

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

CEREN CERENOĞLU

Tez Danışmanı

PROF. DR. MEHMET BAHTİYAR

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUK DOKTORA TEZİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

ŞUBAT, 2022

İNTİHAL SAYFASI

Doktora tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışında alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

02.02.2022

Ceren Cerenoglu

ÖZET

Ticari hayatın gerekleri, ticari işletmelerin faaliyetlerini devam ettiren bir organizasyon bütünü olarak devredilebilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Tüzel kişilik tanınmamış ve hukuk süjesi sayılmamış olan ticari işletmeyi ilgilendiren malvarlığının, hukuki işlemlere konu olması ve özellikle devri bakımından özel bir hukuki rejim öngörülmüştür. Bunun için, Türk Ticaret Kanunu'nun 11/3 fıkrasında düzenlenen şekil ve koşullara uyularak, ticari işletmenin devri gerçekleştirilebilir.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 11. maddesi ile ticari işletmenin devri sözleşmesinin ve de ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı belirtilerek yazılı şekil şartı ilk kez hukukumuzda getirilmiştir. Bununla birlikte, yeni Ticaret Kanunumuz, ticari işletmenin devri prosedürünü kolaylaştırmak adına tescilsiz kazanım öngörmekte ve de aktif unsurların devri için genel hükümlerin gerektirdiği kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmadan devrin gerçekleşeceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin sicile güven ilkesi açısından neticeleri ve doğurabileceği hukuki sakıncalar tezimizde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ticari işletme, ticari işletmenin devri, ticari işletmenin devri sözleşmesi.

ABSTRACT

The requirements of commercial life may create the need to transfer the commercial enterprises as a whole organization that continues its activities. A special legal regime has been foreseen for assets of business, which is not recognised as a legal entity, to be subject to transactions, particularly to assignment. For this purpose, the transfer of a commercial enterprise is to be carried out in compliance with the forms and conditions set out in article 11/3 of the Turkish Commercial Code.

The written form condition for the transfer of the commercial enterprise agreements and the other agreements in relation to the commercial enterprise has firstly regulated under the Article 11 of the Turkish Commercial Code numbered 6102, has entered in to force on July 1, 2012. In addition to this, in order to facilitate the transfer of the commercial enterprise procedure, New Commercial Code stipulates the acquisition without registration officially and transfers of the assets without performing the transaction required by the general provision. The results and legal inconveniency of the said regulation with respect to the believe in registration principle will be discussed in our thesis.

Keywords: Commercial enterprise, transfer of the commercial enterprise, transfer of commercial enterprise assignment.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL SAYFASI.....	i
ÖZET	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR.....	xv
İÇİNDEKİLER.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMLARI

I. İŞLETME KAVRAMI.....	9
A. İşletmenin Hukuki Niteliği.....	10
B. Teşebbüs Kavramı.....	12
C. İşletme ve Teşebbüs Kavramlarının Yarattığı Terminoloji Sorunu.....	13
II. TİCARİ İŞLETME.....	15
A. Genel Olarak.....	15
B. Tanım.....	19

C. Unsurlar.....	21
1. Esnaf İşletmesini Aşan Düzeyde Gelir Elde Etmeyi Hedef Tutma.....	22
a. Gelir Sağlama Amacının Varlığı.....	22
b. Gelir Düzeyine Göre Esnaf İşletmesi – Ticari İşletme Ayrımı.....	24
c. Mevcut Düzenlemelerin Esnaf İşletmesi ve Ticari İşletme Ayrımında Uygulama Alanı.....	31
aa. TTK m. 11/1-2 Uyarınca Çıkarılacak Olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Öncesindeki Bakanlar Kurulu Kararları.....	32
bb. TTK, 5362 Sayılı Kanun ve 2007/12362 Sayılı Karar Bakımından Esnaf İşletmesi - Ticari İşletme Ayrımının Değerlendirilmesi.....	33
aaa. Esnaf ve Sanatkarlar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca Hazırlanmış Olan Esnaf ve Sanatkar Meslek Kollarına Girilip Girilmemesi Bakımından.....	33
bbb. İşletmede Yürütülen Faaliyetin Emek ve Sermaye Dengesi Bakımından.....	35
ccc. Elde Edilen Kazancın 2007/12362 Sayılı Kararda Gösterilmiş Olan Limitlerin Altında veya Üstünde Olması Bakımından.....	37
d. Faaliyete Yeni Başlamış Olan İşletmelerin Niteliği Sorunu.....	40
e. Çıkarılması Öngörülen Kararnameye İlişkin Öneriler.....	42
2. Devamlılık.....	44

3. Bağımsızlık.....	46
D. Bağımsızlık Unsurunun TTK ve RKHK Açısından Değerlendirilmesi.....	47
III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ.....	48
A. Genel Olarak.....	48
B. Ticari İşletmenin Devri Tanımı ve Kanuni Düzenlemesi.....	50
1. Tanım.....	50
2. Kanuni Düzenleme.....	53
C. Ticari İşletmenin Devrinin Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması.....	55
1. Malvarlığı Devri.....	55
2. Borcun Üstlenilmesi.....	58
3. Alacağın Devri.....	63
4. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi.....	68
5. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi İle Birleşmesi.....	74
6. Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi.....	76
7. Bölünme.....	77
8. İşyeri Devri.....	82
D. Ticari İşletmenin Devrinde TTK m. 408/2-f Hükmünün Anonim Şirketler Bakımından Uygulamaya Etkisi.....	87
1. Devredilecek Ticari İşletmenin Anonim Şirket Bakımından Önemli Mal Varlığı Teşkil Etmesi.....	89
a. Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından Önemli Mal Varlığı Tespiti.....	95

b. Halka Kapalı Anonim Şirketler Bakımından Önemli Mal Varlığı Tespiti.....	96
2. Türk Ticaret Kanunu'nun 408/2-f Hükmü Kapsamındaki Ticari İşletmenin Devrinde Usul ve Esaslar.....	98
a. Yetki ve Genel Kurulun Onay Şartı.....	98
b. İzlenecek Usul ve Aranılan Nisaplar.....	102
E. İşletmenin Geçici Devri Kapsamında Ticari İşletmenin Devri.....	105
F. Ticari İşletmenin Devrinde Ticari Defterlerin ve Kambiyo Senetlerinin Akıbeti.....	106
1. Ticari Defterler.....	106
2. Kambiyo Senetleri.....	112
G. Ara Değerlendirme.....	116

İKİNCİ BÖLÜM

DEVİR SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK.....	120
II. DEVİR SÖZLEŞMESİ.....	121
A. Konusu.....	121
B. Hukuki Niteliği.....	124
1. Malvarlığına Yaptığı Etki Bakımından.....	124
2. Asli Edim Yükümlülüğü Bakımından.....	128
C. Tarafları.....	131
D. Şekli.....	134
1. Genel Olarak.....	134

2. Geçerlilik Şekli Olarak Yazılı Şeklin Kabulü.....	137
3. Devrin Diğer Kanunlarda Nitelikli Şekle Tabi Olduğu Haller.....	142
E. Temsil.....	144
1. Genel Olarak.....	144
2. Ticari Vekil ve Ticari Temsilci.....	145
F. Kapsam.....	150
1. Genel Olarak.....	150
2. Ticari İşletmeye Dahil Malvarlığı Unsurları Kavramı.....	152
3. Ticari İşletmenin Devrinde Bütünlüğün Korunması ve Devamlılığın Sağlanması.....	155
4. İşletmenin Aktifleri.....	158
a. Duran Malvarlığı.....	159
aa. Taşınmaz Mülkiyetinin Geçişİ.....	160
bb. Tescilsiz İktisap Karşısında Tapu Siciline Güvenen Üçüncü Kişilerin Durumu.....	163
cc. Motorlu Taşıt Mülkiyetinin Geçişİ.....	165
aaa. Motorlu Taşıtlarda Trafik Siciline Yapılan Tescilin Hukuki Niteliği.....	167
bbb. Ticari İşletmenin Devrinde Motorlu Taşıtların Mülkiyetinin Hangi İşlem İle Devralana Geçtiği Sorunu.....	168
b. İşletme Değeri.....	171
c. Fikri Mülkiyet Hakları.....	173
aa. Marka.....	175
bb. Patent.....	176

cc. Tasarım.....	177
dd. Ticaret Unvanı.....	177
ee. Coğrafi İşaret.....	178
5. Kiracılık Hakkı.....	183
a. Konunun Önemi.....	183
b. Ticari İşletmenin Devrinde Kiracılık Hakkının Yasal Çerçevesi.....	183
c. Kiracılık Hakkının Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesi Kapsamında Geçiş.....	188
aa. Kiraya Veren TBK m. 323 Uyarınca Rızasının Aranıp Aranmayacağı Sorunu.....	193
bb. Kiraya Veren TBK m. 323 Kapsamında Korunmaya Değer Menfaatinin Değerlendirilmesi.....	196
aaa. Kiraya Veren Bakımından Çifte Sorumluluk Yoluyla Korunma.....	196
bbb. Kira Sözleşmesinin Feshedilmesi Hakkının Sağladığı Korunma.....	198
6. Ticari İşletmenin Devrinde Sosyal Medya Hesaplarının Akıbeti.....	199
a. Konunun Önemi.....	199
b. Dijital Malvarlığı Kapsamında Sosyal Medya Hesapları.....	203
c. Sosyal Medya Hesaplarının Devri.....	205
aa. Devredilebilirlik.....	205
bb. Sosyal Medya Hesaplarının Ticari İşletmeye Dahil Olması...207	
cc. Sosyal Medya Hesaplarının Ticari İşletmenin Devri İle Birlikte Devralana Geçmesi.....	208

7. İşletmenin Pasifleri.....	209
a. Pasiflerin Devirden Hariç Tutulması.....	210
b. Pasiflerin Bir Kısımının Devirden Hariç Tutulması.....	213
III. DEVİR SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA SÖZLEŞMELERİN GEÇİŞİ.....	215
A. Sözleşme Devrinin Ticari İşletmenin Devri Bakımından Önemi.....	215
1. Genel Olarak Sözleşmenin Devri Kavramı.....	216
2. Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi Vasıtasıyla Sözleşmeden Doğan Hak ve Borçların Tümüyle Aynı Kişiye Devredilmesi Halinde Bunun Sözleşmenin Devrini Sağlayıp Sağlamayacağı Sorunu.....	219
3. Ticari İşletmenin Devri Kapsamında Mevcut Sözleşmelerin Akıbeti.....	222
a. Türk Hukuku'nda Ticari İşletmenin Devrinde Sözleşmelerin Akıbeti Hakkındaki Görüşler.....	223
b. İsviçre Birleşme Kanunu Kapsamında Sözleşmelerin Devredilebilirliği Sorunu.....	228
B. Ticari İşletmenin Devri İle Birlikte Sözleşmelerin Devredilebilmesinin Şartları.....	233
1. Sözleşme Ticari İşletmenin Devri Kapsamına Dahil Olmalıdır...233	
2. Sözleşmenin Devrine ilişkin Bir Yasak Bulunmamalıdır.....	235
a. Kanundan Kaynaklanan Yasaklar.....	235
b. Sözleşmeden Kaynaklanan Yasaklar.....	238
c. Sözleşmenin Niteliğinden Kaynaklanan Yasaklar.....	239
C. Ara Değerlendirme.....	241
IV. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE REKABET KURUMU'NA BAŞVURU YAPILMASI.....	243

A. Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Denetime Tabi Olması.....	243
1. Denetimin Rekabet Hukuku Açısından Önemi.....	247
2. Denetimin Piyasalara Etkisi ve Piyasalar Açısından Gerekliliği.....	249
B. Ticari İşletmenin Devrinin Rekabet Kurumu'na Bildirilmesi ve İzin Alınması.....	252
1. Rekabet Kurumu'nun İznine Tabi Devralmalar.....	253
2. Devrin Rekabet Kurumu'na Bildirilmesi.....	255
a. Bildirimin Şekli ve Sonuçları.....	255
aa. Bildirimin Şekli.....	255
bb. Bildirimin Sonuçları.....	256
b. Devrin Bildirilmemesinin Sonuçları.....	259
C. Ara Değerlendirme.....	261
V. TESCİL VE İLAN.....	263
A. Ticaret Siciline Tescil.....	263
1. Tescilin Hukuki Niteliği ve Bu Kapsamda Tescilin Açıklayıcı Mı Yoksa Kurucu Mu Olduğu Sorunu.....	263
2. Tescilin Kim Tarafından Yapılacağı Sorunu.....	267
a. Devredenin Tescil Talebinde Bulunmasının Gerekliliği.....	267
b. Tescil Talebi İçin Devralana Mahkemeye Başvurma Hakkı Tanınması.....	268
3. TSY m. 133/4'ün Tescil Kapsamında Değerlendirilmesi.....	269
4. Tescilin Ardından Devrin Diğer Sicillere Bildirilmesi.....	271
a. Bildirimin Şekli ve Zamanı.....	273
b. Bildirimin Sonuçları.....	274

c. Sicil Müdürünün Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin	
Sonuçları.....	277
aa. Hukuki Sorumluluk.....	277
bb. Cezai Sorumluluk.....	279
cc. İdari Sorumluluk.....	279
5. Ara Değerlendirme.....	281
B. İlan.....	284
1. İlanın Yapılışı.....	284
2. İlanın Hukuki Niteliği.....	288
3. İlanın Hükümleri.....	290
a. Borçların Devri ve Devredenin (Devralanla Birlikte) Müteselsil	
Sorumluluğu Bakımından.....	290
b. Devrin Üçüncü Kişilere Bildirilmesi ve Bu Bildirimin Etkisi....	291
4. Ara Değerlendirme.....	293

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVİRİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	293
A. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri.....	294
1. Devreden Bakımından.....	294
a. Devredenin Borçlardan İki Yıl Süre İle Sorumluluğu.....	295

b. Devir Sözleşmesinde Aksi Açıkça Saklı Tutulmamış ise Devredenin Rekabet Yasağına Tabi Olması.....	299
c. Devredenin Ayıba Karşı Sorumluluğu.....	305
d. Devredenin Zapta Karşı Sorumluluğu.....	307
e. Ticari İşletmenin Devrinde Verilmiş olan Rehin ve Kefaletin Ne Kadar Süre İle Devam Edeceği Sorunu.....	311
f. Devredenin Tacir Sıfatının Sona Ermesi.....	313
2. Devralan Bakımından.....	314
a. Devralanın Borçlardan Sorumluluğu.....	315
aa. Borçların Geçiş Anı.....	317
bb. Borçların Devrinin Devralan Bakımından Sonuçları.....	320
b. İşletmeyi Devralma Borcu.....	323
c. Devri Alacaklara Duyurma Borcu.....	323
d. Karşı Edimi İfa Borcu.....	325
B. Devralanın Sorumluluğunun Şartları.....	327
1. Geçerli Bir İşletme Devrinin Varlığı.....	327
2. Sözleşme Kapsamındaki Borcun Üstlenilebilir Olması.....	328
3. Devralan Tarafından, Alacaklılara Bildirim Yapılması.....	331

C. Devralanın Sorumluluğunun Sona Ermesi.....	332
II. MAL KAÇIRMA DURUMUNDA ALACAKLILARIN KORUNMASI.....	333
A. Genel Olarak.....	333
1. Ticareti Terk.....	335
a. İİK m. 44'ün Konu Bakımından Uygulanma Alanı.....	337
b. İİK m. 44 Hükümlerinin Uygulanma Zamanı.....	340
c. Ticareti Terk Müessesesinde Yaptırımlar.....	342
2. Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Ticari İşletme Devrinin İptali.....	344
a. Genel Olarak İptal Davası.....	344
b. İptal Davasında Ticari İşletmenin Devri Bakımından Getirilen Karine.....	346
3. Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak Davası ve Tasarrufun İptal Davası Arasındaki İlişki.....	349
B. Yargıtay Uygulaması ve Ara Değerlendirme.....	351
1. Yargıtay'ın İstihkak Davaları İle İlgili Olarak Benimsediği Eski Görüşü.....	352
2. Yargıtay'ın İstihkak Davaları İle İlgili Olarak Benimsediği ve İstikrar Kazanmış Olan Yeni Görüşü.....	355
3. Ara Değerlendirme.....	359
Sonuç.....	362
Kaynakça.....	378

KISALTMALAR:

Alman POK.	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Amb Yön.	Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	Alman Medeni Kanunu
BK.	818 sayılı mülga Borçlar Kanununu
Bkz./bkz.	Bakınız
C.	Cumhuriyet
CD.	Ceza Dairesi
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CISG	Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
DİK	2886 Devlet İhale Kanunu
dn.	dipnot
E.	Esas no
ESMKK	5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu
eTTK	6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	Alman Ticaret Kanunu
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İsv. BK	İsviçre Borçlar Kanunu
İsv. BirK	İsviçre Birleşme Kanunu
İsv. İİK	İsviçre İcra İflas Kanunu
İsv. MK	İsviçre Medeni Kanunu
İşK	4857 sayılı İş Kanunu
K.	Karar no
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KİSK	4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

KOBİ	Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
KTK	2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
KTY	Karayolları Trafik Yönetmeliği
KVK	5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
LPG	Sıvılaştırılmış Petrol Gazı
m.	madde
MBCA	Amerika Hukukunda Model Şirketler Kanunu
RKHK	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SMK	6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SMK Yön.	Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDİT	Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ
TİRK	1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (mülga)
TİTRK	6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSN	Ticaret Sicil Nizamnamesi
TST	1957 tarihli Ticaret Sicil Tüzüğü
TSY	Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK	6102 Türk Ticaret Kanunu
TTSG	Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi
vd.	ve devamı
VUK	213 sayılı Vergi Usul Kanunu

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu ticari işletme ağırlıklı modern sistemi benimsemiş olup pek çok ticaret hukuku kavramı ticari işletme kavramından hareketle saptanmış ve tanımlanmıştır. Bu sebeple, ticari işletme Türk Ticaret Kanunu'nun merkez kavramıdır. Bu denli önemli olan kavramın devri de uygulamada önem arz etmektedir. Ticari işletmenin devri, ticaret alanının değiştirilmek istenmesi, ticaretin sonlandırılması gibi çeşitli sebeplerle uygulamada bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ticari işletmenin devri, BK m. 179 ve eTTK m. 11 uyarınca, gerçekleştirilmekte idi. Hükümler uyarınca ticari işletmenin devri halinde, borçlar alacaklıların rızası olmaksızın devralana geçmekte, ilan ve ihbar gerekmemekte ve şimdi olduğu gibi devreden devralanla birlikte, iki yıl borçlardan müteselsil sorumluluğu bulunmakta idi. eTTK m. 11'de, ticari işletmeye ait sayılacak olan malvarlığı unsurları belirtilmiş ancak bunların devri konusunda nasıl bir yol izleneceği açıkça düzenlenmediği, başka bir ifade ile, özel bir hüküm sevk edilmediği için ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının devri bakımından, her malvarlığı unsurunun kendi tabi olduğu genel hükümler uyarınca devri mümkün olabilmekteydi.

6102 sayılı TTK 13.01.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilerek, 14.02.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.07.2012 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. TTK'da yer alan değişiklikler kapsamlı yenilikleri de beraberinde getirmiştir. Özellikle çalışma konumuz olan ticari işletmenin devri ile ilgili olarak, esaslı ve radikal değişiklikler öngörülmüştür.

Ticari işletmenin devri bakımından, TTK m. 11/3 uyarınca, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının, ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte, devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu durum, daha önce ticari

işletmenin devri bakımından, hukukumuzda bulunmayan bir düzenlemedir. Bu devir sistemi kısmi külli halefiyet olarak tanımlanmaktadır. Bu sistem ile ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurları ayrı ayrı tasarruf işlemleri yapılmasına gerek olmaksızın devralana geçmektedir.

Kanun koyucu tarafından, yapılan bu kapsamlı değişikliğin ticari işletmenin devri müessesesini kolaylaştırmak, işlerliğini arttırmak, emek ve paradan tasarruf sağlamak, pazara girmek isteyen yeni girişimcilerin pazara girişlerini kolaylaştırmak ve ticari verimliliği arttırmak amacına yönelik olduğu söylenebilecektir.

6098 sayılı TBK 11.01.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilerek, 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.07.2012 tarihinde ise, yürürlüğe girmiştir. TTK m. 11/3 ile, getirilen radikal değişikliğin yanında ticari işletmenin devri bakımından uygulama kabiliyeti olan BK m. 179’da yer alan düzenleme TBK m. 202 ile genel hatları ile korunmuş olup, alacaklılara yapılacak olan ilan bakımından bazı değişiklikler hüküm altına alınmıştır.

1- Çalışmanın Konusu

Tezimizin konusu ticari işletmenin devri işlemidir. Bu bakımdan ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurları ve bunların ticari işletmenin devri ile ne şekilde ve hangi aşamada devredileceği hususlarına odaklanılmıştır.

Ticari işletmenin devri ile ilgili olarak, TTK m. 11/3 ile daha önce hukukumuzda bulunmayan bir düzenleme  ng r lm ş ve ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının, ticari işletmenin devri ile birlikte, devralana geçeceği d zenlenilmeye çalışılmıştır. Konunun yeni olması ve düzenlemenin devir bakımından yerleşik uygulamalara radikal değişiklik getirmesi dolayısıyla endişe ve eleştirileri de

beraberinde getirmiştir. Tez çalışmamızda malvarlığı unsurlarının devralana geçişi konusuna ışık tutulmaya çalışılmıştır.

Ticari işletme, Türk Ticaret Kanunu'nun merkez kavramı olmakla birlikte ticaret hayatının da yapı taşlarındandır. Bu bakımdan, iktisadi bir kavramdır. Müteşebbis tarafından çeşitli ürün ve hizmetlerin üretildiği ve bir organizasyon içerisinde pazara sunulduğu birime ticari işletme denilmektedir.

Müteşebbisler için ticari işletme sahibi olmak bu bakımdan, önem arz etmektedir. Müteşebbisler, sıfırdan başlayarak bir işletme kurup, ilgili pazara girip, emek, para ve zaman harcayarak müşteri çevresi edinebilecekleri gibi, var olan bir ticari işletmeyi de devralmak suretiyle ticari faaliyetlerine başlayabilirler. Ticari hayata sıfırdan başlamak elbette ki daha zor, riskli ve zaman alan bir uğraştır. Oysa belli bir müşteri çevresine sahip, yerleşik düzeni olan, ticari ilişkileri mevcut bir işletmeyi devralmak ve devam ettirmek daha kolay ve riski azaltılmış bir uygulamadır. Böylece ticari işletmenin devri, uygulamada önemli bir amaca hizmet etmektedir.

