

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

M. FATİH CENGİL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2016

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

M. FATİH CENGİL

Danışman: Prof. Dr. İur. FATİH BİLGİLİ

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mustafa ÇEKER

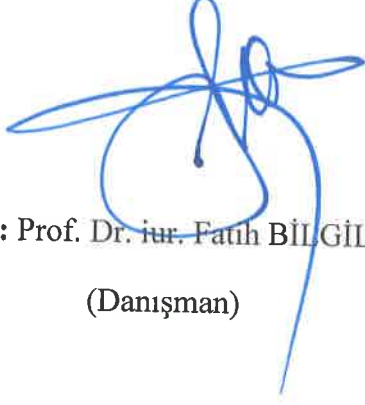
Jüri Üyesi: Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2016

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



Başkan: Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ

(Danışman)



Üye: Prof. Dr. Mustafa ÇEKER



Üye: Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

.../.../2016

Prof. Dr. Yıldırım Beyazıt ÖNAL

Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
 - Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
 - Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
 - Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
 - Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,
- bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. 08/08/2016

M. FATİH CENGİL

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	xvi
ABSTRACT.....	xviii
ÖNSÖZ.....	xix
KISALTMALAR.....	xxi
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN ÖNEMİ	1
II. KONUNUN SEÇİLİŞ AMACI.....	2
III. KONU SINIRLANDIRMASI VE İNCELEME PLANI.....	2

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMLARI

I. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE UNSURLARI	4
A. Kavram.....	4
B. Terminoloji Sorunu.....	5
C. Tanımı	8
D. Unsurları	9
1. Gelir Sağlama Hedefi.....	11
2. Devamlılık	12
3. Bağımsızlık.....	14
4. Hedeflenen Gelirin Esnaf İşletmesi Düzeyini Aşması.....	16
E. Ticari İşletmenin Hukuki Niteliği	17
II. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ	21

A. Önemi	21
B. Kavram.....	22
1. Genel Olarak.....	22
2. Devir Konusu İşletme	24
a) Genel Olarak	24
b) Uygulamada Devir Konusu İşletme	24
aa) Genel Olarak	24
bb) Değerlendirmemiz	25
c) Ticari İşletmenin Devrinde Kurulma Aşamasındaki veya Faaliyete Yeni Başlamış İşletmelerin Durumu Sorunu	27
d) Geçici Olarak Faaliyete Ara Veren Ticari İşletme	28
e) Ticari İşletme Kirasındaki İşletme.....	28
aa) Genel Olarak	28
bb) eBK Dönemi	29
cc) TBK Dönemi	30
f) Tasfiye Aşamasındaki İşletme	31
g) Tasfiye Sonrası ya da İflasın Açılması Sonrası Dönem	31
h) Borca Batık İşletmenin Devri	33
i) Ticaret Şirketine Sermaye Olarak Konulan Ticari İşletme.....	33
j) İktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi Kuruluşları Ticari İşletmeleri	33
k) Gizli Ortaklık İlişkisindeki İşletmenin Devri.....	34
C. Kanuni Düzenlenme Şekli	34
1. Türk Hukuku.....	34
a) Genel Olarak	34
b) TTK m. 11/f. 3'in Ticari İşletmenin Pasiflerinin de Devrini Sağlayacak Nitelikte Olması.....	35
c) TTK m. 11/3 ile TBK m. 202 Hükümleri.....	36
d) Uygulama Alanı.....	37
e) Diğer Düzenlemeler	38
aa) RKHK ve İlgili Tüzük	38
bb) İş Kanunu	39
cc) 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.....	39

dd) Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun	41
ee) 5510 sayılı Kanun m. 89/f. 1 Uyarınca Mütessesil Sorumluluk.....	42
ff) Özel Hastaneler Yönetmeliği.....	42
2. Yabancı Hukuk.....	43
a) İsviçre Hukuku.....	43
b) Alman Hukuku.....	46
c) Avusturya Hukuku	48
III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN BENZER KURUMLAR İLE	
KARŞILAŞTIRILMASI	51
A. Borç İlişkisi Bakımından	51
1. Borcun Dış Üstlenilmesi.....	51
2. Borca Katılma.....	55
3. Malvarlığının ya da İşletmenin Devri	59
4. İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesi	63
B. Ticari İşletmenin Devrinde Görünümü Olan Diğer Borçlar Hukuku	
Kurumları	65
1. Alacağın Devri	65
2. Borca Katılma.....	66
3. Borcun Üstlenilmesi	67
4. Halefiyet	67
5. Mütessesil Borçluluk	68
6. Rücu.....	70
C. Sözleşmeye Dayanan Diğer Kurumlar ile Karşılaştırılması	72
1. Birleşme.....	72
a) Genel Olarak	72
b) Birleşme Türleri.....	78
c) Birleşme ile Ticari İşletmenin Devri Karşılaştırması.....	79
aa) Ortak Yönleri	79
bb) Farklı Yönleri	80
2. Bölünme	83
a) Genel Olarak	83
b) Bölünme Türleri.....	87
c) Ticari İşletmenin Devri ile Karşılaştırılması	87

aa) Ortak Yönleri	87
bb) Farklı Yönleri	88
3. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi ile Birleşmesi	90
4. Bir Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi	92
5. Ticaret Şirketinin Ticari İşletmeye Dönüşmesi	94
6. İşyeri Devri.....	97
a) İşyeri- Ticari İşletme Ayrımı	97
b) Kanuni Düzenlemesi	98
c) İşyeri Devri- Ticari İşletme Devri Karşılaştırması	100
D. Miras Yoluyla Ticari İşletmenin Edinimi	102
1. Mirasın Açılması İle Ticari İşletmenin Edinimi.....	102
2. Mirasın Paylaşılmasından Önce Ticari İşletmenin İdaresi.....	103
3. Mirasın Paylaşılması Yoluyla Ticari İşletmenin Edinimi	104
a) Mirasçıların Anlaşmasıyla	104
b) Hakim Kararıyla.....	104
4. Ticari İşletmenin Malvarlığı Unsurlarının Tespiti	106
5. Miras Yolu ile Gerçekleşen Edinim Ticari İşletmenin Devri Olarak Kabul Edilememesi ve Hukuki Sonuçları	106
6. Ticari İşletme Borçlarının Akıbeti	107
7. Miras Yoluyla Ticari İşletmenin Ediniminde Uygulama İmkânı Bulan Bazı Hükümler.....	110
8. Avusturya İşletmeler Kanunu § 40.....	110

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN AŞAMALARI

I. DEVRİN AŞAMALARI	111
A. Devir Sözleşmesinin Yapılması	111
1. Devir Sözleşmesi.....	111

a) Genel Olarak	111
b) Tarafları.....	113
c) Şekli	116
aa) Genel Olarak	116
bb) Ticaret Sicil Müdürlüğünün Şekil Araması.....	118
cc) Özellik Arz Eden İşletmelerin Devri Bakımından Şekil.....	118
dd) Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları.....	119
aaa) Dürüstlük Kuralının Hükümsüzlüğe Etkisi	119
bbb) Tahvilin Hükümsüzlüğe Etkisi	120
d) Temsil.....	123
aa) Genel Olarak	123
bb) Tacir Yardımcıları	124
cc) Anonim Şirketlerde Temsil	126
aaa) Genel Olarak.....	126
bbb) Ticari Temsilci Bakımından	128
dd) Limited Şirketlerde Temsil.....	128
aaa) Genel Olarak.....	128
bbb) Ticari Temsilci Bakımından	130
e) Hukuki Niteliği.....	131
aa) Genel Olarak	131
bb) Malvarlığına Yaptığı Etkiye Göre	131
cc) Asli Edim Yükümlülüğü Bakımından	135
dd) Borçlar Hukuku Kurumları Bakımından	137
f) Kapsamı	138
aa) Devir Kapsamının Tayininde İşlevi Olan İlkeler.....	138
aaa) İşletme Bütünlüğü ve Devamlılığı İlkesi.....	138
bbb) Külli Halefiyet İlkesi Gereği İrade Serbestisi ve Esneklik İlkesi	139
bb) Malvarlığı Unsurlarının Ticari İşletmeye Dahil Olması Gerekliliği	139
cc) Devir Kapsamının Belirlenebilmesi Sorunu	140
aaa) Genel Olarak.....	140
bbb) Siciller Arası İşbirliği Bakımından	141
ccc) Kanun Koyucunun Bakış Açısı	142
ddd) İhtimallere Göre Devir Kapsamının Belirlenmesi.....	142

eee) İsviçre Uygulaması: Envantere Dayalı Devir	144
fff) Değerlendirmemiz	145
dd) TSY m. 133/f. 2 Gereği Devir Sözleşmesinde Bulunması Gereken Unsurlar	146
ee) Aktifler Bakımından Devrin Kapsamı	147
aaa) Genel Olarak	147
bbb) Duran Malvarlığı	148
ccc) Dönen Malvarlığı	149
ddd) Ürünler	149
eee) İşletme Değeri	150
fff) Kiracılık Hakkı	151
ggg) Müşteri Çevresi	151
hhh) Ticaret Unvanı	152
iii) İşletme Adı	153
jjj) Fikri Mülkiyet Hakları	155
kkk) Hak ve Alacaklar	155
lll) Şube	156
mmm) Know How	156
ff) Pasiflerin Kapsamı Bakımından	156
aaa) Genel Olarak	156
bbb) Vergi Borçlarının Devredilemezliği	157
ccc) Ticari İşletmeye Bağlı Borçların Tespiti Sorunu	158
ddd) Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılıp Bırakılamayacağı Sorunu	160
aaaa) Genel Olarak	160
bbbb) Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılamayacağı Görüşü	160
aaaaa) Genel Olarak	160
bbbbb) Teminat Teorisi	161
cccc) Pasiflerin Tamamen Devir Kapsamı Dışında Bırakılabileceği Görüşü	163
aaaaa) Genel Olarak	163
bbbbb) Teminat Teorisi Eleştirisi	163
dddd) İsviçre Hukuku	166

eeee) Değerlendirmemiz	167
gg) Sözleşmelerin Kapsamı Bakımından	172
g) Devir Sözleşmesi Taraflarının Borçları.....	172
aa) Devredenin Borçları	172
aaa) Devir Anına Kadar Ticari İşletmenin Amacına Uygun İşletilmesi Borcu	172
aaaa) Borcun Doğumu.....	172
bbbb) Ticari İşletmenin Devri Kurumu ve Devreden Bakımından Önemi.....	172
cccc) Devralan Bakımından Önemi.....	173
bbbb) Borcun Kapsamı	173
eeee) Borcun Sona Ermesi.....	174
bbb) Rekabet Etmeme Borcu.....	175
aaaa) Genel Olarak.....	175
bbbb) Kapsamı.....	175
cccc) Başlangıç Anı	176
dddd) Sınırlandırılması ve Sona Ermesi.....	177
ccc) Ticari İşletmeyi Devretme Borcu.....	179
aaaa) Genel Olarak.....	179
bbbb) Sicillere Bildirilmesi Gereken Devredilen Unsurların Ticaret Siciline Bildirimi Borcu	180
cccc) Ticari İşletmeyi Devretme Borcunun Diğer Bileşenleri.....	181
ddd) Devredenin Ayıp ve Zapt Nedeniyle Sorumluluktan Doğan Borcu	181
bb) Devralanın Borçları.....	182
aaa) Karşı Edimi İfa Borcu.....	182
aaaa) Genel Olarak.....	182
bbbb) Mal Değişim Sözleşmesi (Trampa) Sözleşmesi Olarak Yapılan Devir Sözleşmesi İle Karşılıklı Ticari İşletme Devri Yapılabilir mi?	183
bbb) Devri Alacaklılara Duyurma Borcu	184
h) Devir Sözleşmesinin Geçersizliği.....	185
2. Özellik Arz Eden Devir Aşamaları.....	186
a) Genel Olarak	186
b) Rekabet Kurulu İzni.....	186

aa) Rekabet Hukukunun Devre İlişkin Düzenlemelerinin Temel Amacı	186
bb) Rekabet Kurulunun Dikkate Alacağı Kriterler	186
aaa) Genel Olarak.....	186
bbb) Hakim Durumun Yaratılması ya da Güçlendirilmesi ya da Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması.....	187
ccc) İşletmenin Kontrol Yetkisi Veren Araçlarının Devralınması.....	188
ddd) İşletmelerin Hem Hukuken Hem de İktisaden Bağımsız Olması	188
eee) Halihazırda İşletme Sahibi Kişinin Ticari İşletmeyi Devralması	189
fff) Bilgi İsteme.....	189
ggg) Bildirime Tabi Ticari İşletme Devirleri.....	189
hhh) Bildirimin Yapılması	190
aaaa) Bildirimi Kimin Yapacağı.....	190
bbbb) Bildirimin Yapılacağı Zaman	191
iii) Rekabet Hukuku Hükümlerinin Ticari İşletmenin Devrine Etkisi	192
aaaa) Genel Olarak İzin Devre Etkisi.....	192
bbbb) Bildirilen Devirler.....	193
cccc) Devrin Bildirilmemesinin Özel Yaptırımı.....	194
dddd) Bildirilmesi Zorunlu Olduğu Halde Bildirilmeyen ya da Devirden Sonra Bildirilen Devirler	194
eeee) İzin Kararının Geri Alınması.....	195
c) TTK m. 356 Uyarınca İzin	195
d) Anonim ve Limited Şirketlerde TTK m. 538/f. 2 Kapsamındaki Devirler Bakımından Genel Kurul İzni	197
aa) TTK m. 538 Uyarınca Ticari İşletmenin Devrin Genel Kurul Onayı	197
aaa) Genel Olarak.....	197
bbb) Devir İşleminin Gerçekleşmemesi Nedeniyle Yönetim Kurulu/Müdür/lerin Sorumluluğu.....	198
ccc) TTK m. 538/f. 2 Kapsamında Genel Kurulun Olumlu Kararına Karşı İptal Davasının Açılabilirliği	199
ddd) TTK m. 538/f. 2 Kapsamında Genel Kurulun Olumsuz Kararına Karşı İptal Davasının Açılabilirliği	200
eee) İptal Davasına İlişkin Kararın Etkisi.....	200
3. Tescil.....	200

a) Genel Olarak	200
b) Hukuki Niteliği.....	201
c) Tescilin Yapılması.....	203
d) Tescil Talebi İçin Süre.....	203
e) Tescil Talebinde Bulunabilecek Kişiler	204
f) Tescil Anı	205
g) Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Ticaret Siciline Tescilinin Hukuki Sonucu Olarak Aktiflerin Devri	206
aa) Genel Olarak	206
bb) Ticari İşletme Aktifleri ve Sözleşme İlişkilerinin Devrine Hakim Olan İlke Olarak Kısmi Külli Halefiyet	207
aaa) Genel Olarak.....	207
bbb) Kanun Koyucunu Kısmi Külli Halefiyet Tercihi	208
aaaa) Eksileri Artılarıyla Cüz'i Halefiyet.....	208
bbbb) Eksileri Artılarıyla Külli Halefiyet	208
cccc) Kısmi Külli Halefiyet.....	210
dddd) Kısmi Külli Halefiyetin Diğer Etkileri.....	212
ccc) Ticari İşletme Malvarlığı Unsurlarının Geçişİ	213
aaaa) Genel Olarak.....	213
bbbb) Taşınmazların Devri.....	213
cccc) Taşınırın Devri.....	214
dddd) Motorlu Araçların Devri.....	216
eeee) Hava Araçlarının Devri	216
ffff) Geminin Devri	217
gggg) Alacağın Devri	218
hhhh) Payın Devri.....	220
aaaaa) Pay Kavramı	220
bbbbb) Payın Ticari İşletmeye Dahil Olması Sorunu	222
ccccc) Anonim Şirketlerde Payın Devri	223
aaaaaa) Genel Olarak.....	223
bbbbbb) Ticari İşletmenin Devri Yoluyla	224
cccccc) Devralanın Pay Sahipliğini İspatı.....	224
ddddd) Limited Şirketlerde Payın Devri.....	225
aaaaaa) Genel Olarak.....	225

bbbbbb) Ticari İşletmenin Devri ile Payın Geçişİ.....	227
iiii) Kıymetli Evrakın Devri	229
jjjj) Ticaret Unvanın Devri	230
kkkk) Fikri Mülkiyet Haklarının Devri.....	232
h) Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Ticaret Siciline Tescilinin Hukuki Sonucu Olarak: Sözleşmelerin Devri	233
aa) Genel Olarak	233
bb) Sözleşmelerin Devrine İlişkin Temel Teoriler	236
aaa) Genel Olarak	236
bbb) Kombinasyon Teorisi.....	236
ccc) Birlik Teorisi.....	237
ddd) TBK m. 205 Hükümünün Teoriler Bakımından Değerlendirilmesi	238
cc) Ticari İşletmenin Devri İle Sözleşmelerin Devredilebilmesi	238
aaa) Önemi.....	238
bbb) Sözleşmelerin Devredilebilirliği Sorunu	239
aaaa) Genel Olarak	239
bbbbb) Devredilemeyeceği Görüşü	239
cccc) Devredilebileceği Görüşü	241
dddd) Değerlendirmemiz	244
dd) Sözleşmelerin Devir Anı.....	246
aaa) Genel Olarak	246
bbb) Ticari İşletmenin Devrinde	246
ee) Ticari İşletmenin Devri ile Sözleşmelerin Devredilebilmesinin Şartları	247
aaa) Sözleşme Ticari İşletme ile Bağlantılı ve Devir Sözleşmesi Kapsamında Olmalı	247
bbb) Sözleşme Devredilebilir Olmalı	248
ff) Devir Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Sözleşmeler	250
aaa) İş Sözleşmelerinin Devri.....	250
bbb) Kira Sözleşmesinin Devri	251
aaaa) Ticari İşletmenin Devri Bakımından Önemi	251
bbbbb) Ticari İşletmenin Devrinde Kira Sözleşmesinin Devri Sorunu	252
aaaaa) Genel Olarak	252

bbbbbb) Kiracılık Hakkının Ticari İşletmenin Devrine Dahil Olması	254
cccccc) Kira Sözleşmesinin Kiralayanın Yazılı Rızası Olmadan Devredilip Devredilmeyeceği Sorunu.....	254
aaaaaaa) Sorunun Kaynağı Hükümler	254
bbbbbb) Kira Sözleşmenin Devrinde Kiralayanın Rızasını Arayan Görüş.....	255
cccccc) Kira Sözleşmenin Devrinde Kiralayanın Rızasını Aramayan Görüş.....	257
cccc) Ticari İşletmenin Devri Hükümleri ile Birlikte TBK m. 323'ün Uygulanması	264
ccc) Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri	266
aaaa) Kamu İhale Sözleşmesi.....	266
bbbb) Sözleşmenin Devri.....	266
aaaaa) Genel Olarak.....	266
bbbbbb) Sözleşme Devrinin Yapılması	269
aaaaaa) Tarafları	269
bbbbbb) Şartları	270
aaaaaaaa) İzinsiz Devir ve Hukuki Sonuçları	273
cccccc) Ticari İşletmenin Devrinde Kamu İhale Sözleşmesinin Devrinin Gerçekleştiği An.....	275
dddddd) Devrin Sonuçları.....	275
ddd) Sigorta Sözleşmelerinin Devri.....	276
aaaa) Sigorta Sözleşmesi	276
bbbb) Sözleşmenin Devri.....	278
aaaaa) eTK Dönemi	278
bbbbbb) TTK Dönemi	278
i) Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Ticaret Siciline Tescilinin Muhtemel Diğer Sonuçları	280
aa) Ticari İşletmenin Devri Halinde Tacir Yardımcılarının Durumu	280
aaa) Genel Olarak.....	280
bbb) Ticari Temsilci.....	280
ccc) Ticari Vekil	280
ddd) Pazarlamacı	281
eee) Simsar	281

fff) Komisyoncu.....	281
ggg) Acente	281
hhh) Tek Satıcılık.....	282
bb) TTK m. 11/f. 3 Anlamında Tescil Edilen Devir İlanının Hukuki Etkisi	282
cc) Tacir Sifatının Kaybedilmesi ve Kazanılması	283
aaa) Devredenin Tacir Sifatını Kaybetmesi	283
bbb) Devralanın Tacir Sifatını Kazanması	284
dd) Şirketin Haklı Nedenle Feshi.....	284
ee) Şirketin Sona Ermesi	284
ff) Devrin Diğer Sicillere Bildirilmesi.....	285
aaa) Genel Olarak.....	285
bbb) Devrin Sicillere Bildirimi Devralan Tarafından Yapılabilir mi?	286
ccc) Uygulama Bakımından	287
gg) Ticari İşletmenin Devrinde Sicillere Dayanarak Hak İktisabı.....	288
aaa) Genel Olarak.....	288
bbb) Tapu Sicili Bakımından.....	288
aaaa) Genel Olarak.....	288
bbbb) Tapu Sicilinde Devralan Lehine Tescilin Yapılmasının Önemi	289
aaaaa) MK m. 1023 Bakımından.....	289
bbbbb) MK m. 705 Bakımından.....	292
ccccc) Üçüncü Kişi Lehine Tasarruf İşlemlerinin Yapılması ve Sicilde Aynı Hak Sahibi Görünen Lehine İyiniyetle Yapılan Edalar Bakımından.....	292
ccc) Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Sicillerde	293
aaaa) Genel Olarak.....	293
bbbb) Sicile Güven İlkesi Bakımından	293
cccc) Kanuni Korumadan Yararlanma Bakımından	294
ddd) Gemi Sicili Bakımından.....	294
eee) Trafik Sicili Bakımından	295
fff) Uçak Sicili Bakımından.....	296
hh) Sicillere Yüklenen Görevlerin Yerine Getirilmemesi Durumunda Sorumluluk	296

4. Duyuru	297
a) Genel Olarak	297
b) Devrin İlanı ya da İhbarı.....	298
aa) İçeriği	298
bb) Gerçeğe Aykırı İhbar ya da İlan ve Hukuki Sonuçları.....	299
cc) Şekli	299
dd) Yapacak Kişi	300
ee) Devralanın İlana Zorlanması	301
ff) Duyurunun Ne Zaman Yapılacağı.....	302
c) Duyurunun Hukuki Sonuçları.....	302
aa) Borçların Geçışı.....	302
aaa) Genel Olarak.....	302
bbb) Borcun Devrinin Sebebe Bağlı Olması İlkesi Kapsamında Borcun Geçiş Serüveni	303
ccc) Borcun Dış Üstlenilmesinin Uygulanabilirliği	304
aaaa) Genel Olarak.....	304
bbbbb) Borçların Ferilerinin Geçışı.....	305
cccc) Kefil, Rehin ve Aval Verenin Sorumluluğu	306
dddd) Müteselsil Sorumluluk Döneminde Kefile Başvuru	307
eeee) Def'i Haklarının Geçışı	308
ddd) Borçların Geçiş Anı	310
aaaa) Genel Olarak.....	310
bbbbb) İhbar Bakımından	310
cccc) İlan Bakımından	312
dddd) İsviçre Hukuku'nda Borçların Geçiş Anı.....	312
eeee) Aktif ve Pasiflerin Devir Uyumsuzluğu	312
bb) İki Yıllık Müteselsil Sorumluluğun Başlaması	313
aaa) Genel Olarak.....	313
bbb) İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Süresi.....	314
ccc) Alacaklının Borçluyu Seçme Hakkı.....	315
ddd) Müteselsil Sorumluluğun Sınırlandırılmaması/Kaldırılmaması	315
eee) Devredenin Sorumluluğu.....	315
fff) Devralanın Sorumluluğu.....	316

ggg) Sorumluluğun Sona Ermesi.....	316
aaaa) Devreden Özelinde Sorumluluğun Sona Ermesi	316
aaaaa) İki Yıllık Sürenin Sona Ermesi	316
aaaaaa) Genel Olarak.....	316
bbbbbb) Müteselsil Sorumluluk Döneminin Sona Ermesine Karşın Alacaklılara Tanınan Ek Başvuru Süresi	317
bbbb) Devreden ve Devralan Bakımından Sona Erme Halleri	318
aaaaa) Alacaklının Tatmin Edilmesi.....	318
bbbbbb) Kusursuz İfa İmkansızlığı.....	318
cccc) İbra.....	319
dddd) Zamanaşımı.....	321
aaaaaa) Genel Olarak.....	321
bbbbbb) Ticari İşletmenin Devri Zamanaşımını Keser mi?...	322
hhh) Müteselsil Sorumluluk Sonrası İşletme Borçlarından Sorumluluk	323
cc) Ticari İşletmenin Devrinde Özellik Arz Eden Borçtan Sorumluluk Halleri.....	323
aaa) Ticari İşletmenin Devrinin İlanından Önce Tekrar Devri	323
bbb) Müteselsil Sorumluluk Süresinde Ticari İşletmenin Tekrar Devri	324

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE HUKUKİ KORUMA ARAÇLARI VE UYGULANABİLECEK BAZI HÜKÜMLER

I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE HUKUKİ KORUMA ARAÇLARI....	326
A. Müteselsil Sorumluluk.....	326
B. Ticari İşletmenin Devrinde Tasarrufun İptali Davası.....	327
1. Genel Olarak.....	327
2. İptale Tabi Tasarruflar.....	328

a) İİK m. 278.....	328
b) İİK m. 279.....	329
c) Alacaklılara Zarar Verme Kastından Dolayı İptal	330
aa) Genel Olarak	330
bb) İİK m. 280/f. 3'te Öngörülen Karine	330
3. Tarafları.....	331
a) Davacı.....	331
aa) İptal Davasında Aciz Belgesi.....	333
aaa) Genel Olarak.....	333
bbb) Aciz Belgesinin Dava Şartı Olma Niteliği Hususunda Yargıtay'ın Yaklaşımı	334
b) Davalı.....	335
4. Süre.....	336
5. Görevli Mahkeme.....	338
a) Bağımsız Olarak Açılan Tasarrufun İptali Davasında	338
b) İstihkak Davasına Karşı Dava Olarak Açılan Tasarrufun İptali Davasında	338
6. Yetkili Mahkeme	338
7. İptal Davasının Konusu ve Sonuçları.....	339
8. TBK m. 202 ile İİK Tasarrufun İptali Davası Hükümlerinin Karşılaştırılması	340
9. Tasarrufun İptali Davasının Ticari İşletmenin Devamlılığı Sağlanacak Şekilde Bir Bütün Halinde Devredilmesi İlkesine Aykırılığı.....	341
C. Ticari İşletmenin Devrinde İİK m. 44'ün Uygulanması.....	342
1. Ticareti Terk Etme Kavramı	342
2. Ticaret Siciline Bildirim ve Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğü	344
3. İflasa Tabi Olmaya Devam Etme.....	345
4. Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması	347
5. İİK 44'e Aykırı Mal Beyanı Halinde Ceza.....	348
6. TBK m. 202 ile İİK m. 44 Karşılaştırılması.....	349
D. Ticaret Şirketleri Ortaklarının Korunması.....	350
E. İsviçre Hukukundaki Özel Düzenlemeler.....	351
1. İsviçre Hukuku Ticari İşletme Devrinde “Aktif Bakiye” İlkesi Yoluyla Devralanın Alacaklılarının Korunması.....	351

2. İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 74 Uyarınca Ortakların Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü	352
3. İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 75/f. 3 Uyarınca Teminat Gösterilmesi Zorunluluğu	354
II. TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE UYGULANABİLECEK BAZI HÜKÜMLER	
.....	356
A. Ticari İşletmenin Devrinden Kaynaklanan Davalarda Görevli Mahkeme	356
B. Ticari İşletmenin Devrinden Kaynaklanan Davalarda Yetkili Mahkeme	357
C. Ticari İşletmenin Devri Dolayısıyla Dava Konusunun Devri	357
1. Genel Olarak.....	357
2. HMK M. 125/f. 1'in Uygulanması	358
3. HMK m. 125/f. 1-a'nın Kullanımı	359
4. HMK m. 125/f. 1-b'nin Kullanımı	361
5. HMK m. 125/f. 2'nin Uygulanması.....	361
D. Yabancılik Unsurunun Mevcut Olduğu Ticari İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk	362
1. Genel Olarak.....	362
2. Uygulanacak Hukukun Tespiti	362
a) Şekil Bakımından	362
b) Zamanaşımı	363
c) Ehliyet Bakımından	363
d) Devir Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkileri Bakımından	363
e) İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirler Bakımından	364
f) Sebepsiz Zenginleşme Bakımından	364
SONUÇ	365
KAYNAKÇA	372

ÖZET

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

M. FATİH CENGİL

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ

Ağustos 2016, 389 sayfa

Ticari işletme, ticaret hukukunun merkez kavramıdır. Ticaret hukuku bakımından bu denli önemi haiz olan ticari işletmenin sahipliğinin el değiştirmesi de, ticari hayatta oldukça önem arz etmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte ticari işletmenin devri kurumu farklı bir yapıya bürünmüştür. Bu çalışmada Türk hukukunda ticari işletmenin devri, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında, işlem sırasına riayet edilmek üzere, baştan sona etraflıca incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca çalışmada, ticari işletmenin devrinin özel hukukun diğer alanlarına etkisine de değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ticari işletme, ticari işletmenin devri, devir sözleşmesi, devreden, devralan.

ABSTRACT

TRANSFER OF COMMERCIAL ENTERPRISE

M. FATİH CENGİL

Master Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ

August 2016, 389 pages

Commercial enterprise is main conception of commercial law. Transaction of ownership of commercial enterprise which is provided with such an important in terms of commercial law, is also important in commercial life. With the Turkish Commercial Code, no: 6102, transfer of commercial enterprise has enfolded the organization with a different from. In this study, it will be tried to examine the transfer of commercial enterprise in Turkish law in light of national and international regulations, in compliance with the transaction order, in depth from start to finish. Also in this study, it will be mentioned about influence of transfer of commercial enterprise on the other fields of private law.

Keywords: Commercial enterprise, transfer of commercial enterprise, transfer of commercial enterprise agreement, transferor, transferee.

ÖNSÖZ

Yüksek lisans çalışmamızın konusu olan “Ticari İşletmenin Devri” 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile birlikte ticari işletmenin devri kurumu farklı bir yapıya bürünmüştür. Ayrıca bu düzenlemenin özel hukukun diğer alanlarında da önemli etkileri olmuştur.

Çalışmamızda ticari işletmenin devri, yerli ve yabancı öğreti görüşleri ve yargı kararları dikkate alınarak, özel hukukun diğer alanlarındaki etkileri ile birlikte ele alınmaya çalışılmıştır. Türk hukukunda ticari işletmenin devri kurumu ele alınırken başta İsviçre olmak üzere Almanya ve Avusturya hukukundaki düzenlemelere de yer verilmiştir.

Hayatımın ve çalışmamızın şekillenmesine katkıda bulunan birçok kıymetli kişi bulunmaktadır. Bu vesileyle kendilerine teşekkür etmek benim için mutluluk vesilesidir.

Bitmek bilmeyen sorularıma her zaman için kıymetli zamanlarını ayıran, çalışma şekli ve bakış açısı olarak akademik hayatıma muazzam değer katan, çalışma konumuzun belirlenmesinden çalışmamızın son anına kadar engin hukuk bilgisinden istifade etme imkanı bulduğum ve şu ana kadar ki akademik hayatımızda geçen sürede birlikte çalışma imkanı bulmaktan ötürü onur duyduğum kıymetli hocam Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ’ye,

Ticari işletmenin devri gibi daha önce ele alınmış bir konuda, yeni bir şeyler yazabilmiş isek, “yeni şeyler ortaya koymak istiyorsanız hayal etmelisiniz” sözlerine borçlu olduğumuz, varlığını her an için yanında hissettiğim, engin hukuk bilgisi ve hayat tecrübesi ile genç meslektaşlarına her zaman için rehber olmuş kıymetli hocam Prof. Dr. Mustafa ÇEKER’e,

Değerli katkıları ile çalışmamıza zenginlik katan kıymetli hocam Prof. Dr. Şaban KAYIHAN’a,

Akademik hayatımın ilk gününden bu yana varlığını her an için yanında hissettiğim, gerek hukuk gerekse hayata bakış anlamında kendilerinden çok değerli tecrübeler edindiğim kıymetli hocam Doç. Dr. Ömer KORKUT’a

Özel hukukun her alanında engin bilgisiyle her zaman için yardımlarını esirgemeyen kıymetli hocam Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK’a,

Tanıştığım ilk günden bu yana her konuda bana destek olan, her anlamda biz genç hukukçulara örnek teşkil eden kıymetli hocam Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ’ye,

Bu alanda önemli bir eserin sahibi olan, tüm içtenliği ve nezaketiyle sorularıma bir makale kaleme almışçasına yanıt veren ve çalışmamızı zenginleştiren Dr. Christoph HURNİ’ye,

Çalışmamıza ilişkin kaynaklara ulaşmamızda yardımlarını esirgemeyen değerli arkadaşlarım Çağrı GÜNDOĞDU’ya, Arş. Gör. Faruk GÖÇGÜN’e, Nusret EMİROSMANOĞLU’na ve Arş. Gör. Seda YILDIZ PORTAKAL’a,

Çalışmamızın her anında yanımda olan ve desteklerini esirgemeyen kıymetli babam Sıtkı CENGİL’e ve değerli ablam Sümeyra CENGİL’e,

Çalışmamızın bir bölümüne bu dünyada şahit olsa da her zaman için varlığını yanında hissettiğim canım annem Ahide CENGİL’e teşekkür etmeyi borç bilirim.

KISALTMALAR

AİK	: Avusturya İşletmeler Kanunu
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BOTSCHAFT FusG	: Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, s. 4337 vd.
c.	: Cümle
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: Dipnot
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
eİK	: 1475 sayılı İş Kanunu
eTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
eTST	: Mülga Ticaret Sicili Tüzüğü
eTTK	: 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
FusG	: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz)
HD.	: Hukuk Dairesi

HGB	: Handelsgesetzbuch
HİGŞ	: Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
hrsg	: Herausgeber
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İTST	: İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
K.	: Karar
MarkKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
m.	: Madde
N.	: Paragraf Numarası
OGH	: Republik Österreich Oberster Gerichtshof
ÖHY	: 24708 sayılı Özel Hastaneler Yönetmeliği
PatKHK	: 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
s.	: Sayfa
SK	: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu
S.	: Sayı

TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TSY	: Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
T.	: Tarih
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

Ticari işletme gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (eTK) gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) merkez kavramıdır. Öyle ki, kanunda tacir, ticari iş, ticari dava gibi birçok terim, ticari işletmeden yola çıkılarak tanımlanmıştır. Ticaret hukuk bakımından bu denli öneme sahip bir yapının devri de kuşkusuz oldukça önem arz eder.

Gerek TTK gerekse eTK döneminde ticari işletmenin sahipliğinin el değiştirmesi, ticari işletmenin devri olarak nitelendirilmiştir. Ticari işletmenin devri, hukuki ve iktisadi anlamda özel bir yere sahiptir.

Ticari işletmenin devri, ticareti terk etmek isteyen ya da ticari faaliyet konusunu değiştirmek isteyen kişiye bu imkanları tanıırken, ticari işletmeyi yeni baştan kurmadan var olan bir ticari organizasyonu müşteri çevresiyle devralmak isteyen kişiye de önemli bir imkan sunar. Ticari işletmenin devri ile devreden, malvarlığı değerinden daha fazla değere sahip olan ticari işletmenin bu değerinin karşılığını almış olur. Bir başka ifadeyle, ticari işletmenin devri olmasaydı, devreden işletme değerinin karşılığını alamayacak, ticari işletme malvarlığı unsurlarının münferit değerlerini almış olacaktı. Diğer yandan, devralan, yeni baştan bir ticari işletme kurma zahmetine katlanmadan ve özellikle hazır bir müşteri çevresi elde ederek daha emin bir şekilde ticari hayata girmiş olur. Bu sayede devralan, yapmış olduğu yatırımın karşılığını çok kısa sürede alabilme imkanına kavuşur.

Ticari işletmenin devri, ülke ekonomisi bakımından da önemli bir yere sahiptir. Ticari hayatın merkezinde yer alan ve ülke ekonomisine doğrudan etki eden ticari işletmenin, dağıtılmaması, faaliyetlerine devam edebilecek şekilde el değiştirmesinin sağlanması, ticari işletmenin devri ile mümkün olur. Bu nedenledir ki, ticari işletmenin devri, işletmelerin sürekliliğini sağlayarak, işletmelerin ülke ekonomisinde kalmasını sağlar.

II. KONUNUN SEÇİLİŞ AMACI

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde ticari işletmenin devri, eTK’da düzenlenmemiştir. Konu 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) m. 179 kapsamında ele alınmaktaydı. Bu dönem ticari işletmenin devrinde ticari işletme pasifleri 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 179 uyarınca bir bütün halinde devralana intikal ederken, ticari işletme aktifleri, cüz’i halefiyet ilkesi uyarınca devralanın malvarlığına geçmekteydi.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3’te ticari işletmenin devrine ilişkin yeni bir hüküm düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, ticari işletmenin devri yoluyla işletme aktifleri kısmi külli halefiyet ilkesi gereği bir bütün halinde devreden malvarlığına geçer. Böylece, devredilen ticari işletme aktifleri, kanunlarda kendileri için öngörülen devir şekil şartlarına riayet edilmeksizin devredilmiş olur. Ticari işletmenin devrinde getirilen bu köklü değişiklik, özel hukukun birçok alanında etkisini göstermiştir. Tek bir hükümle böyle bir değişikliğin yapılması nedeniyle, çözüm bulması gereken birçok sorun ortaya çıkmıştır. Ticari işletmenin TTK’nın merkez kavramı olması ve ticari işletmenin devrinin iktisadi hayatta önem arz etmesi, ticari işletmenin devrinin yeniden düzenlenen ve artık bir ticaret hukuku kurumu olarak rahatlıkla ifade edebileceğimiz bir kurum haline dönüşmesi ve kanunda etraflıca düzenlenmemesi nedeniyle birçok sorunu da beraberinde getirmiş olması nedeniyle, tezimizin konusu “ticari işletmenin devri” olarak belirlenmiştir.

III. KONU SINIRLANDIRMASI VE İNCELEME PLANI

Çalışmamız hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleşen ticari işletmenin sahipliğinin el değiştirmesini konu almaktadır. Bu durumu da ticari işletmenin devri olarak ifade etmekteyiz. O halde, ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için, devrin konusunun ticari işletme olması, ticari işletme sahipliğinin el değiştirmesi ve devrin sözleşme temelinde yükselmesi gerekir. Bu nitelikleri haiz olmayan bir işlem, ticari işletmenin devri olarak nitelendirelemez ve bu sebeple çalışmamız kapsamı dışındadır. Bununla birlikte, çalışmamızda ticari işletmenin devrini, özel hukukun birtakım kurumları ile karşılaştırma ihtiyacı duyulmuştur.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, ticari işletme, ticari işletmenin devri kavramı ve konusu, ticari işletmenin benzer kurumlar ile karşılaştırılması ele alınmaya çalışılmıştır. İkinci bölüm ise, ticari işletme devrinin aşamalarına hasredilmiştir. Üçüncü bölümde, ticari işletme devrinde hukuki koruma araçları ve ticari işletmenin devri ile ilgili bazı hükümler incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda ticari işletmenin devrinin anlatımı, mümkün merteye, hukuki işlemlerin kronolojik sırasına uygun bir şekilde yapılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMLARI

I. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE UNSURLARI

A. Kavram

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), ticari işletmeyi temel kavram olarak kabul etmiş ve kanun bu kavram merkezinde kurulmuştur¹. Öyle ki, TTK sistemi içinde önemli yer tutan kavramlardan, tacir² (TTK m. 12/f. 1), ticaret unvanı (TTK m. 39/f. 1) ticari işletmeden hareketle tanımlanmıştır. Kollektif ve komandit şirketlerin kurulabilmeleri, ticari işletme çalıştırmaları şartına bağlanmıştır (TTK m. 211/ f. 1, TTK m. 304/f. 1). Tüm bunlara ilaveten, ticari hüküm (TTK m. 1/f. 1), ticari iş (TTK m. 3/f. 1) kavramlarının belirlenmesindeki esas alınan ölçüt ticari işletmedir³.

Bir çekişmesiz yargı işi veya bir davanın, ticari olma niteliğinde belirleyici ölçütlerden biri de yine ticari işletmedir (TTK m. 4/f. 1).

¹ BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, Bursa 2014, s. 17; ÇEKER, Mustafa: Ticaret Hukuku Genel Esaslar, Adana 2014, s. 15; ÜLGİN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 144; AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014, s. 123; KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Konya 2014, s. 13; TTK m. 11/f. 1'in gerekçesinde de, ticari işletmenin, kanunun temeli, merkez kavramı olduğundan bahisle; belirleyici hatta tanımlayıcı olduğu ifade edilmiştir.

² Kişi ticari işletme faaliyetleri çerçevesinde tacir sıfatını haiz olur. Ticari işletmenin faaliyet alanı dışındaki ilişkilerinde tacir sıfatı yoktur. ARSLANLI, Halil: Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 53.

³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 18; KENDİGELEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 143, N. 270; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 35; YONGALIK, Aynur: "6102 Sayılı TTK'da Ticari İşletme- Sigorta Hukuku", 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara 2011, s. 69.

B. Terminoloji Sorunu

İktisadi faaliyette bulunan yapılardan işletme⁴, teşebbüs, ticari işletme⁵ gibi kavramlar çoğu zaman birbirleri yerine kullanılmıştır. Bu durum da kavram karmaşasına yol açmaktadır⁶.

İşletme ile teşebbüs kavramları birbirlerine yakın kavramlar olmakla birlikte öğretide nitelik farklılıkları açıklanmıştır. ARSLANLI⁷, iktisat bilimi açısından teşebbüsün işletmeden daha dar kapsamda olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca yazar, teşebbüsün ticaret hukukundaki işletme kavramına yakın olduğunu belirtmekle birlikte, çerçevesini çizen ölçülerinin hukuk biliminin aradığı kesinlikten uzak olduğuna değinmiştir. YASAMAN⁸ da bu görüşe katılmaktadır. KARAYALÇIN⁹, işletmenin teknik- iktisadi bir kavram olduğunu, teşebbüsün ise iktisadi hukuki bir kavram olduğunu belirtmiştir. Genel olarak teşebbüsü, iktisadi veya iktisadi olmayan amaçları gerçekleştirmek üzere oluşmuş bir varlık olarak tanımlamaktadır. İktisadi teşebbüsün bir kolu olan ticari teşebbüs terimini ise, ticari işletmeyi karşılamak üzere kullanmıştır. Ayrıca yazar iktisadi ve hukuki bir bütün olarak ifade ettiği teşebbüsün, birkaç işletmeyi içermesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. BOZER¹⁰ ise, ticaret kanununun ticari işletmenin değil, ticari teşebbüsün kanunu olduğuna değinerek, teşebbüsün işletmenin çevreyle olan münasebetini, işletmenin ise müessesenin iç durumunu ifade ettiğini savunmuştur. MİMAROĞLU¹¹, teşebbüs kavramı yerine ekonomik girişimin bir alt

⁴ Burada belirtilen işletme kavramından kasıt, ticari işletme düzeyinde olmayan – örnek verecek olursak esnaf işletmesi- diğer işletmeler değil, iktisat bilimi bakımından işletmedir. Zira, örnek olarak verdiğimiz gibi esnaf işletmesini, ticari işletmeden ayıran kıstas, belirli bir kapasitenin üzerinde gelir sağlamayı hedef tutmaktır.

⁵ Ticari işletme teriminin de hukukta tek bir karşılığı gösterecek şekilde kullanımı yoktur. Hukukun çeşitli dallarında ticari işletme kavramı için bkz. HORN, Christian: Die Virtualisierung von Unternehmen als Rechtsproblem, München 2005, s. 6 vd.

⁶ Bu kavram karışıklığı yabancı hukuk dillerinde de söz konusudur. bkz. KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 157, dpn. 5.

⁷ ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1960, s. 16-17.

⁸ YASAMAN, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 10.

⁹ KARAYALÇIN, s. 155-156.

¹⁰ BOZER, Ali: “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme”, *BATİDER*, C. I, S. 3, s. 370.

¹¹ MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku İşletme Hukuku, Birinci Cilt, Ankara 1978, s. 188.

kolu olan ticari girişim kavramını kullanmaktadır. Ticari işletmenin de tıpkı ticari girişim gibi, ekonomik girişiminin bir alt kolu olduğunu vurgulayarak ticari girişim ile farkını açıklamıştır. Yazara göre, ticari işletme, işletmenin iç organizasyon ve yönelimini ifade ederken, ticari girişim, dışa dönük ilişki ve faaliyetlerini ifade etmektedir. DOMANIÇ/ULUSOY'a¹² göre, iktisadi işletmenin bir kısmını ve bir türünü oluşturan ticari teşebbüs kavramı, esnaf işletmesi de dahil, bütün ticari faaliyetleri kapsamaktadır. O halde ticari teşebbüs ticari işletmeyi de kapsayan bir üst kavramdır. TÜRK¹³, teşebbüsü, insan gereksinimlerinin mal ve hizmet üretimi ile karşılanmak üzere, üretim faktörlerinin bir girişimci tarafından bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız ekonomik bir birim olarak tanımlamaktadır. İşletme ise, doğrudan doğruya üretimin gerçekleştiği teknik birimdir. Yazar, teşebbüsü, işletmeyi de kapsayan geniş bir kavram olarak ele almaktadır. İNAL¹⁴, ticari teşebbüsü, ticari işletme ve esnaf işletmesini içine alan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir.

eTTK'da teşebbüs kavramı olarak kullanılmamıştır. Teşebbüs kavramı, ticari işletmenin tanımlandığı TTK'da ise, birkaç yerde kullanılmıştır (TTK m. 195/f. 5 ve gerekçesi, m. 198/f. 1, m. 202/f. 1-e, m. 202/f. 2, m. 202/f. 5). Kanun koyucu, bu hükümlerde geçen teşebbüs kavramını tercih nedenini, bu kavramın ticari işletmeden daha geniş olması ve şirketler topluluğu düzenlemelerinde yaygın bir uygulamaya sahip bulunması şeklinde açıklamıştır¹⁵. TTK m.195/f. 5 –“işletme” kavramı hükmün metninde yer almasa da- hükmünün gerekçesinde ise, “işletme” kavramının, “teşebbüs”ü veya benzeri diğer kavramları kapsadığı belirtilmiştir. O halde, TTK sisteminde işletme kavramı, en üst kavram olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca teşebbüs kavramı da ticari işletmeden farklı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Teşebbüs kavramı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 3. maddesinde tanımlanarak kanuni bir kavram haline gelmiştir¹⁶. Bu tanıma göre teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleridir

¹² DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s. 140.

¹³ TÜRK, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 8 vd.

¹⁴ İNAL, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 46.

¹⁵ GEREKÇE TTK m. 198.

¹⁶ KAYIHAN/YASAN, s. 42.

(RKHK m.3). Böylece teşebbüs tanımı içerisinde, esnaf işletmeleri, ticari işletmeler, şirketler hatta holdinglere kadar tüm ekonomik birimler girmektedir¹⁷. Demek oluyor ki, RKHK anlamında teşebbüs, ticaret hukuku ve iktisat biliminin işletme kavramlarını içinde barındıran geniş bir kavramdır. Ayrıca teşebbüs kavramı içerisinde, kar elde etme amacı gütmeyen devlet hastaneleri, devlet üretim çiftlikleri gibi kuruluşlar da girmektedir¹⁸. Önemle belirtmek gerekir ki, rekabet hukuku bakımından teşebbüste bağımsızlık unsuru, karar alma mekanizması bakımından söz konusu olup, hukuki olmaktan ziyade ekonomiktir¹⁹. Oysaki ticaret hukuku bakımından işletmenin ekonomik bağımsızlığı değil, hukuki bağımsızlığı ön planda olması gerekmektedir²⁰. Bunun sonucu olarak da, birden fazla işletmenin oluşturduğu ekonomik birlik, tek bir teşebbüs olarak kabul edilecektir²¹. O halde, rekabet hukuku kapsamındaki teşebbüs kavramı, ticari işletmeden farklı bir kavramı ifade etmektedir.

eTTK’da müessese kavramı kullanılmıştı. Bu kavram eTTK m. 1/f. 1 ve m. 3/f. 1’de ticari işletmeyi karşılayacak şekilde kullanılmasına karşın, m. 11/f. 1’de -ticari işletme ile birlikte kullanılarak- ticari işletmeden farklı bir kavram olarak karşımıza çıkmıştı. Nitekim kanunun diğer hükümlerinde (eTTK m. 11/f. 2, m. 13, m. 18/f. 1, m. 727/f. 1, m. 745, m.765/f. 1, m. 823/f. 4) müessese kavramı, TTK’daki kurum ya da kuruluş kavramlarına karşılayacak şekilde kullanılmıştır.

Kanaatimizce iktisat bilimi bakımından işletme; üretim, hizmet sunma vs. birimi olarak değerlendirilecek teknik birimi ifade eden iktisadi bir kavramdır. Ticari işletme ise, ticaret hukuku anlamında belirli bir kapasitede iktisadi faaliyetler yürüten hukuki bir kavramdır. Teşebbüs ise, ticaret hukukunun aradığı kesinlikten uzak olan, soyut-kapsayıcı bir kavram olması nedeniyle, ticari işletme kavramını karşılayacak şekilde kullanılamaz.

¹⁷ KAYIHAN/YASAN, s. 42.

¹⁸ KARAHAN, Ticari İşletme, s. 14.

¹⁹ KAYIHAN/YASAN, s. 49.

²⁰ KAYIHAN/YASAN, s. 49.

²¹ KAYIHAN/YASAN, s. 49.

C. Tanımı

eTK’da, ticari işletmenin tanımı yapılmamıştı. eTK m. 11/f. 1’de –sınırlı sayıda olmamakla birlikte- ticarethane²² veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme olarak sayıldığına belirtilmesiyle yetinilmişti²³. Oysaki ticari işletme TTK’nın olduğu gibi, eTK’nın da merkez kavramı idi. Kanunun temelini oluşturan bir kavramın tanımının (mülga) Ticaret Sicili Tüzüğü m. 14/f. 2’ye (eTST)²⁴ bırakılması doktrinde eleştiri konusu olmuştu²⁵.

Bir kavramın yerleşmesinde ve içeriğinin belirlenmesinde en önemli etkenlerin başında belirli bir tanımının yapılması gelmektedir²⁶. Başarılı bir tanımdan söz

²² Ticarethane kavramı, 865 sayılı Ticaret Kanunu (eTTK) sisteminde ticari işletmenin (eTTK m. 46/f. 1, m. 48/f. 1, m. 125/f. 1 No.7, m. 126/f. 1) yerine kullanılmıştı. eTTK’da ticari işletmenin yerini tutan ticarethane kavramı, eTK’da ticari işletmenin bir türü olarak düzenlenmişti.; Bu dönemde yazılan kitaplarda da ticari işletme kavramını, ticarethane/ticaret evi kavramı karşılamaktaydı. BİLGİŞİN, Memedali Şevket: Ticaret Hukuk Prensipleri, C. I, İstanbul 1948, s. 222 vd. ; HIRSCH, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri Genel Prensipler Ticari İşletme, C. I, İstanbul 1939, s. 209 vd. Ticari işletmeyi merkez kavram olarak benimseyen eTTK’nın hazırlanmasında büyük emekleri olan HIRSCH, daha sonraki eserinde ticarethane kavramını terk etmiş, ticari işletmeyi kullanmıştır. HIRSCH, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 32, 103, 124.

²³ Ticaretin hizmet, iletişim, bilişim gibi alanları içeren ve özellikle e-ticaret kavramı ile birlikte değişen yapısı nedeniyle TTK ticari işletmenin türlerini saymaktan vazgeçmiştir. KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 44.

²⁴ eTST m. 14/f. 2, ticari işletmenin tanımını yaparken mehz İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü’nden esinlenmişti. Hangi işletmelerin ticari işletme sayılamayacağına ilişkin olumsuz bir tanım yapan bu hüküm; *“Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz”* ifadeleriyle düzenlenmişti. KARAYALÇIN, s. 157-158; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 144, N. 273. Ticari işletmenin unsurlarından olan bağımsızlık, bu tanım içerisinde yerini almamıştı. Ancak dönemin bazı eserlerinde yapılan ticari işletme tanımlarında bağımsızlık unsuruna yer verilmişti. BİRSEL, Mahmut Tevfik: Ticari İşletme Hukuku, Cilt I, İzmir 1970, s. 75.

²⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 18; ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 16; İMREGÜN, s. 6; Kanunun tümüne egemen ve diğer kavramlar ile ilişkisi olan temel bir kavramın, Ticaret Sicil Tüzüğü’ne bırakılamayacağı, TTK m. 11/f. 1’ in gerekçesinde belirtilmiştir.

²⁶ TTK m. 11/ f. 3’te yapılan bu tanım ile birlikte, ticari işletme kavramı kurumsallaştırmakla birlikte, Türk ticaret hukukunun somutluk ve şeffaflık temelinde yapılandırılmasında önemli rol oynamıştır. TEKİNALP, Ünal: Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, BATİDER,

edebilmek için ise, tanımı yapılan hususun, unsurlarını tamamen içermesi gerekir. Ticaret Kanunu açısından bu denli önemli olan ticari işletme kavramı, nihayet TTK m. 11/f. 1 ile tanımlanmıştır²⁷. Bu tanıma göre ticari işletme, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*”²⁸. Demek oluyor ki, bir işletmeye ticaret kanunu hükümlerinin uygulanması için²⁹, belirli bir düzeyde ekonomik kazanç elde etme amacıyla, bağımsız bir şekilde sürdürdüğü faaliyetlerinin süreklilik arz etmesi gerekmektedir.

D. Unsurları

TTK m. 11/f. 1’de -doğal olarak- unsurlarını³⁰ da içerecek şekilde ticari işletme tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre ticari işletmenin unsurlarını; gelir sağlamayı hedef

C. XXIV, S. 3, 2008, s. 16; ŞENER, Oruç Hami/UZUNALLI, Sevilay: Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s. 1.

²⁷ TTK m. 11/f. 3’te ticari işletmenin tanımlanmasıyla birlikte, esnaf işletmesi kavramı da yasal bir kavram halini almıştır. DEMİRKAPI, Ertan: “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 378.

²⁸ KENDİGELEN, TTK m. 3’ün gerekçesinde belirtilen “*bir kavramın tanımı, kavramı içeremez*” ifadesinden bahisle, TTK m. 11/f. 1’deki ticari işletme tanımında, işletme kavramının kullanılmasını eleştirmiştir. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 145, N. 273; Bir şeyin kendisiyle tanımlanması, tanımlamalarda çok benimsenmemesi gereken ve genellikle de eleştirilen bir yöntemdir. Komisyon çalışmalarında “*...faaliyetler, ticari işletmedir.*” şeklinde önerilmesine karşın, bu şekilde bir tanımlamanın da faaliyetlerin kapsamının belirlenmesi noktasında sıkıntılar yaratabileceği ya da, soyut kalabileceği kaygıları ile mevcut tanımda uzlaşmıştır. YONGALIK, s. 78. TEKİNALP’e göre, ticari işletme sahip olduğu unsurlarla birlikte diğer işletmelerden ayrılır; dolayısıyla, diğer işletmelerden farklı olarak ticari niteliği haizdir. Bu nedenle yazar, bu husustaki eleştirilere katılmamaktadır. TEKİNALP, Ünal: “Ticari İşletmenin TK m. 11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, *BATİDER* 60. Yıl Armağanı, Ankara 2016, s. 5. Kanaatimizce, bu hükümde yer alan “*işletme*” kavramı iktisadi bir kavram olarak değerlendirilmelidir, bu nedenle, hukuki bir kavram olan ticari işletmenin tanımında kullanılmasının sakıncası yoktur.

²⁹ TTK m. 15/f. 1’e göre, tacirlere özgü olan TTK m. 20 ve m. 53 hükümleri esnaf için de uygulanır.

³⁰ Yazarlar, ticari işletmenin unsurları kavramı yerine, ticari işletmenin özellikleri kavramını kullanmayı tercih etmektedirler. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 18; KAYAR, s. 44; İMREGÜN ise, aynı anlamı ifade edecek şekilde, “*Ticari İşletme Kavramının Öğeleri*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

tutma, devamlılık, bağımsızlık ve hedeflenen gelirin esnaf düzeyini aşma olarak ifade edebiliriz³¹.

İMREGÜN, s. 7; DOMANİÇ/ULUSOY ise, “*Ticari İşletmenin Nitelikleri*” başlığı altında incelemiştir. DOMANİÇ/ULUSOY, s. 146.

³¹ ÇEKER, Genel Esaslar, s.15; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN) s. 149 vd., N. 280 vd.; KARAHAN, gelir sağlamayı hedefleme unsuru yerine iktisadi faaliyet, esnaf faaliyeti sınırını aşma yerine kapasite terimlerini benimsemesine karşın, terimler içerik bakımından farklılık arz etmemektedir. KARAHAN, Ticari İşletme, s. 15; KARAYALÇIN, bu unsurlara aleniyeti de eklemektedir. KARAYALÇIN, s. 160; Aleniyet ile kastedilen, ticari işletmenin faaliyetlerinin belirsiz bir müşteri çevresine yönelmiş olmasıdır. AKER, s. 56. Gelir sağlama amacıyla yürütülen faaliyetler doğasında, aleniyet unsurunu da içerir. BAŞTUĞ/ERDEM, s. 20. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, kanundaki tanımında yer alan “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin*” ibaresinin iki unsur içerdiğini belirtmektedir. Yazarlar, virgül ile ayrılmadığı için tek bir cümle gibi gözüken bu ibarenin tek bir unsuru içerdiğinin kabulü halinde, ticari işletme kavramının, bunu işleten kişinin sübjektif hedefine göre belirleneceği durumuyla karşılaşılacağını ve bu durumun da kanun koyucunun hedefine uygun olmadığını belirtmişlerdir. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 18; Kanaatimizce, söz konusu ibarede ticari işletme ile ilgili iki unsur mevcuttur. Zira “*gelir sağlamayı hedef tutma*” ticari işletmenin varlık amacı ile ilgilidir. “*Esnaf faaliyetinin sınırlarının aşılması*” ise, bir işletmenin kapasitesi ile ilgili olup, ifade edilen bu sınırın aşılması halinde işletme, -diğer unsurlarının varlığı halinde- ticari işletme olarak nitelendirilir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu iki unsurdan birinin olmaması halinde işletme, ticari işletme olarak nitelendirilemez. O halde, her birinin varlığı ticari işletme için bu denli önemli olan iki şeyin, ayrı ayrı unsurlar olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim, ticari işletmenin üç unsura sahip olduğunu ifade eden yazarlar, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlama amaçlı faaliyetlerde bulunması*” başlığı altında “*esnaf faaliyetleri sınırının aşılması*” ve “*gelir sağlamayı hedef tutma*” unsurlarını incelemişlerdir. Bununla birlikte, TEKİNALP, farklı bir sistem ortaya koyarak, ticari işletmenin unsurlarını; ticari işletmenin bulunması, gelir elde edilmesinin hedeflenmesi ve esnaf faaliyeti sınırının aşılması olarak üçe ayırmaktadır. Yazara göre, ticari işletmenin bulunması unsuru, TTK ile birlikte yürürlükten kalkan eTK m. 12 ve m. 13’ten doğan boşluğu gidermek içindir. Bu unsorda dikkat çekilen husus, faaliyetlerin bir organizasyon kapsamında yürütülmesidir. Yani bir organizasyonun varlığıdır. TEKİNALP, Yeniden Düşünmek, s. 9 vd.; BOZER/GÖLE ve ŞENER/UZUNALLI ise, ticari işletmenin unsurlarını; bir organizasyon içerisinde ekonomik ve ticari faaliyetlere yönelmiş bir işletmenin varlığı, faaliyetlerinin devamlılık arz etmesi, bağımsız bir şekilde işletilmesi ve esnaf faaliyeti sınırını aşacak seviyede gelir sağlama hedefinin bulunması olarak saymaktadır. BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 7; ŞENER/UZUNALLI, s. 1; DEMİRKAPI, ticari işletmenin bulunması unsurunu, organizasyonun gerekliliği olarak algılamış ve organizasyonun varlığının hali hazırda bütün iktisadi işletmeler için söz konusu olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca TTK m. 11/ f.3’teki tanımında, ticari işletmenin bir işletme olduğunun vurgulanmasını da değinerek, işletmenin bulunmasının ticari işletme bakımından belirleyici olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle söz konusu unsurun ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayıracak

1. Gelir Sağlama Hedefi

Bütün iktisadi işletmelerin temel varlık amacı, gelir sağlamayı hedeflemiş olmalarıdır. Bu amaç ticari işletmeler açısından da geçerlidir. Gelir sağlama hedefi ile kurulmayan bir yapı ticari işletme olarak nitelendirilemez³².

Yapılan faaliyeti iktisadi kılan şey, faaliyetin gelir sağlama hedefiyle yapılmasıdır. Yani, gelir sağlama hedefi ile başlanan bir faaliyetin sonunda, kazanç elde edilmemiş olması ve hatta zarar söz konusu olsa dahi, bu unsurun varlığı söz konusu olacaktır³³. O halde, bu unsurun varlığı için kazanç değil, gelir elde etme niyeti önem arz etmektedir.

Gelir elde etme amacı olmayan bir faaliyet sonunda gelir elde edilmesi durumunda dahi söz konusu bu unsur var olmayacağı için, ticari işletmenin varlığından da söz edilemeyecektir³⁴.

Gerçekleştirilen iktisadi faaliyet sonucu elde edilen gelirin ne şekilde kullanıldığının, ticari işletmenin varlığının belirlenmesinde herhangi bir önemi yoktur³⁵.

bir unsur olarak değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. DEMİRKAPI, Ticari İşletme Tespiti, s. 381-382. Kanaatimizce, bir şeyin unsurları sayılırken, o şeyin kendisinin var olmasının aranması –ticari işletmenin bulunmasından kasıt bir organizasyonun varlığı olsa bile- ifade olarak uygun değildir. Ticari işletmenin bulunması unsuru, bir organizasyonun varlığının gerekliliğini ifade etmektedir. Bütün iktisadi işletmeler organizasyon çerçevesinde şekillenir. Bu anlamda, hukuki olarak ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayırmaya yarayan unsurlardan biri olarak ticari işletmenin bulunmasını saymanın uygun olmadığını düşünmekteyiz.

³² Avusturya İşletmeler Kanunu m. 1/f. 2'ye göre, ticari işletme, gelir sağlama amacı taşıdığına bakılmaksızın, devamlı ve bağımsız olan her türlü ekonomik faaliyet organizasyonudur. O halde Avusturya Hukukunda gelir sağlama amacı, ticari işletmenin belirlenmesinde önem taşımayacaktır.

³³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 19; ÇEKER, Genel Esaslar, s. 16; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 149, N. 281; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 15; KARAYALÇIN, s. 158; KAYAR, s. 45.

³⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 19; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 149, N. 281; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 16; MİMAROĞLU, s. 190. Aksi yönde, ARSLANLI'ya göre ise, gelir sağlama hedefi bulunmasa bile, iktisadi faaliyetin ticari bir organizasyon içinde gerçekleştirilmesi halinde, ticari işletme mevcuttur. ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 22, dn. 1; Benzer şekilde görüş için bkz. KARAYALÇIN, s. 158. Kanaatimizce, gelir sağlamayı hedef tutma, ticari işletmenin amaç unsurudur. Bir şeyin varlığı ile amacı arasında güçlü bir bağ vardır. Öyle ki, ticari işletme, tıpkı anonim şirketler (TTK m. 331/f. 1) ve limited şirketler (TTK m. 573/f. 3) gibi belli bir amaç doğrultusunda teşkilatlanmıştır. O halde, gelir sağlama hedefi olmayan bir organizasyon ticari işletme olarak nitelendirilemeyeceği gibi iktisadi anlamda işletme olarak da nitelendirilemez.

Yani faaliyeti iktisadi kılan şey, gelirin ne şekilde kullanılacağı değil, faaliyetin ne amaçla gerçekleştirileceğidir.

Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, malvarlığında pasifin azalmasına yönelik kurulan tüketim kooperatifleri işletmelerinin gerçekleştirdiği faaliyetler iktisadi faaliyet olarak kabul edilmektedir³⁶. Zira, malvarlığındaki pasifin azalmasını hedef tutmak, iktisadi bir menfaat sağlamakta, dolayısıyla gelir sağlamayı hedef tutmak ile bu anlamda farklı bir değerlendirilmeye tabi tutulmamalıdır³⁷.

Son olarak belirtmek istediğimiz husus ise, gelir sağlama hedefine ulaşılmasında, ticari işletmeyi çalıştıran şahsın niteliğinin önemli olmadığıdır. O halde, girişimcinin özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişisi olması ya da tüzel kişiliği haiz olmayan bir kişi topluluğu olması, işletmenin ticari işletme sayılması bakımından önem taşımaz³⁸.

2. Devamlılık

Gelir elde etme amacıyla kurulan bir ticari işletmenin faaliyetlerinin devamlılık arz etmesi gerekmektedir. TTK m. 11/f. 1’de yapılan ticari işletme tanımında devamlılık unsuru açık bir şekilde belirtilmiştir. Ayrıca TTK m. 11’in kenar başlığında³⁹ belirtildiği gibi ticari işletmenin devrinde bütünlük ilkesi hakimdir. Bütünlük ilkesinin ifade bulduğu TTK m. 11/f. 3 ile ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılması ile birlikte devamlılığının da temin edilmesi hedeflenmiştir. Nitekim hükmün gerekçesinde, ticari işletmenin, kendisine sürekli olarak tahsis edilen maddi ve gayri maddi unsurları ile bir

³⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 19; ÇEKER, Genel Esaslar, s. 16; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 15; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 147. Kamu tüzel kişisine ait bir ticari işletmeden elde edilen gelir, kamu hizmetlerine ayrılabilceği gibi, vakıf veya dernek tarafından işletilen bir ticari işletmeden elde edilen gelir de hayır işlerinde kullanılabilir. KARAYALÇIN, s. 158; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 149, N. 282; KAYAR, s. 46.

³⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 19; ÇEKER, Genel Esaslar, s. 16; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 150, N. 283; KARAYALÇIN, s. 158-159; KAYAR, s. 45. Aksi yönde, BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2013, s. 8.

³⁷ BOZER/GÖLE’ye göre, ekonomik menfaat sağlamak, gelir sağlama amacının yerini tutamaz. BOZER/GÖLE, 2013, s. 9.

³⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 19; ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 19; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 150, N. 283.

³⁹ TTK m. 1534/f. 1’e göre, kenar başlıkları metne dahildir.

bütün oluşturan malvarlığı cephesinden bahsedilmektedir. Sürekli olarak tahsis edilen bu malvarlığı, iktisadi faaliyetlerin devamlılık arz etmesi içindir⁴⁰.

Ticari işletme kapsamında gerçekleştirilen iktisadi faaliyetler, ticarete özgü usul ve organizasyonla gerçekleştirilir⁴¹. Devamlılık unsurunun varlığı da faaliyetin aralıksız⁴² devamlılığından ziyade, organizasyonun devamlılığı ile ilgilidir. O halde devamlılık, faaliyetlerin daimi olmasıyla ilgili değil, faaliyet dönemi içerisinde faaliyetlerin devamlılık arz etmesi ile ilgilidir⁴³. Örnek verecek olursak, Çeşme’de plaj işletmeciliği ile ilgili yürütülen faaliyetlerin, yazdan yaza sürdürülmesi halinde dahi, devamlılık unsuru söz konusu olacaktır. Demek oluyor ki, yapılan işin kendi işleyişinden kaynaklanan kesintiler, bu unsurun varlığını ortadan kaldırmaz⁴⁴. Ayrıca süreklilik açısından, önemli olan husus, işletmecinin niyet ve kastıdır⁴⁵. Bu nedenle, ölüm, hastalık gibi geçici sebeplerle, faaliyetlerin az ya da çok kesintiye uğraması halinde, devamlılık unsuru bu durumdan etkilenmez⁴⁶.

Faaliyetin devamlılık arz etmesi için, uzun ya da kısa bir süre dahilinde gerçekleşmesinin bir önemi yoktur⁴⁷. Önemli olan faaliyet süresinin devamlılık arz edecek şekilde belirlenmesidir. Mevsimsel olarak yürütülen faaliyetlerde olduğu gibi bir metro inşaatının dört ay içerisinde yapılması faaliyeti için de devamlılık unsuru mevcuttur. Buna karşın, bir veya birkaç sefer mahsus olarak gerçekleştirilen, tesadüfi ya da arızı nitelikteki faaliyetlerde ise devamlılık unsuru yoktur⁴⁸. Örnek verecek olursak, -

⁴⁰ AKER, Halit: Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 49.

⁴¹ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 21; HIRSCH, s. 103.

⁴² Faaliyetin aralıksız olması halinde de devamlılık söz konusu olabilir. POROY/YASAMAN, s. 39; Devamlılık, faaliyetlerin hiç ara verilmeksizin yıllarca devam etmesi anlamına gelmez. BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 24.

⁴³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 20; İMREGÜN, s. 8.

⁴⁴ KENDİGELEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 150, N. 285; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 16.

⁴⁵ AKER, s. 51.

⁴⁶ İşletme faaliyetlerinin başlamadan önce, ticari işletmenin açılmış olduğunun ilan edilmesi ya da işletmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi neticesinde kişinin tacir sıfatını haiz olması; devamlılık unsuru bakımından işletmecinin iradesinin önemini ortaya koymaktadır. ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 20. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 125; AKER, s. 51.

⁴⁷ KENDİGELEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN) s. 150, N. 285; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 16

⁴⁸ ÇEKER, Genel Esaslar, s. 16; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 146; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 24.

bir defaya mahsus olarak- kişinin kullandığı bilgisayarı satarak gelir elde etmesi halinde devamlılık unsurundan söz edilemez.

Faaliyetlerin profesyonelce yürütüldüğü bir teşkilatlanma olarak organizasyonun sağlanması da devamlılık unsurunun bir sonucudur⁴⁹. Yine ifade edebiliriz ki, devamlılık unsuru taşıyan iktisadi faaliyetler yürüten bir girişimci, bu faaliyetleri kendisine meslek olarak edinmiştir⁵⁰.

Devamlılık niyetiyle başlatılan bir faaliyetin, daha sonradan herhangi bir sebeple olursa olsun kesintiye uğraması halinde, faaliyetin kesintiye uğradığı ana kadar ki dönem için devamlılık unsuru mevcut olacaktır⁵¹.

Devamlılık niyeti olmadan başlatılan bir faaliyetin,- ne zaman sonra sona ereceği belirli olmadığı için-, devamlılık arz etmesi durumunda ise bu unsurun varlığı söz konusu değildir⁵².

Devamlılık unsuru, ticari işletmeyi işleten kişinin niyetine bağlı olmakla birlikte⁵³, belirli bir şahsa bağlı olmadığı için, ticari işletmenin devri durumunda, devralan, işletmenin varlığını muhafaza edip faaliyetlerine devam ettiği müddetçe, bu unsur da varlığını sürdürecektir. Yani devamlılık unsurunun kaderi belirli bir kişiye değil, işletmeyi işleten kişinin niyeti doğrultusunda, işletmenin varlığına bağlıdır.

3. Bağımsızlık

eTK döneminde ticari işletmenin tanımı eTST’de yapılmıştı. Bu tanım da, ticari işletmenin unsurlarından olan bağımsızlık unsurunu içermiyordu⁵⁴. Öğretide bazı

⁴⁹ KARAYALÇIN, s. 159, MİMAROĞLU, s. 190.

⁵⁰ KARAYALÇIN, s. 159; Yazar, TTK m. 102/f. 1’deki “.. meslek edinen..” ibaresinin, devamlılık unsurunun bir ifadesi olduğunu belirtmektedir. AKER, Ticari İşletme Kirası, s. 50.

⁵¹ KARAHAN, Ticari İşletme, s. 16.

⁵² KARAHAN, Ticari İşletme, s. 16-17.

⁵³ Örnek verecek olursak, ticari işletme kirasında (ticari işletmenin hasılat kirasına konu olduğu durumda), devamlılık unsurunun varlığı için, kira dönemi boyunca kiralayan kişinin niyeti önem arz eder. AKER, s. 51.

⁵⁴ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 17’e göre, şubenin yaptığı işlemlerden dolayı, davanın ticari işletmeye karşı açılması, şubenin ticari işletmeye bağlı olduğunu gösteren şube ibaresi ile

yazarlar⁵⁵ da eserlerinde, bağımsızlık unsurunu, ticari işletmenin unsurları arasında saymamıştı. TTK m. 11/f. 3'te yapılan ticari işletme tanımında ise, bağımsızlık unsuru açıkça ifade edilmiştir.

Bir işletmeyi, sadece iktisadi bir bütün olmanın ötesinde hukuki bir bütün kılan unsur bağımsızlık unsurudur⁵⁶. Yani bir ticari işletmenin var olabilmesi için faaliyetlerinin bağımsız bir şekilde sürdürülmesi gerekmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre⁵⁷; bağımsızlığın, iç ilişkide ve dış ilişkide olmak üzere iki yönü vardır. İç ilişkide bağımsızlık, başka bir ticari işletmenin irade ve işlemine bağımlı olmadan işlemler yapılabilmesi olan, idari bağımsızlıktır. Dış ilişkide bağımsızlık ise, üçüncü kişiler ile işlem yapabilme yetisini ifade etmektedir. Ticari işletmenin var olabilmesi için, bu iki bağımsızlığın birlikte olması gerekmektedir. O halde, idari anlamda merkeze bağlı olarak faaliyet gösteren şubeler, ticari işletme olarak değerlendirilemez⁵⁸. Şubenin işletmeden ayrı olarak devrinin, ticari işletmenin devri olarak nitelendirilmemesinin nedeni de bağımsızlık unsurunun mevcut olmamasıdır.

birlikte ticaret unvanını kullanma zorunluluğu bağımsızlık unsurunun varlığının yasal göstergesidir. DOMANIÇ/ULUSOY, s. 147.

⁵⁵ İMREGÜN, s. 7; MİMAROĞLU, s. 190 vd.

⁵⁶ KARAYALÇIN, s. 160.

⁵⁷ DOMANIÇ/ULUSOY, s. 147-148; KAYAR, s. 47; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 128.

⁵⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 20; ÇEKER, Genel Esaslar, s. 17; KARAYALÇIN, s. 160; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 151, N. 287; BOZER/GÖLE, 2013, s. 12; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 17; KAYAR, s. 47; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 128. KENDİGELEN, dış ilişkide işlem yapabilme yeteneğini haiz olmayan depo, atölye, laboratuvar gibi birimlerin, bağımsızlık unsurunun aksi yönde örnek teşkil edecek şekilde ifade edilemeyeceğini savunmuştur. Ayrıca, ticari temsilci ve ticari vekil gibi yönetim ve temsil yetkileri bulunan kişilerin gerçekleştirdikleri faaliyetler de, bağımsızlık unsuruna aksi yönde örnek teşkil etmez. Zira yürüttükleri faaliyetler, sadece yetkili kılındıkları işletme kapsamındadır. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 152, N. 287. Kanaatimizce de bu tür birimler örnek olarak gösterilemez. Zira bu birimlerin salt kendileri bir faaliyet yürütemez. Faaliyetin söz konusu olmadığı bir durumda da bağımsızlık unsuru aranmamalıdır. Aynı şekilde, ticari temsilci ve ticari vekil gibi kişilerin faaliyetleri de örnek olarak gösterilemez.

4. Hedeflenen Gelirin Esnaf İşletmesi Düzeyini Aşması

Bir ticari işletmeyi, diğer iktisadi işletmelerden ayıran unsur, hedeflenen gelirin esnaf işletmesi düzeyini aşmasıdır. O halde esnaf işletmesi ile ticari işletmeyi ayırmamıza imkan veren unsur, bu unsurdur. Bu unsurun tetkiki ile birlikte bu işletmelere uygulanacak hükümler de belirlenmiş olacaktır. Öyle ki; şayet bir işletme, esnaf işletmesi düzeyini aşan gelir elde etmeyi hedef tutmuş ise, TTK hükümleri söz konusu olacak iken, aksi halde –kural olarak⁵⁹- 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu uygulanacaktır⁶⁰.

TTK m. 15/f. 1'e göre esnaf, *“ister gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri TTK m. 11/f. 2 uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişidir.”*.

TTK m. 15, esnafı tanımlarken aynı zamanda esnaf işletmesini de tarif etmektedir. Öyle ki; nasıl ticari işletmeyi işleten kişiye tacir deniliyorsa, esnaf işletmesini işleten kişiye de esnaf denmektedir. Ve şüphesiz ki, işleten kişinin hukuki sıfatı ile işletmenin niteliği ilintilidir.

TTK m. 15'te esnaf için öngörülen ölçütler; ekonomik faaliyeti, sermayesinden çok bedeni çalışmasına dayanması, geliri Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamede gösterilen sınırı aşmaması ve sanat veya ticaretle uğraşmasıdır⁶¹. Bu ölçütlerden en somut olan ve esnaf işletmesi ile ticari işletme ayrımını net bir şekilde yapacak olan ölçüt, gelirin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamede gösterilen sınırı aşmamasıdır. İşletmenin niteliğine göre uygulanacak hükmün farklılık arz etmesi nedeniyle, ayrımın da net bir şekilde yapılması gerekmektedir.

TTK m. 11/f. 2'ye göre, *“Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir.”*. TTK m. 15/f. 1, elde edilen gelirin esnaf işletmesi- ticari işletme ayrımında kullanılması için TTK m. 11/f. 2'de çıkartılan kararnamedeki sınırlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra bu durum ile ilgili bir Bakanlar Kurulu kararnamesi çıkarılmamıştır. O halde, eTK döneminde çıkarılan 2007/12362

⁵⁹ TTK m. 15/ f. 1' e göre, TTK m. 20 ve m. 50 hükümleri esnaflara da uygulanır.

⁶⁰ KAYIHAN/YASAN, s. 47.

⁶¹ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 125-126.

sayılı “Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Karar”(Esnaf Kararnamesi), halen yürürlükte⁶². Esnaf Kararnamesi, tacir -esnaf ayrımını dolayısıyla ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımını Vergi Usul Kanunu m. 177’de öngörülen parasal limitlere göre yapmıştır⁶³.

E. Ticari İşletmenin Hukuki Niteliği

Ticari işletmenin hukuki niteliğinin tespiti özellikle ticari işletmenin devrinde önem kazanmaktadır⁶⁴. Ticari işletmenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmalar neticesinde ticari işletmenin hukuki niteliği farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bu konu hakkında ileri sürülen teorileri; ticari işletmenin hukuki kişiliğe sahip olup olmadığı teoriler, bütünlük kavramına dayanan teoriler, ticari işletmeyi meydana getiren esaslı unsurları göz önünde bulunduran teoriler, sui generis maddi olmayan mal veya özel malvarlığı teorisi olarak ifade edebiliriz⁶⁵. Aslında bu bakış açıları ticari işletmenin farklı yönlerini ele almaktadır. Kanaatimizce ticari işletmenin hukuki niteliğinin tespiti, farklı hukuk dallarının birlikte değerlendirilmesi ile mümkün olacaktır.

TTK m. 1534/f. 1 uyarınca kenar başlıkları, madde metnine dahil kabul edilir. TTK m. 11’i kenar başlığı olan “*bütünlük ilkesi*” ile birlikte ele aldığımızda, ticari işletmenin maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşan iktisadi ve hukuki anlamda bir bütün olduğunu ifade edebiliriz⁶⁶.

Bir şeyin, hukuki kişilik kazanabilmesi için, ona ilişkin maddi hukuk düzenlemesi olması gerekmektedir. Zira, tüzel kişiler sınırlı sayıda belirtilme ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir⁶⁷. O halde bir şeyin tüzel kişi olabilmesi için, kanunlarda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ticari işletmelerin tüzel kişi olduğuna dair herhangi bir

⁶² KAYAR, s. 48-49.

⁶³ KAYAR, s. 49.

⁶⁴ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 109.

⁶⁵ Bu teoriler ile ilgili bilgi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun: Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, Ankara 1962, s. 4.

⁶⁶ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 180, N. 338; TTK m. 11/ f. 3 ile birlikte, ticari işletme ekonomik bir bütün olmanın yanında, hukuki bir bütün olarak da kabul edilmiştir. YONGALIK, s. 70.

⁶⁷ SEROZAN, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s. 29 vd..

maddi hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle ticari işletmelerin hukuki kişiliği söz konusu değildir⁶⁸. Bunun sonucu olarak da ticari işletmelerin hak ehliyeti bulunmamaktadır. Ayrıca, ticari işletme, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir örgütlenmeye sahip değildir. Hemen belirtelim, örgütlenmeden kastımız, hak süjesi olarak tüzel kişinin iradesini açıklayacak yapıdır⁶⁹. Bu bahiste son olarak değinmek istediğimiz husus; TTK m. 1530/f. 2’de geçen “ *ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde..*” ibaresidir⁷⁰. Bu ibare ilk bakışta, ticari işletmelerin hukuki kişiliğe sahip olduğu izlenimini vermekte ise de, belirttiğimiz nedenlerle böyle bir durumun olması söz konusu değildir. İbarenin bu şekilde düzenlenmiş olması, mecaz-ı mürsel anlatımdan öte bir şey değildir.

Bir şeyin eşya hukuku anlamında eşya olarak nitelendirilebilmesi için; cismani olması, sınırlandırılmış olması, fiili ve hukuki hakimiyet kurmaya elverişli olması gerekmektedir⁷¹. Ticari işletme, bünyesinde maddi unsurlar ihtiva etmesine karşın, bizatihi, cismani şey olarak değerlendirilemez. O halde, ticari işletme eşya hukuku anlamında bir eşya olarak nitelendirilemez⁷².

⁶⁸ Ticari işletme iktisadi bir bütünlük olmasına karşın, hukuki kişiliği haiz değildir. DRUEY, Jean Nicolas (DRUEY JUST, Eva/GLANZMANN, Lukas): Gesellschafts- und Handelsrecht, Zurich 2015, s. 9, N. 56; Ticari işletme, hak ehliyetini haiz değildir. HAUCK, Bernd: Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Basel 2008, s. 6; KNAUDER, Christian: Österreichisches Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, s. 20.

⁶⁹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 211.

⁷⁰ TTK m. 40/f. 1’de, ticari işletmenin ticaret siciline tescilinin zorunlu kılınması, TTK m. 49/f. 1’de ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceğinin hükme bağlanması ve TTK m. 11/f. 3’te düzenlenen ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olabilmesi; ticari işletmenin sanki hukuki bir varlığa sahipmiş gibi değerlendirilmesine yol açmaktadır. KENDİGELEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 180, N. 338.

⁷¹ SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2014, s. 6 vd.; Yazarlar bu unsurlara, gayrişahsi olma unsurunu da eklemektedir. GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 20 vd.

⁷² Bu durumun sonucu olarak da, eşya için geçerli olan bazı hükümler, ticari işletme için uygulama alanı bulmaz. KNAUDER, s. 20-21. MK’nın eşyaya ilişkin hükümlerini dikkate aldığımızda, ticari işletme eşya olarak kabul edilemez. HIRSCH, Ticari İşletme, s. 210. Ticari işletme eşya olarak nitelendirilemeyeceği için, eşya türleri bakımından değerlendirilmeye tabi tutulamaz.

Ticari işletme, eşya birliği⁷³ de değildir⁷⁴. Zira eşya birliği, eşya hukuku anlamındaki eşyadan oluşur. Oysaki, ticari işletme, eşya hukuku anlamında eşya ile birlikte, diğer hak konularını (ticari sırları, deneyimleri, müşteri çevresini vs) da ihtiva eder⁷⁵.

Bağımsız hak konularının belli bir amaç doğrultusunda bir araya gelerek, oluşturduğu amaçsal topluluğa hak birliği/hukuki birlik denir⁷⁶. Bu anlamda ticari işletme, maddi ve gayri maddi hak konularının iktisadi amaçlar ile bir araya gelmesi suretiyle oluşan bir organizasyondur. O halde ticari işletmeyi, hak birliği olarak nitelendirebiliriz⁷⁷. Ancak ticari işletme, maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşmaktadır. Bu unsurlar da farklı hukuki rejimlere tabidir. O halde, ticari işletmeyi salt hak birliği olarak nitelemek de doğru olmayacaktır⁷⁸.

Ticari işletme, kişinin malvarlığı içerisinde, iktisadi amaçla bir araya gelmiş bir bütünlük olarak özel bir yere sahip olması nedeniyle, özel malvarlığı⁷⁹ olarak değerlendirilmiştir⁸⁰. Hemen belirtelim bu değerlendirme, bir araya getirilen maddi ve gayri maddi unsurların bir amaca yöneltilmesi kapsamındadır⁸¹. Eş söyleyişle, bu değerlendirme ortaya çıkan bütünlüğün, daha çok amaç yönü dikkate alınarak, eşya hukuku anlamında, yapılmıştır. Ticari işletmenin bir bütün halinde devri, ticari

⁷³ Birbirini tamamlama ve birbirine tabi olma söz konusu olmadan, ekonomik bir nedenle, bir arada bulunan birden fazla şeylere eşya topluluğu denir. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 24.

⁷⁴ HIRSCH, Ticari İşletme, s. 210. AKER'e göre, eşya sınıflandırmalarından, ticari işletmenin niteliğini en iyi şekilde açıklayan ayırım, eşya birliğidir. AKER, s. 104.

⁷⁵ KNAUDER, s. 20.

⁷⁶ SİRMEN, Eşya, s. 27.

⁷⁷ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 25; SİRMEN, Eşya, s. 27. HIRSCH de, ticari işletmenin maddi ve gayri maddi unsurlardan bir araya gelmesi nedeniyle, eşya birliği değil, hak birliği (külli hukuki) olduğunu ifade etmektedir. HIRSCH, Ticari İşletme, s. 210-211.

⁷⁸ AKER, s. 105 dpn. 317.

⁷⁹ Yaşayan bir organizasyon yapısı ile ticari işletme, özel hükümlere tabi olmasına ve özel malvarlığı statüsünde olmasına karşın, hukuk süjesi değildir. SCHMIDT, Karsten (Hrsg): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§1-104, München 2014, s. 93.

⁸⁰ KNAUDER, s. 20.

⁸¹ Sorumluluk hukuku bakımından, ticari işletme özel malvarlığı olarak kabul edilemez. Zira, tacir, ticari işletmesine ait malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu değildir. Ayrıca ticari işletmeye tahsis olunan malvarlığı da, sorumluluk bakımından, ayrı bir rejime tabi değildir. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 180, N. 339.

işletmenin özel malvarlığı olduğuna delalettir. Öyle ki, bütünlük ilkesi⁸² ile birlikte ticari işletme özgülendiği amaca hizmet edecek şekilde varlığını sürdürebilme imkanı bulacaktır. Bu özel malvarlığı içindeki eşya, kendi hukuki varlıklarını muhafaza etmektedir. Yani her bir eşya, işletmeden bağımsız olarak hukuki bir işleme konu olabilir. Gayri maddi hak konularının varlığı ise, bu özel malvarlığına bağlıdır.

TTK m. 11/f. 3 ile birlikte ticari işletmenin bir kül halinde devri imkanı doğmuştur⁸³. Bu durum da ticari işletmenin bir hukuki obje olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Ticari işletmeyi, bir sözleşmenin konusu yapmakta beis yoktur⁸⁴. Eş söyleyişle, bir ticari işletme, tek ve özel borçlandırııcı işlemin konusu olabilir. Bununla birlikte, ticari işletme, -kural olarak- tek bir tasarruf işleminin konusu olamaz⁸⁵. Zira eşya hukukunun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesine göre, aynı haklar ancak mevcut ve ferdan belirlenmiş olan şeyler üzerinde kurulabilir⁸⁶. Bu nedenle, TTK m. 11/ f. 3, belirlilik ilkesine aykırı bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile ticari işletmenin –kısmi- külli halefiyet uyarınca devrinin, ticari işletmeyi TTK m. 11/f. 3 özelinde bir hukuki obje haline getirdiğini ifade edebiliriz⁸⁷. Bu durum, ticari hayatın gereklerinin sonucu olarak doğmuştur. Ticari işletmenin hukuki obje haline gelmesi,

⁸² Ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olabileceğinin öngörülmesinin temel nedeni, ticari işletmenin kendisini oluşturan maddi ve gayri maddi unsurlarından daha fazla bir değere sahip olmasıdır. KENDİGELEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 186, N. 353.

⁸³ Ticari işletme ile diğer işletmeler arasında, aktiflerin geçişi hususunda öngörülen bu farkı gerekli kılan makul bir sebep bulunmamaktadır. BAHTİYAR, Mehmet: “Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 106, 2011, s. 3093.

⁸⁴ KARAYALÇIN, s. 182; KNAUDER, s. 20.

⁸⁵ KNAUDER, s. 20. Ticari işletme, ister hukuki birlik isterse de fiili bir topluluktan ibaret olsun, tek bir tasarrufi işlemin konusu olamaz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 28, 29.

⁸⁶ SİRMEN, Eşya, s. 37.

⁸⁷ İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda en geç TTK m. 11/f. 3 gereği, ticari işletme devir sözleşmesinin kira, lisans vb sürekli borç doğuran sözleşmeleri de içerdiğinden, ticari işletmenin hukuki obje niteliğinden bahsedebiliriz. DEMİR, Koray: “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, *İÜHF*, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 106, 107; KENDİGELEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 180, N. 338. TTK m. 11/f. 3 gereği ticari işletme, aynı nitelikte bir bütündür. TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 5.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 207 ve 208'in uygulama alanına da farklı bir boyut kazandıracaktır⁸⁸.

Görüldüğü üzere ticari işletmenin hukuki niteliği, çok farklı açılardan değerlendirilebilir. Ayrıca ticari işletmeyi; maddi ve gayri maddi unsurları, amacı, bir bütün halinde hukuki ilişkilere konu olabilmesi ve hukuki kişilikten yoksun olması yönleriyle tek bir kalıba sığmayan sui generis iktisadi ve hukuki birlik olarak da nitelendirebiliriz⁸⁹.

Ticari işletmenin hukuki niteliğini de kapsayan bir tanımını yapalım. Ticari işletme, bir hukuki kişi⁹⁰ eliyle maddi⁹¹ ve gayri maddi unsurların iktisadi amaca yönelik olarak bütünleşip hukuki bir organizasyon haline geldiği, bu organizasyonun unsurlarından daha fazla değere sahip olan, kişinin malvarlığı içerisinde özel bir yere sahip ve tüzel kişiliği haiz olmayan, esnaf faaliyetlerini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, bağımsız, devamlılık arz eden ve hukuki işlemlere konu olabilen, sui generis hak ve eşya birliğidir⁹².

II. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A. Önemi

Ticari işletmenin TTK'nın merkez kavramı olduğuna değinmiştik. TTK sistemi açısından bu denli öneme sahip olan bir yapının var olması, varlığını devam ettirebilmesi ticari hayat için oldukça önemlidir. Zira güçlü ekonomiler, faaliyetlerini devam ettirebilen güçlü işletmeler ile sağlanır. İşte ticari işletmenin devri kurumu, ticari

⁸⁸ TEKİNALP, Yeniden Düşünmek, s. 6; POROY/YASAMAN, s. 41.

⁸⁹ Benzer bir ifade için bkz. SCHMIDT, s. 81, N. 15; KAYAR, s. 54.

⁹⁰ Ticari işletme terimi, ticari işletme ve işletme sahibinden oluşan örgütsel bir birliği ifade eder. HORN, s. 15.

⁹¹ Türk Ticaret Kanunu Hazırlama Komisyonu'nun ortak kanısı, ticari işletmeden bahsedebilmek için, işletmenin maddi anlamda varlığı gerekir. Salt faaliyet, ticari işletme olarak kabul edilemez. TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 5.

⁹² Ticari işletme, eşya ve haklardan oluşan bir bütünlük olarak görülür. BEISEL, Wilhelm/KLUMPP, Hans-Hermann/BEISEL, Daniel/SCHINDLER, Darius Oliver: Der Unternehmenskauf, München 2016, s. 8, N. 17; Ticari işletme, eşyadan ve hukuki ilişkilerden oluşmaktadır. HAUCK, s. 5.

işletmenin yaşantısına devam etme imkanını veren ve bu sayede ticari hayata doğrudan etkisi olan bir kurumdur.

Ticareti terk etmek ya da farklı amaçlarla ticari faaliyetlerine devam etmek isteyen tacir için ticari işletmenin devri önemli bir fırsattır. Öyle ki, ticari işletme, sahip olduğu maddi ve gayri maddi unsurlardan daha fazla değere sahip olan iktisadi ve hukuki bir bütünlüktür. Bu iktisadi bütünlüğün ticari işletme organizasyonu altında devredilemeyecek olması halinde, gayri maddi unsurlar yok olacak geriye adeta bir mal yığını kalacaktır. Şüphesiz ki bu durum, ticari işletmesini devretmek isteyen tacir için önemli bir kayıptır. İşte ticari işletmenin devri ile birlikte, ticari işletmesini devretmek isteyen tacir sahip olduğu malvarlığı değerini muhafaza etme imkanına kavuşacaktır. Diğer yandan, ticari işletme sahibi olmak ya da var olan ticari faaliyetlerini büyütmek isteyen kişi fazladan bir emek, sermaye ve zaman harcamadan bu amacını elde etmiş olacaktır.

–Özellikle- ticari hayata adım atmak isteyen bir kişinin, en büyük endişelerinden biri, ticari işletmenin belirli bir müşteri çevresine sahip olup olamayacağı hususudur. Zira, ticari işletmeler müşterileriyle birlikte yaşar. Yeterli müşterisi olmayan bir ticari işletmenin, uzunca bir süre yaşaması çok da olası değildir. İşte ticari işletmenin devri, var olan müşteri çevresinin de devri imkanını doğuracağı için, bu endişenin giderilmesine önemli ölçüde katkı sağlayacaktır.

B. Kavram

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin en önemli özelliklerinden biri de devredilebilir iktisadi bir bütünlük olmasıdır. Ticari işletmenin devri ile ticari işletmenin sahibinin değişiklik arz etmesine karşın ticari işletme yaşantısına devam edecektir.

Ticari işletmenin devrinde, devirden kastın ne olduğu hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe⁹³ göre, ticari işletmenin devri kavramı geniş anlamda

⁹³ ACEMOĞLU, s. 3; AYİTER, Mamelek, s. 47; BUCHLI, Guido: Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR., Zurich 1953, s. 32; BECKER, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI; Obligationenrecht, I. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934; Allgemeine Bestimmungen, Bern, Stämpfli & Cie., 1941, s. 836, N. 14.

anlaşılmalıdır. Ticari işletmenin devri, işletme aktiflerinin mülkiyetini devretmek suretiyle işletmenin temelli devrini doğuracak sözleşmeler kapsamında gerçekleşebileceği gibi, işletme üzerinde intifa hakkı kurulması ve işletmenin hasılat kirasına verilmesi durumlarında da söz konusu olur. Bu görüşe göre, ticari işletmenin belirli bir süreliğine işletilmesinin devredilmesi durumu da, ticari işletmenin devri olarak kabul edilmelidir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe⁹⁴ göre ise, ticari işletmenin devri, dar kapsamda ele alınmalıdır. Devirden kasıt, işletme aktiflerinin mülkiyetlerinin devredilmesi ile işletmenin temelli olarak bir başka kişiye geçirilmesi, işletmenin sahipliğinin iradi olarak el değiştirmesidir. O halde, ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi gibi, işletmenin geçici olarak kullanılması ve yararlanılması amacıyla başka bir kişiye işletilmek üzere bırakılması halinde, ticari işletmenin devri söz konusu değildir⁹⁵. Zira ticari işletmenin devri kurumunun düzenlenişi (alacaklıların korunmasına ilişkin devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğu, TTK m. 11/f. 3'ün ifadesi, TSY m. 133/f. 2-ç'de devir sözleşmesinde yer alması gereken hususlar arasında ticari işletmenin satış fiyatının sayılması, TSY m. 135/f. 5'te ticari işletmenin devrinde ilgili sicillere mal ve hakların –mülkiyetinin- devralan lehine tescili için gerekli bildirimin yapılması gibi düzenlemeler), ticari işletme aktif unsurlarının mülkiyetinin devri suretiyle ticari işletmenin bir bütün halinde el değiştirmesini öngörmüştür.

O halde ticari işletmenin devrini, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletme aktiflerinin külli olarak devredilmesi suretiyle, ticari işletme pasiflerinin de devri imkanının tanındığı, ticari işletmenin faaliyetlerine devam edebilecek şekilde el değiştirmesi sonucunu doğuran, bir kurum olarak ifade edebiliriz.

Bununla birlikte, TTK m. 11/f. 3 hükmü gereği, ticari işletme bir bütün halinde, rehin, intifa, kira, sigorta gibi diğer hukuki işlemlere de konu olabilir⁹⁶.

⁹⁴ ARICI, Mehmet Fatih: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 66; ÜLKÜ, Murat Fatih/KARAASLAN, Erol: “Alacaklılardan Mal Kaçırmak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. md. 179”, *Manisa Barosu Dergisi*, 1999, S. 70, s. 48.

⁹⁵ Bu durumda, ne TTK m. 11/f. 3 ne de TBK m. 202 uygulama imkanı bulur.

⁹⁶ GEREKÇE m. 11/f. 3; ÖZ, s. 104.

2. Devir Konusu İşletme

a) Genel Olarak

Ticari işletmenin devrinden söz edilebilmesi için, öncelikle bir işletmenin varlığı gereklidir⁹⁷. Ticari işletmenin devri, kapsamındaki işletme, TTK m. 11/f. 1 anlamındaki ticari işletmedir.

Ticari işletme, çok çeşitli unsurlardan oluşan bir ticari organizasyondur. Devir konusu ticari işletmenin bu yapısını muhafaza etmesi gerekliliği, TTK m. 11 ve TSY m. 133/f. 1 uyarınca bütünlük ilkesi kapsamında belirtilmiştir. Devrin gerçekleşebilmesinin şartlarından biri de, bütünlük ilkesi ile de bağlantılı olan, ticari işletmenin devamlılığı sağlanmak üzere devredilebilir olmasıdır (TSY m. 133/f. 1). Bu şartın anlamı, ticari işletme devri kurumunun anlamı ile açıklanabilir. Öyle ki, bu kurum, ticari işletmelerin değerlerini muhafaza ederek el değiştirmesine ve bu sayede yaşantısına devam etmesine imkan tanır. Devirden sonra, faaliyetlerine devam edebilecek nitelikte olmayan işletmelerin, ticari işletmenin devri yoluyla el değiştirmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, devralanın işletmenin faaliyetlerini devam ettirmesinin zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Zira ticari işletmenin aktif unsurları devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle, devralana geçecektir. Bu andan itibaren, devralanın, devamlılığı sağlanmış şekilde devredilen ticari işletmenin faaliyetlerine devam etmemesi, ticari işletme devrinin geçerliliğini etkilemez.

b) Uygulamada Devir Konusu İşletme

aa) Genel Olarak

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün⁹⁸, İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü'ne, ticari işletme devri sözleşmesi hakkında cevaben yazmış olduğu yazıda, devir sözleşmesine konu olan işletmenin ticaret siciline kayıtlı bir işletme olmadığından ticari işletmenin devrine konu olamayacağı ve dolayısıyla bu hususa ilişkin olgunun tescil edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü de, bu yazıyı, ticaret şirketlerinin sahip olduğu işletmelerin devri, ticari işletmenin devri yoluyla devredilmez, ancak gerçek kişi ticari işletmeleri ticari

⁹⁷ ACEMOĞLU, s. 44.

⁹⁸ Sayı: B.21.0.İTG.0.03.00.00.433.99-904515/6659

işletmenin devrinin konusu olabilir şeklinde yorumlamaktadır. Bu nedenle, İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü uygulamasında, bir anonim şirket, sahip olduğu bir işletmeyi, TTK kapsamında düzenlenmiş olan kısmi bölünme yoluyla ya da TBK kapsamında akdedilecek bir satım sözleşmesi ile devredebilir.

Ticaret sicil müdürlüğü, yalnızca gerçek kişi ticari işletmelerinin ticari işletmenin devrine konu olabileceğini, TSY m. 135’de tüzel kişiliğı ait bir işletmenin, başka bir kişiye devri öngörülmediğı için, bu hükme de dayandırmaktadır.

bb) Değerlendirmemiz

Öncelikle belirtmek istediğimiz husus, ticari işletmenin devrine konu olacak işletmenin tespiti kanun hükümlerine göre yapılmalıdır. Öyle ki, ticari işletmenin devri uygulama da yok denecek kadar azdır. Bilgi almaya çalıştığımız ticaret sicillerinde aldığımız ilk cevap, “*ticari işletmenin devri yapmıyoruz*” şeklinde olmuştur. Uygulamaya bakıldığında sanki ticari işletmenin devri kurumu hukuk dünyamızda hiç yokmuş izlenimi edinilmektedir.

Ticaret sicil müdürlükleri, yalnızca gerçek kişi işletmelerinin devrini tescil ettiklerinden, tüzel kişileri ait olan işletmelerin devri genellikle kısmi bölünme şeklinde gerçekleşmektedir. Ticari işletmenin devrinden daha zahmetli olan bu kurum ile ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesi, kanun koyucu tarafından ticari işletmenin yeniden düzenlenmesine ve amacına aykırıdır.

TTK m. 11/f. 3 ile birlikte, salt TBK m. 202 kapsamında gerçekleşen malvarlığının ve işletmelerinin devri kurumları birbirinden ayrılmıştır. Ticari hayat için yapılan bu ayrışma, uygulamada karşılığını bulmamıştır. Öyle ki, ticaret şirketleri sahip oldukları işletmeleri, ticari işletmenin devri kurumu (TTK m. 11/f. 3 ve TBK m. 202) ile devredemezken, malvarlığı veya işletmenin devri (TBK m. 202) kapsamında devredebilecektir. TTK m. 11/f. 3’ün getirilmesindeki temel amaç ticari hayatın işlerlik kazanmasıdır. Ticari hayatın en önemli figürlerinden ticaret şirketlerini bu kurumdan yararlandırmamak, kanun koyucunun istediğı bir şey olamaz.

Tam da bu hususta İsviçre uygulamasına değinmek istiyoruz. 1.7.2004'te yürürlüğe giren 3.10.2003 tarihli İsviçre Birleşmeler Kanunu'ndan (FusG⁹⁹) önce, Türk ve İsviçre hukukunda ticari işletmelerin devri aynı hüküm temelinde düzenlenmişti (İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 181; 818 eBK m. 179). FusG'nin yürürlüğe girmesiyle, İBK m. 181'e dördüncü fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre, özel hukuka göre hak sahibi olan kişilerin ticaret siciline kayıtlı işletmelerinin devrine FusG'nin ilgili hükümleri (FusG m. 69-77) uygulanacaktır¹⁰⁰. O halde, ticaret siciline kayıtlı işletmelerin devrine, İBK m. 181 uygulanamaz¹⁰¹. İsviçre hukukunda iki kurum açısından devir konusu işletmelerin tespiti bu şekilde yapılmıştır. Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda iki kurum arasındaki ayırım net bir şekilde yapılmıştır. Ayrıca uygulamada, tüzel kişilerin sahip olduğu ticari işletmeler de, FusG kapsamında devredilebilmektedir. Türk hukukunda, sadece sicile kayıtlı ticari işletmelerin devrinin mümkün olduğuna ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir. Bununla birlikte, ticari işletmenin devrinin, ticaret siciline tescil ile birlikte gerçekleşmesi nedeniyle, Türk hukukunda da ticari işletmenin devredilebilmesi sicile kayıtlı olması gerektiğini söyleyebiliriz. O halde, sicile kayıtlı olmayan ticari işletme, önce sicile kaydettirilecek daha sonra devredilecektir.

Sonuç olarak, şunları ifade edebiliriz:

- Ticari işletmenin devrine konu olacak işletme kanunda açık bir şekilde düzenlenmelidir.
- Yapılacak düzenleme, tüzel kişilerin sahip olduğu işletmeleri, devir kapsamı dışında bırakmamalıdır.
- Kanunda yapılacak düzenlemeye paralel olarak Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

⁹⁹ Fusionsgesetz.

¹⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER: Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Band II, Zürich 2014, s. 313, N. 3636.

¹⁰¹ DURMAN, Okay: İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009, s. 83.

c) Ticari İşletmenin Devrinde Kurulma Aşamasındaki veya Faaliyete Yeni Başlamış İşletmelerin Durumu Sorunu

Kurulma aşamasındaki veya faaliyete yeni başlamış olan işletmelerin hukuki niteliğinin tespiti, ticari işletmenin devri kurumu için oldukça önemli bir husustur. Zira, ticari işletme niteliğini haiz olmayan bir yapı, ticari işletme devri yoluyla devredilemez.

TTK öncesi dönemde öğretilerdeki hakim görüşe göre, açılması için gereken hazırlıkları tamamlanmış ancak henüz kurulmamış, faaliyete başlamamış olan işletmeler de TBK m. 202 (eBK m. 179) kapsamında devredilebilir¹⁰². TBK m. 202'nin (eBK m. 179'un), uygulama alanını dikkate aldığımız takdirde, TTK öncesi dönem için bu görüşün isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu görüşü, TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönem için kabul etmek mümkün değildir. Öyle ki, TTK m. 11/f. 3 ile birlikte ticari işletmenin devri kurumu, salt TBK m. 202 anlamındaki “*malvarlığının veya işletmenin devralınması*” kurumundan farklı bir yapıya sahiptir. TTK m. 11/f. 3 ile getirilen imkanlar, ticari işletmenin devri kurumuna hasredilmiştir. Bir işletme ya da malvarlığının ticari işletme niteliğini haiz olmamasına karşın, TTK m. 11/f. 3 hükmünden yararlandırılması kanun koyucunun iradesine, hukuk düzenine aykırıdır. TTK m. 11/f. 3'te, ticari işletmenin devrini kolaylaştırmak suretiyle ticari hayata işlerlik kazandırmak hedeflenmiştir. Bu durumun tesisi için de, işletme aktif unsurlarının devrinde cüzi halefiyet ilkesi yerine kısmi külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, eşya hukukuna hakim olan belirlilik ilkesinin önemli bir istisnasını teşkil etmektedir. Ayrıca, bu ilke ile birlikte, yeni bir tescilsiz iktisap hali ortaya çıkmıştır. İşte kanun koyucu bu ve diğer fedakarlıkları, ticari işletmenin devri kurumu adına yapmıştır. Tüm bu bilgiler ışığında, ticari işletme niteliğini haiz olmayan malvarlığı ya da işletmelerin, ticari işletmenin devri yoluyla edinimi mümkün değildir. Örneğin, ticari işletme niteliğinde olmayan bir şubenin ve ticari işletme malvarlığı kapsamındaki bir laboratuvarın ya da esnaf işletmesinin ticari işletmenin devri kurumu kapsamında devri mümkün değildir.

Kanaatimizce, açılması için gereken hazırlıkları tamamlanmış ancak henüz kurulmamış, faaliyete başlamamış olan işletmelerin ve hatta faaliyete yeni başlayan işletmelerin, ticari işletmenin devri kurumu kapsamında devredilmesi tartışmaya açık bir husustur. Öyle ki bu işletmelerin esnaf işletmesi mi yoksa ticari işletme mi olarak

¹⁰² ACEMOĞLU, s. 44; ARICI, s. 34; DURMAN s. 108.

değerlendirileceği, muğlak ifadeli düzenlemelerin (TTK m. 11/f. 1,2; m. 15; YürK 10 ve ilgili Bakanlar Kurulu Kararı) yorumlanmasıyla ortaya çıkacağı için, konu öğretide tartışmalıdır¹⁰³. Hal böyle olunca bu işletmelerin, ticari işletme devri kurumu kapsamında devredilip devredilemeyeceği de tartışmalı olacaktır. Yukarıda ifade ettiğimiz nedenleri de dikkate alacak olursak, bu işletmelerin niteliğinin açık bir şekilde belirlenmesi, ticari işletmenin devri kurumu bakımından oldukça önemlidir.

d) Geçici Olarak Faaliyete Ara Veren Ticari İşletme

Bu durumu, ticari işletmenin devamlılık unsuru bağlamında ele almak gerekir. Devamlılık unsurunu haiz olmayan işletme, ticari işletme olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, faaliyetine tamamen son vermiş işletme, eş söyleyişle, gelir ve müşteri edinme olanağı olmayan işletme, ticari işletme devrinin konusu olamaz¹⁰⁴. Devamlılık unsurunun belirli bir kişinin kaderinden ziyade, işletmeyi işleten kişinin niyeti doğrultusunda, işletme organizasyonun kaderiyle ilgili olduğuna değinmiştik. İşletmecinin, işletme faaliyetlerini sürdürme niyetine karşın, ölüm veya hastalık gibi geçici sebeplerle, faaliyetlerin az ya da çok kesintiye uğraması, devamlılık unsurunu ortadan kaldırmaz¹⁰⁵. Geçici olarak faaliyetine ara vermiş bir ticari işletme, ticari işletmenin diğer unsurları ile birlikte organizasyon vasfını kaybetmemiş ise, ticari işletmenin devri yoluyla devredilebilir.

e) Ticari İşletme Kirasındaki İşletme

aa) Genel Olarak

AKER, ticari işletmenin, TBK m. 357 anlamında hasılat kirasına verilmesini, ticari işletme kirası olarak nitelemektedir¹⁰⁶. Ticari işletme kirasında, ticari işletmenin devamlılık unsuru, kira dönemi boyunca ticari işletmeyi işleten kiracı tarafından

¹⁰³ Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 161, N. 307 vd..

¹⁰⁴ BOYACIOĞLU, Cumhuriyet: Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 253, dpn. 166.

¹⁰⁵ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 20; BOYACIOĞLU, Konzern, s. 253, dpn. 166.

¹⁰⁶ AKER, Ticari İşletme Kirası, s. 78 vd..

gerçekleştirilmiş olur¹⁰⁷. O halde ticari işletmenin diğer unsurlarını da içeren ticari işletme kirasına verilen işletme, ticari işletme devrinin konusu olabilecektir.

Kira sözleşmesi taraflar arasında aynı bir bağ değil, şahsi bir borç münasebeti doğurur. Kiraya veren, kira sözleşmesi nedeniyle, kiralanan üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmez¹⁰⁸. O halde, kira sözleşmesinin yapılmasından sonra, malik tarafından ticari işletmenin başkasına satılması, her zaman için mümkündür¹⁰⁹.

bb) eBK Dönemi

eBK döneminde kural olarak, kira sözleşmesinin doğurduğu hakkın nisbiliği, kiralanan şeyin kiracının kullanımında kalıp kalmayacağı hususunda belirleyici rol oynamaktaydı¹¹⁰. Kira sözleşmesinin yapılmasından sonra, kiralayan tarafından kiralananın başka birisine satılması halinde, aynı hakkın etkisi, kiralananın yeni malike teslimi sonucunu doğurmaktaydı¹¹¹. Bu durumda, kiralayanın, kira sözleşmesine aykırı hareketi sonucunda oluşan kiracının mağduriyeti, tazminat ile giderilmeye çalışılmaktaydı¹¹².

Kiralanan el değiştirse bile, kiracının kiralananı kullanmaya devam etmesi, şerh yoluyla mümkündür¹¹³. Ancak bu imkan sadece, tapuya kayıtlı taşınmazlar için söz konusuydu¹¹⁴.

Yürürlükten kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 7/f. 1-d'ye¹¹⁵ göre, “*Gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimse*

¹⁰⁷ AKER, Ticari İşletme Kirası, s. 51. TBK m. 364 uyarınca, kiracı, kiralanan ticari işletmeyi işletme borcu altındadır. Bu borç, ticari işletmenin devamlılık unsuru bakımından önem arz eder.

¹⁰⁸ ACAR, s. 272, N. 1.

¹⁰⁹ HIRSCH, E./BELBEZ, H: Ticaret Hukuku ile İlgili Temyiz Kararlarının Çözümlemesi, Dükkan Tahliyesi, s. 405, file:///C:/Users/user/Downloads/1555.pdf.

¹¹⁰ ACAR, s. 276, N. 16.

¹¹¹ ACAR, s. 276, N. 17. TBK m. 310'un eBK dönemindeki karşılığı olan eBK m. 254/f. 1 hükmü, bu duruma imkan verecek şekilde düzenlenmişti. Kiracının aleyhine olan bu durum, TBK m. 310 ile birlikte, kiracı lehine dönmüştür.

¹¹² ACAR, s. 276, N. 18.

¹¹³ ACAR, s. 276, N. 19.

¹¹⁴ ACAR, s. 276, 277, N. 19.

¹¹⁵ Hüküm büyük ölçüde korunarak, TBK m. 351'de yeniden düzenlenmiştir.

kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadıyla iş yeri olarak kullanma ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra, tahliye davası açabilirler.”. Bu hüküm ile, kiralanan taşınmazın el değiştirmesi halinde, hükümde öngörülen şartlar gerçekleşmiş ise, yeni malike, kira sözleşmesini sona erdirmeye ve dolayısıyla taşınmazı kullanma hakkı tanınmıştır.

cc) TBK Dönemi

Bu hususu dikkate alan kanun koyucu, kira sözleşmesinin diğer tarafı olan kiracıyı koruyucu hükümler düzenlemiştir. Gerçekten de, mutlak emredici nitelikte olan TBK m. 310, kiracıya önemli ölçüde koruma sağlamaktadır¹¹⁶. Bu hükme göre, kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi durumunda, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olacaktır (TBK m. 310). Bu hükümle, kanun koyucu, kiralananın el değiştirmesine sebep olan hukuki işleme oranla, kira sözleşmesine üstünlük tanımıştır¹¹⁷. Bir örnekle hükmü daha açık anlatmaya çalışalım. İki yıllığına kiraya verilen bir iş makinesinin, sahibi kiralayan tarafından, kira ilişkisinin 5. ayında bir başka kişiye satılması durumunda, kiracı 19 ay daha iş makinesini kullanma hakkını haizdir. Kiralananın el değiştirmesi ile birlikte, kira sözleşmesinin kiralayan tarafı değişmiş olur ve iş makinesini satın alan kişi yeni kiralayan konumuna gelir.

TBK m. 351 hükmü, TBK m. 310'un kiracı lehine uygulamasını önemli ölçüde daraltmıştır¹¹⁸. Zira TBK m. 351'e göre, “*Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir*”. O halde, hükümde belirtilen şartlar çerçevesinde bir kullanım söz konusu olacak ise, kiralananı edinen kişi, kira sözleşmesini sona erdirmeye isteğini, edinme tarihinden itibaren bir ay içinde kiracıya

¹¹⁶ ACAR, s. 275, N. 13.

¹¹⁷ ACAR, s. 289, N. 63.

¹¹⁸ ACAR, s. 275, N. 11.

yazılı olarak bildirerek, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir. Hal böyle olunca, iki yıllığına kiraya verilen işyeri, kira ilişkisinin 5. ayında bir başka kişiye satılması durumunda, işyerini satın alan kişi, TBK m. 351’de öngörülen şartlar çerçevesinde, 11. ayda kira sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda, kiralanan şeyin konut ya da işyeri olması halinde, kiracı, kiralanan şeyden daha az yararlanmak durumunda kalabilir.

Ticari işletme sahibinin, ticari işletme kirasına verdiği işletmesini, kira süresinin sona ermesinden¹¹⁹ önce, bir başka kişiye devretmesinin mümkün olduğunu belirtmiştik. Peki, ticari işletme kirasına verilen ticari işletmenin devri halinde, TBK m. 310 mu yoksa TBK m. 351 mi uygulanacaktır? Kanaatimizce, kural olarak ticari işletme kirasına TBK m. 310 uygulanmalıdır. Ancak ticari işletme kirası kapsamında çatılı işyeri bulunmakta ise, sadece bu taşınmaza, TBK m. 351 uygulanmalıdır.

f) Tasfiye Aşamasındaki İşletme

Bir işletmenin tasfiyesine başlanıncaya ya da iflas açılıncaya kadar ki dönem için, işletme sahibinin ticari işletme üzerindeki tasarruf yetkisi mevcut olduğundan, tasfiye aşamasındaki ticari işletmenin devri -işletmelerin müşteri çevresini kaybetmemesi koşuluyla- mümkündür¹²⁰.

g) Tasfiye Sonrası ya da İflasın Açılması Sonrası Dönem

İİK m. 191/f. 1’e göre, müflisin, iflas açıldıktan sonra, iflas masasına ait mal ve haklar üzerindeki her türlü tasarrufu alacaklılara (iflas masasına) karşı hükümsüzdür¹²¹. Hükümde geçen tasarruf ibaresi, masanın mevcudiyetini azaltıcı nitelikteki tasarruf

¹¹⁹ Ticari işletme kirasının sona ermesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AKER, s. 391 vd.

¹²⁰ ACEMOĞLU, s. 168; BOYACIOĞLU, Konzern, s. 253.

¹²¹ Bu hususta önemli bir sorun da, müflis ile tasarruf işlemi yapan iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağıdır. Eş söyleyişle, müflisin durumunu bilmeden onunla tasarruf işlemi yapan bir kişinin kazanımı, iflas masasına karşı geçerli sayılacak mıdır? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira, haczin aksine (İİK m. 86/f. 2), iflasta MK m. 763, 939, 988, 1023 hükümlerine dayanarak, iyiniyetli üçüncü kişilerin hak iktisap etmesi mümkün değildir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 519, 520.

işlemi olarak anlaşılmalıdır¹²². O halde bu dönemde, müflisin ticari işletmesini bir başkasına devretmesi kural olarak mümkün değildir.

Müflisin, alacaklılara karşı hükümsüz olan işlemleri, tasarruf işlemleridir. Müflis, borçlandırıcı işlem niteliğindeki işlemleri yapabilir¹²³. O halde, müflis, borçlandırıcı işlem olarak nitelendirdiğimiz¹²⁴ ticari işletme devir sözleşmesini akdetmesi, geçerli olacaktır. Ancak devreden sıfatıyla müflis, ticari işletme devir sözleşmesini, ticaret siciline tescil edip, ticari işletmenin aktif unsurlarını devralan kişinin malvarlığına geçiremez. Zira ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili, tasarruf işlemi niteliğini haizdir. İflasın kaldırılmasından sonra, serbestçe tasarruf yapılabilmesi için söz konusu mallar –eski- müflise geri verilir. O halde, iflasın açılması sonrası dönemde müflisin yapmış olduğu devir sözleşmesi geçerli olduğu için, iflasın kaldırılmasından sonra, devir sözleşmesinin devralan tarafı, ticari işletmenin kendisine devredilmesini isteyebilir. Bu devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin devri gerçekleşebilir.

Müflis, bu dönem içinde dahi, ticari işletmesini bir başkasına devredebilir. Öyle ki, müflisin tasarruf muameleleri, alacaklılara (iflas masasına) karşı hükümsüzdür (İİK m. 191/f. 1). Bu hükümsüzlüğü ileri sürme hakkını iflas masası haizdir¹²⁵. İİK m. 191/f. 1'in koruduğu hukuki yararı da göz önünde bulunduracak olursak, müflisin tasarruf işlemi iflas masasının yararına ise, iflas idaresi bu tasarrufa icazet verebilir¹²⁶. Bu durumda, iflas idaresi, müflis yerine devir sözleşmesinin alacaklısı ve borçlusu konumuna geçerek ticari işletmenin devrini sağlayabilir¹²⁷. Sonuç olarak, müflisin iradesi yönünde bir devir işleminin, iflas idaresine yaptırılması söz konusudur. Kanaatimizce bu durum da, ticari işletmenin devri kapsamında değerlendirilmelidir.

¹²² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 518.

¹²³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 519.

¹²⁴ Devir sözleşmesi ile devir sözleşmesinin ticaret siciline tescilinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bu anlamda da önem arz etmektedir.

¹²⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 519.

¹²⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 519.

¹²⁷ Bu husustaki genel ifade için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 519.

h) Borca Batık İşletmenin Devri

İsviçre hukukunda, borca batık haliyle ticari işletmenin devri mümkün değildir. Zira, FusG m. 71/f. 2 uyarınca, malvarlığının devri sadece envanterin aktif bakiye içerdiği hallerde geçerlidir. Bu nedenle bir ticari işletme borca batık ise, borçları aktif bakiyeyi sağlayacak şekilde devir kapsamı dışında bırakılması koşuluyla devredilebilir. Türk hukukunda ise, devir sözleşmesinin aktif bakiye içermesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Bu nedenle, pasifi aktifinden fazla olan ticari işletmeler de, ticari işletmenin devri yoluyla devredilebilir¹²⁸.

i) Ticaret Şirketine Sermaye Olarak Konulan Ticari İşletme

TTK m. 127/f. 1-g uyarınca, ticari işletme, ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir. Kurulmuş, tüzel kişiliği haiz olan bir ticaret şirketine, ticari işletmenin sermaye olarak konulması, ticari işletmenin devri niteliğinde olabilir. Ancak, henüz kuruluş aşamasında olan bir ticaret şirketi, tüzel kişiliği haiz olmayacağından, ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi, ticari işletmenin devri olarak kabul edilemez. Zira, ticari işletmenin devri ile işletme sahipliği el değiştirir.

j) İktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi Kuruluşları Ticari İşletmeleri

233 sayılı Kanunun Hükmündeki Kararname, m. 1, 4/2, 16 uyarınca, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ticari işletmeleri de ticari işletme devrinin konusu olabilir¹²⁹.

¹²⁸ Buna karşın, devredilen aktifin pasifin yanında azlığı, devreden, ticari işletmesini devretmekten ziyade, alacaklıların zarara uğratılması amacıyla bu borçlarında kurtulmayı hedeflemiş ise, bu işlem TTK m. 11/f. 3 kapsamında değildir ve geçersiz sayılmalıdır. ÖZ, Turgut: “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, İÜHFM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 114.

¹²⁹ YHGK (karşı oy yazısı) 15.11.2006 T. , 2006/722 E. , 2006/730 K..

k) Gizli Ortaklık İlişkisindeki İşletmenin Devri

Gizli ortaklıkta, işletme yalnızca aktif ortağın malvarlığında bulunur. Bu ilişkide gizli ortak alacak hakkını haizdir. Bu ortaklık iç ilişkide kaldığından, işletme üzerindeki tasarruf yetkisi kural olarak gizli ortağa değil, aktif ortağa aittir. Bu da aktif ortağın her zaman için işletmeyi devredebilme hakkını haiz olduğu anlamına gelmektedir. Ancak gizli ortaklığın mahiyeti gereği, aktif ortağın gizli ortaktan izin almaksızın her zaman için işletmeyi devredebilmesi mümkün değildir. Bu nedenledir ki, işletmeyi devretmek isteyen aktif ortak iç ilişkide gizli ortağın iznine ihtiyaç duyar.¹³⁰ Hemen belirtelim, aktif ortağın bu izni almadan yapacağı ticari işletme devri geçerli olacaktır. Ancak, gizli ortağın iznini almayan aktif ortağın, iç ilişkide tazminat sorumluluğu gündeme gelir¹³¹. Ayrıca gizli ortak, haklı sebeple ortaklığın sona erdirilmesini talep edebilir¹³².

C. Kanuni Düzenlenme Şekli

1. Türk Hukuku

a) Genel Olarak

eTK'da ticari işletmenin devrini doğrudan düzenleyen bir hüküm yoktu. Ticari işletmenin devri eBK m. 179'a göre gerçekleşmekteydi. Esasında bu hüküm malvarlığının ve işletmenin devrini alacaklıların korunmasına yönelik olarak sonuçlarını düzenlemekteydi. Yani ticari işletmenin aktiflerinin devrini doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü hukukumuzda mevcut değildi. eTK'nın merkez kavramı olan ticari işletmenin en önemli kurumlarından birinin, bu kanunda düzenlenmemiş olması büyük bir eksiklikti.

Kanun koyucu bu eksikliği gidermek adına TTK m. 11/f. 3 hükmünü düzenlemiştir. Bu hüküm, ticari işletmenin bir kül halinde devrine imkan tanıyarak, ticari işletme aktiflerinin başka herhangi bir işleme gerek olmadan devrini mümkün kılmıştır. Ancak mehz FusG'den ilham alınarak yapılan bu düzenlemenin, neredeyse her ifadesi ayrı bir hukuki sorun teşkil edecek niteliktedir. Bu durum, böylesine kapsamlı bir kurumun,

¹³⁰ BİLGİLİ, Fatih: İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003, s. 137.

¹³¹ BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 138.

¹³² BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 138.

Mehaz Kanundaki gibi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeyerek, tek bir kanun maddesine sığdırılmasından kaynaklanmaktadır¹³³.

TTK m. 11/f. 3 düzenlemesinde “borçlar” ya da “pasifler” kelimesine bilinçli olarak yer verilmemiş, hüküm aktif ve pasif unsurları ihtiva eden malvarlığının devri temelinde düzenlenmiştir¹³⁴.

eBK m. 179, az bir değişiklik ile TBK m. 202’de ifade bulmuştur. Ticari işletmenin devrine yönelik bir diğer düzenleme de, TSY’de (m. 133, 135) yapılmıştır.

b) TTK m. 11/f. 3’in Ticari İşletmenin Pasiflerinin de Devrini Sağlayacak Nitelikte Olması

TTK m. 11/f. 3, ticari işletmenin devrinde, aktiflerin bir bütün halinde devredilebilmesine imkan tanır. Acaba bu hüküm ticari işletmenin pasiflerinin de devrini sağlayabilecek nitelikte midir?

TTK m.11/f. 3, işletme aktiflerinin devrinin kısmi külli halefiyet yoluyla gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüşe göre, kısmi külli halefiyet, nitelik bakımından külli halefiyet ile aynıdır. İki devir şekli arasındaki fark, nicelik¹³⁵ bakımındandır. O halde, külli halefiyetin doğurduğu hukuki sonuçlar, kısmi külli halefiyet için de geçerli olmalıdır. Birleşme ve miras gibi, malvarlığı geçişlerinin külli halefiyet yoluyla gerçekleştiği hallerde, devredilen malvarlığı unsurları ile birlikte, bu unsurlara bağlı borçlar da devredilir. Zira külli halefiyet, esasen üç özelliği sahiptir. Bunlar, kanundan kaynaklanması, emredici karakteri olması ve tüm aktif ve pasif malvarlığını içermesidir¹³⁶. Ayrıca, TTK m. 11/f. 3’teki “*bütün*” kelimesi, kural olarak ticari işletmenin pasiflerini de kapsar¹³⁷. Zira bir malvarlığı aynı zamanda, borçları da bünyesinde barındırır. Tüm bu bilgiler ışığında,

¹³³ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), Ticari İşletme, s. 195.

¹³⁴ TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 9, 10.

¹³⁵ Nicelik, devredilen aktif ve pasiflerin kapsamıyla ilgilidir. SCHUMACHER, Reto: Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005, s. 119.

¹³⁶ HOCHEDLINGER, Gerhard: “Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach 142 HGB”, GesRZ, 2002, s. 14.

¹³⁷ TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 12.

kanaatimizce, TTK m. 11/f. 3 hükmü tek başına ticari işletmelerin aktif ve pasiflerini devredebilme kabiliyetini haizdir¹³⁸.

Hal böyle olmasına karşın TBK m. 202'nin varlığı, ticari işletmenin devrinde pasiflerin, ancak TBK m. 202 uyarınca, devredilebileceği sonucunu doğurur. Öyle ki, TBK m. 202 de, ticari işletmenin devrine uygulanabilen bir hükümdür. TTK m. 11/f. 3 ile TBK m. 202 niteliği gereği ticari işletmenin devri halinde, işletme pasiflerinin devrine imkan tanır. Bu hükümler arasında önceki-sonraki tarihli kanun/hüküm ayrımı yapılamaz. Zira, her iki hükümde aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Ancak, pasiflerin devrine ilişkin özel hükümler içeren TBK m. 202, ticari işletmenin devri yoluyla pasiflerin devrine uygulanacak olan hükümdür.

TTK m. 11/f. 3'ün pasiflerin de devrini sağlayan karakteri dikkate alındığında, TBK m. 202 ile, ticari işletmenin devrinde pasiflerin geçişinin devralanın devri ilan şartına bağlandığını ifade edebiliriz. Zira, TTK m. 11/f. 3 ile ticari işletme borçları da devir kapsamında yerini almıştır ancak, TBK m. 202 gereği borçların geçişi devralanın devri ilan şartına tabi kılınmıştır.

