmeyi devralan tarafların ortak irade beyanları ile sözleşmenin devrinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi<sup>1045</sup>.

Ticari işletme devri yapılmasında tarafların en önemli amacı ticari işletmenin müşteri çevresinin ve faaliyetin bir bütün olarak devralana nakledilmesidir. Bunun içinse ticari işletmeye ilişkin sözleşmelerin devralana geçirilmesi büyük önem arz eder<sup>1046</sup>. Ne var ki, TTK m.11 f.3 ticari işletme devrinde sözleşmelerin geçişi bakımından açık bir düzenleme getirmemektedir. Bunun neticesinde ticari işletme devrinin sözleşmelerin devri bakımından nasıl bir etkiye sahip olacağı konusu belirsizlik taşımaktadır.

Ticari işletme devri işlemi sözleşmenin devri bakımından özellikle iki konuda özel önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, bir sözleşmeden doğan hakların ve borçların hukuki işlemler yoluyla aynı kişiye devredilmesi halinde sözleşmenin devrinden bahsedilip bahsedilemeyeceği sorunudur. İkinci soru ise, ticari işletme devrinde sözleşmelerin geçişi için sözleşmede kalan tarafın onayının aranıp aranmayacağı meselesidir.

## **2. Sözleşmeden Doğan Hak ve Borçların Aynı Kişiyeye Devredilmesi Halinde Sözleşmenin Devredilip Devredilmediği Sorunu**

Bir sözleşmeden doğan hak ve borçların aynı kişiye devredilmesi halinde sözleşme tarafı sıfatının ve bu sığata bağılı olan yenilik doğurucu hakların, külfetlerin ve def'ilerin, özetle sözleşmenin bütününün devralana geçip geçmeyeceğı tartışmalı bir konudur<sup>1047</sup>. Bu sorun ticari işletme devri bakımından özellikle önem arz eder; zira ticari işletme devri yoluyla aktif ve pasiflerin devralana geçmesi nedeniyle sözleşmeden doğan alacaklar ve borçlar aynı kişide toplanmaktadır.

<sup>1045</sup> Arıcı s.126, Oğuzman/Öz s.598, Yalçın Tosun, **Sözleşmenin Devri- Alacağın Temliki ve Borcun Nakli**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu- Makaleler Tebliğler- 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2012 s.169, Topuz s.68. Aynı şekilde İsviçre Hukukunda da açık hüküm bulunmamasına rağmen sözleşmenin devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Favre s.151 vd., CR CO I-Probst s.878.

<sup>1046</sup> Arıcı s.125, Topuz s.68.

<sup>1047</sup> Ayrancı s.49.



Doktrinde birlik teorisi olarak adlandırılan görüşe göre sözleşmenin tarafı sıfatı yalnızca alacakların ve borçların birleşiminden fazlasıdır<sup>1048</sup>. Sözleşme ilişkisi dar anlamda borç ilişkisinden farklı bir kavramdır. Alacağın temliki ve borcun nakli, bir sözleşmesel ilişkinin sonuçlarının devridir; diğer yandan sözleşmenin devri ise alacak ve borcun temelinde yatan ilişkiye taraf olmayı sağlamaktadır<sup>1049</sup>. O nedenle de haklar ve borçların aynı kişiye devredilmesi dahi sözleşmenin tarafı sıfatının değişmesi sonucunu doğurmaz ve dolayısıyla söz konusu yenilik doğurucu hakların devrine imkan vermez<sup>1050</sup>. Diğer bir ifade ile alacağın ve borcun birlikte devredilmesi bunların ayrı ayrı devredilmesinden farklı bir sonuç doğurmaz<sup>1051</sup>.

Sonuç olarak bu görüş uyarınca sözleşmenin ve dolayısıyla sözleşme tarafı olmaya bağlanan yenilik doğurucu hakların ve def'ilerin devri için hem sözleşmede kalan hem sözleşmeden ayrılan hem de sözleşmeyi devralan tarafın karşılıklı irade beyanları ile sözleşmenin bir bütün olarak devredilmesi gerekmektedir<sup>1052</sup>. Aksi takdirde tüm alacaklar ve borçlar aynı kişiye devredilse bile sözleşmenin feshi beyanını veya ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamındaki hakları alacakları devreden taraf kullanacaktır. Aynı şekilde bu haklar veya bu beyanlar devredene yöneltilecektir<sup>1053</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi birlik teorisini benimsemektedir. Federal Mahkeme çeşitli kararlarında<sup>1054</sup> alacağın devri halinde yenilik doğurucu hakların devredilmediğini kabul etmiştir. Federal Mahkeme'nin bir kararında, alacağı devralan bir kişinin, devreden kişiden kaynaklanan irade sakatlıklarını ileri sürmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir<sup>1055</sup>. Aynı şekilde satılan maldaki ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesi veya ücretin indirilmesi taleplerini ileri sürme yetkilerini de alacağın devri ile devralana geçirmenin mümkün olmadığı kabul

<sup>1048</sup> Favre s.144 vd., Tercier, **Droit des Obligations** s.311.

<sup>1049</sup> Favre s.113.

<sup>1050</sup> Eren s.1256, Ayrancı s.50.

<sup>1051</sup> Ayrancı s.51.

<sup>1052</sup> Ayrancı s.51, Favre s.113.

<sup>1053</sup> Ayrancı bazı yenilik doğurucu hakların alacağa ilişkin olduğunu ve bu alacak dışında var olamayacaklarını belirtmektedir. Bkz. Ayrancı s.130. Bu görüşün benimsenmesi halinde muacceliyet ihbarı veya seçim hakkı gibi alacağa bu şekilde bağlı yenilik doğuran hakların, alacağı takip edeceğini ve bu durumda alacağın temliki ile bu gibi fer'i nitelikteki yenilik doğuran hakların da devreden tarafından kullanılacağı kabul edilmelidir. Bkz. Ayrancı s.130. Aynı şekilde ayıba karşı ihbar beyanında bulunma hakkının da alacağın temliki ile beraber devralana geçeceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. CR CO I- Probst s.882.

<sup>1054</sup> ATF 84 II 355, ATF 94 II 274, TF 5C. 51/2004 (naklen Favre s.113 vd. )

<sup>1055</sup> ATF 84 II 355 (naklen Favre s.113). Belirtmek gerekir ki İsviçre doktrininde bu konuda tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. CR CO I- Probst s.882.

edilmiştir<sup>1056</sup>. Söz konusu iki karara konu olayda da borcun devri bulunmadığı için Federal Mahkeme'nin tutumu konusunda belirsizlik bulunduğu ileri sürülebilir. Ne var ki, 2004 tarihli bir kararında Federal Mahkeme, sözleşmenin devrinin alacağın ve borcun naklinin toplamından ibaret bulunmadığını belirterek, birlik teorisini açık bir şekilde kabul etmiştir<sup>1057</sup>.

Aynı şekilde Türk Hukuku'nda da birlik teorisinin ağırlıklı olarak kabul edildiği ileri sürülmektedir<sup>1058</sup>. TBK m.202'nin (EBK m.179) ticari işletme devrinde dar anlamda borçların devrini düzenlemiş olması karşısında, pasiflerin ve aktiflerin birlikte devredilmesi vasıtasıyla sözleşmelerin geçişi fikrinin reddedildiği, bu şekilde de birlik teorisinin dolaylı olarak benimsendiği ileri sürülmektedir<sup>1059</sup>. Birlik teorisinin kabul edilmesi halinde ise sözleşmeden doğan borçların ve alacakların aynı kişiye devredilmesi durumunda dahi sözleşmeye taraf olmaya bağlanan sonuçlar alacak ve borcu devreden kişiye ait olacaktır.

Buna karşılık doktrinde kombinasyon teorisi olarak kabul edilen görüşe göre bir sözleşme ilişkisi alacakların ve borçların birleşiminden ibaret olup, alacakların ve borçların aynı kişiye devredilmesi kendiliğinden sözleşmenin devri sonucunu da doğurmaktadır<sup>1060</sup>. Kombinasyon teorisinin temelinde sözleşmenin alacak ve borçların birleşiminden bağımsız bir yapısı olmadığı fikri yatmaktadır<sup>1061</sup>.

Bu nedenle bir sözleşmeden doğan tüm alacakları ve tüm borçları devralan kişi, alacakların ve borçların kaynağı olan sözleşmenin tarafı sıfatını kazanarak, yenilik doğurucu hakları kullanabilir, fesih beyanında bulunabilir veya fesih beyanı kendisine yöneltilebilir<sup>1062</sup>. Hatta sözleşmenin devri için alacakların ve borçların aynı anda devredilmesi dahi zorunlu değildir. Alacakların ve borçların devri farklı anlarda

<sup>1056</sup> ATF 94 II 274 (naklen Favre s.114)

<sup>1057</sup> ATF 5C. 51/2004 (naklen Favre s.114)

<sup>1058</sup> Arıcı s.129.

<sup>1059</sup> Arıcı s.129.

<sup>1060</sup> Oğuzman/Öz s.532, Ayrancı s.39, Arıcı s.129, Favre s.100. Teorinin farklı hukuk sistemlerinde tarihi gelişimi için bkz. Favre s.101 vd. Ayrıca Peter de, özellikle İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun malvarlığı devri hükümlerinin incelendiğinde, kombinasyon teorisinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Henry Peter, **Le Sort Des Contrats En Cas De Transfert De Patrimoine**, Revue Suisse de Droit des Affaires, 2004 s.227.

<sup>1061</sup> Favre s.100.

<sup>1062</sup> Ayrancı s.44, Akçal s.125.

yapılsa dahi sözleşme devredilmiş olacaktır; yeter ki devir işlemi ortak ve tek bir amaca yönelik olarak yapılmış olsun<sup>1063</sup>.

Bu görüşe göre artık sözleşme tarafı olmaya bağlanan hakları sözleşmeden ayrılan kişide bırakmakta herhangi bir menfaat bulunmamaktadır<sup>1064</sup>. Üstelik alacakları ve borçları devrederken bazı yenilik doğurucu hakları devreden tarafta bırakmak hukuki belirlilik ve güvenin korunması bakımından da sorunlar yaratacak niteliktedir<sup>1065</sup>. O yüzden de söz konusu haklar da alacak ve borçlarla beraber devralana geçmelidir. Bu durumda söz konusu hakların geçişi için sözleşmede kalan tarafın rızasının aranması gerekmez<sup>1066</sup>. Bu açıdan taraflar açık bir şekilde sözleşmenin devri konusunda anlaşabilecekleri gibi tüm alacak ve borçları naklederek de sözleşmenin devrini sağlayabilmelidirler<sup>1067</sup>.

Belirtmek gerekir ki, 2004 Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin UNIDROIT İlkeleri<sup>1068</sup> (“UNIDROIT İlkeleri”) m.9.3 sözleşmelerin devrini düzenleyen kurallar içermektedir. UNIDROIT İlkeleri m.9.3.6 sözleşmenin devri halinde def’ilerin ve karşı dava haklarının geçişini düzenleyen hükümlerde alacağın temlikine ve borçların devrine ilişkin hükümlere (m.9.1.13 ve m.9.2.7) atıf yapmaktadır. Bu düzenlemelere göre def’iler ve karşı dava hakları bakımından bir sözleşmenin devredilmesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar ile alacak ve borçların aynı kişiye devredilmesi halinde uygulanacak hükümler aynı olmaktadır. Buradan hareketle UNIDROIT İlkeleri’nin kombinasyon teorisini kabul ettiği şeklinde bir yorum yapılabilir.

Birlik teorisi-kombinasyon teorisi tartışması özellikle ticari işletme devri bakımından önem taşımaktadır; zira ticari işletme devrinde bir işletmeye ilişkin alacaklar ve borçlar devralana geçtiği için aynı sözleşmeden doğan tüm alacak ve borçların aynı kişide buluşması ihtimali oldukça yüksektir.

Buna göre kombinasyon teorisinin benimsenmesi durumunda ticari işletme devri yoluyla ticari işletmeye dahil olan sözleşmelerin de devredileceği sonucuna

<sup>1063</sup> Favre s.101. Belirtmek gerekir ki bu durumda sözleşmenin geçişi alacak veya borçlulardan en son hangisinin devri yapılmış ise o zamanda gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. Arıcı s.131.

<sup>1064</sup> Ayrancı s.42, Favre s.105, Akçaal s.125.

<sup>1065</sup> Favre s.106.

<sup>1066</sup> Ayrancı s.42.

<sup>1067</sup> Lanz s.18-19. (naklen Ayrancı s.44.), Oğuzman/Öz s.532, Arıcı s.129.

<sup>1068</sup> Söz konusu ilkelerin tamamına:

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> adresinden ulaşılabilir.

varmak gerekecektir; zira ticari işletme devrinde bir sözleşmeden doğan alacaklar ve borçlar birlikte devralana geçecektir. Üstelik bu durumda sözleşmede kalan tarafın devre rıza göstermesi dahi aranmayacaktır; çünkü TBK m.202 ticari işletme devrinde borçların devri için alacaklının (sözleşmede kalan tarafın) rızasını aramamaktadır. TBK m.183 uyarınca alacağın devri için zaten borçlunun rızası aranmadığından, alacak ve borç sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devredilirken kombinasyon teorisi uyarınca sözleşme de devredilmiş olacaktır.

Öte yandan birlik teorisinin kabul edilmesi halinde alacakların ve borçların devredilmesi tek başına sözleşmenin devri sonucunu doğurmayacaktır. Bu noktada ticari işletme devrinin sözleşmelerin devrine etkisini, özellikle de kısmi külli halefiyet kavramı çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir.

### **3. Ticari İşletmenin Devrinin Sözleşmelerin Devrine Etkisi**

Ticari işletme devri konusunda sözleşmelerin geçişi bakımından dikkate alınması gereken sorunlardan bir tanesi ticari işletme devri halinde ticari işletmeye dair sözleşmelerin de ticari işletme devri işlemi ile birlikte kendiliğinden geçip geçmeyeceğidir. TTK m.11 f.3 sözleşmelerin devri konusuna, aynen mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun malvarlığı devri hükümlerinde olduğu gibi, herhangi bir açıklık getirmemektedir. Bu nedenle ticari işletmenin devredilmesi halinde sözleşmelerin devri için, TTK m.11'in TBK m.205 uyarınca aranan, sözleşmede kalan tarafın onayı şartını ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışmalıdır.

Konuyu incelerken öncelikle İsviçre Birleşmeler Kanunu bakımından yapılan tartışmaları nakledip ardından TTK bakımından sözleşmelerin devrini incelemeye çalışacağız.

#### **a) İsviçre Birleşmeler Kanunu Uyarınca Malvarlığı Devrinin Sözleşmelerin Devrine Etkisi**

Ticari işletme devrinde sözleşmelerin geçişi meselesi mehaz kanun niteliğinde bulunan İsviçre Birleşmeler Kanununun m.69 vd. yer alan malvarlığı devri hükümleri bakımından da tartışmalıdır. İsviçre Hukuku'nda ticari işletme devrini düzenleyen İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69, sözleşmelerin sözleşmede kalan tarafın rızası olmaksızın devredilmesine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Kanunda açıklık olmaması nedeniyle İsviçre Hukuku bakımından iki temel görüş ortaya çıkmaktadır.

İlk görüş uyarınca malvarlığı devri yoluyla bir sözleşmesel ilişkinin sözleşmede kalan tarafının rızası aranmaksızın devredilmesi mümkün olmamaktadır. Diğer bir ifade ile malvarlığı devri yoluyla aktifleri ve pasifleri devretmek mümkünse de sözleşme tarafı olmaya bağlanan hak ve külfetlerin devredilemeyeceği doktrinde belirtilmektedir<sup>1069</sup>. Ayrıca İsviçre Ticaret Sicili uygulaması da bu yönde gelişmiştir<sup>1070</sup>.

İsviçre Hukuku bakımından kabul edilen bu görüşün temelinde İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun yasalaşma süreci bulunmaktadır<sup>1071</sup>. İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun hazırlık aşamasında yazılmış olan hükümet gerekçesinde, İsviçre Birleşmeler Kanunu m.52'de bölünme işlemine ilişkin olarak bölünme yoluyla sözleşmelerin kendiliğinden geçmeyeceği, sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın onayının alınması gerektiğini belirtilmiştir. Bölünme işlemi için açıkça belirtilen bu ilke yine kısmi külli halefiyet ilkesine dayalı malvarlığı devri bakımından da kabul edilmiştir<sup>1072</sup>.

Bu görüşü destekleyen, Hükümet Gerekçesi'ndeki açıklamaya ilaveten, hatta daha da önemli bir gelişme daha vardır. İsviçre Birleşmeler Kanunu'na ilişkin Meclis görüşmeleri sırasında, malvarlığı devri işleminin sözleşmede kalan tarafın onayı aranmaksızın devir kapsamındaki sözleşmelerin de geçmesini sağlamasına yönelik bir değişiklik önergesi verilmişse de bu önerge reddedilmiştir<sup>1073</sup>. Bu nedenle İsviçre Hukuku'nda Kanun Koyucunun iradesinin sözleşmelerin kendiliğinden devrine imkan tanımamak yönünde olduğu kabul edilmektedir<sup>1074</sup>.

Kanunlaşma sürecini esas alarak tarihi yorum yöntemine dayanan bu görüşe göre malvarlığı devrinde sözleşmelerin geçişi için sözleşmede kalan tarafın da onayı gerekecektir<sup>1075</sup>. Ne var ki Bahar'a göre bu onayın sarih olması zorunlu olmayıp

<sup>1069</sup> Turin s.116, Peter, **Sort des Contrats** s.224, Bahar, **Commentaire LFus** s.745. Favre bu görüşü "Onay kuramı" (*Théorie de Consentment- Zustimmungstheorie*) olarak isimlendirmektedir. Bkz. Favre s.83.

<sup>1070</sup> Favre s.83.

<sup>1071</sup> Rapp s.6, Turin s.115 vd.

<sup>1072</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. Turin s.115 vd. ve Heinzer/Wyler s.194.

<sup>1073</sup> Peter, verilen önergenin yalnızca idare hukuku bağlamında verilen imtiyaz sözleşmeleri ile şahsa bağlı ve devri mümkün olmayan sözleşmelere özgü mü olduğu yoksa bütün sözleşmeleri mi kapsadığının belirsiz olduğunu belirtmektedir. Peter, **Sort des Contrats** s.224.

<sup>1074</sup> Turin s.115, Bahar, **Commentaire LFus** s.752, Favre s.89, Rapp s.6. Belirtmek gerekir ki Rapp bu görüşü nakletmekte, fakat bu görüşe katılmamaktadır.