Ticari işletmenin devri müessesesi, bu bakımdan, müteşebbisler ve ilgili pazar için önemli bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu denli önemli bir konu, her ne kadar TTK m. 11/3'te, tek bir madde de düzenlenmiş ise de uygulama alanı bakımından pek çok kanunu aynı anda ilgilendirmektedir. Özellikle TBK m. 202, ticari işletmenin devrinde borçların devri bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte, ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurları ile ilgili olarak, taşınmazlar için Türk Medeni Kanunu, ticari işletmeye dahil sözleşmeler bakımından, Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmeleri bakımından, İş Kanunu gibi değişik mevzuatların birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, devrin tabi olduğu sınırlamalar bakımından Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Sermaye Piyasası Kanunu gibi

özel Kanunlar da devirde, dikkate alınması gereken mevzuatlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanun koyucu, yaptığı kapsamlı değişiklik ile ticari hayatta önemli olan ticari işletme müessesesinin devrini kolaylaştırmayı hedeflemiştir. Yapılan bu değişikliğin ihtiyaçlara ne kadar cevap verdiği ve uygulamasının nasıl olduğu hususlarına çalışmamızda yer verilmeye çalışılmıştır.

2- Çalışmanın Amacı

Ticari işletmenin başlı başına bir kişiliği bulunmadığı, işletmenin özel bir malvarlığı oluşturmaksızın, sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin malvarlığı içerisinde yer aldığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan, ticari işletmenin sahibinden söz edildiği zaman, işletmeyi oluşturan çeşitli unsurların her biri üzerinde ayrı ayrı olmak üzere hak sahipliği kastedilmektedir.

Ticari işletmenin devrinde, işletmeye dahil olan unsurların devralana geçirilmesi ve işletmenin devamlılığının sağlanması hedeflenmektedir. İşletmeye dahil olan malvarlığı unsurları içerisinde çeşitli şeyler sayılabilecektir. Bunlar maddi malvarlığı ve maddi olmayan malvarlığı unsurları ile çeşitli haklar olarak nitelendirilebilecektir.

Ticari işletmenin devrinde, faaliyetin yürütülmesi için gerekli olan araç, gereç, malzeme, taşınmazlar ve fikri mülkiyet haklarının devri ne kadar gerekli ise, ticari işletmede işin yürütülmesini sağlayan ticari ilişkilerin devamlılığı anlamına gelecek olan sözleşmelerin, sosyal medya hesaplarının ve müşteri çevresinin devri de, o kadar gereklidir.

Bir ticari işletme pek çok unsurdan ve bunlar arası ilişkiden meydana gelmektedir. Bunlar işletmenin aktifleri, pasifleri, müşterileri, hizmet/mal aldığı işletme partnerleri

ve bayileridir. Ticari işletmenin bu ilişkileri çoğunlukla sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelere dayanmaktadır. Ticari işletme faaliyeti, bu yolla aksatılmadan sürdürülmektedir.

Ticari işletmeyi devralan, esas itibari ile ticari işletmede yürütülmekte olan faaliyeti devralmakta ve çoğu zaman da bu faaliyeti sürdürmek istemektedir. İşletmenin faaliyetinin sürdürülebilmesi ve aynı düzende devam ettirilebilmesi için geçmişte yapılmış olan, faaliyeti şekillendiren ve devamı için gerekli olan, iş ilişkileri yani mevcut sözleşmelerin devamı işletme ve devralan açısından büyük önem taşımaktadır.

Ayrıca değişen yaşam koşulları sebebiyle, sosyal mecra ve bu mecradaki faaliyetler ticari işletmeler bakımından da önem taşımaktadır. Ticaretin yapıldığı, müşteri ile iletişime geçildiği, duyuruların, reklamın, tanıtımın ve daha pek çok ticari faaliyetin gerçekleştirildiği sosyal medya, ticari işletmeler bakımından, ticari öneme ve ekonomik değere sahiptir. Ticari işletmenin devrinde, devrin bir bütün halinde yapılması ve devamlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde ticari işletmeye işlerlik ve devamlılık kazandıran sözleşmelerin ve sosyal medya hesaplarının devrin kapsamına dahil olacağı hususunun ortaya konulması çalışmamızda amaçlanmaktadır.

3- Çalışmanın Planı

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. *İlk bölümde*, ticari işletme ve ticari işletmenin devri kavramları üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Burada öncelikle işletme kavramı üzerinde durulmuş olup ticari işletme ile arasındaki fark ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ardından ticari işletme tanımı ve unsurları açıklanmaya çalışılmış ve esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki benzerlik ve farkların sınırları çizilmiştir.

Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır çizildikten sonra ticari işletmenin devri işleminin ne olduğu hususu üzerinde durulmuştur. Ardından ticari işletmenin devri ile hukuki ve/veya iktisadi açıdan benzerlik gösteren diğer hukuki müesseselere değinilmiştir. Ticari işletmenin devri, yeniden yapılandırma şekillerinden bir tanesidir. Bu nedenle, ticari işletmenin devri ile hak ve borçların doğumu, yükümlülükler ve devir şekilleri bakımından benzerlik gösteren pek çok hukuki müessese bulunmaktadır. Bu bölümde, bu müesseseler ile ticari işletmenin devrinin benzer ve farklı yönleri üzerinde durularak, ticari işletmenin devrinin önemi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Ardından ticari işletmenin devrinde özellik arz eden, TTK m. 408/2-f hükmünün anonim şirketler bakımından, uygulamaya etkisi incelenmiş ve anonim şirket bünyesinde bulunan ticari işletmenin anonim şirket bakımından önemli malvarlığı teşkil etmesi halinde, devir için izlenmesi gereken ayrı durumlara değerlendirilmiştir. Ayrıca, devredilecek ticari işletmenin, anonim şirketler bakımından önemli malvarlığı teşkil etmesi halinde halka açık anonim şirketler için getirilmiş olan önemli malvarlığı tespit kriterinin halka kapalı anonim şirketler bakımından da uygulanabileceği üzerinde durulmuştur.

Birinci bölümün son konusu olarak da, ticari işletmenin devrinde ticari defterlerin ve kambiyo senetlerinin akıbeti hususuna yer verilmiştir. Ticari işletmeler bakımından, ticari defterlerin önemli ve çok yönlü fonksiyonu bulunmaktadır. Bu bakımdan, devir halinde ticari defterlerin kimde kalacağı, devralana geçip geçmeyeceği hususlarının değerlendirilmesi uygun görülmüştür. Devir halinde, kambiyo senetlerinin akıbeti konusu devreden, devralan ve alacaklılar bakımından önem arz etmekte olup çalışmada yer verilmiştir.

Çalışmanın *ikinci bölümü*, devir sözleşmesini açıklamaya yönelik incelemeyi içermektedir. İlk olarak devir sözleşmesinin konusu, hukuki niteliği, tarafları, şekli, sözleşmenin yapılmasında temsil yetkisi ve kapsamı gibi konuları ele alınmıştır. Bunların, ticari işletmenin devrinde ne şekilde özellik arz ettiği hususları üzerinde durulmuştur.

Devam eden bölümde ise, ticari işletmenin aktifleri ve pasiflerinin neler olduğu ve bunların devir şartları incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, taşınmaz mülkiyetinin geçişi üzerinde durulmuş ve tescilsiz iktisap karşısında tapu siciline güvenen üçüncü kişinin durumu inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca ticari işletmenin devrinde motorlu taşıt mülkiyetinin geçişi irdelenmiş, trafik siciline yapılan tescilin hukuki niteliği ve ticari işletmenin devrinde motorlu taşıtların, mülkiyetinin hangi işlem ile devralana geçtiği sorunu üzerinde durulmuştur. Devamında, ticari işletmenin devri halinde, işletmenin faaliyetine devam etmesi bakımından önem taşıdığını düşündüğümüz fikri mülkiyet haklarına da tanımları verilmek suretiyle kısaca değinilmiştir.

Ticari işletmenin devrinde, faaliyetin yürütüldüğü yer de önem arz etmektedir. Devredenin, ticari faaliyeti kira ilişkisi içerisinde bulunduğu bir yerde sürdürmesi halinde, devir işlemi ile kira ilişkisinin de, devralana geçmesi, devralan için ticari belirlilik ve devamlılık açısından önemli ve bazen de gerekli olabilmektedir. Bu bakımdan, çalışmamızda kiracılık hakkı ve bu hakkın devralana geçiş şartları ve zamanı üzerinde ayrıca durulmuştur.

Günümüzde teknolojik gelişmeler, internetin tüm dünyayı sarması ile birlikte, dünya küresel büyüklükte bir pazar haline gelmiştir. Gelişen ve değişen ticari faaliyetler kapsamında, internet aracılığıyla sosyal medya hesapları üzerinden de pek çok ticari faaliyet gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan, ticari işletmeler için sahip oldukları

sosyal medya hesapları, dijital malvarlığı teşkil etmektedir. Ticari işletmenin devrinde, bunların da devri söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, ticari işletmeye dahil olan sosyal medya hesaplarının devrine de, çalışmamızda yer verilmiştir. Devam eden bölümde ise işletmenin pasifleri hususu inceleme konusu yapılmıştır.

Ticari işletmenin devrinde devamlılığın sağlanması bakımından önemli bir unsur olarak gördüğümüz, sözleşmelerin, ticari işletme ile birlikte devralana geçeceği hususu ayrıca inceleme konusu yapılmış olup çeşitli yönleriyle ele alınmıştır. Diğer taraftan ticari işletmenin devri bakımından, yan sınırlama getiren Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında Rekabet Kurumu'na başvuru ve sonuçları değerlendirilmiştir.

Çalışmanın *son bölümü* devrin hüküm ve sonuçlarına ayrılmıştır. Bu bölümde, devralan ve devreden devirden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri detaylı şekilde ele alınmıştır. Yine bu bölümde, tarafların mal kaçırma durumunda alacaklıların korunması başlığına yer verilmiş olup ticareti terk ve alacaklılara zarar verme kastıyla ticari işletmenin devrinin iptali konularına değinilmiştir.

Son olarak, ticari işletmenin devri ile ilgili olarak Yargıtay uygulamalarına yer verilmiş ve Yargıtay'ın, 2017 öncesi ve sonrası benimsediği görüşleri ve içtihat değişikliği inceleme konusu yapılarak değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

KAVRAMLARI

I. İŞLETME KAVRAMI

İşletme, iktisat bilimine ait bir kavramdır. Daha çok ekonomi bilimi ile ilgili konularda karşımıza çıkmaktadır. İşletme, başlıca görevi insan ihtiyaçlarını gidermeye elverişli iktisadi mal ve hizmetleri üretmek olan, ekonomik, teknik ve hukuki birim olarak tanımlanmaktadır¹.

İşletme, ticari olan ve olmayan şeklinde esas olarak ikiye ayrılır. Bir işletme yalnızca insan ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulmuşsa, bu ticari olmayan işletmedir. Dernek, siyasi parti, vakıf vb. ticari olmayan işletmeye örnek verilebilecektir. Bir işletme insan ihtiyaçlarına cevap vermenin yanı sıra, kar etmeyi, topluma hizmet etmeyi, faaliyetini devam ettirmeyi (araştırma ve plan yapmak gibi) ve toplumsal sorumluluğu (çevreyi kirletmemek, işletmede çalışanların eğitim ve sağlığı ile ilgilenmek gibi) amaç edinmişse bu ticari bir işletmedir (amaçsal olarak)².

İşletmeler, ekonomik çalışma türlerine göre, ticaret, sanayi ve hizmet işletmeleri; Üretim faktörlerinin yoğunluk derecesine göre, emek yoğun, sermaye (teknoloji) yoğun; Büyüklüklerine göre, büyük, orta ve küçük işletmeler; Üretim araçlarının mülkiyetine göre, özel, kamu, karma, vakıf ve yabancı sermayeli işletmeler; Hukuki

¹ Mucuk İsmet, **İşletme**, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Ders Kitabı, İstanbul, 2019, s. 19; Ülgen Hüseyin/Yalçın Azmi, **Temel İşletmecilik Bilgisi**, Akademisyen, 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 5.

² Karcıoğlu Reşat, **İnsan – İktisat – İşletme ve Muhasebe**, İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 34, S. 4, Erzurum, 2020, s. 1585.

yapılarına göre, kişi işletmeleri, kişi şirketleri, sermaye şirketleri, kooperatif ve kamu teşebbüsleri şeklinde sınıflandırılabilir³.

İşletmenin, üç temel özelliğinin olduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki, işletmede yürütülen faaliyeti anlatan “dinamik”, ikincisi, işlerin görüldüğü yeri anlatan (büro, fabrika vb.) “statik”, üçüncüsü de, işletmede yürütülen faaliyetlerin organizesi anlamını taşıyan “örgüt” olma özelliğidir⁴.

Ticari işletme genel anlamda bir işletme türüdür. İşbu sebeple, ticari işletmenin daha iyi anlaşılması bakımından öncelikli olarak işletme kavramının üzerinde durulması yerinde olacaktır.

A. İŞLETMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İşletmeler, insanoğlunun iktisadi faaliyetlerini gerçekleştirmek için oluşturduğu kuruluşlardır⁵. İktisadi faaliyetler de, insanların ihtiyaçlarını karşılamak üzere mal ve/veya hizmet üretimi, bu mal ve hizmetlerin değişimi ve tüketimi aşamalarından oluşmaktadır⁶.

İşletme, amacı itibari ile iktisadi, yapısı itibari ile de teknik bir birimdir⁷. Genel olarak ekonomi bilimi açısından işletme, bir girişimcinin (müteşebbisin), kazanç sağlamak amacıyla, emek ve sermayeyi bir organizasyon içerisinde bir araya getirmesi ile ortaya çıkan bir ünite şeklinde tanımlanabilir⁸.

³ Karcıoğlu, s. 1585.

⁴ Taşkın Ahmet, **İş Hukukunda İşletme Kavramı**, Çalışma ve Toplum, 2012/1, Ankara, 2012, s. 78; Canbaz, başarılı bir işletme için, organize olmak, ihtiyaçları karşılamak ve kar sağlamak olmak üzere üç faaliyetin yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Canbaz Serdar, **Temel İşletmecilik**, Paradigma Akademi, İstanbul, 2016, s. 14.

⁵ Önen Mesut, **İşletme Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 3; Güzel Ahu, **İşletme**, Birinci Baskı, İlya Yayınevi, İzmir, 2011, s. 23.

⁶ Ülgen/Yalçın, s. 6.

⁷ Ertürk Mümin, **İşletme Biliminin Temel İlkeleri**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 16.

⁸ Bahtiyar Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 21. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 17; Arkan Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23. Bası, Banka

Müteşebbis⁹, emek ve sermayeyi bir organizasyon içinde çalıştırdığında, belirtilen unsurlardan bağımsız ayrı bir varlık doğar. Buradaki sermaye, işletmenin amacına ulaşması için emek dışındaki ihtiyaç duyulan diğer tüm araçlar olarak anlaşılmalı ve sadece nakit ile sınırlandırılmamalıdır¹⁰. Böylece işletme, kendisini oluşturan unsurlar bakımından özellik arz eden bir oluşumdur. Kişisel unsurlar (bedeni ve fikri emek ile organizasyon) ve malvarlıksal unsurlar (taşınır, taşınmazlar, kıymetli evrak, marka, patent, tasarım gibi çok çeşitli fikri mülkiyet hakları ve kurulan sözleşmeler) işletmede bir arada bulunmaktadır¹¹.

Ayrıca işletmenin yeri, iç düzeni, hammadde kaynakları, tedarik metotları, personelin iş görme kapasitesi ve nitelikleri, teknik ve ticari sırlar, iş tecrübeleri, müşteri çevresi, peştemaliye¹² gibi gayri maddi iktisadi değerler, işletmenin iskeletini meydana getirmektedir¹³.

Sözü edilen unsurlar arasındaki ilişki ve bunların oluşturduğu organizasyon bütünlüğü ile işletme, yaşayan bir organizma olarak karşımıza çıkar¹⁴. İktisadi olarak değer sahibi

ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 26; Poroy/Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 17. Bası, Vedat, İstanbul, 2018, s. 32; Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 6. Baskı, Dora, Bursa, 2014, s. 13; Bu tanıma ek olarak, işletmeyi “işletme, mal ve/veya hizmet üretimi için üretim faktörlerinin bir araya getirildiği ekonomik birimdir.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Karahan Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Mimoza, Konya, 2015, s. 14; Çetiner Selma/Bozkurt Yüksel Armağan Ebru/Cengiz Ali, **Ticaret Hukuku (Ticari İşletme Hukuku, Şirketler Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku)**, 2. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 11; Ayhan Rıza, **Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Sayı 1 – 2, Ankara, 2013, s. 295.

⁹ Müteşebbis (girişimci); emek, sermaye ve doğal kaynaklar olarak belirtilen üretim faktörlerini, başkalarının ihtiyacını karşılayacak mal ve hizmetler üretmek üzere tedarik eden ve uygun şekilde birleştiren kimsedir. Girişimci, aynı zamanda kendisi de bir üretim faktörüdür. Tanım için bkz. Mucuk İsmet, **Modern İşletmecilik**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 6.

¹⁰ Baştuğ İrfan/Erdem Ercüment, **Ticari İşletme Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1993, s. 18.

¹¹ Arıcı M. Fatih, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasif ile Devri**, Vedat, İstanbul, 2008, s. 8.

¹² “Peştemaliye; şerefiye; Bir ticarethanenin devri durumunda, ticarethanenin yeri, müşterileri, şöhreti gibi nedenler göz önünde bulundurularak asıl değerinin yanında alınan, değiş yerinde ise, manevi sermaye karşılığı ödenen para.” Yılmaz Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996, s. 321.

¹³ Arıcı, s. 8.

¹⁴ Arıcı, s. 9.

bir amaca, ancak belirli bir organizasyon sayesinde ulaşılabilir. Eğer organizasyon olmasaydı, işletme basit bir malvarlığı bütünlüğü olmaktan öteye bir anlam taşımazdı¹⁵. Burada organizasyondan anlaşılması gereken, insan emeğinin koordinasyonu ile malvarlığı değerleri ve gayri maddi iktisadi değerlerin birlikte işletilmesi ve bir işlev görmesidir.

B. TEŞEBBÜS KAVRAMI

Teşebbüs, öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmakla birlikte, temel olarak RKHK da tanımı yapılmıştır. RKHK m. 3'e göre, *“Teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır.

İşletme ve teşebbüs terimleri çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılır¹⁶. Bununla birlikte, doktrinde, teşebbüs ve işletme kavramlarının birbirinden farklı kavramları ifade ettiği belirtilmektedir.

Doktrinde genel olarak teşebbüsün, iktisadi ve hukuki yönünün bulunduğu, işletmenin ise, teknik ve iktisadi bir bütün olduğu belirtilmektedir¹⁷. Buradan hareketle, teşebbüsün bağımsız ekonomik birim olduğu; işletmenin ise, doğrudan doğruya

¹⁵ Arıcı, organizasyonun işletmenin varlığı için gerekliliğini vurgulayarak *“İktisadi bir faaliyetin bütünlük taşıyan bir yapısı yani organize yönü yoksa bir işletmeden bahsedilemez.”* şeklinde belirtmiştir. Bkz. Arıcı, s. 9; Battal Ahmet, **Ticari İşletme Hukuku (Ticaret Hukukunun Temel Kavramları)**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007, s. 25.

¹⁶ Canbaz, işletmenin daha dar, teşebbüsün ise daha geniş bir terim olduğunu, buna karşılık, eserinde teşebbüs ile işletme kavramlarını, eş anlamlı olarak kullanacağını ifade etmiştir. Bkz. Canbaz, s. 22; Aynı yönde bkz. Mucuk, **İşletmecilik**, s. 5; Ocak Nazmi, **Rekabet Hukuku'nda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hakim Durumunun Tespiti**, Beta, İstanbul, 2016, s. 18 – 19.

¹⁷ Karayalçın Yaşar, **Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş – Ticari İşletme**, İlaveli 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1960, s. 91; Aynı yönde görüş *“İşletme mal ve hizmetlerin üretildiği iktisadi ve teknik bir ünitedir. Teşebbüs ise, bir veya birden fazla işletmesi olan, onları organize eden, yöneten, finanse eden, koordine eden ve onlara sahip olan bir varlık, bir manevi kişiliktir. Bu anlamda Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. bir teşebbüstür, Malatya Şeker Fabrikası bu teşebbüse bağlı bir işletmedir.”* Bkz. Ertürk, s. 13; Konuya ilişkin olarak Bozer, teşebbüs işletmenin çevre ile olan münasebetini, işletme ise müessesenin iç durumunu açıklar demektedir. Bkz. Bozer Ali, **Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme**, Batider, Cilt I, S. 3, 1962, s. 370.

üretimin gerçekleştirildiği teknik birim olduğu ifade edilmektedir¹⁸. Ayrıca teşebbüs kavramının, işletme kavramına nazaran daha geniş bir kavram olduğu ve geniş bir anlama sahip bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁹. Örneğin, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. birçok işletmesi olan bir teşebbüs iken, buna karşılık Alpullu Şeker Fabrikası ise bir işletmedir²⁰. Bazı yazarlarca²¹, teşebbüsün, sadece kar elde etmek için kurulan ekonomik ve teknik birimler olmadığı, devlet hastaneleri, devlet üretim çiftlikleri vb. kuruluşların kar amacı gütmeyen teşebbüslere örnek verilebileceği, buna göre, her ticari işletmenin bir teşebbüs olduğu, fakat her teşebbüsün bir ticari işletme olmadığı ifade edilmektedir²².

C. İŞLETME VE TEŞEBBÜS KAVRAMLARININ YARATTIĞI TERMİNOLOJİ SORUNU

Öğretide, bazı yazarlarca işletme terimi ile ifade edilen kavramın, gerçekte teşebbüs ile karşılanması gerektiği belirtilmiştir²³. Teşebbüs, işletmenin dışında bir üst kavram değildir. İşletmede olmayıp da teşebbüste olduğu ileri sürülen dış ilişki unsuru, esasen işletme kavramının içinde de yer almaktadır. TTK kapsamında, ticari işletmenin üçüncü kişilerle ilişki kurularak yürütülen bir faaliyeti ve dolayısıyla dış ilişkiyi de kapsadığı söylenebilir²⁴.

¹⁸ Türk Hikmet Sami, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 8 – 10.

¹⁹ Mimaroglu Sait Kemal, **Ticaret Hukuku I. Cilt İşletme Hukuku (Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme)**, Genişletilmiş 3. Baskı, Sevinç Matbaa, Ankara, 1978, s. 84; Kayıhan Şaban/Mustafa Yasan, **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 41 – 42.

²⁰ Mucuk, **İşletmecilik**, s. 5.

²¹ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 14; Domaniç Hayri, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, 1988, s. 118 – 119.

²² Özşahin, teşebbüsten bahsedebilmek için, sadece ekonomik faaliyette bulunmanın önemli ve yeterli olduğunu, buna karşılık, ticari işletmeden bahsedebilmek için, TTK m. 11’de, yer alan unsurların bulunması gerektiğini, bu bakımdan, her teşebbüsün ticari işletme sayılamayacağını ifade etmiştir. Bkz. Özşahin Ahmet Baybars, **Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar**, Yetkin, Ankara, 2018, s. 24.