İsviçre hukukunda olduğu gibi, TBK m. 202'nin (İBK m. 181¹³⁹) ticari işletmenin devrinde uygulanmayacağına ilişkin bir ibarenin kanuna konulması halinde, TTK m. 11/f. uyarınca ticari işletme aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmiş olacaktır. Bu durumda, ticari işletmenin devrinde aktif ve pasiflerin devir zamanı uyumsuzluğu giderilmiş olur.

Ticari işletmenin devrinde, esas olarak, pasiflerin TBK m. 202'de belirtilen şarta riayet edilmek suretiyle devredilmesi nedeniyle, tezimizde, pasiflerin devrinde TBK m. 202'yi, aktiflerin devrinde ise TTK m. 11/f. 3'ü dikkate alacağız.

c) TTK m. 11/3 ile TBK m. 202 Hükümleri

Ticari işletme, aktif ve pasiflerden oluşan iktisadi bir bütünlüktür. Bu nedenle, ticari işletmenin devrinde aktif ve pasiflerin ne şekilde devralana geçeceği önem arz etmektedir.

¹³⁸ Aynı yönde ÖZ, s. 116.

¹³⁹ İBK m. 181'e eklenen 4. fıkra ile, sicile kayıtlı ticari işletmelerin, FusG hükümleri uyarınca devrinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

eTK döneminde ticari işletmenin devri, eBK m. 179 uyarınca gerçekleşiyordu. Aslında bu hüküm sadece borçların külli halefiyete göre devrini düzenliyordu. Ticari işletmenin aktiflerinin devrine yönelik özel bir hüküm bulunmadığı için, aktiflerin devri cüz'i halefiyet uyarınca yapıliyordu. Ticari işletmenin bütünlüğünün korunarak devamlılığının sağlanması amacı ve ticari işletmenin devri kurumunun kolaylaştırılmasıyla ticari hayatın sürat kazanması için getirilen TTK m. 11/f. 3 ile birlikte, ticari işletmenin devrinde yeni bir döneme girilmiştir.

Ticari işletmenin devri, tek bir kanun çerçevesinde düzenlenmemiştir. Öyle ki, pasiflerin devri TBK m. 202 gereği gerçekleşirken, aktiflerin devri TTK m. 11/f. 3 gereği gerçekleşecektir¹⁴⁰. O halde ticari işletmenin devrinin TBK m. 202 ve TTK m. 11/f. 3 uyarınca gerçekleşeceğini ifade edebiliriz¹⁴¹.

d) Uygulama Alanı

Ticari işletmenin devrinde; aktiflerin devrinin TTK m. 11/f. 3'e göre, pasiflerin devrinin ise TBK m. 202'ye göre yapılacağına değinmiştik. Şimdi de bu maddelerin uygulama alanına değinmek istiyoruz.

TTK m. 11/f. 3'e göre işletme aktiflerinin devri, yalnızca ticari işletmelerin devrinde geçerli olacaktır. O halde ticari işletme dışındaki işletmeler için, bu hüküm uygulama alanı bulmayacak ve TTK m. 11/ f. 3 öncesi işletme devri geçerli olacaktır. -Bu hükmün uygulanması açısından- ticari işletmenin devri, gerçek ya da tüzel kişinin sahip olduğu bir ticari işletmenin, -devir sözleşmesine dayalı olarak- yaşantısına devam edecek şekilde başka bir gerçek ya da tüzel kişiye devredilmesi anlamına gelmektedir.

¹⁴⁰ Tekrar belirtmek gerekirse, esasında, tek başına TTK m. 11/f. 3 hem aktiflerin hem de pasiflerin devrini sağlayabilecek niteliktedir. Ancak TBK m. 202'nin ticari işletmenin devrine uygulanacak olması nedeniyle, ticari işletme borçlarının devralana intikali, TBK m. 202'deki şartların yerine getirilmesi koşuluyla mümkündür.

¹⁴¹ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 193, 194, N. 367. TTK m. 11/f. 3 ile TBK m. 202'nin düzenleme konuları birbirinden farklıdır. TTK m. 11/f. 3, ticari işletme devrinin şartlarını ve devrin şeklini gösteren bir düzenleme iken, TBK m. 202, işletme devrinde, devralanın devir kapsamındaki işletme borçlarından hangi tarihten itibaren sorumlu olduğunu ve bu konuda devreden devralanla müteselsilen sorumluluğunu belirten bir düzenlemedir. TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 10; ÖZ, s. 98.

TBK m. 202 ise, işletmenin devrinde pasifin geçişini, alacaklıların korunmasına ilişkin hükümler ile birlikte düzenlemiştir. Tezimiz açısından bu hükmün uygulama alanına değinirken işletme kavramının kapsamını belirtmemiz gerekmektedir. eTK'nın Yürürlüğe Giriş ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun Tasarısı'nda, eBK m. 179'da geçen işletme kavramı yerine ticari işletme kullanılmıştı. Adalet Komisyonu ise, tasarıda geçen ticari işletme kavramı yerine,- İsviçre metninde olduğu gibi diğer işletmeleri de kapsayacak şekilde- işletme kavramını tercih etmişti¹⁴². Buna karşın, eBK m. 179'da geçen işletme kavramı, bazı yazarlarca, sadece ticari işletmeyi karşılayacak şekilde ele alınmıştı¹⁴³. Hakim görüşe¹⁴⁴ göre ise, eBK m. 179'un TBK'daki karşılığı olan m. 202'de geçen işletme kavramı, ticari işletme dahil bütün işletmeleri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

e) Diğer Düzenlemeler

aa) RKHK ve İlgili Tüzük

Bir ticari işletmenin devrinin gerçekleşebilmesi için, rekabet hukuku açısından devre ilişkin herhangi bir engel bulunmaması gerekmektedir. Öyle ki, RKHK m. 7/f. 1'e göre, bir ya da daha fazla teşebbüsün rekabet hukuku anlamında rekabet ortamını bozacak şekilde bir ticari işletmeyi devralması, hukuka aykırı ve yasaktır. Ticari işletmenin devri için hangi durumlarda Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gerektiği Kurulca çıkarılacak tebliğe göre saptanır (RKHK m. 7/f. 2). Şuan için yürürlükte olan tebliğ, 26.3.2013 tarihli Rekabet Kurulu kararı ile kabul edilen, "Rekabet Kurumu Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz"dur. Bu tebliğe göre, *"ticari işletmenin devrinde, işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin*

¹⁴² TÜRK, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Ankara 1986, s. 144, 145, dpn. 183,185.

¹⁴³ ACEMOĞLU, s. 30; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 11; REİSOĞLU, Borçlar, s. 479, dpn. 1.

¹⁴⁴ ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2010, s. 41; ÖZ, s. 96; ARICI, s. 31; AKÇAAL, Mehmet: İşletmenin Devri, Ankara 2014, s. 54; TOPUZ, s. 37.

dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.”(III.1 no.22).

bb) İş Kanunu

Kanun koyucu, işyeri ya da işyerinin bir bölümünün devri için, İş Kanunu (İK) m. 6'da özel bir hüküm düzenlemiştir¹⁴⁵. Bu hükme göre, bir hukuki işlem ile işyeri ve işyerinin bir bölümü devredilirse, devir tarihinde devir konusunda mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçecektir (İK m. 6/f. 1). TTK ve TBK hükümlerine göre özel bir hüküm olan İK m. 6, işyeri ve işyerinin bir bölümünün devrinde esas alınacak hükümdür. Ayrıca bu madde çerçevesinde, işçinin hizmet süresine dayalı hak kazanımında sürenin başlangıç tarihi (İK m. 6/f. 2), devir sonucu devreden ve devralan işverenin sorumluluğu (İK m. 6/f. 3), devir ve iş sözleşmesinin fesih ilişkisi (m. 6/f. 5) de düzenlenmiştir.

cc) 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Yakın bir zamana kadar, markanın¹⁴⁶ ticari işletmeden bağımsız olarak devri, fer'ilik ilkesini benimseyen İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde mümkün değildi. Fransız Hukukunda ise, markanın ticari işletmeden bağımsız bir ekonomik değere sahip olduğundan bahisle, marka, ticari işletmeden soyutlanarak devredilebilen bir malvarlığı değeri olarak ele alınmıştır¹⁴⁷. Günümüzde ise, fikri ve sınai mülkiyet haklarının bağımsız ekonomik değer teşkil ettiğinin kabul edilmesiyle birlikte, Avrupa Topluluğu ve Kıta Avrupası ulusal hukuk sistemleri, markanın ticari işletmeden bağımsız olarak devredilmesine imkan tanımıştır¹⁴⁸. Türk Hukuku'nda da, markanın ticari işletmeden

¹⁴⁵ Benzer bir düzenleme, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün devrinde hizmet ilişkisinin devrini düzenleyen TBK m. 428'de yapılmıştır.

¹⁴⁶ “Marka, bir işletmenin ürettiği mal veya hizmetleri diğer işletmelerin ürettiği mal veya hizmetlerden ayırt etmek üzere kullanılan her türlü işaret”tir. BİLGİLİ, Fatih: “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Hükümlerine Göre Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Devri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, s. 409.

¹⁴⁷ YASAMAN/ALTAY/YUSUFOĞLU/YÜKSEL: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I-II, İstanbul 2004, s. 680.

¹⁴⁸ YASAMAN/ALTAY/YUSUFOĞLU/YÜKSEL, s. 681.

bağımsız olarak devredilebileceği düzenlenmiştir (556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (MarkKHK m. 15/f. 1). Ayrıca MarkKHK m. 16/f. 2’de markanın, ticari işletme ile birlikte devredilebileceğine ilişkin düzenleme mevcuttur. MarkKHK m. 16/f. 1¹⁴⁹ uyarınca “*marka hakkı*”nın, m. 22/f. 1 uyarınca da “*marka başvuruları*”nın devir konusu olması mümkündür¹⁵⁰.

MarkKHK m. 16/f. 2 ‘ye göre, bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesiyle, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markalar da devredilmiş olacaktır. Hemen belirtelim, bu hükmün uygulanabilmesi için, işletmenin bir sözleşme ile devri gerekmektedir¹⁵¹. İşletmeye ait marka ya da markaların, işletmenin devri kapsamı dışında bırakılması isteniyorsa, bu durum ayrıca belirtilmelidir. Bu hüküm ile TTK m. 11/f. 3’ün uyum içinde olduğunu ifade edebiliriz.

Yargıtay 11. HD’nin vermiş olduğu karara¹⁵² dayanarak görüşlerini açıklayan KARAN/KILIÇ’e göre¹⁵³, işletmenin sadece aktifleriyle devri, markanın da devri sonucunu doğurmaz. Kanaatimizce, işletmenin sadece aktifleriyle devri de, aksi kararlaştırılmamışsa işletmeye ait markanın devri sonucunu doğurur. Ancak belirtmek gerekir ki, ticari işletmenin sadece aktifleri ile devrinin de ticari işletmenin devri olarak nitelendirdiğimizden, MarkKHK m. 16/f. 2’nin lafzen, TTK m. 11/f. 3 ile uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira MarkKHK m. 16/f. 2’nin, TTK m. 11/f. 3’e markaların devri bakımından bir istisna getirmediğini düşünmekteyiz.

Ticari işletmenin devrinde cüz’i halefiyet ilkesinin geçerli olduğu eTTK döneminde, marka ticari işletmenin devri yoluyla devrediliyorsa, MarkKHK m. 16/f. 3 gereği, şekle tabi olmayan ticari işletme devir sözleşmesinin kurulması yeterlidir. Markanın devri için

¹⁴⁹ MarkKHK m. 16/f. 1 anlamındaki markalar, ferdi, ortak ve garanti markasıdır. BİLGİLİ, Tescilli Marka Devri, s. 413. Ortak ve garanti markasının devrinde, sicile tescil kurucu niteliktedir. O halde, bu markaların devri, ancak ticaret siciline tescille etki ve geçerlilik kazanır. Ferdi markaların devrinde ise sicile tescil açıklayıcıdır. Ferdi markanın devri, bu yöndeki sözleşmenin kurulmasıyla gerçekleşir. BİLGİLİ, Tescilli Marka Devri, s. 415.

¹⁵⁰ BİLGİLİ, Tescilli Marka Devri, s. 413.

¹⁵¹ KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 329.

¹⁵² Y. 11 HD. 25.11.2002 T., 2002/6575 E., 2002/10964 K. KARAN/KILIÇ, s. 336.

¹⁵³ KARAN/KILIÇ, s. 329.

yazılı devir sözleşmesine ihtiyaç yoktur¹⁵⁴. Buna karşın, garanti ya da ortak marka, ticari işletme devir sözleşmesinin akdedilmesiyle devralana intikal etmiş olmaz. Bu markaların intikali MarkKHK m. 60/f. 1¹⁵⁵ gereği, devrin Marka Siciline tesciline bağlıdır.

Ticari işletmenin devrinde –kısmi- külli halefiyetin ilkesinin geçerli olduğu TTK döneminde ise, kanaatimizce, ferdi markaların ticari işletmenin devri yoluyla devralana intikali, ticari işletme devir sözleşmesinin kurulmasıyla sağlanamaz. Zira, ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. Garanti markası ya da ortak marka ticari işletmenin devri yoluyla devrediliyor ise, MarkKHK m. 60/f. 1’in, bu markaların devrinin geçerliliğine etkisi olmadığını düşünmekteyiz.

dd) Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler¹⁵⁶ Hakkında Kanun m. 5/f. 2’ye göre, Eczane açmak, devretmek veya başka bir yere nakletmek isteyen eczacıların, bulunduğu ilin sağlık müdürlüğüne dilekçe ile başvurması gerekir. Eczane açmak isteyen başvuru sahiplerinin belgelerinin tam olması hâlinde, ruhsatname düzenlenir.

Bir eczaneyi devir¹⁵⁷ veya satın alan kişinin, eczane açabilmesi için, bu kanunda yazılı şartları haiz olması gerekir (m. 11/f. 1). Şartları haiz olan kişi namına ruhsatname verilir (m. 11/f. 1). Bu devir ve satın alma işlemleri¹⁵⁸, hükümet tabibinin huzuriyle ve noterlikçe yapılır.

¹⁵⁴ BİLGİLİ, Tescilli Marka Devri, s. 421, 422.

¹⁵⁵ Bu hüküm, garanti markasının ya da ortak markanın devrinin geçerliliğini, Marka Siciline kayda bağlar.

¹⁵⁶ Eczaneler eTK m. 12/f. 1 ve m. 11 uyarınca ticari işletmedir. Y. 11 HD. 29.3.1976 T. , 1976/1903 E. , 1976/1650 K.; Eczanelerin ticari işletme niteliğini haiz olabileceğine ilişkin bkz. TÜRK, Hikmet Sami: “Eczacılık ve Adi Ortaklık”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX*, Ankara 1992, s. 172 vd.

¹⁵⁷ Hükümün lafzından, hükümde geçen “devir” ibaresinin değil, “satın” ibaresinin ticari işletmenin devri kurumu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini anlıyoruz.

¹⁵⁸ Hükümde “bu satışlar” ibaresi yer almaktadır. Kanaatimizce, hükümün 1. fıkrasındaki satış olarak nitelendiremeyeceğimiz “devir” kavramını da içine alacak şekilde, “bu satışlar” ibaresinin kullanılması, hatalıdır.

M. 12/f. 1'e göre, *“devredilen veya satılan bir eczanede bulunan uyuşturucu maddelerin satış ve devir muamelesinin mahallin en yüksek sağlık amirine bildirilmesi ve istenilen malûmatın verilmesi mecburidir.”*.

Ayrıca, eczanesini kapatmak ya da nakletmek ya da eczanesinin unvanını değiştirmek isteyen bir eczacı, gerçekleştirmek istediği bu işlemlerden bir ay önce, mahallin en yüksek sağlık amirine haber vermek zorundadır (m. 13/f. 1).

ee) 5510 sayılı Kanun m. 89/f. 1 Uyarınca Mütessesil Sorumluluk

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 89/f. 1 uyarınca, *“Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse, eski işverenin kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve mütessesilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir.”*. Bu hüküm ticari işletmenin devrinde de uygulama imkanı bulur. Hükümde belirtilen borçlardan dolayı devralan ile devreden mütessesil sorumluluğu, ticari işletmenin ticaret siciline tescili ile birlikte başlar. Bu mütessesil sorumluluk, TBK m. 202'deki iki yıllık süre ile sınırlandırılmaz. Zira, istisnai bir sorumluluk rejimi olan mütessesil sorumlulukta kanun koyucunun, mütessesil sorumluluğu süre ile sınırlandırmayı unuttuğu kabul edilmemelidir. Ayrıca hüküm, TBK m. 202'ye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan, mütessesil sorumluluğun başlaması için, TBK m. 202 anlamında devrin ilanına ihtiyaç yoktur. Söz konusu mütessesil sorumluluk, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edildiği andan itibaren başlar.

ff) Özel Hastaneler Yönetmeliği

Gelir elde etmek amacıyla faaliyette bulunan özel hastaneler ticari işletmenin diğer unsurlarını da ihtiva etmek koşuluyla ticari işletme niteliğini haizdir. Diğer ticari işletmeler gibi, özel hastanelerin de bir başka hukuk kişisine devri mümkündür. 24708

sayılı Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde¹⁵⁹ (ÖHY), özel hastanelerin devrine ilişkin,- diğer ticari işletmelerden farklı olarak-, ek düzenlemeler mevcuttur.

Bir özel hastanenin devredilebilmesi için, devir talep tarihi itibarıyla aktif olarak faaliyet yapıyor olması gerekmektedir (ÖHY) m. 69/ f.1). Ayrıca faaliyette olan özel hastanenin devri halinde, ÖHY m. 69/ f. 1- a, b, c, ç bentlerinde belirtilen evrak ile birlikte, devir tarihinden itibaren en geç bir ay içerisinde müdürlüğe başvurulması zorunludur (ÖHY m. 69/ f. 1).

ÖHY m. 69/ f. 2'de devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi düzenleninceye kadar, hastanenin faaliyetinin devreden sorumluluğunda devam edeceği öngörülmüştür. Ayrıca, şayet devreden sorumluluğunda faaliyet gösterilmesi istenmiyorsa, devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi düzenleninceye kadar hastanenin faaliyetine ara verilmesi gerektiği belirtilmiştir (ÖHY m. 69/ f. 2).

2. Yabancı Hukuk

a) İsviçre Hukuku

Türk hukukunda malvarlığı veya işletmenin devrini düzenleyen eBK m. 179, FusG'nin yürürlüğe girmesinden önceki İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 181'in karşılığıydı. FusG'nin 1.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmesiyle İBK m. 181'e dördüncü fıkra eklenmiştir. Eklenen bu fıkraya göre, ticaret siciline kayıtlı, özel hukuka göre hak sahibi olabilecek olanların malvarlıklarını ya da ticari işletmelerini devretmeleri durumunda, hak sahiplerinin hukuki statülerine bakılmaksızın, zorunlu olarak FusG hükümleri uygulanacaktır¹⁶⁰. Demek oluyor ki, bu fıkra da belirtilen durumlarda, borçların kanuni devri İBK m. 181'e göre değil, FusG m. 69-77 hükümlerine göre gerçekleşecektir. İBK m. 181 hükmünün uygulama alanı, ticaret siciline kaydedilmeyen

¹⁵⁹ Bu Yönetmelik 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 40'ıncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

¹⁶⁰ DURMAN, s. 83, 84.

derneklerin, şahıs şirketlerinin ya da adi ortaklıkların malvarlıklarını devretmeleri ile sınırlı olacaktır¹⁶¹.

FusG'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte ticari işletmenin devri, FusG'nin m. 69-77 hükümleri uyarınca gerçekleşir. Bu hükümler sayesinde, ticari işletmenin ya da bir bölümünün devri, kolaylaştırılmıştır¹⁶². Türk hukukunda ticari işletmenin aktiflerinin devrini düzenleyen TTK m. 11/f. 3 hükmü, FusG'den ilham alınarak düzenlenmiştir. Ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, Türk hukukunun aksine İsviçre hukukunda tek bir kanunda ayrıntılı olarak FusG'de düzenlenmiştir¹⁶³. İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrine de uygulanan FusG'nin malvarlığının devrine ilişkin m. 69-77 hükümlerinin yeniden yapılandırma işlevi öne çıkmaktadır. FusG kapsamında yer alan diğer yeniden yapılandırma kurumlarına başvurulamaması durumunda, çare genel hüküm niteliğine bürünmüş olan malvarlığı devri hükümleridir¹⁶⁴. Zira tek bir malvarlığı unsurunun dahi, malvarlığının devri uyarınca, devri mümkündür¹⁶⁵. Bu özelliği nedeniyle malvarlığı devri kurumu, kendine has bir kurum olmasının dışında, yeniden yapılandırma hukukunun ihtiyaçlarına her zaman için cevap verebilecek bir hüviyettir¹⁶⁶. Türk hukukunda ticari işletmenin devri ise, yeniden yapılandırma bakış açısıyla düzenlenmemiştir. Türk hukukunda ticari işletmenin devri kurumunun temel amacı, ticari işletme sahipliğinin el değiştirmesidir.

İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrine ilişkin esas düzenleme olan FusG hükümlerinin yanı sıra İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nde (İTST) de çeşitli hükümler

¹⁶¹ von der CRONE, Hans Caspar/GERSBACH, Andreas/KESSLER, Franz J./DIETRICH, Martin/BERLINGER, Katja: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, s. 315, N. 811.

¹⁶² BOTSCHAFT, s. 4338.

¹⁶³ TOPUZ, Murat: "Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu", *MÜHFHAD*, C. 18, S. 2 (Özel Sayı 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu), s. 22.

¹⁶⁴ KUNZ, Peter V.: Das Neue Fusionsgesetz (FusG), 2006, s. 228, http://www.iwr.unibe.ch/ueber_uns/prof_dr_peter_v_kunz/e163474/e192613/e192616/files192847/2006_Artikel_Kunz_Gesellschaftrecht_I.pdf Erişim tarihi: 18.05.2016.

¹⁶⁵ Buna karşın, salt pasifin devri mümkün değildir. Zira devir envanteri aktif bakiye içermelidir. SCHUMACHER, s. 80.

¹⁶⁶ Malvarlığının devri, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye alternatif olarak kullanılabilir. Bu kurumların yapısal olarak uygulanamaması halinde, bu açık malvarlığının devri vasıtasıyla kapatılabilir. SCHUMACHER, s. 25 vd; KUNZ, Das Neue Fusionsgesetz, s. 228.

bulunmaktadır. Ticari işletmenin devrinin ticaret siciline tescil ile hüküm ifade edeceği, FusG m. 73/f. 2’de düzenlendiği gibi İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü m. 11’de de düzenlenmiştir¹⁶⁷. Tescil işleminde yer alması gereken hususlar (İTST m. 108a), ticaret sicili memurunun devre ilişkin gerçekleştirebileceği kontroller(İTST m. 111) İTST’de yer alan diğer düzenlemelerdendir.

FusG hükümleri uyarınca gerçekleşen ticari işletme devirleri, envanter içeren yazılı devir sözleşmesi temelinde gerçekleşir¹⁶⁸. Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile sağlanır (FusG m. 73/f. 2)¹⁶⁹. Tescil ile birlikte envanterde yer alan aktif ve pasifler devralana geçer (FusG m. 73/f. 2)¹⁷⁰.

FusG hükümleri uyarınca malvarlığının devrinde, tek bir aynı hakkın devri mümkün olduğu gibi, taraflar birleşmede olduğu gibi ortak şirketlerde bir araya gelmeksizin, bir tüzel kişinin tüm aktif ve pasiflerinin devredilmesi de mümkündür¹⁷¹.

FusG m. 69-77 ile İBK m. 181, esas olarak, malvarlığının devri nedeniyle hukuki koruma tedbirleri ve devre hakim olan ilkeler bakımından farklılık arz eder¹⁷². Öyle ki, FusG m. 69-77 uyarınca gerçekleşen malvarlığı devrinde kısmi külli halefiyet ilkesi geçerli iken, İBK m. 181 anlamındaki malvarlığı devrinde cüz’i halefiyet ilkesi geçerlidir¹⁷³. Ayrıca, FusG m. 69-77 anlamındaki malvarlığı devrinde ortakların bilgilendirilmesi yükümlülüğü (FusG m. 74), teminat gösterme yükümlülüğü (FusG m. 75/f. 3) gibi ek koruma tedbirleri düzenlenmiştir. FusG ve İBK m. 181’de öngörülen

¹⁶⁷ TOPUZ, s. 30.

¹⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 313, N. 3638.

¹⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 313, N. 3638.

¹⁷⁰ Envanter kapsamındaki aktif ve pasiflerin devri için kanunda kendileri için öngörülen şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekmez. BOTSCHAFT FusG, s. 4361; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 314, N. 3638.

¹⁷¹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 314, N. 807.

¹⁷² von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 315, N. 810.

¹⁷³ Malvarlığı ya da bir bölümünün devrinde çok sayıda farklı malvarlığı değeri bulunmaktadır. Her aktif için kanunda öngörülen şekil şartının yerine getirilmesinin çok külfetli olması ve diğer koşullar yeniden yapılandırmayı engellemektedir. BOTSCHAFT FusG, s. 4361.

müteselsil sorumluluk üç yıl süreyle sınırlandırılmıştır. Ancak FusG'deki süre, zamanaşımı süresi nitelikte iken, İBK'daki süre hak düşürücü süredir¹⁷⁴.

İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Taslağı'nda bir malvarlığının ya da işletmenin devri Taslağın 184. ve 185. maddelerinde yeniden ele alınmıştır. İBK m. 181'in 1. Fıkrası Taslak m. 184/f. 1'de, İBK m. 181'in 2. Fıkrası Taslak m. 185/f. 2'de, İBK m. 181'in 3. Fıkrası Taslak m. 185/f. 3 ve İBK m. 181'in 4. Fıkrası Taslak m. 184/f. 2'de değişmeksizin yer almaktadır. Taslakta yer alan tek yeni düzenleme m. 185/f. 1'de yapılmıştır. Bu hükme göre, bir malvarlığının ya da işletmenin devri aynı zamanda sözleşmelerin de devri sonucunu doğurur, meğerki, 3. kişi sözleşmelerin devrinin itirazı bilgisinden sonra iki ay içinde devralana itiraz etsin.¹⁷⁵

Görüldüğü üzere İBK ve FusG'de düzenlenmemesi nedeniyle tartışmalara konu olan işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devri hususu, Taslak m. 185/f. 1'de açıklığa kavuşturulmak istenmiştir.

b) Alman Hukuku

Alman hukukunda malvarlığının devrine, BGB¹⁷⁶ § 419 hükmü uygulanmaktaydı. Bu hüküm malvarlığının devrinde sorumluluğa¹⁷⁷ ilişkin olup, işletmenin devredilmesi suretiyle tekrar kazanılması esasına göre düzenlenmemiştir¹⁷⁸. İşletmenin devri açısından nitelikli olmayan bu hüküm, yerine yeni bir hüküm konulmaksızın, 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren İflas Kanunu Yürürlüğü Hakkında Kanun'un 33. maddesi 12. bent hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır¹⁷⁹. Ancak değişiklik yapan Kanun'un m. 223a

¹⁷⁴ VISCHER, Markus: "Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals- zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung", *Mergers & Acquisitions VII*, TSCHÄNI Rudolf (Hrsg), Zürich 2005, s. 230, 231; SCHUMACHER, s. 186, 187; İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, İBK m. 181'deki süre, hak düşürücü niteliktedir. KRÄMER/PROBST, s. 475.

¹⁷⁵ HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M.; Schweizer Obligationenrecht 2020/Code des Obligations Suisse 2020, Zürich 2013, s. 553 vd.

¹⁷⁶ Bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁷⁷ BGB m. 419 hükmü uyarınca sorumluluk, devredilen malvarlığı ile sınırlı idi. DURMAN, s. 97.

¹⁷⁸ DURMAN, s. 106

¹⁷⁹ DURMAN, s. 97.

hükmüne göre, 1.1.1999 tarihinden önceki olaylar bakımından BGB § 419 hükmü geçerliliğini korumaktadır¹⁸⁰.

Alman hukukunda, ticari işletmenin devrine uygulanacak esas düzenleme HGB¹⁸¹ § 25'tir. Bu düzenleme, sadece tacirler açısından uygulama imkanı bulur¹⁸². HGB § 25 f. 1'e göre, *“bir ticari işletme, sağlararası hukuki işlem yoluyla devralındığında devralan aynı ticaret unvanı ile veya bu unvana devri gösteren herhangi bir ek ibare ile faaliyetlerine devam ettiği takdirde, devreden bu işletmenin önceki faaliyetlerinden kaynaklanan tüm borçlarından sorumludur.”*¹⁸³. Sicile beyan ve devrin ilanı işletmenin devralınmasından sonra ivedilikle gerçekleşmelidir¹⁸⁴. Bu hüküm ticari işletmenin devrinde, ticaret unvanının devam ettirilmesi halinde sorumluluğu düzenlemektedir. Devreden veya mirasçılarının ticaret unvanının devam etmesine rıza göstermesi durumunda, ticari işletmenin faaliyetlerinden doğan tüm alacaklar, borçlulara karşı, devralana geçecektir (HGB § 25 f. 1). Ticaret unvanı devam ettirilmediği durumda, devralan, ticari işletmenin geçmişteki borçlarından ancak özel bir borç sebebi ile, özellikle de devir kapsamındaki borçların devralan tarafından üstlenildiğinin ticari örf ve adete uygun olarak ilan edildiği durumda sorumlu olur (HGB § 25 f. 3).

Alman hukukunda ticari işletme, pasiflerinden ayrı olarak devredilebilir. Öyle ki, HGB § 25 f. 2'ye göre, taraflar arasında pasiflerin devir kapsamı dışında bırakan bir anlaşma, ticaret siciline kayıt edilmiş ve ilan edilmiş ise ya da devralan veya devreden tarafından üçüncü kişiye bildirilmiş ise, üçüncü kişilere karşı geçerlidir. O halde, bu anlaşma ile ticari işletme pasiflerinden ayrı olarak devredilebilecektir.

HGB 25'e göre ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesi için, ticari işletmeyi işleten kişinin değişmesi ile birlikte, işletmenin benliğinin ve ayniyetinin korunması kaydıyla işletmenin devam ettirilebilmesi gerekmektedir¹⁸⁵. O halde, HGB § 25 açısından

¹⁸⁰ DURMAN, s. 85.

¹⁸¹ Handelsgesetzbuch.

¹⁸² DURMAN, s. 97.

¹⁸³ DURMAN, s. 94.

¹⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, München 2006, s. 110.

¹⁸⁵ DURMAN s. 99.

işletmenin esaslı unsurlarının devredilmesi ile birlikte ticaret unvanının sürdürülmesi zorunludur¹⁸⁶.

HGB § 25 hükmü, şahsi sorumluluğu öngörmektedir. Öngörülen bu sorumluluk, tarafların anlaşması sonucunda ortadan kaldırılabilir¹⁸⁷.

c) Avusturya Hukuku

İşletmenin devri, Avusturya İşletmeler Kanunu (AİK¹⁸⁸) § 38-39 arasında düzenlenmiştir¹⁸⁹. Devir konusu, Avusturya İşletmeler Kanunu § 1 f. 2’de belirtilen işletmedir¹⁹⁰. Avusturya hukukunda işletmenin devri, hukuki ilişkilerin devri odaklıdır ve devir cüzi halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşir¹⁹¹. AİK § 38-39, üçüncü kişilere önemli dezavantaj oluşturmada, girişimler için işletmelerin devrinin kolaylaştırılmasını amaçlar¹⁹².

Avusturya İşletmeler Kanunu § 38 f. 1¹⁹³ uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, sađlararası¹⁹⁴ işlemle işletmenin devrinde devralan, kişisel nitelikteki hukuki ilişkiler¹⁹⁵

¹⁸⁶ TOPUZ, s. 36.

¹⁸⁷ DURMAN, s. 97.

¹⁸⁸ Unternehmens Gesetz Buch.

¹⁸⁹ AİK m. 40, ticari işletmenin miras yoluyla devam ettirilmesi durumunda, mirasçılarda hukuki durumunu düzenlemiştir.

¹⁹⁰ KNAUDER, s. 24.

¹⁹¹ KNAUDER, s. 23.

¹⁹² KREJCI, Heinz: “§ 38 UGB: Zurück ins Trockendock?”, ÖJZ 2007/73, Heft 21/2007, s. 842.

¹⁹³ AİK § 38/f. 1, işletmenin devam ettirilmesini talep eder. Bir başka ifadeyle, edinenin niyeti ticari işletmeyi devam ettirme yönünde olmalıdır. Bu iradenin ne kadar süre boyunca gösterilmesi gerektiğine ilişkin bir bilgi yoktur. Ancak AİK § 40/f. 2’ye dayanarak 3 aylık bir süre kabul edilebilir. DEHN (GRUBER, Micheal/KALSS, Susanne/MULLER, Katharina/SCHAUER, Martin: Erbrecht und Vermögensnachfolge, Wien/New York 2010, s. 916, N. 25. İşletme faaliyetlerinin geçici olarak durması işletmenin devam ettirilmesi gerekliliğine aykırı değildir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 916, N. 26.

¹⁹⁴ Bununla devir sözleşmesi temelinde özel hukuk anlamındaki mülkiyet değişimi sonucunu doğuran, işletme devir şekilleri kastedilir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 915, N. 21; KEINERT, Heinz: Das Neue Unternehmensrecht, Wien 2006, s. 14.

¹⁹⁵ Devir kapsamı, devralanın bildiği ya da bilmesinin gerektiği hukuk ilişkileriyle sınırlı değildir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 918, N. 30. Sürekli borç ilişkilerinde, eski

hariç, devredenin işletmenin devri anına kadar var olan tüm hak ve borçlarını devralır¹⁹⁶. Devir işlemi ivazlı olabileceği gibi ivazsız da olabilir¹⁹⁷. Devredenin işletmenin borçları için verilmiş teminatları geçerli olmaya devam eder. Paragraf 39'un belirlediği çerçevede, devredenin işletme ile ilgili sorumluluğu devam eder.

Avusturya İşletmeler Kanunu § 38 f. 2 ise, sözleşmede kalan taraf olarak üçüncü kişinin itiraz hakkını öngörmektedir. Bu hüküm uyarınca, üçüncü kişi, sözleşme ilişkisinin devrine, devrin ilanından itibaren üç ay içinde, hem devralan hem de devralan kişiye karşı itiraz edebilir. Devrin ilanında, üçüncü kişilerin itiraz hakkına işaret edilmesi gerekir¹⁹⁸. Bu husus, devredenin borçları için teminat veren kişiler için de geçerlidir. Geçerli bir itiraz söz konusu olsa dahi, devredenle olan sözleşme ilişkisi var olmaya devam eder. Etkin bir itiraz durumunda, üçüncü kişi ile devredenin sözleşme ilişkisi devam edecektir. Bu durum, devredenin borçları için teminat vermiş olan kişiler için de geçerlidir.

Devralan tarafından sözleşme ilişkisinin devralındığı üçüncü bir kişiye ispat edilebilir bir şekilde bildirilmediyse ya da işletmenin devrine itiraz hakkı halen mevcut ise, bu durumda üçüncü kişi, ister devreden isterse devralana karşı sözleşmeye ilişkin beyanlarda bulunabilir ve borçlarını yerine getirebilir (AİK § 38 f. 3).

Avusturya İşletmeler Kanunu § 38 f. 4 ise, ticari işletmeye ilişkin hukuki ilişkiler devralan tarafından devralınmadığı durumlarda, devralanın yükümlülüğünün düzenlenmesini içerir¹⁹⁹. Bu hüküm uyarınca, devredenin ticari işletmeye ilişkin hukuki ilişkileri devralan tarafından üstlenilmese de, devralan buna bağlı olan borçlardan

yükümlülükler/borçlar da (telefon faturaları gibi) kanuni devirden etkilenir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 918, N. 32.

¹⁹⁶ Devralan, işletmenin malvarlığı unsurlarını otomatik olarak devralmaz. Devreden, devir sözleşmesiyle, devralana karşı, bu unsurların kendisine devrini talep etme hakkını kazanır. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 917, N. 27.

¹⁹⁷ DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 915, N. 21.

¹⁹⁸ LEB, Birgit: "Zur Bekanntmachung des Haftungsausschlusses im Firmenbuch (§ 38 UGB)", GeS 2008, Heft 8/2008, s. 313.

¹⁹⁹ Bu şekilde öngörülen devralanın sorumluluğu, işletmenin sadece devralan tarafından yönetilmeye devam edileceği düşüncesinden ileri gelmektedir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 937, N. 90; KNAUDER, s. 23. AİK § 38 f. 4 uyarınca, edinen sorumluluğu, ticari işletme ile ilgili hukuki ilişkilerden doğan yükümlülüklerle ilişkindir. OGH 25.02.2015, 8 Ob 2/15z.

sorumludur²⁰⁰. Bu, devralanın, devredenin bazı borçlarını üstlenmemesi halinde de geçerlidir. Üçüncü şahsa karşı bundan farklı bir sorumluluk, ancak işletme devri sırasında ticaret defterine kaydedilmesi²⁰¹, alışılmış ticari usul gereği duyurulması ya da devralan ya da devreden tarafından üçüncü kişiye bildirilmesi²⁰² halinde geçerli olur.

Ticari işletme; icra takibi, iflas davası ya da borçlunun yediemin yoluyla denetimi ile edinilmişse AİK § 38'deki düzenlemeler uygulama alanı bulamaz (AİK § 38 f. 5).

Kira, ödünç alma, hasılat kirası, kullanıcının hakları ve sözleşmenin sonlandırılması yoluyla ticari işletmenin devamlılığı, AİK § 38 f. 1 anlamındaki ticari işletmenin edinimi olarak sayılamaz (AİK § 38 f. 5-a).

Diğer düzenlemeler yoluyla oluşturulan yükümlülük veya hukuki ilişkilerin edinen tarafından devralınması bundan etkilenmez (AİK § 38 f. 6).

İşletmeyi devralan, devredenin devir esnasında var olan hak ve borçlarını devralsa da, devreden ancak devirden sonraki beş yıl²⁰³ içinde vadesi gelen borçlarla sınırlı olarak sorumlu olacaktır²⁰⁴. Her bir borçtan kaynaklanan talep hakları, en geç üç yıl içinde zamanaşımına uğrar (AİK § 39 f. 1)²⁰⁵. O halde, devreden devirden sonraki sorumluluğu 8 yıla kadar uzayabilir²⁰⁶. Bir borç, işletmenin devrinden önce muaccel olmuş ise, devreden devir sonrası sorumluluğu üç yıldan daha fazla değildir²⁰⁷.

²⁰⁰ AİK § 38 f. 4'te düzenlenen sorumluluk "Yine de Sorumluluk" "Trotzdem-Haftung" olarak nitelendirilebilir. JENNEWIEIN, Klaus: "Vereinbarung über den Ausschluss der Erwerberhaftung gemäß § 38 abs 4 UGB- Anmerkungen aus Firmenbuchrichterlicher Sicht", GES 2012, Heft 4/2012, s. 168.

²⁰¹ Devralan, hangi hukuki ilişkilerin ve yükümlülüklerin sorumluluğunu üstlenmeyecek ise, bunu şüpheye mahal bırakmayacak ayırt etmelidir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 938, N. 94.

²⁰² Bu şekilde bildiri, zahmetli olmasının yanında, tüm üçüncü kişilerin bilinemeyeceğinden sağlıklı da değildir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 940, N. 101.

²⁰³ Beş yıllık süre zamanaşımı değil, hak düşürücü süredir. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 934, N. 83.

²⁰⁴ Bir sözleşme ilişkisinin ya da diğer hukuki ilişkilerin devri gerçekleşmiyorsa, bunlar devredende kalır. Bunlar bakımından devreden sorumluluğu AİK § 39 uyarınca sınırlandırılmaz. DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 934, N. 84.

²⁰⁵ OGH 2.7.2015, 7 Ob 91/15f.

²⁰⁶ DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 936, N. 88; KEINERT, s. 14.

²⁰⁷ DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 936, N. 88.

Devralana geçen borçlar için zamanaşımı bu şekilde değişim göstermez²⁰⁸. Devreden ve devralan anlaşarak, devreden devir sonrası sorumluluğunu kaldırması mümkün değildir²⁰⁹. Bu sorumluluk, üçüncü kişinin onayı ile kalkabilir²¹⁰.

III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN BENZER KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Borç İlişkisi Bakımından

1. Borcun Dış Üstlenilmesi

TBK m. 195-204 arasında düzenlenen borcun üstlenilmesi, eBK m. 173-181 arasında borcun nakli başlığı altında düzenlenmişti. Biz bu bahiste, borcun iç üstlenilmesine (TBK m. 195) değinerek, borcun dış üstlenilmesinin (TBK m. 196-200) ticari işletme devri ile ilişkisini ele alacağız.

Borcun iç üstlenilmesi, üçüncü bir kişinin borçlu ile yapacağı bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşme, borcu üstlenen kişinin, borçluyu borcundan kurtarma vaadini ihtiva eder (TBK m. 195/ f. 1). Alacaklının katılmadığı bu sözleşme ile borç, üçüncü bir kişiye intikal etmeyecektir²¹¹. O halde, yanıltıcı ismine karşın, iç üstlenme sözleşmesi ile, borçlu borcundan kurtulmuş olmayacak, sadece üçüncü kişi, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olacaktır²¹². Borcun iç üstlenilmesi, borcun dış üstlenilmesi gerçekleşmedikçe alacaklıyı etkilemez²¹³.

²⁰⁸ DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 936, N. 88.

²⁰⁹ DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 937, N. 89.

²¹⁰ DEHN (GRUBER/KALSS/MULLER/SCHAUER), s. 937, N. 89.

²¹¹ Borcun iç yüklenilmesi ile borç ilişkisinin pasif stüjesi değişmez. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 269; KILIÇOĞLU, s. 816; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 366.

²¹² GAUCH, Peter vd.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, s. 273, N. 3567; BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, s. 581; KILIÇ, Mehmet: Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Ankara 2013, s. 63, 64.

²¹³ BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Borçlar Hukuku, Bursa 2014, s. 194; GAUCH vd, 2008, s. 273, N. 3567; Borcu üstlenen kişi ile borçlu arasındaki borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, -ta ki borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdedilene kadar- alacaklı ile borçlunun hukuki ilişkisini etkilemez. BUCHER, s. 582.

TBK’da “iç üstlenme sözleşmesi” olarak ifade edilen bu sözleşme, öğretide “borçtan kurtarma vaadi”²¹⁴ , “borcun iç yüklenilmesi”²¹⁵ , “ifanın üstlenilmesi”²¹⁶ şeklinde isimlendirilmiştir.

İç üstlenme bir bakıma, doktrinde gerçek anlamda borcun üstlenilmesi²¹⁷ olarak ifade edilen borcun dış üstlenilmesine gidilen yolda²¹⁸ zaruri olmayan bir adımdır. Öyle ki, doktrinde²¹⁹ de kabul edilen görüşe göre iç üstlenme sözleşmesi yapılmadan da borcun dış üstlenilmesi gerçekleşebilir. Aksi görüşte olan KILIÇOĞLU’na²²⁰ göre, borcun üstlenilmesi için öncelikle borçlunun istek ve iradesine gerek vardır. Bu istek ve iradeden yoksun olarak, alacaklı ile üçüncü bir kişinin anlaşmasıyla borç, bir başka kişiye devredilmiş ise; alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmesini imkansız hale getirmesinden dolayı TBK m. 112 gereğince sorumlu olacaktır. KILIÇ²²¹ ise, iç üstlenme sözleşmesinin (TBK m. 195) varlığına dikkat çekerek, dış üstlenme sözleşmesinin, adeta iç üstlenme sözleşmesinin devamı ve tamamlayıcısı olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle yazar, dış üstlenmenin gerçekleşebilmesi için, iç üstlenme sözleşmesinin yapılmış olmasını aramaktadır. Kanaatimizce, dış üstlenme, iç üstlenme sözleşmesi olmaksızın gerçekleşebilir. Her ne kadar, borcun dış üstlenilmesinin sebebi, çoğunlukla borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin ifası olsa da; borcun dış üstlenilmesi

²¹⁴ GAUCH vd, 2008, s. 273, N. 3568; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, C. II, s. 585-586; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. B. İstanbul 1976, s. 1125; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 366.

²¹⁵ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 366.

²¹⁶ EREN, s. 1244.

²¹⁷ BUCHER, s. 581; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 586; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 367; TUNÇOMAĞ, s. 1132, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 272; Borç üstlenilme denildiği zaman, borcun dış üstlenilmesi anlaşılmalıdır. EREN, s. 1247

²¹⁸ Onaylama/Kabul Teorisi uyarınca borcun iç üstlenilmesi alacaklı tarafından onaylanarak, borcu üstlenen ile alacaklı arasında borcun dış üstlenilmesi gerçekleşir. İşte borcun iç üstlenilmesinin duyurulması, Onaylama/Kabul Teorisi köprü olarak görülmelidir. BUCHER, s. 584.

²¹⁹ Borcun dış üstlenilmesi için, borcun iç üstlenilmesi şart olmasa da kural olarak yapılmaktadır. GAUCH vd, 2008, s. 275, N. 3580; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 592, 593.

²²⁰ KILIÇOĞLU, s. 813.

²²¹ KILIÇ, s. 64-65.

soyut hukuki işlemdir²²². Öyle ki, TBK m. 199/ f. 3'e göre, borcu üstlenen kişi, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Demek oluyor ki, borcun dış üstlenilmesi, geçerli bir hukuki sebebin varlığına bağlı olmadan gerçekleşebilmektedir²²³.

Borcu üstlenen kişi ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşme ile, borçlunun yerine üçüncü kişinin geçmesine²²⁴ borcun dış üstlenilmesi denir. Eski-asıl borçlu, borcun üstlenilmesine karşı çıkamaz²²⁵. Borcun üstlenilmesi ile borçlu borcundan kurtulmaktadır²²⁶. Ancak borç ilişkisi varlığını sürdürür²²⁷, değişen borcun borçlu tarafıdır²²⁸. İşte gerçek anlamda borcun üstlenilmesi bu şekilde gerçekleşmiş olur. Dış üstlenme sözleşmesi de, tıpkı iç üstlenme sözleşmesi gibi herhangi bir şekle tabi değildir²²⁹.

Borcun üstlenilmesi ile, alacaklı eski borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunmuş olacaktır. Bu nedenle borcun üstlenilmesi, alacaklı

²²² OĞUZMAN/ÖZ, C.II, 593; Borcu üstlenen kişi ile borçlu arasında herhangi bir iç ilişki ya da akdi bir bağ mevcut olmasa bile borcun dış üstlenilmesi gerçekleşebilir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 273; TUNÇOMAĞ, s. 1123; PAKET, Sabure: Borcun Dış Üstlenilmesi, Ankara 2014, s. 38.

²²³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 593; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 273.

²²⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 193; Borcu üstlenen kişi, borçlunun yerine geçtiği için, borcun yüklenilmesi söz konusudur. Zira, kümülatif borç naklinden farklı olarak eski borçlu borcundan kurtulmaktadır. GAUCH vd, 2008, s. 276, N. 3582.

²²⁵ GAUCH vd, 2008, s. 275, N. 3580; Borcun dış üstlenilmesinde, borçlunun haberi bile olmadan, borçlu olmaktan çıkarılması mümkündür. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 272.

²²⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 194; Alacağın devri, aktif tarafta özenin değişmesi anlamına gelirken, borcun üstlenilmesi, borcun pasif tarafındaki özenin değişmesi anlamına gelir. GUHL, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Sechste bereinigte Auflage bearbeiten von Dr.iur Hanz Merz und Dr. iur. Max Kummer, unter Mitarbeit von Fürsprecher Dr. Pierre Widmer, Zürich 1972, s. 251.

²²⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 193; Borcun üstlenilmesi, hukuken gerçekleşen bir yenileme değil, aksine aynı borç bağlamında borçlunun mutlak değişimidir. GAUCH vd, 2008, s. 278, N. 3597;

²²⁸ Borçlu tarafın değişmesi, alacaklının menfaatini etkilediğinden, alacaklının onayı olmadan, borcun dış üstlenilmesi geçerli olmaz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 193; GAUCH vd, 2008, s. 275, N. 3579; BUCHER, s. 585; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 367.

²²⁹ GAUCH vd, 2008, s. 275, N. 3579; BUCHER, s. 584; ARICI, s. 42;

açısından bir tasarruf işlemidir²³⁰. Yeni borçlu bakımından ise, borçlandırıcı işlemidir. Bu nedenle, borcun dış üstlenilmesi, çifte hüküm ve sonuç doğuran bir hukuki işlemidir²³¹.

Borcun dış üstlenilmesi, sözleşmenin taraflarında herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Zira devredilen sözleşme değil, borçtur. Bu nedenle, sözleşmenin tarafa bahsettiği ve tüm borç ilişkisiyle ilgili fesih, dönme gibi yenilik doğuran haklar devralana geçmez²³².

Borcun dış üstlenilmesi, TBK m. 154/f. 1 anlamında borcun ikrarı olarak değerlendirildiği için, zamanaşımı kesilir²³³.

TBK m. 202 ile borcun üstlenilmesi kurumunu birlikte değerlendirelim. TBK m. 202 uyarınca işletme borçlarının devri için, işletme aktiflerinin de devredilmesi gerekmektedir²³⁴. Zira, TBK m. 202 imkanı, ticari işletmenin organizasyon olarak devredilmesi ile ortaya çıkacaktır. Oysaki, borcun üstlenilmesi, münferit bir borcun üçüncü bir kişiye geçirilmesine ilişkindir. Yani borç, aktifler olmadan tek başına devredilebilir. Ayrıca borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinden doğan münferit bir borcu kapsamaktadır. Buna karşın, TBK m. 202 ile, kanundan dolayı borçların topyekun üstlenilmesi ve nakli gerçekleşmektedir²³⁵.

TBK m. 202 anlamında borcun üstlenilmesi, geçerli bir hukuki sebebe dayanmak zorundadır. TBK m. 202 anlamında borcun üstlenilmesi, devir sözleşmesi vasıtasıyla gerçekleşir. Ve bu sözleşme, işletmeyi devralanın, devredeni eski borçlarından kurtarma vaadini içermesi gerekir. Halbuki, borcun üstlenilmesi soyut hukuki işlemidir. Zira

²³⁰ Bu nedenle alacaklı tasarruf yetkisini haiz olmalıdır. GAUCH vd, 2008, s. 275, N. 3581; EREN, s. 1247; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 593; BECKER, s. 819, N. 2; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977, s. 549.

²³¹ Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin içeriği, bu sözleşmeye iki yüz vermektedir. GAUCH vd, 2008, s. 275, N. 3581; Borcun dış üstlenilmesi, çift etki doğuran bir hukuki işlemidir. BUCHER, s. 582; VON TUHR, s. 892; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 593, EREN, s. 1247; FEYZİOĞLU, s. 557.

²³² ARICI, s. 42.

²³³ GAUCH vd, 2008, s. 278, N. 3597.

²³⁴ ARICI, s. 42.

²³⁵ İBK m. 181 (TBK m. 202), m. 175/176'nın (TBK m. 195/196), kolaylaştırıldığı özel bir düzenlemesidir. KRÄMER/PROBST, s. 474; ARICI, s. 42.

borcun üstlenilmesi için, üçüncü bir kişinin, borçluyu borcundan kurtarma vaadi gerekli değildir^{236, 237}.

Borcun üstlenilmesi için alacaklının onayı şarttır (TBK m. 196/f. 1). Buna karşın, ticari işletmenin devri ile TBK m. 202 kapsamında borçların geçişi için alacaklının onayı aranmaz. Bu nedenle TBK m. 202, alacaklıların korunması amacına yönelik hüküm ihtiva etmektedir. Zira devreden, devirden sonra devralan ile iki yıl daha sorumlu olarak kalması, bu amaca hizmet etmektedir.

TBK m. 202'ye göre borcun intikali kanuna dayalı olarak gerçekleşmektedir²³⁸. Zira tarafların iradesi, ticari işletmenin devrine yöneliktir. Kanun, devrin gerçekleşmesi ile, borçların topyekun geçişi imkanını tanımıştır. Borcun üstlenilmesi ise, iradi bir hukuki işleme dayanır.

Borcun üstlenilmesinin gerçekleşmesi ile birlikte, borcu üstlenen kişi borçtan sorumlu olmakta ve asıl borçlu borcundan kurtulmaktadır. Borcu üstlenen kişinin, alacaklı ile yapacağı anlaşma dışında, borçtan sorumlu olması için başka bir hukuki işlem yapmasına gerek yoktur. Ticari işletmenin devrinde ise, TBK m. 202 anlamında devralanın alacaklılara karşı sorumluluğu, alacaklılara devri duyurması ile başlayacaktır (TBK m. 202/f. 1). Ayrıca, devrin gerçekleşmesiyle devreden alacaklılara karşı sorumluluğu sona ermeyecektir. Devreden devralan ile birlikte, muaccel borçlar için devrin alacaklılara duyurulmasından itibaren, müeccel borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren, iki yıl süreyle müteselsil sorumlu olarak kalacaktır (TBK m. 202/f. 2).

2. Borca Katılma

Üçüncü bir kişinin alacaklı ile akdedeceği bir anlaşma çerçevesinde²³⁹, mevcut borçlu ile birlikte borçtan müteselsil olarak sorumlu olabilmesi imkanı TBK m. 201'de

²³⁶ ARICI, s. 42.

²³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 612.

²³⁸ ARICI, s. 42.

²³⁹ SCHWENZER, N. 91.35; FURRER, Andres/MULLER-CHEN, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2012, s. 632, N. 77.

düzenlenmiştir²⁴⁰. Üçüncü kişinin bu şekilde borçtan sorumlu olmasına borca katılma “schuldbeitritt”²⁴¹ denir. Borca katılanın borcunun sebebi, alacaklı ile arasındaki “borca katılma sözleşmesi”dir²⁴². Borca katılım, borçlunun bilgisi olmaksızın ve hatta isteği olmaksızın gerçekleşebilir²⁴³. Borca katılma, alacaklı yararına borçlunun üçüncü kişiyle sözleşmeleriyle de gerçekleşebilir²⁴⁴. Borca katılma sözleşmeden doğabileceği gibi, kanundan da doğabilir²⁴⁵. Borca katılmanın varlığının ispat yükü alacaklının üzerindedir²⁴⁶.

Borca katılma, TBK ile getirilen yeni kurumlardan biri olmasına karşın, eBK döneminde sözleşme serbestisi²⁴⁷ uyarınca, tarafların anlaşması ile varlık bulmaktaydı²⁴⁸.

Borca katılmada, alacaklı karşısında, müteselsil sorumlu²⁴⁹ iki borçlu ortaya çıktığı için, bu durum, “kümülatif borç üstlenilmesi” (kumulative Schuldübernahme) ya da “borcun birlikte üstlenilmesi” (Schuldmitübernahme) olarak da ifade edilir²⁵⁰.

²⁴⁰ Borca katılmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Seda: Borca Katılma, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Çalışması, Adana 2015, s. 1 vd.; KILIÇOĞLU, anlaşmanın katılan ile alacaklı arasında yapılması nedeniyle, bu düzenlemeye karşı çıkmaktadır. Yazara göre, borç ilişkisinin taraflarından birinin tek taraflı kararı ile, borç ilişkisinin tarafı değiştirilemez. Çünkü bu durum borç ilişkisinin nisbiligi ilkesi ile bağdaşmaz. Katılan ile alacaklının anlaşmasıyla, borçlu tarafa yeni bir kişi eklenmesi, borca aykırı bir davranıştır. Zira katılan kişinin borcu ifa etmesi ve alacaklının da bunu kabul etmesi ile, asıl borçlunun edimini ifa etmesi, imkansız hale gelecektir. Bu nedenlerle borca katılma sözleşmesi, borçlunun da katılımı veya onayıyla, yapılmalıdır. KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 823.

²⁴¹ SCHELLHAMMER, Kurt: Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, München 2014, s. 928, N. 1816; JUNKER, Markus: Juris Praxis Kommentar Schuldrecht, Band 2. 1, 2014, s. 1928, N. 30.

²⁴² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 608, 609.

²⁴³ BUCHER, s. 587; OĞUZMAN/ ÖZ, C. II, s. 610

²⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 314, N. 3642; SCHWENZER, N. 91.35.

²⁴⁵ SCHELLHAMMER, s. 928, N. 1816.

²⁴⁶ SCHELLHAMMER, s. 928, N. 1816.

²⁴⁷ Borca katılma İsviçre Borçlar Kanunu’nda da düzenlenmemiş olmasına karşın, sözleşme serbestisi kapsamında gerçekleşmesi mümkündür. BUCHER, s. 587; BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2012, s. 822, N. 2338.

²⁴⁸ KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 357, 358; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 608; EREN, s. 1254.

Borca katılma, yeterli belirlilikteki her borcu içerebilir. Bu içeriğe, gelecekteki borçlar ya da şarta bağlı borçlar da dahildir.²⁵¹

Geçerli bir borç ilişkisi mevcut değilse, katılan bu duruma ilişkin def'i ve itirazlarını alacaklıya karşı ileri sürebilir. Bu durumda, borca katılma ilişkisi kurulmuş olmaz.²⁵²

Borca katılma için, kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir (TBK m. 201)²⁵³.

Borca katılma, hem alacaklı hem de borçlu için avantajlara sahip bir kurumdur²⁵⁴. Öyle ki, mevcut borcun borçlusunu ile birlikte borca katılan üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğu söz konusu olmaktadır (TBK m. 201/f. 1-2). Müteselsil sorumluluk nedeniyle de alacaklı, dilediği borçluya başvurabilme imkanına kavuşacaktır. Eş söyleyişle, borca katılma ile alacaklı, ilave bir borçlu edinmiş ve bu borçlulardan dilediğine başvurabilme hakkını haizdir. Bu itibarla, esas borçlunun yükümlülüğü değişmiş olmaksızın, esas borç ilişkisi genişletilmiş olur²⁵⁵.

Borca katılma kurumu ile borcun üstlenilmesi kurumunu ayırt etmek gerekir. Borcun üstlenilmesinde, borcu üstlenen kişi ile borçlu arasında yapılan bir iç üstlenme anlaşmasının alacaklı tarafından kabulüyle borç, borcu üstlenen kişiye geçmektedir.

²⁴⁹ Borca katılmada, esas borçlu ile borca katılan arasında İBK m. 143 anlamında gerçek müteselsil sorumluluk söz konusudur. SCHWENZER, N. 91.38; FURRER/MULLER-CHEN, s. 632, N. 78.

²⁵⁰BERGER, 2012, s. 822, N. 2338; Kümülatif borç üstlenilmesi (borca katılma) borcun dış üstlenilmesinden ayrılmaktadır. Borcu üstlenen kişi mevcut borç ilişkisine borçlu olarak girer ve eski borçlu borcundan kurtulmaksızın onunla borcu adeta birlikte üstlenir. Her ikisi de, alacaklılara karşı asli borçlu olarak müteselsilen sorumludur. KOLLER (GUHL, Theo vd.: Das Schweizerisches Obligationenrecht, Bearbeitet von Alfred Koller, Anton Schneider, Jean Nicolas Druey, Zürich 2000), s. 290, N. 19; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 314, N. 3641; JUNKER, s. 1928, N. 30. İBK m. 181 (TBK m. 202) anlamındaki müteselsil sorumlulukta, "kumulative Schuldübertragung" "kümülatif borç devri" söz konusudur. BUCHLI, s. 72.

²⁵¹ JUNKER, s. 1928, N. 31.

²⁵² KAYIHAN, Borçlar, s. 360.

²⁵³ Borca katılma belirli bir şekle tabi değilken, kefalet sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Bir diğer fark ise, borca katılmada borçluların sorumluluğu asli nitelikte iken, kefalette, kefilin sorumluluğu fer'i niteliktedir. Bu nedenle, tarafların borca katılma mı yoksa kefalet ilişkisi mi tesis ettiklerinin tespiti oldukça önemlidir. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 314, N. 3645.

²⁵⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 371.

²⁵⁵ BUCHER, s. 587.

Yani borcun üstlenilmesinde, borcu devreden kişi borçtan kurtulmuş olacaktır. Oysaki, borca katılmada, borca katılan üçüncü kişi ile birlikte mevcut borçlunun birlikte müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Yani mevcut borçlunun, sorumluluğu devam etmektedir²⁵⁶.

Borca katılma ile TBK m. 202'yi birlikte değerlendirelim. Ticari işletmenin devrinde, devir tescil edildikten sonra, devrin devralan tarafından üçüncü kişilere duyurulması ile birlikte, devralan ile devreden iki yıllık müteselsil sorumluluğu başlamaktadır (TBK m. 202/f. 1-2). Söz konusu bu durum kanuni borca katılma/kümülatif borç nakli olarak kabul edilmektedir²⁵⁷. TBK m. 201'de düzenlenen borca katılmada olduğu gibi, üçüncü bir kişi, mevcut borçlu ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaktadır. Ancak söz konusu bu sorumluluk, iki yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmaktadır. İki yıllık sürenin sonunda kanuni borca katılma hali son bulacak,

²⁵⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 196; KAYIHAN, Borçlar, s. 358; Borca katılma, mevcut borçlu ile üçüncü kişiyi borçtan müteselsilen sorumlu kıldığından, mevcut borçlunun değişmesine etki etmez ama alacaklının pozisyonun güçlenmesini sağlar. GAUCH/SCHLUEP/SCHMİD/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 315, N. 3649; Borca katılma, bu yüzden kümülatif borç üstlenilmesi olarak da ifade edilmektedir. Burada borçlunun değişmesi söz konusu değildir. İlk borçluya ilaveten yeni bir borçlu katılır ve bu durum alacaklıya daha fazla koruma sağlar. SCHWENZER, N. 91.33; FURRER/MULLER-CHEN, s. 632, N. 76.

²⁵⁷ İki yıllık süre zarfında İBK m. 181 anlamında borcun üstlenilmesi, kümülatif niteliktedir. BGE 63 11 16; İBK m. 181'de (TBK m. 202) borçlu borcundan hemen kurtulmuş olmaz. Aksine ilk olarak bir kümülatif yükümlülük söz konusu olur. von TUHR Andreas/ESCHER Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Zürich 1974, s. 398, 399; BUCHER, s. 590; Devrin alacaklılara duyurulması ile birlikte devir sözleşmesi kümülatif borç üstlenilmesinin hukuki etkisini doğurur. İki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin sona ermesi ile devreden sorumluğu sona erer ve devir sözleşmesi, borcun dış üstlenilmesinin etkisini göstermiş olur. KOLLER (GUHL/SCHNYDER/DRUEY), s. 291, N. 20. İBK m. 181'de borcun üstlenilmesi ilk olarak, sadece devralanın borca katılımı anlamında kümülatif bir etki doğurur. Üç yıllık sürenin (Türk hukukunda iki yıl) sonunda, borçluyu borçtan kurtaran özel borcun üstlenilmesi gerçekleşir. KRÄMER/PROBST, s. 474; TSCHÄNİ (HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WEIGAND Wolfgang (Hrsg): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2015), s. 673, N. 2. Bir diğer kanuni borca katılma haline, kolektif şirkete yeni bir ortağın girmesi (TTK m. 236/f. 2) örnek olarak gösterilebilir. SCHWENZER, N. 91.37; BUCHLI, s. 73; İşletme ya da malvarlığının devri, hem özel hem de kümülatif borç üstlenilmesi gösteren, önemli ölçüde farklı hukuk kurumudur. GUHL/MERZ/KUMMER/WIDMER, s. 257; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 612; BECKER, s. 838, N. 24; YILDIZ, s. 34.

borçlar tamamen, ticari işletmeyi devralan kişinin sorumluluğunda olacaktır²⁵⁸. Önemle belirtmek gerekir ki; TBK m. 201’de düzenlenen borca katılma bir sözleşmedir. Yani borca katılma, katılan kişi ile, borçlu arasında yapılacak bir sözleşme sonucunda gerçekleşecektir. Oysaki, ticari işletmenin devrindeki iki yıllık müteselsil sorumluluk hali (TBK m. 202/f. 2), sözleşme temelli olsa da, sözleşme ile değil devralanın ilanı vasıtasıyla doğrudan kanun hükmüyle kurulmaktadır. Ayrıca, TBK m. 201 çerçevesinde borca katılmanın gerçekleşebilmesi için, alacaklının onayı aranmaktadır. Ticari işletmenin devri çerçevesinde gerçekleşen kanuni borca katılmada, alacaklının onayına ihtiyaç yoktur. Borca katılma herhangi bir şekle tabi değilken, ticari işletme devri yoluyla kanuni borca katılmanın vuku bulabilmesi için yazılı devir sözleşmesine, devreden tarafından sözleşmenin ticaret siciline tesciline ve devralan tarafından devrin alacaklılara duyurulmasına ihtiyaç vardır. Teminat amacıyla borca katılmada, borca katılan ödeme miktarı ne olursa olsun, bunu ilk borçludan talep edebilir, buna karşın ilk borçlunun borca katılana rücu hakkı yoktur²⁵⁹. TBK m. 202 anlamındaki müteselsil sorumlulukta, bahsettiğimiz durumdaki roller, borca katılan yerine devreden, ilk borçlu yerine devralan geçerek değişiklik arz eder. Söz konusu hukuki sonuç bu kişiler için geçerlidir. O halde söz konusu iki kurum, bu anlamda da farklılık arz etmektedir.

3. Malvarlığının ya da İşletmenin Devri

Borcun üstlenilmesinin özel bir düzenlemesi olan²⁶⁰, eBK m. 179’da ifade bulan, malvarlığının ya da işletmenin devri kurumu, önemli bir değişikliğe gidilmeden TBK m. 202’de tekrardan düzenlenmiştir. Kurum, hiçbir alacaklının rızası alınmaksızın, malvarlığına ait borçların bir bütün halinde devrine imkan tanır²⁶¹. TBK m. 202 uyarınca borcun devrinde, devir sözleşmesi ve devralan tarafından devir sözleşmesinin

²⁵⁸ İBK m. 181 uyarınca borcun üstlenilmesi, borca katılmadan daha fazlasıdır. Çünkü hemen olmasa da, iki yıl sonra borçlu borcundan kurtulur. von TUHR/ESCHER, s. 399, dpn. 135.

²⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 610.

²⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 612.

²⁶¹ İBK m. 181 uyarınca borcun üstlenilmesi için, borcun dış üstlenilmesinde olduğu gibi, devralan ile alacaklı arasında bir anlaşma gerekli değildir. von TUHR/ESCHER, s. 396, 397; TSCHÄNI/HONSELL, s. 673, N. 2; HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, Schulthess, 2014, s. 427, 428, N. 1459; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 281, 282; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 612.

alacaklılara duyurulması, borcun üstlenilmesinin esasını oluşturur²⁶². TBK m. 202'nin (İBK m. 181) ratio legis'i düzenlenme amacı, malvarlığı ya da işletme devrini kolaylaştırmak, alacaklıyı korumak ve işletmenin devrini sağlamaktır²⁶³.

Malvarlığından kastın ne olduğu öğretide tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, malvarlığı, bir hukuk kişisine ait para ile ölçülebilen hakların ve hukuki ilişkilerin bütünü olduğundan, bir kişinin malvarlığı bir tanedir. O halde, kurum kapsamında devre konu olacak malvarlığı, kişinin sahip olduğu bütün malvarlığı değerlerini içerecek anlamdadır. Bir diğer görüşe²⁶⁴ göre ise, TBK m. 202 anlamındaki malvarlığı, kendi içinde bütünlük arz eden haklar ve borçlar toplamı, olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce de, TBK m. 202 anlamındaki malvarlığı bu ikinci görüşte belirtildiği gibi anlaşılmalıdır. TBK m. 202, sadece kişinin sahip olduğu malvarlığının tamamının devredilmesi için düzenlenmemiştir²⁶⁵. Aksi kabul, kurumun uygulama alanı bulmasını daraltacaktır. Malvarlığının, özel malvarlığı ya da ortak amaç için bir araya getirilmiş malvarlığı gibi, kendi içinde bütünlük arz etmesi, TBK m. 202'nin uygulanması için yeterlidir²⁶⁶. Tüzel kişinin sahip olduğu bütün malvarlığını devretmesi tüzel kişiliğinin sona ermesine yol açar. Bu ise, TBK m. 202'nin hizmeti dahilinde değildir. Ayrıca, gerçek kişilerin tüm malvarlığının devredilmesi, kişilik haklarına aykırılık oluşturur²⁶⁷. Zira tüm malvarlığı, insanın kişiliğinin kendisidir²⁶⁸. Hükümde geçen işletme kavramı, ticari işletmenin yanı sıra esnaf işletmesini de kapsar.

TTK m. 11/f. 3 ile TBK m. 202 hükümler merkezli olarak gerçekleşecek devir, ticari işletmenin devridir. TBK m. 202'de belirtilen işletme, ticari işletme dahil diğer

²⁶² von TUHR/ESCHER, s. 397.

²⁶³ HURNI, Christoph: Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich 2008, s. 43; İBK m. 181'in amacı borçların devrini kolaylaştırmak, rasyonel bir şekilde yeniden yapılandırmak ve alacaklının menfaatini korumaktır. TSCHÄNI/HONSELL, s. 673, N. 3.

²⁶⁴ TSCHÄNI/HONSELL, s. 674, N. 6.

²⁶⁵ İBK'nın 1911'de yürürlüğe giren metinde, önceki metindeki "tüm malvarlığının ya da işletmenin devri" ibaresi, "bir malvarlığının ya da işletmenin devri" şeklinde değiştirilmiş ve böylece, İBK m. 181 uygulanamaz olmaktan çıkarılmıştır. HURNI, s. 41.

²⁶⁶ ÇELİKBOYA, Kerem: Ticari İşletmenin Devri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez Çalışması, İstanbul 2014, s. 44.

²⁶⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1137; FEYZİOĞLU, s. 690, 691; AYAN, Borçlar, s. 52, dpn 84.

²⁶⁸ HURNI, s. 52.

işletmeleri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. O halde, esnaf işletmelerinin devri TBK m. 202 kapsamında gerçekleşecektir²⁶⁹. Ticari işletmenin bir şubesi²⁷⁰, ticari işletme içerisinde bulunan bir laboratuvar, depo TBK m. 202 anlamındaki devre konu olabilir²⁷¹. Ticari işletme düzeyinde olmayan işyerinin devrine de, TBK m. 202 hükmü uygulanacaktır.

TTK m. 11/f. 3 öncesi dönemde, ticari işletmenin devri TBK m. 202 kapsamında gerçekleşmekteydi. TTK m. 11/f. 3 ile birlikte, aktiflerin devri bakımından TTK m. 11/f. 3 hükmü, pasiflerin devri bakımından ise, TBK m. 202 hükmü uygulanacaktır. Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte devir kapsamındaki işletme aktif unsurları bir bütün halinde devralana geçecektir. Eş söyleyişle, ticari işletmenin devrinde –kısmi- külli halefiyet ilkesi geçerlidir. TBK m. 202 anlamındaki devirde ise, devir konusu her bir unsur için kendi özel devir şekillerine riayet edilmelidir. Bir diğer ifadeyle, TBK m. 202 anlamındaki devirde, devir kapsamındaki malvarlığı unsurları cüz’i halefiyet ilkesine göre devredilir²⁷². Zira, TTK m. 11/f. 3 hükmü, malvarlığı ya da ticari işletme düzeyinde olmayan işletmelerin devrinde uygulama imkanı bulamaz.

Malvarlığı ya da işletmenin devri de, ticari işletmenin devri gibi, devir sözleşmesi temelinde yapılır. Malvarlığı ya da işletmenin devrinde devir sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir²⁷³. Ticari işletmenin devrinde ise, devir sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır (TTK m. 11/f. 3).

TBK m. 202 malvarlığının ya da işletmenin devri kapsamına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Ticari işletmenin devrinde ise, devir kapsamına dahil olan unsurlar TTK m. 11/f. 3’te belirtilmiştir.

²⁶⁹ TTK m. 11/f. 3 hükmü yalnızca ticari işletmeler bakımından uygulama alanı bulur.

²⁷⁰ Aynı yönde ARICI, s. 34-35; TUNÇOMAĞ, s. 1138; AKÇAAL, s. 74.

²⁷¹ İsviçre hukukunda, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin, ticari işletme oluşturmayacak nitelikteki malvarlığı unsurlarının devri, FusG’nin malvarlığının devri hükümleri uyarınca gerçekleşebilir.

²⁷² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 311, N. 3628; TSCHÄNI/HONSELL, s. 673, N. 2; HUGUENIN, 2014, s. 427, N. 1459; FİSCHER/VOGT, s. 13.

²⁷³ Malvarlığı veya işletmenin devrinde, malvarlığı unsurlarının devrinin gerçekleşebilmesi için, her bir unsurun devri için kanunlarda öngörülen hükümler dikkate alınmalıdır.

Malvarlığı ya da işletmenin devrinde, ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, borçlardan sorumluluk, devralanın ya da onun yetkili temsilcisinin devri alacaklılara ihbarı ya da ilan ile başlar²⁷⁴. Eş söyleyişle, her iki kurum için de, devir anından önce devir konusu ile ilgili doğmuş borçlar, devralanın alacaklılara yapacağı ihbar ya da ilan ile birlikte devredilmiş olur²⁷⁵. Devralan ile her bir alacaklı arasında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine ihtiyaç yoktur²⁷⁶. Malvarlığı ya da işletmenin devrinde duyuru, alacaklılara devrin ihbarı ya da Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yapılacak ilan ile gerçekleştirilirken; ticari işletmenin devrinde duyuru, alacaklılara devrin ihbarı ya da Ticaret Sicil Gazetesi'nde yapılacak ilan ile gerçekleştirilir. TBK m. 202 uyarınca duyuru, irade beyanı değildir ve icap içermez²⁷⁷. Her iki kurumda, devir duyurusunun yapılması ile birlikte, devreden ile devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlayacağı düzenlenmiştir (TBK m. 202). Bu süre zamanaşımı değil, hak düşürücü süre niteliğindedir²⁷⁸. Alacaklı bu sürenin bitmesinden önce icra takibine girişmiş ya da dava açmış ise, devreden sorumluluğu burada söz konusu olur²⁷⁹. İbra sözleşmesi ile alacaklı borçluyu borçtan kurtarmışsa ya da devralanın borcu üstlenmesini sağlamışsa, bu durumda, devreden sorumluluğu bu borç özelinde iki yıldan önce sona ermiş olur²⁸⁰.

TBK m. 202 uyarınca borcun üstlenilmesi, tek bir borcun dış üstlenilmesi (TBK m. 196) ile aynı etkiyi doğurur (TBK m. 202/f. 3). Devralan, TBK m. 199 uyarınca, üstlenilen borca ilişkin def'ileri ileri sürme hakkını haizdir. Ancak devralan, takas def'i ve kendisinin devredene karşı sahip olduğu def'ileri, alacaklılara karşı ileri süremez²⁸¹.

²⁷⁴ von TUHR/ESCHER, s. 395, 396; BUCHER, s. 590; KOLLER (GUHL/SCHNYDER/DRUEY), s. 292, N. 26.

²⁷⁵ KAYIHAN, Borçlar, s. 367; Devralanın varlığını bilmediği borçlar da, aksi kararlaştırılmadıkça devir kapsamındadır. von TUHR/ESCHER, s. 398; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 311, N. 3629.

²⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 311, N. 3629.

²⁷⁷ von TUHR/ESCHER, s. 397.

²⁷⁸ KAYIHAN, Borçlar, s. 367; von TUHR/ESCHER, s. 399; TSCHÄNI/HONSELL, s. 675, N. 9; BOTSCHAFT FusG, s. 4359.

²⁷⁹ von TUHR/ESCHER, s. 399.

²⁸⁰ von TUHR/ESCHER, s. 399.

²⁸¹ von TUHR/ESCHER, s. 399.

Devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde, TBK m. 202 uyarınca borcun üstlenilmesi gerçekleşmez. Zira, TBK m. 202 uyarınca borcun üstlenilmesi, geçerli bir devir sözleşmesi ve devrin geçerli bir şekilde alacaklılara duyurulmasına bağlıdır²⁸².

4. İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesi

Borcun üstlenilmesinin özel bir düzenlemesi de, TBK m. 203'te yer alan işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi kurumudur. Bu kurumun söz konusu olması için, iki ayrı işletmenin bulunması ve bunların bir anlaşmayla aktif ve pasifleriyle birleşmesine karar verilmesi gerekir²⁸³. İşletmelerin birleşmesiyle, bir işletmenin başka bir işletmeye ait belirli bir borcu devralması söz konusu değil, aksine işletmelerin yeni bir işletme çatısı altında birleşerek, topyekun olarak pasiflerin karşılıklı devralınması söz konusudur²⁸⁴. TBK m. 203/f. 1'e göre, bir işletme başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, yeni işletme, her iki işletmenin alacaklılarına karşı TBK m. 202 kapsamında sorumlu olacaktır. Bir tek kişiye ait olup da kollektif veya komandit ortaklık haline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında, TBK m. 202 hükmü uygulanır (TBK m. 203/f. 2)²⁸⁵. Görüldüğü üzere, TBK m. 203, işletmelerinin birleşmesini borçlardan sorumluluk açısından ele almaktadır. İşletmelerin nasıl birleşeceği ya da bir işletmenin nasıl şirkete dönüşeceği TBK'da değil, TTK m. 136-158 arasında düzenlenmiştir²⁸⁶.

²⁸² BUCHER, s. 590.

²⁸³ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 828.

²⁸⁴ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 828.

²⁸⁵ ARICI'ya göre, tek kişi işletmesinin kollektif veya komandit şirkete dönüştürülmesi, TBK m. 202 anlamında işletmenin devrinden farklı bir işlem değildir. Zira bu işlem sonucunda işletme gerçek kişiden, tüzel kişiye intikal edecek ve bu da işletmenin sahibinin değişmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle, gereksiz bir hüküm olan TBK m. 203/f. 2 hükmü kanundan çıkartılmalıdır. Kanaatimizce, TBK m. 203/ f. 2 hükmü ile TBK m. 202 hukuken farklı iki kurumu düzenlemektedir. Zira, tek kişi işletmesinin anılan şirketlere dönüşmesi, TBK m. 202 anlamında bir devir sözleşmesi ile gerçekleşmez. Çünkü ortaya çıkan tüzel kişilik, devir anında mevcut değildir. Yani tüzel kişilik, devrin tarafı değil, sadece ve sadece sonucudur. Bu nedenle farklı bir kurumu ihtiva eden TBK m. 203/ f. 2'deki atfın gereksiz olmadığını düşünmekteyiz.

²⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 616.

TBK m. 202 (ve aktifler açısından TTK m. 11/f. 3) kapsamında gerçekleşen devir neticesinde, işletmenin sahibi değişmektedir. TBK m. 203/f. 1’de işletmelerin sahipleri, yeni kurulan adi şirketin sahibi olarak kalacaktır²⁸⁷. Tek kişi işletmesinin komandit ya da kollektif şirkete dönüşmesi ile, bu şirketlerin tüzel kişiliği haiz oldukları için, hukuken işletmenin sahibi değişmektedir. Ancak tek kişi işletmesinin sahibinin, kurulan şirketin, dolaylı olarak sahibi olduğunu söyleyebiliriz²⁸⁸.

TBK m. 203, işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesinin sonuçlarını düzenlemektedir. Öyle ki, bu hüküm ile yapılan atıf, TBK m. 202 kapsamında ortaya çıkan sonuca yöneliktir. Bu nedenle, TBK m. 203 anlamında sonuçların doğabilmesi için, TBK m. 202’deki şartların aranıp aranmayacağı, öğretide tartışma konusudur. Yani tartışılan husus, TBK m. 203’teki atıf, TBK m. 202’nin sonuçları ile sınırlı mı kalacak, yoksa bu sonuçların ortaya çıkması için gerekli şartları da ihtiva edecek midir?

Öğretide hakim olan görüşe²⁸⁹ göre, borçlardan sorumluluğun doğabilmesi için ilan/ihbar şart değildir. Zira, TBK m. 203’teki atıf, TBK 202 anlamında borcun devrinin şartlarına değil, sonuçlarına yöneliktir. Ayrıca, TBK m. 203 kapsamında gerçekleşen birleşme ve şekil değiştirme sonucunda, tarafları ilan yapmaya zorlayacak kimse yoktur. O halde, borçlardan sorumluluğun başlaması için ilanı/ihbarı şart koşmak, işletmenin alacaklılarını zor duruma düşürecektir. Tüm bu nedenlerle, TBK m. 202’deki iki yıllık müteselsil borçluluk²⁹⁰, işletmelerin birleşmesi ya da tür değiştirmesi tarihinden itibaren işlemeye başlamalıdır.

Bir diğer görüşe göre²⁹¹ ise, borçlardan sorumluluğun başlaması için, ilanın/ihbarın yapılması şarttır. O halde, TBK m. 202’deki iki yıllık sürenin başlaması ve borçların yeni kurulan şirkete intikali, ilan/ihbar ile mümkündür.

²⁸⁷ ARICI, s. 44.

²⁸⁸ ARICI, s. 44.

²⁸⁹ KAYIHAN, Borçlar, s. 367; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 616; TUNÇOMAĞ, s. 1148; ACEMOĞLU, s. 70, dpn.; Yeni işletmenin alacaklılara karşı sorumluluğu, devir ilan edilmemiş olsa dahi, birleşme anından itibaren başlamaktadır. REİSOĞLU, s. 481.

²⁹⁰ HATEMİ/GÖKYAYLA’ya göre eski işletmenin iki yıl daha sorumlu kalmasına ilişkin hüküm, niteliği gereği burada uygulama alanı bulamaz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 370.

²⁹¹ BECKER, s. 843, N. 2.

Kanaatimizce, işletmenin birleşmesi ya da tür değiştirmesi sonucu kurulan şirketin borçlardan sorumlu olabilmesi için, alacaklılara yapılacak olan ilana/ihbara ihtiyaç vardır. İlanın aranmasından ziyade, ilanın aranmaması alacaklıları zor durumda bırakır. Zira, TBK m. 202'deki iki yıllık süre, hak düşürücü süredir. Gerek TBK m. 202 gerekse de TBK m. 203'teki düzenlemelerde, alacaklıların onayı aranmaz. İşte TBK m. 202'deki iki yıllık süre, bu durumun alacaklılar açısından doğuracağı olumsuz sonuçları bertaraf etmek için getirilmiştir. O halde, ilanın yapılmaması, alacaklıların bu imkandan yararlanmasına mani olabilecektir.

B. Ticari İşletmenin Devrinde Görünümü Olan Diğer Borçlar Hukuku Kurumları

1. Alacağın Devri

Alacağın devri, bir borç ilişkisinde alacağın, borçlunun rızası aranmaksızın, alacaklı tarafından bir başka kişiye devredilmesidir²⁹². Alacağın devri, TBK'nın 183-194 maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kurum, borç ilişkisindeki alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Alacağın devredilebilmesi için, yazılı devir beyanına ihtiyaç vardır (TBK m. 184/f. 1)²⁹³. Ticari işletmenin devri için de adi yazılı şekil yeterli olacaktır (TTK m. 11/f. 3).

Ticari işletmenin devri de, alacakların devredilmesi sonucunu doğurur. Bu iki kurum bu anlamda benzerdir. TBK'da düzenlenen alacağın devri, niteliği itibarıyla bir sözleşmedir²⁹⁴. Ancak alacağın devri, özel kanun hükmüne ya da mahkeme kararına dayanabilir²⁹⁵. Buna karşın, ticari işletmenin devri sadece devir sözleşmesine binaen

²⁹² BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 189; KAYIHAN, Borçlar, s. 345; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 240; Alacağın devri, devreden ile devralan arasında gerçekleşir. Alacağın devrinde, borçlunun bir rolü yoktur. von BUREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 1964, s. 318.

²⁹³ Şekil şartı, alacağın devredeni koruyucu niteliktedir. Bu şekil şartı ile, alacağın devri, açık bir şekilde hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde yapılmış olur. FRANKO, Nisim: Alacağın Temliki, *AÜSBFD*, C. 49, S. 1, 1994, s. 181.

²⁹⁴ Alacağın devri akdi nitelikli tasarruf işlemidir. DAYINLARLI, Kemal: Alacağın Temliki, Ankara 1993, s. 62.

²⁹⁵ KAYIHAN, Borçlar, s. 346, 347; Bu durum, “*halefiyet*” olarak da adlandırılmaktadır. TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016,

gerçekleşir. Alacağın devri sözleşmesi, tasarruf işlemi niteliğini haiz iken²⁹⁶, ticari işletmenin devri sözleşmesi borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Eş söyleyişle, alacağın devri sözleşmesinin yapılması ile birlikte, alacak, bir başka kişiye devredilirken, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yapılması, alacağın devri borcunu doğurur. Ticari işletmenin devrinde alacağın devri, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle gerçekleşir. Ayrıca, alacağın devrinin sebebe bağlı olup²⁹⁷ olmadığı²⁹⁸ öğretide tartışmalı iken, ticari işletmenin devri sebebe bağlıdır.

Alacağın devri ile, sadece alacaklar tüm ferileri ile birlikte devredilirken²⁹⁹, ticari işletmenin devri ile birlikte, alacaklar³⁰⁰, borçlar ve hatta sözleşmeler de devredilir. Zira, ticari işletmenin devri kurumunda, birçok borçlar hukuku kurumu görünüm bulmaktadır. Bu nedenle taraf değişikliği sadece alacaklar için değil, borçlar³⁰¹ ve sözleşmeler için de söz konusu olabilir.

2. Borca Katılma

Ticari işletmenin devrinde görünümü olan bir diğer borçlar hukuku kurumu da borca katılma. TBK m. 202 gereği, devralanın ticari işletmeyi devraldığını alacaklılara duyurması ile devreden ile devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğu başlar. Bu müteselsil sorumluluk gereği, devreden devir konusu işletme borçlarından kurtulmuş

s. 518, N. 1673; ARIKAN, Mustafa: Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, *SÜHFD*, C. 13, S. 1, 2005, s. 132-134; Alacağın devrinin kanundan ya da mahkeme kararından kaynaklandığı durumlar için, alacağın devri (temliki) deyimi yerine, alacağın intikali deyimini kullanmak daha uygun olur. OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 584.

²⁹⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 190; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 523, N. 1691; FRANKO, s. 179; DAYINLARLI, s. 59; von BUREN, s. 316.

²⁹⁷ Alacağın devri işleminin sebebe bağlı bir işlem olduğunu düşünen yazarlar şunlardır: Alacağın devri hukuki bir işlem olduğundan, sebebe bağlı bir işlemdir. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 190. TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 523, N. 1692; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 242; DAYINLARLI, s. 72.

²⁹⁸ Alacağın devri işleminin soyut bir işlem olduğunu düşünen yazarlar şunlardır: FRANKO, s. 179; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 548.

²⁹⁹ Alacağın devrinde, devrin konusu, hukuki ilişkilerin devri değil, sadece alacağın devridir. DAYINLARLI, s. 45.

³⁰⁰ Ticari işletmenin devrinde de alacaklar tüm ferileriyle birlikte devredilir.

³⁰¹ Aynı yönde bkz. AKÇAAL, s. 75.

olmaz. Aksine bu borçlar bakımından devralan, devredenin yanında asıl borçlu hüviyetinde borç ilişkisine girmiş olur. İşte bu durum kanuni borca katılma halidir.

3. Borcun Üstlenilmesi

Ticari işletmenin devrinde, borçların devri, borcun üstlenilmesinin özel bir düzenlemesi olan TBK m. 202 uyarınca gerçekleşir. TBK m. 202’de öngörülen müteselsil sorumluluk döneminin sona ermesi ile birlikte, borca katılma sona erer ve ticari işletmenin devri borcun dış üstlenilmesi etkisini gösterir. Bu sayede, devreden, devir kapsamındaki borçlardan kurtulmuş olur.

4. Halefiyet

KILIÇOĞLU’nun ifadesiyle, borçla hukuku anlamındaki halefiyet, başkasına ait bir borç dolayısıyla alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını, kanunda belirtilen hallerde ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesidir³⁰². Tanımda belirtilen halefiyet dar anlamda halefiyettir. Geniş anlamda halefiyeti ise, bir kimsenin bir başkasının yerine geçmesini ifade eden, şahsi ikame hali olarak tanımlayabiliriz³⁰³. Ticari işletmenin devrinde söz edeceğimiz halefiyet, geniş anlamda halefiyettir.

Borçlar hukukunda halefiyet kanuna dayanmaktadır. Bu nedenle, borçlar hukuku anlamındaki halefiyet, iradi değil, kanunidir³⁰⁴. Miras hukukunda iradi ve kanuni halefiyet ayrımı yapılabilir. Öyle ki, halefiyet kanuna dayanıyorsa kanuni halefiyetten, halefiyet murisin ölüme bağlı tasarrufla açıkladığı iradesine dayanıyorsa iradi halefiyetten bahsedilir³⁰⁵.

Halefiyette bir başka ayrım da, cüz’i ve külli halefiyet şeklinde yapılmaktadır. Külli halefiyet bütün hak ve borçların intikali sonucunu doğurur. Cüz’i halefiyet ise, belirli

³⁰² KILIÇOĞLU, Halefiyet, s. 7.

³⁰³ KILIÇOĞLU, Halefiyet, s. 3, 12.

³⁰⁴ KILIÇOĞLU, Halefiyet, s. 5.

³⁰⁵ KILIÇOĞLU, Halefiyet, s. 5, dpn. 10.

bir alacak hakkının, alacaklıya intikalini sağlar³⁰⁶. Borçla hukukunda düzenlenen halefiyet halleri külli değil, cüz'i halefiyet halleridir.

Ticari işletmenin devrinde, halefiyet, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde devredilmesine imkan tanıyan TTK m. 11/f. 3 hükmü ve TBK m. 202 uyarınca müteselsil sorumluluk kapsamında alacaklının tatmin edilmesi neticesinde diğer müteselsil borçluya rücu hakkında gündeme gelir. TTK m. 11/f. 3 kapsamında ticari işletmenin bir bütün halinde devredilmesi durumunda, külli halefiyet söz konusudur. Bu külli halefiyet, kısmidir. Kısmi külli halefiyet olarak nitelendirilmesi, ticari işletme malvarlığı unsurlarının devir kapsamı dışında bırakılabilmesi imkanından gelmektedir. Ticari işletmenin devrinde, halefiyet kanunidir. Zira işletme malvarlığının külli olarak intikali, tarafların iradelerine değil, kanuna dayanmaktadır. Eş söyleyişle, kanun koyucu TTK m. 11/f. 3 hükmünü düzenlemiş olmasaydı, taraflar anlaşarak işletmenin malvarlığı unsurlarının külli olarak devrini gerçekleştiremezlerdi.

Halefiyet, alacak hakkı ile birlikte, alacak hakkına bağlı hakların kendiliğinden intikali sonucunu doğurur³⁰⁷. Ticari işletmenin devrinde, devir kapsamındaki işletme malvarlığı unsurları, devralan tarafından devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, başkaca bir işleme gerek duyulmadan devredilmektedir (TTK m. 11/f. 3).

Halefiyetin gerçekleşmesi ile birlikte, alacaklı, alacak hakkını bir başka kişiye devretmiş olduğundan, artık alacak üzerinde tasarruf yetkisini haiz değildir³⁰⁸. Ticari işletmenin devrinde, devralan tarafından devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, devir kapsamındaki malvarlığı unsurları devralana geçecektir. O halde, tescil anından itibaren devreden bu unsurlar üzerindeki tasarruf yetkisini kaybeder.

5. Müteselsil Borçluluk

Müteselsil borçluluk, birden çok kimsenin, alacaklıya karşı asıl borçlu sıfatıyla, aynı sebepten ve her birinin borcun tamamından borçlu olmasıdır³⁰⁹. TBK m. 202/f. 2'de

³⁰⁶ KILIÇOĞLU, Halefiyet, s. 6.

³⁰⁷ KILIÇOĞLU, Halefiyet, s. 14.

³⁰⁸ KILIÇOĞLU, Halefiyet, s. 11.

³⁰⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 198; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 285. Müteselsil borçluluğa ilişkin diğer tanımlar için bkz. AKINTÜRK, s. 32 vd.

devralanın ticari işletmenin devrini alacaklılara duyurması ile birlikte, devir kapsamındaki borçlardan devreden ile birlikte iki yıllık müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. O halde, devralanın alacaklılara ticari işletmenin devrini duyurması ile birlikte, alacaklılar, devir kapsamındaki alacakları için devralana başvurabilecekleri gibi devredene de ya da her ikisine birden başvurabilirler³¹⁰. Müteselsil borçlulukta, borçlulardan her biri, borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür³¹¹. Zira iki yıllık süre zarfında devreden de ticari işletme devri kapsamındaki borçlardan asıl borçlu sıfatıyla sorumludur. İki yıllık sürenin başlangıcı, devir kapsamındaki muaccel borçlar için devrin ilanı, müaccel borçlar için ise, borcun muaccel olduğu andan itibaren başlar (TBK m. 202/f. 2). Alacaklıların bu seçim hakkını kullanabilmesi için, ifasını talep ettiği borcun muaccel olması gerekir. Alacağın borçlulardan biri tarafından ödenmesi durumunda, ödeme nispetinde diğer borçlular da borçtan kurtulmuş olacaktır³¹². Müteselsil borçluluk, hukuki işlemde ya da bir kanun hükmünden doğmaktadır³¹³. TBK m. 202/f. 2 anlamındaki müteselsil sorumluluk, kanundan doğar³¹⁴. Bu hüküm kapsamında doğan müteselsil sorumluluk, kanuni borca katılma hali olarak değerlendirilebilir.

Alacaklıların, devreden ya da devralanın birinden ifayı talep etmesi ya da yalnız onu dava etmesi, hatta ifaya mahkum ettirmesi, diğer borçluyu borçtan kurtarmaya yetmez³¹⁵. Diğer borçluyu, alacaklıya karşı ifa borcundan kurtaran şey, borcun alacaklıya ifa edilmesidir³¹⁶. Ticari işletmenin devrinden kaynaklanan müteselsil sorumlulukta, devreden sorumluluğu ilandan itibaren iki yıllık süreyle sınırlandırılmıştır. O halde, müteselsil sorumluluk süresince, borcun ifası için yalnızca devralana başvuran alacaklı, iki yıllık sürenin bitiminden sonra devredene başvuramaz. Ticari işletmenin devrinde, müteselsil borçluluk, iki yıllık sürenin geçmesiyle birlikte

³¹⁰ AKINTÜRK, s. 38; DALCI ÖZDOĞAN, Nurihan: Müteselsil Sorumluluk, Ankara 2015, s. 50.

³¹¹ AKINTÜRK, s. 36; “Alacaklı, borçluların her birinden borcun tamamının ödenmesini isteyebilir.” YHGK 30.03.2012 T. , 2012/12-84 E. , 2012/261 K..

³¹² AKINTÜRK, s. 40; DALCI ÖZDOĞAN, s. 46.

³¹³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 198; YHGK 19.06.2015 T. , 2014/19 E. , 2015/1743 K.; YHGK 02.05.2007 T. , 2007/21-228 E. , 2007/247 K..

³¹⁴ AKINTÜRK, s. 140.

³¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 286.

³¹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 286.

kanuni olarak sona erer. Bu süre hak düşürücü nitelikte olup, hakim tarafından re'sen dikkate alınır.

Kanun koyucu borçlar hukuku bakımından teselsül karinesini reddetmiştir³¹⁷. Kanun koyucu bu anlayışına karşın, farklı ihtiyaçları gözeterek, kanunlarda müteselsil borçluluğa ilişkin düzenlemeler getirmiştir³¹⁸. Kanunlarda müteselsil sorumluluğun düzenlenmesi, “*borçlular arasındaki kuvvetli menfaat birliği*” düşüncesine ve “*alacaklıya teminat verme*” amacına, bir zarardan birden fazla kimsenin sorumlu olmasına dayanabilir³¹⁹. TBK m. 202’de ticari işletmenin devri bakımından öngörülen müteselsil borçluluk, daha çok, alacaklıya teminat verme amacına dayanır³²⁰. Hükmü, ticari işletmenin devrinde alacaklıların korunmasına ilişkin en önemli düzenleme olarak ifade edebiliriz.

6. Rücu

Başkasına ait bir borcu ifa eden kişinin, bunu asıl borçlusundan isteyebilmesine imkan veren hakka, rücu hakkı denir³²¹. Rücu hakkı, birlikte borçluluk durumunda, kendi payına düşenden fazlasını ifa eden kişi bakımından da söz konusu olabilir. Nitekim kanun koyucu, müteselsil borçlulukta rücu hakkına ilişkin düzenlemeler yapmıştır (TBK m. 61, m. 167).

Rücu hakkı niteliği itibariyle, ifada bulunan kişinin, asıl borçludan talep edebileceği bir alacak hakkıdır. Zira, kişi, alacaklıya karşı sorumlu olduğu miktardan daha fazlasını ifa ederek, alacaklıya karşı sorumlu olduğu miktarı aşan kısım kadar, asıl ya da diğer borçludan alacak hakkını haiz olur. Rücu hakkı, kişiye malvarlığındaki eksilmeyi giderme imkanını bahşeden bir talep hakkı olarak da nitelendirilebilir³²².

Rücu hakkının doğabilmesi için, geçerli bir borç ilişkisinin var olması, başkasına ait bir borcun ödemesi ile alacaklının tatmin edilmiş olması gerekmektedir³²³. Rücu hakkının kullanılabilmesi için de, borçlunun, alacaklıya karşı sahip oldukları ortak

³¹⁷ AKINTÜRK, s. 119.

³¹⁸ Eski kanun bakımından konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK, s. 119 vd.

³¹⁹ AKINTÜRK, s. 120 vd.

³²⁰ AKINTÜRK, s. 121 vd..

³²¹ KOÇANO RODOSLU, Emine: Rücu Hakkı, Ankara 2015, s. 5.

³²² KOÇANO RODOSLU, s. 7.

³²³ KOÇANO RODOSLU, s. 63 vd..

def'ileri ileri sürmesi ve alacaklıya ifada bulunan borçlunun durumu diğer borçluya bildirmek suretiyle olası ikinci ifayı engellemesi gerekmektedir³²⁴.

Müteselsil borçluluğun asıl amacı, alacaklının menfaatlerini korumaktır³²⁵. Müteselsil borçluluk dış ilişkisinde, alacaklı, borçlulardan herhangi birinden borcun tamamını ifa edilmesini talep edebilir. Borcun tamamını³²⁶ ifa eden borçlulardan biri, genellikle kendi borcundan daha fazlasını ödemiş olmaktadır. Bu fazlalık nihayetinde başkasına ait bir borçtur ve bu borca başkası katlanmalıdır³²⁷. İşte müteselsil borçlulukta dış ilişkideki bu haksızlığın giderilmesi, iç ilişkide³²⁸ rücu kurumu ile sağlanır³²⁹. Bir başka ifadeyle, rücu kurumu, müteselsil borçluluğun alacaklıya güvence sağlama işlevi nedeniyle ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumun bertaraf edilmesine hizmet eder.

TBK m. 202'de devralanın ticari işletmenin devrini alacaklılara duyurması neticesinde, devreden ile devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlayacağı öngörülmüştür. Bu hüküm kapsamındaki müteselsil sorumluluğa, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler uygun düştükleri ölçüde uygulanır³³⁰. Alacaklı bu iki yıllık süre zarfında, alacağının tamamını dilerse devredenden dilerse de, devralandan talep edebilir. Alacaklı, alacağını devredenden talep etmesi neticesinde, devreden bu borcu ifa ederse, devralana karşı rücu hakkı elde etmiş olacaktır (TBK m. 167/f. 2).

³²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 477.

³²⁵ KOÇANO RODOSLU, s. 131.

³²⁶ Rücu hakkının doğması için, kişinin borcun tamamını ödemesi şart değildir. Kişi, kendi payına düşenden fazlasını ifa etmiş ise, rücu hakkını haiz olabilir.

³²⁷ KOÇANO RODOSLU, s. 66.

³²⁸ Müteselsil borçlulukta teselsül asıl alacaklının korunması için, dış ilişkide vardır. Bu nedenle, iç ilişkide sorumlular arasında teselsül yoktur. WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, 2004, s. 170; KOÇANO RODOSLU, s. 170.

³²⁹ KOÇANO RODOSLU, s. 108. Müteselsil borçlulukta, asıl alacaklı, iç ilişkiye müdahale edemez. WIDMER/WESSNER, s. 170

³³⁰ KOÇANO RODOSLU, s. 136.

C. Sözleşmeye Dayanan Diğer Kurumlar ile Karşılaştırılması

1. Birleşme

a) Genel Olarak

Ticari organizasyonların temel hedefi, daha çok kazanmaktır. Özellikle liberal ekonomi anlayışıyla birlikte bu hedefin birleşmesi, çetin bir rekabet ortamını doğurmuştur. İşte ticari organizasyonlar da, rekabete karşı koymak ve piyasada daha büyük pastaya sahip olarak daha çok kazanmak için güçlü olmak isterler. Bunu sağlayacak ortaklıklar hukukuna özgü önemli kurumlardan biri olan birleşmedir. Zira, birleşme ile birlikte, birleşen ortaklıkların, bir yandan müşteri çevresi genişleyecek ve pazardaki gelir pastasındaki payı artacak, diğer yandan ise benzer organizasyonlara sahip olmaları nedeniyle giderlerinde azalma imkanı doğacaktır. Ayrıca, ortaklıklar, ticari bilgi paylaşımı ile birlikte daha güçlü yapılara sahip olabilecek ve ortaklıkların ticari verimliliği artacaktır³³¹.

Birleşme, TTK m. 136-161 arasında düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 134 ve 135 hükümleri birleşmede uygulama alanı bulur.

Birleşme, eTK m. 146'da tanımlanmasına karşın, TTK'da tanımlanmamıştır. Ancak TTK'da birleşmeye ilişkin hükümlerden yola çıkılarak, birleşme, birden fazla ticaret şirketinin bir sözleşme ile, malvarlıklarını tasfiye etmeksizin, içlerinden birinin bünyesinde ya da yeni kurulan bir şirkette birleşmeleri ve birleşen şirketlerin pay sahiplerine belirli bir değiştirme ölçüsüne göre birleşmenin gerçekleştiği şirkette pay sahibi olma imkanının sağlanması olarak tanımlanabilir³³².

Her ticaret ortaklığın her ticaret ortaklık ile birleşmesi söz konusu değildir. TTK m. 137'de geçerli olabilecek birleşmeler düzenlenmiştir³³³. Bu düzenlemeye göre, sermaye

³³¹ YASAMAN, Birleşme, s. 1, 2.

³³² BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 68; KAYIHAN, Şaban: Şirketler Hukuku, Ankara 2015, s. 83; Benzer bir tanım için bkz. TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku – 1, İstanbul 2014), s. 99, N. 141d; Geçerli birleşmelere ilişkin TTK m. 137 hükmünün kaynağı, FusG m. 4 hükmüdür. PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016, s. 72, N. 10.

³³³ Bu şekilde bir düzenleme öngörülmesinin nedenlerine ilişkin bkz. ÇOŞTAN, Hülya: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009, s. 33 vd.. eTK'da birleşmeye katılan

şirketleri³³⁴; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilir (TTK m. 137/f. 1). Şahıs şirketleri, şahıs

şirketlerin aynı türden olması zorunluluğu ilkesi benimsenmişti. TTK'da ise bu ilke yerini, “türler arası birleşme serbestisi” ilkesine bırakmıştır. ÇEKER, Mustafa: Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri Ve Yeniden Yapılandırılmaları, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, 2013, s. 111-112.

³³⁴ Türkiye’de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketleri, sadece anonim şirket ya da kooperatif şeklinde kurulabilir (5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 3/f. 1). Sigortacılık Kanunu’nun “tasfiye, birleşme, devir, portföy devri ve iflas” kenar başlıklı m. 10/f. 1’e göre, “bir sigorta şirketinin kendi talebi ile tasfiye edilmesi, bir veya birkaç şirket ile birleşmesi veya aktif ve pasifleri ile başka bir şirkete devrolunması, sigorta portföyünü teminat ve karşılıkları ile birlikte kısmen veya tamamen diğer bir şirkete devretmesi Bakanın iznine tâbidir. Reasürans şirketleri hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. Bu fıkra hükmüne aykırı olarak yapılan tasfiye, birleşme, devralma ve portföy devirleri hükümsüzdür.”. Hükümde geçen, “Bakan” ibaresinden kasıt, hazine müsteşarlığının bağlı olduğu bakan (m. 2/f. 1-c.) olan, başbakandır. Ayrıca Sigortacılık Kanunu m. 10/f. 3’e göre, “birleşme, devir ve portföy devirleri, Türkiye çapında dağıtımı yapılan ve tiraj bakımından ilk on sırada yer alan günlük gazetelerden ikisinde, birer hafta arayla en az ikişer defa yayımlanmak suretiyle duyurulur. Sigorta sözleşmeleri devredilen portföyde yer almak kaydıyla portföyünü devreden veya bir şirkete devrolunan ya da birleşen şirketlerle sigorta sözleşmesi akdetmiş olan kişiler; birleşme, devir ya da portföy devrini öğrendikleri tarihten itibaren, devir, birleşme ya da portföy devri nedeniyle, üç ay içinde sözleşmelerini feshedebilir.”.

Özel medya hizmet sağlayıcıları kuruluşları, yayın lisansı, münhasıran radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sunmak amacıyla TTK hükümlerine göre kurulmuş bir anonim şirket olmalıdır (6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 19/f. 1-a). Bu kanunun hisse, şirket devri ve birleşme kenar başlıklı 20. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“MADDE 20 – (1) Yayın lisansı verilen bir anonim şirketin hisse devirleri, devir tarihinden itibaren otuz gün içinde, ortakların ad ve soyadları ile hisselerin devri sonucunda oluşan ortaklık yapısı ve oy payları hakkındaki bilgilerle birlikte Üst Kurula bildirilir.

(2) Şirket devir veya birleşme işlemlerinden önce Üst Kuruldan gerekli bilgi ve belgelerle izin alınması ve devir veya birleşme işleminin gerçekleşmesinden sonra otuz gün içinde Üst Kurula bildirim zorunludur.

(3) Hisse devri, şirket devri ve birleşme işlemleri sonucunda oluşacak şirket yapısında bu Kanunda öngörülen hususlara aykırılık bulunması hâlinde, Üst Kurulun doksan günü geçmemek üzere vereceği süre içinde bu aykırılığın giderilmesi zorunludur. Aksi hâlde ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı iptal edilir.

(4) Birleşme, devralma ve nama yazılı olan hisselerin devirlerinde 19 uncu madde hükümleri, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri ile 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.”. Hükümde geçen “Üst Kurul” ibaresinden kasıt, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’dur (6112 sayılı Kanun m. 3-z.çç). Türkiye’de kurulacak bankalar da anonim şirket şeklinde kurulmalıdır (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 7/f. 1-a). Bankacılık Kanunu’nun, birleşme, bölünme ve hisse değişimi kenar başlıklı 19. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla sermaye şirketleriyle ve devrolunan şirket olmaları şartıyla kooperatiflerle birleşebilmesi mümkündür (TTK m. 137/f. 2). Kooperatiflerin ise; kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleriyle birleşmesi geçerli olacaktır (TTK m. 137/f. 3).

Şirketin malvarlığının dağıtılmasına henüz başlanmamış olması ve şirketin birleşmeye devrolunan şirket olarak katılması şartıyla, tasfiye halindeki bir şirket de birleşmeye konu olabilir³³⁵. Eksi veya borca batık bilançonun varlığı da bir şirketin birleşmesine engel değildir. Burada önem taşıyan husus, devralan veya devrolan şirketin bu açığı kapatabilecek düzeyde üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığa sahip olmasıdır³³⁶.

“Madde 19 — Türkiye’de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye’de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz. Birleşme veya devir işleminin kesinleşmesini müteakip, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri devralan bankaya geçer ve devredilen kuruluşun tüzel kişiliği sona ererek kaydı Ticaret Sicilinden silinir.

Bu madde hükmünün uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir.”. Hükümde geçen “Kurul” ibaresinden kasıt, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’dur (5411 sayılı Kanun m. 3). 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu m. 3/f.1-1’ye göre, hizmet sağlayıcısı, TTK m. 124/f. 2’de sayılan ve bu kanun hükümlerine göre posta sektöründe faaliyet göstermek üzere yetkilendirilmiş sermaye şirketleridir. Hizmet sağlayıcısının yükümlülükleri arasında; “*sermaye şirketlerinin ortaklık yapılarında toplamda yüzde 10 veya daha fazla bir sermaye payı değişimi, halka açık şirketlerde ise doğrudan veya dolaylı yönetim hakimiyeti değişikliği, birleşmeleri veya herhangi bir tüzel kişinin katılımıyla genişlemesi, kontrolün değişmesi, satış, devir veya diğer düzenlemeler ile tüzel kişilik yapısında meydana gelen değişiklikler için Kurum onayı almak*” da sayılmıştır (6475 sayılı kanun m. 12/f. 1-ç). Hükümde geçen “Kurum” ibaresinden kasıt, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’dur (6475 sayılı Kanun m. 3/f. 1-p).

³³⁵ GEREKÇE TTK m. 138; KAYIHAN, Şirketler, s. 85.

³³⁶ TURAN, Nurcan/BİLGEL, Sabiha Buket: “Ticaret Sicili Uygulamaları Açısından Tasfiye Halindeki veya Sermaye Kaybı Olan Şirketin Birleşme İşlemine Katılımı”, *REGESTA*, C. 2, S. 1, Y 2012, s. 86.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde; tasfiyesiz sona erme, külli halefiyet, pay sahipliğinin devamlılığı, alacaklıların korunması ve türler arası serbest birleşme ilkeleri uygulama alanı bulur³³⁷.

Birleşmeye ikiden fazla ticaret şirketi katılabilir. Ayrıca birleşmede, birden fazla devrolunan ticaret şirketinin bulunması mümkündür. Ancak çoklu birleşme de söz konusu olsa, birleşmede her zaman için bir adet devralan şirket vardır³³⁸.

Birleşme, belirli hukuki işlemlerin yapılmasıyla gerçekleşecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK'nın düzenlediği birleşme, bir sözleşmeye binaen gerçekleşen iradi birleşmelerdir³³⁹. Birleşmenin gerçekleşmesi için, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından yazılı olarak akdedilecek, birleşme sözleşmesine ihtiyaç vardır³⁴⁰ (TTK m. 145/f. 1). Yönetim organlarının birleşme sözleşmesini imzalamasından sonra, birleşme sözleşmesi, genel kurulların onayına sunulur (TTK m. 145/f. 1). TTK'da, genel kurulun birleşme kararı verebilmesi için gerekli toplantı ve karar nisapları öngörülmüştür³⁴¹ (bkz. TTK m. 151). Genel kuruldan onay alamayan birleşme sözleşmesine dayanarak, bir birleşme işlemi gerçekleşemez³⁴². O halde, birleşme sözleşmesinin geçerliliği, kanunen geciktirici şarta bağlanmıştır³⁴³. Bu

³³⁷ KEŞLİ (KARAHAN, Sami (Editör): Şirketler Hukuku, Konya 2015), s. 164.

³³⁸ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 100, N. 141e.

³³⁹ GÖKTÜRK, Kürşat: Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci Ve Bazı Sorunlar, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, Y 2013, s. 636.

³⁴⁰ von SALIS, Ulysses: "Fusionsgesetz" Zürich 08/2004, s. 84, (Çevrimiçi) www.fusionsgesetz.ch (30 Nisan 2016); Birleşmeye katılan şirketlerin bu sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. GÖKTÜRK, s. 640.

³⁴¹ GÖKTÜRK, s. 650; Yeniden yapılandırmaya farklı şirketlerin katılabilmesi ve yeniden yapılandırmanın ortakların haklarını etkilemesi nedeniyle, yeniden yapılandırma kararları için gerekli nisaplar ayrıca düzenlenmiştir. O halde, bu nisapların, ortakların bilhassa azınlıkların korunması amacıyla getirildiğini ifade edebiliriz. ÇOŞTAN, Hülya: TTK Tasarısı'nın Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümleri, Ankara 2009, s. 17, 18.

³⁴² Birleşme sözleşmesinin yönetim organları tarafından imzalanmış olması, birleşme işleminin gerçekleşmesi için yeterli değildir. Ayrıca sözleşmenin, ticaret şirketinin genel karar organı tarafından onaylanması gerekir. KAYIHAN, Şirketler, s. 86. Bu durumun tek istisnası, TTK m. 156'ta kolaylıklar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, birleşme sözleşmesinin geçerlilik kazanması için, genel kurul onayına ihtiyaç yoktur. KEŞLİ/KARAHAN, Şirketler, s. 186; PULAŞLI, s. 79, N. 33; GEREKÇE TTK m. 145.

³⁴³ KEŞLİ/KARAHAN, Şirketler, s. 186.

durumda, birleşme sözleşmesinin yönetim organlarınca imzalanmasından genel kurul tarafından onaylanmasına kadar ki süreçte, birleşme sözleşmesi askıda geçerlidir ve dolayısıyla bağlayıcılığı söz konusu değildir³⁴⁴. Kanun birleşme sözleşmenin hukuki niteliğini tespit etmekten kaçınmış ve söz konusu tespiti öğretiye bırakmıştır. Buna gerekçe olarak da, birleşmenin devam edip etmediği, irade bozukluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulanabilirliği, sözleşmenin değiştirilip değiştirilmeyeceği ve ek sözleşme yapılıp yapılamayacağı gibi sorunlarla birlikte diğer sorunların kanunla çözümlenmeye çalışılmasının hukuki gelişmeyi durduracağı ve çözümlerin kalıcı olmasının zorlaşacağı gösterilmiştir³⁴⁵. Bu durumun doğal sonucu da, birleşme sözleşmesinin hukuki niteliğinin öğretilerde tartışmalı olmasıdır. Öğretilerde bu husus ile ilgili; karışık teori, ortaklıklar hukuku işlem teorisi, örgüt sözleşmesi teorisi ve borç doğuran sözleşme teorisi ileri sürülmüştür³⁴⁶. Öğretilerde hakim olan görüşe³⁴⁷ göre, birleşme sözleşmesi, birleşmenin esaslarını ve birleşmenin hüküm ifade edebilmesi için gerekli bütün işlemleri yapma borcu yükleyen, borçlandırıcı bir sözleşmedir. TEKİNALP'e³⁴⁸ göre, birleşme sözleşmesi, ortaklıklar hukukunda sonuç doğuran, genel kurul onayının ona ortaksal nitelik kazandırdığı, iki ya da daha çok tarafı olan, borç ve yükümlülükler içeren, aynı niteliği haiz bir yapısal değişiklik/organizasyon sözleşmesidir. Yazar, birleşme sözleşmesini ortaklıklar hukuku sözleşmesi olarak ele almaktadır. İsviçre öğretisinde von SALIS'e³⁴⁹ göre, birleşme sözleşmesi, genel kurul onayı ile birlikte, borçlar hukuku ve şirketler hukuku bileşenlerine sahip olur. Devreden şirketlerin aktif ve pasiflerinin külli halefiyet yoluyla devralan şirkete devri borçlar hukuku bağlamında kararlaştırılır. Bu anlaşmanın özelliği devreden anlaşma taraflarının ifa ile feshedilmesidir. Birleşme sözleşmesinin, şirketler hukuku ve topluluk hukukuna ilişkin içeriği (birleşme sözleşmesinin zorunlu olarak sadece genel kurul kararı ile onaylanması ve ilgili şirketlerin ortakları arasındaki bir iç mesele olan ortakların üyelik

³⁴⁴ GEREKÇE TTK m. 145; PULAŞLI, s. 79, N. 32.

³⁴⁵ GEREKÇE TTK m. 145.

³⁴⁶ Bu teoriler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN, Birleşme, s. 39 vd..

³⁴⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 78; YASAMAN, Birleşme, s. 45.

³⁴⁸ Yazar, birleşme sözleşmesinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde eTK dönemi, TTK dönemi ayrımı yapmaktadır. Buna gerekçe olarak da, eTK'da birleşme sözleşmesinin düzenlenmemiş olmasına karşın, TTK'da bu sözleşmenin düzenlenmiş olmasını göstermektedir. Bu nedenle, TTK'da düzenlenen bir sözleşmenin borçlar hukuku kapsamında değil, ortaklıklar hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 124, 125, N. 148f.

³⁴⁹ von SALIS, s. 84.

ve ortaklık paylarının yapılandırılması), şirketlerin aktif ve pasiflerinin devrinin karşılığıdır. Bu nedenledir ki, birleşme sözleşmesi, borçlar hukuku, şirketler hukuku ve organizasyon hukuku bileşenli bir hukuki işlemdir.

Birleşme sözleşmesinin içeriğini göz önünde bulundurduğumuz takdirde, kanaatimizce birleşme sözleşmesi, birleşen şirketlerin aktif ve pasiflerinin bir bütün halinde devrini öngören bunun yanında şirketler hukukuna ilişkin birtakım yan yükümlülükler ve sonuçlar içeren, borçlar hukuku temelinde ortaya çıkan şirketler hukukuna özgü borçlandırııcı bir hukuki işlemdir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde dikkat edilmesi gereken bir husus da, birleşmenin, RKHK'nin 7. maddesine dayalı olarak çıkartılan ve 26.3.2013 tarihli Rekabet Kurulu kararı ile kabul edilen, "Rekabet Kurumu Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz"a, uygun olarak gerçekleşmesidir³⁵⁰ (TTK m. 153/f. 3).

Birleşen şirketlerin genel kurullarının birleşme sözleşmesini onaylamasıyla birlikte, şirketlerin birleşmesi henüz gerçekleşmeyecektir. Zira, söz konusu onay birleşmeye hazırlık aşamalarından sadece biridir³⁵¹. Birleşen şirketlerin genel kurullarının, birleşme sözleşmesini onaylamak suretiyle birleşme kararı³⁵² almasıyla birlikte, yönetim organları vakit kaybetmeksizin, birleşmenin tescili için ticaret siciline başvurmalıdır (TTK m. 152/f. 1). Ticaret siciline başvurabilmek için, birleşme kararının tüm birleşen şirketlerce alınması gerekmektedir³⁵³. Birleşmenin ticaret siciline tescili ile birlikte, ticaret şirketlerinin birleşmesi geçerlilik kazanır (TTK m. 153/f. 1). Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, birleşmenin sicile tescili kurucu niteliktedir³⁵⁴. Hemen belirtelim, devrolunan şirketin ticaret siciline tescili ile birlikte hukuki sonuç doğduğundan söz

³⁵⁰ Birleşme sonucunda, mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı bir durum söz konusu olabilir. İşte rekabet hukuku da, söz konusu durumun ortaya çıkmaması için müdahale etmek durumunda kalır. AKYÜZ, Helin Berfin: Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme Ve Devralmalar, Ankara 2007, s. 31.

³⁵¹ GEREKÇE TTK m. 153.

³⁵² "Birleşme kararı", birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından onaylanması sonucu elde edilen karardır. GEREKÇE m. 152; Birleşme kararı tescile başvurabilmenin şartıdır. GEREKÇE m. 153.

³⁵³ GEREKÇE TTK m. 152.

³⁵⁴ GEREKÇE TTK m. 153.

konusu tescil, kurucu niteliği haizdir. O halde, devralan şirketin, birleşme kararını tescil ettirmesi, kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir³⁵⁵.

Tescil ettirilen birleşme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan olunur (TTK m. 154/f. 1). Birleşme kararının ilanı, hem üçüncü kişiler hem de devrolunan şirketin ortakları açısından önem arz etmektedir³⁵⁶.

Birleşme ile birlikte devrolunan ortaklıklar dağılmış olacaktır³⁵⁷. Dağılan bu şirketlerin malvarlıkları tasfiye edilmeksizin külli halefiyet yoluyla devralan şirkete ya da birleşme için kurulmuş şirkete geçer³⁵⁸.

Birleşme sonucu, şirketlerin sahip oldukları payların değişimi de söz konusu olacaktır³⁵⁹. Devrolunan şirketin ortakları da, birleşme ile birlikte, sermayelerinin karşılığı olarak belirlenen bir değişim oranına göre, devralan şirketin ortağı olurlar³⁶⁰. Söz konusu ortakların pay sahipliği kesintiye uğramadan devam eder.

b) Birleşme Türleri

Genel olarak birleşme, devralma³⁶¹ ve yeni kuruluş şeklinde birleşme olarak, iki türde gerçekleşir³⁶².

Devralma şeklinde birleşmede, devralan şirketler, malvarlığı tasfiye edilmeksizin bir bütün halinde mevcut bulunan devralan şirkete katılır³⁶³. Birleşme ile birlikte

³⁵⁵ GEREKÇE TTK m. 153.

³⁵⁶ GEREKÇE TTK m. 154.

³⁵⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 68; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 99, N. 141d.

³⁵⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 68; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 99, N. 141d.

³⁵⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 69.

³⁶⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 69; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 99, N. 141d.

³⁶¹ “Bu türe, kanuni olmayan bir terimle devrolunan ortaklık açısından bakışla, ‘katılma’ veya ‘iltihak’, devralan ortaklık yönünden ise ‘özümseme’, ‘bünyeye dahil etme’ de denilebilir.” TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 102, N. 142a.

³⁶² Kanunda sadece iki tür birleşme yer almasına karşın, uygulamada ve literatürde başka türlerde bulunmaktadır. Bunlar; iki taraflı ve çoklu devrolunanlı birleşme, çıkmalı veya ihraçlı birleşme, üç köşeli birleşmedir. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 102, N. 142.

³⁶³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 69; KEŞLİ/KARAHAN, Şirketler, s. 177.

devrolunan şirketlerin tüzel kişilikleri sona erer³⁶⁴. Devralan şirket ise hem hukuki hem de ticari varlığını sürdürür³⁶⁵.

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan şirketler, mevcut bir ticaret şirketi yerine, sırf birleşme için kurulmuş bulunan yeni bir ticaret şirketinin bünyesinde birleşerek tüzel kişiliklerini yitirir. Böylece, birleşen şirketlerin bütün malvarlıkları, yeni kurulmuş olan devralan şirkete, sermaye olarak konulmuş olur³⁶⁶. Bu sermayeye karşı da, birleşen şirketlerin ortakları, devralan şirketin sermayesine yaptıkları katkı oranında bu şirketten pay alırlar³⁶⁷. Birleşme sonucunda, birleşen şirketin ortakları, yeni şirketin ortaklarını oluşturacaktır.

İş Kanunu (İK) m. 6/f. 4 uyarınca, ticaret şirketinin birleşme yoluyla tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, İK m. 6/f. 3'ün birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

c) Birleşme ile Ticari İşletmenin Devri Karşılaştırması

aa) Ortak Yönleri

Öncelikle bu iki kurumda ticari hayatın gereksinimlerinden doğmuştur. Her iki kurumunda amaçları çeşitlilik arz etse de, kesiştikleri noktalar bulunmaktadır. Bu noktalar ticari amaçlar üzerinde kümelenmiştir. Ticari işletmenin devrinde, devralan bakımından iktisadi anlamda bir birleşmenin olduğu ifade edilebilir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi de, ticari işletmenin devrinde olduğu gibi iradi bir hukuki işlem olan sözleşmeye dayalı olarak gerçekleşir. Her iki kurumun hayat bulması için, birleşme/devir sözleşmesi gereklidir. Ticari işletmenin devrinde bu sözleşme, devreden ticari işletme sahibi ile devralan kişi arasında gerçekleşirken; ticaret şirketlerinin birleşmesinde bu sözleşme, birleşen şirketler arasında gerçekleşmektedir. Birleşme sözleşmesi (TTK m. 145/f. 1) ve ticari işletmenin devri sözleşmesi (TTK m. 11/f. 3), yazılı şekilde yapılır. TBK m. 12/f. 2'ye göre, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. O halde, bu iki sözleşme için de

³⁶⁴ PULAŞLI, s. 71, N. 7.

³⁶⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 69; Değişiklik şirketin sermayesi ve duruma göre ortaklarında söz konusu olur. PULAŞLI, s. 71, N. 7.

³⁶⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 69.

³⁶⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 69.

öngörülen yazılı şekil, geçerlilik şekli olarak değerlendirilir³⁶⁸. Her iki sözleşmenin de adi yazılı şekil ile yapılması yeterlidir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, devrolunan malvarlığının geçmesi, ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, ticaret siciline yapılacak tescil ile gerçekleşir. Tescil her iki kurum içinde kurucu etkiye sahiptir. O halde, her iki kurumda hukuki sonuçlarının tescil ile birlikte doğuracaktır.

Ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, ticaret şirketlerinin birleşmesinde de, malvarlığı unsurlarının kanunda öngörülmüş olan özel devir şekillerine uyulmaksızın birleşme işleminin gerçekleşmesiyle külli olarak devralan şirkete intikali söz konusudur.

Birleşme kararı/birleşme, tıpkı ticari işletmenin devrinin ilanı gibi, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan olunur.

Tamamen aynı olmasa da, -en azından- devrolandan kaynaklanan kişisel borçların devamı hususunda her iki kurumda benzer düzenlemeler mevcuttur. Ticari işletmenin devrinde, devreden, ticari işletmeden kaynaklanan borçlar nedeniyle belirli bir süre (iki yıl) daha sorumlu olması öngörülmüştür (TTK m. 202/f. 2). Birleşmede de, devrolunan şirketin ortaklarının, şirketin birleşme öncesi borçlarından belirli bir süre (üç yıl) daha, kişisel sorumluluğuna gidilebilecektir (TTK m. 158/f. 2).

Ticari işletmenin devrinin gerçekleşebilmesi için, ticari işletme alacaklılarının buna onay vermesi gerekmemektedir. Birleşmede de bu durum geçerlidir. Birleşen şirketin alacaklılarının, birleşme işleminin gerçekleşmesine dahil olması, söz konusu değildir.

bb) Farklı Yönleri

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, ortaklıklar hukukuna özgü bir kurumdur. Ticari işletmenin devri kurumu ile ticaret şirketlerinin birleşmesi kurumu, farklı özel amaçlara hizmet etmektedir. Ticari işletmenin devri, ticareti terk etmek isteyen ya da başka bir ticari hedefe ulaşmak için, ticari işletmesini satmak isteyen kişiye, içerdiği maddi ve gayri maddi unsurlardan daha fazla bir değere sahip olan ticari işletmesini değerine elden çıkarma imkanı sunmaktadır. Diğer yandan, ticari işletme sahibi olmak isteyen kişi, ticari işletmenin devri ile birlikte, daha ekonomik ve zahmetsiz bir şekilde ticari

³⁶⁸ TTK m. 145'in gerekçesinde de, yazılı şeklin geçerlik şartı olduğu belirtilmiştir.

işletmeyi devralacaktır. Birleşmede ise, temel amaç, rekabet ortamında güçlü bir şekilde var olarak, daha çok kazanç elde etmektir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, TTK'da düzenlenmiştir (TTK m. 136-161). Ticari işletmenin devri ise, hem TBK hem de TTK hükümleri kapsamında gerçekleşecektir (TTK m. 11/f. 3; TBK m. 202)³⁶⁹.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, malvarlığının devri ile sınırlı bir yapılandırma şekli deęildir³⁷⁰. Birleşme ile birlikte, ortaklık hakları da yeniden bir yapılandırılmaya tabi tutulur. Birleşmeye katılan şirketin ortakları, birleşilen şirkette belirlenen lde pay hakkını haiz olur. Ticari işletmenin devri ise, salt ticari işletmenin el değiştirmesinden ibarettir. Ticari işletmesini elden çıkarmak isteyen ticaret şirketleri de, ticari işletmenin devri kurumuna başvurabilir. Bir ticaret şirketinin bu şekilde ticari işletmesini devretmesiyle, şirket ortaklarının, devir konusu ticari işletme ile bağı kesilecek ve ticari işletmenin karşılığı olarak ortaklık haklarının yeniden yapılandırılması söz konusu olmayacaktır³⁷¹.