<sup>1075</sup> Favre s.86, Turin s.116, Bahar, **Commentaire LFus** s.753. Taraflar arasındaki malvarlığı devri sözleşmesi sözleşmelerin doğrudan geçişini sağlamasa dahi bir sözleşmenin devrine yönelik devralan ve devreden arasındaki sözleşmenin yerini alacaktır. Bu durumda devreden ve devralan arasında

sözleşmede kalan tarafın farazi iradesinin onay vermeye yönelik olduğunun anlaşıldığı durumlarda da sözleşmelerin devredileceği kabul edilmelidir<sup>1076</sup>. Sözleşmelerin devri için sözleşmede kalan tarafın onayının aranması gerektiğini belirten Turin ise, sözleşme taraflarının bir sözleşmenin devri için onay alınması zorunluluğunu önceden kaldırabileceklerini belirtmektedir. Diğer bir ifade ile Turin'e göre, bir sözleşmede bu sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın onayının aranmayacağı kararlaştırılabilecektir. Elbette ki böyle bir durumda malvarlığı devri yoluyla sözleşme ilişkisi devralana geçirildiğinde sözleşmede kalan tarafın onayı aranmayacaktır<sup>1077</sup>.

Doktrinde sözleşmelerin devri için sözleşmede kalan tarafın onayını arayan görüşün kabul edilmesinin bir diğer nedeni de sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşme serbestisi ilkesidir. Bu görüşteki yazarlara göre sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın sözleşmenin devredilmesine imkan tanınmasının sözleşme serbestisinin temel görünülerinden biri olan "sözleşme tarafını seçme" özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelecektir. Ayrıca böyle bir imkanın kötüye kullanılabilmesi de sözleşmelerin devrinde sözleşmede kalan tarafın onayı aranması görüşünün benimsenmesine sebep olmuştur<sup>1078</sup>.

Ne var ki, İsviçre doktrininde malvarlığı devri yoluyla sözleşmelerin sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devredilebileceği de oldukça kuvvetli bir şekilde savunulmaktadır. Phillippin'e göre malvarlığı devri yolu ile sözleşmesel ilişkileri devretmek mümkündür<sup>1079</sup>. Vischer de aynı şekilde İsviçre Birleşmeler Kanunu'nu hükümlerinin amacını esas alan bir yorumla sözleşmesel ilişkilerin devredilebileceğini belirtmektedir<sup>1080</sup>. Aynı şekilde Trigo Trindade, İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun asıl amacının yeniden yapılandırma işlemlerini kolaylaştırmak olduğu ve sözleşmede kalan tarafın onay vermekten kaçınması ile devri engellemesinin söz konusu amaca zarar vereceği gerekçesi ile aynı sonuca

---

sözleşmenin devredilmesi için ayrı bir sözleşme yapılmasına ihtiyaç kalmayacaktır. Daha sonra sözleşmede kalan tarafın malvarlığı devri sözleşmesine onay vermesi halinde artık devir kapsamındaki sözleşme de devredilmiş olacaktır. Bkz. Favre s.93.

<sup>1076</sup> Bahar, **Commentaire L Fus** s.755. Yazar bu nedenle sözleşme tarafının kişiliğinin önem arz etmediği hallerde çoğu zaman rızanın verilmiş sayılacağını ve sözleşmelerin bu şekilde devrinin gerçekleşeceğini belirtmektedir.

<sup>1077</sup> Turin s.116.

<sup>1078</sup> Turin s.116, Peter, **Sort des Contrats** s.224, Bahar, **Commentaire L Fus** s.745, Favre s.86.

<sup>1079</sup> Phillippin, **Transfert de Patrimoine** s.87.

<sup>1080</sup> Vischer s.160.

ulaşmaktadır<sup>1081</sup>. Rapp de birleşme ve bölünme işlemlerinde olduğu üzere malvarlığı devri halinde de sözleşmelerin kendiliğinden devredileceğini belirtmektedir<sup>1082</sup>. Aynı şekilde Watter/Kägi de sözleşmelerin devri için malvarlığı devri işleminin yeterli olduğunu ayrıca sözleşmede kalan tarafın rızasının aranmayacağını belirtmişlerdir<sup>1083</sup>. Yazarlar bunun için tarafların sözleşmenin geçeceğini açıkça belirtmesinin dahi gerekli olmadığı, tarafların farazi iradesinin sözleşmenin geçişine yönelik olduğunun anlaşılmasının yeterli olduğunu belirtmektedirler<sup>1084</sup>. Peter de birleşme ve bölünme ile aynı hukuki amaca hizmet eden ve benzer şekilde düzenlenmiş malvarlığı devrinde aynen birleşme ve bölünme gibi sözleşmelerin doğrudan devredilmesine imkan tanınması gerektiğini belirtmektedir<sup>1085</sup>.

Özetle İsviçre doktrini, kanun hükümlerinin yorumlanmasında tarihsel yorum yöntemini benimseyen yazarlar ile amaçsal yorum yöntemini belirleyen yazarlar arasında bölünmüştür. Tarihsel yorumu esas alan yazarlar sözleşmelerin devri için sözleşmede kalan tarafın onayını ararken, amaçsal yoruma dayanan yazarlar malvarlığı devri ile sözleşmelerin devredilmesi halinde sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın sözleşmenin devredileceği sonucuna varmaktadır.

#### **b) Türk Hukukunda Ticari İşletme Devri ile Sözleşmelerin Devredilmesi Hakkındaki Görüşler**

TTK m.11 f.3 de ticari işletmenin devredilmesi halinde sözleşmesel ilişkilerin geçişi bakımından herhangi bir açıklık taşımamaktadır. Bu nedenle ticari işletme devri halinde sözleşmelerin devri konusunun doktrin tarafından çözülmesi gerekmektedir. Ne var ki, TTK'nın yeni bir kanun olması nedeniyle bu konuda doktrinde, en azından yazılı olarak, çok fazla inceleme yapıldığını söylemek mümkün değildir.

<sup>1081</sup> Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.218.

<sup>1082</sup> Rapp s.6.

<sup>1083</sup> Rolf Watter/Urs Kägi, *Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen*, in: RSDA 2004, pp. 231 (naklen Heinzer/Wyler s.198). Ne var ki Favre, Watter/Kägi'nin görüşünü değerlendirirken, bu görüşün yalnızca devredilen ticari işletmenin sözleşmenin konusu ile yakından bağlantılı hallerde uygulanacağını nakletmektedir. Bu nedenle de bu görüşü onay kuramının kısmen değiştirilmiş bir hali olarak kabul etmektedir. Bkz. Favre s.84.

<sup>1084</sup> Rolf Watter/Urs Kägi, s. 231 (naklen Heinzer/Wyler s.199).

<sup>1085</sup> Peter, **Sort des Contrats** s.229.

Ticari işletme devrini ETTK zamanında inceleyen Acemoğlu'na göre sözleşmesel ilişkilerin devri<sup>1086</sup> ticari işletme devri bakımından bir zorunluluktur<sup>1087</sup>. Acemoğlu'na göre sözleşmesel ilişkilerin devri için sözleşmede kalan tarafın rızasının aranması ise uygulanabilir bir çözüm değildir. Bu nedenle de sözleşmesel ilişkilerin geçişi için sözleşmede kalan tarafın onayının aranmaması gerekmektedir. Acemoğlu burada sözleşmelerin “kanun gereğince” devredildiğini açıkça belirtmektedir<sup>1088</sup>. Acemoğlu'nun bu görüşü oldukça yenilikçi ve mevcut TTK bakımından dahi yol gösterici niteliktedir. ETTK döneminde aktiflerin cüz'i halefiyet yoluyla devredilmekteydi. Aktiflerin cüz'i halefiyet ile devredildiği bir sistemde dahi yazarın sözleşmelerin kanun gereği devredileceği sonucuna varması, ticari işletme devrinde sözleşmelerin devredilmesinin nasıl bir zorunluluk olduğunu göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

Acemoğlu, ticari işletme devri kapsamında sözleşmelerin devrinde sözleşmede kalan tarafın onayının aranmayacağı görüşünü savunurken “modern iktisadi hayatın, bir işletme ile yapılan sözleşmelerde onun sahibini değil doğrudan işletmeyi göz önünde bulundurduğunu” belirtmektedir<sup>1089</sup>. Kanaatimizce Acemoğlu'nun bu ifadesi yanlış anlaşılmalara yol açabilecek niteliktedir. Elbette bir ticari işletmeye ilişkin sözleşmelerde ticari işletmenin özellikleri önem taşımaktadır. Ne var ki, sözleşmenin tarafının ticari işletme değil, işletmeyi işleten kişi olduğu unutulmamalıdır. Tüm haklar ve borçlar onun malvarlığında toplanmaktadır. Bu nedenle ticari işletmeyi sanki sözleşmeden doğan hakların ve borçların sahibiymiş gibi değerlendirmek ticari işletmeyi bir hukuk objesi olmaktan çıkartıp, hukuk süjesi haline getirmektir. Bu durumun ticari işletmenin niteliğine uygun düşmemesi nedeniyle Acemoğlu'nun bu ifadesine katılmıyoruz.

Yine ETTK döneminde ticari işletmelerin devrinde sözleşmelerin geçişini inceleyen Arıcı, hakim görüşün aksine, kombinasyon teorisini benimsemektedir<sup>1090</sup>. Yazara göre bir ticari işletmenin devri kapsamında bir sözleşmesel ilişkiden doğan

<sup>1086</sup> Acemoğlu, kendi çalışmasında “borç münasebetlerinin devri” ifadesini kullanmışsa da biz kendi çalışmamızdaki terim bütünlüğü bakımından sözleşmesel ilişkiler terimini kullanmayı tercih ettik.

<sup>1087</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.79.

<sup>1088</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.79.

<sup>1089</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.79.

<sup>1090</sup> Arıcı s.137.



alacak ve borçların aynı kişiye devredilmesi halinde artık sözleşmenin devri gerçekleşecek ve sözleşmede kalan tarafın onayına gerek kalmayacaktır<sup>1091</sup>.

TTK ile getirilen düzenleme bakımından doktrinde Topuz tarafından savunulan görüşe göre ticari işletme devri, sözleşmenin devri konusunda farklı bir düzenleme getirmediğinden, sözleşmelerin devrine ilişkin TBK m.205 uygulama alanı bulacak ve sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın onay vermesi gerekecektir. Sözleşmede kalan tarafın onayı olmadan ticari işletmenin devredilmesi sözleşmelere etki etmeyecek ve ticari işletmeyi devreden kişi sözleşme ile bağlı olmaya devam edecektir<sup>1092</sup>. Topuz, her ne kadar sözleşmelerin devri bakımından sözleşmede kalan tarafın onayının aranacağını belirtse ve böyle bir zorunluluğun ticari işletme devrini işlevsiz hale getireceğini kabul etmekteyse de sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın yapılacak bir devrin sözleşme özgürlüğüne büyük bir darbe olacağını ifade etmektedir<sup>1093</sup>. Topuz, ticari işletme devri yapılmasının, devreden tarafın sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak istediği şeklinde yorumlanabileceğini ve bu nedenle sözleşmede kalan tarafın gerekli hukuki yollara başvurabileceğini belirtmektedir. Aynı şekilde bu durumun sözleşmede kalan bakımından fesih için haklı sebep olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia etmektedir<sup>1094</sup>.

### c) Değerlendirmemiz

Kanaatimizce TTK m.11 f.3'te sözleşmelerin geçişi bakımından açık bir ifade bulunmaması ticari işletmenin sözleşmelerin devri bakımından özel bir düzenleme getirmediği şeklinde yorumlanmamalıdır. TTK m.11 f.3 bir ticari işletmenin işleyen bir bütün olarak devredilmesini hedefleyerek ticari işletme kapsamında yer alan tüm malvarlığı unsurlarının kısmi külli halefiyet yoluyla devredilmesini öngörür. Kısmi külli halefiyet kavramı ise, cüz'i halefiyetten farklı olarak, devir kapsamında olan malvarlığı unsurlarının kendiliğinden devralana geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında ticari işletme devrinin sözleşmelerin devri sonucunu doğuracağı ileri sürülebilir.

---

<sup>1091</sup> Arıcı s.137.

<sup>1092</sup> Topuz s.70.

<sup>1093</sup> Topuz s.70.

<sup>1094</sup> Topuz s.71.

Diğer bir yandan ticari işletme devri düzenlemesinin amacı da böyle bir yorum yapmaya imkan tanımakta, hatta bir anlamda bu yorumu zorunlu kılmaktadır. Ticari işletme devri salt bir malvarlığı devri olmayıp, devir işlemini yapan tarafların asıl amacı belirli bir organizasyonu devralmaktır<sup>1095</sup>. Bu durumda ticari işletme devri kurumunun, bu organizasyonun devrine imkan tanıyan bir düzenleme olması beklenir. Sözleşmelerin devrinin sözleşmede kalan tarafın onayına bağlı olduğu bir sistemde ticari işletmenin bir organizasyon bütünü olarak devredilmesi mümkün olmayacaktır<sup>1096</sup>. Ayrıca TTK m.11 f.3 düzenlemesinin altında yatan temel fikrin ticari işletme devrini kolaylaştırmak ve hızlandırmak olduğu düşünüldüğünde, sözleşmelerin geçişini 3.kişilerin onayına tabi kılmak hem belirsizliğe yol açacak hem de devir süresinin uzamasına sebep olacaktır<sup>1097</sup>.

Nitekim Kanun Koyucunun pasiflerin geçişi bakımından TBK m.202 ile getirdiği düzenleme de bu durumu teyit etmektedir. Gerek EBK m.179 gerekse TBK m.202 ticari işletme devri kapsamında yapılan borcun nakli işleminde alacaklının rızasının aranmayacağını belirtir. Bu düzenlemenin altında yatan *ratio legis* ticari işletme devri işleminde ticari işletmenin faaliyetleri nedeniyle ilişkili olan kişilerin rızasının aranmasının devri imkansız hale getirecek olmasıdır<sup>1098</sup>. Bu durumda pasiflerin devri bakımından onayı kaldıran kanunun sözleşmelerin devri bakımından üçüncü kişilerin onayını aramaya devam etmesi tutarsız bir durum olacaktır.

Üstelik burada onayı aranacak kişileri korumak için üstün bir menfaat de bulunmamaktadır. Öncelikle TBK m.202 vasıtasıyla devreden devirden sonra iki yıl süre ile müteselsil olarak sorumlu olmaya devam etmesi sebebiyle sözleşmelerin devri halinde sözleşmede kalan tarafın zarar görmesi söz konusu değildir<sup>1099</sup>. Hatta tam tersine alacakların ve TBK m.202 uyarınca borçların sözleşmede kalan tarafın rızası olmaksızın devredilmesinin mümkün olduğu bir sistemde sözleşmelerin devredilememesi halinde içeriği boşaltılmış sözleşmeler oluşturulacaktır<sup>1100</sup>.

<sup>1095</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.78 ,Arıcı s.67.

<sup>1096</sup> Aynı gerekçeler ile İsviçre Hukuku'nda malvarlığının devri işlemi yoluyla sözleşmelerin devredilmesine imkan tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.218.

<sup>1097</sup> İsviçre Hukuku'nda da benzer bir görüş ileri sürülmektedir; zira İsviçre Birleşmeler Kanunu da yeniden yapılandırma işlemlerini hızlandırmayı hedeflemektedir. Bkz. Rapp s.5.

<sup>1098</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.79.

<sup>1099</sup> Rapp s.5, Peter, **Sort des Contrats** s.227.

<sup>1100</sup> Rapp s.5, Heinzer/Wyler s.205, Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.79.

Ayrıca bir sözleşmede sözleşme tarafları bakımından en önemli husus sözleşmeden doğan alacaklar ve borçlardır. Sözleşme tarafı olmaya bağlanan tüm haklar ve yükümlülükler ancak sözleşmeden doğan alacakları ve borçları korumak veya onların kullanılmasını etkili hale getirmek bakımından önem taşımaktadır ve bu açıdan sözleşme tarafları bakımından tali bir önem taşımaktadır. Diğer bir ifade ile sözleşme yapılırken sözleşme tarafının dikkate aldığı konu kendi ediminin ne olduğudur, yoksa edimin ifa edilmemesi halinde fesih beyanının kim tarafından yöneltileceği değildir. İşte ticari işletme devrinin işlerlik kazanabilmesi adına asli nitelikte olan alacakların ve borçların dahi sözleşmede kalan tarafın rızası aranmaksızın devredilebildiği bir düzende, tali nitelikteki sözleşmeye taraf olmaya bağlı hakların ve yükümlülüklerin de devredilmesine imkan tanımak gerekmektedir<sup>1101</sup>.

Üstelik ticari işletme devrinde sözleşmelerin devrine imkan tanınmaması TTK'nın kendi içinde de çelişkili bir durum ortaya çıkartacaktır. Zira kısmi külli halefiyet ilkesine dayanan bölünme işlemlerinde sözleşmelerin de tüm malvarlığı unsurları ile birlikte devredileceği kabul edilmektedir<sup>1102</sup>. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bölünme işleminde sözleşmelerin kendiliğinden devralan tarafa geçeceğini karara bağlamıştır<sup>1103</sup>. Kısmi külli halefiyet esasına dayanan bölünme işleminde sözleşmelerin geçişi mümkün iken yine kısmi külli halefiyet esasına dayanan ticari işletme devrinde sözleşmelerin geçişine imkan tanınmaması çelişkili bir durum teşkil edecektir<sup>1104</sup>.

<sup>1101</sup> Heinzer/ Wyler s.206.

<sup>1102</sup> Çebi s.230, Coştan, **Bölünme** s.116. Coştan tam bölünmede bu sonucun zorunlu olduğunu belirttikten sonra, kısmi bölünmede de bu sonucun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ne var ki, Coştan'a göre bunun için kısmi bölünmede devredilenin bir bütün teşkil etmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ticari işletme devrinde söz konusu bütünlük korunacağı için Coştan'ın görüşü uyarınca ticari işletme devrinde de sözleşmelerin geçişine imkan tanımak gerekeceği sonucuna varılabilir.

<sup>1103</sup> TF 4P.299/2005 (naklen Rapp s.6.). Üstelik İsviçre Birleşmeler Kanunu Hükümet Gerekçesi'nde bölünme halinde sözleşmelerin devri için sözleşmede kalan tarafın onayının aranacağına ilişkin açıklamaya rağmen Federal Mahkeme'nin böyle bir karar vermesi özel olarak önem taşımaktadır.

<sup>1104</sup> Kısmi külli halefiyet kavramının tam külli halefiyetten nitelik bakımından farkı bulunmadığını ve bu nedenle tüm kısmi halefiyet hallerinde birleşme işleminde olduğu gibi sözleşmelerin doğrudan geçmesi gerektiği görüşünde bkz. Rolf Watter/Raffael Büchi, in: Rolf Watter/ Nedim Peter Vogt/ Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (édit.), *Basler Kommentar zum Fusionsgesetz*, Bâle, Genève, Munich 2005, ad art. 52 LFus N. 2 (naklen Heinzer/Wyler s.199). Bu noktada ilginç bir durum ortaya çıktığını belirtmekte yarar vardır. Sözleşmelerin geçişi için sözleşmede kalan tarafın rızasının aranması gerektiğini ileri süren Favre'ın gerekçelerinden bir tanesi de aynı şekilde bölünme ve malvarlığı devri işlemlerinde farklı devir rejimlerinin ortaya çıkacağı endişesidir. Bkz. Favre s.87. Biz de Favre'ın bu endişesini paylaşmakla beraber, bölünmede Türk Hukuku'nda sözleşmelerin doğrudan geçtiği görüşüne katıldığımız için ticari işletme devrinde de bu ilkeyi benimsiyoruz.