²³ Öğreti görüşleri için bkz. Birinci Bölüm, I, B. Teşebbüs Kavramı.

²⁴ Arıcı, s. 10 - 11.

Öğretide, teşebbüs terimi ile ifade edilmek istenen kavram, ticaret hukuku bakımından işletmedir. Öğretinin, teşebbüs tanımı ile RKHK’da, yer alan teşebbüs tanımı da tam olarak örtüşmemektedir. Bu da ayrı bir kavram kargaşasına yol açmaktadır.

Türk Ticaret Hukuku’nda birçok kurum, ticari işletme kavramından yola çıkılarak açıklanmış olup, bu kavram temel bir ölçüt olarak kullanılmıştır²⁵. Bu yönüyle, ticari işletme kavramının Ticaret Hukuku’nun uygulama alanının belirlenmesinde önemli bir anahtar rolü üstlendiği söylenebilir²⁶. Başka bir anlatımla, TTK, esas olarak ticari işletme sistemini benimsemiştir²⁷. Ayrıca “ticari işletme” terimi TTK’nın birinci kitabına başlık olma özelliği taşımaktadır²⁸.

Teşebbüs ve işletme terimleri ile ilgili olarak, kanun koyucu işletme terimini, teşebbüs terimine tercih etmiştir. Kanunda benimsenen teknik bir terim mevcut iken, aynı anlama gelmek üzere farklı bir terimin kullanılması isabetli görünmemektedir²⁹.

Sonuç olarak, hem kanun koyucunun benimsediği, hem de öğretilde yaygın olarak kabul edilen işletme terimi, kanaatimizce teşebbüs terimine tercih edilebilecektir³⁰.

²⁵ Örneğin, ticari iş (TTK m. 3,19), ticari hüküm (TTK m. 1), ticari dava (TTK m. 4), tacir (TTK m. 12).

²⁶ Ülgen Hüseyin/Helvaci Mehmet/Kaya Arslan/Nomer Ertan Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış Altıncı Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 141.

²⁷ Acemoğlu Kevork, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, Fakülteler Matbaası, 1971, İstanbul, s.17; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 17; Türk, **Birleşme**, s. 11; Baştuğ/Erdem, s.18; Kayar İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 41; Bilgili/Demirkapı, s. 13; Poroy/Yasaman, s. 36 - 37.

²⁸ TTK md.11’in gerekçesinde “... Çünkü, Ticari İşletme Kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır...” denilmek suretiyle ticari işletmeye de yasal değer kazandırılmıştır. Dinç Mutlu, **Türk Ticaret Kanunu (Gerekçeli – Karşılaştırmalı)**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 127.

²⁹ Arıcı, s. 11.

³⁰ Bu yönde bkz. Acemoğlu, s. 17; Arıcı, s. 11.

II. TİCARİ İŞLETME

A. GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu'nun, ticari işletme ağırlıklı modern sistemi benimsemiş olduğu belirtilmektedir³¹. Ticari işletmenin, TTK'daki yeri ve öneminin anlaşılması bakımında, konuya ilişkin teorilerin incelenmesi uygun görülmüştür.

Ticaret Hukuku'nun, konu ve kapsamının belirlenerek, hangi iş, ilişki ve kişilere uygulanacağı hususu, tarihsel gelişim sürecinde farklılık göstermiştir. Bu farklılık, çeşitli sistemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur³². Bu sistemlerden genel olarak, kabul gören dört sistem bulunmaktadır. Bunlar:

Sübjektif Sistem, tarihsel gelişim açısından bakıldığında, en eski sistem olarak karşımıza çıkmaktadır³³. Bu sisteme göre, Ticaret Hukuku'nun, konu ve kapsamı tacirden hareket edilerek, saptanmaktadır³⁴. Bu bakımdan, Ticaret Hukuku, tacirler hukuku, sınıf hukuku olarak nitelendirilmektedir. 1673 ve 1681 tarihli Fransız Kara ve Deniz Ticareti Emirnameleri ile, 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu bu sistemi kabul eden düzenlemelere örnek verilebilecektir³⁵.

Objektif Sistem, bu sistemin, bir tepki sistemi olduğu söylenebilecektir. Fransa'da ortaya çıkmıştır. 1789 Fransız Devrimi ile insanlar arasında ortaya çıkan tüm ayrımcılıkların ortadan kaldırılması fikrinden doğmuştur. Bu kapsamda, loncalar lağvedilmiş, ticaret yapma hakkının belli bir sınıfa tanınması fikri terk edilerek, Ticaret

³¹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 25.

³² Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 8 vd; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 1 – 2; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 2 – 3; Poroy/Yasaman, s. 3 – 4.

³³ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 9.

³⁴ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 9; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 1; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 3; Poroy/Yasaman, s. 3; Kayıhan Şaban, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin, 5. Baskı, Ankara, 2018, s. 49.

³⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 9; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 1; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 3; Poroy/Yasaman, s. 3 - 4.

Hukuku da, tacirler hukuku olmaktan çıkarılmıştır³⁶. 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'na göre, Ticaret Hukuku tacirlerin değil, ticari işlemlerin hukuku olarak kabul edilmiştir. Böylece, Ticaret Hukuku'nun uygulanması bakımından, tacir kavramı reddedilmiş olup, belirlenmiş olan ticari işlemleri yapan herkese uygulanması kabul edilmiştir³⁷.

Modern Sistem, yirminci yüzyılda ortaya çıkmıştır. Gelişen ekonomik hayatta ticari faaliyetlerin tacir ve ticari iş kavramlarını aştığı belirtilerek, söz konusu faaliyetlerin bir organizasyon içerisinde yürütülen ve çeşitli unsurlardan oluşan ticari işletmeler üzerinden yürütüldüğü ve ticari işletmelerin de, onları işleten tacirlerden daha fazla önem arz ettiği dikkate alınmıştır³⁸. Bu sistemde, Ticaret Hukuku, ticari işletmeyi merkez alarak düzenlenmektedir³⁹.

Karma Sistem, belirtilmiş olan sistemleri belli ölçülerde bağdaştırmaya çalışır⁴⁰. Böylece, Ticaret Hukuku'nun kapsamı belirlenirken, farklı ağırlıkta olmakla birlikte, tacir, ticari iş ve ticari işletme müesseselerini benimseyen sistemlerden ayrı ayrı faydalanır⁴¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlenmesinde ticari işletmenin merkez kavram olarak alındığı, genel olarak kabul edilmektedir⁴². TTK'da, ticari işletmenin

³⁶ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 9; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 1; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 3; Poroy/Yasaman, s. 3 - 4.

³⁷ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 9; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 4; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 2.

³⁸ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 9; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 5.

³⁹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 5.

⁴⁰ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 9.

⁴¹ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 2.

⁴² Karayalçın, s. 103; Acemoğlu, s. 17; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 13; Türk, **Birleşme**, s. 66; Erdem Ercüment, **Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri**, Fransız – Türk Borçlar Hukuku Reformları Konulu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 988; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 17; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 25; Poroy/Yasaman, s. 33 - 34; Bozer Ali/Göle Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 12; Baştuğ/Erdem, s. 22; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 141; İmregün Oğuz, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Filiz, İstanbul, 1995, s. 7; Ansay Tuğrul, **Ticari İşletmenin Sorgulanması**, Rona Serozan'a Armağan Cilt I, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 217; Demirkapı Ertan, **Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi**, Gazi

esas alınarak, düzenleme yapıldığı yani modern sistemin benimsendiği kabul edilmekle birlikte, modern sistemin saf⁴³ bir şekilde diğer sistemlerden etkilenmeden benimsendiğinin söylenemeyeceği, nitekim, sübjektif sistemin temel kavramı olan tacirin, TTK’da tanımının yapıldığı, tacir olmaya önemli sonuçların bağlandığı ve esnaf – tacir ayırımına yer verildiği, ayrıca, objektif sistemin esas aldığı ticari iş/ticari işlem kriterlerinin de yine TTK’da, yer aldığı belirtilmiştir. Bu kapsamda, TTK’nın, saf bir şekilde modern sistemi benimsediği ve düzenlemelerin ticari işletme kavramı merkez alınarak, yapıldığının söylenmesinin doğru olmadığı, modern sistem (ticari işletme) temel alınarak, karma bir sistemi benimsediğinin daha yerinde bir tespit olacağı ifade edilmiştir⁴⁴.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVII, Ankara, 2013, s. 374; Yıldız Şükrü, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sıfatının Kazanılması**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 21; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 12; Kayar İsmail, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 57; Karahan Sami, **Ticari İşletme ve Tacir Kavramları İle İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2 (Özel Sayı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10 -11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu), s. 4; Durman Okay, **İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 26; Şener Oruç Hami, **Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 3; Aydın, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun, tıpkı 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gibi “ticari işletme”yi merkez kavramlardan biri olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Aydın’ın “merkez kavramlardan biri” ifadesinden TTK’nın benimsediği sistem bakımından karma sistemi kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. Aydın Alihan, **6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 9; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, Ticaret Kanunu incelendiğinde, ticari işlerin saptanmasında, sadece ticari işletmenin, esas alınmadığını, nitekim TTK m. 3/1’de, bu Kanunda düzenlenen işler ticari işlerdir ifadesinin yer aldığını, ayrıca, TTK m. 19/1-c.1’de, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır, ve taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğeri için de ticari sayılır (TTK m. 19/2). Hükümlerinden hareketle, ticari hükümlerin uygulanmasında sadece ticari işletme faaliyetinin esas alınmayacağını, böylece, Ticaret Hukuku’nun ticari işleri düzenleyen Hukuk dalı olduğunu ve Türk Ticaret Hukuku’nun da ticari işler hukuku olduğunu (hakim olan öğreti görüşünden farklı olarak) belirtmiştir. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 37.

⁴³ Bahtiyar, tarafından ifade edilmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 11.

⁴⁴ Bahtiyar, **Ticari işletme**, s. 10; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 6; Karahan, **Ticari işletme**, s. 2; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, tarafından da, Ticaret Hukuku’nun, düzenlenmesi bakımından bir sistemin esas alınmasının doğru olmadığı, tüm sistemlerin birbiri ile kesişen yönlerinin bulunduğu, Ticaret Kanunu açısından yapılması gerekenin, konunun, uygulanacak hükümlerin, merkez kavramın ve aktörün saptanması ile, Türk Ticaret Hukuku’nun düzenleme biçiminin ortaya konulması olduğunu belirtmiştir. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 37; Aynı yönde bkz. Dinç Serhan, **Ticaret**

Görüldüğü üzere, ticari işletme TTK'nın önemli ve merkez kavramlarından bir tanesidir⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, ticari işletmenin başlı başına bir kişiliği bulunmamaktadır⁴⁶. İşletme, özel bir malvarlığı oluşturmaksızın⁴⁷, sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin malvarlığı içerisinde yer almaktadır⁴⁸. Bu bakımdan, ticari işletmenin sahibinden söz edildiği zaman, işletmeyi oluşturan çeşitli unsurların her biri üzerinde ayrı ayrı olmak üzere hak sahipliği kastedilmektedir⁴⁹. Böylece, ticari işletmeye özgülenen malvarlığı tacirin malvarlığının bir parçasıdır. Sonuç olarak, ticari işletme, hukuki olarak kişiliği bulunmayan, kendisine özgülenen hak, mal ve faaliyetlerden kaynaklanan hak ve borçlardan oluşan bir bütündür. Bu nedenledir ki, ticari işletmenin hak elde etmesi ve borç altına girmesi mümkün değildir⁵⁰.

eTTK'da, ticari işletme tanımı verilmemiştir. Ticari işletme kavramının genel hatları ile ortaya konulması ile yetinilerek tanımlamadan kaçınılmış olması haklı olarak

Hukuku'nun Düzenlenmesinde Benimsenen Sistemlerin Etkilediği Kanuni Düzenlemeler, İzmir Barosu Dergisi, 2018/2, İzmir, 2018, s. 192 vd.

⁴⁵ TTK'nın gerekçesinde, ticari işletmenin, kanunun, temeli yani merkez kavramı olduğu ifadelerine yer verilmiştir.

⁴⁶ Aynı yönde Demir, ticari işletmenin bir hukuk süjesi olmadığını, bu bakımdan herhangi bir sözleşmeye taraf ve o sözleşme dolayısı ile hak ve borç sahibi olamayacağını, işletmeye ait aktif ve pasif unsurlarının onun muhasebe kişiliğinden kaynaklandığını, işletmenin bir bütün halinde sözleşmeye konu olması bakımından da, işletmenin hukuki obje niteliğinden kaynaklandığını belirtmiştir. Bkz. Demir Koray, **Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXXI, S. 2, İstanbul, 2013, s. 108; Han Işık Aslı, **Türk Borçlar Kanununun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği**, TAAD, yıl 11, S. 38, İstanbul, 2019, s. 157; Kaya Mustafa İsmail/Tatlı Burçak, **Ticaret Hukuku – I**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 38.

⁴⁷ Erkan Coşkunsu, ticari işletmenin malvarlığının gerçek kişi tacirin ticari işletmesine özgülediği, genel malvarlığı için ayrı bir saha oluşturduğunu, buraya özgülenen malvarlığının sınırlarının belirlenebilir olduğunu, kendi içinde ekonomik gelişim imkanına sahip olduğunu bu nedenle özel bir malvarlığı teşkil ettiğini belirtmiştir. Bkz. Erkan Coşkunsu Sümeyye, **Bütününe Etki Eden Hukuki İşlemler Bakımından Ticari İşletmeye Özgülenen Malvarlığı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s. 85 – 86.

⁴⁸ Bahtiyar Mehmet, **Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014, s. 212; Yongalık, ticari işletmenin hem iktisadi hem de hukuki bir bütün olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Yongalık Aynur, **6102 sayılı TTK'da Ticari İşletme – Sigorta Hukuku**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Ankara, 2011, s. 70.

⁴⁹ Sağlam İpek, **Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, S. 1, İstanbul, 2013, s. 131 – 132.

⁵⁰ Sulu Muhammed, **Ticari İşletmenin Bütünlüğü Kavramına Dair Tespitler**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 19, S. 219, İstanbul, 2021, s. 1223.

öğretide eleştirilmiş⁵¹ ve Türk Ticaret Kanunu'nun merkezi⁵² olan bu kavramın tereddüte yer bırakmayacak şekilde tanımlanmasının kanun yapma tekniğinin bir gereği olduğu belirtilmiştir⁵³. Nihayetinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 11/1'de, ticari işletme kavramının tanımı yapılmış ve kavram somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

B. TANIM

6762 sayılı eTTK'da ticari işletmenin tanımı yer almıyordu. Sadece hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağına hükme bağlanması ile yetinilmişti. Ticari işletmeye ilişkin bir diğer yasal düzenleme de, eTTK 28. maddeye dayanılarak çıkarılmış olan TST'de yer alan tanımdı⁵⁴. TTK'dan önce ticari işletmenin tanımı ve yorumlanması, eTTK 11., 12., 13. maddeleri ile TST 14. maddesi birlikte değerlendirilerek yapılmaktaydı. TST'de gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve esnaf faaliyetlerini aşma kriterleri vardı (TST 14/2).

6102 sayılı TTK'nın kabulü ile ticari işletmenin tanımı açık olarak yapılmaya çalışılmıştır. TTK m. 11'de ticari işletme "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*" şeklinde ifade edilmiştir.

Ticari işletmenin tanımı, eski TST'den esinlenilerek ve bağımsızlık unsuru eklenerek yapılmıştır. Ticari işletmenin tanımı, TTK'da düzenlenmiş olduğundan⁵⁵, eTTK'da

⁵¹ Erdem, s. 989.

⁵² Ansay, TTK'da ticari işletmeye ve tacire uygulanacak hükümlerin sayısının azaldığını, böylece ticari işletmenin öneminin de azaldığını, ticari işletme olmadan da ticari hükümlerin uygulandığını belirterek, ticari işletmenin vazgeçilmez taşıyıcı olması görüşünün zayıfladığına vurgu yapmaktadır. Bkz. Ansay, s. 218.

⁵³ Karşı görüşte olan Aydın, ticari işletmenin tanımının yapılmasının uygun olmadığını, tanımlama metoduyla yetinilmesinin kavramı sürekli olarak taze tutacağını savunmuştur. Bkz. Aydın, **Makale**, s. 11.

⁵⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 26.

⁵⁵ Ticari işletmenin tanımı öğretide eleştiri konusu yapılmıştır. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, "... Ticari işletme ... İşletmedir şeklinde bir tanıma yer verilmiş; Böylece bir bilinmeyen başka bir

yer alan ticari işletmenin türlerinin sayıldığı ve/veya açıklandığı eTTK m. 12-13 hükümlerine gereksinim kalmadığı düşünülerek, yeni kanunda yer verilmemiştir⁵⁶.

İşletmenin her şeyden önce, iktisadi bir kavram olduğunu önceki açıklamalarımızda belirttik. Ticari işletme, önce iktisadi – teknik bir kavramdır; sonra hukuki bir kavramdır⁵⁷. Bu sebeple, işletme ile ekonomi bilimi de yakından ilgilidir. Ekonomi bilimi açısından yapılmış olan işletme tanımı⁵⁸ ile ticaret hukuku bakımından yapılmış olan ticari işletme tanımı birbirine uymamaktadır⁵⁹. Çünkü ekonomik anlamdaki her işletme, aynı zamanda bir ticari işletme değildir. Ancak her ticari işletme, bir işletmedir⁶⁰. Dolayısıyla işletme kavramı, ticari işletmeyi de içine alan daha geniş bir kavramdır⁶¹.

bilinmeyenle, hatta bizzat kendisiyle tanımlanması hatasına düşülmüştür” demek sureti ile metni eleştirmiştir. Bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 145; Aynı yönde bkz. Aydın, s. 12.

⁵⁶ TBMM – Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sayısı: 96, s. 75 - 77 kanunun gerekçesinde “...ticari işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticari işletmenin – biraz da eskimiş – görünüş şekilleridir; başlıca türleri değildir. Ayrıca anılan türler, bilgi toplumunun hizmet kavramı ile bilişime hatta iletişime de yabancıdır; perakende ve toptan ticaretin eskimiş yüzünü taşımaktadır. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açacak, ticari işletmenin bu üç birime özgü olduğu zannını uyandıracak niteliktedir. Öte yandan, ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü, 6762 sayılı Kanunun 12. maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan (müesseseler’in) , ticari işletmenin tanım unsurlarını taşımasalar bile kanunen ticari işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanunun 13. maddesindeki “ticari şekilde işletilen diğer müesseseler” ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka “diğer müesseseler” ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanunun 13. maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanunun 12. maddesinde düzenlenen ticarethane ile fabrikanın “müessese” olduğu izlenimini vermektedir. Oysa, her iki birim “müessese” değil “ticari işletme” dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticari işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanunun 50 yılı aşan uygulamasında ticarethaneye, fabrikaya ve bu tür müesseseye ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır. Nihayet, “ticarethane” sözcüğü dar ve eski bir terim olarak 19. yüzyılda kalmış bir ticaret anlayışını yansıtmaktadır. Başka bir söyleyişle, günümüzde “ticaret” sözcüğü “mal alışverişi” anlamını çok geride bırakan, hizmet, iletişim ve bilişimi de içeren yeni bir boyut ve içerik kazanmıştır. Nitekim “e-ticaret” kavramı da bu yeni anlamın en çarpıcı örneğidir. Fakat ticarethane mal ticaretini ifade ettiği için hizmet sunan, iletişim ve bilişimi kendisine konu alan işletmeleri kapsamıyordu. Fabrika ise ticari işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun 12. ve 13. maddeleri tasariya alınmayarak ticari işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir.”

⁵⁷ Acemoğlu, s. 16.

⁵⁸ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I. A. İşletmenin Hukuki Niteliği.

⁵⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 17; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 45; Demirkapı, s. 374.

⁶⁰ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 27; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 17 – 18; Durman, s. 30.

⁶¹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18; Demirkapı, s. 375.

C. UNSURLAR

Ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ayrıca bu faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütülmesi gerekir. Şu halde, bir ticari işletmenin söz konusu olabilmesi için, kanun metninde açıkça belirtilmiş olan unsurların bir arada olması gerekmektedir. Bunlar sırasıyla;

- Etnaf işletmesini aşan düzeyde gelir elde etmeyi hedef tutma
- Devamlılık
- Bağımsızlık

Bu unsurların bir araya gelmesiyle ticari işletme niteliği kendiliğinden kazanılır. Herhangi birinin kaybedilmesi ile de kendiliğinden kaybedilir. Ticari işletme niteliğinin kazanılması ve kaybedilmesi için başkaca şekli bir işlemde bulunulmasına gerek yoktur⁶². Bunlara ek olarak, aleniyet unsurunun aranması gerektiği bazı yazarlarca belirtilmiştir⁶³. Ayrıca, organizasyon (örgüt) unsurunun ticari işletmenin varlığı için aranması gerekli olan bir diğer unsur olduğu, bazı yazarlarca ortaya konulmuştur⁶⁴. Aşağıda bahse konu üç unsur⁶⁵ sırasıyla incelenmiştir.

⁶² Karahan, **Ticari İşletme**, s. 15; Şener, **Ticari İşletme**, s. 7; Demirkapı, s. 387; Ayhan Rıza/Özdamar Mehmet/Çağlar Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Yetkin, Ankara, 2015, s. 117 – 118.

⁶³ Karayalçın, s. 95; Baştuğ/Erdem, s. 20; Durman, s. 39 – 40.

⁶⁴ Baştuğ/Erdem, s. 20; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 8; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4; Karşı görüş olarak Demirkapı, ticari işletmedeki organizasyonun onu diğer işletmelerden ayıran bir unsur olmadığını, organizasyonun genel olarak tüm iktisadi işletmeler bakımından bir özellik olduğunu, böylece organizasyon özelliğinin ticari işletmeyi nitelendiren özellikler arasında kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 381.

⁶⁵ TTK’da yer alan ticari işletme tanımındaki unsurlar, bazı yazarlarca farklı sınıflandırılmış olup esnaf faaliyeti sınırını aşma ve gelir sağlamayı hedefleme iki ayrı unsur olarak ele alınmıştır. Bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 14 -15; Demirkapı, s. 378; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 148.

1. Esnaf İşletmesini Aşan Düzeyde Gelir Elde Etmeyi Hedef Tutma

a. Gelir Sağlama Amacının Varlığı

Ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için, gelir⁶⁶ elde etme amacının ve hedefinin bulunması şarttır⁶⁷. TTK m. 11/1’de, bu unsura vurgu yapılmış ve gelir sağlamayı hedeflememiş olan faaliyetlerin ticari işletme sayılamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır⁶⁸. Burada gelir sağlamayı hedeflemekten kastedilen, işletmenin fiilen kar elde etmesi değildir. Sadece gelir elde etmek amacının varlığı yeterlidir. Başka bir ifade ile bu amacın teorik olarak varlığı yeterli olup, fiilen sürekli olarak kar elde edilmesi şartı aranmaz⁶⁹.