Ticari işletmenin devrinde, devrin konusu ticari işletme iken, ticaret şirketlerinin birleşmesinde, birleşmenin konusu şirketlerdir.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinde, taraflardan biri ya da her ikisi de gerçek kişi olabilir. Ticaret şirketlerinin birleşmesi sözleşmesinde ise, taraflar tüzel kişi olmak durumundadır. O halde, ticaret şirketlerinin birleşmesi sözleşmesi, mutlaka tüzel kişilerin yönetim organınca akdedilecektir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, birleşme sözleşmesinin yönetim organlarınca akdedilmesinden sonra, sözleşmenin genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu nedenle birleşme sözleşmesi, genel kurul tarafından onaylanana kadar bağlayıcı değil, askıda geçerlidir. Genel kurulca alınacak birleşme kararı ile birlikte, birleşmesi sözleşmesi geçerli olacaktır. Ticari işletmenin devrinde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Yani, ticari işletmenin devrinde, devreden ile devralan arasında akdedilen devir

³⁶⁹ Elbette her iki kuruma da uygun olduğu lde başta borçlar kanunu olmak üzere diğer kanunlar da uygulanabilir. Burada belirttiğimiz husus, kurumu düzenleyen esas hükümlerdir.

³⁷⁰ ARICI, s. 48.

³⁷¹ Aynı yönde bkz. ARICI, s. 48.

sözleşmesi herhangi bir mercie onay için sunulmaz. Devir sözleşmesi, akdedildiği andan itibaren geçerlidir.

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin içeriğindeki temel kıstas, ticari işletmenin devirden sonra faaliyetine devam edebilmesidir. Kanun koyucu, devir sözleşmesinin zorunlu olarak içermesi gereken unsurlarını öngörmemiştir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde ise, birleşme sözleşmesinin zorunlu içeriği kanunda düzenlenmiştir (TTK m. 146).

Ticari işletmenin devrinde, devir konusunun sona ermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Aksine, ticari işletmenin, yaşantısına bir başka hukuki kişide devam etmesi imkanı tanınır. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde ise, devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir (TTK m. 136/f. 4).

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, külli halefiyet ilkesi kapsamında gerçekleşirken, ticari işletmenin devri, kısmi külli halefiyet ilkesi kapsamında gerçekleşir³⁷². Demek oluyor ki, ticari işletmenin devrinde, ticari işletmeye ait bazı unsurlar, devir kapsamı dışında bırakılabilir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde ise bu durum söz konusu değildir.

Ticari işletmenin devrinde, devreden devralan ile birlikte iki yıllık müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür (TBK m. 202/f. 2). Ticaret şirketlerinin birleşmesinde ise, kurumun niteliği gereği müteselsil sorumluluğa ilişkin bir hüküm yoktur.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, alacaklıların korunmasına ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür (TTK m. 157). Ticari işletmenin devrinde ise, bu şekilde bir düzenleme yoktur. Ticari işletmenin devrinde alacaklıların korunması TBK m. 202 ile öngörülen iki yıllık müteselsil sorumluluk ile sağlanmaya çalışılmıştır.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, devrolunan şirketin ortakları, sermayelerine karşılık olarak devralan şirkette pay iktisap ederler. Ticari işletmenin devrinde ise, devreden, ticari işletmesini elden çıkarmış olacaktır. O halde, ticari işletmenin devrinde,

³⁷² Bu iki devir şeklinin kapsam belirleme dışında, hukuk etkilerinin nitelikleri farklı değildir. Bir başka ifadeyle, aralarındaki fark, nitelik bakımından değil, nicelik bakımındandır. VOGEL, Alexander/GUNTER, Michael: Der Vertragsübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, AJP/PJA 5/2012, s. 607.

devrin gerçekleşmesiyle birlikte, devredenin ticari işletme üzerinde herhangi bir hakkı kalmayacaktır.

Kanunda, ticari işletmenin devri kurumu özelinde, hukuki ilişkilerin geçişine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır³⁷³. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde ise, iş ilişkilerinin geçişine dair hüküm bulunmaktadır (TTK m. 158/f. 4'ün atfıyla, TTK m. 178).

Tüm bu farklılıkların ışığında son olarak ifade etmek istediğimiz husus; ticaret şirketlerinin birleşmesine, ticari işletmenin devri hükümlerinin (TBK m. 202, TTK m. 11/f. 3) uygulanamayacağıdır. Pek tabi, ticaret şirketi, ticari işletmesini devretmek isterse, ticari işletmenin devri hükümleri kapsamında, bu devir gerçekleşebilir.

2. Bölünme

a) Genel Olarak

Bölünme ortaklıklar hukukuna özgü bir kavramdır. Fazla büyüme ile birlikte ortaklığın çekirdek işletme konusundan uzaklaşması söz konusu olur. Belirli bir alanda uzmanlaşmayı ve ticari başarıyı engelleyebilecek bu durum, bir şekilde bertaraf edilmelidir. İşte ticaret şirketlerinin bölünmesi kurumu da, buna hizmet etmek için vardır³⁷⁴. O halde, bölünme; şirketlerin yönetilmesini kolaylaştırmak, değişen iş koşullarına göre ortaklığı dizayn etmek, belirli bir ticaret alanında uzmanlaşmaya gitmek ve genel anlamda ekonomik faaliyet verimliliğini artırmak gibi; mali, iktisadi ve teknik nedenlerden dolayı ortaklıkların bölünmesi gündeme gelmektedir³⁷⁵. eTK'da yer almayan³⁷⁶ bölünme kavramı, TTK m. 159-179 arasında düzenlenmiştir³⁷⁷. TTK m. 191-193 hükümleri de bölünmeye uygulanır.

³⁷³ İK m. 6/f. 1 kapsamında iş sözleşmelerinin devri, ticari işletmenin devrinde de uygulama imkanı bulur.

³⁷⁴ GEREKÇE TTK m. 158.

³⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKUĞUR, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2005, s. 13 vd; ÇOŞTAN, Hülya: Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004, s. 23 vd.

³⁷⁶ 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 Tebliğ"de ticaret şirketlerinin bölünmesi genel hatları ile düzenlenmiştir.

³⁷⁷ SerPK bölünme ile ilgili düzenleyici bir hüküm içermese de, bölünme m. 23'e göre önemli bir işlemdir. Bu madde anlamında önemli nitelikte bir işleme olumsuz oy verip bunu tutanağa geçiren bir pay sahibi, ortaklıktan ayrılma hakkını kullanabilir. Bu hüküm dışında, SerPK m. 130 da bölünmeye

Ticaret şirketlerinin bölünmesi kurumu, TTK'da tanımlanmamıştır. Kanun bölünmenin türlerinden olan “tam bölünme” ile “kısmi bölünme”yi kavramsal yönden açıklamak ile yetinmiştir³⁷⁸. Tekinap'ın³⁷⁹ ifadesiyle bölünme, “Bir ortaklığın malvarlığının tümünün veya bir kısmının ya da bazı kısımlarının o ortaklıktan ayrılarak bir bütün halinde mevcut veya kurulacak bir ortaklığa yahut ortaklıklara devredilip, karşılığında devralan mevcut veya yeni ortaklıkların paylarını, bölünen ortaklığın ortaklarının veya bizzat ortaklığın kendisinin iktisap etmesidir.”³⁸⁰.

Bölünmede, malvarlığının geçişi, kısmi külli halefiyete göre gerçekleşir³⁸¹. Kısmi külli halefiyet, külli halefiyetin ilkelerine tabi olmakla birlikte, onun parçalara özgülenmiş halidir³⁸².

TTK, bölünmeye konu olabilecek ticaret şirketlerini sınırlayıcı bir şekilde belirlemiştir. Sermaye şirketleri ve kooperatifler ancak, sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler (TTK m. 160/f. 1). Bu hükme göre, şahıs şirketleri bölünemeyecek ve sermaye şirketleri de, bölünerek şahıs şirketi haline gelemeyecektir³⁸³. Söz konusu hükmün gerekçesinde, tür değiştirme yoluyla, caiz

uygulanır. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 146, N. 160c.; Hukukumuzda bölünmeye ilişkin ilk pozitif düzenleme, vergi açısından kolaylık sağlama amacıyla, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yapılmıştır. Söz konusu düzenleme, daha sonra çıkarılan, “Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ” ile birlikte daha ayrıntılı bir yapıya kavuşturuldu. ERDEM, Ercüment: “Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi- Tür Değişiklikleri”, *Bankacılar Dergisi*, S. 79, 2011, s. 80; Vergi hukuku anlamında bölünme KVK m. 19'da düzenlenmiştir.

³⁷⁸ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 146, N. 160a.

³⁷⁹ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 146, N. 160a.

³⁸⁰ Diğer tanımlar için bkz. HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004, s. 37; ÇEBİ, Hakan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010, s. 26.

³⁸¹ GOZZI, Niccolò: Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Zürich 2009, s. 27; PULAŞLI, s. 106, N. 123.

³⁸² TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 146, N. 163b.

³⁸³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 95. Bu hükmün kaynağı FusG m. 30'dur. FusG m. 30, İsviçre'de şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği haiz olmamasının olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek için bu şekilde düzenlenmiştir. Halbuki Türk hukukunda şahıs şirketleri tüzel kişiliği haizdir. O halde, hükmün bu şekilde ele alınması Türk hukuku açısından yerinde değildir. MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirmeler ve Öneriler, Ankara 2006, s. 101.

olmayan bölünmeler yasağının aşılabileceği vurgulanmıştır. Demek oluyor ki, bir şahıs şirketinin önce tür değiştirmek³⁸⁴ suretiyle sermaye şirketi haline gelmesi ve ardından bölünmesi mümkün olacaktır³⁸⁵.

Bölünme, birtakım ana ilkeler kapsamında gerçekleşir. Bu ilkeler şunlardır; malvarlıkların önce ayrılması sonra birleşmesi ilkesi, aktif ve pasif özgülenmesi ilkesi, kısmi külli halefiyet ilkesi, ortaklık paylarının ve hakların korunması ilkesidir³⁸⁶.

Bölünme tıpkı birleşme gibi, iradi gerçekleşir. Bir şirket, bölünme yoluyla, malvarlığının bölümlerini var olan şirketlere devredecekse, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından bir bölünme sözleşmesi yapılır (TTK m. 166/f. 1). Sözleşmelerin doğası gereği, bölünme sözleşmesinin yapılması için iki tarafın olması gerekir. O halde, yeni kuruluş şeklinde bölünmede, bölünmenin gerçekleşmesinden önce, şirket henüz kurulmamıştır. Demek oluyor ki, bu bölünmede, sözleşmeyi imzalayacak ikinci taraf mevcut değildir. Bu nedenledir ki, bölünme sözleşmesi yerine, bölünme planı hazırlanır³⁸⁷. Kanunda, bölünme sözleşmesi ve bölünme planının içermesi gereken asgari kayıtlar düzenlenmiştir (bkz. TTK m. 167/f. 1).

Birleşmede, RKHK m. 7 ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan tebliğe uygun olarak gerçekleşmesi gerektiğine değinmiştik. Acaba, bu durum bölünme için de söz konusu olacak mıdır? TTK'da, RKHK'nın hükümlerinin saklı tutulduğuna ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Gerekçede de herhangi bir açıklama yapılmamıştır. ERDEM'e³⁸⁸ göre, bölünmede de RKHK'nın hükümleri uygulanmalıdır. Zira, bölünme işleminin de yapısında devralma mevcuttur. Ayrıca RKHK hükümlerinin uygulanabilmesi için, önemli kıstaslardan biri de şirketlerdeki kontrolün el değiştirmesidir. Özellikle asimetrik bölünmede, bu durum söz konusu olabilecektir. O halde, RKHK'nın öngördüğü izin sistemi, bölünme için de geçerli olmalıdır.

³⁸⁴ TTK m. 181/f. 1'e göre, bir sermaye şirketinin tür değiştirerek, bir şahıs şirketine dönüşmesi mümkün değildir.

³⁸⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 95.

³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 152 vd., N. 163 vd.; Bölünmede söz konusu olan bir diğer ilke de, "denkleştirme akçesinin ödenmesi ilkesi"dir. ERDEM, Bölünme, s. 82.

³⁸⁷ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 151, N. 161.

³⁸⁸ ERDEM, Bölünme, s. 86.

Bölünme sözleşmesi ya da bölünme planının, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organlarınca, genel kurula sunulması gerekir (TTK m. 173/f. 1). Ancak bölünmede, birleşmeden farklı olarak, alacakların teminat altına alınması (TTK m. 175/f. 1), genel kurul onayından önce gerçekleştirmelidir (TTK m. 173/f. 1). Kanunda, genel kurulun bölünme kararı verebilmesi için gerekli, toplantı ve karar nisapları öngörülmüştür (TTK m. 173/f. 1-2).

Genel kurulun bölünme kararı olarak, bölünmeyi onaylamasının ardından, yönetim organı bölünmeyi, ticaret siciline tescil ettirir (TTK m. 179/ f. 1). Tescil, bölünmeye geçerlilik kazandıracığı için, kurucu niteliktedir. Tescil ile birlikte, envanterde yer alan bütün aktif ve pasifler devralan şirkete geçer (TTK m. 179/ f. 4). Tam bölünme söz konusu ise, tescil ile birlikte devreden şirket infisah eder (TTK m. 179/ f. 3).

TTK, birleşmede hem tescili (m. 152, 153) hem de ilanı (m. 154) düzenlemiştir. Ancak kanun, bölünmede sadece tescili düzenlemekle yetinmiş, ilandan söz edilmemiştir. Bu durumda akla gelen soru, *“acaba bölünme kararının ilanına gerek yok mudur?”* olacaktır. Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira, genel hüküm niteliğindeki, TTK m. 35’e göre, *“tescil edilen hususlar, kanun veya kanunun 26’ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur.”* Bölünmenin ilanı hususunda ne kanunda ne de söz konusu yönetmelikte menfi bir hüküm mevcuttur. Ayrıca, TTK m. 177, ortakların kişisel sorumluluğu hakkında, TTK m. 158’e atıf yapmaktadır. İlanın TTK m. 158’de önemli bir işlevi vardır. Öyle ki, ortakların kişisel sorumluluğunun kapsamı ve süresinin tespitinde, ilan, belirleyici olacaktır. Kanaatimizce, TTK m. 177 ile birlikte bölünme için de ilanın varlığı zımni olarak kabul edilmiştir. O halde, bölünme kararı da ilan edilmelidir³⁸⁹.

Bölünmenin gerçekleşmesiyle birlikte, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, şayet işçi bu duruma itiraz etmez ise, devir gününe kadar bu sözleşmelerden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer (TTK m. 178/ f. 1). Hemen belirtelim, bu hüküm kapsamında işçinin itirazı, iş ilişkisinin devrine ilişkindir. Yoksa, söz konusu itiraz, bölünmenin gerçekleşmesini engellemez.

³⁸⁹ ERDEM, Bölünme, s. 85.

b) Bölünme Türleri

Bölünen ortaklığın, iki ya da daha fazla bölüme ayrılarak, ayrılan bu bölümlerin her birinin bütün halinde mevcut ya da yeni kurulan bir ortaklığa kendiliğinden geçmesiyle sona erdiği durumlarda, tam bölünme söz konusudur. Tam bölünme ile bölünen şirket sona ereceği için unvanı, ticaret sicilinden silinir (TTK m. 159/ f. 1-a).

Bir ticaret şirketinin, malvarlığının bir veya birden fazla bölümü mevcut veya yeni kurulan diğer ortaklığa devredilmesine karşın varlığını sürdürüyorsa, kısmi bölünme söz konusu olur³⁹⁰. Kısmi bölünme, bölünen ortaklığın, yavru ortaklık oluşturmaya imkan tanır.

Bölünen şirketin, bölünmeye tahsis edilmiş parçasının yeni kurulacak şirkete devredilmesi durumunda, yeni kuruluş şeklinde bölünme söz konusu olur³⁹¹.

Bir sözleşme ile, bölünen şirketin tüm aktif ve pasifle ya da bir parçasının mevcut bir şirkete ya da şirketlere devredilmesi, “*devralma şeklinde bölünme*” olarak isimlendirilebilir³⁹².

Tüm bu türlere ek olarak, “*oranların korunduğu bölünme*” ve “*oranların korunmadığı bölünme*”leri de sayabiliriz³⁹³.

c) Ticari İşletmenin Devri İle Karşılaştırılması

aa) Ortak Yönleri

Ticari işletmenin devri ve bölünme benzer amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılabilir. Ticaret şirketinin sahip olduğu bir ticari işletmenin devri, şirket bakımından iktisadi anlamda bölünme anlamına gelebilmektedir³⁹⁴. Öyle ki, bir şirket,

³⁹⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 94; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 148, N. 161b; PULAŞLI, s. 107, N. 128; KEŞLİ/KARAHAN, Şirketler, s. 2008.

³⁹¹ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 151, N. 161i; PULAŞLI, s. 108, N. 130; AKUĞUR, s. 17.

³⁹² TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 151, N. 161 i; PULAŞLI, s. 108, N. 129; AKUĞUR, s. 17.

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 149, 150; PULAŞLI, s. 108, N. 132 vd; AKUĞUR, s. 19, 20.

³⁹⁴ ÇELİKBOYA, s. 53.

belirli bir faaliyet alanından çekilmek ya da belirli bir alanda uzmanlaşmak amacıyla, bölünmeye başvurabileceği gibi ticari işletmenin devri yoluna da başvurabilir³⁹⁵.

Ticaret şirketlerinin bölünmesi, ticari işletmenin devri gibi iradi olarak gerçekleşir. Devralma şeklinde bölünmede, bölünmeye katılan şirketin yönetim organları tarafından bir bölünme sözleşmesi yapılır (TTK m. 166/f. 1). Bölünme sözleşmesi, devir sözleşmesi gibi yazılı şekilde yapılmalıdır (TTK m. 166/f. 3). Yazılı şekil, geçerlilik şartıdır³⁹⁶. Her iki sözleşme için de, adi yazılı şekil yeterli olacaktır.

Ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, ticaret şirketlerinin bölünmesinde de, malvarlığının geçişi, kısmi külli halefiyet ilkesine göre gerçekleşir³⁹⁷. Yani, mevcut içinden belirli bir bölüme, külli halefiyetin uygulanması söz konusu olacaktır. Böylece, devre ya da bölünmeye özgülenen unsurların, kendi özel devir şekillerine tabi olmaksızın, topyekun olarak geçişi sağlanacaktır.

Bir diğer ortak yön ise, tescil hususunda ortaya çıkmaktadır. Bölünme de, ticari işletmenin devri gibi, ticaret siciline tescil ile birlikte geçerlilik kazanacaktır (TTK m. 179/ f. 4)³⁹⁸. O halde, her iki kurum için de tescil kurucu niteliği haizdir. Tescil ile birlikte, bölünme ve devir kapsamındaki unsurlar devralana geçecektir.

TTK'da bölünmenin ilanı ile ilgili açık bir hüküm olmasa da, kanaatimizce, bölünme ilan edilmelidir. İlan, ticari işletmenin devri için de geçerlidir (TBK m. 202).

Devrolunandan kaynaklanan kişisel borçlar, bu kurumlara alacaklıların onayı ve hukuki ilişkilerin devri hususlarında, birleşme bahsinde yaptığımız karşılaştırma, bölünme için de geçerlidir.

bb) Farklı Yönleri

Ticaret şirketlerinin bölünmesi, TTK m. 159-179 arasında düzenlenmiştir.

³⁹⁵ ÇELİKBOYA, s. 53.

³⁹⁶ GEREKÇE TTK m. 166.

³⁹⁷ VOGEL/GUNTER, s. 602.

³⁹⁸ VOGEL/GUNTER, s. 602.

Bölünmenin konusu, birleşme sözleşmesinin devrinin tarafları, genel kurul onayı, tescil, sözleşmenin geçerlilik kazanması, müteselsil sorumluluğa ilişkin birleşme bahsinde yapılan karşılaştırmalar bölünmede de geçerli olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu m. 160/f. 1’de, bölünebilecek şirketler bakımından bir sınırlandırma söz konusudur. Bu hükme göre, sermaye şirketleri ve kooperatifler, sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler. Oysaki, ticari işletmenin devrinde, devri gerçekleştirecek hukuki kişilik bakımından böyle bir sınırlandırma söz konusu değildir³⁹⁹. O halde, TTK m. 160/f. 1’de belirtilmeyen ticaret şirketleri, bölünme yoluna gidemeyeceklerse de, ticari işletmenin devri yoluna başvurabilmeleri kural olarak mümkündür⁴⁰⁰.

Devredilen malvarlığının içeriği de, bu iki kurum bakımından farklılık arz edebilir. Zira ticari işletmenin devrinde, devrin konusu bir bütün halinde ve devamlılığı sağlayacak şekilde (TTK m. 11/f. 3 ve TSY m. 133) devredilecek ticari işletmedir. Bölünmede ise, devredilen malvarlığı unsuru, her zaman için ticari işletme olmayabilir.

Bu iki kurum arasındaki en önemli farklılıklardan biri de, alacaklıların korunması rejimidir. Ticari işletmenin devrinde, alacaklıların korunmasına ilişkin hüküm, TBK m. 202/f. 2’de düzenlenmiştir. Bu hüküm, devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğunu öngörmektedir. Ticari işletmenin devri kapsamında, alacaklıların korunmasına ilişkin özel düzenleme bu hükümden ibarettir. Kanun, devreden veya devralan tarafa herhangi bir teminat yükümlülüğü getirmemektedir⁴⁰¹. Bölünmede ise, bölünmeye katılan şirketler, TTK m. 174/f. 1’de öngörülen ilanların yayın tarihinden itibaren üç ay içinde, istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak zorundadırlar (TTK m. 175/f. 1). Aksi takdirde, bölünme kararı alınamaz (TTK m. 173/f. 1).

İki kurum arasındaki bir diğer fark ise, müteselsil sorumlulukta ortaya çıkmaktadır. TTK m. 176/f. 1’e göre, bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu ikinci derecedendir. Demek oluyor ki, bölünmeye katılan diğer şirketlerin sorumluluğu, ancak asıl borçlu şirketin, borcunu ifa etmemesi halinde devreye girecektir. Oysaki, ticari işletmenin devrinde, devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğu birinci

³⁹⁹ ÇELİKBOYA, s. 57.

⁴⁰⁰ ÇELİKBOYA, s. 57.

⁴⁰¹ ÇELİKBOYA, s. 58; ARICI, s. 58.

derecedendir. Eş söyleyişle, alacaklı, doğrudan devreden ya da devralana başvurabilme hakkını haizdir.

Bölünme sonucu ticaret şirketleri, tasfiye edilmeksizin ortadan kalkacağı için, tasfiye hükümleri uygulanmayacaktır. Buna karşın, bir ticaret şirketinin, ticari işletmesini devretmesi nedeniyle tasfiyeye uğraması halinde, tasfiyede alacaklıları ve ortakları koruyan hükümler uygulanacaktır.

Ticari işletmenin devrinde, devreden, devralan şirketten pay ya da ortaklık hakkı elde edemez. Buna karşın, bölünmede, bölünen şirketin ortakları, devralan şirkette bu haklara sahip olur⁴⁰².

3. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi ile Birleşmesi

Bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir (TTK m. 194/f. 1). Söz konusu bu birleşmeye devralan ticaret şirketinin türüne göre, TTK'da ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin hükümlerden, m. 138 ila 140, 142 ila 158 hükümleri kıyas yoluyla uygulanır (TTK m. 194/f. 1). Ayrıca yapı değişikliklerine ilişkin ortak hükümlerden TTK m. 191 ila m. 193'ün de, bu birleşmeye kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmüştür (TTK m. 194/f. 1). Birleşme, ticaret şirketinin ticari işletmeyi devralması şeklinde tek yönlü olarak gerçekleşir⁴⁰³.

⁴⁰² GOZZİ, s. 33; Bölünmede, pay sahipliği haklarının devamı ilkesi hakimdir. ÇOŞTAN, Bölünme, s. 27.

⁴⁰³ KEŞLİ/KARAHAN, Şirketler, s. 248.

Bir ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşebilmesi için, ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, TTK m. 11 anlamında bütünlüğünün korunması gereklidir⁴⁰⁴. Bu hususa TSY m. 132’de de dikkat çekilmiştir. TSY m. 132/f. 1’e göre, *“birleşme sözleşmesiyle ticari işletmeye sürekli olarak özgülenmiş malvarlığından birleşme dışı bırakılan unsur veya unsurlar nedeniyle işletmenin ve devamlılığının zedelenmesi halinde birleşme tescil edilemez”*. Ticaret sicil müdürlüğü, bütünlük şartının somut olayda var olup olmadığını inceler (TSY m. 132/f. 2). Bu inceleme için, devreden, TSY m. 132/f. 2’de belirtilen belgeleri, ticaret sicil müdürlüğüne verir.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 ve TSY m. 132 hükümlerini dikkate aldığımız takdirde, ticari işletme, bütünlüğünün ve devamlılığının zedelenmemesi şartıyla, bazı unsurlarından yoksun olarak, bir ticaret şirketi ile birleşebilir. Bu birleşme gerçekleşirken, ticari işletmenin içerdiği malvarlığı unsurları, kendi devirleri için zorunlu olan tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir (TTK m. 11/f. 3). O halde, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesinde, tıpkı ticari işletmenin devrinde olduğu gibi kısmi külli halefiyet ilkesi geçerli olacaktır.

Tescil başvurusu, birleşmeye katılan ticari işletme ile devralan şirketin kayıtlı olduğu ticaret sicil müdürlüklerine ayrı ayrı yapılır (TSY m. 132/f. 3). Ticari işletme ile devralan ticaret şirketi, aynı ticaret siciline kayıtlı ise, tescil başvurusu birlikte yapılır (TSY m. 132/f. 3). Ayrıca ticaret şirketlerinin birleşmesinde tescili düzenleyen TSY m. 127 hükmü, ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşmesinde, kıyas yoluyla uygulanır (TSY 135/f. 1).

Mevzuatımızda, adi ortaklıkların, ticaret şirketi ile birleşebilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, bir ticari işletmenin adi ortaklık tarafından işletilmesi halinde, adi ortaklık TTK m. 194/f. 1 uyarınca, bir ticaret şirketi ile birleşebilir⁴⁰⁵. Ve bu birleşmeye de, TTK m. 194/f. 1’de belirtilen hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

⁴⁰⁴ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 101, N. 141h.

⁴⁰⁵ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 101, N. 141i.

4. Bir Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi

Ticari işletmenin tüzel kişiliği haiz olmadığına değinmiştik. Tüzel kişiliği olmayan iktisadi bir bütün olan ticari işletmenin, tüzel kişiliği olan ticaret şirketine dönüşebilmesi imkanı TTK m. 194/f. 2’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde, TTK’nın tür değiştirme üst başlığı altındaki 182 ila 193’üncü maddeleri kıyas yoluyla uygulanabilecektir. TTK m. 194/f. 2, tek ortaklı limited ve anonim şirketlerin kurulmasını kolaylaştıran bir düzenlemedir⁴⁰⁶.

Her ne kadar, TTK m. 194/f. 2’de, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinden bahsedilse de, teknik anlamda bir dönüşme söz konusu değildir. Zira, ticari işletme hukuki kişiliği haiz değildir. Hukuki kişiliği haiz olmayan bir yapının, başka bir hukuk kişisine dönüşmesi söz konusu değildir. Bu hüküm kapsamında asıl gerçekleşen şey, ticari işletmenin yeni kurulacak bir ticaret şirketine sermaye olarak getirilmesi ile ticaret şirketinin varlık kazanmasıdır. Bu işlem ile birlikte, ticari işletmeyi devreden kişiler, yeni kurulacak şirkette ortaklık hakları elde etme imkanına sahip olurlar (TTK m. 183/f. 1). O halde, bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi, ticari işletmenin yeni kurulacak bir şirkete aynı sermaye olarak getirilmesinin özel bir usulü olarak nitelendirilebilir⁴⁰⁷.

Ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi ile ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi kurumlarını birbirlerinden ayırt etmek gerekir. Bir ticari işletme, yeni kurulacak bir ticaret şirketine sermaye olarak getiriliyorsa, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi söz konusu olacaktır. Şayet, bir ticari işletme, mevcut bir ticaret şirketine devrediliyorsa, bu durum ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi olarak değerlendirilir⁴⁰⁸.

Ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi ile bölünme kavramı ayrımı bakımından da belirsizlik söz konusudur. ÇELİKBOYA’ya⁴⁰⁹ göre bu belirsizlik, ticari işletmeyi devreden kişinin bölünmeye katılabilecek kişilerden olup olmadığının tespiti ile son bulacaktır. Yazara göre, ticari işletmeyi devreden, gerçek kişi, dernek veya vakıf olması halinde ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinin varlığı kabul

⁴⁰⁶ TEKİNALP, Yeniden Düşünmek, s. 14.

⁴⁰⁷ ÇELİKBOYA, s. 67.

⁴⁰⁸ ÇELİKBOYA, s. 67.

⁴⁰⁹ ÇELİKBOYA, s. 67.

edilebilecek iken; ticari işletmeyi devreden bir ticaret şirketi veya kooperatif olması halinde ise, yavru şirket kurma yoluyla bölünmenin varlığı kabul edilebilir. Kanaatimizce, söz konusu belirsizliğin giderilmesi için kullanılan kıstas eksik ifade edilmiştir. Zira, bölünmenin şartları sağlanmadan yapılacak bu işlem, sırf ticari işletmeyi devreden bir ticaret şirketi veya kooperatif olması nedeniyle, yavru şirket kurma yoluyla bölünme olarak değerlendirilmemelidir. Aksi halde, TTK m. 194/f. 2, ticaret şirketlerinin sahip olduğu ticari işletmeler bakımından uygulanamayacaktır.

Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketine dönüşebilmesi için TTK m. 11 anlamında işletme bütünlüğünün korunuyor olması gerekmektedir. Ticari işletmenin bütünlüğünden kasıt, işletme faaliyetlerini gerçekleştirebilecek şekilde önemli unsurları ile birlikte organizasyon varlığının korunmasıdır. O halde, önemli unsurlarından yoksun bırakılarak içi boşaltılan bir ticari işletme, bir ticaret şirketine dönüşemez⁴¹⁰. Ticari işletmenin bütünlüğü, dönüşümün gerçekleşmeye başlayacağı anda mevcut olmalıdır⁴¹¹.

Ticari işletmenin sahip ya da sahipleri, dönüşüm sonucu kurulan ticaret şirketinin ortağı olabilecektir. Dönüşüm sonucu, bu kişilerin hukuki kişiliğinden bağımsız, kendi hukuki kişiliğini haiz olan bir malvarlığı değeri ortaya çıkacaktır. Bu durum da, sorumluluk hukuku açısından önem taşımaktadır. Sorumluluk rejimi, dönüşülen şirketinin türüne göre değişecektir. Zira, sorumluluk rejimindeki değişiklik, tür değişikliğinin kaçınılmaz ve doğal sonucudur⁴¹².

Ticari işletmenin devri halinde İİK m. 44 hükümlerinin uygulanması söz konusu olurken, tür değiştirme İİK m. 44 anlamında ticareti terk anlamına gelmediğinden, İİK m. 44 tür değiştirmeye uygulanmaz.

TTK m. 194/f. 2’de, TTK m. 180/f. 1’e atıf yapılmamış olsa da, ticari işletmeye bağlı hukuki ilişkiler, yeni kurulacak şirkette de varlığını sürdürecektir.

⁴¹⁰ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 175, N. 180k.

⁴¹¹ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 175, N. 180k.

⁴¹² GEREKÇE TTK m. 180.

5. Ticaret Şirketinin Ticari İşletmeye Dönüşmesi

Türk Ticaret Kanunu m.194/f. 3'te ticaret şirketinin, ticari işletmeye dönüştürülebilmesi imkanı tanınmıştır⁴¹³. Bu hükme göre, ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüştürülebilmesi için, dönüşecek ticaret şirketinin paylarının tümünün ticari işletmeyi işletecek kişi ya da kişiler tarafından devralınması ve ticari işletmenin bu kişiler adına ticaret siciline tescil⁴¹⁴ ve ilan edilmesi gerekmektedir. TSY m. 134/f. 1'de, bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüşmesi, tüzel kişinin şekil değiştirerek, bir ticari işletme haline gelmesi olarak tanımlanmıştır.

Bir kollektif veya komandit şirketin ticari işletmeye dönüştürülmesi söz konusu ise, bu ticaret şirketinin borçlarından, TTK m. 264'te belirtilen zamanaşımı süresince, ticari işletmeyi işletecek kişi ve kişiler ile ticaret şirketinin eski ortakları, sıfatlarına göre müteselsil sorumlu olurlar (TTK m. 194/f. 3)⁴¹⁵. Ayrıca, TTK m. 264 ila 266 hükümleri

⁴¹³ Bu imkan, ancak küçük şirketlerde ve istisnai varsayımlarda gerçekleşebilir. TEKİNALP, Yeniden Düşünmek, s. 14.

⁴¹⁴ TSY m. 134/f. 6'ya göre, bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüşmesinde tescil başvurusu ekinde yer alması gereken belgeler şunlardır:

- a) Genel kurul tarafından onaylanmış tür değiştirme planı.
- b) Tür değiştiren şirketin denetime tabi olması halinde denetçi tarafından; diğer şirketlerde ise yönetim kurulu tarafından onaylanmış son bilanço veya gerektiğinde ara bilanço.
- c) Şirketin yönetim organı tarafından hazırlanan tür değiştirme raporu.
- ç) Tür değiştirmeye ilişkin genel kurul kararının noter onaylı örneği.
- d) Yeni türün tesciline ilişkin gerekli belgeler.
- e) Tür değişikliği yapan şirketin sermayesinin tamamının ödendiğine, karşılıksız kalıp kalmadığına ve şirket özvarlığının tespitine ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu, tür değiştiren şirketin denetime tabi olması halinde ise bu tespitlere ilişkin denetçi raporu.
- f) Tür değiştiren şirketin tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve haklarının listesi, bunların kayıtlı olduğu siciller ile söz konusu mal ve hakların ilgili sicillerdeki kayıtlarına ilişkin bilgileri içeren beyan.
- g) Ticaret şirketinin paylarının ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişilere devredildiğini ispatlayıcı belgeler.

TSY m. 134/f. 7'ye göre, küçük ve orta ölçekli şirketlerde tür değiştirme düzenlenmesinden, tüm ortaklar tarafından vazgeçilmesi durumunda, vazgeçmeye ilişkin belge müdürlüğe verilir. Bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüşmesi halinde, ticari işletmeye ilişkin hususların tescili ile birlikte dönüşen ticaret

⁴¹⁵ "Bu hükmün öngörülmesinin sebebi, bir ticaret şirketi olmaktan hoşnut bulunmayan, uygulanan hükümleri ağır bulan şirketlere ticari işletmeye dönebilmek olanağını sağlamaktır." TEKİNALP, Yeniden Düşünmek, s. 15.

de, dönüştürmeye uygulanır (TTK m. 194/f. 3). TSY m. 134/f. 3'e göre, dönüşen şirketin ortaklarının kişisel sorumlulukları ve iş sözleşmelerinden doğan borçlar hakkında TTK'nın 190. maddesi de uygulanır⁴¹⁶.

Bu kurum, dönüşen ticaret şirketinin ortak/ortaklarının, ticari işletmeyi kendi adlarına ya da adi ortaklık çatısı altında işletmesi imkanını tanır. Dönüşme ile birlikte, hukuki kişilik bakımından bir değişim de yaşanacaktır. Bu durum, sorumluluk rejimi bakımından bir değişime yol açacaktır.

Dönüşecek şirket bakımından bir sınırlama yoktur. Her ticaret şirketi hangi sorumluluk sistemine tabi olursa olsun, bir ticari işletmeye dönüşebilir (TSY m. 134/f. 1). Ancak, sermayenin kaybı, borca batık olma durumu üst kenar başlıklı TTK m. 376 kapsamında bulunan anonim şirketler, sermaye kaybı ve borca batıklık üst kenar başlıklı TTK m. 633 kapsamında yer alan limited şirketler ile tasfiye halindeki ticaret şirketleri ticari işletmeye dönüşemezler (TSY m. 134/f. 4). Dönüşüm sonucunda ortaya çıkan ticari işletme, dönüşen ticaret şirketinin devamıdır⁴¹⁷ (TSY m. 134/f. 2). Bu duruma öğretilde özdeşlik ilkesi denir⁴¹⁸. Bu ilke ile, dönüşüm nedeniyle, hak, alacak, borç ve yükümlülüklerin, hiçbir değişikliğe uğramadan devamı sağlanmıştır. TTK'nın 180. ve 182 ila 190. maddeleri, söz konusu dönüşüme kıyasen uygulanır (TSY m. 134/f. 5).

ÇELİKBOYA'nın⁴¹⁹ da haklı olarak belirttiği gibi, ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi teknik olarak bir tür değiştirme olarak nitelendirilemez. Tür değiştirmede hukuki kişilik tektir, aynı tüzel kişinin başka bir ticaret şirketine değişmesi söz konusudur⁴²⁰. Hukuki kişilik tek olduğu için, malvarlığının devri de yoktur⁴²¹. Tür değiştiren şirket tasfiye olmaz, sadece başka bir türe dönüşür⁴²². Ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesinde ise, bir ticaret şirketi infisah etmektedir. Dönüşen ticaret

⁴¹⁶ Sorumluluğa ilişkin hükümlerin bir bütün halinde düzenlenmemesi ve bu denli önemli bir hususun bir kısmının da olsa ikincil mevzuata bırakılması, kanun yapma tekniği bakımından uygun değildir.

⁴¹⁷ Devralma şeklinde birleşmeler, nevi değiştirmeleri ya da unvan değişikliği şeklindeki işlemlerin yasal düzenlemelere göre, taraf değişikliği sonucu doğurmaz. Y. 11. HD. 28.04.2014 T. , 2014/380 E. , 2014/7900 K.

⁴¹⁸ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 167, N. 178.

⁴¹⁹ ÇELİKBOYA, s. 68.

⁴²⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 109; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 168, N. 178a.

⁴²¹ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 168, N. 178a.

⁴²² BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 108, 109; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 168, N. 178a.

şirketi, başka bir tür ticaret şirketine dönüşmeyecek, bir ticari işletmeyi meydana getirecektir.

ÇELİKBOYA'ya⁴²³ göre, ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi, hukuki açıdan ticari işletmenin devri niteliğindedir. Zira, tüzel kişiliği haiz olan ticaret şirketi, - ayrı bir hukuki kişi olarak-, ticari işletmesini, bu şirketin ortaklarına devretmektedir. Eş söyleyişle, bu durum, ticaret şirketinin sahip olduğu bir ticari işletmeyi, başka bir kişiye devretmesi durumu ile aynı niteliktedir. Yazar, hukuken ticari işletmenin maliki değişmiş olsa da, işletme ortaklara devredileceğinden, iktisadi anlamda ticari işletmenin kontrolünün el değişmesinin söz konusu olmadığına dikkat çekerek, kanun koyucunun, bu kurumu ticari işletmenin devri kurumundan farklı hükümlere tabi kıldığını belirtmiştir.

Kanaatimizce, bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüşmesi kurumunda farklı hukuki kişilerin söz konusu olmasından yola çıkarak, bu kurumu ticari işletmenin devri niteliğinde değerlendirmek mümkün değildir. Ticari işletmenin devrinde, ticari işletmesini devreden şirket infisah etmez. Ancak ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüşmesinde, dönüşen şirket infisah eder ve şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiği hususu ticaret siciline tescil edilir (TSY m. 135/f. 3). Ticari işletmenin devrinde, devir konusu ticari işletme iken, ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüşmesinde, dönüşüme konu olan şey ticaret şirkettir. Ticari işletme, dönüşüm sonucu meydana gelecektir. Ayrıca ticaret hukuku düzenlemeleri, ticari hayatı düzenlemek ve ihtiyaçlara cevap vermek adına yapılır. Bu iki kurum, iktisadi açıdan da farklı ihtiyaçlara cevap vermektedir. Tüm bu nedenlerle, bu iki kurumun farklı hükümlere tabi kılınmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

İş Kanunu (İK) m. 6/f. 4 uyarınca, ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesinde, İK m. 6/f. 3'ün birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

⁴²³ ÇELİKBOYA, s. 68.

6. İşyeri Devri

a) İşyeri- Ticari İşletme Ayrımı

İşyeri ve işletme kavramı gerek Türk hukukunda gerekse de yabancı hukuk sistemlerinde kavram karmaşasına yol açılabilecek şekilde kullanılmıştır⁴²⁴. Çalışmamızın konusunu da dikkate alarak, bu iki kavramı birbirinden ayırmamız zorunluluk arz etmektedir⁴²⁵. Zira işyerinin devri ile ticari işletmenin devri farklı iki kurumdur.

Ticari işletmenin TTK'nın temel kavramı olduğuna değinmiştik. Benzer bir ifadeyi işyeri ve iş kanunu ilişkisi açısından da söyleyebiliriz. Zira İK m. 1/f. 1'i dikkate alacak olursak; iş kanunun temel amacının işyerinin varlığından doğduğunu göreceğiz.

İş hukukunun temel terimi ticari işletme değil, işyeridir⁴²⁶. İş hukukunda ticari işletme, bir ya da daha fazla işyerini içeren örgütsel birlik olarak anlaşılır⁴²⁷. İşyeri kavramı, ticari işletme kavramından daha somuttur⁴²⁸. İK m. 2/f. 1'e göre; işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimdir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, iş hukuku anlamında bir birimin işyeri olarak değerlendirilebilmesi için, ekonomik amaçlar ile örgütlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Oysaki, Ticaret hukuku anlamında bir işletmenin –ticari işletmenin- hukuken var olabilmesi için aranan unsurlardan biri, gelir sağlamanın hedeflenmiş olmasıdır. İşyeri pazardaki durum ile ilgilenmez. Sadece gelir elde etmeyi hedefleyen işletmeye hizmet vermekle yetinir⁴²⁹.

⁴²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 60 vd.

⁴²⁵ İşyerinin tespiti, Sosyal Sigortalar Kanunu ve diğer iş kanunları bakımından önemi büyüktür. Bununla birlikte, işyerinin tespiti usul hukuku bakımından da büyük önemi haizdir. Öyle ki, İş Mahkemeleri Kanunu m. 5/f. 1'e göre, iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının davanın açıldığı tarihteki MK gereğince ikametgah yeri ve işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Bunlara aykırı sözleşme geçerli değildir. GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, Ankara 2013, s. 314.

⁴²⁶ HORN, s. 13.

⁴²⁷ HORN, s. 13.

⁴²⁸ DRUEY (DRUEY JUST/GLANZMANN), s. 10, N. 62.

⁴²⁹ DRUEY (DRUEY JUST/GLANZMANN), s. 10, N. 62.

Ticaret hukuku, işverene hizmet akdi ile bağlı olan ve işletmenin konusunu oluşturan faaliyetlerin gerçekleşmesinde görev alan işçilerin, hak ve sorumluluklarına - doğal olarak- bigane kalmıştır. TTK'da bu hususa ilişkin tek hüküm m. 178'de düzenlenmiştir. Ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme, tür değiştirmesi suretiyle dönüşmesinin, işyerinin devrine yol açtığı hallerde, TTK m. 178 uyarınca, işçinin, iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı bulunmaktadır. Oysaki; iş hukukunun temel amacı, işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarının düzenlenmesidir. O halde, işçinin çalıştığı her birim iş hukuku anlamında önemi haiz olmakta ve bu nedenle ticari işletmeden farklı bir kavram olarak işyeri kavramı doğmaktadır⁴³⁰.

Ticari işletmeden bahsedebilmek için; ücret karşılığı çalışan bir personelin varlığı aranmamaktadır. Buna karşın, iş hukuku anlamında işyerinin varlığı, her şeyden önce, ücretle çalışan bir personelin varlığına bağlıdır⁴³¹. Eş söyleyişle, işyeri, içinde işçi çalıştırılan yerdir⁴³².

İşyeri ile ticari işletme kavramlarından birinin diğerini kapsadığını ifade etmek, her zaman için mümkün değildir⁴³³. Bir başka ifadeyle; her ticari işletme bir işyeridir ya da her işyeri bir ticari işletmedir gibi değerlendirmeler doğru olmayacaktır. Zira işçi çalıştırmayan bir ticari işletme, iş hukuku anlamında işyeri olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, ticari işletme kavramı ile işyeri kavramı kesişebileceği gibi, bir ticari işletme birden fazla işyerinden de oluşabilir.

b) Kanuni Düzenlemesi

1475 sayılı İş Kanunu'nda (eİK), işyeri devri ayrı, özel bir hüküm olarak düzenlenmemiştir. eİK m. 14/ f. 2 kıdem tazminatı ve eİK m. 53 izin hakları yönünden, işyerinin devri ile ilgili hükümler mevcut idi. İşyerinin devri ile ilgili bir hüküm de, 2822 sayılı mülga kanunun 8. maddesinde yer almaktaydı. Bu hükme göre, işyerinin

⁴³⁰ GÜZEL, s. 64.

⁴³¹ GÜZEL, s. 68.

⁴³² ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Ankara 2011, s. 459.

⁴³³ Bir ticari işletme, birden fazla işyerinden oluşabilir. Çok nadir olmakla birlikte, birden fazla ticari işletme, tek bir işyerine sahip olabilir. HORN, s. 14.

devri nedeniyle toplu iş sözleşmesi sona ermeyecekti. Bu hususlar dışında kalan diğer işçilik hakları açısından eBK m. 179 uygulanmaktaydı⁴³⁴.

İşyerinin devrinde en önemli husus olan iş sözleşmesinin devrinin, eBK m. 179'a göre gerçekleşeceği hususunda hakim bir görüş söz konusu değildi. Öğretide ACEMOĞLU⁴³⁵, alacak haklarının devriyle, sorumlulukların ve bu borç münasebetine bağlı yenilik doğuran hakların da geçeceğinden bahisle, sözleşmelerin kanun gereğince geçtiğini düşünmekteydi. Güzel⁴³⁶ ise, eBK m. 179'un borçların kanunen geçişini düzenlediğini ifade ederek, iş sözleşmelerinin devrine imkan vermediğini belirtmekteydi. Ayrıca yazar, işyerinin devrinde iş sözleşmelerinin devrini de içeren bir hükmün, iş kanununda düzenlenmesinin kaçınılmaz olduğunu vurgulamıştı⁴³⁷.

Nihayet İK m. 6'da işyerinin devrinde iş sözleşmelerinin durumu, münhasıran düzenlenmiştir. İK m. 6/ f. 1'e göre; *“işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.”*.

İşyerinin devrine ilişkin bir hüküm de, TTK m. 178'de yer almaktadır. Bu hüküm, sadece ve sadece, ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme, tür değiştirmesi suretiyle dönüşmesinin, işyerinin devrine yol açtığı hallerde; işçinin, iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkını düzenlemektedir. Hemen belirtelim, bu itiraz hakkı, şirketlerinin dönüşmesine yönelik değil, iş ilişkisinin devralan işverene geçişine yöneliktir⁴³⁸. O halde, şirketlerin dönüşmesi, bu itirazdan etkilenmeyecektir.

İş Kanunu m. 6 ile TTK m. 178'in uygulanma önceliğine değinelim. İK ve TTK arasında genel-özel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak kanunsal bazda böyle bir ilişki bulunmasa dahi, hükümsel bazda böyle bir ilişki kurulabilir. O halde, İK m. 6 ile TTK m. 178 arasında genel-özel hüküm ilişkisini kurabiliriz⁴³⁹. TTK m. 178, tüm işyeri

⁴³⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s. 460.

⁴³⁵ ACEMOĞLU, s. 79.

⁴³⁶ GÜZEL, s. 277.

⁴³⁷ GÜZEL, s. 280.

⁴³⁸ SÜZEK, s. 327.

⁴³⁹ SÜZEK, Sarper: “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, *DEÜHFD*, C. 15, S. 2013, İzmir 2014 s. 326, 327.

devirlerini ve bundan doğan hukuki sonuçları düzenleyen İK m. 6'ya göre özel hüküm niteliğindedir⁴⁴⁰.

Ticari işletmenin devrinde borçların kanunen geçişini düzenleyen TBK m. 202 hükmü ise, İK m. 6 ve TTK m. 178'de yer almayan hususlarda uygulama alanı bulabilecektir.

c) İşyeri Devri- Ticari İşletme Devri Karşılaştırması

İşyerinin devri, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri olarak tanımlanabilir⁴⁴¹. İşyerinin devri ile birlikte işveren değişmiş olacaktır⁴⁴². İK m. 6/ f. 1'e göre, iş yerinin devri, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesi sonucunu doğurmaktadır.

İşyeri, ekonomik birliği kimliğinin korunması koşuluyla devredilebilir. Bu hususa ATAD kararlarında da dikkat çekilmiştir.

İşyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur. Devreden bu sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır (İK m. 6/f. 3).

İşyerinin devri ve ticari işletmenin devri kurumlarını birlikte değerlendirelim. Ticari işletmenin devri⁴⁴³ gibi işyerinin devri de, -genel olarak⁴⁴⁴-TBK m. 202 kapsamında işyerinin devralana geçişini öngören bir devir sözleşmesiyle gerçekleşmektedir⁴⁴⁵. Zira işyeri, her zaman için işletme olarak değerlendirilmese dahi, TBK m. 202 anlamında

⁴⁴⁰ SÜZEK, s. 326.

⁴⁴¹ ÇANKAYA/ÇİL, s. 459. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik m. 8/f. 1 uyarınca, *“Ruhsatta belirtilen faaliyet konusu ve adresin değişmemesi kaydıyla işyerinin devredilmesi halinde, devralan kişinin başvurusu üzerine dosyadaki bilgi ve belgeler esas alınmak suretiyle yeni işletmeci adına tekrar ruhsat düzenlenir.”*.

⁴⁴² İş sözleşmesinin iradi olarak devri de, işveren değişikliğine yol açacaktır. CENGİZ, İhtar: İş sözleşmesinin İradi Devri, Ankara 2014, s. 162.

⁴⁴³ Ticari işletmenin aktiflerinin devrinde TTK m. 11/ f. 3'ün uygulanacağına değinmiştik.

⁴⁴⁴ İşyerinin kiralanması yoluyla devri de, işyeri devri kurumu kapsamında değerlendirilmektedir. ÇANKAYA/ÇİL, s. 461.

⁴⁴⁵ CENGİZ, s. 161.

malvarlığı olarak kabul edilecektir. Ancak İK m. 6/f. 1'e göre işyerinin devri, iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçişini düzenlemektedir. Oysaki, ticari işletmenin devri kurumunda sözleşmelerin devrini düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, doktrinde bazı yazarlar TBK m. 202 kapsamında sözleşmelerin de devrinin gerçekleşeceğini savunmaktadır⁴⁴⁶.

İşyerinin devri, yazılı sözlü ve hatta zımni bir hukuki işleme dayalı olarak gerçekleşebilirken⁴⁴⁷, ticari işletmenin devri asgari yazılı bir devir sözleşmesine dayanmalıdır.

İş Kanunu m. 6/f. 3'te belirtilen hüküm, TBK m. 202/f. 2'ye göre özel hüküm niteliğindedir. Demek oluyor ki, işyerinin devrinde devreden ve devralanın sorumluluğuna ilişkin uygulanacak hüküm İK m. 6/f. 3'tür. O halde, sorumluluğun doğmasına ilişkin TBK m. 202 şartları, işyerinin devrinde uygulama alanı bulamayacaktır⁴⁴⁸.

İşyerinin devri halinde söz konusu olan, İK m. 6/f. 3'ün müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemesi emredici niteliktedir. Buna karşın, ticari işletmenin devri kapsamında, müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m. 202/f. 2 hükmünün, emredici bir düzenleme olup olmadığı öğretide tartışmalıdır⁴⁴⁹.

İşyerinin devri kapsamında işgücünün devri⁴⁵⁰ aranan önemli koşullardan biridir. Öyle ki Adalet Divanına göre, işgücünün önem taşıdığı sektörlerde, işçilerin toplu olarak devredilmesi durumunda, maddi ve maddi olmayan diğer unsurlarının devri aranmaksızın işyeri devri gerçekleşebilir⁴⁵¹. Ticari işletme devrinde ise, böyle bir koşul aranmamaktadır.

⁴⁴⁶ ACEMOĞLU, s. 79.

⁴⁴⁷ Y. 9 HD. 14.10.2014 T. , 2012/35677 E. , 2014/29541 K. ; Y. 9. HD. 19.11.2015 T. , 2014/18811 E. , 2015/32973 K..

⁴⁴⁸ ARICI, s. 63.

⁴⁴⁹ ARICI, s. 63.

⁴⁵⁰ Avrupa Adalet Divanı, işyeri devrinde, işyerinde çalışan işçilerin sayı ve uzmanlık bakımından çoğunluğunun devredilip devredilmediği koşulu göz önünde tutmuştur. ÇANKAYA/ÇİL, s. 467.

⁴⁵¹ ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 24; Y. 9 HD. 14.10.2014 T. , 2012/35677 E. , 2014/29541 K. ; Y. 9. HD. 19.11.2015 T. , 2014/18811 E. , 2015/32973 K..

İşyerinin kiralanması yoluyla devri, işyerinin devri kurumu kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁵². Ticari işletmenin kiralanması yoluyla devri ise, ticari işletmenin devri değil, hasılat kirasının görünümü olan ticari işletme kirası olarak değerlendirilebilir⁴⁵³. Zira, işletme sahibinin değişmeksizin işletmenin işletenini değiştiren ve sadece belirli bir süre içinde ticari işletmeyi işletme imkanı tanıyan sözleşmeler, devir sözleşmesi olarak nitelendirilemez⁴⁵⁴.

Gerçek kişinin sahip olduğu işyerinin, şirketleşmesi, bir tür işyeri devri sayılmaktadır⁴⁵⁵. Bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi ise ticari işletmenin devri değildir.

Basın İş Kanunu'na tabi işyerlerinde, marka, logo ve yayın imtiyaz hakları gibi maddi olmayan işyerinin belirleyici unsurlarının devri de işyeri devri olarak değerlendirilmektedir⁴⁵⁶. Buna karşın ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için, ticari işletmenin organizasyon halinde bir bütün olarak devredilmesi gerekir.

D. Miras Yoluyla Ticari İşletmenin Edinimi

1. Mirasın Açılması İle Ticari İşletmenin Edinimi

Türk hukukunda ticari işletmenin miras yolu ile devrine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, ticari işletmenin üçüncü kişilere devri mümkün olduğu için, evleviyetle miras yolu ile devri de mümkün olmalıdır⁴⁵⁷.

Türk Medeni Kanunu m. 599/f. 1 gereği, miras, miras bırakanın ölümüyle, mirasçılara geçer. O halde, devir kapsamında bulunan ticari işletmenin mirasçılara geçmesi külli halefiyet uyarınca kanunen gerçekleşir. Ticari işletmenin miras yoluyla devri, maddi ve gayri maddi unsurları ile birlikte iktisadi bir bütün olan ticari işletmenin

⁴⁵² Y. 9. HD 7.3.2005 2005/802 E, 2005/7443 K. ÇANKAYA/ÇİL, s. 608; İİK m. 6/f. 1'deki "hukuki işleme dayalı" ifadesi geniş şekilde yorumlanmalıdır. Y. 9 HD. 14.10.2014 T. , 2012/35677 E. , 2014/29541 K..

⁴⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKER, s. 78.

⁴⁵⁴ ARICI, s. 66.

⁴⁵⁵ Y. 9 HD. 14.10.2014 T. , 2012/35677 E. , 2014/29541 K..

⁴⁵⁶ Y. 9. HD. 19.1.2010 T. , 2009/42958 E. , 2009/354 K. ; Y. 9 HD. 14.10.2014 T. , 2012/35677 E. , 2014/29541 K. ; Y. 9. HD. 19.11.2015 T. , 2014/18811 E. , 2015/32973 K..

⁴⁵⁷ İMREGÜN, Kara Ticaret, s. 12.

bu değerini muhafaza ederek, mirasçılarının malvarlığına intikal etmesi sonucunu doğurur. Böyle bir imkanın olmaması, kendisini oluşturan unsurları üzerinde bir değere sahip olan ticari işletmenin unsurlarına bölünerek değeri kaybetmesi ve müşteri çevresi ile birlikte o ana kadar işler bir vaziyette olan ticari işletmenin gelecekteki kazancından mirasçılarının mahrum olması sonucunu doğurur.

Türk Ticaret Kanunu m. 11’de belirtilen bütünlük ilkesi miras yoluyla devirde de geçerlidir. O halde miras yoluyla devirde, ticari işletme, devamlılığı sağlanacak şekilde iktisadi bir küle olarak devredilmelidir. Eş söyleyişle, ticari işletmenin devamlılığını sağlayacak unsurların mirasçılar arasında paylaştırılarak iktisadi bir küle olma özelliği yitirilmemelidir⁴⁵⁸.

Ticari işletmenin devri prosedürleri, miras yoluyla ticari işletmenin devrinde yoktur. Miras yoluyla devir, küleli halefiyet ilkesi gereği kanunen gerçekleşir. Murisin ölümü ile birlikte, ticari işletme de mirasçılar tarafından kazanılmış olur. Mirasın paylaşılmasından önce mirasçılar hep birlikte el birliği mülkiyeti ile ticari işletmeye sahiptirler.

2. Mirasın Paylaşılmasından Önce Ticari İşletmenin İdaresi

Mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle kazandıkları ticari işletmenin faaliyetlerinin devamlılığını sağlamalıdır. Faaliyetlerine devam etmeyen bir işletme, en önemli malvarlığı unsurlarından olan müşteri çevresini kaybetmeye yüz tutar. Bu nedenle, terekenin önemli bir değeri teşkil eden ticari işletmenin muhafaza edilip işlerliğini sağlamak, terekenin değeri kaybetmesini önleyecektir.

Miras ortaklığı⁴⁵⁹, elbirliği mülkiyete dayandığından, adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygun olduğu ölçüde geçerli olduğu kanısındayız.

⁴⁵⁸ İMREGÜN, Kara Ticaret, s. 12, 13.

⁴⁵⁹ Miras ortaklığının ve terekenin paylaşılmasından söz edilebilmek için, mirasbırakanın birden fazla mirasçısının bulunması gerekir. MK m. 599/f. 3 gereği, mirasçılar, yasal veya atanmış mirasçılar olabilirler. Ayrıca miras ortaklığı, tüzel kişiliği haiz değildir. OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay: Mirasın Paylaşılması, İstanbul 2011, s. 8, 9.

3. Mirasın Paylaşılması Yoluyla Ticari İşletmenin Edinimi

a) Mirasçıların Anlaşmasıyla

Mirasçılar, oy birliğiyle, mirasın paylaşılmasına⁴⁶⁰ karar verebilirler. Mirasçılar terekede bulunan ticari işletmeyi dağıtmakta ya da bir kişiye özgülemekte serbesttirler. Ticari işletme, içlerinden birine özgülenebileceği gibi birden fazla kişiye de özgülenebilir.

b) Hakim Kararıyla

Kural olarak mirasın paylaşılması, mirasçıların işidir⁴⁶¹. Mirasçılar oy birliği ile mirasın paylaşılmasını kararlaştırabilirler. Mirasın paylaşılması bu şekilde kararlaştırılmış ise, paylaşım, bu sözleşme uyarınca gerçekleşir. Şayet mirasçılar, mirasın paylaşılması hususunda anlaşamazlarsa, içlerinden birinin talebi ile paylaşırma hakim tarafından yapılabilir⁴⁶².

Mirasın hakim tarafından paylaşırılması için şu dört şartın gerçekleşmiş olması gerekir:

- Paylaşmaya engel durumlardan birinin bulunmaması.
- Mirasçılarının kendi aralarında paylaşmaya ilişkin olarak anlaşamamış olmaları.
- Miras ortaklığının bulunması.
- Mirasçılardan en az birinin paylaşmayı talep hakkını ileri sürmesi⁴⁶³.

Talep üzerine hakim öncelikle terekeyi aktif ve pasifleri ile tespit etmeli, daha sonra da bu unsurların değerini belirlemelidir⁴⁶⁴. Ayrıca hakim, zümre ya da kök başı olan mirasçılarının sayısı esas alınarak, miras paylarını oluşturmalıdır. Miras paylarının oluşturulmasında mümkün mertebe, her bir tereke değeri miras sayısına ve mirasçılarının paylarına uygun bir şekilde aynen bölünmelidir. Zira bu mirasçılar arasındaki eşitlik

⁴⁶⁰ AYİTER'in tanımı ile, mirasın paylaşılması, ortaklık malvarlığına dahil değerlerin, ortaklar arasında, payları oranında fiilen bölünmesidir. Mirasın Paylaşılmasına ilişkin diğer tanımlar için bkz. OZANEMRE YAYLA, s. 18 vd.

⁴⁶¹ OZANEMRE YAYLA, s. 224.

⁴⁶² OZANEMRE YAYLA, s. 223, 224.

⁴⁶³ OZANEMRE YAYLA, s. 224 vd.

⁴⁶⁴ OZANEMRE YAYLA, s. 254 vd.

prensibinin gereğidir⁴⁶⁵. Şayet bölünmesi halinde değer kaybına uğrayacak bir tereke değeri var ise, bu durumda iki temel seçenek söz konusudur: Ya bu değer satılıp elde edilen değer mirasçılar arasında paylaştırılacak ya da bu değer bölünmeksizin mirasçılardan birine özgülenecek. Türk-İsviçre hukukunda, böyle bir değer, bölünmeksizin mirasçılardan birine özgülenmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁶⁶. İşte bahsettiğimiz bu durum, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (MK) m. 653/f. 1⁴⁶⁷ uyarınca, miras kapsamında yer alan bir ticari işletme için de söz konusu olabilecektir. Zira ticari işletme, sahip olduğu malvarlığı unsurlarından daha fazla bir değere sahip iktisadi bir organizasyondur. Bu organizasyon faaliyete devam etmesi halinde, her zaman için gelir getirebilme potansiyeline sahiptir. Bu nedenledir ki, miras paylaşılmasında ticari işletmenin dağıtılmaması, mirasçılar bakımından önem arz eder.

Türk Medeni Kanunu m. 650/f. 3 uyarınca, payların özgülenmesi, mirasçıların anlaşması ile yapılır. Şayet mirasçılar anlaşamaya varamazsa, paylar, kur'a çekilerek özgülenir. Bu hüküm uyarınca, hakim, doğrudan kendi payların özgülenmesini gerçekleştiremez. Ancak SEROZAN/ENGİN'e göre, paylaştırmanın gerçekleştirilmesi için hakime başvurulmuşsa, bu durumda hakim payları doğrudan mirasçıya özgüleme yetkisini haizdir. Kanaatimizce, mirasın paylaşılmaması üzerine hakime başvurulmuşsa, hakim tereke unsurlarının niteliğini göz önünde bulundurarak, gerekli özgüleme işlemini yapabilmelidir. Bu durum özellikle terekede ticari işletmenin bulunması halinde önem taşır. Öyle ki ticari işletmenin özgüleneceği kişi, ticari işletme faaliyetleri için oldukça önemlidir. Bir başka ifadeyle ticari işletmenin kaderinin kur'aya bırakılmasındansa, işletme için en uygun kişi ya da kişilere belirleyebilecek hakime bırakılması tercihe şayandır. Hakim MK m. 661 uyarınca⁴⁶⁸, ticari işletmeyi, işletme faaliyetlerini en iyi şekilde yürütebilecek kişi ya da kişilere özgülemelidir. Örneğin, inşaat sektöründe faaliyet gösteren bir ticari işletmenin, model olan mirasçı yerine, inşaat mühendisi olan mirasçıya özgülenmesi daha uygun olabilir.

⁴⁶⁵ OZANEMRE YAYLA, s. 260.

⁴⁶⁶ OZANEMRE YAYLA, s. 261.

⁴⁶⁷ MK m. 653/f. 1'de "*nitelikler ve özgüledikleri amaç gereği bir bütünlük oluşturan eşya*" ibaresine yer verilmiştir. Ticari işletme, eşya hukuku anlamında bir eşya olmasa da, TTK m.11/f. 3 uyarınca hukuki bir obje haline gelmiştir. Bu nedenle MK m. 653/f. 1 hükmünde belirtilen eşya, ticari işletmeleri de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

⁴⁶⁸ Hüküm tarım işletmeleri özelinde düzenlenmiş olsa da, hükmün diğer işletmeler bakımından da kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz.

4. Ticari İşletmenin Malvarlığı Unsurlarının Tespiti

Ticari işletme eşya hukuku anlamında bir eşya değildir. Ancak TTK m. 11/f. 3 hükmü gereği tek başına bir hukuki işlemin konusunu teşkil edebilir. Bu nedenle ticari işletmenin hukuki bir obje olarak değerlendirilebilir. Ayrıca ticari işletmenin iktisadi bir organizasyon olma yapısı ve kişinin malvarlığında iktisadi anlamda özel bir yeri teşkil etmesi nedeniyle, tereke içindeki ticari işletme unsurları belirlenmelidir. Bu unsurları belirlerken, “*ticari işletme faaliyetlerine tahsis edilmiş olma*”, temel bakış açısı ile yaklaşılmalıdır. Kanaatimizce, TTK m. 11/f. 3’teki ticari işletme unsurlarını belirleme serbestisi ve bütünlük ilkesi burada da geçerlidir. Eş söyleyişle, taraflar/hakim ticari işletmenin bütünlüğünü muhafaza edecek şekilde, belirli unsurları hariç bırakarak, işletmenin özgülenmesini sağlayabilir.

Ticari işletmeyi devralan mirasçı, ticari işletmeyi kendi adına ticaret siciline tescil ettirmelidir.

5. Miras Yolu ile Gerçekleşen Edinim Ticari İşletmenin Devri Olarak Kabul Edilememesi ve Hukuki Sonuçları

Mirasbırakanın ölümüyle ticari işletme, mirasçılara külli halefiyet uyarınca kanun gereği intikal eder. Bu şekilde edinim, hukuki bir olayın gerçekleşmesine bağlıdır. Ticari işletmenin devri ise, kısmi külli halefiyet uyarınca, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile gerçekleşir. Görüldüğü üzere, bu aşamadaki miras yoluyla ticari işletmenin edinimi MK m. 599/f. 1 gereği gerçekleşirken, ticari işletmenin devri, TTK m. 11/f. 3 ile TBK m. 202 uyarınca gerçekleşir. O halde, her iki kurum birbirinden farklıdır.

Ticari işletmenin devri, ticari işletmenin sahipliğinin el değiştirmesi sonucunu doğurur. Miras ortaklığında el birliği ile mülkiyet söz konusudur. MK m. 701 uyarınca, elbirliği mülkiyetin ortakların belirlenmiş payları yoktur; her bir ortağın hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. O halde, “*mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin edinimi*”nde ticari işletme sahipliğinin el değiştirmesi söz konusu olmaz. Sonuç olarak, “*mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin edinimi*”, “*ticari işletmenin devri*” anlamına gelmez. Hal böyle olunca da, ticari işletmenin devrine

uygulan TTK m. 11/f. 3, “*mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin edinimi*”nde uygulanmaz. O halde, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının, ticari işletmenin özgülendiği kişiye geçirilmesi için, kanunda bu unsurlar için öngörülen şekil şartları ayrı ayrı yerine getirilmelidir. Özetle, bu tarz edinimde, ticari işletme malvarlığı unsurları cüz’i halefiyet ilkesi uyarınca devralınır. Ayrıca TBK m. 202 hükmü de, “*mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin edinimi*”nde uygulanmaz.

Belirtmek gerekir ki, mirasçılarının ticari işletmeyi, “ticari işletmenin devri” kurumu kapsamında bir başka kişiye devretmesi mümkündür.

Mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin ediniminin her zaman için karşılaşılabilecek bir durum olması ve TTK m. 11/f. 3 ile ticari işletmenin devrinde cüz’i halefiyet yerine kısmi külli halefiyet benimsenmesi nedeniyle, TTK m. 11/f. 3’te öngörülen devir şekli “*kısmi külli halefiyet*”, mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin edinimi için de öngörülebilebilir. Bu sayede, ticari işletme faaliyetleri kesintiye uğramayacak ve ticari işletme dağılma tehlikesinden kurtulacaktır.

6. Ticari İşletme Borçlarının Akıbeti

Mirasın açılması ile birlikte, mirasçılar, mirasbırakanın geride bıraktığı tereke borçlarından müteselsil olarak sorumludur (MK m. 641). Öğretide tartışmalı⁴⁶⁹ olmakla birlikte, katıldığımız görüşe göre, mirasın geçişi ile ilgili borçlardan, yani mirasın açılmasından sonra ortaya çıkan borçlardan da, mirasçılar müteselsilen sorumludur.

Mirasbırakanın vergi borcu da, tereke ile birlikte mirasçılara geçer. Ancak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 12 uyarınca, mirasçılar, vergi borçlarından müteselsilen değil, miras payları oranında sorumlu olur.⁴⁷⁰ Mirasbırakanın şahsına sıkı sıkıya bağlı olan borçlar ise, tereke yolu ile mirasçılara geçmez⁴⁷¹.

Türk Medeni Kanunu m. 649/f. 3 uyarınca, mirasçılardan her biri, tereke borçlarının, paylaşmadan önce ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını isteyebilir. Mirasçılardan hiçbirisi böyle bir talepte bulunmaz ise, mirasçılarının müteselsil sorumluluğu, mirasın paylaşılmasından sonra da devam eder. Ancak, bu müteselsil

⁴⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OZANEMRE YAYLA, s. 336 vd..

⁴⁷⁰ OZANEMRE YAYLA, s. 340.

⁴⁷¹ Aynı yönde bkz. OZANEMRE YAYLA, s. 339.

sorumluluk, mirasın paylaşılmasından öncesinden farklı olarak beş yıllık süreye tabidir⁴⁷². Bu süre muaccel borçlar için paylaşmadan itibaren, müeccel borçlar için ise, borcun muaccel olduğu tarihten itibaren başlar.

Mirasçılar, tereke borçlarından kural olarak payları oranında sorumludurlar. Mirasçılar, borçların bir ya da birkaç mirasçı tarafından ödenmesini kararlaştırabilirler. Bu şekilde bir kararlaştırma, alacaklıların açıkça ya da örtülü rızası ile geçerli olur. O halde, bu kararlaştırmanın, borcun iç üstlenilmesiyle (TBK m. 195) ve söz konusu rızanın da, borcun dış üstlenilmesiyle (TBK m. 196) ile benzerlik gösterdiğini ifade edebiliriz⁴⁷³.

Bu bilgiler ışığında miras yoluyla ticari işletmenin ediniminde ticari işletme borçlarının akıbetine değinelim. Mirasbırakanın şahsına sıkı sıkıya bağlı olmayan ticari işletme borçları, tereke yoluyla mirasçılara geçer. Mirasçılar kural olarak borçlardan payları oranında müteselsilen sorumludur. Mirasın paylaşılmasından önceki, mirasçıların ticari işletme borçlarından müteselsil sorumluluğu herhangi bir süreyle sınırlı değildir. Mirasçılardan her biri mirasın paylaşılmasından önce tereke borçlarının ödenmesini talep edebilir. Bu durumda mirasbırakanın ticari işletmenin borçları ve mirasın açılmasından sonra ortaya çıkan ticari işletme borçları aksi kararlaştırılmadıkça mirasçılar tarafından ödenir. İfası ticari işletmeye bağlı bir borç var ise, ticari işletme dağıtılmayıp mirasçılardan biri veya birkaçına özgülediği takdirde, bu borcun ifası bu kişilerce yapılır. O halde, bu tür ticari işletme borçları, mirasçılarının ne oranda borçlardan sorumlu olduğu hususunda dikkate alınmalıdır.

Borçların ödenmesi, mirasın paylaşılmasından sonraya kalması halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletme borçlarından mirasçılar payları oranında sorumlu olur ve müteselsil sorumlulukları devam eder. Bu haldeki müteselsil sorumluluk, muaccel borçlarda paylaşmadan itibaren beş yıl sonra, müeccel borçlarda ise muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl sonra sonra erer.

Mirasçılar yapacakları anlaşma ile ticari işletme borçlarından, sadece işletmenin özgülediği mirasçı ya da mirasçıları sorumlu kılabilirler. Bu anlaşma, alacaklılar

⁴⁷² OZANEMRE YAYLA, s. 321.

⁴⁷³ OZANEMRE YAYLA, s. 347, 353.

tarafından açık ya da örtülü olarak kabul edildiği takdirde, diğer mirasçılarının müteselsilen sorumlulukları, ticari işletme borçları bakımından sona erer.

Ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, “*mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin edinimi*”nde de borçlu kişiler, tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumlu olurlar.

Kanaatimizce, gerek mirasın paylaşılmasından önce gerekse mirasın paylaşılmasından sonra, mirasçılarca ticari işletmenin devredilmesi durumunda, ticari işletmeyi devralan ile devreden mirasçılarının müteselsil sorumluluğu, MK m. 681/f. gereği, 5 yıllık süreye tabi olmalıdır⁴⁷⁴. Zira, bu hüküm, mirasçılarının beş yıllık süre boyunca tereke borçlarından sorumlu olmalarını amaçlar. Aksi kabul kanunun dolanılması anlamına gelir. Kanun koyucunun MK m. 681/f. 2’deki amacını dikkate alacak olursak, tek bir mirasçının olması halinde, mirasın devredilmesinden sonra mirasçı, ticari işletmeyi başka birine devrederse, devir kapsamındaki ticari işletme borçlarından devralan birlikte 5 yıl daha sorumlu olacağını düşünmekteyiz.

Görüldüğü üzere, ticari işletmenin devrinden farklı olarak, miras yolu ile ticari işletmenin ediniminde iki farklı müteselsil sorumluluk dönemi vardır. Mirasın paylaşılmasından önceki müteselsil sorumluluk herhangi bir süre sınırlamasına tabi değilken, paylaşmadan sonraki müteselsil sorumluluk ise beş yıl süreyle sınırlandırılmıştır. Ticari işletmenin devrinde ise, müteselsil sorumluluk devrin ilanından sonra iki yıl daha devam edeceği öngörülmüştür. Ticari işletmenin devri müteselsil sorumluluğunda, devralan devreden borcuna kanunen katılmış olur. Kanuni borca katılma, iki yıllık sürenin sona ermesi ile birlikte, sona erer. Ve artık devralan borcu tek başına üstlenmiş olur. Miras yoluyla ticari işletmenin ediniminde ise kanuni borca katılma söz konusu değildir. Zira, borca katılmadan bahsedebilmek için, bir kişinin mevcut bir borca, borçlunun yanında katılmış olması gerekir. Burada, borç mevcut olsa da, borçlu mevcut değildir.

⁴⁷⁴ OZANEMRE YAYLA, s. 24.

7. Miras Yoluyla Ticari İşletmenin Ediniminde Uygulama İmkânı Bulan Bazı Hükümler

- Miras yoluyla ticari işletmenin ediniminde, murisin ticaret unvanı, devirle birlikte mirasçılara geçer⁴⁷⁵. TTK m. 49/f. 1'e paralel olarak da, miras yoluyla ticari işletmenin devrinde, ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devri mümkün değildir⁴⁷⁶.
- Ticari işletme malvarlığında yer alan esas sermaye payının miras yoluyla intikalinde, paya bağlı tüm hak ve borçlar genel kurul onayına gerek olmaksızın payı iktisap eden kişiye geçer (TTK m. 596/f. 1).
- Bazı ticari işletme devirleri Rekabet Kurulu iznine tabi iken, 2010/4 nolu Tebliğ m. 6/f. 1-ç uyarınca miras yoluyla gerçekleşen ticari işletmenin devri, Rekabet Kurulu iznine tabi değildir.
- İİK m.44'te ticarete terk eden tacirler için öngörülen bildirim yükümlülüğü, doğası gereği, miras yoluyla ticari işletmenin ediniminde söz konusu değildir.

8. Avusturya İşletmeler Kanunu § 40

Terekede yer alan işletme mirasçılar tarafından işletilmeye devam ediyorsa, mirasçılar işletme borçlarından sorumlu olacaktır (AİK § 40 f. 1). Mirasçılıkla ilgili mahkeme kararı sonrasındaki en geç üç ay içindeki sürede de mirasçılar işletmeye devam ediyorlarsa ya da § 38 f. 4 uygulamasıyla sorumluluk ortadan kalkmış olmadıkça, mirasçıların sınırsız sorumluluğu geçerli olacaktır (AİK § 40 f. 2). Şayet mirasçının işlem ehliyeti yoksa ve onun için bir kanuni temsilci atanmamışsa, bu üç aylık süre, işlem ehliyeti kazanılmadıkça ya da kanuni temsilci atanmış olmadıkça işlemeye başlamaz (AİK § 40 f. 2).

⁴⁷⁵ Aynı yönde İMREGÜN, Kara Ticareti, s. 75.

⁴⁷⁶ Aynı yönde ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 98; İMREGÜN, Kara Ticareti, s. 75.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN AŞAMALARI

I. DEVRİN AŞAMALARI

A. Devir Sözleşmesinin Yapılması

1. Devir Sözleşmesi

a) Genel Olarak

Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesine binaen gerçekleşir. Ancak geçerli bir devir sözleşmesi ile birlikte, TTK m. 11 ve TBK m. 202 hükümleri uygulama imkanı bulacak ve ticari işletme el değiştirecektir.

Hukuki bir işleme binaen gerçekleşmeyen devirler, ticari işletme devri kapsamında ele alınamaz. Ticari işletmenin devri, işletmenin devri borcunu doğuran devir sözleşmesi kapsamında gerçekleşir¹. Tarafların iradesi, ticari işletmenin el değiştirmesine yönelik olarak gerçekleşir. Tarafların devir hususunda anlaşmaları ile akdedilen devir sözleşmesi, ticari işletmenin devrinin gerçekleşebilmesi için taraflara borç yükler. Devir sözleşmesi, ticari işletme devrinin temel unsurudur².

Devir sözleşmesi, ticari işletmenin bir bütün halinde devrini gerçekleştirecek içeriğe sahip olmalıdır. Eş söyleyişle, devir sözleşmesine dayalı olarak devredilen ticari işletme faaliyetlerine devam edebilecek bir bütünlük içinde mevcut olmalıdır. Bu anlamda ticari işletmenin devri sözleşmesini, içerik hususunda diğer sözleşmelerden ayırıyoruz. Zira, ticari işletmeyi bir bütün halinde devredilmesine imkan tanımayan devir sözleşmesinin, geçersiz olduğunu düşünmekteyiz.

Devir sözleşmesi, farklı sözleşme türlerinde gerçekleştirilebilir. Bu durumda, devrin gerçekleşebilmesi için, devir konusu bakımından bir farklılık söz konusu değildir. Devir sözleşmesi türüne göre, şayet kanunda özel bir şekil şartı aranmış ise, buna riayet edilir. Örneğin, devir sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak yapılmış ise, TBK m. 612'deki şekil şartlarına uyulması gerekir. Devir sözleşmesinde en yaygın kullanılan

¹ ARICI, s. 65.

² Devir sözleşmesi malvarlığının devrinin temelini oluşturur. MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER): Fusionsgesetz, Basel 2015, s. 654, N. 1.

sözleşme türü, satım sözleşmesidir³. Bu nedenle, Alman ve İsviçre hukuklarında, ticari işletmenin devri, işletme satımı başlığı altında incelenir⁴.

Devir sözleşmesi, ticari işletme sahipliğinin devri sonucunu doğurmalıdır. Ticari işletme sahibinin değil, ticari işletme işleteninin değişikliği söz konusu ise, bu durumda “*ticari işletme kirası*”ndan söz edilir⁵. Ticari işletme devri, ticari işletme sahipliğinin kesin ve temelli olarak el değiştirmesidir⁶. Ticari işletme kirasında ise, belirli bir süre boyunca, ticari işletmenin kullanılması, semerelerinden yararlanılması ve bu sürenin sona ermesi durumunda ticari işletmenin sahibine iade edilmesi söz konusudur⁷. Ticari işletmenin devrinde, devralan mutlak bir hakkı kazanırken, ticari işletme kirasında kiracı, şahsi bir hak kazanır⁸. Ticari işletme devrinin gerçekleşmesinden sonra, devralan, ticari işletme üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkını haizdir. TTK m. 11 ve TBK m. 202 de içerdiği hükümler itibarıyla, ticari işletme devrini, ticari işletmenin sahipliğinin el değiştirmesi olarak düzenlemiştir.

Devir sözleşmesi, borçlar hukuku anlamında geçerli olmalıdır⁹. Genel olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açan hususlar, devir sözleşmesinin de geçersizliğine neden olacaktır. Borçlar hukukunun sözleşmelere ilişkin diğer hükümleri, uygun olduğu ölçüde, devir sözleşmesine de uygulanır. Devir sözleşmesinin yorumlanması yine, borçlar hukukun genel ilkeleri çerçevesinde yapılır¹⁰.

³ ARICI, s. 65.

⁴ ARICI, s. 65.

⁵ AYİTER’e göre, TBK m. 202’deki (eBK m. 179) malvarlığının veya ticari işletmenin devralınması başlığındaki devralınma ibaresini geniş olarak anlamak gerekir. Yazar, ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesini, TBK m. 202 kapsamında değerlendirmiştir. AYİTER, Mamelek, s. 47.

⁶ ARICI, Ticari İşletme Devri, s. 66.

⁷ AKER, İşletme Kirası, s. 163.

⁸ AKER, İşletme Kirası, s. 161.

⁹ Devir sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bkz. AKÇAAL, s. 126.

¹⁰ SCHUMACHER, s. 53.

b) Tarafları

Ticari işletme devrinde, devreden tarafı ticari işletmenin sahibi gerçek ya da tüzel kişi, devralan tarafı ise herhangi bir gerçek veya tüzel kişi oluşturur¹¹. Sonuç doğuracak bir devir sözleşmesinin devreden tarafının, ticari işletme üzerinde tasarruf yetkisini haiz olması gerekir. Hemen belirtelim, devir sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olduğu için, devir konusu ticari işletmenin sahibi olmayan kişi de, devir sözleşmesinin devreden tarafını oluşturabilir. Devir sözleşmesi, devredene, söz konusu ticari işletmenin, devralana geçirilmesi borcunu yükler. Devreden tasarruf yetkisini haiz olmaması, sözleşmenin geçersiz olduğu anlamına gelmez, ancak ticari işletmenin devri gerçekleştirilemez.

Kural olarak, devir sözleşmesi, devir tarafı hukuki kişilerin en üst yönetim ve idare organlarınca yapılmalıdır¹². Bunlar:

- Gerçek kişi işletmesinde işletme sahibi,
- anonim şirketlerde yönetim kurulu,
- limited şirketlerde müdür ya da müdürler,
- komandit şirkette komandite ortak,
- kollektif şirkette yönetici ortak,
- dernekte, yönetim kuruludur.

Birleşme ve bölünmenin aksine, ticari işletmenin devri sözleşmesinin kurulması için, şirket ortaklarının onayı aranmaz¹³.

Tasarruf yetkisinin devreden kişiliğinde aranması hususunun, devrin aşamaları bakımından farklılık arz edeceğini düşünmekteyiz. Öyle ki, borçlandırıcı işlem olarak ele aldığımız devir sözleşmesinin akdedilebilmesi için, kişi, devir konusunun maliki olmak zorunda değildir. Zira borçlar hukukunda kişi, maliki olmadığı bir şey hakkında

¹¹ Devralanın ticaret siciline kayıtlı olması şart değildir. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 317, N. 815

¹² von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 327, N. 838; MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 654, N. 2; Bu yetki, devredilemez ve elden alınamaz niteliktedir. SIFFERT, Rino/ZIHLER, Florian: Handelsregisterrecht, Bern 2012, s. 47; Genel kurul kararı ile bu yetki kaldırılmaz. BOTSCHAFT FusG, s. 4461. Bu niteliğin, temsil ilişkilerine engel olmadığı hususu izahtan varestedir.

¹³ SCHUMACHER, s. 62.

sözleşme akdedebilir. Bu şekilde akdedilecek sözleşmeler de geçerli olacaktır. Örneğin, bir kişi sahibi olmadığı bir at ile ilgili olarak satış sözleşmesinin satıcı tarafını oluşturabilir.

Devir konusu ticari işletme üzerinde tasarruf yetkisi, devirdeki tasarrufi işlem olan devrin ticaret siciline kaydı anında bulunması gerekir. Bir başka ifadeyle, ticaret siciline kayıt ile ticari işletmenin devrinin sağlanabilmesi için, devreden kişinin ticari işletmenin sahibi olması gerekir. Eş söyleyişle, devreden kişi, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarını kendi malvarlığında bulunduran kişidir¹⁴. O halde, ticari işletme kirası yolu ile ticari işletmeyi işleten kişi, söz konusu ticari işletmeyi bu anlamda üçüncü bir kişiye devredemez.

Ticari işletmenin alacaklıları, devir sözleşmesinin tarafı değildirler¹⁵. Devir sözleşmesi için alacaklıların iradesi aranmadığı gibi, alacaklıların aksi yöndeki iradelerine rağmen devir sözleşmesi yapılabilir¹⁶. Alacaklıların iradelerinin varlığı, ticari işletmenin devrinin diğer aşamalarında da aranmaz. Özetle, ticari işletmenin devrinin hukuki sonuçlarının doğması için, alacaklıların bir dahli söz konusu değildir.

Devir sözleşmesinde devreden kişi, gerçek kişi tacir, ticari işletme işleten bir dernek veya vakıf olabilir. Bir ticaret şirketi de sahip olduğu ticari işletmeyi, TTK m. 11/f. 3 hükmü kapsamında devredebilir¹⁷. O halde, devreden kişi gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir.

Sözleşmenin gerek devreden gerekse devralan tarafını birden fazla kişi oluşturabilir. Devralan kişilerin işletmeye dahil malların maliki olması durumunda, topluluk mülkiyeti söz konusu olacaktır¹⁸. Türk hukukunda birlikte mülkiyet hususunda asıl olan paylı mülkiyettir. O halde, kanunda belirtilen istisnalar dışında, ticari işletmenin birden

¹⁴ ÇELİKBOYA, s. 102.

¹⁵ BUCHLI, s. 27.

¹⁶ BUCHLI, s. 27; TUNÇOMAĞ, s. 1139; UYGUR, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2012, s. 1173; AKÇAAL, s. 84.

¹⁷ TSY m. 135'te ticaret şirketlerinin ticari işletmesini devretmesinden söz edilmez. Hüküm bir gerçek kişinin ticari işletmesini devretmesi kapsamında düzenlenmiştir. bkz. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 196, N. 375.

¹⁸ Tüzel kişiler, birden çok kişiden oluşsa bile, üyelerinden bağımsız, başlı başına bir hak süjesi olarak malların malikidir. Bu durumda, topluluk mülkiyeti değil, tek kişi mülkiyeti söz konusu olur. SİRMEN, Eşya, s. 309.

fazla kişiye devredilmesi durumunda, devredilen malvarlığı üzerinde devralanlar arasında paylı mülkiyet söz konusu olacaktır¹⁹. Bir ticari işletmenin, adi ortaklık tarafından devralınması uygulamada yaygındır. TBK m. 638 uyarınca, adi ortaklık, bir elbirliği ortaklığı²⁰ meydana getirir. Adi ortaklığın bir ticari işletmeyi devralması durumunda, ortaklığın edindiği ticari işletmeyi dahil olan mallar üzerinde elbirliği ortaklığı söz konusu olacaktır²¹.

İsviçre Birleşme Kanunu'na göre, ticaret ortaklıkları, ticari işletme işleten dernek ya da vakıf ve tek kişi işletmeleri, envanterdeki taahhüde göre, aktif ve pasiflerin tamamen ya da kısmen diğer kişilere devredebilirler. Ancak bu devrin gerçekleşebilmesi için, devreden tarafın, ticaret siciline kayıtlı olması gerekmektedir²². Aksi takdirde, malvarlığı devri gerçekleşmeyecektir. Sicile kayıtlı olmayan hukuk kişisi, sicile kayıt olduktan sonra, İsviçre Birleşme Kanunu hükümleri uyarınca malvarlığının devri kurumuna başvurabilir²³. Türk hukukunda bu hususa ilişkin özel bir hüküm olmasa da, ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil ile gerçekleşeceğinden, ticaret siciline kayıtlı olmayan ticari işletmeler de, önce sicile kaydettirilip daha sonra devir işlemleri gerçekleştirilir. Devralanın, ticaret siciline kayıtlı olması gerekmez²⁴.

MK m. 429 uyarınca, atanan yasal danışman, bu sıfatı ile ticari işletme devrinin tarafı olamaz. Zira, MK m. 429/f. 1'de belirtilen yasal danışmanın yetkili olduğu işler arasında ticari işletmenin devri sayılmamıştır.²⁵

¹⁹ ÇELİKBOYA, s. 103, 104; AKÇAAL, s. 84.

²⁰ Elbirliği mülkiyeti hükümlerinin uygulanacağı topluluklar kanunda sınırlı olarak düzenlenmiştir. Bunlar, mal ortaklığı (MK m. 256), aile malları ortaklığı (MK m. 373), miras ortaklığı (MK m. 640) ve adi ortaklıktır (TBK m. 620). AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 409.

²¹ Ortaklık sözleşmesi ile, elbirliği mülkiyet yerine, paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması kararlaştırılabilir. SİRMEN, Eşya, s. 343.

²² von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 317, N. 816

²³ Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 103.

²⁴ BERETTA, Piera/VISCHER, Frank (Hrsg): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Schulthess Verlag, Zürich 2012, s. 754, N. 7.

²⁵ MK m. 429/f. 1'de belirtilen yasal danışmanın yetkili olduğu işler sınırlı sayı ilkesine göre sayılmış olup, yasal danışmanın oyunun alınması gereken bu işlerin yorum yoluyla değiştirilmesi veya genişletilmesi de mümkün değildir. Ticari işletmenin devri sözleşmesi, taşınmazların alımı, satımı, rehin

Devir sözleşmesinin taraflarının, sözleşme akdedebilme ehliyeti bakımından, genel hükümler uygulanır²⁶.

c) Şekli

aa) Genel Olarak

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, ticari işletme devri sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemişti. Türk hukukunda sözleşmelerin şekli açısından şekil serbestisi ilkesi benimsendiğinden, söz konusu dönemde, ticari işletme devir sözleşmesi herhangi bir şekilde yapılabilirdi. Uygulamada tercih edilmese de, teorik olarak, devir sözleşmesi sözlü olarak yapılabilirdi gibi, zımni irade beyanı ile de yapılması mümkündü. Ancak devir sözleşmesi kapsamında, devri özel bir şekle tabi olan bir malvarlığı unsurunun bulunması halinde, bu unsurların devrinin sağlanabilmesi için kanunda öngörülen özel şekle uyulması gerekmekteydi²⁷. Devir kapsamında taşınmaz var ise, sözleşme tapu siciline, motorlu taşıtların bulunması durumunda, sözleşme noterde, telif haklarının da olması durumunda ise sözleşmenin yazılı olarak yapılması söz konusu idi. Ticari işletme devri sözleşmesi, birçok durumda bu saydığımız unsurları içereceğinden, eTK döneminde öngörülen şekil serbestisi ilkesi, devir sözleşmesi bakımından, çoğu kez sınırlı olarak uygulanmaktaydı²⁸.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 ile birlikte ticari işletme devir sözleşmesinin yazılı şekle tabi olduğu düzenlenmiştir²⁹. Hükümde özel bir yazılı şekil şartı öngörülmediği için, yazılı şekilden kasıt adi yazılı şekildir³⁰. O halde, devir sözleşmesinin TBK m. 14

edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması olarak değerlendirilemez. Y. 11. HD. 23.10.2014 T. , 2013/15050 E. , 2014/16358 K..

²⁶ DURMAN, s. 108.

²⁷ ARICI, s. 108;

²⁸ ÇELİKBOYA, s. 107.

²⁹ Kanun koyucu, ticari işletme rehninin resmi şekilde yapılmasını ararken (TİRK m. 4 uyarınca, ticari işletme rehni sözleşmesinin noter tarafından re'sen düzenlenmesi gerekmektedir. HAZNEDAR, İbrahim Murat: Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, Legal, İstanbul 2008, s. 45.), ondan daha kapsamlı bir işlem olan ticari işletme devrinde yazılı şekli yeterli görmesi izaha muhtaç bir çelişki oluşturur. BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 40; aynı yönde KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, XII Levha, İstanbul 2011, s. 48.

³⁰ SCHUMACHER, s. 95.

uyarınca yapılması, şekil açısından yeterli olacaktır³¹. Devir sözleşmesinde yapılan değişiklikler de yazılı şekilde yapılmalıdır (TBK m. 13/f. 1)³².

Devir sözleşmesinin yazılı olmasının, devre ilişkin bilgilendirme, devre şeffaflık sağlama, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ve ilanı gibi çeşitli işlevleri vardır³³.

Hükümde öngörülen yazılı şeklin geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğu hususunda bir düzenleme yoktur. TBK m. 12/f. 2 uyarınca, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Aksi belirtilmediği için, devir sözleşmesi için getirilmiş olan yazılı şekil şartı geçerlilik şeklidir³⁴.

İsviçre hukukunda da, devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, yazılı şekilde yapılması gerektiği öngörülmüştür (FUSG m. 70/f. 2-c.1). Ancak, devir sözleşmesi kapsamında taşınmazın olması halinde, Türk hukukundan farklı olarak, devir sözleşmesinin ilgili kısmı resmi şekle tabidir (FUSG m. 70/f. 2-c.2).

Ticari işletme devrinde, devir sözleşmesinin TBK’da düzenlenen farklı sözleşme tipleri niteliğinde olması durumunda, devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, ticari işletme devir sözleşmesi için öngörülen yazılı şekil şartından farklı bir şekil şartına tabi olarak akdedilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, ticari işletme devir sözleşmesi, bir bağışlama olarak ortaya çıkmışsa, TBK m. 288/f. 2 uyarınca, devir sözleşmesi kapsamında bir taşınmazın veya taşınmazın üzerindeki aynı bir hakkın yer alması durumunda, sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Devir sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak ortaya çıkmışsa, sözleşme miras sözleşmesi şeklinde yapılmış olmadıkça geçerli olmaz (TBK m. 612/f. 1). O halde, söz konusu sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (MK m. 545/f. 1). Belirtilen şekil şartlarına riayet edilmeden yapılan devir sözleşmeleri geçerli olmayacaktır.

Devir sözleşmesinin şeklini etkileyecek bir husus da, TBK m. 17/f. 1 uyarınca, tarafların sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmaları halinde ortaya

³¹ TOPUZ, s. 47.

³² SCHUMACHER, s. 97.

³³ SCHUMACHER, s. 94.

³⁴ KENDİĞLEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 199, N. 381; BAHTİYAR, Devir, s. 144.

çıkılmaktadır. Kanunen bir şekle tabi olmayan bir sözleşme, şekle tabi tutulabileceği gibi, kanunen şekle tabi tutulmuş bir sözleşmenin ise, şekil şartları ağırlaştırılabilir³⁵. Söz konusu kararlaştırma, akdin kurulmasından önce veya en geç kurulması sırasında yapılmışsa, TBK m. 17/f. 1'in sonuçlarını doğuracaktır. O halde, ticari işletme devir sözleşmesi için taraflar, kanunda öngörölmüş olan yazılı şekilden daha ağır bir şekil şartı kararlaştırabilirler.

bb) Ticaret Sicil Müdürlüğünün Şekil Araması

Uygulamada ticaret sicil müdürlükleri, ek şekil şartı talep ederek, kanunda devir sözleşmesi için öngörölen şekil şartını ağırlaştırmaktadır. Örneğin ticaret sicil müdürlüğünün, devir sözleşmesinin noterde yapılması gerektiğini ileri sürmesi. Ticaret sicil müdürlüğünün, ticari işletme devir sözleşmesi için kanunda öngörölen (TTK m. 11/f. 3) şekil şartını ağırlaştıran bu yaklaşım kabul edilemez.

cc) Özellik Arz Eden İşletmelerin Devri Bakımından Şekil

TTK m. 11/f. 3'te ticari işletme devir sözleşmesi için yazılı şekil şartı öngöröldüğüne değinmiştik. Bu genel kurala karşın, farklı ticari işletme çeşitleri için kanunlarda özel şekil şartları düzenlenmiş olabilir. Örneğin, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 11/f. 2'de, eczane devrinin, hükümet tabibinin katılması ile noterlikçe yapılacağı öngörölmüştür. O halde ticari işletme niteliğinde olan bir eczanenin devri için yapılan sözleşmenin, TTK m. 11/f. 3 uyarınca adi yazılı şekilde yapılması yeterli olmayacak, hükümet tabibinin katılımı ile noter tarafından düzenlenmesi gerekecektir (6197 sayılı Kanun m. 11/f. 2). O halde, bir eczanenin devri söz konusu ise, 6197 sayılı Kanun m. 11/f. 2'de öngörölen şekle uyulmadan yapılan devir sözleşmesi geçersiz olacaktır. Zira, hükümde belirtilen şekil şartı, TBK m. 12/f. 2 uyarınca geçerlilik şeklidir. Eczanenin, ticari işletme devri kapsamında devrinde, 6197 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme dışında, ticari işletme devrinin hükümleri uygulanır. Örneğin, aktiflerin devri yine TTK m. 11/f. 3 kapsamında, pasiflerin devri

³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 162.

ise, TBK m. 202 kapsamında gerçekleşecektir. Zira düzenleme ile getirilen özel hüküm, yalnız şekle ilişkindir.³⁶

dd) Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu m. 12/f. 2 uyarınca, kanunda sözleşmeler için getirilen şekil şartı, geçerlilik şeklidir. Bu şekil şartlarına uyulmaksızın kurulan sözleşmeler geçersiz olacaktır. Geçersizliğin türü tartışmalı olmakla birlikte, öğretide³⁷ ve uygulamada hakim olan görüşe göre, geçersizlik, kesin hükümsüzlük olarak değerlendirilmelidir. Bu geçersizlik, herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir. Bununla birlikte, sözleşmeyi hükümsüz kılmak için bir dava açmaya ihtiyaç olmadığı gibi, herhangi bir beyana da ihtiyaç yoktur. Geçersizlik durumunda, sözleşme kendiliğinden hükümsüzdür. Hükümsüzlük sonucunda, devir sözleşmesi, baştan itibaren herhangi bir hak veya borç doğurmaz. O halde, ticari işletmenin devri hukuki sonuçlarını doğurmayacaktır. Şayet geçersiz devir sözleşmesine dayanılarak bir şeyler verilmiş ise, verilen şeylerin iadesi talep edilebilir.

aaa) Dürüstlük Kurallının Hükümsüzlüğe Etkisi

Şekil eksikliği nedeniyle, hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması³⁸ olarak değerlendirilebilir ise, MK m. 2/f. 2 uyarınca, sözleşme geçerliymiş gibi sonuçları doğar³⁹. Hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi, her olayın kendi şartları içinde

³⁶ Konuya ilişkin bkz. ÇELİKBOYA, s. 110, 111.

³⁷ OĞUZMAN, ÖZ, C. I, s. 155, 156; TUNÇOMAĞ, s. 236; AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s. 33; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 102;

³⁸ Kanunlarda öngörülen şekle uygun olmayan bir sözleşmenin bilerek ve isteyerek yerine getirilmesi halinde, sonradan sözleşmenin şekle aykırılığına dayanmak, kural olarak, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. GİRİTLİOĞLU, Necla: Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı İle Sınırlandırılması, İstanbul 1989, s. 131.

³⁹ Kamu düzeni düşüncesiyle öngörülmüş bir şekle uygun davranmama söz konusu ise, bu durumun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmez ÇELİKTAŞ, Demet: Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığın İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, DEÜHFD (Kudret Ayiter'e Armağan), 1988, C. 3, S. 1-4, s. 626.

gerçekleştirilmelidir⁴⁰. Kesin ilke olarak değerlendirilmese de, hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak, iki tarafın bilerek serbestçe borçlarını ifa etmelerinden sonra, şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, şekil eksikliğine hükümsüzlüğü ileri süren tarafın kasten sebep olmuş olması gösterilebilir⁴¹.

bbb) Tahvilin Hükümsüzlüğe Etkisi

Acaba devir sözleşmesi şekil şartı nedeniyle hükümsüz olsa da, tahvil yoluyla ticari işletme malvarlığı unsurlarının devri gerçekleştirilebilir mi? Tahvil, şekle⁴² uyulmaması sebebiyle hükümsüz olan işlemin başka bir işleme ilişkin şekle uyulmuş ise, hükümsüz işlemin, varlık unsurlarını gerçekleştirdiği diğer işleme çevrilmesi ile ayakta tutulması olarak ifade edilebilir⁴³. Tahvilde, tarafların kararlaştırdığı bir hukuki işlemin hükümsüz olmasına karşın, bu işlem içinde değişik kimlik ve nitelikte, bir başka işlemin unsurlarının oluşması durumunda, hükümsüz işlemin, bu diğer işleme çevrilerek ayakta tutulması söz konusudur⁴⁴. Bu kurum, hukuki işlemlerin korunması ilkesine dayanmaktadır. Tahvilin temelinde yatan en önemli düşünce, amacın araca üstün tutulmasıdır⁴⁵.

Şekle uyulmadığı nedeniyle hükümsüz olan ticari işletme devir sözleşmesi, kapsamındaki malvarlığı unsurlarının, tahvil yoluyla devrinin gerçekleşeceği düşünülebilir. Örneğin, devir kapsamındaki taşınır malların, taşınır mülkiyetinin devrine

⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, bilerek ve isteyerek ifanın önemli olduğunu ancak, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabilmesi için bunun yeterli olmadığı, olayın tüm özelliklerinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir (BGE 104 II 99).

⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 129.

⁴² Tahvilin en önemli uygulanma yeri şekle aykırı işlemlerdir. Bu nedenle, bazı yazarlar, tahvilden, yalnız şekle aykırılığın sonuçlarını gidermeye yarayacak bir kurum olarak bahsederler. KANETİ, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972, s. 122, 123. Tahvilin diğer uygulanma alanları için bkz. KANETİ, s. 119 vd.

⁴³ KANETİ, s. 1; Tahvil kurumu, ancak, tarafların öngördüğü şekliyle ayakta tutulması mümkün olmayan işlemler bakımından söz konusu olur. Ayrıca, tahvilin konusu, kuruluşunda geçerli bir şekilde doğmayan işlemlerdir. Bu nedenle, kuruluşunda geçerli olan işlem, sonradan hükmünü yitirirse, tahvil yoluyla ayakta tutulamaz. KANETİ, s. 130, 131.

⁴⁴ KANETİ, s. 18.

⁴⁵ KANETİ, s. 147.

ilişkin bir sözleşme ile birlikte devredebileceği hususu akla gelebilir⁴⁶. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, ticari işletmenin devri için aranan resmi şekilde düzenlenme şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin, ticari işletmeye özgülenen unsurların devri sözleşmesine çevrilmesiyle ayakta tutulabileceğine hükmetmiştir⁴⁷.

ACEMOĞLU, ticari işletme devir sözleşmesinin tahvil yoluyla, işletme malvarlığını oluşturan münferit unsurların devri sözleşmesi olarak ayakta tutulmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Yazar bu düşüncesine gerekçe olarak da, ticari işletme devri yapmak isteyen tarafların iradesinin, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının tek tek devredilmesine indirgenmesinin doğru olmamasını ve devredenin, devir işlemini, devralan tarafın ticari işletmenin pasiflerini de üstlendiğini dikkate alarak yapmasını, göstermiştir. Ayrıca, devir sözleşmesine tahvilin uygulanması durumunda, alacaklılar TBK m. 202 (eBK m. 179) sağladığı korumadan da yararlanamayacağı için, bu durum adil olmayacaktır⁴⁸.

Tahvilden, söz edebilmek için, tahvile konu olan işlem, kendisine tahvil olunacak işlemin gereklerini içermelidir⁴⁹. Şüphesiz bu içeriğin, bire bir aynı olması beklenmez. Tahvilin geçerlik şartları olarak niteleyebileceğimiz bu gereklerden biri de, kendisine tahvil olunacak işlemin ameli sonuçlar yönünden tahvil olunan işlemle eşdeğer olmasıdır⁵⁰. Bu şartın anlamı, tahvil olunan işlemin özgülendiği amaç ile, tahvil olunacak işlemin özgülendiği amacın eşdeğer olması ya da en azından tahvil olunan işlemin amacına hizmet etmesidir⁵¹. Bu iki işlem arasında ameli sonuçlar yönünden objektif ve sübjektif yönden eşdeğerlik aranacaktır⁵². Sübjektif yönden eşdeğerlik, tahvil olunacak işlem için, hukuk düzenince yapma bir iradenin oluşturulmasına hizmet eder⁵³. Eş söyleyişle sübjektif yönden eşdeğerlik, tahvil olunan işlemin tarafları

⁴⁶ ÇELİKBOYA, s. 112.

⁴⁷ Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen 76, 4. (naklen Acemoğlu, Ticari İşletmenin Devri, s. 50).

⁴⁸ ACEMOĞLU, s. 50, dñn. 2

⁴⁹ KANETİ, s. 140;

⁵⁰ KANETİ, s. 147 vd.

⁵¹ KANETİ, s. 147.

⁵² KANETİ, s. 149.

⁵³ KANETİ, s. 153.

yeterince tatmin etmesinin ve tahvil olunan işlemin geçersizliğini bilselerdi tahvil olunacak işlemi yapmayı düşünmelerinin karşılığıdır⁵⁴.

Tüm bu bilgilerin ışığında ticari işletmenin devri sözleşmesinin tahvil yoluyla ayakta tutulup tutulamayacağına değinmek istiyoruz. Ticari işletmenin devri, TTK m. 11/f. 3 uyarınca, bütünlük ilkesi kapsamında gerçekleşir. Devir kapsamında maddi ve gayri maddi⁵⁵ birçok unsur bulunmaktadır. Tarafların devirdeki amacı, bu unsurların münferiden devrini gerçekleştirmek değil, ticari işletmenin bir bütün halinde, devirden sonra faaliyette bulunabilecek şekilde devrini sağlamaktır. Nihai amacı açık bir şekilde ortada olan bir sözleşmenin, başka bir sözleşmeye tahvili ile -bütünlük ilkesini de göz önünde bulunduracak olursak- amacından uzaklaşması, tahvil kurumu ile bağdaşmayacaktır. Nitekim, devreden ticari işletmesini maddi ve gayri maddi unsurları ile birlikte bir bütün olarak devretmek isteyerek, ticari işletmenin maddi açıdan sahip olduğu değerden daha fazla bir değer etmesinden yararlanmak istemektedir. Devralan ise, ticari işletmeyi söz konusu değeriyle birlikte devralıp, işletme faaliyetini sürdürme arzusundadır. Ayrıca, ticari işletmenin devri kurumu, borçların da bir bütün halinde geçişini öngörmektedir. Devreden bu sözleşme ile birlikte, işletme borçlarının devralana geçeceğini bilmektedir. Bu durumun da, devir sözleşmesine tahvilin uygulanmaması gerektiği yönünde bir gerekçe olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Son olarak, TBK m. 202'nin alacaklıları koruyucu özel hükmü, devir sözleşmesinin tahvil yoluyla ayakta tutulmasına engel oluşturduğu kanaatindeyiz⁵⁶. Sonuç olarak, ticari işletme devir sözleşmesinin doğası gereği, tahvil kurumu ile ayakta tutulamayacağını düşünmekteyiz.

⁵⁴ KANETİ, s. 153.

⁵⁵ Ticari işletmenin devri, gayri maddi unsurlardan bağımsız olarak gerçekleşemez. ARSLANLI, s. 109, 110; İMREGÜN, Kara Ticareti, s. 12.

⁵⁶ İfademizden, TBK m. 202'nin emredici olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Kastımız, TBK m. 202'nin uygulanabilme imkanının söz konusu olmamasına ilişkindir.

d) Temsil

aa) Genel Olarak

Ticari işletme devir sözleşmesinin, temsilci vasıtasıyla yapılmasına bir engel yoktur⁵⁷. Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, temsilciye, ticari işletmenin devri özel temsil yetkisinin verilmesi gerekir. Özel yetki verilmedikçe, tacirin kişiliğine özgü bir temel işlem olan ticari işletmenin devri, temsil yolu ile gerçekleşemez⁵⁸. Geçerli bir temsil ilişkisi için, temsil yetkisi veren kişinin, bu konuda ehil olması ve irade beyanının sıhhatli olması gerekmektedir⁵⁹.

Devir sözleşmesinin temsil yoluyla yapılabilmesi bakımından ele alınması gereken bir diğer husus ise, temsil yetkisi veren beyan için, şekil şartının söz konusu olup olmadığıdır. eTK döneminde, ticari işletme devir sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmediği için, temsil yetkisinin verilmesi işleminin şekil şartına tabi olup olmadığı hususunda bir tartışma söz konusu değildir. TTK m. 11/f. 3 ile birlikte, ticari işletme devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Borçlar hukukunda tartışılan, temsil yoluyla yapılacak işlemin geçerlilik şekline tabi olması durumunda, temsil yetkisi veren beyanın da şekil şartına bağlı olup olmadığı tartışması, ticari işletme devir sözleşmesinin temsil yoluyla yapılması durumunda da yapılacaktır.

Kural olarak, temsil yetkisi veren beyan, herhangi bir şekle tabi değildir⁶⁰. Ancak temsil yoluyla yapılacak işlemin geçerlilik şekline tabi olması durumunda, temsil yetkisi veren beyanın şekle tabi olup olmadığı hususunda farklı görüşler dile getirilmiştir. Öğretide çoğunlukta olan görüşe⁶¹ göre, temsilcinin temsil olunan adına yapacağı hukuki işlem bir şekle tabi olsa bile, temsil yetkisi veren beyan şekle tabi değildir. Bu görüş uyarınca, ticari işletmenin devri konusunda temsil yetkisi, şekle tabi olmadan verilebilecektir⁶². Bir diğer görüşe⁶³ göre ise, temsilcinin, temsil olunan adına yapacağı

⁵⁷ ARICI, Ticari İşletmenin Devri, s. 109.

⁵⁸ ARICI, s. 109.

⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 175.

⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 175.

⁶¹ BUCHER, s. 602; ESENER, Turhan: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 34; EREN, s. 437; Çoğu kez temsilcinin, bu sıfatını üçüncü kişilere karşı ispat edebilmesi için yazılı bir temsil belgesine ihtiyaç vardır. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 173.

⁶² ÇELİKBOYA, s. 104.

hukuki işlem bir şekle tabi ise, temsil yetkisi veren beyanın da söz konusu şekle tabi olması gerekir. Bu görüşün dayandığı temel gerekçe ise, şekil şartlarının yapılacak işlem öncesi tarafları düşünmeye ittiği ve bu sayede tarafları koruyucu bir etkiye sahip olduğudur. Bu görüş uyarınca, ticari işletme devir sözleşmesi için verilecek temsil yetkisi beyanı, TTK m. 11/f. 3 uyarınca adi yazılı şekil şartına uygun olmalıdır.

bb) Tacir Yardımcıları

Ticari işletme sahibi, işletme faaliyetlerinin yürütülmesi için bağlı tacir yardımcılara ihtiyaç duyabilir. Tezimiz açısından yanıt aradığımız soru, bu ihtiyacın karşılanması için atanan bağlı tacir yardımcıları, ticari işletme devrini gerçekleştirme yetkisini haiz midir? Bu soruya, ticari temsilci ve ticari vekil özelinde yanıt arayacağız.

Türk Borçlar Kanunu m. 547 düzenlenen ticari temsilci, tacirin en önemli bağlı yardımcısıdır⁶⁴. Ticari temsilci taciri temsil eden bir iradi temsilcisidir⁶⁵. Ticari temsilcinin atanması, çok farklı nedenlere dayanabilir. Bu nedenlerin başlıcalarını;

- İşlerin gelişmesi nedeniyle, tacirin tek başına işletmenin faaliyetlerine yetişememesi

- Tatil

- Hastalık

- Ticari işletmenin mirasçılara intikal etmesi veya devri gibi olaylar sonucunda yeterli tecrübeye sahip olmayan kişilerin sahipliğinde bulunması olarak sayabiliriz⁶⁶. TBK m. 547 uyarınca, ticari temsilci ancak ticari işletmeler için atanabilir⁶⁷. O halde,

⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 237; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 231; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 667; İNCEOĞLU, M. Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 139; Bu husus kefalet sözleşmesi bakımından açıklığa kavuşturulmuştur. TBK m. 583/f. 2 uyarınca, kefalet sözleşmesinin temsil yoluyla yapılması durumunda, kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartı, temsil yetkisi veren beyan için de aranacaktır. ÇELİKBOYA, s. 104, dpn. 473.

⁶⁴ ŞENER, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Ankara 2015, s. 1.

⁶⁵ ŞENER, s. 8.

⁶⁶ ŞENER, s. 3, 4.

⁶⁷ Ticari temsilcinin atanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENER, s. 8 vd.

esnaf işletmeleri ve esnaf işletmesi işleten adi ortaklıklar için, ticari temsilci atanamaz⁶⁸. Bu nedenle esnaf işletmesi için, atanan temsilci, TBK m. 547 anlamında ticari temsilci olarak değerlendirilemez⁶⁹. Görüldüğü üzere, ticari temsil kurumu, ticari ilişkilerle sınırlandırılmakta ve tamamen ticari bir karaktere sahip olmaktadır⁷⁰.

Ticari temsilci, TBK m. 548/f. 1 uyarınca işletme adına kambiyo taahhüdünde bulunmak da dahil olmak üzere, işletmenin amacına giren⁷¹ her türlü işlemleri⁷² yapmaya yetkilidir. Bu noktada cevap aradığımız husus, ticari işletme devrinin, bu yetki kapsamı içinde olup olmadığıdır.

Ticari temsilcinin temsil yetkisi, bir işletme temsil yetkisidir. O halde, ticari temsilci, ancak bir işletmenin işletilmesi kapsamında değerlendirilecek işlemleri yapabilmelidir⁷³. Ticari temsilcinin bizatihi varlık nedeni, işletmenin işletilmesidir. Bu nedenle, işletmenin hukuki ve maddi varlığını sonlandıran veya değiştiren türden temel nitelikteki işlemler, temsil yetkisi kapsamında değildir⁷⁴. Bu işlemlerden biri de, ticari işletmenin devridir⁷⁵. Ticari işletmenin devri ile birlikte, işletmenin sahipliği el değiştirecek ve ticari temsilcinin bağlı olduğu tacir ile işletmenin bağı kopmuş olacaktır. Ticari temsilci ile işletme sahibi arasında sıkı bir güven ilişkisi söz konusudur. Ticari işletmenin devri ile birlikte, işletme sahibinin şahsında değişim gerçekleşeceği için,

⁶⁸ ŞENER, s. 8.

⁶⁹ ŞENER, s. 9.

⁷⁰ ŞENER, s. 8.

⁷¹ “Hükümde geçen “işletmenin amacına giren” ibaresi, işletmenin kazanç sağlama amacına ulaşması için, işletme konusuna giren ve işletmenin yönetilmesine yönelik, kanun tarafından temsil yetkisinin kapsamı dışında bırakılmış olanlar hariç, her türlü hukuki iş ve işlemin, hukuki muamelenin yapılabilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.” KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 683, N. 1425.

⁷² İşletmenin amacına giren ve işletilmesine yönelik her türlü olağan ve olağanüstü hukuki iş ve işlemler ile hukuki işlem benzeri fiiller. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 683, N. 1425.

⁷³ ŞENER, s. 206.

⁷⁴ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 687, N. 1433.

⁷⁵ ŞENER, s. 206, 207; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 687, N. 1433;

ticari temsil ilişkisi sona ermelidir⁷⁶. O halde, ticari temsilci, varlık nedenini ortadan kaldıran bir işlem yapmaya yetkili olmamalıdır.

Şimdi de ticari vekilin, ticari işletme devri yetkisini haiz olup olmadığına değinelim. TBK m. 551 uyarınca ticari vekil, ticari temsilcilik yetkisini haiz olmayan, işletmeyi yönetmek ya da işletmenin bazı işlerini yürütmek için, ticari işletme sahibi tarafından yetkilendirilen kişidir. Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemleri bakımından söz konusudur (TBK m. 551/f. 2). Alışılmış işlerin, tespiti kanun tarafından yapılmadığı için, alışılmış iş kavramının tespitini yapmak icap eder. Her bir ticari işletme için alışılmış iş, farklılık arz edecektir. O halde, alışılmış işin tespiti, her bir somut olay için ayrı ayrı yapılmalıdır⁷⁷. Bazı işler ise, her koşulda, alışılmış iş kavramı içerisinde değerlendirilemez. Bu işlerden biri de, ticari işletmenin devridir⁷⁸. Ticari vekil, işletme sahibi tarafından yetkilendirilir ve yetkisini söz konusu işletmenin alışılmış işlerinde kullanır. Bu nedenle, ticari vekil, işletme sahibinin değişmesine yol açacak bir işi yapmaya yetkili değildir.

cc) Anonim Şirketlerde Temsil

aaa) Genel Olarak

Anonim şirketin yönetim ve temsili, yönetim kurulu tarafından gerçekleşir. Eş söyleyişle, anonim şirkette yönetim kurulu, şirketin yönetim organı ve yasal temsilcisidir⁷⁹.

Yönetim kurulu, şirketin işletme konusu dairesinde kalmak şartıyla, kural olarak her konuda yönetime yetkilidir⁸⁰. Yönetimin kapsamına, şirket iş ve ilişkilerinin yürütülmesi ile birlikte, şirket ile ortaklar arasındaki ilişkileri düzenleyen kanun ve esas

⁷⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 116; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 690, N. 1446; KAYIHAN/YASAN, s. 185; KIRCA, Ticari Mümessillik, s. 192; KARAYALÇIN, s. 493; ŞENER, s. 445; Ticari temsil yetkisinin kullanılabilmesi için, işletme sahibinden yetki alınması gerekmektedir. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 369.

⁷⁷ ÇELİKBOYA, s. 105.

⁷⁸ ARICI, s. 109.

⁷⁹ İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 219; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 331, N. 522.

⁸⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 363.

sözleşme hükümlerinin öngördüğü görev ve yetkiler de dahildir⁸¹. Yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin kaynağı, kanun ya da sözleşmedir⁸². Ortaklık sözleşmesiyle, yönetim kuruluna, kanunda öngörülenlerin dışında çeşitli görevler verilebilir. Verilen bu görevler aynı zamanda, o konudaki yetkiyi de içerir⁸³.

Genel hatları ile yönetim kurulunun görev ve yetki alanını çizmiş olduk. Şimdi de, yönetim kurulunun ticari işletme devri yetkisini haiz olup olmadığına değinmek istiyoruz. Yönetim kurulu, olağan ya da olağanüstü, şirketin doğrudan ya da dolaylı olarak amacını gerçekleştirmeye yönelik tüm iş ve işlemleri gerçekleştirme yetkisini haizdir⁸⁴. O halde, şirkete ait bir ticari işletmenin devri, yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak şirketin önemli miktardaki aktiflerinin toptan satılabilmesi için genel kurulun kararına ihtiyaç vardır (TTK m. 538/f. 2). Şayet, ticari işletmenin devri, şirketin önemli miktardaki aktiflerin satılması niteliğindeyse, devrin gerçekleştirilmesi için genel kurulun kararı gereklidir. TTK m. 538/f. 2 atfı nedeniyle, söz konusu karar, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır (TTK m. 421/f. 3). Söz konusu oran, konuya ilişkin yapılacak tüm toplantılarda aranacaktır (TTK m. 421/f. 4). Belirtilen durumda, genel kurul kararının alınması zorunluluğu, anonim şirkette yönetim kurulunun temsil yetkisine bir sınırlama getirir⁸⁵.

Temsilin varlığı, temsil olunan şeyin varlığına bağlıdır. Kaderinin bağlandığı yapıyı, ortadan kaldıracak işlemler temsil kapsamında değerlendirilemez. Bu anlamda, yönetim kurulu, şirketin sona ermesine yol açacak şekilde, şirkete ait olan ticari işletmeyi devredemez⁸⁶. Aksi durum, temsil organının yetkisini aşması anlamına gelir. Bu durum da, organların yetki ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil eder⁸⁷.

⁸¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 363.

⁸² ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 331, N. 522.

⁸³ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 331, N. 522.

⁸⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 385.

⁸⁵ ARICI, s. 113.

⁸⁶ ARICI, s. 113.

⁸⁷ ARICI, s. 113.

bbb) Ticari Temsilci Bakımından

Anonim ortaklık bünyesinde bulunan işletmelerin yönetimi ve temsili için ticari temsilci atanabilir⁸⁸. Söz konusu atama, yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir (TTK m. 368/f. 1). TTK m. 375/f. 1-d uyarınca, müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasındadır. O halde, ticari temsilcinin atanması da bu kapsamda değerlendirilmelidir⁸⁹. Bu durumda, ticari temsilcinin atanması, yönetim kurulu kararı ile genel kurula devredilemeyeceği gibi, genel kurul da söz konusu atama yetkisini yönetim kurulunun elinden alamaz. Aksi yöndeki yönetim kurulu ve genel kurul kararları batıldır (TTK m. 391/f. 1-b, m. 447/f. 1-c). Ayrıca, bu hususta ortaklık ana sözleşmesine getirilecek kuralların da geçerliliği yoktur⁹⁰.

Yönetim kurulu tarafından atanan ticari temsilci, ortaklığa ait olan işletmelerin yönetimi ve temsilini gerçekleştirir. Demek oluyor ki, ticari temsilci, ortaklığın değil, ortaklığa ait olan işletmelerin yönetimi ve temsilini sağlamaktadır. O halde, ticari temsilci, ticari işletmelerin elden çıkmasına yol açabilecek bir işlemde bulunamaz. Bu nedenle, anonim ortaklıkta da ticari temsilciye, bu konuda özel bir yetki verilmedikçe, ticari temsilci, ticari işletmenin devrini gerçekleştirmeyi haiz değildir.

dd) Limited Şirketlerde Temsil

aaa) Genel Olarak

Limited şirkette, şirketin yönetimi ve temsili, zorunlu organ niteliğindeki müdür ya da müdürler kurulu tarafından gerçekleştirilir. TTK'nın "*özden organ*" ilkesini⁹¹ terk etmesi nedeniyle, müdür ya da müdürlerin şirket sözleşmesinde gösterilmesi gerekmektedir⁹². Zira, TTK m. 623/f. 1'e göre, şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Yönetim ve temsil, müdür ya da birden fazla kişinin oluşturacağı müdürler kuruluna bırakılabilir (TTK m. 623/f. 1). Ancak en azından bir ortağın, şirketin yönetim ve temsil yetkisini haiz olması gerekir (TTK m. 623/f. 1).

⁸⁸ ŞENER, s. 29.

⁸⁹ GEREKÇE TTK, m. 368/f. 1.

⁹⁰ ŞENER, s. 31.

⁹¹ İlke ve ilkenin terk edilme nedeni için bkz. GEREKÇE TTK m. 623.

⁹² BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 675.

Şirketin birden fazla müdürü var ise, bunlardan biri, şirketin ortağı değilse bile, genel kurul tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanır (TTK m. 624/f. 1). Birden fazla müdürün varlığı halinde, kararlar oy çoğunluğuyla alınır (TTK m. 624/f. 3). Eşitlik halinde başkanın oyu üstün sayılır (TTK m. 624/ f. 3).

Türk Ticaret Kanunu m. 623/f. 3 uyarınca müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan, yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler. O halde, şirketin işletme konusunun elde edilmesi için gerekli olan her türlü iş ve işlemin yapılması ve kararların alınması görevi ve yetkisi, müdürlere aittir⁹³. Müdürlerin kanuna ve şirket sözleşmesine aykırı işlemlerinde ve görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiiller nedeniyle şirketin sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, şirketin bu kişilere rücu hakkı saklıdır⁹⁴.

Çalışmamız açısından önem arz eden husus, müdür/lerin, şirkete ait olan ticari işletmeyi devir yetkisini haiz olup olmadığıdır. Müdür/lerin yönetim ve temsil yetkisi, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü iş ve hukuki işlem olarak öngörülmüştür⁹⁵. Bu kapsamda limited şirket malvarlığına ait olan bir ticari işletmenin, müdür/ler tarafından devri mümkündür. TTK m. 629/f. 1'e göre, müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, anonim şirketlere ilişkin ilgili TTK hükümleri kıyas yolu ile uygulanır. TTK m. 629/f. 1'in, TTK m. 371'e atfı nedeniyle, anonim şirketlerde, TTK m. 538/f. 2 uyarınca yönetim kurulu için söz konusu olan, önemli miktarda aktiflerin toptan satılabilmesi için genel kurul kararının gerekliliği, limited şirketlerde de uygulama imkanı bulur. O halde, limited şirketlerde, ticari işletmenin devri, önemli miktarda aktiflerin toptan satışı kapsamında değerlendirilmesi halinde, devrin gerçekleşebilmesi için, genel kurul kararına ihtiyaç vardır⁹⁶. Bu durumda, genel kurulun, ticari işletmenin devrine onay vermediği hallerde, müdürler ticari işletmenin devrini gerçekleştiremez. Bununla birlikte, temsilin genel mantığı gereği, müdürler,

⁹³ GEREKÇE TTK m. 625/f. 1.

⁹⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 691.

⁹⁵ GEREKÇE TTK m. 625/f. 1.

⁹⁶ Aynı yönde ARICI, s. 110, dpn. 218.

limited şirketin sona ermesi sonucunu doğuracak şekilde, şirketin ticari işletmesini devretmeye yetkili değildir⁹⁷.

bbb) Ticari Temsilci Bakımından

Limited ortaklık bünyesinde bulunan ticari işletme için de, ticari temsilci atanabilir. TTK m. 631/f. 1 uyarınca, şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme söz konusu değilse, ticari temsilciyi atama yetkisi genel kurula aittir⁹⁸. Ayrıca genel kurul, ticari temsilcinin yetkilerini sınırlandırabilir (TTK m. 631/f. 1). Genel Kurul, ticari temsilci atama kararını, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alır (TTK m. 620/f. 1).

Türk Ticaret Kanunu m. 631/f. 1 uyarınca, ticari temsilci atama yetkisi, şirket sözleşmesinde, müdürlere de verilebilir⁹⁹. O halde, ticari temsilci atama yetkisinin, genel kurulun devredilemez yetkileri arasında olmadığını söyleyebiliriz¹⁰⁰. Şirket sözleşmesinde ticari temsilci atama yetkisi müdürlere verilmiş ise, ticari temsilcinin atanması için; tek müdürün olması halinde bu kişinin kararı, birden fazla müdür varsa, atama bakımından iç ilişkideki çoğunluk kararı gereklidir¹⁰¹.

Atanan ticari temsilci, nitelik olarak müdür olarak değil, ticaret/borçlar hukuku anlamında ticari temsilci olarak değerlendirilir. Ticari temsilci, limited şirketin bir organı değil, şirket işletmelerinin temsilcisi konumundadır. O halde, anonim şirketler bakımından, ticari temsilciler için yaptığımız değerlendirme, burada da geçerlidir. Bu durumda, limited şirket ticari işletmesi için atanan ticari temsilci, özel bir yetki verilmemiş ise, işletmenin elden çıkmasına yol açacak şekilde bir işlem yapamayacağı için, ticari işletme devri konusunda yetkili değildir.

⁹⁷ ARICI, s. 110.

⁹⁸ Limited şirketlerde ticari temsilciyi atama yetkisi, genel kurula aittir (Y. 12. HD 03.06.2014 T., 2014/13091 E., 2014/15948 K.).

⁹⁹ Ticari temsilci atanması, doğrudan şirket sözleşmesiyle yapılabileceği gibi, şirket sözleşmesinde kararlaştırılması halinde, bu yetki müdürlere de bırakılabilir (Y. 12 HD, 18.03.2014 T., 2014/4759 E., 2014/7653 K.).

¹⁰⁰ ŞENER, s. 33.