Bu noktada sözleşmelerin sözleşmede kalan tarafın rızası olmaksızın devredilmesinin bir kötüye kullanma teşkil edeceği iddiası da yerinde bir endişe değildir. Öncelikle birleşme ve bölünme işlemlerinde sözleşmelerin sözleşmede kalan tarafın rızası olmaksızın devredilmesine rağmen ticari işletme devrinde bu imkanı tanımamak çok anlam taşımamaktadır. Favre, birleşmede sözleşmelerin sözleşmede kalanın onayı olmaksızın geçmesinde bir sakınca olmadığını, zira bu durumda devreden şirketin infisah etmesi nedeniyle sözleşmenin geçişinin zorunlu olduğunu; ancak bu durumun devreden kişiliğini sonlandırmayan malvarlığı devri veya ticari işletme devri için emsal teşkil etmediğini belirtmektedir<sup>1105</sup>. Ne var ki, kısmi bölünme durumunda da devreden hukuki kişiliği sona ermemekte, ancak sözleşmeler doğrudan devralana geçmektedir. Bu şartlar altında sözleşmelerin doğrudan geçişi için hukuki kişiliğin sona ermesinin zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir.

Kanaatimizce mehz İsviçre Hukuku'nda malvarlığı devri yoluyla sözleşmelerin devrinde sözleşmede kalan tarafın onayını arayan görüş Türk Hukuku bakımından yol gösterici nitelikte değildir. Öncelikle İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun yasalaştırma süreci TTK bakımından emsal teşkil etmemektedir. İsviçre Birleşmeler Kanunu görüşülürken malvarlığı devri hükümleri ile sözleşmelerin devredilebileceğinin kanunda açıkça belirtilmesine yönelik olarak yasama organına bir öneri sunulmuşsa da bu öneri reddedilmiştir<sup>1106</sup>. Yani İsviçre Hukuku'ndaki yasalaştırma sürecine bakıldığında Meclis'in sözleşmelerin geçişine imkan tanımama yönünde aktif bir iradesi olduğu görülmektedir. Halbuki ticari işletme devrinin sözleşmelere etkisi konusu Türk Hukuku'ndaki yasalaştırma sürecinde dikkate alınmadığından de yasa koyucunun bu konuda herhangi bir açık irade göstermediği sonucuna varmak gerekmektedir. Diğer bir ifade ile sözleşmelerin geçişi konusunda bir hüküm bulunmaması İsviçre Hukuku'nda bir zımni red olarak kabul edilebilirken<sup>1107</sup> Türk Hukuku'nda bir açık kanun boşluğu oluşturduğu kabul edilebilir.

Bu noktada sözleşmelerin geçişini açık hüküm ile düzenleyen ve sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın rızasının aranacağını belirten TBK m.205

<sup>1105</sup> Favre s.87.

<sup>1106</sup> Vischer s.160.

<sup>1107</sup> Favre s.89. Bazı yazarlar malvarlığı devri yoluyla sözleşmelerin geçişine imkan tanınması gerektiğini ileri sürdükten sonra Meclis tarafından bir değişiklik teklifinin reddedilmesinin devri yasaklayıcı bir nitelik olmadığını belirtmektedirler. Bkz. Vischer s.161, Heinzer/Wyler s.206.

düzenlemesinin Türk Hukuku'nda sözleşmelerin devri bakımından bir engel oluşturduğu söylenebilir<sup>1108</sup>. Ne var ki, kanaatimizce TBK m.205 de ticari işletme devri yoluyla sözleşmelerin devredilmesi bakımından bir engel oluşturmamaktadır. TBK m.205 f.4 “Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır” demek suretiyle sözleşmenin devri bakımından özel hükümlere imkan tanımaktadır. TTK m.11 f.3 ile getirilen bu yeni devir usulünün de, özellikle kısmi külli halefiyet kapsamında yukarıda yaptığımız açıklamalar da dikkate alındığında, bir kanuni istisna sayılması mümkündür.

Ayrıca Türk Hukuku'ndaki ticari işletme devri düzenlemesi İsviçre Birleşmeler Kanunu düzenlemesinden farklılık taşımaktadır. Türk Hukuku bakımından devredilen malvarlığı unsurlarının bir ticari işletme teşkil etmesi gerekmektedir. Ne var ki İsviçre Hukuku'nda böyle bir zorunluluk yoktur. Herhangi malvarlığı unsurları, aralarındaki bağlantıya bakılmaksızın, devir kapsamında olabilir. Türk Hukuku'ndaki devir konusunun bir ticari işletme olması ve ticari işletmedeki organizasyonun bir bütün olarak devredilmesini gerektirmektedir. Bu ise ticari işletmeye dahil sözleşmelerin de devredilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle de Türk Hukuku'nda sözleşmelerin devrine imkan tanımak zorunluluğu vardır. Aksi halde ticari işletme devri düzenlemesi, ticari işletmeye asıl kimliğini veren sözleşmesel ilişkilerin devrini sağlayamayacağı için atıl bir hüküm haline dönüşecektir. Ne var ki, İsviçre Birleşmeler Kanunu m.69 uyarınca malvarlığı devrinin sözleşmelerin devrine imkan tanınmadığı sonucuna varılsa dahi malvarlığı unsurlarının devrinin mümkün olması nedeniyle hâlâ varlık amacını gerçekleştirmeye elverişli olmaya devam edecektir. Diğer bir ifade ile TTK sisteminin ticari işletme devrine biçtiği rol sözleşmelerin geçişini gerektirirken İsviçre Hukuku'nun malvarlığı devri kavramına biçtiği rol için bu bir zorunluluk değildir<sup>1109</sup>.

Nitekim 2004 Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin UNIDROIT İlkeleri m.9.3.3 de Türk hukukunda olduğu gibi sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine onay vermesini aramaktadır. Ne var ki, UNIDROIT İlkeleri m.9.3.2 ticari işletmenin bir bütün olarak devrinde bu maddelerin uygulanmayacağını açıkça

<sup>1108</sup> Bkz. Topuz s.70.

<sup>1109</sup> Belirtmek gerekir ki, devir konusunun bir ticari işletme teşkil etmesi zorunlu olmayan İsviçre Hukuku bakımından dahi sözleşmelerin geçişine imkan tanınmamasının, malvarlığı devri işleminin taraf ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz hale gelmesine dolayısıyla işlevsizleşmesine yol açacağı ileri sürülmektedir. Trigo Trindade, **Transfert de Patrimoine** s.218.

belirterek ticari işletme devrinin sözleşmelerin devri bakımından ayırık bir rejime tabi olması gerektiğini teyit etmektedir.

#### **4. Ticari İşletmenin Devri Yoluyla Sözleşmelerin Devredilebilmesi İçin Gerekli Koşullar**

Ticari işletme devrinde ticari işletmeye dahil olan ve ticari işletme devrinin kapsamı dışında bırakılmamış sözleşmelerin başka bir işleme gerek olmaksızın devralana geçmesi gerektiği görüşünü yukarıda açıklamıştık. Ne var ki, sözleşmelerin bu şekilde devredilmesi için bazı koşullar bulunmaktadır. Bu koşulların bulunmaması halinde sözleşmelerin devri mümkün olmayacaktır.

##### **a) Sözleşme Ticari İşletme Devri Kapsamında Olmalı**

Ticari işletme kapsamında sözleşmelerin devredilebilmesi için devredilecek sözleşmenin ticari işletme devri kapsamına girmesi gerekmektedir. Bunun için ise öncelikle devredilecek sözleşmenin devredilen ticari işletme ile bağlantılı olması aranır<sup>1110</sup>. Ticari işletme ile bağlantılı olmayan sözleşmelerin ticari işletme devri yoluyla devredilmesi mümkün olmamalıdır.

Hangi sözleşmelerin ticari işletme ile bağlantılı olduğunun tespit edilmesinde “bağlantılı” kavramının dar yorumlanması gerektiği görüşündeyiz. Kanaatimizce bağlantılı sözleşmeler, ticari işletmenin faaliyetlerinin yürütülmesi amacına yönelik olarak yapılmış sözleşmelerdir. Örneğin ticari işletmede kullanılan makinelerin satın alınmasına, bu makinelerin bakımına ilişkin sözleşmeler bağlantılı sözleşme sayılmalıdır<sup>1111</sup>. Devredilen ticari işletmeye ilişkin tedarik sözleşmeleri ile müşteriler ile yapılan sözleşmelerin de ilgili sözleşme sayılacağından bir şüphe duyulmamalıdır<sup>1112</sup>. Kanaatimizce bir ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının sağlanması için yapılan leasing sözleşmelerinin de bağlantılı sözleşme sayılmasına bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde ticari işletmede kullanılmak amacıyla kredi alınması için yapılan kredi sözleşmesi de ticari işletme ile bağlantılı sözleşme niteliğindedir.

---

<sup>1110</sup> Vischer s.160.

<sup>1111</sup> Vischer s.160.

<sup>1112</sup> Ticari işletmenin merkez veya şubelerinin faaliyet gösterdiği taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin de ticari işletme ile bağlantılı sözleşme olduğu açıktır. Ancak kira sözleşmelerinin devrini ayrı olarak değerlendirileceği için burada yer verilmemiştir. Kira sözleşmelerinin devri için bkz.VI-B-1-Taşınmaza İlişkin Kira sözleşmelerinin Geçışı.

Ne var ki, ticari işletmenin yalnızca teminat niteliğinde olduğu, bir sözleşme, sırf alacaklı borçlunun ticari işletmesini teminat olarak gördüğü için bağlantılı saymak yerinde olmayacaktır. Örneğin bir tacirin ticari işletmesi, aldığı tüketim kredisi içi doğal teminat niteliğindedir. Ne var ki, sırf bir işletmenin teminat vasfı nedeni ile bu kredi sözleşmesinin işletme ile bağlantılı sayılması ve ticari işletmenin devredilmesi halinde ilgili kredi sözleşmesinin de devredileceği sonucuna varmak yerinde olmayacaktır. Ancak alınan kredinin ticari işletmenin faaliyetlerine finansman sağlamak için kullanılması halinde artık kredi sözleşmesinin ticari işletme ile bağlantılı sayılması mümkündür<sup>1113</sup>.

Sözleşmenin ticari işletme ile bağlantılı olması devir kapsamında bulunması için yeterli değildir. Belirli sözleşmelerin ticari işletme devri kapsamı dışında bırakılması mümkündür. Ne var ki, bu konuda ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamı bakımından taraf iradelerinin genel sınırını teşkil eden “bütünlük ilkesine” uyulması gerekecektir.

Ticari işletmenin bütünlük ilkesinin bir yansıması olarak taraflar devir kapsamı dışında bırakmak istedikleri sözleşmeleri devir sözleşmesinde açık olarak belirtmelidirler (Ticaret Sicil Yönetmeliği m.133 f.2). Bu şekilde kapsam dışında olduğu açıkça belirtilmeyen sözleşmelerin ticari işletme devri kapsamında devralana geçirildiğini kabul etmek gerekecektir.

#### **b) Sözleşmenin Devri Yasaklanmamış Olmalı**

Ticari işletme devri yoluyla sözleşmelerin devredilebilmesi için sözleşmenin devrinin yasaklanmamış olması gerekmektedir. Sözleşmenin devri yasağı kanundan, sözleşmeden veya sözleşmenin niteliğinden kaynaklanabilmektedir.

Kanunen sözleşmelerin devredilebilir nitelikte olması esastır. Kanun ancak devredilemez nitelikte gördüğü sözleşmelerde devri yasaklayan hükümleri açıkça belirtmektedir<sup>1114</sup>. Nitekim kamu hukuku sözleşmelerinin devredilmesi kural olarak yasaktır. Bu yasağın getirilmesindeki amaç kamu ihale usullerinin, idarenin bu konudaki eşit davranma ve kamu menfaatini gözetme yetki ve görevlerinin bertaraf

<sup>1113</sup> Kabul etmek gerekir ki, böyle bir ayrımı tespit etmek uygulamada kolay olmayacaktır. Bu durumun tespiti için borçlunun bir krediyi hangi amaçla aldığı veya hangi amaçla kullandığının tespit edilmesi gerekecektir ki bunun da bir güçlük arz ettiği açıktır.

<sup>1114</sup> Peter, *Sort des Contrats* s.229.

edilmesine engel olmaktadır<sup>1115</sup>. Ne var ki, kamu hukuku sözleşmelerinin devredilmesini tamamen yasaklamak da bazı hallerde kamu menfaatine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle kanun 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.16 uyarınca sözleşmelerin devrine belirli koşullar altında imkan tanınmıştır. 4735 s. Kanun m.16 “*Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur.*” diyerek devre bazı sınırlamalara bağlı kalmak kaydıyla izin vermiştir. 4735 sayılı Kanun uyarınca kamu sözleşmesi yalnızca ihale yetkilisinin yazılı izni ile devredilebilmektedir<sup>1116</sup>. Ancak ihale yetkisinin devir konusunda yetkisi iki açıdan sınırlanmıştır. İlk olarak sözleşmenin devrini zorunlu kılan bir durum bulunmalıdır<sup>1117</sup>. İkinci olarak ise sözleşmeyi devralacak kişi ilk ihaledeki tarafın koşullarını sağlamalıdır. Bu nedenle bir ticari işletmenin devri yoluyla kamu sözleşmesinin devredilmesi için idarenin yazılı izni gerekecektir. Bunun dışında sözleşmenin devredilmesi konusunda bir zorunluluk bulunmaması halinde veya ticari işletmeyi devralan kişinin ilgili ihaledeki koşulları taşımaması halinde idarenin vereceği izin ile dahi sözleşmenin devralana geçmesi mümkün olmayacaktır.

Kanun bazen sözleşmenin devrini tamamen yasaklamasa dahi devre yönelik sınırlamalar getirmiş olabilir. Örneğin sözleşmede üstlenilen edimlerin yalnızca belirli sıfatı veya özelliği haiz kişiler tarafından ifa edilmesi mümkün ise, bu durumda sözleşmelerin bu sıfatı veya özelliği taşımayan kişilere devredilmesi mümkün değildir<sup>1118</sup>. Bu nedenle kanundaki istisnalar saklı kalmak üzere, avukata mahsus bir yetki olan müvekkili bir davada temsil etmeye ilişkin vekalet sözleşmesi, avukat sıfatını taşımayan başka bir kişiye devredilemeyecektir. Bu noktada müvekkilinin açık izni olsa dahi söz konusu devrin yapılması mümkün değildir<sup>1119</sup>.

<sup>1115</sup> Favre s.335.

<sup>1116</sup> Belirtmek gerekir ki, 4735 sayılı Kanun isim ve statü değişikliği sebebiyle sözleşmenin tarafı hakkında yapılan değişiklikleri bu maddenin kapsamı dışında saymıştır. Bu nedenle sözleşme tarafının ticaret unvanının değişmesi veya sözleşme tarafı olan ticaret şirketinin tür değiştirmesi halinde kural olarak idarenin rızasının aranmasına gerek olmayacaktır. Bkz. Sadettin Doğanıyigit, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.769. Zaten söz konusu durumlarda gerçek anlamda bir kişi değişikliği olmadığından söz konusu düzenleme tereddütü engellemesi bakımından yerindedir.

<sup>1117</sup> Doğanıyigit'e göre devri zorunlu kılan durum ile sözleşmenin ifa edilmesine imkan vermeyen durumlar ifade edilmektedir. Bu nedenle sözleşme tarafının iflas etmesi, yükümlülüğünü ifa becerisini kaybetmesi gibi halleri bu kapsamda değerlendirmektedir. Bkz. Doğanıyigit s.769.

<sup>1118</sup> Oğuzman/Öz s.601.

<sup>1119</sup> Oğuzman/Öz s.601. Benzer bir durum İsviçre Hukuku'nda çırak yetiştirilmesi bakımından söz konusudur. İsviçre Hukuku'nda yalnızca yetkilendirilmiş kimseler tarafından çırak



Tarafların ilgili sözleşmede sözleşmenin devredilmesine yönelik bir sınırlama getirmeleri de mümkündür. Tarafların bu şekilde açık bir sözleşme ile getirdikleri bu yasak (“*pactum de non cedendo*<sup>1120</sup>”) halinde sözleşmenin devredilmesi mümkün olmayacaktır<sup>1121</sup>.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre bir sözleşmenin yapılması sıkı surette başka bir sözleşmenin yapılmasına bağlı ise bu durumda bu sözleşmelerden yalnızca birinin devri mümkün olmayacaktır<sup>1122</sup>. Yalnız belirtmek gerekir ki, bu şekilde sıkı surette birbirine bağlı sözleşmeler genellikle aynı ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmeler olduğundan ve ticari işletme devri halinde bu işletmeye ilişkin sözleşmelerin kural olarak tamamı devralana geçeceğinden, birbiri ile sıkı surette bağlı sözleşmelerden birinin devir kapsamı dışında kalması nadiren söz konusu olacaktır.

Sözleşmenin devrinin bir bütün halinde yasaklandığı hallerin dışında ayrıca sözleşmeden doğan bir alacağın veya bir borcun devredilmesinin yasak olduğu hallerde de bu alacağın veya borcun temelinde bulunan sözleşmesel ilişkinin devredilmesinin yasak olduğu belirtilmektedir<sup>1123</sup>.

Aynen sözleşmelerin devrinde olduğu gibi, alacağın temlik veya borcun nakline ilişkin yasak da kanundan kaynaklanabilir. Örneğin TBK m.619 f.1 uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının alacağını başkasına devredememesi kanuni devir yasaklarından biridir. Aynı şekilde emredici hükümlere veya kamu hukuku kurallarına göre borcun şahsen ifasının zorunlu olduğu ve alacaklının da şahsen ifadan vazgeçemediği hallerde borcun devredilemeyeceğini

---

yetiştirilebileceğinden, bir çırağın iş görme sözleşmesinin yetkisi bulunmayan bir kişiye devri de mümkün olmayacaktır. Bkz. Favre s.335.

<sup>1120</sup> “*Pactum de non cedendo*” ifadesi aslen alacağın devrinin yasaklayan sözleşmeler için kullanılmaktadır. Ancak Türkçe’ye “devretmeme anlaşması” olarak çevirebileceğimiz bu kavramın sözleşmenin bir bütün olarak devredilmesini yasaklayan sözleşmeler için de kullanılmasında kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır.

<sup>1121</sup> Phillippin **Transfert de Patrimoine** s.87, Turin s.110.

<sup>1122</sup> Favre s.334. Burada belirtilen sözleşmenin belirli bir tarafın kişisel özelliklerine bağlı olması değil, bir başka sözleşmeye bağlı olmasıdır. Bu nedenle sözleşmenin *intuitu personae* niteliğinde olmasından farklı bir durum söz konusudur.