⁶⁶ Kayar, gelir elde etme amacı için, “İktisadi faaliyet, gelir sağlamayı hedeflemek, kar amacı gütmek gibi kavramlar da kullanılmaktadır. İktisadi faaliyet çok genel bir kavramdır. Gelir sağlamak ise mutlaka kazanç sağlamak sonucunu içermez; kar amacı gütmeyen kuruluşların da geliri ve gelir sağlama hedefi olabilir. Kar ise özel bir kavramdır; ticari işletme bir muhasebe kavramı olarak kar etmeden de kazanç sağlayabilir. Bu bakımdan biz kazanç sağlama hedefinin ticari işletmenin niteliğine daha uygun olduğunu düşünüyoruz.” görüşündedir. Bkz. Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 58 - 59.

⁶⁷ Poroy/Yasaman, s. 38; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18; Bilgili/Demirkapı, s. 14; Mimaroglu, s. 190; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 43; Battal, s. 27; Önen, s. 11; Demirkapı, s. 387; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 8; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 118; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 58; Şener, **Ticari İşletme**, s. 5; Durman, s. 34.

⁶⁸ Gelir, gerçek ya da tüzel kişilerin, üretimden tüketime kadar geçen ekonomik süreç içerisinde üretim faktörleri ile ekonomiye katılmaları sonucu elde edilen ya da üretim faktörleri kullanılmaksızın çeşitli nedenlerle ekonomik gücünde meydana gelen artışların para ile ifade edilen kıymetler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Bayraklı Hüseyin, **Gelir Vergisi Kanunu’nda Gelir Kavramı ve Sapmalar**, Mevzuat Dergisi, Yıl 3, S. 36, 2000, s. 2; Rakıcı/Aktuğ, gelirin nakdi gelir ve nakdi olmayan gelir olarak iki ana kısma ayrıldığını ifade etmiştir. Bkz. Rakıcı Cemil/Aktuğ Muhammet, **Gelir Kavramına Yönelik Farklı Görüşler ve Türk Vergi Sisteminin Gelire Yaklaşımı**, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 20, S. 4, Bolu, 2020, s. 880; Kar, yatırılan miktardan arta kalan değer olarak tanımlanmaktadır. İşletmelerin, dönem içinde ortaya çıkan kazançlarının ne kadarlık kısmının dağıtılabilir olduğunu ortaya koyan bir kavram olduğu, ayrıca karın, bir işletmenin, performansının değerlendirilmesi, kredibilitesinin saptanması, verimliliğinin ölçülmesi ve kar dağıtım politikasının kararlaştırılması, vergilendirme, hisse senedi fiyatlarının belirlenmesi gibi çok çeşitli konunun değerlendirilmesinde dikkate alınan bir gösterge olduğu belirtilmektedir. Bkz. Akdoğan Nalan/Sultanoğlu Banu, **Kar Tanımının Muhasebe Kuramındaki Gelişimi ve Günümüzde Finansal Raporlardaki Sunumunun Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, Cilt 20, Özel Sayı, 2018, s. 642 – 643; Aynı yönde bkz. Parasız İlker/Ekren Nazım/Tuna Yusuf, **İktisat**, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2013, s. 120; Hasılat, satış, faiz, temettü, komisyon gibi işletmenin olağan faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan gelirler şeklinde tanımlanmıştır. Ciro ise, bir ticari işletmenin, belirli zaman dilimi içerisinde elde ettiği kazançtan, gider kalemlerinin düşülmediği halini ifade ettiği belirtilmiştir. Bkz. Çalış Yıldırım Ercan/Hişman Burcu, **Hasılatın TFRS 15 Müşteri Sözleşmelerinde Hasılat Standardı, BOBİ FRS Bölüm 5 ve Vergi Kanunlarına Göre Karşılaştırmalı İncelenmesi**, İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi, Cilt 11, S. 4, İstanbul, 2019, s. 359.

⁶⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18; Acemoğlu, s. 18; Karayalçın, s. 93; Mimaroglu, s. 190; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 149; Arıcı, s. 20 – 21; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 27; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 15; Poroy/Yasaman, s. 38; Bilgili/Demirkapı, s. 14; Baştuğ/Erdem, s. 19; Kayar, **Ticaret**

TTK m. 11/1’de, belirtilmiş olan gelir, gerçekleştirilen faaliyetin sonucunda elde edilen gayrisafi hasıla/ciro anlamına gelir. Bu sebeple, maliyetler, vergiler ve diğer giderlerden sonra ortada net bir gelirin/karın kalıp kalmaması önemli değildir. Örneğin, sektöre yeni girmiş bir işletmenin piyasada tutunmak amacı ile piyasa değerinin altında satışlar yapması ve bu yolla zarar etmesi işletme niteliğini kazanmasına engel teşkil etmeyecek olup, işletme niteliğinin kaybına da neden olmayacaktır⁷⁰.

Gelir sağlamak amacı ile kurulmayan, doğrudan hayır amaçlı işletmeler örneğin, ihtiyaç sahibi ailelere belli dönemlerde bedava yemek dağıtmak üzere kurulmuş bir aşevi, ticari işletme değildir⁷¹. Çünkü bunların gelir sağlama amacı bulunmamaktadır.

Baştan gelir sağlamak amacı ile kurulmamış, ancak yapılan faaliyetin sonucunda bir gelir elde edilmiş ise, bu durumda da bir ticari işletmenin varlığından söz edilemeyecektir⁷².

İşletmenin niteliğini etkilemeyen bir diğer husus da, elde edilen gelirin sarf edilme şekli ve yeridir⁷³. Sağlanan gelir, kişisel ihtiyaçların tatmini için veya gelir sağlamak amacı ile sermaye olarak işletmeye konulmak sureti ile kullanılabilir. Ayrıca, gelirin kamuya faydalı amaçlar için kullanılmasında dahi işletmeden söz edilebilir⁷⁴. Örneğin, fakir

İşletme, s. 58; Kayıhan/Yasan, s. 45; Önen, s. 12; İmregün Oğuz, **Ticaret Hukuku Kavramı ve Ticari İşletme**, 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 1999, s. 4; Demirkapı, s. 388; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 8; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 118; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 58; Şener, **Ticari İşletme**, s. 6.

⁷⁰ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 149; Karayalçın, s. 93.

⁷¹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18; Arkan, **Ticari işletme**, s. 27; Battal, s. 27; Poroy/Yasaman, s. 38; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 149; Arıcı, s. 18; Kayıhan/Yasan, s. 45; Önen, s. 12; Demirkapı, s. 389.

⁷² Karahan, **Ticari İşletme**, s. 16; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 149; Baştuğ/Erdem, s. 19; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 43; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 9; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 58.

⁷³ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Karayalçın, s. 93; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 59; Demirkapı, s. 389; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 15; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 8; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 59; Durman, s. 35.

⁷⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 27; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 44; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 59.

çocukları okutmak amaçlı bir dernek, lüks bir lokanta işletip, gelirini de bu çocukların eğitim giderlerine harcar ise, burada da yine ticari işletmenin varlığından söz edilir⁷⁵.

Öğretide fikir birliği olmamakla birlikte, gelir sağlama amacının geniş yorumlanması, yani pasifin artmasının engellenmesinin de bu amacı gerçekleştirmek için yeterli olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Başka bir anlatımla, aktif malvarlığındaki artış kadar pasifteki artmanın engellenmesi de, gelir sağlama amacının bulunduğu kabulü bakımından yeterlidir. Örnek olarak, üyelerinin çeşitli ihtiyaçlarını daha ucuza temin etmelerini amaçlayan tüketim kooperatiflerine ait işletmelerin faaliyetleri gösterilebilir⁷⁷. Ticari işletmeler bakımından, para dışında muhasebeleştirilen her türlü menfaatin de gelir olarak, nitelendirilebileceği ifade edilmektedir⁷⁸. Ticari işletmenin sahibi olan tacir bakımından, pasifinin artmaması da bir menfaat teşkil edeceğinden, malvarlığında meydana gelebilecek azalmaları engelleyen faaliyetlerin de, gelir sağlama hedefi kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

b. Gelir Düzeyine Göre Esnaf İşletmesi - Ticari İşletme Ayrımı

Günlük konuşma dilinde, esnaf veya tacir terimlerinin, ayırım gözetilmeksizin her türlü işletme için gelişigüzel kullanıldığı görülmektedir. Ancak gerek TTK, gerek VUK'da esnaf ve tacirin ayrımı açıkça yapılmaya çalışılmıştır.

TTK'da, ticari işletme tanımlanırken, esnaf işletmesi için öngörölmüş olan gelir düzeyinin aşılması denilmiştir. Bu nedenle, TTK m. 11/1 bakımından, ticari işletme için elde edilen gelirin, esnaf işletmesine göre daha kapsamlı olması gerekmektedir.

⁷⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18- 19.

⁷⁶ Karayalçın, s. 93; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 28; Battal, s. 28; Arıcı, s. 18; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 43; Önen, s.11; Demirkapı, s. 390; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 118; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 58; Durman, s. 35; Karşı görüş için bkz. Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 8.

⁷⁷Karayalçın, s. 93; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 28; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Demirkapı, s. 390; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 118; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 58.

⁷⁸ Aker Halit, **Ticari İşletme Kirası**, Yetkin, Ankara, 2012, s. 45.

Ticari işletme ile esnaf işletmesini birbirinden ayıran unsurlar bakımından, bu unsur, temel nitelik taşımaktadır⁷⁹.

Bu unsur, diğer unsurlar ile karşılaştırıldığında, esnaf işletmesi sınırlarını aşma daha somut bir özellik göstermektedir⁸⁰. Zira diğer unsurlar, tam bir belirleyiciliğe sahip değildir. Çünkü diğer unsurlar, genel olarak tüm işletmelerde mevcuttur.

Esnaf işletmesi kavramı, ticari işletmenin tanımında karşımıza çıkmaktadır. TTK m. 11’de, ticari işletmenin tanımı yapılırken “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde” denilmek suretiyle esnaf işletmesi kavramı TTK’da yer almıştır. Ancak Kanunda, esnaf işletmesinin açıkça bir tanımı bulunmamaktadır. TTK m. 15’te, esnafın tanımı yapılmıştır. Buna göre, “İster gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan⁸¹ ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır...⁸²”. Konuya ilişkin bir diğer düzenleme de, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanun’unda bulunmaktadır. Kanun’un 3/a maddesinde, esnaf ve

⁷⁹Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 28; Arıcı, s. 19; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 152; Şener, **Ticari İşletme**, s. 5; Demirkapı, s. 398.

⁸⁰ Demirkapı, s. 397.

⁸¹ Karahan, Esnaf tanımındaki sermaye/bedeni çalışma hususuna dikkat çekmiştir. 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu’nun 3/a maddesi ile 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında “*Ekonomik faaliyetin sermaye ile birlikte bedeni çalışmaya dayanması*” hususu aranılmıştır. Kanun koyucu TTK m. 15 ile tekrar sermaye/bedeni çalışma karşılaştırmasının arandığı kritere dönüş yapmıştır. Bu nedenle, esnaf kavramı belirlenirken, bedeni çalışma/sermaye dengesinin hesabında 5362 sayılı Kanuna değil yeni hükümlere itibar edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 18.

⁸² Ticari işletme ve esnaf işletmesi tanımları ile ilgili olarak Bahtiyar, tanımların esnaf – tacir ayrımını kesin olarak yapmaya elverişli olmadığını, ayırım yapabilmek için net bir ölçüte gereksinim olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Karahan, TTK’nın ticari işletme kavramını net bir şekilde düzenleyemediğini, TTK 11 ila TTK 15. maddeler arasında bir uyum sağlanamadığını belirtmiştir. Ayrıca “*Tacir sıfatının tespitinde Kararnamede gösterilecek gelirin elde edilmesini hedeflemeyi yeterli gören Ticaret Kanunu’nun karşıt kavram olan esnafı belirlerken bu defa Kararnamede gösterilen gelirin aşılmasını fiilen araması anlamsız ve yanıltıcıdır. Bu düzenleme, fiili gelir miktarının tespitinin yapılacağı ana kadar işletme sahibinin statüsünü belirsiz hale getirecek niteliktedir.*” eleştirisinde bulunmuştur. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 18 – 20; Bilgili/Demirkapı, kanunda yer alan açıklamanın esnafı tacirden ayırmaya yarayan bir ölçüt niteliğinde olmadığını kanaatindedir. Bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 16 – 17.

sanatkarın tanımı yapılmıştır. Ancak tüm bu hükümlere rağmen ayrımın net bir biçimde yapılamayacağını gören kanun koyucu tarafından, TTK m. 11/2 maddesinde Bakanlar Kurulu'na (yeni hükümet sistemine geçilmesiyle Cumhurbaşkanı'na)^{83,84} ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın bir kararname ile gösterilmesi hususunda yetki verilmiştir. Buna göre, kararname ile belirlenecek olan miktarın üstünde gelir elde eden işletmeler, ticari işletme; altında gelir elde edenler ise, esnaf işletmesi sayılacaktır⁸⁵. TTK çerçevesinde, Cumhurbaşkanlığı tarafından henüz böyle bir kararname çıkarılmamıştır⁸⁶. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, esnaf işletmesinin tanımını vermemiş buna karşılık, esnafın tanımı yapılmak sureti ile esnaf ve esnaf işletmesi arasında bağ kurulma yoluna gidilmiştir. Buradan hareketle esnafın işlettiği işletme, esnaf işletmesi olacaktır sonucuna varılmaktadır.

eTTK döneminde esnafın belirlenmesinde esas alınmak üzere, yıllık gayrisafi gelir miktarını kararname ile saptama yetkisi veren madde 1463/II'ye⁸⁷ dayanılarak, 25.01.1986 tarih, 86/10313 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile esnaf ve küçük sanatkar ile tacir ve sanayici ayrımına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bahse konu

⁸³ Anayasada 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' ile yapılan değişiklikle Parlamenter sistem terk edilerek Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir. Bkz. RG. 11.02.2017; S. 29976.

⁸⁴ Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkarılarak 'Bakanlar Kurulunca' ibaresi yerine 'Cumhurbaşkanlığınca' ibaresinin kullanılacağı ifade edilmiştir. Bkz. RG. 07.07.2018; S. 30471.

⁸⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19 – 20.

⁸⁶ Demirkapı, yürürlükte olan kararnamede yaşanan belirsizliklerin yaşanmaması için; 5362 sayılı Kanun ile TTK hükümleri için tek bir kararname çıkarılmaması gerektiğini, bu kararnamenin hazırlanması işinin sadece maliye yetkililerine bırakılmamasının uygun olacağını, kararname çıkarılması için verilen yetkide yalnızca limit belirlenmesi hususu belirtilmiştir. Bu sebeple, yeni çıkarılacak olan kararnamede meslek kollarına dahil olma ve vergilendirme esaslarına yapılan atıfların yer almamasının uygun olacağını belirtmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 436.

⁸⁷ TTK m. 1463/2 hükmü ile bir karine getirilmiş olduğu, bu bakımdan elde edilen gelirin kararname ile belirlenmiş olan limitlerin altında olması halinde kazancı elde edenin esnaf sayılacağı varsayılmaktadır. Buradan hareketle, belirlenmiş olan limitlerin üzerinde gelir elde edenlerin ticari faaliyetinin sermayeden çok bedeni çalışmaya dayandığı ileri sürülemeyecektir. Bununla birlikte TTK'nın Cumhurbaşkanlığı'na yetki veren hükmüne bakıldığında böyle bir karinenin öngörülmediği anlaşılmaktadır.

kararname, 2007 yılında 2007/12362 sayı ile yenilenmiş⁸⁸ olup, bu yolla 86/10313 sayılı kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesinde, "*Türk Ticaret Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir. Daha öncede belirttiğimiz üzere, TTK m. 11/2'de, öngörülmüş olan Cumhurbaşkanlığı Kararı henüz çıkarılmamıştır. O halde, eTTK döneminde çıkarılmış olan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasına devam edilecektir.

Belirtilmiş olan mevzuat hükümlerine göre, işletmenin, esnaf faaliyeti düzeyini aşp aşmadığını tespit edebilmek için, öncelikle, ilgili faaliyetin Esnaf ve Küçük Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nca belirlenen esnaf ve küçük sanatkar kollarından birine girip girmediğine bakılması gerekir⁸⁹.

Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği meslek kollarına⁹⁰ dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını

⁸⁸ RG. 21.07.2007; S. 26589.

⁸⁹ 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu (RG. 21.06.2005; S. 25852) m. 63 hükmü dolayısıyla kurulmuş olan Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nun 2 No'lu kararında esnaf ve sanatkar meslek kolları liste halinde belirtilmiştir. (RG. 21.05.2016; S. 29718) Bu kararın yayınlanması ile 13.06.2007 tarihli ve 26551 sayılı RG. de yayınlanan 1 No'lu Koordinasyon Kurulu Kararı yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹⁰Demirkapı, esnaf sayılma bakımından ön şart olarak Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit ettiği esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olma hususunun TTK düzenlemesine uygun olmadığını, Kurulca tespit edilmiş olan meslek kollarının esnaflara ilişkin bulunmayan aksine ticari işletme niteliği olan ve tacirler tarafından yerine getirilecek mesleklerin listede yer alması dolayısı ile düzenlemeyi eleştirmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 410.

aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri, Bakanlar Kurulu'nca hükme bağlanmıştır.

VUK m. 177'deki parasal limitler, enflasyon sebebi ile hemen hemen her yılın sonunda Maliye Bakanlığı'nca yeniden belirlenerek, Resmi Gazetede yayınlanmaktadır. 01.01.2021 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere belirlenen rakamlara göre; maddenin birinci bendindeki yıllık alış tutarı 400.000 TL, satış tutarı 570.000 TL, ikinci bendinde yıllık gayri safi satış iş hasılatı 200.000 TL ve üçüncü bendindeki miktar ise 400.000 TL olarak belirlenmiştir⁹¹.

Belirtilen düzenlemeler uyarınca, esnaf sayılabilmek için, Koordinasyon Kurulunca, Resmi Gazetede ilan edilmiş olan⁹², esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olmak temel şarttır⁹³. Gelir vergisinden muaf⁹⁴ olanlar ile basit usulde vergilendirilenler, başka hiçbir koşul aranmaksızın esnaf sayılacaktır⁹⁵. İşletme hesabına göre defter tutanlar ise, yapılan ekonomik faaliyetin sermaye ile birlikte bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığı ve elde edilen gelirin ancak geçinmeyi sağlayacak derecede az olup olmadığı konuları üzerinde durulacak ve bu hususun tespit edilebilmesi için de yürütülen faaliyetin sonuçlarının, Vergi Usul Kanunu'nun 177/I. maddesinin (1) ve (3) numaralı bentlerindeki limitlerin yarısını ya da yerine göre ikinci bentteki limitin tamamını aşıp aşmadığına bakılacaktır. Gösterilen limitleri aşan kişiler, tacir ve bu kişilere ait işletmeler de ticari işletme sayılacaktır⁹⁶. Yapılan açıklamalar ışığında,

⁹¹RG. 21.12.2021; S. 31696.

⁹² RG. 13.02.20169; S. 30685 meslek kolları liste halinde sıralanmıştır.

⁹³ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 21; Demirkapı, meslek kollarına dahil olma şartının, TTK anlamında esnafın belirlenmesi bakımından uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir. Bkz. Demirkapı, s. 411.

⁹⁴ Gelir vergisinden muaf olanlar için bkz. Gelir Vergisi Kanunu 9. maddede 9 bent halinde sayım yapılmış ve 9. bentte genel torba hüküm olarak düzenlenmiştir.

⁹⁵ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 29.

⁹⁶ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 29.

esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki farklılığın meslek kolu ayırımına dayanmadığı, Karar ile belirtilmiş olan meslek grupları içerisinde yer alan ve işletme defterine tabi bir faaliyetin, gelir durumuna göre ticari işletme sayılabileceği açıktır⁹⁷.

Bununla birlikte, Kararda belirlenen meslek kollarına dahil olmayan her faaliyet de, ticari işletmenin var olduğunu göstermez. Bazı faaliyetler, ister tek başına, ister belli bir organizasyon içerisinde yapılsın, kanun gereği, ticari işletme faaliyeti sayılmazlar. Örneğin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca, bir avukat belli ücret karşılığında başka avukatları istihdam etse dahi, ticari faaliyette bulunuyor sayılmaz⁹⁸. Yine bunun gibi bilimsel ve kültürel nitelik gösteren mimarlık, mali müşavirlik, doktorluk gibi serbest meslek faaliyetlerinin, esnaf – tacir ayırımından bağımsız olarak bir iş kolu oluşturduğu kabul edilmektedir⁹⁹. Ancak burada belirtmek gerekir ki, bu tür serbest meslek grup faaliyetlerinin, örneğin birkaç doktorun bir araya gelerek bir hastane açması durumunda olduğu gibi, bir ticari işletme çatısı altında icrası halinde, ticari işletmenin varlığından söz edilebilecektir¹⁰⁰.

2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 1/a bendinin ikinci paragrafında ayrıca, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların, kendileri istemedikçe, ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması¹⁰¹, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise,

⁹⁷ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 21.

⁹⁸ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 19.

⁹⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 21; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 157.

¹⁰⁰ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 21; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 19; Demirkapı, s. 377.

¹⁰¹ Hüküm uyarınca, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayrisafi iş hasılatı belirlenen hadleri aşan kişilerin işletmeleri esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olmaya devam edecektir. Bu yolla tacir sıfatını hak etmiş kişinin işletmesi esnaf ve sanatkâr siciline kalmaya devam edecektir. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 30.

kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle, ticaret siciline aktarılması hususu düzenlenmiştir. Burada, işletmeye, sicil ücreti, oda aidatı gibi mali külfetlerden belli ölçüde kaçınma imkanı tanınmıştır.

Bahse konu Karar, öğretide çeşitli yönleri ile eleştiri konusu yapılmıştır. Örneğin, Karar ile VUK hükümleri arasında bir uyum mevcut değildir¹⁰². Şöyle ki, VUK'un 177/I. maddesinin 2. bendindeki limitin tamamını aşmadığı için Karara göre esnaf sayılan kişi, VUK'un defter tutmaya ilişkin hükümleri açısından ikinci sınıf tacir sayılabilmektedir¹⁰³ (VUK m. 178/I,1).