¹⁰¹ ŞENER, s. 34.

e) Hukuki Niteliği

aa) Genel Olarak

Bu bahiste, öncelikle belirtmek istediğimiz husus, ticari işletme devrinin iradi, sağlararası bir hukuki işlem olduğudur¹⁰². Devrin kapsamının belirlenmesi, devrin gerçekleşebilmesi için gerekli hukuki işlemler, tarafların iradeleriyle yapılır. Bu nedenle miras yoluyla külli halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşen ticari işletmenin devri, TTK m. 11 ve TBK m. 202 uyarınca gerçekleşen ticari işletmenin devrinden farklıdır¹⁰³.

bb) Malvarlığına Yaptığı Etkiye Göre

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 uyarınca devir kapsamına giren malvarlığı unsurlarının, zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadan devri, öğretide, devir sözleşmesinin malvarlığına yaptığı etkiye göre¹⁰⁴ hukuki niteliği hususunda tartışmalara yol açmıştır¹⁰⁵. Bu nedenle, söz konusu hukuki niteliği tespit ederken, TTK m. 11/ f. 3 düzenlemesi öncesi dönemde, öğretinin, bu konuya ilişkin değerlendirmelerine de yer vermemiz icap eder.

ACEMOĞLU¹⁰⁶, bir malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerini bir kerede, *uno actu*, devralana geçirecek bir tasarruf işleminin ne Alman hukuku ne de İsviçre-Türk hukukunda kabul edildiğine değinerek, devir sözleşmesinin, borcun nakli, alacağın temlikli sözleşmelerinden farklı olarak bir tasarruf işlemi değil, yalnızca borçlandırıcı

¹⁰² OSER, Hugo/SCHONENBERGER, Wilhelm: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, Zweite Umgearbeitete Auflage, Zürich 1929, s. 772, N. 7; BECKER, s. 836, N. 12; AYİTER, Mamelek, s. 51.

¹⁰³ AKÇAAL, s. 87.

¹⁰⁴ Malvarlığına yaptığı etkiye göre hukuki işlemler, “borçlandırıcı işlem” , “tasarruf işlemi” olarak ikiye ayrılır. Borçlandırıcı işlem, malvarlığının aktif unsurlarına dokunmaksızın, sadece pasifini, yani borçlarını artıran hukuki işlemlerdir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 46). Tasarruf işlemi ise, malvarlığındaki bir hakkı doğrudan etkileyen, bir ayni hak veya alacak hakkını ortadan kaldıran başkasına aktaran ya da malvarlığından çıkarmamakla birlikte bir ayni hakla kayıtlayan hukuki işlemlerdir. HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, 7. Bası, İstanbul 2013, s. 149, N. 29; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 46. O halde, bir saatin satımı hususunda tarafların anlaşması işlemi, borçlandırıcı işlem olarak, saatin alıcıya teslimi ve satış miktarının satıcıya ödenmesi, taraflar bakımından tasarruf işlemi olarak değerlendirilir.

¹⁰⁵ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 208, N. 394.

¹⁰⁶ ACEMOĞLU, s. 57, 58.

işlem olduğunu belirtmiştir. Yazarın, aktiflerin *uno actu* devir şeklinden bahsetmesi, TTK m. 11/f. 3 sonrası dönem için, bu konunun ele alınması bakımından önem arz etmektedir. TTK m. 11/f. 3 hükmü öncesi dönemde öğretideki hakim görüş¹⁰⁷, devir sözleşmesinin borçlandırııcı bir hukuki işlem olduğu yönündedir.

Konuyu TTK dönemi bakımından ele alan TEKİNALP¹⁰⁸, TTK m. 11/ f. 3 uyarınca, ticari işletmenin, onu meydana getiren malvarlığı unsurlarının, gerekli borçlanma ve zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadan, yazılı bir sözleşme ile bir bütün halinde devredilmesine dikkat çekerek, “*tasarrufî sözleşme*” olarak nitelediği devir sözleşmesinin tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte yazar TTK m. 11/ f. 3 kapsamındaki tescilin, kurucu nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

Öğretide bazı yazarlar¹⁰⁹ ise, devir sözleşmesini, kişiyi ticaret siciline başvurarak devir borcunu yerine getirme yükümlülüğü altına sokan borçlandırııcı işlem olarak nitelendirmişlerdir. Bu durumun temel gerekçesi ise, devir sözleşmesinin doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine bir değişiklik meydana

¹⁰⁷ Yazarlar, devredilen her bir unsur için, kanunlarda öngörülen devir usullerine göre, ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılması gerektiğini vurgulamışlardır. eTTK döneminde ticari işletmenin devrinde külli halefiyet söz konusu olmadığı için devir sözleşmesini borçlandırııcı işlem kabul etmek suretiyle borçlandırııcı işlem, tasarruf işlemi ayrımının açık olduğunu ifade etmişlerdir. İNAL, s. 77 vd., ARKAN, Ticari İşletme 2010, s. 42, 43; ARICI, s. 69; AKUĞUR, s. 26;

¹⁰⁸ TEKİNALP, Yeniden Düşünmek, s. 13; Aynı yönde ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 42.

¹⁰⁹ ERDEM, Ercüment: Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. I, 2013, s. 1006; ÖZ, s. 112; AYDIN, İlhan: “Ticari İşletme Kavramı, Unsurlar 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. 19; DEMİR, s. 114 vd; ARICI, devir sözleşmesini bir borçlandırııcı işlem olarak nitelemekle birlikte, TTK m. 11/ f. 3’te tescilin kurucu olduğuna yönelik bir ibarenin yer almamasının eksiklik olduğunu belirtmiştir. Yazar, hükümlerde açıklık bulunmadığı takdirde, TTK m. 36 uyarınca tescil ve ilan açıklayıcı olduğuna dikkat çekerek, TTK m. 11/f. 3 kapsamında tasarruf işlemi olduğunu düşündüğü tescilin, hükümde açıkça yer alması gerektiğini savunmuştur. (ARICI, s. 215).

getirmemesidir¹¹⁰. Devir sözleşmesi, devredene, devir konusu unsurların nakli hususunda sadece borç yükler¹¹¹.

KENDİGELEN'e göre, ticari işletmenin devri bakımından önemli olan husus, devir sözleşmesinin hukuki niteliğinden ziyade, ticaret siciline yapılacak tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğudur¹¹². Yazar, tescilin kurucu nitelikte olduğunu belirtip, devir sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem niteliği taşıdığı görüşünün daha tutarlı olduğunu ifade etmiştir¹¹³.

İlgili hükmün (FusG m. 73/f. 2) ve gerekçenin açık ifadesi nedeniyle, İsviçre hukukunda istisnasız kabul edilen görüşe¹¹⁴ göre, sicile tescil kurucu niteliktedir. Ancak devir sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe¹¹⁵ göre, devir sözleşmesi, sadece borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bir diğer görüşe¹¹⁶ göre ise, borçlar hukuku bileşenli tasarruf işlemidir.

¹¹⁰ TOPUZ, s. 63.

¹¹¹ TOPUZ, s. 63.

¹¹² Bu nedenle yazar, devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesine gerek görmemiştir. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 208, 209, N. 395.

¹¹³ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 209, N. 395.

¹¹⁴ BOTSCHAFT FusG, s. 4464; Envanterde düzenlenen aktif ve pasifler, malvarlığı devrinin ticaret siciline tescil edildiği anda kanun gereği devralan geçer. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 337; N. 866; Malvarlığının devri, ticaret siciline kayıtlı geçerlilik kazanır. SCHATZ, s. 46; Malvarlığının devri, devreden tarafından devrin ticaret siciline kurucu tescili tahtında sonuç verir. GERSBACH, Andreas: "Die Besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung", www.vondercrone.ch/publikationen, 17.02.2016, s. 27; BERETTA/VISCHER, s. 788, N. 23; AMSTUTZ, Marc/MABILLARD, Ramon: Fusionsgesetz (FusG), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008, s. 542, N. 7. Zira İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak sicile tescilin kurucu nitelikte olduğu FusG m. 73/f. 2'de açık bir şekilde ortaya konulmuştur. FusG m. 73/f. 2 uyarınca, malvarlığının devri, ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanır.

¹¹⁵ Zira devir, ilk olarak, ticaret siciline tescil ile hukuki etkinliğe kavuşur. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 327, N. 838; VOGEL, Alexander/HEIZ, Christoph/BEHNISCH, Urs R./SIEBER, Andrea: FusG Kommentar, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2012, s. 497, N. 15; Zira, malvarlığının devri, devir sözleşmesinin akdedilmesiyle gerçekleşmez. Devir sözleşmesinden sonra, devrin ifası talep edilebilir. Devrin ifası, ticaret siciline tescil ile yapılır. SCHUMACHER, s. 6

¹¹⁶ Devir sözleşmesinin amacı, ilk etapta bir ifa bir yükümlülük oluşturmak olmadığı, aksine bir hakkın devrine etki etmek olduğu için safi bir borçlandırıcı işlem değildir. Devir sözleşmesi, doğrudan tasarruf

Öncelikle tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem arasındaki ayrımı ortaya koymak gerekmektedir. Borçlandırıcı işlem, malvarlığının pasifinde artma oluşturan, hak konusu şeye doğrudan etki yapmayan, sadece borç ilişkisini kurmaya yarayan hukuki işlemdir¹¹⁷. Bir başka ifadeyle, borçlandırıcı işlem, kazandıran için sırf borç ve kazanan için alacak hakkı doğuran işlemdir¹¹⁸. Borçlandırıcı işleme konu olan şey üzerinde, sahibinin tasarruf yetkisi devam eder. Örneğin, satış sözleşmesine konu olan bir saat, alıcısına teslim edilmemiş ise, satıcı bu saat için başka bir kişiyle satış sözleşmesi akdedip, saati devredebilme hakkını haizdir. Burada borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesini, saatin teslimi olan tasarruf işlemi takip etmesi ile, söz konusu saat satıcının malvarlığından çıkmış olacaktır¹¹⁹. Borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesi ise, taraflara karşılıklı edimlerin ifası için borç yüklemektedir. HATEMİ'nin ifadesiyle tasarruf muamelesi, bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, bir aynı hak veya alacak hakkını ortadan kaldırma ve başkasına aktarma suretiyle malvarlığından çıkaran, yahut çıkarmamakla birlikte bir aynı hakla kayıtlayan hukuki muamelelerdir¹²⁰. Tasarruf işlemi ile malvarlığının aktif kısmı azalmakta iken, borçlandırıcı işlem ile pasif kısmı çoğalmaktadır¹²¹. Tasarruf işlemi gerçekleştikten sonra, tasarruf işlemi yapan kişinin o şey üzerinde tasarruf yetkisi de sona erer.

Ticari işletmenin devrinde, devrin aşamalarını devir sözleşmesi, gerekli ise Rekabet Kurulu'ndan izin, tescil ve ilan oluşturur¹²². Devir sözleşmesi, ticari işletmenin devrinin gerçekleşebilmesi için taraflara borç yükler. Devir konusu ticari işletmenin malvarlığı unsurları, devir sözleşmesi ile birlikte devralan kişiye geçmemektedir. Bu unsurların devralanın malvarlığına intikali, ticaret siciline yapılan tescil ile birlikte gerçekleşecektir. Bir başka ifadeyle, tescilden önce söz konusu unsurlar devralanın

işlemini başlatmasa da, tasarruf işleminin bertaraf edilemez –özel bir sözleşme ile ortadan kaldırılamaz- bir parçasıdır. MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 659, N. 2.

¹¹⁷ İNAL, s. 78.

¹¹⁸ HATEMİ, Hukuka Giriş, s. 149, N. 29.

¹¹⁹ Çoğu zaman borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemi hazırlayan, ön işlemlerdir. AYİTER, Tasarruf Muameleleri, s. 87.

¹²⁰ HATEMİ, Hukuka Giriş, s. 149, N. 30.

¹²¹ AYİTER, Tasarruf Muameleleri, s. 88.

¹²² Anonim ve limited şirketlerde uygulama imkanı bulan TTK m. 538/f. 2 hükmü uyarınca, önemli miktarda aktif niteliğindeki ticari işletmenin, satılması/devredilmesi halinde gerekli olan genel kurul kararını da, ticari işletmenin devri aşamaları arasında değerlendirebiliriz.

malvarlığına dahildir ve devralan bu unsurlar üzerinde tasarruf yetkisini haizdir. Öyle ki, devir sözleşmesinden sonra, sözleşmenin devreden tarafı ticari işletmesini başka bir kişiye devredebilir. Bu nedenle, devir sözleşmesini ticari işletmenin devrini hazırlayan borçlandırıcı bir ön işlem olarak ifade edebiliriz. Öğretide, devir sözleşmesinin hukuki niteliğini tartışmaya açan etken TTK m. 11/f. 3 hükmü ile ticari işletmenin devrinde - kısmi- külli halefiyet ilkesinin benimsenmesidir. Yazarlar, TTK m. 11/f. 3'ün lafzından yola çıkarak, ticari işletmenin aktif unsurlarının bir bütün halinde devredilebilmesi imkanının getirilmesi ile devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğunu belirtmişlerdir. Kanaatimizce, devir sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından, eTTK ve TTK döneminde bir farklılık yoktur. Ticari işletme malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadan bir bütün halinde devredilmesi imkanında, devir yine tescil ile gerçekleşecektir. Tescil gerçekleşmeden, ticari işletmenin malvarlığı unsurları, devralana intikal etmez. Değişen temel şey, ticari işletmenin devri için, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescilini yeterli kabul edip, tasarruf işlemlerinin sayısını azaltmaktır. Bu şekilde, ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılıp, hız kazanması amaçlanmıştır. Tasarruf işleminin devir sözleşmesinin tescili ile gerçekleşmesi, devir sözleşmesinin, tasarruf işlemi niteliğinde olduğu anlamına gelmez. Sonuç olarak, ticari işletmenin devrinde devir sözleşmesini, ticari işletmenin devrini hazırlayan borçlandırıcı bir ön işlem olarak ifade edebiliriz.

Devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olarak sayılmasının önemli bir sonucu, sözleşmenin akdedilmesinden ticaret siciline tescil anına kadar geçen sürede ticari işletme malvarlığına giren hak ya da borçların devir kapsamında olmasıdır. Öyle ki, henüz sahip olunmayan hatta mevcut olmayan haklar, taahhüt konusu olabilir.¹²³

cc) Asli Edim Yükümlülüğü Bakımından

Ticari işletmenin devri, satış, bağışlama, trampa, ortaklık, ölünceye kadar bakma gibi değişik sözleşme türleri temelinde yapılabilir. Bu sözleşme türleri içerisinden uygulamada en sık karşılaşılanı, satış sözleşmesidir¹²⁴. Öyle ki, Alman ve İsviçre

¹²³ ÖZ, s. 112.

¹²⁴ BUCHLI, s. 30; Özel hukukta her şeyden ticari işletme terimi, ticari işletmenin satışı ile bağlantılı olarak kullanılır. Ticari işletme satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. HORN, s. 7; ARICI, s. 65.

hukuklarında işletme devirleri, “*işletme satımı*” başlığı altında ele alınmaktadır. Bu nedenle, konuyu öncelikle satış sözleşmesi açısından değerlendirmek istiyoruz.

Satış sözleşmesi olarak anılacak şekilde özleşen ticari işletme devri sözleşmesi, teknik anlamda satış sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı, öğretide tartışma konusu olmuştur. EBK m. 182/f. 1’de satış sözleşmesinin konusunun bir mal olduğunu öngörülmekteydi. Bu hükme karşın, öğretide bazı yazarlar, hukuken mal niteliğini haiz olmayan şeylerin de satış sözleşmesine konu olabileceğini ifade etmişlerdir¹²⁵.

Devir sözleşmesinin, satış sözleşmesi olarak değerlendirilebileceği görüşüne katılan ÇELİKBOYA, yine de bu kabulün tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir. Yazar, müşteri çevresinin devrinin devreden yapmama borcu yüklemesi ve ticari işletmeyi devralanın borcunun para borcu olmasının zorunlu olması hususlarını, devir sözleşmesinin satış sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin uygunluğu bakımından incelemiştir¹²⁶. Sonuç olarak yazar, hukuki niteliğin bu anlamda tespiti için, ilgili devir sözleşmesi ile tarafların üstlendikleri edimlere bakılmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Ticari işletmeyi devreden kişinin asli edimi bir yapma ya da yapmama borcu değil, yalnızca bir devir borcu olmalı ve devralanın karşı edimi bir miktar paranın ödenmesi olmalıdır. Bu iki şartı varlığı halinde, ticari işletmenin devri sözleşmesi, satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilir¹²⁷.

İsviçre hukuku açısından da konuya ilişkin farklı değerlendirmeler söz konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi de, konu özelinde farklı kararlar vermiştir. Federal Mahkeme, bazı kararlarında lokanta, modaevi veya kasap dükkanının bir bütün olarak satış sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğine hükmetmiştir¹²⁸. Federal Mahkeme bir diğer kararında ise, ticari işletme devri sözleşmesinin, satış sözleşmesi niteliğinde olmadığını, kendine özgü (“*sui generis*”) bir sözleşme olduğunu tespit etmiştir¹²⁹. Öğretide bir görüşe¹³⁰ göre ise, haklar ve alacaklar “satış sözleşmesinin konusu” teriminin kapsamına girmektedir. Bu nedenle, haklar ve borçlardan oluşan malvarlığı da

¹²⁵ ARICI, s. 65; ÇELİKBOYA, s. 82.

¹²⁶ Konuya ilişkin bkz. ÇELİKBOYA s. 82 vd.

¹²⁷ ÇELİKBOYA, s. 84.

¹²⁸ BGE 91 II 353, BGE 88 II 410, BGE 63II 77, ARICI, s. 71.

¹²⁹ BGE 129 III 18, ARICI, s. 71

¹³⁰ BUCHLI, s. 30.

satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. O halde, özel bir malvarlığı olan ticari işletme de satış sözleşmesine konu olabilir.

Eski Borçlar Kanunu m. 182/f. 1’de satış sözleşmesinin konusunun bir mal olduğu belirtilmiştir. eTK döneminde, ticari işletme devri cüzi halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşmekteydi. Bu iki bilginin ışığında ticari işletme devri eski dönem uygulaması bakımından, devir sözleşmesinin, satış sözleşmesi olarak nitelendirilip, nitelendirilemeyeceği hususuna değinmek istiyoruz. Öncelikle şunu ifade edelim, sözleşmeler, edimlerin ifası noktasında taraflara borç yükler. TTK m. 11/f. 3 öncesi dönemde ticari işletme devrinde, devir sözleşmesinde belirtilen malvarlığı unsurları, kanunlarda öngörülen kendilerine özgü devir usulleri uyarınca devralana intikal ediyordu. Bu durumda, devir sözleşmesi ile birlikte, devir kapsamında yer alan ticari işletme malvarlığı unsurlarının -bir bakıma- ayrı ayrı satışı gerçekleşebiliyordu. Bu nedenle kanunda geçen mal ibaresini, eşya hukuku anlamında bir eşya olarak değerlendirmek yerine, satışa konu olabilecek iktisadi bir bütünlüğü de kapsayan değerler olarak ele almak gerekir.

Eski Borçlar Kanunu m. 182/f. 1’de geçen, “*satılan mal*” ifadesi, TBK m. 207/f. 1’de “*satılan*” olarak düzenlenmiştir¹³¹. TTK m. 11/f. 3 uyarınca da, ticari işletme devrinde aktiflerin geçişi, kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca, bir bütün halinde gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Satış sözleşmesine, konu oluşturacağını düşündüğümüz iktisadi bir bütünlük olan ticari işletmenin, bu düzenleme ile birlikte, adeta bir hukuki obje olarak ele alınması yaklaşımı, bu anlamda, ticari işletmenin satış sözleşmesine konu olabileceği yaklaşımını güçlendirmiştir. Bu nedenle ticari işletmenin bir mal olarak nitelendirilemeyeceği nedeniyle, satış sözleşmesine konu olamayacağı görüşüne katılamıyoruz.

dd) Borçlar Hukuku Kurumları Bakımından

Ticari işletmenin devri, birçok borçlar hukuku kurumunun işlevini görecektir şekilde dizayn edilmiş borçlar hukuku temelli, özellikle TTK m. 11/f. 3 ile birlikte, ticaret hukuku kurumudur. Gerçekten, ticari işletmenin devri ile birlikte, borçların nakli,

¹³¹ Hükümde geçen, “*satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme*” ibaresi, “*satılan*” ibaresinin bir mal niteliğinde olduğu tartışmalarını gündeme getirebilir ise de, kanaatimizce ticari işletme, hüküm anlamında “satılan” olarak değerlendirilebilir.

alacakların devri, sözleşmelerin devri sağlanabilmektedir. Ayrıca kurum, içinde müteselsil sorumluluk ve genel anlamda halefiyet ilkelerini de barındırmaktadır. Yine bu kurum, devralan tarafından TBK m. 202 gereği yapılan devrin ilanı neticesinde, devreden devralan ile birlikte iki yıllık müteselsil sorumluluğunu öngördüğü için, kanuni borca katılma hali olarak da değerlendirilebilecektir.

f) Kapsamı

aa) Devir Kapsamının Tayininde İşlevi Olan İlkeler

aaa) İşletme Bütünlüğü ve Devamlılığı İlkesi

Ticari işletmenin kapsamının belirlenmesine hakim olan temel ilkeler olarak işletme bütünlüğü ve devamlılığı ilkelerini gösterebiliriz. TTK m. 11/f. 3'te ticari işletmenin ancak bütünlük arz edecek şekilde devredilebileceği emredici olarak düzenlenmiştir. Bütünlük ilkesinin amacı, ticari işletmenin iktisadi bir kül, organizasyon olma yapısını muhafaza ederek faaliyetlerine kesintisiz devam edebilmesini sağlamaktır. Ticari işletmenin faaliyetleri sonucu doğan işletme değeri, bütünlük ilkesi ile korunmuş olmaktadır.

Bütünlük ilkesine uygun devir işleminden kasıt, ticari işletmenin tüm malvarlığı ile devredilmesi değildir. Ticari işletme, kısmi külli halefiyet gereği belirli malvarlığı unsurları devir kapsamı dışında bırakılmak suretiyle devredilebilir. Önemli olan kapsam dışında bırakılan malvarlığı unsurlarının, ticari işletmenin iktisadi bir kül, organizasyon olma yapısını etkilememesidir. Bu özelliğini yitiren bir yapı ticari işletme olarak nitelendirilemeyeceğinden, TTK m. 11/f. 3'ün ticari işletmeler özelinde düzenlediği hüküm, bu yapı için uygulama imkanı bulamaz. Ticari işletme bütünlüğünün tespiti, her bir ticari işletme özelinde yapılmalıdır.

Bütünlük ilkesinin amacı ve dolayısıyla sonucu olan ticari işletmenin devamlılığı ilkesi de, ticari işletme devri nedeniyle faaliyetlerine devam edebilme yetisinin kaybolmamasını ifade eder. Ticari işletmenin devrinde, devrin amacı ticari işletmenin sahipliğinin el değiştirmesidir. Devir işlemi söz konusu olsa dahi, ticari işletme faaliyetlerine kesintisiz olarak devredebilmelidir. Ticari işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesi için de, iktisadi bir organizasyon olma yapısının muhafaza edilmesi gerekir.

bbb) Külli Halefiyet İlkesi Gereği İrade Serbestisi ve Esneklik İlkesi

Ticari işletmenin devrine de uygulanan kısmi külli halefiyet ilkesinin hakim olduğu, FusG'nin malvarlığının devrine ilişkin hükümleri (m. 69-77), İsviçre hukukunda adeta yeniden yapılandırma hukukunun genel hükmü işlevi görmektedir. Öyle ki, malvarlığı devri hükümleri, taraflara devir konusunu belirleme serbestisi ve hatta tek bir malvarlığı değerinin devrine de imkan tanımaktadır¹³². Hal böyle olunca, kanun gereği bölünme ve birleşme hükümlerinin uygulanamaması halinde, taraflar malvarlığının devri hükümleri uyarınca ihtiyaçlarını giderebilmektedirler.

Türk hukukunda ise, irade serbestisi ve esneklik, kısmi külli halefiyet ile sağlanmaya çalışılmıştır. Devir tarafları, bütünlük ilkesine riayet etmek koşuluyla diledikleri ticari işletme malvarlığı unsurlarını devir kapsamı dışında bırakabilirler. Bu nedenle, tarafların devir kapsamını tayininde iradelerini sınırlayan en temel unsur, bütünlük ilkesidir.

bb) Malvarlığı Unsurlarının Ticari İşletmeye Dahil Olması Gerekliliği

Malvarlığı unsurlarının, kısmi külli halefiyet (TTK m. 11/f. 3) uyarınca devredilebilmesi için, ticari işletme malvarlığı içinde yer alması gerekir¹³³. TTK m. 11/f. 3'ün kaleme alınışı da bu görüşü doğrular niteliktedir. Ticari işletme sahibinin malvarlığı içinde, özel bir malvarlığını teşkil eden ticari işletmeye tahsis edilen, malvarlığı unsurları, ticari işletmeye dahil sayılmalıdır. Bu unsurlar, ticari işletme faaliyetleri ile süreklilik arz edecek şekilde sıkı bir bağa sahiptir¹³⁴. Bir malvarlığı unsurunun ticari işletmeye dahil olup olmaması hususu, her bir somut durum özelinde değerlendirilmelidir. Tüm bu genel ifadelerin yanında, TTK m. 64/f. 1 uyarınca tutulan defterler ve TTK m. 66/f. 1, 2 uyarınca çıkarılan envanterler de, ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarını somut bir şekilde ortaya koyabilecek niteliktedir.

ARICI'ya¹³⁵ göre, bir malvarlığının ticari işletmeye dahil olması tamamen işletenin iradesine bağlı olup, fiilen ticari işletmede kullanılması zorunlu değildir. Bu görüşün

¹³² SCHUMACHER, s. 119.

¹³³ AKÇAAL, s. 104, TOPUZ, s. 44; ÇELİKBOYA, s. 86.

¹³⁴ ÇELİKBOYA, s. 88.

¹³⁵ ARICI, s. 38. ARICI'nın bu görüşünü ticari işletmenin devrinde cüz'i halefiyet geçerli olduğu dönemde ileri sürdüğü unutulmamalıdır.

kabulü, ÇELİKBOYA'nın¹³⁶ da haklı olarak belirttiği gibi, ticari işletmenin devri için getirilmiş olan kısmi külli halefiyet ilkesinin amacı dışında kullanılması sonucunu doğurabilir. Bir başka ifadeyle, bu görüşün kabulü, ticari işletme devrinin kötüye kullanılmasının yolunu açabilir.

cc) Devir Kapsamının Belirlenebilmesi Sorunu

aaa) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda, ticari işletme devrinde, devredilecek unsurların, devir sözleşmesinde belirtilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. TSY m. 133/f. 2-b'de ise, devir sözleşmesinde, devrin kapsamı dışında bırakılan unsurların yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ticari işletmenin devrine hakim olan bütünlük ilkesinin bir yansıması olup, devredilecek unsurların tam anlamıyla belirlenebilmesine hizmet etmez. Zira, devralanın, ticari işletme malvarlığı içerisindeki unsurları tam anlamıyla biliyor olması oldukça güç bir ihtimaldir. İşletmenin yapısına göre, devreden de, işletme malvarlığı unsurlarını tam anlamıyla bilmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle, devir kapsamını, devir kapsamı dışında bırakılacak unsurlardan yola çıkarak tespit etmek her zaman için mümkün olmayacaktır. O halde, TSY m. 133 de, devir kapsamının belirlenmesinde yetersiz kalacaktır¹³⁷. Devredilecek unsurların neler olduğunun, ticari işletme devri kapsamında belirtilmesi zorunluluğunun öngörülmemesi, devir kapsamına ilişkin uyumsuzlıklarda önemli bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3, devir kapsamını tayin ederken, sürekli olarak ticari işletmeye özgülenen unsurların aksi belirtilmedikçe, devir kapsamında olduğunu belirtmiştir. “Sürekli olarak ticari işletmeye özgülenmek” kriterinin tespiti de, oldukça güçtür. Dolayısıyla bu durum da, devir kapsamının tespitini zorlaştırmaktadır.

Bütünlük ilkesi, ticari işletmenin devrine hakim olan temel ilkedir (TTK m. 11/f. 3; TSY m. 133/f. 1). Bu ilkenin çiğnenmesi durumunda, geçerli bir ticari işletmenin devrinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bütünlük ilkesinin varlığı da, devir kapsamında yer alacak unsurlara göre tespit edilecektir. Hal böyle iken, devredilecek

¹³⁶ ÇELİKBOYA, s. 89.

¹³⁷ ÇELİKBOYA, s. 95.

unsurların devir sözleşmesinde belirtilmesinin zorunlu tutulmaması, ticari işletme devrinin geçerliliğine etki edecek niteliktedir.

Mevcut durumda, tarafların, devir kapsamına ilişkin bir uyuşmazlığın doğmaması adına, devredilecek unsurların neler olduğunu, devir sözleşmesinde belirtmeleri yerinde olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda olduğu gibi, devredilecek unsurların, taraflarca bilinebilmesi, devre açıklık ve şeffaflık kazandırılması ve dolayısıyla ticari işletme devrinin sağlıklı bir şekilde yapılması için, devrin, devredilecek unsurların belirtildiği bir envantere dayalı olarak yapılması düşünülebilir.

bbb) Siciller Arası İşbirliği Bakımından

Ticari işletmenin bir bütün halinde devrinin olumsuz sonuçlarını önlemek adına, TSY m. 135/f. 5'te, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan mal ve hakların, tapu, gemi, fikri mülkiyet sicilleri ve benzeri sicillerdeki kayıtlarının devralan adına tescilinin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilmesi öngörülmüştür. Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ de, ticari işletmenin devri neticesinde sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hak sahipliklerinin, ilgili sicillerde düzeltilmesi amacı ile çıkartılmıştır.

Gerçekten de, ticari işletmenin devri kurumunun TTK m. 11/f. 3 ile yeniden yapılandırılması sonucu, en önemli değişiklik, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte aktiflerin bir bütün halinde devredilmesi olmuştur. Bu durum, sicile güven ilkesi nedeniyle, olumsuz sonuçlara gebe dir. Bu olumsuz durumun bertaraf edilmesi için de siciller arası işbirliğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu bahiste, asıl değ inmek istediğimiz husus, ticari işletmenin devrinde devredilecek unsurların, devir sözleşmesinde belirtilmesi zorunluluğu söz konusu olmadığı için, ticaret sicil müdürlüğünün diğer sicillere gerekli bildirimini nasıl yapacağına ilişkin olacaktır. Eş söyleyişle, ticaret sicil müdürlüğü, ticari işletme devri kapsamında hangi unsurların olduğunu bilmiyorsa, devir kapsamında mal ve haklara ilişkin ilgili sicillere bildirimini nasıl yapacaktır? Ticaret sicil müdürlüğü, söz konusu bilgiden yoksun olması nedeniyle, -gerekli- bildirimleri yapamayacaksa, ticari işletmenin devrinde aktiflerin bir bütün halinde devrinin olumsuz sonuçlarını nasıl önleyecektir?

Tebliğ m. 5/f. 1-a’da, ticari işletmenin devrinde, ilgili sicillere bildirilecek hususlar arasında, “*mülkiyet değişikliğine konu olan mal ve hakların ilgili sicillerdeki kayıtlarına ilişkin bilgileri*” yer almaktadır. Ticari işletme devri kapsamında, devredilecek unsurların belirtilmesi zorunluluğu öngörülmediğinden, devir taraflarının gerekli bilgileri ticaret sicil müdürlüğü ile paylaşmaması halinde, hükümde geçen mülkiyet değişikliğine konu olan mal ve hakların tam anlamıyla tespiti ve dolayısıyla ilgili sicillere bildirimini mümkün gözükmemektedir. Bu durum da, ticari işletmenin aktiflerinin bir bütün halinde devri nedeniyle doğacak tehlikelerin varlığını sürdürmesi anlamına gelmektedir. Kanaatimizce, ticaret sicil müdürlüğü bu tehlikeyi nispeten bertaraf etmek için, tescilden önce devredilecek unsurların listesini talep etmelidir. Bir diğer çözüm olarak akla gelebilecek, ticaret sicil müdürlüğünün bütün sicillere gerekli bildirimleri yapması, çalışma verimliliğini düşürecek ve gereksiz masraflara yol açacaktır. Sonuç olarak, devredilecek unsurların, ticari işletmenin devri kapsamında öngörülmesi, söz konusu tehlikenin de bertaraf edilmesine katkı sağlayacaktır.

ccc) Kanun Koyucunun Bakış Açısı

Kanun koyucunun, devir sözleşmesinde, devredilecek unsurların belirtilmesi zorunluluğunu öngörmemesi, ticari işletmenin devri kurumuna sürat kazandırma ve işlerlik kazandırma amaçlarından kaynaklanmış olabilir. Zira ticari işletmenin devri kapsamının belirlenirken, devre konu olacak unsurların gösterilmesindense hangi unsurların devir kapsamı dışında bırakıldığının gösterilmesi daha kolay olacaktır. Ayrıca büyük ticari işletmeleri düşünecek olursak, tarafların devir kapsamına katmak istedikleri unsurların hepsini tespit etmeleri oldukça güçtür. Halbuki taraflar devir kapsamında olmasını istemedikleri hususları, rahatlıkla devir sözleşmesine yansıtabilirler. Bu nedenle kanun koyucunun bu yaklaşımının, ticari işletmenin devri kurumu için önemli hususlar olan, ticari işletmenin bütünlük ilkesi kapsamında devri ve ticari işletmenin devri kurumuna sürat kazandırarak, kuruma işlerlik kazandırma amaçlarına uygun olduğunu söyleyebiliriz.

ddd) İhtimallere Göre Devir Kapsamının Belirlenmesi

Türk Ticaret Kanunu’nda ticari işletme devir sözleşmesinde, devir kapsamındaki ticari işletme malvarlığı unsurlarının yazılması zorunluluğuna ilişkin bir hüküm

öngörülmemiştir. TTK m. 11/f. 3'teki kabule göre, aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesi, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerir. TSY m. 133/f. 2'ye göre, devir kapsamı dışında tutulan ticari işletme malvarlığı unsurlarının, devir sözleşmesinde yer alması gerekmektedir. Tüm bu hükümler ışığında ihtimallere göre, ticari işletme devri kapsamının neye göre belirleneceğine değinelim.

Taraflar, ticari işletmenin devri sözleşmesinde, malvarlığı unsurlarına ilişkin hiçbir açıklama getirmemişler ise, devir sözleşmesinin kapsamı TTK m. 11/f. 3'teki kabule göre belirlenecektir. O halde, böyle bir durumda, devir sözleşmesi, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen ticari işletme malvarlığı unsurlarını içerir. Örneğin, devreden ticari işletmeye sürekli olarak özgülenen bilgisayarın, aslında devir kapsamı dışında olduğunu iddia etmesi sonuç doğurmayacaktır.

Taraflar devir sözleşmesinde devredilecek unsurları liste halinde belirtmişlerse ve devir kapsamı dışında tutulan unsurlar sözleşmede belirtilmemişse, TTK m. 11/f. 3'teki kabul yine geçerli olacaktır. O halde, devir, devredilecek unsurları gösteren liste kapsamında değil, TTK m. 11/f. 3 kapsamında gerçekleşecektir. Zira TTK m. 11/f. 3 anlamında aksinin belirtilmesi, TSY m. 133/f. 2'deki devir sözleşmesinin kapsamında olmayan unsurların devir sözleşmesinde yazılması ise sağlanır. Devredilecek unsurları gösteren liste ise, ancak ispat aracı olarak kullanılabilir.

Taraflar devir sözleşmesinde devredilecek unsurları liste halinde belirtirken, sadece bu unsurların devir kapsamında olduğunu belirtmeleri durumunda da, TTK m. 11/f. 3'teki kabul geçerli olacaktır. Sadece belirtilen unsurların devir kapsamında olduğunun belirtilmesi, bir an için TTK m. 11/f. 3'teki aksinin belirtilmesi anlamına geldiği düşünülebilirse de, kanaatimizce TTK m. 11/f. 3'teki aksinin kararlaştırılması, TSY m. 133/f. 2'de öngörülen ve devir sözleşmesinde bulunması zorunlu unsurlar arasında sayılan, devir kapsamı dışındaki unsurların belirtilmesi ile sağlanır.

Şayet taraflar devir sözleşmesinde, hem devredilecek unsurları hem de devir kapsamı dışında kalan unsurları belirtmişler ise, bu durumda devrin kapsamı TTK m. 11/f. 3'teki kabul ve devrin kapsamı dışında kalan unsurların dikkate alınmasıyla

belirlenecektir. O halde, devrin kapsamı, TTK m. 11/f. 3'teki kabulden, devrin kapsamı dışındaki unsurların çıkarılması sonucu tayin edilecektir.

eee) İsviçre Uygulaması: Envantere Dayalı Devir

İsviçre hukukunda ticari işletmenin devri envanter kapsamında gerçekleşmektedir (FusG m. 71, m. 73/f. 2). Bir başka ifadeyle, ticari işletme, envanterde öngörülen aktif ve pasifleri ile devredilir, envanterde yer almayan bir unsurun devri söz konusu değildir¹³⁸. Hukuk ve işlem güvenliğinin tesisi adına, devir envanterinde aktif ve pasiflerin açıkça tanımlanması gerekir (FusG m. 71/f. 1-b) ¹³⁹. Taşınmazlar, kıymetli evrak ve gayri maddi değerler teker teker gösterilmelidir (FusG m. 71/f. 1-b). Ayrıca malvarlığının devri ile devredilen iş ilişkilerinin listesi de, envanterde yer almalıdır (FusG m. 71/f. 1-e). Hükmün lafzından, bu unsurlar dışındaki diğer unsurların genel olarak belirtilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, genel olarak belirtilen unsurların belirlenebilir olması gerekir¹⁴⁰.

Devredilen malvarlığının envanterde gösterilmeyen aktif unsurları, devredende kalır (FusG m.72/f. 1)¹⁴¹. Kanunda sadece aktif unsurlar için öngörülen bu kural, öğretide, pasifler için de kabul edilmektedir¹⁴².

¹³⁸ SCHUMACHER, s. 7.

¹³⁹ FRICK, Joachim (BAKER&McKENZİE): Fusionsgesetz, Stämpfli Verlag, Bern 2015, s. 485, N. 3a.

¹⁴⁰ MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 664, N. 2.

¹⁴¹ Net olmayan, belirsiz kararlaştırmalarda, aktifin devir kapsamında olduğu şüphesi doğmuş ise, şüpheli aktifler, FusG m. 72 gereği, devredende kalır. LOSER-KROGH, Peter: "Die Vermögensübertragung: Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes", in: AJP 2000, S. 9, s. 1100; Bu düzenleme hukuki güvenliği tesis eder. BERETTA/VISCHER, s. 778, N. 1; AMSTUTZ/MABILLARD, s. 540, N. 10.

¹⁴² Kanun, bu konuda envanterde belirtilmemiş yükümlülükler (pasiflerin) ilişkin açık bir hüküm öngörmemiştir. FusG m. 72 uyarınca, envanterde belirtilmeyen aktifler için geçerli olan kural, pasifler için de geçerli olmalıdır. Bu da demek oluyor ki, envanterde düzenlenmeyen pasifler, devredende kalır. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 360, N. 927; MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 665, N. 3; GERSBACH, s. 24; LOSER-KROGH, s. 1106; WEBER, Philippe: "Die Vermögensübertragung", Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, KELLERHALS/Andreas, LUGINBUHL, Jürg (Hrsg), Zürich 2004, s. 145; , von SALIS, s. 417; von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 362, N. 931.

FusG m. 72, m. 71/f. 1 ve m. 73/f. 2 birlikte okunmalıdır. Bu hükümlerden çıkan sonuç, sadece envanterde listelenmiş ve açıkça tanımlanmış malvarlığı değerleri, ticaret siciline tescil ile devredilir.¹⁴³

FusG m. 71/f. 1-c uyarınca devredilen aktif ve pasiflerin toplam değeri, envanterde belirtilmelidir¹⁴⁴. Hemen belirtelim, her bir aktif ya da pasifin karşısında değerlerinin yazılması zorunlu değildir¹⁴⁵. Toplam değer in öngörülmesi, envanterin aktif bakiyenin tespiti ve dolayısıyla devrin geçerliliğinin tespiti bakımından önem arz eder. Zira, malvarlığının devri/ticari işletmenin devri, sadece envanter aktif bakiye içeriyorsa geçerlidir (FusG m. 71/f. 2). Toplam değer in öngörülmesi, devredilen aktifin %5'den fazla olması halinde, bildirim yükümlülüğünün öngörüldüğü FusG m. 74/f. 3 'ün uygulanması bakımından da oldukça önemlidir¹⁴⁶. Ticaret sicil müdürlüğü, belirtilen değerleri kontrol etmeye yetkili değildir¹⁴⁷.

Devir kapsamında kararlaştırılan, karşı ifa da envanterde belirtilmesi gerekir (FusG m. 71/f. 1-d).

fff) Değerlendirmemiz

Devredilecek unsurların, devir sözleşmesinde belirtilmesinin zorunlu kılınmamasının, devir sözleşmesinin kapsamını belirsizleştirebileceğini, ayrıca bu durumun ticaret sicilinde siciller arası işbirliği bakımından olumsuz bir duruma yol açacağını tekrardan belirtelim.

Kanun koyucunun da, söz konusu zorunluluğu öngörmeyerek, ticari işletmenin devri kurumuna sürat ve işlerlik kazandırmak, devrin bütünlük ilkesine uygun olarak dizayn etmek amacında olabileceğini de düşünebiliriz.

¹⁴³ MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 664, N. 2.

¹⁴⁴ BOTSCHAFT FusG, s. 4460;SCHUMACHER, s. 84; CHAMPEAUX, Christian (SIFERT, Rino/TURIN, Nicholas): Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, s. 1185, N. 26.

¹⁴⁵ BOTSCHAFT FusG, s. 4463; von SALIS, s. 417; GERSBACH, s. 24; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 500, N. 14; SCHUMACHER, s. 84; CHAMPEAUX (SIFERT/TURIN), s. 1185, N. 26.

¹⁴⁶ FRICK (BAKER&McKENZIE), s. 486, N. 4; von SALIS, s. 417; VISCHER, s. 228, 229; AMSTUTZ/MABILLARD, s. 537, N. 7.

¹⁴⁷ VISCHER, s. 229.

Hal böyle olunca da, hem mevcut durum için, hem de olması gereken hukuk bakımından görüşlerimizi paylaşmak ihtiyacı hasıl olmuştur. Mevcut hukuki düzende, kanaatimizce, kurumun hukuk düzenine uygun bir şekilde işlemesi için, taraflar hem devredilecek unsurların gösterildiği bir liste hazırlamalılar hem de devir kapsamı dışında tuttukları unsurları devir sözleşmesinde belirtmelidirler. Bu sayede, devrin kapsamı TTK m. 11/f. 3'teki kabul ve devir sözleşmesinde belirtilen devir kapsamı dışında tutulan unsurlara göre belirlenecektir. Devredilecek unsurları gösteren liste de, hem bir uyuşmazlıkta ispat aracı olarak kullanılabilir, hem de ticaret sicil müdürünün diğer sicillere yapacağı gerekli bildirimler için kullanılabilir. Eş söyleyişle bu liste, hak kayıplarını önleyici işleve sahip olabilir. En azından, hukuki güvenliğin zedelenmemesi adına, ticaret sicil müdürlüğü, sicillere bildirim gerektiren unsurların devir kapsamında ise ticaret siciline bildirilmesi gerektiğine ilişkin uyarıyı devir taraflarına yapmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu m. 66/f. 1 uyarınca tacirlerin tutmakla yükümlü olduğu envanter ile TSY m. 133/f. 2 uyarınca devir kapsamında yer almayan ticari işletme malvarlığı unsurlarının devir sözleşmesine yazılması zorunluluğu nedeniyle devir sözleşmesi birlikteliğinde, devir kapsamı tayini yapılabilir.

dd) TSY m. 133/f. 2 Gereği Devir Sözleşmesinde Bulunması Gereken Unsurlar

Son olarak değinmek istediğimiz husus, devir sözleşmesinin içermesi gereken unsurları öngören TSY m. 133/f. 2 hükmüdür. TTK m. 11/f. 3, devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiğine değinmekle yetinmiş, devir sözleşmesinde hangi unsurların yer alması gerektiği ile ilgili bir açıklama yapmamıştır. Bu eksiklik TSY m. 133/f. 2 hükmü ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu hükme göre;

- Tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile tebligat adresi,
- Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları,
- Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan,

- Ticari işletmenin satış fiyatı¹⁴⁸ ve ödeme şartları

devir sözleşmesinde yer almalıdır. Şayet devir sözleşmesi, bu unsurları içermiyorsa, ticaret siciline tescil edilmemelidir¹⁴⁹. Bu düzenlemenin, kanunda değil de, ikincil mevzuat olan yönetmelik ile getirilmesi eleştirilmiştir¹⁵⁰. Sözleşmenin içeriğinde yer alması gereken unsurları açıkça düzenleyen FusG m. 71’de olduğu gibi, bu unsurların, ticari işletmenin devrini düzenleyen ilgili kanun maddesinde düzenlenmesi daha yerinde olabilirdi¹⁵¹.

ee) Aktifler Bakımından Devrin Kapsamı

aaa) Genel Olarak

Ticari işletme malvarlığı¹⁵² Ticari işletme, hukuken müstakil olan maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşan, bu unsurların değerinden daha fazla bir değere sahip iktisadi bir bütündür. Ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer alacak, işletme malvarlığı unsurlarının tespiti, kurum açısından oldukça önemlidir.

Devir sözleşmesinde yer alacak ticari işletme malvarlığı unsurları, TTK m. 11/f. 3’te belirtmiştir. Bu hükme göre, devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur¹⁵³. Aksi yönde kararlaştırma, devir sözleşmesinde yapılmalıdır. Hükümde geçen “aksi kararlaştırılmadıkça” ve “kabul olunur” ibareleri, ticari işletmenin bazı unsurlarının, bütünlük ilkesine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde

¹⁴⁸ TSY m. 133/f. 2, devir sözleşmesinin ivazlı ve bu ivazın bir para borcu olması şeklinde düzenlenmişse de, ticari işletme devir sözleşmesi ivazsız olabileceği gibi, ivaz olması halinde bunun bir para borcu olmaması da mümkündür. Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 109, dpn, 490.

¹⁴⁹ Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 109.

¹⁵⁰ Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 109.

¹⁵¹ Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 109.

¹⁵² Bu malvarlığının, esnaf düzeyini aşması gerekir. Zira, işletmenin faaliyeti, tacirin emeğinden ziyade, bir malvarlığına dayanmalıdır. DOMANIÇ/ULUSOY, s. 145.

¹⁵³ İşletmenin faaliyetine özgülenen şeyler aksi öngörülmedikçe ticari işletme devri kapsamında yer alır. Bu nedenle, bir gazete işletmesine ait olan hususi hat ve telefon ve bundan kaynaklanan borçlar, aksi öngörülmedikçe ticari işletmenin devri kapsamında yer alır. Y. 11. HD. 20.2.1975 T. , 1974/3626 E. , 1975/1217 K..

devir kapsamı dışında bırakılabileceğini ve devir sözleşmesinde ticari işletme malvarlığı unsurları devir kapsamı dışında bırakılmamışsa, hükümde geçen ticari işletme malvarlığı unsurlarının devralana geçeceğini göstermektedir.

Ticari işletmenin şubeleri de, sözleşmede aksi öngörülmemişse, devir kapsamında yer alacaktır¹⁵⁴.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'te sayılan unsurlar, her bir somut ticari işletme devrinde farklılık arz edebilir. Devrin kapsamının taraflarca tayini, ticari işletme devri kurumunun geçerliliği ile yakından ilgilidir. Öyle ki, ticari işletmenin bütünlüğüne ve faaliyetlerinin devamlılığına engel olacak şekilde, gerçekleştirilmek istenen ticari işletme devri geçersizdir.

Tüm bu hususları tespit ettikten sonra, devir sözleşmesi kapsamında yer alacak ticari işletme malvarlığı unsurlarına değinelim.

bbb) Duran Malvarlığı

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tartışmalara ve tereddütlere yol açan “tesisat” kavramını¹⁵⁵, TTK, duran malvarlığı olarak ifade etmiştir. TTK m. 11/f. 3'te geçen “duran malvarlığı” kavramı, ticari işletmenin faaliyetlerine sürekli olarak özgülünen¹⁵⁶, maddi yatırım malvarlığını karşılamaktadır¹⁵⁷. Ticari işletmeye sürekli olarak özgülünen taşınırlar, taşınmazlar (MK 704), bunların bütünleyici parçaları (MK m. 684) ve eklentileri (MK m. 686) bu kavram içinde yer alır¹⁵⁸. Bir başka ifadeyle, duran malvarlığı, işletmenin faaliyetlerinde sürekli olarak yararlandığı, mevcudiyetlerini kullanılmaları ile kaybetmeyen, işletme sahibine ait olan şeylerdir. Bir ticari işletmeye ait olan, fabrika binası, imalathaneler, depolar, üretimde kullanılan tüm teknik araçlar, taşıtlar, buzdolapları, masalar, bilgisayarlar ve telefonlar gibi malvarlığı unsurları, duran

¹⁵⁴ ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 40.

¹⁵⁵ GEREKÇE TTK m. 11.

¹⁵⁶ TTK m. 11/f. 3'te, bir değer ticari işletmenin duran malvarlığı olarak kabul edilmesi, ticari işletmeye sürekli olarak özgüllenme şartına bağlanmıştır.

¹⁵⁷ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/FÜSUN NOMER), s. 183, N. 346.

¹⁵⁸ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/FÜSUN NOMER), s. 183, N. 346; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 21.

malvarlığı kapsamındadır¹⁵⁹. O halde, aksi kararlaştırılmadıkça, duran malvarlığı kapsamındaki bu unsurlar, ticari işletmenin devri ile birlikte, devralana geçecektir (TTK m. 11/f. 3). Örneğin, klimaların devir kapsamı dışında bırakılmadığı bir devir sözleşmesine dayanarak gerçekleşen devirde, devreden, klimaları devralana devretmek istememesi hukuka aykırıdır.

ccc) Dönen Malvarlığı

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'te ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında açıkça belirtilmemiş olsa da, dönen malvarlığı olarak ifade ettiğimiz, ticari işletmenin faaliyetlerine özgülenen, işletme faaliyetlerinin gerçekleştirebilmesinin bir parçası olan, hammadde, yarı mamul, ya da mamul mallar da, ticari işletmenin bir parçası olarak değerlendirilir¹⁶⁰. Bunlar, kurulmuş bir ticari işletme organizasyonunun varlık dayanağı olan ve işlerliğini sağlayan malvarlığı unsurlarıdır. Bu unsurlar çoğunlukla işletmeye geldikleri şekilde kalmaz, üretim faaliyetleri sonucunda farklı şekillerde karşımıza çıkar¹⁶¹. Örneğin, çikolata imal eden bir ticari işletmede bulunan ve üretilecek çikolataların hammaddesi olan kakaonun, ticari işletmenin malvarlığı kapsamında yer alması gerekir. O halde, bu unsurlar da, aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletmenin devri kapsamında yer almalıdır¹⁶².

ddd) Ürünler

Ticari işletmenin malvarlığı kapsamında değerlendirdiğimiz dönen malvarlığı unsurlarının, işletme faaliyetleri kapsamında kullanılması ile ürünler ortaya çıkacaktır. Ürünlerin de, ticari işletme malvarlığı kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹⁶³. Ticari işletmenin devredilmesi durumunda, aksi kararlaştırılmadıkça, işletme malvarlığı

¹⁵⁹ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYAN/FÜSUN NOMER), s. 183, N. 346.

¹⁶⁰ KARAYALÇIN, s. 173; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYAN/FÜSUN NOMER), s. 183, N. 346; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 183, N. 347; ASLAN/ŞENYÜZ, s. 10. BOZER/GÖLE'ye göre, ticari işletme malvarlığına dahil olan değerler, duran malvarlığı ve haklar olarak ikiye ayrılabilir. Hammadde, mamul madde, nakit para gibi değerler, duran malvarlığı içerisinde yer alır. BOZER/GÖLE, 2013, s. 18.

¹⁶¹ BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 26.

¹⁶² Aynı yönde AKÇAAL, s. 106.

¹⁶³ Aynı yönde ASLAN/ŞENYÜZ, s. 10.

kapsamında bulunan ürünlerin de devredilmesi gerekir. Örneğin, çikolata imal eden bir ticari işletmenin devri durumunda, devir kapsamı dışında bırakılmamış olan ürün halindeki çikolatalar, devralan kişiye intikal etmelidir.

eee) İşletme Değeri

Bir ticari işletmenin sahip olduğu malvarlığı unsurlarının üzerinde bir değere sahip olduğu kabul edilir. Öğretide, ticari işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değere; işletme değeri, peştamaliye, hava parası ve ingilizce karşılığı olarak good will denmektedir¹⁶⁴. KARAYALÇIN¹⁶⁵, bu aşkın değere dikkat çekerek, bu değeri oluşturan sebepleri;

- işletmenin bulunduğu yerin önemi,
- işletmenin modern usullere göre düzenlenmiş ve verimli çalışan teşkilatı,
- eski bir işletme olması nedeniyle haiz olduğu şöhret ve bu şöhretin yardımıyla oluşan ve işletmenin faaliyetlerini sürdürmesinin garantisi olan müşteri çevresi,

olarak saymaktadır. Gerçekten de ticari işletme faaliyetleri neticesinde, kendi malvarlığı değerlerinden çok daha fazla bir miktarı gelir olarak elde edebilme potansiyeline sahiptir. Biraz önce saydığımız sebepler ile oluşan bu potansiyel, ticari işletme değeridir. Aksi kararlaştırılmadıkça, işletme değeri, ticari işletme devri sözleşmesi kapsamındadır (TTK m. 11/f. 3). Aslında ticari işletme devri kurumu ile devreden bu değer karşılığını almak istemekte, devralan da bu değere sahip olarak işletme faaliyetlerine devam etmek istemektedir. Bu nedenle, işletme değeri, ticari işletme devri bakımından oldukça önemlidir. Ticari işletme devri kurumuna değer kazandıran en önemli unsurun, işletme değeri olduğuna ifade etmek yanlış olmayacaktır¹⁶⁶.

¹⁶⁴ “Good will” malvarlığı/ticari işletme devri kapsamında devredilebilir. SCHUMACHER, s. 83; İMREGÜN, Kara Ticareti, s. 11; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 21.

¹⁶⁵ KARAYALÇIN, s. 173.

¹⁶⁶ Yargıtay 11. HD’nin vermiş olduğu bir kararda, karşı oy yazısında bizim de katıldığımız görüşe göre, ticari işletme devirlerinde esasen yapılan ödemenin önemli bir bölümü, işletmenin sahip olduğu müşteri portföyü ve peştemaliyesi içindir. Somut olaydaki kumanyacılık şirketinde olduğu gibi, bir üretim tesisine sahip olmayan ticari işletmenin devrinde, müşteri portföyü ve peştemaliye daha da öne çıkmaktadır. Y. 11. HD 11.6.2015 T., 2014/11565 E. , 2015/8187 K.

fff) Kiracılık Hakkı

Kiracılık hakkı, işletmenin gayri maddi duran malvarlığı arasında yer almamasına karşın, aksi belirtilmedikçe ticari işletmenin devri kapsamında yer alır (TTK m. 11/f. 3). Kiracılık hakkının devir kapsamında yer almasının başlıca nedenleri, devre konu ticari işletmenin faaliyetleri neticesinde müşterilerin o yere bağlanması ve dolayısıyla kiralanan iş yerinin değerinin artması ve nihayet ticari işletmenin kiracılık hakkı ile birlikte daha yüksek bir değere sahip olmasıdır¹⁶⁷. Şayet ticari işletmenin devri ile kiracılık hakkı devredilebilir olmasaydı, ticari işletmesini devreden kişi işletme faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan bu değerden mahrum olacak ve bu değerden kiraya verenin haksız şekilde yararlanması söz konusu olacaktı. Ticari hayatın gereklerini ve hakkaniyeti dikkate alan kanun koyucu, aksi belirtilmedikçe, kiracılık hakkının ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer alması gerektiğine karar vermiştir.

ggg) Müşteri Çevresi

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'te aksi belirtilmedikçe devir sözleşmesine dahil olan ticari işletme malvarlığı unsurları arasında, müşteri çevresi de sayılmıştır. Müşteri çevresi, ticari işletmenin kendisini oluşturan münferit unsurların ekonomik değerinden daha fazla bir değere sahip olmasını ifade eden işletme değerinin bir parçasıdır¹⁶⁸. Ticari işletmenin iktisadi bir organizasyon olma yapısını muhafaza ederek, bir bütün halinde hukuki işlemlere konu olması, işletme değerinin yitirilmesini önler. Devralan, ticari işletmenin devri ile ticari işletmenin faaliyetleri neticesinde en önemli birikimi olan müşteri çevresini elde etmek ister. Zira ticari işletmeyi yaşatacak olan her şeyden önce, müşteri çevresidir.

Müşteri çevresi, hukuki işlemin konusu olamayacağından, hukuki bir işlemle devri de söz konusu olamaz¹⁶⁹. Bu durumda, TTK m. 11/f. 3 anlamında müşteri çevresinin ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer almasının ne anlama geldiği tartışılabilir. Kanaatimizce, müşteri çevresinin devrinden kasıt, müşteri çevresini devralana tesis eden hakların devredilmesi ve rekabet etmeme borcuna uygun davranılmasıdır. Müşteri çevresinin devri için, kiracılık hakkının, ticaret unvanının, işletme adının devralana

¹⁶⁷ HELVACI (ÜLGİN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 185, N. 351.

¹⁶⁸ HELVACI (ÜLGİN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 186, N. 353.

¹⁶⁹ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 113.

geçirilmesi oldukça önemlidir. Ayrıca, devreden devirden sonra devralana karşı rekabet etmememe borcu, müşteri çevresinin devredilen ticari işletme ile olana bağı koparmaması bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Ayrıca devreden, devralanın müşteriler ile ilişki kurmasını sağlayacak gerekli tüm bilgileri de, devralan ile paylaşmalıdır. Bir görüşe göre devir sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, devreden, devralanı müşterilere tanıtmayı ve tavsiye etmeyi de taahhüt etmiş olur¹⁷⁰. İşte tüm bunlar, bir hukuki işlemin konusunu teşkil edemeyecek müşteri çevresinin ticari işletmeyi devralana geçirilmesinde önemli rol oynar.

hhh) Ticaret Unvanı

Türk Ticaret Kanunu m. 39/f. 1’de, her tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla¹⁷¹ yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu hükmün anlamı, her tacirin ticari işletmesine ilişkin iş ve işlemleri yaparken, ticari hayatta kullanacağı bir ismi olmalıdır¹⁷². Eş söyleyişle tacirin, ticari hayattaki adı, ticaret unvanıdır¹⁷³. Bu sayede, tacir, ticari hayatta tanınır ve diğer tacirlerden ayrılır¹⁷⁴.

Ticaret unvanı, sadece tacirler tarafından kullanılabilir. Esnafların, ticaret unvanı kullanmaları söz konusu değildir. Öyle ki, TTK m. 15’te, esnaflar için, ticaret unvanına

¹⁷⁰ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 113.

¹⁷¹ Ticari hayatta, ticaret unvanı yerine, “firma” kelimesi de kullanılmaktadır. Ancak “firma” kelimesi uygulamada iki manayı ihtiva eder. Bir bakımdan, firma kelimesi, başlı başına ticari işletmenin kendisini karşılar. Bir diğer manada firma, tacirin ticari işlemlerde kullandığı addır. Ticaret hukukunda ticaret unvanı, bu ikinci manadadır. ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 77.

¹⁷² HELVACI (ÜLGEN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 391, N. 768; Ticaret unvanı, unvanı kullanan gerçek ya da tüzel kişinin, ticari işletmenin sahibi olduğunu gösterir. POROY/YASAMAN, s. 395; Ticaret unvanı, ticari bir ad olup işletmenin sahibini gösterir. ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 77.

¹⁷³ Ticari hayatta, ticaret unvanı, tacirin gerçek adının yerini alır. BİLGİŞİN, s. 159.

¹⁷⁴ Ticaret unvanının ticari işletme ile bağlantılı olması nedeniyle, ticaret unvanının ikincil işlevi olduğu söylenebilir. Bu işlev, kısmen de olsa işletmenin tanıtımına katkı sağlamaktır. HELVACI (ÜLGEN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 391, N. 769; Ticaret unvanı, ticari işletme sahibini, tanıtma aracıdır. ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 77. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 37; KARAHAHAN, Ticari İşletme, s. 141.

ilişkin hükümlere yollama yapılmamıştır¹⁷⁵. O halde, ticaret unvanı, ticari işletmenin devri ile birlikte devredilebilir iken, esnaf işletmesinin devrinde, devir kapsamı içinde olamaz.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3, aksi öngörülmediği takdirde, ticaret unvanının, ticari işletme devri kapsamında olduğunu belirtmiştir. TTK m. 49/f. 1’de, ticaret unvanının, ticari işletmeden ayrı olarak bir başkasına devredilemeyeceği düzenlenmiştir. TTK m. 49/f. 2’de ise, aksi kabul edilmemişse, ticari işletmenin devri ile birlikte, ticaret unvanının da devredileceği belirtilmiştir. TTK m. 11/f. 3 ile TTK m. 49’un uyum içinde olduğunu söyleyebiliriz¹⁷⁶.

iii) İşletme Adı

İşletme adı, TTK m. 53/f. 1’de düzenlenmiştir. İşletme adı, işletmeyi tanıtmaya ve diğer işletmelerden ayırt etmeye yarayan addır¹⁷⁷. “Vefa Bozacısı”, “İmpa İnşaat” ibareleri birer işletme adıdır. İşletme adı ile, işletmeci, müşterilere işletmesini bu ad altında tanıtarak müşteri çevresi oluşturmayı hedefler¹⁷⁸. İşletme adının bir diğer işlevi¹⁷⁹ de, ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayırmaktır. Bu nedenle işletme adı, iktisadi açıdan işletmeler için oldukça önemlidir.

Ticaret unvanından farklı olarak, işletme adının kullanılması ihtiyaridir. Ancak işletme adını kullanan tacir, işletme adını ticaret siciline tescil etmelidir (TTK m. 53/f. 1). Yine ticaret unvanından farklı olarak, esnaflar da işletme adını kullanabilir (TTK m. 15, 53).

İşletme adı, TTK m. 11/f. 3’te açıkça belirtilmiş olmasa da, aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer alan fikri mülkiyet haklarındandır¹⁸⁰.

¹⁷⁵ (ÜLGEN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 391, N. 770.

¹⁷⁶ GEREKÇE TTK m. 11.

¹⁷⁷ ÇEKER, Genel Esaslar, s. 92; ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 78; KARAYALÇIN, s. 397.

¹⁷⁸ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 78.

¹⁷⁹ Ticaret unvanı, tacirin, ticari-hukuki ve ticari-iktisadi hüviyetini gösterir. Bu nedenle, ticaret unvanının, hem hukuki hem de iktisadi işlevinin olduğunu söyleyebiliriz. KARAYALÇIN, s. 370.

¹⁸⁰ KAYIHAN/YASAN, s. 134; BOZER/GÖLE, 2013, s. 25; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 163; ASLAN/ŞENYÜZ, s. 60, 61; AKÇAAL, s. 116.

Öğretide, işletme adının, işletmeden ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe¹⁸¹ göre, işletme adı, işletmeyi tanıtmaya ve diğer işletmelerden ayırt etme işlevi nedeniyle işletme ile sıkı bir bağ söz konusudur. İşletme adı, bu bağ koparacak şekilde hukuki işlemlere konu olmamalıdır. Bu nedenle, işletme adı, işletmeden ayrı olarak devredilemez.

Bir diğer görüşe¹⁸² göre, TTK m. 53'te (eTK m. 55'te) TTK m. 49'a (eTK m. 51'e) atıf yapılmadığı için, işletme adı, işletmeden ayrı olarak devredilebilir. Ancak, işletme ile işletme adı arasında, en az işletme ile ticaret unvanı arasındaki kadar sıkı bir bağlılık olduğundan, işletme adı da, ticaret unvanı gibi, işletmeden ayrı olarak devredilememelidir. Bu nedenle, TTK m. 53'te işletme adına uygulanacak hükümlere, TTK m. 49/f. 1 de eklenmelidir.

Bir başka görüşe¹⁸³ göre, işletme adının işletmeden ayrı olarak da devredilebileceği düşünülebilir. Ancak TTK m. 53'ün TTK m. 51'e atıfta bulunması, TTK m. 51'inde ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak başkasına devredilmeyeceğini düzenleyen TTK m. 49'a atıfta bulunması, işletme adının işletmeden ayrı olarak devredilebileceği görüşünün kabulünü zorlaştırmaktadır.

Hakim görüşe¹⁸⁴ göre ise, işletme adı, işletmeden ayrı olarak devredilebilir. O halde, kişi sahip olduğu işletmeyi bir kişiye, işletme adını ise bir başka kişiye devredebilir¹⁸⁵. Zira, TTK m. 53'te belirtilen işletme adına uygulanacak hükümlerde, işletme adının işletmeden ayrı olarak devredilmesini yasaklayan bir ibare bulunmamaktadır.

İşletme adı, ticari hayatta işletmenin tanıtımını ve diğer işletmelerden ayrılmasını sağlayan ibaredir. İşletme adı, işletme organizasyonunu, müşterilerin zihnine kazıyan

¹⁸¹ İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1995, s. 76.

¹⁸² KARAYALÇIN, s. 401; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 252.

¹⁸³ BOZER/GÖLE, 2013, s. 25.

¹⁸⁴ ÇEKER, Genel Esaslar, s. 92; KAYIHAN/YASAN, s. 134; ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 79; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 163; ASLAN/ŞENYÜZ, s. 60; Yazarlar, işletme adının, işletmeden ayrı olarak devredilebilmesinin ilk bakışta yadırganacağını belirttikten sonra, işletme adının, başlı başına değer taşıyan ve bir kişiye bağlı olmayan bir unsur olduğuna dikkat çekerek, işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir. POROY/YASAMAN, s. 422.

¹⁸⁵ ASLAN/ŞENYÜZ, s. 60.

önemli bir unsurdur. Öyle ki, boza içmek isteyen bir müşteri, işletme adında “Vefa Bozacısı” yazan bir işletmeyi özellikle tercih edebilir. İşletme adının, müşteriler üzerinde doğrudan etkisi vardır. Bu etki nedeniyle, işletme adı, bazen işletmenin en önemli unsurunu oluşturabilir¹⁸⁶. Kanaatimizce, işletmeye en az ticaret unvanı kadar bağlı olan işletme adı da, işletmeden ayrı olarak devredilmemelidir. Aksi yöndeki bir yaklaşım, işletme adının varlığına aykırıdır. Zira işletme adı, doğrudan doğruya işletmeyi belirtir, işletmeyi tanıtır ve diğer işletmelerden ayırır. İşletme adının işletmeden ayrı olarak devredilebileceği yaklaşımı, müşterilerde yanlış bir algının oluşmasına neden olabilir¹⁸⁷. TTK m. 53’ün TTK m. 51 üzerinden TTK m. 49’a dolaylı bir yollama yaptığı düşünülebilirse de, TTK m. 53’te TTK m. 49/f. 1’e açık bir yollama yapılması yerinde bir düzenleme olacaktır.

jjj) Fikri Mülkiyet Hakları

Marka¹⁸⁸, patent¹⁸⁹, faydalı modeller ve endüstriyel tasarım gibi ticari işletmenin malvarlığı içinde yer alabilen fikri mülkiyet hakları da ticari işletme devir sözleşmesinin kapsamında yerini alabilir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar da işletmeye dahil olarak kabul edildiğinden¹⁹⁰, bu haklarda devir sözleşmesinde bulunabilir.

kkk) Hak ve Alacaklar

İşletmenin faaliyetlerine bağlı olarak oluşan tüm alacaklar ile bunları teminat altına alan rehin ve ipotek hakları, TTK m. 11/f. 3’te açıkça belirtilmemiş olsa da, devir

¹⁸⁶ KARAYALÇIN, s. 397.

¹⁸⁷ Aynı yönde AKÇAAL, s. 117.

¹⁸⁸ MarkKHK m. 22 uyarınca, “marka başvuruları” da devir sözleşmesi kapsamında yer alabilir. BOZER/GÖLE, 2013, s. 25.

¹⁸⁹ PatKHK m. 77/f. 1 uyarınca, patent hukukunda geçerli olan “ön kullanım hakkı” da ancak ticari işletme ile birlikte devralınabilir. BOZER/GÖLE, 2013, s. 25.

¹⁹⁰ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 107; ARSLANLI, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II Fikri Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 185.

sözleşmesi kapsamındadır¹⁹¹. Örneğin, yapılan satış karşılığında oluşan 10.0000 TL'lik alacak, aksi kararlaştırılmamışsa, devir sözleşmesi içerisindedir.

III) Şube

Aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletmenin tüm şubeleri devir sözleşmesi kapsamındadır¹⁹². Hemen belirtelim, ticari işletme, şubelerinden biri olarak devredilebilir.

mmm) Know How

Ticari işletmeye ilişkin imalat ve ticaret sırlarının devralan ile paylaşılması, ticari işletmenin devri kapsamında yer alabilir¹⁹³.

ff) Pasiflerin Kapsamı Bakımından

aaa) Genel Olarak

Aksi devir sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça, ticari işletmeye ait devredilebilir nitelikteki tüm borçlar, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer alır. Bir başka ifadeyle, devir sözleşmesinde hiç borçlardan bahsedilmemiş dahi olsa, TTK m. 11/f. 3 ve TBK m. 202 gereği, devralanın varlığını bilmediği borçlar da dahil olmak üzere işletmeye ait tüm devri kabil borçlar, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında bulunmaktadır¹⁹⁴. Devir sözleşmesinde açıkça belirtilmek şartıyla (TSY m. 133/f. 2-b) borçların devir kapsamı dışında bırakılması mümkündür. Devir, devir sözleşmesi kapsamı dışında bırakılmayan borçların devrini sağlar. Devir sözleşmesinde

¹⁹¹ İşletmenin malvarlığı unsurları arasında kabul edildiğine ilişkin bkz. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 185, N. 350.

¹⁹² BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 35.

¹⁹³ ARICI, s. 122.

¹⁹⁴ ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 45.

belirtilmeyen sorumluluk sınırlandırılmasının, devrin ilanında belirtilmiş olması, devralanın sorumluluğunu etkilemez¹⁹⁵.

Devredenin şahsına sıkı sıkıya bağlı borçların devri kabil olmadığı için ticari işletmenin devri ile birlikte devredilemez.

bbb) Vergi Borçlarının Devredilemezliği

Ticari işletmenin devri kapsamında vergi borçlarının devralana intikali açıklığa kavuşturulması gereken önemli bir husustur.

ACEMOĞLU'na¹⁹⁶ göre, ticari işletmenin devri kapsamında vergi borçları da, devralana intikal edecektir. Yazar cezaların şahsiliği ilkesi gereği, vergi cezalarından ise, devralanın sorumlu olmayacağını düşünmektedir.

ARICI'ya¹⁹⁷ göre ise, borçların devrinde özel hukuk-kamu hukuku ayrımı yapılması gerekir. Aksine özel bir hüküm yok ise, kamu hukukuna tabi hukuki ilişkilerden doğan borçlar, ticari işletmenin devri kapsamında devredilemez. Bu husus vergi borçları bakımından VUK m. 8/f. 3'te düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, vergi hukukunda, kural olarak, vergi borcunun devri söz konusu değildir.

Öğretide vergi hukuku alanında eserler veren yazarlar¹⁹⁸ da, ARICI gibi, VUK m. 8/f. 3 dayanarak, kanunlarda aksi öngörülmemiş ise, vergi borçlarının devredilemeyeceğini belirtmektedirler.

Gerçekten de, VUK m. 8/f. 3'e göre, kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin sözleşmeler vergi dairelerini bağlamaz. Bu hükmün anlamı, kanunlarda genel kurala istisna getirilmemiş ise, sözleşmeler ile vergi borcu başka birine devredilemez. Ticari işletmenin devrinde, VUK m. 8/f. 3'teki

¹⁹⁵ Buna karşın, devir sözleşmesinde belirtilen sorumluluk sınırlandırılmasının, devir duyurusunda belirtilmemesi halinde, bu sınırlandırma alacaklılara karşı ileri sürülemez. ÜLKÜ/KARAASLAN, s. 52, dpn. 37.

¹⁹⁶ ACEMOĞLU, s. 127. Aynı yönde bkz. 15. HD. 19.3.1996 T. , 1996/1202 E. , 1996/1503 K..

¹⁹⁷ ARICI, s. 196, 197.

¹⁹⁸ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Ankara 2014, s. 73; BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Ankara 2014, s. 47; KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Ankara 2007, s. 194; PEHLİVAN, Osman: Vergi Hukuku, Trabzon 2009, s. 59.

genel kuralı bertaraf edecek bir istisnai hüküm mevcut değildir. O halde, işletmenin vergi borçları, ticari işletme devri kapsamında yer almayacak ve devreden vergi dairelerine karşı mükellefiyeti devam edecektir.

Uygulamada tescil edilen devir sözleşmelerinde vergi borçlarının da, devir kapsamında olduğuna ilişkin ibarelere rastlanmaktadır. Devir sözleşmesinde tarafların bu şekilde kararlaştırmaları, vergi dairelerini bağlamasa da, kendi aralarında hüküm doğurmak üzere geçerli olacaktır. Tescil edilen devir sözleşmesi, vergi borçlarının devrine ilişkin anlaşmanın ispatında önem arz eder.

ccc) Ticari İşletmeye Bağlı Borçların Tespiti Sorunu

Ticari işletmenin devri ile devir kapsamında yer alan ticari işletme borçlarının devredileceğini belirtmiştik. Peki hangi borçlar ticari işletmeye bağlı sayılacaktır?

Bu soru özellikle gerçek kişi ticari işletmelerinde önem kazanmaktadır. Zira ticari işletme tüzel kişiliği haiz değildir. Bu nedenle ticari işletme borçları gerçek kişinin malvarlığında yer alır. Bu durumda hangi borcun işletmeye bağlı olduğu, hangilerinin ise kişisel mahiyette olduğunun tespiti gerekir.

Türk Ticaret Kanunu m. 19/f. 1 uyarınca, karine olarak tacirin borçları, ticaridir. Gerçek kişi tacirler, bu karinenin aksini ispat edebilir. Gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmiş ise ya da işin ticari sayılmasına durum elverişli değilse, borç adi sayılır (TTK m. 19/f. 1). Aksi kararlaştırılmadıkça, adi sayılan borçlar ticari işletmenin devri kapsamında yer almayacaktır. Devreden borcun adi olduğunu belirtmiş olsa da, alacaklılar bunun aksini ispat edebilir.

Devralan, alacaklılara karşı borcun ticari olmadığını ve dolayısıyla borçtan sorumlu olmadığını ileri sürüyorsa, TTK m. 19/f. 1’de belirtilen durumlardan birini ispat etmelidir.

Türk Ticaret Kanunu m. 64/f. 1 uyarınca her tacir, ticari defter tutmak zorundadır. Bu ticari defterlerde, ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumu, borç ve alacak ilişkileri ve her hesap dönemi içinde ticari işletme ile ilgili elde edilen sonuçlar yer almak durumundadır (TTK m. 64/f. 1). Gerçek kişi tacirin, adi borçları, ticari defterlere

yansıtılmaz¹⁹⁹. Ayrıca, her tacir, ticari işletme açılışında ve sonrasında, taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer işletme varlıklarını doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter düzenlemelidir (TTK m. 66/f. 1, 2). Ve yine tacirler, ticari faaliyetinin başında ve faaliyet döneminin sonunda, ticari işletme ile alakalı varlık ve borçların tutar ilişkisini gösteren finansal tabloyu hazırlamak zorundadır.²⁰⁰ Bu nedenle gerek ticari defterler ve finansal tablo gerekse envanter, ticari işletmenin devrinde, ticari işletmeye ait olan borçların tespitinde işlev sahibi olabilir.

Gerçek kişi tacirin birden fazla işletmesi bulunuyorsa, her ticari işletme için ayrı ticari defter tutulmadığından, finansal tablolar bu iki ticari işletmeyi de içerir²⁰¹. O halde, devreden, bu işletmelerden birini devrederse, devir kapsamındaki borçların tayini için, borçların devir konusu ticari işletmeye özgülenmesi gerekir²⁰². Bu özgüleme yapılmadan gerçekleşen devirde, belirli borçların devir kapsamında olmadığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispat etmelidir. İspat, borçların, diğer ticari işletmeye ait olduğu ya da borçların tacirin adi alanına ilişkin olduğunun ortaya konulması şeklinde yapılabilir. Devralan, ancak o zaman, bu borçlardan sorumlu olmaz.

Tüzel kişiliğe ait bir ticari işletmenin devralınması halinde ise durum farklılaşır. Öyle ki, TTK m. 19'da ticari iş karinesinin aksinin ispatı yalnızca gerçek kişi tacirlere tanınmıştır. Bir başka ifadeyle, tüzel kişi tacirin adi alanı yoktur, bütün borçları ticaridir. Bu nedenle devralan, alacaklılara karşı, borcun ticari olmaması nedeniyle sorumluluğunun olmadığını ileri sürülemez. Bu ihtimalde devralan, alacaklılara karşı, - birden fazla ticari işletmenin varlığı halinde- borcun ticari işletmeye ait olmadığını ispat ederse, sorumlu olmaz.

Tüzel kişilerde, finansal tablolar, tüzel kişinin sahip olduğu ticari işletmenin borçlarını değil, şirketin borçlarını gösterir²⁰³. Bu nedenle, şirketin ticari işletmesini devretmesi halinde, şirket finansal tablolarından, ticari işletmeye ait olan borçların kesin olarak tespiti yapılamaz.

¹⁹⁹ TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 11.

²⁰⁰ TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 11.

²⁰¹ TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 13.

²⁰² TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 13.

²⁰³ TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 14.

TEKİNALP'e²⁰⁴ göre, ticaret şirketlerinin borçlarının devri TTK m. 11/f. 3 ile sağlanamaz. Ticaret şirketlerinin, borçlarının devralana geçmesi için, payların çoğunluğunun devri gerekir. Ticaret şirketin ait bir ticari işletmenin devrinde, devir kapsamındaki borçlar açıkça devir sözleşmesinde belirtilmelidir. Aksi takdirde, borçların tamamı devreden ticaret şirketinde kalır.

Kanaatimizce, belirtilen şekilde gerçekleşen ticari işletme devrinde de, kısmi külli halefiyet gereği, devre konu ticari işletmeye bağlı şirket borçları da, devralana geçer. Zira, aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletmeye ait tüm aktif ve pasifler devralana geçer. Söz konusu durumun, devir kapsamındaki borçların tespitine ilişkin olarak ele alınması gerekir.

ddd) Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılıp Bırakılamayacağı Sorunu

aaaa) Genel Olarak

Ticari işletmenin devrinde borçların devrinin devir kapsamı dışında bırakılıp bırakılamayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Konuya ilişkin görüşleri iki temel başlık altında incelemeye çalışacağız.

bbbb) Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılamayacağı Görüşü

aaaaa) Genel Olarak

Ticari işletmenin pasiflerden ari olarak devredilemeyeceği görüşü, ACEMOĞLU'nun monografisinden sonra öğretide hakim görüş haline gelmiştir. Öğretide bu yönde görüş belirten yazarlara; BUCHLI²⁰⁵; ÇEKER²⁰⁶, ACEMOĞLU²⁰⁷, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP²⁰⁸, POROY/YASAMAN²⁰⁹,

²⁰⁴ TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 14.

²⁰⁵ Sadece aktifin ya da sadece pasifin devri halinde, İBK m. 181 (TBK m. 202) uygulama alanı bulamaz. BUCHLI, s. 25.

²⁰⁶ ÇEKER, Genel Esaslar, s. 23.

²⁰⁷ ACEMOĞLU, s. 35 vd..

²⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 281, dñn. 2.

²⁰⁹ POROY/YASAMAN, s. 43,

DOMANIÇ/ULUSOY²¹⁰ , EREN²¹¹ , ARKAN²¹² , BOZER/GÖLE²¹³ , ERDEM²¹⁴ , KARAHAN²¹⁵ , ASLAN/ŞENYÜZ²¹⁶ , KAYAR²¹⁷ , ÇOŞTAN²¹⁸ , AKUĞUR²¹⁹ , ÇELİKBOYA²²⁰ örnek olarak gösterilebilir. Hemen belirtelim ki, bu görüşün savunucuları da, bazı pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılabileceğini kabul etmektedirler.

bbbbbb) Teminat Teorisi

Aktiflerin pasiflerin doğal teminatı olduğuna dayanan bu teoriye göre, sadece aktiflerin devrini öngören ticari işletme devri geçersizdir. Türk hukukunda teorinin fikir babası²²¹ olan ACEMOĞLU'na göre, TBK m. 202 hükmü, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile bir bütün olarak devrini zorunlu kılar. Eş söyleyişle, TBK m. 202 hükmü emredicidir ve hükmün emrediciliği pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmamasını da kapsar. Madde metninin kalem alınışı da bu yöndedir. O halde, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması emredici hükme aykırı olacağından kesin hükümsüzdür ve ticari işletmenin devri ile aktifler ile ticari işletmeye dahil tüm borçlar devralana geçer.

Teorinin temel amacı, ticari işletmenin devrinde söz hakkı olmayan alacaklıların, devir nedeniyle mağdur edilmemesidir. Pasiflerin kapsam dışı bırakıldığı ticari işletme

²¹⁰ DOMANIÇ/ULUSOY, s. 178, 179.

²¹¹ Yazar açık bir şekilde ifade etmese de, görüşünün bu doğrultuda olduğunu ifade edebiliriz. EREN, s. 1252, 1253.

²¹² ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 42.

²¹³ BOZER/GÖLE, 2013, s. 26.

²¹⁴ ERDEM, s. Ticari İşletmenin Devri, s. 1014

²¹⁵ KARAHAN, Ticari İşletme, s. 30, 31.

²¹⁶ ASLAN/ŞENYÜZ, s. 16.

²¹⁷ KAYAR, s. 65.

²¹⁸ ÇOŞTAN, Bölünme, s. 32.

²¹⁹ AKUĞUR, s. 23.

²²⁰ Yazar hem teminat teorisine hem de ticari işletmenin pasiflerinde ari olarak devredilebileceği görüşüne eleştiriler yöneltmekle birlikte, sonuç olarak, ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devredilemeyeceğini düşünmektedir. ÇELİKBOYA, s. 189 vd.

²²¹ ARSLANLI'nın *"Bu teşebbüsde aktif ve pasifler karşılıklı olarak muvazene tesis eder. Üçüncü şahıslar her pasifin karşısında bir aktifin bulunduğu mülahazasından hareket etmişlerdir."* ifadeleri de teminat teorisini çağrıştırmaktadır.

devrinde alacaklıların hakları tehlikeye girer²²². Özellikle de, devrin ivazsız ya da küçük bir ivaz karşılığında yapılması halinde, devreden alacaklıları ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalabilir. Bu durumda, alacaklıların korunmasına ilişkin tek imkan İİK m. 280’de düzenlenen tasarrufun iptali davası olacaktır. Ancak bu teori savunucularına göre, tasarrufun iptali davası, alacaklılara yeterli derecede koruma sağlamaz. Ayrıca bu imkanın kullanılabilmesi alacaklılar bakımından bazı zorluklar da taşır. Hal böyle olunca da, alacaklıların iradelerinin dikkate alınmadığı bir hukuk işleminden dolayı, ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalabilecek olması menfaatler dengesine aykırıdır.

Teori savunucularına göre, ticari işletme devrinde, pasiflerin de devir kapsamı içerisinde yer alması gerekliliği, işletmenin bütünlüğü ilkesi bakımından da önem arz eder. Zira, ticari işletme devri, esas itibariyle iktisadi bir bütünlüğün yani işleyen bir organizasyonun devri anlamına gelir. Ticari işletmeyi pasiflerinden ayırmak, işletme bütünlüğünün yitirilmesi sonucunu doğurabilir²²³. İşletmenin bütünlüğü ilkesine aykırı devir, ticari işletmenin devri olarak değerlendirilemeyeceğinden, ticari işletmenin devrinde pasiflerin tamamen kapsam dışında bırakılması mümkün değildir.

Özetle teminat teorisi, alacaklıların rızasının aranmadığı borcun üstlenilmesinin özel hali olan TBK m. 202 hükmünün, bu durumun dikkate alınarak alacaklıları korucuyu bir yapıyla düzenlenmiş olduğuna vurgu yapar. TBK m. 202’deki alacaklıları koruyucu nitelikteki hüküm emredicidir. Bu nedenle, TBK m. 202 uyarınca ticari işletmenin devri gerçekleştirilmek isteniyorsa, alacaklıların devrine ilişkin bu hükmün de uygulanması mecburidir. Alacaklıların korunması için de, pasifleri doğal teminatı olan aktiflerden ayırmamak gerekir. Bu ayrışmanın gerçekleşmesi, pasiflerin karşılıksız kalması tehlikesini beraberinde getirir. Ayrıca, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması, TBK m. 202’de öngörülen müteselsil sorumluluğu işlevsiz kılar. Zira, devir kapsamına alınmayan borçtan, devreden ve devralanın birlikte sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Alacaklıların korunmasının bu denli önem taşıdığı bir kurumda, alacaklıları koruyucu temel hükmün uygulama imkanı bulamaması kabul edilemez.

²²² ARICI, s. 140.

²²³ ACEMOĞLU, s. 39.

cccc) Pasiflerin Tamamen Devir Kapsamı Dışında Bırakılabileceği Görüşü

aaaaa) Genel Olarak

Türk hukukunda ticari işletmenin pasiflerden ari olarak devredilebileceğini savunan yazarlar²²⁴, temel olarak, TBK m. 202 hükmünün pasiflerin bir kül halinde devri imkanını sunduğunu ancak TBK m. 202'nin pasiflerin devri bakımından emredici bir hüküm olmadığını savunmaktadırlar. ACEMOĞLU'nun konuya ilişkin monografisinden önce önemli ölçüde savunulan bu görüş, bu monografi ile birlikte öğretilde neredeyse tamamen terk edilmiş ve teminat teorisi hakim görüş haline gelmişti. ARICI'nın konuya ilişkin monografisinden sonra, ticari işletmenin pasiflerden ari olarak devredilebileceği görüşü adeta yeniden canlanmıştır.

bbbbb) Teminat Teorisi Eleştirisi

ARICI, ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devredilebileceği görüşünü, öğretilde hakim görüşme olması nedeniyle teminat teorisine yönelttiği eleştiriler çerçevesinde ileri sürme yolunu tercih etmiştir. Yazarın teminat teorisine ve dolayısıyla borçların devir kapsamı dışında bırakılamayacağına ilişkin yönelttiği eleştirileri şu şekilde özetleyebiliriz:

- TBK m. 202'nin lafzi yorumu, ticari işletmenin pasiflerinden arındırılmış şekilde devrine imkan tanımaktadır. Öyle ki, sadece “işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte” devralınması halinde TBK m. 202 hükmü uygulama imkanı bulur. Bu hüküm, ticari işletmenin sadece aktifler ile devrine engel

²²⁴ BGE 79 II 289. GUHL/MERZ/KUMMER/WIDMER, s. 258; AYİTER, Mamelek, s. 49; TEKİNALP, Borçların Hukuki Yazgısı, s. 12; ARICI, s. 144 vd; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 204, N. 389. Sadece ticari işletme aktiflerinin satılması halinde, TBK m. 202 (eBK m. 179) uygulanmaz. KARAYALÇIN, s. 184, 185; ARSLANLI, TBK m. 202 (eBK m. 179) uyarınca ticari işletmenin pasiflerden ari olarak devredilebileceğini ifade etmekle birlikte, bu durumun, ticari işletmenin devrinde ancak bütünlük arz eden bir ticari işletmenin devredileceğinden üçüncü kişiler bu ticari işletme malvarlığındaki her bir pasifin karşısında bir aktifin bulunduğunu düşünmesi nedeniyle, aksi kabulün ticari işletmenin itibarını sarsacağını belirtmektedir. Bu nedenle yazar, ticari işletme ile birlikte ticaret unvanı da devredilmişse, bu unvan altından yapılan taahhütlerden devralanın sorumlu olması gerektiğini düşünmektedir. (Yazarın, Alman hukukunda ticari işletmenin devrinin düzenlendiği Ticaret Kanunu m. 25'ten etkilendiği ancak Türk hukuku bakımından bu görüşün kanunu dayanaktan yoksun olduğu eleştirisi için bkz. ARICI, s. 143).

teşkil etmemektedir. Sadece aktiflerin devir konusu olması halinde, TBK m. 202 hükmü uygulanmayacak ancak ticari işletmenin devri geçerli olacaktır.²²⁵

- TBK m. 202'nin kanun sistematigi içindeki yeri de, ticari işletme alacaklarının, pasiflerden bağımsız olduğuna işaret eder. Zira, TBK m. 202, borcun dış üstlenilmesinin özel bir düzenlemesidir. Bu hüküm ile, genel borcun üstlenilmesi ilkesinden farklı olarak, alacaklının onayı aranmaz.²²⁶
- TBK m. 202'nin ratio legisi malvarlığı ve ticari işletmenin devrinde borçların ve borç ilişkilerinin devrini kolaylaştırmak, borçların rasyonel bir şekilde yeniden düzenlenebilmesinin sağlanması ve devrin olumsuz etkilerine karşı alacaklıların korunmasıdır. Hükümün amacı, ticari işletmenin mutlaka pasifleri ile birlikte devredilmesine yönelik değildir. Ticari işletmenin devri kapsamında işletme pasifleri de bulunuyorsa, TBK m. 202 hükmü, bunların bir bütün halinde devrine imkan tanır.²²⁷
- Ticari işletme devri, iradi bir işlemdir. Devir, sözleşme kapsamında gerçekleşir. Pasiflerin devir zorunluluğunu öngörmek, sözleşme serbestisi ilkesine aykırılık teşkil eder. Taraflar menfaatlerine uygun bir şekilde ticari işletme devrinin kapsamını belirleyebilmelidirler. Bu yaklaşım ticari işletmenin devrinde hakim olan esneklik ilkesi ile de uyumludur.²²⁸
- Ticari işletmenin devrinde pasifleri peşinen, işletmenin iktisadi bütünlüğünün olmazsa olmaz bir unsuru olarak görmek doğru olmayacaktır. İktisadi bütünlüğün tespiti her bir işletme özelinde yapılır. Bütünlük ilkesi, ticari işletmenin faaliyetlerini devam edebilecek bir yapıda devredilmesi gerekliliğini ifade eder. Pasifler devir kapsamı dışında bırakılsa da işletme faaliyetlerine devam edecek iktisadi bütünlüğü muhafaza edebilir.²²⁹
- Pasiflerin devir kapsamında olması zorunluluğu, ticari işletmenin devrinin uygulanmasını önemli ölçüde kısıtlar. Gerçekten de, ticari işletme devrinde pasiflerin kapsam dışında bırakılamaması halinde, devralanın varlığını

²²⁵ ARICI, s. 144 vd.

²²⁶ ARICI, s. 146, 147.

²²⁷ ARICI, s. 147.

²²⁸ ARICI, s. 150.

²²⁹ ARICI, s. 157.

bilmediği borçlardan da sorumluluğu gündeme gelecek ve bu durum da kurumun cazibesini olumsuz etkileyebilir.²³⁰

- Aktiflerin pasiflerin teminatı olduğundan yola çıkarak, pasiflerin kapsam dışı bırakılamaması nedeniyle TBK m. 202 gereği müteselsil sorumluluğun uygulanması, alacaklıları devirden önceki durumlarına nazaran daha avantajlı bir hale getirir. Bizatihi bu durum menfaatler dengesine aykırılık teşkil eder.²³¹
- Ticari işletme devrinin alacaklılara zarar vermek amacıyla düşük değerli ya da ivazsız yapılmasını engellemek TBK m. 202'nin görevi değil, icra ve iflas hukukunun görevidir.²³²
- Teminat teorisi borçların nispiyeti ilkesine aykırı olduğu gibi, kişiler hukuku ve sorumluluk hukuku kurallarıyla da bağdaşmaz. Zira teminat teorisinin yaklaşımı, ticari işletmeye hukuki kişilik atfeder. Oysaki, ticari işletmenin hukuki kişiliği haiz olmadığı, öğretilde tartışmasız kabul edilen bir husustur. Bu nedenle borçların ticari işletmeye bağlılığından söz edilemez. Ticari işletme faaliyetleri neticesinde doğan borçlar tacire aittir. Bu nedenledir ki, tacir, bu borçlardan işletme malvarlığı ile sınırlı olmaksızın, tüm malvarlığı ile sorumludur.²³³
- Ticari işletme devrinde alacaklıları koruyan bir diğer enstrüman da İİK m. 280/f. 3'te düzenlenen tasarrufun iptali davasıdır. Tasarrufun iptali davası, ticari işletme devrinin alacaklılara zarar verme amacıyla yapıldığı durumlarda söz konusu olur. Bu dava devrin geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Dava ile alacaklılar, devredilen mallar ve haklar sanki devredenden çıkmamış gibi, cebri icra yoluyla bu mallar ve haklardan hakkını alma yetkisi kazanır. O halde, alacaklılar, haklarını, devredilen bu unsurlar ile sınırlı olarak elde edebilme hakkını haizdir. Hal böyle olunca, devralanın işletmenin eski borçlarından tüm malvarlığı ile sınırsız

²³⁰ ARICI, s. 149.

²³¹ ARICI, s. 151.

²³² ARICI, s. 151.

²³³ ARICI, s. 153. TBK m. 202 gereği, devralanın ticari işletme borçlarından sınırsız olarak sorumlu olması, aşırı bir çözüm olarak değerlendirilmelidir. Zira, borcun doğumunda, hiçbir katkısı olmayan devralanın diğer mallarını da sorumluluğa dahil etmek hiçbir gerekçeyle izah edilecek bir çözüm değildir. ÜLKÜ/KARAASLAN, s. 66.

sorumluluğunu öngören TBK m. 202, devredilen malvarlığı ile sınırlı sorumluluğu öngören İİK m. 280/f. 3 ile uyumsuzluk arz etmektedir.²³⁴

- Devralanı, ticari işletme faaliyetlerine devam etmesi nedeniyle, hukuki görünüşe güvenden dolayı eski borçlardan sorumlu tutmak mümkün değildir. Zira hukuki görünüşe güvenin korunması için, üçüncü kişilerin bu görünüşe güvenerek bir işlem yapması gerekir. Oysaki, sorumluluğun konusunu oluşturacak borçlar, devirden önce doğmuştur.²³⁵

Sonuç olarak yazar, TBK m. 202'nin ticari işletmenin devrinde borçların bir bütün halinde devrine imkan tanıdığı ancak bu hükmün emredici olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle yazar, ticari işletmenin devrinde pasiflerin kapsam dışı bırakılabileceğini düşünmektedir.²³⁶

Bir önceki basıda teminat teorisi görüşü taraftarı olan KENDİGELEN, ARICI'nın teminat teorisi hakkında dile getirdiği tüm gerekçeleri isabetli bulduğunu ifade ederek görüşünde değişikliğe gitmiştir²³⁷. Yazar, ticari işletme devir sözleşmesinde açıkça öngörülme şartıyla pasiflerin tamamının ya da şüpheye mahal bırakmayacak şekilde belirlenmiş bir kısmının devrin kapsamı dışında bırakılabileceğini savunmaktadır.²³⁸

dddd) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, FusG öncesi dönemde ticari işletmenin devri eBK m. 179'un mehzaz hükmü olan İBK m. 181 uyarınca gerçekleşmekteydi. TBK m. 202 anlamında işletme devirlerinde, işletmenin pasiflerinden ari olarak devredilip devredilemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe²³⁹ göre, ticari işletme pasiflerinden ari olarak

²³⁴ ARICI, s. 153, 154.

²³⁵ ARICI s. 155.

²³⁶ ARICI, s. 156.

²³⁷ Yazarın önceki görüşü için bkz. KENDİGELEN, Abuzer (ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan/NOMER ERTAN), Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009, s. 170, N. 519.

²³⁸ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 204, N. 389.

²³⁹ İBK m. 181 (TBK m. 202)'nin uygulanması iki ön şarta bağlanmıştır. Bunlardan biri aktif ve pasifleriyle malvarlığı ya da işletmenin devri, diğeri ise, devrin alacaklılara duyurulmasıdır. TSCHÄNI/HONSELL, s. 674, N. 6; KOLLER (GUHL/SCHNYDER/DRUEY), s. 291, N. 23; OSER/SCHONENBERGER, s. 772, N. 5; von TUHR/ESCHER, s. 395, 396.

devredilemez iken, bir diğ er g r    ²⁴⁰ göre ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devri mümkündür.

 svi re Birleşmeler Kanunu ile birlikte konu, FusG m. 72/f. 2 kapsamında değerlendirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, malvarlığı devri/ticari işletme devrinin geçerli olabilmesi için, envanterde aktif değerlerin, pasiflerden daha fazla olması gerekir.  svi re hukukunda bu hükümün değerlendirmesi yapılırken hakim g r    ²⁴¹, ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devrinin mümkün olduğu yönündedir.

eeee) Değerlendirmemiz

Konuya ilişkin değerlendirmemizi TBK m. 202 ve TTK m. 11 çerçevesinde yapmaya çalışacağız.

 lk olarak şunu tespit etmek gerekir: Borcun üstlenilmesinin özel bir d zenlemesi²⁴² olan TBK m. 202, ticari işletmenin devrini değil, ticari işletmenin devri halinde borçların devrini d zenlemektedir²⁴³. Zira, hükümde belirtildiği üzere, “..*bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, ...işletmedeki borçlardan sorumlu olur.*”. TBK m. 202 ancak geçerli bir ticari işletme devrinin varlığı halinde uygulama imkanı bulabilir. Bir başka ifadeyle hükümün etkisi ticari işletmenin devrinin geçerliliğine ilişkin değil, geçerli bir devir halinde borçların geçişinin sağlanması ve müteselsil sorumluluğun kurulmasına ilişkindir.

Türk Borçlar Kanunu m. 202’yi, hükümün metni bağlamında ele almak gerekirse, “..*bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan*” bu ifade ticari işletmenin devrinin şartı değil, TBK m. 202’nin uygulanma şartıdır. Bu ifade şu sonuca çıkar: TBK m. 202’nin uygulanabilmesi için, ilk şart, ticari işletmenin aktifleriyle birlikte devridir.

²⁴⁰ BUCHER, s. 589.

²⁴¹ Pasiflerin devrinin zorunluluğu öngörülmemiştir. Buna karşın, sadece pasif devri mümkün değildir. LOSER-KROGH, s. 1098; FRICK, Joachim (BAKER/McKENZIE), 2015, s. 487, N. 7; Aktiflerin pasiflerle birlikte devredilmesi zorunlu değildir. Geçerli bir devir için, devrin aktif bakiye içermesi gerekir. von SALIS, s. 414; BERETTA/VISCHER, s. 734, N. 28.

²⁴² “*Borcun üstlenilmesi*” tabiri altında,  BK m. 175-183 arasında dört farklı hukuk kurumu bir araya getirilmiştir. GUHL/MERZ/KUMMER/WIDMER, s. 251.

²⁴³ Aksi yönde, “*TBK m. 202, bir malvarlığının veya işletmenin devrini düzenlemektedir.*”. EREN, s. 1252.

Bu halde, ticari işletme salt aktifıyla devredilmiş ise, TBK m. 202 uygulanmaz. Zira, salt aktifıyla devredilen ticari işletme devri geçerli olsa bile, devredilecek bir borç bulunmadığı için, doğal olarak TBK m. 202'nin uygulanması söz konusu değildir. İkinci şart, ticari işletmenin pasiflerinin devredilmesidir. Ticari işletmenin salt pasifleri, TBK m. 202 uyarınca devredilemez. O halde, ancak bu iki şart birlikte gerçekleşirse, yani bir işletme aktif ve pasifi ile birlikte devralınırsa, TBK m. 202 uygulanma imkanı bulabilir. Bu nedenle hükmün emrediciliği, bu iki şartın gerçekleşmesi halinde kendini gösterir. Bir başka ifadeyle hükmün emredici olması, ticari işletmenin ancak aktif ve pasifiyle devredilmesi sonucunu doğurmaz. Emredicilik, bahsettiğimiz bu iki şartın gerçekleşmesi halinde, TBK m. 202'nin uygulanmasını zorunlu kılar. Bir diğer ifadeyle, hükmün emredici olması, hükmün otomatik uygulanması anlamına gelmez.

Ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devredilemeyeceğini ileri süren teminat teorisi, ticari işletmenin devri ile uyum içinde değildir. Teminat teorisine göre, aktifler pasiflerin teminatıdır ve bu nedenle aktif ve pasifin birbirinden ayrılmaması gerekir. Ancak, ticari işletmenin devrinde aktif ve pasiflerin devri farklı anlarda gerçekleşmektedir. Görüldüğü üzere, kurumun doğası, teminat teorisini reddeder niteliktedir.

“..Bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan” ifadesi nedeniyle ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devredilemeyeceği ancak ticari işletmenin bir kısım borçlarının devir kapsamı dışında bırakabileceği görüşü de, teminat teorisinin temel amacıyla çelişmektedir²⁴⁴.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 kapsamında konuyu başta kısmi külli halefiyet ilkesi²⁴⁵ olmak üzere bütünlük ilkesi, sözleşme serbestisi ve esneklik ilkesi, ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılıp işlevselleştirilmesi, alacaklıların korunması gibi temel başlıklar altında değerlendirmeye çalışacağız.

Türk Ticaret Kanunu m. 11 uyarınca ticari işletmenin devri kapsamına hakim olan ilke bütünlük ilkesidir. Bütünlük ilkesi gereği, ancak ticari işletme niteliğini haiz olan bir malvarlığı, ticari işletmenin devrinin konusu olabilir. Bütünlük ilkesinin ele alınışı ve öngörülüş amacını dikkate alacak olursak, işletme pasiflerinin devir kapsamı dışında

²⁴⁴ Bu görüşün TTK m. 11 gereği bütünlük ilkesine dayandırılması anlayışla karşılanabilir, tartışılabilir.

²⁴⁵ Zira ticari işletmenin devrine hakim olan çoğu ilke, kısmi külli halefiyet ilkesinin sonucudur.

bırakılması, bu ilkeyi çiğnemeyeceğini ve dolayısıyla ticari işletme devrinin geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade edebiliriz.

Konuyu TTK m. 11/f. 3'te ifade bulan kısmi külli halefiyet bakımından değerlendirdiğimizde, bu ilkenin bünyesinde malvarlığının aktif ve pasifini bir bütün halinde devredebilme yetisine sahip olduğunu tespit etmek gerekir. Bu tespitten sonra, kısmi külli halefiyetin, külli halefiyetten ayrılan yönüne dikkat çekmemiz gerekir. Kısmi külli halefiyet, külli halefiyetten farklı olarak devir kapsamı bakımından taraflara bir serbesti sağlar. Taraflar, devir sözleşmesinin içeriğini, ihtiyaçları doğrultusunda belirleyebilmelidir. Devrin iradiliği ve esnekliği ancak bu sayede anlam kazanır. Pasiflerin devir kapsamında bulunması zorunluluğu, tarafların irade serbestisini sınırlar. Bu serbestinin, aktifler bakımından bütünlük ilkesi ile sınırlandırıldığını, pasifler bakımından ise herhangi bir sınırlandırmanın söz konusu olmadığını düşünmekteyiz. Bütünlük ilkesi temel olarak ticari işletme değerini ve organizasyon yapısını muhafaza etmek suretiyle, ticari işletme faaliyetlerinin devirden sonra da devamlılık arz etmesine hizmet eder. Bütünlük ilkesine aykırı devrin geçersiz olması, ilkenin hizmet ettiği bu amaçlar ile ilgilidir. Tekrar ifade etmek gerekirse, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasının, bu anlamda işletme bütünlüğüne olumsuz bir etkisinin olmayacağını düşünmekteyiz.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 ile ticari işletmenin devrinin yeniden düzenlenmesindeki temel amaç ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılması, işlevselleştirilmesi ve uygulanabilirliğinin artırılmasıdır. Pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılabilmesi, tarafların menfaatlerinedir. Ticari işletmenin borçlarından ari olarak devredilemeyeceği kabul edildiği takdirde, kural olarak ticari işletme tüm aktif ve pasifleri ile devredildiğinden, devralanın sürpriz borçlarla karşılaşma tehlikesi bulunmaktadır. Zira, TSY m. 133/f. 2-b uyarınca, devir kapsamında yer almayan aktif ve pasifler, devir sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir. Devralan da, pasifler olmadan ticari işletmesini daha yüksek bir değer karşılığında devretme imkanına sahip olabilir. İşletme değerinin bu artı değeri çoğu zaman devir kapsamı dışında bırakılan pasiflerin değerinden fazladır. Dolayısıyla, işletmenin pasiflerinden ari olarak devredilemeyeceği görüşünün, kanun koyucunun amacına aykırı olduğunu ifade edebiliriz. Özetle, bir kurumun yan etkilerini gidermek için, kurumun bizzat kendisini etkisizleştirmek kabul edilebilir bir çözüm olmasa gerekir.

Ticari işletmenin pasiflerden ari olarak devredilmesi halinde, alacaklıların teminatsız kalacağı da söylenemez. Devir kapsamı dışında bırakılan borçlardan, devreden malvarlığı ile sınırsız sorumluluğu devam edecektir. Gelir elde etme amacıyla ticari hayata giren bir kişi, ticari işletmesini değerinden önemli ölçüde düşük bir miktara devretmez. Ticari işletmenin devri muvazaalı bir işlem ise geçersiz olacaktır. Ayrıca ticari işletmenin devrinde, devreden aleyhine gabin hali söz konusu ise, devreden TBK m. 28'deki imkanlardan yararlanır. Gabin niteliğinde bir durumun vaki olması halinde basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlü devreden, bunun giderilmesini istemiyorsa, alacaklıları zarara verme kastının olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, İİK m. 280/f. 3 uyarınca, ticari işletmenin devrinde, devrin taraflarının "ızzar kasti" karine olarak kabul edilmiştir. Alacaklılar lehine öngörülen bu karine, ancak İİK m. 280/f. 3'te belirtilen şekilde çürütülebilir. O halde, pasiflerin devir kapsamı dışında tutulduğu durumlarda da, alacaklılar tasarrufun iptali davası yoluyla, devredilen ticari işletme aktiflerinden alacaklarını elde edebilirler. Bir başka ifadeyle, tasarrufun iptali davası, teminat teorisinin temel çıkış noktası olan aktifler pasiflerin doğal teminatıdır görüşünü karşılar niteliktedir. Zira, bu dava ile, alacaklılar, aktifler sanki hiç devreden malvarlığından çıkmamış gibi, haklarını bu unsurlardan alabilmektedirler. Bir bakıma teminat teorisi karşılığını tasarrufun iptali davasında bulmaktadır. Aktiflerin pasiflerin teminatı olduğu görüşü, sorumluluğun kişinin malvarlığı ile sınırsız olmasından ziyade, sorumluluğun işletme malvarlığı unsurlarıyla sınırlı olmasına daha uygundur²⁴⁶. Öyle ki, borç ticari işletme borcu ise, bunu karşılayacak aktif unsur da işletme aktifi olmalıdır. Özetle, bir yandan devreden tüm malvarlığı ile sorumlu olması, diğer yandan devir taraflarının devri alacaklılara zarar vermek kastıyla gerçekleştirmiş olmaları halinde gündeme gele tasarrufun iptali davası alacaklılara yeterli korumayı sağlar. Velez ki, bu enstrumanlar alacaklılara yeterli koruma sağlamıyor, bu ihtiyaç, ticari işletme devrinin tercih edilebilirliğini kısıtlamadan giderilmelidir.

Ticari işletmeye bağlı borçların ya da başka bir ifadeyle ifası ticari işletmenin varlığına bağlı borçların, zorunlu olarak, ticari işletme ile birlikte devredilmesi gerektiği görüşünü de katılmıyoruz. Bu borçlar devir kapsamında yer almasa dahi, TBK m. 196 uyarınca devralan tarafından üstlenilebilir. Ayrıca, TBK m. 83 uyarınca, devralanın,

²⁴⁶ Bu ifademizden, ticari işletmeye hukuki kişilik atfettiğimiz sonucu çıkartılmamalıdır. İfademiz, teminat teorisinin temel bakış açısı ile tasarrufun iptali davasının benzerlik arz ettiği yönündedir.

devreden yerine bu borçları ifa etmesi de mümkündür. Borcun ifası bir şekilde gerçekleşmemiş ise, TBK m. 112 uyarınca, devreden, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Devreden, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğine ispat edemez. Zira ticari işletmenin devri iradi bir devir işlemidir ve devredenin basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü bu hususta da söz konusudur.

Pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasının TBK m. 202’de öngörülen müteselsil sorumluluğa ilişkin hükmü etkisiz kıldığı, bu nedenle, bu hükmün konuluş amacıyla çeliştiği düşünülebilir. Kanaatimizce, TBK m. 202, genel borcun üstlenilmesinin özel bir düzenlemesidir. TBK m. 202 hükmünün kanun sistematigi içindeki yeri de görüşümüzü doğrular niteliktedir. TBK m. 202’de, genel borcun üstlenilmesinden farklı olarak, borcun devrinde alacaklının onayı aranmaz. İşte kanun koyucu, borç tarafının alacaklının iradesi dışında gerçekleşmiş olmasının olumsuz etkilerini, TBK m. 202/f. 2’de öngördüğü müteselsil sorumluluk ile gidermeye çalışmıştır. Eş söyleyişle kanun koyucu, TBK m. 202/f. 2’yi “*aktifler pasiflerin teminatıdır*” ilkesinden yola çıkarak getirmemiştir. Kanun koyucu burada şunu demektedir: Ticari işletmenin devrinde pasifleri devretmek istiyorsanız, bir bütün halinde devredebilirsiniz, ancak bu imkandan alacaklının onayı olmaksızın yararlandığınız için, iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olacaksınız. O halde, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakıldığı durumda, alacaklının onayı hilafına gerçekleşmiş bir borç devri söz konusu olmayacağından, TBK m. 202/f. 2’nin uygulama alanı bulması da gerekmez.

Sonuç olarak²⁴⁷ ticari işletmenin devrinin pasiflerden ari olarak yapılabileceğini, aksi kabulün ticari işletmenin devrinin uygulamasını önemli ölçüde sınırlandırdığı bu nedenle kanun koyucunun amacına aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Öyle ki, kanun koyucu TTK m. 11/f. 3 ile güttüğü amaca ulaşmak için, özel hukukun diğer alanlarına hakim olan temel ilkelere önemli bir istisna getirmeyi göze almıştır. Alacaklılara ilişkin koruma imkanları mevcut iken, daha etkin bir koruma sağlamak adına pasiflerin devir kapsamında bulunması zorunluluğunu öngörmek, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz.

²⁴⁷ Ticari işletmeyi devralan, devri ilan etmeden önce, devraldığı ticari işletmeyi bir başkasına devredebilir. Bu durumda, TBK m. 202 ilk devir bakımından uygulanmamış olacaktır. Ancak devralan bu davranışıyla devir sözleşmesinden doğan borca aykırı davrandığı için TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır.

gg) Sözleşmelerin Kapsamı Bakımından

Kural olarak ticari işletmeye bağlı sözleşmeler de ticari işletme devir sözleşmesi kapsamındadır. Özellikle süreklilik arz eden sözleşmelerin ticari işletme ile birlikte devri oldukça önemlidir. Ancak genel olarak bazı durumlarda sözleşmelerin devri mümkün olmadığı için, ticari işletmenin devri yoluyla bu durumlar kapsamındaki sözleşmeler devredilemez. Sözleşmeler, şu hallerde devredilemez:

- Sözleşmenin devrinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmesi.
- Daha önceden tarafların sözleşmenin devredilemeyeceğini kararlaştırmaları.
- Kanun gereği sözleşme devrinin yasak olması.

g) Devir Sözleşmesi Taraflarının Borçları

aa) Devredenin Borçları

aaa) Devir Anına Kadar Ticari İşletmenin Amacına Uygun İşletilmesi Borcu

aaaa) Borcun Doğumu

Ticari işletmenin devrinde, devir anına kadar ticari işletmenin amacına uygun işletilmesi borcu, devir sözleşmesinin imzalanmasından itibaren başlar. Eş söyleyişle, borcun kaynağı devir sözleşmesidir. Zira devralan, devir sözleşmesinin yapıldığı anda, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarına ve faaliyetlerine bakarak bir değer biçmektedir. Devralan, devir anında en azından bu değerle birlikte ticari işletmeyi devralma hakkını haizdir. Bu nedenle, borcun doğum anını devir sözleşmesi ile başlatmak, hakkaniyete de uygundur.

bbbb) Ticari İşletmenin Devri Kurumu ve Devreden Bakımından Önemi

Devreden, ticari işletme devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ettiği ana kadar, devre konu olan ticari işletmeyi amacına uygun olarak işletmekle yükümlüdür. Devredenin işletme faaliyetlerine devam etmesi borcu devir ilişkisini de etkilediği için devreden ilgilendirdiği kadar kendisini de ilgilendirmektedir. Öyle ki, ticari işletmenin unsurlarından biri de devamlılıktır. Devamlılık unsurunu içinde barındırmayan bir yapı, ticari işletme olarak nitelendirilemez. Ticari işletme olarak nitelendirilemeyen bir yapı

da ticari işletmenin devrine konu olamaz. Bu nedenle faaliyetlerine son vermiş bir işletmenin, devri söz konusu değildir. Özetle ticari işletmenin devrinin konusu, faaliyetlerine devam eden ticari işletmelerdir²⁴⁸. Hemen belirtelim, “faaliyetlerine devam eden” tabirini ticari işletmenin unsurlarından olan devamlılık unsuru anlamında ele almak gerekir. Zira, kışın faaliyette bulunan bir kış sporları ticari işletmesi, yazın faaliyette bulunmadığı bir dönemde, ticari işletmenin devrine konu olabilir.

cccc) Devralan Bakımından Önemi

Yeni bir ticari işletme kurmaktansa, faaliyette olan bir ticari işletmeyi devralmak isteyen kişi için en önemli şey, ticari işletmenin işletme değerine de sahip olabilmektir. Ticari işletmenin, işletme değerini oluşturan en önemli unsur müşterileridir. Müşteriler, ticari işletmenin yaşantısına devam etmesini sağlar. Müşteri çevresinin genişliği ile ticari işletmenin hayat standartı doğru orantılıdır. Devralan, ticari işletmenin sahip olduğu müşteri potansiyeline güvenerek elde edeceği kazancı hesap eder ve bu nedenle ticari işletmeye sahip olduğu malvarlığı değerlerinden daha fazla bir değer biçerek onu devralmak ister. O halde, devreden devir sözleşmesinin ticaret siciline tesciline kadar, ticari işletmenin faaliyetlerine devam etmelidir ki, ticari işletme müşterilerini kaybetmesin²⁴⁹! Bu nedenle, ticari işletmenin devir anına kadar, amacına uygun işletilmesi, devredenin önemli borçlarından birini teşkil etmektedir.

bbbb) Borcun Kapsamı

Borcun kapsamını tayin ederken temel kriter, “basiretli bir tacirin, ticari işletmenin değerini koruması ve hatta artırması, faaliyetlerine devam edebilmesi için yapacağı gerekli her türlü işlemin yerine getirilmesi” olmalıdır. Borcun kapsamı da, her bir ticari işletme özelinde farklılık arz edebilir. Ancak borcun kapsamına dahil olan hususları şu şekilde örneklendirebiliriz:

²⁴⁸ “Devren satılık şeklindeki bir ilanla, faaliyetine son verilmiş eski bir işletmenin (ya da ticari işletmenin) malvarlığı unsurlarının satışı, işletmenin (ya da ticari işletmenin) devri olarak nitelendirilemez”. (Y. 11 HD. 26.4.2012, E. 2011/629, K. 2012/6900). TBK m. 202 anlamındaki devir için aynı yönde bkz. AKÇAAL, s. 157.

²⁴⁹ ACEMOĞLU, s. 83.

- Ticari işletme mal imal ediyorsa, imalata devam etmesi ve hammadde ihtiyacının karşılanması,
- Ürünlerin satışı için yeni siparişler kabul edilirken, satılan ürünler için gerekli stoklamanın yapılması,
- Ticari işletme müşteri çevresini korumak ve hatta genişletmek için reklam faaliyetlerinin yapılması,
- İşletmenin faaliyetlerine devam edebilmesi gerekli bütün idari yükümlülüklerin yerine getirilmesi,
- Ticari işletme müşteri çevresinin, işletmeye bağlılığını olumsuz anlamda etkileyecek her türlü davranıştan kaçınılması.²⁵⁰

eeee) Borcun Sona Ermesi

Borcun sona ermesi bakımından eTK dönemi ve TTK dönemi bakımından ayırım yapmak gerekir. eTK döneminde, ticari işletme aktif unsurlarının geçişi cüz'i halefiyet ilkesine göre gerçekleştiği için malvarlığı unsurlarının teker teker devredilmesi ile ticari işletmenin hakimiyetini devralana geçirene kadar, devreden bu borçtan sorumluluğu devam edecektir.

Türk Ticaret Kanunu döneminde ise, ticari işletmenin devrinde aktif unsurların geçişi –kısmi- külli halefiyet ilkesine göre gerçekleşecektir. O halde kural olarak, devreden ticari işletme devir sözleşmesini, ticaret siciline tescil etmesi ile birlikte, devreden ticari işletmeyi amacına uygun işletmesi borcu sona ermektedir. Ancak burada kanaatimizce, TBK m. 513/f. 2 kıyasen devreden bakımından da uygulanabilir. O halde, ticari işletmenin devrinden sonra, devralan ticari işletme faaliyetleri üzerinde tam anlamıyla hakimiyet kurana kadar geçen dönemde, devralanın menfaatleri tehlikeye düşüyorsa, devreden bu sorumluluğu devam eder.

²⁵⁰ BUCHLI, s. 54.

bbb) Rekabet Etmeme Borcu

aaaa) Genel Olarak

Ticari işletmenin devrinde taraflar devir sözleşmesinde ya da devir sözleşmesinden ayrı olarak devreden bakımından rekabet etme yasağı öngörebilirler²⁵¹. Peki taraflar, devreden bakımından rekabet yasağı öngörmemişse, ticari işletmenin devrinde devredeninin yine de rekabet etmeme borcu söz konusu olacak mıdır? Bu soruya yanıt bulabilmek için, ticari işletmenin devri kurumunun kapsamını ve niteliğini dikkate almamız icap eder.

Ticari işletme müşterileriyle birlikte yaşar. Ticari işletmeyi devralmak isteyen kişi, işletme değerinin bir parçası olan müşteri çevresine de sahip olmayı arzular. Bu nedenle, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkı ile birlikte müşteri çevresinin de devredileceği kabul edilir. Bu kabul akabinde akla gelecek soru, müşteri çevresinin nasıl devredileceği olacaktır. İşte rekabet yasağı, müşteri çevresinin devrine imkan tanıyan, müşterilerin devralan işletme sahibinden kopmamasını sağlayan önemli bir enstrumandır. Zira rekabet yasağı ile birlikte, devredeninin, devrettiği işletmesinin müşteri çevresini dağıtmasının önüne geçilmek istenmektedir. O halde rekabet yasağının hukuki dayanağı olarak; devir sözleşmesinin işletme değeri ve kiracılık hakkını da kapsayacağını belirten TTK m. 11/f. 3 ve dürüstlük kuralını düzenleyen MK m. 2 hükmünü gösterebiliriz. Taraflar, rekabet yasağı sözleşmesi akdetmemiş olsalar bile, öğretide²⁵², ticari işletmenin devrinde rekabet yasağının varlığı kabul edilmektedir.

bbbb) Kapsamı

Taraflar yapacakları sözleşme ile rekabet yasağının kapsamını belirleyebilirler. Rekabet yasağı, belirli bir coğrafi alan için öngörülebilir²⁵³. Yasağın kapsamı, ticari faaliyet içeriği dikkate alınarak da düzenlenebilir. Örneğin, Vefa Bozacısı'nın boza ile birlikte leblebi satması durumunda, söz konusu işletmeyi devreden kişiye işletmenin

²⁵¹ ARICI, s. 82.

²⁵² ÇEKER, Genel Esaslar, s. 25; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 223, N. 425 vd.; KAYAR, s. 67; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 141; DEMİR, s. 111 vd.; AYDIN, Sema/KAPLAN, Hasan Ali/ŞEN KALYON, Arzu: "Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları", GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 243; DEMİR, s. 104, 111.

²⁵³ Aynı yönde AKÇAAL, s. 154.

karşısında sadece leblebi satma imkanı tanınabilir. Bu durumda yasak, boza satışı özelinde uygulanacaktır.

Taraflar sözleşme ile rekabet yasağının kapsamını belirlememişlerse, rekabet yasağının kapsamı, her bir somut durum özelinde yapılmalıdır. Kapsam belirlenirken, devralanın hakları korunurken, kapsamın geniş tutulması sonucunda, devredeni haklarından mahrum etmemek gerekir. Bir işletmenin müşteri çevresinin coğrafi genişliği, rekabet yasağının da coğrafi anlamda belirlenmesinde kriter olarak değerlendirilebilir. Genişliğin takdirinde müşterilerin yoğunluğu ve işletme ile alışverişte bulunma bağılıkları da dikkate alınması gerekir.

Devredenin davranışlarının rekabet yasağını ihlal edebilmesi için, bu davranışların şirket, ticari işletme, esnaf işletmesi vb. çatısı altında ya da herhangi bir şekilde ortaya çıkması önemli değildir. Önemli olan husus, devredenin davranışları neticesinde, devralanın devraldığı işletmesinin müşteri çevresini yitirmesidir. Devredenin, rakip işletmeye ortak olması, işletmenin temsilcisi (organ temsilcisi ya da ticari temsilci) ya da vekili olması vb. durumlar yine rekabet yasağı kapsamındadır²⁵⁴.

cccc) Başlangıç Anı

Rekabet yasağı, kural olarak ticari işletmenin ticaret siciline tescilinden itibaren başlar. Zira, teknik olarak rekabetten bahsedebilmek için, ticari işletmenin devralanın mülkiyetine geçmiş olması ve devredenin de ticari faaliyetlerde bulunması gerekmektedir. O halde, ticari işletmenin devrinde, rekabet yasağı devirden sonra başlamalıdır.

Devreden ile devralan arasında gerçekleşecek devir sözleşmesine ilişkin görüşme sürecinde ya da devir sözleşmesinden ticaret siciline kayda kadar geçen sürede, ticari işletmesini devretmek isteyen kişinin rekabet yasağına aykırı şekilde faaliyetlerde bulunması, rekabet yasağı kapsamında değil, ticari işletmenin devre kadar işletilmesi ve ekonomik değerinin korunması borcuna aykırılık teşkil eder. Bu ayrım, rekabet yasağının sona ereceği zaman bakımından önem taşır.

²⁵⁴ ARICI, s. 84.

dddd) Sınırlandırılması ve Sona Ermesi

Rekabet yasağının sınırlandırılması ve sona ermesi, zaman ve ticari faaliyet türü bakımından gündeme gelebilir.

Taraflar rekabet yasağına ilişkin bir anlaşma yapmışlarsa, rekabet yasağı anlaşmada öngörülen süre sonunda sona erer. Söz konusu sürenin özel teşebbüs kurma özgürlüğünü güvence altına alan anayasanın 48. maddesine ve kişilik haklarına koruyan MK m. 23'e aykırı olmaması gerekir. O halde, taraflar yapacakları sözleşmede, bu hükümleri ihlal edecek derecede uzun süre rekabet yasağını öngöremezler²⁵⁵. Anlaşma yapılmış ancak herhangi bir zaman öngörülmemişse ya da rekabet yasağına ilişkin bir anlaşma söz konusu değilse, bu durumda rekabet yasağının ne zaman sona ereceği tartışmalıdır. Öğretide bu sürenin, genel olarak iki ya da üç yıl olması gerektiği belirtilmiştir²⁵⁶. Ayrıca rekabet yasağının en fazla beş yıl sürmesi gerektiği de ifade edilmiştir²⁵⁷. Kanaatimizce bu sürenin tespiti her somut durumun özelinde yapılmalıdır. Kişilerin anayasal hakkı olan ticari faaliyetlerde bulunmaları hakkı, gerektiğinden fazla sınırlandırılmamalıdır. Süre bakımından temel kıstas, devralan tacirin devirden sonra, müşterilerini kendi işletmesine bağlayabileceği ve devreden işletme sahibinin bu müşteri çevresi ile ticari bağlantısının kaybolabileceği kadar sürenin geçmesidir.

Rekabet yasağının varlığı, devreden kişinin devirden sonraki ticari faaliyetlerinin yapıldığı alana göre de değerlendirilebilir. Örnek verecek olursak, Vefa Bozacısı'nı devreden kişinin, bozacının karşısına giyim mağazası, kırtasiye vb. açması halinde, devreden kişi bakımından rekabet yasağının söz konusu olmayacağını düşünmekteyiz. Zira, örneğimizdeki Vefa Bozacısı'nın hitap ettiği müşteri çevresinin ihtiyaçları ile devreden kişinin açacağı giyim mağazasının ya da kırtasiye dükkanının müşteri çevresinin ihtiyaçları farklılık arz edecektir. Rekabet yasağı, ticari işletme müşteri çevresiyle birlikte devredildiği için, müşterileriyle yaşayan ticari işletmenin müşteri çevresinin korunmasına hizmet eder. O halde, devreden, devralanın müşteri çevresini olumsuz manada etkilemeyecek, işletme faaliyetlerinde bulunabilmelidir. Bu anlayışın, gerek Anayasa'nın 48. maddesine gerekse rekabet yasağının dayanağı olan MK m. 2'ye uygun olduğunu düşünmekteyiz.

²⁵⁵ Aynı yönde AKÇAAL, s. 158.

²⁵⁶ ARICI, s. 84.

²⁵⁷ ARICI, s. 84.

Taraflar devir sözleşmesinde müşteri çevresini devir kapsamı dışında bırakmışlarsa, kanaatimizce devreden, rekabet etmeme borcu ortadan kalkar.

Devralanın, devraldığı ticari işletmenin faaliyet konusunu değiştirmesi durumunda, devreden rekabet yasağı bundan etkilenecek midir? Rekabet yasağına ilişkin herhangi bir sözleşme yapılmamış ise, bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira rekabet yasağı, müşteri çevresi ile doğrudan ilişkilidir. Ticari işletmenin faaliyet konusunun değişmesi ile birlikte hitap ettiği müşteri çevresi de değişmiş olacaktır. Örneğin, bir restoranı devralan bir kişi daha sonra ticari işletmesini spor malzemeleri satan bir işletmeye çevirmesi halinde, devreden kişinin rekabet yasağı da son bulmuş olacaktır. Öyle ki, devreden, devrettiği ticari işletmesine yakın bir yerde restaurant açabileceği gibi, spor malzemeler satan bir işletme de açabilir. Özetle, devreden bakımından herhangi bir rekabet yasağı söz konusu olmayacaktır.

Devralan, devraldığı ticari işletme faaliyetlerini sona erdirirse, devreden devam eden rekabet yasağı, işletme faaliyetlerinin sona ermesi ile birlikte ortadan kalkar²⁵⁸.