<sup>1123</sup> Favre s.337, Ayrancı s.95.

kabul etmek gerekecektir<sup>1124</sup>. Bunun dışında şahsa sıkı surette bağlı alacakların da devredilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>1125</sup>.

Diğer yandan kanunda bir engel bulunmamasına rağmen alacağın veya borcun devredilmesi söz konusu alacağın veya borcun niteliğine aykırı olabilir<sup>1126</sup>. Özellikle taraf değişikliğinin alacağın veya borcun niteliğini veya içeriğini değiştirdiği hallerde artık alacağın devrinin veya borcun naklinin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir; zira bu durumlarda sözleşmenin devri bir taraf değişikliğinden ziyade sözleşmenin konusu değiştiren işlem haline gelmektedir. Örneğin rekabet etmeme ediminin bir başka kişiye devredilmesi ilgili ediminin kapsamını değiştirir nitelikte olduğu için rekabet yasağı sözleşmesi, devir işlemine konu olamayacaktır<sup>1127</sup>. Ayrıca ön sözleşmelerden kaynaklanan alacak hakkının da devredilemeyeceği belirtilmektedir<sup>1128</sup>. Bunun dışında bir kişi ile sözleşme yapma yükümlülüğü alacağın temliki ile devredilemez; zira bu durumda söz konusu edimler alacaklının şahsına bağlı niteliktedir ve alacaklının değişmesi alacağın içeriğinin değişmesine neden olmaktadır<sup>1129</sup>.

Kanunun veya alacağın niteliğinin bir devir engeli oluşturmadığı durumlarda, alacağın devredilmesi konusunda alacaklı ile borçlu arasında açık veya zımni bir sözleşme (“*pactum de non cedendo*”) vasıtasıyla da bir devir yasağı kararlaştırılmış olabilir<sup>1130</sup>. Alacağın veya borcun devredilmesini yasaklayan böyle bir sözleşme alacak doğmadan önce veya alacağın doğumundan sonra yapılabileceği gibi, alacağın temelindeki sözleşmede de bu yönde bir hüküm bulunabilir<sup>1131</sup>. Bu durumda devir yasağı alacağın devredilmesine engel olacak ve bu devir yasağı iyi niyetli üçüncü kişiye karşı dahi ileri sürülebilecektir<sup>1132</sup>.

Özetle bir sözleşmenin devredilmesi için, hem sözleşmenin bütün olarak devrinin yasaklanmaması hem de sözleşmeden doğan alacak ve borçların ayrı ayrı

<sup>1124</sup> Eren s.1248.

<sup>1125</sup> Tercier, **Droit des Obligations** s.305.

<sup>1126</sup> Tercier, **Droit des Obligations** s.305, CR CO I- Probst s.885, Oğuzman/Öz s.546, Eren s.1237.

<sup>1127</sup> CR CO I- Probst s.885, Oğuzman/Öz s.546, Eren s.1237.

<sup>1128</sup> Oğuzman/Öz s.546 Dipnot 65.

<sup>1129</sup> CR CO I- Probst s.885, Favre s.340.

<sup>1130</sup> CR CO I- Probst s.884, Eren s.1237, Tercier, **Droit des Obligations** s.304, Oğuzman/Öz s.547.

<sup>1131</sup> CR CO I- Probst 884.

<sup>1132</sup> Ne var ki kanun koyucu alacağı devralacak kişinin güvenini bir dereceye kadar korumaktadır. TBK m.183 f.2 uyarınca devralan, alacağı yazılı borç tanımaya güvenerek devralmış ise kendisine karşı alacağın devredilemeyeceği yönündeki def'i ileri sürülemeyecektir. Ancak bunun için söz konusu borç tanımının alacağın devrine yasak getirmemesi gerekmektedir<sup>1132</sup>. Bkz. CR CO I- Probst s.884, Eren s.1237.

devri de yasaklanmamış olmalıdır. Devir yasağı kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabilir. Bunun dışında kanunda veya sözleşmede bir devir yasağı öngörülmemiş olsa bile sözleşmedeki edimlerin sıkı surette sözleşme tarafı olan kişinin şahsına bağlı olduğu veya sözleşmedeki taraf değişikliğinin sözleşmeden doğan alacak veya borçların konusunu değiştirdiği durumlarda sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır. Bu durumda sözleşmede kalan tarafın devre onay vermesi gerekecektir, kaldı ki devir yasağının kanundan doğduğu durumlarda devredenın vereceği onay dahi sözleşmenin devrini sağlamaya yetmeyecektir.

### **5. Sözleşmenin Devredilmesi Koşullarına Aykırılığın Sonuçları**

Yukarıda açıklandığı üzere ticari işletme devri vasıtasıyla bir sözleşmenin devredilmesi bazı koşullara tabi kılınmıştır. Bu şartların sağlanamaması durumunda ise ortaya çıkacak durumu devir engeline göre değerlendirmek gerekmektedir.

Eğer söz konusu sözleşme ticari işletmeyle bağlantılı olmadığı için devredilememiş ise ticari işletme devri sözleşmenin devri sonucunu doğurmayacaktır. Söz konusu sözleşme ticari işletme devir sözleşmesinin konusuna girmeyeceği için ticari işletmeyi devreden taraf sözleşmenin tarafı olmaya devam edecektir. Tarafların hak ve yükümlülükleri bakımından herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Sözleşme ticari işletme ile bağlantılı olmadığı için tarafların sadece ticari işletmenin devredilmesi sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmesi de kural olarak mümkün olmayacaktır. Ancak taraflar dilerse TBK m.205 uyarınca bağımsız bir sözleşme devri gerçekleştirebilirler.

Sözleşmenin devredilememesi sözleşmenin veya sözleşmeden doğan alacak veya borçların devrinin yasaklanması sebebine dayanıyorsa bu durumda yasağın hukuki kaynağına göre farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin veya sözleşmeden doğan alacak ile borçların devri yasağı kanundan doğmuş ise sözleşmenin devredilmesi kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüz olacaktır. Bu durumda ticari işletme, bağlantılı sözleşmenin devri olmaksızın, devralana geçecektir. Eğer söz konusu sözleşmenin devredilmesi ticari işletme devri sözleşmesinin yapılması bakımından esaslı bir unsur ise bu durumda artık devir sözleşmesinin tamamının hükümsüz olacağı sonucuna varılabilir. Sözleşme devrinin kesin hükümsüz olduğu durumlarda sözleşmeyi devretmek isteyen taraf sözleşmenin tarafı olmaya devam edecektir. Aynı şekilde

sözleşmeyi devralmış gibi görünen kişi de sözleşmenin tarafı olmayacak ve kendisine bu sözleşmenin ifası amacıyla yapılan ödemeler sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Sözleşmede kalan tarafın devre onay vermesi dahi sözleşmenin devri sonucunu doğurmayacaktır<sup>1133</sup>.

Sözleşmenin devrine engel teşkil eden yasağın<sup>1134</sup> kanundan değil de sözleşmeden doğduğu durumlarda, bu yasağa aykırı olarak yapılan bir devir sözleşmesini kesin hükümsüz saymak menfaatler dengesine uygun olmayacaktır. Öncelikle böyle bir devrin kesin hükümsüz sayılması halinde artık sözleşmede kalan tarafın sonradan vereceği onay ile dahi işlem geçerli hale getirilemeyecektir. Bu ise menfaatler dengesine ve sözleşme ile getirilen devir yasağının amacına uymayan bir çözüm olacaktır. O nedenle sözleşmesel devir yasağına aykırılık halinde işlemin geçerli sayılması daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir. Buna bağlı olarak devir yasağına rağmen sözleşmede kalan tarafın rızası alınmak suretiyle sözleşmenin devredilmesi mümkün sayılmalıdır<sup>1135</sup>.

Bu nedenle sözleşmesel devir yasağına rağmen sözleşmenin devredilmesi halinde, bu devir işlemi sözleşmenin ihlali olarak kabul ederek sözleşmede kalan tarafa sözleşmeyi fesih ve sözleşmeyi devreden taraftan tazminat talebinde bulunma imkanı tanınmanın daha uygun olduğu dile getirilmektedir<sup>1136</sup>. Sonuç olarak sözleşmede kalan taraf dilerse sözleşmenin ihlali sebebiyle başvurabileceği hukuki yolları kullanacak dilerse de sözleşme ilişkisine devralan taraf ile devam ederek zımni olarak devre onay vermiş olacaktır<sup>1137</sup>.

<sup>1133</sup> Oğuzman/Öz s.601.

<sup>1134</sup> Sözleşmenin bütün olarak devrine getirilen yasaklar gibi sözleşmeden doğan alacak veya borcun devrin ilişkin yasakları da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir.

<sup>1135</sup> Ayrancı s.96, Favre s.340. Aksi görüşte olan Tercier ise devir yasağı sözleşmesine rağmen yapılan alacağın devrinin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Tercier, **Droit des Obligations** s.305. Bu görüşün sözleşmelerin devri yasağı bakımından da kabul edilmesi halinde, sözleşmesel bir devir yasağına aykırı işlem kesin hükümsüz olacağından, daha sonra sözleşmede kalan tarafın onayı ile dahi geçerli hale gelmeyecektir.

<sup>1136</sup> Peter, **Sort des Contrats** s.229, Rapp s.7, Heinzer/Wyler s.207. Heinzer/Wyler sözleşmesel devir yasağına rağmen bir devir işlemi yapılması durumunda bu durumun sözleşmede kalan taraf için haklı fesih sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. Heinzer/Wyler s.207. Aynı şekilde kira sözleşmelerine ilişkin çalışmada, kira sözleşmesinin devredilemeyeceği şeklinde bir sınırlama bulunması halinde şahsi hakların nispiyeti ilkesi kapsamında ancak devredene karşı bir tazminat talebine yol açacağını belirtmektedir. Bkz. Mustafa Yasan, **Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 sayılı TTK ve 6098 sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme)**, Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi C:29 Sayı, Eylül 2013 s.177.

<sup>1137</sup> Kanaatimizce sözleşmede kalan tarafın tercih hakkını kullanması konusunda bir süre sınırlaması bulunmamakla beraber, uzun süre hareketsiz kalması ve sözleşme devrine onay verdiği şeklinde bir

Hukuki ilişkinin niteliğinden dolayı sözleşmenin devredilmesinin bir taraf değişikliği niteliğinde olabileceğine değinmiştik. Böyle bir durumda ticari işletme devri yoluyla da olsa sözleşmenin devredilmesi için sözleşmede kalan tarafın onayının aranması zorunlu olmalıdır. Her ne kadar, kanaatimizce ticari işletme devri, sözleşmelerin sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın geçişine imkan tanısa da sözleşmenin içeriğini değiştirmeye imkan tanımamaktadır. Bu nedenle de taraf değişikliğinin sözleşmenin içeriğinin değişmesine sebep olduğu sözleşmelerde, ticari işletme devri söz konusu olsa dahi, sözleşmenin devri sözleşmede kalan tarafın onayına bağlı olmalıdır.

Sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflardan birinin şahsının önem taşıdığı durumlarda *intuitu personae* (kişiliğin göz önünde tutulması) söz konusu olmaktadır<sup>1138</sup>. *Intuitu personae*'nin söz konusu olduğu sözleşmelerde sözleşmelerin devredilmesi haline ne olacağı özel olarak ele alınması gereken bir konudur.

Alacağın temlik-borcun nakli konusunu inceleyen yazarlar *intuitu personae*'nin söz konusu olduğu bir durumda sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın sözleşmenin devredilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedirler<sup>1139</sup>. Bunun gibi, tarafın şahsının önem taşıdığı sözleşmelerde, alacaklının onayı alınması halinde ise artık edimler bakımından tarafın şahsının öneminin kaybolduğu varsayılacak, dolayısıyla da dar ve geniş anlamda borç ilişkisinin devri mümkün olacaktır<sup>1140</sup>.

Ancak kısmi külli halefiyet esasına dayalı ticari işletme devri konusu bağlamında sözleşme devrini inceleyen yazarlar *intuitu personae*'nin söz konusu olduğu sözleşmeler bakımından farklı bir değerlendirme yapmaktadırlar. Bu yazarlara göre kişi unsurunun önemli olduğu sözleşmelerde sözleşmenin devrine engel olmak yerine sözleşmede kalan tarafa sözleşmeyi haklı sebep ile feshetme imkanı tanımak yerinde olacaktır. Bu nedenle de sözleşmede kalan tarafa bazı durumlarda sözleşmeyi fesih hakkı tanınması gerektiği belirtilmektedir<sup>1141</sup>. Bu

---

görüntü oluşturması halinde artık hukuki yollara başvurması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir.

<sup>1138</sup> Ayrancı s.96.

<sup>1139</sup> Ayrancı s.97.

<sup>1140</sup> Ayrancı s.97, Favre s.339.

<sup>1141</sup> Vischer s.161, Phillipin, **Transfert de Patrimoine** s.87, Rapp s.7, Heinzer/Wyler s.207. Çebi ise bölünmeye ilişkin çalışmasında sözleşmenin kısmi külli halefiyet ile devrinin kural olarak haklı

durumda taraf sıfatının dikkate alınması bir sözleşmenin devredilmesine engel teşkil etmeyecek; ancak sözleşmede kalan taraf sözleşmeyi devralan taraf ile sözleşmeyi sürdürmek zorunda olmayacak ve dilerse haklı sebep ile sözleşmeyi sona erdirebilecektir.

## **B. Bazı Özel Sözleşme Türleri Bakımından Özel Düzenlemeler**

### **1. Taşınmaza İlişkin Kira sözleşmelerinin Geçişi**

#### **a) Kira Sözleşmelerinin Devrine İlişkin Genel Açıklamalar**

Bir ticari işletmenin devrinde taraflar bakımından en çok önem taşıyan konuların başında müşteri çevresinin devrinin geldiğini açıklamıştık. Taraflar için önem taşıyan müşteri çevresinin devredilmesi için bazı durumlarda faaliyetin yapıldığı yerin kullanımının devredilmesi gerekmektedir. Bu devir ise mülkiyet hakkının ticari işletmeyi devreden kişiye ait olduğu durumlarda taşınmazların devri ile sağlanırken, devreden yalnızca kiracılık hakkına sahip olduğu durumlarda taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin devri gündeme gelmektedir<sup>1142</sup>.

Kira sözleşmesinin devri TBK m.323’de düzenlenmektedir. Her ne kadar sözleşmelerin devri genel olarak TBK m.205’de düzenlenmişse de TBK m.205, sözleşmelerin devrine ilişkin özel düzenlemelerin saklı olduğunu belirtmektedir. Bu özel hükümlerden biri de kira sözleşmesinin geçişine ilişkin TBK m.323 olduğundan ötürü kira sözleşmesinin devri bakımından özel hüküm niteliğinde olan TBK m.323’ün uygulanacağı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır<sup>1143</sup>.

---

sebeple feshe imkan tanımayacağını, ancak dürüstlük kuralı uyarınca aksi sonuca varılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Çebi s.231.

<sup>1142</sup> Aslında ticari işletme devri halinde, kira sözleşmesinin devri yerine kiracılık hakkının devrinin söz konusu olacağı da akla gelebilir. Ne var ki, kiracılık hakkının devrinde, kiracılık hakkını devreden, kira sözleşmesinin tarafı olarak kalmaya devam etmektedir. Bkz. Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İleri Yayıncılık, İzmir, 2013 s.494, Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012 s.227. Halbuki ticari işletmeyi devreden tarafın bu sözleşmenin tarafı olma arzusunda olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle de ticari işletme devrinde kiracılık hakkının devrinden ziyade kira sözleşmesinin devri söz konusu olacaktır.

<sup>1143</sup> Aydoğdu/Kahveci s.494, Gümüş s.225, İnceoğlu, **Kira** s.531, Yavuz s.227. Belirtmek gerekir ki 6353 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile kiracının tacir veya özel ya da kamu hukuku tüzel kişisi olduğu işyeri kiralalarında TBK m.343’ün uygulanması 8 yıl süre ile ertelenmiştir. Böyle bir durumda ise, varsa kira sözleşmesinde yer alan hükümler, eğer böyle bir hüküm yoksa mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Ancak TBK sisteminin bütünlüğünü inceleyebilmek adına biz konuyu TBK m.323 bağlamında incelemeyi tercih etmekteyiz.

TBK m.323, kira sözleşmesinin devri için kiralayanın onayının yazılı onayının aranacağını belirtmektedir<sup>1144</sup>. Kira devir sözleşmesinin sözlü olarak yapıldığı durumlarda dahi onayın yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>1145</sup>. Devreden onay vermenin dışında devir sözleşmesine taraf olmasının da mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>1146</sup>. Doktrinde tartışmalı olmakla beraber, kira sözleşmesinin geçiş anının onay anı olduğu, diğer bir ifade ile onayın ileri etkili olduğu belirtilmektedir<sup>1147</sup>.

TBK m.323 hükmünün TBK m.205'ten onayın muhatabı bakımından ayrılmaktadır. TBK m.323 uyarınca kiralayandan onay vermesini talep edecek olanın kiracı olduğu, sözleşmeyi devralmak isteyen tarafın böyle bir yetkisi olmadığı ileri sürülmektedir<sup>1148</sup>. Ne var ki, TBK m.205 uyarınca onay talebi gerek sözleşmeyi devreden gerekse sözleşmeyi devralan tarafından ileri sürülebilmektedir. TBK m.323'teki bu farklılık kiralayının devre onay vermemesi halinde dava açma yetkisinin devretmek isteyen kiracıya ait olması sonucunu doğurmaktadır<sup>1149</sup>.

TBK m.205 ile TBK m.323 arasındaki diğer bir fark ise sözleşmede kalan tarafın devre onay verme serbestisinde kendini göstermektedir. TBK m.205 uyarınca sözleşmede kalan tarafın devre onay vermesi bakımından tam bir serbestisi bulunmaktadır. Ne var ki, TBK m.323 işyeri kiralalarına özgü olarak<sup>1150</sup> sözleşmede kalan tarafın rıza göstermekten ancak haklı nedenle kaçınabileceğini belirtir<sup>1151</sup>.

<sup>1144</sup> Doktrinde yazılı şekil şartının ispat şartı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Aydoğdu/Kahveci s.496, Gümüş s.227, Fahrettin Aral/ Hüseyin Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012 s.269, Richard Barbey, **Le Transfert du Bail Commercial (art.263 CO)**, La Semaine judiciaire (1965 - 1998), Société genevoise de droit et de législation, 1992 s.52. Aksi görüşte Yavuz s.228, İnceoğlu, **Kira** s.550.

<sup>1145</sup> İnceoğlu, **Kira** s.550. İnceoğlu, kiralayanın kira sözleşmesini devralan tarafından yapılan ödemeleri kabul etmesinin onay anlamına gelmediğini ileri sürmektedir. Bkz. İnceoğlu, **Kira** s.550. Biz de bu görüşe katılmakla beraber, böyle bir durumun dürüstlük kuralına aykırılık bakımından şüphe ile karşılanması gerektiğini düşünüyoruz. Kiralayanın onayının yazılı şekle tabi olduğunun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılırsa artık kiralayanın sanki devre onay vermiş gibi yeni kiracı ile sözleşmeye devam etmesi gerekecektir.