Öğretide eleştirilen¹⁰⁴ bir diğer husus da, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununda yer alan esnaf ve sanatkar tanımıdır. Kanunda tanım şu şekilde yer almaktadır. *“İster gezici ister sabit bir mekanda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler.”* Görüldüğü üzere, tanımda, TTK m. 15'ten farklı olarak, bedeni çalışmanın sermayeye oranla fazla olması şartı aranmamıştır¹⁰⁵. Bunun yerine, ekonomik faaliyetin, sermaye ile birlikte

¹⁰² Bozer/Göle, VUK ile TTK arasındaki uyumsuzluğu dile getiren *“Vergi politikaları ve Kanunları ile Türk Ticaret Kanununun bazı maddelerinde uyum problemleri yer almaktadır. Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi oranlarının Türk Ticaret Kanununu desteklemesi için işletme ölçeğinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.”* şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bkz. Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 11; Pamukçu Ayşe/Türkoğlu Ferah/Eroğlu Zeynep, **Yeni Türk Ticaret Kanununun Ticari İşletme, Birleşme, Bölünme ve Denetime İlişkin Düzenlemelerinin Vergi Hukukuna Etkileri**, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat, İstanbul, 2013, s. 803.

¹⁰³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 160.

¹⁰⁴ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 22; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 30.

¹⁰⁵ Bilgili/Demirkapı, kanunda yer alan bedensel faaliyetin sermayeye göre ağırlıkta olmasına ilişkin düzenlemenin eski ve uygulanamaz nitelikte olduğunu, bunun yerine gelirin düşüklüğü üzerinde durulması gerektiğini ve esnaf faaliyetinin belirlenmesinde bedeni çalışma şartının kanun içi boşluk olarak değerlendirilmesi ve uygulanmaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 16; Oğuzman/Barlas, kanun boşluğu ile ilgili olarak, *“hükümde öngörülen çözüm, tatminkar sayılmıyor,*

bedeni çalışmaya dayandırılması yeterli görülmüştür. Ayrıca, ESMKK m. 3/a'daki tanımda, esnafın kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olması hususu öngörülmüş olup, bu yolla eTTK m. 17'deki belirsiz ifade bir kez daha tekrar edilmiştir¹⁰⁶.

c. Mevcut Düzenlemelerin Esnaf İşletmesi ve Ticari İşletme Ayırımında Uygulama Alanı

Esnaf işletmesi ve ticari işletme ayırımında kullanılmak üzere çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar TTK m. 11/1 esnaf işletmesi, ticari işletme tanımında yer almıştır. TTK m. 15'te esnafın tanımı yapılmış ve esnaf ile esnaf işletmesi arasında bağ kurulmaya çalışılmıştır. Konuya ilişkin bir diğer düzenleme de, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununda bulunmaktadır. Kanunun 3/a maddesinde, esnaf ve sanatkarın tanımı yapılmıştır. Ayrıca TTK m. 11/2 maddesinde Bakanlar Kurulu'na (yeni hükümet sistemine geçilmesiyle Cumhurbaşkanına) ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın bir kararname ile gösterilmesi hususunda yetki verilmiştir. Görüldüğü üzere, ticari işletme ve esnaf işletmesi kavramlarını ayırt etme hususunda kullanılmak üzere çeşitli argümanlar bulunmaktadır. Konunun anlaşılması ve birbirleri ile olan ilişkinin ortaya konulması amacıyla incelenmeleri kanaatimizce uygun görülmüştür.

*beğenilmiyor ve ihtiyaçlara uygun görülüyorsa, buna gerçek olmayan boşluk adının verildiğini, ancak, ortada bir kanun boşluğu bulunmadığı halde, mevcut hükmün getirdiği çözümün tatmin edici olmaması halinin, kanun boşluğu olarak adlandırılmasının uygun olmadığını ve bunun kavram karışıklığına sebep olduğunu” belirtmişlerdir. Devamla, bu durumun, kanun boşluğu oluşturmadığını, burada kanun boşluğu değil, kanunun sakatlığı veya yetersizliğinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedirler. Bunun pratik sonucu ise, tatmin edici olmayan hükmü değiştirmenin hakimın görevi olmadığı (hakkın kötüye kullanılması sonucu doğuran uygulamalar hariç), kanun koyucunun görevi olduğudur. Bkz. Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar**, Vedat, 23. Bası, İstanbul, 2017, s. 105 – 106; Oğuzman/Barlas'ın kanun boşluğuna bakışı ışığında, bedensel faaliyetin sermayeye göre ağırlıkta olmasına ilişkin düzenlemede, bir kanun boşluğu bulunmadığını, ayrıca tacir ve esnaf ayırımında, bedensel faaliyet kriterinin önemli olduğunu düşünmekteyiz. Bu bakımdan, Bilgili/Demirkapı'nın görüşlerini paylaşıyoruz.*

¹⁰⁶ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 22.

**aa. TTK m. 11/1 ve TTK m. 11/2 Uyarınca Çıkarılacak Olan
Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Öncesindeki Bakanlar Kurulu
Kararları**

1957 tarihli eTTK döneminde, esnafın gelir sınırını belirlemek amacıyla, 1986 ve 2007 yıllarında olmak üzere, iki farklı Bakanlar Kurulu Kararı çıkarılmıştı. TTK m. 11/2 uyarınca, çıkarılması beklenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi henüz çıkmamıştır. TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun¹⁰⁷ 10. maddesinde, “*Türk Ticaret Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu dönemde de, 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasına devam edilecektir.

Esnaf gelir limitlerini belirlemek üzere 1986 yılında çıkarılmış olan 86/10313 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, mülga kanun 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu bakımından esnaf sınırını düzenlemekteydi. Buna karşılık, 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı daha kapsamlı bir düzenleme getirmektedir. Öncelikle kimin esnaf olarak kabul edilmesi gerektiği ve bunun sonucunda da hangi şartlarda esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri hususları düzenlenmiştir. Ardından ticari alım ve satım şartlarının değişmesi halinde, hangi sicile, ne şekilde kayıt olunacağı hüküm altına alınmıştır. Son olarak, kimlerin tacir ve sanayici sayılacağı ve bu nedenle Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kaydedilmeleri hususu hüküm altına alınmıştır.

¹⁰⁷Kendigelen, TTK, s. 467.

bb. TTK, 5362 Sayılı Kanun ve 2007/12362 Sayılı Karar Bakımından Esnaf İşletmesi – Ticari İşletme Ayrımının Değerlendirilmesi

Ticari işletme ve esnaf işletmesinin ayrımının yapılabilmesine imkan sağlayan temel düzenlemeler, Türk Ticaret Kanunu ve Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunudur. Bununla birlikte, tacir ve esnaf meslek grupları için bunların örgütlerine ilişkin düzenlemelerden de faydalanılabileceği belirtilmektedir¹⁰⁸. Her üç düzenleme bakımından, esnaf ve tacirin ayrımı için, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca hazırlanacak olan esnaf ve sanatkar meslek kollarına girilip girilmediğine, faaliyetin sermaye ile birlikte bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığına ve son olarak kazancın oranına bakılması gerekecektir.

aaa. Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca Hazırlanmış Olan Esnaf ve Sanatkar Meslek Kollarına Girilip Girilmemesi Bakımından

5362 sayılı Kanun ve 2007/12362 sayılı Kararda esnaf ve tacir ayrımına ilişkin olarak, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca hazırlanacak olan esnaf ve sanatkar meslek kolları, listesine bakılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Listede yer alan iş kolları esnaf olarak nitelendirilmektedir. Meslek kolları listesine bakıldığında, TTK bakımından, daha çok ticari işletmelerin işgal konusu olan bazı meslek kollarının da listede yer aldığı görülmektedir¹⁰⁹. Bunlara örnek olarak, akaryakıt ve LPG satıcılığı, kuyumculuk, beyaz eşya imal ve satışı gösterilebilir.

¹⁰⁸ Demirkapı, tacir ve esnaf ayrımında TTK ve diğer kanunların yetersiz kaldığı durumlarda tacir ve esnaf örgütlerine ilişkin düzenlemelerden yararlanılması konusunda temkinli olunması gerektiğini, düzenlemeler ile TTK arasında uyum sorunu olduğunu, ayrıca düzenlemelerin getiriliş amaçlarının farklı olduğunu bu bakımdan tacir ve esnaf ayrımında bu düzenlemelerden doğrudan doğruya faydalanılması halinde sorun oluşacağını belirtmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 413.

¹⁰⁹ Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu Kararı No:1 Bkz. RG. 13.06.2007; S. 26551.

Meslek kollarına ilişkin yapılan eleştiri ve deęerlendirmelere¹¹⁰ karşılık, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca çıkarılmış olan 3 no’lu kararda da, bu meslek gruplarına aynı şekilde yer verilmiřtir¹¹¹.

Son çıkarılmış olan 3 no’lu meslek grupları listesinin detaylı ve kapsayıcı olduğu grlmştir. Buna karşılık, teknolojinin ve piyasa aktörlerinin çok hızlı gelişim ve değişim gösterdiği bir süreçten geçmekteyiz. Hal böyle olunca, listelenmiş olan meslek kollarından birine dahil olmayan bir kişi/işletme, gelir durumuna göre esnaf limitlerinin üstünde yer alması halinde, TTK bakımından, ticari işletme sayılabilecektir. Buna karşılık, gelir limitleri ticari işletme düzeyinde olmayan bir kişi, meslek kollarında sayılmış olan iş alanlarından birine girmemesi sebebiyle, 5362 sayılı Kanun uyarınca, esnaf sayılmayacaktır. Ancak TTK uyarınca, ticari işletme limitleri altında olduğundan dolayı esnaf sayılabilecektir. Bu bakımdan her iki kanun açısından aynı durum farklı şekilde nitelendirilmiş olmaktadır. Konuya ilişkin olarak Demirkapı, meslek kollarına dahil olma şartının, TTK bakımından, esnafın belirlenmesinde uygulama alanı bulabilecek bir düzenleme olmadığını ileri srmektedir¹¹². Esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki fark, meslek kolu ayırımına dayanmamakta olup, esnaf işletmesi ve ticari işletmeyi birbirinden ayıran esas kriter, ticari faaliyet sonucu elde edilen gelirdir. Örneğin, aynı ticari faaliyet, karar ile belirlenmiş olan limitleri aşıyor ise, ticari işletme, limitlerin altında kalıyor ise, esnaf işletmesi olarak nitelendirilmektedir. Kanaatimizce, bu bakımdan Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca hazırlanmış olan esnaf ve sanatkar

¹¹⁰ Demirkapı, s. 409 – 410.

¹¹¹ Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu Kararı No:3 Bkz. RG. 13.02.2019; S. 30685.

¹¹² Bkz. Demirkapı, s. 411.

meslek kolları listesinin, esnaf ve tacirin ayrımında pratik bir önemi de bulunmamaktadır.

bbb. İşletmede Yürütülen Faaliyetin Emek ve Sermaye Dengesi Bakımından

Bu özellik, ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımında faaliyetin emek ve sermaye dağılımının ne şekilde anlamlandırılması gerektiğini ifade etmektedir.

Konuya ilişkin TTK m. 15'te, esnafın tanımı metninde, emek ve sermayenin dağılımının ne anlama geleceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. *“İster gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır...”* hükümden de anlaşılacağı üzere, bir işletmenin ekonomik faaliyeti, sermayesinden çok bedeni çalışmasına dayanıyor ise, bu işletme esnaf işletmesi olarak tanımlanabilecektir.

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme de, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununda yer almaktadır. *“İster gezici ister sabit bir mekanda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulle vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler esnaftır.”* Görüldüğü üzere, tanımda, TTK m. 15'ten farklı olarak, bedeni çalışmanın, sermayeye oranla fazla olması şartı aranmamıştır. Bunun yerine,

ekonomik faaliyetin, sermaye ile birlikte bedeni çalışmaya dayandırılması yeterli görülmüştür.

2007/12362 sayılı Kararda, esnaf işletmesi ve ticari işletme ayrımında, emek ve sermaye konusunda, ekonomik faaliyette, emeğin ağırlık taşıması aranmamakta olup, emek ve sermayenin birlikte bulunması hususuna yer verilmiştir. Bu halde, işletmenin, ticari işletme mi, yoksa esnaf işletmesi mi olduğuna bakıldığında, yapılan faaliyetin nakdi sermayeden çok emeğe dayanıp dayanmadığı hususunun araştırılmasına gerek kalmayacaktır¹¹³. Kırca, 2007/12362 sayılı Kararı değerlendirirken, kararda geçen “ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran” ifadesinin yersiz olduğunu ve bir unsur özelliği taşımadığını belirtmiştir¹¹⁴.

TTK m. 15’te esnafın tanımında “*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan*” ifadesine yer verilmiş olduğundan, bir işletmenin, esnaf işletmesi mi, yoksa ticari işletme mi olduğunun belirlenmesi aşamasında hem Kararname ile getirilen limitlere bakılacak, hem de yürütülen ekonomik faaliyette, emek ve sermaye ilişkisine, yani oranlarına bakılması gerekecektir¹¹⁵.

Bir faaliyetin, emek veya sermaye ağırlıklı olmasının tespitinin zor olduğu, bunlardan birinin ağırlıkta olduğunun tespitinin sübjektif değerlendirme olacağı belirtilerek eleştirilmiştir¹¹⁶.

¹¹³ Kırca İsmail, **Esnaf ve Sanatkar İle Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Değerlendirilmesi**, Batıder, Cilt XXIV, S. 2, Ankara, s. 298.

¹¹⁴ Kırca, s. 299.

¹¹⁵ Karahan, esnaf ve tacir ayrımında TTK m. 15 düzenlemesinin yeni kanun olması itibari ile sermaye/bedeni çalışma karşılaştırmasının aranması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 18.

¹¹⁶ Demirkapı, s. 405. Ayrıca Demirkapı, esnaf işletmesinin belirlenmesinde bedeni çalışmanın ağırlıklı olması hususundaki şartın sorunlara sebep olduğunu ve ayırmda sağlıklı sonuçlar alınamadığını bu bakımdan bedeni çalışmaya ilişkin düzenlemenin kanun içi boşluk olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 407.

Bir işletmede yürütülmekte olan ekonomik faaliyette, iş hacmi büyüdükçe emek – sermaye dengesi, sermaye lehine bozulmaktadır¹¹⁷. Başka bir ifade ile, iş hacmi arttıkça, işletme, sermaye ağırlıklı olmaktadır. Buna karşılık, iş hacminin ve gelirin düşük olması, genel olarak, faaliyetin emek ağırlıklı olması sonucunu doğurmaktadır¹¹⁸.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce, ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımında, emek ve sermayenin ağırlıklı veya birlikte bulunma hallerinin, işletmelerin ayırt edilmesi bakımından esaslı bir unsur olmadığı, ister ticari işletme, ister esnaf işletmesi olsun her iki işletme türünün de hem sermayeye, hem de emeğe dayanmasının doğal olduğu (ancak bedensel faaliyet kriterinin esnaf işletmesinin varlığına işaret ettiği) sonucuna varılmıştır. Tacir ve esnaf ayrımında, buradan hareketle, ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımında esas kriterin, ticari işletmenin faaliyet konusunun ve unsurlarının, esnaf işletmesine göre daha kapsamlı ve iktisadi bakımından daha güçlü olmasıdır.

ccc. Elde Edilen Kazancın 2007/12362 Sayılı Kararda Gösterilmiş Olan Limitlerin Altında veya Üstünde Olması Bakımından

TTK’da, ticari işletme tanımlanırken, esnaf işletmesi için öngörülmüş olan gelir düzeyinin aşılması denilmiştir. Bu nedenle, TTK m. 11/1 bakımından, ticari işletme için elde edilen gelirin esnaf işletmesine göre daha kapsamlı olması gerekmektedir. Ticari işletme ile esnaf işletmesini birbirinden ayıran unsurlar bakımından, bu unsur, temel nitelik taşımaktadır.

¹¹⁷ Kırca, s. 298.

¹¹⁸ Demirkapı, s. 407.

TTK 11/2 maddesinde, Bakanlar Kurulu'na (Cumhurbaşkanı'na) ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın bir kararname ile gösterilmesi hususunda yetki verilmiştir. Buna göre, kararname ile belirlenecek olan miktarın üstünde gelir elde eden işletmeler ticari işletme; altında gelir elde edenler ise esnaf işletmesi sayılacaktır. TTK çerçevesinde, Cumhurbaşkanlığı tarafından, henüz böyle bir kararname çıkarılmamıştır. TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca eTTK döneminde çıkarılmış olan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasına devam edilecektir.

Kararda yer alan limitler ve uygulanacak olan kriterler önceki bölümlerde¹¹⁹ yer almış olduğundan tekrardan kaçınmak amacıyla onlara burada yer vermiyoruz.

Karar ile getirilmiş olan düzenlemeye bakıldığında, Kararın esnaf ve taciri belirlemek bakımından yalnızca gelir esasını benimsemediğini, buna ek olarak muafiyet, basit usulde vergilendirme ve işletme defteri hesabına göre defter tutma konularını hüküm altına aldığı görülmüştür. Buradan hareketle, esnaf sınırına yönelik olarak iki şartın hüküm altına alındığı söylenebilecektir. İlk şart, tacir olarak nitelendirilmeyecek ve esnaf sayılacak kişinin, vergiye tabi tutulması bakımından vergiden muaf, basit usule tabi veya işletme defteri tutması gereken kişilerden olmasıdır. Diğer şart da VUK'un m. 177'de, yer alan sınırların aşılmasıdır¹²⁰.

Görüldüğü üzere, tacir ve esnaf ayrımı bakımından gelir ve vergilendirme usulleri üzerinde de durulmaktadır. Bu bakımdan, tacir ve esnafın belirlenmesinde, Kararda, VUK ve Gelir Vergisi Kanunu ile ilişki kurulmuştur. Ancak TTK ve Karar hükümleri ile vergilendirme ilkeleri bakımından, tacir ve esnaf nitelendirilmesi farklılık arz

¹¹⁹ Bkz. II. 1-b. Gelir Düzeyine Göre Esnaf İşletmesi – Ticari İşletme Ayrımı konulu başlık.

¹²⁰ Demirkapı, s. 418.

etmektedir¹²¹. Vergi uygulamaları bakımından, VUK 177/1-3'te yer alan nakdi limitler uyarınca, kişinin işletme hesabına göre mi, bilanço hesabına göre mi defter tutacağına, başka bir ifade ile birinci sınıf tüccar mı, yoksa ikinci sınıf tüccar olarak mı nitelendirileceğine karar verilmesinde dikkate alınacak husus, işletme değil, mükellefin şahsı olmaktadır. Uygulamada, bir mükellefin birden fazla işletmesi/işi varsa, bu mükellefle ilgili olarak yıllık iş hacminin belirlenmesinde, mükellef tarafından yapılan işlerin tümüne ait alım – satım ve hasılat tutarlarının toplamı dikkate alınarak bir nitelendirilme yapılmaktadır¹²². Hal böyle olunca, VUK kapsamında, ikinci sınıf tacir olan bir kişi, Karar kapsamında esnaf olarak nitelendirilmektedir. Bu durum, Vergi Hukuku bakımından anlaşılır olmakla birlikte Ticaret Hukuku bakımından uygulanabilir bir durum değildir¹²³.

Karara bakılarak, tacir ve esnafın belirlenmesi, bazı hallerde mümkün görünmemektedir. Tacirin belirlenebilmesi, öncelikle, esnafın sağlıklı bir şekilde belirlenmesi şartına bağlıdır. Esnaf ve tacirin belirlenmesi hususunda Vergi Hukuku kavramlarının değerlendirilmesi karışıklığa sebep olduğundan, esnaf ve tacirin belirlenmesinde, Karardaki limitlerin vergi kavramlarından bağımsız olarak dikkate alınması ve belirlemenin bu şekilde yapılması kanaatimizce uygun görülmüştür.

Ayrıca, TTK'da esnaf işletmesinin tanımlanmamış olması bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha öncede belirttiğimiz üzere, Kararda yer alan VUK hükümlerinin uygulanması sonucunda esnaf işletmesinin ve buna bağlı olarak ticari işletmenin

¹²¹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 30.

¹²² Kırca, s. 303.

¹²³ Konu ile ilgili olarak Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında “...Bir kimsenin VUK’a göre esnaf sayılması, TTK yönünden de esnaf kabul edilmesini gerektirmez. Ticaret siciline kayıtlı olmamak da tacir olmamanın kesin bir kanıtı değildir. Vergi mükellefi olup olmamak da tacir esnaf ayrımında kesin bir ölçüt olarak değerlendirilemez...” şeklinde belirlemede bulunmuş ve esnaf odasına kayıtlı kişinin ticari defterlerinin ziyai davasının dinlenmesi ve kişinin tacir sıfatının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD. 28.01.2002 T, E. 2001/8149 K. 2002/565 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 10.05.2021) ; Demirkapı, s. 417.

belirlenmesinde isabetsizlikler olmaktadır. Bu bakımdan esnaf işletmesi için tespiti kolay ve anlaşılır olması dolayısıyla Karar ile getirilmiş olan limitlerin kullanılması en uygun yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, TTK’da esnaf işletmesinin tanımının şu şekilde yapılmasının karışıklığın önüne geçeceğini düşünmekteyiz. Esnaf İşletmesi: Bu Kanun’un 11 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak olan kararnamede belirtilmiş olan limitleri aşmayan işletmeler esnaf işletmesidir. Bu işletmeleri işleten kişi de esnaftır. Ancak tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medeni Kanunu’nun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanır.

d. Faaliyete Yeni Başlamış Olan İşletmelerin Niteliği Sorunu

Faaliyete yeni başlamış işletmelerin ticari işletme mi, yoksa esnaf işletmesi mi olarak nitelendirileceği hususunda, TTK’da ve ticari işletme ile esnaf işletmesinin ayırımında esas kriter olan Kararda, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu ile ilgili olarak doktrinde başlıca iki farklı görüş ileri sürüldüğü görülmektedir.

Kendigelen¹²⁴, hedef tutma ibaresi ile gelir elde edilmesinin anlaşılması, esnafın belirlenmesinde Koordinasyon Kurulu tarafından listelenmiş olan esnaf ve küçük sanatkar kollarında faaliyet göstermek gerektiğinin değerlendirilmesi ve ayrıca bedeni çalışma ile sermaye arasındaki dengenin de değerlendirme yapılır iken, dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu ilkelerden hareketle, Yazar, bir kısım işletmelerin taşıdığı kriterlere bakılarak, kuruldukları andan itibaren esnaf işletmesi veya ticari işletme olduğunun tespit edilebileceğini, buna karşılık, bazı işletmeler bakımından bir değerlendirme yapılabilmesi için en az bir yıllık faaliyet sonuçlarının beklenmesi ve

¹²⁴ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 161 – 164.

sonuçlara göre değerlendirme yapılması gerektiğini, bu süre içerisinde de bu işletmelerin, esnaf işletmesi sayılacağını belirtmiştir.