Devreden rekabet yasağı devam ederken, devralanın devraldığı işletmeyi bir başka kişiye devretmesi durumunda acaba, devreden rekabet yasağı devam edecek midir? ACEMOĞLU'na²⁵⁹ göre, rekabet yasağı işletme lehine değil de, devralanın şahsı lehine tanınmışsa, rekabette bulunmama borcu devir ile sona erer; şayet rekabet yasağı işletme lehine tanınmışsa, söz konusu borç yine devralana geçer. Kanaatimizce, bu soruya verilecek cevap rekabet yasağı hususunda yapılmış bir sözleşmenin olup olmasına göre farklılık arz edecektir. Devreden ile devralan bir rekabet yasağı sözleşmesi düzenlemiş ise, sözleşmede bu hususa ilişkin kararlaştırmalar uygulanacaktır. Örneğin sözleşmede, rekabet yasağının 6 ay sonunda sona ereceği kararlaştırılmış ise, 6 ay sonra devralan tarafından ticari işletmenin bir başka kişiye devredilmesi durumunda, ilk devreden rekabet yasağı söz konusu olmayacaktır. Ticari işletmeyi ilk devralanın da, bu bilgiyi ticari işletmeyi devredeceği kişiyle paylaşması gerekmektedir. Rekabet yasağına ilişkin herhangi bir sözleşme mevcut değilse, ticari işletme devrinin doğası gereği rekabet yasağı yine de söz konusu olacaktır. Bu şekilde var olan rekabet yasağının kaderinin, MK m. 2 dürüstlük kuralı gereği ticari işletmeye bağlı olması gerektiğini düşünmekteyiz. Eş söyleyişle, devreden rekabet yasağı devam ederken

²⁵⁸ Aynı yönde, AKÇAAL, s. 159.

²⁵⁹ ACEMOĞLU, s. 89.

devralanın devraldığı ticari işletmeyi bir başkasına devri halinde, devreden rekabet yasağı devam edecektir. Ancak sonraki devir işlemi nedeniyle, ilk devreden rekabet yasağı süre bakımından yeniden başlamış olmaz ve içerik bakımından farklılık arz etmez.

Rekabet yasağı, kamu düzeni ile ilgili değildir. Rekabet yasağı, ticari işletmenin devrinde, devralan kişinin korunmasına hizmet eder. O halde, devreden ve devralan anlaşarak rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin sözleşme yapabilirler²⁶⁰.

ccc) Ticari İşletmeyi Devretme Borcu

aaaa) Genel Olarak

Ticari işletmenin devri kurumunda, devreden en önemli borcu ticari işletmeyi devretme borcudur. Zira ticari işletme, bu kurumun konusunu teşkil etmektedir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde ticari işletmenin devri eBK m. 179 (TBK m. 202) uyarınca gerçekleşmekteydi. Ticari işletmenin devri cüz'i halefiyet ilkesine göre gerçekleşiyordu. Bu nedenle, devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, devreden ticari işletmenin devri borcunu yerine getirmek için, devir kapsamındaki bütün unsurları, her bir unsur için kanunlarda öngörülen devri şekilleri uyarınca devralana geçirmekle yükümlüydü. Devreden ticari işletmenin devri kapsamındaki malvarlığı unsurlarını devralan devretmek suretiyle, ticari işletmeyi devir borcunu yerine getirmesi şu şekillerde gerçekleşir:

- Taşınmazların tapu siciline resmi şekilde devredilmesi
- Taşınırın zilyetliğinin devralana geçirilmesi
- Emre yazılı kıymetli evrakın ciro ve zilyetliğin devralana geçirilmesi, nama yazılı kıymetli evrakın yazılı devir beyanı ve zilyetliğin devralana geçirilmesi, hamiline yazılı kıymetli evrakın zilyetliğinin devralana geçirilmesi
- Alacakların TBK m. 183 vd uyarınca devredilmesi vb.

İşte devir kapsamında bu unsurlar yer alıyorsa, devreden tüm bu işlemleri gerçekleştirip, devredilen unsurları devralana geçirmedikçe, ticari işletme devir borcu

²⁶⁰ AKÇAAL, s. 158.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 ile birlikte ticari işletme devrinde, devredilecek unsurların devralana geçişi –kısmi- külli halefiyet ilkesine göre gerçekleşecektir. Bu önemli düzenlemenin anlamı, devir kapsamındaki ticari işletme malvarlığı unsurları bir bütün olarak, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte devralana geçecektir. O halde devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, devreden devir sözleşmesini ticaret siciline tescil etmesi ile birlikte, kural olarak ticari işletmeyi devir borcunu yerine getirmiş olacaktır. Demek oluyor ki, devreden, devredilecek unsurlar bakımından kanunlarda öngörülmüş olan özel devir şekillerine riayet etmeksizin, ticari işletmeyi devir borcunu yerine getirmiş olacaktır. Hemen belirtelim, devreden tarafından, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, devredilecek unsurlar devralana geçmiş olmasıyla, ticari işletmeyi devir borcu tam anlamıyla sona ermez. Ticari işletmeyi devir borcu, devir kapsamındaki unsurların, artık tasarruf yetkisini haiz olan devralana o unsurlar üzerinde hukukun tanıdığı tüm hakları kullanma durumunu da içerir. Örneğin, devir kapsamında bir taşınır eşya var ise, devreden devir ile birlikte bu unsurları devredene teslim etmelidir.

Ticari işletmenin devrinde, ticaret sicil müdürlüğü, bazı devir kapsamındaki malvarlığı unsurlarını ilgili sicillere bildirmek durumundadır. Devir kapsamındaki unsurların devir sözleşmesinde belirtilmesi zorunluluğu bulunmadığından, kanaatimizce, devreden, sicillere kayıtlı devir konusu malvarlığı unsurlarını ticaret sicil müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, ticari işletmeyi devretme borcunun bir parçasıdır. Bu yükümlülüğe aykırı davranış, TBK m. 112 uyarınca, borca aykırılık teşkil eder. Bu durumda devredenın gerekli bildirimı yapmaması nedeniyle, devralan zarara uğramış ise, devreden bu zararı gidermekle yükümlüdür. Son olarak belirtelim, ticaret sicil müdürlüğünün, sicillere kayıtlı devredilen malvarlığı unsurunun olup olmadığını devredene sorması gerekir.

cccc) Ticari İşletmeyi Devretme Borcunun Diğer Bileşenleri

Ticari işletmeyi devretme borcu, devir kapsamındaki ticari işletme aktiflerinin mülkiyetinin tek başına devralanın malvarlığına geçirilmesiyle, tam anlamıyla yerine getirilmiş olmaz. Devreden, devralanın ticari işletmeyi iyi bir şekilde yönetebilmesi için ticari işletmenin iç ve dış organizasyonunu onun emrine sunmalıdır²⁶¹. Bu amaçla, devreden, ticari işletme sırlarını, know-how'ı devralanın bilgisine sunmalı, ayrıca devralanı müşteri çevresine tanıtmalıdır²⁶².

ddd) Devredenin Ayıp ve Zapt Nedeniyle Sorumluluktan Doğan Borcu

Ticari işletmenin devrinde²⁶³, devredenin ayıp ve zapttan sorumluluğuna ilişkin herhangi bir özel düzenleme yapılmamıştır. Ancak ticari işletmenin devri çoğu zaman bir satış sözleşmesine dayanır²⁶⁴. Bir başka ifadeyle, ticari işletmenin devri sözleşmesinin karakteristik yapısı satış sözleşmesi ile oldukça uyumludur. Bu nedenle, TBK'da satış sözleşmesi bakımından öngörülen ayıptan ve zapttan sorumluluk hükümleri geçerli bir ticari işletmenin devrinde de uygulama imkanı bulur²⁶⁵. Öğretide²⁶⁶, ticari işletmenin devri sonucuna doğuran her devir sözleşmesi bakımından da bu hükümlerin uygulanabileceği ifade edilmiştir.

Ticari işletme devrinde ayıp tayini yaparken, ticari işletmenin bütünlüğü, devamlılığı, değerinin etkilenmesi ve müşteri çevresine olumsuz etkisi gibi kriterler belirlenebilir. Ayıp, ticari işletmenin devir değerini azımsanmayacak derecede düşüren, devralanda devrin gerçekleşmesi isteğini ve ticari işletmenin devir anındaki verimliliğini azaltan bir etki yapmalıdır. Tüm bu kriterlerin, her bir somut ticari işletme devri bakımından ele alınması gerekir. Öyle ki, ticari işletme satımında/devrinde, devreden borcu parça borcudur²⁶⁷. Zira işletme maddi ve maddi olmayan unsurları ile

²⁶¹ BARANDUN, Nicolà: Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven, Diss., Bern 1993, s. 59.

²⁶² BARANDUN, s. 59.

²⁶³ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ACEMOĞLU, s. 89 vd.; ARICI, s. 84 vd..

²⁶⁴ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 111.

²⁶⁵ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 111; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 224, N. 426; ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 44; ARICI, s. 84; AKÇAAL, s. 159 vd..

²⁶⁶ ACEMOĞLU, s. 90.

²⁶⁷ ARICI, s. 91.

birlikte kendine özgü bir organizasyon teşkil eder ve devir bütün halinde bu organizasyonun bir başka kişiye geçirilmesini hedefler. O halde, ticari işletmenin bütünlüğünü, faaliyetlerine devam edebilirliğini ve dolayısıyla değerini etkileyecek ayıbın her bir işletme özelinde belirlenmesi daha doğru olacaktır.

bb) Devralanın Borçları

aaa) Karşı Edimi İfa Borcu

aaaa) Genel Olarak

Devir sözleşmesi, ivazlı ya da ivazsız²⁶⁸ olarak yapılabilir²⁶⁹. Kanunda devir sözleşmesinin ivazlı yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak çoğu kez ticari işletme bir ivaz karşılığında devredilmektedir. Devir sözleşmesinin ivazlı yapılması halinde, devralanın karşı edimi ifa borcu söz konusu olacaktır²⁷⁰. İvazın değeri, devredilen aktif ve pasiflerin değerine bağlı değildir²⁷¹.

Devir sözleşmesinde ivaz olarak herhangi bir iktisadi değer belirlenebilir. İvaz para şeklinde kararlaştırılabileceği gibi, bir mal, hizmet ifası, pay hakkı ya da ortaklık hakkı olarak da kararlaştırılabilir²⁷². Hemen belirtelim, ivaz, devredene, devralan şirkette pay ya da ortaklık hakkı bahşedecek şekilde öngörülemez²⁷³. İvazın bu şekilde belirlenmesi,

²⁶⁸ Devir sözleşmesi bir bağışlama ya da bir mükafat vaadinden ibaret ise, devralanın karşı edimi ifa borcu bulunmamaktadır. ACEMOĞLU, s. 99; Karşı ifa, malvarlığı devrinin zorunlu unsuru değildir. BOTSCHAFT FusG, s. 4459; von SALIS, s. 418.

²⁶⁹ BOTSCHAFT FusG, s. 4361; BERETTA/VISCHER, s. 727, N. 8; SCHUMACHER, s. 86; CHAMPEAUX (SIFERT/TURIN), s. 1185, N. 29.

²⁷⁰ Buna karşın, ticari işletmenin (malvarlığının) devrinde, devreden daima karşı edimi ifa borcu, yani ticari işletmeyi devretme borcu söz konusudur. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 314, N. 808.

²⁷¹ AMSTUTZ/MABILLARD, s. 538, N. 8; Kurala olarak öngörülmese de, karşı edimin değeri, devredilen malvarlığı değerine uygun olmalıdır. SCHUMACHER, s. 88; CHAMPEAUX (SIFERT/TURIN), s. 1185, N. 29.

²⁷² BOTSCHAFT FusG, s. 4463; von SALIS, s. 418; GERSBACH, s. 25; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 501, N. 18; CHAMPEAUX (SIFERT/TURIN), s. 1185, N. 29.

²⁷³ BOTSCHAFT FusG, s. 4463; SCHUMACHER, s. 87.

bölünmede geçerli olup, ticari işletmenin devrinde mümkün değildir²⁷⁴. Zira, ticari işletmenin devri, işletme sahipliğinin el değiştirmesi sonucunu doğurur.

Ticari işletmenin devri, çoğu kez ticari işletme satımı şeklinde gerçekleştiğinden, devirde ivaz çoğu kez paradır. Taraflar diledikleri ülke parasını ve miktardaki²⁷⁵ parayı ivaz olarak kararlaştırabilir.

Devir sözleşmesinin niteliğine göre de, ivaz farklılık arz edebilir. Gerçekten ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak akdedilmiş bir ticari işletme devir sözleşmesinde, karşı edim, devredene ölünceye kadar bakmak ve gözetmektir²⁷⁶.

İvazın, karma bir şekilde belirlenmesi de mümkündür. Örneğin devir sözleşmesinde karşı edim olarak, bir miktar para ile mal kararlaştırılabilir.

Devralan, devir sözleşmesinden doğan karşı edimin ifasını, sözleşmenin akdedilmesinden sonra yerine getirebilir²⁷⁷. Devredenin ifa talebi, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi anına kadar, TBK m. 97 uyarınca devralan tarafından ödemezlik def'i ile geri çevrilebilir²⁷⁸.

bbbb) Mal Değişim Sözleşmesi (Trampa) Sözleşmesi Olarak Yapılan Devir Sözleşmesi İle Karşılıklı Ticari İşletme Devri Yapılabilir mi?

Peşinen söylemek gerekirse, ticari işletmenin devri sözleşmesi, mal değişim sözleşmesi olarak yapılabilir²⁷⁹. Mal değişim sözleşmesi, TBK m. 282'de, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Tanımı da dikkate aldığımızda, kanaatimizce

²⁷⁴ BOTSCHAFT FusG, s. 4463; Devredenin, devralan şirketten pay ya da ortaklık hakları elde ettiği bir ticari işlem, FusG m. 30 uyarınca mümkün ise, bölünmeye ilişkin hükümler mecburen uyar. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 314, N. 808; SCHUMACHER, s. 30; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 501, N. 18.

²⁷⁵ Genelde mal kaçırmak amacıyla ticari işletme devirlerinde, düşük miktarda ivaz belirlenir. Ancak bu şekildeki tasarruflar, İİK m. 280/f. 3'e tabidir.

²⁷⁶ ACEMOĞLU, s. 99.

²⁷⁷ SCHUMACHER, s. 88.

²⁷⁸ SCHUMACHER, s. 89.

²⁷⁹ SCHUMACHER, s. 30.

aynı devir sözleşmesi ile ticari işletmelerin karşılıklı olarak devri mümkündür²⁸⁰. Faaliyet konusunu değiştirmek isteyen tacirlerin, karşılıklı olarak ticari işletmelerini devretme istekleri söz konusu olabilir. Örneğin, restaurant sahibi bir tacir artık ticari faaliyetlerin bir otel işletmesi ile devam etmek arzusunda ise, buna karşın bir otel işletmesine sahip tacir de, ticari faaliyetlerine restaurant sahibi olarak devam etmek arzusunda ise, tacirler arzu ettikleri işletmeleri sıfırdan kurmak yerine bir başkasıyla değiştirme yoluna gidebilirler. İşte mal değişim sözleşmesi niteliğindeki ticari işletme devir sözleşmesi ile bu isteklere cevap verebilir. Mal değişim sözleşmesine konu olan her iki ticari işletmenin devri de, ticari işletmenin devri yoluyla sağlanabilir²⁸¹.

Mal değişimi sözleşmesi ile karşılıklı olarak ticari işletmenin devredilmesinde, sözleşmenin tarafları hem devreden hem de devralan konumunda olabilir. Öyle ki, kendi işletmesini devretmek isteyen kişi bu işletme özelinde devreden iken, devralmak istediği ticari işletme bakımından ise devralandır. Mal değişimi sözleşmesi ile karşılıklı olarak ticari işletmenin devredilmesinde, ticari işletmesinin devir kapsamındaki aktif unsurlarını devretmek isteyen her bir devreden taraf, ticaret siciline devrin tescili için başvurmalıdır. Aynı şekilde, devralan taraf tacirlerin, ticari işletmelerinin devir kapsamındaki pasiflerinin devrini sağlamak için, TBK m. 202 uyarınca devri alacaklılara bildirmesi ya da Ticaret Sicili Gazetesi'nde devri duyurması gerekecektir. O halde, devreden taraflardan birinin, ticaret siciline yapılacak tek bir tescil işlemi ile, iki ticari işletmenin de devri sağlanmış olmaz. Bu husus pasiflerin devri için de geçerlidir.

bbb) Devri Alacaklılara Duyurma Borcu

Ticari işletmenin devri, aktif ve pasiflerin birlikte devredilmesine imkan veren bir kurumdur. Ticari işletmenin devrinde, aktiflerin devri borcunu devreden, devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ederek yerine getirecektir. Pasiflerin devri ise, devralanın, TBK m. 202 uyarınca alacaklılara bildirilmesi ya da Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılacak ilan ile gerçekleşir. Devralan, devri alacaklılara bildirmez ya da Ticaret Sicil Gazetesi'nde gerekli ilanı yapmaz ise, pasiflerin devralana intikali gerçekleşmeyecek (TBK m. 202/f. 1) ve devreden ile devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğu başlamayacaktır (TBK m. 202/f. 2). Eş söyleyişle, devralan bu işlemlerden

²⁸⁰ SCHUMACHER, s. 30.

²⁸¹ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde, SCHUMACHER, s. 30.

birini yerine getirmez ise, ticari işletmenin devri kapsamındaki borçlardan alacaklılara karşı devralanın sorumluluğu söz konusu olmayacak, borçlar devreden üzerinde kalmaya devam edecektir. İşte ticari işletme devrinde, kanun koyucu TBK m. 202 hükmü ile devralana, devri alacaklıları bildirme ya da Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan etme borcu yüklemiştir. Devralanın bu borcu, temelde ticari işletmenin devri sözleşmesinden kaynaklanır. Devralanın bu borcu yerine getirmemesi, borca aykırılık (TBK m. 112) teşkil edecektir²⁸².

Peki devralan bu borcu yerine getirmez ise, ticari işletmenin pasiflerinin devri nasıl sağlanacaktır? Bu durumda, devreden, devralanı ifaya zorlaması gündeme gelecektir. Devreden açacağı ifa davası ile birlikte, masrafı devralana ait olmak üzere, borcun kendisi veya başkası tarafından ifa edilmesini hakimden isteyebilir (TBK m. 113/f. 1) . Devreden talebi üzerine hakim vereceği olumlu karar, devralanın iradesi yerine geçecektir²⁸³. Böylece, devreden (ya da devreden talebine göre bir başkası), devir kapsamındaki borçların devralana geçmesi ve devralan ile birlikte iki yıllık müteselsil sorumluluğun başlaması için TBK m. 202'de düzenlenen devralanın borcunu yerine getirebilecektir. Devralanın bu borcu yerine getirmemesi nedeniyle, devreden zarara uğraması halinde, devralan bu zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 113/f. 2).

h) Devir Sözleşmesinin Geçersizliği

Ticari işletmenin devri, sebebe bağlı bir hukuki işlemdir²⁸⁴. Devir sözleşmesinin geçersiz olması durumunda, ticari işletmenin devri de geçersiz olacaktır. Bu nedenle, devir işlemi nedeniyle hak kazanılması ya da borç üstlenilmesi söz konusu değildir. Geçersiz devir sözleşmesine karşın, ticari işletmenin devri ticaret siciline tescil edilmiş ise, ilgili tescil derhal sicilden terkin edilmelidir. Ayrıca, devri diğer sicillere bildirme yükümlülüğü altındaki ticaret sicil müdürlüğü, aynı şekilde devrin geçersiz olduğunu ve ilgili sicillerdeki kayıtların gerçeğe uygun hale getirilmesi için, diğer sicillere gerekli bildirimi yapmak durumundadır. Aksi takdirde, iyiniyetli üçüncü kişilerin ilgili sicillere dayanarak kazanımlarının korunması gündeme gelebilir.

²⁸² ACEMOĞLU, s. 122; AKÇAAL, s. 166.

²⁸³ ACEMOĞLU, s. 123.

²⁸⁴ Ticaret siciline tescil talebi ve tescil sebebe bağlıdır. ÖZ, s. 112.

2. Özellik Arz Eden Devir Aşamaları

a) Genel Olarak

Somut olayda, rekabet hukuku anlamında onay ya da genel kurul kararı gerekiyorsa, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili, bir başka ifadeyle, ticari işletmenin devri, bunlara bağlıdır²⁸⁵. Bu bahiste, ticari işletmenin devrinin bu özel aşamalarını incelemeye çalışacağız. Bu özel aşamaların söz konusu olduğu ticari işletme devirlerinde, devir için gerekli olan izin ya da kararlar²⁸⁶ devir şartı niteliğindedir. O halde, TTK m. 32/f. 1 uyarınca sicil müdürü, bu şartların yerine getirilip getirilmediğini incelemekle yükümlüdür.

b) Rekabet Kurulu İzni

aa) Rekabet Hukukunun Devre İlişkin Düzenlemelerinin Temel Amacı

Rekabet Hukuku'nun RKHK m. 7 ve 2010/4 sayılı Tebliğin birleşme ve devirlere ilişkin hükümlerinin temel amacı, mevcut rekabet ortamını bozacak yoğunlaşmaları engellemek suretiyle, rakip teşebbüsleri, tüketicileri yani piyasayı korumaktır²⁸⁷.

bb) Rekabet Kurulunun Dikkate Alacağı Kriterler

aaa) Genel Olarak

Rekabet Kurulu, 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirtilen eşikleri aşan her ticari işletmenin devrini yasaklamaz. Devrin yasaklanması için belli şartların gerçekleşmesi gerekir.

²⁸⁵ Bu durum İsviçre hukukunda da geçerlidir. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 338, N. 868.

²⁸⁶ Malvarlığı devri, statü ya da şirket sözleşmesinin değişikliğini gerektiriyorsa ya da tasfiye işlemi anlamına geliyorsa genel kurul kararı gereklidir. BOTSCHAFT FusG, s. 4461, 4462.

²⁸⁷ TOPÇUOĞLU, Metin: “İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Etkisi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul 2013, s. 104.

bbb) Hakim Durumun Yaratılması ya da Güçlendirilmesi ya da Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 7'nin ifadesine bakıldığında, ticari işletmenin devrinin yasaklanabilmesi için, hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi ya da rekabetin önemli ölçüde azaltılması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır²⁸⁸. Ancak, hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi söz konusu ise, rekabetin önemli ölçüde azalacağı muhakkaktır²⁸⁹. Eş söyleyişle, hakim durum yaratılmış ya da güçlendirilmiş ise, rekabet önemli ölçüde azaltılmış demektir. Bu nedenle aranan şartın halihazırda içinde barındırdığı bir diğer şartı aramak gereksizdir.

Devrin yasaklanabilmesi için, rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının, hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi ile birlikte aranması, hükmün amacı ile bağdaşmaz. Zira, her rekabetin önemli ölçüde azaltılması hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi anlamına gelmez. Bu nedenle, rekabet önemli ölçüde azaltılmış olmasına karşın, hakim durum yaratılmadığı ya da güçlendirilmediği nedeniyle, devrin yasaklanmaması, hükmün amacına aykırıdır. O halde, salt rekabetin önemli ölçüde azaltılması, devrin yasaklanabilmesi için yeterlidir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 6 ile m.7 hakim durumu farklı ele almıştır. Öyle ki, RKHK m. 6'ya göre, piyasadaki bir işletmenin hakim konumda bulunması bir yasaklama sebebi olarak kabul edilmez. Hükme göre yasaklama, hakim durumun, kötüye kullanılması, sömürme veya rekabeti kısıtlama fiillerinin icra edilmesi halinde söz konusu olacaktır²⁹⁰. Buna karşın RKHK m. 7 uyarınca devrin yasaklanabilmesi için, hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi yeterli olacaktır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 7 uyarınca yasaklamanın gündeme gelmesi, hakim durumun nasıl ortaya çıktığı ile de ilgilidir. Bir teşebbüsün imkanlarını kullanarak kendi gayretleriyle piyasada hakim duruma gelebilmesi mümkündür. Bu şekilde oluşan hakim durum, RKHK m. 7 anlamında bir yasaklama sebebi olamaz. Bir

²⁸⁸ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 93.

²⁸⁹ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 104.

²⁹⁰ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 90, 91.

teşebbüsün başka bir teşebbüs sahibi tarafından devralınması neticesinde ortaya çıkan hakim durum, bu hüküm kapsamında yasaklama sebebidir.²⁹¹

Devir yasağı kararı için, hakim durumun yaratılmasının ya da güçlendirilmesinin hangi anda gerçekleştiği de önem arz eder. Devir yasağından söz edebilmek için, hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi, ticari işletmenin devri ile birlikte ortaya çıkmalıdır. Devir avantajlarından yararlanılarak işletme faaliyetleri neticesinde, devirden belirli bir süre sonra yaratılan hakim durum, devir yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira, RKHK m. 7 anlamında devir yasağından bahsedebilmek için, yaratılan ya da güçlendirilen hakim durumun salt devir işleminden kaynaklanması gerekir.

ccc) İşletmenin Kontrol Yetkisi Veren Araçlarının Devralınması

Rekabet Kurulunca yasaklanan devirler yoğunlaşma sonucunu doğuran dolayısıyla da rekabeti azaltan devirlerdir. Bu durumun gerçekleşmesi için de, teşebbüslerin kontrol mekanizmasının da devralınması gerekir. Kontrol mekanizmasının ele geçirilmesi, teşebbüsün malvarlığının, sermayesinin, paylarının çoğunluğunu ele geçirme ile sağlanabileceği gibi, yönetimini belirleme yetkisini veren çeşitli sözleşmeler ile de sağlanabilir²⁹². Ticari işletmenin devri ile birlikte doğal olarak işletmenin kontrol yetkisi veren araçları da devralınır.

ddd) İşletmelerin Hem Hukuken Hem de İktisaden Bağımsız Olması

Devir yasağına tabi olan devralmalarda, ticari işletmeler hukuken ve iktisaden bağımsız olmalıdır. Rekabet hukuku anlamında asıl önemli olan, iktisadi bağımsızlıktır²⁹³. Zira, rekabet hukuku temel koruması iktisadi amaçlıdır. O halde, bir holding bünyesinde yer alan şirketin aynı holding bünyesinde yer alan bir diğer şirketin ticari işletmesini devralması devir yasağına tabi değildir²⁹⁴. İktisaden bağımsız olmayan

²⁹¹ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 91.

²⁹² TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 98, 99; GÜVEN, Pelin: Rekabet Hukuku, Ankara 2008, s. 388.

²⁹³ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 98.

²⁹⁴ Benzer örnek için bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 98.

iki işletmeden birinin diğerini devralmasının, piyasadaki rekabet ortamına önemli sayılabilecek bir etkisi olmayacaktır.

Ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için, iki hukuki kişinin varlığı gerekir. Ticari işletme bu kişiler arasında el değiştirecektir. O halde, ticari işletmenin devrinde, devir yasağı değerlendirmesi, iktisadi bağımsızlık kriteri üzerinde yoğunlaşmalıdır.

eee) Halihazırda İşletme Sahibi Kişinin Ticari İşletmeyi Devralması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 7/f. 1 uyarınca, bir ya da birden fazla ticari işletme sahibi kişinin, bir başka ticari işletmeyi devralması halinde, devir yasağı gündeme gelebilir. Rekabet ortamının etkilenmesi için, yoğunlaşmanın ortaya çıkması gerekir²⁹⁵. Yoğunlaşmanın söz konusu olabilmesi için ise, ticari işletmeyi devralacak kişinin en az bir ticari işletmeye sahip olması gerekir. Eş söyleyişle, halihazırda ticari işletme sahibi olmayan kişinin, bir ticari işletmeyi devralması halinde, hakim durumun ortaya çıkmasından ya da güçlenmesinden söz edilemez.

fff) Bilgi İsteme

Kurul, ticari işletmenin devrine ilişkin yapacağı incelemede, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir (RKHK m. 14/f. 1). Bilginin istendiği makam ya da teşebbüs ve teşebbüs birlikleri, Kurulun belirleyeceği süre içinde, bilgileri Kurul'a vermek zorundadır (RKHK m. 14/f. 2).

ggg) Bildirime Tabi Ticari İşletme Devirleri

Kural olarak ticari işletmeler herhangi bir izne tabi olmadan devredilebilir. Ancak kanunlarda belirtilen durumlarda, ticari işletme devri için izin gerekebilir. Bu durumlardan biri de, rekabet hukuku anlamında rekabet ortamının bozulmaması için getirilen RKHK m. 7'de düzenlenmiştir. RKHK m. 7/f. 1, rekabet hukuku anlamında rekabet ortamının bozulmaması için, bazı ticari işletme devirlerinin hukuka aykırı ve yasak olabileceğini belirtmiştir. Hangi ticari işletme devirlerinin hukuki geçerlilik

²⁹⁵ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 96.

kazanabilmesi için Kurul iznine tabi olduğu ise, Kurulca çıkarılacak tebliğe göre belirlenecektir (RKHK m. 7/f. 2). Söz konusu tebliğ, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'dir²⁹⁶. Ticari işletmenin devri, bir ya da daha fazla teşebbüse sahip olan kişi tarafından devralınması halinde, Tebliğ'in 5. maddesi anlamında bir devralma işlemi niteliğindedir²⁹⁷. Ticari işletme devrinin Kurul iznine tabi olması için ise, Tebliğ'in 7. maddesinde belirtilen eşiklerden en az birini aşması gerekir. Ticari işletme devrinin izne tabi olması için;

- devreden ve devralanın Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve devralan ve devreden her ikisinin de ayrı ayrı Türkiye cirolarının otuz milyon TL'yi veya

- devre konu olan ticari işletmenin otuz milyon TL'yi aşması gerekmektedir (2010/4 sayılı Tebliğ m. 7).

hhh) Bildirimin Yapılması

aaaa) Bildirimi Kimin Yapacağı

Bildirimi gerekli olan ticari işletmenin devri, kural olarak devreden ile devralan tarafından birlikte Rekabet Kuruluna yapılması gerekir. Ancak, taraflardan birinin yapacağı bildirim de geçerlidir (RKHK m. 12/f. 1). Taraflardan birinin bildirim yapması halinde, bildirimde bulunan diğer ilgili tarafa durumu haberdar etmelidir (RKHK m. 12/f. 1). Bildirim, devrin taraflarının yasal temsilcilerince de yapılabilir²⁹⁸.

²⁹⁶ 2010/4 sayılı Tebliğ'in izne tabi birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin 7. maddesi, 1 Şubat 2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2012/3 Sayılı Tebliğ ile değiştirilmiştir.

²⁹⁷ Ayrıca bir devrin, 2010/4 sayılı Tebliğ m. 5 anlamında bir devir niteliğinde olması için, devir sonucunda teşebbüsün el değiştirmesi gerekir. İşletmenin kontrolünün el değiştirmedığı devirler, Tebliğ m. 5 anlamında devir olarak kabul edilmediğinden, izne tabi değildir. İNAN, Nurkut/PİKER, Mehmet B. : Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara 2007, s. 78.

²⁹⁸ İNAN/PİKER, s. 83.

bbbb) Bildirimin Yapılacağı Zaman

RKHK’da ve ilgili mevzuatta bildirimin ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bildirimin, özellikle de ticari işletme devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğu görüşü uyarınca, ticari işletme devir sözleşmesinin akdedilmesinde önce yapılması gerektiği düşünülebilirse de²⁹⁹, kanaatimizce, bildirim, ticari işletme devir sözleşmesinin imzalanmasından sonra yapılmalıdır³⁰⁰. Nitekim RKHK m. 10/f. 1’deki “7’nci madde kapsamına giren birleşme ve devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten..” ifadesi de bildirimin, devir sözleşmesinin akdedilmesinden yapılmasının gerektiğini ortaya koymaktadır³⁰¹. Bildirim, devralan tarafından ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesinden ise önce yapılmalıdır³⁰². Zira, devrin gerçekleşmesinden sonra rekabet hukuku anlamında rekabet ortamının bozulabilmesine ilişkin ciddi bir tehlike söz konusu olabilir. Ayrıca, devrin gerçekleşmesinden önce bildirim zorunluluğunun kabul edilmesi, belki de hiç gerçekleşmeyecek devirler için tarafların yaptırıma tabi tutulması anlamına gelecektir. Bu nedenle taraflar ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesinden önce, Kurula gerekli bildirim yapmalıdır. Ancak bildirimin, ticari işletmenin ticaret siciline tescil edilmesinden otuz gün önce yapılmasında fayda vardır³⁰³. Zira, Rekabet Kurulu, bildirimin yapılmasından itibaren 30 gün içinde kararını verecektir. Bu süre zarfında Kurul sessiz kalmış ise, ticari işletmenin devrine izin vermiş sayılır (RKHK m.

²⁹⁹ Rekabet Kurulu’na göre bildirim, birleşme sözleşmesinin imzalanmasından önce yapılmalıdır. Ancak birleşme sözleşmesi ile birleşme uygulamaya sokulmuş olmaz. Bu nedenle bildirim ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin kriter, kurulacak şirketin ana faaliyeti ne olacak ise onunla ilgili fiili faaliyetlere başlanmış olması ya da başlanması yolunda önemli adım atılması olmalıdır. ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, 2007, s. 564. Ayrıca yazar bildirimin şirketin tescil edilmesinden sonra da yapılabileceğini düşünmektedir. (ASLAN, Rekabet, s. 564, 565). Kanaatimizce, bu hususa ilişkin temel kıstas, birleşen ya da devralınan teşebbüslerin kontrollerinin el değiştirdiği an olan hukuki işlem olmalıdır. Kıstasın bu şekilde değerlendirilmesi, bildirimin hangi ana kadar yapılması gerektiğine ilişkin de belirliliği sağlayacaktır.

³⁰⁰ Sözleşmeden önceki safhada ise, bildirim zorunluluğu bulunmamaktadır. TOPÇUOĞLU, s. 164.

³⁰¹ Benzer görüş için bkz. AYDIN/KAPLAN/ŞEN KALYON, s. 238; AKÇAAL, s. 70.

³⁰² Benzer görüş için bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 164.

³⁰³ Aynı yönde, İNAN/PİKER, s. 83. Bu husus, yürürlükten kaldırılan 1997/6 sayılı Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 Sayılı Kanun’dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ m. 7/f. 2’de, “...Rekabet Kurulu’nun iznine bağlı kılınan her türlü birleşme ve devralmanın, işlemin yapılmasından uygun bir süre (tercihen 30 gün) önce, Kurulumuza bildirilmesi ve Kurul’dan izin alınması zorunludur.” ifadeleriyle düzenlenmiştir.

10/f. 2). O halde, devirden 30 gün önce bildirimin yapılması ile taraflar zaman kaybetmemiş olacaktır.

iii) Rekabet Hukuku Hükümlerinin Ticari İşletmenin Devrine Etkisi

aaaa) Genel Olarak İzin Devre Etkisi

Ticari işletmenin devri, iradi bir devir işlemidir. Devir için, kural olarak tarafların anlaşması ve devir için gerekli işlemleri yapması yeterlidir. Ticari işletmenin devrinin salt tarafların iradesi ile tamamlanmasının istisnalarından biri rekabet hukuku hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, RKHK m. 7/f. 1 kapsamında bir ticari işletmenin devrinin gerçekleşebilmesi için, Rekabet Kurulu'nun iznine ihtiyaç vardır. Bu izin olmadan, ticari işletmenin devrinin hukuki sonuçları doğmaz³⁰⁴.

Kuruldan izin alınması gerekli olduğu halde izin alınmadığı hallerde de, yapılan devir sözleşmesi geçerlidir. Dolayısıyla taraflar kurulan sözleşmeyle bağlıdır³⁰⁵. Ancak, Kurul izni alınmadığı takdirde, geçerli olan devir sözleşmesi hukuki sonuç doğurmaz. Eş söyleyişle, izin tamamlanıncaya kadar sözleşme hükümleri askıdadır³⁰⁶. Sözleşme hükümlerinin askıda olması nedeniyle, bu durum, “askıda geçersizlik”, “askıda etkisizlik” ya da “askıda hükümsüzlük” olarak adlandırılmaktadır³⁰⁷. O halde, Rekabet Kurulu iznini, hukuki sonuçlarını doğurmak noktasında eksik olan devir sözleşmesinin tamamlayıcı unsuru olarak ifade edebiliriz³⁰⁸. Öngörülen bu izin şartı, kanundan kaynaklandığı için, izne tabi olan ticari işletme devrinin kanuni geçerlilik şartı olarak da nitelendirilebilir³⁰⁹.

Kurul izni ile birlikte artık ticari işletme devir sözleşmesi hükümlerini doğurabilecektir. İzin geriye etkili olduğu için, devir sözleşmesi baştan itibaren hükümlerini doğurur³¹⁰.

³⁰⁴ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 107.

³⁰⁵ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 106, 107.

³⁰⁶ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 107.

³⁰⁷ HATEMİ, Hukuka Giriş, s. 163, 164, N. 89 vd..

³⁰⁸ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 107.

³⁰⁹ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 107.

³¹⁰ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 106.

İzne tabi olduğu halde izin alınmamış olan ticari işletme devri ticaret siciline tescil edilmiş ise, sonradan izin alınması halinde, tescil işlemi geçerliliğini koruyacak mıdır? Yoksa yeniden devralan tarafından ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili gerekli midir? Askıda etkisizliğin son bulmasının devir sözleşmesine etkisini ve ticari işletmenin devrine etkisini ayrı ayrı ele almak gerekir. Askıda etkisizlik durumunda, askı durumu devam ettiği müddetçe, işlem hüküm doğurmaz³¹¹. İzin ile birlikte askıda etkisizliğin ortadan kalkması sonucunda, devir sözleşmesi baştan itibaren geçerli olacaktır. O halde, devir sözleşmesi akdedildiği andan itibaren sonuçları doğurur. Ancak bu şu anlama gelmez: Askıda geçersizliğin ortadan kalkması, izinden önce bir şekilde ticaret siciline tescil edilmiş ticari işletme devrine hukuki etkinlik kazandırır. Zira, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili kurucu işlem niteliğini haizdir. Bu nedenle, gerekli iznin alınmasından sonra, tekrardan bir tescil işlemi yapılması gerekir. Zira, daha önce izin alınmadan yapılan tescil ticari işletmenin devri sonucunu doğurmaz ve daha sonra geçerli bir devir işleminin sağlanabilmesi, ancak ticaret sicilinde yapılacak tescil işlemi ile olacaktır.

Ticaret sicil memurunun, ticari işletme devir sözleşmesinin tescili işlemleri esnasında, gerekli hallerde Rekabet Kurulu'nun iznini araması gerekir. Zira, bu izin olmadan, tescili mümkün bir devir işlemi söz konusu değildir.

bbbb) Bildirilen Devirler

Ticari işletmenin devri RKHK m. 7/f. 1 kapsamında ise, devrin gerçekleşebilmesi için Rekabet Kurulundan izin alınması gerekir. Bildirim üzerine Kurul, on beş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda ticari işletmenin devrine izin verir ya da devri nihai incelemeye almaya karar verir (RKHK m. 10/f. 1). Devrin nihai incelemeye alınması halinde, Kurul ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte ticari işletmenin devri işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte devrin taraflarına usulüne göre tebliğ etmek zorundadır (RKHK m. 10/f. 1). O halde, bildirim tabi ticari işletmenin devri, Kurulun vereceği izin kararından ya da bildirimden itibaren otuz gün içinde Kurul herhangi bir karar vermemiş ise bu sürenin sonunda gerçekleşebilir. Kurul, ticari işletmenin devrinin RKHK m. 7/f. 1 kapsamına girdiğine karar verirse, devir gerçekleştirilemez.

³¹¹ HATEMİ, Hukuka Giriş, s. 164, N. 89.

Devralan, bildirimden sonra devre Kurulca henüz izin verilmeden ve bildirimden itibaren otuz gün geçmeden önce, ticari işletme devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ederse, ticari işletmenin devri izne kadar askıda geçersiz olur. Bu durumda, Kurul, ticari işletmenin devrinin RKHK m. 7/f. 1 kapsamına girdiğine karar verirse, hükümde öngörülen para cezası hariç olmak üzere RKHK m. 11/f. 1-b hükmünün uygulanacağı kanaatinizdeyiz³¹².

cccc) Devrin Bildirilmemesinin Özel Yaptırımı

Her ticari işletmenin devrinin Rekabet Kuruluna bildirilmesi gerekmez. Bildirimi gerekli devirlerin, bildirilmemesi halinde yaptırımları söz konusu olacaktır. Bu nedenle, hangi devirlerin Rekabet Kurulu'na bildirimin gerekli olduğu açık bir şekilde düzenlenmelidir. İşte bu düzenleme, 2010/4 sayılı Tebliğ ile yapılmıştır. Tebliğ m. 7/f. 1'de gösterilen eşikleri aşan ticari işletme devirleri bildirilmek zorundadır. Bu eşikleri aşmayan ticari işletme devirlerinin ise Rekabet Kuruluna bildirilmesi gerekmez. Bildirilmesi zorunlu olan ticari işletme devirlerinin bildirilmemesi halinde, devralana idari para cezası uygulanır (RKHK m. 11/f. 1, m. 16/f. 1).

dddd) Bildirilmesi Zorunlu Olduğu Halde Bildirilmeyen ya da Devirden Sonra Bildirilen Devirler

Bildirilmesi zorunlu olduğu halde Rekabet Kurulu'na bildirilmeyen ticari işletme devirleri Kurul incelemesinden muaf tutulmuş olmaz. Kurul herhangi bir şekilde bu devirlerden haberdar olursa, devirleri re'sen incelemeye tabi tutar (RKHK m. 11/f. 1). Aynı şekilde, ticari işletme devrinin ticaret siciline tescile edilmesinden sonra devrin kurula bildirilmesi halinde, kurul devri incelemeye alır. Bildirilmesi zorunlu olduğu halde bildirilmeyen veya devirden sonra bildirilen devirler, Kurulun vereceği olası izin kararına kadar askıda geçersizdir. Eş söyleyişle, Kurulun bu devirlere ilişkin vereceği izin kararı anından itibaren, söz konusu devirler geçerli olacak ve hukuki sonuçlarını doğuracaktır. O halde, bu bahiste belirtilen devirlerde ticari işletmenin devri, devrin

³¹² RKHK m. 11/f. 1-b hükmü, geçersiz olan devir işleminin fiili olarak gerçekleşmesi halinde, eski durumu sağlamaya yöneliktir. Bu hüküm, Kurul izni ile birlikte ticari işletmenin devrinin etkinleşmeyeceği, devrin gerçekleşebilmesi için tekrardan ticaret siciline tescil işleminin yapılması gerektiği görüşümüzle çelişmemektedir.

ticaret siciline tescili anından itibaren değil, Kurulun, devirlere ilişkin verdiği izin kararından sonra yapılacak tescille gerçekleşir. Kurul, ticari işletmenin devrinin RKHK m. 7/f. 1 kapsamında olmaması nedeniyle devre izin verse de, eşiği aşan ticari işletmenin devrinin Kurula bildirilmemesi nedeniyle, sadece devralana (RKHK m. 16/f. 1-son cümle), idari para cezası uygular (RKHK m. 11/f. 1-a, m. 16/f. 1- b). Ticari işletmenin devri, RKHK m. 7/f. 1 kapsamında ise, Kurul, para cezası ile birlikte, ticari işletmenin devri işleminin sona erdirilmesine ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına karar verir (RKHK m. 11/f. 1-b). Rekabet ortamının etkilenmemesi için Kurul, şartları ve süresini kendi belirlemek suretiyle, ticari işletmenin devri neticesinde ele geçirilen her türlü hak, malvarlığının şayet mümkünse eski maliklerine iadesine, mümkün değilse de, üçüncü kişilere temlikine ve devrine hükmeder (RKHK m. 11/f. 1-b). Ayrıca, Kurul, söz konusu temlik ve devir işlemlerinin yapılmasına kadar geçen süre zarfında, devralanın ticari işletmenin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir (RKHK m. 11/f. 1-b).

eeee) İzin Kararının Geri Alınması

Kurul tarafından verilen izin kararı, ticari işletme devrinin taraflarınca izni etkileyecek yanlış veya yanıltıcı bilgilere nedeniyle alınmışsa ya da Kurulca karara bağlanan şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması hallerinde, Kurulca yeniden incelemeye alınır (2010/4 sayılı Tebliğ m. 16). Kurul, yapılan inceleme sonucunda, ticari işletmenin devri için vermiş olduğu izin kararını geri alır³¹³. İzin geri alınmasıyla birlikte, ticari işletmenin devri yasaklanmış olur. Devir işlemi gerçekleşmiş ise de RKHK m. 11/f. 1-b hükmünün uygulanacağı kanaatindeyiz.

c) TTK m. 356 Uyarınca İzin

Kanuna karşı hile kenar başlıklı TTK m. 356'da, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın devralınması ya da kiralanması düzenlenmiştir. TTK m. 356/f.1'e göre; "Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına

³¹³ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 112.

ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir.” Genel kurul kararından önce de, yönetim kurulunun talebi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi bilirkişi atar (TTK m. 356/f. 2). Atanan bilirkişi şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçer (TTK m. 356/f. 2). Bilirkişi raporu resmi nitelik taşır (TTK m. 356/f. 2). Genel kurul, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin ya da temsilcilerinin olumlu oylarıyla, sözleşmenin onay kararını alır (TTK m. 356/f. 3; TTK m. 421/f. 3). Sözleşme, genel kurulun onay kararı ile birlikte tescil ve ilan olunur (TTK m. 356/f. 4).

O halde, tescilinden itibaren iki yıl içinde, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında bir ticari işletmeyi devralmak isteyen anonim şirket, ticari işletme devir sözleşmesini önce genel kurula onaylatacak daha sonra ise ticaret siciline tescil edecektir. Ticari işletmenin devri, tescil ile gerçekleşir. Genel kurul onayı gerekmesine karşın, bu onay alınmamış ise, ticari işletme devir sözleşmesi ticaret siciline tescil edilmiş olsa bile, devir işlemi geçersizdir. Ticaret sicil müdürlüğü, devir sözleşmesinin tescilinden önce, bilirkişinin düzenlemiş olduğu resmi nitelikteki raporu ve rapora göre genel kurul onayını gösteren belgeyi talep etmelidir. Zira TTK m. 356/f. 4’e göre, devir sözleşmesi genel kurulun onay kararıyla birlikte tescil ve ilan olunur. Ticari işletmenin devri söz konusu olduğu için, genel olarak ticari işletmenin devrine uygulanan hükümler burada da uygulama imkanı bulur.

Türk Ticaret Kanunu m. 356 kapsamında ticari işletmenin devrinde, işletmenin sahip veya sahipleri şirkete ortak edilmemektedir. Bu nedenle birleşme söz konusu değildir³¹⁴.

Türk Ticaret Kanunu m. 356 uyarınca gerekli onayın alınmamasına karşın tescil işlemi yapılmış ise, daha sonra alınan onay ile birlikte ticari işletme devredilmiş olmaz. Ticari işletmenin devrinin sağlanabilmesi için, devir sözleşmesi, genel kurulun onay kararı ile birlikte sicile tekrardan tescil edilmelidir (TTK m. 356/f. 4).

³¹⁴ ULUSOY, Yılmaz: Vergi ve Ticaret Hukukunda Ferdi İşletmelerin Devri ve Kollektif Komandit Şirketlerin Sermaye Şirketlerine Dönüşmesi, Ankara 1983, s. 15.

d) Anonim ve Limited Şirketlerde TTK m. 538/f. 2 Kapsamındaki Devirler Bakımından Genel Kurul İzni

aa) TTK m. 538 Uyarınca Ticari İşletmenin Devrin Genel Kurul Onayı

aaa) Genel Olarak

Genel kurul, anonim şirketin karar ve irade organı olup, şirketin iç organı olarak değerlendirilir³¹⁵. Zira genel kurul icra yetkisini haiz değildir. Genel kurulun icra yetkisini haiz olmaması, şirketin temsili konusunda da yetkili olmamasına anlamına gelir. Şirketin, üçüncü kişilere karşı iradesini ortaya koyma yetkili organ, anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde ise müdür ya da müdürlere aittir.

Bu bilgileri de göz önünde bulundurarak, TTK m. 538/f. 2 uyarınca, “önemli miktarda aktiflerin toptan satılabilmesi³¹⁶ için genel kurul kararının gerekmesi zorunluluğu”nu ticari işletmenin devri kapsamında değerlendirelim.

Kanaatimizce, TTK m. 538/f. 2 uyarınca aranan genel kurul kararı, sadece iç ilişkide etkili olan bir karar olarak değerlendirilmemelidir. Bu düzenleme, bir zorunluluğa işaret etmektedir. Söz konusu zorunluluk önemli miktarda aktiflerin toptan satılabilmesi için gerekli olan genel kurul kararıdır. Bu genel kurul kararı olmadan, önemli miktarda aktiflerin toptan satılabilmesi mümkün değildir. O halde, anonim şirket ve limited şirkette, önemli miktarda aktif olarak değerlendirilecek bir ticari işletmenin devrinde, yönetim kurulu ya da müdürler devir sözleşmesi yapsalar dahi ticari işletmenin devri, genel kurul onayı olmadan gerçekleşmeyecektir. Zira, devrin gerçekleşmesi TTK m. 538/f. 2 uyarınca, genel kurulun onayına bağlanmıştır. Yönetim kurulu ya da müdür/ler, ticari işletme devir sözleşmesini akdetmesi durumunda, genel kurul onayına kadar, kural olarak devir sözleşmesi askıda geçersizdir. Yönetim kurulu ya da müdür/lerin, kural olarak, şirkete ait malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi olsa da, önemli miktardaki şirket aktiflerinin toptan satılabilmesi hususunda tek başına tasarruf yetkileri yoktur. Özetle, TTK m. 538/f. 2 anlamında şirketin önemli miktarda aktifini teşkil eden bir ticari işletmenin devri, genel kurul onayı olmadan gerçekleşemez³¹⁷.

³¹⁵ ÇAMOĞLU, (POROY/TEKİNALP), N. 714.

³¹⁶ Hükümde geçen satılabilmesi ifadesini, şirketin malvarlığından çıkarmak olarak algılamak gerekir.

³¹⁷ TTK m. 538/f. 2 (eTK m. 443/f. 2) uyarınca genel kurul kararı alınmadan gerçekleşen ticari işletme devri geçersizdir. Y. 11 HD. 01.07.2015 T. , 2015/566 E. , 2015/8779 K..

Türk Ticaret Kanunu m. 538/f. 2'nin TTK m. 421 f. 3, 4'e atfı nedeniyle, esas sözleşmede nisap artıran bir hüküm bulunmadıkça, söz konusu genel kurul onayı, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin ya da temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır (TTK m. 421/f. 3). Karar için gerekli bu nisaba ulaşılmadığı takdirde, izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır (TTK m. 421/f. 4).

Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile gerçekleşeceğinden, ticaret sicili müdürlüğü, devir konusu ticari işletmenin, TTK m. 538/f. 2 anlamında şirketin önemli miktarda aktifini teşkil edip etmediğini kontrol etmelidir. Aksi taktirde, genel kurul onayı alınmadan ticari işletme devredilmiş olacak ve ticaret sicil müdürlüğünün diğer sicillere bildirimde bulunması ile hak sahipliği hususunda sicil kayıtlarında yanlışlık söz konusu olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu m. 538/f. 2 uyarınca gerekli onayın alınmamasına karşın tescil işlemi yapılmış ise, daha sonra alınan onay ile birlikte ticari işletme devredilmiş olmaz. Ticari işletmenin devrinin sağlanabilmesi için, devir sözleşmesi, genel kurulun onay kararı ile birlikte sicile tekrardan tescil edilmelidir (TTK m. 356/f. 4).

bbb) Devir İşleminin Gerçekleşmemesi Nedeniyle Yönetim Kurulu/Müdür/lerin Sorumluluğu

Bir başkası adına sözleşme yapan kişinin, bu hususta yetkili olması gerekir. Temsilcinin yetkisiz olduğu durumda, akit temsil olunanı bağlamaz (TBK m. 46/f. 1). Temsil olunan bu işleme onay verirse, akit sanki başlangıçta yetki varmış gibi hüküm ifade eder. O halde icazet, temsil yetkisinin eksikliğini giderici, akdin tamamlayıcı unsurunu oluşturmaktadır. TTK m. 538/f. 2'deki genel kurul kararını, şirketin önemli miktardaki aktiflerinin toptan satılabilmesi için gerekli olan icazet şeklinde ele alabiliriz. İcazetin verilip verilmeyeceği dönemde yapılmış olan devir sözleşmesinin geçerliliği askıdadır. Bu durumda, devreden taraf olan şirket sözleşme ile bağlı değil iken, sözleşmenin devralan tarafı bağlıdır. İcazet verilmez ise, devralan tarafta bağlı olmaktan kurtulur. Genel kurulun icazet vermemesi durumunda, devralan sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle bir zarar uğramış ise, bu menfi zararın tazminini yönetim kurulu, müdürlerden talep edebilir. Tazminat sorumluluğu için, kusur şartı aranmaz. Yönetim kurulu ve müdürlerin tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için, devralanın, kendisinin temsil yetkisi bulunmadığını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini

ispat etmesi gerekir. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte, ticari işletmenin malvarlığı unsurları devralana geçecektir. Genel kurulun devre onay vermemesi halinde, ticari işletmenin devri işlemi hükümsüz olacaktır. Bu durumda, devir nedeniyle edinilen hakların iadesi gereklidir. Söz konusu onay alınmadan yapılan tescilde, sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77 vd) uyarınca devredilen malların geri iadesi sağlanabilir.

ccc) TTK m. 538/f. 2 Kapsamında Genel Kurulun Olumlu Kararına Karşı İptal Davasının Açılabilirliği

İptale tabi genel kurul kararları TTK m. 445'te belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca, kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararları iptale edilebilir. O halde, TTK m. 538/f. 2 uyarınca verilen genel kurul kararı da, bu aykırılıklar çerçevesinde iptale tabi olabilir.

Uygulamada en sık başvuru iptal nedeni olan dürüstlük kuralına aykırılık, MK. m. 2'de öngörülen düzenlemenin özel bir uygulamasıdır³¹⁸. Dürüstlük kuralına aykırılık, BİLGİLİ/DEMİRKAPI'nın ifadesiyle, “genel olarak anonim şirketlerde geçerli bulunan çoğunluk ilkesinin, azınlık aleyhine kullanılmış olması biçiminde oluşan bir iptal sebebidir”. Zira çoğunluk, ortaklık menfaatini gözetirken, dürüstlük kuralına aykırı şekilde azlığın ve münferit ortakların menfaatlerini etkilememeli, bu anlamda dengeyi gözetmelidir³¹⁹. O halde, şirket menfaatinin zorunlu kılınmasına karşın, genel kurulun gücünü kötüye kullanmak suretiyle, azlık ve münferit ortakların menfaatlerini zedeleyen kararlar almışsa, işte bu kararlar dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptale tabidir³²⁰. Görüldüğü üzere, dürüstlük kuralına aykırılık, TTK m. 538/f. 2 uyarınca verilen genel kurul kararının iptali bakımından da oldukça kullanılabilir bir iptal nedenidir.

Sonuç olarak şunu ifade edebiliriz, TTK m. 538/f. 2 anlamında şirketin önemli miktarda aktifini teşkil eden ticari işletmenin devrine onay veren genel kurul kararının iptali mümkündür.

³¹⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 352; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 535, N. 737, 737b.

³¹⁹ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 535, N. 737a.

³²⁰ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 535, N. 737a.

ddd) TTK m. 538/f. 2 Kapsamında Genel Kurulun Olumsuz Kararına Karşı İptal Davasının Açılabilirliği

Genel kurulun ticari işletmenin devrine onay vermemesi durumunda, genel kurulun ticari işletmenin devrine onay vermemesi kararına karşı iptal davası açılıp açılmayacağı sorusu akla gelebilir. Genel kurul kararının iptal eden mahkeme, genel kurul yerine geçip karar veremez. İptal kararı, karar konu olan hususun tekrardan genel kurulda görüşülmesi ve düzeltilmesi imkanını sağlar. Buradan yola çıkarak, genel kurulun olumsuz kararlarının, iptal davasına konu olabileceği söylenebilir. Zira, bu durumda da, kararların tekrardan genel kurulda ele alınması ve düzeltilmesi imkanı sağlanacaktır. Bu imkanın sağladığı yarar, olumsuz kararlar aleyhine iptal davası açılması için yeterlidir. O halde, olumsuz kararının iptalinde yarar bulunan hallerde iptal davası açılabilir³²¹. Kanaatimizce TTK m. 538/f. 2 kapsamında, genel kurulun ticari işletmenin devri hususunda olumsuz bir karar vermesi durumunda, pay sahipleri, yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyeleri, bu karara karşı iptal davası açabilmelidir. Bununla birlikte, genel iptal sebebi olarak değerlendirilen³²² dürüstlük kurallarına aykırılığa dayanılarak da, söz konusu karara karşı iptal davası açılabilir.

eee) İptal Davasına İlişkin Kararın Etkisi

Türk Ticaret Kanunu m. 450/f. 1 uyarınca, genel kurulun kararının iptaline ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı, bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade eder. Yönetim kurulu, derhal, kararın bir suretini ticaret siciline tescil ettirmek ve internet sitesine koymak zorundadır (TTK m. 450/f. 2).

3. Tescil

a) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu öncesi dönemde, ticari işletme devir sözleşmesinin, ticaret siciline tescil edilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. TTK m. 11/f. 3 ile birlikte, devir

³²¹ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 532, 533, N. 729.

³²² ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 535, N. 737a.

sözleşmesinin ticaret siciline tescili³²³ ve ilanı düzenlenmiştir. Ticari işletme devrinin tescil edilebilmesi için, devir sözleşmesinin geçerli olması³²⁴ ve diğer şekil şartlarının sağlanmış olması gerekir. TTK m. 32/f. 1 uyarınca, ticaret sicil müdürü, bu kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür.

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesi, bir belge olarak tescil işlemi için sunulur³²⁵. Devir sözleşmesinin yazılı kurulması şartı, bu durumun sağlanmasına hizmet eder.

b) Hukuki Niteliği

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilan edileceğini belirtmekle yetinmiştir. Hükümde tescilin hukuki etkisi bakımından bir açıklığın bulunmaması, tescilin hukuki niteliği bakımından tartışmaları da beraberinde getirmiştir³²⁶. Öğretide tescilin, kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Öğretide bir görüşe³²⁷ göre, kural olarak ticaret siciline yapılan tescil açıklayıcıdır. Tescilin kurucu olması gerektiği durumlarda, bu husus hükümlerde açıkça öngörülmelidir. TTK m. 11/f. 3'te devir sözleşmesinin tescilinin kurucu nitelikte olduğuna dair bir açıklama bulunmamaktadır. O halde, söz konusu tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

³²³ Devredenin ticaret siciline kayıtlı olması ve devrin ticaret sicil müdürlüğüne bildirilmesi zorunluluğu, gerekli olan aleniyet yeterince sağlanmış olur. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 317, N. 816.

³²⁴ SCHUMACHER, s. 106.

³²⁵ CHAMPEAUX (SIFERT/TURIN), s. 1267, N. 62.

³²⁶ TTK sisteminde tescil kural olarak açıklayıcı niteliği haizdir. TTK m. 11/f. 3'te tescilin kurucu olduğunun belirtilmemesi bir eksiklik olarak görülmektedir. BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 40.

³²⁷ AKÇAAL, s. 149, 150. Tescilin kurucu nitelikte olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmalıdır. Aksi takdirde kural olarak ticaret siciline yapılan tescil açıklayıcı niteliktedir. Bu nedenle, kural olarak, ticari işletme devir sözleşmesinin tescilinin açıklayıcı nitelikte olduğu ifade edilebilir. Ancak, TSY m. 133/f. 3 hükmü ile birlikte, tescilin kurucu nitelikte olduğu kabul edilmelidir. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 138, 139.

Öğretide başka bir görüşe³²⁸ göre ise, hükümde tescilin açıkça kurucu olduğuna ilişkin bir ibarenin olmaması nedeniyle, tescilin hukuki niteliği hususunda, belirsizlik söz konusudur. Ancak olması gereken hukuk açısından, hükümdeki tescilin kurucu nitelikte olması gerekmektedir.

Öğretide bir diğer görüşe³²⁹ göre ise, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili kurucu etkiye sahiptir. Tescil ile birlikte, devir sözleşmesi kapsamında yer alan ticari işletmenin malvarlığı unsurları, devralana geçer.

İsviçre hukukunda hakim görüşe göre, FusG m. 69-77 uyarınca gerçekleşen malvarlığı devrinde, tescil kurucu niteliktedir³³⁰.

Tescil, bir hakkın veya hukuki durumun varlığını üçüncü kişilere bildirmek amacı ile yapılıyorsa açıklayıcı nitelikte; bir hakkın veya hukuki durumun doğumunu sağlıyorsa kurucu niteliktedir. Aksi belirtilmedikçe, kural olarak, ticaret siciline yapılan tescil açıklayıcı niteliktedir³³¹. Tescile kurucu niteliğin kazandırılması için, bunun, ilgili hükümlerde açıkça öngörülmesi gerekir. Örneğin, kanun, ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanmasını açıkça, ticaret siciline yapılacak tescile bağlamıştır (TTK m. 232/f. 1, m. 355/f. 1, m. 588/f. 1). Bu hükümlerde, ticaret siciline yapılan tescilin kurucu nitelikte olduğu konusunda şüphe yoktur. TTK m. 11/f. 3 lafzında ise, tescilin kurucu nitelikte olduğuna ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Bu durumda, tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu düşünülebilir. Ancak kanun koyucunun iradesi, tescile kurucu nitelik kazandırmaya yöneliktir. Zira, ticari işletmenin aktif unsularının devri, ticaret siciline yapılacak tescil ile gerçekleşecektir (TSY m. 133/f. 2). Hemen belirtelim, tescilin kurucu nitelikte olduğuna ilişkin ifadenin, kanunda değil de yönetmelikte yer alması, kanun yapma tekniği bakımından uygun olmamıştır. Düzenlemenin TTK m. 11/f. 3 kapsamı içerisinde yer alması gerekirdi. Sonuç olarak, TTK m. 11/f. 3'te yer alan tescilin, kurucu nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

³²⁸ ARICI, s. 215; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 33, dñn. 1.

³²⁹ TEKİNALP, Yeniden Düşünmek, s. 13; TSY m. 133/f. 3 uyarınca, ticari işletmenin devrinin, devir sözleşmesinin tümünün “tescili ile hüküm ifade edeceği” öngörüldüğünden, devrin ticaret siciline tesili kurucu niteliği haizdir. BOZER/GÖLE, 2013, s. 21; DEMİR, s. 116.

³³⁰ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 337, N. 866; von SALIS, s. 428.

³³¹ KENDİGELEN, s. 373, N. 740.

c) Tescilin Yapılması

Türk Ticaret Kanunu'nda, ticari işletme devir sözleşmesi tescil işleminin, nasıl yapılacağı hususunda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Tescil işlemi, TTK'nın genel hükümleri ve TSY m. 135³³² kapsamında gerçekleşecektir. Tescil kural olarak, ilgililerin talebi üzerine yapılır (TTK m. 27/f. 1). TTK m. 28/f. 1 uyarınca tescil talebi ilgililer, temsilcileri veya hukuki halefleri tarafından istenebilir. Tescil talebi, dilekçe ile ya da elektronik ortamda yapılır (TTK m. 29/f. 1, TSY m. 23/f. 1). Dilekçe sahibi, kimliğini ispat etmek durumundadır (TTK m. 29/f. 2).

d) Tescil Talebi İçin Süre

Türk hukukunda, ticari işletmenin devri bakımından herhangi bir özel tescil talebi süresi öngörülmemiştir. Bu durumda tescil talebi süresinin genel hükümlere tabi olması düşünülebilir³³³. TTK m. 30/f. 1 uyarınca, kural olarak, tescil talebi süresi on beş gündür. Süre devir sözleşmesinin imzalandığı tarihten itibaren başlar (TTK m. 30/f. 2). Bununla birlikte, sürenin dolmasından sonra yapılacak tescil talebi üzerine devir ticaret siciline tescil edilmelidir. O halde, belirtmiş olduğumuz bu sürenin, bir düzen hükmü olduğunu ifade edebiliriz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, devir sözleşmesinde yer alması gereken unsurları düzenleyen TSY m. 133/f. 2'de, "*devir sözleşmesi tarihi*" yer almamaktadır. Bu durum da, tescil süresi ile ilgili önemli bir sorun teşkil etmektedir. Uygulamada ticaret sicil müdürlüğü, tescil talebi için bir süre aramamaktadır.

İsviçre hukukunda da, birleşme ve bölünmeden farklı olarak, ticari işletmenin devrinin tescili talebi için herhangi bir süre öngörülmemiştir³³⁴.

³³² TSY m. 135 kapsamında, ticaret şirketinin ticari işletmesini devrinde hangi işlemlerin yapılacağını düzenlenmemiş olması, önemli bir eksiklikler. Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 116.

³³³ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 119.

³³⁴ Somut olayda, rekabet hukuku anlamında onay ya da ortakların kararı gerekiyorsa tescil işlemi, bunlara bağlıdır. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 338, N. 868; GERSBACH, s. 27; Geçerli bir devir sözleşmesinin akdedilmesinden hemen sonra, devrin ticaret siciline tescili gerçekleştirilebilir. Devir sözleşmesinin borçlar hukuku niteliği gereği, tescilin derhal gerçekleştirilmesi için bir hüküm öngörülmemiştir. von SALIS, s. 427.

Hal böyle olunca da Türk ve İsviçre hukukunda, tescil işleminin, devir sözleşmesinin imzalanmasından sonra derhal yapılmasının kurumun doğasına uygun olduğunu ifade edebiliriz.

Devir sözleşmesinin akdedilmesi ile birlikte, devreden ticari işletmeyi devir borcu doğmaktadır. Devreden bu borcunu, devri ticaret siciline tescil ederek ifa eder. Devirden sonra uzunca bir süre geçmesine karşın, devreden bu borcunu ifa etmemesi, borca aykırılık (TBK m. 112) olarak nitelendirilebilir. Bu durumda, devralan, ifa davası açarak, devrin ticaret siciline tescil edilmesini sağlayabilir (TBK m. 113)³³⁵. Hakim, devir sözleşmesinin imzalanmasından sonra geçen süreyi ve gecikmenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını da göz önünde bulundurarak, her bir somut olay özelinde kararını vermelidir.

e) Tescil Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Gerek TTK gerekse TSY’de ticari işletme devrinin kimin tarafından ticaret siciline tescil edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Tescil işleminin, tasarruf işlemi niteliğini haiz olduğunu belirtmiştik. Tasarruf işlemi, ancak tasarruf yetkisini haiz kişi tarafından gerçekleştirilir. Bu hususları tespit ettikten sonra, tescil talebinde bulunacak kişileri, ticari işletme devir sistemini göz önünde bulundurarak belirlememiz gerekmektedir.

Ticari işletme devrinde, devir taraflarının, devrin gerçekleşebilmesi için tasarruf işlemi yapmaları söz konusu olabilir. Ticari işletme devrinde, aktiflerin geçişi, TTK m. 11/f. 3 kapsamında, ticaret siciline yapılan tescil ile sağlanırken; pasiflerin geçişi, TBK m. 202 kapsamında devralanın yapacağı ilan ile sağlanır. O halde, ticaret siciline tescil işleminde, tasarruf işlemini yapan taraf, ticari işletmesini devreden taraftır. Tescil işlemi, ticari işletme devrinin devreden tarafı olan bu kişi, tarafından gerçekleştirilmelidir. TTK m. 28/f. 2 uyarınca, devralanın da ilgili kapsamında olduğundan bahisle, tescil talebinde bulunabileceği düşünülebilir. Kanaatimizce, devreden talebi olmaksızın yapılan başvurular sonuç vermemelidir. O halde, yalnızca devralanın tescil talebi, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili için yeterli değildir.

³³⁵ von SALIS, s. 427.

İsviçre hukukunda konu, FusG m. 73'te açıklığa kavuşturulmuştur. Hükme göre, tescil talebi devreden tarafından yapılacaktır³³⁶. O halde devralanın, devrin ticaret siciline tescili için talepte bulunması, sonuç vermez³³⁷. Türk hukukundan farklı olarak, devredenin tescili ile birlikte ticari işletmenin aktif unsurları ile birlikte pasifleri de devralana geçecektir.

Hukuk sistemimizde tescil talebinin kim tarafından isteneceği açık bir şekilde düzenlenmelidir. İsviçre hukukunda olduğu gibi, tescil talebinin devreden tarafından isteneceği ilişkin bir hüküm öngörülebilir.

Gerçek kişi tacirin işletmesini devretmesi halinde, devrin tescili devreden bu kişi tarafından istenecektir. Ticaret şirketinin işletmesini devretmesi halinde ise, ticaret siciline tescil, anonim şirkette yönetim kurulu, limited şirkette müdür ya da müdürler, kollektif şirkette yönetici ortak ya da ortaklar, komandit şirkette müdür ya da müdürler, kooperatif şirkette yönetim kurulu, vakıflarda yönetim organı, derneklerde yönetim kurulu tarafından talep edilebilecektir. Tescile yetkili temsilci vasıtasıyla da, tescil talep edilebilir.

f) Tescil Anı

Ticari işletmenin devrinin tescil anı, TSY m. 25 uyarınca belirlenir. Ticari işletme devri harca tabi bir işlem olduğundan, devrin tescil anı, harç makbuzunun aynı gün içinde müdürlüğe ikna edici ve yazılı bir gerekçe ile ibraz edilmesi şartıyla, harç makbuzunun tarihidir (TSY m. 25/f. 1-c). Bu koşulun yerine getirilmemesi halinde ise, devrin tescil anı, devrin ticaret siciline tescil tarihidir (TSY m. 25/f. 1-c). İşte ticari işletmenin devri, belirtmiş olduğumuz bu anlardan itibaren geçerlilik kazanır.

³³⁶ FusG m. 73/f. 1 uyarınca, devrin ticaret siciline tescili, devreden en üst idare ve yönetim organı tarafından yapılır. Malvarlığının devri sadece devreden tarafından ticaret siciline tescil edilebilir. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 337, 338, N. 867; GERSBACH, s. 27; MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 659, N. 2; von SALIS, s. 426; VISCHER, s. 222; SCHUMACHER, s. 105.

³³⁷ von SALIS, s. 426; SCHUMACHER, s. 105.

İsviçre hukukunda ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin devir anı, ticaret sicili günlük defterine “*tagebuch*” kayıt anıdır. Deftere kayıta, kayıt tarihi, gün, saat, ve dakika olarak yazılmalıdır.³³⁸

g) Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Ticaret Siciline Tescilinin Hukuki Sonucu Olarak Aktiflerin Devri

aa) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 uyarınca, ticari işletme devri, ticaret siciline tescil edilir. Yapılan tescil işlemi, kurucu niteliği haizdir. Ticari işletmenin aktif unsurları, tescil ile birlikte devralana geçecektir. Tescil anından itibaren, devre konu olan ticari işletmenin malvarlığı unsurları üzerinde, devreden tasarruf yetkisi sona erecektir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde ticari işletmenin aktif unsurlarının devri, cüzi halefiyet ilkesi kapsamında gerçekleşmekteydi. Devir kapsamındaki işletme aktifleri, kanunlarda belirtilen kendi özel devir şekillerine göre devralana intikal ederdi. Örneğin, devir kapsamındaki taşınmazın devralana intikali tapu siciline tescil ile, fikri mülkiyet hakları ilgili sicillere tescil ile gerçekleşirdi. Ticari işletme malvarlığı içerisinde çok çeşitli maddi ve gayri maddi unsurların yer aldığını düşünecek olursak, cüzi halefiyet ilkesine göre gerçekleşen ticari işletme devri, uzun bir prosedürün sonunda gerçekleşmekteydi. Bu durumda, ticari işletme kurumu, ticari hayatın beklentilerini tam manasıyla karşılayamıyordu. Ayrıca ticari işletme aktiflerinin, devralan tarafından parça parça edinimi, ticari işletmenin bir organizasyon oluşuna dolayısıyla bütünlük ilkesine uygun değildi. İşte kanun koyucu tüm bu olumsuzlukları bertaraf etmek adına, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, ticari işletme aktif unsurlarının bir bütün halinde devralana intikalini öngörmüştür (TTK m. 11/f. 3; TSY m. 133/f. 1). Bu devir şekli öğretide, kısmi külli halefiyet olarak nitelendirilmiştir³³⁹.

³³⁸ SCHUMACHER, s. 112.

³³⁹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 339, N. 872; 383, N. 978; MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 672, N. 13; AMSTUTZ/MABILLARD, s. 535, N. 12; BERETTA/VISCHER, s. 726, N. 5; VOGEL/GUNTER, s. 607; BUCHI, Raffael: Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Bern 2001, s. 170 vd.; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 511, N. 24; FRICK (BAKER/McKENZIE), s. 468, N. 1, von

bb) Ticari İşletme Aktifleri ve Sözleşme İlişkilerinin Devrine Hakim Olan İlke Olarak Kısmi Külli Halefiyet

aaa) Genel Olarak

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işletmenin devrine ilişkin temel bir hüküm düzenlenmemiştir. Ticari işletmenin devri, eBK m. 179 (TBK m. 202) merkezli gerçekleşmekteydi. Bu hüküm de sadece ticari işletmenin devri halinde devir kapsamındaki işletme borçlarının geçişi ve devreden ile devralanın sorumluluğuna ilişkindi. Demek oluyor ki, eTK döneminde, ticari işletme aktiflerinin devrine ilişkin özel bir hüküm mevcut değildi. Bu nedenle eTK döneminde ticari işletmenin devri cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşmekteydi. Eş söyleyişle devre konu her bir ticari işletme aktifi kanunlarda kendileri için öngörülmüş şekil şartlarına riayet edilmek suretiyle ayrı ayrı devrediliyordu.

Türk Ticaret Kanunu dönemi ile birlikte ticari işletmenin devrinde yeni bir döneme geçilmiştir. Devrim niteliğindeki TTK m. 11/f. 3 uyarınca, ticari işletme, yazılı devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilir. Bu hüküm uyarınca, ticari işletme aktif unsurları külli halefiyet ilkesine göre devralana intikal eder. Bir başka ifadeyle devir sözleşmesi kapsamındaki ticari işletme malvarlığı unsurları, tek bir işlemle bir bütün halinde uno actu devralanın malvarlığına geçirilir. Ayrıca, TTK m. 11/f. 3, bazı ticari işletme aktif unsurlarının devir sözleşmesi kapsamında bırakılabileceğini de öngörmüştür. Bu hüküm, sözleşme temeline dayanan ticari işletme devrinin kapsamının, sınırlandırılmış olsa da sözleşme serbestisi ilkesine göre belirlenebileceğini ifade etmektedir. Taraflara bu şekilde tanınan özgürlük ile, ticari işletmenin devrinde aktif unsurlarının geçişine hakim olan ilke, kısmi külli halefiyet ilkesi olarak adlandırılır. Buradaki külli halefiyet kısımdır, çünkü, ticari işletme bazı malvarlığı unsurları devir kapsamı dışında bırakılıp devredilebilecektir³⁴⁰.

SALIS, s. 390; LOSER-KROGH, s. 1102; KUNZ, s. 225; FISCHER/VOGT, s. 11; DURMAN, s. 74; ÇELİKBOYA, s. 128 vd..

³⁴⁰ Aktif ve pasiflerin tümünün değil sadece bir kısmının devredildiği için, FusG uyarınca malvarlığının devrinde (ticari işletmenin devrinde) kısmi külli halefiyetten bahsedilebilir. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 383, N. 978; MALACRIDA

bbb) Kanun Koyucunu Kısmi Külli Halefiyet Tercihi

aaaa) Eksileri Artılarıyla Cüz’i Halefiyet

Cüz’i halefiyet yoluyla devir, devre konu malvarlığı unsurlarının, kendileri için kanunda öngörülmüş özel devir şekillerine riayet edilmek suretiyle ayrı ayrı devredilmesi anlamına gelir. eTK dönemi ticari işletmenin devri, cüz’i halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşmekteydi. Bu nedenle, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer alan taşınmazlar için tapuda tescil, taşınırlar için zilyetliğin devri, markalar için marka sicil kaydına tescil, alacaklar için yazılı devir beyanı vb işlemlerin, her bir unsur için ayrı ayrı yapılması gerekirdi. Hal böyle olunca, özellikle de çok değişik malvarlığı unsurunu bünyesinde bulunduran bir ticari işletmenin devri oldukça zahmetli olmaktaydı. Bu yönüyle cüz’i halefiyet yoluyla devir, zaman kaybına ve daha fazla maliyetle işlemin tamamlanmasına neden olmaktadır. Bu durumun da, ticari işletmenin devrini işlevsiz hale getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ticari işletmenin cüz’i halefiyet yoluyla devredilmesi, ticari işletmenin iktisadi bir bütün olması niteliğiyle de bağdaşmaz. Öyle ki ticari işletme tüm malvarlığı unsurlarıyla birlikte ticari bir organizasyonu ifade eder. Bu unsurların ayrı ayrı devredilmesi, ticari işletme bütünlüğünü, bu organizasyon yapısını belirli süre içinde hukuken de olsa dağıtmak anlamına gelir. Bu durum, ticari işletme faaliyetlerinin belirli süreliğine de olsa kesintiye uğramasına neden olabilir. Bu yönüyle cüz’i halefiyetin, ticari işletmenin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesine aykırı olduğunu ifade edebiliriz.

Tüm bu negatif yönleri bir kenara cüz’i halefiyetin, devrin aleniliği ve eşya hukukunun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesine uygun olduğunu söyleyebiliriz.

bbbb) Eksileri Artılarıyla Külli Halefiyet

Külli halefiyet, bir kişiye ait malvarlığı unsurlarının, kanunda bu unsurlar için öngörülmüş devir şekillerine riayet edilmeksizin tek bir işlemle bir bütün halinde *uno*

(WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 658, N. 1; LOSER-KROGH, s. 1101; SCHUMACHER, s. 7; “kısmilik”, külli halefiyetin kapsamının sınırlandırılması olarak anlaşılmalıdır. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 511, N. 23.

actu başkası veya başkalarına geçmesi olarak tanımlanabilir³⁴¹. Külli halefiyet yoluyla devirde, devir kapsamında yer alan tüm aktif ve pasifler ve hatta sözleşme ilişkileri de devredilir. Külli halefiyet yoluyla devrin söz konusu olabilmesi için, kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir³⁴². Örneğin, TTK m. 136/f. 4 uyarınca ticaret şirketlerinin birleşmesi, MK m. 599/f. 1 uyarınca mirasçılarının mirası, miras bırakanın ölümüyle bir bütün halinde kazanması külli halefiyetin kanunda düzenlendiği hükümlerdir. O halde, külli halefiyet istisnai bir devir şeklidir diyebiliriz³⁴³.

Külli halefiyet ilkesi uyarınca devir, tek bir işlem ile kendiliğinden gerçekleşir. Bu nedenle, devir kapsamında yer alan unsurlar, kanunlarda kendileri için öngörülmüş devir şekil şartlarına uyulmaksızın, külli halefiyeti gerçekleştiren işlem ile devredilmiş olur. O halde, taşınmazlar için tapuda tescil, taşınırlar için zilyetliği devretme, alacaklar için yazılı devir beyanı vb. işlemlere gerek yoktur.

Külli halefiyet, malvarlığının bütün aktif ve pasifi ile devrini sağlar³⁴⁴. Borçların devri için, alacaklıların rızası aranmaz.

Külli halefiyet ilkesi, ticari işletmenin³⁴⁵ işleyen bir iktisadi organizasyon olma niteliğini kaybetmeden devredilmesine imkan tanır. Bu sayede, işletme sahip olduğu değeri muhafaza eder ve ekonomik devamlılık sağlanır. Öyle ki ticari işletmenin külli halefiyet yoluyla devrinde, ticari işletmenin bütünlüğü sağlayacak unsurları ticari işletmeden bir an için bile olsun ayrılmadan işletme faaliyetlerine devam eder, devirle birlikte işletme faaliyetlerini yürüten kişi değişmiş olur. Bu şekilde gerçekleşen devir, ticari işletme devrinin daha kısa sürede ve daha az maliyetle gerçekleşmesini sağlayarak devri kolaylaştırır³⁴⁶.

Külli halefiyet yoluyla devirde, devralan malvarlığını tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devralır³⁴⁷. Bu durumda, devralan varlığını bilmediği aktif ve pasifleri de

³⁴¹ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 107, N. 143; YASAMAN, Birleşme, s. 22.

³⁴² TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 107, N. 143.

³⁴³ “İntikalde genel kural cüz’i intikaldir. Külli intikal ise istisna olup, ancak kanunda belirtilen hallerde geçerlidir.”. YASAMAN, Birleşme, s. 25.

³⁴⁴ Ancak şahsa sıkı sıkıya bağlı hak ve borçlar devredilemez. YASAMAN, Birleşme, s. 26.

³⁴⁵ Ticari işletme örneği üzerinden konu değerlendirilmeye çalışılmıştır.

³⁴⁶ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 130.

³⁴⁷ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 131.

devralmış olur. O halde, külli halefiyette, devralan hangi aktifleri ve pasifleri devraldığını kesin olarak bilmesi oldukça zordur³⁴⁸. Hal böyle olunca da, devralan, belki de sorumluluğunu üzerine almak hiç istemediği bir borçtan sorumlu olma tehlikesiyle karşılaşabilir. Aynı durum aktifler bakımından da karşımıza çıkabilir. Külli halefiyetin bu yönüyle de, tarafların iradelerini sınırlandırdığını söyleyebiliriz. Öyle ki, ticari işletmenin devri –tam- külli halefiyet ilkesine göre gerçekleşmiş olsaydı, devralan, devralmak istemediği bir unsuru ticari işletme ile birlikte devralmak durumunda kalacaktı. Bu durum her iki taraf için de sıkıntı yaratabilirdi. Zira bazı durumlarda sırf bu nedenle ticari işletmesini devretmek isteyen kişi, işletmesini devredemeyecek ya da işletmesini değerinden daha az bir karşılığa devretmek durumunda kalabilecekti. Aynı şekilde devreden de bazı unsurları devir kapsamı dışında bırakamaması söz konusu olabilirdi. Özetle niteliği gereği külli halefiyet, devir işleminin, tarafların ihtiyaçlarına ve beklentilerine göre şekillendirilmesini zorlaştırmaktadır³⁴⁹.

cccc) Kısmi Külli Halefiyet

Kanun koyucu, cüz'i halefiyet ve külli halefiyetin bu özelliklerini dikkate alarak, ticari işletme aktif unsurlarının devrinde tercihinin kısmi külli halefiyetten yana kullanmıştır. Kısmi külli halefiyet, cüz'i ve külli halefiyete nazaran, ticari işletmenin devri kurumuna daha uygundur. Zira kısmi külli halefiyet yoluyla devir, ticari işletmenin bir bütün halinde faaliyet devamlılığı sağlanacak şekilde devrini tek bir işlemle kolayca sağlaması nedeniyle, cüz'i halefiyetin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırırken, taraflara belirli sınırlar içerisinde de olsa devir kapsamını belirleme hakkını tanıyarak devrin tarafların ihtiyaçlarına ve beklentilerine göre şekillenmesini sağlaması nedeniyle de, külli halefiyetin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırır.

Kısmi külli halefiyet ile külli halefiyet arasındaki farkın nicelik bakımından mı yoksa nitelik bakımından mı olduğu öğretilde tartışma konusu olmuştur. Bir başka ifadeyle, kısmi külli halefiyette, külli halefiyet ilkeleri geçerlidir, tek fark işlemin konusunun sınırlandırılmasıdır şeklinde bir görüşe karşı, kısmi külli halefiyetin külli halefiyetten hükümleri bakımından da farklı olduğunu ifade eden bir diğer görüş söz konusudur.

³⁴⁸ ÇELİKBOYA, s. 131.

³⁴⁹ ÇELİKBOYA, s. 131.

Birinci görüşe³⁵⁰ göre, kısmi külli halefiyet, kapsamı belirli malvarlığı ile sınırlandırılmış külli halefiyettir. Bu nedenle, farklılık sadece nicelik yönündendir, devirde külli halefiyetin aynı yapısal ilkeleri uygulanır. Kısmi külli halefiyette, külli halefiyette olduğu gibi mevcut eşya ve hak toplulukları “hepsi ya da hiç ilkesi”ne göre devredilmez³⁵¹, kısmi külli halefiyette eşya ve hak toplulukları az çok keyfi olarak yeniden tanımlanıp bir bütün halinde devredilir³⁵². İsviçre Federal Mahkemesi de, kısmi külli halefiyetin nicelik bakımından kısmi, nitelik bakımından ise külli halefiyet niteliğinde olduğu görüşündedir³⁵³.

Bir diğer görüşe³⁵⁴ göre ise, kısmi külli halefiyet, nicelik ve nitelik bakımından külli halefiyetin daraltılmış formudur. Bu farklılaşma nedeniyle, kısmi külli halefiyet, üçüncü kişilerin menfaatini koruyucu hükümler bünyesinde barındırmalıdır.

Kanaatimizce, kısmi külli halefiyet, külli halefiyet ile aynı yapıya sahip sadece nicelik bakımından farklılık arz eden bir devir şeklidir. Kısmi külli halefiyetin uygulandığı durumlarda, devredilecek unsur kanuni sınırlar çerçevesinde taraflarca belirlenir ve devir külli halefiyet ilkeleri kapsamında gerçekleşir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu kısmi külli halefiyette, taraflara külli halefiyet ilkeleri uygulanacak malvarlığını belirli sınırlar çerçevesinde belirleme imkanı tanımıştır. Nitekim TTK m.

³⁵⁰ Kapsam sınırlaması dışında, kısmi külli halefiyet, alışlagelinmiş külli halefiyetle aynı etkiye sahiptir. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 339, N. 872; 383, N. 978; Kısmi külli halefiyet, ilgili malvarlığı değerlerinin çerçevesinin taraflar yoluyla tanımlanmasıyla kendine özel bir devir şeklidir. Yazar burada, kısmi külli halefiyetin, külli halefiyetten nicelik bakımından farklı olduğuna dikkat çekmiştir. MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 672, N. 13; Kısmi külli halefiyet, nitelik bakımından tam külli halefiyetten farklı olduğuna ilişkin kanunda temel bir kural yoktur. Aksine, kanun birleşmede kullandığı aynı metni (FusG) malvarlığının devrinde de kullanmıştır. Kısmilik, yalnızca devredilen malvarlığı konusunu kapsamının niceliğine ilişkindir. VOGEL/GUNTER, s. 607; -Kısmi külli halefiyetin hakim olduğu- malvarlığının devrinde, külli halefiyet ilkesi niteliksel sınırlama olmaksızın geçerlidir. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 511, N. 24; BERETTA, Piera: Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, RSJ 98, 2002, s. 251; BUCHI, s. 170 vd.

³⁵¹ Belirtmek gerekir ki, kısmi külli halefiyet, taraflara devrin kapsamını belirleme hususunda bir imkan tanır. Bu nedenle, külli halefiyet kapsamı şeklinde bir devir de, kısmi külli halefiyetin geçerli olduğu durumlarda gerçekleştirilebilir.

³⁵² von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 384, N. 979.

³⁵³ 4P.299/2005, ATF.

³⁵⁴ TURIN, s. 57 (naklen ÇELİKBOYA, s. 134).

11/f. 3'te bu durum karşımıza çıkar. Ticari işletme devir sözleşmesinin tarafları, bütünlük ilkesine riayet etmek şartıyla devre konu ticari işletme malvarlığı unsurlarını belirleyecek, daha sonra bu unsurlar külli halefiyet ilkesi kapsamında devralana geçirilecektir. Üçüncü kişilerin korunması hususunda ise, kısmi külli halefiyetin düzenlediği kurumlarda, buna ilişkin ek hükümler öngörülebilir³⁵⁵.

dddd) Kısmi Külli Halefiyetin Diğer Etkileri

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'te ticari işletme aktiflerinin devrinde kısmi külli halefiyet ilkesinin kabul edilmesi, özel hukukun diğer alanlarına hakim olan ilkelere de etkisi olmuştur. Bu hüküm, eşya hukukunun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesine, taşınmazların devrine hakim olan tescil ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca bu düzenleme, devrin aleniyetini önemli ölçüde sınırlandırmıştır.

Belirlilik ilkesi, aynı hakların ancak mevcut ve ferdan belirlenmiş olan şeyler üzerinde kurulabileceğini öngörür³⁵⁶. Bu ilke uyarınca, ticari işletme gibi birçok aynı hakkı içerisinde barındıran bir yapının devrine ilişkin borçlandırııcı bir sözleşme yapılabilirse de, devir kapsamındaki unsurların devralana intikali işlemi, her bir unsur için ayrı ayrı yapılmalıdır³⁵⁷. Ticari işletme aktiflerinin külli halefiyet ilkesi gereği devrini öngören TTK m. 11/f. 3 hükmü, belirlilik ilkesinin önemli bir istisnasıdır³⁵⁸.

Tescil ilkesi, MK m. 1022 uyarınca taşınmazların üzerindeki aynı hakların, taşınmazın kayıtlı olduğu sayfaya tescil edilmesi ile kazanılmasını ifade eder³⁵⁹. Buna göre, tescil yapılmadıkça taşınmazların üzerindeki aynı hakların kazanılması mümkün değildir. Kural bu olmakla birlikte, kanunda bu kuralın istisnaları³⁶⁰ da düzenlenmiştir. İşte TTK m. 11/f. 3 de, bu kurala getirilen bir diğer istisnayı oluşturur. Zira TTK m. 11/f. 3 uyarınca, ticari işletmenin devri kapsamında bir taşınmazın bulunması halinde, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, bu taşınmaz da

³⁵⁵ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 134.

³⁵⁶ SİRMEN, Eşya, s. 37.

³⁵⁷ SİRMEN, Eşya, s. 37.

³⁵⁸ Benzer bir istisnai hüküm, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 3'te öngörülmüştür.

³⁵⁹ SİRMEN, Eşya, s. 136.

³⁶⁰ İstisnai durumların düzenlendiği hükümlere örnek olarak MK m. 54/f. 1, 2, m. 105/f. 1, m. 705/f. 2, m. 708/f. 1, m. 865/f. 3, m. 867/f. 2 verilebilir. SİRMEN, Eşya, s. 136, dpn. 234.

devralana intikal etmiş olur. Taşınmazın devralana geçirilmesi için MK m. 705/f. 1 uyarınca tapu sicilinde tescil işleminin yapılması gerekmez. Ticari işletmenin devrinde, taşınmazın devri, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile gerçekleşeceğinden, tapu sicilinde devralan lehine gerekli değişikliğin en kısa süre içinde yapılması, hukuki güvenliğin korunması için önem taşır³⁶¹.

ccc) Ticari İşletme Malvarlığı Unsurlarının Geçiş

aaaa) Genel Olarak

Ticari işletme, maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşan iktisadi ve hukuki bir bütünlüktür. Aksi öngörülmediği takdirde, ticari işletme, duran malvarlığı, işletme değeri, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet hakları ve sürekli olarak işletilmeye özgülünen malvarlığı unsurları ile birlikte devredilir (TTK m. 11/f. 3).

Ticari işletme malvarlığına dahil olan unsurların müstakil olarak devrine ilişkin, kanunlarda özel düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerin varlığını da göz önünde bulundurarak, ticari işletmenin devrinde, bu unsurların devralana geçişini ele alacağız.

bbbb) Taşınmazların Devri

Taşınmazın devri, tapuda resmi şekilde yapılmalıdır. Taşınmazın mülkiyeti, tapu siciline tescil ile kazanılır (MK m. 705/f. 1). O halde, kural olarak, taşınmazın devri, tapu siciline tescil ile sağlanır.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz iktisap halleri örnekleme yoluyla MK m. 705/f. 2’de sayılmıştır. Bu hükme göre tescilsiz iktisap halleri; miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerdir. İşte kanunda öngörülen diğer hallerden biri de TTK m. 11/f. 3’te düzenlenmiştir³⁶². Bu hüküm

³⁶¹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 340, N. 874.

³⁶² BOZER/GÖLE, 2013, s. 21, 22; ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 43. Aksi yönde, TTK m. 11/f. 3’te taşınmazlardan doğrudan bahsedilmemesi ve resmi şeklin ancak açık bir hüküm ile bertaraf edilebilecek olması nedeniyle, TTK m. 11/f. 3 yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmez. Bu nedenle FusG m. 70/f. 2’de olduğu gibi, ticari işletmenin devrinde taşınmazların iktisabı için resmi şekil aranmalıdır. AYDIN, s. 17. Kanaatimizce, ticari işletmenin devrinde, taşınmazlar resmi şekle tabi olmaksızın devredilebilir. Devre hakim olan –kısmi- külli halefiyet ilkesi gereği, devir kapsamındaki tüm unsurlar kanunlarda kendileri

uyarınca, ticari işletmenin devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, devir kapsamında yer alan taşınmazların mülkiyeti, devralana intikal eder. Bu durumda, kural olarak taşınmazın kazanılması için kanunda öngörülen şekil şartının yerine getirilmesine ihtiyaç yoktur. Ancak ticari işletmeyi devralan, devir kapsamında edindiği taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi yapabilmesi için, taşınmazın kendisi adına tapu kütüğüne tescil edilmiş olması gerekir (MK m. 705/f. 2).

cccc) Taşınırın Devri

Türk Medeni Kanunu m. 763/f. 1 uyarınca, taşınırın mülkiyetinin devri, kural olarak zilyetliğin devri ile gerçekleşir. Kural olarak zilyetliği devreden kişi tasarruf yetkisini haiz olmalıdır³⁶³. Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan taşınır ise, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile devralanın mülkiyetine geçmiş olur³⁶⁴. O halde, ticari işletme devri gerçekleşmiş ise, devir kapsamında yer alan taşınır elinde bulunduran kişi malın sahibi değil, ticari işletmeyi devralan kişi malın sahibi olacaktır. Taşınırın devri için kanunda öngörülen devir şeklinin yerine getirilmesine gerek yoktur³⁶⁵. Ancak taşınırı kullanabilmesi için, şüphesiz ki taşınırın zilyetliğinin devralana geçirilmesi gerekir. Bu nedenle, devralan taşınırı elinde bulunduran kişiden zilyetliğin kendisine naklini isteme hakkını haizdir.

Taşınır devri işleminin sebebe bağlı olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir başka ifadeyle, ticari işletme devrinin geçersiz olmasına karşın taşınırın devralana intikalinin geçerli olup olmadığı hususunda farklı görüşler söz konusudur. Gerçekten, kanun, taşınmazların devrinin sebebe bağlı olduğunu belirtirken, bu hususta taşınır bakımından bir düzenleme getirilmemiştir. 1929 yılından sonra İsviçre Federal Mahkemesi görüş değişikliğine giderek, taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı

için öngörülmüş şekil şartlarına tabi olmaksızın devredilir. Hükümde geçen duran malvarlığı kapsamında taşınmazlarda yer alır. Bu durumda, tescilsiz iktisap halinin doğmaması için, FusG m. 70/f. 2’de olduğu gibi özel bir hüküm düzenlenmiş olması gerekirdi.

³⁶³ MK m. 763/f. 2’de kuralın istisnaları saklı tutulmuştur. SİRMEN, Eşya, s. 551; Taşınır mülkiyetinin devrinde, zilyetliğin devri tasarruf işlemi niteliğindedir. AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Konya 2013, s. 509.

³⁶⁴ SCHUMACHER, s. 143.

³⁶⁵ Taşınır üçüncü kişide bulunuyorsa, devrin bu kişilere bildirilmesi tavsiye edilir. SCHUMACHER, s. 143.

olduğunu kabul etmiştir³⁶⁶. Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilecek olursa, ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçersiz olması halinde, devir kapsamında yer alan taşınırlar devralan intikal etmez. Şayet bu unsurlar devralanın elinde ise, devreden istihkak davası³⁶⁷ açma hakkını haizdir. Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilecek olursa, ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçersiz olması halinde dahi, taşınır mülkiyetinin devri geçerliliğini koruyacaktır. Bu son halde, devreden sebepsiz zenginleşme davası³⁶⁸ açabilecektir.

Türk Medeni Kanunu m. 988 uyarınca, devredilen işletmedeki bazı unsurların üçüncü kişilere ait olması halinde dahi, iyiniyetli devralan, bunlar üzerinde mülkiyet hakkını kazanır³⁶⁹.

Taşınırların devri, ticaret siciline tescil edildiği andan itibaren devralana geçtiğinden, devrin tescili ve ilanından sonra, acaba üçüncü kişi MK m. 988/f. 1 uyarınca³⁷⁰ taşınırın mülkiyetinin iktisap edebilir mi? Kural olarak, TTK m. 36/f. 3 uyarınca, ticaret siciline yapılan tescil ilan edilirse, ilanda belirtilen durumdan herkesin haberi olduğu kabul edilir. Bu durumda, MK m. 988 uyarınca üçüncü kişinin iyiniyetle mülkiyet veya sair bir ayni hakkı iktisap etmesi mümkün değildir³⁷¹. Zira, devrin tescilden sonra ilanı, üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırır. Ancak, devir sözleşmesinde ve dolayısıyla ilanda devir konusu unsurların yer alması zorunluluğunun olmaması nedeniyle, ilanın üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce, devrin ilanında açıkça belirtilen ya da üçüncü kişinin söz konusu taşınırın ticari işletmeye ait olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde, üçüncü kişinin iyiniyetinden bahsedilemez ve dolayısıyla MK m. 988/f. 1 uyarınca hak

³⁶⁶ Aynı yönde SİRMEN, Eşya, s. 550; TEKİNAY, Selahattin S.: Eşya Hukuku, İstanbul 1978, s. 463; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 584; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 674. Aksi görüş için bkz. Medeni Kanun'un taşınmazlar için bir hüküm öngörmesine karşın, bu hususta taşınırlar bakımından sessiz kalması, taşınırların devir sisteminin, taşınmazlardan farklı olduğu anlamına gelir. ARSLANLI, Halil: Ticari Bey', İstanbul 1950, s. 67; Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu görüşü kabul edilirse, TBK'nın sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı çok daralır ve TBK m. 78'in varlığının anlamı kalmaz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 741, N. 2594.

³⁶⁷ Aynı bir dava olan istihkak davası, zamanaşımına tabi değildir. SİRMEN, Eşya, s. 550.

³⁶⁸ Kişisel bir dava olan sebepsiz zenginleşme davası, zamanaşımına tabidir. SİRMEN, Eşya, s. 550.

³⁶⁹ ÇEKER, Genel Esaslar, s. 25; ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 44.

³⁷⁰ Benzer durum, MK m. 777 uyarınca, hak iktisabında da söz konusudur. ÖZ, s. 110.

³⁷¹ ÖZ, s. 110.

iktisabı mümkün değildir. Bunun aksi hallerinde ise, iyiniyetli MK m. 988/f. 1 uyarınca hak iktisabı korunmalıdır.

ÖZ'e³⁷² göre, ticari işletme devir sözleşmesinin tescilinden sonra taşınırları iktisap eden devralan, henüz taşınırların zilyetliğini devralmamış ise, münferit olarak, bu taşınırı başkasına devredemez³⁷³. Zira henüz dolaylı zilyet dahi değildir ve bu nedenle taşınırın zilyetliğini devretmesi söz konusu olamaz. Buna karşın, devralan zilyet olmadan, ticari işletmenin tekrar devri yoluyla devir kapsamındaki taşınırların mülkiyetini başka birine devredebilir.

dddd) Motorlu Araçların Devri

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 20/f. 1-d uyarınca, tescil edilmiş araçların devri, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi dikkate alınarak, noterlerce yapılır. Noterler tarafından yapılmayan devir işlemleri geçersizdir. Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan sicile kayıtlı araçlar ise, ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçer. Aracın devrinin gerçekleşebilmesi için ayrıca, işlemin noterde yapılmasına ihtiyaç yoktur. Daha sonra, devralan lehine gerekli tescil işleminin yapılması gerekir.

eeee) Hava Araçlarının Devri

2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 65/f. 1 uyarınca, bu kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, hava araçları³⁷⁴ menkul mal hükümlerine tabidir. Hava aracının mülkiyetinin devri, yazılı sözleşme ile sağlanır. Yazılilik geçerlik şartıdır. Yazılı sözleşmenin yapılması devrin gerçekleşebilmesi için yeterlidir. (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 66/f. 1). Hemen belirtelim, hava aracının mülkiyetinin devralana geçmesi için, hava aracının zilyetliğinin de devri gerekir. O halde, bir hava aracının devredilebilmesi için, yazılı bir sözleşmenin yapılmış olması ve hava aracının

³⁷² ÖZ, s. 110.

³⁷³ “Durum Tuor’un ünlü başkasının kümesine yumurtlayan tavuk örneğindeki gibidir. O örnekteki yumurta gibi, işletmeyi devralan, taşınırlara hiç zilyet olmadan malik olmuştur.” ÖZ, s. 110, dnp. 11.

³⁷⁴ Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 2/f. 1 uyarınca, havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü araç, hava aracıdır.

zilyetliğinin devralana geçirilmiş olması gerekir. Ancak tescile tabi olmayan hava aracının zilyetliğinin devrinden önce mülkiyetinin devralana geçirilmesi kararlaştırılabilir (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 67/f. 1).

Uçağın devri sözleşmesi, uçak siciline tescil edildikten sonra, üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade eder (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 66/f. 1).

Ticari işletme devri kapsamında uçak siciline kayıtlı olan ya da olmayan bir hava aracının bulunması halinde, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle, başka herhangi bir işleme ihtiyaç olmaksızın, bu araçlar devralana intikal etmiş olur.

ffff) Geminin Devri

Gemi siciline kayıtlı olan bir geminin devri için, malik ile iktisap edenin, gemi mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin iktisap edene geçirilmesi gerekir (TTK m. 1001/f. 1)³⁷⁵. Söz konusu anlaşma yazılı şekilde yapılmalı ve imzalar notere onaylatılmalıdır (TTK m. 1001/f. 2). Anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir. Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan bir gemi, TTK m. 11/f. 3 uyarınca devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile devralanın malvarlığına intikal eder³⁷⁶. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, devralan gemi mülkiyetini devir anında varolan ve devredene ait eklenti ile birlikte iktisap eder (TTK m. 1002/f. 1). Ticari işletmenin devri, gemi yolculukta iken gerçekleşirse, devredenle devralan arasındaki ilişkilerde bu yolculuğun kar ve zararı, aksine sözleşme bulunmadıkça devralana aittir (TTK m. 1002/f. 3).

Türk gemi siciline kayıtlı olmayan, Türk gemilerinin devri, MK'nın taşınırlara ilişkin hükümleri çerçevesinde gerçekleşir (TTK m. 997/f. 1)³⁷⁷. O halde, bu gemilerin devri, gemi zilyetliğinin devralana geçirilmesi ile sağlanır (MK m. 763/f. 1). Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan bu gemiler de, ticari işletmenin devri ile birlikte

³⁷⁵ TTK m. 1011/f. 1 gereği, yapı halinde bulunan ve sicile kayıtlı olan gemilerin iktisabı da bu hüküm uyarınca gerçekleşir.

³⁷⁶ TTK m. 1001/f. 3'te, TTK m. 11/f. 3 hükmünün saklı olduğu, ayrıca belirtilmiştir. TTK m. 1001/f. 3 hükmü hiç düzenlememiş olsa dahi, devir hususunda bir değişiklik olmayacaktı.

³⁷⁷ TTK m. 1010/f. 1 gereği, yapı halinde bulunan ve sicile kayıtlı olmayan gemilerin iktisabı da bu hüküm uyarınca gerçekleşir.

devralana geçecektir. Devreden ya da devralan, giderini karşılamak şartıyla, devre ilişkin resmi veya imzası noterce onaylı bir senedin kendisine verilmesini isteyebilir (TTK m. 997/f. 2).

gggg) Alacağın Devri

Türk Borçlar Kanunu m. 184/f. 1 uyarınca alacağın devri, yazılı irade beyanı ile gerçekleşir. Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan alacaklar ise, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile devralana nakledilir (TTK m. 11/f. 3; TBK m. 185/f. 1). Bu durumda, bu alacağın borçlusu/borçluları ifayı devralan kişiye yaptığı takdirde borcundan kurtulmuş olur. Bu noktada TBK m. 186³⁷⁸ hükmüne değinmek gerekirse, TTK m. 36/f. 3 uyarınca ilanın hukuki etkisinden yola çıkarak, kanaatimizce, devralanın TBK m. 202 kapsamında yapacağı ilan ya da TTK m. 11/f. 3 kapsamında ticari işletme devir sözleşmesinin tescilinden sonra durumun ilanı, kural olarak borçlunun iyiniyetini kaldırır ve borçlu eski alacaklıya yapacağı ifa nedeniyle borcundan kurtulmaz³⁷⁹. TSY m. 133/f. 2 uyarınca, devir kapsamı dışında bırakılan ticari işletme unsurları, devir sözleşmesinde yer alması gerekir. Dolayısıyla, TTK m. 36/f. 2 uyarınca, ilan ile devri bildiği kabul edilen alacaklı, alacağının devir kapsamında

³⁷⁸ TBK m. 186: “*Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.*”.

³⁷⁹ Borçlu, malvarlığının devrindeki ilandan borcun devralana intikal edip etmediğini anlayamaz. Bu nedenle, bizzat ihbar yapılana kadar devreden yapacağı ilan ile borcundan kurtulmuş olur. Bununla birlikte, malvarlığı tüm aktif ve pasifleriyle devredilmiş ise, ilan, borçlunun iyiniyetini kaldırır ve borçlunun devredene yapacağı ifa ile borcundan kurtulması mümkün olmaz. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 510, N. 20; Tüm işletme devredildiğinde, borçlular alacaklının kim olduğunu öğrenmek durumundadır. Bu durumda, borçlunun İBK m. 167 (TBK m. 186) anlamında iyiniyeti söz konusu değildir. Ancak, tüm işletme değil de, işletmenin bir bölümü devredilmiş ve borcun bu işletme bölümüne ait olup olmadığı belirlenemiyorsa, İBK m. 167 uygulama imkanı bulur. HURNI, s. 237. İsviçre hukukunda FusG hükümleri çerçevesinde konunun bu şekilde ele alınışının sebebi, FusG’nin malvarlığına ilişkin hükümlerinin tek bir malvarlığı değerinin dahi devrine imkan tanımasından kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda ise, böyle bir durum söz konusu olmadığı için, bir başka ifadeyle bütünlük arz eden ticari işletmeler ancak ticari işletmenin devrine konu oluşturacağı için, konuyu bu şekilde ele almaya lüzum yoktur. Aksi yönde, TBK m. 186 anlamında alacaklının iyiniyetini kaldırmak için, alacağın temlik edildiğinin borçlulara ayrıca bildirilmesi gerekir. ARICI, s. 125.

olup olmadığını öğrenebilecektir. Zira, alacaklının, ilgili alacağın ticari işletme kapsamında olduğunu bildiği kabul edilmelidir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu dönemi bakımından, geçersiz bir devir sözleşmesinin varlığı halinde, alacağın devri işleminin sebebe bağlı ya da sebepten yoksun bir işlem olduğu önem arz eder. Alacağın devrinin sebebe bağlı³⁸⁰ bir işlem mi yoksa sebepten soyut³⁸¹ bir işlem mi olduğu öğretilde tartışmalıdır. Alacağın devri sebebe bağlı bir işlem olduğu kabul edilecek olursa, ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçersiz olması ya da devir işleminin herhangi bir şekilde geçersiz olması halinde alacak devredilmez. Alacağın devri işlemi sebepten soyut bir işlem olarak kabul edildiği takdirde, ticari işletme devir sözleşmesinin geçersiz olması, alacağın devrini engellemez. Son durumda, devreden, ancak sebepsiz zenginleşme davasına başvurmak zorundadır³⁸². TTK dönemi³⁸³ bakımından ise, bunun bir önemi yoktur³⁸⁴. Zira, TTK döneminde, ticari işletmenin devri yoluyla alacağın devri, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile –kısmi- külli halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşir. Devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde, tescil işlemi hukuki sonuç doğurmayacak, dolayısıyla ticari işletme ve alacak devredilmeyecektir. Bu durumda, alacak zaten devredilmemiş olduğundan, alacağın devri işleminin sebebe bağlı olup olmadığının tespitinin bir önemi yoktur.

Türk Borçlar Kanunu m.188/f. 1 uyarınca, borçlu, ticari işletme devrini öğrendiği sırada, devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. Şartlarının gerçekleşmiş halinde, borçlu, takas def'ini dahi devralana karşı ileri sürebilir (TBK m. 188/f. 2).

³⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 242.

³⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 548.

³⁸² ACEMOĞLU, s. 76.

³⁸³ eTK döneminde, alacağın devri cüz'i halefiyet uyarınca gerçekleşir. Devir sözleşmesi geçersiz olmasına karşın, alacağın devri TBK 184/f. 1 (eBK m. 163/f. 1) uyarınca gerçekleşeceğinden, bu işlemin sebebe bağlı olup olmaması önem taşırdı.

³⁸⁴ TTK döneminde, alacağın devrinin sebebe bağlı olup olmadığının önemi, alacağının devri için, ayrıca TBK m. 184/f. 1 gereği yazılı devir beyanı yapılması halinde ortaya çıkar. Bu durumda, eTK dönemi bakımından ileri sürdüğümüz görüşler geçerli olur.

Alacağın devri ile birlikte, devredenın kişiliğine özgü olanlar hariç, rüçhan hakları ve bağılı haklar devralana geçer (TBK m. 189/f. 1). Ayrıca asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş olur (TBK m 189/f. 2).

Ticari işletmenin devri bir ivaz karşılığında yapılmış ise, devreden, devrettiğı alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur (TBK m. 191/f. 1). Bu durumda devralan, garanti ile yükümlü olan devredenden şunları talep edebilir:

- İfa ettiğı karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini
- Devrin sebep olduğı giderleri
- Borçluya karşı devraldğı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerinin yol açtığı giderleri
- Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını (TBK m. 193/f. 1)

Ticari işletmenin devri ivazsız yapılmış ise, devreden alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir (TBK m. 191/f. 2).

hhhh) Payın Devri

aaaaa) Pay Kavramı

Pay, ticari organizasyonun değerinin belirli bir karşılığıdır ve bu karşılık pay sahibine bu organizasyon üzerinde hak bahşeder ve borç yükler. Pay, bir üretim aracı değildir, üretim araçları üzerinde hakimiyet sağlayan araçtır.

Anonim şirket, sermayesi paylara bölünmüş şirket olduğundan (TTK m. 329), pay kavramı, limited, kollektif, komandit şirketlerden farklılık arz eder. Zira, anonim şirkette, pay, esas sermayenin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasıdır³⁸⁵. Ayrıca, anonim şirket payları, kıymetli evrak niteliğini haiz senetlere bağlanabilir³⁸⁶.

³⁸⁵BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 471; ÇEKER, Genel Esaslar, s. 278; DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 1054; İMREGÜN, s. 273; ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 225; von STEIGER, Fritz (Çev. Tahir Çağa): İsviçre’de Anonim

Anonim ve limited şirketlerde paylar, itibari bir değere karşılık gelir³⁸⁷. Diğer ticaret şirketlerinde de payın devri mümkündür. Ancak anonim şirketlerde, pay, kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanabileceğinden, devredilebilirlik özelliği daha ön plandadır³⁸⁸. Anonim şirket payları, şirkete karşı bölünemez³⁸⁹. Buna karşın TTK m. 583/f. 1'in gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, limited şirket paylarının bölünebilmesi mümkündür.

Sermaye şirketlerinde, emek sermaye olarak getirilemez. Pay karşılığında, taahhüt edilen değer nakdi veya ayni nitelikte olması gerekir³⁹⁰.

Pay, bir yandan hak bahşederken, diğer yandan borç yükler³⁹¹. Payın bahşettiği hakları, mali ve idari haklar olarak ikiye ayırabiliriz. Mali haklar, kar payı (TTK m. 507), tasfiye payı (TTK m. 507), rüçhan hakkı (TTK m. 461), bedelsiz payları edinme (TTK m. 462/f. 3) ve hazırlık dönemi faizi hakkı (TTK m. 510) şeklinde sayabiliriz³⁹². İdari hakları ise, genel kurula katılma (TTK m. 407, oy kullanma (TTK m. 434), yönetim kuruluna seçilme, bilgi alma (TTK m. 437/f. 1), inceleme ve denetleme hakları

Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 10; SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2014, s. 27.

³⁸⁶ Paylı komandit ortaklıklar hariç, diğer şirketlerde payların bağlandığı senetler, kıymetli evrak niteliğini haiz değildir. SEVİ, s. 28, dpn, 4.

³⁸⁷ SEVİ, s. 28. Ancak anonim şirkette itibari değer, sermayenin serbestçe devredilebilen, hak kaynağı işlevini haiz, bağımsız bir birimini oluştururken, limited şirkette, konulan sermayeyi gösteren, bazı hesabi işlemlere temel oluşturan, diğer paylarla eşit olması zorunlu bulunmayan esas sermayenin bir parçasını oluşturur. Bu nedenle, limited şirkette, "itibari değer", anonim şirketteki itibari değerden hem teorik hem de dogmatik düzen yönünden farklıdır. GEREKÇE TTK m. 583/f. 1; TTK m. 476 uyarınca payların itibari değeri en az bir kuruştur. Kurala olarak anonim şirkette her payın itibari değeri aynıdır. Ancak, ortaklık payları çeşitli pay grupları altında çıkarılmış ise itibari değerler farklılık arz edebilir. Payların itibari değerinin eşit olması, her pay grubu özelinde aranır.

³⁸⁸ SEVİ, s. 28.

³⁸⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 472; Anonim şirket payları devir için dahi olsa bölünemez. SEVİ, s. 29.

³⁹⁰ Anonim şirkette, sermaye olarak yalnız, bir miktar nakit ya da ayın getirilebildiğinden, paydan doğan hak ve borçlarda şahsın rolü yoktur. Bu nedenle, anonim şirket ortaklığı hissedarın şahsından soyut bir mevki olarak nitelendirmek mümkündür. Paya kim malik ise, hissedar odur. ARSLANLI, Halil: "Anonim Şirkette Pay ve Paysahipliği", *İÜHFİM*, C. 23, S. 3-4, 1958, s. 248

³⁹¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 471; ÇEKER, Genel Esaslar, s. 278.

³⁹² SEVİ, s. 32.

(TTK m. 437/f. 2, 4) şeklinde ifade edebiliriz³⁹³. Paya bağlanan temel borç ise, taahhüt edilen sermaye borcunun şirkete ifasıdır³⁹⁴. Payın devredilmesi, ortaklık sıfatı ve buna bağlı hak ve borçların devri sonucunu doğurur³⁹⁵.

Pay sahipliği ve dolayısıyla payın malikine bahsettiği haklar ve yüklediği borçlar, pay senedi çıkarılmadan önce de mevcuttur³⁹⁶. Pay senedinin çıkarılması, bu hakların kullanılmasını senedin ibrazına bağlar³⁹⁷, ayrıca pay, senetten ayrı olarak devredilemez³⁹⁸.

Senede bağlanmayan paya, “*çıplak pay*”³⁹⁹ ya da “*kaydi pay*” denir⁴⁰⁰. Pay senede bağlanmamış olsa da, her türlü hukuki işleme konu olabilir⁴⁰¹. O halde, gerek çıplak payın gerekse pay senetlerinin ya da ilmühabere bağlı payın devri mümkündür.

Kural olarak, pay sahipliği, gerçek ya da tüzel kişiliğe ait olabilir. Bu nedenle, kural olarak, pay sahibinin kişiliği, payın iktisabında önem arz etmez⁴⁰².

bbbbbb) Payın Ticari İşletmeye Dahil Olması Sorunu

Sadece ticari işletme malvarlığında bulunan unsurlar, ticari işletmenin devri yoluyla devredilebilir. O halde, ancak ticari işletme malvarlığı kapsamında yer alan şirket payları, ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçer. Paylar, üretim aracı değil, üretim araçları üzerinde hakimiyet sağlayan araçlardır⁴⁰³. Bu nedenle, payın ticari işletme malvarlığı içinde yer alması, çok da olası bir durum değildir. Ancak, ÇELİKBOYA’nın⁴⁰⁴ da belirttiği üzere, bir anonim şirketin paylarının, bir yatırım

³⁹³ SEVİ, s. 33.

³⁹⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 487; ÇEKER, Genel Esaslar, s. 282; DOMANIÇ, Anonim Şirketler, s. 1116.

³⁹⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 471.

³⁹⁶ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 274.

³⁹⁷ ARSLANLI, Pay, s. 272, 273; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 274.

³⁹⁸ ARSLANLI, Pay, s. 272, 273.

³⁹⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 472.

⁴⁰⁰ ÜNAL/KARAHAN, Şirketler, s. 707.

⁴⁰¹ SEVİ, s. 35.

⁴⁰² ARSLANLI, Pay, s. 248; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 275.

⁴⁰³ ÇELİKBOYA, s. 155.

⁴⁰⁴ ÇELİKBOYA, s. 156.

şirketinin ticari işletmesinde bulunması imkan dahilindedir. Hal böyle olunca da, bu ticari işletmenin devri, bu payların da devri sonucunu doğurabilecektir. Bu sebeptendir ki, ticari işletmenin devri yoluyla şirket paylarının devri incelenmesi gerekir.

ccccc) Anonim Şirketlerde Payın Devri

aaaaaa) Genel Olarak

Anonim şirkette payların bağlanacağı senetler, kıymetli evrak niteliğini haizdir. Bu senetler hamiline düzenlenebileceği gibi nama da düzenlenebilir (TTK m. 484/f. 1).

Hamiline yazılı pay senetlerinin devri, senet zilyetliğinin devralana geçirilmesi ile sağlanır (TTK m. 489/f. 1). Nama yazılı pay senetleri devri için ise, ciro ve senet zilyetliğinin devralana geçirilmesi gerekir (TTK m. 490/f. 2). Bedeli tamamen ödenmiş çıplak payın devri, alacağın devri yoluyla (TBK m. 183 vd) gerçekleşirken⁴⁰⁵, bedeli tamamen ödenmemiş çıplak paylar ise, borcun üstlenilmesi (TBK m. 195 vd.) yoluyla gerçekleşir⁴⁰⁶.

Türk Ticaret Kanunu m. 499/f. 4 uyarınca, nama yazılı senetlere bağlanmış pay ile çıplak payın, bahsettiği hakların kullanılabilmesi için, payın, kişi adına pay defterine kaydedilmesi gerekir. Aksi takdirde, payın sahibi, paydan doğan haklarını şirkete karşı ileri süremez⁴⁰⁷. O halde, nama yazılı pay senetleri ile çıplak payın kendi devir usulüne göre devredilmesi, pay sahibinin paydan doğan haklarını şirkete karşı ileri sürebilmesi için yeterli olmayacaktır.

Kanunda ya da esas sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, nama yazılı payların devri için şirket yönetim kurulu onayı ya da herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir. Kural olarak, nama yazılı paylar, serbestçe devredilebilir⁴⁰⁸. Bu kuralın kanuni istisnası, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylardır⁴⁰⁹. Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payın hukuki işlem yoluyla devri için, gerekli devir işlemi dışında, şirket onayına

⁴⁰⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 472; ARSLANLI, Pay, s. 272; ÜNAL/KARAHAN, Şirketler, s. 708.

⁴⁰⁶ ÜNAL/KARAHAN, Şirketler, s. 708.

⁴⁰⁷ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 158.

⁴⁰⁸ GEREKÇE TTK m. 491/f. 1; KAYIHAN, Şirketler, s. 215.

⁴⁰⁹ GEREKÇE TTK m. 491/f. 1; KAYIHAN, Şirketler, s. 215.

ihtiyaç vardır. Şirket, sadece devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olması ve şirketçe istenen teminatın verilmemesi halinde, payın devrine onay vermeyi reddedebilir (TTK m. 491/f. 2). Şirketin teminatı talep edebilmesi için de, devralanın ödeme gücü ve dürüstlüğü tereddüt yaratmalıdır⁴¹⁰.

bbbbbb) Ticari İşletmenin Devri Yoluyla

Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan şirket payları, kanunda kendileri için öngörülen şekil şartlarına riayet edilmeksizin, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte devralana geçer. Zira TTK m. 490 gereği, kural olarak payın devri için herhangi bir ek şart söz konusu değildir. Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devri, ayrıca şirketin onayın tabi tutulmuştur (TTK m. 491/f. 1). Bu hükme rağmen, ticari işletmenin devri yoluyla, payın devrinin herhangi bir şarta bağlı olmadığını düşünmekteyiz. O halde, ticari işletmenin devri yoluyla payın devrinde, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı pay, şirket onayı olmaksızın devredilir⁴¹¹. Bu şekilde bir yaklaşımın, payın devrinde kanunun dolanılmasına imkan verdiği ifade edilebilir. Bu eleştiriyi kabul etmek ile birlikte, ticari işletmenin devrinde –kısmi- külli halefiyet ilkesini düzenleyen kanun koyucunun, bu durumu göze aldığı kabul edilmelidir. Külli halefiyet gereği, malvarlığı unsurlarının kanunlarda kendileri için öngörülmüş şekil şartlarına riayet etmeksizin devredilebilirliğini göz önünde bulunduracak olursak, benzer bir yaklaşımı, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payın devrinde göstermemek çelişkili bir tutum olacaktır.

cccccc) Devralanın Pay Sahipliğini İspatı

Çıplak pay ve nama yazılı pay senedi sahiplerini gösterecek şekilde, pay defterine kaydedilir (TTK m. 499/f. 1). Aksi takdirde devralan, paydan doğan haklarını şirkete karşı ileri süremez (TTK m. 499/f. 4). Devralan lehine payın, pay defterine kaydedilebilmesi için, devralanın, payın usulüne uygun olarak devredildiğini ispat etmesi gerekir (TTK m. 499/f. 2).

⁴¹⁰ GEREKÇE TTK m. 491/f. 2.

⁴¹¹ Bu husustaki görüşümüz miras, birleşme, bölünme gibi tam ve kısmi külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu kurumlarda da geçerlidir.

Ticari işletmenin devri yoluyla payın devrinde, devralanın TTK m. 499/f. 2’de öngörülen ispatı ne şekilde yapacağı sorun teşkil etmektedir. Öyle ki, ticari işletmenin devri yoluyla payın devri kısmi külli halefiyet uyarınca gerçekleşir. Bu durumda, ticari işletmenin devri payın devri sonucunu doğuracağından, payın devri için kanunda öngörülen devir şekillerinin yerine getirilmesine ihtiyaç yoktur. Hal böyle olunca da, ciro zinciri gerçek durumu yansıtmayacaktır⁴¹². Bu nedenle, ciro zinciri ispat için kullanılamaz ve hatta devralan, ciro zincirinin gerçek durumu yansıtmadığını ispat etmesi gerekir.

ÇELİKBOYA’ya⁴¹³ göre, devralan iki şekilde bu ispatı yapabilir. İlk ispat yolu, ciro zincirinin düzeltilmesi ve senetlerin devralana teslimiyle hukuki görünüşün gerçek hukuki duruma uygun hale getirilmesiyle, senetle. İkinci ispat yolu ise, TTK ve TST’de şart koşulmamasına karşın, ticari işletmenin devri sözleşmesinde, pay senetlerinin de devir kapsamında olduğu açıkça belirtilmesi durumunda, ticaret siciline tescil edilmiş devir sözleşmesiyle. TTK m. 499/f. 2’de payların devralındığının ispatı yöntemi bakımından bir sınırlama getirilmediğinden, bu iki farklı ispat yolu ile, ispat işlemi gerçekleştirilebilir.

Türk Ticaret Kanunu m. 499/f. 2’de ispat yöntemi bakımından bir sınırlama getirilmediğinden, yukarıda bahsedilen ispat yöntemlerinin kullanılabilir. Ayrıca, aksi öngörülmediği takdirde, ticari işletmenin tüm malvarlığı unsurları ticari işletmenin devri kapsamında yer aldığından ve kapsam dışında bırakılan unsurların devir sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerektiğinden (TST 133/f. 2-b), payların ticari işletmeye dahil olduğunun ispatı da, devralanın pay sahipliğinin ispatı niteliğinde olduğu kanısındayız.

ddddd) Limited Şirketlerde Payın Devri

aaaaaa) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu m. 595/f. 1 uyarınca payın devri, için yazılı devir sözleşmesinin yapılması ve imzaların noterce onaylanmış olması gerekir⁴¹⁴. Aksi

⁴¹² ÇELİKBOYA, s. 159.

⁴¹³ ÇELİKBOYA, s. 159, 160.

⁴¹⁴ Payın devri için, resmi yazılı şeklin yerine getirilmesi şarttır. KAYIHAN, Şirketler, s. 254.

taktirde, payın devri ilgililer arasında dahi geçerli değildir⁴¹⁵. Şirket sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa⁴¹⁶, esas sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onayı şarttır, devir ancak bu onayla geçerli olur (TTK m. 595/f. 2). Bu nedenle, genel kurulun onayına kadar, payın devri işlemi askıdadır⁴¹⁷.

Şirket sözleşmesiyle sermaye payı devrinin yasaklanması mümkündür (TTK m. 595/f. 4).

Türk Ticaret Kanunu m. 595/f. 1 uyarınca, şirket sözleşmesi öngörölmüş olan, ek ödeme yükümlölüğü, yan edim yükümlölüğü, rekabet yasağının ağırlaştırılması ya da tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmesi, önerilme, ön alım ve alım hakları ile cezaya ilişkin şartlar, payın devri sözleşmesinde açıkça yazılması gerekir. Bu şartların devir sözleşmesinde yazılması zorunlölüğü, bu şartlara ilişkin alacaklıyı bilgilendirmesi sorumlölüğünü devredene yükler. Ancak, bu şartların devir sözleşmesinde yer almaması, devir sözleşmesini geçersiz kılmaz, bu durum, devredenin bazı hallerde sorumlölüğüne yol açar⁴¹⁸.

Payın devrinin şirket bakımından geçerli olabilmesi için, şirkete bildirilmesi ve onaylanması gerekir⁴¹⁹. Bildirimi kimin yapacağına ilişkin kanunda bir düzenleme olmadığından, bildirim devreden ya da devralan tarafından yapılabilir⁴²⁰. Genel kurul, başvurudan itibaren üç ay içinde ret kararı vermediğı takdirde, payın devrine onay vermiş sayılır (TTK m. 595/f. 7).

Payların devrine onay kararının, devir işleminden önce mi yoksa sonra mı verileceğı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe⁴²¹ göre, devirden önce ön izin verilmesi yeterli değildir. Bu nedenle, onay kararı, devir işleminden sonra verilmelidir. Bir diğere

⁴¹⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 751; ÇEKER/KARAHAN, Şirketler, s. 868.

⁴¹⁶ eTK'da (m. 520) ise, payların devrinde ortaklar kurulunun onayının kaldırılması mümkün değildi.

⁴¹⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 753; GEREKÇE TTK m. 595/f. 1.

⁴¹⁸ GEREKÇE TTK m. 595/f. 1. Karşı görüş için bkz. DEMİRKAPI, Payın Devri, s. 218.

⁴¹⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 751. eTK m. 520/f. 1 uyarınca, bir payın devri, şirket bakımından hüküm ifade edebilmesi için, payın devrine ilişkin şirkete bildirimin ve pay defterine gerekli kaydın yapılması gerekirdi.

⁴²⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 751.

⁴²¹ PULAŞLI, s. 770, N. 29.

görüŖe⁴²² göre, önceden onay verilmesi geçerlidir. Devir işleminin yapılması ile birlikte, pay devri gerçekleşir.

Payın devrine ilişkin genel kurul onayı kararı, genel kurulun devredilemez yetkilerindendir ve bu karar, TTK m. 620 gereği toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınır⁴²³.

Şirket müdürleri, payların devrinin ticaret siciline tescil edilmesi için gerekli başvuruyu yapar (TTK m. 598/f. 1). Burada tescil kurucu değil bildirici niteliği haizdir. Şirket müdürleri, payın devrinden sonra otuz gün içinde, ticaret siciline başvurmazsa, ayrılan ortak, adının bu paylardan silinmesine ilişkin ticaret siciline başvurma hakkı vardır (TTK m. 598/f. 2). TTK m. 598/f. 3, “*sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveni korunur*” demek suretiyle, tescil ve terkin işlemi yapıncaya kadar, sicil kaydına güvenen üçüncü kişiyi korumayı amaçlar⁴²⁴.

bbbbbb) Ticari İşletmenin Devri ile Payın Geçişİ

Ticari işletmenin devri yoluyla, şirket paylarının devredilebilmesi için, payların ticari işletmeye dahil olması ve şirket sözleşmesinde payların devrine ilişkin bir yasaklamanın bulunmaması⁴²⁵ gerekir. TTK m. 11/f. 3 uyarınca, ticari işletmenin devri yoluyla payın devredilebilmesi için, TTK m. 590/f. 1’de öngörülen imzaların noterce onaylanması şartı aranmaz. Payın devri senede bağlanmış ise, bu senedin tabi olduğu devir şekillerine riayet edilmeksizin (zilyetliğinin devri), pay senetleri, ticari işletmeyi devralanın mülkiyetine geçirilmiş olur. Ancak, ortaklık haklarının kullanılabilmesi için, bu senetlerin teslim alınması ve devralanın pay sahibi olarak pay defterine kaydedilmesi gerekir.