<sup>1146</sup> İnceoğlu, **Kira** s.533.

<sup>1147</sup> İnceoğlu, **Kira** s.555.

<sup>1148</sup> Aydoğdu/Kahveci s.496, Gümüş s.228, Yavuz s.227. Ne var ki, İnceoğlu söz konusu ayırımın yapay olduğunu, üstelik devralanın devir sözleşmesine uygun olarak onay talebinde bulunması halinde devreden temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğinin kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. İnceoğlu, **Kira** s.549 vd.

<sup>1149</sup> İnceoğlu, **Kira** s.550.

<sup>1150</sup> Nitekim konut kiralalarında TBK m.205'te olduğu gibi sözleşmede kalanın devre onay verme konusundaki serbestisi korunmaktadır.

<sup>1151</sup> Haklı sebebe örnek olarak doktrinde devralanın ödeme gücünün şüpheli olması, devralanın işyerini farklı amaçla kullanacak olması veya devralan ile kiralayan arasında kişisel husumet örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Aydoğdu/Kahveci s.496, Gümüş s.229, Pierre Tercier, **Les Contrats**

İşyeri kiralarının devrinde kiraya veren yalnızca haklı sebebin varlığı halinde rıza vermekten kaçınılabilmektedir. Doktrinde haklı sebebin bulunmamasına rağmen kiraya verenin onay vermekten kaçındığı hallerde, kiracının mahkemeye başvurup haklı sebebin bulunmadığını ispat ederek devri sağlayabileceği<sup>1152</sup>, ayrıca haksız yere onay verilmemesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebileceği<sup>1153</sup> ve haklı sebep olmadan onay vermeden kaçınmanın kira sözleşmesinin haklı sebeple feshedebileceği belirtilmektedir<sup>1154</sup>. Ancak, kira sözleşmesini devralmak isteyen, yalnızca tazminat talep etme hakkına sahip olup, devre onay verilmemesinin haksız olduğunu ileri süremeyecektir<sup>1155</sup>.

Ticari işletmenin devredilmesi halinde uygulanacak hükme bağlı olarak devreden<sup>1156</sup> sorumluluğu bakımından da bazı farklar ortaya çıkmaktadır. Ticari işletme devrinde pasiflerin geçişini düzenleyen TBK m.202 uyarınca, devreden, yalnızca devirden önce doğmuş borçlardan müteselsilen sorumludur. İşyeri kiralarında devreden sorumluluğunu düzenleyen TBK m.323 f.3 ise, kira sözleşmesinin devrinde devreden eski kiracının müteselsil sorumluluğunu düzenlerken, sorumluluk kapsamını yalnızca doğmuş borçlara değil, daha sonra doğacak borçlara da şamil olacak şekilde belirlemiştir. Hatta kira bedelinin ödenmemesi veya kiralananın sözleşmeye aykırı kullanılması gibi tüm sözleşmeye aykırılık hallerinin de bu sorumluluk kapsamında olduğu belirtilmektedir<sup>1157</sup>.

## b) Ticari İşletmenin Devrinde Kiracılık Hakkının Geçiş

---

**Speciaux**, Schulthess, Zurich, 2003 s.323. Bunlara ilaveten Gümüş kira sözleşmesinin devrinde kiralananın değil bu eşyanın sahip olduğu gayri maddi değerlerin (örn: peştamaliye/goodwill) kullanılmasının hedeflenmesini de haklı sebep olarak saymıştır. Bkz. Gümüş s.229. Aral/Ayrancı'ya göre ise devralanın kötü şöhrete sahip olması da bir haklı sebep teşkil etmektedir. Bkz. Aral/Ayrancı s.270. Aynı görüşte bkz. Tercier, **Contrats Speciaux** s.323. Bu madde bakımından haklı sebep kavramının (TBK m. 331'n kaynak düzenlemesi olan) İsviçre Borçlar Kanunu m.266/g uyarınca belirtilen fesih hakkının doğmasını sağlayan sebepler ile eş olarak değerlendirilmesi gerektiği İsviçre Hukuku'nda tartışılan bir görüştür. Bu tartışma için bkz. Barbey s.53, Favre s.432. TBK m.323 kapsamında haklı sebep kavramı ile ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. İnceoğlu, **Kira** s.540 vd.

<sup>1152</sup> Favre s.447. Mahkemenin verdiği kararın tespit niteliğinde mi yoksa inşai nitelikte mi olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Gümüş s.229, Aydoğdu/Kahveci s.497, İnceoğlu, **Kira** s.556.

<sup>1153</sup> Favre s.439.

<sup>1154</sup> Aydoğdu/Kahveci s.497, Gümüş s.229.

<sup>1155</sup> İnceoğlu, **Kira** s.552.

<sup>1156</sup> Kira sözleşmesinin devri ile devralanın "geriye etkili olarak" kira sözleşmesinin tarafı haline geleceği ve bu nedenle devirden önceki borçlardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Gümüş s.231. Aynı görüşte Aydoğdu s.497. TBK m.202 uyarınca ticari işletme devrinde borçların devralana geçtiği dikkate alındığında TBK m.202 ile TBK m.323 sistemleri arasında devralanın sorumluluğu bakımından fark bulunmamaktadır.

<sup>1157</sup> Gümüş s.231, Aydoğdu/Kahveci s.497. Aksi görüşte Barbey s.46.



### i. Sorunun Ortaya Konulması

Ticari işletme devrinde kiracılık hakkının devredilmesi konusundaki sorun ETTK döneminde ortaya çıkmıştır. EBK hükümleri uyarınca kira sözleşmesinde kiracının kiralananı bir başka kişiye kiralayabilmesi (alt kira) imkanı tanınmaktaydı (EBK m.216). Ancak kiralananın bir işyeri olması halinde, kira sözleşmelerine uygulanacak 6570 sayılı Kanun m.12 uyarınca alt kira yasaklanmıştı. Diğer yandan, ETTK m.11'de kira sözleşmelerinin, aksi belirtilmedikçe, ticari işletmeye dahil sayıldığı belirtilmekteydi. Bu düzenlemeler karşısında ticari işletmenin devredilmesi halinde taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin devredilip devredilemeyeceği konusunda bir sorun ortaya çıkmaktaydı.

TTK ve TBK yasalaşma sürecinde bu sorunun açık bir şekilde çözüme kavuşması beklenmekteydi. Ne var ki, söz konusu yasalaşma süreci sonucunda sorunun çözülmesi bir yana, daha da karmaşık bir hale geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>1158</sup>. Öncelikle hukuki sorunun temelinde yatan hükümler aynen yeni kanunlarda da yerini almıştır<sup>1159</sup>. Bunun da ötesinde, TBK kira sözleşmelerinin devrini düzenlerken, işyeri kira sözleşmelerinin devrine ilişkin ayrı ve özel bir düzenlemeye de yer vermiştir (TBK m.323). Buna bağlı olarak kira sözleşmelerinin devri bakımından TBK hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağı gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır. Halbuki, TTK m.11 uyarınca, ticari işletme devrinde kısmi külli halefiyetin benimsenmesi yoluyla, ticari işletmeye ilişkin sözleşmelerin geçişine imkan sağlayan özel bir devir sistemi oluşmuştur. Sonuç olarak kira sözleşmelerinin devrinde uygulanabilecek, birbirinden farklı esaslara dayanan iki farklı devir sistemi ortaya çıkmıştır.

Netice itibariyle işletme devri kapsamında bir taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin devri halinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve özellikle sözleşmenin doğrudan devredilip devredilemeyeceği konusunda ETTK-EBK döneminde başlayan tartışma, TBK m.323 ve TTK m.11 f.3 düzenlemeleri karşısında daha da karmaşık bir hale gelmiştir.

Bu sorunun çözümünde, öncelikle TTK m.11 f.3 c.2 uyarınca kiracılık hakkının, aksi belirtilmediği takdirde, ticari işletmeye dahil sayılmasına bağlanan

<sup>1158</sup> Aynı görüşte Yasan s.163.

<sup>1159</sup> ETTK m.11'da belirtilen kira sözleşmelerinin ticari işletmeye dahil sayılacağı hususu TTK m.11'de yinelenirken 6570 sayılı Kanun m.12 ile getirilen alt kira yasağı TBK m.322 f.2'ye alınarak muhafaza edilmiştir.

sonuçları, ardından ticari işletme devrinde kiracılık hakkının geçişinde sözleşmede kalan tarafın rızasının aranıp aranmayacağı meselesini ele almaya çalışacağız.

## ii. TTK m.11 f.3 Uyarınca Kiracılık Hakkının Ticari İşletmeye Dahil Sayılmasının Sonucu

TTK m.11 f.3 c.2 aynen ETTK m.11 f.2’de olduğu gibi “Aksi öngörülmemişse devir sözleşmesinin... kiracılık hakkını... içerdiği kabul olunur” demektir. Bu cümleden yola çıkarak ETTK döneminde bazı yazarlar, ticari işletme devri halinde ticari işletmeye özgülenmiş kiracılık hakkının da kendiliğinden devredileceğini belirtmekteydi<sup>1160</sup>. Bu görüşe göre ETTK m.11 f.2’de kiracılık hakkı işletmeye tahsis edilmiş unsurlar arasında yer aldığı için, ticari işletme devri ile birlikte kiracılık hakkı da devredilmektedir.

6570 sayılı kanunda getirilen devir yasağına rağmen kiracılık hakkının devir kapsamında olacağı belirtilmesi bu yasağa ticari işletme devri bakımından bir istisna getirildiği şeklinde yorumlanmaktadır<sup>1161</sup>. Bu açıdan ETTK m.11 f.2, kira sözleşmesinin kiralayanın onayı olmaksızın devredilemeyeceğini belirten 6570 sayılı Kanun m.12’ye göre özel hüküm olarak değerlendirilmektedir<sup>1162</sup>.

Kanaatimizce hükmün bu şekilde yorumlanması, ticari işletme devrini işler hale getirmeye yönelik olmakla beraber, ETTK sistemine uygun düşmemekteydi. ETTK m.11 f.2 “Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır” demektir. Bu ifadeden bu hükmün, ticari işletmeyi devredecek taraflar arasındaki devir sözleşmesinde devredilecek unsurların belirtilmediği durumlarda sözleşmedeki boşlukları dolduran nitelikte olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle de bu hükümden yola çıkarak sözleşmenin doğrudan devredildiği sonucuna varmak ETTK’da kabul edilen “aktiflerin devrinde cüz’i halefiyet” ilkesine uygun olmayacaktır<sup>1163</sup>. Sonuç olarak ticari işletme devrinde devir sözleşmesinde belirtilmese dahi kira sözleşmesinin devir kapsamında olacağı; ancak bu devrin kiralayanın onayının alınması şartıyla

<sup>1160</sup> Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**- 13. Baskı- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009, s.44, Arıcı s.136.

<sup>1161</sup> Arıcı s.146.

<sup>1162</sup> Arkan, ETTK s.44, Arıcı s.136.

<sup>1163</sup> Aynı görüşte Poroy/Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 12.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.42.

gerçekleşeceği sonucuna varmak ETTK bakımından kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

Belirtmek isteriz ki, yukarıdaki açıklama sebebiyle TTK döneminde ticari işletme devrinde kira sözleşmelerinin de devri için kiralayanın onayının alınması gerektiği sonucuna varılmamalıdır. Kanaatimizce kira sözleşmesinin geçişi için kiralayanın onayının aranmasına gerek yoktur. Ne var ki, kiralayanın onay şartının kalkması TTK m.11 f.3 c.2 (ETTK m.11 f.2) sebebiyle değil, TTK m.11 f.3 c.1 vasıtasıyla kabul edilen kısmi külli halefiyet ilkesi yoluyla sağlanmaktadır. Kanaatimizce kiralayanın onayı olmaksızın kira sözleşmesinin devri imkanı, kira sözleşmelerinin devir kapsamında olacağına belirtilmesine değil, devir kapsamındaki unsurların doğrudan geçmesini sağlayan kısmi külli halefiyet yoluyla devre dayanmaktadır<sup>1164</sup>. Bu konudaki tartışmaları ve gerekçelerimizi aşağıda açıklamaya çalışacağız.

### iii. Kiracılık Hakkının Geçişinde Kiralayanın Rızasının Aranması Sorunu

Ticari işletme devrinde kira sözleşmelerinin devri bakımından ortaya çıkan en önemli sorun kira sözleşmesinin devri için sözleşmede kalan tarafın kira sözleşmesinin devrine onay vermesinin gerekip gerekmediği konusundadır. Konuya ilişkin olarak TBK m.323 ve TTK m.11 f.2 c.1'in farklı sonuçlar öngördüğüne ve bu hükümler arasında bir çatışma söz konusu olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu durumda kira sözleşmesinin devrinde kiraya verenin rızasının aranıp aranmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

TBK-TTK sisteminde, kira sözleşmelerini inceleyen birçok eser yazılmasına rağmen, bu eserlerde ticari işletme devri kapsamında kira sözleşmelerinin geçişi konusunda kapsamlı bir inceleme ne yazık ki yapılmamıştır<sup>1165</sup>. Kira sözleşmesinin devrini inceleyen yazarlar<sup>1166</sup>, TBK m.323 uyarınca sözleşmenin devri için kiraya verenin rızasının aranması gerektiğini belirtmiş olmakla beraber TTK m.11 hükmüne değinmemişlerdir.

<sup>1164</sup> Nitekim Çebi de bölünmeye ilişkin çalışmasında kira sözleşmelerinin doğrudan geçeceği sonucuna varmaktadır. Bkz. Çebi s.232. Bölünmede kira sözleşmelerinin devir kapsamında olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen böyle bir sonucun kabul edilmesini, bölünme ile ticari işletme devri bakımından ortak nitelikte olan, kısmi külli halefiyet ile devir ilkesi sağlar.

<sup>1165</sup> Aynı görüşte Yasan s.171.

<sup>1166</sup> Bu eserler arasından, Aydoğdu/Kahveci, Aral/Ayrancı, Gümüş ve Yavuz tarafından yapılan çalışmalar kira sözleşmelerinin devrini ve bu devrin sonuçlarını kapsamlı bir şekilde açıklamaktaysa da ticari işletme devri kapsamında kira sözleşmesinin devredilmesi konusunda görüş bildirmemektedirler.

Ticari işletme devri kapsamında kira sözleşmelerinin geçişini inceleyen yazarların bir kısmı ise ticari işletme devrinde dahi kira sözleşmelerinin devri için kiralayanın onayının aranacağını belirtmektedir<sup>1167</sup>. Bu görüşteki yazarlar temelde TTK Gerekeçesi'ne dayanmaktadırlar. TTK m.11 f.3'ün gerekçesinde "...ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluğunu ifade eder" denilmesi, kira sözleşmelerinin devrinde kiralayanın onayının aranması yönündeki görüş için bir dayanak olarak gösterilmektedir. Gerekeçe'de ayrıca "Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmacının, ayakkabıcının, perûkçunun, şapkacının, şekercinin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının da (kira sözleşmesinin de) devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluğunu ifade eder" ifadesine yer verilmektedir. Gerekeçedeki bu ifadelerden hareketle kira sözleşmesinin geçişi için kiralayanın onayı aranacağı gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır.

Ne var ki, Yasan'a göre madde hükmünün gerekçesinden yola çıkarak hükmün yorumlanmasına şüphe ile yaklaşmak gerekmektedir; nitekim Adalet Komisyonu tarafından metnin değiştirilmesi maddenin son hali ile gerekçe arasında bazı uyumsuzluklar ortaya çıkmasına sebep olmuştur<sup>1168</sup>. Bu açıdan sırf Gerekeçe'nin ifadesinden sonuca varmanın kanunun amacına aykırı bir sonuca yöneltebileceğini dikkate almak gerekmektedir. Nitekim doktrinde birçok yazar kanaatimizce haklı olarak ticari işletme devrinde kira sözleşmelerinin kiralayanın onayı olmaksızın devralana geçeceğini farklı gerekçelerle de olsa kabul etmektedirler.

Bu gerekçelerin başında kısmi külli halefiyet ilkesi gelmektedir. Öncelikle TTK'daki kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca sözleşmeler doğrudan ve sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın ticari işletmeyi devralana geçmektedir<sup>1169</sup>. TTK'daki bu düzenleme karşısında TTK m.11 f.3 yalnızca devir sözleşmesinin tarafları arasında etki doğuran ve sözleşmenin kapsamını belirleyen bir etkiye sahip olmanın ötesinde, sözleşme kapsamındaki unsurların devrini düzenleyen ve kısmi külli halefiyet ile devre imkan tanıyan bir hüküm niteliğine bürünmüştür. Bu nedenle genel olarak sözleşmelerin devrinde sözleşmede kalan tarafın onayının

<sup>1167</sup> Karahan s.35, Topuz s.70.

<sup>1168</sup> Yasan s.177.

<sup>1169</sup> Bu konunun kapsamlı incelemesi ve vardığımız sonucun gerekçeleri için bkz. VI-Ticari İşletme Devrinde Sözleşmelerin Geçişi.

aranmayacağı, aynı şekilde kira sözleşmelerinin devrinde de kiralayanın onayının aranmayacağı görüşüdeyiz<sup>1170</sup>.

İlaveten belirtelim ki, ticari işletme devri, işyerine ilişkin kira sözleşmesinin devrinden farklı ve işyeri devri kavramına göre daha özellikli bir durumdur<sup>1171</sup>. Ticari işletme devrinde ticari işletme içerisindeki malvarlığı unsurları bir bütün olarak devredilmektedir. Ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi ise bu devri tek tek hakların ve sözleşme ilişkilerinin devrinden daha özellikli bir durum haline getirmektedir<sup>1172</sup>. Diğer bir ifade ile nasıl ticari işletme devri ticari işletmenin bulunduğu taşınmazın devrinden farklı hukuki işlem niteliğinde ise ve buna bağlı olarak farklı bir devir sistemine tabi ise, aynı şekilde ticari işletmeye dahil olan kira sözleşmesinin devredilmesinin salt kira sözleşmesinin devrine göre özel bir durum ve dolayısıyla TTK m.11 f.3'ün de özel hüküm olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle de TBK m.323'ün uygulama alanı ticari işletme devri niteliğinde olmayan işyeri kiralarının devri ile sınırlı tutulmalıdır<sup>1173</sup>. Örneğin bir alışveriş merkezinde yer alan bir mağazanın içerisindeki tesisat, müşteri çevresi, fikri mülkiyet hakları gibi unsurlar olmaksızın yalnızca kira sözleşmesinin devredilmesi halinde TBK m.323 hükümleri uygulanırken, mağazanın bir bütün olarak devredilmesi halinde TTK m.11 f.3 hükümleri uygulanacaktır.