Bahtiyar¹²⁵, faaliyete yeni başlamış olan işletmenin niteliğinin tespiti bakımından, sahibinin işletme ile ilgili olarak yaptığı iş ve işlemlere yani dışa yansıyan niyet ve iradesine bakılabileceğini¹²⁶ bunun için de, başlangıçta işletme ile ilgili varsa sicil kayıtlarının yol gösterici olduğunu, örneğin, işletme sahibi, ilgili ticaret siciline veya ticaret odasına kayıt olmuş ise, onun TTK m. 12/2 uyarınca, tacir sayılması, böyle bir kaydı yoksa, bu durumda, işletme ile ilgili diğer göstergelere bakılabileceğini değerlendirmiştir. Bu kapsamda, bizim de katıldığımız şekilde, işletmenin, yapısı, niteliği, örgütlenme tarzı ve faaliyetin ağırlıklı olarak sermayeye mi, emeğe mi dayandığı (TTK m. 15) gibi objektif kriterlerin değerlendirilmesi yolu ile işletmelerin, başlangıç döneminde ticari işletme mi, yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun tespit edilmesindeki güçlüğü giderilebileceğini belirtmiştir¹²⁷. Ayrıca görüşüne destek olarak, 2007/12362 no’lu Kararın 1. maddesinin (a) bendinin ikinci fıkrasında yer alan esnaf sicilinde kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda elde edilen gelir düzeyi, VUK’da, belirtilmiş olan sınırların altı katını aşmayanların, “*kendileri istemedikçe*” ticaret siciline ve ticaret odalarına kaydolmaya zorlanamayacaklarını öngören düzenlemeye işaret etmiştir. Konunun belirsizliği öğretide genel anlamda eleştirilmekte ve belirsizliğin ortadan kaldırılması için yeni bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹²⁸.

¹²⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 23 – 24.

¹²⁶ Demirkapı, işletenin niyetine bağlanmış bir sistemin kabul edilmesinin mümkün olmadığını, esnaf faaliyeti sınırının aşılması bakımından, gerçekleşmiş gelir üzerinde durulmasının daha uygun olacağını, faaliyete yeni başlayan kişinin durumunun belirlenmesi için VUK 178/2 maddesinden de yararlanılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 431.

¹²⁷ Bu yönde bkz. Aydın, s. 14 – 15.

¹²⁸ Karahan, konu ile ilgili çelişkinin esnafı tanımlayan TTK m. 15 hükmünün tamamen kanundan çıkarılması veya TTK m. 11’in esas alınarak, bu hüküm ile çelişen ifadelerin değiştirilerek ve ticari olmayan işletme esnaf işletmesidir mantığı çerçevesinde hareket edilerek giderilebileceğini belirtmiştir.

Bir işletmenin kurulmasından sonra birkaç yıl peş peşe hedeflediği geliri elde edememesi ve hatta kurulduktan sonra bir yıl faaliyet göstermeden zarar etmesi sonucu faaliyetine son vermesi söz konusu olabilir. Bu ve benzeri örnek durumlar karşısında ticari işletmenin varlığını tespit etmek için, bir yıllık faaliyet sonucunun beklenmesi ve Kararda belirlenen gelir limitlerine ulaşp ulaşmadığının incelenerek bir sonuca varılması kanaatimizce uygun görünmemektedir¹²⁹. Nitekim, TTK m. 12/2 “*bir ticari işlemeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan ettirmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.*” hükmünü içermektedir. Hükümden hareketle, bir kimsenin tacir, işletmesinin de ticari işletme sayılması için fiilen işletmeye başlamış olması yani bir gelir elde etmesi şartının gerekmediği belirtilmiştir. Bu durumda, faaliyete yeni başlamış olan bir işletmenin esnaf işletmesi mi, yoksa ticari işletme mi olduğunun tespiti bakımından, Bahtiyar tarafından, ileri sürülmüş olan kriterlere bakılarak bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

e. Çıkarılması Öngörülen Kararnameye İlişkin Öneriler

TTK’nın merkez kavramı, ticari işletmedir. TTK m. 11 de, ticari işletmenin tanımı yapılırken, esnaf işletmesi kavramına atıf yapılmıştır. Ancak TTK’da, esnaf işletmesi tanımı bulunmamakta olup, esnafın tanımı ile yetinilmiştir. Ticari işletmenin tam olarak ne olduğunun anlaşılması için, öncelikli olarak, esnaf işletmesinin tam olarak ortaya konulması gerekmektedir. Öncelikle TTK’da bu değişikliğin yapılması, bunun

Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 20; Bozer/Göle, yeni faaliyete geçen bir işletmenin yıllık gelirinin belli olmamasından dolayı esnaf işletmesi ya da ticari işletme sayılmasının çok güç olduğunu, bunun tespiti için yeni çıkarılacak kararnamede bu hususun açığa kavuşturulması gerektiğini belirtmişlerdir. Bkz. Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 9 – 10.

¹²⁹ Nitekim aynı yönde bkz. Aydın, s. 15.

yapılamaması halinde, Cumhurbaşkanlığı tarafından, çıkarılacak olan Kararnamede esnaf işletmesi tanımının yapılarak, limitlerin buna göre belirlenmesi, esnaf işletmesi ile ticari işletme ayrımında fayda sağlayabilecektir.

Esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki fark, meslek kolu ayrımına dayanmamakta olup, esnaf işletmesi ve ticari işletmeyi birbirinden ayıran esas kriter, ticari faaliyet sonucu elde edilen gelirdir. Böylece Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca hazırlanmış olan esnaf ve sanatkar meslek kolları listesinin esnaf ve tacirin ayrımında pratik bir önemi de olmadığı söylenebilecektir. Bu bakımdan, esnaf sayılma için aranan şart olan meslek kollarına dahil olma hususunun, Kararnamede yer almaması kanaatimizce yerinde olacaktır.

Ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımında, emek ve sermayenin ağırlıklı veya birlikte bulunma hallerinin, işletmelerin ayırt edilmesi bakımından önemli bir unsur olmadığı, ister ticari işletme, ister esnaf işletmesi olsun her iki işletme türünün de hem sermayeye, hem de emeğe dayanmasının doğal olduğu sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte, TTK m. 15'te, *“ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan”* ifadesine yer verilmiş olduğundan, yeni çıkarılacak olan Kararnamenin de bu hükme uygun olmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Faaliyete yeni başlamış işletmelerin ticari işletme mi, yoksa esnaf işletmesi mi olarak nitelendirileceği hususunda TTK'da ve alt mevzuatta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Çıkarılacak olan Kararnamede bu hususun açık olarak düzenlenmesi ve belirsizliğin ortadan kaldırılması uygun olacaktır. Konuya ilişkin olarak geçiş hükümleri düzenlenebilir ve işletmenin, ticari işletme mi, yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun tam olarak belli olmasına kadar, bu geçiş hükümlerine tabi olması sağlanabilir.

Son olarak, birden fazla işletmesi olan esnaf ve tacirler bakımından limitlerin nasıl uygulanacağını da çıkarılacak olan kararnamede gösterilmesinin fayda sağlayacağı kanaatindeyiz. Bu konuda kararnameye “*defter tutma ve limitlere tabi olma bakımından her işletmenin gelirlerinin ayrı ayrı göz önüne alınması*” hususunun eklenmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

2. Devamlılık

Ticari işletmenin bir diğer unsuru, TTK m. 11/1’de, düzenlenmiş olan devamlılıktır. Devamlılık, ayrıca TSY¹³⁰ m. 4/1.r bendinde hüküm altına alınmıştır¹³¹.

Bir işletmeden söz edilebilmesi için, devamlı bir ekonomik faaliyette bulunmak amacı ile kurulmuş olması ve yürütülen faaliyetin süreklilik arz etmesi gerekir¹³². Belirtmek gerekir ki, devamlılıktan kastedilen, işletmenin belirsiz süreli ve kesintisiz bir şekilde faaliyet göstermesi, yani daimilik değildir¹³³. İşletme çatısı altında yapılacak olan faaliyetin sürekli olarak yapılacağı konusunda kasıt ve niyetin varlığı kastedilmektedir. Başka bir anlatımla, devamlılıktan anlaşılması gereken, geçici veya tesadüfi olmayan çalışmalardır¹³⁴. Örneğin, bir sefere mahsus olmak üzere bir gayrimenkul alım satımına

¹³⁰ 6102 sayılı TTK ile 6103 sayılı Yürürlük ve Uygulama Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 26.06.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanunla (m. 40) TTK’da çıkarılmasını öngördüğü Ticaret Sicili Tüzüğü (m. 26) yerine yönetmelik çıkarılmasının hükme bağlanması, ve ayrıca düzenlemede Danıştay denetiminin dışlanması hukuk güvenliği açısından doğru olmadığını düşünen Moroğlu, uygulamada yönetmelik hükümlerinin kanuna aykırı ve geçersiz olduğu iddialarının sık bir şekilde ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Bkz. Moroğlu Erdoğan, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2016, s. 14 – 15.

¹³¹ Bu unsur, eTTK’da yer almıyordu. Bu unsura, TSN m. 14/II’de, şu şekilde “*Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan ...*” yer verilmiş idi.

¹³² Karayalçın, s. 94; Domaniç, s. 123; Baştuğ/Erdem, s. 19; İmregün, s. 9; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Poroy/Yasaman, s. 38 - 39; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 31; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 12; Mimaroglu, s. 190; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 150; Bilgili/Demirkapı, s. 14; Battal, s. 18; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 44; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 118; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4.

¹³³ Karayalçın, s. 94; İmregün, s. 9; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Bilgili/Demirkapı, s. 14; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 44; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 150; Demirkapı, s. 393; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13.

¹³⁴ Baştuğ/Erdem, s. 19; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 45; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 16; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 31; Mimaroglu, s. 190; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4.

aracılık etmek veya çok kısa süreli olarak taşıma işi yapmak gibi ticari faaliyetlerde devamlılık unsurunun bulunmadığı kabul edilir.

Bazı hallerde, faaliyetin aralıklı olması durumunda da, devamlılık unsuru söz konusu olabilir¹³⁵. Mevsimlik işler, bu duruma verilecek en iyi örnektir¹³⁶. Mevsimlik işlerde ticari işletme, bu dönemde açık kalır. Örneğin; yaz veya kış döneminde faaliyet gösteren plaj veya kayak işletmeciliğinde veya av mevsiminde faaliyet gösteren bir motelin işletmesinde, devamlılık unsurunun varlığı kabul edilmektedir¹³⁷.

Devamlılık, işletme sahibi bakımından yürütülen faaliyetin meslek haline getirilmesi anlamına da gelmektedir. Ayrıca devamlılık unsuru, yürütülmekte olan işin bir organizasyon içerisinde yapılmasını ifade eder¹³⁸. Buradaki organizasyon devamlılık unsurunun bir şartı olarak değil, sonucu olarak değerlendirilmektedir¹³⁹. Bu anlamda; Süreklilik unsuru, yapılan faaliyetin örgütlenmiş olmasını da gerektirir. Zira normal olarak, faaliyetin sürekli olmasının sonucu örgütlenmiş olmaktır¹⁴⁰. Yürütülmekte olan bir işletmede teşkilatlanma/örgütlenme var ise, bu durum faaliyetin sürekli olmasından doğan bir neticedir¹⁴¹. İşletmelerde devamlılık, organizasyon ve teşkilatlanmanın/örgütlenmenin bir bütün olduğu, birbirini tamamlayan ve izleyen zincirler olarak karşımıza çıktığı kabul edilmektedir. Son olarak, devamlılık unsurunun ticari işletmede yürütülen faaliyetin teşkilatlanmış/örgütlenmiş bir sanat haline

¹³⁵ Poroy/Yasaman, s. 39; Domaniç, s. 123; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13.

¹³⁶ Acemoğlu, s. 18; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Demirkapı, s. 394; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 118; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13.

¹³⁷ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Domaniç, s.123; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Poroy/Yasaman, s. 39; Arıcı, 18; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 16; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 45; Baştuğ/Erdem, s. 19; Arkan, s. 31; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 12; Demirkapı, s. 394; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 118; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 13.

¹³⁸ Karayalçın, s. 94; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 16; Karahan, **Makale**, s. 6; Durman, s. 36.

¹³⁹ Demirkapı, s. 393.

¹⁴⁰ Mimaroğlu, s. 190.

¹⁴¹ Karayalçın, s. 94.

getirilmesini, profesyonelce yürütülmesini ifade ettiği ve buna bağlı olarak organizasyonun da devamlılığın bir sonucu olduğu kabul edilmektedir¹⁴².

3. Bağımsızlık

TTK m. 11/1’de, ticari işletmenin faaliyetini bağımsız bir şekilde yürütmesi gerektiği, tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıkça düzenlenmiştir. Böylece, bağımsız nitelikte olmayan işletmeler, ticari işletme sayılmazlar¹⁴³. Bağımsızlık unsuru, eTTK’da ve alt düzenlemelerde yer almıyor idi. Buna karşın, İsviçre TST’den esinlenerek, genel olarak doktrinde, ticari işletmenin bir unsuru olarak bağımsızlık zaten gösterilmekte idi¹⁴⁴.

Ticari işletmede yürütülmekte olan faaliyetin bağımsız olarak icra edilmesi gerekmektedir. Burada bağımsızlıktan anlaşılması gereken, işletmenin, işleten dışında hiç kimsenin iradesine bağlı olmaksızın faaliyetinin gerçekleştirmesidir¹⁴⁵. Bu anlamda, şubeler, merkeze bağlı olduklarından ayrı bir ticari işletme sayılmazlar¹⁴⁶. Bunun gibi, ticari temsilci, pazarlamacı¹⁴⁷ ve TTK m. 13’te, özel olarak düzenlenmiş

¹⁴² Karahan, **Ticari İşletme**, s. 16; Karahan, **Makale**, s. 6.

¹⁴³ Acemoğlu, s. 18; Karayalçın, s. 95; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 17; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Baştuğ/Erdem, s. 20; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Arkan, s. 31; Battal, s. 26 – 27; Poroy/Yasaman, s. 39; Kayıhan/Yasan, s. 48 – 49; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 121; Çetiner/Bozkurt/Yüksel/Cengiz, s. 15.

¹⁴⁴ Acemoğlu, s. 18; Karayalçın, s. 94; Baştuğ/Erdem, s.20; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 31.

¹⁴⁵ Baştuğ/Erdem, s.20; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 31; Bağımsızlığı, “İç ilişkide işleten dışında başka bir kişinin iradesine bağımlı olmaksızın faaliyet gösterilmesi” olarak ifade etmektedir. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Bağımsızlığı, “İşletmenin hem iç hem dış ilişkide, başka bir işletmenin irade ve işlemine bağlı olmaksızın işlemler yapabilmesi” olarak ifade etmektedir. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 17.

¹⁴⁶ Acemoğlu, s. 18; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 31; Poroy/Yasaman, s. 39; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 12; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 17; Kayıhan/Yasan, s. 48; Arıcı, 19; Bilgili/Demirkapı, s. 15; Baştuğ/Erdem, s. 20; Battal, s. 26; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 45; Demirkapı, s. 395; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 122; Çetiner/Bozkurt Yüksel/Cengiz, s. 15; Şener, **Ticari İşletme**, s. 5; Bakırcı Münevver Kübra, **Ticari İşletme Kırası**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 161 – 162, Cilt 13, İstanbul, 2018, s. 59 – 98.

¹⁴⁷ Karayalçın, s. 95; Baştuğ/Erdem, s. 20; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Poroy/Yasaman, s. 39; Bilgili/Demirkapı, s. 15; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 17; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 152; Demirkapı, s. 395; Ayoğlu Tolga, **Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler

olan küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz¹⁴⁸. Buna karşılık, acente, bağımsız bir tacir yardımcısı¹⁴⁹ olması sebebiyle, bunların işletmeleri de, diğer şartları (esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir elde etmeyi hedef tutma, devamlılık) da var ise, ticari işletmeyi oluşturur¹⁵⁰.

D. Bağımsızlık Unsurunun TTK ve RKHK Açısından Değerlendirilmesi

Ticari bir işletmeden söz edebilmemiz için, işletmenin bağımsız olması gerekmektedir. Bağımsızlık, hem işleten, hem de işletme yönünden olmalıdır. Bağımsızlık unsuru bakımından TTK ve RKHK'nın uygulamaları farklılık arz etmektedir. Ticaret Hukuku bakımından, ekonomik bağımsızlıktan daha çok, hukuki bağımsızlık önem taşımaktadır¹⁵¹. Ticari işletmenin varlığı bakımından da, bağımsızlığın hukuken var olması yeterlidir. Bu anlamda, TTK'da hukuki bağımsızlık, RKHK da ise, ekonomik bağımsızlık öne çıkmaktadır¹⁵². Aynı kişi tarafından işletilmekte olan ticari ve ekonomik bağımlılıklar, TTK bakımından bağımsız iken, RKHK bakımından bağlı hatta tek bir teşebbüs olarak kabul edilebilecektir¹⁵³. Bu durum, her iki kanunun getiriliş

Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 46.

¹⁴⁸ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Bilgili/Demirkapı, s. 15; Demirkapı, s. 395.

¹⁴⁹ “Acente, genellikle sağlayıcı (tedarikçi) veya üretici olan müvekkili ile akdettiği, sürekli borç ilişkisi tesis eden ve acentelik sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşme uyarınca belirli bir yer veya bölge içinde, daimi surette, ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerin müvekkili ile üçüncü kişi (müşteri) arasında kurulmasına aracılık eder veya bu sözleşmeleri müvekkili nam ve hesabına yapar.” Bkz. Kaya Arslan, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Eleştiriler – Öneriler**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 53; Bağımsızlık acente bağlamında “İktisadi olmaktan ziyade hukuki bir kavramdır. Acente, iş yönünden ve organizasyon yapısı içinde bir ölçüde müvekkili tacire bağımlıdır; iç ilişkide hizmet sözleşmesine özgü bazı yükümlülükleri de söz konusudur; ancak, acente son tahlilde faaliyetlerinde bağımsızdır. Bağımsız faaliyet yürütmesinin tabii sonucu olarak acente, işletmesine ait risklerin, masrafların yükümlüsüdür.” Bkz. Kaya Arslan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 6; Üçüncü S. Hilal, **Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVII, Ankara, 2013, s. 961 vd.

¹⁵⁰ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 31; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24 – 25; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 151 – 152; Poroy/Yasaman, s. 39; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 45; Kayihan/Yasan, s. 48; Battal, s. 27; Demirkapı, s. 395; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 122.

¹⁵¹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 152; Kayihan/Yasan, s. 49; Arıcı, s. 19; Demirkapı, s. 395.

¹⁵² Kayihan/Yasan, s. 49; Durman, s. 38 – 39.

¹⁵³ Rekabet Kurulu’nun 2003-2-90 sayılı dosyasında, Siemens Sanayi ve Tic. A.Ş. ile Siemens Cerberus Güvenlik Sistemleri A.Ş. olan iki ayrı tüzel kişiliğe sahip şirketin birleşme işlemine izin talep edilmiş,

amaçlarının farklılığından kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, RKHK bakımından bir kısım işletmelerin bağımsız olmadıkları, bu yolla başka işletmeler ile birlikte tek bir işletme (teşebbüs) gibi kabul edilmeleri hali, TTK'nın aradığı bağımsızlık unsurunun varlığını zedelemeyecektir¹⁵⁴.

Bir işletme veya ortaklığın, başka bir ortaklığın çoğunluğuna sahip olması, onu kısmen veya tamamen kendi hakimiyeti altına alması, hakimiyet altındaki işletmelerin hukuken (ayrı tüzel kişilikleri olması dolayısıyla) bağımsız olmalarına rağmen, ekonomik açıdan bağımlı olmaları sonucunu doğurmaktadır¹⁵⁵.

III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A. GENEL OLARAK

Ticari işletmenin hukuki niteliği, ticari işletme üzerinde yapılacak tasarruflar, özellikle ticari işletmenin devri konusunda önem kazanmaktadır. Ticari işletme, birbirinden nitelik ve nicelik açısından çok farklı unsurlardan oluşmakla beraber, TTK m. 11'in ifadesinden anlaşıldığı üzere, bir bütün olarak çeşitli sözleşmelere konu olabilmektedir¹⁵⁶. Bu sözleşmelerin en önemlisi, tez konumuzu da oluşturan ticari işletmenin devri sözleşmesidir¹⁵⁷.

Rekabet Kurulunca, şirketlerin aynı ekonomik bütünlük içinde yer alıyor olması dolayısı ile şirketler iki ayrı bağımsız şirket olarak değerlendirilmeyip, RKHK kapsamında, bir birleşme ve devralma söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır. RKHK'nın getiriliş amacı ve teşebbüs tanımı kapsamında verilmiş olan karar, doğru nitelendirilecekse de, TTK bakımından, eleştiriye açıktır.

¹⁵⁴ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 152; Kayıhan/Yasan, s. 49.

¹⁵⁵ Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul, 1995, s. 897 – 898.

¹⁵⁶ İmregün, **Genel İlkeler**, s. 13 – 14; Baştuğ/Erdem, s. 43.

¹⁵⁷ Kendigelen, TTK m. 11'in ticari işletme üzerinde rehin hakkı tesis edilmesini de kapsadığını, ancak ticari işletme rehnine ilişkin özel kanun bulunduğunu ve bunun da yürürlükte olduğunu, bu nedenle özel kanun olan TİRK ile genel kanun olan TTK arasında çözümü oldukça güç bir kanunlar çatışması sorunu yaşanacağını belirtmiştir. Bkz. Kendigelen Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, Onikilevha, İstanbul, 2016, s. 60.

İşletmelerin devri, “*malvarlığının veya işletmenin devralınması*” başlıklı TBK’nın 202. maddesinde düzenlenmiştir¹⁵⁸. Anılan madde yalnızca ticari işletmenin devrinin değil, her türlü işletme veya malvarlığının aktif ve pasifi ile birlikte devrini düzenlemektedir¹⁵⁹. Ticari işletmenin devrinin tümü ile TTK’da düzenlenmemesi ve pasiflerinin geçişinin TBK’da düzenlenmesi doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır¹⁶⁰.

TBK m. 202’de düzenlenen işletmelerin devri ve TBK m. 203’te, düzenlenen işletmelerin birleşmesi, malvarlığı ve işletme düzeyinde gerçekleşen birleşme ve devralmaları ifade eder¹⁶¹. Bu kapsamda, işletmenin devri ya da birleşmesi, şahıs

¹⁵⁸ Kayar, konunun TTK yerine, TBK da düzenlenmesinin iki şekilde açıklanabileceğini belirtmiştir. Bunlardan ilki, yalnızca ticari işletme niteliğindeki işletmelerin devrinin değil, tüm işletmelerin devrinin TBK m. 202’ye tabi olmasıdır. Diğer husus ise, TBK m. 202 borcun üstlenilmesi hükümleri içerisinde yer almaktadır. İşletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi, aynı zamanda işletmenin borçlarının üstlenilmesi anlamına gelmektedir. Bu halde alacaklıların/alacaklıların rızasının alınması gerekmektedir. Oysa işletmenin bir bütün halinde devri söz konusu olduğunda, alacaklıların rızasının alınması çok zordur. İşbu sebeple, bu hüküm borcun üstlenilmesi hükümlerine bir istisna getirmekte olup, işletmenin devrini kolaylaştırdığı görüşündedir. Bkz. Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 71 - 72.