Şirket sözleşmesinde yer alması şartıyla TTK’da, eTK’den farklı olarak, payların, ortaklar genel kurulu onayı alınmaksızın devri mümkündür. Ancak ticari işletmenin devrinde, şirket sözleşmesinde genel kurulun onay yetkisinin kaldırılması yer almasa

⁴²² DEMİRKAPI, Payın Devri, s. 227.

⁴²³ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 752.

⁴²⁴ GEREKÇE TTK m. 598/f. 3. Bu hüküm, kural olarak ticaret sicilinde görünüşe güvenin korunmamasının bir istisnasıdır.

⁴²⁵ Şirket esas sözleşmesinde, esas sermaye payının devri yasaklanmış ise, payın devri gerçekleşemez. KAYIHAN, s. Şirketler, s. 255.

dahi, paylar, genel kurul onayı alınmaksızın devredilebilir⁴²⁶. Kanaatimizce, TTK m. 596/f. 1⁴²⁷, kısmi külli halefiyet ilkesinin hakim olduğu ticari işletmenin devrine de uygulanır. Zira, bu hallerde pay kanunen geçer⁴²⁸ ve hükmün metninde belirtilen haller sınırlı sayıda değildir⁴²⁹.

Ticari işletmenin devri yoluyla, limited şirket paylarının devralana intikal etmesi nedeniyle, şirket müdürleri, payların devralan adına ticaret siciline kaydedilmesi için ticaret siciline başvurur. Hemen belirtelim, bu başvuru otuz gün içinde gerçekleşmemiş ise, devreden adına bu paylarla ilgili olarak ticaret sicilinden silinmesini talep edebilir (TTK m. 598/f. 2). Bu talep üzerine, sicil müdürü, devralanın adının bildirilmesi için, şirkete süre verir (TTK m. 598/f. 2). TTK m. 598/f. 3 uyarınca, ticaret sicil kaydına güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin güveni korunur.

Türk Ticaret Kanunu m. 590/f. 1 gereği, devir sözleşmesinde yer alması gereken şirket sözleşmesi şartları, ticari işletmenin devri sözleşmesinde yer alması gerekir⁴³⁰. Bu anlamda da ticari işletme devir sözleşmesi, payın devri sözleşmesi yerine geçer. Şayet, ticari işletme devir sözleşmesinde bu şartlar, devralana bildirilmemiş ise, devreden sorumluluğu gündeme gelebilir.

Pay senetlerinin devri, sebebe bağlıdır⁴³¹. Bu nedenle, ticari işletme devir sözleşmesinin geçersiz olması ya da ticari işletmenin devrin herhangi bir nedenden dolayı geçersiz olması halinde, pay senetlerinin devri geçersiz olacaktır.

⁴²⁶ Aksi yönde ÇELİKBOYA, s. 169.

⁴²⁷ TTK m. 596/f. 1 uyarınca, esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkim hükümler ya da icra yoluyla geçmesi hallerinde, tüm hak ve borçların, esas sermaye payını devralan kişiye geçmesi için genel kurulun onayı aranmaz.

⁴²⁸ GEREKÇE TTK m. 596/f. 1. Gerekçede, bu hallerde, payın “hukuki işlemle değil”, “kanun gereği” geçtiği belirtilmiştir. Bu nedenle bir an için, devir sözleşmesi temelinde yükselen ticari işletmenin devrinde, bu hükmün uygulanmayacağı düşünülebilirse de, gerekçede yer alan söz konusu ibareler, geçiş halinin niteliği ile ilgilidir. Ticari işletmenin devrinde, devir konusu malvarlığı unsurları, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile kanun gereği devralana geçer.

⁴²⁹ Zira, gerekçede, bu haller için “söz konusu varsayımlar” ibaresi kullanılmıştır.

⁴³⁰ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 168.

⁴³¹ “Pay senetleri, şirket ve ortaklar arasındaki ilişkiye dayanır ve illi senetlerdir.”. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 541.

iii) Kıymetli Evrakın Devri

Kıymetli evrakın niteliğine göre devir şekli değişmektedir. Öyle ki, emre yazılı senetler, ciro ve senet zilyetliğinin geçirilmesi ile (TTK m. 788/f. 1), nama yazılı senetler alacağın temliki ve zilyetliğin geçirilmesi ile (TTK m. 788/f. 2) ve hamiline yazılı senetler, senet zilyetliğinin geçirilmesi ile devredilir.

Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan kıymetli evrak, devirle birlikte devralanın malvarlığına geçmiş olur⁴³². Özellikle kambiyo senetleri, ibraz senetleri olduğundan, devralanın bu senetlerde ifade bulan hakları kullanabilmesi için, bu senetlerin zilyetliğine sahip olması gerekir. Ticari işletmenin devri, kambiyo senetlerinin devrinin hukuki sonuçlarını doğurur.

Kambiyo senetlerinde zamanaşımını kesen haller sınırlı sayıdadır. Bu haller, dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi ya da alacağın iflas masasına bildirilmesinden ibarettir (TTK m. 750/f. 1). Ticari işletmenin devrinin zamanaşımını kesmeyeceğine ilişkin genel yaklaşımımıza ek olarak bu hükmü dikkate aldığımızda, ticari işletmenin devrinin kambiyo senetlerindeki zamanaşımını da kesmeyeceğini ifade edebiliriz.

Çeklerde ibraz süreleri, hak düşürücü sürelerdir⁴³³. Çeke dayalı talep hakkı ibraz süreleri içerisinde kullanılır. Ticari işletmenin devri ile birlikte bir çekin devredilmiş olması halinde, ibraz süresi, yeni çek hamili için yeniden başlamaz. Hamil, geriye kalan ibraz süresi içerisinde talep hakkını kullanmalıdır.

Kambiyo senetlerinin ibraz senedi olması ve ancak belirli süreler içinde senette ifade bulan hakkı talep etme imkanının söz konusu olması nedeniyle, ticari işletmenin devrinden sonra derhal bu senetlerin devralana teslim edilmesi gerekir.

Kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesi hakim olsa da, ticari işletme devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde, ticari işletmenin devri yoluyla kambiyo senedinin devrinden bahsedilemeyeceği için, kambiyo senedi devredilmiş olmaz. Pay

⁴³² Senet sahipliğinin ispatı hususunda, senede bağlanmış payın devrindeki görüşlerimiz burada da geçerlidir.

⁴³³ REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 201, 202; ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 266, N. 1019; ARI (KARAHAN, Sami (Editör): Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2013), s. 376.

senedi, konişmento, varant, makbuz senedi sebebe bağı kıymetli evrak olduğı için, ticari işletmenin devrinin herhangi bir sebepten geçersiz olması halinde, bu senetler evleviyetle devredilmiş olmaz. Bu hallerde kıymetli evrak halen devralanda ise, devreden istihkak davası açabilecektir. Ticari işletmenin devri işlemi dışında, kambiyo senetlerinin devri için kanunlarda öngörülen devir şekilleri yerine getirilmiş ise, ticari işletmenin devrinin herhangi bir sebepten geçersizliğı, kambiyo senetlerinin devrini geçersiz kılmaz.

jjjj) Ticaret Unvanın Devri

Ticaret unvanının, taciri müşterilere tanıtması (reklam işlevi), tacirin faaliyetlerinin kalitesi konusunda müşterilere güven telkin etmesi (garanti işlevi) ve ticari işletmeyi tanıtması gibi ticari hayatta önemli işlevleri vardır. Ticaret unvanın sahip olduğı bu işlevler, onun ticari işletmeyle sıkı bir bağ kurması sonucunu doğurur. Ayrıca bu işlevleri ile ticaret unvanı müşteriler üzerinde de önemli etkiye sahiptir. Bu nedenle, ticaret unvanının başta müşteriler olmak üzere ticari hayatta faaliyet gösteren kişileri aldatmaması için, kanun koyucu ticaret unvanının belirlenmesi hususunda ayrıntılı hükümler öngörmüş⁴³⁴ ve ayrıca ticaret unvanının devrini düzenlemiştir.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 uyarınca, aksi öngörülmemişse, ticari işletme devir sözleşmesi ticaret unvanını da içerir⁴³⁵. TTK m. 49/f. 2’de ise bir ticari işletmenin devri, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, ticaret unvanının da devri sonucunu doğuracağı öngörülmüştür. Bu iki hüküm ticaret unvanının devri hususunda aynı sonucu doğurur. O da, aksi kararlaştırılmadıkça⁴³⁶, ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devredileceğidir. Hemen belirtelim, ticaret unvanının devredilebilmesi için, TTK m. 11 uyarınca bütünlük ilkesine uygun geçerli bir ticari işletme devrinin söz konusu olması gerekir⁴³⁷.

⁴³⁴ ÇELİKBOYA, s. 148, 149.

⁴³⁵ Aksi öngörülmemişse ticari işletmenin devri, ticaret unvanın da devri sonucunu doğurur. Y. 11. HD. 01.06.1990 T., 3900 E., 4405 K.; Y. 11. HD. 09.11.1989 T., 8241 E., 6118 K.; Y. 11. HD. 07.04.1986 T., 427 E., 2013 K. (ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 2013, s. 1399, 1400).

⁴³⁶ Devrin tarafları, ticaret unvanının ticari işletmeyle birlikte devredilemeyeceğı hususunda anlaşabilirler. BOZER/GÖLE, 2013, s. 148.

⁴³⁷ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 149.

Ticaret unvanı her ne kadar taciri gösterse de, ticari işletme ile de ilgilidir. Öyle ki, ticaret unvanı, ticari işletmenin faaliyetleri neticesinde müşteriler nezdinde bir değer ifade eder. Ticari işletme devredilmeksizin, ticaret unvanını devredilirse, müşteriler eski işletmenin faaliyette bulunduğu izlenimine kapılacak ve ticaret unvanını devralan tacirin haksız bir kazancı söz konusu olacaktır⁴³⁸. İşte bu nedenle, TTK m. 49/f. 1, ticaret unvanının, ticari işletmeden ayrı olarak başkasına devrini yasaklamıştır⁴³⁹. Bu yasağa uyulmaması halinde, ticaret unvanını devreden, devralan ve kullananlar hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis ya da adli para cezası öngörülmüştür (TTK m. 51/f. 3).

TTK m. 49/f. 2’de ticari işletmenin devri, ticaret unvanının da devri sonucunu doğurabilmesinin kabulü, ticaret unvanının taciri göstermesi gerekliliği olan gerçeklik ilkesinin kanuni bir istisnasını oluşturmaktadır⁴⁴⁰.

1926 tarihli 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 49 uyarınca, ticaret unvanının ticari işletmenin devri ile birlikte devredildiği hallerde, devralan ticaret unvanına halefiyeti gösteren bir ibare eklemek zorundaydı. Devralanın bu hükme aykırı olarak ticaret unvanını kullanması durumunda, devreden buna müsaade ederse, bu unvan altında yapılan işlemlerden doğan borçlardan sorumluydu. Devreden bu sorumluluğu ikinci derecedendi⁴⁴¹ (eTTK m. 49/f. 1, c. son⁴⁴²). eTK döneminde ise, ticari işletme ile birlikte ticaret unvanının devredilmesi durumunda, ticaret unvanının aynen kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıydı. eTK’da devir nedeniyle halefiyet ibaresinin eklenmesine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildi. Bununla birlikte, ticari işletmenin devri halinde devralanın ticaret unvanını aynen kullanabileceğine ilişkin de herhangi bir düzenleme yapılmamıştı. TST m. 83’te yer alan devir halinde unvanın aynen kullanılamayacağı ya da devre ilişkin hususların belirtilmesi şeklinde kullanılabileceği (TST m. 83/f. 1), ya da eski unvanın silinerek yeniden unvan oluşturulması gerekeceği (TST m. 83/f. 3, 5) düzenlemeler dikkate alınarak konu tartışılmaktaydı. TST m. 83 uyarınca, ticari işletmeyi devralan hiçbir şekilde ticaret

⁴³⁸ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 96; BOYACIOĞLU, Cumhuriyet: Ticaret Unvanı, Ankara 2006, s. 109; ÖZBEY, Can: Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması, Ankara 2014, s. 83.

⁴³⁹ Ticaret unvanı, tek başına devredilemez. SCHUMACHER, s. 158.

⁴⁴⁰ ÇELİKBOYA, s. 150, BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 89.

⁴⁴¹ KARAYALÇIN, s. 388.

⁴⁴² Bu hükümde öngörülen sorumluluk TBK m. 585 uyarınca (eBK m. 486) adi kefil gibidir. HIRSCH, E. Ernst: Ticaret Kanunu, Ankara-İstanbul 1946, s. 43.

unvanını aynen kullanamazdı⁴⁴³. eTK dönemi öğretisinde, ticaret unvanının devralan tarafından aynen kullanılabileceği ifade edilmiştir⁴⁴⁴. TTK m. 49/f. 2, “*devir halinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir.*” demek suretiyle, bu husustaki tartışmalara son vermiştir.

Türk Ticaret Kanunu m. 46/f. 2 uyarınca, “Türk”, “Cumhuriyet”, “Milli” kelimeleri, ancak Bakanlar Kurulu kararıyla, bir ticaret unvanına konabilir. Ticaret unvanının tacir ile olan ilişkisini ve söz konusu kararın kamu menfaatlerine ilişkin olduğunu göz önünde bulunduracak olursak, Bakanlar kurulunun kararı tacir özelinde verdiğini ifade edebiliriz. O halde, bu kelime ya da kelimelerden oluşmuş bir ticaret unvanı ticari işletme ile birlikte devredilecek olursa, devralanın bu ticaret unvanını kullanabilmesi için yine Bakanlar Kurulu’ndan karar alınması gerekir⁴⁴⁵.

Münhasırlık ilkesi gereği, devreden ile devralan aynı ticaret unvanını kullanamaz⁴⁴⁶. O halde, ticaret unvanını devreden kişi, devrettiği unvanın aynısını kullanamaz. Bu durumda devreden kişi, ticari faaliyetlerini, TTK m. 45 uyarınca ticaret unvanına ek alarak yeni bir ticaret unvanı altında yapması gerekir⁴⁴⁷.

kkkk) Fikri Mülkiyet Haklarının Devri

Markanın iradi devri, yazılı devir sözleşmesi gerçekleşir⁴⁴⁸ (MarkKHK m. 15/f. 2). Yazılı şekil geçerlilik şeklidir⁴⁴⁹. Yazılı devir sözleşmesi tasarrufi etkiyi haiz olduğu için marka, yazılı devir sözleşmesinin akdedilmesi devredilmiş olur⁴⁵⁰. Dolayısıyla,

⁴⁴³ HELVACI (ÜLGİN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 417, N. 836.

⁴⁴⁴ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 117; İMREGÜN, Kara Ticareti, 75; ARKAN, Ticari İşletme 2010, s. 261; HELVACI (ÜLGİN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 417, N. 836; Aksi görüş için bkz. KARAYALÇIN, s. 388.

⁴⁴⁵ BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 96.

⁴⁴⁶ SCHUMACHER, s. 158.

⁴⁴⁷ HELVACI (ÜLGİN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 418, N. 837.

⁴⁴⁸ MarkKHKY m. 22’de “noter tasdikli” devir senedinden bahsedilerek daha ağır bir şekil şartı öngörülmesi, MarkKHK m. 16/f. 2, 3’e aykırı ve hukuki dayanaktan yoksundur. TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 464, N. 7.

⁴⁴⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 464, N. 7.

⁴⁵⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 464, N. 9.

marka devrinin, marka siciline tescili açıklayıcı niteliktedir⁴⁵¹. Ancak devir sicile kayıt edilmediği sürece, markayı devralan, markanın tescilinden doğan yetkilerini üçüncü kişilere karşı ileri süremez⁴⁵².

Ticari işletme devri kapsamındaki⁴⁵³ marka, devrin gerçekleşmesi ile birlikte, devralanın malvarlığına intikal eder. Markanın devri için ayrıca bir sözleşme yapılması gerekmez. Ancak, devralanın, MarkHKH'nın tescilli markalar için öngördüğü korumadan yararlanabilmesi için, marka siciline gerekli tescil işleminin yapılması gerekir. Tescil yapılmamış olsa da, devralan markayı kullanabilir ve markası TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında korunur.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname (PatHKH) m. 86/f. 1 uyarınca, fikri mülkiyet haklarından olan patent de devredilebilir⁴⁵⁴. Devir konusu, patentin içeriğinin esasını oluşturan buluşun kendisi değil, onun üzerindeki haktır⁴⁵⁵. Patent devri, yazılı şekle tabidir (PatHKH m. 86/f. 2). Yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁴⁵⁶.

Patent de aksi belirtilmedikçe ticari işletmenin devredilmesi ile devralana geçer. Patent devri için başkaca bir işleme ihtiyaç yoktur.

h) Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Ticaret Siciline Tescilinin Hukuki Sonucu Olarak: Sözleşmelerin Devri

aa) Genel Olarak

Sözleşmeler, alacaklar, borçlar, külfetler, yenilik doğurucu haklar, def'iler ve diğer haklardan oluşan bir hukuki işlemdir. Bu nedenle, alacağın devri, borcun nakli gibi

⁴⁵¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 464, N. 10. Garanti markası ve ortak markanın devri, marka siciline yapılacak kayıtlarla gerçekleşir. AKÇAAL, s. 120.

⁴⁵² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 464, N. 10.

⁴⁵³ Marka, işletme ile birlikte devredilebileceği gibi işletmeden ayrı olarak da devredilebilir. Aksi öngörülmemişse, marka, ticari işletme devri kapsamında yer alır. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 463, N. 4.

⁴⁵⁴ Patent de, işletme ile birlikte devredilebileceği gibi işletmeden ayrı olarak da devredilebilir. Aksi belirtilmedikçe, patent, ticari işletme devri kapsamındadır. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 623, N. 4.

⁴⁵⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 623, N. 5.

⁴⁵⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 623, N. 8.

kurumlar, sözleşmenin devri kurumundan farklılık arz eder. Alacağın devri, devre konu alacağın bir başkasına geçmesine, borcun nakli ise, nakledilen borçtan bir başkasının sorumlu olmasına hizmet eder. Sözleşmenin devrinde ise temel amaç, sözleşmenin tarafını değiştirmek suretiyle, sözleşme muhtevastaki tüm hak ve borçların bir başkasına devredilmesini sağlamaktır⁴⁵⁷. Sözleşmenin devrinde, bir sözleşme başka bir sözleşmenin konusunu teşkil eder⁴⁵⁸.

Gerek İBK⁴⁵⁹ gerekse eBK’da sözleşmelerin devri kurumu düzenlenmemiştir. eBK’da düzenlenmemesine karşın uygulamada sözleşmelerin, bir sözleşme ile başkasına devri oldukça yaygındır. Kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle, sözleşmelerin devrini sağlayan sözleşmeler isimsiz sözleşmeler olarak değerlendiriliyordu⁴⁶⁰.

Kanun koyucu, TBK m. 205’te sözleşmelerin devrini düzenleyerek, sözleşmelerin devrini kanuni bir kurum haline getirmiştir. TBK m. 205/f. 1’de sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan tüm taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma olarak tanımlanmıştır⁴⁶¹. O halde, sözleşmenin devri, yapılacak yeni bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu devir sözleşmesi, sözleşmede kalan, sözleşmeden çıkan ve sözleşmeye giren taraf arasında yapıldığı için, üç taraflı bir sözleşmedir⁴⁶². Sözleşmenin devri, bu üç tarafın irade beyanlarının aynı anda uyuşması şeklinde yapılabileceği gibi, sözleşmeden çıkan ve sözleşmeye giren arasında yapılan

⁴⁵⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 202.

⁴⁵⁸ HUGUENIN, 2014, s. 430, N. 1467.

⁴⁵⁹ Sözleşmenin devri, İsviçre hukukunda düzenlenmemesine karşın, kendine özgü bir hukuki kurum olarak bilinir. Bu kurumda, sözleşmenin bir tarafı sözleşme ilişkisinin dışına çıkarken, aynı anda başka bir kişi, sözleşme ilişkisine girmiş olur. SCHUMACHER, s. 147; Sözleşme serbestisi ilkesi nedeniyle, sözleşmenin devri kararlaştırılabilir. HUGUENIN, 2014, s. 430, N. 1467.

⁴⁶⁰ AYRANCI, Hasan: Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 53.

⁴⁶¹ Kural olarak sözleşmenin devri, üç tarafın mutabakatı ile gerçekleşir. Bu nedenle, bu mutabakat, üç taraflı kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilir. SCHUMACHER, s. 148.

⁴⁶² BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Borçlar, s. 202; Sözleşmenin devredilebilmesi için, devir sözleşmesine bu üç ayrı tarafın katılımı şarttır. TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 533, N. 1727.

anlaşmaya, sözleşmede kalan tarafın önceden izin vermesi ya da sonradan onaylaması şeklinde de yapılabilir (TBK m. 205/f. 2)⁴⁶³.

Sözleşmenin devri sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. Bu nitelik hem sözleşmede kalan hem de sözleşmeden ayrılan için geçerlidir. Zira, her ikisinin de alacak hakkı etkilenir⁴⁶⁴. Devir sözleşmesinin geçerlilik şekli, devredilen sözleşmeye bağlıdır (TBK m. 205/f. 3). Örneğin, devredilen sözleşme ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise, sözleşmenin devri işlemi miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça geçerli olmaz (TBK m. 205/f. 3, m. 612/f. 1).

Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır (TBK m. 205/f. 4).

Sözleşmenin devri ile, sözleşmeye giren taraf, sözleşmeden çıkan tarafın sözleşmedeki konumunu elde eder⁴⁶⁵. Eş söyleyişle, çıkan tarafın devir konusu sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçları, giren tarafa geçer. Artık sözleşmeye giren, sözleşmede kalana karşı sözleşme ilişkisinin diğer tarafı konumundadır. O halde, sadece var olan haklar ve borçlar devralana ait olmayacak, gelecekte doğan hak ve borçlar da devralana ait olacaktır.

Sözleşmenin devri, devredilen sözleşmenin muhtevasını değiştirmez⁴⁶⁶. Değişiklik sözleşmenin tarafında meydana gelir. Devir ile sözleşme olduğu gibi, sözleşmeye giren tarafa geçer. Artık sözleşmenin yeni tarafı, sözleşmeye giren, sözleşmeyi devralandır.

Sözleşmenin devri ile, devredilen sözleşme sona ermiş olmaz. Bu nedenle yeni bir sözleşme kurulmadan, mevcut muhtevası ile birlikte sözleşme devredilmiş olur⁴⁶⁷.

Sözleşmenin devri, tarafları dikkate alan hükümler nedeniyle bir takım değişikliklere yol açabilir. Örneğin, sözleşmenin devri, TBK m. 89/f. 2 gereğince, ifa

⁴⁶³ Sözleşmenin devri, sözleşme tarafları ve sözleşmeyi üstlenen kişi tarafından üç taraf içeren bir anlaşmayla sağlanabileceği gibi, sözleşmeyi devralan ve devreden iki taraflı anlaşmasına, diğer sözleşme tarafının rıza göstermesiyle de sağlanabilir. SCHELLHAMMER, s. 930, N. 1821; JUNKER, s. 1927, N. 27; Sözleşmenin devri, mutlaka ilgili üç tarafın katılımıyla yapılır. MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan: Schuldrecht I, München 2015, s. 384, N. 845.

⁴⁶⁴ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 534, N. 1731.

⁴⁶⁵ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 535, N. 1736.

⁴⁶⁶ AYRANCI, s. 79.

⁴⁶⁷ AYRANCI, s. 83, 84.

yerinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hükümleri uyarınca yetkili mahkemenin değişmesine sebep olabilir⁴⁶⁸.

Esas sözleşme yapılırken, sözleşmeye yeni bir taraf almaya ilişkin şartların konulması da mümkündür⁴⁶⁹.

bb) Sözleşmelerin Devrine İlişkin Temel Teoriler

aaa) Genel Olarak

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve halihazırda İBK'da sözleşmelerin devrinin düzenlenmemiş olması, öğretide, sözleşmelerin devrinin hangi hukuki temelde gerçekleşeceğine ilişkin tartışmalara yol açmıştır. Sözleşmelerin devrine ilişkin iki temel teori ortaya atılmıştır. Bunlar, kombinasyon ve birlik teorileridir. Şimdi bu teorilerin temel yaklaşımlarını ele alalım.

bbb) Kombinasyon Teorisi

Bu teori uyarınca, alacaklar ve borçlar, sözleşmelerin var olabilmesi için yeterlidir⁴⁷⁰. Sözleşmelerin varlığına ilişkin, başkaca bir unsurun aranması gerekmez. O halde, sözleşmenin devri, kanuni düzenlemesi mevcut olan, alacağın devri ve borcun yüklenilmesi işlemlerinin kombinasyonu ile sağlanabilir⁴⁷¹. Teori gereği, alacakların devri ve borçların yüklenilmesi ile sözleşme ilişkisinin devri kabul edildiğinden, yenilik doğuran haklar da üçüncü kişiye geçmiş olur⁴⁷². Hemen belirtelim, sözleşme ilişkisinin bütün unsurları ile birlikte devredilebilmesi için, sözleşmeden doğan tüm alacak ve borçların devredilmesi gerekir. Aksi takdirde sözleşmenin devri gerçekleşmez.

⁴⁶⁸ AYRANCI, s. 118.

⁴⁶⁹ SCHUMACHER, s. 148.

⁴⁷⁰ AYRANCI, s. 41.

⁴⁷¹ AYRANCI, s. 41.

⁴⁷² AYRANCI, s. 42.

Bu teori, sözleşmeyi bir organizma olarak ele almayıp, parçalara ayırdığı için eleştirilmiştir. Ayrıca, teori, yenilik doğuran hakların geçişini ve inşai bir beyana muhatap olma konumunun üçüncü kişilere geçmesini izah etmekten uzaktır⁴⁷³.

Kombinasyon teorisi uygulanırsa, sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devrinden sonra, devredene karşı sahip olduğu ve sözleşme ilişkisi ile ilgili bulunmayan alacaklarını, eBK m. 167/f. 2 uyarınca, sözleşmeyi devredene karşı takas edebilir. Ancak sözleşmenin devri kurumu, buna imkan vermez⁴⁷⁴.

ccc) Birlik Teorisi

Sözleşme ilişkisini, haklardan, yükümlülüklerden, hukuki durumlardan ve külfetlerden oluşan bir organizma olarak ele alan birlik teorisi, tek bir hukuki işlemle sözleşmenin bir bütün halinde devredilebileceğini savunur⁴⁷⁵. Bu teori savunucularına göre, alacağın devri ile borcun yüklenilmesi kombinasyonu, sözleşmelerin devri sonucunu doğurmaz.

Sözleşmeleri, alacaklar ve borçlar olarak unsurlarına ayırmak, taraf iradeleri ve bu kişilerin ekonomik menfaatleri ile bağdaşmaz⁴⁷⁶.

Birlik teorisi, kombinasyon teorisine göre daha işlevseldir. Zira bu teori uyarınca, alacağın devri ile borcun yüklenilmesi işlemlerinin ayrı ayrı yapılması yerine, sözleşmenin devri tek bir işlemle sağlanır⁴⁷⁷. Tek bir amaca yönelmiş taraf iradelerinin tek bir hukuki sebebi vardır⁴⁷⁸. Kombinasyon teorisi uyarınca, sözleşmenin devrini iki hukuki işleme ayırmak, hukuki sebebi ikiye çıkarmak anlamına gelir⁴⁷⁹.

⁴⁷³ AYRANCI, s. 45.

⁴⁷⁴ AYRANCI, s. 51.

⁴⁷⁵ AYRANCI, s. 50.

⁴⁷⁶ AYRANCI, s. 52.

⁴⁷⁷ AYRANCI, s. 52.

⁴⁷⁸ AYRANCI, s. 52.

⁴⁷⁹ AYRANCI, s. 52.

ddd) TBK m. 205 Hükümünün Teoriler Bakımından Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 205 ile artık sözleşmelerin devri kurumu, kanuni bir kurum haline gelmiştir. Bu hüküm, birlik teorisi paralelinde düzenlenmiştir. Öyle ki, hüküm, sözleşmelerin tek bir hukuki işlem ile devrini öngörmektedir. TBK m. 205/f. 4 uyarınca, kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler kapsamında, sözleşmeler devredilebilir.

Sözleşmelerin devrinin TBK’da düzenlenmesiyle birlikte artık, sözleşmelerin devrine ilişkin kanunlarda özel bir hüküm bulunmuyorsa, devir genel hüküm olan TBK m. 205 uyarınca gerçekleşir. O halde, artık Türk hukukunda kombinasyon teorisi etkisiz hale gelmiştir diyebiliriz.

cc) Ticari İşletmenin Devri İle Sözleşmelerin Devredilebilmesi

aaa) Önemi

Ticari işletmenin devri ile, ticari işletmenin bir bütün halinde ve faaliyetlerinin devamlılığı sağlanacak şekilde el değiştirilmesi sağlanır. Ticari işletme ile ilgili akdedilmiş olan sözleşmeler, bu bütünlüğü oluşturan ve işletme faaliyetlerinin devamlılığını sağlayan bir unsurdur. Bu nedenle, sözleşmelerin devri, ticari işletmenin devrine hakim olan bütünlük ve devamlılık ilkeleri bakımından önem arz eder. Ayrıca ticari işletmenin devrinin en önemli unsurlardan biri olan müşteri çevresinin, devralana geçirilmesinde sözleşmenin devri, önemli rol oynar. Zira müşteri çevresinin devredilmesini sağlayan en önemli etmenlerin başında, ticari işletmenin faaliyette bulunduğu yer kira sözleşmesinin devralana geçirilmesi gelir. Ayrıca, sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmeler⁴⁸⁰, ticari işletmenin devriyle yaşantısına devam edecek işletme bakımından oldukça önemlidir. Öyle ki, bu sözleşmeler, ticari işletmenin devrinin zorunlu unsurları arasında yer alabilir⁴⁸¹.

Ticari işletmenin devri ile sözleşmelerin devredilmesi sözleşmede kalan taraf bakımından da önem taşır. Öyle ki, ticari işletmenin devrinde, işletmenin malvarlığı unsurları alacaklar ve borçlar ile birlikte devralana geçer. Sözleşmeler devirle birlikte

⁴⁸⁰ Örnek olarak; kira sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, finansal kiralama sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri gösterilebilir. ARICI, s. 125.

⁴⁸¹ ARICI, s. 125.

devralana intikal etmez ise, ticari işletme faaliyetleri nedeniyle devreden ile yapılmış sözleşmelerin içi boşalmış olacaktır. Bu durumda, sözleşmede kalan tarafın menfaatinin zedelenmesi tehlikesi ortaya çıkabilir.

Ticari işletme faaliyetleri nedeniyle yapılan sözleşmeler de, ticari işletmenin parçasıdır. Her bir sözleşmenin devri için, sözleşmede kalan kişilerden izin/onay alınmasının şart koşulması, ticari işletmenin devrini yavaşlatacak ve zorlaştıracaktır. O halde, ticari işletmenin devri kurumunun daha iyi işleyebilmesi için, sözleşmelerin de devredilebilmesi gerekir.

bbb) Sözleşmelerin Devredilebilirliği Sorunu

aaaa) Genel Olarak

Gerek İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşmelerin de devredileceğine ilişkin herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, ticari işletmenin devri ile sözleşmelerin de devredilip devredilemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır⁴⁸².

bbbb) Devredilemeyeceği Görüşü

İsviçre hukukunda salt İBK m. 181 uyarınca gerçekleşen devirde, hakim görüş, sözleşmelerin, sözleşmede kalanın rızası alınmadan devredilemeyeceği yönündedir⁴⁸³.

İsviçre hukukunda FusG'nin malvarlığının devrine ilişkin bir görüşe⁴⁸⁴ göre, ticari işletmelerin devri ile birlikte sözleşmeler de devredilmiş olmaz. Sözleşmelerin devri için, devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın iradeleri gereklidir.

⁴⁸² FusG'de birleşmenin aksine, bölünme ve malvarlığının devrinde, sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafın onayı alınmaksızın devredilebileceği düzenlenmemiştir. Bu nedenle, sözleşmenin devredilip devredilemeyeceği, tartışmalı hale gelmiştir. Bu durum da, bölünmenin ve malvarlığının devrinin cazibesini büyük oranda elinden almaktadır. Bu sorunun çözülmesi, kanun koyucunun iradesiyle gerçekleşmelidir. SCHUMACHER, s. 129.

⁴⁸³ İBK m. 181 (TBK m. 202) uyarınca gerçekleşen devirlerde, kural olarak sürekli borçlanma ilişkisinden doğan haklar ve yükümlükler devralana geçmez. Bu kuralın istisnasını iş sözleşmeleri oluşturur (İBK m. 333). GAUCH/SCHLUEP/SCHMİD/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 312, N. 3632; SCHUMACHER, s. 29.

İsviçre öğretisinde bu görüşün temel dayanaklarından biri kanun koyucunun iradesidir. Öyle ki, ticari işletmenin devrine uygulanan malvarlığının devri hükümlerinin düzenlendiği FusG'ye ilişkin meclis görüşmeleri sırasında, malvarlığı devrinin, sözleşmede kalan kişinin onayı olmaksızın devir kapsamındaki sözleşmelerin de devralana intikalini sağlamasına yönelik verilen değişiklik önergesi reddedilmiştir⁴⁸⁵. Ayrıca FusG'nin hazırlık aşamasında yazılmış olan hükümet gerekçesinde, malvarlığın devri gibi kısmi külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu bölünme yoluyla sözleşmelerin devredilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁸⁶. Bu sonuç, malvarlığının devri bakımından da kabul edilmiştir.

Söz konusu görüşün bir diğeri dayanağı ise, sözleşme serbestisi ilkesidir. Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesi temeli ve kapsamında gerçekleşir. Sözleşmeler hukukuna hakim olan temel ilkelerden biri de sözleşme serbestisidir. Sözleşme serbestisi, sözleşmenin tarafını seçebilme özgürlüğünü de kapsar. O halde, sözleşmede kalanın onayı alınmaksızın, ticari işletmenin devri ile devir kapsamındaki sözleşmelerin de devredilmesi, sözleşme serbestisi ilkesine aykırıdır.

Türk hukuku bakımından konuyu ele alacak olursak öncelikle belirtmek istediğimiz husus, ne yasalaşma sürecinde ne de mevzuatta, sözleşmede kalan tarafın onayı alınmaksızın, ticari işletmenin devri yoluyla, sözleşmelerin devredilip devredilmeyeceği ile ilgili, kanun koyucunun, açık bir iradesi bulunmamaktadır.

Türk öğretisinde TOPUZ'a⁴⁸⁷ göre, ticari işletmenin devrine ilişkin düzenleme, sözleşmenin devri hususunda özel bir düzenleme getirmediğinden, sözleşmelerin devrine ilişkin genel düzenleme olan TBK m. 205 hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre, sözleşmede kalan tarafın onayı alınmaksızın, ticari işletmenin devri, sözleşmelerin devri sonucunu doğurmayacaktır. Aksi yaklaşım, sözleşme özgürlüğüne büyük darbe

⁴⁸⁴ KUNZ, s. 238; TURIN, Nicholas: Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Basel 2003, s. 56, 107, 114, 224 (naklen WATTER, Rolf/KÄGI, Urs: "Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen", SZW/RSDA, 3/2004, s. 235, dpn. 43).

⁴⁸⁵ Yazarlar için bkz. ÇELİKBOYA, s. 244. Türk hukukunda, ticari işletmenin devri ile ilgili hükümlerin yasalaştırma sürecinde, sözleşmelerin devri hususu gündeme gelmemiştir. Bu durumun da, Türk hukukunda açık bir kanun boşluğu oluşturduğu düşünülebilir. ÇELİKBOYA, s. 251.

⁴⁸⁶ ÇELİKBOYA, s. 244.

⁴⁸⁷ TOPUZ, s. 70, 71.

vurur. Ancak, her bir sözleşme devri için, sözleşmede kalan tarafın onayının alınması zorunluluğu, ticari işletmenin devrini işlevsiz hale getireceği de izahtan varestedir.

cccc) Devredilebileceği Görüşü

Kanun koyucunun iradesine karşın, İsviçre öğretisinde, FusG m. 69-77 uyarınca, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın, malvarlığının devri/ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devredilebileceği hakim görüş⁴⁸⁸ niteliğindedir. Bu görüşün temel dayanağı ise, sözleşmelerin devrinin FusG'nin hükümlerinin asıl amacına uygun olmasıdır. Zira, FusG'nin asıl amaçlarından biri yapılandırma işlemlerini kolaylaştırmaktır. Ticari işletmenin devri ile sözleşmelerin devredilememesi, ticari işletme devrinin işlerliğini olumsuz anlamda etkiler. Malvarlığının devrinin kısmi külli halefiyet uyarınca gerçekleşmesi, devirle birlikte sözleşmelerin de devredilmesini gerektirir.

Türk öğretisindeki hakim görüş, ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşmelerin de devredileceği yönündedir.

Konuyu, aktiflerin devrinin cüz'i halefiyet ilkesi kapsamında gerçekleştiği eTK döneminde ele alan ACEMOĞLU⁴⁸⁹, borç münasebetinin/sözleşmelerin devrinin, ticari işletmenin devri bakımından bir zorunluluk olduğunu belirtip, sözleşmelerin devri için sözleşmede kalan tarafın onayının aranmaması gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, ticari işletmenin devri ile, sözleşmeler kanun gereği devredilmiş olur. Yazarın, görüşünü savunurken dayandığı temel dayanaklarından biri, modern iktisadi hayatta işletmelerin faaliyetleri kapsamında yapılan sözleşmeler de, işletme sahibinden ziyade işletmenin

⁴⁸⁸ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 339, N. 872; GERSBACH, s. 29, 30; Cüz'i halefiyet yoluyla devrin aksine, kısmi külli halefiyette sözleşme ilişkilerinin devri için, kural olarak tüm ilgili tarafların rızasına ihtiyaç yoktur. SCHUMACHER, s. 156; Kısmi külli halefiyet yoluyla sözleşmelerin devri, diğer sözleşme tarafının rızası olmaksızın geçerlidir. von SALIS, s. 433; Malvarlığının devri yoluyla sadece alacak ve borçlar değil, aynı zamanda sözleşme ilişkilerinin kendisi de uno actu ve kanun gereği devralan geçer. VOGEL/GUNTER, s. 611; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 511, N. 25; Malvarlığının devri, kısmi külli halefiyet vasıtasıyla, aktif ve pasiflerin yanı sıra, borç ilişkilerinin de devrine hizmet eder. EMCH, s. 16; Malvarlığının devrinde, sözleşme partnerinin onayı olmaksızın, sözleşmelerin devredilebilmesi için, devredilen işletme ya da işletme bölümü bir arada olmalı, bir bütünlük arz etmelidir. SCHUMACHER, s. 130.

⁴⁸⁹ ACEMOĞLU, s. 79; Aynı yönde BUCHLI, 64 vd..

kendisinin göz önünde bulundurulması gerektiğidir. Bir başka ifadeyle, bu sözleşmelerde işletme sahibinden ziyade işletmenin varlığı daha çok önem arz eder. Yazarın bu yaklaşımı, ticari işletmeyi sanki bir hukuk süjesi olarak ele aldığından eleştiriyi açıktır⁴⁹⁰. Bu eleştiriye katılmakla beraber, burada ifa edilmeye çalışan şeyi, ticari işletme faaliyetleri çerçevesinde akdedilmiş olan sözleşmelerin, işletme sahibinin kaderinden ziyade, işletmenin kaderine bağlanmasının daha uygun olduğu şeklinde anlıyoruz. Hukuki açıdan olmasa da, iktisadi açıdan bu yaklaşıma katılmaktayız.

DOMANIÇ/ULUSOY'a⁴⁹¹ göre, ticari işletmesini devreden tacirin işletme faaliyetlerinde kullandığı ticaret unvanı altında yaptığı ve kişiye bağlı olmayan bütün sözleşmeler, devirle birlikte devralana geçer. Yazarlar, konuya ilişkin görüşlerini gerekçelendirmemişlerdir.

Konuyu eTK döneminde ele alan ARICI'ya göre, sözleşmenin asli unsurunu, alacaklar ve borçlar oluşturur. Bu nedenle, bu unsurların devredilmesi halinde ilgili sözleşme çıplak halde kalır. Bu haliyle sözleşmenin diğer haklarının alacak ve borçları devreden kişide kalmasında, ne sözleşmenin diğer tarafının ne de alacak ve borçları devralan kişinin menfaati bulunur. Ayrıca, bu hakların kullanımı kendisi bakımından da işlevsiz hale gelmiştir. Sonuç olarak, hakim görüşün aksine kombinasyon teorisini benimseyen yazara göre, ticari işletmenin devrinde, bir sözleşmeden kaynaklanan tüm alacak ve borçların devredilmesi halinde, bu sözleşme de bir bütün halinde devredilmiş olur⁴⁹². Şayet, bir sözleşmeden doğan pasiflerin tamamen ya da kısmen ticari işletmenin devri kapsamı dışında tutulması durumunda, ticari işletmenin devri ilgili sözleşmenin devredilmesi sonucunu doğurmaz. Bu sözleşmenin devri ancak, sözleşmenin karşı tarafının onayı alınmak suretiyle gerçekleşir⁴⁹³.

TTK döneminde görüş belirten KENDİGELEN'e⁴⁹⁴ göre, ticari işletmenin devri, devre konu olan ticari işletme ile ilgili sözleşmelerin devrini de kapsar. Yazara göre bu sonuç, kanun koyucunun kiracılık hakkı ve iş sözleşmelerin ticari işletme ile birlikte devredilebilmesi tercihi ve ticari işletme devrine hakim olan kısmi külli halefiyet ilkesi

⁴⁹⁰ Benzer eleştiri için bkz. ÇELİKBOYA, s. 247.

⁴⁹¹ ULUSOY/DOMANIÇ, s. 180.

⁴⁹² ARICI, s. 137; Aynı yönde bkz. DURMAN, s. 142 dpn. 304; AKÇAAL, s. 125.

⁴⁹³ ARICI, s. 131.

⁴⁹⁴ KENDİGELEN (ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 208, N. 393.

gereğidir. Ticari işletmenin devri ile sözleşmenin devredilmesinde, sözleşmede kalan tarafın rızası alınmadığından, bu kişiye haklı nedene dayalı bir fesih hakkının tanınması menfaatler dengesinin sağlanması için en uygun çözümdür.

Türk ve İsviçre öğretisindeki görüşleri dikkate alarak konuyu doyurucu gerekçeleri ile ele alan ÇELİKBOYA'ya⁴⁹⁵ göre, ticari işletmenin devri, sözleşmelerin devri sonucunu doğurur. Yazar, görüşüne gerekçe olarak şu hususları ifade etmiştir:

- Ticari işletmenin devrinde, işletme malvarlığı unsurlarının devri kısmi külli halefiyet kapsamında gerçekleşir. Bu devir şeklinde, malvarlığı unsurları bir bütün halinde kendiliğinden devralana geçer.

- Kısmi külli halefiyetin benimsendiği bölünme işleminde, sözleşmeler, tüm malvarlığı unsurları ile birlikte devredilir. Bu anlamda aynı imkan ticari işletmenin devri için de tanınmalıdır.

- Ticari işletme devri, FusG kapsamında malvarlığı devrinden farklı olarak, ticari işletmenin organizasyon olarak bir bütün halinde devrini amaçlar. Sözleşmeler de bütün halinde devri amaçlanan bu organizasyonun önemli bir parçasıdır.

- TTK m. 11/f. 3 ile birlikte ticari işletmenin devrinin yeniden düzenlenmesindeki en önemli amaçlardan biri de, devri kolaylaştırmak ve hızlandırmaktır. Devir ile birlikte sözleşmelerin devralana geçmemesi, kanun koyucunun bu amacına aykırılık teşkil eder.

- Ticari işletmenin devrinde, pasiflerin devralana geçişi, genel borcun nakli hükümlerinden ayrılır. Öyle ki, TBK m. 196 uyarınca borcun naklinin gerçekleşebilmesi alacaklının rızasının aranması gerekli iken, TBK m. 202 gereği ticari işletmenin devrinde pasiflerin devri için alacaklının rızası aranmaz. O halde, ticari işletmenin devrinde, pasiflerin devri bakımından alacaklının rızasını kaldıran kanun koyucu, benzer iradeyi sözleşmelerin devri için göstermemesi çelişkili bir yaklaşım olur.

- Ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devri için, sözleşmede kalan tarafın rızasının alınması gerekliliğinde, sözleşmede kalan tarafın üstün menfaati de bulunmamaktadır. Zira, sözleşmelerin devri halinde, TBK m. 202 hükmü, sözleşmede

⁴⁹⁵ ÇELİKBOYA, s. 248 vd. Yazarın öne sürdüğü gerekçelere biz de katılmaktayız. Tekrara düşmemek adına, değerlendirmemiz de bu gerekçeleri yeniden zikretmeyeceğiz.

kalan tarafı koruyucu niteliği haizdir. Ayrıca aksi görüşün benimsenmesi, sözleşmede kalanı, içi boşaltılmış sözleşmenin tarafı haline getirecektir.

- Tarafları bakımından sözleşmenin en önemli unsurlarını, alacaklar ve borçlar oluşturmaktadır. Sözleşmeye taraf olmaya bağlanan diğer tüm hak ve yükümlülükler, bu unsurları korumak ve kullanımlarını etkili hale getirmek için işlev görür.

- TBK m. 205/f. 1, 2 sözleşmelerin devri için sözleşmede kalan tarafın rızasını aramasına karşın, TBK m. 205/f. 4 hükmü, sözleşmenin devri bakımından özel hükümlere imkan tanımaktadır. Nitekim, TTK m. 11/f. 3 hükmü ile kısmi külli halefiyetin düzenlenmesi, sözleşmelerin devrine ilişkin genel hükmün kanuni istisnasını oluşturur.

dddd) Değerlendirmemiz

Peşinen söylemek gerekirse ticari işletmenin devrinin, ticari işletmeye bağlı sözleşmelerin devri sonucunu doğuracağını düşünmekteyiz. Ancak bu düşüncemizin hukuki temellendirmesi TTK dönemi ve eTK dönemi bakımından farklılık arz etmektedir.

Öncelikle belirtmek istediğimiz husus, ticari işletmenin devri kurumunun doğası sözleşmelerin de devrini gerektirir. Öyle ki, ticari işletmenin devri ile ticari işletme yaşantısına bir başka tacir ile devam edecektir. Devredilen organizasyon/ticari işletme hukuken değişmeden, sahipliği el değiştirmiş olur. Bu nedenle bu organizasyon kapsamında olan, tüm unsurlar kural olarak devralana intikal etmelidir. Ticari işletme devrinin, bu yeteneği haiz olmalıdır. Kurum özelinde sözleşmelerin devrinin düzenlenmemesi nedeniyle, hukuki temellendirilmesi yapmak suretiyle, ticari işletmenin devrini bu yeteneğinden mahrum bırakmamak zorunluluğu doğmuştur.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmenin devrine ilişkin genel⁴⁹⁶ bir hüküm bulunmamaktaydı. Ayrıca, salt sözleşmenin devri kurumu eBK'da düzenlenmemiştir. eTK dönemi ticari işletme devrinde aktiflerin devri cüz'i halefiyet ilkesine göre gerçekleşir. Ticari işletme

⁴⁹⁶ “Genel” diyoruz, zira, İK m. 6 ve TBK m. 323 hükümlerini özel hükümler olarak değerlendirmekteyiz. Yani genel hükümden kastımız, ticari işletmenin devri kurumuna özgü tüm sözleşmeler için geçerli olan hükümdür.

malvarlığı unsurları, tek bir işlemle bir bütün halinde uno actu devredilmez. Her bir unsur, kanunlarda öngörülen özel devir şekil şartlarına riayet edilmek suretiyle, ayrı ayrı devralanın malvarlığına geçirilir. Tüm bu hususları göz önünde bulundurduğumuzda, ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devredilebilmesi kombinasyon teorisi ile açıklanabilir. Bu teoriye göre, sözleşmelerin devri, alacağın devri ve borcun yüklenilmesinin bir kombinasyonudur⁴⁹⁷. Bu nedenle, sözleşmelerin asli unsurları olan alacak ve borçların devredilmesi ile sözleşme ilişkisi de devredilmiş olur. O halde, ticari işletmeye bağlı sözleşmelere dayanan alacak ve borçların, ticari işletme devri sonucunda devralana geçirilmesi, sözleşmelerin de devralana intikalini sağlar. TBK m. 205'in varlığı nedeniyle, bu yaklaşımın, salt TBK m. 202 kapsamında gerçekleşen malvarlığı ya da işletmenin devri için geçerliliğini korumadığı kanaatindeyiz. Bir başka ifadeyle, TBK m. 205, kombinasyon teorisini etkisiz hale getirmiştir. Dolayısıyla, salt TBK m. 202 anlamındaki devirler, sözleşmelerin devri sonucunu doğurmaz. Bu devirler kapsamındaki sözleşmelerin devri, TBK m. 205/f. 1, 2'ye uygun olarak yapılmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu döneminde de, ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmenin devrine ilişkin genel bir hüküm mevcut değildir. Ancak TBK m. 205'te sözleşmenin devri kurumu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte, Türk hukukunda sözleşmenin devri, kanuni bir kurum haline gelmiştir. Bunun anlamı, kanunlarda sözleşmenin devrine ilişkin özel bir hüküm mevcut değilse, TBK m. 205 uygulama alanı bulur. Hemen belirtelim, sözleşmenin devri, TBK m. 205'te birlik teorisine uygun olarak düzenlenmiştir. Eş söyleyişle, kanun koyucu sözleşmenin, alacaklar ve borçlar olarak unsurlarına bölünmeden, tek bir hukuki işlemle bir bütün halinde devredileceğini öngörmüştür. O halde, ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devrini kombinasyon teorisi ile açıklayamayız.

Türk Borçlar Kanunu m. 205/f. 4 uyarınca, kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler kapsamında sözleşmelerin devri gerçekleşebilir. Kanaatimizce, TTK m. 11/f. 3 gereği aktiflerin kısmi külli halefiyet uyarınca devredildiği ticari işletmenin devri, bu hüküm kapsamındaki hallerden birini teşkil eder. Kısmi külli halefiyet, nitelik bakımından külli halefiyetten farksızdır ve külli halefiyet hallerinde olduğu gibi, sözleşme ilişkilerinin, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devrini

⁴⁹⁷ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 533, N. 1727.

sağlar⁴⁹⁸. O halde, ticari işletmenin devri ile sözleşmelerin devredilebilmesi için, sözleşmede kalan kişinin rızasına gerek yoktur.

Ticari işletmenin devrinde, alacaklıların rızası alınmadan borçların devri imkanın olumsuz etkisini gidermek için, devralan ile devreden iki yıllık müteselsil sorumluluğu öngörülerek alacaklıların korunması amaçlanmıştır. Sözleşmede kalan kişinin rızası aranmadan sözleşmelerin devredilmesi hususunda, benzer yaklaşım sözleşmede kalan kişi bakımından olmalıdır. Bu nedenle, sözleşmelerin devrinden sonra belirli bir süre içinde, sözleşmede kalan tarafa haklı nedene dayalı fesih hakkının tanınması menfaatler dengesinin tesisi için önemlidir⁴⁹⁹.

dd) Sözleşmelerin Devir Anı

aaa) Genel Olarak

Sözleşmenin devrinde, tarafların sözleşmelerin devir anına ilişkin anlaşmaları geçerlidir⁵⁰⁰. Sözleşme devrinde üçlü bir ilişkinin söz konusu olması nedeniyle, kanaatimizce, devir anına ilişkin anlaşmaya da bu üç tarafın katılması gerekir.

Sözleşmenin devri sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğuna değinmiştik. Bu nedenle TBK m. 205/f. 1 uyarınca gerçekleşen sözleşmenin devrinde, sözleşme, devir sözleşmesinin üç tarafın da katılımı ile akdedildiği anda devredilmiş olur.

Türk Borçlar Kanunu m. 205/f. 2 uyarınca gerçekleşen sözleşmenin devrinde ise, sözleşmenin devri, sözleşmede kalan tarafın devre onay verdiği anda gerçekleşir. Zira, üç tarafın da devir hususundaki iradesi, devir işlemi bakımından kurucu unsurdur.

bbb) Ticari İşletmenin Devrinde

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devrinin kombinasyon teorisi çerçevesinde gerçekleşebileceğini

⁴⁹⁸ SCHUMACHER, s. 150, 151.

⁴⁹⁹ Benzer yaklaşım için bkz. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 208, N. 393.

⁵⁰⁰ Sözleşmeyi devreden ile devralanın, bu hususta yapacağı anlaşma, sözleşmede kalan tarafın durumunu olumsuz etkilemiyorsa geçerlidir. AYRANCI, s. 149.

belirtmiştik. Bu teoriye göre, sözleşmelerin devri, sözleşmeden doğan alacak ve borçların devredilmesi suretiyle gerçekleşir. O halde, ticari işletmenin devrinde sözleşmeler, sözleşmelerden doğan alacak ve borçların devralana intikal ettiği anda devredilmiş olur. Örneğin, sözleşmeden doğan bir alacağın devralana geçirilmesine karşın, eBK m. 179 (TBK m. 202) uyarınca devralan gerekli ihbar/ilan yapmamışsa, sözleşmeler devralana intikal etmez. Devralanın, eBK m. 179 gereği devre ilişkin ihbar/ilanı yapması halinde, örneğimizdeki sözleşmenin devralana intikali sağlanmış olur.

Türk Ticaret Kanunu döneminde ise, ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devri, kısmi külli halefiyet ilkesi (TBK m. 205/f. 4; TTK m. 11/f. 3) gereği gerçekleşir. O halde, kısmi külli halefiyet ilkesi kapsamında ticari işletmenin devrinin gerçekleştiği anda, sözleşmeler de devredilmiş olur. İşte bu an, devreden devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ettiği andır⁵⁰¹. Bu yaklaşım, ticari işletmenin devrine hakim olan bütünlük ve devamlılık ilkelerine de uygundur.

ee) Ticari İşletmenin Devri ile Sözleşmelerin Devredilebilmesinin Şartları

aaa) Sözleşme Ticari İşletme ile Bağlantılı ve Devir Sözleşmesi Kapsamında Olmalı

Ticari işletmenin devri ile devredilecek sözleşmeler, ticari işletme ile bağlantılı ve devir kapsamında yer alan sözleşmelerdir.

Bir sözleşme, ticari işletme ile ilgili ve işletme faaliyetlerinin yürütülmesi amacına ilişkin ise, ticari işletme ile bağlantılıdır⁵⁰². Örneğin, ticari işletmenin üretimde kullanacağı hammaddenin satın alınmasın ilişkin sözleşmeler, ticari işletmenin faaliyet gösterdiği taşınmaza ilişkin kira sözleşmeleri, işletme faaliyetlerinde çalışan kişiler ile yapılmış iş sözleşmeleri, ticari işletme faaliyetlerinde kullanılmak amacıyla akdedilen kredi sözleşmeleri, ticari işletme malvarlığındaki markaya ilişkin lisans sözleşmesi, ticari işletmeye ait kamu ihale sözleşmeleri, ticari işletme malvarlığı unsurlarının

⁵⁰¹ Aktif ve pasiflerin ticaret siciline tescil ile devralana intikal ettiği malvarlığının devrinde (FusG m. 69-77) doğal olarak sözleşmelerin de ticaret siciline tescil anında devredileceği kabul edilmektedir. SCHUMACHER, s. 150, 151; LOSER-KROGH, s. 1102.

⁵⁰² Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 253.

sağlanması için yapılan leasing sözleşmeleri gibi ticari işletmenin varlığı nedeniyle ortaya çıkmış sözleşmeler ticari işleme ile bağlantılıdır. O halde, kural olarak bu sözleşmeler, ticari işletmenin devri kapsamında yerini alır.

Taraflar, ticari işletmenin bütünlüğüne hanel getirmeyecek şekilde, ticari işletmenin bazı aktiflerini ve pasiflerini devir kapsamı dışında bırakabilirler. Bu durum sözleşmeler bakımından da geçerlidir. O halde, taraflar, ticari işletmenin devrine hakim olan bütünlük ve devamlılık ilkelerine aykırılık teşkil etmedikçe, bazı sözleşmeler devir kapsamı dışında tutabilir. TSY m. 133/f. 2 gereği, devir kapsamı dışında tutulan sözleşmeler, devir sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmelidir⁵⁰³. Ticari işletme ile bağlantılı ve devir kapsamı dışında tutulmayan sözleşmeler, kural olarak ticari işletmenin devri ile devralana intikal edecektir.

bbb) Sözleşme Devredilebilir Olmalı

Öncelikle, devredilebilir bir sözleşmeden bahsetmek için, geçerli bir sözleşmenin olması gerekir. Örneğin, TBK m. 26, 27 hükümleri uyarınca kesin hükümsüz bir sözleşmenin ya da kanunun aradığı şekle uygun yapılmayan sözleşmenin doğal olarak devri söz konusu değildir⁵⁰⁴.

Sözleşmenin devredilebilmesi için, kanun koyucu bazı özel şartların yerine getirilmesini istemektedir. Örneğin ticari işletmenin devri ile birlikte kamu ihale sözleşmesinin devrilebilmesi için, sözleşmenin devrini zorunlu kılan bir halin varlığı, ihale yetkilisinin yazılı izni ve devir alacaklarda ilk ihale şartlarının mevcut olması zorunludur (4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) m. 16). Aksi takdirde, kamu ihale sözleşmesinin devri gerçekleşmez.

Kimi durumlarda ise, sözleşmelerin devri kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır. Yine örnek verecek olursak, kamu ihale sözleşmesini daha önce devreden ya da devralan kişi, üç yıl içinde bir başka kamu ihale sözleşmesini devralamaz ya da devredemez. O halde, bu üç yıllık süre zarfında, kamu ihale sözleşmesini malvarlığında bulunduran ticari işletmeyi devretmek/devralmak isteyen kişi, ticari işletmeyi kamu ihale sözleşmesinden yoksun bir şekilde devretmek/devralmak durumundadır.

⁵⁰³ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 254.

⁵⁰⁴ Aynı yönde AYRANCI, s. 92.

Devrin yasaklanmasına ilişkin irade, taraflarca da ortaya konabilir. Sözleşme taraflarının, sözleşme devrini yasaklayan açık iradeleri geçerlidir. Örneğin, sözleşme taraflarından birinin değişmesi halinde, sözleşme ilişkisinin otomatik olarak sona ereceğine ilişkin şartlar geçerlidir⁵⁰⁵. Taraflar, bu iradelerini, başka bir sözleşme akdederek gösterebilecekleri gibi, yasaklanması düşünülen sözleşme kapsamında da gösterebilir. Hemen belirtelim bu yasak, ticari işletmenin devrinden önce, taraflarca kaldırılırsa, ilgili sözleşmenin devri gerçekleşebilir⁵⁰⁶.

Sözleşme bir bütün halinde değil de, sözleşmeden doğan bir alacağın⁵⁰⁷ ya da bir borcun devredilmesi yasaklanmışsa, bu sözleşmenin devredilemeyeceği kabul edilmektedir. Aynı şekilde, sözleşme ilişkisi, şahsa sıkı suretle bağlı olacak ya da borçlardan oluşuyorsa, devredilemez⁵⁰⁸.

Kanun, bazı sözleşmeler özelinde taraf sıfatını, belirli sıfat ya da niteliği haiz olan kişilere vermiştir. Bu sıfat ya da niteliği haiz olmayan kişiler, bu sözleşmenin tarafı olamayacağından, doğal olarak bu kişilere, bu sözleşmelerin devri yapılamaz. Kanundaki istisnaları saklı kalmak üzere, kural olarak müvekkili bir davada temsile yetkili olan kişi, avukattır. Bu temsil ilişkisinin sağlanması için yapılan vekalet sözleşmesi, avukat sıfatını taşımayan bir başka kişiye devredilemez.⁵⁰⁹

Ticari işletme tüzel kişiliği haiz değildir. Ticari işletme faaliyetleri sonucu tüm haklar ve borçlar, ticari işletmeyi işleten tacirin sıfatında doğar. Bazı durumlarda, sözleşmenin kurulmasında, taraflardan birinin kişiliği önem arz edebilir. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin diğer tarafı, o kişiye duyduğu güven ya da başka bir sebepten dolayı, sözleşmeyi karşı tarafın kişiliğini göz önünde tutarak yapar. Bu durum, intuitu personae kişiliğin göz önünde tutulması olarak adlandırılmıştır⁵¹⁰. İşte bir sözleşmenin yapılmasında böyle bir durum söz konusu ise, ticari işletmenin devri kapsamında sözleşmenin devredilebilmesi için iki farklı görüş vardır. Alacağın devri-borcun yüklenilmesi bakımından konuyu ele alan görüşe göre, sözleşmede kalan tarafın ya da

⁵⁰⁵ SCHUMACHER, s. 157.

⁵⁰⁶ AYRANCI, s. 96.

⁵⁰⁷ TBK m. 619 f. 1 gereği, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı, alacağını başkasına devredemez. ÇELİKBOYA s. 256.

⁵⁰⁸ AYRANCI, s. 96.

⁵⁰⁹ ÇELİKBOYA, s. 255.

⁵¹⁰ AYRANCI, s. 96.

mevcut duruma göre alacaklının onayı alınmışsa, ticari işletmenin devri, ilgili sözleşmenin devri sonucunu doğurabilir. Konuyu kısmi külli halefiyet ilkesi esasına dayalı ticari işletmenin devri bağlamında ele alan görüşe⁵¹¹ göre, taraf sıfatının dikkate alınması nedeniyle sözleşmenin devri engellenmemeli, bunun yerine, sözleşmede kalan tarafa bazı durumlarda fesih hakkı tanınmalıdır.

Sözleşmenin devrinde, sözleşme içeriğini muhafaza eder. Değişen şey, sözleşmenin taraflarından biridir. Bu nedenle, sözleşmenin içeriğinde değişikliğin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin devrinden bahsedilemez. Örneğin rekabet yasağı sözleşmesinin bir başka kişiye devri, edimin kapsamını değiştirir. Bu nedenle, rekabet yasağına ilişkin sözleşmeler, ticari işletmenin devri kapsamında yer almaz⁵¹².

ff) Devir Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Sözleşmeler

aaa) İş Sözleşmelerinin Devri

Ticari işletmenin devri ile birlikte iş sözleşmelerinin de devrinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, İK m. 6'da şüpheye mahal bırakılmayacak şekilde düzenlenmiştir. İK m. 6/f. 1 uyarınca, ticari işletmenin devrinde, devir tarihinde iş yerinde mevcut olan iş sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana intikal eder. O halde, ticari işletmenin devri ile birlikte, işçiler karşısında iş sözleşmelerinin yeni tarafı, işveren pozisyonundaki devralan olacaktır.

Ticari işletmenin devri yoluyla iş sözleşmelerinin devredilmesi halinde, hizmet süresinin önem taşıdığı haklar bakımından, işe başlama tarihi esas alınacaktır (İK m. 6/f. 1). Bu hüküm, sözleşmenin devredilmesi nedeniyle, işçilerin hak kaybına uğramasını engellemek adına düzenlenmiştir.

Ticari işletmenin devri yoluyla iş sözleşmelerinin devri halinde, işçinin hakları bakımından hizmet süresi önem taşıyorsa, bu süre, işçinin devreden yanında işe başladığı andan itibaren hesaplanır (İK m. 6/f. 2).

Devredilen iş sözleşmelerinin, devirden önce doğmuş ve devir anında ödenmesi gereken borçlarından devreden ve devralan iki yıl süreyle birlikte sorumlu olur. Bu

⁵¹¹ ÇELİKBOYA, s. 260.

⁵¹² Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 257.

sürenin sonunda, devreden bu borçlardan sorumluluğu kalker (İK m. 6/f. 3). İşyerinin devri halinde iş sözleşmelerinin devrini düzenleyen İK m. 6 hükmü, TBK m. 202'ye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan, borçların geçişi sağlanması ve devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğunun başlaması için devrin ilanına ihtiyaç yoktur⁵¹³. O halde, ticari işletme devir sözleşmesinin, ticaret siciline tescil edildiği andan itibaren, İK m. 6/f. 3 anlamında devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu başlayacaktır.

Salt ticari işletmenin devri nedeniyle, devreden ya da devralan iş sözleşmelerini feshedemez. Ayrıca, devir, iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshi imkanını, işçiye tanımaz. Bununla birlikte, ekonomik ve teknolojik sebeplerin ya da iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallerde, devreden ya da devralan işverenin fesih hakları saklıdır. Aynı şekilde, işçi ve işverenler, haklı sebeplerden doğan derhal fesih haklarını kullanmalarına bir engel yoktur. (İK m. 6/f. 5).

bbb) Kira Sözleşmesinin Devri

aaaa) Ticari İşletmenin Devri Bakımından Önemi

Ticari işletme, gelir elde etme amacıyla kurulur. Bu unsurun temelinde de, müşteriler vardır. Bu nedenle, müşteriler, ticari işletmenin faaliyetlerinin sürdürebilmesi en önemli değerlerden biridir. Ticari işletmeye sahip olduğu malvarlığı değerinden daha fazla değer atfedilmesinde en büyük pay müşteri çevresine aittir. Müşteri çevresi oluşturamamış, bu değerden yoksun ticari işletmeler, ticari hayatta varlığını sürdürmesi oldukça güçtür.

Ticari işletmeyi devralmak isteyen kişi, çoğu zaman ticari işletmeyi özellikle sahip olduğu müşteri çevresi nedeniyle elde etmeyi hedefler. Bu nedenle, devir sözleşmesinde ticari işletmeye biçilen değer, müşteri çevresi ile yakından ilgilidir. Ticari işletme malvarlığının bir unsuru olarak ifade ettiğimiz ve işletme için bu denli öneme sahip müşteri çevresinin devrinin ne şekilde gerçekleşebileceği sorusu akla gelebilir. Zira, ticari işletmenin devri ile müşteri çevresinin de otomatik olarak devralana geçirildiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, ticari işletmenin devrinde, müşteri çevresinin devirden sonra da ticari işletmeye özgülenmesini sağlayan enstrümanların devri oldukça önem taşır. Ticaret unvanı, işletme adı ve başta marka olmak üzere diğer fikri mülkiyet

⁵¹³ ARICI, s. 63.

hakları ile birlikte⁵¹⁴, ticari işletmenin devrinde müşteri çevresinin devrini sağlayan en önemli enstrümanlardan biri de kiracılık hakkıdır. Özellikle kiracılık hakkı, bir mahalle, semt ile özdeşleşen ve müşteri çevresini bu çevrede sağlayan ticari işletmeler bakımından hayati öneme sahiptir. Hatta aynı sokakta da olsa, ticari işletmenin bir yerden başka bir yere taşınması, müşteri çevresi üzerinde olumsuz etki doğurabilir. Kimi işletmeler bulundukları yerle müşterilerinin zihnine kazınmıştır. Müşterilerin zihninde yer değiştiren o işletme, artık eski işletme olmayabilir. Müşterilerin, ticari işletmeye bağlılıklarını azaltan bu durum, ticari işletmenin devri kurumunu da etkisizleştirir. Ayrıca, ticari işletmeye devralan tacir, işletme faaliyetlerinin yürütüleceği yeni bir işyeri bulmakta zorluk çekmesi de imkan dahilindedir. Bu durum da ticari işletmenin devrinde devamlılık ilkesine aykırılık oluşturur.

Müşteriler bir sözleşmeye konu olamayacakları için, bunların hukuki anlamda devri söz konusu değildir. Ticari işletmenin devrinden sonra da, müşteriler, alışmış oldukları ticari işletmeye gitmeye devam edeceklerdir. Bu alışkanlık genelde, ticari işletmenin faaliyetini sürdürdüğü yer ile bağlantılıdır. O halde, ticari işletmenin devri ile müşteri çevresinin devralana geçişini sağlamanın en etkin ve gerçekçi yolu, kiracılık hakkının da devredilmesidir.

Ticari işletmeyi devreden kişi, işletmenin faaliyetlerini gerçekleştirdiği taşınmazın sahibi ise, devir ile birlikte, bu taşınmaz da devralana intikal edeceğinden, bu hususa ilişkin bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, devreden kişi bu taşınmazda kiracı durumunda ise, müşteri çevresinin devralana geçebilmesi için, kiracılık hakkının da devri gerekir.

bbbb) Ticari İşletmenin Devrinde Kira Sözleşmesinin Devri Sorunu

aaaaa) Genel Olarak

Sözleşmelerin devrine ilişkin genel hüküm TBK m. 205'te düzenlenmiştir. O halde, kanunlarda özel sözleşmelerin devrine ilişkin özel bir hüküm düzenlenmemişse, sözleşmelerin devri TBK m. 205 uyarınca gerçekleşir. TBK m. 205/f. 4'te de, kanunlarda sözleşmelerin devrine ilişkin özel düzenlemelerin saklı olduğu belirtilmiştir.

⁵¹⁴ Franchising sözleşmelerinde, bilinirliği fazla ve geniş müşteri çevresine sahip bir işletmenin, bu niteliğinde faydalanma temel amaçlardan biridir.

İşte bu özel düzenlemelerden biri de kira sözleşmesinin devrine ilişkin TBK m. 323 hükmüdür. Bu hüküm, TBK m. 205'e nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle de, kira sözleşmesinin devrinde öncelikli olarak TBK m. 323 uygulanır. Hükümde geçen kira ilişkisinin devrinden kasıt, kira sözleşmesinin devridir. Hüküm, kira türü ne olursa olsun, uygulanabilir niteliktedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 323/f. 1 uyarınca, kural olarak kira ilişkisinin devri için, kiraya verenin yazılı⁵¹⁵ rızası gerekir. Öğretideki bir görüşe göre, kira sözleşmesinin devri, devreden kiranın devri sözleşmesinin bir tarafı olarak da gerçekleştirilebilir⁵¹⁶. Biz de, TBK m. 205'e de uygun olan bu tarz bir devir işleminin yapılabileceği kanısındayız.

Kira sözleşmelerinde kural olarak, kiraya verenin yazılı rızasını arayan kanun koyucu, işyeri kiralarda haklı sebep olmadıkça, kiraya verenin bu rızayı vermekten kaçınamayacağını belirtmiştir (TBK m. 323/f. 1). Eş söyleyişle, kiraya veren, haklı bir sebebi gösteremiyorsa, işyeri kira sözleşmelerinin devrine rıza göstermek durumundadır.

Bu hüküm (TBK m. 323/f. 1), işyeri kira sözleşmesinin devrini kolaylaştırmak için, kira sözleşmesinin devrinde kiraya verenin rızasının aranmasını yumuşatmıştır. Demek oluyor ki, kanun koyucu işyeri kirasının devrini kolaylaştırmak istemektedir. Buradan da kanun koyucunun temel yaklaşımını çıkarabiliriz.

Ticari işletmenin devrinde, kiracılık hakkının devredilmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kira sözleşmesinin devri ile mevcut sözleşme içeriği değişmeyeceğinden, sözleşmenin kullanım amacı, tarzı, süresi değişmez⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Kira devri sözleşmesi sözlü olarak yapılırsa dahi, devre ilişkin rızanın yazılı olması gerekir. İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, İstanbul 2014, s. 550.

⁵¹⁶ İNCEOĞLU, Kira, s. 533.

⁵¹⁷ TOPUZ/CANBOLAT, s. 119.

bbbbbb) Kiracılık Hakkının Ticari İşletmenin Devrine Dahil Olması

Kira sözleşmesinin ticari işletmenin devri ile birlikte onaya tabi olmaksızın devredilip devredilmeyeceğinin tespitinden önce, kiracılık hakkının⁵¹⁸ ticari işletmenin devri kapsamında yer alıp almayacağının tespiti yapılmalıdır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 2 uyarınca sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, kiracılık hakkı, ticari işletmeye dahil sayılır. O halde, aksi devir sözleşmesinde öngörülmemişse kiracılık hakkı, eTK dönemi ticari işletmenin devri kapsamında yer alır.

Bu hususta eTK m. 11/f. 2’ e benzer bir hüküm, TTK m. 11/f. 3’ te karşımıza çıkar. Konuyu ticari işletmenin devri bakımından ele alan TTK m. 11/f. 3 uyarınca, aksi belirtilmedikçe, ticari işletmenin devri sözleşmesi, kiracılık hakkını da içerir. Görüldüğü üzere, kiracılık hakkının TTK dönemi için de, ticari işletmenin devrine dahil olduğu tartışmaya yer bırakılmayacak şekilde düzenlenmiştir.

ccccc) Kira Sözleşmesinin Kiralayanın Yazılı Rızası Olmadan Devredilip Devredilmeyeceği Sorunu

aaaaaa) Sorunun Kaynağı Hükümler

Kiracılık hakkının, kiraya verenin yazılı rızası olmaksızın, ticari işletmenin devri yoluyla devredilip devredilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın kaynağında, konuyla ilgili hükümlerin düzenlenişi yatmaktadır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde konuyu tartışmalı hale getiren, birbiriyle uyumsuz hükümler mevcut idi. Bu hükümlerden biri olan eBK m. 259 uyarınca, kiracı, kiralayan aleyhine zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak kaydıyla, kiralananı tamamen ya da kısmen üçüncü kişilere kiraya verebilir. Bir diğer hüküm olan 6570 sayılı Kanun m. 12 de ise, kiracının, kiralanan yeri kısmen ya da tamamen başkasına kiralayabilmesi için, kira sözleşmesinde bu yönde açık bir yetkinin verilmiş olması şartı aranmaktaydı. Tartışmanın merkezindeki bir başka hüküm olan eTK m. 11/f. 2, aksi sözleşmede öngörülmemişse, kiracılık hakkının ticari işletmeye dahil

⁵¹⁸ Ticari işletmenin aktif unsurlarının devrini düzenleyen TTK m. 11/f. 3’ün gerekçesi uyarınca, kiracılık hakkından kasıt, kira sözleşmeleridir.

sayılacağını belirtmekteydi. İşte bu hükümlerin varlığı eTK döneminde konuyu tartışmalı hale getirmişti.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu sorun, TTK dönemine de taşınmıştır. Gerçekten de, TTK döneminde de konuyu tartışmalı hale getiren ve kendi içinde uyumsuz hükümler söz konusudur. *“Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz.”* ifadelerinin yer aldığı TBK m. 323⁵¹⁹ ile, kısmi külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu ticari işletmenin devrinde aktiflerin geçişini, aksinin devir sözleşmesinde belirtilmemesi halinde kiracılık hakkının da devir kapsamında yer aldığını belirterek düzenleyen TTK m. 11/f. 3 hükmü bu tartışmaların merkezindedir. Önemle belirtmek gerekir ki, TTK m. 11/f. 3'ün gerekçesinde yer alan *“..ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) da devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluluğunu ifade eder.”* ibaresi sorunu daha da derinleştirmiştir.

Gerek eTK döneminde gerekse TTK döneminde tartışmaya mahal vermeyecek şekilde kiracılık hakkının ticari işletmeye dahil olduğunu ve müşteri çevresinin devralana geçişinde rol oynayan ticaret unvanının devrini (eTK m. 51; TTK m. 49) açık bir şekilde düzenleyen kanun koyucu, ticari işletmenin devrinde önemli bir unsur olan kiracılık hakkının devirle birlikte herhangi bir onay alınmaksızın devralana intikaline ilişkin açık bir hüküm öngörmemesi eleştiriye açıktır.

bbbbbb) Kira Sözleşmenin Devrinde Kiralayanın Rızasını Arayan Görüş

Konunun düzenlendiği hükümlerin değişmesi ve özellikle de TTK ile birlikte ticari işletme aktiflerinin devrine kısmi külli halefiyet ilkesinin hakim olması nedeniyle, konuyu eTK ve TTK dönemine ayırarak incelemeye çalışacağız.

⁵¹⁹ 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2. maddesinde (6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53. maddesi ile bu hükümde değişiklik yapılmıştır. Hükmü, son haliyle belirtmekteyiz.), kiracının TTK'da tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, TBK'nın 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354'üncü maddelerinin 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

aaaaaaa) eTK Dönemi

Kiracılık hakkı devredilmedikçe ticari işletmenin değeriyle devredilebilmesinin hemen hemen mümkün olmadığını vurgulayan KARAYALÇIN⁵²⁰, 6570 sayılı Kanun'un 12. maddesini dikkate alarak, kiracılık hakkının kiralayanın onay vermesi halinde ticari işletmenin devriyle birlikte devralana geçeceğini belirtmektedir.

bbbbbbb) TTK Dönemi

BİLGİLİ/DEMİRKAPI'ya göre, sözleşmelerin devrini düzenleyen TBK m. 205'e nazaran özel bir hüküm niteliğinde olan TBK m. 323 her türlü kira ilişkisi bakımından geçerli bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca, kira ilişkisinin devri için, kiralayanın yazılı rızası gerekir. İşyeri kiralarda ise, haklı neden olmadıkça, kiralayan bu rızayı göstermekten kaçınmaz⁵²¹. Haklı nedenin varlığı hakim tarafından takdir edilir. Devralanın ekonomik durumunun iyi olmaması, haklı neden teşkil etmez. Özetle yazarlar, ticari işletmenin devrinde, kiracılık hakkının geçişini TBK m. 323/f. 1. c. 2 bağlamında ele almakta ve dolayısıyla kiracılık hakkının devrinde kiralayanın rızasını aramaktadır.

BOZER/GÖLE⁵²² göre, 1 Temmuz 2020 tarihinden sonra ticari işletmenin devir yoluyla kira sözleşmesinin devrinde, TBK m. 323/f. 1 gereği kiraya verenin yazılı rızası gerekir.

KARAHAN⁵²³, kiracılık hakkının, ticari işletme ile birlikte devredilmesi için, TBK m. 323/f. 1. c. 2 uyarınca kiralayanın onayını aramaktadır. Yazara göre, kiracılık hakkının devri TTK m. 11/f. 3 bağlamında da olsa, *“kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez”* ilkesi gereği devir hakkı bulunmayan kişinin, kiralayanın onayı olmadan devri gerçekleştirebilmesi kabul edilmemelidir.

⁵²⁰ KARAYALÇIN, s. 180, 181.

⁵²¹ İşyeri kiralari hususundaki bu düzenleme, kiracılık hakkının, ticari işletmenin bir unsuru olması hususunda önemli bir adımdır. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Ticari İşletme, s. 29, 30.

⁵²² BOZER/GÖLE, 2013, s. 23.

⁵²³ KARAHAN, Ticari İşletme, s. 32.

ASLAN/ŞENYÜZ'e göre⁵²⁴, TBK'ya eklenen bir hükümle⁵²⁵ bu konu hakkındaki tartışma sona ermiştir. Yazarlar, ticari işletmenin devri ile kiracılık hakkının geçişinde TBK m. 323/f. 1, c. 2'nin uygulanacağını düşünmektedirler.

AYDIN/KAPLAN/KALYON⁵²⁶, bir yandan TTK m. 11/f. 3 uyarınca, ticari işletmenin devri ile birlikte kiracılık hakkının devralana geçeceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtirlerken, diğer yandan TBK m. 323 gereği işyeri kiralarında, kiraya verenin haklı bir sebep olmadıkça kiracılık hakkının devrine onay vermekten kaçınamayacağını belirtmişlerdir. Anlaşılan o ki, yazarlar, TBK m. 323 uyarınca ticari işletmenin devri ile birlikte kiracılık hakkının devralana geçebilmesi için, kiraya verenin onayını aramaktadırlar.

ccccc) Kira Sözleşmenin Devrinde Kiralayanın Rızasını Aramayan Görüş aaaaaaa) eTK Dönemi

ARSLANLI⁵²⁷, müşteri çevresinin devralana geçirilmesi hususunda önemli bir yeri olan kiracılık hakkının, eTK m. 11 uyarınca, Fransız hukukunda olduğu gibi kiralayanın onayı olmaksızın, devralana intikalinin savunabileceğini düşünmektedir.

MİMAROĞLU'na göre⁵²⁸, kiracılık hakkına ilişkin eTK m. 11 uyarınca, kiralayanın onayı olmaksızın, ticari işletmenin devir ile birlikte kira sözleşmesi devralana geçer. 6570 sayılı Kanun uyarınca kira sözleşmesinin devri için kiralayanın onayını alma zorunluluğu, ticari işletmenin devrinde, müşteri çevresinin tamamen ya da kısmen yitirilmesi sonucunu doğurabilir.

DOMANIÇ/ULUSOY⁵²⁹, kira sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa ve sözleşmenin niteliği gereği tarafların kişiliği önemli değilse, kiracılık hakkının ticari işletmenin devri ile devralana geçeceğini belirtmektedir. Kiracılık hakkı için kiralayanın

⁵²⁴ ASLAN/ŞENYÜZ, s. 16.

⁵²⁵ Eserde hüküm belirtilmese de, ifadelerden, bu hükmün TBK m. 323 olduğu anlaşılmaktadır.

⁵²⁶ AYDIN/KAPLAN/KALYON, s. 240.

⁵²⁷ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 113, 114.

⁵²⁸ MİMAROĞLU, s. 205.

⁵²⁹ DOMANIÇ/ULUSOY, s. 180.

onayını aramayan yazarlar, sözleşmenin devrine ilişkin genel şartlar çerçevesinde konuyu ele almıştır.

ARKAN'a⁵³⁰ göre, ticari işletmenin devri ile kiracılık hakkı, herhangi bir onaya tabi olmaksızın devralana geçer. Zira eTK m. 11/f. 2, 6570 sayılı Kanun m. 12'ye nispeten özel bir hükümdür ve bu hükümle kanun koyucu ticari işletmeler bakımından kiracılık hakkının farklı bir düzene bağlamıştır. Bu durumda, yeni tarihli genel kanun, eski tarihli özel kanunun önüne geçeceğinden, ticari işletmenin devri, kiracılık hakkını da devralana geçirir.

bbbbbbb) TTK Dönemi

ARKAN'a⁵³¹ göre TTK m. 11/f. 3 gereği, ticari işletmenin devri ile kiracılık hakkı da devralana geçer.

KENDİGELEN⁵³², kiracılık hakkının, kiralayanın onayın tabi olmaksızın ticari işletmenin devri ile birlikte, devralana geçeceği görüşündedir. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak, TTK m. 11/f. 3 hükmünün TBK m. 323'e nazaran özel bir hüküm niteliğinde olması ve ticari işletmenin devrine bütünlük ve kısmi külli halefiyet ilkelerinin hakim olmasını göstermektedir.

BAHTİYAR'a⁵³³ göre, TTK m. 11/f. 3, TBK m. 323'e nazaran özel hüküm niteliğinde olması ve ticari işletme devrinde külli halefiyet ve bütünlük ilkesini hakim olması nedeniyle, TTK m. 11/f. 3'e üstünlük tanınmalıdır.

BOZER/GÖLE'ye⁵³⁴ göre, 1 Temmuz 2020'ye kadar ticari işletmenin devri yoluyla kira sözleşmesinin devrinde, kiracılık hakkının devri için kira sözleşmelerinde aksine bir düzenleme olmadıkça kiraya verenin yazılı rızası aranmaz.

KAYAR'a göre, TTK m. 11/f. 3 uyarınca kiracılık hakkı, ticari işletmenin devri kapsamında yer alan unsurlardan biridir. TTK m. 11/f. 3, TBK m. 322'ye⁵³⁵ göre daha

⁵³⁰ ARKAN, Ticari İşletme 2010, s. 44, 45.

⁵³¹ ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 44.

⁵³² KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 207, N. 392.

⁵³³ BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 29.

⁵³⁴ BOZER/GÖLE, 2013, s. 23.

özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla, kiracılık hakkını, ticari işletmenin devri kapsamına alan TTK m. 11/f. 3 hükmü uyarınca, ticari işletmenin devri ile birlikte kiracılık hakkı da devralana geçer.

YASAN konuyu 1.7.2020 öncesi ve sonrası dönem olarak ele almıştır. Yazara göre, 6217 sayılı Kanun geçici 2. maddesi 1.7.2020 tarihinden önce TBK m. 323 yerine geçerli olacak hükümler arasında 6570 sayılı kanun hükümleri bulunmadığından, eBK'nın kiracılık ilişkisinin devrini düzenleyen 259. maddesi kira ilişkisinin devrinde dikkate alınacaktır. eBK m. 259, kiraya verenin rızasını şart koşmadığı için, kiracılık hakkının devri hususunda TTK m. 11/f. 3 ile uyum halindedir. Bu nedenle bu dönem için, kiralayanın onayı alınmaksızın, kiracılık hakkının ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçişi hususunda şüphe yoktur⁵³⁶. Yazar, 1.7.2020 sonrası dönem için de kiracılık hakkının ticari işletme ile birlikte devredilebilmesi için, kiraya verenin onayını aramamaktadır. Bu görüşünün temel gerekçelerini ise, ticari işletmenin devrine hakim olan bütünlük ilkesi, külli halefiyet ilkesi, TTK m. 11/f. 3'ün ticari işletmeler bakımından TBK m. 323'e nazaran daha özel bir hüküm olması ve TTK m. 11/f. 3'ün ratio legis'i oluşturmaktadır⁵³⁷.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 gereği kiracılık hakkının⁵³⁸ aksi kararlaştırılmadıkça, kiralayanın onayı aranmaksızın, ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçeceğini kabul eden AKÇAAL'a⁵³⁹ göre, olması gereken hukuk açısından ticari işletme de dahil olmak üzere her türlü işletmenin devrinde, kiracılık hakkının devralan geçişi, kiralayanın yazılı onayına tabi kılınmalıdır.

⁵³⁵ Yazar, konuyu tartışırken TBK m. 323 yerine, TBK m. 322'yi dikkate almıştır. Oysaki, TBK m. 322 alt kira ve kullanım hakkının devrini düzenlemektedir. Kira ilişkisinin devri, TBK m. 323'te yer almaktadır. Bu nedenle konunun TBK m. 322 değil, TBK m. 323 kapsamında tartışılması gerektiği kanısındayız. Kira ilişkisinin devri ile alt kira sözleşmesinin farkı için bkz. TOPUZ/CANBOLAT, s. 129, 130.

⁵³⁶ YASAN, Kiracılık Hakkının Devri, s. 176.

⁵³⁷ YASAN, Kiracılık Hakkının Devri, s. 177 vd..

⁵³⁸ Yazar TTK m. 11/f. 3'te kira ilişkisinin değil, kiracılık hakkının ticari işletmenin devri kapsamında yer aldığını belirtmektedir (AKÇAAL, s. 112). TTK m. 11/f. 3'ün kanun metninde kiracılık hakkından bahsedilmiş olsa da, kiracılık hakkından kasıt, kira sözleşmesinin yani kira ilişkisinin devridir. Nitekim TTK m. 11/f. 3'ün gerekçesinde de kiracılık hakkı, kira sözleşmesini karşılayacak şekilde kullanılmıştır.

⁵³⁹ AKÇAAL, s. 112, 113.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'ün ratio legis'ini ve özellikle de bu hüküm ile getirilen ticari işletme aktiflerinin devrine hakim olan –kısmi- külli halefiyet ilkesini dikkate alan ÇELİKBOYA'ya⁵⁴⁰ göre, ticari işletmenin devri ile birlikte kira sözleşmesinin devralana intikal etmesi için, kiralayanın onayı aranmaz.

cccccc) Değerlendirmemiz

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'te aksi belirtilmedikçe, kiracılık hakkının ticari işletmenin devir sözleşmesi kapsamında olduğu belirtilmiştir. Hükümün gerekçesinde, kiracılık hakkının, kira sözleşmesi anlamında kullanıldığı belirtilmiştir. O halde, kiracılık hakkının devri, kira sözleşmesinin devri niteliğindedir. Bu hak, bu niteliği göz önünde bulundurarak, ilgili hükümlere başvurulmalıdır.

Değerlendirmeye geçmeden önce, kiracılık hakkının ticari işletmenin devri kapsamında yer alması ile kiracılık hakkının kiralayanın onayı olmaksızın devredilebilmesinin farklı hususlar olduğunu tekrar belirtmekte yarar görüyoruz.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu dönemi bakımından konu, 6570 sayılı Kanun m. 12⁵⁴¹ ve eTK m. 11 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. 6570 sayılı Kanun m. 12'de, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, kiracı, kira sözleşmesini başkasına devredemeyeceği düzenlenmiştir. eTK m. 11 uyarınca ise, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça kiracılık hakkı ticari işletmeye dahil sayılır. Öncelikle belirtmek istediğimiz husus, kiracılık hakkını değerlendirirken, eTK'da sözleşmelerin devrine ilişkin belirtmiş olduğumuz görüş geçerli değildir. Zira, eTK döneminde kira sözleşmesinin devrine ilişkin ve bu sözleşmenin devrini yasaklayan bir hüküm (6570 sayılı Kanun m. 12) söz konusudur. eTK'da kiracılık hakkı ile ilgili hüküm, kiracılık hakkının devrine ilişkin değildir. eTK m. 11 hükmü, aksi kararlaştırılmadıkça, kiracılık hakkının da ticari işletme devri sözleşmesi kapsamında olduğunu belirtir. Bu nedenle, eTK m. 11 ile 6570 sayılı Kanun m. 12 arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi kurulamayacağı kanaatindeyiz. eTK döneminde ticari işletme aktif unsurlarının devrinde cüz'i halefiyet ilkesi geçerlidir. O halde, her bir aktif unsur, kanunlarda kendileri için öngörülmüş özel şekil şartlarına riayet edilmek suretiyle devredilir.

⁵⁴⁰ ÇELİKBOYA, s. 267, 268.

⁵⁴¹ Zira bu hüküm, eBK m. 259'a göre daha özel hüküm niteliğindedir.

Taşınmaz⁵⁴² kiralarda kiracılık hakkının yani kira sözleşmesinin devri ilişkin özel hüküm, 6570 sayılı Kanun'un 12. Maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, kiracılık hakkının ticari işletmenin devri yoluyla devralana intikali için, kiralayanın onayını aramaktadır. eTK dönemi için, sonuç olarak ifade edebiliriz ki, ticari işletmenin devrinde oldukça önemli olan kiracılık hakkı, kiralayanın onayı olmaksızın ticari işletmenin devri ile birlikte devredilemez⁵⁴³.

Türk Ticaret Kanunu döneminde ise konuyu iki döneme ayırarak değerlendirebiliriz. Zira 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca, kiracının TTK'da tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarda, TBK m. 323 1/7/2020 tarihinden önce uygulanmaz. Kira sözleşmesinin devrine, sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri öncelikli olarak uygulanır, şayet sözleşmede bir hüküm yoksa eBK hükümleri uygulama imkanı bulur. O halde, değerlendirmemizi 1/7/2020 tarihinden önceki ve sonraki dönem olarak yapabiliriz⁵⁴⁴.

1/7/2020 tarihinden önceki dönem için konu, TTK m. 11/f. 3, eBK m. 259 ve devre konu kira sözleşmesi hükümleri kapsamında tartışılması gerekir. TTK m. 11/f. 3, kiracılık hakkının, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, ticari işletme devri sözleşmesi kapsamında olduğunu belirtmekle birlikte, ticari işletmenin devrinde aktiflerin –kısmi-külli halefiyet ilkesi uyarınca devrini öngörmüştür. Bu durumda, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamında yer alan işletme aktifleri, kanunlarda devirlerine ilişkin öngörülmüş olan şekil şartlarına riayet edilmeksizin, devirle birlikte devralana geçer. Taraflar, devre konu kira sözleşmesinde, sözleşmenin devredilemeyeceğine, devrin kiraya verenin onayına tabi olmasına ya da herhangi bir şarta bağlamasına ilişkin kayıtlar koymuşlarsa, TTK m. 11/f. 3 hükmü karşısında bir anlam ifade etmez⁵⁴⁵. Söz konusu kayıtlar, şahsi hakların nispiliği ilkesi gereği, ancak kiraya veren ile kiracı

⁵⁴² Olayı ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının geçişi bakımından değerlendirdiğimiz için, doğal olarak ilgilendiğimiz kiracılık hakkı taşınmaza ilişkindir.

⁵⁴³ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 265, 266.

⁵⁴⁴ Ticari işletmenin devrinde kira sözleşmeleri külli halefiyet ilkesi uyarınca, yani TTK m. 11/f. 3 uyarınca, devralana doğrudan intikal edeceği için, TBK m. 323 hükmünün yürürlüğünün ertelenmesi varacağımız sonucu değiştirmeyecektir (ÇELİKBOYA, s. 271). Sonucun değişmemesi noktasında yazara katılmakla birlikte, tartışma konusu olan hükümlerin farklılık arz etmesi nedeniyle, bu incelemenin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁵⁴⁵ YASAN, Kiracılık Hakkının Devri, s. 177.

arasında geçerli olur⁵⁴⁶. Konuya ilişkin diğer hükmü ele alacak olursak, eBK m. 259, kiracılık hakkının devredilebilmesi için kiraya verenin rızasını şart koşmaz. O halde, kiracılık hakkı, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamı dışında bırakılmamışsa, devrin gerçekleşmesiyle birlikte, kiralayanın onayı alınmaksızın devralana geçecektir.

1/7/2020 tarihinden sonraki dönem için konu TBK m. 323 ve TTK m. 11/f. 3 kapsamında ele alınması gerekir. TBK m. 323/f. 1, c. 1, genel olarak kira sözleşmesinin devrinde, kiraya verenin yazılı rızası aramaktadır. TBK m. 323 f. 1, c. 2 uyarınca ise, işyeri kiralarda haklı sebep olmadıkça, kiraya veren bu rızayı göstermek durumundadır. İşyeri kiralaları bakımından özel bir hüküm getirilmiş olsa da, TBK m. 323, kira sözleşmesinin devri için, kiraya verenin yazılı rızasını aramaktadır. TTK m. 11/f. 3 ise, ticari işletmenin devrinde, devir kapsamındaki unsurların bir bütün halinde uno actu devrini düzenler. Bu hükme göre, bu unsurlar, kanunlarda kendileri bakımından öngörülen özel devir şekillerine riayet edilmeksizin, ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçmiş olacaktır. Bu iki hükmün varlığı, ticari işletmenin devri kapsamındaki kira sözleşmelerinin devralana geçirilmesinde, kiraya verenin izninin gerekli olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır.

Konu ilk olarak genel-özel hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Kira sözleşmelerinin devrini düzenleyen TBK m. 323/f. 1, c. 2, bütün işyeri kiralaları bakımından geçerlidir. O halde, esnaf işletmesinin, ticari işletmenin bir şubesinin faaliyetlerini yürüttüğü taşınmaz da, TBK m. 323 anlamındaki işyeridir. Ticari işletmenin devrinde aktif unsurların –kısmi- külli halefiyet yoluyla devrini düzenleyen TTK m. 11/f. 3 ise sadece ve sadece ticari işletmeler bakımından uygulama imkanı bulur. Bu hükme göre aksi kararlaştırılmadıkça devir kapsamında kiracılık hakkı (kira sözleşmeleri) da bulunur ve –kısmi- külli halefiyet ilkesi kiracılık hakkının devrine de şamildir. Bu hükme göre ticari işletmenin aktif unsurlarının devrinde iki temel ilke söz konusudur. Bu ilkeler bütünlük ve kısmi külli halefiyet ilkesidir. Bütünlük ilkesi uyarınca, ticari işletme faaliyetlerine devam edecek şekilde bir bütün halinde devredilir. Ticari işletme bütünlüğünün korunmasında en önemli unsurlardan biri de kiracılık hakkıdır⁵⁴⁷. Kiracılık hakkı, ticari işletme için hayati önemi haiz müşteri çevresinin, devralana tahsis edilmesinde önemli bir rol üstlenir. -Kısmi- külli halefiyet ilkesine göre

⁵⁴⁶ YASAN, Kiracılık Hakkının Devri, s. 177.

⁵⁴⁷ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 269.

ise, devir kapsamındaki kiracılık hakkı, kanunlarda öngörülen özel devir şekillerine riayet edilmeksizin, ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçecektir. Bu iki ilke de, ticari işletme organizasyonun bu yapısını muhafaza ederek, işlerliğini bir an olsun kaybetmeden bir başka kişiye devredilmesi imkanını tanıır. Özetle, TBK m. 323 ile TTK m. 11/f. 3 kira sözleşmelerinin devrine ilişkin hükümler ihtiva eder. TBK m. 323 konuyu tüm kira (TBK m. 323/f. 1, c. 1) ve işyeri (TBK m. 323/f. 1, c. 2) kiralari bakımından ele almakta iken, TTK m. 11/f. 3 konuyu ticari işletmenin devri kurumunda ve sadece ticari işletme kiralari bakımından ele almaktadır. Ticari işletme organizasyonun bir parçası olan kiracılık hakkı, ticari işletmenin devri bakımından öngörülen devir rejimine tabi olmalıdır. Tüm bu hususları göz önünde bulunduracak olursak, kanaatimizce, TTK m. 11/f. 3, TBK m. 323'e nazaran özel hüküm niteliğindedir ve dolayısıyla öncelikli olarak uygulanmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'ün gerekçesinde, “*..ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluluğu ifade eder.*” denilmesi, ticari işletmenin devri ile birlikte kiracılık hakkının devralana geçişi için kiraya verenin onayının alınması gerektiği gibi bir kanı oluşturabilir. Nitekim öğretide kiraya verenin onayını arayan bazı yazarlar, görüşlerine dayanak olarak TTK m. 11/f. 3'ün gerekçesini göstermektedirler⁵⁴⁸. Şüphesiz olması gereken, madde metni ile gerekçenin uyum içerisinde olmasıdır. Gerekçe, madde metninin ortaya çıkış nedenini, anlamını, işlevini açıklamakta oldukça önemlidir. Ancak, gerekçeden/gerekçenin bir bölümünden yola çıkarak madde hükmünün yorumlanması, her zaman için doğru sonuçlar vermeyebilir⁵⁴⁹. Öyle ki, kanaatimizce, TTK m. 11/f. 3'ün gerekçesinde yer alan belirtmiş olduğumuz ifade, kanun koyucunun TTK m. 11/f. 3'ü düzenlemesindeki amaç ile çelişmektedir. Gerekçede yer alan bu ifade, aynı zamanda gerekçenin tamamına hakim olan düşünce ile de uyumlu değildir. Ayrıca, TTK m. 11/f. 3 metnine ve bu metinde benimsenmiş devir şekline istisna getiren bir yaklaşımı maddenin gerekçesinde aramanın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Hükmün uygulanmasında önemli bir yere sahip bir hususun, madde metninde değil de, gerekçede düzenlenmiş olması gibi bir yaklaşım ya da kanun koyucunun asıl amacının gerekçede belirtilen şekilde olduğuna ilişkin bir yaklaşım da

⁵⁴⁸ KARAHAN, Ticari İşletme, s. 35; TOPUZ, s. 70.

⁵⁴⁹ YASAN, s. 177

kabul edilemez. TTK m. 11/f. 3 metni ile gerekçesi arasındaki bu uyumsuzluk, Adalet Komisyonu tarafından madde metninin değiştirilmesinden kaynaklanmaktadır⁵⁵⁰.

Türk Borçlar Kanunu m. 323/f. 1, c. 2 gereği, işyeri kiralarında kiraya verenin haklı sebep olmadıkça yazılı rızayı vermek zorunda olması, ilk bakışta, bu hükmün ticari işletmenin devrine uygun olduğu izlenimi yaratabilir. Ancak bunun ticari işletmenin devrine uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu hükmün uygulanması ile ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının devredilebilmesi için kiraya verenin yazılı rızası gerekecektir. Bu hüküm gereği, kiraya veren, haklı bir sebebin olduğunu iddia etmesi nedeniyle yazılı rıza vermekten kaçınırsa, kiracılık hakkının devri için, haklı bir sebebin olmadığınin tesbiti için bir dava açılması gerekir. Bu dava sonucunda haklı bir sebebin olmadığı kararı verilmişse, bu durumda ticari işletmenin devri ile birlikte kiracılık hakkı devredilebilecektir. TTK m. 11/f. 3'te bütünlük ilkesi ve –kısmi- külli halefiyet ilkesi kapsamında ticari işletmenin devrini tekrardan ele alan kanun koyucu, bu düzenlemesi ile birlikte ticari işletmenin devrini kolaylaştırmak ve hızlandırmak istemiştir. O halde, TBK m. 323/f. 1, c. 2 bu konuda uygulanması, kanun koyucunun amacına, bir başka ifadeyle TTK m. 11/f. 3'ün ratio legis'ine aykırıdır.

Kiraya veren, ticari işletmenin devrinden sonra, kira sözleşmesinin devrinin kendisi bakımından haklı bir sebep teşkil ettiğini ileri sürerek sözleşmeyi feshetme hakkını haizdir⁵⁵¹. Zira, sözleşme serbestisinin kanunen sınırlandırıldığı bir durumda, sözleşme ilişkisi kiraya veren bakımından çekilmez hale gelmiş ise, bu kişiyi sözleşmede kalmaya zorlamak hakkaniyete aykırıdır. Örneğin, ticari işletmeyi devralanın kanuna ve ahlaka aykırı faaliyetlerde bulunması, kiraya veren bakımından kira sözleşmesini feshetmek için haklı bir sebeptir.

cccc) Ticari İşletmenin Devri Hükümleri ile Birlikte TBK m. 323'ün Uygulanması

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3'ün TBK m. 323'e nazaran özel bir hüküm niteliğinde olduğunu ve ticari işletmenin devrinde, kiracılık hakkının devralana

⁵⁵⁰ YASAN, s. 177.

⁵⁵¹ ÇELİKBOYA, s. 274.

geçişinin TTK m. 11/f. 3 uyarınca gerçekleşeceğini belirtmiştik. Bu ifademizden çıkan sonuç, söz konusu durumda TBK m. 323/f. 1 uygulanmayacaktır.

Özel-genel hüküm ilişkisinde, özel hükümde hüküm bulunmayan hallerde, uygun olduğu ölçüde genel hükmün uygulanması gerekir. Bu bakış açısı ışığında, TBK m. 323/f. 3 hükmünün, ticari işletmenin devri bakımından uygulanabilirliğine değinelim. TBK m. 323/f. 3'te, işyeri kiralarında kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle, devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Acaba ticari işletmenin devri ile birlikte kiracılık hakkının devredilmesi halinde, TBK m. 323/f. 3'ün mü yoksa TBK m. 202'nin mi müteselsil sorumluluk rejimi uygulanacaktır? Bu soruya yanıt bulmak için hükümler ile korunan menfaate bakmak icap eder. Öyle ki, müteselsil sorumluluk istisnai bir sorumluluk rejimidir ve müteselsil sorumluluğun olduğu yerde özellikle korunan bir taraf söz konusudur. TBK m. 202 ve TBK m. 323/f. 1, c. 2'de olduğu gibi, kişinin kendisini ilgilendiren bir hususun, kendisinin dahli olmadan gerçekleştirilmesine izin veren kanun koyucu, bu yaklaşımı nedeniyle bu kişileri müteselsil sorumluluk ile koruma düşüncesindedir. TBK m. 323/f. 3'ün müteselsil sorumluluk rejimi, TBK m. 202'ye nazaran kiraya vereni koruyucu niteliktedir. Öyle ki, TBK m. 323/f. 3 uyarınca, devreden ile devralan, kira sözleşmesinin devrinden önceki borçlarla birlikte devirden sonra doğan borçlardan da müteselsilen sorumlu olacaktır. Oysaki TBK m. 202'de öngörülen sorumluluk, sadece ticari işletmenin devrinden önceki devreden borçlarını kapsamaktadır. TBK m. 323/f. 1. c. 2, nedeniyle TBK m. 323/f. 3 hükmünü öngören kanun koyucunun amacı ve ticari işletmenin devri ile kiracılık hakkının geçişinde kiraya verenin rızasının aranmayacağına ilişkin düşüncemiz dikkate alındığında, kiracılık hakkı ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçirilmiş ise, kira sözleşmeleri bakımından devralan ile devreden müteselsil sorumluluğunda, TBK m. 202'nin ilgili hükümleri değil TBK m. 323/f. 3 hükmü uygulanması gerekir. Zira, kiracının onayını aramayan görüşümüz, TBK m. 323/f. 1, c. 2'ye göre kiraya verenin aleyhinedir ve en az bu hükmün kiraya veren bakımından doğurduğu sonuçlar derecesinde koruma sağlanmalıdır.

Akıllarda soru işareti bırakmamak için son olarak belirtmek gerekir ki, kira sözleşmesinin devri bakımından TTK m. 11/f. 3 hükmünü, TBK m. 323/f. 1. c. 2 hükmüne tercih ederken genel-özel hüküm ilişkisini ve kanun koyucunun amacını dikkate aldık. Sorumluluk rejimi bakımından TBK m. 202'nin ilgili hükümleri yerine

TBK m. 323/f. 3'ü hükmünün uygulanması gerektiği görüşümüzü de, genel-özel hüküm ilişkisine ve kanun koyucunun amacına dayandırdık.

ccc) Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri

aaaa) Kamu İhale Sözleşmesi

İdare, kamu hizmetlerini bir başkası vasıtasıyla da yerine getirebilmektedir. Kamu yararını gözeterek idarenin, bir yüklenici vasıtasıyla kamu hizmetlerini yerine getirmesi, idare ile yüklenicinin yapmış olduğu kamu ihale sözleşmesi kapsamında gerçekleşebilir. O halde, kamu ihale sözleşmesini, mal ve hizmet alımlarının yapılması ile yapım işleri görülmesi için, idare ile yüklenici arasında kamu ihale hukuku hükümleri kapsamında yapılan yazılı anlaşma olarak tanımlayabiliriz⁵⁵². Kamu ihale sözleşmesi, kamu hukuku sınırlandırmaları ve şartlarına tabi olmakla birlikte, nihayetinde bir özel hukuk sözleşmesidir. Öğretide bu hususa ilişkin farklı görüşler⁵⁵³ bulunmakla birlikte, kamu ihale sözleşmesi, yargı mercilerince⁵⁵⁴ de bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

bbbb) Sözleşmenin Devri

aaaaa) Genel Olarak

Yüklenici, idare ile yapmış olduğu kamu ihale sözleşmesinden sonra, sözleşme kapsamında ifa yükümlülüklerini yerine getirmede zorluk çekebilir. Bu durum da, kamu hizmetinin aksamasına yol açabilir. İşte kamu ihale sözleşmesinin devri, yükümlülüklerini yerine getiremeyecek olan yüklenicinin idare ile yapmış olduğu kamu ihale sözleşmesinin bir başkasına devri ile kamu hizmetinin aksamasına engel olan bir kurumdur. Devir, devreden yüklenici ile devralan arasında yapılacak devir sözleşmesine ihale yetkilisinin izin vermesi ile gerçekleşir. Kamu ihale sözleşmelerinin devrine uygulanacak özel hükümler, birbirlerine paralel hükümler içeren, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda⁵⁵⁵, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda⁵⁵⁶, 22/8/2009

⁵⁵² TUNA, Mustafa Oğuz: Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, İstanbul 2014, s. 4.

⁵⁵³ Kamu ihale sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler için bkz. TUNA, s. 14 vd.

⁵⁵⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.05.2005 T., 2005/16 E., 2005/36 K.

⁵⁵⁵ Sözleşmenin devri

tarikh 27327 sayılı Kamu İhale Genel Tebliğı'nde⁵⁵⁷ ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nde⁵⁵⁸ düzenlenmiştir. Borçlar hukukunun sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin

Madde 16- Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliğı gereğı yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiğı tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiğı tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır.

⁵⁵⁶ Sözleşmenin devri:

Madde 66 – Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 nci madde hükümleri uygulanır.

⁵⁵⁷ Madde 27- Sözleşmenin devrine ilişkin açıklamalar

27.1. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16 ncı maddesinde sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre sözleşmenin devrine ilişkin işlemlerde;

- a) Sözleşmenin devrini gerektiren zorunlu bir halin bulunması,
- b) İhale yetkilisinin yazılı izninin bulunması,
- c) Devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların bulunması, zorunludur.

27.2. İsim ve statü değişikliğı gereğı yapılan devirler, sözleşmenin devri olarak kabul edilmez. İsim veya statü değişikliğinden;

- a) Ticarî işletmenin adı veya unvanındaki değişiklik,
 - b) İşletmenin nev'inde meydana gelen değişiklik,
- anlaşılır.

27.3. Sözleşmenin devredildiğı tarihi takip eden üç yıl içinde, aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. Devir tarihi, devir sözleşmesinin noterce onaylandığı tarihtir.

27.4. Kısmı teklife açık gerçekleştirilen bir ihalede bir yüklenici ile birden fazla sözleşme yapılan durumlarda; devreden, sözleşmelerin tamamını veya sadece sözleşmelerinden birini bir tek istekliye devredebilir. Devir alan da sadece devredenin tüm sözleşmelerini veya sözleşmelerinden birini devir alabilir; birden fazla yüklenicinin sözleşmesini devir alamaz.

27.5. İş ortaklığı veya konsorsiyum olarak yapılan sözleşmelerde, iş ortaklığını veya konsorsiyumu oluşturan ortakların herhangi birinde değişiklik olması halinde sözleşmenin devri sayılacaktır.

27.6. (Değişik:RG-20/4/2011-27911) (5) Aşağıda belirtilen hallerde sözleşme feshedilir ve devreden ve devralanlar hakkında 4735 sayılı Kanunun 20, 22 ve 26 ncı maddeleri uygulanır:

- a) İhale yetkilisinin izni olmadan sözleşmenin devredilmesi veya devir alınması,
- b) Sözleşmenin devredildiğı tarihi takip eden üç yıl içinde sözleşmeyi devreden yüklenici tarafından başka bir sözleşmenin devredilmesi veya devralınması.

27.7. Sözleşmenin 4735 sayılı Kanuna aykırı şekilde devredilmesi veya devir alınması halinde tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir. 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

27.8. (Değişik:RG-7/6/2014-29023) 4735 sayılı Kanunun 22 nci maddesi gereğince, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar, alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumunca yayımlanan Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksine (Yİ-ÜFE) göre güncellenir, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminat tutarları arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir, hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedilir ve sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da aynı şekilde güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

27.9. İzinsiz devretme veya devir alma ile üç yıllık süre içinde başka bir sözleşmenin devredilmesi veya devir alınması hallerinde ayrıca bu gerçek veya tüzel kişiler hakkında 4735 sayılı Kanunun 26 ncı maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.

27.10. Kurumun görevlerini etkin ve sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmesi ve sözleşme devir hallerinin tespit edilerek idarelere bu konuda gerektiğinde bilgi verilmesi amacıyla; sözleşmenin devredilmesinde idarece aşağıda belirtilen hususların yerine getirilmesi gerekmektedir:

(Değişik birinci cümle:RG-20/4/2011-27911) (5) İdarelerin sözleşmenin devrine ilişkin işlemi onaylamadan önce, sözleşmeyi devreden ve devralanın son üç yıllık süre içerisinde başka bir sözleşmeyi devredip devretmediğini, İKN'si Kamu Satın Alma Platformu üzerinden alınmış olan ihalelerde Kurumumuz internet sayfasında bulunan Kamu Satın Alma Platformunu, İKN'si Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden alınmış olan ihalelerde ise Elektronik Kamu Alımları Platformunu kullanarak elektronik ortamda teyit ettirmeleri gerekmektedir. Teyit işleminden sonra, Sözleşme Devir Teyit Belgesinin çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, 4735 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde öngörülen fesih ve müeyyide hükümlerinin uygulaması söz konusu olacaktır. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, idarece Sözleşme Devri Bildirimi Belgesi doldurularak elektronik ortamda Kuruma bildirilir. Sözleşme Devir Belgesinin de çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilir.

27.11. 4735 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1/1/2003 tarihinden önce devralınmış veya devredilmiş bir sözleşme, bu Kanuna göre devralınmış veya devredilmiş bir sözleşme sayılmayacak; 1/1/2003 tarihinde yürürlükte olan sözleşmenin bu tarihten sonra devralınması veya devredilmesi Kanunun 16 ncı maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir.

⁵⁵⁸ Bu Genel Şartname 4734 sayılı Kanuna tabi idareler tarafından bu Kanun hükümlerine göre yaptırılan ve yönetmelik uyarınca götürü bedel üzerinden sözleşmeye bağlanan “danışmanlık” dışındaki hizmet işlerini kapsar (Hizmet İşleri Genel Şartnamesi m. 2)

Sözleşmenin devri

Madde 52- Sözleşmenin devri, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni alınmak kaydıyla mümkündür. İdare, sözleşmenin devredilmesine ilişkin talepleri değerlendirirken öncelikle Yönetmeliğin 35 ncı maddesi kapsamında engel bir durumun olup olmadığını tespit edecektir. İhale yetkilisince gerekli

hükümleri, söz konusu devir sözleşmesine de uygulanır. Borçlar hukuku hükümleri kapsamında devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde, geçersizlik sadece devir sözleşmesi bakımından söz konusu olacak, kamu ihale sözleşmesi geçerli olmaya devam edecektir.

bbbbbb) Sözleşme Devrinin Yapılması

aaaaaa) Tarafları

Kural olarak sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılır (TBK m. 205/f. 1). Kamu ihale sözleşmelerinde bu üçlü ilişkiyi, idare, devreden eski yüklenici ve devralan yeni yüklenici oluşturur. Kamu ihale sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşme, devreden eski yüklenici ve devralan yeni yüklenici arasında yapılır. İdarenin sözleşme ilişkisine dahil, devir sözleşmesine yazılı izin vermekten ibarettir. Yazılı izni verecek olan idare, ihaleyi yapan ve kamu ihale sözleşmesini imzalama ve devretme yetkisini haiz olan makamdır⁵⁵⁹.

Kamu ihale sözleşmesinin ticari işletmenin devri kapsamında devredilmesinde, ticari işletmenin devri sözleşmesinin tarafları, kamu ihale sözleşmesinin devri konumundadır. Zira ticari işletme devir sözleşmesi, kamu ihalesi sözleşmelerinin devri sözleşmesi niteliğindedir. Ticari işletmenin devri ile kamu ihale sözleşmesinin

izin verilmesinin ardından düzenlenecek devir sözleşmesinde ihale yetkilisi, devreden ve devir alanın imzaları ile devreden ve devir alanın Yönetmeliğin 35 nci maddesinde belirtilen durumlarının olmadığına ilişkin beyanlarının bulunması ve devir alacakların ilk ihaledeki şartları gerçekleştirmesi zorunludur.

Devir sözleşmelerinde, devralan yüklenicinin devreden yüklenicinin yaptığı sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerini devreden tabi olduğu veya olacağı kapsam ve içeriği ile yüklendiği hususu yer alır.

Sözleşmenin devrinin ihale yetkilisi tarafından onaylanması, devredeni, devir tarihine kadar yapmış olduğu işlere ilişkin sorumluluktan kurtarmaz.

Sözleşmenin izinsiz devredilmesi veya isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bu sözleşmenin devredildiği tarihten itibaren ileriye veya geriye dönük olarak üç (3) yıl içinde yüklenici tarafından başka bir sözleşmenin devredildiği veya devralındığının idare tarafından belirlenmesi halinde, sözleşme feshedilerek, devreden ve devir alan hakkında Yönetmeliğin 32 nci ve 38 nci madde hükümleri uygulanır.

⁵⁵⁹ TUNA, s. 82. Kamu idarelerinde ihale yetkililerine ilişkin tablo için bkz. TUNA, s. 93.

devredilmesi halinde de, idarenin bu sözleşmenin devrine izin vermesi gerekmektedir⁵⁶⁰.

bbbbbb) Şartları

aaaaaaa) Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmesinin devredilebilmesi için, öncelikle, geçerli bir kamu ihale sözleşmesinin bulunması ve bu sözleşmeye ilişkin ve sözleşmedeki bütün hak ve borçları kapsayacak şekilde bir devir sözleşmesinin yapılmış olması gerekir⁵⁶¹. Ticari işletmenin devri ile kamu ihale sözleşmesinin devredilmesinde, ticari işletmenin devri sözleşmesi, söz konusu devir sözleşmesinin yerini tutar.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 16 uyarınca, kamu ihale sözleşmesi, sözleşmenin devredilmesini gerektiren zorunlu bir halin bulunması, devralan yüklenicinin ilk ihale şartlarını haiz olması ve ihale yetkilisinin yazılı izninin bulunması halinde devredilebilir. Bu şartların tamamı, kümülatif olarak bir arada bulunması gerekir⁵⁶². Eş söyleyişle, bu şartlardan biri eksik ise sözleşme devredilemez.

bbbbbbb) Zorunlu Haller

Kamu ihale sözleşmesinin devredilebilmesinin şartlarından biri zorunlu hallerin ortaya çıkmasıdır. Şartı sağlayacak zorunlu haller nelerdir?

Öncelikle, zorunlu hal, KİSK m. 10'da belirtilen mücbir sebeplerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilir. KİSK m. 10'da belirtilen zorunlu haller şunlardır:

- Doğal afetler
- Kanuni grev
- Genel salgın hastalık

⁵⁶⁰ Aynı yönde TUNA, s. 111.

⁵⁶¹ TUNA, s. 79.

⁵⁶² KULUÇLU, Erdal: Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmenin Devri, *Sayıştay Dergisi*, S. 49, Nisan-Haziran 2003, s. 103.

- Kısmi veya genel seferberlik ilanı ve
- Gerekğinde Kurum tarafından belirlenecek diğer hallerdir⁵⁶³.

Bu hallerin ya da bu hallerden birinin gerçekleşmesi, kamu ihale sözleşmesinin devrini zorunlu kılıyorsa, kamu ihale sözleşmesinin devri için gerekli şartlardan biri sağlanmış olacaktır.

İhale yetkilisinin zorunlu halin tespitindeki temel kıstası, kamu hizmetlerinin aksamaması ve idarenin çıkarlarının zarar görmemesi oluşturmaktadır. Bu nedenle, ihale yetkilisi; uygulamayı, ekonomik şartları, sözleşmeyi devredecek yüklenicinin sözleşmeyi gereği gibi ifa edebilme olasılığını dikkate alarak kararını vermelidir⁵⁶⁴.

İdarenin zorunlu halin gerçekleşmesi durumunda, devre izin vermesinin nedeni de, kamu hizmetlerinin aksamaması ve idarenin çıkarlarının zarar görmemesidir.

Kamu ihale sözleşmesinin devrinde zorunlu halin bir şart olarak öngörülmesinin nedeni ise, kamu ihalelerine egemen olan ilkelere özellikle de rekabet ve eşitlik ilkelerine aykırı keyfi devirleri engellemektir⁵⁶⁵. Aksi takdirde ihaleye girmemiş olan bir kişinin, kolayca kamu ihalesini devralması gündeme gelecektir. Ayrıca, idare tarafından kamu hizmetinin görülmesi işinin teslim edildiği yüklenici keyfi olarak işi başkasına devretmek suretiyle, işi yapmaktan vazgeçmiş olacaktır. Bu durum da, kamu hizmetinin görülmesinde aksaklıklara ve dolayısıyla hizmetin sürekli olarak sağlanamamasına neden olabilir.

O halde, ticari işletmenin devri ile kamu ihale sözleşmesinin devrinin gerçekleşebilmesi için, devreden tacir bakımından bu anlamda bir zorunlu halin bulunması gerekir.

cccccc) Devir Alacaklarda İlk İhale Şartlarının Aranması

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 16'da öngörülen şartlardan bir diğeri de, devralacak yüklenicinin ilk ihale şartlarını taşımasıdır. Bu şartın temel amacı, ihaleye

⁵⁶³ İhale yetkilisinin gerektiğinde mücbir sebep halleri belirleme yetkisi bulunduğu mücbir sebeplerin sınırlı olarak sayıldığını söylemek güçtür.

⁵⁶⁴ TUNA, s. 88.

⁵⁶⁵ TUNA, s. 88.

girme hakkını haiz olmayan kişinin, kamu ihale sözleşmesini devralmasını engellemektir. Dolayısıyla şartın varlığı, kanunun dolanılmasına engel olacaktır.

O halde, ticari işletmenin devri ile kamu ihale sözleşmesinin devredilebilmesi için, ticari işletmeyi devralacak kişinin, ilk ihale şartlarını taşıyor olması gerekir.

ddddddd) Şekli

Kamu ihale hukuku mevzuatında, kamu ihale devir sözleşmesine ilişkin herhangi bir özel şekil şartı öngörülmemiştir. O halde, sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm olan TBK m. 205'e başvurmamız gerekecektir. TBK m. 205/f. 3 uyarınca, sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin şekline tabidir. O halde, kamu ihale sözleşmesi devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Zira, kamu ihale sözleşmesi yazılı yapılır. Yazılı şekil şartı, geçerlilik şartıdır (TBK m. 12).

Ticari işletmenin devri kapsamında kamu ihale sözleşmesi devrediliyorsa, geçerli bir ticari işletme devir sözleşmesi, kamu ihale sözleşmesinin devri sözleşmesinin şekil şartını sağlar. Öyle ki, ticari işletmenin devri sözleşmesi yazılı şekil şartına bağlıdır.

aaaaaaa) İzin

Kamu ihale sözleşmesinin devredilebilmesi için, ihale yetkilisinin yazılı izni gerekmektedir (KİSK, m. 16). İznin mutlaka yazılı şekilde verilmesi gerekmektedir.

İhale yetkilisi izin talebini değerlendirirken şu hususları ele alır:

- Sözleşmenin devrini zorunlu kılan bir halin gerçekleşip gerçekleşmediği.
- Devralanın ilk ihaledeki şartları taşıyıp taşımadığı.
- Devir sözleşmesinin taraflarının devir yasağına tabi olup olmadığı⁵⁶⁶.

İhale yetkilisi, bu hususların hepsini birlikte değerlendirip kararını verecektir. Bu şartların tamamı gerçekleşse dahi, kamu ihale sözleşmesinin devrine ilişkin verilecek

⁵⁶⁶ TUNA, s. 89.

izin, ihale yetkilisinin takdirine bağlıdır⁵⁶⁷. Eş söyleyişle, bu şartların varlığına karşın, ihale yetkilisi, kamu ihale sözleşmesinin devrine izin vermeyebilir. İhale yetkilisi, sözleşmenin devrine izin vermek yerine, KİSK m. 20 uyarınca sözleşmeyi feshedebilir⁵⁶⁸. İhale yetkilisi kararını temel kıstas olarak belirlediğimiz, kamu hizmetinin aksamaması ve idarenin zarara uğramaması hususları kapsamında vermelidir. İhale yetkilisi, kamu ihale sözleşmesinin devrine izin vermemiş ise, bu hususa ilişkin gerekçeyi yazılı olarak, sözleşmeyi devretmek isteyen yükleniciye bildirmelidir⁵⁶⁹.

Kamu ihale sözleşmesinin devri için izin alındıktan sonra, devralan ihale bedelinin %6'sı oranında bir miktarı kesin teminat olarak idareye verip, tüm hak ve sorumlulukları ile birlikte sözleşmeyi devraldığını beyan ederek sözleşmeyi imzalayacaktır⁵⁷⁰.

aaaaaaa) İzinsiz Devir ve Hukuki Sonuçları

Kamu ihale sözleşmesinin devredilebilmesi için, ihale yetkilisinin yazılı izninin gerektiğine değinmiştik (KİSK, m. 16), kamu ihale sözleşmesinin izinsiz devredilmesi halinde uygulanacak hükümler de yine KİSK m. 16'da belirtilmiştir. Bu hükme göre, izinsiz devredilen ya da devralınan kamu ihale sözleşmesi feshedilir ve devreden ve devralan hakkında KİSK m. 20⁵⁷¹, m. 22⁵⁷², m. 26⁵⁷³ hükümleri uygulanır.

⁵⁶⁷ TUNA, s. 90.

⁵⁶⁸ TUNA, s. 90.

⁵⁶⁹ ÖZEK/KAYA, s. 542.

⁵⁷⁰ ÖZEK/KAYA, s. 542; KULUÇLU, s. 105.

⁵⁷¹ İdarenin sözleşmeyi feshetmesi

Madde 20- Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

⁵⁷² Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler

Madde 22- 19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.

⁵⁷³ İhalelere katılmaktan yasaklama

Madde 26- (Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/47 md.) 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur. (1)

İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

Öngörülen bu şart, geçerlilik şartıdır⁵⁷⁴. O halde, kamu ihale sözleşmesinin izinsiz devir işlemi, kesin olarak hükümsüzdür. Yani, işlem en başından beri geçersiz olup, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz⁵⁷⁵. İdare ve taraflar hükümsüzlüğü ileri sürebileceği gibi, bu işlem ile hukuki durumu veya menfaati etkilenen üçüncü kişiler de sözleşmenin feshi için adli yargıya müracaat edebilir⁵⁷⁶.

ccccc) Ticari İşletmenin Devrinde Kamu İhale Sözleşmesinin Devrinin Gerçekleştiği An

Ticari işletmenin devri kapsamındaki, ihale yetkilisi tarafından izin verilmiş olan kamu ihale sözleşmesinin devri, ticari işletmeyi devreden tarafından, ticari işletmenin devrinin ticaret siciline tescil edildiği anda gerçekleşir. Şayet, izin ticari işletmenin devrinden sonra verilmişse, sözleşmenin devir anı, iznin verildiği andır.

ddddd) Devrin Sonuçları

Geçerli bir şekilde yapılan kamu ihale sözleşmesinin devri ile birlikte, kamu ihale sözleşmesi bütün hak ve borçları ile devralana geçer. Devir, devrolunan kamu ihale sözleşmesine herhangi bir etki yapmaz. Değişen tek şey, kamu ihale sözleşmesinin yüklenici tarafıdır. Bu nedenle, sözleşmeyi devralan yüklenici, devreden yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan tüm haklarına sahip olurken, tüm borçlarıyla da yükümlü olur⁵⁷⁷.

Kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici, kural olarak devir tarihine kadar yapmış olduğu işlemlerden sorumlu olmaya devam eder (HİGŞ m. 52/f. 3). Eş

⁵⁷⁴ TUNA, s. 90.

⁵⁷⁵ TUNA, s. 100.

⁵⁷⁶ TUNA, s. 100; Kamu ihale sözleşmesinin yapılmasına kadar olan aşama idare hukukuna tabidir. Bu nedenle, bu aşamaya ilişkin çıkacak uyuşmazlıklar, idari yargıda çözülür. Ancak kamu ihale sözleşmesinin devrine ilişkin uyuşmazlıklar özel hukuk kurallarına tabidir. Dolayısıyla, bu uyuşmazlıklar, adli yargıda çözüme kavuşur. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s. 411.

⁵⁷⁷ Devralan yüklenici, bilgi sahibi olmadığı ya da yanlış bilgiye sahip olduğu sözleşme içeriğini de devralmış olur. TUNA, s. 106.

söyleyişle, devreden yüklenicinin sözleşmeyi devretmiş olması, sözleşmenin tarafı olduğu döneme ilişkin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz⁵⁷⁸.

Kamu ihale sözleşmelerinin önemli sonuçlarından biri de, kamu ihale sözleşmesinin devri yasağına ilişkindir. Kamu ihale sözleşmesini devreden ya da devralan, devirden itibaren üç sene boyunca başka bir kamu ihale sözleşmesini devredemez ya da devralamaz (KİSK m. 16)⁵⁷⁹. Devir yasağına tabi kamu ihale sözleşmesi, herhangi bir ihale sözleşmesi olabilir⁵⁸⁰. Üç yıllık yasak, kamu ihale sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği andan itibaren başlar. Bu sürenin sona ermesi halinde, taraflar kamu ihale sözleşmesini devredebilir ya da devralabilir.