TTK'nın *ratio legis*'i dikkate alındığında da bu şekilde bir yorumun kanunun amacına daha uygun bir çözüm olduğu söylenebilir. TTK'nın ticari işletme devri konusundaki düzenlemeleri devri kolaylaştırmak amacına yöneliktir. Kira ilişkisinin devredilmesi, aynen ticari işletme açısından yaşamsal öneme sahip olabilir<sup>1174</sup>. Özellikle kiracılık hakkının müşteri çevresi bakımından büyük önem taşıdığı perakende ürün ve hizmet satışında<sup>1175</sup> hizmetin başka bir yerde verilmesi müşteri

<sup>1170</sup> ETTK döneminde Acemoğlu da sözleşmesel ilişkilerin ticari işletme devri kapsamında sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devredilmesinin mümkün olduğunu ve buna bağlı olarak kira sözleşmelerinin de doğrudan devredilmesine imkan tanıdığını savunmaktadır. Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.81.

<sup>1171</sup> İnceoğlu, TBK m.323 bakımından işyerini ekonomik faaliyetlere veya mesleğin icrasına hizmet eden kiralanan yer olarak tanımlamaktadır. Bu anlamda bir depo dahi işyeri olarak görülebilir. Bkz. İnceoğlu, **Kira** s.538.

<sup>1172</sup> Yasan s.179, Kendigelen s.172.

<sup>1173</sup> Yasan s.179.

<sup>1174</sup> Ticari işletmelerde kiracılık hakkının bir işletmenin müşteri çevresi bakımından önemi konusunda kapsamlı açıklama için bkz. Özsunay s.15 vd. Nitekim TTK m.11 f.3 de madde gerekçesinde kiracılık hakkının ticari işletme için önemine işaret etmektedir. Aynı husus İsviçre Hukuku bakımından da dile getirilmektedir. Bkz. Tercier, **Contrat Speciaux** s.322.

<sup>1175</sup> Özsunay, bu şekilde mal veya hizmet tedarikinin yapıldığı yer sebebiyle oluşan müşteri çevresine belirli bir yerin müşterisi (Platzkundschaft, clientèle de situation) denildiğini belirtmektedir. Belirli bir

çevresinin kaybedilmesi sonucunu doğurabileceğinden, işyerine ilişkin kira sözleşmesinin devredilememesi müşteri çevresinin de kaybı anlamına gelecektir<sup>1176</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar kira sözleşmesinin tacirin şahsından ziyade ticari işletme ile ilişkili olduğunu belirtmektedirler. Hatta bu nedenle kira sözleşmesinden doğan kiracılık hakkının tacirin malvarlığında değil ticari işletmenin malvarlığında yer alması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>1177</sup>. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak ticari işletmenin devredilmesi halinde kiracılık hakkının da devralana geçeceği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce böyle bir yorum ticari işletmenin niteliğine uygun düşmemektedir. Her ne kadar TTK ticari işletmeyi “merkez kavramı” olarak kabul ettiğini belirtse de ticari işletmenin bir hukuk kişisi değil bir malvarlığı bütünü olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Diğer bir ifade bir kiracılık hakkının “tacirin değil ticari işletmenin malvarlığında bulunduğunu” söylemek isabetli olmayacaktır. Bunun yerine kiracılık hakkının “ticari işletmeye dahil ve tacire ait olduğu” görüşüdeyiz. Diğer bir ifade ile kiracılık hakkının bir ticari işletmeye dahil olması, ticari işletmenin bunun sahibi olduğu anlamına gelmemeli ve hak sahibinin, ticari işletmenin de sahibi olan kişi olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle kira sözleşmelerinin devri için ticari işletmenin sanki hak ehliyeti varmış gibi değerlendirilmesine imkan verebilecek bu gerekçeye katılamıyoruz.

Üstelik ticari işletmenin bütünlüğünün korunması zorunluluğunun TTK m.11 f.3 açısından son derece önemli olduğunu belirtmiştik. Bir ticari işletmenin bütünlüğünün korunması bakımından en önemli unsurlardan biri kiracılık hakkıdır. Bu açıdan kiracılık hakkının devredilememesi, müşteri çevresinin devredilememesinin yanısıra, işletmenin bütünlüğünün de korunamaması sonucunu doğuracaktır<sup>1178</sup>. Bu nedenle kira sözleşmesinin devredilememesi, duruma göre ticari işletme devrini tamamen işlevsiz hale getirebilecektir.

---

yerin müşterileri işletmeyi tacirin kişiliğinden veya sunulan mal veya hizmetin niteliğinden dolayı değil, işletmenin yerinin uygun veya yakın olması yahut alışkanlık gibi sebeplerden seçebilir. Bkz. Özsunay s.9 vd.

<sup>1176</sup> Favre s.202, Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri** s.80, Yasan s.181, Özsunay s.17.

<sup>1177</sup> Acemoğlu, **Ticari İşletmenin Devri**, s.79, Yasan s.178. Bu gerekçe Acemoğlu tarafından yalnızca kira sözleşmeleri için değil bütün sözleşmelerin devri bakımından ileri sürülmüştür.

<sup>1178</sup> Yasan s.178.

Hakkaniyet bakımından da ticari işletme kapsamındaki kira sözleşmesinin devrinde kiralayanın onayının aranmaması gerektiği görüşünderiz. Bir ticari işletmenin müşteri çevresi çoğu zaman kiracının emek ve girişimleri ile oluşmuştur<sup>1179</sup>. Kiracının kendi emek ve sermayesi ile oluşturduğu müşteri çevresi üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir. Halbuki, kira sözleşmesinin devri konusunda kiralayanın onayını aramak, söz konusu müşteri çevresinin devredilmesini kiralayanın rızasına tabi kılacaktır. Bu ise kiralayanın haksız olarak bu müşteri çevresinden menfaat sağlaması sonucunu doğurabilecektir<sup>1180</sup>. Diğer yandan kiracılık hakkının devrinin bu şekilde bir başka kişinin onayına bırakılması ticari işletme devrinde belirsizliğe sebep olacağından, devre konu işletmenin değerini önemli oranda düşürecektir<sup>1181</sup>.

Kira sözleşmesinin geçişinin engellenmesi ticari işletmenin devredilmesindeki menfaati büyük oranda ortadan kaldıracıdır. Üstelik bu husus TBK tarafından da kabul edilmiş ve konut kiralalarında kira sözleşmesinin devrinden farklı olarak, işyeri kiralalarında devri kolaylaştırıcı bir yaklaşımla, haklı sebep bulunmayan hallerde kiraya verenin devre rıza göstermesi yükümlülüğü getirilmiştir<sup>1182</sup>. Ne var ki, TBK m.323'ün kiraya verenin rızasını araması nedeniyle sözleşmelerin doğrudan devrine kıyasla daha sınırlayıcı bir hüküm olduğu ve devri kolaylaştırıcı etkisinin sınırlı olduğu aşıkardır. Kanaatimizce işyeri kiralalarının devrinde bu menfaati dikkate alan Kanun Koyucunun, ticari işletmenin bir bütün olarak devri halinde rıza şartını tamamen bertaraf ettiğini kabul etmek, kanunun ruhuna uygun olacaktır.

Ayrıca Yasan'a göre TTK m.11 f.3 c.2'de kiracılık hakkının kapsam dahilinde olacağının belirtilmesinin de özel bir anlamı bulunmaktadır. ETTK zamanında 6570 sayılı Kanun ile ortaya çıkan uyuşmazlığa rağmen kiracılık hakkının devrine TTK'da yer verilmesi manasız bir tekrar niteliğinde değildir. Yasan'a göre ETTK dönemindeki tartışmalara rağmen TTK'da yeniden kiracılık hakkının ticari işletme

<sup>1179</sup> Özsunay s.18. Aksi görüşte, İnceoğlu, **Kira** s.535. İnceoğlu, özellikle alışveriş merkezleri örneğinden hareket ederek işyerinin değerinin kiralayan tarafından gerçekleştirilen reklam faaliyetleri neticesinden ortaya çıktığını belirtmektedir. Ne var ki, kanaatimizce kiralayan söz konusu değer artışını kira bedeline yansıtma imkanına sahip olduğundan kiralayanın özel olarak korunmasını gerektiren bir durum bulunmadığı görüşünderiz.

<sup>1180</sup> Özsunay s.18. Barbey ise bu durumda ticari işletme devrinde daha yüksek ücretler talep edilmesi sebebiyle ticari işletmesini devreden tarafın haksız bir kazanç elde edeceğini belirtmektedir. Bkz. Barbey s.37. Kanaatimizce söz konusu değer artışını yaratan bu ticari işletmeyi işleten kiracı olduğu için bu kazancın haksız olduğunu ileri sürmek yerinde değildir.

<sup>1181</sup> Yasan s.180.

<sup>1182</sup> Gümüş s.226.

devri kapsamında olduğunun belirtilmesi, Kanun Koyucunun iradesinin kira sözleşmelerinin ticari işletme ile birlikte devrine yönelik olduğunu işaret etmektedir<sup>1183</sup>.

Özetle TBK ve TTK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Kanun Koyucunun bir kiracı bakımından menfaat derecelendirmesi yaptığı sonucuna varılabilir. Buna göre kiraya veren, konut kiralalarının devrinde devre onay verme konusunda tamamen serbestken, işyeri kirasının devrinde yalnızca haklı sebeple onay vermekten kaçınabilecek, ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi halinde ise kiracının onayı aranmayacaktır.

Bu noktada, TBK m.323'ün yürürlüğe girmesinin 6217 sayılı Kanun ile 01.07.2020 tarihine ertelenmesinin, vardığımız sonuçlar bakımından herhangi farklılığa sebep olmayacağını da belirtmek gerekmektedir. Kanaatimizce, ticari işletme devrinde kira sözleşmesinin devri için ayrıca TBK m.323 uyarınca kiralayanın onayının aranmayacağı sonucuna vardığımızdan, artık bu hükmün yürürlüğünün ertelenmesi ticari işletme devri bakımından bir fark oluşturmayacaktır. Ticari işletme devrinde kira sözleşmeleri kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca doğrudan geçecektir.

Kira sözleşmesinin devrinde kiralayanın rızasının aranması konusunda ileri sürülebilecek görüşlerden bir tanesi de, İsviçre Hukuku'nda da savunulan, işyeri kirası devri hükümlerinin ticari işletmenin devredilmesi halinde uygulanacağı görüşü olabilir<sup>1184</sup>. Ne var ki, İsviçre Hukuku'nda TTK m.11 f.3 'nin tam karşılığı olacak şekilde ticari işletmenin bir bütün olarak kısmi külli halefiyet ile devri kurumu düzenlenmemiştir. İsviçre Birleşmeler Kanunu uyarınca, malvarlığı devrinde devredilen malvarlığı unsurlarının bir bütünlük arz etmesi veya belirli bir müşteri çevresinin devrini içermesi gibi zorunluluklar bulunmamaktadır. Bu nedenle İsviçre Hukuku'ndaki yorumların ticari işletmenin bütünlüğünün korunması şartını arayan ve ticari işletmenin müşteri çevresinin devredilmesini hedef tutan Türk Hukuku düzenlemesi bakımından yol gösterici olmadığı görüşünderiz.

<sup>1183</sup> Yasan s.179. Ne var ki, biz söz konusu hükmün ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamını belirlemeye yönelik bir hüküm olduğunu düşündüğümüz için bu gerekçeye katılmamaktayız.

<sup>1184</sup> Barbey s.35 ve s.38, Phillippin, **Transfert de Patrimoine**, s.87, Rapps s.8 . Phillippin ve Rapp gibi yazarlar, genel olarak sözleşmelerin devredilmesi konusunda sözleşmede kalan tarafın onayının aranmasına gerek olmadığını belirtmelerine rağmen, İsviçre Borçlar Kanunu m.263'ün özel hüküm olması nedeniyle kira sözleşmesinin devrinde kiralayanın onayının aranması gerektiğini savunmaktadırlar.



Ayrıca TBK m.323'ün mehzaz hükmü olan İsviçre Borçlar Kanunu m.263 incelendiği zaman hükmün getiriliş amacının devri kolaylaştırmak olduğu görülebilir<sup>1185</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu'nda TBK m.205'in muadili bir hüküm bulunmadığından sözleşmelerin hangi esasa göre devredileceği konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu m.263 f.1, devrin kiralayanın onayına tabi olduğunu belirttikten sonra, işyeri kiraları bakımından onay verilmesini zorunlu hale getirmiştir; meğerki onay vermemeyi haklı kılan bir sebep bulunsun<sup>1186</sup>. Diğer bir ifade ile söz konusu hükmün amacı, kiracının, kiralayanın rızası hilafına, sözleşmeyi devretmesine imkan tanımaktır<sup>1187</sup>. Özetle İsviçre'deki düzenleme devri onaya bağlamak değil, devrin mutlak şekilde onaya bağlı olduğu bir sistemde onay verilmemesini haklı sebep şartına bağlayarak, sözleşmenin devrini kiralayanın iradesinden mümkün olduğu kadar bağımsız kılmaktır. Halbuki ticari işletme devrinde sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devredildiğini kabul ettiğimiz takdirde, TBK m.323'deki onay şartını aramak devri zorlaştırıcı bir etki yaratacaktır. Bu ise İsviçre Borçlar Kanunu m.263 f.2 ve TBK m.323 düzenlemelerinin tam aksi bir sonuca sebep olacaktır<sup>1188</sup>.

Özetle ETTK döneminde başlayan, ticari işletme devrinde kira sözleşmelerinin geçişinde kiralayanın onayının aranıp aranmayacağı sorununun, TTK ve TBK'nın yasalaşması sürecinde özellikle düzenlenmiş olmaması bir eksiklik olarak görülebilir. Ne var ki, hem ticari işletme devrinin işyeri devri kavramından farklı ve daha özel bir kavram olması, hem de konuyu düzenleyen TTK'nın ticari işletme devrine biçtiği rol, Gerekçe'de yer alan ifadelerden ve İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemelerden farklı bir sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle de ticari işletme devri kapsamında kira sözleşmesinin kısmi külli halefiyet ilkesi kapsamında devredilmesi ve devir için kiraya verenin onayının aranmamasının yerinde bir çözüm olacağı görüşündeyiz.

### c) TTK m.11 f.3 Uyarınca Kira Sözleşmesinin Devri Halinde Kiraya Vereninin Korunması

<sup>1185</sup> Tercier, **Contrats Speciaux** s.322, İnceoğlu, **Kira** s.537, Barbey s.35. Barbey kiracılık hakkının geçişini sağlayan İsviçre Borçlar Kanunu m.262 vd, m.264'ün yetersiz kalması nedeniyle m.263'deki devir sisteminin kabul edildiğini belirtmektedir.

<sup>1186</sup> Gümüüş s.226.

<sup>1187</sup> Tercier, **Contrats Speciaux** s.322.

<sup>1188</sup> İnceoğlu, kira sözleşmelerinin geçişi bakımından özel bir sistem öngören TTK m.11 f.3 hükmü varken TBK m.323'ün kabul edilmesinin bir ihtiyacı karşılamadığı gibi sistemin kendi içindeki bütünlüğü bozması bakımından da sakıncalı olduğunu belirtmektedir. Bkz. İnceoğlu, **Kira** s.538.

TBK m.323 uyarınca kira sözleşmesinin devredilmesinin sonuçlarından biri de TBK m.323 f.3’de belirtilen özel sorumluluk halidir. TBK m.323 f.3’e göre “işyeri kiralarda devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur”. Söz konusu düzenleme sebebiyle bir soru daha ortaya çıkmaktadır: Acaba ticari işletme devri kapsamında kira sözleşmesinin de devredilmesi halinde, sözleşmeyi devreden taraf TBK m.323 f.3 uyarınca mı yoksa TBK m.202 uyarınca ticari işletme devri sebebiyle mi sorumlu olacaktır? Bu sorunun çözümü özellikle sorumluluğun kapsamı bakımından önem taşımaktadır; zira devreden, TBK m.202 uyarınca yalnızca devirden önceki borçlarından sorumlu olurken, TBK m.323 uyarınca sonradan doğacak borçlardan da sorumlu olacaktır<sup>1189</sup>.

Kanunda açıklık bulunmayan bu sorun hakkında Yasan, TBK m.323 f.2 uyarınca kira sözleşmesinin devri için kiralayanın rızası gerekmesi de kira sözleşmesini devreden müteselsil sorumluluğuna ilişkin TBK m.323 f.3’ün uygulanmasını ileri sürmektedir<sup>1190</sup>.

TBK m.323 f.3 müteselsil sorumluluğun devirden sonra doğacak borçları da kapsamasını istemektedir. Bu düzenleme Kanun Koyucunun rızası hilafına kira sözleşmesinin devrine karşı, kiracıyı koruma iradesini göstermektedir. Kanaatimizce Kanun Koyucunun bu iradesini dikkate alarak sorunun çözülmesi ve ticari işletmeye dahil kira sözleşmelerinin devrinde de TBK m.323 f.3 uyarınca müteselsil sorumluluk devirden sonra doğan borçları da kapsadığı sonucuna varılması yerinde olacaktır.

Bu noktada kira sözleşmesinin devrinde sözleşmede kalan tarafın onayının aranmasını arayan TBK m.323 f.1 uygulanmamasına rağmen, müteselsil sorumluluk bakımından TBK m.323 f.3 hükmünün uygulanması bir çelişki gibi görünebilir. Ne var ki, kanaatimizce TTK m.11 f.3 ve TBK m.202 f.1 düzenlemelerinin amacı ile TBK m.202 f.2 ’nin düzenlemesinin amacı arasındaki farklılık muhtemel bir çelişkiyi

<sup>1189</sup> Gümüş s.231, Aydoğdu/Kahveci s.497, İnceoğlu, **Kira** s.559-560. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi kararları da bu yöndedir. Bkz. ATF 121 III 408. Aksi görüşte Barbey s.46. Yazara göre buradaki sorumluluk aynen TBK m.202’de olduğu gibi devirden önceki borçlar ile sınırlıdır. Devirden sonra doğan borçlardan sorumluluk sonucunda, devirden sonra doğan kira bedeli ve yan giderler dışında, kiracının erken tahliye etmesi sebebiyle ödenecek tazminatın, devralan kiracının sözleşmeye aykırı hareketleri sebebiyle doğan tazminatın ve sözleşme sona erdikten sonra kiralananın iade edilmesindeki gecikmenin sonuçlarının da bu kapsama girdiği belirtilmektedir. Bkz. İnceoğlu, **Kira** s. 560.

<sup>1190</sup> Yasan s.182.

engellemektedir. TTK m.11 f.3 ve TBK m.202 f.1, devir taraflarına işlem kolaylığı sağlamak, işletmenin bütünlüğünü korumak ve ticari işletme devrini üçüncü kişilerin iradesinden bağımsız hale getirmek istemekte ve bu nedenle de malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu olan şekil şartlarını bertaraf etmektedir. Bu nedenle TTK m.11 f.3 ve TBK m.202 f.1 düzenlemeleri, TBK m.323 f.1 hükmü uyarınca sözleşmede kalan tarafın devre onay vermesi şartını kaldırmayı amaçlamaktadır<sup>1191</sup>.