¹⁵⁹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 41; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; Öz Turgut, **Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi**, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat, İstanbul, 2013, s. 96; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 137; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 993 – 994; Albayrak Zincirlioğlu Candan, **İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu İle İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, Ankara, 2014, s. 13.

¹⁶⁰ Bahtiyar, ticari işletmenin devrinde aktif ve pasif unsurların geçişinin birlikte ve aynı kanunda düzenlenmesi gerektiğini, tüm düzenlemenin de ya TTK’da ya da TBK’da toplanmasının uygun olacağını belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 227; Benzer yönde bkz. Arıcı, s. 216; Çelikboya, ticari işletmenin devrinin iki ayrı kanunda düzenlenmesinin eşgüdüm sorunu ortaya çıkarmakta olduğunu belirtmiştir. Bkz. Çelikboya Kerem, **Ticari İşletmenin Devri**, 1. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 66, dn. 236; Akçaal, aynı ilişkiden kaynaklanan hususların farkı kanunlarda düzenlenmesinin isabetli olmadığını, ticari işletmenin devri müessesesinin bir bütün halinde ya TBK’da, ya da TTK’da, hatta ayrı bir kanunda düzenlenmesinin isabetli olacağını belirtmiştir. Bkz. Akçaal, s. 71 – 72; Ayrıca Bahtiyar, ticari işletmeler bakımından aktiflerin geçişinin TTK’da, pasiflerin geçişinin TBK’da düzenlenerek her iki kanunda da ayrı ve birbirini tamamlamayan ilandan söz edilmesi hususunu eleştirmiş ve kanunlar arasında uyum gözetilmediğini belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 40; Kaplan, TBK m. 202 ve 203’te, düzenlenmiş olan hükümlerin işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hükümlerinin şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinden kaynaklanan sorunların çözümünde yeterli olmayacağını, düzenlenen konuların farklı olduğunu bu nedenle, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmelerinin TTK’da hükme bağlanmasının yerinde olacağını belirtmiştir. Bkz. Kaplan İbrahim, **İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) İle TTK’da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2020, s. 321 ve dn. 11.

¹⁶¹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 41; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 30; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 72; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 194.

unsurunu etkilememekte olup (işletmeyi işleten şirketleri ve onların ortaklarını), bahse konu şirketler ayrı kalmakta devam etmektedir¹⁶².

Ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri, ticaret alanının değiştirilmek istenmesi, ticaretin sonlandırılması gibi çeşitli sebeplerle uygulamada bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkabilmektedir. İşletmenin bir bütün olarak devri halinde, işletmenin devamlılığının sağlanması imkanı doğmaktadır. Sayılan sebeplerle, ticari işletmenin devri uygulamada çok yer almaktadır¹⁶³. Yapılan işlem işletmeyi devreden, devralan, işletme çalışanlarının ve hatta işletmenin müşteri çevresinin de yararına hizmet etmektedir¹⁶⁴.

B. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ TANIMI VE KANUNİ DÜZENLEMESİ

1. Tanım

Ticari işletmenin devri, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Oğuzman/Öz'e göre, ticari işletmenin devri *“Yapılan sözleşme ile işletmenin aktifinde yer alan hakların ve pasifinde yer alan borçların tümünün bir kişiden diğer bir kişiye devredilmesi konusunda tarafların anlaşması ve bu sözleşme uyarınca hakları ve borçları nakletmesidir.”*¹⁶⁵ Arıcı'ya göre ticari işletmenin devri, *“Devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin sahibinin el değiştirmesidir”*. Bunun sonucunda ticari işletmeyi devralan, ticari faaliyeti bundan böyle kendisi adına sürdürme imkanı kazanmış olur¹⁶⁶. Her iki tanımı birlikte değerlendiren Çelikboya'ya göre ise, ticari

¹⁶² Arkan, **Ticari İşletme**, s. 41.

¹⁶³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 193.

¹⁶⁴ Benzer yönde bkz. Topuz Murat, **Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, S. 2 (Özel Sayı “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken” 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu), İstanbul, 2012, s. 20.

¹⁶⁵ Oğuzman Kemal/Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat, İstanbul, 2018, s. 629.

¹⁶⁶ Arıcı, s. 65.

işletmenin devri, “Bir ticari işletmenin faaliyetlerinin devralan tarafından sürdürülmesini sağlayacak şekilde, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının işletmenin bütünlüğünü koruyarak iradi olarak devredilmesidir¹⁶⁷”.

Yapılan açıklamalar ve ilgili mevzuat ışığında, bir tanım vermek gerekirse, ticari işletmenin devri, ticari işletmenin bütünlüğünü koruyarak, faaliyetlerinin sürdürülmesini sağlayacak şekilde taraflarca yapılacak yazılı sözleşme uyarınca hakların ve borçların nakledilmesi şeklinde belirtilebileceği kanaatindeyiz.

TTK’da ticari işletmenin bir bütün olarak devredilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu noktada ticari işletmenin devri ile ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır.

Görüşlerden ilkinde, işletmenin devri kavramının kapsamının geniş anlaşılması gerektiği, işletme devrinin farklı amaçlar ile gerçekleştirilebileceği, işletme devrinin satış, bağışlama, ölünceye kadar bakma, işletme üzerinde intifa hakkı kurulması, işletmenin ürün kirasına verilmesi gibi halleri de kapsayacağı, bu yolla işletmenin, bir başkası tarafından, belli bir süre ile sınırlı olarak kullanılmasına imkan veren bu hallerin de, işletmenin devri sayılacağı savunulmaktadır¹⁶⁸.

Doktrinde kabul gören diğer görüşte ise, devir kavramının dar olarak değerlendirilmesi gerektiği ve yalnızca ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının, mülkiyetinin devredilmesi işlemlerinin ticari işletmenin devri olarak tanımlanmasının uygun olduğu

¹⁶⁷ Çelikboya, s. 61.

¹⁶⁸ Barandun Nicola, **Die Übernahme eines Geschäftsmit Aktiven und Passiven**, Bern, 1992, s. 40 vd; Ayiter, Mamelek, s. 47; Buchli Guido, Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR., Zürich 1953, s. 32 naklen Akçaal, s. 37.

savunulmuştur¹⁶⁹. Bu halde, çeşitli sebeplerle işletmeden yararlanılması, ticari işletmenin devri olarak nitelendirilemeyecektir¹⁷⁰.

Ticari işletmenin devri kavramının dar olarak anlaşılması kanaatimizce daha yerindedir. Aksi halde, belirli bir süre yararlanma ve kullanma amacına yönelik sözleşmeler uyarınca kurulan ilişkilerde, hak ve menfaat dengesi bozulmuş olacaktır. Şöyle ki, işletmeyi belirli bir süre kullanmak amacı ile teslim alan kişi aktiflerin maliki olmadığı halde, borçların muhatabı olacaktır. Bu durumun, adaletsizlik yaratacağını düşünmekteyiz.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken bir diğer husus da, ticaret şirketlerinin ortaklık haklarının devredilmesinin, ticari işletmenin devri olarak tanımlanamayacağıdır. Ticaret şirketlerinin ortaklık hakları, bu şirketlerin malvarlığı unsurları üzerinde dolaylı da olsa kontrol imkanı sağlar. Ortaklık haklarının devri halinde, ticari işletmenin yönetimi de devralana geçecektir. Ancak bu durumda, malvarlığı veya işletmenin sahibi tüzel kişi, ticaret şirkettir. Dolayısı ile işletmenin malvarlığı el değiştirmemiş olup, hak ve borçların sahibinde bir değişiklik olmamıştır. Devralan işletmeyi değil, yalnızca ortaklık hakkını devralmış sayılır. Bu nedenle, ortaklık haklarının devrini, ticari işletmenin devri olarak tanımlamak isabetli görülmemektedir¹⁷¹.

TBK m. 202 ve m. 203'te, düzenlenmiş olan malvarlığı devirlerinde, şahıs unsuru, devrin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla birleşen veya devralınan işletme veya şirketin sahip veya ortakları yer değiştirmez¹⁷². Bu yönü ile TBK'daki düzenlemeler, TTK'daki düzenlemelerden farklıdır. TTK'da düzenlenmiş olan ticaret şirketlerinin

¹⁶⁹ Arıcı, s. 66; Akçaal, s. 37; Çelikboya, s. 62.

¹⁷⁰ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 122; Akçaal, s. 52.

¹⁷¹ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 145; Çelikboya, s. 63.

¹⁷² Karahan, **Ticari İşletme**, s. 30; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 41; Poroy/Yasaman, s. 42; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 207.

birleşmelerinde yalnızca malvarlıkları değil, işletme sahibi olan tüzel kişiler de bundan etkilenmektedir¹⁷³. Bu bağlamda, TTK m. 136 vd. hükümlerinde, düzenlenmiş olan iki ya da daha fazla ticaret şirketinin malvarlığının, bir bütün olarak içlerinden birine veya yeni kurulacak olan bir ortaklığa geçmesi ve devrolunan şirketin sona ermesi sonucunu doğuracak birleşmeler, sonuç olarak işletmenin devri sonucunu doğurmakta ise de, TBK m. 202 anlamında, ticari işletmenin devri değildir. Bu bakımdan, bunlara, TTK m. 11/3 veya TBK m. 202 hükümleri değil, TTK’da yer alan özel nitelikteki hükümlerin uygulanması gerekecektir¹⁷⁴.

2. Kanuni Düzenleme

Ticari işletmenin devri ve devrin sonuçları, esas itibari ile TTK ve TBK’da olmak üzere iki farklı kanunda düzenlenmiştir. Ticari işletmenin devri konusunda TTK’da yer alan düzenleme ile, ticari işletmenin “*içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde...*” devredilebileceği, sözleşme ile bir kısım malvarlığı aktiflerinin devir dışı bırakılabileceği, devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı, ticaret siciline tescil ve ilan edileceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 11).

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin hangi şekle uyularak yapılacağı, devir sözleşmesinin içeriği ve sözleşme kapsamındaki aktiflerin devredilmesi hususları TTK m. 11/3’te, düzenlenmektedir. Ticari işletmeye dahil olan pasiflerin devri ise, TBK m. 202’de, düzenlenmiştir¹⁷⁵. Daha genel bir ifade ile TTK m. 11/3’te, işletmenin

¹⁷³ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 207; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 30; Poroy/Yasaman, s. 42.

¹⁷⁴ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 145; Çelikboya, s. 65; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 194.

¹⁷⁵ Öz, TTK m. 11’i değerlendirirken, “*TTK m. 11/3 işletme malvarlığının tümünün yani aktifinin yanında pasifinin de devrini düzenlemiştir. Madde metnindeki ‘malvarlığı unsurlarının devri’ ifadesi bunu göstermektedir. Bilindiği gibi malvarlığı kavramı ‘aktif’ ve ‘pasif’ olmak üzere iki bölümden oluşur ve açık bir ayırım yapılmadıkça malvarlığına yönelik her türlü ifade bu iki parçayı da kapsar*”. şeklinde belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 99.

aktiflerinin bir bütün olarak devrinin; TBK m. 202’de ise, işletmenin pasiflerinin bir bütün olarak devrinin hüküm altına alındığı söylenebilir¹⁷⁶.

Doktrinde ticari işletmenin devrinde TTK m.11/3 hükmünün, ticari işletmeyi bir bütün olarak ele aldığı, madde metninde işletmeye ait pasiflerden bahsedilmemiş olsa da, işletmeye ait pasiflerin de bu kapsamda olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre, ticari işletmenin devrinde, TTK m. 11/3 uyarınca, borçlar kendiliğinden devralana devredilecek ve bu yolla TBK m. 202’nin uygulanmasına da gerek kalmayacaktır¹⁷⁷.

TBK m. 202, ticari işletmenin devri halinde, borçların devrine ve sorumluluğuna ilişkin özel düzenleme ihtiva etmektedir. Çünkü borcun üstlenilmesi konusunda genel olarak uygulanan TBK m. 195 – 197 naklin alacaklıya karşı geçerli olarak hüküm ifade etmesini alacaklının rızasına bağlamıştır. Başka bir ifade ile eğer alacaklı, borcun nakline rıza göstermez ise, nakil gerçekleşmeyecektir. Kanun koyucunun, alacaklının rızasını aramasındaki gerekçe, borçlunun kişiliği ve ödeme gücünün alacaklı nezdindeki önemidir¹⁷⁸.

Ticari işletmenin devri halinde de devrin geçerli olabilmesi için, alacaklının rızası aranmış olsa idi, işletmeyi devralanın, tüm alacaklılara teker teker giderek, onların rızalarını alması gerekecekti ki, bu durum neredeyse imkansız olacaktır. Hal böyle olunca, işletmenin devri gerçekleşemeyecek veya çok güçleşecektir. Burada TBK m. 202’nin özel düzenlemesi ile sorun çözümlenmektedir. TBK m. 202, işletmenin devri halinde alacaklının rızasını aramaksızın, borçların da devrini mümkün kılmış, bunun karşılığı olarak, işletme alacaklılarını korumak için TBK m. 202/2’de, “... İki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır.”

¹⁷⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 193 - 194.

¹⁷⁷ Bkz. Akdağ Güney Necla, **Anonim Şirketlerde Kuruluş**, Vedat, İstanbul, 2014, s. 102 -103, dn. 282.

¹⁷⁸ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 207.

şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. İşletme borçlarından devredenin de iki yıllık müteselsil sorumluluğu ile alacaklılar devrin yaratacağı risklerden korunarak güvence altına alınmışlardır.

C. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Malvarlığı Devri

Malvarlığının devri, TBK m. 202’de, işletmenin devri ile birlikte düzenlenmiştir. Şöyle ki, *“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur...”* (TBK m. 202/1).

Kanun koyucu, malvarlığının devri ile ticari işletmenin devrini birlikte hüküm altına almış ve genel hatları ile devirleri aynı hükme tabi kılmıştır. Bu nedenle, iki müessesenin karşılaştırılmasının yapılması tarafımızca gerekli görülmüştür.

Malvarlığının, iktisadi, ilmi, mali ve sosyal olmak üzere birçok yönü bulunmaktadır¹⁷⁹. Bizim burada yapacağımız açıklamalar hukuki yönü ile ilgili olacaktır.

Her gerçek ve tüzel kişinin bir malvarlığı mutlaka vardır¹⁸⁰. Malvarlığı bir hukuki bütündür¹⁸¹. Bununla birlikte, kişilerin malvarlığı bütünü içerisinde bir veya birden çok özel malvarlığı bulunabilir. Bu bağlamda özel malvarlığı, kendi içinde bir bütünlüğe ve

¹⁷⁹ Acemoğlu, s. 9.

¹⁸⁰ Acemoğlu, s. 10.

¹⁸¹ Acemoğlu, s. 10; Arıcı, İsviçre – Türk Hukukları açısından malvarlığının aktif ve pasiflerden oluşan bir bütün olduğu hususundaki tespitin isabetli olmadığını belirtmektedir. Bkz. Arıcı, s. 164 – 165.

bağımsızlığa sahip olmasına rağmen, kişiye ait olan hakların tümü değildir¹⁸². Azınlıkta kalan bazı yazarlarca özel malvarlığına ticari işletme örnek gösterilmektedir¹⁸³.

Malvarlığı, hukuk süjesinin sahip olduğu ekonomik değeri olan ve para ile ölçülebilen hakların ve borçların tümü olup, ona sahip olan kişinin aktif ve pasiflerinin toplamından meydana gelir¹⁸⁴. Malvarlığının konusunu sadece haklar¹⁸⁵ ve borçlar oluşturur. Fiili durumlar ve ilişkiler malvarlığını oluşturmaz. Bu nedenle, Türk Hukuku'nda fiili bir durum olan zilyetlik, malvarlığına dahil bir unsur değildir¹⁸⁶.

Malvarlığının tekliği, bütünlüğü müessesinden hareketle malvarlığı devrinde, tüm malvarlığının devredilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Bu hal çok istisnai bir durum olup, hükmün uygulama alanını oldukça sınırlayacaktır. İlaveten gerçek kişiler bakımından tüm malvarlığının devredilmesi, kişilik haklarına aykırılık teşkil edebilecektir¹⁸⁷. Tüzel kişiler bakımından ise, kuruluş amaçlarına ulaşmalarını güçleştirecektir. Ayrıca TBK m. 202/2 hükmü, devir işleminden sonra iki yıl süre ile önceki borçlunun (devreden), devralanla birlikte müteselsil sorumluluğunu öngörmektedir. Bu hüküm, alacaklılar için bir koruma amaçlamaktadır. Devreden tüm malvarlığını devretmesi halinde, bunun, fiilen uygulanması mümkün değildir. Hükmün koruma amacını gerçekleştirebilmesi için, devreden belirli bir miktarda malvarlığının olması gerekmektedir¹⁸⁸.

Kişilerin malvarlığı bütünü içerisinde bir veya birden çok özel malvarlığı bulunabilir. Dolayısı ile bunlar da, ayrı olarak devre konu olabilirler. TBK m. 202 kapsamını sadece

¹⁸² Acemoğlu, s. 10.

¹⁸³ Acemoğlu, s. 19; Durman, s. 10.

¹⁸⁴ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 116.

¹⁸⁵ Örneğin; Mülkiyet hakkı, sınırlı ayni haklar, alacak hakları, fikri mülkiyet hakları malvarlığına verilecek örneklerdendir. Bkz. Acemoğlu, s. 14.

¹⁸⁶ Acemoğlu, s. 10.

¹⁸⁷ Akçaal, s. 73; Çelikboya, s. 68.

¹⁸⁸ Çelikboya, s. 68.

tüm malvarlığının devri ve özel olarak ticari işletmenin devri şeklinde değerlendirmek, hükmü çok sınırlayıcı ve uygulama alanını daraltıcı olacaktır¹⁸⁹.

Uygulama alanı bakımından malvarlığı devrinin, ticari işletmeyi de kapsayan bir kavram olduğu düşünülebilir¹⁹⁰. Şöyle ki, her ticari işletmenin devri, bir malvarlığı devridir. Ancak her malvarlığı devri bir ticari işletme devri değildir¹⁹¹. Malvarlığı devri işleminin tipik örneği olarak, ticari işletmenin şubesinin devri gösterilmektedir¹⁹². Burada olduğu gibi, bağımsızlık unsuru olmadığı için, ticari işletme sayılmayan şubelerin devrinde, ticari işletme devri söz konusu olmamaktadır. Bunlara ek olarak, işletme depoları ve esnaf işletmelerinin devri de, yine ticari işletme devri kapsamında değildir¹⁹³.

TBK m. 202, malvarlığı veya ticari işletme devrinde, yalnızca borçların devrini düzenlemektedir. Ticari işletmenin aktiflerinin devri ise, özel olarak TTK m. 11/3'te hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, sadece ticari işletmeler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Hüküm uyarınca, ticari işletmenin devrinde aktiflerin geçişinde kısmi külli halefiyet ilkesi uygulanacaktır. Malvarlığı devrinde ise, aktiflerin tek tek cüz'i halefiyet ilkesine uygun olarak devredilmesi gerekecektir¹⁹⁴.

TBK m. 202, malvarlığı ve ticari işletme devrinde, pasif malvarlığı unsurlarının devri için farklı ilan usulleri benimsemiştir. Malvarlığının devredilmesi halinde borçlar, alacaklılara yapılacak bir ihbar veya Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden

¹⁸⁹ Çelikboya, s. 68; Aksi görüşte Acemoğlu, ticari işletmenin kanun metninde özel ve istisnai olarak yer aldığını, tüm özel malvarlığı devirlerinin hükme dahil olduğu varsayılır ise ticari işletmenin neden hükümde yersiz tekrar edildiğini sormakta ve buradan hareketle, TBK m. 202'nin tüm malvarlığı devirlerine ve istisnai olarak da ticari işletmenin devrine uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, s. 27 – 28.

¹⁹⁰ Çelikboya, s. 70.

¹⁹¹ Çelikboya, s. 70.

¹⁹² Akçaal, s. 74.

¹⁹³ Arıcı, s. 36; Çelikboya, s. 70.

¹⁹⁴ Akçaal, s. 73.

birinde yayımlanacak ilanla devralana geçer. Ticari işletmenin devrinde ise borçlar, alacaklılara yapılacak ihbar veya Ticaret Sicili Gazetesi’nde yayımlanacak ilanla devralana geçer. Bu durumda, borcun nakli müessesesine bir istisna getirilerek, borcun devri için alacaklının onayı aranmamaktadır. Bu yolla malvarlığı veya ticari işletmenin kolayca devredilmesi ve işletme değerinin korunması hedeflenmiştir¹⁹⁵.

Son olarak, TBK m. 202 ticari işletme devri ve malvarlığı devri için devreden, devralan ile birlikte devredilen borçlardan dolayı iki yıl süre ile müteselsil sorumlu olacağını hüküm altına almıştır. Böylece, borçlunun değişmesinde rızası alınmamış olan alacaklılar korunmaya çalışılmıştır.

2. Borcun Üstlenilmesi

Türk Borçlar Kanunumuz 195 – 204 maddelerinde “*borcun üstlenilmesi*” başlığı altında öncelikle borcun üstlenilmesini, daha sonra “*malvarlığının veya işletmenin devralınması*”, “*borca katılma*”¹⁹⁶ ve son olarak “*işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi*” konularını düzenlemiştir. Görüldüğü üzere, işletmenin devri ve borcun üstlenilmesi birbiriyle ilgili kavramlar olmaları itibari ile aynı üst başlık altında hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık, her iki kurumda da farklılıklar bulunmaktadır. Bu çalışmada her iki müessese arasındaki farklara ışık tutacak olan konular genel hatları ile incelenecektir.

Borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinin borçlusunun değişmesi, üçüncü bir şahsın borcu üzerine almasıdır¹⁹⁷. Borcun üstlenilmesi kurumunda, borçlunun şahsının değişmesi

¹⁹⁵ Çelikboya, s. 71.

¹⁹⁶ “*Borca katılma, kurumu Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenerek, bunun mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme olduğu belirtilmiştir.*” Bkz. Öz, **Yenilikler**, s. 29 – 30.

¹⁹⁷ Reisoğlu Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 476; Kılıçoğlu Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan, Ankara, 2018, s. 1031; Eren

dışında borçta ve borç ilişkisinde bir değişiklik olmamaktadır¹⁹⁸. Alacaklı açısından borçlunun değişmesi esaslı bir değişikliktir. Çünkü borç ilişkisi, alacaklının borçluya güvenine dayalı bir ilişki olup, borçlunun şahsı ve ödeme gücü büyük önem taşımaktadır¹⁹⁹. Alacaklı, borç ilişkisi devam ederken hiç tanımadığı ya da borç ilişkisine girmeyi düşünmediği bir borçlu ile mevcut borç ilişkisini devam ettirmek istemeyebilir²⁰⁰.