Ticari işletmenin devri kapsamında kamu ihale sözleşmesinin de yer alması durumunda, ticari işletmeyi devralan kişi, idare karşısında kamu ihale sözleşmesinin yeni tarafı olacaktır. Ticari işletmeyi devreden, devrin ticaret siciline tescil edilmesi anına kadar, kamu ihale sözleşmesi kapsamında yapmış olduğu işlemlerden sorumlu olmaya devam eder. Ticari işletmeyi devreden ve devralan, bu suretle kamu ihale sözleşmesini devretmiş ise, devrin her iki tarafı da, üç yıl boyunca kamu ihale sözleşmelerini devredemez ya da devralamaz. Bu yasağına tabi olan kişi, kamu ihale sözleşmesine sahip ticari işletmesini devretmek istiyorsa, kamu ihale sözleşmesini kapsam dışı bırakmalıdır. Ticari işletmenin devri, aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmelerin devrini de kapsayacağından, kapsam dışında bırakılmayan sözleşmeler devredilir. İşte söz konusu yasağına tabi olan kişiler, ticari işletmelerini devrederken, kamu ihalelerini sözleşmelerini devir kapsamı dışında bırakmazlarsa, KİSK m. 16'da öngörülen yaptırımlara maruz kalırlar.

ddd) Sigorta Sözleşmelerinin Devri

aaaa) Sigorta Sözleşmesi

Sigorta sözleşmesi TTK m. 1401/f. 1'de şu şekilde tanımlanmıştır: “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini*

⁵⁷⁸ Aynı yönde TUNA, s. 106.

⁵⁷⁹ KİSK m. 16 uyarınca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirlere bu yasak uygulanmaz. Zira, bu devirler, sözleşmenin devri olarak kabul edilmez. TUNA, s. 115.

⁵⁸⁰ TUNA, s. 114.

zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.”⁵⁸¹. Sigorta sözleşmesinde, sigortacı, sigorta güvencesini üstlenirken, buna karşılık sigorta ettiren prim ödeme borcu altına girer⁵⁸². Her iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmenin taraflarını, bir sigorta şirketi⁵⁸³ (sigortacı) ile sigorta ettiren kişi oluşturur⁵⁸⁴. Geçerli bir sigorta sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşme içeriğinde, taraflar, lehtar, sigorta menfaati, prim, riziko ve sigorta bedeli bulunmalıdır⁵⁸⁵.

Sigorta sözleşmesi için kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir⁵⁸⁶. Tarafların, sigorta sözleşmesinin zorunlu unsurları üzerinde sözlü olarak anlaşmaları dahi, sigorta sözleşmesinin kurulması için yeterlidir⁵⁸⁷. Hemen belirtelim kanun koyucu, sigortacının susmasına da hukuki sonuç bağlamıştır. Sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinin yapılması için sigortacıya verdiği teklifname, teklifnamenin verilmesinden itibaren sigorta şirketi tarafından otuz gün içinde reddedilmemişse, sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır (TTK m. 1405/f. 1; SK m. 11/f. 2).

⁵⁸¹ Tanımda yer alan önemli hatalardan biri “menfaatini zarara uğratan” ibaresidir. Bu ibarede yer alan “zarar” kavramı hukuken yanlış kullanılmıştır. Ayrıca tanımda geçen “tehlikenin, rizikonun” kelimeleri aynı anlama geldiğinden, bu kelimelerden birinin yazılması yeterlidir. Yine tanımda geçen “rizikonun meydana gelmesi halindebunu tazmin etmeyi” ifadesi de hem hukuken hem de Türkçe bakımından yanlıştır. KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2015, s. 165.

⁵⁸² ÇEKER, Mustafa: Sigorta Hukuku, Adana 2011, s. 41.

⁵⁸³ Sigortacılık Kanunu m. 3/f. 1 uyarınca, Türkiye’de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketleri, ancak anonim şirket ya da kooperatif şeklinde kurulur. Sigorta ettiren, sigorta şirketinin ruhsatsız olarak sigorta sözleşmesini yaptığını biliyorsa, bu sigorta sözleşmesi hakkında TBK m. 604 ve m. 605 hükümleri uygulanır (TTK m. 1401/f. 2).

⁵⁸⁴ ÇEKER, Sigorta, s. 41.

⁵⁸⁵ ÇEKER, Sigorta, s. 41.

⁵⁸⁶ KAYIHAN, Şaban/BAĞCI, Ömer: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, Kocaeli 2016, s. 119.

⁵⁸⁷ ÇEKER, Sigorta, s. 41.

bbbb) Sözleşmenin Devri

aaaaa) eTK Dönemi

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Sigorta edilen şeyin sahibinin değişmesi durumunda, sigorta ilişkisinin, malı devralan kişiye geçeceğine ilişkin hükümler düzenlenmişti. Bu hükümlerden biri olan eTK m. 1303/f. 1 uyarınca, sigorta sözleşmesi devam ederken, sigorta edilen malın sahibi herhangi bir surette değişmişse, sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça, sigortadan doğan hak ve borçlar, malın yeni sahibine geçer. Bir diğer hüküm ise, eTK m. 1458'de düzenlenmişti. Bu hükme göre, sigortalı, sigorta edilen şeyi, bir başkasına devrederse, iktisap eden kişi sigorta edilen şeyin mülkiyetine sahip olduğu müddetçe, sigortalının sigorta ilişkisinden doğan hak ve borçlarını üzerine almış sayılır. Demek oluyor ki, kanun koyucu eTK sisteminde, sigortalı malın sahibinin değişmesine karşın kural olarak sigorta ilişkisinin devam edeceğini kabul etmiştir. O halde, ticari işletmenin devri kapsamında bulunan malvarlığı unsurlarına ilişkin sigorta ilişkisi, sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça, ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçer.

Ticari işletmenin devrinde TBK m. 202 (eBK m. 179) uyarınca, devreden ile devralanın, devir kapsamındaki borçlardan iki yıl boyunca müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. eTK m. 1458/f. 2'de ise, eTK m. 1458/f. 1 uyarınca gerçekleşen devir nedeniyle, devreden ile devralanın prim borcundan müteselsilen sorumluluğu düzenlenmiştir. eTK m. 1458/f. 2, TBK m. 202'ye (eBK m. 179) nazaran özel bir hükümdür ve uygulama imkanı bulacaktır. O halde, söz konusu prim borcu nedeniyle, devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğu bakımından bir süre sınırlaması yoktur. Eş söyleyişle, TBK m. 202'deki iki yıllık süre, bu prim borcu bakımından uygulanmaz.

bbbbbb) TTK Dönemi

Türk Ticaret Kanunu m. 1470 ile, eTK m. 1303'te getirilen sistem, tamamıyla tersine çevrilmiştir⁵⁸⁸. Öyle ki, yeni düzenleme uyarınca, aksine bir sözleşme yoksa, sigorta edilen menfaatin⁵⁸⁹ sahibinin değişmesi, sigorta sözleşmesini ipso jure sona

⁵⁸⁸ GEREKÇE TTK m. 1470.

⁵⁸⁹ eTK m. 1303'te menfaat kavramı yerine “mal” ifadesi kullanılmıştı. Sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki sigorta ilişkisinin esas konusu sigorta menfaati (ÇEKER, Sigorta, s. 47) olduğundan, TTK m. 1470'de menfaat kavramının kullanılması daha uygun olmuştur.

erdirir (TTK m. 1470/f. 1)⁵⁹⁰. Aslında, eTK m. 1303 hükmü, birçok sigorta genel şartında ya da özel şartlarla, uygulamada tersine çevrilmiş durumdaydı. TTK m. 1470 hükmü ile uygulamadaki durum kanunlaştırılmış oldu⁵⁹¹. Bu şekilde gerçekleşen değişikliğin temel nedeni ise, sigorta ilişkisinde riski taşıyan taraf olan sigortacının, menfaat sahibinin değişmesi nedeniyle, sübjektif ya da objektif riziko ağırlaşması tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecek olmasıdır⁵⁹².

O halde, ticari işletmenin devri kapsamında bulunan malvarlığı unsurlarına ilişkin sigorta ilişkisi, aksine bir sözleşme yoksa⁵⁹³, ticari işletmenin devri ile sona ereceğinden, doğal olarak devralana intikal etmiş olmaz. Ticari işletmenin devri ile sigorta ilişkisinin devrine imkan tanıyan “*aksine sözleşme*”, sigortacı ile sigorta ettiren arasında yapılır.

2918 sayılı KTK m. 94 uyarınca, araç işletenin değişmesi, zorunlu trafik sigortası sözleşmesini otomatik olarak sona erdirmez⁵⁹⁴. Sigortalı aracı işletenin değişmesi halinde, devreden kişi onbeş gün içinde durumu sigortacıya bildirmek durumundadır⁵⁹⁵. Bildirimden itibaren onbeş gün içinde de, sigorta sözleşmesi sigortacı tarafından feshedilebilir⁵⁹⁶. Ticari işletmenin devri halinde de bu bahsettiğimiz süreç işleyecektir.

⁵⁹⁰ KAYIHAN/BAĞCI, s. 249.

⁵⁹¹ GEREKÇE TTK m. 1470.

⁵⁹² GEREKÇE TTK m. 1470.

⁵⁹³ Sigorta ilişkisi nihayetinde bir sözleşmeye dayanır. Sigorta hukukunda sözleşme serbestisi ilkesinin uygulama alanı oldukça daraltılmış olsa da (ÇEKER, Sigorta, s. 51), özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, sigorta hukukunda da bu serbestiden bahsedebiliriz. Dolayısıyla bu serbesti, taraflara, söz konusu “*aksine sözleşme*”yi yapma imkanını tanıır.

⁵⁹⁴ KAYIHAN/BAĞCI, s. 249.

⁵⁹⁵ KAYIHAN/BAĞCI, s. 249.

⁵⁹⁶ KAYIHAN/BAĞCI, s. 249.

i) Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Ticaret Siciline Tescilinin Muhtemel Diğer Sonuçları

aa) Ticari İşletmenin Devri Halinde Tacir Yardımcılarının Durumu

aaa) Genel Olarak

Bu bahiste devredilen ticari işletme ile ilgili faaliyetler yürüten tacir yardımcılarının bu görevlerinin, ticari işletmenin devrinden ne şekilde etkileneceğini ele almaya çalışacağız.

bbb) Ticari Temsilci

Ticari işletmenin devri, işletme sahipliğinin el değiştirmesi sonucunu doğuracağından, ticari temsilcilik ilişkisini sona erdirir⁵⁹⁷. Zira ticari temsilcilik ilişkisi karşılıklı güvene dayanır. Ticari işletmeyi devralanın, eski ticari temsilciyi, yeniden ticari temsilci olarak atamasında bir engel bulunmamaktadır⁵⁹⁸. Temsil yetkisinin verildiğine ilişkin, ticaret siciline tescil yapılmamış olsa dahi, yetkinin sona erdiği sicile tescil edilir (TBK m. 550/f. 1). Temsil ilişkisi sona ermesine karşın, bu durum ticaret siciline tescil ve ilan edilmediği sürece, üçüncü kişilere karşı ticari temsilcinin temsil yetkisi devam eder ve yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemlerden dolayı işletme sahibinin sorumluluğu söz konusu olur (TBK m. 550/f. 2)⁵⁹⁹.

ccc) Ticari Vekil

TBK m. 554 gereği, ticari temsilcinin yetkisinin sona ermesine yol açan nedenler, ticari vekil için de geçerli olacaktır⁶⁰⁰. O halde, ticari işletmenin devrinin, ticari vekil ilişkisini sona erdireceğini ifade edebiliriz.

⁵⁹⁷ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 172; KARAYALÇIN, s. 493; KIRCA, Ticari Mümessillik, s. 192; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 690, 691, N. 1446; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 186; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 369; ASLAN/ŞENYÜZ, s. 89; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 346.

⁵⁹⁸ KIRCA, Ticari Mümessillik, s. 192.

⁵⁹⁹ KIRCA, Ticari Mümessillik, s. 195.

⁶⁰⁰ BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 189; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 698, N. 1464.

ddd) Pazarlamacı

Türk Borçlar Kanunu m. 469'un⁶⁰¹ TBK m. 441'e⁶⁰² yaptığı atıf gereği, ticari işletmenin devri, pazarlamacının temsil yetkisini sona erdirmez. Ancak kanaatimizce, pazarlamacılık sözleşmesi, ticari işletmeyi devreden tacirin kişiliği dikkate alınmak suretiyle akdedilmiş ise, ticari işletmenin devri, pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesine neden olur.

eee) Simsar

Türk Borçlar Kanunu m. 520/f. 2 uyarınca, vekaletle ilişkin hükümlerin uygulandığı simsarlık sözleşmesi, ticari işletmenin devri ile birlikte sona erer.

fff) Komisyoncu

Türk Borçlar Kanunu m. 532/f. 2 gereği, komisyon sözleşmelerine de vekaletle ilişkim hükümler uygulanır. Bu nedenle, ticari işletmenin devri ile birlikte komisyonculuk ilişkisi son bulur.

ggg) Acente

Ticari işletmenin devrinin acentelik ilişkisine etkisi üzerine öğretide bir görüşe⁶⁰³ göre, müvekkilin, ticari işletmeyi başka birine devretmesi halinde acentelik ilişkisi sona ermez. Ancak bu durumda, acente, haklı nedene dayanarak sözleşmeyi feshedebilir. Bu şekilde acentelik sözleşmesinin feshedilmesi halinde, acente, denkleştirme talebinde bulunabilir.

⁶⁰¹ TBK m. 469/f. 1: “Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır.”.

⁶⁰² TBK m. 441/f. 1: “İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”.

⁶⁰³ KAYA, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, Ankara 2014, s. 360.

Konuya ilişkin bir diğer görüşe⁶⁰⁴ göre, acentelik sözleşmesinin taraflarından birinin şirket olması halinde, işletmenin devri acentelik sözleşmesini sona erdirmez.

Kanaatimizce, güven ilişkisine dayanan ve vekalet hükümlerinin de uygulama imkanı bulunduğu (TTK m. 121/f. 3 atfıyla TBK m. 513) acentelik ilişkisi⁶⁰⁵, sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, ticari işletmenin devri ile birlikte sona erebilir. TBK m. 513 uyarınca, müvekkilin ölümü halinde, kural olarak acentelik ilişkisinin sona ereceği düzenlenmiştir. İşletme sahipliğinin el değiştirmesi sonucunu doğuran ticari işletme devrinin, müvekkilin ölümü ile bu anlamda herhangi bir farkının olmayacağını düşünmekteyiz. Müvekkilin ölümüne halinde acentelik ilişkisinin devamı mirasçılarının kararına bağlı ise, ticari işletmenin devrinde de, devralanın kararına bağlı olmalıdır. Devralanın olumlu kararı olmaksızın, acentelik ilişkisi devam etmez.⁶⁰⁶

hhh) Tek Satıcılık

KAYA'ya⁶⁰⁷ göre, TTK m. 121/f. 3 tek satıcılık sözleşmesine de kıyasen uygulanabilir. Bu görüşün kabulü halinde, tek satıcılık sözleşmesinin ticari işletmenin devri halinde sona ermesi icap eder. Ancak tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesine ilişkin kanuni bir yollama söz konusu olmadığı için, ticari işletme devrinin, tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesine yol açmayacağını düşünmekteyiz.

bb) TTK m. 11/f. 3 Anlamında Tescil Edilen Devir İlanının Hukuki Etkisi

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 uyarınca devreden tarafından ticari işletme devir sözleşmesi ticaret siciline tescil ve ilan⁶⁰⁸ edilir. Ticari işletmenin devrinde TBK m. 202'de ayrıca ilanın düzenlenmesi nedeniyle, TTK m. 11/f. 3'te belirtilen ilanın gereksiz olduğu akla gelebilir. Ancak, TBK m. 202 anlamındaki ilanın devralan tarafından yapılacak olması ve ticari işletme devrinin üçüncü kişiler hakkında hüküm

⁶⁰⁴ KAYA, Arslan: Acentelik TTK Şerhi, İstanbul 2016, s. 214, N. 10b.

⁶⁰⁵ KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısıyla Karşılaştırılmış Üçüncü Baskı, Ankara 2008, s. 209 vd..

⁶⁰⁶ Bu görüşümüz sona erme halleri bakımından vekalet hükümlerinin uygulandığı komisyonculuk, simsarlık için de geçerlidir.

⁶⁰⁷ KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN), s. 842, N. 1900.

⁶⁰⁸ TTK m. 35/f. 3 gereği, aksi TTK'da veya TSY'de öngörülmemişse, tescil edilen olgular, ilan olunur.

ifade edebilmesi için devrin ilanının gerekliliği, TTK m. 11’de belirtilen ilanı anlamlı kılar.

Ticari işletmenin devri, hangi ticaret siciline kayıt edilmiş olursa olsun, TTSG’de ilan edildiği günü, ilanın tamamı aynı nüshada yayımlanmamışsa son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hüküm ifade eder (TTK m. 36/f. 1)⁶⁰⁹. İlandan sonra, üçüncü kişiler, ticari işletmenin devrine ilişkin tescil kayıtlarını bilmediklerini ileri süremezler. Ticari işletmenin devri tescil edilmesine karşın, devrin ilan edilmediği durumlarda dahi, üçüncü kişilerin bu durumu bildikleri ya da bilmeleri gerektiği ispat edilirse, bu kişilerin sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları yine dinlenmez (TTK m. 36/f. 4).

Ticari işletme devrinin tescil kaydı ile ilanı edilen durum arasında aykırılık söz konusu ise, üçüncü kişilerin tescil kaydındaki gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, bu kişilerin ilan edilen duruma güveni korunur (TTK m. 37/f. 1).

Türk Ticaret Kanunu m. 11/f. 3 anlamındaki devrin ilanının hukuki etkisine, TBK m. 186 uyarınca borçlunun eski alacaklıya yapacağı iyiniyetle ifa ile borçtan kurtulmasına engel olmasını, örnek olarak verebiliriz. Zira ticaret siciline tescil ile birlikte devir kapsamındaki alacaklar devredilmiş olur.

cc) Tacir Sifatının Kaybedilmesi ve Kazanılması

aaa) Devredenin Tacir Sifatını Kaybetmesi

Ticari işletmenin devri, devreden kişinin tacir sıfatını kaybetmesine neden olabilir. Devreden, gerçek kişi ise, başka bir ticari işletmesinin bulunmaması durumunda tacir sıfatını yitirecektir. Tacir sıfatını kaybeden devreden, TTK m. 31/f. 1 gereği, durumu ticaret siciline bildirmeli ve sicildeki kaydın terkinini talep etmelidir. Aksi takdirde, devreden, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, tacir sıfatı ile sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ Sicil kayıtları, ilanın yapılması anından itibaren üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade eder. BİLGE, Mehmet Emin: “İlanın Ticaret Sicilinin Sahip Olduğu Hukuki Etkiler Üzerindeki Rolü”, AÜEHFD, C. III, S. 1, s. 272.

⁶¹⁰ Aynı yönde AKÇAAL, s. 182.

bbb) Devralanın Tacir Sifatını Kazanması

Ticari işletmenin devri ile devralan, tacir sıfatını kazanabilir. Tacir sıfatının kazanılması gerçek kişi ve tüzel kişiler bakımından farklılık arz edebileceği gibi, tüzel kişilerin kendi aralarında da farklı değerlendirmeler yapılabilir.

Kısmen de olsa ticari işletme işletmeyen gerçek kişi, bir ticari işletmeyi devralarak tacir sıfatını kazanacaktır. TTK m. 16/f. 1 uyarınca ticaret şirketleri, tacir sayılır. Ticaret şirketlerinin devir sözleşmesinin bir tarafını oluşturabilmesi için, tüzel kişiliği haiz olması gerekir. O halde, ticaret şirketleri zaten tacir sayıldıklarından, bu anlamda devrin bir etkisi olmayacaktır. Vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar, amaçlarına varmak için ticari işletme işletiyorlarsa tacir sayılırlar (TTK m. 16/f. 1). Hüküm kapsamında sayılanlar, halihazırda ticari işletme işletmiyorsa, bir ticari işletmeyi devralmakla birlikte tacir sayılacaklardır.

dd) Şirketin Haklı Nedenle Feshi

Ticari işletmenin devri, şirketin haklı nedenle feshine yol açabilir. Öyle ki ticari işletmenin devri, işletme konusunun gerçekleşmesini güçleştirmişse ya da kar elde etme amacına ulaşılmasını güçleştirmiş veya imkansız kılmışsa şirketin haklı sebeple feshi gündeme gelebilir⁶¹¹.

ee) Şirketin Sona Ermesi

Kural olarak ticari işletmenin devri, şirketin sona ermesine yol açmaz. Buna karşın, tek ticari işletmesini de devreden kollektif ve komandit şirketler, sona erer⁶¹². Ancak TBK m. 202/f. 2’de öngörülen müteselsil sorumluluk gereği, devreden şirketin hukuki varlığını iki yıl daha sürdürmesi gerekir⁶¹³. Bu nedenle, devreden şirket, bu iki yıllık sürenin sonunda ticaret sicilinden terkin edilmelidir⁶¹⁴.

⁶¹¹ Genel bilgi için bkz. ŞAHİN, Ayşe: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2013, s. 237.

⁶¹² BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 41.

⁶¹³ ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 46.

⁶¹⁴ ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 46.

Türk Ticaret Kanunu m. 529/f. 1-b uyarınca, ticari işletmenin devri, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini imkansız hale getirmesi halinde, şirket kendiliğinden infisah eder.

ff) Devrin Diğer Sicillere Bildirilmesi

aaa) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu dönemi ticari işletme devrinde, devir kapsamındaki aktif unsurların geçişi, ticaret siciline yapılan tescil ile kül halinde gerçekleşir (TTK m. 11/f. 3; TSY m. 133/f. 3). Devreden, başka bir işleme gerek olmaksızın, bu unsurları edinmiş olacaktır. Eş söyleyişle, devralan, tapu, gemi, fikri mülkiyet ve diğer özel sicillere gerekli tescil işlemleri yapmadan önce, ticari işletme devri kapsamındaki unsurları devralmış olacaktır. Bu durumun, hukuk güvenliği açısından tehlikeli bir durum arz edeceği, hemen akla gelebilir. Kanun koyucu, devralanı korumak ve devreden ile sonradan ilişkiye girecek üçüncü kişileri uyarmak amacıyla TSY m. 135/f. 5 hükmünü düzenlemiştir⁶¹⁵. Bu hüküm uyarınca, devralan adına tescilin gecikmeksizin yapılması amacıyla, devir konusu aktif unsurların kayıtlı olduğu ilgili sicillere bildirim yapılır. Bu bildirim, ticaret sicili müdürlüğü⁶¹⁶ tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak yapılmalıdır. Bildirimi alan ilgili sicili tutan kurum, kendi kayıtlarında re'sen işlem yapılabilmesine imkan tanıyan durumlarda, mal ve hakları yeni sahipleri adına tescil eder (Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ m. 6/f. 1). İlgili tebliğ m. 6/f. 1 uyarınca, re'sen tescil mümkün değilse, devri gerçekleştiren tescil işleminin kanuna uygun bir şekilde yapıldığına ilişkin şerh⁶¹⁷ düşülür. Bu durumda, mal ve hakların yeni sahipleri adına

⁶¹⁵ KENDİGELEN, s. 213, N. 403.

⁶¹⁶ TTK m. 128/f. 6'da, şirkete sermaye koyma borcu bakımından, ilgili sicillere yapılacak bildirimin ticaret sicili müdürü tarafından yapılabileceği aynı zamanda şirketin de tek taraflı talebi ile tescil isteyebileceği düzenlenmiştir.

⁶¹⁷ Şerh verilmesi imkanın bir tebliğde düzenlenmesine ilişkin eleştiri için bkz. GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E.: Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları, *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 157, 158.

tescili, ilgililerin⁶¹⁸ başvurusu üzerine gerçekleşecektir. Böylece, ilgili sicillere söz konusu unsurların tescili gerçekleşmiş olacaktır. Bu tescil işlemi, kurucu değil, açıklayıcı niteliği haizdir.

Tebliğin ticari işletmenin devrine de uygulanacak⁶¹⁹ 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, ilgili siciller, ticaret sicili müdürü tarafından devre ilişkin yapılan bildirimi aldıkları andan itibaren, eski hak sahiplerinin mal ve haklar üzerinde yeni hak sahiplerinin aleyhine sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlemleri yapamayacaktır. Nitekim ticari işletmesini devreden taraf, devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ettiği anda, ticari işletme üzerinde tasarruf yetkisini kaybeder.

bbb) Devrin Sicillere Bildirimi Devralan Tarafından Yapılabilir mi?

Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ m. 5/f. 3'te, bildirimin, yazılı olarak yapılacağı, ticaret sicil müdürlüğü ile diğer siciller arasında güvenli elektronik iletişim alt yapısının kurulması halinde ise elektronik ortam üzerinden yapılabileceği belirtilmiştir. Henüz ticaret sicil müdürlükleri ile diğer siciller arasında elektronik ortam üzerinden bildirimin yapılması mümkün değildir. Uygulamada bildirimler, posta yolu ile yapılmaktadır. Hal böyle olunca da, bildirimin ilgili sicillere gecikmesi tehlikesi ve dolayısıyla devralanın hak kaybına uğraması tehlikesi bulunmaktadır. Burada akla şu şekilde bir soru gelebilir: Acaba devreden, sicil kayıtlarına dayanarak ve bahsi geçen Tebliğ'in 5. maddesi gereği bildirilmesi gereken hususları da bildirerek, söz konusu bildirimi diğer sicillere yapabilir mi?

İlk bakışta, devralanın, hakkını korumak adına bu bildirimi yapamayacağı düşünülebilir. Zira bahse konu Tebliğ m. 1/f. 1'de, tebliğin bir amacının da, *“ticari işletmenin devralınmasında, tapu ve gemi sicili ile fikrî mülkiyete ilişkin sicillerde ve benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların sahipliklerinde meydana gelen değişikliklerin ilgili sicillere bildirilmesini ve sicil kayıtları ile belgelerindeki gerekli*

⁶¹⁸ Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ m. 6/f. 1'de belirtilen ilgili kapsamına, devreden ile birlikte devralanın da gireceğini düşünmekteyiz. Zira söz konusu işlem tasarruf işlemi niteliğinde değildir. O halde, TTK m. 28/f. 2 uyarınca, devralanın talebi üzerine de söz konusu tescil gerçekleşebilir.

⁶¹⁹ GÜRBÜZ USLUUEL, s. 158.

değişikliklerin yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek, başvuruda bulunacak kişiler ve gerekli belgeleri belirlemek” olduğu belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce devralan, gerekli bildiri bizzat yapabilmelidir. Örneğin, ticari işletmenin devri yoluyla taşınmazı tescilsiz iktisap eden kişi, Tapu Sicil Tüzüğü m. 17 uyarınca, hak sahibi olduğunu ispat etmek koşuluyla, tapu sicili müdürlüğüne gerekli başvuruyu gerçekleştirebilir⁶²⁰.

İsviçre hukukunda da, iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenerek taşınmazı iktisap etmesinin önüne geçilmesi için, devralanın, ticari işletme devir sözleşmesinin tescilinden sonra derhal tapu siciline durumu bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶²¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ticaret sicil müdürlükleri ile diğer siciller arasında, bildirim için gerekli güvenli elektronik ortamın bir an önce kurulması, hem devralanın hakkının korunması hem de işlem güvenliğinin daha iyi tesisi için oldukça önemlidir.

ccc) Uygulama Bakımından

Hak kaybına engel olunması için, ticaret sicil müdürlüğü tarafından, devrin ilgili sicillere bildirilmesi önem arz etmektedir. Ticari işletmenin devrinde, devrin bir envanter çerçevesinde gerçekleşmesinin zorunlu olmadığını da göz önünde bulunduracak olursak, devir sözleşmesinde, devredilecek ticari işletme malvarlığı unsurları belirtilmemişse, ticaret sicil müdürlüğü bildiri neye göre yapacaktır? Uygulamada, ticaret sicil müdürlüğü, devreden tarafından yapılacak “*özel sicillere bildirilecek mal ve haklara ilişkin beyan*” çerçevesinde gerekli bildirimleri yapmaktadır. Şayet, ticari işletmenin devri sebebi ile özel sicile bildirilecek mal ve hakların bulunmadığı belirtilmişse ya da herhangi bir bilgi verilmemişse, bu durumda ticaret sicil müdürlüğünün diğer sicillere bildiri söz konusu değildir. Eş söyleyişle, ticaret sicil müdürlüğü, devreden beyanına göre hareket eder. Kanaatimizce, devreden yapacağı bu beyan, devir sözleşmesi kapsamında yükümlükleri arasındadır. Devreden gerekli beyanı yapmamış ise, devralanın bundan zarar görmesi halinde, sorumluluğu söz konusu olacaktır. Devrin bir envanter kapsamında gerçekleşmemesi

⁶²⁰ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 140.

⁶²¹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 340, N. 874.

nedeniyle, devralanın aynı bir hakkını kaybetmesi tehlikesi, ticari işletmenin devrinde eleştiriye açık bir husustur.

Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 135/f. 5'e göre ticaret sicil müdürlüğü, ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal gerekli bildirimlerde bulunur. Bildirimin eş zamanlı ve derhal yapılması gerekli hukuki korumayı sağlayabilecek midir? Maalesef bu soruya olumlu yanıt vermek oldukça güçtür. Ticaret sicil müdürlüğü ile diğer siciller arasında bağlantı elektronik sistem üzerinden yapılmamaktadır. Eş zamanlı ve derhal bildirimin yapılmasının anlamı, ticaret sicilinde tescilin yapılması ile birlikte, ilgili sicillere gerekli yazının hemen yazılması ve gecikmeksizin postaya verilmesidir. Olması gereken, eş zamanlı ve derhal bildirimlerin ilgili sicillere ulaşmasıdır, yoksa, bildirimlerin ilgili sicillere ulaşması için postaya verilmesi değil! İşte bu bakımdan da ticaret sicil müdürlüğü uygulaması hak kayıplarına yol açacak şekilde devam etmektedir. Gerekli bildirimlerin gecikmeksizin yapılabilmesi için, elektronik ortamda kurulacak siciller arası işbirliğini sağlayacak bir sistem oldukça önemlidir.

gg) Ticari İşletmenin Devrinde Sicillere Dayanarak Hak İktisabı

aaa) Genel Olarak

İlgili sicillere tescil işleminin yapılmasından önce, iyiniyetli üçüncü kişilerin, hak sahibi gözüken kişiden aynı hak iktisap etmelerinin mümkün olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Sicillere hakim olan ilkeler farklılık arz ettiği için, söz konusu tehlike ve diğer birtakım özellik arz eden tehlikeler her bir sicil özelinde ele alınmalıdır⁶²².

bbb) Tapu Sicili Bakımından

aaaa) Genel Olarak

Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 135/f. 5 uyarınca, ticari işletme devrinin ticaret siciline tescilinden sonra, bildirilmesi gereken siciller arasında tapu sicili de yer almaktadır.

⁶²² GÜRBÜZ USLUEL, s. 158, 159.

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde bildirim zorunluluğu düzenlenmekle birlikte, bildirimin içeriği ve bildirim alan tapu sicil memurunun yapması gereken işlemler bakımından herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide⁶²³ eleştiri konusu olan bu eksiklik “*Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ*” ile giderilmeye çalışılmıştır⁶²⁴. Tebliğ m. 6/f. 1 uyarınca, bildirimden sonra ilgili siciller res’en işlem yapabiliyor ise, mal ve haklar yeni sahipleri adına tescil edilir. Res’en tescil mümkün değilse, ilgili sicil memurluğunca, bildirim aldıkları anda, kendi kayıtlarına, mal ve hakların hukuka uygun olarak geçişinin tamamlandığına ilişkin şerh konulur. Mal ve hakların yeni hak sahipleri adına tescili, ilgili kişilerin başvurusu üzerine yapılır. Tapu siciline tescil, talep⁶²⁵ üzerine yapılmaktadır (MK m. 1013; Tapu Sicili Tüzüğü m. 16). Bu durumda, ticari işletmenin devri yoluyla, taşınmazın iktisabı söz konusu ise, tapu sicil memuru res’en tescil işlemini yapamayacak, devir işlemini ilgili taşınmazın sayfasına şerh etmekle yetinecektir⁶²⁶. Taşınmazın tapu siciline tescili, devralanın Tebliğ m. 6/f. 1 uyarınca gerekli harç ve giderleri yatırması ve tescil talebinde bulunması ile sağlanacaktır.

Ticaret sicil müdürünün TSY m. 135/f. 5’ten doğan bildirim yükümlülüğünden bağımsız olarak, ticari işletmeyi devralan, ticari işletme devri kapsamında olan taşınmazın tapu siciline tescilini talep edebilir⁶²⁷.

bbbb) Tapu Sicilinde Devralan Lehine Tescilin Yapılmasının Önemi

aaaaa) MK m. 1023 Bakımından

Tapu sicili, taşınmazlar üzerindeki hakların, iktisadi ve hukuki hayatın gereklerine uygun bir şekilde alenileştirilmesini⁶²⁸ sağlayan resmi bir sicildir⁶²⁹. Tapu siciline

⁶²³ ÖZ, s. 120.

⁶²⁴ Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 138.

⁶²⁵ Tescil talebine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, Eşya, s. 200 vd..

⁶²⁶ ÇELİKBOYA, s. 139.

⁶²⁷ ÇELİKBOYA, s. 140.

⁶²⁸ MK m. 1020 uyarınca tapu sicilinde geçerli olan açıklık ilkesine göre, ilgisini inanılır kılan herkes, tapu sicilini inceleyebilir. O halde, bu imkanı kullanmayan kişiler, sicilde yer alan bir kaydı bilmediği konusunda iyiniyet iddiasında bulunamaz. SİRMEN, Eşya, s. 137, 138.

⁶²⁹ AYBAY, Aydın: Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962, s. 3; CANSEL, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 3 vd..

yapılan tescil, tescili istenen hakkın yevmiye defterine kaydedildiği andan itibaren hüküm doğurur⁶³⁰. Ticaret sicilinden farklı olarak, sicile güven ilkesi⁶³¹, tapu sicili bakımından uygulama imkanı bulur⁶³². Öyle ki, MK m. 1023 uyarınca, iyiniyetli⁶³³ üçüncü kişinin tapu siciline güvenerek bir aynı hak kazanması durumunda, bu kazanım korunur. Bu durum, sicile güven ilkesinin bir yansımasıdır. Tapu sicilinde, devralan lehine tescilin yapılmasının önemi, MK m. 1023 kapsamında hak iktisabı nedeniyle devralanın zarar görmesinin engellenmesi bakımından ortaya çıkar. Ticari işletme devrinin tescil edildikten sonra, tapu siciline gerekli kayıtların yapılamaması nedeniyle hak kaybının ortaya çıkması, çok nadir karşılaşılabilecek bir durum olsa da, ilgili sicil memurlarının ihmalleri ya da görevlerini yapmaktan kaçınmaları nedeniyle ihtimal dahilindedir.

Ticaret sicil müdürü, ticari işletme devrinin tescilini ve tescil nedeniyle yapılması gerekli işlemleri, tapu siciline bildirmez ise, ilgili taşınmazın ve bunun üzerindeki hakkın yeni hak sahibi adına, tapu siciline tescili gerçekleşmeyebilir⁶³⁴. Bu durumda, ticaret sicilindeki kayıt ile tapu sicilindeki kayıt farklılık arz edecektir. TTK m. 36/f. 3 hükmü uyarınca da, üçüncü kişilerin sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin itirazları dinlenmeyecektir. TTK m. 36/f. 3 hükmü ile, kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceğini düzenleyen MK m. 1020 hükmü ve iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline hak iktisap etmesinin korunacağını düzenleyen MK m. 1023 hükümleri arasında çatışma söz konusudur⁶³⁵. O halde, ilk akla gelecek soru, TTK m. 36/f. 3 hükmü, MK m. 1023 anlamında hak iktisabının şartlarından olan iyiniyeti bertaraf eder mi, olacaktır.

⁶³⁰ SİRMEN, Eşya, s. 199, 200.

⁶³¹ Sicile güven ilkesi, iyiniyetli üçüncü kişiler lehine, tapu siciline kanunen tanınan faraziye uyarınca, taşınmazlar üzerinde tesis olunmak istenen aynı hakların, sıra, tarih ve muhtevalarının tescilden itibaren doğru ve mevcut olarak kabul edilmesidir. Tapu siciline tescil, aleniyet ve güven ilkeleri, aynı hakkın sicilde görüldüğü şekilde iyiniyetli üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesine imkan tanır. CANSEL, s. 8.

⁶³² GÜRBÜZ USLUUEL, s. 159.

⁶³³ Üçüncü kişinin tapu siciline dayanarak bir hak iktisap edebilmesi için, yevmiye defterine tescilin kaydedildiği anda iyiniyetli olması gerekmektedir. CANSEL, s. 84. Tapu sicili yönünden iyiniyet için bkz. CANSEL, s. 78 vd..

⁶³⁴ GÜRBÜZ USLUUEL, s. 160.

⁶³⁵ GÜRBÜZ USLUUEL, s. 160.

GÜRBÜZ USLUEL'e⁶³⁶ göre, konu özelinde MK hükümleri TTK hükümlerine nazaran özel niteliktedir. O halde, iki sicil kaydı arasında farklılık söz konusu olduğu durumlarda, MK m. 1023'ün uygulanması gerektiği söylenebilecektir. Ayrıca ticari işletme devri, bütünlük ilkesi kapsamında gerçekleşeceğinden, devir sözleşmesinde ayrıca belirtilmeyen işletme malvarlığı unsurlarının da devri gerçekleşecektir. Üçüncü kişilerin tescil ve ilan edilen kayıtların dayanaklarını inceleme yükümlülüğünün olmadığını da göz önünde bulundurduğumuzda, üçüncü kişilerin devir kapsamındaki ticari işletme malvarlığı unsurlarını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini varsaymak mümkün değildir. Bu nedenle, devredilen malvarlığı unsurlarının, ticaret siciline tescilden sonra üçüncü kişiler tarafından MK m. 1023 hükmü uyarınca iktisabı mümkün olmalıdır. Ancak, tapu sicilindeki kayıtlarda, taşınmazların ve bunların üzerindeki hakların, bir ticari işletme ya da şirkete ait olduğu anlaşılıyorsa, bu durum, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracığından, tapu siciline dayanarak MK. 1023 anlamında iktisap mümkün değildir.

SİRMEN⁶³⁷ ise, ticari işletmenin devrinin ticaret siciline tescilinden sonra, tapu siciline gerekli şerhin düşülmemesi nedeniyle, MK m. 1023'e dayalı olarak taşınmazların iyiniyetli olarak iktisap edilemeyeceğini düşünmektedir. Buna gerekçe olarak da, ticari işletmenin tescilinin ilanı nedeniyle, üçüncü kişilerin iyiniyetli olduklarına ilişkin iddialarının dinlenilmeyeceğini göstermektedir (TTK m. 36/f. 1, 3). Bununla birlikte yazar, taşınmazlar ile ilgili işlemlerde, tacir sıfatını haiz olmayan kişilerin ticari ilanları izlemekle yükümlü kılınmış olması düşüncesi karşısında, tapu sicilinin işlevinin sorgulanacağını belirterek, TTK m. 11/f. 3'ün bu anlamda isabetli bir düzenleme olmadığını ifade etmiştir.

Kanaatimizce, burada önemli olan husus, üçüncü kişinin taşınmazın ticari işletmenin malvarlığı kapsamında yer aldığını bilip bilmemesidir. Tapu sicilinden taşınmazın ticari işletme malvarlığına dahil olduğu anlaşılıyorsa ya da üçüncü kişi bu durumu biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, iyiniyeti söz konusu olmayacağından, taşınmazı MK m. 1023 uyarınca iktisap edemez. Aksi halde ise, üçüncü kişi MK m. 1023 uyarınca, taşınmazı iktisap edebilmelidir. Bu yaklaşımımızın, diğer sicillerde sicile güven ilkesine dayanarak hak iktisabında da geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

⁶³⁶ GÜRBÜZ USLUEL, s. 160, 161.

⁶³⁷ SİRMEN, Eşya, s. 223.

bbbbbb) MK m. 705 Bakımından

Tapu sicilinde ticari işletmeyi devralan adına değişiklik yapılması, “*tasarruf ehliyeti*” bakımından da önem taşır. Öyle ki, MK m. 705/f. 2 uyarınca, mülkiyetin tescilsiz iktisap yolu ile kazanılması durumunda, yeni malikin tasarruf işlemlerini yapabilmesi için, mülkiyetin tapuda kendi adına tescil edilmesi gerekmektedir⁶³⁸. O halde, ticari işletmenin devri yoluyla taşınmaz iktisap eden devralanın, taşınmaz üzerinde tasarruf ehliyetini kullanabilmesi için, taşınmazı kendi adına tapu siciline kaydettirmesi gerekir. Aksi takdirde, örneğin bu taşınmazı başkasına devredemez. Tapu Sicil Tüzüğü m. 17 uyarınca, tescilin devralan lehine yapılabilmesi için, devralan, hak sahipliğini kanıtlayan belgeleri tapu sicil müdürüne ibraz etmelidir⁶³⁹. Söz konusu belgeler, ticari işletme devrinin tescil edildiğini ispat eder nitelikte olan belgelerdir.

ccccc) Üçüncü Kişi Lehine Tasarruf İşlemlerinin Yapılması ve Sicilde Aynı Hak Sahibi Görünen Lehine İyiniyetle Yapılan Edalar Bakımından

Sicile güven ilkesi neticesinde, sicilde aynı hak sahibi görünen kişi, iyiniyetli üçüncü kişiler lehine aynı hakkın tadili ve terkinine ilişkin tasarrufi işlemleri yapabilir⁶⁴⁰. Ayrıca, iyiniyetli üçüncü kişiler, gerçekte hak sahibi olmamasına karşın sicilde hak sahibi görünen kişilere edada bulunarak borcunu ifa etmesi durumunda, borç sona erecektir⁶⁴¹. O halde, ticari işletmenin devrinin tescilinden sonra, tapu sicilinde halen devreden kişi taşınmazın maliki olarak görünüyorsa, taşınmaza bağlı olan borcun devredene ifa edilmesi durumunda, borç sona erecektir. Devralan, daha sonradan borcunu ifa eden kişiden, borcun ifasını talep edemez.

⁶³⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 404, N. 1495; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 477; AYAN, s. 182.

⁶³⁹ ÇELİKBOYA, s. 140.

⁶⁴⁰ SİRMEN, Lale: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet’in Sorumluluğu, Ankara 1975, s. 9.

⁶⁴¹ SİRMEN, Devlet’in Sorumluluğu, s. 9.

ccc) Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Sicillerde

aaaa) Genel Olarak

Ticari işletme devri kapsamında, fikri mülkiyet haklarının da devri söz konusu olabilecektir. Ticari işletme devrinin ticaret siciline tescilinden sonra, tescilin, marka, patent ve tasarım sicillerine bildirilmesi gerekebilir (TSY m. 135/f. 5). Ticaret sicil müdürü, devir kapsamındaki fikri mülkiyet haklarına ilişkin kaydın ilgili sicillerde düzeltilmesi için, TPE'ye bildirim yapmalıdır. Devir kapsamındaki fikri mülkiyet haklarının devralana geçişi, devrin ticaret siciline tescili ile gerçekleşeceğinden, bildirim neticesinde ilgili sicillere yapılacak olan tescil açıklayıcı niteliği haizdir.

İlgili sicillerde devralan lehine yapılan, sicilin düzeltilmesi işlemi, sicillere hakim olan ilkelere göre farklılık arz edecek şekilde önem taşımaktadır.

bbbb) Sicile Güven İlkesi Bakımından

Marka ve patent sicilleri alenidir (MarkKHK m. 39/f. 3, PatKHK m. 92/f. 4). Bu siciller ilgili olsun olmasın, herkes tarafından incelenebilir⁶⁴². Marka ve patent sicilleri kamu güvenliğini haiz olup, bu sicillerden hak iktisap eden iyiniyetli kişinin iktisabı korunur⁶⁴³. Zira marka, patent ve bunlardan doğan haklar, bu sicillere tescil ettirilmedikleri takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (MarkKHK m. 16/f. 4; PKHK m 94/f. 3). Örneğin markanın devri sicile kaydedilmediği takdirde, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından markanın sahibi, sicile kayıtlı olan kişidir. O halde ticari işletme devri kapsamında marka ve patentin bulunması durumunda, devrin ticaret siciline tescilinden sonra, marka ve patent sicillerine gerekli bildirim yapılmamışsa, sicillerde hak sahibi olarak devreden görünmeye devam edebilir. Bu durumda, iyiniyetli üçüncü kişilerin bu sicillere dayanarak hak iktisabı geçerli olacaktır. Ancak marka ve patent sicili kayıtlarından, bir ticari işletme ya da şirkete ait olduğu anlaşılan marka ve patent ve bunlardan doğan haklar bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetinden bahsedilemez⁶⁴⁴. Bu durumda, bu sicillere dayanarak hak iktisabı geçerli olmayacaktır.

⁶⁴² Marka sicili bakımından bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 481, N. 1013.

⁶⁴³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 45, 46, N. 20, 24.

⁶⁴⁴ GÜRBÜZ USLUUEL, s. 161.

Tasarım sicili açısından bu hususta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu sicil de alenidir ve kamu güvenliğini haizdir⁶⁴⁵. Bu bilgi ışığında, tasarımın bir ticari işletme ya da şirkete ait olmaması ya da bunun anlaşılabilmesi koşuluyla, ticari işletmenin devrinin tescilden sonra, tasarım sicilinde gerekli düzeltme işleminin yapılmaması halinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin, bu sicile dayanarak hak iktisabı mümkün olmalıdır⁶⁴⁶.

cccc) Kanuni Korumadan Yararlanma Bakımından

Kural olarak fikri mülkiyet haklarına ilişkin sicillerde, bu hakların ilgili kanunlar çerçevesinde korunması için, hak sahibi lehine tescil işleminin yapılması gerekir.

ddd) Gemi Sicili Bakımından

Ticari işletmenin devrinin ticaret siciline tescilinden sonra, gerekli olduğu takdirde, tescil bildirimini yapılması gereken sicillerden biri de, gemi sicilidir. Devrin tescilinin gemi siciline bildirilmemesi, hak kayıplarına yol açabilir. Zira gemi sicili bakımından da, sicile güven ilkesi geçerlidir⁶⁴⁷. Sicile güven ilkesi kenar başlıklı TTK m. 983/f. 1 uyarınca, *“hukuki işlem ile bir geminin mülkiyetini, intifa hakkını, gemi ipoteğini veya ipotek üzerindeki bir hakkı iktisap eden kişi lehine gemi sicilinin içeriği, bu haklarla ilgili olduğu ölçüde doğru sayılır; meğerki, iktisap eden kişi kaydın doğru olmadığını bilmiş veya bilmesi gerekmiş olsun.”*. Bu hüküm uyarınca, gemi sicilinde sicile güven ilkesi, sadece, mülkiyet, intifa, ipotek ve ipotek üzerinde bir hakkın hukuki işlemle kazanımı bakımından söz konusudur⁶⁴⁸. Hükümde iyiniyet kuralı, iktisap eden kişinin kaydın doğru olmadığını bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemiş olması olarak ifade bulmuştur.

Ticari işletme devrinin ticaret siciline tescilinden sonra, gemi sicilinde devralan lehine gerekli düzeltmenin yapılmaması halinde, TTK m. 983/f. 1 anlamında iyiniyetli üçüncü kişiler, bu hüküm kapsamındaki hakları iktisap edebileceklerdir.

⁶⁴⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 47, N. 27.

⁶⁴⁶ Aksi görüş için bkz. GÜRBÜZ USLUUEL, s. 161.

⁶⁴⁷ ÇAĞA, s. 68.

⁶⁴⁸ GÜRBÜZ USLUUEL, s. 162.

eee) Trafik Sicili Bakımından

Trafik sicili, devlet eliyle re'sen tutulan resmi bir kayıttır⁶⁴⁹. Bu sicilde, motorlu araçların teknik ve fiziki özellikleri ile başta mülkiyet hakkı olmak üzere bu araçların üzerlerinde yer alan mutlak haklar ve çeşitli kısıtlamalar kayıt altına alınmaktadır⁶⁵⁰. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 5-b. 1 hükmü uyarınca, trafik sicilinin tutulması işlemi, esas olarak Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Hizmetleri Başkanlığı ve bu birimin alt teşkilatı tarafından gerçekleştirilir.

Ticari araçların da ticaret siciline tescil edildiğini göz önünde bulundurduğumuz takdirde, ticari işletme devrinin ticaret siciline tescilinden sonra, devrin trafik siciline bildirilmesi söz konusu olabilecektir. Gerekli bildirimin yapılmaması, sicildeki kaydın düzeltilmemesi sonucunu doğurabilir. Bu durumda, üçüncü kişilerin trafik siciline dayanarak hak iktisap edip edemeyeceğine değinelim.

Trafik siciline yapılan tescil kural olarak, kurucu değil açıklayıcı niteliktedir⁶⁵¹. Öyle ki, motorlu araçların devri, noterde yapılan sözleşme sonrasında zilyetliğin nakli ile sağlanır. Noterde yapılan sözleşme, borçlandırıci işlem niteliğini haizdir. Devirdeki tasarruf işlemi ise, zilyetliğin devri ile gerçekleşecektir. Trafik sicilinin açıklayıcı niteliği de tartışmalıdır. Zira, sicil kamuya açık değildir. Sicilin açıklayıcı niteliği, trafik birimleri, noterler, icra daireleri, mahkemeler gibi makamlara yöneliktir⁶⁵². Bu durumun önemli bir sonucu olarak, trafik sicilinde, sicile güven ilkesinin söz konusu olmadığını ifade edebiliriz⁶⁵³. O halde, ticari işletme devrinin tescilinden sonra, tescilin, trafik siciline bildirilmemesi durumunda, üçüncü kişiler, trafik siciline dayanarak hak iktisap edemeyecektir.

⁶⁴⁹ KURT, Ekrem: “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, İzmir 2013, s. 1891.

⁶⁵⁰ KURT, s. 1891.

⁶⁵¹ Tescil rehin bakımından kurucu niteliği haizdir. Benzer bir düzenleme, mülkiyet devri için de getirilmelidir. OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN: “Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine”, *GÜHFD*, C. V, S. 1-2, s. 29.

⁶⁵² KURT, s. 1905.

⁶⁵³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 740.

fff) Uçak Sicili Bakımından

Ulaştırma Bakanlığınca, Türk sivil araçlarının tescili için, “*Uçak Sicili*” tutulur (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 50/f. 1). Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 51/f. 1 uyarınca, uçak sicili alenidir. İstemle ilgili olduğunu ispatlayan kişiler, sicile ait olan belgeleri, henüz sonuçlanmamış tescil işlemlerini ve sicil dosyalarını incelemeye ve masraflarını ödemek şartıyla bu belgelerin örneklerini almaya yetkilidir (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 51/f. 1).

Kanun koyucu m. 52/f. 1’de, “*Uçak sicilindeki bir kayda iyiniyete dayanarak mülkiyet, ipotek veya diğer bir aynı hakkı iktisap eden kişinin bu iktisabı geçerli olur.*” demek suretiyle, sicile güven ilkesinin uçak sicili bakımından geçerli olduğunu kabul etmiştir. O halde, ticari işletmenin devri gerçekleştikten sonra, devir kapsamında yer alan bir hava aracının, iyiniyetli üçüncü kişi tarafından iktisabı söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, hak kaybının önlenmesi için, ticaret sicil müdürlüğünün derhal, uçak siciline ticari işletmenin devrine ilişkin bildirimini yapması gerekir.

Ticari işletmenin devri gerçekleşmesine karşın, uçak sicilinde halen devreden malik olarak gözükmüyor ise, borçlunun bu kişiye karşı yaptığı iyiniyetli edalar geçerlidir (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 52/f. 2).

hh) Sicillere Yüklenen Görevlerin Yerine Getirilmemesi Durumunda Sorumluluk

Ticaret sicili bakımından sorumluluk, TTK m. 25/f. 2 kapsamında düzenlenmiştir. Bu hüküm, ticaret sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet ve ilgili odayı müteselsilen sorumlu tutmuştur⁶⁵⁴. Hüküm sorumluluğu “*ticaret sicilinin tutulması*” kapsamında ele aldığından, acaba ticari işletmenin devrinin tescilinden sonra ilgili sicillere gerekli bildirimin yapılmaması durumu da bu sorumluluk kapsamı içerisine girecek midir? Kanaatimizce, hükümdeki sorumluluk kapsamı geniş tutulmalı ve ticaret sicili müdürlüklerine yüklenen görevlerin yerine getirilmemesi durumlarını da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır⁶⁵⁵. O halde, ilgili sicillere söz konusu bildirimlerin yapılmaması durumunda bir zarar ortaya çıkmış ise, bu durumda Devlet ve ilgili odanın

⁶⁵⁴ TTK m. 25/f. 2’de öngörülen sorumluluk, kusursuz sorumluluk niteliğini haizdir. NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 381, N. 752.

⁶⁵⁵ Aynı yönde bkz. GÜRBÜZ USLU, s. 162, 163.

müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Devlet ve sicil görevlilerini atamaya yetkili kurum, bildirimin yapılmaması nedeniyle zararın doğmasında kusuru bulunanlara rücu edecektir (TTK m. 25/f. 2). TSY m. 9’da da, ticaret sicil müdürlerinin görevleri nedeniyle muhatap olabilecekleri disiplin cezaları düzenlenmiştir.

Tapu sicili bakımından sorumluluk, MK m. 1007/f. 1’de düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Devlet, tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan sorumludur. Ticaret sicil müdürlüğü tarafından, ticari işletme devrinin tescili nedeniyle, tapu siciline yapılan bildirimden sonra, tapu kayıtlarına gerekli şerhin düşülmemesi nedeniyle bir zarar doğduğu takdirde, devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Devletin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk⁶⁵⁶ niteliğindedir⁶⁵⁷. Zarar doğrudan Devletten istenebilecek, Devlet de bildirim almasına karşın gerekli işlemleri yapmayan ve bu nedenle zarara kusuruyla sebebiyet veren, tapu sicili görevli memuruna rücu edecektir (MK m. 1007/f. 2).

Sicillerdeki görevli memurların, Türk Ceza Kanunu m. 257’de yer alan görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması da söz konusu olabilir.

4. Duyuru

a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 202’de, devralanın, devri alacaklılara bildirmesi ya da ilan etmesi durumunda, devir kapsamındaki borçlardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. TBK m. 202’de düzenlenen duyurunun amacı, alacaklıların devri öğrenmelerini sağlamaktır. Duyuru alacaklılar için önemli olduğu gibi devreden ve devralan bakımından da önemlidir. Gerçekten, devreden devralan ile iki yıllık müteselsil sorumluluğu ilan ile başlar. İlanın gecikmesi, devreden sorumluluktan kurtulmasını geciktirecektir. Devralan da, alacaklılara karşı ancak duyuru ile borçlarını sınırlandırabilir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Yargıtay’a göre, bu sorumluluk, tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmelidir. YHGK 29.6.1977, 977-4-845/665; YHGK 9.5.2007 T., 4-212/261.

⁶⁵⁷ SİRMEN, Eşya, s. 147.

⁶⁵⁸ ACEMOĞLU, s. 107.

Devrin alacaklılara ihbarı herhangi bir şekilde yapılabilir. Kural olarak ihbar her bir alacaklıya yapılmalıdır. Ticari işletmenin devrinde devrin ilanı ise, Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılır. İlanın yapılması ile birlikte, TBK m. 202 anlamındaki duyuru yapılmış olacaktır. Eş söyleyişle ilan ile birlikte, ticari işletmenin devir kapsamındaki borçları devralana intikal etmiş olacaktır. Zira, ilan yapılmışsa, bütün alacaklıların devri öğrendikleri kabul edilir⁶⁵⁹. İhbar, ilana nazaran daha zahmetlidir. Ayrıca ihbarda, TBK m. 202 anlamındaki duyurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda uyuşmazlıklar ve ispat sorunları her zaman için gündeme gelebilir. Bu nedenlerle, devralanın seçimlik hakkını, ihbar yerine ilandan yana kullanması daha yerinde olacaktır⁶⁶⁰.

Bildirim iyi niyetli sonuç doğurmak üzere yapılmalıdır⁶⁶¹. BUCHER'e göre, devrin alacaklılara duyurusunda, devralanın pasiflerden sorumlu olma isteği açığa vurulmalıdır⁶⁶². Kanaatimizce duyuruda devir kapsamı dışında bırakılan pasiflerin gösterilmesi ya da pasiflerin kapsam dışında bırakılmadığına ilişkin ibareler, bu açıklığı sağlayacak niteliktedir. Yoksa ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devredildiğinin belirtilmesine ek olarak, pasiflerin açıkça devredildiğine ilişkin bildirim gerekli değildir⁶⁶³.

Devralanın yapacağı duyurunun iki temel sonucu vardır. Bunlar, devir kapsamındaki borçların devralana intikali ve devreden ile devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğun başlamasıdır.

b) Devrin İlanı ya da İhbarı

aa) İçeriği

Devralan yapacağı ilan ya da ihbarda ticari işletmeyi devraldığını açık bir şekilde belirtmelidir. Aksi takdirde ilan hukuki sonuçlarını doğurmaz. İlanda pasiflerin de devir alındığı ya da başka bir hususun yer alması şart değildir. Ticari işletmenin devralan tarafından alındığının açık bir şekilde belirtilmesi ile alacaklılar borçların da TBK m.

⁶⁵⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 282.

⁶⁶⁰ Aynı yönde ARICI, s. 189.

⁶⁶¹ KOLLER (GUHL/SCHNYDER/DRUEY), s. 291, N. 23.

⁶⁶² BUCHER, s. 589.

⁶⁶³ KOLLER (GUHL/SCHNYDER/DRUEY), s. 291, N. 23.

202 uyarınca devredildiğini bilir. Devir kapsamı dışında tutulan pasifler ilanda açık bir şekilde belirtilmedikçe, kural olarak devralan, işletmenin tüm borçlardan sorumludur. Bir başka ifadeyle, ilanda sadece devre ilişkin bilgi olup da borçlardan hiç söz edilmemişse, devralan ticari işletmenin tüm borçlarını yüklenmiş olur⁶⁶⁴. Devralan ile devreden mütteselsil sorumluluğu, ilan kapsamındaki borçlar bakımından söz konusudur. Aksi kararlaştırılmadıkça, devir sözleşmesinin imzalanmasından devrin ticaret siciline anına kadar geçen sürede doğan ticari işlem borçları da ilan ile birlikte devralana geçer.

bb) Gerçeğe Aykırı İhbar ya da İlan ve Hukuki Sonuçları

Tescil edilen durum ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması halinde, TTK m. 37/f. 1 gereği, üçüncü kişilerin tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece ilan edilen duruma güvenli korunur. Hemen belirtelim, devir sözleşmesinde yer almayan ve dolayısıyla tescil edilmeyen bir durumun, salt ilanda yer alması, onu geçerli kılmaz.

cc) Şekli

Kanun koyucu ihbar için özel bir şekil şartı öngörmemiştir⁶⁶⁵. O halde, ihbar herhangi bir şekilde yapılabilir. Örneğin, ihbar, alacaklılara telefon açılması, topluluğa açık bir yere afiş asılması ya da bir panoya ilan asılması, e-posta gönderilmesi vb. şekillerde gerçekleştirilebilir⁶⁶⁶. Söz konusu ihbarın, tacirler arasında yapılacak olsa da, TTK m. 18/f. 3'te öngörülen şekilde⁶⁶⁷ yapılması aranmaz⁶⁶⁸. Zira, TTK m. 18/f. 3'teki

⁶⁶⁴ ACEMOĞLU, s. 116.

⁶⁶⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 282; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 614.

⁶⁶⁶ ARICI, s. 178.

⁶⁶⁷ TTK m. 18/ f. 3'de "muteber olması için" ibaresi, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak hükmün metnine alınmamıştır. Öyle ki, bu husus nedeni ile birlikte gerekçede belirtilmiştir. Kanun koyucunun hüküm kapsamındaki yapmış olduğu en önemli değişikliği, TBK m. 12/f. 2 hükmü gereği hiçe saymak, hükmün yeniden düzenlenme amacına aykırıdır. Bu nedenle, hükümde öngörülen geçersizliğin, şekil şartı değil, ispat şartı olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte, hükmün gerekçesinde belirtilen hususun metne taşınması, yani, şekil şartının ispat şartı olduğunun metinde geçmesi, hükümler arasındaki ahenge katkı sağlayacak ve tartışmaların önüne geçilecektir.

⁶⁶⁸ ARICI, s. 187, 188.

ihbar şekli, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe ve sözleşmeden dönmeye ilişkindir.

İhbar, tek taraflı bir beyandır⁶⁶⁹. Bu nedenle alacaklının kabulüne ihtiyaç yoktur⁶⁷⁰.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde devrin ilanının, gazetelerde yapılacağı öngörülmüştü. Gazeteler ibaresi, devrin hangi gazetelerde yapılacağı ve devrin birden fazla gazetede mi yapılması gerektiği sorularını gündeme getirmişti. TBK m. 202 ile birlikte ilan şekli yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, ticari işletmelerin devrinde ilan, Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılmalıdır. Malvarlığı ya da ticari işletme niteliğinde olmayan işletmelerin devrinde ise, ilan, Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanmalıdır.

dd) Yapacak Kişi

TBK m. 202'ye göre devrin alacaklılara ihbarı ya da ilanı devralan tarafından yapılır. Devralanın, devri alacaklılara duyurması borcu, kanuni bir borçtur⁶⁷¹. Devralan bu borcu bizzat kendi ifa edebileceği gibi, temsil yoluyla da yerine getirebilir⁶⁷².

Devrin ilanı devralan adına bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Kanun koyucu da, açık bir şekilde ilanın devralan tarafından yapılacağını düzenlemiştir. O halde, devredenin yapacağı ilan ile, TBK m. 202 anlamında borcun nakli gerçekleşmiş olmaz. Ancak, devralan, temsile ilişkin genel hükümler çerçevesinde devredeni ilana yetkili kılmışsa, bu durumda, devredenin yapacağı ilan TBK m. 202'de öngörülen sonuçlar doğuracaktır⁶⁷³. Zira önemli olan devralanın ilanın yapılması yönündeki iradesidir. Devredenin alacaklıları tanınması ve devrin ilanında menfaati olması nedeniyle, bu tercih kurumun yapısıyla da örtüşür.

İsviçre hukukunda sicile kayıtlı olmayan işletmenin devri, İBK m. 181 (TBK m. 202) uyarınca gerçekleştiğinden, ilan devralan tarafından yapılmalıdır. Sicile kayıtlı işletmeler ise FusG m. 69-77 uyarınca devredildiğinden, ilanın devralan tarafından

⁶⁶⁹ BECKER, s. 838, N. 20.

⁶⁷⁰ BECKER, s. 838, N. 20.

⁶⁷¹ ACEMOĞLU, s. 121.

⁶⁷² ACEMOĞLU, s. 111.

⁶⁷³ ACEMOĞLU, s. 111.

yapılması şart değildir. Zira, borçlar devrin ticaret siciline tescili ile devralan geçer. Tescilden sonra, gerekli ilan ticaret sicil müdürlüğünce yapılır.

ee) Devralanın İlane Zorlanması

Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, ticari işletme, devir kapsamındaki aktif unsurları ile birlikte, devralana geçecektir. Bu andan itibaren, TBK m. 202 uyarınca, devralanın devri alacaklılara duyurması borcu doğar. Kanun koyucu, bu duyurunun devralan tarafından yapılması gerektiğini açık bir şekilde düzenlemiştir. Ticari işletmenin devri sisteminde, devralanı söz konusu duyuruyu zorlayan herhangi bir özel hüküm öngörülmemiştir. Ticari işletmenin devrinde, ilana bu denli önemli görevler yükleyen kanun koyucunun, bu hususa ilişkin bir düzenleme yapmaması eleştiri konusu olabilir. Peki mevcut düzende, devralanın, devri alacaklılara duyurmaması halinde, başvurulacak hukuki bir çare var mıdır?

Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesi temelinde yapılır. Ancak mevcut ve geçerli bir devir sözleşmesi, TBK m. 202 anlamında borcun naklinin sağlanmasına imkan tanır. Devir sözleşmesi ile devralan, devir kapsamındaki borçları üstlenme, yükümlülüğü altına girer. Ticari işletmenin devrinde, devreden kendi üzerine düşen ifayı, devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ettirerek yapar. Devir özelindeki devralanın ifa borcu da, devrin alacaklılara duyurulmasıdır. İşte devralanın bu borcu ifa etmemesi, devir sözleşmesine ve borca aykırılık oluşturur⁶⁷⁴. O halde, devreden TBK m. 113/f. 1 uyarınca, devralanı ifaya zorlayabilir⁶⁷⁵. Bu hükme dayanarak açılan davada hakimin kararı, devralanın iradesi yerine geçer. Kararın, Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanmasıyla birlikte, devir sözleşmesi kapsamındaki borçlar devralana intikal edecektir⁶⁷⁶.

Ticari işletme devrinin duyurulması borcunu ifadan kaçınan devralan, bu kaçınma nedeniyle doğan zararlardan sorumlu olacaktır (TBK m. 112/f. 1).

⁶⁷⁴ ARICI, s. 193.

⁶⁷⁵ ACEMOĞLU, s. 123; TUNÇOMAĞ, s. 1141; BOYACIOĞLU, Konzern, s. 250, dpn. 145.

⁶⁷⁶ ACEMOĞLU, s. 123.

Son olarak belirtelim, devralanın ilanı yapmaktan kaçınması durumunda, alacaklılar devralanı ilana zorlayamaz⁶⁷⁷. Devredenin devralan ile anlaşarak duyurunun yapılmamasını sağlaması durumunda, devrin alacaklıları zarara uğratmak amacıyla yapıldığı ortadadır. Bu durumda alacaklılar, tasarrufun iptali davasına başvurabilir.

ff) Duyurunun Ne Zaman Yapılacağı

Kanunda devralanın ilanı ne zaman yapması gerektiğine ilişkin herhangi bir süre öngörülmemiştir. Kanaatimizce, ilan, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesinden sonra derhal yapılmalıdır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescilinden önce duyurunun yapılması halinde, devir kapsamındaki borçlar devredilmiş olmaz. Örneğin, İİK m. 280/f. 3 gereği, devralanın, devirden en az üç ay önce yaptığı devir ilanı, TBK m. 202 uyarınca ilanın hukuki sonuçlarını doğurmaz.

c) Duyurunun Hukuki Sonuçları

aa) Borçların Geçişi

aaa) Genel Olarak

Ticari işletmenin devrinde, devrin üçüncü kişilere duyurulmasının en önemli hukuki sonucu, işletme borçlarının devralana geçişidir. Gerçekten de, ticaret siciline tescil ile birlikte, ticari işletme aktif unsurları ile birlikte devredilmiş olsa da, devir kapsamındaki işletme borçlarının, devralana geçişi, devrin alacaklılara duyurulması ile sağlanır. Aslında ticari işletmenin devrinde duyurunun, borçların, devralana geçişindeki son aşama olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Öyle ki, ticari işletmenin devrinde borçların devralana geçişinin sağlanabilmesi için, öncelikle işletme aktif ve pasiflerini içeren geçerli bir devir sözleşmesi akdedilmelidir. Daha sonra devreden tarafından, bu devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri gerçekleştirilmelidir. Son olarak da, devir, üçüncü kişilere duyurulmalıdır. Tüm bu aşamalardan sonra borçların, devralana geçişi sağlanacaktır.⁶⁷⁸ O halde, ilan

⁶⁷⁷ ACEMOĞLU, s. 123.

⁶⁷⁸ ARICI, s. 177; TBK m. 202 anlamında borç naklinin gerçekleşebilmesi için, hem sözleşmeye hem de devrin duyurulmasına ihtiyaç vardır.

aşamasından önceki devir aşamalarının yapılmaması ya da geçersiz olması durumunda, borçların geçişi gerçekleşmez. Eş söyleyişle tek başına devrin ilanı, işletme borçlarının devralana geçişini sağlamaz.

Devir sözleşmesinde, kapsam dışı bırakılmayan borçlar devredilir. Bir başka ifadeyle, herhangi bir borcun kapsam dışında olduğu devir sözleşmesinde açıkça belirtilmemişse, devralanın varlığını dahi bilmediği borçlar dahil, işletmeye ait bütün borçlar devralana intikal eder.

bbb) Borcun Devrinin Sebebe Bağlı Olması İlkesi Kapsamında Borcun Geçiş Serüveni

TBK m. 202 hükmü gereği, devir sözleşmesi, borcun iç üstlenilmesini (TBK m. 195) içermektedir⁶⁷⁹. Ticari işletmenin devrinde borcun nakli için, ayrıca borcun nakli anlaşmasının (TBK m. 196/f. 1) yapılması ve bunun için alacaklıların muvafakatine ihtiyaç yoktur⁶⁸⁰. Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin imzalanması ile birlikte borcun iç üstlenilmesi sağlanmış olacaktır. Borcun dış üstlenilmesi ise, devrin alacaklılara duyurulması ile sağlanacaktır⁶⁸¹. Ticari işletmenin devrini sağlayacak aktif ve pasif unsurları içeren geçerli bir devir sözleşmesi, işletme borçlarının devrini sağlayabilir. Devir sözleşmesi geçerli olmalıdır. Zira TBK m. 196 anlamında borcun nakli kurumu, sebepten mücerret bir işlem olmasına karşın, TBK m. 202 anlamında borcun nakli sebebe bağlıdır⁶⁸². O halde, TBK m. 202 kapsamında borçların nakli için, devir sözleşmesi geçerli olmalı ve borçların nakli devir sözleşmesine dayanmalıdır.

Devir sözleşmesinin, devreden tarafından ticaret siciline tescili birlikte, ticari işletme aktif unsurları devralana geçecektir. Tescil işlemi olmadan, ticari işletmenin devrinden bahsedilemez. Ticari işletmenin devri gerçekleşmeden de, TBK m. 202 anlamında borçların geçişi sağlanamaz. O halde, ticari işletmenin devrinde TBK m. 202

⁶⁷⁹ ARICI, s. 179.

⁶⁸⁰ ACEMOĞLU, s. 106; ARICI, s. 177;

⁶⁸¹ Aynı yönde bkz. ÇELİKBOYA, s. 191, 192.

⁶⁸² ACEMOĞLU, s. 139; ARICI, s. 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 282; Devir sözleşmesi ya da alacaklılara devrin duyurulması işlemlerinden herhangi biri geçersiz ise, TBK m. 202 kapsamında borcun nakli gerçekleşmez. OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 613; von TUHR/ESCHER, s. 397; BARANDUN, s. 57.

hükmünün uygulama imkanı bulabilmesi için, ticari işletmenin faaliyetlerini devam ettirebilecek şekilde bir bütün halinde devredilmesi gerekmektedir⁶⁸³. Gerçekten de, TBK m. 202'deki borçların nakli imkanı, malvarlığının ya da işletmelerin (esnaf işletmesi, ticari işletme) devrine özgülenmiştir. Bu imkanın kullanılabilmesi için söz konusu devirlerin geçerli bir şekilde gerçekleşmiş olması, hükmün doğası gereğidir. Zira işletmenin devri gerçekleşmeden, işletme borçlarını devralana yüklemek, TBK m. 202 sistemine aykırıdır⁶⁸⁴. Ayrıca TBK m. 202, borçların devri için, gerekli duyuruyu, devralanın yapması gerektiğini şart koşmuştur. Borçların devrini sağlayacak olan kişi son tahlilde, devralandır ve devralan gerçekleşmiş olan devrin duyurusunu yapmaktadır⁶⁸⁵. O halde, hükmün lafzı gereği de, borçların geçişinin sağlanabilmesi için, ticari işletmenin devredilmiş olması gerektiğini ifade edebiliriz.

Nihayet ticari işletmenin devrinde borçların devralana intikali serüveni, devralanın, devri alacaklılara bildirmesi ya da devrin Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilanıyla son bulur⁶⁸⁶.

ccc) Borcun Dış Üstlenilmesinin Uygulanabilirliği

aaaa) Genel Olarak

TBK m. 202/f. 3 uyarınca, ticari işletmenin devrinde borçların üstlenilmesinin sonuçları ile TBK m. 196 uyarınca gerçekleşen borcun dış üstlenilmesinin sonuçları aynıdır⁶⁸⁷. O halde, bu husustaki borcun dış üstlenilmesi ile ilgili hükümler, ticari işletmenin devrinde de uygulama imkanı bulacaktır.

Borcun dış üstlenilmesinin sonuçlarına ilişkin hükümlerin, ticari işletmenin devrinde de uygulama imkanı bulmasının ticari işletmenin devrinde önemli sonuçları vardır. Ticari işletmenin devrinde borçlar ile birlikte, borçların ferileri ve defî hakları kural

⁶⁸³ Aynı yönde ARICI, s. 181.

⁶⁸⁴ ARICI, s. 181.

⁶⁸⁵ ARICI, s. 181.

⁶⁸⁶ TBK m. 202'ye göre, malvarlığı veya ticari işletme niteliğini haiz olmayan işletmelerin devrine ilişkin duyuru, alacaklılara yapılacak ihbar ya da Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilan ile yapılır.

⁶⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 311, N. 3631.

olarak devralana geçer. Hemen belirtelim, tıpkı borçlarda olduğu gibi, devredenin devralan ile iki yıllık müteselsil sorumluluğu bunlar için de geçerlidir⁶⁸⁸.

bbbb) Borçların Ferilerinin Geçiş

TBK m. 198 uyarınca, borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki feri hakları varlığını sürdürür. Ticari işletmenin devrine uygulanan bu hüküm gereği, kural olarak borçlar ferileriyle birlikte devredilir.

Ticari işletmenin devrinde borçlar ile birlikte devredilecek olan feri haklara örnek olarak şunları gösterebiliriz: Muaccel olmuş ve henüz olmamış cezai şartlar, işlemiş ve devirden sonra işleyecek olan faizler, tahkim şartı, yetki şartı, eski borçlunun borca aykırılığı sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmini, temerrüt tazminatı, rehin hakkı, üçüncü şahıslarca verilen rehin, kefalet, rüçhan hakları.

TBK m. 198 gereği, borcun güvencesi olarak rehin veren kişi ve kefilin sorumluluklarının devam edebilmesi için, bu kişilerin borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri gerekir. Bu hüküm nedeniyle, ticari işletmenin devrinde, üçüncü şahıslarca borcun güvencesi olarak verilen rehin ve kefaletin devamı ve yeni borçluya geçişi öğretide tartışmalıdır.

Takas hakkı, TBK m. 153 uyarınca eski borçlu zamanında onun kişiliği ile ilgili zamanaşımını durduran sebepler, İİK m. 206'da düzenlenen imtiyazlar⁶⁸⁹ ise borçlunun kişiliğine özgü feri haklar olarak kabul edildiklerinden, bunların devrinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Hemen belirtelim ki, ticari işletmenin devri ile birlikte devredenin sorumluluğu bir süre daha devam edecektir. O halde, alacaklılar, devirden sonra da, bu süre zarfında, devredene başvurarak bu fer'i haklardan yaralanabilirler⁶⁹⁰. TBK m. 198/f. 1'in uygulama imkanı bulabilmesi için, iki yıllık müteselsil sorumluluğun sona ermesi gerekir⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ ACEMOĞLU, s. 133.

⁶⁸⁹ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 548, N. 1790.

⁶⁹⁰ ARICI, s. 204.

⁶⁹¹ BUCHER, s. 591.

cccc) Kefil, Rehin ve Aval Verenin Sorumluluğu

Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan bir borca ilişkin kefalet verilmiş ise, devir halinde kefilin sorumluluğunun akıbeti de önem arz eder. TBK m. 198 gereği, borcun güvencesi olarak rehin veren kişi ve kefilin sorumluluklarının devam edebilmesi için, bu kişilerin borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri gerekir. Bu hüküm nedeniyle, ticari işletmenin devrinde, üçüncü şahıslarca borcun güvencesi olarak verilen rehin ve kefaletin devamı ve yeni borçluya geçişi öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe⁶⁹² göre, TBK m. 198/f. 2 (eBK m. 176/f. 2), ticari işletmenin devrinde de uygulanır. Dolayısıyla, rehin veren üçüncü kişi ve kefil yazılı olarak rıza göstermedikçe, sorumlulukları devam etmez.

Bir diğer görüşe⁶⁹³ göre ise, TBK m. 198/f. 2'nin düzenleniş amacı, borçlunun değişmesi nedeniyle, rehin veren üçüncü kişi ve kefilin menfaatinin tehlikeye girmesinin engellenmesidir. Ticari işletmenin devrinde ise, devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğu vardır. Bu nedenledir ki, ticari işletmenin devri yoluyla borçların devri halinde, müteselsil sorumluluk dönemi boyunca, bu kişilerin durumları ağırlaşmış olmaz. Bir başka ifadeyle, TBK m. 198/f. 2 ile önlenmesi gereken bir tehlike söz konusu değildir. O halde, müteselsil sorumluluk dönemi boyunca, rehin veren üçüncü kişi ve kefil, yazılı olarak borcun nakline rıza göstermeseler dahi sorumlu olmalıdırlar. Ancak müteselsil sorumluluğun sona ermesi halinde, tehlike yine gündeme geleceği için, rehin veren üçüncü kişi ve kefil borcun nakline rıza⁶⁹⁴ göstermeleri halinde sorumlu olur.

Kefalette, kefilin borcu fer'i niteliktedir, demek oluyor ki, asıl borç ilişkisi ortadan kalkarsa kefalet de sona ermiş olur. Ticari işletmenin devrinde, devreden, devirden sonra iki yıl boyunca devralan ile birlikte müteselsil sorumlu olarak, devir kapsamındaki borçlardan sorumlu olmaya devam eder. Bu iki yıllık süre boyunca, kefil olunan borç varlığını sürdürdüğü takdirde, kefalet de devam eder. Bir başka ifadeyle, ticari işletmenin devrinden sonra, kefaletin devam etmesi için, kefilin onayına ihtiyaç

⁶⁹² Des GOUTTES, s. 98 (naklen ACEMOĞLU, s. 134.).

⁶⁹³ ACEMOĞLU, s. 134.

⁶⁹⁴ Yazar, bu rızanın yeni bir kefalete girme sayılmayacağından şekilsiz olarak verilebileceğini düşünmektedir. ACEMOĞLU, s. 134.

yoktur⁶⁹⁵. Zira, devreden kefil olunan borçtan sorumlu olmaya devam edecektir. Bu iki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin sona ermesi, borcun dış üstlenilmesi etkisini (TBK m. 202/f. 2, 3 gereği) doğurur ve devir kapsamındaki tüm borçlardan devreden kurtulmuş olur. TBK m. 198/f. 2 gereği, kefilin sorumluluğu ancak borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermesi halinde devam edeceğinden, kefaletin devam etmesi için, bu iki yıllık süresinin sona ermesinden önce, kefilin yazılı rızasına ihtiyaç vardır⁶⁹⁶. Aksi takdirde, devreden borcundan kurtulmasıyla, kefalet ilişkisi de sona erer.

TBK m. 198/f. 2 uyarınca, ticari işletmenin devri nedeniyle, rehin verenin sorumluluğu, kefilin sorumluluğu gibidir.

Aval, hususi bir kefalettir⁶⁹⁷. Kefaletin aksine avalde, aval verenin borcu asli nitelikte ve sorumluluğu birinci derecedendir. Öyle ki, TTK m. 702/f. 1 uyarınca, aval veren, kimin için taahhüt altına girmişse, borçtan sorumluluğu aynen onun gibidir. Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan, aval verilmiş bir kambyo senedi, devirle birlikte devralana intikal eder. Ne iki yıllık müteselsil sorumluluk süresinde ne de bu sürenin sonunda, salt ticari işletmenin devri nedeniyle, aval verenin sorumluluğu sona ermez. Bu nedenle, aval verenin sorumluluğunun devam etmesi için, onun rızasına ihtiyaç yoktur.

dddd) Müteselsil Sorumluluk Döneminde Kefile Başvuru

Kefalet sadece fer'i değil aynı zamanda tali niteliktedir⁶⁹⁸. Zira, kefilin sorumluluğu ikinci derecedendir⁶⁹⁹. Alacaklı ancak şu üç halden birinin varlığında doğrudan doğruya kefile başvurabilir:

- Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.

⁶⁹⁵ Aynı yönde ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 47. Aksi yönde, ACEMOĞLU, s. 134.

⁶⁹⁶ OLGAC, Senai: Kefalet, Ankara 1978, s. 15.

⁶⁹⁷ HIRSCH, Ticaret Hukuku, s. 502.

⁶⁹⁸ GÜRAL, Jale: Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, *AÜHFD*, S. 3-4, Y. 1951, s. 441.

⁶⁹⁹ GÜRAL, s. 441.

- Borçlu aleyhine Türkiye’de yapılan tatbikatın imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi.

- Borçlunun iflasına karar verilmesi.

- Borçluya konkordato mehli verilmiş olması (TBK m. 585/f. 1.).

Peki ticari işletmenin devri halinde, alacaklının kefile doğrudan başvurabilmesi için, yalnızca devreden borçluya mı başvurmuş olup, başvurunun sonuçsuz kalması gerekir? Yoksa devralan ve borçtan müteselsilen sorumlu olan borçluya da başvurmuş ve ancak bu başvurunun da sonuçsuz kalması gerekir?

Ticari işletme devrinin devralan tarafından ilan edilmesi ile birlikte, devredilen borçlardan devralan ile devreden müteselsilen sorumlu olur (TBK m. 202/f. 1, 2). Müteselsil sorumlulukta, borçlulardan her biri asıl borçlu konumundadır ve dolayısıyla alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur. TBK m. 585/f. 1 uyarınca, alacaklının, kefil takip edebilmesi için, borçluya başvurması gerekir. Hal böyle olunca da, ticari işletmenin devrinin ilanı ile birlikte, kefil olunan borcun, borçlusu durumundaki devralana da başvurulması gerekir. Bir başka ifadeyle, salt müteselsil borçlulardan biri olan devredene yapılan başvurunun sonuçsuz kalması, alacaklının kefil takip edebilmesi yeterli olmayacak, alacaklının ayrıca devralana da başvurması gerekecektir. Bu başvuru da sonuçsuz kalırsa, alacaklı, kefil takip edebilir. Zira, TBK m. 585/f. 1, alacaklının, borcun asıl borçluları tarafından ifa edilememesi halinde, kefilin takip edilebileceğini düzenlemektedir.

eeee) Def’i Haklarının Geçişi

TBK m. 199 uyarınca, üstlenilen borca bağlı savunmalar, kural olarak, ticari işletmenin devri ile birlikte devralana geçer. Hemen belirtelim, TBK m. 202/f. 2 gereği devreden devralan ile birlikte işletme borçlarından bir süre daha sorumluluğu devam eder. Bu süre zarfında, devir konusu borçlara bağlı savunmalar hem devreden hem devralan tarafından ileri sürülebilir⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ ARICI, s. 204. BARANDUN s. 101. Kural olarak müteselsil sorumluluk döneminde taraflardan biri ortak savunmalarını ileri sürmediği için borcu ifa etmiş ise, diğer tarafa rücu hakkını kaybeder.

Devralanın alacaklılara karşı ileri sürebileceği savunmalar şunlardır: Zamanaşımı, ödemezlik def'i, sebepsiz zenginleşme def'i ve itirazlar gibi borcun kendisinden doğan def'iler, borcun hiç doğmamış ya da devirden önce sona erdiği def'i.

Devralan, devredenin kişisel def'i ve itirazlarını alacaklılara karşı ileri süremez (TBK m. 199/f. 2). Devralanın alacaklılara karşı ileri süremeyeceği savunmalara şunları örnek olarak gösterebiliriz: Devrenin kişiliği ile ilgili cebri icra engelleri, takas hakkı.

Devredenin şahsında gerçekleşene irade sakatlıklarının TBK m. 199/f. 2 uyarınca borçlunun kişiliğine bağlı itiraz teşkil ettiğinden, devralan tarafından ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir⁷⁰¹. TBK m. 198/f. 1 özdeşlik ilkesi gereği, borca bağlı savunmalar, devralan tarafından da ileri sürülebilir. Devredenin şahsında irade sakatlığı gerçekleşmiş olsa da, artık bu durum doğrudan borcu ilgilendirir bir hal almıştır. Devralan, borcu bu yapısı ile birlikte devralır. Bu nedenle, devralan bu itirazı da alacaklıya karşı ileri sürebilmelidir.

Borcun üstlenilmesinde borç aynı kalacağından (TBK m. 198/f. 1), eski borçlunun bir def'i hakkından feragat etmesi, yeni borçluyu da bağlar⁷⁰².

TBK m. 199/f. 2'de yer alan *“Dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça”* ibaresi, bu hükmün emredici olmadığını göstermektedir. Ticari işletmenin devrinde borçların geçişi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasının zorunlu olmaması nedeniyle, TBK m. 199/f. 2 hükmünün aksinin ticari işletmenin devrinde kararlaştırılamayacağı belirtilmiştir⁷⁰³. Kanaatimizce, ticari işletmenin devrinde de, TBK m. 199/f. 2'nin aksi kararlaştırılabilir. O halde, ticari işletmenin devri yoluyla borcun devrinde de, önceki borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu kişisel savunmaların, devralan tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi kararlaştırılabilir. Zira, bu anlamda⁷⁰⁴, ticari işletmenin devri sözleşmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yerini tutar.

⁷⁰¹ ARICI s. 206.

⁷⁰² TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 548, N. 1790.

⁷⁰³ BARANDUN, s. 102.

⁷⁰⁴ Ticari işletmenin devrinde borçlar, devralanın ticari işletmeyi devraldığını üçüncü kişilere duyurmasıyla intikal ederken, borcun dış üstlenilmesinde borçlar ise, dış üstlenilme sözleşmesinin akdedilmesi ile intikal eder.

ddd) Borçların Geçiş Anı

aaaa) Genel Olarak

Ticari işletmenin devrinde, devralanın, devri alacaklılara ihbarı ya da Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilanı ile birlikte, devir kapsamındaki borçların devralana geçeceğini belirtmiştik. Bu hususta yanıt aradığımız soru, borçların tam olarak geçiş anı ne zamandır ve devrin duyuru şekline göre farklılık arz eder mi?

bbbb) İhbar Bakımından

Ticari işletme devrinin ihbar yolu ile alacaklılara duyurulmasında, devir kapsamındaki borçların geçişi TBK m. 202 anlamında ihbarın hukuki sonuç doğurduğu anda gerçekleşecektir⁷⁰⁵. O halde, ihbar ne zaman hukuki sonuç doğurur? Eş söyleyişle ihbar ne zaman yapılmış sayılacaktır?

Öğretide bir görüşe⁷⁰⁶ göre, ihbar her bir alacaklıya ayrı ayrı yapılmalıdır. Ancak kendisine ihbarda bulunulan alacaklıların devir kapsamındaki borçları, devralana intikal edecektir.

Bir diğer görüşe⁷⁰⁷ göre ise, kendisine ihbar yapılan alacaklılar ile birlikte devirden bir şekilde haberi olan alacaklıların devir kapsamındaki borçları, devralana geçmiş olacaktır.

Bir başka görüşe⁷⁰⁸ göre, TBK m. 202'de kanuni bir intikal söz konusu olduğundan, borçların nakli için, bildirimin tüm alacaklılara yapılmış olması aranmaz. Müşterilere yapılan bildirim dahi, borçların devralana geçişini sağlayacaktır.

Bir diğer görüşe⁷⁰⁹ göre, ihbar kural olarak, alacaklıların tamamına yapılmalıdır. Ancak, TBK m. 202 anlamında borcun naklinin gerçekleşebilmesi için, alacaklıların önemli bir kısmına ihbarın yapılmış olması yeterlidir. Bu durumda, kendisine ihbar

⁷⁰⁵ İhbar alacaklıya ulaşmak şartıyla hüküm ifade eder. YHGK 2007/21-664 E. , 2007/745 K.

⁷⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 614; Yazara göre, ayrıca ihbar, mutlaka alacaklıların hepsine ya da en azından önemli bir kısmına yöneltilmiş olmalıdır. DURMAN, s. 113.

⁷⁰⁷ ACEMOĞLU, s. 188, dpn. 329; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 282; Kendisine ihbar yapılmayan alacaklı, başka suretle ihbardan haberdar olmuşsa TBK m. 202 (İBK m. 181) uygulanır. BECKER, s. 837, N. 17.

⁷⁰⁸ KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 218, N. 410.

⁷⁰⁹ ARICI, s. 188, 189.

yapılmayan alacaklılar, diğer alacaklılara yapılan ihbardan bir şekilde haberdar olmuşlarsa, bu kişilere karşı olan borçlar da devralana intikal etmiş olacaktır. Zira önemli olan alacaklıların devirden haberdar olmasıdır. O halde, bir alacaklıya devir ihbar edilmemişse ve alacaklı herhangi bir şekilde devirden haberdar olmamışsa, bu kişiye karşı olan borçlar devralana geçmiş olmaz.

Kural olarak devir her bir alacaklıya ihbar edilmelidir. TBK m. 202'deki ilan ya da ihbar şartı, devrin alacaklılara duyurulmasına hizmet ettiğinden, ihbar yapılan ya da bir şekilde devri öğrendiği sabit olan alacaklılara karşı olan devir kapsamındaki borçlar, devralana geçecektir. Yoksa, ihbarın zorunlu olarak bütün alacaklılar özelinde yapılması aranmamalıdır. Zira, ihbar için bir şekil şartı aranmadığı için, afiş asmak, genel bir yerde panoya ilan asmak gibi ihbar yöntemleri kullanılabilir. Bu yöntemler ile gerekli duyurunun yapılabilmesi imkanı, görüşümüzü doğrular niteliktedir. Hemen belirtelim, TBK m. 202'nin açık ifadesi nedeniyle, TBK m. 202 anlamında borcun naklinin gerçekleşebilmesi için ihbarın alacaklılardan birine yapılmış olması yeterlidir. O halde, devralan kimseye devri ihbar etmemiş ise, devirden bir şekilde haberdar olan alacaklılara karşı olan devir kapsamındaki borçların, devralana intikal etmeyeceğini düşünmekteyiz⁷¹⁰.

Sonuç olarak, ticari işletmenin devredildiğine ilişkin ihbarın, TBK m. 202 anlamında sonuç doğuracak şekilde alacaklılar tarafından öğrenildiği anda, ilgili borcun devri gerçekleşmiş olacaktır. Örnek verecek olursak, devrin ihbarı Whatsapp üzerinden gerçekleşmiş ise, devir anı iletinin gönderildiği an değil, iletinin gönderilmesinden sonra (ihbarın yapılmasından sonra) alacaklıların iletiyi okuduğu andır⁷¹¹. Zira TBK m. 202 devrin alacaklılara bildirilmesini aramaktadır. Kanaatimizce bu hüküm kapsamındaki bildirilme, devrin öğrenilmesini de kapsamaktadır.

⁷¹⁰ Kanunun açık ifadesine karşın, TBK m. 202'de öngörülen ilan ve bildirim yükümlülüğü, alacaklıları koruma amacı güttüğünden, ihbar edilmeksizin devri öğrenen alacaklılara karşı olan devir kapsamındaki borçların, TBK m. 202 anlamında intikali gerçekleşmiş olmalıdır. ÇELİKBOYA, s. 195.

⁷¹¹ Kanaatimizce, TBK m. 202 hükmünde, ihbarı muhatabın öğrenmesinin şart olmadığı, ihbarın kişinin hakimiyeti alanına girmiş olmasının yeterli olması görüşü geçerli değildir. Aksi yönde görüş için bkz. ARICI, s. 188.

cccc) İlan Bakımından

İhbar gibi ilan da, devrin üçüncü kişilere duyurulmasını sağlayan bir enstrumandır. Devralanın, ticari işletmenin devrini Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan etmesiyle birlikte, bu devirden alacaklıların haberdar oldukları kabul edilir⁷¹². O halde, devralan tarafından ilan yapılması ile birlikte, ilan hukuki sonuçlarını doğurur. Demek oluyor ki, devrin ilan edildiği anda, devir kapsamındaki borçlar devralana intikal etmiş olur. Bu nedenle, ilan, ihbara göre daha avantajlıdır⁷¹³.

dddd) İsviçre Hukuku'nda Borçların Geçiş Anı

İsviçre hukukunda ticari işletmenin devri FusG m. 69-77 uyarınca gerçekleşmektedir. FusG m. 73/f. 2 uyarınca devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte devir kapsamındaki tüm aktif ve pasifler devralana geçer. Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrinde aktifler, pasifler ve borç ilişkileri aynı anda devredilmektedir. Devrin üçüncü kişilere etkisi, ilanı izleyen gün gerçekleşir.

eeee) Aktif ve Pasiflerin Devir Uyumsuzluğu

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ticari işletmenin devrinde aktiflerin devri cüz'i halefiyet ilkesi yoluyla gerçekleşirken, pasiflerin devri TBK m. 202 uyarınca gerçekleşmekteydi. Devir kapsamındaki her bir ticari işletme malvarlığı unsurunun kanunda öngörülen şekil şartlarına riayet edilmek suretiyle devri gerçekleştiğinden, aktiflerin kendi aralarında devri farklı zamanlarda gerçekleşmekle birlikte, aktiflerin devir anı ile pasiflerin devir anı arasında da bir uyumsuzluk söz konusu idi.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde ise, aktiflerin devri TTK m. 11/f. 3 uyarınca ticaret siciline tescil ile sağlanırken, pasiflerin devri yine TBK m. 202 gereği sağlanır⁷¹⁴. Aktiflerin tek bir anda külli olarak devri sağlanmış iken, aktif ve pasiflerin devri anı arasında yine uyumsuzluk söz konusu olabilecektir. Esasında uyumsuzluğun kaynağı TBK m. 202 hükmüdür. TTK m. 11/f. 3, tek başına ticari işletmenin aktifini, pasifini ve hatta sözleşme ilişkilerini devredebilecek yeteneği haizdir. O halde TBK m.

⁷¹² ARICI, s. 190.

⁷¹³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 614.

⁷¹⁴ Bu durum bütünlük ilkesi ile çelişmektedir. BAHTİYAR, Devir, s. 3903.

202, ticari işletmenin devrinde uygulama imkanı bulmasaydı, TTK m. 11/f. 3 uyarınca, ticari işletmenin aktif ve pasifleri, devrin tescili ile birlikte devralana geçerdi⁷¹⁵. Bu son bahsettiğimiz düzen, İsviçre hukukunda FusG uyarınca malvarlığının devrinde geçerlidir.

bb) İki Yıllık Müteselsil Sorumluluğun Başlaması

aaa) Genel Olarak

Devrin üçüncü kişilere duyurulması ile devir kapsamındaki borçların devralana geçişi, TBK m. 202/f. 2’de öngörülen devralan ile devreden iki yıllık müteselsil sorumluluk döneminin de başlaması sonucunu doğurur (TBK m. 202/f. 3)⁷¹⁶. Eş söyleyişle devralan tarafından, devir üçüncü kişilere duyurulmamış ise, devralan devir kapsamındaki borçları üstlenmemiş ve bu süre başlamış olmaz. Borçların niteliğine göre de, müteselsil sorumluluk başlangıcı farklılık arz eder. İki yıllık sürenin başlama anı, muaccel borçlar için devrin üçüncü kişilere duyurulması, müeccel borçlar için ise muacceliyet tarihidir⁷¹⁷ (TBK m. 202/f. 2). Önemle belirtelim, iki yıllık sorumluluk süresinin başlama anı, her bir borç özelinde tayin edilmelidir⁷¹⁸. Bu nedenle, ticari işletmenin devrinin üçüncü kişilere duyurulmasından itibaren iki yıl geçmesiyle, devreden tamamen borçlardan kurtulmuş olmayabilir.

TBK m. 202’de öngörülen müteselsil sorumluluk, TBK m. 162 anlamındaki gerçek müteselsil sorumluluktur⁷¹⁹.

⁷¹⁵ Devrin üçüncü kişilere etkisi, ticari işletmenin devrinin ilanından sonra ortaya çıkar.

⁷¹⁶ İki yıllık müteselsil sorumluluk döneminde, İGDAŞ tarafından tahakkuk ettirilerek bildirilen fatura bedelinden zamanında davalıyı ihbar etmemesi nedeniyle borcun ağırlaşmasına sebebiyet veren devreden, bu ağırlaşma miktarı için devralana rücu edemez. YHGK 26.12.2001 T. , 2001/11-1155 E. , 2001/1165 K..

⁷¹⁷ Devir işleminden sonra muaccel olacak borçlar için, iki yıllık sürenin borcun muacceliyet tarihinden başlaması, alacaklıları menfaatlerini koruyacaktır. Zira müteselsil sorumluluğun amacı, alacaklıların korunmasıdır.

⁷¹⁸ ARICI, s. 201.

⁷¹⁹ FusG’nin malvarlığının devri kurumu bakımından aynı yönde AMSTUTZ/MABILLARD, s. 551, N. 6; SCHUMACHER, s. 186.

TBK m. 202’de öngörülen süre hak düşürücü niteliktedir⁷²⁰ ve hakim tarafından re’sen dikkate alınır⁷²¹. İki yılın sonunda devredenın sorumluluğu sona erer. Artık ticari işletme devri kapsamındaki borçlardan, devralan tek başına sorumlu olacaktır.

Müteselsil sorumluluk, ticari işletmenin devri yoluyla devredilen borçlar bakımından gündeme gelir. Devir kapsamında yer almayan borçlardan, devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğu söz konusu değildir.⁷²²

Gerek müteselsil sorumluluk döneminde devreden ve devralan gerekse bu dönem sonunda tek başına devralan, ticari işletme borçlarından tüm malvarlığı ile sorumludur⁷²³.

bbb) İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Süresi

FusG’de önce ticari işletmenin devri, eBK sisteminde olduğu gibi İBK m. 181 (eBK m. 179; TBK m. 202) kapsamında gerçekleşmekteydi. FusG’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, sicile kayıtlı ticari işletmelerin devrinde FusG m. 75/f. 2 uygulanır. FusG m. 75/f. 2 uyarınca, devreden ile devralan, devrin İsviçre Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilanından itibaren üç yıl süreyle müteselsil olarak sorumludur. Hemen belirtelim bu üç yıllık süre, zamanaşımı süresidir ve bu nedenle süre, İBK m. 135 uyarınca kesilebilir⁷²⁴.

Türk hukukunda borçların devri ve müteselsil sorumluluğun başlangıcı ilan ile gerçekleşirken, İsviçre hukukunda borçların devri, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili (FusG m. 73/f. 2), müteselsil sorumluluğun başlangıcı ise, devrin ilanı ile (FusG m. 75/f. 2) gerçekleşir.

⁷²⁰ ARICI, s. 200. Kanunda veya akitte hakkın korunması için, alacaklının belirli bir sürede, belirli davranışlarda bulunması gerekiyorsa, hak düşürücü süre söz konudur. Hak düşürücü sürenin sona ermesiyle birlikte, hak da sona ermiş olacaktır. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1032.

⁷²¹ ARICI, s. 201. Hak düşürücü süre, itiraz teşkil eder. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1032.

⁷²² von SALIS, s. 445.

⁷²³ BUCHLI, s. 83.

⁷²⁴ VISCHER, s. 230, 231; KUNZ, Das Neue Fusionsgesetz, s. 239.

ccc) Alacaklının Borçluyu Seçme Hakkı

Ticari işletmenin devrinde, devrin üçüncü kişilere duyurulması ile başlayan, devreden ile devralanın iki yıllık sorumluluğu, müteselsildir. Ticari işletmenin devrinde, müteselsil sorumluluk kanuna dayanır (TBK m. 202/f. 2). Söz konusu müteselsil sorumluluğa, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler (TBK m. 162 vd.) uygun olduğu ölçüde uygulanır. O halde, alacaklı, borcun tamamının ya da bir kısmının ifasını, devreden ya da devralandan talep edebilir (TBK m. 163/f. 1). Alacaklı tamamen tatmin edilmedikçe, devreden ile devralanın sorumluluğu sona ermiş olmaz (TBK m. 163/f. 2).

ddd) Müteselsil Sorumluluğun Sınırlandırılmaması/Kaldırılmaması

Ticari işletmenin devrinde müteselsil sorumluluğun kanundan kaynaklandığını belirtmiştik. Kanundan kaynaklanan müteselsil sorumluluk, tarafların iradesi ile ortadan kaldırılamaz. O halde, devir sözleşmesinde tarafların, devredenin sorumluluğunu kaldırması, alacaklılara karşı hüküm ifade etmez⁷²⁵. Eş söyleyişle, ticari işletmenin devrinde, devredenin müteselsil sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Kanun koyucu müteselsil sorumluluğu iki yıllık süre için öngörmüştür. Bu sürenin kısaltılmasına ilişkin anlaşma da alacaklılara karşı hükümsüzdür⁷²⁶. Buna karşın, taraflar, bu sürenin uzatılmasını kararlaştırabilir⁷²⁷.

eee) Devredenin Sorumluluğu

Ticari işletmenin devri kapsamındaki borçlar, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesinden önce doğmuş borçlardır. O halde, ticari işletmenin devrinde, müteselsil sorumluluk süresince devreden, sadece devirden önceki borçlardan sorumlu olacaktır⁷²⁸. Demek oluyor ki, ticari işletmenin devrinden sonra doğacak borçlardan, devredenin sorumluluğu söz konusu değildir⁷²⁹. Zira, ticari işletme artık devralanın malvarlığındadır ve devralan, alacaklılara karşı, ticari işletmeden doğan borçlardan tek

⁷²⁵ ACEMOĞLU, s. 145.

⁷²⁶ BUCHER, s. 589; FusG hükümleri uyarınca malvarlığının devrindeki müteselsil sorumluluk süresinin de kısaltılmasına ilişkin değişiklikler yapılamaz. SCHUMACHER, s. 187.

⁷²⁷ FusG'nin malvarlığının devri kurumu bakımından aynı yönde, SCHUMACHER, s. 187.

⁷²⁸ SCHUMACHER, s. 185, 191.

⁷²⁹ ARKAN, Ticari İşletme 2015, s. 46.

başına sorumludur. Devirden önce akdedilmiş bir sözleşmeden doğan bir borcun, devirden sonra ifa edilecek olması, ya da devirden önce bir malın satılıp teslim edilmesinden sonra maldaki ayıbın ticari işletmenin devrinden sonra tespit edilmesi halinde, bu borçların (ifa borcu, ayıptan doğan borçlar) devirden sonra doğduğu anlamına gelmez⁷³⁰. Demek oluyor ki, ticari işletmenin devrinden sonra devreden, bu borçlardan, devralan ile birlikte iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olacaktır⁷³¹.

Ticari işletmenin devri, borcun yapısını değiştirmez. Devreden, iki yıllık müteselsil sorumluluk döneminde devir kapsamındaki borçlardan, devirden önce sorumlu olduğu şekilde sorumlu olmaya devam eder⁷³².

fff) Devralanın Sorumluluğu

Devralan, ticari işletme devrini alacaklılara duyurduğu anda, devir kapsamındaki borçların asıl borçlusu haline gelir⁷³³. Bu andan itibaren, devir kapsamındaki borçların alacaklılarının, devralana başvurma hakkı vardır. Müteselsil sorumluluk döneminde, devralan, devir kapsamındaki borçlardan devredenle birlikte sorumlu olmakta iken, işletmenin yeni sahibi olarak, devirden sonra doğan işletme borçlarından ise tek başına sorumludur. Demek oluyor ki, müteselsil sorumluluk, sadece devir kapsamındaki borçlar bakımından geçerlidir.

ggg) Sorumluluğun Sona Ermesi

aaaa) Devreden Özelinde Sorumluluğun Sona Ermesi

aaaaa) İki Yıllık Sürenin Sona Ermesi

aaaaaa) Genel Olarak

Devreden borçlardan sorumluluğun sona ermesi, her bir borç özelinde gündeme gelecektir. O halde, kural olarak devreden sorumluluğu her bir borç özelinde ele alınmalıdır. Örneğin TBK m. 202/f. 2 gereği, muaccel borçlar ile müaccel borçlardan

⁷³⁰ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 201, dpn. 876.

⁷³¹ Gizli ortaklık ilişkilerinde, gizli ortağın dış ilişkide sorumluluğu bulunmadığından, devirden sonra iki yıl için sorumluluğu söz konusu değildir. BİLGİLİ, Gizli Ortaklık, s. 136.

⁷³² ACEMOĞLU, s. 143.

⁷³³ ACEMOĞLU, s. 124.

sorumluluğun sona ermesi farklılık arz edebileceği gibi, müeccel borçlar arasında da sorumluluğun sona ermesi farklı anlarda gerçekleşebilir.

TBK m. 202/f. 2, devreden için iki yıllık sorumluluk süresi öngörmüştür. Bu iki yıllık süre, hak düşürücü niteliktedir. Hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Süre zamanaşımı süresi olmadığından, zamanaşımının durmasına ya da kesilmesine ilişkin hükümler uygulama imkanı bulamaz⁷³⁴. O halde, her bir borç özelinde iki yıllık sürenin sona ermesi ile birlikte, devreden o borca ilişkin sorumluluğu sona erecektir. Hemen belirtelim, alacaklı iki yıllık müteselsil sorumluluk döneminde devredene karşı icra takibine girişmemiş ya da dava açmamış ise, devreden sorumluluğu iki yıllık sürenin geçmesiyle sona erer⁷³⁵.

İki yıllık süre sona erse de, devralanın devir kapsamındaki borçlardan, sorumluluğu devam edecektir.

bbbbb) Müteselsil Sorumluluk Döneminin Sona Ermesine Karşın Alacaklılara Tanınan Ek Başvuru Süresi

Ticari işletmenin devrinde devreden ile devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğu hak düşürücü süredir. Zamanaşımı süresi gibi bu sürenin durması ya da kesilmesi söz konusu değildir. Bu iki yıllık sürenin sonunda devreden o borçtan sorumluluğu kalkmış olur. Artık alacaklılar, devir kapsamındaki alacaklarını almak için devredene başvuramayacak, alacaklarını devralandan talep edecektir. Zira artık müteselsil sorumluluğun alacaklılara bahşettiği koruma kalkmıştır.

Alacaklı bu iki yıllık süre dolmadan önce devredeni dava ettiği takdirde, bu süre dolmuş olsa dahi, bu dava ile hakkını alabilmelidir. Zira, alacaklı, kanunda öngörülen süre içinde devredenden hakkını talep etmiştir.

Usuli hatalar nedeniyle alacaklılara ek süre tanıyan TBK m. 158/f. 1⁷³⁶, ticari işletmenin devrinde de uygulanır⁷³⁷. Hükümde belirtilen durumların gerçekleşmesi

⁷³⁴ ARICI, s. 201; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 221, N. 420.

⁷³⁵ BUCHLI, s. 83.

⁷³⁶ TBK m. 158/f. 1: “Dava veya def’i mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da, o arada

halinde, alacaklı, iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi sona ermiş olsa bile, tanınan altmış günlük ek süre içinde, devredene başvurabilecektir.

bbbb) Devreden ve Devralan Bakımından Sona Erme Halleri

aaaaa) Alacaklının Tatmin Edilmesi

Alacaklının tatmin edilmesi ile bütün borçlular, alacaklının tatmin edilme oranında borçtan kurtulurlar. O halde, devreden ya da devralandan biri, ifa veya takas ile borcun tamamını sona erdirmiş ise, her ikisi bakımından da, bu borç özelinde, alacaklıya karşı borç sona ermiş olacaktır (TBK m. 166/f. 1). Borcun devralan tarafından sona erdirilmesi durumunda, devralanın devredene rücu hakkı bulunmaz iken, devreden tarafından borç sona erdirilmişse, devreden borcun tamamı için, devralana rücu hakkı vardır⁷³⁸. Zira, rücu hakkının söz konusu olabilmesi için, kişinin kendi payından fazlasını ifa etmesi gerekir. Ticari işletmenin devrinde, devir kapsamı borçlardan esasen devralan sorumludur. Nihai olarak borcu tek başına üstlenecek kişi devralandır. Devir ilanının borcun dış üstlenilmesinden ziyade kanuni borca katılma etkisini doğurduğundan, esasında devir anı itibarıyla devir kapsamındaki borçtan sorumlu olmayan devreden, alacaklıların korunması amacıyla iki yıl daha sorumlu olmaktadır.

bbbbb) Kusursuz İfa İmkansızlığı

TBK m. 136/f. 1 gereği, kusursuz imkansızlık hali söz konusu ise, alacaklı tatmin edilmeden de borç sona erebilir⁷³⁹. Bu şekilde, borçlunun borçtan kurtulabilmesi için, imkansızlığın temerrüitten önce gerçekleşmesi gerekir⁷⁴⁰.

zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.”.

⁷³⁷ ACEMOĞLU, s. 149, 150.

⁷³⁸ Bu durumda, devreden rücu ilişkisinde borç taşımaz. Bu nedenle, tamamen rücu talebinde bulunabilir. GAUTSCHI, Alain: Solidarschuld und Ausgleich, Zurich/St. Gallen 2009, s. 91; von TUHR/ESCHER, s. 312; BUCHER, s. 496.

⁷³⁹ AKINTÜRK, s. 176. Yazarlara göre, ifası imkansızlaşan borç sona erer. Yoksa, borçlunun kusurlu olup olmaması önemli değildir. Kusur, alacaklının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünde önem arz eder. Borçlu kusurlu ise TBK m. 112 gereği, alacaklının uğradığı zararı tazmin ile yükümlüdür. Şayet borçlu kusurlu değilse ancak ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması

Kusursuz imkansızlık, sübjektif ve objektif niteliklerde ortaya çıkabilir. Kişinin şahsında imkansızlığın gerçekleşmesine karşın, borcun ifası üçüncü kişiler nezdinde mümkün ise, sübjektif imkansızlık söz konusudur. İfa sadece borçlu için değil, herkes bakımından imkansız hale gelmiş ise, objektif imkansızlıktan bahsedilir.⁷⁴¹

İmkansızlığın mahiyeti, müteselsil sorumlulukta tarafların borçtan kurtulmaları bakımından önem arz eder. Öyle ki, sübjektif imkansızlığın varlığı durumunda, imkansızlık şahsında gerçekleşen kişi, borçtan kurtulmuş olacaktır. Objektif imkansızlıkta ise, tüm borçlular, borçtan kurtulmuş olur.⁷⁴² O halde, objektif imkansızlık ortaya çıkmışsa, devreden ve devralan borçtan kurtulmuş olacaktır. Sübjektif imkansızlıkta ise, kimin şahsında imkansızlık gerçekleşmiş ise, o kişi borçtan kurtulur.

Ticari işletmenin devrinde, sübjektif imkansızlığın devreden bakımından ortaya çıkması daha olasıdır. Zira, müteselsil sorumluluk süresince, ticari işletmeye bağlı borçları ödemekle yükümlü olan devreden, ticari işletmesini devretmiş durumdadır. O halde, sadece ve sadece devredilen ticari işletme faaliyetleri çerçevesinde ifa edilecek bir borç için, devreden bakımından sübjektif imkansızlık söz konusudur. Bu durumda, devredenin, bu borçtan sorumlu olmayacağını ifade edebiliriz.

cccc) İbra

Devredenin sorumluluğu, devreden ile alacaklı arasında yapılacak ibra⁷⁴³ sözleşmesi (TBK m. 132) tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılabilir⁷⁴⁴.

için gerekli önlemleri almaz ise bundan doğacak zararlardan sorumlu olacaktır. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 570, 571. Bizim de katıldığımız görüşe göre, imkansızlık kusura dayanıyorsa, borcun sona ermesinden ziyade, borç ediminin tazminata dönüşmesi söz konusudur. AKINTÜRK, s. 195.

⁷⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 998, 999.

⁷⁴¹ AKINTÜRK, s. 176.

⁷⁴² AKINTÜRK, s. 176.

⁷⁴³ İbra, alacaklının alacağını istemekten vazgeçmek suretiyle, borçluyu borçtan kurtarmasıdır. AKINTÜRK, s. 177.

⁷⁴⁴ Söz konusu sorumluluğun ortadan kaldırılması, kanunda doğan müteselsil sorumluluğun doğuşuna engel olacak şekilde ortadan kaldırılması olarak anlaşılmamalıdır.

eBK dönemi müteselsil borçlulukta, alacaklı, borçlulardan biriyle ibra sözleşmesi yapmış ise, diğer borçluların da ibradan faydalanıp faydalanamayacağı öğretide tartışmalıdır.

Öğretide hakim olan görüşe⁷⁴⁵ göre, alacaklı ibra sözleşmesinde, diğer borçluları da ibra ettiğini beyan etmemişse, sadece alacaklının ibra etmiş olduğu borçlu borcundan kurtulur. Bu durumda, diğer borçlular, borcun tamamından sorumlu olmaya devam edeceklerdir.

Bir diğer görüşe⁷⁴⁶ göre ise, alacaklı, borçlulardan birini ibra etmişse, bu borçlunun payına düşen oranda diğer borçlular da ibra edilmiş sayılır. TBK m. 166/f. 2 (eBK m. 145/f. 2) uyarınca, borçlulardan birinin ibra edilmesi durumunda, halin ya da borcun niteliğinin elverdiği ölçüde, diğer borçlular da ibradan yararlanabilirler. Bu tarz bir yaklaşım ibranın mahiyetine ve ibra ile güdülen amaca daha uygundur.

Biz de bu son görüşe katılmaktayız. Zira TBK m. 166/f. 2 hükmündeki “*durumun ya da borcun niteliğinin elverdiği ölçüde*” ifadesi, “müteselsil sorumluluktaki borç imkan veriyorsa, kural olarak ibradan diğer borçlular da yararlanabilir” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu tarz bir yaklaşımın uygunluğunu bir örnek ile açıklamaya çalışalım. A ve B, C’ye karşı 1000 TL borçtan, eşit paylarla müteselsilen sorumlu olsunlar. C’nin A’yı ibra etmesi durumunda, ilk görüşe göre, B, C’ye karşı 1000 TL’den sorumlu olmaya devam edecektir. C’ye 1000 TL’yi ödeyen B, payından fazla bir miktarı ödediğinden, borcun 500 TL’lik kısmı için A’ya başvurduğunda, A’nın parayı ödemesi halinde, A ile C’nin yapmış olduğu ibra sözleşmesinin etkisiz kalacak ve A’nın 500 TL’lik kısım için C’ye başvurması gündeme gelecektir⁷⁴⁷. Halbuki katıldığımız görüşe göre bir çözüm izlense, A’nın C’yi ibra etmesi durumunda, B, C’ye karşı kalan 500 TL’den sorumlu olacaktır. Bu tarz bir yaklaşım çözümü sadeleştirmekte ve gereksiz hukuki uğraşlarla tarafların alacaklarının peşine düşmesine engel olacaktır.

eBK döneminde ibranın subjektif mi yoksa objektif mi etkiye sahip olduğu tartışması, TBK m. 166/f. 3 ile sona ermiştir⁷⁴⁸. Bu hüküm uyarınca, alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluların da, ibra edilen borçlunun

⁷⁴⁵ AKINTÜRK, s. 178, dpn. 50’de belirtilen yazarlar.

⁷⁴⁶ AKINTÜRK, s. 179 vd..

⁷⁴⁷ Benzer örnek için bkz. AKINTÜRK, s. 181.

⁷⁴⁸ DALCI ÖZDOĞAN, s. 48.

iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtulması sonucunu doğurur (TBK m. 166/f. 3).

Müteselsil borçlulukta genel olarak ibranın durumuna değindikten sonra, şimdi de ticari işletmenin devrinde ibranın etkisine değinmeye çalışalım. Acaba, ticari işletmenin devrinde söz konusu olan müteselsil borçluluk, devralanın ibra edilmesinden, devralanın da yararlanmasına imkan vermekte midir?

Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira ticari işletmenin devrinde kanundan kaynaklanan müteselsil sorumluluk, salt alacaklılara güvence verme amacına yöneliktir. Aslında, devreden sorumlu olmayacağı bir borçtan, bir başka ifadeyle paya sahip olmadığı bir müteselsil borçluluk ilişkisinde, kanunun alacaklıları koruma amacı nedeniyle sorumlu olmaktadır. Öyle ki, ticari işletmenin devri nedeniyle, devreden ile devralanın (A) kişisine 1000 TL müteselsilen borcu olsun. 1000 TL'lik borçtan devralanın payı, bu borcun tamamıdır. Devreden, (A)'ya 1000 TL'nin tamamını ödemesi halinde, bu 1000 TL'nin tamamı için devralana rücu edebilir. Bir diğer yönüyle, devralan, (A)'ya ne kadar ödeme yaparsa yapsın, daha sonra devredene rücu edemez. Çünkü, devralan, borcun tamamını dahi ödese, bu borç kendi borcudur. O halde, alacaklının, devredeni ibra etmesi durumunda, TBK m. 202/f. 2'nin bahsettiği güvenceyi reddetmiş olacak, devredeni borç dışına çıkarmak suretiyle bu borç özelinde seçimlik hakkını ve müteselsil sorumluluğu sonlandırmış olacaktır. Yoksa, ibra, alacaklının borcunun varlığına etki etmemektedir. Sonuç olarak, (A), devredeni ibra etse bile, 1000 TL borcun tamamını devralandan talep edebilir.

dddddd) Zamanaşımı

aaaaaa) Genel Olarak

Zamanaşımı, esasında borcun sona ermesine neden olmaz. Alacak hakkının uzun süre kullanılmaması, onun dava edilebilme niteliğini olumsuz manada etkiler⁷⁴⁹. İşte bu etki hukuk dünyasında zamanaşımı olarak ifade bulmuştur. Zamanaşımına uğramış bir borç, dava edilebilirse de, borçlu, zamanaşımı def'i ile davanın reddedilmesini sağlayabilir. Borçlunun bu hakkını kullanmaması, borcu ifa etmesi sonucu doğurabilir. Zira zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hakim bunu kendiliğinden dikkate almaz.

⁷⁴⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1030.

Zamanaşımı süresi her bir borç özelinde değerlendirilmelidir. Ticari işletmenin devrinde, devreden ile devralanın ortak olarak sorumlu oldukları borçlarda zamanaşimleri da ortaktır. İki yıllık müteselsil sorumluluk süresince, devir kapsamındaki borçlardan bazılarının zamanaşımına uğramaları söz konusu olabilir. İşte bu zamanaşımına uğrayan borçlara ilişkin ifa taleplerine zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi gerekir. Kural olarak, müteselsil borçlulardan biri, ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur (TBK m. 164/f. 2). Bu hükmün ticari işletmenin devrinde uygulaması şu şekilde gerçekleşir. Devreden, zamanaşımı def'ini ileri sürmez ve borcu ifa ederse, devreden, ifa nedeniyle devralana rücu hakkını haiz değildir. Aksine bir iç anlaşma yoksa, ticari işletmenin devrinde devralanın, devreden rücu hakkı olmadığından, zamanaşımı def'ini ileri sürmeyen devralanın, ifada bulunması nedeniyle devredene başvuru hakkı yoktur.

bbbbbb) Ticari İşletmenin Devri Zamanaşımını Keser mi?

Zamanaşımını kesen haller, TBK m. 154'te belirtilmiştir. Bu halleri, borçlunun borcunu ikrarı ve alacaklının ifaya yönelik nitelikli eylemi olarak iki başlıkta ifade edebiliriz. Bu hususta tartışacağımız konu, ticari işletme devri ilanının, zamanaşımını kesip kesmeyeceğidir. Bu tartışmada borçlunun borcunu ikrarı kapsamında yapılacaktır. O halde, yeni sorumuz şu olacaktır: Ticari işletmenin devrinde devralanın devri ilanı ile borcu üstlenmesi, TBK m. 154 anlamında borçlunun borcu ikrarı niteliğinde midir?

ACEMOĞLU'na⁷⁵⁰ göre, ticari işletmenin devrinde devrin ilanı, zamanaşımını kesmez. Zira, TBK m. 202 hükmü, kanun gereği birden fazla borcun birlikte devri imkanını düzenler. Bu nedenle, burada ilan, borcun ikrarı niteliğinde değildir.

ARICI'ya⁷⁵¹ göre ise, ticari işletmenin devrinde tek ve belirli bir borcun devri taahhüt edilmediğinden borcun ikrarı söz konusu değildir. Ayrıca, devrin ilanının borçları içermesi de zorunlu değildir. O halde, ticari işletme devrinin ilanı, zamanaşımını kesmeyecektir.

⁷⁵⁰ ACEMOĞLU, s. 150.

⁷⁵¹ ARICI, s. 205.

Bu iki yazara da katıldığını belirten ÇELİKBOYA⁷⁵², ayrıca, zamanaşımının kesilmesi için, ikrarın bizzat alacaklıya yapılması gerektiğine dikkat çekerek, ticari işletmeyi devralacak kişi ile belirli bir borcun devrine ilişkin sözleşme yapılması halinde bile, ikrarın söz konusu olmayacağını belirtmiştir.

Biz de tüm bu yazarların gerekçelerini katılıyoruz ve devredenin devri ilanının borçların zamanaşımı süresini kesmeyeceğini düşünmekteyiz.

hhh) Müteselsil Sorumluluk Sonrası İşletme Borçlarından Sorumluluk

Devir kapsamındaki ticari işletme borçlarından devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğunun sona ermesi ile birlikte ticari işletmenin devri, gerçek anlamda borcun üstlenilmesinin hukuki sonucunu doğurur. Zira, devralan tarafından devrin ilanı, borcun üstlenilmesinden ziyade, kanuni borca katılma etkisi gösterir. Kanuni borca katılma sonucu ortaya çıkan müteselsil sorumluluk döneminin sona ermesi ile, devir kapsamındaki borçlardan devredenin sorumluluğu sona erer ve devralan tek başına bu borçları üstlenmiş olur. Artık alacaklılar, alacaklarını sadece devralandan talep edebilir. Devreden, ticari işletmenin devrinden sonra doğan işletme borçlarından da tek başına sorumlu olmaya devam eder.

cc) Ticari İşletmenin Devrinde Özellik Arz Eden Borçtan Sorumluluk Halleri

aaa) Ticari İşletmenin Devrinin İlanından Önce Tekrar Devri

Ticari işletmeyi devralan, devri ilan etmeden önce ticari işletmeyi tekrar devrederse, birinci devir sözleşmesi kapsamında yer alan borçları üstlenmeden, ticari işletmeyi devretmiş olur. Bu durumda, ikinci ticari işletme devri kapsamında, sadece birinci devirden sonra doğmuş ticari işletme borçlarının olması söz konusu olabilir.

Ticari işletmenin devrinde, devrin ilanı, devreden borçları arasındadır. O halde, birinci devralanın devri ilanı etmeden, ticari işletmeyi tekrar devretmesi halinde, birinci devir sözleşmesinden doğan borca aykırı davranmış olur. Bu durumda, birinci devralan, TBK m. 112 gereği, devreden bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

⁷⁵² ARICI, s. 205.

bbb) Mütteselsil Sorumluluk Süresinde Ticari İşletmenin Tekrar Devri

Devredilen ticari işletme, devrin ilanından sonra mütteselsil sorumluluğun bitmesinden önce tekrar devredilmesi halinde, bu devrin ilanı ile birlikte, ikinci ticari işletme devrinin devralanı ile birinci ticari işletme devrinin devredeninin mütteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Burada ilk ticari işletmenin devrinden doğan birinci devreden ve devralanın mütteselsil sorumluluğu devam eder. O halde, iki farklı mütteselsil sorumluluk kurumundan bahsedilir.

Birinci ticari işletme devrinden doğan mütteselsil sorumluluk, birinci devreden ve devralan arasında ve devir anından önce doğmuş devredilen borçlar kapsamında meydana gelir. Bu borçların alacaklıları, devrin taraflarından her birine borcun tamamı için başvurabilirler. Doğal olarak rücu ilişkisi bu mütteselsil sorumluların kendi aralarında gündeme gelir.

İkinci ticari işletme devrinden doğan mütteselsil sorumluluk ise, birinci devralan (ikinci devreden) ile ikinci devralan arasında ve yine devir anından önce doğmuş borçlar kapsamında gerçekleşir. Demek oluyor ki, bu mütteselsil sorumluluk; birinci ticari işletme devri yoluyla devredilen borçlar henüz sona ermemişse bu borçlar ile birlikte, birinci devirden sonra ortaya çıkan ticari işletme borçlarından, ikinci ticari işletme devri kapsamında yer alan borçları kapsar. O halde, birinci mütteselsilen sorumlu borçlulara başvurma hakkını haiz olan alacaklılar, borçları ikinci devir kapsamında da yer almışsa, ikinci mütteselsilen sorumlu borçlulara da başvurabilirler. Ancak bu iki mütteselsil sorumluluk farklı olduğu için, rücu ilişkisi bu durumda da her kurum içindeki borçlular arasında gündeme gelecektir. Birinci ticari işletme devrinden sonra doğan borçlardan ise, sadece ikinci ticari işletmenin devri tarafları mütteselsilen sorumlu olur.

Ticari işletmenin bu şekilde tekrar devrinden kefil ve rehin verenin sorumluluğunun akıbetine değinelim. Birinci ticari işletme devrinin ilanından, iki yıllık mütteselsil sorumluluğun sona ermesine kadar devreden, devir kapsamındaki borçlardan sorumlu olmaya devam edeceğinden, kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için, yazılı rızasına ihtiyaç yoktur (TBK m. 198/f. 2). Borcun üstlenilmesi halinde kefilin sorumluluğunun devamını, onun yazılı rızasına bağlayan TBK m. 198/f. 2 dikkate alındığında, kefil olunan ilk borçlunun (birinci devredeninin) sorumluluğunun sona ermesi halinde, -yani birinci ticari işletmedeki mütteselsil sorumluluğun sona ermesi-

kefilin sorumluluğu ancak yazılı rızası alınmak şartıyla devam eder. O halde, birinci ticari işletme devrinin ilanı ile, borçtan sorumlu olan birinci devralanın, ikinci ticari işletme devrinin ilanı nedeniyle sorumluluğunun devam etmesi, kefilin sorumluluğunun şartı olan yazılı rızanın gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Zira, TBK m. 198/f. 2, borçlunun değışmesi halinde kefilin menfaatinin zedelenmesine engellemeye yöneliktir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE HUKUKİ KORUMA ARAÇLARI VE UYGULANABİLECEK BAZI HÜKÜMLER

I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE HUKUKİ KORUMA ARAÇLARI

A. Müteselsil Sorumluluk

Ticari işletmenin devrinde, devreden alacaklılarını koruyan temel hüküm, devralan tarafından devrin ilanı ile birlikte başlayan devreden ile devralanın devir kapsamındaki ticari işletmenin borçlarından iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğunu öngören TBK m. 202/f. 2'dir. Hükümde öngörülen, müteselsil sorumlu TBK m. 162 vd. anlamında gerçek müteselsil sorumluluktur. Hak düşürücü nitelikteki bu müteselsil sorumluluk süresince, devreden ve devralan devir kapsamındaki işletme borçlarından, tüm malvarlığı ile sorumludur. Süre, devrin ilanı anında muaccel olan borçlar için devrin ilanından, müaccel borçlar için ise, muacceliyet tarihinden başlar¹. Alacaklılar borcun tamamı için devreden ya da devralandan herhangi birisine başvurabilir. Bir başka ifadeyle devrin ilanı ile birlikte, müteselsil sorumluluk süresince alacaklıların karşısında iki asli borçlu bulunmaktadır. Ticari işletme kapsamında borçların önemli bir kısmının bulunması halinde, ticari işletmenin devrinde müteselsil sorumluluk, alacaklıları koruyucu en önemli enstrüman haline gelir. Ticari işletme, pasiflerinden ari olarak devredildiği takdirde, müteselsil sorumluluk, etkinliğini yitirir.

Türk hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrinde müteselsil sorumluluk² süresi iki yıldan üç yıla çıkarılmıştır (FusG m. 75/f. 2). Muaccel borçlarda süre, İsviçre Resmi Gazetesi'nde malvarlığının devrinin ilanından, müaccel borçlarda ise, -doğal olarak bu ilandan sonra-, borcun muacceliyet tarihinden itibaren başlar³. Ayrıca, bu sürenin hukuki niteliği, hak düşürücü süre iken (İBK m. 181⁴

¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 312, N. 3634.