Ancak TBK m.202 f.2 hükmünün amacı, rızası hilafına borç ilişkisinin tarafı değişen alacaklının korunmasına yöneliktir. TBK m.323 f.3 düzenlemesi ise bu amaçla çelişmemekte; yalnızca kira sözleşmeleri bakımından TBK m.202 f.2'de getirilen korumayı genişletmektedir. Bu açıdan ilgili hükümler arasında bir amaç birliği bulunmaktadır. Bu amaç birliği nedeniyle ilgili hükümlerin birlikte uygulanması mümkündür. Aynı amaca yönelik daha dar koruma getiren TBK m.202 f.2 hükmünün TBK m.323 f.3 hükmünün uygulanmasını engellemesi için, Kanun Koyucunun TBK m.202 f.2 hükmünü getirirken TBK m.323 f.3'de getirdiği korumayı sınırlamayı hedef tutması gerekirdi. Ancak Kanun Koyucunun böyle bir amacı bulunduğunu gösteren bir hüküm bulunmadığından söz konusu hükümleri birbirileri ile çelişen değil, birbirlerine eklenen hükümler olarak görmenin yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle de kira sözleşmesinin devri için kiralayanın onayının aranmasının zorunlu olmadığını ancak devredenin müteselsil sorumluluğunun devirden sonra doğan borçları da kapsadığını düşünüyoruz.

Hatırlatmak gerekir ki, sözleşmelerin devri konusunda belirttiğimiz üzere, bir sözleşmenin sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devredilmesi sözleşmede kalan tarafın her halükarda bu sözleşme ile bağlı kalacağı sonucunu doğurmamaktadır. Sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devrinin kendisi bakımından haklı sebep teşkil ettiğini ileri sürerek sözleşmeyi feshedebilecektir. Aynı ilkeyi kira sözleşmeleri bakımından da uygulayarak, kira sözleşmesinin devredilmesi halinde kiralayanın haklı sebebin varlığı halinde sözleşmeyi sona erdirme imkanı söz konusu olabilecektir.

Bu noktada haklı sebep bulunmadığı takdirde sözleşmenin devrine onay verilmesini zorunlu kılan TBK m.323 ile sözleşmelerin doğrudan devredileceğini kabul ettikten sonra haklı sebep halinde fesih hakkı tanımak arasında nasıl bir fark olduğu sorusu sorulabilir. Öncelikle TBK m.323 uyarınca devre onay vermemek için

<sup>1191</sup> Bkz. VI-3-c)- Sözleşmelerin Devri Konusundaki Değerlendirmemiz.

gerekli olan haklı sebep ile sözleşmenin feshedilmesi için aranacak haklı sebebin farklı değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim İsviçre Hukuku'nda İsviçre Borçlar Kanunu m.263 uyarınca haklı sebep sayılan bir halin sözleşmenin feshi için de haklı sebep sayılmasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir<sup>1192</sup>.

TBK m.323 uyarınca, devir için onay aranacak olması halinde, onayın alınamaması durumunda haklı sebebin olmadığını dava yoluyla tespit ettirmek gerekmektedir. Bu durumda ise, yargılama süresince sözleşme devredilemeyeceği için, devralan, ticari işletmeyi işletmeye başlayamayacaktır. Ticaret hayatının akışında bir dava süreci ile uğraşmak istemeyen muhtemel devralanın devirden vazgeçmesi riski oldukça yüksektir. Bu nedenle de kira sözleşmesinin devrinde haklı sebep bulunmaması durumunda açılacak dava sonuçlandığında sözleşmeyi devralmak isteyen bir devralan söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan, sözleşme devredildikten sonra haklı sebep ile fesih davası açılması halinde, ticari işletmeyi devralan faaliyetlerine devam edecektir. Bu nedenle de dava sürecinin uzaması ticari faaliyetlere zarar vermeyecektir. Kira sözleşmesi devam ettiği için sözleşmeyi devralan da kira sözleşmesindeki edimlerini yerine getirmeye devam etmek durumundadır. Bu açıdan sözleşmenin onaysız devredilmesi ve ancak haklı sebeple sözleşmenin feshedilmesine imkan tanınması ticaret hayatı bakımından daha uygun bir çözümdür.

Ayrıca menfaatler dengesi bakımından da bu sonucun adil olduğu görüşündeyiz. Kiralayanın, kira sözleşmesinin devrinden doğan zararları, çoğu zaman tazminat hükümleri ile giderilebilecek niteliktedir. Üstelik bir ticari işletme devredildiği için, devredilen ticari işletmeye dahil malvarlığı böyle bir tazminat yükümlülüğü için bir teminat teşkil edeceğinden tazminatın tahsil edilmesinde de büyük bir zorluk ortaya çıkmayacaktır. Öte yandan bir ticari işletmenin vaktinde devralanamaması, devreden bakımından büyük bir fırsatın kaçırılması veya iflasa kadar gidebilecek büyük bir zarar sonucu doğurabilecektir. Bu açıdan bakıldığında sözleşmenin devredilmesine haksız yere onay verilmemesi halinde uğranılacak zararın hem boyutları belirsiz olacak hem de ispatı büyük zorluk arz edecektir. Bu nedenlerden ötürü, ticari işletmeyi devralacak tarafların menfaatlerini üstün tutarak,

---

<sup>1192</sup> Marie-NoëlleVenturi-Zen-Ruffinen, **La Résiliation Pour Justes Motifs Des Contrats De Durée**, La Semaine judiciaire, Société Genevoise de droit et de législation s.17. Ayrıca bkz. Barbey s.53, Favre s.432.

kiralayanı bir fesih davası ile korumaya çalışmak daha uygun bir çözüm gibi görünmektedir.

## 2. İş Sözleşmelerinin Geçişi

Ticari işletmenin varlığının temelinde bulunan hususlardan bir tanesi de emektir. Bir işletmenin varlığı için çoğu zaman temel nitelikteki emek unsuru ticari işletmenin malvarlığı arasında sayılması mümkün değilse de ticari işletmeye dair hizmet ve iş sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülükler işletmenin malvarlığı cephesine dahildir. Bu nedenle de ticari işletmenin devri kapsamında bu hak ve yükümlülükler de devredilir<sup>1193</sup>. Bu durum ise iş sözleşmelerinin devri vasıtasıyla sağlanacaktır.

İş sözleşmelerinin devri konusu genel olarak sözleşmelerin devrine göre daha kolay bir meseledir; zira İş Kanunu m.6 işyerinin devri<sup>1194</sup> halinde iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçların da devralana geçeceğini açık hükme bağlamıştır<sup>1195</sup>. İş Kanunu m.6 f.2 uyarınca "...devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır".

Bu nedenle genel olarak sözleşmelerin devri konusundaki tartışmalardan bağımsız olarak iş sözleşmelerinin devrinde sözleşmede kalan tarafın (işçinin) onayının alınması zorunlu değildir<sup>1196</sup>. Yine İş Kanunu m.6 f.5 işyerinin devrinin taraflar için tek başına sözleşmenin feshi hakkı doğurmayacağını hükme bağlamaktadır.

<sup>1193</sup> Türk s.68.

<sup>1194</sup> İşyerinin devri kavramı ve bu kavramın ticari işletme devrinden farkı için bkz. B-8-İşyerinin Devri.

<sup>1195</sup> İş Kanunu m.6 işyeri devrine bağlanan sonuçların yalnızca bir hukuki işleme dayanan devirlerde uygulanacağını belirtmektedir. Bu nedenle işyerinin miras yoluyla devralınması halinde işyeri devri hükümleri uygulanmayacaktır. Çankaya/Çil s.461

<sup>1196</sup> Akçaal s.185, Aydın/Kaplan/Şen Kalyon s.251. Belirtmek gerekir ki, Akçaal olması gereken hüküm bakımından ticari işletme devrinde iş sözleşmelerinin geçişi bakımından işçilerin onayının aranması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim TTK m.178 birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinde iş sözleşmelerinin geçişini için işçilerin devre onay vermesinin aranacağını belirtmektedir. Her ne kadar bu hüküm ticari işletme devri bakımından uygulanmayacaksa da olması gereken hukuk bakımından bu maddenin kapsamına ticari işletme devrinin de eklenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Akçaal s.186.

Bu hükümler uyarınca ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte ticari işletmeyi devralan doğrudan iş sözleşmesinin tarafı haline gelecek ve sözleşmeden doğan tüm haklar ve borçlar devralanın malvarlığına dahil olacaktır. İşçinin ise iş sözleşmesinin devrini engellemesi veya devre dayanarak iş sözleşmesini sona erdirmesi mümkün olmayacaktır.

İş sözleşmesinin devri sözleşmede kalan tarafın hakları ve yükümlülüklerinin içeriğini değiştirmez. İşçinin hakları ve borçları yine iş sözleşmesine göre belirlenecektir. İş Kanunu bu konuda tartışmaları engellemek için işçinin çalışma süresine bağlı hakların<sup>1197</sup> hesaplanmasında işyeri devrinin işte çalışma süresinin kesmeyeceğini ve işçinin haklarının işe başlama anına göre tespit edileceğini açık hükme bağlamıştır (İş Kanunu m.6).

İş Kanunu m.6 f.3 işyerini devreden ile devralanın iki yıl süre ile devirden önce doğmuş borçlar bakımından müteselsil olarak sorumlu olacaklarını benimsemiştir. Bu hüküm kural olarak TBK m.202 ile benzerlik göstermektedir. Doktrinde TBK m.202 ile İş Kanunu m.6 f.3 arasında sorumluluğun başlama anı bakımından bir farklılık olduğu belirtilmektedir. Doktrinde belirtilen görüşe göre, TBK m.202 uyarınca sorumluluk devrin ilanından başlarken İş Kanunu m.6 f.3 uyarınca devrin gerçekleşmesi ile birlikte taraflar müteselsil olarak sorumlu olacaklardır<sup>1198</sup>. İş Kanunu'ndaki işyeri devri düzenlemesinin özel hüküm olması nedeniyle iş sözleşmelerinden doğan sorumluluk bakımından İş Kanunu hükümlerinin uygulanması TBK m.202'de belirtilen ilan gerçekleşmemiş olsa dahi devreden devralanın müteselsil sorumluluğunun başladığı kabul edilmelidir<sup>1199</sup>.

<sup>1197</sup> İşçinin çalışma süresinin önem taşıdığı durumlara örnek olarak işçinin yıllık ücret hakkı, iş güvencesine sahip olması, sözleşmenin sona ermesi halinde ihbar süresinin ve kıdem tazminatının tespiti örnek göstermektedir. Bkz. Aydın/Kaplan/Şen Kalyon s.252.

<sup>1198</sup> Akçaal s.187. Belirtmek isteriz ki, yukarıda önerdiğimiz şekilde ticari işletme devrinde borçların geçişi için ticari işletmenin devri, yani devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil anı esas alınırsa iki hüküm arasındaki uyumsuzluk da giderilmiş olacaktır.

<sup>1199</sup> Arıcı s.63.

## Sonuç

Ticari işletmenin devri, TTK sisteminin önemli ve bir o kadar da radikal değişikliklerinden biridir. Kişiliğin sona ermesi gibi son derece özel bir hale hasredilmiş külli halefiyet sistemini taraf iradeleri ile şekillendirerek hukuki kişiliğin devam ettiği haller için de uygulanmasına izin vermek özel hukuk sistemi bakımından büyük bir değişikliktir. Özel hukuk sisteminde böyle büyük bir değişikliğin sorunsuz olması elbette ki düşünülemezdi.

Ticari işletme devrinde kısmi külli halefiyet sisteminin benimsenmesi en başta eşya hukukunun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bunun dışında devri özel şekle bağlı malvarlığı unsurları için özel bir devir şekli getirilmesi gerek taraflar arasın menfaatler gerekse bu kişiler ile işlem yapan üçüncü kişiler bakımından bazı riskler ve sakıncalar ortaya çıkarmaktadır. İlaveten borçların ve sözleşmelerin doğrudan devralana geçişi işlem taraflarını hiç tanımadıkları devralan ile hukuki ilişki içerisine sokarak sözleşme serbestisi ilkesine bir istisna getirmektedir.

TTK, ticaret hayatının merkezine aldığı ticari işletmenin devredilmesini kolaylaştırmak için tüm bu sakıncalara kısmi külli halefiyet sistemini benimsemektedir. Bu sayede hem temelinde sözleşmesel bir ilişki olduğu için tarafların ihtiyaçların göre şekillendirilebilen bir yeniden yapılandırma modeli oluştururken hem de işlem taraflarına külli halefiyetin sağladığı devir kolaylıklarını sunmaktadır.

Çalışmamızda vardığımız sonuçları ile kanunun uygulanmasında ve ileride yapılacak yasalaştırma çabalarında dikkate alınmasını umut ettiğimiz önerilerimizi şu şekilde sıralayabilir.

1. TTK'nın ticaret hayatının temelinde yer aldığını belirttiği "ticari işletme" kavramının kanun tarafından tanımlanmasının olumlu bir gelişme olduğu kanaatindeyiz Gerçekten de bir kanunun uygulama alanı bakımından temel nitelikte gördüğü bir kavramı ikincil mevzuat ile tanımlaması yerinde bir yaklaşım değildir .

2. TTK m.11 f.1 ticari işletme kavramını tanımlarken ticari işletmenin kıstaslarını belirtmektedir. Ne var ki, ticari işletme her şeyden önce bir işletmedir. İşletme kavramı ise hukuk disiplini tarafından kapsamlı olarak incelenmemiş, bir miktar ihmal edilmiş bir kavramdır. Bu nedenle de TTK, her ne kadar ETTK döneminde de kullanılan somut ölçütleri benimsemişse de işletme kavramının hukuk disiplini açısından belirsizliği ticari işletme kavramına da sirayet etmekte ve ticari işletme devrini tanımlamayı zorlaştırmaktadır. Bu durum özellikle kişisel emek ve bilginin önem taşıdığı serbest meslek faaliyetlerinin ticari işletme olarak görülüp görülemeyeceği noktasında kendini göstermektedir. Kanaatimizce bu noktada ticari işletmenin organizasyon yönünden hareketle belirli bir organizasyona kavuşmuş serbest meslek faaliyetlerini ticari işletme olarak saymakta bir sakınca bulunmamaktadır. Gerçekten de bir arada faaliyet gösteren onlarca mühendis veya avukatın bir iş bölümü içerisinde yürüttüğü uzmanlık alanlarına ilişkin faaliyetlerinde ticari kurallara tabi olmamalarını gerektiren sebepler bulunmadığını düşünmekteyiz. O nedenle de belirli bir organizasyona sahip olan serbest meslek faaliyetlerinin de işletme olarak görülmeleri ve TTK'daki diğer koşulları sağlamaları şartıyla ticari işletme olarak sayılmalarına bir engel bulunmamalıdır. Elbette vardığımız bu sonuç TTK uygulamasına ilişkin olup, özel kanunların (vergi kanunları, meslek kanunları) uygulamaları bakımından farklı sonuçlara varılması mümkündür.
3. Ticari işletmenin esnaf işletmelerinden ayrılması bir zorunluluk. Gerçekten de esnaf işletmelerini ve bu işletmeleri işleten kişileri tacir olmanın ağır hükümleri ile karşı karşıya bırakmak doğru olmazdı. Bu belirlemenin bir Bakanlar Kurulu kararı yoluyla yapılacak olması da gerekli esnekliği sağlaması bakımından yerinde olsa da ayırımın vergi hukuku kuralları uyarınca yapılması uygulama bakımından sakıncalıdır. Kanaatimizce ticaret hukuku bakımından esnaf-tacir ayrımı vergi hukukunun ayırımından daha farklı bir temelde tekrar düşünülmelidir.
4. Bakanlar Kurulu kararının vergi hukuku ilkelerini kullanmasıyla da bağlantılı olarak ilk yılı içerisinde bulunan işletmelerin ticari işletme sayılıp sayılmayacakları konusunda belirsizliği ortaya çıkmaktadır. Bu konuda doktrinde ileri sürülen görüş işletmelerin ilk sene ticari işletme niteliği kazanmayacakları olsa da kanaatimizce bu sistem TTK'nın yapısına ve



amacına uygun düşmemektedir. Kanaatimizce işletmelerin ilk yıl içinde ticari işletme sayılıp sayılmayacakları bir projeksiyonda bulunarak ve emsal işletmeler ile kıyaslanarak tespit edilmelidir.