² Burada, İBK m. 135 anlamında gerçek bir müteselsil sorumluluk ilişkisi söz konusudur. Bu nedenle, devreden ve devralanın her ikisi de, borcun tamamının ifasından sorumludur. Müteselsil sorumluluğun niteliği, mutlak ve doğrudandır. Dolayısıyla, alacaklı İBK m. 144 gereğince, alacağını, ilk olarak devralana başvurmak zorunda olmadan, doğrudan devredenden talep edebilir. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 357, N. 919.

³ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 357, 358, N. 921.

gereği), zamanaşımı süresi haline gelmiştir⁵. Buna göre, süre, İBK m. 135 (TBK m. 154) uyarınca kesintiye uğrayabilir⁶. Bu da şu anlama gelir: İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrinde müteselsil sorumluluk süresi, Türk hukukuna nazaran alacaklıları daha koruyucu niteliği haizdir.

B. Ticari İşletmenin Devrinde Tasarrufun İptali Davası

1. Genel Olarak

Kural olarak kişiler sahip oldukları mal ve haklar üzerinde tasarruf yetkilerini diledikleri gibi kullanırlar. Zira borçlu kişinin, mallarının haczedilmesinden önce veya iflasına karar verilmesinden önce, mal ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin bir kısıtlama söz konusu değildir. Hal böyle olunca, iflas etmek üzere olan ya da yakında mallarına haciz konulması ihtimali bulunan kişinin, alacaklıların tatmin edilmesini engellemek adına, hakkaniyete aykırı tasarruflar ile mal kaçırmaya söz konusu olabilir⁷.

İşte tasarrufun iptali davası, hakkaniyete aykırı bu tasarrufların doğurabileceği olumsuz sonuçları bertaraf etmek için getirilmiştir. Tasarrufun iptali davası, borçlunun haciz veya iflastan önce yapmış olduğu geçerli tasarruf işlemleri ile malvarlığından çıkardığı mallardan, borçlunun alacaklılarının tatmin edilmesini sağlar⁸. Bir başka ifadeyle, tasarrufun iptali davası ile, geçerli⁹ bir tasarruf işlemi olmasına karşın, borçlunun malvarlığından çıkan mallar sanki borçlunun malvarlığındaymış gibi,

⁴ İBK m. 181'deki iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi de üç yıla çıkartılmıştır. Ancak bu süre hak düşürücü niteliğini muhafaza eder. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 312, N. 3634.

⁵ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 357, N. 921; AMSTUTZ/MABILLARD, s. 550, N. 5.

⁶ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 357, N. 921, dpn. 178.

⁷ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 28. Baskı, Ankara 2014, s. 611.

⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 612. Borçlandırıcı işlemler tasarrufun iptali davasının konusu olamaz. COŞKUN, Mahmut: İcra ve İflas Kanunu'ndan Düzenlenen İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali, İflas ve İflasın Ertelenmesi, Sıra Cetveline İtiraz Davaları, Ankara 2014, s. 745.

⁹ Maddi hukuk anlamında hükümsüz olan işlemler için tasarrufun iptali davasının açılmasına lüzum yoktur. COŞKUN, s. 745.

alacaklıların tatmin edilmesi sağlanır¹⁰. Yoksa tasarruf işleminin maddi hukuk anlamında iptal edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, tasarrufun iptali davası, maddi hukuk anlamında bir iptal davası olarak değerlendirilemez.

Tasarrufun iptali davası ile, borçlunun malvarlığından çıkan mal, lehine tasarruf yapılan kişiden alınıp tekrardan borçlunun malvarlığına geri dönmez. Bu nedenle, iptal davası, malına aynına ilişkin bir ayni dava değildir¹¹. Dava sadece alacaklıya malın bedelinden alacağını almak yetkisini verdiğinden, kişisel bir dava olarak nitelendirilir¹².

Tasarrufun iptali davası açılabilmesi için, alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması, icra takibinin kesinleşmiş olması ve tasarrufu yapanın tasarrufun yapıldığı tarihte borçlu durumunda olması, borcun tasarruftan önce doğmuş olması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesine dayanarak kanunda öngörülen sürede dava açılması gereklidir¹³. İİK hükümleri uyarınca tasarrufun iptali, ancak dava yoluyla ileri sürülebilir¹⁴. Dava dışında bu imkanın kullanılması mümkün değildir.

Tasarrufun iptali davası ayrı bir dava olarak açılabildiği gibi karşı dava şeklinde de açılabilir¹⁵. Ayrıca, tasarrufun iptali istemi, üçüncü kişinin açtığı istihkak davasında, def'i yoluyla da ileri sürülebilir¹⁶.

2. İptale Tabi Tasarruflar

a) İİK m. 278

Alışılmış hediyeler dışında, son iki yıl içinde yapılmış olan bütün ivazsız tasarruflar ve bağışlamalar iptale tabidir (İİK m. 278). Son iki yıl içinde yapılmış olmaktan kasıt, hacizden, haczedilecek mal bulunmaması nedeniyle verilecek aciz belgesinin

¹⁰ Bu anlamda istihkak davası ile tasarrufun iptali davası ayrılır. İstihkak davasında, malın borçlunun olduğu iddia edilir. Tasarrufun iptali davasında ise, tasarruf geçerlidir ve malın borçlunun malvarlığından üçüncü kişinin malvarlığına geçtiği kabul olunur. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 615.

¹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 613.

¹² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 613; KAÇAK, Nazif: Açıklamalı-İçtihatlı Tasarruf İptal Davaları, Ankara 2006.

¹³ YHGK 16.09.2015 T. , 2013/2350 E. , 2015/1759 K. ; YHGK 29.02.2012 T. , 2012/17-49 E. , 2012/114 K (Emsal Karar).

¹⁴ DURMAN, s. 166, dpn.

¹⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 615; DURMAN, s. 166.

¹⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 615; DURMAN, s. 166.

verilmesinden ya da iflasın açılmasından başlayarak geriye doğru iki yıllık zaman zarfıdır¹⁷. Ayrıca kanun koyucu, borçlunun alacaklılardan mal kaçırmasını önlemek için, bazı tasarrufları bağışlama gibi kabul etmiştir. Bu tasarruflar şunlardır:

1. Karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar.

2. Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler.

3. Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler ve ölünceye kadar bakma akitleri (İİK m. 278/f. 3).

Ticari işletmenin devrinin İİK m. 278’de belirtilen hallerden biri şeklinde gerçekleşmesi durumunda, devir, tasarrufun iptaline konu olabilecektir.

b) İİK m. 279

Borcunu ödemeyen bir borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından evvelki bir sene içinde yapılmış şu tasarruflar İİK m. 279/f. 1 uyarınca iptale tabidir:

1. Borçlunun teminat göstermeyi önceden taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler.

2. Para veya alışılmış ödeme vasıtalarından başka bir şekilde yapılan ödemeler.

3. Vadesi gelmemiş borçlar için yapılan ödemeler.

4. Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler.

Ticari işletme devir sözleşmesinin mal değişim sözleşmesi niteliğinde olduğu ticari işletmenin devrinde, para veya alışılmış ödeme vasıtalarından başka bir şekilde yapılan ödemeler tasarrufu gündeme gelecektir. Zira mal değişiminde ifa, para ya da alışılmış ödeme vasıtası (çek vb.) ile değil, mallar ile yapılır. Ticari işletmenin mal değişimi sözleşmesine konu olması mümkündür. O halde, mal değişimi sözleşmesi temelli ticari işletmenin devri, İİK m. 279 uyarınca tasarrufun iptali davasına konu olabilir. Hüküm

¹⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 615.

kapsamındaki tasarruflardan yararlanan üçüncü kişi, borçlunun durumunu bilmediğini ispat ederse, tasarrufun iptali davası dinlenmez (İİK m. 279/f. 2). O halde, ticari işletmenin devri hüküm kapsamında iptale tabi ise, devralan, devreden aciz halini bilmediğini ispat ederse, tasarrufun iptal davası sonuçsuz kalacaktır.

c) Alacaklılara Zarar Verme Kastından Dolayı İptal

aa) Genel Olarak

Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm tasarruflar, tasarrufun iptali davasına konu olabilir (İİK m. 280/f. 1). Tasarrufun iptal edilebilmesi için, tasarruf işleminin diğer tarafının, borçlunun mali durumunu ve alacaklılara zarar verme kastını bilmesi ya da bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunması gerekmektedir¹⁸. Bu hususlara ilişkin ispat yükü, davacı alacaklı (veya iflas idaresi) üzerindedir¹⁹.

İspat yükünün, davacı taraf üzerinde olması, usul hukuku bakımından da olağan bir durumdur. Zira kural olarak, iddia sahibi, iddiasını ispat etmelidir. Ancak İİK m. 280/f. 1 uyarınca yapılacak ispat, davacı bakımından oldukça zor olacaktır. İşte kanun koyucu bu durumu gözeterek, İİK m. 280/f. 2 ve m. 280/f. 3'te alacaklı lehine karineler getiren düzenlemeler yapmıştır. Ticari işletmenin devri ile ilgili olması hasebiyle, İİK m. 280/f. 3 hükmünü ele alacağız.

bb) İİK m. 280/f. 3'te Öngörülen Karine

İİK m. 280/f. 3'te, ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari malların tamamını veya önemli bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde zarar verme kastıyla hareket ettiğinin kabul olunacağı düzenlenmiştir²⁰. Demek oluyor ki, ticari işletmenin devri halinde, devralanın, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği ve borçlunun da bu

¹⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 617.

¹⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 617.

²⁰ Öngörülen bu aksi ispat edilebilir karine ile, alacaklı ispat külfetinden kurtarılmıştır. MUŞUL, Timuçin: Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015, s. 324.

hallerde zarar verme kastıyla hareket ettiğine ilişkin bir karine söz konusudur. Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay önce keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğinin veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların bilgilendirilmelerini sağlayacak şekilde uygun araçlarla ilan olunduğunun ispatı ile çürütülebilir (İİK m. 280/f. 3). O halde, tasarrufun ticari işletmenin devri olması halinde, karinenin çürütülmesine ilişkin hükümde öngörülen işlemler, ticari işletme devir sözleşmesinin devreden tarafından ticaret siciline tescilinden en az üç ay önce yapılması gerekmektedir. Hemen belirtelim, karinenin çürütülmesi ancak hükümde belirtildiği şekilde sağlanır²¹. Eş söyleyişle, karinenin çürütülmesine ilişkin işlemler, sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Karinenin çürütülmesi, tasarrufların, iptale tabi olmasına engel değildir. Sadece ispat yükü, tasarrufun iptali davasının davacı tarafına geçecektir.

3. Tarafları

a) Davacı

Tasarrufun iptali davasında davacı bakımından haciz ve iflas halleri ayrı incelenmesi gerekir. İptal davası açabilecek kişiler, İİK m. 277’de sınırlı sayıda belirtilmiştir.

Hacizdeki iptal davasında, davacı, ticari işletmeyi devreden kişinin mallarına konulan haciz sonucunda, alacağını tamamen ya da kısmen alamamış olan haciz alacaklısı açabilir²². Alacaklının davayı açabilmesi için, kesin ya da geçici borç ödemededen aciz belgesine²³ sahip olması gerekir. O halde, alacaklının bu belgeye sahip

²¹ DURMAN, s. 182.

²² Konuya ilişkin genel ifadeler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 620.

²³ Tasarrufun iptali davası, alacaklının alacağını, borçlunun alacaklılarına zarar verme amacı ile mallarını kaçırmış olması nedeniyle borçlunun malvarlığından sağlayamadığı durumlarda açılabilirdiğinden, alacaklı borçlusunun aciz halinde olduğunu ancak aciz belgesi ile kanıtlayabilir. Bu nedenledir ki, iptal davasının açılabilmesi için, alacaklının aciz belgesine sahip olması istenmektedir. UYAR, İptal Davası Tarafları, s. 3023.

olması gerekliliği, özel bir dava şartı olarak nitelendirilebilir²⁴. Bu nedenle, mahkeme, davacının bu belgeye sahip olup olmadığını re'sen incelemelidir²⁵.

Ticari işletmeyi devreden kişinin iflas etmiş olması halinde, tasarrufun iptali davasını, iflas masasının kanuni temsilcisi olan iflas idaresi açar. İflas idaresi, iptal davasını açma hakkını, ticari işletmeyi devreden alacaklılarına da bırakabilir (İİK m. 277/f. 1-b. 2, m. 255/f. 3, m. 245/f. 1)

ÇELİKBOYA'ya²⁶ göre, ticari işletme devri kapsamındaki devreden borçlarının alacaklı tarafının, tasarrufun iptali davasını açmasına gerek yoktur. Zira, TBK m. 202 uyarınca, devralan, devir kapsamındaki borçlardan, alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Bu nedenle, alacaklıların tasarrufun iptali davasını açmakta, hukuki menfaatleri bulunmamaktadır.

ÇELİKBOYA'ya katılmakla birlikte, bir hususa değinmek istiyoruz. Ticari işletmenin devrinde, devralanın TBK m. 202 uyarınca devir kapsamındaki borçlardan sorumluluğu, devralan tarafından devrin alacaklılara bildirilmesi ya da devrin Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilanı ile başlayacaktır. Devreden, devir sözleşmesini ticaret siciline tescil etmesi ile, devir kapsamındaki ticari işletme aktif unsurları devredilmiş olduğundan, tasarrufun iptali davası bu andan itibaren açılabilir. O halde, devralan, TBK m. 202 kapsamında borçları devralmamış ise, ticari işletme aktif unsurlarının devrinden sonra, devir kapsamındaki borçların alacaklılarının tasarrufun iptali davası açmakta menfaatleri bulunmaktadır.

²⁴ Konuya ilişkin genel ifadeler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 620. UYAR, Talih: "Tasarrufun İptali Davasının Tarafları", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, Basım Yılı 2015, s. 3023.

²⁵ 17. HD. 01.04.2013 T. , 9664/4520; 21.03.2013 T. , 8057/3971; 19.03.2013 T. , 5119/3664; 14.03.2013 T. , 5569/3301 UYAR, İptal Davası Tarafları, s. 3023.

²⁶ ÇELİKBOYA, s. 27.

aa) İptal Davasında Aciz Belgesi

aaa) Genel Olarak

Borçlunun malvarlığının, alacaklının alacağını karşılamaya yetmediğini gösteren ispat aracına, aciz belgesi denir²⁷. İcra müdürü, aciz belgesini re'sen düzenleyip alacaklıya verir²⁸.

Aciz belgesi, kesin aciz belgesi ve geçici aciz belgesi olarak iki türe ayrılır. İcra takibi²⁹ sonunda ya da iflas tasfiyesi³⁰ sonunda alacağını tamamen alamamış alacaklıya kesin aciz belgesi verilir. Ayrıca, haciz sırasında, borçlunun haczedilebilir malının bulunmadığı tespit edilirse, durum haciz tutanağı ile tespit edilir³¹. İİK m. 105/f. 1 uyarınca, haciz tutanağı, İİK m. 143 anlamında kesin aciz belgesi niteliğindedir.

İcra memuru, borçlunun haczedilebilecek malının bulunup bulunmadığını araştırması gerekir. Şayet borçlunun haczedilebilecek malının bulunduğu tespit edilmiş ise, kesin aciz belgesi verilmez³².

Geçici aciz belgesi ise, haciz sırasında borçlunun haczedilebilir malı olmasına karşın, bu mallar için takdir edilen kıymetin, takip konusu alacağı karşılamayacağı anlaşılması üzerine düzenlenen haciz tutanağıdır (İİK m. 105/f. 2). Alacaklı, geçici aciz belgesine dayanarak, tasarrufun iptali davasını açabilir (İİK m. 105/f. 2; m. 277/f. 1).

İİK m. 150/f uyarınca verilen rehin açığı belgesi, aciz belgesi niteliğinde olmadığından, bu belgeye dayanılarak, tasarrufun iptali davası açılmaz³³.

Alacaklı, borçluya karşı yapmış olduğu icra takibi sonucunda elde ettiği aciz belgesine dayanarak, iptal davası açabilir. Alacaklının, bir başka borçluya karşı yaptığı

²⁷ YHGK 29.02.2012 T. , 2012/17-49 E. , 2012/114 K.

²⁸ Aciz belgesinin düzenlenmesi, alacaklının alacağını sona erdirmes. Aksine, alacaklının durumu kısmen de olsa kuvvetlendirilmiş olur. Öyle ki, alacağın zamanaşımı süresi, belgenin düzenlenmesinden itibaren yirmi yıl olur. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 352. Aciz belgesinin maddi hukuk bakımından hükümleri için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 354.

²⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 355.

³⁰ İflasta sadece kesin aciz belgesi verilir. Aciz belgesi, iflas alacaklılarına verilir. Masa alacaklılarına bu belge verilmez. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 594.

³¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 355.

³² YHGK 29.02.2012 T. , 2012/17-49 E. , 2012/114 K..

³³ YHGK 29.02.2012 T. , 2012/17-49 E. , 2012/114 K..

icra takibinden elde ettiği aciz belgesine ya da bir başka alacaklının kendi alacağı ile ilgili olarak aldığı aciz belgesine dayanarak iptal davası açması mümkün değildir³⁴.

bbb) Aciz Belgesinin Dava Şartı Olma Niteliği Hususunda Yargıtay'ın Yaklaşımı

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarını şu şekilde özetleyebiliriz:

- İİK m. 277 vd. uyarınca açılan tasarrufun iptali davasında, davacı alacaklı tarafından kesin ya da geçici aciz belgesinin mahkemeye ibraz edilmesi gerektiğini, bu ibrazın ise temyiz aşamasında, hatta karar düzeltme aşamasında dahi mümkün olduğunu belirtmiştir³⁵.

- İcra dosyasında kesin ya da geçici aciz belgesi bulunmadığını anlaşılmaması halinde, davacı alacaklıya, aciz belgesinin mahkemeye sunulması için makul bir süre³⁶ verilmesi gerekir. Bu süre zarfında, belge mahkemeye ibraz edilmez ise, iptal davasının ön şart yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir³⁷.

- Davacı kesin aciz vesikası sunmamış ise, borçlunun aciz halinde olup olmadığı araştırılmalıdır. Davacının aciz hali saptanmadan, yargılamaya devam edilemez³⁸.

- Fiili haciz yapılmadan ve aciz belgesi ibraz edilmeden açılan tasarrufun iptali davası reddedilir. Aciz belgesi, karar kesinleşinceye kadar her zaman mahkemeye ibraz edilebilir³⁹.

- Tasarrufun iptali davasının açılabilmesinin şartlarından biri de, kesin ya da geçici aciz belgesinin mahkemeye sunulmasıdır. Bu husus, mahkemece re'sen

³⁴ YHGK 29.02.2012 T. , 2012/17-49 E. , 2012/114 K..

³⁵ 17 HD. 21.03.2013 T. , 12347/3975; 14.03.2013 T. 5988/3307 UYAR, İptal Davasının Tarafları, s. 3008; Yargıtay'ın bozma kararından sonra ibraz edilen aciz belgesi ile, tasarrufun iptali davasının aciz belgesinin varlığı şartı sağlanmış olacaktır. 17 HD. 13.09.2012 T. , 8083/9227. Aynı yönde diğer kararlar için bkz UYAR, İptal Davasının Tarafları, s. 3013.

³⁶ Mahkeme, davacının aciz belgesi ibraz etmesi için, kesin mehil verebilir. 17 HD. 23.11.2009 T. 8051/7771; 14.09.2009 T. , 5267/5315; 14.09.2009 T. , 5267/5321 UYAR, İptal Davası Tarafları, s. 3014.

³⁷ Y. 17. HD. 26.06.2012 T. , 1921/8024 UYAR, İptal Davasının Tarafları, s. 3009.

³⁸ Y. 17 HD. 18.05.2009 T. 384/3232 UYAR, İptal Davasının Tarafları, s. 3015.

³⁹ 17. HD. 23.02.2009 T. , 3537/830.

gözetilir⁴⁰. Bu belgeler mevcut değilse dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmelidir⁴¹.

Sonuç olarak, Yargıtay kararlarında hakim olan görüşe göre, aciz belgesi özel bir dava şartıdır ve belgenin ibrazı dava açılmadan, dava açıldıktan sonra, temyiz ve karar düzeltme aşamasında ve hatta hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonra dahi yapılabilir⁴².

Kanaatimizce aciz belgesinin ibrazında, konuya ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmaması nedeniyle, HMK m. 115 dikkate alınmalıdır. Çünkü aciz belgesi, tasarrufun iptali davasında özel dava şartı niteliğindedir. HMK m. 115/f. 2 uyarınca, mahkeme, dava şartı eksikliğini tespit ederse, davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı eksikliğinin giderilmesi mümkün ise, mahkeme eksikliğin giderilmesi için kesin süre verir. Verilen sürede eksikliğin giderilmemesi halinde, mahkeme, davayı, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddeder. O halde, hüküm aciz belgesinin ibrazı bakımından da uygulama imkanı bulabilir. Bu durumda, mahkemenin takdir edeceği kesin süre içerisinde, davacının aciz belgesini mahkemeye ibraz etmesi gerekir.

Aciz belgesinin ibrazında, HMK m. 115/f. 3 hükmü de uygulanır. Bu hüküm uyarınca, dava şartının eksikliği, mahkemece davanın esasına girilmeden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş fakat hüküm anında eksiklik giderilmiş ise, başlangıçtaki dava şartı eksikliği, davanın usulden reddedilmesini gerektirmez.

b) Davalı

Ticari işletmenin devri nedeniyle açılan tasarrufun iptali davasında, davalı bakımından da haciz ve iflas halleri ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Hacizdeki tasarrufun iptali davasında, dava, İİK m. 282 gereği, ticari işletmeyi devreden ile devralan kişiye karşı birlikte açılır. Devreden ile devralanın mecburi dava

⁴⁰ 17. HD. 14.03.2013 T. , 5569/3301; 19.03.2013 T. , 5119/3664 UYAR, İptal Davasının Tarafları, s. 3008. YHGK 29.02.2012 T. , 2012/17-49 E. , 2012/114 K..

⁴¹ 30.06.2009 T. , 3330/4749 (UYAR, İptal Davasının Tarafları, s. 3015.); 17 HD. 19.02.2009 T. 713/804; 9.02.2009 T. , 4454/462; 807.2008 T. , 848/3817 UYAR, İptal Davasının Tarafları, s. 3016.

⁴² KAÇAK, s. 28.

arkadaşlığı⁴³ söz konusudur⁴⁴. O halde, HMK m. 59, 60 hükümleri bu kişiler bakımından uygulanır.

İflastaki tasarrufun iptali davasında ise, dava, sadece ticari işletmeyi devralan kişiye karşı açılır. Zira devreden borçlu, iflas etmiştir ve bu kişiye karşı davanın açılmasına imkan ve lüzum yoktur⁴⁵. İİK m. 282/f. 1 gereği, ticari işletmeyi devralan kişi vefat etmiş ise, iptal davası onun mirasçılarına karşı açılır.

Ticari işletmeyi devralan, devraldığı ticari işletmeyi başka birisine devrederse, bu ikinci devralan iyiniyetli olması halinde, yani tasarrufun iptale tabi olduğunu bilmiyorsa, İİK m. 282/f. 1 gereği, bu kişiye karşı iptal davası açılmaz⁴⁶. Bu durumda, dava, ticari işletmeyi devralan kişiye karşı, tazminat davası olarak açılır⁴⁷. Belirttiğimiz durumda ikinci devralan iyiniyetli değil ise, bu kişiye karşı da iptal davası açılabilir (İİK m. 282/f. 1)⁴⁸.

4. Süre

Tasarrufun iptali davası, iptale konu olacak tasarruf işleminin yapıldığı andan itibaren beş yıl içinde açılabilir (İİK m. 284). Davaya konu olacak işlemler sadece tasarruf işlemleri olduğundan, süre tasarruf işleminin tamamlandığı andan itibaren başlar⁴⁹. O halde, ticari işletmenin devrinde, tasarrufun iptali davası açma süresi, devreden, ticari işletmenin devri sözleşmesini ticaret siciline tescil ettiği andan itibaren başlayacaktır. Zira tasarrufun iptali davasında tasarrufu, borçlunun malvarlığı değerlerinin devri sonucunu doğuran işlem olarak anlamak gerekir. Sürenin

⁴³ İİK m. 282 gereği, tasarrufun iptali davalarında, mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğu için, davanın reddi halinde davalılar lehine tek vekalet ücretine karar verilmelidir. Y. 15. HD: 2.10.1995-2300/5157, KAÇAK, s. 201.

⁴⁴ Konuya ilişkin genel ifadeler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 620.

⁴⁵ Konuya ilişkin genel ifadeler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 621.

⁴⁶ Konuya ilişkin genel ifadeler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 621.

⁴⁷ Konuya ilişkin genel ifadeler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 621.

⁴⁸ Bu kişi ile diğer davalılar arasında da mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır.

⁴⁹ DURMAN, s. 172.

başlangıcının tasarruf işleminin yapıldığı an olmasının bir başka anlamı ise, tasarrufun iptali davasının ancak bu andan itibaren açılabilir olmasıdır⁵⁰.

İİK m. 284'ün kenar başlığında belirtildiği üzere, tasarrufun iptali davası için öngörülen beş yıllık süre hak düşürücü niteliktedir. O halde, sürenin zamanaşımı gibi durması, kesilmesi söz konusu değildir. Ayrıca, hakim, süreyi davanın her aşamasında res'en dikkate almalı⁵¹ ve sürenin geçmesinden sonra davanın açılması halinde davayı reddetmelidir. Taraflar da davanın her aşamasında, sürenin geçmiş olup olmadığını ileri sürebilirler.

Süre bakımından açıklığa kavuşturulması gereken bir husus da, İİK m. 278/f. 2 ve m. 279/f. 1'de belirtilen sürelerin, tasarrufun iptali davasındaki işlevidir. İİK m. 278/f. 2 ve m. 279/f. 1'de belirtilen süreler, tasarrufun iptale tabi olabilmesine ilişkindir. Yani tasarrufun, iptale tabi olabilmesi için, İİK m. 278 f. 2'de belirtilen iki yıllık ve m. 279/f. 1'de belirtilen bir yıllık süre içinde yapılmış olması gerekir. Aksi takdirde, tasarruf iptale tabi olmayacak, dolayısıyla da bu tasarruflar bakımından, tasarrufun iptali davası açılmayacaktır.⁵² O halde, bu süreler, tasarrufun iptali davasının süresi bakımından değil, tasarrufun iptale konu olup olmayacağı bakımından değerlendirilmelidir. Ticari işletmesini ivazsız devreden kişi, bu tasarrufunu kendisi bakımından söz konusu olan haciz veya aciz ya da iflastan önceki iki yıllık zaman dilimi içerisinde gerçekleştirmiş ise, bu tasarrufu, tasarrufun yapıldığı andan itibaren, yani devreden tarafından ticari işletmenin ticaret siciline tescil edilmesi anından itibaren, İİK m. 284 gereği beş yıllık süre zarfında tasarrufun iptali davasına konu olabilir. Şayet, ticari işletmesini ivazsız devreden kişi, bu tasarrufunu kendisi bakımından söz konusu olan haciz veya aciz ya da iflastan önceki iki yıllık zaman diliminden daha evvel gerçekleştirmiş ise, bu tasarruf, tasarrufun iptali davasına konu olamaz.

⁵⁰ Aynı yönde ÇELİKBOYA, s. 217.

⁵¹ DURMAN, s. 173.

⁵² KAÇAK, s. 225, dpn, 1.

5. Görevli Mahkeme

a) Bağımsız Olarak Açılan Tasarrufun İptali Davasında

İİK'da, bağımsız olarak açılan tasarrufun iptali davasında görevli mahkemeye ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. O halde, görevli mahkemenin tespiti HMK hükümlerine göre yapılacaktır. HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (HMK m. 2). Bu nedenle, tasarrufun iptali davasında görevli mahkeme, hacizde aciz belgesinde ödenmemiş olarak gösterilen alacak miktarına, iflasta ise iptale tabi tasarrufun değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir⁵³.

b) İstihkak Davasına Karşı Dava Olarak Açılan Tasarrufun İptali Davasında

İİK m. 97/f. 16 uyarınca, istihkak davasına karşı dava olarak açılan tasarrufun iptali davasında, görevli mahkeme, icra mahkemesidir⁵⁴.

6. Yetkili Mahkeme

Tasarrufun iptali davasında, yetkili mahkeme HMK hükümlerine göre tespit edilir. O halde, borçlu ile üçüncü kişi aynı yerde ikamet etmekte iseler, iptal davası, ikisinin müşterek yerleşim yerinde açılır⁵⁵ (HMK m. 7/f. 1). Belirtilen yetki kuralı, kesin yetki hallerindendir. Bu nedenle, aksine yetki sözleşmesi yapılamaz (HMK m. 18/f. 1). Borçlu ile üçüncü kişinin yerleşim yerleri farklı yerlerde ise, dava herhangi birinin yerleşim yerinde açılabilir⁵⁶ (HMK m. 6, 7).

⁵³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 621. Tasarrufun iptali davası mutlak ticari dava niteliğinde değildir. Bu davalar şahsi nitelikte ve borçlunun tasarruflarına yönelik olduğundan, asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girmektedir. Y. 17 HD. 03.11.2015 T. , 2015/14291 E. , 2015/11496 K..

⁵⁴ Tasarrufun iptali davasının, icra mahkemesinde görülebilmesi için, İİK m. 97/f. 16 gereği, davanın istihkak davasına karşı dava olarak açılmış olması gerekir. Y. 21. HD. 28.6.2004, 2004/4836, 2004/6344. KAÇAK, s. 59.

⁵⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 621.

⁵⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 621.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere borçlu ile üçüncü kişinin yerleşim yerleri farklı yerlerde ise, yetkili mahkeme, yetki sözleşmesi ile (HMK m. 17, 18) de belirlenebilir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, dava sadece sözleşme ile belirlenen yer mahkemesinde açılır (HMK m. 17/f. 1).

7. İptal Davasının Konusu ve Sonuçları

İptal davasının konusu ve sonuçları, haciz ve iflasta farklılık gösterdiği gibi, iptale konu olan tasarruf ile mal ve hak edinmiş kişinin, bunları malvarlığında bulundurup bulundurmamasına göre de farklılık gösterebilir.

İptal davası neticesinde, davacı alacaklı, cebri icra yolu ile iptale konu tasarruf ile devredilen mal ve hakları haczettirip, sattırabilir. Satıştan elde edilen paradan da alacağını tahsil etme hakkını haizdir. Satıştan artan para olursa, bu para tasarrufu yapan borçluya değil, tasarruf neticesinde mal ve hakları devralan üçüncü kişiye verilir.⁵⁷ Zira tasarrufun iptali davasında, söz konusu mal ve haklar, üçüncü kişiden alınıp borçluya verilmez.

Şayet üçüncü kişi, iptale konu olan tasarruf neticesinde elde ettiği mal ve hakları, malvarlığından çıkarmışsa⁵⁸, üçüncü kişi bu malvarlığı unsurlarının değeri kadar tazminata mahkum edilir⁵⁹. Bu durumda, davacı alacaklı, iptal davası sonucunda alacağı ilamı, doğrudan davalı üçüncü kişiye karşı icraya koymak suretiyle alacağına kavuşur⁶⁰.

Önemle belirtelim hacizdeki iptal davası sonucunda iptal edilmiş olan tasarruf, davacı alacaklıya karşı hüküm ifade etmez⁶¹. Eş söyleyişle, söz konusu malları haczettirme, sattırma ve bu satıştan alacağını elde etme hakkı, sadece davayı kazanmış olan davacı alacaklıya aittir.

⁵⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 623.

⁵⁸ Üçüncü kişi söz konusu mal ve hakları, dava sırasında elden çıkarmışsa, davacı alacaklı, ıslaha gerek olmadan davanın bedel davası olarak görülmesine devam edilmesini isteyebilir ve mahkeme dava sonucunda üçüncü kişiyi tazminata mahkum etmelidir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 619.

⁵⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 619.

⁶⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 623.

⁶¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 623.

İflastaki iptal davasında, tasarruf sonucu üçüncü kişinin elde etmiş olduğu mal ve hakların, iflas masasına verilmesi sağlanır⁶². İflas idaresi açmış olduğu davayı kazanınca, söz konusu değerler iflas masasına dahil edilir ve satılır. Satıştan elde edilen para, bütün iflas alacakların ödenmesine tahsis edilir.⁶³ Satıştan elde edilen para, bütün iflas alacaklarını karşılamasına karşın artmış ise, artan para, davalı üçüncü kişiye verilecektir⁶⁴.

8. TBK m. 202 ile İİK Tasarrufun İptali Davası Hükümlerinin Karşılaştırılması

Öncelikle belirtmek isteriz ki, ticari işletmenin devri (TTK m. 11/f. 3, TBK m. 202), tasarrufun iptali davasının konusu olabilir. Tasarrufun iptali davası ile alacaklıların korunması, ticari işletmenin devrinin geçersiz sayılması ile sağlanmaz. Tasarrufun iptali davası ile alacaklılar, geçerli bir ticari işletmenin devri işleminde, devre konu olan malvarlığı unsurlarından, sanki bu unsurlar devreden malvarlığından hiç çıkmamış gibi, alacaklarını elde etme imkanına kavuşurlar. Gerçekleşmiş bir ticari işletmenin devrinde, TBK m. 202 ve İİK'nın tasarrufun iptali davası hükümleri uygulamasında, devre konu olan işletme malvarlığı unsurları devralan kişiye aittir. Tasarrufun iptali davasında alacaklılar, alacaklarını devre konu olan ticari işletme unsurlarından karşılar⁶⁵. TBK m. 202 ticari işletme alacaklılarına, iki yıllık süre zarfında devralan ya da devralanın tüm malvarlığına sınırsız bir şekilde başvurma imkanı tanır.

TBK m. 202 hükmü maddi hukuk düzenlemesi iken, İİK'nın tasarrufun iptali davasına ilişkin hükümleri usul hukukuna ilişkin düzenlemelerdir. TBK m. 202 anlamında alacaklıların korunmasından, ticari işletmenin devri kapsamında yer alan borçların alacaklı tarafı yararlanmaktadır. Tasarrufun iptali davası ise, tacirin tüm alacaklılarını korumaya yöneliktir⁶⁶. O halde, ticari işletmenin devrin bakımından

⁶² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 619.

⁶³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 623.

⁶⁴ İflasta, satış sonucu paranın artması çok güç bir ihtimaldir. O halde, genellikle davalı üçüncü kişi malın satışından elde edilen paranın tamamını iflas masasına bırakmış olacaktır. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 623, 624.

⁶⁵ İİK m. 283/f. 2 uyarınca, devralan bu unsurları elden çıkarmış ise, bu unsurlar yerine geçen değer tazminat olarak alacaklılar tarafından talep edilebilir.

⁶⁶ ARICI, s. 230.

tasarrufun iptali davası söz konusu olduğunda, davayı, devreden kişinin işletme alacaklıları açabileceği gibi, diğer alacaklılar da açabilir.

TBK m. 202’de öngörülen devreden ile devralanın sorumluluğu müteselsil sorumluluk esasına dayanır. Ticari işletme alacaklıları, alacaklarının tamamı için devredene başvurabileceği gibi devralana da başvurabilir. Tasarrufun iptali davasında ise, alacaklı, alacağını, devredenin sahipliğindeki devredilen unsurlardan elde eder. TBK m. 202 anlamındaki müteselsil sorumlulukta devreden ve devralan alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sınırsız sorumludur. Tasarrufun iptali davasında ise, alacaklılara karşı sorumluluk, devredilen unsurlar ile sınırlıdır.

TBK m. 202 uyarınca alacaklıların korunmasına ilişkin hükmün uygulanması kural olarak iki yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır. Süre, devralanın, ticari işletmenin devrini alacaklılara duyurduğu (ihbar/ilan) andan itibaren başlar. Tasarrufun iptali davası ise, beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilir. Bu beş yıllık sürenin başlangıcı ise, devralan tarafından ticari işletmenin ticaret siciline tescil edildiği andır.

9. Tasarrufun İptali Davasının Ticari İşletmenin Devamlılığı Sağlanacak Şekilde Bir Bütün Halinde Devredilmesi İlkesine Aykırılığı

Ticari işletme bir bütün halinde devamlılığı sağlanacak şekilde devredilmelidir. Aksi yöndeki devir işlemleri, geçersiz olacaktır. Tasarrufun iptali davası, ticari işletmenin geçerli bir şekilde devredilmesinden sonra, devir kapsamındaki malvarlığı unsurlarından, bu unsurlar devreden malvarlığından hiç çıkmamış gibi, alacaklıların tatmin edilmesine hizmet eder. Hal böyle olunca, ticari işletmeyi devralan, devreden alacaklılarının, devraldığı işletmenin malvarlığı unsurlarından tatmin edilmesine rıza göstermek zorundadır. İşte bu durum da, ticari işletmenin varlığının sona ermesine yol açabilir.

Ticari işletmenin bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanacak şekilde devredilmesi şartı, ticari işletmenin devrine ilişkin bir şart olduğundan, devirden sonra gerçekleşen, işletme bütünlüğünün kaybolması ve işletmenin kapanması, bu şartlara aykırı değildir. Eş söyleyişle, devirden sonra gerçekleşen bu durumlar, doğal olarak devrin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu nedenle, tasarrufun iptali davasının, ticari işletmenin bütünlüğü ve devamlılığı sağlanacak şekilde devredilmesi gerektiği ilkesine aykırılığın tartışılmasının

yerinde olmadığı düşünülebilir. Ancak, tasarrufun iptali davası, ticari işletmenin devri kurumu içerisinde yer alan bir enstrumandır. Her ne kadar ticari işletmenin devrinin geçerliliği etkilenmese de, bu imkanın ticari işletmenin devri kurumu içerisinde yer alması bir tutarsızlığı da beraberinde getirmiştir. Öyle ki, bir yandan ticari işletmenin bir bütün ve devamlılığı sağlanacak şekilde devredilmesi gerektiği şart koşulmuş diğer yandan ise, alacaklıların korunması amacıyla devredilen ticari işletmenin bütünlüğü ve devamlılığı riske atılmıştır. Zira tasarrufun iptali davası alacaklılara, devreden ya da devralanın tüm malvarlığından alacaklarını karşılama imkan vermez. Dava tasarrufla ilgilidir. Yani alacaklılar, alacaklarını devredilen ticari işletmenin malvarlığı unsurlarından karşılayacaktır.

C. Ticari İşletmenin Devrinde İİK m. 44'ün Uygulanması

1. Ticareti Terk Etme Kavramı

Ticareti terk etmek, ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek ya da işletmeyi kapatmak, dağıtmaktır⁶⁷. Ticari terk etmek kavramı, esasen kişinin tacir niteliğinin yitirilmesine sebebiyet verecek şekilde, ticari hayattan çekilmesini ifade eder⁶⁸. İİK m. 44'te ticareti terk eden kişi bakımından özel düzenlemeler getirilmiştir. İİK m. 44 hükümlerinin tamamı ticareti terk eden tacire uygulanır⁶⁹.

Bir tek ticari işletme sahibi tacirin, işletmesinin önemli bir kısmını (örneğin şubesini) bir başkasına devretmesi ya da birden fazla ticari işletmeye sahip tacirin, en az bir ticari işletmesini işletmek üzere kendisine bırakarak geri kalanını bir başka kişiye devretmesi, kapatması ya da dağıtması durumunda, ticaretin kısmen terk edilmesi söz konusu olur⁷⁰. Acaba ticaretin kısmen terk edilmesi halinde, İİK m. 44 hükmü uygulanacak mıdır?

⁶⁷ KARAYALÇIN, s. 212.

⁶⁸ Buna karşın, birden çok işletme sahibinin bunların bir kısmını terk etmesi de, İİK m. 44 anlamında ticaretin terk edilmesi olarak değerlendirilmektedir. GÜNEREN, Ali: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2012, s. 918.

⁶⁹ KURU, Baki: "Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler", *AÜHFD*, C. XXVII, 1970, S. 1-2, s. 110.

⁷⁰ KURU, Ticareti Terk, s. 116.

Ticaretin kısmen terki halinde, İİK m. 44 bir bütün halinde uygulanmaz. Ticaretin kısmen terkeden kişi, tacir sıfatını kaybetmediğinden, İİK m. 44/f. 2 hükmünün uygulanmasına imkan ve gerek yoktur⁷¹. Zira, kişinin tacir sıfatı devam etmekte ve tacir her türlü borcu için iflasa tabidir (TTK m. 18/f. 1). Şüphesiz ki tacir, devrettiği ya da kapattığı eski işletmelerinden ya da işletmesinin önemli bir bölümünden kaynaklanan borçlar için de iflasa tabidir⁷².

Tasarrufun kısıtlanmasına ilişkin İİK m. 44/f. 3 ve bununla ilgili İİK m.44/f. 4, 5, 6 hükümleri de, ticaretin kısmen terk edilmesinde uygulanmaz. Aksi kabulde, tacir sıfatını taşıyan ticareti kısmen terk etmiş kişinin, iki aylık süre boyunca ticaretine devam etmesi engellenmiş olacaktır.⁷³

İİK m. 44/f. 1 ise, ticareti kısmen terk eden tacir hakkında uygulanması gerekir. Hüküm uyarınca, ticareti terk eden tacir, ticaretin terk edildiğini kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmek ve mal beyanını vermek zorundadır. Hükümde öngörülen yükümlülükler, alacaklıların hak ve menfaatlerini korumaya yöneliktir. Ticaretin kısmen terkinde hükmün uygulanmaması halinde, İİK m. 44 ve 337/a hükümlerinden kurtulmak isteyen tacir, daha değerli olan ticari işletmelerini ya da bu işletmelerin önemli bir bölümünü devredecek, kendisine sadece tacir sıfatı devam ettirecek şekilde bir ticari işletme bırakacaktır. Bu şekilde bir davranışla, alacaklılara zarar verilmesi, İİK m. 44 ve 337 hükümlerinin varlık amacına aykırıdır.⁷⁴

Esnaf işletmesi sahibi kişi, bu işletmesini devretmesi, kapatması ya da dağıtması halinde, İİK m. 44 hükmü bu kişi bakımından uygulanmaz. Bir başka ifadeyle, İİK m. 44 hükmü esnaflara değil, tacirlere uygulanır.

Salt tacirin ölümü, İİK m. 44 anlamında ticaretin terki olarak değerlendirilemez. Bu nedenle, tacirin ölümü durumunda, mirasçılarının durumu 15 gün içinde ticaret sicil memurluğuna bildirmek ve mal beyanında bulunmak yükümlülükleri yoktur⁷⁵. Ancak muris tacirin ölümünden sonra, mirasçılarının ticari işletmeyi tasfiye etmesi, İİK m. 44

⁷¹ KURU, Ticareti Terk, s. 117.

⁷² KURU, Ticareti Terk, s. 117.

⁷³ KURU, Ticareti Terk, s. 117.

⁷⁴ KURU, Ticareti Terk, s. 117.

⁷⁵ KURU, Ticareti Terk, s. 110.

anlamında ticaretin terk edilmesidir⁷⁶. Kanaatimizce, murisin birden fazla ticari işletmesi var ise, mirasçılar bu işletmelerden en az birinin işletmeyi devam edip, diğer işletmelerini tasfiye etmeleri halinde, ticaretin kısmen terk edilmesi söz konusu olur.

Sonuç olarak ticaretin terk edilmesinden kasıt, kişinin tacir sıfatını kaybedecek şekilde ticari hayattan çekilmesidir. Bu durumda İİK m. 44'ün bütün hükümleri, bu eski tacir bakımından uygulanır. Ticaretin kısmen terk edilmesi ise, tacirin, bu sıfatını muhafaza edecek şekilde sahip olduğu işletme/lerini ya da işletmelerinin önemli bir bölümünü (örneğin şubesini) devretmesi, kapatması ya da dağıtmasıdır. Ticaretin kısmen terkeden tacir bakımından, sadece İİK m. 44/f. 2 hükmü uygulama imkanı bulur. Ticari işletmenin devri, ticaretin terk edilmesine yola açabileceği gibi, ticaretin kısmen terk edilmesi sonucunu da doğurabilir.

2. Ticaret Siciline Bildirim ve Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğü

Ticari işletmesini devretmesi nedeniyle, ticareti terk etmiş olan -eski- tacirin İİK m. 44'ten kaynaklanan yükümlülükleri söz konusudur. Bu yükümlükler, ticaretin terki keyfiyetini kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirme ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmadır.

Ticareti terk eden tacir, ticareti terk ettiğini, on beş gün içinde kayıtlığı bulunduğu sicile bildirmek zorundadır (İİK m. 44/f. 1). Bu bildirimin yapılmamasının iflas hukuku açısından en önemli sonucu, tacirin ticareti terk ettikten sonra bir yıl daha iflasa tabi olması sürecinin başlamamasıdır (İİK m. 44/f. 1, 2). Eş söyleyişle, gerekli bildirim yapılmaz ise, tacirin sınırsız iflasa tabi olması söz konusu olacaktır⁷⁷.

Ticareti terk eden tacir, İİK m. 44 uyarınca, bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmakla yükümlüdür. Mal beyanını alan merci (ticaret sicil memurluğu), keyfiyeti tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsü'ne bildirir. Yapılan bildirim üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliği'ne de bildirilir (İİK m. 44/f. 5).

⁷⁶ KURU, Ticareti Terk, s. 110.

⁷⁷ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 271, N. 523.

Tacir, İİK 44/f. 1 gereği mal beyanında bulunması gerekirken, mal beyanında bulunmamış ise ya da beyan içeriği bakımından eksik göstermiş ise, bundan zarar gören alacaklının şikayeti üzerine, icra mahkemesi, bu kişi hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmedebilir (İİK m. 337/a, 1).

3. İflasa Tabi Olmaya Devam Etme

Kimlerin iflasa tabi olduğu İİK m. 43/f. 1’de belirtilmiştir. Hükme göre, Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi bulundukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar iflasa tabidir. O halde iflasa tabi olan kişiler:

- TTK m. 12/f. 1 uyarı tacir olanlar,
- TTK m. 12/f. 2 uyarınca tacir sayılanlar,
- TTK m. 12/f. 3 uyarınca tacir gibi sorumlu olanlar,
- TTK m. 17 uyarınca donatma iştiraki,
- Tacir sıfatına sahip olamadıkları halde kanun hükmü gereği iflasa tabi olan kimselerdir⁷⁸.

Tacir sıfatına sahip olmadığı halde kanun hükmü gereği iflasa tabi olan kimselere örnek olarak, kollektif ve komandit şirket ortakları, banka yönetici ve denetçileri, ticareti terk eden tacirler gösterilebilir⁷⁹.

Ticareti terk eden tacirin iflasa tabi olmaya devam edeceği, İİK m. 44’te düzenlenmiştir. Ticareti terk eden tacir, 15 gün içinde keyfiyeti, kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmelidir. Keyfiyet ticaret sicil memurluğunca, ilan⁸⁰ olunur. İşte ticareti terk eden tacir, bu ilandan itibaren bir sene daha iflasa tabi olmaya devam edecektir (İİK m. 44/f. 2). Sicilden terkin ve ilan işlemleri yapılmadığı takdirde, bu bir

⁷⁸ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 271, N. 523.

⁷⁹ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 271, N. 523.

⁸⁰ İİK m. 44/f. 1 uyarınca, ilan masraflarını ödemeyen tacir, beyanda bulunmamış sayılır.

senelik süre başlamaz. Bu durumda, tacir sıfatını yitiren kişi, süre sınırı olmaksızın iflasa tabi olacaktır⁸¹.

İİK m. 44/f. 2 anlamındaki tacir gerçek kişi tacirdir. Hükümün, ticaret şirketlerine uygulanma imkanı yoktur⁸². Zira, ticaret şirketleri tüzel kişi tacirdir ve ticareti terk edince tasfiyeye girer. Tasfiye sonunda da, şirketin ticaret sicilindeki kaydı silinir ve şirketin tüzel kişiliği sona erer. Şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesi, hukuki kişiliğini yitirmesi anlamına gelecek ve artık şirketin iflas yolu ile takibi söz konusu olmayacaktır⁸³.

TTK m. 18/f. 1’de de, tacirin her türlü borcu için iflasa tabi olduğu belirtilmiştir. O halde, tacirler, hem ticari nitelikteki hem de ticari nitelik taşımayan tüm borçları nedeniyle iflas yolu ile takip edilebilir⁸⁴.

İİK m. 44/f. 2 gereği, ticari işletmesini devretmesi nedeniyle, ticareti terk eden tacir, ticareti terke ilişkin ilandan itibaren bir yıl daha iflasa tabi olmaya devam edecektir. Gerçek kişi tacir, devir kapsamındaki borçlardan iki yıllık sürenin geriye kalan kısmında haciz yoluyla takip edilebilir. Tek ticari işletmesini de devreden kollektif şirket, TBK m. 202 gereği, iki yıl daha tüzel kişiliğini muhafaza edeceğinden, şirket, bu iki yıllık süre içinde ve bu sürenin ardından ticareti terke ilişkin ilan ile birlikte bir yıl daha iflasa tabidir.

Öğretide bir görüşe⁸⁵ göre, birden fazla işletme sahibi bir tacirin, işletmelerinden birini devretmesi halinde TTK m. 12/f. 1’e uyarınca tacir sıfatı devam edeceğinden, bu durum ticaretin kısmen terk edilmesidir. Ticaretin kısmen terkedilmesi halinde, İİK m. 44/f. 2’nin, o kimse bakımından uygulanmasına gerek yoktur. Ancak, kısmen terk halinde de alacaklıların korunması için İİK m. 44/f. 2 ve m. 337/a’nın, o tacir hakkında uygulanması doğru olacaktır.

Kanaatimizce de ticaretin kısmen terk edilmesi halinde, İİK m. 44/f. 2’nin uygulanmasına gerek yoktur. Zira, kısmen de olsa bir ticari işletmeyi kendi adına işleten

⁸¹ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 271, N. 523.

⁸² KURU, Ticareti Terk, s. 115.

⁸³ KURU, Ticareti Terk, s. 115.

⁸⁴ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 270, N. 521.

⁸⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 462.

kişi tacir sıfatını haizdir. Tacirler de her türlü borcu için iflasa tabidir (TTK m.18/f. 1). Tacir, bu sıfatı kazanmasını sağlayan ticari işletme/lerini terk etmesi nedeniyle, ticareti tamamen terk etmesi halinde, İİK m. 44/f. 2 gereği, ticareti terk etmesine ilişkin ilandan itibaren bir yıl daha iflasa tabi olmaya devam edecektir.

4. Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması

İİK m. 44/f. 3'te, ticareti terk eden eski tacirin, mal beyanının ticaret siciline verilmesinden itibaren, iki ay boyunca haczi caiz malları üzerinde tasarruf edemeyeceği düzenlenmiştir. Mal beyanını alan ticaret sicil memuru, keyfiyeti, tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsü'ne bildirerek, sicillere, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhinin verilmesini sağlar (İİK m. 44/f. 5). Hemen belirtelim, öngörülen bu tasarruf kısıtlaması, eski tacirin alacaklılarını korumak için getirilmiştir. O halde, bu kısıtlamaya rağmen yapılan tasarruflar, sadece alacaklılar bakımından hükümsüz olacaktır⁸⁶.

Öngörülen tasarruf etme yasağına karşın, üçüncü kişilerin zilyetlik hükümleri ve sicillere dayanarak elde ettikleri haklar korunur (İİK m. 44/f. 4). Eş söyleyişle, tacirin, iyiniyetli üçüncü kişilerle yaptığı tasarruf işlemleri geçerlidir⁸⁷. İyiniyete dayanarak hak elde etme, karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren ikinci derece dahil olmak üzere bu dereceye kadar hısımlar ve evlat edinenle evlatlık arasındaki tasarruf işlemlerinde söz konusu değildir (İİK m. 44/f. 4).

Tasarruf etme yasağı, eski tacirin alacaklılarını korumak için getirilmiş bir düzenlemedir. Düzenlemenin, eski tacirin malvarlığına olumsuz etkide bulunması önlenmelidir. Bu nedenle kanun koyucu, bu iki aylık dönem için, eski tacirin bazı mallarının mahkeme kararı ile sattırılmasını, İİK m. 44/f. 6 hükmünde öngörmüştür⁸⁸. Bu hüküm uyarınca, *“Bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde değerin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra memuru marifetiyle ve bu kanun hükümleri*

⁸⁶ KURU, Ticareti Terk, s. 112.

⁸⁷ KURU, Ticareti Terk, s. 113.

⁸⁸ KURU, Ticareti Terk, s. 113.

daireesinde bu malların satılmasına ve bedelinin 9'uncu maddede⁸⁹ yazılı bir bankaya depo edilmesine karar verilebilir.”.

5. İİK 44'e Aykırı Mal Beyanı Halinde Ceza

İİK m. 44'e aykırı mal beyanında bulunmanın cezası, İİK m. 337/a'da “44'üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ifadeleriyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında cezaya yol açacak fiillerin işlenmesine karşın, alacaklı bundan zarar görmemiş ise, bu durumu ispat eden borçluya ceza verilmez (İİK m. 337a-f. 2). O halde, İİK m. 44'e aykırı mal beyanı, mutlak surette borçluya ceza verilmesini gerektirmez.

İİK m. 337/a'da düzenlenen suçun takibi, şikayete tabidir⁹⁰. Alacaklı, maddede belirtilen fiilleri öğrendiği tarihten itibaren üç ay ve herhalde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde şikayet hakkını kullanmalıdır (İİK m. 347). Davada icra mahkemesi görevli olup, dava icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde görülür (İİK m. 348).

⁸⁹ Paranın ödenmesi ve değerli eşyanın muhafazası:

Madde 9 – (Değişik: 2/7/2012-6352/4 md.)

İcra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir.

İcra ve iflas dairelerince yapılması gereken her türlü nakdî ödeme, ilgisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından resen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir.

İcra ve iflas daireleri aldıkları kıymetli evrak ve değerli şeyleri kasalarında, zorunlu hâllerde ise kiralanan banka kasalarında muhafaza ederler.

⁹⁰ KURU, Ticareti Terk, s. 114.

6. TBK m. 202 ile İİK m. 44 Karşılaştırılması

Ticari işletmenin devri, ticari işletmenin sahipliğinin bir kişiden başka bir hukuki kişiye geçmesini sonucunu doğurabilecek bir hukuki işlemdir. Ticari işletmenin devri, ticaretin terki sonucunu doğurabileceği gibi, ticaretin kısmen terki sonucunu da doğurabilir. O halde, somut olayı dikkate alarak, ticari işletmenin devrine uygulanacak İİK m. 44 hükümleri belirlenir. Ticari işletme devri niteliğinde olmayan, örneğin TBK m. 202 uyarınca ticari işletmenin bir şubesinin devri de, ticaretin kısmen terki olarak ele alınıp, İİK m. 44 uygulanır⁹¹.

İİK m. 44, ticari işletmenin devri sonucunda uygulama imkanı bulabileceği gibi, ticari işletmenin kapatılması vb. durumlarda da uygulama imkanı bulabilir.

İİK m. 44'te öngörülen ilan devreden, devirden sonra 15 gün içinde keyfiyeti ticaret siciline bildirmesi üzerine, ticaret sicili memurluğunca gerçekleştirilmesi gerekir, TBK m. 202 kapsamında gerçekleştirilen ilan ise, devralan tarafından yapılmalıdır. Devralanın ilanı hangi süre içerisinde yapması gerektiğine ilişkin herhangi bir özel düzenleme getirilmemiştir. İlan, ticari işletmenin devrinin ticaret siciline tescil edildiği andan itibaren en kısa sürede yapılması gerekir. İİK m. 44'teki ilanın sonucu olarak, ticareti terk eden tacir, ilandan itibaren bir yıl daha iflasa tabi olacaktır. Ayrıca ilan ile, ticaretin terki hususu üçüncü kişilere duyurulmuş olur. TBK m. 202 kapsamındaki ilan ile, devralan, ticari işletmenin devri kapsamındaki borçları üstlenmiş olur ve devralan ile devreden iki yıllık müteselsil sorumluluğu başlar. TBK m. 202 ve İİK m. 44 anlamındaki ilanların yapılış şekillerinin benzer olduğunu ifade edebiliriz. Ticareti terk eden kişi, İİK m. 44 anlamındaki ilanın yapılması için ticaret siciline keyfiyeti bildirmez ise ilan yapılmayacak ve bu durumda kişinin iflasa tabi olacağı bir yıllık süre başlamayacağından, kişi zaman sınırlaması olmaksızın iflasa tabi olmaya devam edecektir. Keyfiyetin ticareti terk eden kişi dışında yapılması söz konusu değildir. TBK m. 202 anlamında ilanın devralan tarafından yapılmaması durumunda, devir kapsamındaki borçlar devreden de kalmaya devam edecek ve devreden ile devralanın iki yıllık müteselsil sorumluluğu başlamamış olacaktır. Eş söyleyişle, ilanın yapılmamasının, devreden bakımından olumsuz sonuçları söz konusudur. TBK m. 202 anlamındaki ilan, İİK m. 44'ten farklı olarak, aynı zamanda devralanın sözleşmeden doğan borcudur. O halde, devralanın ilanı yapmaması, borca aykırılık teşkil eder.

⁹¹ ARICI, s. 227.

Devreden, ifa davası ile mahkemeden, ilanının yapılmasını isteme hakkını haizdir. İfa edilmemiş olan ilan, bu vasıta ile yapılabilir.

İİK m. 44 uyarınca ticaretin terk eden tacir, mal beyanında bulunmakla da yükümlüdür. Gereği gibi mal beyanında bulunmayan hakkında, İİK m. 337/a hükmü uygulanır. TBK m. 202 kapsamında mal beyanında bulunmaya ilişkin herhangi bir yükümlülük öngörülmemiştir. Ticari işletmenin devri kurallarına aykırılığın cezai değil özel hukuk anlamında yaptırımları vardır⁹².

İİK m. 44 özellikle istihkak davalarında uygulama alanı bulmaktadır. Gerçekten alacaklılar, ticari işletmesini devreden tacirin İİK m. 44'teki yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle, devir işleminin kendilerine karşı ileri sürülemeyeceğini belirterek istihkak davası açmaktadırlar. Alacaklılar bu dava ile, alacaklarını ticari işletmeye dahil mallardan tahsil etmeye çalışmaktadırlar.⁹³ Yargıtay, açılan istihkak davalarında, İİK m. 44 ile TBK m. 202'yi paralel bir hüküm olarak değerlendirmekte ve istihkak davalarında alacaklı lehine sonuç tesis etmede TBK m. 202'yi hukuki bir gerekçe olarak kullanmaktadır⁹⁴.

D. Ticaret Şirketleri Ortaklarının Korunması

Ticari işletmenin devri, alacaklıların korunması ihtiyacını doğurabileceği gibi, ticaret şirketleri ortaklarının da korunması ihtiyacı hasıl olabilir. Ancak, Türk hukukunda ticari işletmenin devrinde şirket ortaklarının korunmasına ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. O halde, ticari işletmenin devrinde ortakların korunması genel hükümlere göre olacaktır⁹⁵. Ticari işletmenin devrinde ortakların korunmasına ilişkin hükümlere şunları örnek verebiliriz⁹⁶:

- Esas sözleşmede yer alacak hükümlerin sınırını çizen TTK m. 340,

⁹² ARICI aynı yönde, s. 227, 228.

⁹³ ÜLKÜ/KARAASLAN, s. 61.

⁹⁴ İlgili Yargıtay kararları için bkz. ÜLKÜ/KARAASLAN, s. 61.

⁹⁵ ÇELİKBOYA, s. 230.

⁹⁶ Benzer bazı örnekler için bkz. ÇELİKBOYA, s. 230 vd.

- Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme ya da aynın sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına ilişkin sözleşmelerin geçerliliğini, genel kurul onayı ve ticaret siciline tescile bağlayan TTK m. 356/f. 1,
- Temsile yetkili olan kişilerin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemleri nedeniyle şirketin bu kişilere rücu hakkını saklı tutan TTK m. 371,
- Ortakların, yönetim kurulu kararlarının, özellikle de şirketin temel yapısına uymayan ya da sermayenin korunması ilkesini aykırı kararların, batıl olduğunun tespitini mahkemeden isteyebileceğini düzenleyen TTK m. 391,
- Ortaklara genel kurulda, yönetim kurulundan şirketin işleri; denetçilerden, denetimin yapılma şekli ve sonuçlarına ilişkin bilgi alma hakkı ve inceleme hakkı veren TTK m. 437 ve özel denetim isteme hakkı veren TTK m. 438,
- Ticari işletmenin devri hususunda genel kurulun verdiği olumlu ya da olumsuz kararların iptal edilebileceğini düzenleyen TTK m. 445 vd.
- Önemli miktarda aktiflerin satılmasını genel kurul kararına bağlayan TTK m. 538/f. 2,
- Kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin, bu nedenle, şirkete, pay sahiplerine, şirket alacaklılarına verdiği zarardan sorumlu tutan TTK m. 553, bu sorumluluğa ilişkin dava açma hakkı tanıyan TTK m. 555 ve ilgililerin müteselsil sorumluluğunu ve birlikte dava edilebilirliğini düzenleyen TTK m. 557.

E. İsviçre Hukukundaki Özel Düzenlemeler

1. İsviçre Hukuku Ticari İşletme Devrinde “Aktif Bakiye” İlkesi Yoluyla Devralanın Alacaklılarının Korunması

Türk hukukundan farklılık arz eden bir diğer husus ise, İsviçre hukukunda ticari işletmenin devredilebilmesi için, devre konu ticari işletmenin aktiflerinin pasiflerden daha fazla bir değere sahip olması gerekir (FusG m. 71/f. 2)⁹⁷. Bu nedenle, envanterin

⁹⁷ Kanun aktif bakiyenin hesaplanmasında envantere atıf yaptığı için, aktif bakiye, envanterde belirtilen aktiflerin toplam değerinin, envanterde belirtilen pasiflerin toplam değerinden çıkarılması suretiyle tespit

aktif bakiye içermesi zorunluluğu, devredilecek aktif ve pasiflerin tarafların özgür iradeleriyle tayin edilmesini sınırlandırıcı etki gösterir⁹⁸. “Aktivenüberschuss”, “aktif bakiye” (pozitif saldo) olarak ifade ettiğimiz bu ilke uyarınca, borca batık olan bir ticari işletmenin devri söz konusu olamaz. Bu ilkenin bir diğer önemli sonucu ise sadece ticari işletme borçlarının devrinin mümkün olmayacağıdır. Türk hukukunda ise, ticari işletme niteliğindeki bir yapı, borca batık dahi olsa, devredilebilir. Bu işlevleri ile birlikte, bu ilkenin, devralanın alacaklılarını ve muhtemel ortaklarını koruyucu niteliği haiz olduğunu ifade edebiliriz⁹⁹. Zira, hüküm, esasen devralanın ödeme gücünü korumaya yöneliktir¹⁰⁰. Ancak, devir sözleşmesinin karşı ediminin özgürce belirlenebilmesi nedeniyle, devre konu malvarlığı değerinden çok yüksek bir karşılığın devralan tarafından verilmesi halinde, aktif bakiyenin devralanın alacaklılarına yeterli koruma sağlayamaması sonucunu doğurabilir¹⁰¹.

Aktif bakiye (pozitif saldo) ilkesi, devralanın yüksek bir karşı ifa da bulunmasını engellemez. Zira, karşı ifanın değeri, aktif bakiyenin tayinin de rol oynamaz.¹⁰²

2. İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 74 Uyarınca Ortakların Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

Türk hukukundan farklı olarak, FusG’de ticari işletmenin devrine uygulanan malvarlığı devri hükümlerinde, ticaret şirketi ortaklarının bilgi alması hakkı¹⁰³

edilir. MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 662, N. 13; CHAMPEAUX (SIFERT/TURIN), s. 1185, N. 28.

⁹⁸ MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 662, N. 13.

⁹⁹ von SALIS, s. 415; von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 355, N. 914; FRICK (BAKER&McKENZIE), s. 487, N. 7; MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 662, N. 13; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, s. 503, N. 29; WEBER, s. 143; GERSBACH, s. 24.

¹⁰⁰ AMSTUTZ/MABILLARD, s. 539, N. 10.

¹⁰¹ MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER), s. 663, N. 15; LOSER-KROGH, s. 1105; SCHUMACHER, s. 85; AMSTUTZ/MABILLARD, s. 539, N. 10.

¹⁰² BOTSCHAFT FusG, s. 4463; von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 364, N. 934; LOSER-KROGH, s. 1105.

¹⁰³ Bilgi alma hakkının tanınmasındaki genel amaçları şu şekilde ifade edebiliriz.

- Ortaklığın içinde bulunduğu ekonomik durum hakkında aydınlanma.
- Organların dolaylı kontrolü.

düzenlenmiştir¹⁰⁴. Bu düzenleme uyarınca, devredilen aktifler, devreden şirketin toplam aktiflerinin %5'inden fazla ise, devreden şirketin yönetim organı, malvarlığının devrine ilişkin, ortakları, bilgilendirmek durumundadır¹⁰⁵ (FusG m. 74/f. 3). Devreden şirketin aktiflerinin %5 eşik düzeyi, kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir¹⁰⁶. Malvarlığının devrinde bu eşik düzeyinin tayini, devirdeki aktif bakiye değerine göre değil, sadece devre konu aktiflerin değerine göre edilir¹⁰⁷. Birleşme, bölünme, tür değiştirmeden farklı olarak kanun, malvarlığının devrinde ara bilançonun hazırlanmasını talep etmez¹⁰⁸. Bu yüzden hesaplamanın esası, şirket tarafından hazırlanmış ve genel kuruldan onaylı bilançoya dayanır¹⁰⁹. Bilgilendirme, malvarlığının devrine ilişkin gerekli bilgilere, yıllık hesap tablosunun ekinde yer verilmek suretiyle yapılır. Yıllık hesap tutulmuyorsa, malvarlığın devrine ilişkin gerekli bilgi, gelecek genel kurul toplantısında verilmelidir (FusG m. 74/f. 1)¹¹⁰.

Bilgilendirme yükümlülüğü, malvarlığı devrinin, devir sözleşmesinin, devrin karşı ediminin, işçi için sonuçlarının ve muhtemel sosyal planlar içeriğinin amacı ve neticeleri ile ilgili hukuki ve iktisadi açıklama ve gerekçeler içerir¹¹¹ (FusG m. 74/f. 2).

Ortaklara sınırlı bir koruma bahşeden bilgilendirme yükümlülüğü, şirket işlerinin yönetiminden doğan hesap verme yükümlülüğünün özel bir halidir¹¹². Yükümlülük,

-
- Pay sahipliği haklarının bilinçli şekilde kullanılmasını temin.
 - Koruyucu hakların kullanılmasına temel oluşturma.
 - Organların işlevsel ve doğru karar almalarını temin. KAYA, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 21 vd..

¹⁰⁴ FusG'nin temel prensiplerinden biri de, yeniden yapılandırma yoluyla hiçbir ortağın önceki haklarının zedelenmemesidir. SCHUMACHER, s. 173.

¹⁰⁵ HURNI, s. 170; SCHUMACHER, s. 175.

¹⁰⁶ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 349, N. 896.

¹⁰⁷ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 349, N. 896.

¹⁰⁸ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 349, N. 896; GERSBACH, s. 27.

¹⁰⁹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 349, N. 896; GERSBACH, s. 27.

¹¹⁰ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 348, N. 895; HURNI, s. 170; SCHUMACHER, s. 175.

¹¹¹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 349, N. 897; HURNI, s. 170, 171; SCHUMACHER, s. 176.

¹¹² DURMAN, s. 78.

sadece devreden şirket bakımından söz konusudur. Devralan şirketin, bu hüküm anlamında malvarlığının devrine ilişkin ortakları bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹¹³.

Öngörülen yükümlülük, malvarlığının devrinin gerçekleşmesinden sonra devre ilişkin bilgilendirmeleri kapsar. Yoksa bu yükümlülük, ortakların devre onay verip vermeyeceklerini ilişkin değildir. O halde, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ya da gerekli bilgilendirmenin yapılması üzerine ortakların tepkileri, malvarlığı devrinin geçerliliğini etkilemez.

İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 74/f. 1'in metnine göre, devralan şirketin, bildirim yükümlülüğü söz konusu değildir¹¹⁴. Devredilen malvarlığında aktif fazlalık koşulu, devralan şirketin ortakları için kuşkusuz hukuki koruma sunacaktır¹¹⁵.

3. İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 75/f. 3 Uyarınca Teminat Gösterilmesi Zorunluluğu

Türk hukuku gibi ticari işletme aktiflerinin devrinde cüz'i halefiyetten kısmi külli halefiyet ilkesine geçen İsviçre hukuku, Türk hukukunda farklı olarak alacaklıları koruyucu önemli bir hüküm ihdas etmiştir. FusG m. 75/f. 3'te, devreden ile devralanın üç yıllık müteselsil sorumluluğunun, bazı durumlarda alacaklılara yeterli koruma sağlayamayacağı düşüncesiyle, alacaklıların talebi ile teminat gösterilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir¹¹⁶. Bu yükümlülük, özel durumlarda gündeme gelen istisnai ve ikincil bir tedbirdir¹¹⁷. Zira, hükmün metninden de anlaşılacağı üzere, alacaklıları korumaya ilişkin temel düzenleme müteselsil sorumluluk hükmüdür. Teminat yükümlülüğü, FusG m. 75/f. 3-a uyarınca, müteselsil sorumluluğun üç yıllık süreden önce sona ermesi ya da, FusG m. 75/f. 3-b uyarınca, müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlayamadığı

¹¹³ WEBER, s. 126; GERSBACH, s. 27.

¹¹⁴ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 349, N. 898;

¹¹⁵ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 349, N. 898;

¹¹⁶ Teminat gösterme ya da devredilen alacakların ifası yükümlülüğü. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 356, N. 916.

¹¹⁷ Devredilen alacaklar için, ilgili kişinin teminat yükümlülüğü, sadece özel durumlarda oluşur. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 358, N. 922; ÜLGİN/ARICI, s. 1794.

hallerde gündeme gelir¹¹⁸. Bir başka ifadeyle teminat verme yükümlülüğü, müteselsil sorumluluğun alacaklıları koruyucu niteliğinin yitirildiği ya da yitirmeye yüz tuttuğu durumlarda söz konusu olacaktır. Bu nedenle, bu güvence, edinilmiş değil sadece belirli şartlar altında işleve girebilen olağanüstü bir koruma enstrumanıdır. Teminat talep etme hakkı, malvarlığının devrinden etkilenen alacaklılara aittir¹¹⁹. Bu kişiler, teminat yoluyla korunma gereğini, ispat etmek durumundadır¹²⁰. Şüphesiz, katı ispat talep edilmez, ispatlama yeterli derecede (yaklaşık ispat) olmalıdır¹²¹. Bunun için gerekli bilgiler, esas olarak, devir sözleşmelerinde ve bilhassa envanterde bulunabilir¹²². Alacaklılar bu belgeleri, ticaret sicilinden talep edebilir¹²³.

Teminat verme yükümlülüğü, kendi kişiliğinde şartların gerçekleşmesi koşuluyla, devreden ya da devralan bakımından gündeme gelebilir¹²⁴.

Muaccel alacaklar için teminat gösterilmez, bunlar ifa edilir¹²⁵. Teminat talebi, nizalı ya da şarta bağlı alacaklar için de söz konusudur¹²⁶. Bu alacaklar için teminatın kapsamı, alacağın nominal değerine uygun olarak belirlenir¹²⁷.

Teminat her zaman için yeterli düzeyde olmalıdır. Eş söyleyişle, teminat, alacağı temin edecek değer düzeyinde olmalıdır¹²⁸. Alacaklılar, alacakları için tam teminat talep edebilirler ya da daha az bir koruma ile yetinebilirler¹²⁹.

¹¹⁸ BOTSCHAFT FusG, s. 4362; Örneğin, üç yıllık müteselsil sorumluluk döneminde, devreden ya da devralanın iflas ya da başkaca bir sebepten ötürü hukuki kişiliğinin sona ermesi ya da malvarlığı devrinin makul bir karşı edim olmaksızın yapılması ve yeni borçlunun baştan çok az ödeme gücü ya da borca batık olması. von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 358, 359; N. 922, 923; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, 2014, s. 314, N. 3639; SCHUMACHER, s. 128; AMSTUTZ/MABILLARD, s. 552, N. 10.

¹¹⁹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N. 925, N. 934; BERETTA, Zürcher Kommentar, art. 75, N. 15.

¹²⁰ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 359, N. 923.

¹²¹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 359, N. 923.

¹²² von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 359, N. 923.

¹²³ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 359, N. 923.

¹²⁴ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 358, 359, N. 922, N. 926.

¹²⁵ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 359, N. 925.

¹²⁶ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 359, N. 926.

¹²⁷ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 360, N. 925.

¹²⁸ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 360, N. 927.

II. TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE UYGULANABİLECEK BAZI HÜKÜMLER

A. Ticari İşletmenin Devrinden Kaynaklanan Davalarda Görevli Mahkeme

Gerek eTK döneminde gerekse TTK döneminde ticari işletmenin devrinden kaynaklanan davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. eTK m. 4/f. 1-3'e göre, Borçlar Kanunu'nun bir işletmenin satılması¹³⁰ veya diğeriyle birleştirilmesi hakkındaki eBK m. 179 ve 180'da düzenlenen kurumlardan kaynaklanan davaların ticari davalar oldu düzenlenmişti. TTK m. 4/f. 1-a ve c bentleri¹³¹ uyarınca, TTK'da ve TBK'nın malvarlığının veya işletmenin devralınması hakkındaki 202. maddesinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu tür ticari davalar, mutlak ticari dava olarak adlandırılmaktadır¹³². Mutlak ticari davaların, ticaret mahkemesinde görülmesi için başka bir şart aranmaz.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5'e göre, aksine bir hüküm yok ise, dava olunan şeyin değerine göre, ticari davalara bakmakla görevli mahkeme, asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi idi. Ancak bir yerde ticaret mahkemesi var ise, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve eTK'nın 4. maddesi uyarınca ticari sayılan davalarla, özel hükümle uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere, ticaret mahkemesinde bakılırdı (eTK m. 5/f. 2). eTK döneminde¹³³ ticaret mahkemesi ile asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi arasında ilişki görev ilişkisi değil, iş bölümü ilişkisiydi (eTK m. 5/f. 3). Bu nedenle, davanın bu mahkemelerin iş sahasına girip girmediği ilk itiraz şeklinde taraflarca yapılmalıydı.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/f. 1 uyarınca, aksine hüküm yok ise, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki

¹²⁹ von der CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, s. 360, N. 927.

¹³⁰ Hükümde geçen işletmenin satılmasından kasıt, işletmenin eBK m. 179 kapsamında devredilmesidir.

¹³¹ Her iki bendi de saymamız nedeni, ticari işletmenin devri kurumunun, temelde TTK m. 11/f. 3 ve TBK m. 202 kapsamında gerçekleşiyor olmasıdır.

¹³² ÇEKER, Mustafa: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2006, s. 79; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 75; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/NOMER ERTAN), s. 117 vd, N. 215 vd.; POROY/YASAMAN, s. 117 vd.; BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker: Ticari Dava, Ankara 2013, s. 9 vd.; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 100 vd. ; KAYAR, s. 118 vd..

¹³³ Daha doğru ifadeyle eTK dönemini de kapsayacak şekilde 26.6.2012 tarihine kadar.

çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile yapılan değişiklik ile birlikte, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi değil, görev ilişkisidir (TTK m. 5/f. 3). Bu durumda, göreve ilişkin usul hükümleri uygulanacaktır (TTK m. 5/f. 3). Ancak asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki ticari davaya, asliye hukuk mahkemesi görevli mahkeme olarak bakmaya devam eder (TTK m. 5/f. 4).

B. Ticari İşletmenin Devrinden Kaynaklanan Davalarda Yetkili Mahkeme

Ticari işletmenin devrinden kaynaklanan davalarda birden çok yetkili mahkeme söz konusudur. HMK m. 6'da düzenlenen genel yetkili mahkeme hükmü, ticari işletmenin devrinden kaynaklanan davalarda da uygulama imkanı bulur. Bu hükme göre dava, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ticari işletme devri, sözleşme temelinde yapılır. O halde, HMK m. 10'da düzenlenen yetki kuralı, bu davalar bakımından da uygulama alanı bulur. Bu nedenle, bu dava, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Ayrıca taraflar, HMK m. 17 uyarınca, bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili mahkeme olarak belirleyebilirler. Hükümün uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında doğmuş veya doğabilecek olması gerekmektedir (HMK m. 17).¹³⁴

C. Ticari İşletmenin Devri Dolayısıyla Dava Konusunun Devri

1. Genel Olarak

Davanın açılması, kişilerin dava konusu hak üzerindeki tasarruf yetkisini sona erdirmez¹³⁵. Maddi hukuka ilişkin bu kural, HMK m. 24'te usul hukuku bakımından düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.”*. İşte bu

¹³⁴ AKÇAAL, s. 197.

¹³⁵ Dava konusu hakkında bir ihtiyari tedbir kararı alınmamışsa, hüküm verilinceye kadar dava konusu üzerinde tasarruf edilebilir. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 353.

yetkinin kullanılmasının usul hukuku açısından dava taraflarına ilişkin sonuçları HMK m. 125'te düzenlenmiştir.

Dava esnasında, dava konusunun devredilmesi halinde, dava sıfatının nasıl değişeceği HMK m. 125'te belirtilmiştir. Önemle vurgulamak gerekir ki, HMK m. 125'in uygulanabilmesi¹³⁶ için, dava konusu mal veya hakkın devrinin davanın derdest olduğu zaman diliminde yapılması gerekir¹³⁷. Bir başka ifadeyle, HMK m. 125'in uygulanabilmesi için dava konusu mal veya hakkın devri, davanın açılmasından kesin hükmün verilmesine kadar geçen zaman diliminde gerçekleşmiş olmalıdır¹³⁸. Dava konusunun davanın tarafları dışında üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde, kural olarak dava konusunu devreden kişinin dava sıfatı ortadan kalkar¹³⁹. Dava sıfatını kaybeden kişinin, davayı takip yetkisi de kaybolur. HMK m. 125 bu bilgiler ışığında, derdest bir davada dava konusunun devrinin, dava tarafları bakımından sonuçlarını ele alır. Dava devam ederken, dava konusunun birden fazla devri halinde, HMK m. 125 hükmü her devir bakımından uygulama imkanı bulur¹⁴⁰.

Ticari işletme devri kapsamında yer alan bir mal ya da hakka ilişkin bir derdest bir dava söz konusu iken, ticari işletmenin devri gerçekleşmiş ise, bu davada HMK m. 125 uygulanır. Bu nedenle, dava konusunun devrine ilişkin yapacağımız açıklamalar, ticari işletmenin devri nedeniyle ortaya çıkan bu durum için de geçerli olacaktır.

2. HMK M. 125/f. 1'in Uygulanması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 125/f. 1 uyarınca, davanın açılmasından sonra, davalı tarafın, dava konusunu üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, davacının seçimlik

¹³⁶ Belirtmek gerekir ki, dava konusunun iradi devri mümkün olmadığından, bu durumda HMK m. 125 doğrudan uygulanamaz. BÖRÜ, Levent: Dava Konusunun Devri, Ankara 2013, s. 286.

¹³⁷ BÖRÜ, s. 288.

¹³⁸ BÖRÜ, s. 289. Temyiz yoluna gitmeden önce, kesin hüküm söz konusudur. Ancak temyiz incelemesi sonucu kararın bozulması nedeniyle, ilk derece mahkemesi davayı yeniden görmeye başlamış ise, HMK m. 125 hükmünün uygulanması tekrardan gündeme gelebilir. Ayrıca, yeniden yargılama yoluna gidilmiş ise, HMK m. 125 hükmü yine uygulama imkanı bulur. BÖRÜ, s. 292, 293.

¹³⁹ Dava sıfatının kime ait olduğu, dava konusu hakkın özüne ilişkin, yani maddi hukuka ait bir sorundur. Buna göre, maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kişi, dava sıfatından yoksundur. HMK m. 125'te bu prensip geçerlidir. BÖRÜ, s. 296.

¹⁴⁰ BÖRÜ, s. 349.

hakkı söz konusu olur¹⁴¹. Davacı seçimlik hakkını kendiliğinden kullanabilir. Davacı bu hakkını kullanmaması halinde, mahkeme dava konusunun devredildiğini öğrenmiş ise, davacıya seçimlik hakkının bulunduğunu bildirerek; hangi kişi hakkında davaya devam edeceğini soracak ve kesin süre verecektir¹⁴². Mahkeme, bu soruyu davacıya sormadan, davanın ilk tarafları arasında davayı görüp karara bağlayamaz¹⁴³. Davacı, HMK m. 125/f. 1’de belirtilen seçimlik haklardan birini tercih etmez ve mahkemenin sorusunu karşılıksız bırakır ise, bu durum, davacı tarafın artık davayı takip etmek istemediği anlamına gelir¹⁴⁴. Devreden de davada sıfatı olmaması nedeniyle de dava esastan reddedilmelidir¹⁴⁵. Bununla birlikte, mahkeme dava konusunu devreden karşı tarafına sorduğu soru üzerine, o taraf bir tercihte bulunursa, mahkeme bu tercih çerçevesinde yargılamaya devam eder¹⁴⁶.

Davacının seçimlik haklarını şunlar oluşturur:

- Devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam etme (HMK m. 125/f. 1-a)¹⁴⁷,
- Davasını, devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürme (HMK m. 125/f. 1-b).

3. HMK m. 125/f. 1-a’nın Kullanımı

Davacı, ilk belirtmiş olduğumuz seçimlik hakkını kullandığı durumda davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur (HMK m. 125/f. 1-a). Bu seçimlik hakkın kullanılması, davacının davasından vazgeçmesi anlamına gelir¹⁴⁸. Davacının bu tercihi, eski davalıyı ibra ettiği

¹⁴¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 353.

¹⁴² YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 846.

¹⁴³ BÖRÜ, s. 297.

¹⁴⁴ BÖRÜ, s. 313.

¹⁴⁵ BÖRÜ, s. 313.

¹⁴⁶ YILMAZ, s. 848.

¹⁴⁷ Bu yol özellikle devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı durumlarda tercih edilmelidir. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 354.

¹⁴⁸ YILMAZ, s. 850. Bu seçim, davadan feragat değil, davanın geri alınması (HMK m. 123) anlamına gelir. BÖRÜ, s. 340.

anlamına gelmez¹⁴⁹. Davacı, dava konusunu devir alana karşı sürdürmüş olduğu davayı kaybetse dahi, eski davalıya karşı dava açma hakkını muhafaza eder¹⁵⁰. Buna göre, davacının, ticari işletmeyi devralmış kişiye karşı davaya devam etmeye karar vermesi halinde, dava konusu şeyin iyiniyetli iktisabından dolayı, dava davacının aleyhine sonuçlansa da, davacı daha sonra, HMK m. 125/f. 1-b uyarınca, ticari işletmeyi devreden kişiye karşı tazminat davası açabilir.

Görüldüğü üzere, ticari işletmeyi devralanın, iyiniyetli iktisabı korunacağından, davacının HMK m. 125/f. 1-a'daki seçimlik hakkını kullanması bir anlam taşımayacaktır. Peki, davacının bu imkanını etkisizleştiren iyiniyetten kasıt nedir? Buradaki iyiniyet, gerek maddi hukuka gerekse usul hukukuna ilişkindir. Şöyle ki, ticari işletmeyi devralan, devraldığı mal ya da hakkın başkasına ait olduğunu biliyor ya da bilebilecek durumda olmasına karşın, bunları bir şekilde ticari işletmenin devri yoluyla elde etmiş ise ya da bunların bir davanın konusunu oluşturduğunu biliyorsa ya da bilebilecek durumda ise, devralanın iyiniyetinden bahsedilemez¹⁵¹. Hemen belirtelim, kötüniyet ispatı, davacıya düşer.

Şartları oluşması halinde ihtiyati tedbir kararı aldirmek, iyiniyetin kaldırılması bakımından önem arz eder. Öyle ki ihtiyati tedbir kararı ile, taşınırın yediiemine tevdiine, taşınmazların başkasına devrinin yasaklanmasına (ferağdan men'ine) karar verilebilir. Bu sayede bunların başkasına devri önlenabilir¹⁵². Bu ihtiyati tedbir kararına rağmen, dava devam ederken dava konusu ticari işletme malvarlığı unsurunun üçüncü bir kişiye devri halinde, bu üçüncü kişi davacıya karşı iyiniyet iddiasında bulunamaz¹⁵³. Bu durumda, dava konusunu (ticari işletmeyi) devralmış kişiye karşı, davaya devam etme kararını alan davacı, davasında haklı ise, bu davayı kazanacaktır¹⁵⁴.

¹⁴⁹ YILMAZ, s. 851.

¹⁵⁰ YILMAZ, s. 851.

¹⁵¹ BÖRÜ, s. 331. Diğer görüşler için bkz. BÖRÜ, s. 328 vd

¹⁵² BÖRÜ, s. 322.

¹⁵³ BÖRÜ, s. 324.

¹⁵⁴ BÖRÜ, s. 324.

Dava sırasında, dava konusunu devralan hakkında hüküm kurulabilmesi için, kendisine usulüne uygun olarak davetiye gönderilerek davalı taraf sıfatıyla davaya dahil edilmiş olmalıdır¹⁵⁵.

4. HMK m. 125/f. 1-b'nin Kullanımı

Davacının, davasını, ticari işletmeyi devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürme hakkı da vardır. Davacının bu seçeneği özellikle ticari işletmeyi devir alanın iyiniyetli olması halinde kullanması söz konusudur¹⁵⁶. Zira, iyiniyetli üçüncü kişinin, ticari işletme malvarlığı unsurlarını kazanımının hukuken korunması söz konusu olabilir. Bu durumda, davacı, dava konusunu devralana karşı davayı devam ettirip mal ya da hakka ulaşması mümkün değildir¹⁵⁷. O halde, davacı, üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, davasını üçüncü kişiye yöneltmeyip, dava konusunu devreden mevcut davalıya karşı tazminat davasına çevirme yoluna gidecektir¹⁵⁸.

5. HMK m. 125/f. 2'nin Uygulanması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 125/f. 2 uyarınca, *“davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.”*. Buna göre, davanın açılmasından sonra, dava konusunu teşkil eden ticari işletme malvarlığı unsurunun, davacı tarafından, ticari işletmenin devri yoluyla bir başka kişiye devredilmesi halinde, ticari işletmeyi devralan kişi, görülmekte olan davada, davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder. O halde, dava, devirden önceki davanın devamı niteliğindedir¹⁵⁹.

Kanunda konuya ilişkin düzenlemeler bu şekilde yapılmış olmakla birlikte, başlangıçta alacaklı sıfatı bulunmayan davacı ya da borçlu sıfatı bulunmayan davalı, davada taraf olarak gösterilirse, dava sırasında taraf eksikliğinin fark edilmesinden

¹⁵⁵ YILMAZ, s. 849.

¹⁵⁶ Yargıtay'a göre, tazminat davasına dönüştürme imkanı, sadece aynen ifanın mümkün olmadığı durumlarda söz konusu olur. BÖRÜ, s. 319.

¹⁵⁷ YILMAZ, s. 852.

¹⁵⁸ YILMAZ, s. 852.

¹⁵⁹ BÖRÜ, s. 341.

önce, bu kişiler davacı/davalı sıfatını haiz olursa, dava sıfat yokluğundan reddedilemez ve dava görülmeye devam edilir¹⁶⁰. Zira, kişilerin sıfat ehliyeti eksikliği giderilmiştir¹⁶¹.

D. Yabancılık Unsurunun Mevcut Olduğu Ticari İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

Globalleşen dünyada yabancı yatırımlar büyük artış göstermiştir. Bu durum, yapılacak işlemlerde yabancılık unsurunu da beraberinde getirir. Ticari işletmenin devrinde yabancılık unsuru, ticari işletmenin, yabancı bir kişiye devri ya da yabancı bir kişiden ticari işletmenin devralınması, devre konu ticari işletmenin yabancı bir ülkede bulunması, devir sözleşmesinin yapıldığı veya icra edildiği yerin yabancı ülke olması vb hallerde ortaya çıkabilir¹⁶². Yabancılık unsuru söz konusu olunca da, ticari işletmenin devrine uygulanacak hukukun tespiti gereklidir. Yabancılık unsurunu ihtiva eden ticari işletme devirlerine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle, uygulanacak hukukun seçimi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.

2. Uygulanacak Hukukun Tespiti

a) Şekil Bakımından

Yabancılık unsurunu barındıran ticari işletmenin devrinde, hukuki işlemlerde şekil uygulanacak hukuk MÖHUK m. 7¹⁶³ uyarınca tespit edilir.

¹⁶⁰ YILMAZ, s. 845.

¹⁶¹ YILMAZ, s. 845.

¹⁶² YHGK T. 6.5.1998, E. 1998/12-287, K. 1998/325, GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara 2008, s. 19.

¹⁶³ Hukukî işlemlerde şekil

MADDE 7 – (1) Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

b) Zamanaşımı

MÖHUK m. 8/f. 1 uyarınca ticari işletmenin devrinden doğan talepler için zamanaşımı, ticari işletme devir sözleşmesine uygulanan hukuka tabidir.

c) Ehliyet Bakımından

Yabancılik unsurunu barındıran ticari işletmenin devrinde, hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 9¹⁶⁴ uyarınca belirlenir.

d) Devir Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkileri Bakımından

Yabancılik unsurunu barındıran ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 24¹⁶⁵ uyarınca yapılır.

¹⁶⁴

Ehliyet

MADDE 9 – (1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

(2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

(3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.

(5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.

¹⁶⁵

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk

MADDE 24 – (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim

e) İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirler Bakımından

Yabancılık unsurunu barındıran ticari işletmenin devrinde, ifanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirlere uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 33¹⁶⁶ uyarınca tespit edilir.

f) Sebepsiz Zenginleşme Bakımından

Yabancılık unsurunu barındıran ticari işletmenin devrinde, sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 39¹⁶⁷ uyarınca kararlaştırılır.



borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

¹⁶⁶ İfanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirler

MADDE 33 – (1) İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır.

¹⁶⁷ Sebepsiz zenginleşme

MADDE 39 – (1) Sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler, zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Diğer hâllerde sebepsiz zenginleşmeye, zenginleşmenin gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır.

SONUÇ

Çalışmamız ile ulaştığımız sonuçları maddeler halinde belirtmeden önce şu hususa değinmek istiyoruz. Ticari işletmenin devrinin, TTK'da tek bir madde kapsamında düzenlenmiş olması birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Özellikle ticari işletmenin devrinde kısmi külli halefiyet ilkesinin benimsenmesi ile birlikte, ticari işletmenin devri özel hukukun çoğu alanında etkisini göstermektedir. Hal böyle olunca da, ticari işletmenin ayrıntılı bir şekilde kanunda düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Ayrıca, kanunda düzenlenmesi gereken bazı hususların yönetmeliğe bırakılması da kabul edilemez. Tüm bu nedenlerle, ticari işletmenin devri kurumu, yeniden ele alınmalı ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir.

1. TTK m. 11 ile birlikte ticaret hukukunun merkezinde yer alan ticari işletme, kanuni bir tanıma kavuşmuştur. Genel olarak ticari işletmeyi, eşya ve haklardan oluşan iktisadi bir organizasyon olarak tanımlayabiliriz. Bu iktisadi organizasyon, bağımsız, devamlı, gelir elde etme amaçlı ve hedeflenen gelir esnaf işletmesini aşan düzeyde olmalıdır.

2. Ticari işletme, bir hukuk sujesi değildir. Ticari işletme, hukuki bir kişi eliyle, faaliyetlerini yürütür. TTK m. 11/f. 3 ile birlikte bir bütün halinde hukuki ilişkilere konu olabileceği öngörülen ticari işletme, eşya hukuk anlamında bir eşya olmasa da, hukuki obje haline gelmiştir.

3. Ticari işletmenin devri, sağlararası hukuki işlemle ticari işletme sahipliğinin el değıştirmesidir. Bu ifade, İsviçre, Almanya ve Avusturya hukukunda da geçerlidir. Ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için ticari işletmenin, bir bütün halinde, organizasyon yapısı muhafaza edilerek ve bu sayede devamlılığı sağlanarak başka bir kişinin malvarlığına geçirilmesi gerekir.

4. Gerçek ve tüzel kişiler sahip oldukları ticari işletmeleri, ticari işletmenin devri yoluyla devredebilirler. Uygulamada bu hususta farklı yorumlara imkan tanımamak için, gerekli düzenlemeler açık bir şekilde yapılmadır.

5. TTK m. 11/f. 3 ile birlikte ticari işletmenin devri, TTK m. 11/f. 3 ve TBK m. 202 uyarınca gerçekleşir. TTK m. 11/f. 3 ticari işletme aktiflerinin kısmi külli halefiyet

ilkesi uyarınca devrini öngörür. Külli halefiyet kısımdır, zira, devrin tarafları, devir konusu ticari işletme malvarlığı unsurlarını belirleme özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük, TTK m. 11’de belirtilen bütünlük ilkesi tarafından sınırlanır. Bu ilkeye göre ticari işletme, ancak organizasyon yapısını ve dolayısıyla faaliyetlerini sürdürebilme niteliğini muhafaza etmek koşuluyla devredilebilir.

6. TTK m. 11/f. 3’te öngörülen kısmi külli halefiyet ilkesi, aktif, pasif ve hatta sözleşmelerin devrini sağlayabilecek niteliği haizdir. Bu nedenle, TBK m. 202 hükmü hiç olmasaydı dahi, TTK m. 11/f. 3 uyarınca, ticari işletme pasifleri devredilebilirdi. Böylece, aktif ve pasiflerin geçişinde zamansal uyumsuzluk da söz konusu olmayacaktı. TBK m. 202’nin ticari işletmenin devrinde borçların devri bakımından özel düzenleme içermesi nedeniyle, ticari işletmenin devrinde uygulama imkanı bulabileceği şüphesizdir.

7. Ticari işletme niteliğinde olmayan esnaf işletmelerinin devri ya da ticari işletmenin bir bölümünün ya da şubesinin devri, TBK m. 202 uyarınca gerçekleşir. Bir başka ifadeyle, bunların devrinde, pasifler TBK m. 202 uyarınca devredilirken, aktifler cüz’i halefiyet ilkesi uyarınca devredilir. İsviçre hukukunda ise, ticaret siciline kayıtlı ticari işletmelerin bir malvarlığı unsuru dahi, ticari işletmenin devrine uygulanan malvarlığının devri hükümleri uyarınca devredilebilir.

8. Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri halinde, aksi kararlaştırılmamışsa işletmeye ait markaların da devrinin gerçekleşeceğini ifade eden MarkKHK m. 16/f. 2’nin TTK m. 11/f. 3 ile çatıştığını düşünmekteyiz. Bu nedenle MarkKHK m. 16/f. 2’de yer alan “bir işletmenin aktif ve pasifleri ile devri” ibaresinin “işletmenin devri” olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

9. Ticari işletmenin devri, borç ilişkisi bakımından, borcun dış üstlenilmesi, borca katılma, malvarlığının veya işletmenin devri yoluyla borcun devri ve işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi yoluyla borcun devri ile karşılaştırılabilir.

10. Ticari işletmenin devrinde, birçok borçlar hukuku kurumunun görünümü vardır. Bu kurumları, alacağın devri, sözleşmelerin devri, borca katılma, halefiyet, müteselsil borçluluk, rücu, borcun dış üstlenilmesi olarak ifade edebiliriz.

11. Ticari işletme, birleşme, bölünme, ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi, bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi, ticaret şirketinin ticari

işletmeye dönüşmesi ve işyerinin devri gibi birçok kurumla ortak ve farklı yönlerde sahiptir.

12. Ticari işletmenin miras yoluyla edinimi, mirasın açılması ve mirasın paylaşılması olarak iki şekilde incelenebilir. Mirasın açılması yoluyla ticari işletmenin edinimi, mirasbırakanın ölümüyle birlikte külli halefiyet uyarınca gerçekleşirken, mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin edinimi cüz'i halefiyet uyarınca gerçekleşir. Mirasın paylaşılması yoluyla ticari işletmenin kısmi külli halefiyet uyarınca edinimine ilişkin düzenleme yapılmasında fayda vardır. Mirasın açılması ile mirasçılar ticari işletme üzerinde el birliğiyle mülkiyete sahip olur. Mirasın paylaşılmasında ise, ticari işletme tek bir mirasçıya özgülenebilir. Taraflar bu özgüleme hususunda anlaşabilir, anlaşamadıkları takdirde hakim, ticari işletmeyi idare edecek en uygun kişiye işletmeyi özgülemelidir.

13. Ticari işletme devri, devir sözleşmesi, özel devir şartları, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili, devrin ilanı aşamalarından oluşmaktadır. Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesi temelinde gerçekleşir. Devir sözleşmesi dışında, belirli durumlarda rekabet kurulunun ya da şirket genel kurulunun devre izin vermesi gerekebilir. Bu şartların sağlanmaması durumunda, ticari işletmenin devri gerçekleşemez. Devir işleminin hukuki geçerlilik kazanabilmesi, devrin ticaret siciline tescili gerekir. Ancak geçerli bir devir işlemi ticaret siciline tescil edilebilir. Devrin ticaret siciline tescili ile birlikte ticari işletmenin aktif unsurları bir bütün halinde devralanın malvarlığına intikal eder. Devralanın, TBK m. 202 uyarınca devri alacaklılara duyurması ile devir kapsamındaki borçlardan devreden ile birlikte iki yıllık müteselsil sorumluluğu başlar. Bu sürenin sonunda devreden, devir kapsamındaki işletme borçlarından sorumlu olmaktan kurtulurken, devralan bu borçlardan tek başına sorumlu olur.

14. Ticari işletme devir sözleşmesinin taraflarını birden fazla kişi oluşturabilir.

15. eTK döneminde ticari işletme devir sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemişti. TTK döneminde ise, ticari işletme devir sözleşmesi en az adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Yazılı şekil şartı, tarafları düşünmeye itmesi ve ispat bakımından önem taşıdığı gibi, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi bakımından da önem taşır. Esas sermaye olarak şirkete bir taşınmazın getirilmesi ya da ticari işletmenin rehninde olduğu gibi adi yazılı şekil şartından daha ağır şekil şartının öngörüldüğü durumları dikkate aldığımız takdirde, bu durumlardan daha kapsamlı olan

ticari işletmenin devrinde adi yazılı şekil şartının yeterli görülmüş olması çelişkili bir durum arz eder.

16. Niteliği gereği ticari işletme devir sözleşmesi, tahvil yoluyla bir takım hukuki sonuçlar doğuramaz.

17. TTK m. 11/f. 3 ve TBK m. 202’de açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle ticari işletme devir sözleşmesinin tasarruf işlemi mi yoksa borçlandırıcı işlem mi olduğu öğretide tartışmalı olmakla birlikte, TSY m. 133/f. 2 uyarınca devrin ticaret siciline yapılacak tescil ile gerçekleşeceği belirtildiğinden, devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu kanaatindeyiz. Zira, devir sözleşmesinin akdedilmesi ile birlikte ticari işletmenin devri gerçekleşmiş olmaz, sözleşme taraflara ticari işletmenin devri hususunda borç yükler.

18. Ticari işletme devir sözleşmesi, farklı sözleşme türlerinde yapılabilir. Ancak genellikle devir sözleşmesi, satış sözleşmesi şeklinde yapılmaktadır. Ticari işletmenin TBK m. 207 vd. uyarınca satış sözleşmesine konu olabileceğini düşünmekteyiz.

19. TTK m. 11/f. 3 uyarınca işletme bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi, külli halefiyet ilkesi gereği irade serbestisi ve esneklik ilkesini, ticari işletme devrinin kapsamına hakim olan ilkeler olarak ifade edebiliriz.

20. İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda ticari işletmenin devri envantere dayalı olarak gerçekleşmez. Türk hukukunda ticari işletmenin devredilecek malvarlığı unsurlarının açık bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşın, ticari işletmeye ait bir malvarlığı unsuru, devir kapsamı dışında tutulmak isteniyorsa açıkça belirtilmelidir (TSY m. 133/f. 2-b). Bu durum, ticari işletme devrinin kapsamı bakımından uyuşmazlıklara yol açabilir. Ayrıca, ticaret sicil müdürlüğünün diğer sicillere yapacağı bildirim bakımından da olumsuz sonuçları olabilir. Kural olarak, tacirin ticari işletmeye tahsis ettiği malvarlığı unsurları, ticari işletme devrinin kapsamını oluşturur. Ticari işletmenin devrinin kapsamının tayini, TTK m. 64/f. 1 uyarınca tutulan ticari defterler ve TTK m. 66/f. 1, 2 uyarınca envanter ve TSY m. 133/f. 2-b uyarınca yapılabilir.

21. Ticari işletme bütünlüğünü zedelememek koşuluyla, bazı ticari işletme malvarlığı unsurlarının, devir kapsamı dışında bırakılması kararlaştırılabilir. (TTK m. 11/f. 3). Ancak bu kararlaştırma, devir sözleşmesinde yapılmalıdır.

22. Devralanın varlığını hiç bilmediği borçlar dahil olmak üzere, aksi kararlaştırılmadıkça, kural olarak ticari işletmenin bütün borçları ticari işletmenin devri kapsamında yer alır. Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan borçların tayini, TTK m. 19/f. 1, m. 64/f. 1 ve m. 66/f. 1, 2 kapsamında yapılabilir. Devir kapsamında bulunmayacak ticari işletme borçları, devir sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmelidir.

23. TBK m. 202 ticari işletme devrinin geçerliliğini etkilemez. Bu hüküm, ticari işletmenin devrinde, işletme borçlarının bir bütün halinde devredilmesine hizmet eder. Hükümün lafzı ve varlık nedeni de bu görüşümüzü doğrular niteliktedir. Bu nedenle, TBK m. 202'nin ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devrine engel teşkil etmediğini düşünmekteyiz. Bu hükmün emredici olduğundan bahisle, ticari işletmenin pasiflerinden ari olarak devredilemeyeceği gerekçesine de katılmamaktayız. Hükümün emrediciliği, ticari işletmenin pasifleri ile birlikte devredilmesi halinde söz konusu olur, yoksa pasiflerin mutlaka ticari işletmenin devri kapsamında olması sonucunu doğurmaz.

24. Ticari işletmenin devri sözleşmesiyle, devreden, devir anına kadar ticari işletmeyi amacına uygun işletme, rekabet etmeme, ticari işletmeyi devretme, devir nedeniyle ayıp ve zapt nedeniyle sorumluluktan borcu söz konusu olurken, devralanın da, ticari işletme aktif ve pasif unsurlarını devralma, karşı edimi ifa, devri alacaklılara duyurma borcu doğar.

25. Ticari işletmenin devri Rekabet Kurulu iznine tabi ve Kurul devre izin vermemiş ise, ticari işletmenin devri gerçekleşmez. Rekabet Kurulu izni, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edildiği andan önce bulunması gerekir. Zira bu izin, devrin özel şartlarındandır.

26. Ticari işletmenin devri için TTK m. 356 ve TTK m. 538/f. 2 uyarınca şirket genel kurulu izni gerekiyorsa, bu izinler alınmadıkça, ticari işletme devri geçerlilik kazanmaz. Devre ilişkin şirket genel kurulu izni, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edildiği andan önce bulunması gerekir. Çünkü bu izinler de, devrin özel şartlarındandır.

27. Ticari işletme aktif unsurlarının devri, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte gerçekleşir (TSY m. 133/f. 2). Türk hukukunda, İsviçre hukukunda farklı olarak tescilin devreden tarafından yapılacağı ve tescilin kurucu

niteliği haiz olduğuna ilişkin açık bir kanun hükmü bulunamamaktadır. Buna karşın, TSY m. 133/f. 2 uyarınca tescilin kurucu niteliği haiz olduğunu düşünmekteyiz. Tescilin hukuki niteliğinin kanunda değil de yönetmelikte düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır. Bu hususun kanunda düzenlenmesi gerekir. Tescil kurucu niteliği haiz olduğu için, ticari işletme üzerinde tasarruf ehliyetini haiz olan devreden ya da onun yetkili temsilcisi, ticaret siciline devir sözleşmesini tescil edebilir. Devreden bu yetkiyi devralana vermediği sürece, devralanın devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ettirmesi hukuki sonuç doğurmaz.

28. Ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte devir kapsamındaki işletme aktifleri kısmi külli halefiyet yoluyla bir bütün halinde devralanın malvarlığına geçer. Bu malvarlığı unsurlarının devralana intikali için, kanunlarda kendileri için öngörülen devir şekillerinin yerine getirilmesi gerekmez. Ticari işletmenin devrine uygunluğu nedeniyle, kanun koyucu, devirde tercihini, tam külli halefiyet ya da cüz'i halefiyet yönünde değil, kısmi külli halefiyet yönünde kullanmıştır.

29. eTK/eBK döneminde sözleşmelerin devrine ilişkin özel bir hüküm mevcut değildi. Sözleşmelerin devri hususunda birlik ve kombinasyon olmak üzere iki temel teori söz konusudur. Bu dönemde kombinasyon teorisi, ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devrinde ileri sürülebilecek bir görüş olarak karşımıza çıkar. Ancak TBK m. 205'te sözleşmelerin devrinin birlik teorisi yaklaşımı çerçevesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, kombinasyon teorisi, ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devrinde ileri sürülemez. Ticari işletmenin devri yoluyla sözleşmelerin devri, TTK m. 11/f. 3 uyarınca gerçekleşir. Zira bu hüküm ticari işletmenin devrinde kısmi külli halefiyeti düzenlemiştir. Kısmi külli halefiyet niteliği gereği tam külli halefiyet ile aynı olduğundan, sözleşmelerin devrini sağlayabilecek kabiliyettedir. TTK döneminde sözleşmelerin devri, ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edildiği anda gerçekleşir.

30. Ticari işletmenin devri yoluyla kira sözleşmelerinin devrine TBK m. 323 uyarınca değil, TTK m. 11/f. 3 uyarınca gerçekleşeceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, ticari işletmenin devri yoluyla kira sözleşmesinin devrinde, kiraya verenin rızasının aranmayacağını ifade edebiliriz.

31. Kamu ihale sözleşmeleri de, ilgili mevzuattaki şartların sağlanması koşuluyla ticari işletmenin devri yoluyla devredilebilir.

32. eTK döneminde kural olarak ticari işletmenin devri ile birlikte sigorta sözleşmeleri de malın yeni sahibine geçer. TTK döneminde ise, bu kural tersine çevrilmiştir. Öyle ki TTK döneminde ticari işletmenin devri halinde kural olarak sigorta ilişkisi sona erer.

33. Devralanın hak kaybına uğramaması için, ticaret sicil müdürlüğü, gerekli olması halinde, devri diğer sicillere bildirmelidir. Bildirimin derhal yapılması gerekir. Uygulamada bildirim posta ile yapıldığından, bildirimin gecikmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle elektronik ortamda bildirimin yapılmasına imkan tanımak için gerekli çalışmaların en kısa sürede yapılması gerekir.

34. Ticari işletme devrinin ilanına karşın, sicillerden iyiniyetli hak iktisabının mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, ilgili sicillerde iktisaba konu olan hak ya da malın devredilen ticari işletmeye ait olduğu anlaşılıyorsa, devrin ilanı halinde sicillere dayanarak iyiniyetli hak iktisabı mümkün değildir.

35. Türk hukukunda ticari işletmenin devrinde hukuki koruma araçları, müteselsil sorumluluk, tasarrufun iptali davası, ticaretin terkine ilişkin İİK m. 44, ticaret şirketlerin ortakların korunmasına ilişkin hükümlerdir. İsviçre hukukunda ise, bunlara ek olarak, FusG m. 72 uyarınca devredilen ticari işletme değerinin aktif bakiyesi içermesi, FusG m. 74 uyarınca devreden şirketin ortakları devre ilişkin ortakları bilgilendirme yükümlülüğü ve FusG m. 75 uyarınca teminat gösterilmesi zorunluluğu gibi hukuki koruma araçları mevcuttur.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork:** Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- AKÇAAL, Mehmet:** İşletmenin Devri, Yetkin, Ankara 2014.
- AKER, Halit:** Ticari İşletme Kirası, Yetkin, Ankara 2012.
- AKER, Halit:** Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme Ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, Batider, C. 25, S. 3, 2009, s. 225-314.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut:** Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009.
- AKUĞUR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil:** Türk İdare Hukuku, Seçkin, Ankara 2009.
- AKYÜZ, Helin Berfin:** Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme Ve Devralmalar, Adalet, Ankara, 2007.
- AMSTUTZ, Marc/MABILLARD, Ramon:** Fusionsgesetz (FusG), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008.
- ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.
- ARICI, Mehmet Fatih:** Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2008.
- ARIKAN, Mustafa:** "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", SÜHFD, C. 13, S. 1, 2005, s. 129-155.
- ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2015.

ARSLANLI, Halil: “Anonim Şirkette Pay ve Paysahipliği”, İÜHFM, C. 23, S. 3-4, 1958, s. 248-290. (Pay)

ARSLANLI, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri, Sulhi Garan, İstanbul 1954.

ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960. (Kara Ticaret Hukuku)

ARSLANLI, Halil: Ticari Bey’, İsmail Akgün, İstanbul 1950.

ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, Ekin Yayınları, Bursa 2007.

ASLAN, Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan: İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2012.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I, 11. Baskı, Mimoza, Konya 2013. (Zilyedlik ve Tapu Sicili)

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, 7. Baskı, Mimoza, Konya 2013. (Mülkiyet)

AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

AYBAY, Aydın: Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1962.

AYDIN, İlhan: “Ticari İşletme Kavramı, Unsurlar 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.

AYDIN, Sema/KAPLAN, Hasan Ali/ŞEN KALYON, Arzu: “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları”, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 229-260.

AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014.

AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, İstiklal, Ankara 1953. (Tasarruf Muameleleri)

AYİTER, Nûşin: Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1968. (Mamelek)

AYRANCI, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin, Ankara 2003.

BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Beta, İstanbul 2014. (Ticari İşletme)

BAHTİYAR, Mehmet: Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, S. 106, 2011, s. 3889-3910. (Devir)

BARANDUN, Nicolà: Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven, Diss., Copy Quick Flamatt, Bern, 1993.

BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993.

BECKER, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI; Obligationenrecht, I. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934; Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli & Cie., Bern, 1941.

BEISEL, Wilhelm/KLUMPP, Hans-Hermann/BEISEL, Daniel/SCHINDLER, Darius Oliver: Der Unternehmenskauf, C. H. Beck, München 2016.

BERETTA, Piera: Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetz, RSJ 98, 2002.

BERETTA, Piera/VISCHER, Frank (Hrsg): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Schulthess Verlag, Zürich 2012.

BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli, Bern 2012.

BİLGE, Mehmet Emin: “İlanın Ticaret Sicilinin Sahip Olduğu Hukuki Etkiler Üzerindeki Rolü”, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, 1999, s. 263-273.

BİLGİLİ, Fatih: İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Seçkin, Ankara 2003. (Gizli Ortaklık)

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Dora, Bursa 2015.

BİLGİLİ, Fatih: “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Hükümlerine Göre Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Devri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. I, Vedat, İstanbul 2009. (Tescilli Marka Devri)

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora, Bursa 2013.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Dora, Bursa 2014.

BİLGİŞİN, Şevket Memedali: Ticaret Hukuku Prensipleri, Cilt I, İkinci Bası, İsmail Akgün, İstanbul 1948.

BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Seçkin, Ankara 2014.

BİRSEL, Mahmut: Ticari İşletme Hukuku, C. I, İzmir 1970.

BOYACIOĞLU, Cumhuri: Konzern Kavramı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2006. (Konzern)

BOYACIOĞLU, Cumhuri: Ticaret Unvanı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2006. (Ticaret Unvanı)

BOZER, Ali: “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme”, Batider 1962, C: I, S: 3, s. 363-372.

BOZER, Ali/ GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013. (2013)

BOZER, Ali/ GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2015. (2015)

BÖRÜ, Levent: Dava Konusunun Devri, Yetkin, Ankara 2013.

BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker: Ticari Dava, Turhan, Ankara 2013.

BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. Schulthess, Zürich 1988.

BUCHLI, Guido: Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR., Juris-Verlag, Zürich 1953.

BUCHI, Raffael: Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001.

von BUREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 1964.

CANARİİ Claus-Wilhelm: Handelsrecht, 24., vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2006.

CANSEL, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara Üniversitesi, Ankara 1964.

von der CRONE, Hans Caspar/GERSBACH, Andreas/KESSLER, Franz J./DIETRICH, Martin/BERLINGER, Katja: Das Fusionsgesetz, Schulthess, Zürich 2004.

CENGİZ, İstar: İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan, Ankara 2014.

CHAMPEAUX, Christian (SIFFERT, Rino/TURIN Nicholas): Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Verlag, Bern 2013.

COŞKUN, Mahmut: İcra ve İflas Kanunu'ndan Düzenlenen İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali, İflas ve İflasın Ertelenmesi, Sıra Cetveline İtiraz Davaları, Seçkin, Ankara 2014.

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2011.

ÇEBİ, Hakan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıklarda Bölünme, XII Levha, İstanbul 2010.

ÇEKER, Mustafa: Sigorta Hukuku, Karahan, Adana 2011. (Sigorta)

ÇEKER, Mustafa: Ticari İşletme Hukuku, Orion, Ankara 2006. (Ticari İşletme)

ÇEKER, Mustafa: Ticaret Hukuku Genel Esaslar, Karahan, Adana 2014. (Genel Esaslar)

ÇEKER, Mustafa: “Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırmaları”, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, 2013, s. 99-120.

ÇELİKBOYA, Kerem: Ticari İşletmenin Devri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Çalışması, İstanbul 2014.

ÇELİKTAŞ, Demet: “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığın İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, DEÜHFD (Kudret Ayiter'e Armağan), 1988, C. 3, S.1-4, s. 593-641.

ÇOŞTAN, Hülya: Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan, Ankara 2004. (Bölünme)

ÇOŞTAN, Hülya: TTK Tasarısı'nın Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümleri, Seçkin, Ankara 2009. (Yapılanma)

ÇOŞTAN, Hülya: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2009.

ÇOŞTAN, Hülya: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2013. (Kararlar)

DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan: Müteselsil Sorumluluk, Seçkin, Ankara 2015.

DAYINLARLI, Kemal: Alacağın Temliki, Ankara 1993.

DEHN (GRUBER, Micheal/KALSS, Susanne/MULLER, Katharina/SCHAUER, Martin: Erbrecht und Vermögensnachfolge, Wien/New York 2010.

DEMİR, Koray: “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, İÜHFM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 103-120.

DEMİRKAPI, Ertan: Limited Ortaklıkta Payın Devri, Güncel, 2008.

DEMİRKAPI, Ertan: “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 371-441.

DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, Arıkan, İstanbul 2007.

DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, TTK Şerhi II, Temel İstanbul 1988. (TTK Şerhi II)

DRUEY, Jean Nicolas (DRUEY JUST, Eva/GLANZMANN, Lukas): Gesellschafts- und Handelsrecht, Schulthess, Zürich 2015.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz, İstanbul 2013.

DURMAN, Okay: İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı Veya Ticari İşletmenin Devri, XII Levha, İstanbul 2009.

ERDEM, Ercüment: Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, 2013, s. 987-1017.

ERDEM, Ercüment: Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri, Bankacılar Dergisi, Aralık 2011, S. 79, s. 80-90.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara 2013.

ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, Seçkin, Ankara 2013.

ESENER, Turhan: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961.

EVRİM, Erişir: Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak Ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki, Batider, Cilt 24 S. 4, 2008, s. 271-301.

FEYZİOĞLU, Feyzi N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. B., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1977.

FRANKO, Nisim: "Alacağın Temliki", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1994, C. 49, S. 1, s. 177-197.

FRICK, Joachim (BAKER&McKENZIE): Fusionsgesetz, Stämpfli Verlag, Bern 2015.

FURRER, Andres/MULLER-CHEN, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 2012.

GAUCH, Peter vd.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Band II, 9. Aufl., Schulthess, Zürich 2008.

GAUCH, Peter vd.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Band II, Schulthess, Zürich 2014.

GAUTSCHI, Alain: Solidarschuld und Ausgleich, Dike, Zurich/St. Gallen 2009.

GERSBACH, Andreas: “Die Besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung”, www.vondercrone.ch/publikationen 17.02.2016.

GİRİTLİOĞLU, Necla: Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı İle Sınırlandırılması, İstanbul 1989.

GOZZI, Niccolò: Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Dike, Zürich 2009.

GÖKTÜRK, Kürşat: “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 631-662.

GÖLE, Celal: “Tacir-Esnaf Ayırımı”, BATİDER 1985, C. XIII, S. 2, s. 47-62.

GUHL, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Sechste bereinigte Auflage bearbeiten von Dr.iur Hanz Merz und Dr. iur. Max Kummer, unter Mitarbeit von Fürsprecher Dr. Pierre Widmer, Zürich 1972.

GUHL, Theo vd.: Das Schweizerisches Obligationenrecht, Bearbeitet von Alfred Koller, Anton Schneider, Jean Nicolas Druey, 9. Aufl. Schulthess, Zürich 2000.

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, Ankara 2013.

GÜNEREN, Ali: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Yetkin, Ankara 2012.

GÜRAL, Jale: “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler”, AÜHFD, C. VIII, S. 3-4, Y. 1951, s. 435-478.

GÜRBÜZ USLUEL, Aşlı E.: “Ticari İşletmenin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicil Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları”, İÜHFM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 145-164.

GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yetkin, Ankara 2008.

GÜVEN, Pelin: Rekabet Hukuku, Yetkin, Ankara 2008.

GÜZEL, Ali: İşyerinin Değişmesi İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı, İstanbul 1987.

HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

HAUCK, Bernd: Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2008.

HAZNEDAR, İbrahim Murat: Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, Legal, İstanbul 2008.

HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Beta, İstanbul 2004.

HIRSCH, E. Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1939. (Ticari İşletme)

HIRSCH, E. Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1948.

HIRSCH, E./BELBEZ, H: “Ticaret Hukuku ile İlgili Temyiz Kararlarının Çözümlemesi, Dükkan Tahliyesi”, file:///C:/Users/user/Downloads/1555.pdf.

HIRSCH, E. Ernst: Ticaret Kanunu, Ankara-İstanbul 1946.

HOCHEDLINGER, Gerhard: “Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach 142 HGB”, GesRZ, 2002.

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WEIGAND Wolfgang (Hrsg): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Genf/München 2015.

HORN, Christian: Die Virtualisierung von Unternehmen als Rechtsproblem, C. H. Beck, München 2005.

HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 2014.

HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M.; Schweizer Obligationenrecht 2020/Code des Obligations Suisse 2020, Schulthess, Zürich 2013.

HURNI, Christoph: Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Schulthess, Zürich 2008.

İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Yasa, İstanbul 1989. (Anonim Ortaklıklar)

İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, (Genel HükümlerOrtaklıklar-Kıymetli Evrak) Onüçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005. (Kara Ticareti)

İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.

İNAL, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, Kazancı, İstanbul 2004.

İNAN, Nurkut/PIKER, Mehmet B.: Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.

İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, XII Levha, İstanbul 2014. (Kira)

İNCEOĞLU, M. Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, XII Levha, İstanbul 2009.(Temsil)

JENNEWEIN, Klaus: “Vereinbarung über den Ausschluss der Erwerberhaftung gemäß § 38 abs 4 UGB- Anmerkungen aus Firmenbuchrichterlicher Sicht”, GES 2012, Heft 4/2012.

JUNKER, Markus: Juris Praxis Kommentar Schuldrecht, Band 2. 1, 2014.

KAÇAK, Nazif: Açıklamalı-İçtihatlı Tasarruf İptal Davaları, Seçkin, Ankara 2006.

KANETİ, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1972.

KARAHAN, Sami (Editör): Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza, Konya 2013.

KARAHAN, Sami (Editör): Şirketler Hukuku, Mimoza, Konya 2015.

KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Mimoza, Konya 2014. (Ticari İşletme).

KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Yetkin, Ankara 2007.

KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3. B., Ankara 1968.

KAYA, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011.

KAYA, Arslan: Acentelik TTK Şerhi, Beta, İstanbul 2016.

KAYA, Arslan: Marka Hukuku, Arıkan, İstanbul 2006. (Marka Hukuku)

KAYA, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, Adalet, Ankara 2014

KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2015.

KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısıyla Karşılaştırılmış Üçüncü Baskı, Seçkin, Ankara 2008.

KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2016.

KAYIHAN, Şaban: Şirketler Hukuku, Seçkin, Ankara 2015.

KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, Ankara 2012.

KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, XII Levha, İstanbul 2015.

KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, XII Levha, İstanbul 2011.

KEINERT, Heinz: Das Neue Unternehmensrecht, Wien 2006.

KILIÇ, Mehmet: Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin, Ankara 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefîyet, Ankara 1979.
(Halefîyet)

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Turhan, Ankara 2014. (Borçlar)

KIRCA, İsmail: Ticari Mümessillik, Yetkin, Ankara 1996.

KOÇANO RODOSLU, Emine: Rücu Hakkı, Turhan, Ankara 2015.

KREJCI, Heinz: “§ 38 UGB: Zurück ins Trockendock?”, ÖJZ 2007/73, Heft 21/2007.

KULUÇLU, Erdal: “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmenin Devri”, Sayıştay Dergisi, S. 49, Nisan-Haziran 2003, s. 99-115.

KUNZ, Peter V.: Das Neue Fusionsgesetz (FusG), 2006, http://www.iwr.unibe.ch/ueber_uns/prof_dr_peter_v_kunz/e163474/e192613/e192616/files192847/2006_Artikel_Kunau_Gesellschaftrecht_I.pdf Erişim tarihi: 18.05.2016.

KURT, Ekrem: “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Birleşik, İzmir 2013, s. 1857-1930.

KURT, Ekrem: Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, Kazancı, İstanbul 2004.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 28. Baskı, Yetkin, Ankara 2014.

KURU, Baki: “Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler”, AÜHFD, C. 27, S. 1-2, 1970, s. 109-118.

LEB, Birgit: “Zur Bekanntmachung des Haftungsausschlusses im Firmenbuch (§ 38 UGB)”, GeS 2008, Heft 8/2008.

LOSER-KROGH, Peter: “Die Vermögensübertragung: Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes”, in: AIP 2000.

MALACRIDA (WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER): Fusionsgesetz, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2015.

MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan: Schuldrecht I, C. H. Beck, München 2015.

MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, Birinci Cilt İşletme Hukuku,(Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme), Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006. (TTK Tasarısı)

MUTLUER, M. Kâmil: Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

MUŞUL, Timuçin: Tasarrufun İptali Davaları, Adalet, Ankara 2015.

OĞUZMAN, Kemal M./ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

OLGAÇ, Senai: Kefalet, Olgaç Matbaası, Ankara 1978.

OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, Zweite Umgearbeitete Auflage, Zürich 1929.

OZANEMRE YAYLA, H. Tolunay: Mirasın Paylaşılması, Turhan, Ankara 2011.

OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN: “Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine”, GÜHFD, C. V, S. 1-2, 2001, s. 22-38.

ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Turhan, Ankara 2014.

ÖZ, Turgut: “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, İÜHFM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 95-120.

ÖZBEY, Can: Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması, Seçkin, Ankara 2014.

ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2008.

ÖZSUNAY, Ergun: Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, Ankara 1962.

PAKET, Sabure: Borcun Dış Üstlenilmesi, Yetkin, Ankara 2014.

PEHLİVAN, Osman: Vergi Hukuku, Derya, Trabzon 2009.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Yetkin, Ankara 2014.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku – 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011.

von SALIS, Ulysses: “Fusionsgesetz” Zürich 08/2004, (Çevrimiçi) www.fusionsgesetz.ch (30 Nisan 2016).

SCHELLHAMMER, Kurt: Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, C. H. Beck, München 2014.

SCHMIDT, Karsten (Hrsg): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§1-104, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2014.

SCHUMACHER, Reto: Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Schulthess, Zürich 2005.

SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag, Bern 2012.

SEROZAN, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Seçkin, Ankara 2014.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara 2014.

SİRMEN, Lale: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet'in Sorumluluğu, Ankara 1975.

von STEIGER, Fritz (Çev. Tahir Çağa): İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968.

SÜZEK, Sarper: “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, DEÜHFD, 2013, C. 15,-Özel Sayı, İzmir 2014, C. I, s. 331-330.

ŞAHİN, Ayşe: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

ŞENER, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Adalet, Ankara 2015.

ŞENER, Oruç Hami/UZUNALLI, Sevilay: Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2012.

TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. (Fikrî Mülkiyet)

TEKİNALP, Ünal: “Ticari İşletmenin TK m. 11 (3)'E Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s. 1-18. (Borçların Hukuki Yazgısı)

TEKİNALP, Ünal: “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, BATİDER, C. 24, S. 3, 2008, s. 5-16. (Yeniden Düşünmek)

TEKİNAY, Selahattin S.: Eşya Hukuku, İstanbul 1978.

TEKİNAY vd.: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul 2016.

TOPÇUOĞLU, Metin: “İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Etkisi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2013, s. 71-118.

TOPUZ, Murat: “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu”, MÜHFHAD, C. 18, S. 2 (Özel Sayı 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu) s. 19-81.

von TUHR Andreas/ESCHER Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Aufl., Schulthess, Zürich 1974.

TUNA, Mustafa Oğuz: Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, XII Levha, İstanbul 2014.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. B., Sermet Matbaası, İstanbul 1976.

TURAN, Nurcan/BİLGEL Sabiha Buket: “Ticaret Sicili Uygulamaları Açısından Tasfiye Halindeki veya Sermaye Kaybı Olan Şirketin Birleşme İşlemine Katılımı”, REGESTA, C. 2, S. 1, Y. 2012, s. 81-87.

TÜRK, Hikmet Sami: “Eczacılık ve Adi Ortaklık”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX, Ankara 1992, s. 159-188.

TÜRK, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, Ankara 1986.

TÜRK, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması” Koşulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986.

ULUSOY, Yılmaz: Vergi ve Ticaret Hukukunda Ferdi İşletmelerin Devri ve Kollektif Komandit Şirketlerin Sermaye Şirketlerine Dönüşmesi, Ankara 1983.

UYAR, Talih: “Tasarrufun İptali Davasının Tarafları”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Basım Yılı 2015, s. 3005-3070.

UYGUR, Turgut: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2012.

ÜLGEN, Hüseyin/ARICI, Mehmet Fatih: “İsviçre Hukuku’nda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan- Cilt II, İstanbul, 2010, s. 1767-1805.

ÜLGEN, Hüseyin vd.: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

ÜLGİN, Hüseyin vd.: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, XII Levha, İstanbul 2015.

ÜLKÜ, Murat Fatih/KARAASLAN, Erol: “Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla ticari işletmenin devri ve Türk hukukunda bir bilinmeyen: B.Y. md. 179”, Manisa Barosu Dergisi, 1999, S. 70, s. 47-67.

VISCHER, Markus: “Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals– zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung”, Mergers & Acquisitions VII, Tshäni Rudolf (Hrsg), Schulthess, Zürich 2005.

VOGEL, Alexander/GUNTER, Michael: Der Vertragsübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, AJP/PJA 5/2012, s. 592-612.

VOGEL, Alexander/HEIZ, Christoph/BEHNISCH, Urs R./SIEBER, Andrea: FusG Kommentar, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2012.

WATTER, Rolf/KÄGI Urs: “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen” SZW 2004/3, s. 231-248.

WEBER, Philippe: “Die Vermögensübertragung”, Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Kellerhals Andreas /Luginbühl Jürg (Hrsg), Schulthess, Zürich 2004.

WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, 2004.

YASAMAN, Hamdi vd.: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I-II, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2004.

YASAMAN, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, Ankara 1987. (Birleşme)

YASAN, Mustafa: “Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olma Sorunu (6102 Sayılı TTK ve 6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme)”, Batider, C. 29, S. 3, Eylül 2013, s. 159-185. (Kiracılık Hakkının Devri)

YILDIZ, Seda: Borca Katılma, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Çalışması, Adana 2015.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara 2013.

YONGALIK, Aynur: 6102 Sayılı TTK’da Ticari İşletme- Sigorta Hukuku, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara 2011.