5. Ticari işletme devri birleşme ve bölünme gibi yeniden yapılandırma işlemleri ile benzer iktisadi amaçlara hizmet etmektedir. Ancak ticari işletme devir sözleşmesinin esnek yapısı, ortaklık haklarının devamı ilkesinin ticari işletme devri bakımından zorunlu olmaması gibi hususlar birleşme ve bölünme yerine ticari işletme devri yapılmasını sağlayacaktır. Bu açıdan ticari işletme devrinde aktiflerin kısmi külli halefiyet uyarınca devredilmesi büyük bir kolaylık sağlayacaktır.
6. TTK m.194, ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi ile ticaret şirketinin ticaret şirketine dönüşmesi olarak tanımladığı iki yeni yeniden yapılandırma işlemi tanımlamıştır. Söz konusu hükümlerin ticari işletme devri işleminden ve ticari işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesi işleminden farkları kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bu durumda söz konusu hükümleri ticari işletme devri ve ticari işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesi düzenlemelerine alternatif imkanlar olarak görmek ve tarafların dilerse TTK m.194 hükümlerini kullanabilecekleri sonucuna varılabilir.
7. TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletme devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılacaktır. Ticari işletme kapsamında taşınmazlar veya fikri mülkiyet hakları gibi devri özel şekle tabi malvarlığı unsurları bulursa dahi devrin yazılı şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi yeterli olacaktır. Mevzuat kanun olan İsviçre Birleşmeler Kanunu, devir kapsamında taşınmazların bulunması halinde yazılı şekil şartına istisna getirerek sözleşmenin resmi şekilde yapılmasını şartını benimsemişse de bu düzenlemenin Türk Hukuku'na alınmamış olması doktrinde önemli eleştiriler ile karşılaşmıştır.
8. TTK m.11 f.3, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesini ve daha sonra TTSG'de ilan edilmesi zorunluluğu getirmiştir. Böylece adi yazılı şekil şartının benimsenmesi ile zedelenen işlemin aleniyeti ilkesini telafi etmeyi hedeflemiştir.
9. TTK, devir sözleşmesinin, tescil işleminin ve ilanın hukuki niteliği konusunda açıklık içermemektedir. Bu nedenle devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem mi yoksa tasarruf işlemi mi olduğu konusunda tartışmalar

- ortaya çıkmıştır. Aynı şekilde ticaret siciline yapılacak tescilin kurucu mu açıklayıcı mı olduğu konusunda da doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.
10. Kanaatimizce ticari işletme devri sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Tarafların yazılı olarak sözleşmeyi yapmaları anında taraflar için ticari işletme sözleşmesi hüküm ifade edecek, devreden ticari işletmeyi devir borcu altına, devralan ise eğer kararlaştırılmış ise karşı edimi ifa etme borcu altına girmiş olacaktır. Ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devralanın malvarlığına geçişi ticaret siciline yapılan tescil ile gerçekleşecektir. Tarafların daha sonra ticaret siciline tescil talebinde bulunması ise, söz konusu borçlandırıcı işlemin ifası niteliğinde olacaktır. Bu açıdan ticaret siciline tescil, borçlandırıcı işlem bakımından açıklayıcı, tasarruf işlemi bakımından ise kurucu bir etki kazanacaktır.
11. TTK m.11 f.3 devir sözleşmesi bakımından zorunlu içerik belirlememiştir. Taraflar ticari işletme devri sözleşmesini istedikleri gibi düzenleyebilirler. Ticaret Sicili Yönetmeliği ise kanunun sözleşmenin içeriğine ilişkin bazı hususları içermektedir. O nedenle ticari işletme devir sözleşmesini tescil edecek tarafların bu hususları sözleşmede belirtmesi gerekmektedir.
12. TTK m.11 f.3 veya Ticaret Sicili Tüzüğü tescil için kimin başvuruda bulunacağı konusunda bir hüküm içermemektedir. Aslında TTK m.28 f.2 uyarınca taraflardan birinin yapacağı tescil talebinin tüm taraflar için sonuç doğurmaktadır. Ne var ki, TBK m.202 ilanının devralan tarafından yaptırılması şartını getirdiğinden devreden tarafından yapılacak tescil talebi, aktiflerin devrini sağlasa da TTK m.202 uyarınca borcun devrini sağlamayacaktır. Devir anı bakımından aktiflerin devri ile pasiflerinin devrinin eşgüdümü bozulacaktır. Bu sorunu gidermek için ya taraflara birlikte başvuru yapma zorunluluğunun getirilmesi ya da TBK m.202’de yer alan ilanının devralan tarafından yapılması zorunluluğunun kaldırılarak, devreden tarafından yapılan tescil sonucunda borçların da devrinin gerçekleşmesine imkan tanımak yerinde olacaktır.
13. TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletme devir sözleşmesi devrin ticaret siciline tescil edilmesi ile sonuçlarını doğuracaktır. Ne var ki, bu noktada TTK m.11 f.3 ile TBK m.202 arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. TTK m.11 f.3 devrin etkisi bakımından tescil anını esas almaktadır. Buna göre ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurları tescil ile birlikte devralana geçmektedir.

TBK m.202 uyarınca ise devralanın borçlardan sorumluluğu devrin ilanı veya ihbarı ile gerçekleşmektedir. Bu durumda tescil ile ilan anındaki sürede aktifler devralana geçse de pasifler devralanda kalmaktadır. İki kanun arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi için TBK m.202 hükmünün değiştirilmesi ve İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi gerek aktif gerekse pasif malvarlığı unsurları bakımından tescilin devri sağlamasını sağlaması yerinde olacaktır.

14. Ticari işletme devri sözleşmesinin tescil ile birlikte sonuçlarını doğurmasına bağlı olarak ticari işletmeye bağlı malvarlığı unsurlarının mülkiyeti ayrıca tasarruf işlemi yapılmaksızın devralana geçecektir. Buna göre ticari işletme devri taşınmazlar bakımından bir tescilsiz iktisap hali oluşturacaktır. Tüm tescilsiz iktisap hallerinde olduğu gibi tapu siciline güvenerek aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin korunması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bizim savunduğumuz görüşe göre, ticari işletme devir sözleşmesi üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırmayacağından tapu siciline güvenerek aynı hak iktisap eden kişilerin iktisapları, iyiniyetlerini kaldıran başka özel bir sebep bulunmadığı takdirde, korunacaktır. Kanaatimizce devredilen unsurların devir sözleşmesinde belirtilmesi dahi durumu değiştirmemelidir; zira ticaret sicilinin iyiniyeti kaldırıcı etkisi yalnızca kanunun tescillini zorunlu gördüğü hususlara ilişkin olduğundan ve TTK m.11 f.3 ticari işletme devir sözleşmesinde devre dahil unsurların belirtilmesi şartını aramadığından bu unsurların tescil edilmesi üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmayacaktır.
15. Ticari işletme devrinde en çok sorun oluşturan konulardan bir tanesi de ticari işletme devrinde ticari işletmeye dahil borçların devir kapsamı dışında bırakılıp bırakılamayacağı sorusudur. Bu soru, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından olumlu olarak cevaplanmışsa da Türk Hukuku'nda konu tartışmalı niteliğini sürdürmektedir. Kanaatimizce taraflar alacaklılara bildirmek şartıyla bazı borçlar devir kapsamı dışında bırakabilmelidirler. Ancak ticari işletmenin bütünlüğü ile bağlantısı bulunan borçların kapsam dışında bırakılması halinde devir kapsamı bütünlük ilkesine aykırı nitelikte olacağı için taraf iradeleri bu noktada sınırlanmıştır.
16. Ticari işletme ile ilişkili sözleşmelerin sözleşmede kalan tarafın onayı alınmaksızın devralana geçeceğinin görüşünderiz. Öncelikle kanunun ticari

işletme devrinde korunmasını zorunlu gördüğü bütünlük ilkesi böyle bir yorumu beraberinde getirmektedir. Bütünlük ilkesinin bulunmadığı İsviçre Hukuku'nda dahil bu yönde görüşler bulunduğu dikkate alındığı takdirde Türk Hukuku'nda bu görüşün evleviyetle kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak doktrindeki tartışmalar gidermek için açık kanun hükmü ile bu durumun açıkça belirtilmesi yararlı olacaktır.

17. Ticari işletmeye dahil sözleşmelerin devredilmesi bakımından benimsenen bu çözüm kira sözleşmeleri bakımından geçerli olmalıdır. TBK m.323 işyeri kiralarında kira sözleşmelerinin devri bakımından kiralayanın onayının aranacağını, ancak haklı sebep bulunmadığı takdirde kiralayanın onay vermekten kaçınamayacağını belirtmektedir. Kanaatimizce bu hüküm, bir ticari işletmenin devri halinde değil, bir kira sözleşmesinin devrine ilişkin olduğundan ticari işletme devrinde yer alan kira sözleşmesinin devrine uygulanmamalı ve işyeri kiraları da kiralayanın onayı aranmaksızın devredilmelidir.
18. İşyeri kiralarının devri halinde, devreden kiracının devirden sonra doğan borçlardan da sorumluluğunun devam edeceği konusunda bir hüküm bulunmaktadır. Kanaatimizce bu hüküm, TBK m.202'den farklı bir düzenleme getirmekle beraber TBK m.202 ile benzer bir amaç taşıdığından kira sözleşmeleri bakımından bir özel hüküm olarak kabul edilmeli ve kira sözleşmesinin devri ticari işletme devri kapsamında gerçekleşse bile uygulanmalıdır.

## **Kaynakça**

<b>Yazar Adı</b>	<b>Eser Adı</b>
<b>Acemoğlu, Kevork</b>	Kitap İncelemesi “Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı1-4, 1969, s.569-580
<b>Acemoğlu, Kevork</b>	Borçlar Kanunu’nun 179.Maddesine Göre Malvarlığı Ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, Fakólter Matbaası, 1971
<b>Akçaal, Mehmet</b>	İşletmenin Devri, Yetkin Yayınları, Ankara,2014
<b>Aker, Halit</b>	Ticari İşletme Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
<b>Aker, Halit</b>	Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme Ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, Batider, Cilt 25, Sayı 3, 2009, s.225-314
<b>Altay, Sıtkı Anlam</b>	Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009
<b>Amstutz, Marc/ Mabilliard, Ramon</b>	L’Esprit de la loi sur la fusion, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Schulthess, 2011 s.349-364.
<b>Ansay, Tuğrul</b>	Ticari İşletmenin Sorgulanması, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 173-219

- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hüseyin** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
- Arıcı, Fatih** Ticari İşletmenin Aktif Ve Pasifi İle Devri, İstanbul, 2008,
- Arkan, Sabih** Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2011
- Arkan, Sabih** Ticari İşletme Hukuku- 13. Baskı- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009
- Ayan, Mehmet** Eşya Hukuku I- Zilyetlik Ve Tapu Sicili Mimoza Yayıncılık, Ankara, 2012
- Aydın, Alihan** Ticari İşletme Kavramı, Unsurları Ve Hukuki İşlemlere Konu Olması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.9-20.
- Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İleri Yayıncılık, İzmir, 2013
- Ayiter, Nurşit** Mamelek kavramı üzerinde inceleme, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1968
- Ayoğlu, Tolga** Bağlı Ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.46-52
- Ayrancı, Hüseyin** Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003

- Bahar, Rashid,** Art. 69-75 Lfus, In Commentaire Lfus : Commentaire De La Loi Fédérale Sur La Fusion, La Scission, La Transformation et Le Transfert de Patrimoine, H. Peter Et R. Trigo Trindade Éds, Genève, Zurich, Bale, 2005
- Bahtiyar, Mehmet** Yeni Ticaret Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri Legal Hukuk Dergisi, Sayı 106, 2011, s.3889-3910
- Barbey, Richard** Le Transfert du Bail Commercial (art. 263 CO), La Semaine judiciaire (1965 - 1998), Société genevoise de droit et de législation, 1992, s.33-63
- Başoğlu, Başak** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012
- Bauen Marc/ Bernet, Robert / Rouille, Nicolas** La Société Anonyme Suisse, Schultress, Genève-Zurich-Bale, 2007
- Boyacıoğlu, Cumhur** Ticaret Unvanı, Nobel Yayın, Ankara, 2006
- Bozbel, Savaş** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler (25-26 Haziran 2010 Türk Alman Uluslararası Sempozyumu), İMKB Yayınları, İstanbul, 2011, s.196-210
- Chapuis, Olivier** Loi sur la fusion - Questions choisies, Publikation Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts und Handelsregisterrecht, 2005-2, Schultess, s. 18-28

- Coştan, Hülya** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme Ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılandırmasında Alacaklıların Korunması, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Ens. Yayınları, Ankara ,2009
- Coştan, Hülya** Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004
- Cotti Annie Griessen/ Peter, Henry/ Trigo Trindade, Rita** La Loi sur la Fusion en Application, Pratique Juridique Actuelle, PJA 2008 s. 55 vd.
- Çağlar, Hayrettin** Marka Hukuku Temel Esaslar, Adalet Yayınları, Ankara, 2013
- Çankaya, Osman Güven/ Çil, Şahin** İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- Çebi, Hakan** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010,
- Doğan Yenisey, Kübra** İş hukukunda işyeri ve işletme : Alman ve Fransız hukuklarıyla karşılaştırmalı bir inceleme, Legal Yayıncılık , İstanbul, 2007
- Doğanyığıt, Sadettin** Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003,
- Duc, Nicholas** Les Premières Expériences Dans L'application De La Loi sur La Fusion, Coopération Et Fusion D'entreprises, Cedidac, 2005, s.241-263



- Dural, Ali** Yttk'nın Ticari İşletmeler Arasındaki Mal Ve Hizmet Tedariki Sözleşmelerine İlişkin 1530. Maddesi. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.119 vd.
- Durman, Okay** İcra İflas Hukuku Açısından Malvarlığı Veya Ticari İşletmenin Devri, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009
- Engin, Baki İlkay** Alacağın Temlik ve Borcun Nakli, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu- Makaleler Tebliğler- 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.159-167
- Erdem, Ercüment** Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri, Bankacılar Dergisi, Aralık, 2011, Sayı 79, s.80-90
- Eren, Fikret** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- Erişir, Evrim** Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak Ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki, Batider, Cilt 24 Sayı 4, 2008, s.271-301
- Erten, Ali** Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001
- Favre Pascal,** Le Transfert Conventionnel De Contrat : Analyse Théorique Et Pratique, Thèse Fribourg 2005

- Gilliéron, Hubert Orso** Dédommagement Forcé Des Actionnaires Minoritaires En Cas De Fusion Simplifiée (Art. 23 Al. 2 Let. A Lfus), Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2009
- Göle, Celal** “Tacir Esnaf Ayrımı”, Batıder C:XIII S:2, 1985, Cilt 13, Sayı 2, s.47-62
- Gümüş, Mustafa Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- Güneren, Ali** İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
- Güney, Necla Akdağ** Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2005, İstanbul, s.499-510
- Güzel, Ali** İşyerinin Değişmesi İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1987
- Gwelessiani** Commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion 11 octobre 2004, Droit des sociétés et droit du registre du commerce: revue de la législation et de la pratique, Schulthess, 2004
- Michael/Meisterhand Clemens/ Turin Nicholas**

- Heinzer, Boris /Wyler, Rémy** Coopération et fusion d'entreprises, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), Lausanne, 2005
- Helvacı, Mehmet** Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2004
- Imregün Oğuz** Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005
- İnal, Tamer** Ticari İşletme Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004
- İnceoğlu, M. Murat** Kira Hukuku, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014
- İnceoğlu, M. Murat** Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2009
- Karahan, Sami** Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, Eylül 2012
- Kayıhan, Şaban** Ticari İşletme Rehni, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996
- Kılıçoğlu, Ahmet** Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979
- Kılıçoğlu, Ahmet** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınları, Ankara, 2013
- Kırca, İsmail** "Esnaf Ve Sanatkar İle Tacir Ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24 Sayı 2, 2007

(Seza Reisoğlu'na Armağan Sayısı), s.295-304

**Kırca, İsmail**

Ticari Mümessillik, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip**

Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme), Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008

**Kurt, Ekrem**

Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004

**Kuru, Baki**

İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara,2013

**Kuru, Baki**

Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1970, Cilt 27 Sayı 1-2, s.109-118

**Muşul, Timuçin**

İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara,2008

**Nomer Ertan, Füsün**

Ticaret Unvanı-İşletme Adı, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.71-89.

**Oğuzman Kemal /Öz Turgut**

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013

**Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami**

Medeni Hukuk- 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012

**Oğuzman, Kemal/Seliçi,  
Özer/Oktay Özdemir, Saibe**

Eşya Hukuku Filiz Yayınevi İstanbul 2012.

- Özen, Burak** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014
- Özsunay, Ergun** Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1962
- Pellaton, Nicolas** Le Transfert De Patrimoine Dans La Lfus, À La Lumière Notamment Des Notions De Patrimoine Et D'inventaire, Mémoire De Master En Droit, Université De Neuchâtel Faculté De Droit, Janvier 2008
- Peter, Henry** Le Sort Des Contrats En Cas De Transfert De Patrimoine, RsdA 2004, s.223-230
- Peter, Henry** Lfus: Concepts Generaux Et Questions Controversee, Sj 2005, s.71-103
- Philippin, Edgar** Questions choisies de droit de l'exécution forcée en relation avec la loi sur la fusion, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, BLSchK, 2006 sf.1
- Philippin, Edgar** Le transfert du patrimoine commercial - Aspects de droit privé, Revue de droit privé et fiscal du patrimoine, Schulthess, 2009 s.83 vd.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Arıkan Yay., 2005, İstanbul
- Poroy, Reha/Yasaman Hamdi** Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012

- Pulaşlı, Hasan** Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınları, Ankara, 2012
- Pulaşlı, Hasan** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınları, 2011, Ankara
- Rapp, Jean-Marc** Les contrats et la loi sur la fusion, Actualités du droit des contrats, Le contrat à la croisée des chemins, CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Laussane, 2008, s.3 vd.
- Serozan, Rona** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006
- Serozan, Rona** Medeni Hukuk, Genel Bölümler/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- Sevi, Ali Murat** Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
- Sirmen, Lale** Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- Tekinalp Ünal** Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Eylül 2008 ,Cilt 24,Sayı:3,
- Tekinalp Ünal** Sermaye ortaklıklarının yeni hukuku : anonim ve limited ortaklıklar, tek kişi ortaklığı, ortaklıklar topluluğu, birleşme, bölünme ve tür değiştirme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013

- Tekinalp Ünal** Anonim Ortaklıklarda Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- Tekinalp Ünal** Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- Tekinalp Ünal** Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.547-559
- Tercier, Pierre** Les Contrats Speciaux, Schulthess, Zurich, 2003,
- Tercier, Pierre** Le Droit Des Obligations, Schulthess, Zurich, 2004,
- Topuz, Murat** Ticari İşletme Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt, 18, Sayı, 2 (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum) s.19-81
- Tosun, Yalçın** Sözleşmenin Devri, Alacağın Temliki ve Borcun Nakli, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu- Makaleler Tebliğler- 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.169-175
- Trigo Trindade, Rita** Le Transfert De Patrimoine, Schweizerische Zeitschrift Für Wirtschafts- Und Finanzmarktrecht, Schulthess, 2004
- Turin, Nicholas / Kläy, Hanspeter** Le Projet De Loi Sur La Fusion,Reprax 2001, s.41-79

- Turin, Nicholas** Le Transfert De Patrimoine Selon Le Projet De Loi Sur La Fusion, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2003
- Türk, Hikmet Sami** Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1986
- Uyar, Talih** İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, Ankara Barosu Dergisi Sayı 1, 2011 s.211-231
- Uzel, Necdet** Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013
- Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsun** Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009
- Ülgen Hüseyin/Arıcı Fatih** İsviçre Hukuku'nda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan- Cilt II, İstanbul, 2010, s.1767-1805
- Venturi-Zen-Ruffinen, Marie Noëlle** La Résiliation Pour Justes Motifs Des Contrats De Durée, La Semaine judiciaire, Société genevoise de droit et de législation, s.1-37
- Vischer, Frank** Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Schulthess, 2004 s.155



**Yanlı, Veliye**

Ticaret Sicili, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.89-100.

**Yasan, Mustafa**

Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 sayılı TTK ve 6098 sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme), Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi C:29 Sayı, Eylül 2013, s.159-185

**Yavuz, Cevdet**

Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012

**Yıldız, Şükrü**

Gerçek Kişilerde Tacir Sifatının Kazanılması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.21-32

**Yıldız, Şükrü**

Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, Arkan Yayıncılık, 2007

## **Özgeçmiş**

Kerem Çelikboya, 23 Temmuz 1986 tarihinde Balıkesir’de doğmuştur. Orta okul ve lise öğrenimini Balıkesir Sırrı Yırcalı Anadolu Lisesi’nde tamamladıktan sonra Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesine girmiştir. 2010 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 3.lük ile mezun olmuştur.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite Galatasaray Üniversitesi  
Enstitü Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Adı Soyadı Kerem Çelikboya  
Tez Başlığı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri  
Savunma Tarihi 02.06.2014  
Danışmanı Yard. Doç. Dr. H. Ali Dural

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Yard. Doç. Dr. H. Ali DURAL  
(Tez Danışmanı)

Prof. Dr. Turgut ÖZ

Prof. Dr. Veliye YANLI

Doç. Dr. Ali Faik DEMİR  
Enstitü Müdürü Veli

~~Prof. Dr. Sibel YAMAK~~