Tüm bu nedenlerle, borcun üstlenilmesi (yani borçlunun değişmesi), işletmenin devrinden farklı olarak alacaklının rızasına bağlıdır. Kanun koyucu TBK m. 196/1’de, *“Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur.”* hükmüne yer vermiştir. Başka bir ifade ile alacaklının rızası alınmadan borcun üstlenilmesi kurumundan faydalanılarak borç, üçüncü bir kişiye devredilemez, bu yolla borçlu değiştirilemez²⁰¹. İşletmenin devrinde ise, TBK özel bir istisna getirerek, alacaklıların rızasını aramamaktadır²⁰².

Borcun üstlenilmesinde, öncelikle borçlunun, borcu devretme iradesinin olması gerekmektedir. Borçlunun istek ve iradesi dışında borç ilişkisinden uzaklaştırılması ve borçtan koparılacak yerine başkasının geçirilmesi mümkün değildir²⁰³.

Borçlu, çeşitli sebeplerle kendisinin yerine aynı koşullarda mevcut borç ilişkisine taraf olacak yeni bir borçlunun bulunmasına gereksinim duyabilir. Bu halde borçlu ile borcu

Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019, s. 1391; Oğuzman/Öz, s. 604; Çabri Sezer, **Borcun Üstlenilmesi – Sözleşmenin Devri – Sözleşmeye Katılma – Borca Katılma**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 143.

¹⁹⁸ von Tuhr Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Birinci Cilt, Tercüme Eden Avukat Cevat Edege, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952, s. 951.

¹⁹⁹ von Tuhr, s. 950; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 476; Eren, s. 1391.

²⁰⁰ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1033.

²⁰¹ von Tuhr, s. 950; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 476; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1038; Eren, s. 1392.

²⁰² Nedeni ile ilgili açıklama için bkz. III. Kısım, B. 2.

²⁰³ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1035.

üstlenecek olan üçüncü kişi arasında bir sözleşme imzalanır. Buna borcun iç üstlenilmesi denilmektedir²⁰⁴. Bu gerçek anlamda borcun üstlenilmesi değildir²⁰⁵. Nitekim, borcun iç üstlenilmesinde, henüz borç üstlenilmemiş ve borçlu da değişmemiştir²⁰⁶. Borcun iç yüklenilmesinde, borçlu ile sözleşme yapan üçüncü kişi, bu sözleşme ile borçluya karşı, ya sözleşmeyi bizzat yerine getireceğini ya da alacaklı ile borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini imzalayacağını taahhüt eder²⁰⁷.

Borcun iç üstlenilmesinde borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında imzalanmış olan bu sözleşme, yalnız taraflar açısından hüküm ifade eden teknik anlamda bir sözleşmedir²⁰⁸. Bu sebeple, burada, sözleşmenin kurulmasına, hüküm ve sonuçlarına ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır²⁰⁹. Taraflar arasında imzalanacak olan sözleşmenin şekli konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır²¹⁰. Alacaklı bu sözleşmenin tarafı olmadığından, sözleşmenin imzalanması ve taraflar arasında ilişki kurulması konusunda da izin vermesi gerekli değildir²¹¹.

Borçtan kurtarma taahhüdü niteliğinde olan iç üstlenme sözleşmesi, ivazlı (bir edim karşılığında) veya ivazsız olabilmektedir²¹². Bu sözleşme, bir edim karşılığında yapılıyor ise, burada her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. Bu halde, karşılıklı borçların ifası bakımından, her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelere ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Burada borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan (üstlenenden)

²⁰⁴ Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 476; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1036.

²⁰⁵ Eren, s. 1393.

²⁰⁶ Eren, s. 1393; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 476; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1038; Oğuzman/Öz, s. 606.

²⁰⁷ Eren, s. 1393.

²⁰⁸ Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 477; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1036.

²⁰⁹ Eren, s. 1393.

²¹⁰ Taraflar arasında imzalanmış olan sözleşme bir hukuksal işlem olması nedeniyle gerekli olduğunda ispatı bakımından HMK m. 200 vd. hükümleri gereğince senetle ispat kuralı uygulama alanı bulacaktır.

²¹¹ Eren, s. 1393.

²¹² Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1036; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 477; Eren, s. 1394.

yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez. Aksi halde, TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'i uygulama alanı bulacaktır. Burada TBK m. 97 ve m. 195/2 hükümleri birbirini ile benzerlik arz etmektedir. Bu durumu, her iki maddenin de aynı anlamda olduğu şeklinde değerlendirmek yerinde olacaktır²¹³.

İç üstlenme sözleşmesi herhangi bir ivaz karşılığı yapılmıyor ise, bir bağışlama vaadi oluşacaktır. Bu halde, TBK m. 288/1 uyarınca, bahse konu sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekmektedir²¹⁴. Aksi halde borçtan kurtarma vaadi geçerli olmayacaktır. Yine üçüncü kişi, borçlunun taşınmaz mülkiyetini devri borcunu üstlenmişse, burada ise iç üstlenme sözleşmesinin resmi şekilde (tapuda) yapılması gerekecektir. Ancak burada belirtilmiş olan örnekler, istisnai olarak uygulamada yer almaktadır²¹⁵.

Genel olarak iç üstlenme sözleşmeleri, alacaklı ve borçlu taraf arasındaki hukuki işlem şekle tabi olsa bile, özel bir şekil şartına bağlı değildir²¹⁶. Ayrıca borçlunun irade beyanı bakımından da herhangi bir şekil şartına gerek yoktur²¹⁷.

Borcun dış üstlenilmesi, TBK m. 196/1'de, düzenlenmiştir. Buna göre, “*Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur.*”

²¹³ Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 477; Kılıçoğlu, benzer görüşte olmakla birlikte ayrıca, “TBK m. 195/2'deki hükmün, TBK m. 97'deki genel hükmü borcun üstlenilmesi sözleşmesi için tekrar eden özel bir hüküm olduğu sonucu çıkmaktadır.” tespiti yapmıştır. Bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1037.

²¹⁴ von Tuhr, s. 959, dn. 52; Velidedeoğlu Hıfzı Veldet/Özdemir Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel – Özel)**, Yargıtay Yayınları – 19, Ankara, 1987, s. 360; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 477; Eren, s. 1394; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1036 – 1037.

²¹⁵ Eren, s. 1394.

²¹⁶ “Borcun iç üstlenicisi, üstlenme ile temel ilişkiyi, yani hukuki sebebi değil, sadece borçlunun borcunu üstlenmektedir. Bu nedenle üçüncü kişi, bir ivaz karşılığında borçlunun verdiği bağışlama sözünü veya taşınmaz satış sözleşmesinden doğan satış parası borcunu üstlendiği takdirde, iç üstlenme sözleşmesi verilen bağışlama sözünün veya taşınmaz satış sözleşmesinin tabi olduğu yazılı ya da resmi şekle bağlı olmadan yapılabilir”. Bkz. Eren, s. 1394.

²¹⁷ Eren, s. 1394.

Borcun dış üstlenilmesi, alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılacak sözleşme ile gerçekleşmektedir. Borcun naklini sağlayan aşama bu sözleşme ile kurulmaktadır²¹⁸. Bu sözleşmenin geçerliliği, daha önce yapılmış olan bir iç üstlenme sözleşmesinin varlığına veya borçlunun dış üstlenme sözleşmesini onamasına bağlı değildir²¹⁹. Dış üstlenme sözleşmesi ile eski borçlu borcundan kurtulur²²⁰. Onun yerine, borcu üstlenen, yeni borçlu halini alır.

Borcun üstlenilmesi, soyut bir işlemdir. Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin hüküm doğurması için, geçerli bir hukuki sebebin veya bir borçtan kurtarma sözleşmesinin ve hatta eski borçlunun onayının bulunması şart değildir²²¹.

Yapılan açıklamalar ışığında, borcun üstlenilmesi ile ticari işletmenin devri kurumlarına bakıldığında, ticari işletmenin devrinde, hem alacakların, hem de borçların devri söz konusudur. Borcun üstlenilmesi ise, sözleşme ile yalnızca pasifin devrine ilişkindir²²².

Ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri için yazılı olarak yapılmış olan bir devir sözleşmesi gereklidir (TTK m. 11/3). Başka bir ifade ile tarafların anlaşması ve duruma rıza göstermeleri ve bunu yazılı olarak sözleşmeye dökmeleri gerekmektedir. Borcun (ivazlı) üstlenilmesinde ise, taraflar arasında yapılacak sözleşme konusunda kanun herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Kaldı ki, iç üstlenme sözleşmesinin varlığı zorunlu değildir. Hatta borcun üstlenilmesinde, borçlunun rızasına da ihtiyaç bulunmamaktadır.

²¹⁸ Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 477; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1038.

²¹⁹ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 361.

²²⁰ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 361; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1038; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 478.

²²¹ Arıcı, s. 42.

²²² Arıcı, s. 42; Akçaal, s. 62.

Borcun üstlenilmesi müessesesinde, borcun nakli iradi bir işlem ile gerçekleşmektedir. Ancak ticari işletmenin devrinde, özellikle alacaklılar dikkate alındığında, burada borcun intikali kanuna dayalı olarak gerçekleşmektedir²²³.

Borcun üstlenilmesinde, alacaklı ile borcu üstlenmek isteyen şahıs arasında yapılan dış üstlenme sözleşmesi ile önceki borçlu borcundan kurtulur. Alacaklı borcun ifasını artık eski borçludan isteyemez. Ancak ticari işletmenin devrinde durum farklıdır. Devredenin sorumluluğu, müteselsil borçlu olarak devralanla birlikte iki yıl daha devam eder (TTK m. 202/II).

3. Alacağın Devri

Alacağın devri, TBK m. 183 – 194 arasında düzenlenmiştir. Alacağın devrinde de ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, borç ilişkisinde taraf değişikliği mevcuttur. Bu nedenle, her iki kurumun karşılaştırılmasının yararlı olacağı tarafımızca değerlendirilmiştir.

Alacağın devri ile ilgili TBK’da detaylı düzenleme olmasına karşılık, bu kurumun tanımı yapılmamıştır. Esas olarak alacağın devri, bir alacağın alacaklısının değişmesidir. TBK m. 183 uyarınca, öğretide alacağın devri “*Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun rızasına gerek olmadan bir sözleşmeye dayanarak, üçüncü bir kişiye devretmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır²²⁴.

²²³ Arıcı, s. 42.

²²⁴ Eren, s. 1370; Oğuzman/Öz, s. 561; Gönen Doruk/Gönen Coşku, **Alacağın Devri**, Prof. Dr. İsmet Sungurbeye Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2014, s. 124.

Alacağın devrinde alacaklı, bir borç ilişkisinden doğan bir veya birden çok alacağını veya bir alacağının bir kısmını üçüncü bir kişiye devretmektedir. Böylece üçüncü kişi, alacaklı sıfatını kazanmakta ve alacaklının yerine geçmektedir²²⁵.

TBK m. 184 alacağın devrinde şekil şartını düzenlemektedir. Hükme göre, “*Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Alacağın devri sözü verme şekle bağlı değildir.*” Görüldüğü üzere yasa, alacağın devri için yazılı şekli yeterli görmüş ve bunu da geçerlilik şartı saymıştır²²⁶. Böylece, yazılı şekilde yapılmayan alacağın devri sözleşmeleri hükümsüz olacaktır²²⁷. Burada anılan yazılı şekil, adi yazılı şekildir^{228, 229}.

Alacağın devri sözleşmesinin tarafları, alacağı devreden ile üçüncü kişidir. Borçlu bu sözleşmenin tarafı değildir. Bu bakımdan, alacağın devrine borçlunun rıza göstermesi aranmaz, hatta borçluya haber verilmeden dahi alacaklı alacağını devredebilir²³⁰.

²²⁵ Eren, s. 1370; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1005.

²²⁶ Eren, “*Kanun koyucu devir taahhüdünü, ‘alacağın devri sözü verme’ olarak tanımlamıştır. Ancak bu deyim yerinde değildir. Burada devir vaadi veya devir sözü verme değil, devir (geçirme=devretme) taahhüdü söz konusudur. Devir taahhüdü, hukuki niteliği itibari ile borçlandırıcı bir işlem, borç doğuran bir sözleşmedir.*” şeklinde kanun koyucuyu eleştirmiştir. Bkz. Eren, s. 1371; Alacağın devrine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Dinar Refik Cem, **Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Kısıtlama ve Yasakları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995, s. 6-7.

²²⁷ von Tuhr, s. 893; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 345; Eren, s. 1380; Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz, İstanbul, 1993, s. 242; Ayrıca von Tuhr, sözlü yapılmış olan bir alacağın devrinin yazılı olarak borçluya bildirilmiş olması halinin dahi yazılı şekle aykırılığı ortadan kaldıramayacağını belirtmiştir. Bkz. von Tuhr, s. 893, dn. 47.

²²⁸ Eren, s. 1380; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 243.

²²⁹ Anılan adi yazılı şeklin istisnası TBK m. 239/2’de, düzenlenmiştir. Buna göre, alım ve geri alım hakkından doğan alacakların devri sözleşme ile kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz, buradan atıfla TBK m. 237/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Burada da alım ve geri alım sözleşmeleri resmi yazılı geçerlilik koşuluna bağlanmıştır. Yani taşınmazla ilgili geri alım ve alım hakkından doğan alacağın bir başkasına devri ancak resmi yazılı şekilde yapılabilecektir. Yine taşınmazla ilgili önalım hakkının başkasına devri ise adi yazılı şekilde yapılabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1017.

²³⁰ von Tuhr, s. 888; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 342; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 241; Dinar, s. 7.

Alacağın devri, üç şekilde gerçekleşebilir. İradi devir²³¹, devir sözleşmesi uyarınca alacağın devredenden, devralana doğrudan doğruya geçtiği devir türüdür²³². Tarafların iradesi ile gerçekleşmesinden dolayı gerçek anlamda devirdir de diyebiliriz. Burada devir, sözleşmeye dayanmaktadır²³³.

Bir diğer devrin gerçekleşme şekli, kanuni devirdir. Kanuni devir, kanun hükmü uyarınca, bir alacağın, alacaklının iradesi dışında üçüncü kişiye geçmesidir²³⁴. Uygulamada yaygın örneğini miras ile ilgili hükümler oluşturmaktadır. En tipik örneği, mirasın açılması ile miras bırakana ait olan alacaklar kendiliğinden üçüncü kişiye geçer²³⁵. TBK m. 185'te, düzenlenmiş olan kanuni devirde, yazılı şekil şartı ve alacaklıların rızası aranmamıştır²³⁶.

Son olarak, alacağın devri, bir yargı kararı ile de gerçekleşebilir. Yargısal devir, bir alacağın şekil şartına gerek olmaksızın ve alacaklının irade beyanına ihtiyaç duyulmaksızın, hakim kararı ile üçüncü bir kişiye devir olmasına denilmektedir²³⁷ (TBK m. 185).

Alacağın devri, niteliği itibarı ile sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemidir²³⁸. Alacaklının devir işleminin yapıldığı anda tasarruf yetkisine sahip olması

²³¹ Kocaman, TBK'nun dilinde yapılmış olan sadeleştirmeyi eleştirerek, alacağın temlik kavramından, alacağın sözleşme ile devrinin anlaşıldığını, diğer devir işlemlerinin ise temlik kavramı dışında kaldığını, bu nedenle TBK'da iradi devir ifadesinin karşılığı olarak temlik sözcüğünün muhafaza edilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir. Bkz. Kocaman Arif B., **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü Borç İlişkileri Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi (Temsil – Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme – Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme - Alacağın Devri – Havale)**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2014, s. 259.

²³² Eren, s. 1374.

²³³ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1007; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 240 – 241; Gönen/Gönen, s. 127.

²³⁴ von Tuhr, s. 937; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 347; Şafak Ali/Diren Duygu/Baklacı Çakıroğlu Evren/Öztürk Almaç Tuğçe, **Alacağın Temliki**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 27.

²³⁵ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1007 - 1008; Eren, s. 1373.

²³⁶ von Tuhr, s. 937.

²³⁷ Eren, s. 1373 - 1374.

²³⁸ Dinar, s. 7 vd.

gerekmektedir²³⁹. Bu ilkedan hareketle, eğer alacaklının devre konu alacak üzerinde tasarruf yetkisi yoksa, devir işlemi de, hüküm ve sonuç doğurmaz²⁴⁰.

Alacağın devrinde, devrin yapılabilmesi için herhangi bir engelin bulunmaması gerekmektedir. TBK m. 183 “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir*”.

Alacağın devrinin kanun, sözleşme veya işin niteliği gereği engellenebileceğini hükme bağlamıştır²⁴¹. Buna göre, alacağın devri kanun ile yasaklanmış olabilir. Devir yasağına ilişkin olarak, TBK ve TMK’da hükümler öngörülmüştür. Ayrıca bu konuda özel kanunlarla getirilmiş hükümler de mevcuttur²⁴². Örneğin, TMK m. 25/IV manevi tazminat isteminin devredilebilmesi için, borçlu tarafından bu devre rıza gösterilmesi gerektiği, aksi halde devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

TBK m. 183 uyarınca alacağın devri sözleşme ile yasaklanmış olabilir. Taraflar aralarındaki hukuki münasebetten doğan alacaklara ilişkin sözleşmeye devir yasağı koyabilirler²⁴³. Bu yasak alacağın tamamı için konulabileceği gibi, kısmen de konulabilecektir²⁴⁴.

TBK m. 183’ün devir yasağına ilişkin hüküm altına aldığı son husus ise, hukuki ilişkinin niteliğine göre devri yasak olan alacaklardır. Burada alacaklının kişiliği ön plandadır. Alacaklının değişmesi, alacağın içeriğinin ve amacının değişmesi anlamına

²³⁹ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 341; Eren, s. 1375; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1008 - 1009; Dinar, s. 8.

²⁴⁰ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 341 – 342; Eren, s. 1375.

²⁴¹ von Tuhr, s. 904.

²⁴² Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1012; Eren, s. 1383.

²⁴³ Dinar, alacağın devrinde taraflarca temlik yasağı öngörülmek isteniyorsa bu hususun, açıkça kararlaştırılmak sureti ile sözleşmeye konulması gerektiğini, böyle bir sözleşmenin zımnen yapılamayacağını, en azından taraflardan biri tarafından açıkça bu hususta irade beyanının bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Dinar, s. 38 ve 110.

²⁴⁴ Eren, s. 1384.

geleceğinden, bu tür alacakların işin niteliği gereği devri yasaktır. Bunun tipik örneği nafaka alacağıdır²⁴⁵.

Alacağın devri, ivazlı (bir edim karşılığı) veya ivazsız (bir edim karşılığı olmaksızın) olabilir²⁴⁶. Alacağın devri bir edim karşılığında yapılmışsa, TBK m. 191/I hükmü, devredene bir garanti borcu yüklemektedir. Buna göre, devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş sayılacaktır²⁴⁷. Diğer taraftan alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmişse, TBK m. 191/II'ye göre, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacaktır. Alacağın kanun gereği bir başkasına geçmesinde de, TBK m. 191/II aynen uygulanacaktır.

Yapılan açıklamalar ışığında alacağın devri ile ticari işletmenin devri kurumlarına bakıldığında, ticari işletmenin devrinde, hem alacakların, hem de borçların devri söz konusudur. Böylece, hem alacaklı taraf, hem de borçlu taraf değişmektedir. Alacağın devrinde ise, borç ilişkisinin yalnızca alacaklı tarafı değişmektedir.

Her iki kurum arasındaki bir diğer fark da, sorumlulukta ortaya çıkmaktadır. Alacağın devrinde, devir bir edim karşılığında yapılmışsa, devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş sayılacaktır (TBK m. 191/I). Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacaktır

²⁴⁵ Eren, s. 1384; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 245; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 1012.

²⁴⁶ Eren, s. 1380.

²⁴⁷ TBK m. 191 ile bir edim karşılığı yapılan devirde alacak devredeninin sorumluluğu BK'daki düzenlemeye göre artırılmıştır. BK'da alacak edim karşılığı devredilmişse, devredeninin yalnızca alacağın varlığından sorumlu olacağı, borçlunun ödeme gücünden sorumlu olması için ise, bunu taahhüt etmesi gerektiği, etmemiş ise, borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacağı, alacak bir edim karşılığı olmadan devredilmişse bu halde devredeninin alacağın varlığından dahi sorumlu olmayacağı hükmü vardı. Bkz. Öz Turgut, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s. 29.

(TBK m. 191/II). Ancak ticari işletmenin devrinde durum biraz daha farklıdır. Devredenın sorumluluğu, müteselsil borçlu olarak, devralanla birlikte iki yıl daha devam eder (TTK m. 202/II).

Alacağın devri ve ticari işletmenin devri kurumlarının arasındaki belirtebileceğimiz son fark, devir dayanaklarına ilişkindir. Alacağın devri, yukarıda da açıkladığımız üzere üç yolla gerçekleşmektedir. Bunlar sözleşme, kanun hükmü veya işin niteliği gereğidir. Ticari işletmenin devri ise, TBK m. 202 hükmü gereğince, yalnızca devir sözleşmesi ile gerçekleşmektedir.

4. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

TTK’da ticaret şirketlerinin birleşmesinin tanımlandığı bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, TTK m. 136’da, bu ortaklıkların birleşmesine ilişkin detaylı düzenleme yer almaktadır. Hüküm uyarınca²⁴⁸;

- Birleşmede bir devralan ve bir veya daha fazla devrolunan ticaret ortaklığı vardır.
- Devralan ticaret ortaklığı ya mevcuttur ya da bu birleşme için özellikle kurulur.
- Birleşme ile bir veya daha fazla ticaret ortaklığının malvarlığı, devralan ticaret ortaklığı tarafından tasfiye edilmeksizin devralınır ve devralan ortaklığının malvarlığı içine dahil olup bütünleşir.
- Bu birleşme ile devrolunan ortaklığın malvarlığı karşılığında, taraflarca belirlenmiş olan değişim oranına göre devralan ortaklığın payları, devrolunan ortaklık tarafından kendiliğinden iktisap edilir.

²⁴⁸ Tekinalp Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme)**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2015, s. 680.

- Devrolunan ortaklık sona erer.

TTK’da konuya ilişkin detaylı düzenleme dikkate alınarak birleşme, doktrin tarafından kapsamlı şekilde tanımlanmıştır. Buna göre birleşme, bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlıklarının tasfiye edilmeksizin, mevcut veya yeni kurulan bir ticaret ortaklığı tarafından devralınması, bu devre konu malvarlığının külli halefiyet yolu ile kendiliğinden geçmesi ve devredilen malvarlığının karşılığı olarak devreden ortaklığın ortaklarının, devralan ortaklığın bünyesinde kendiliğinden ortaklık payı alması olarak tanımlanmaktadır²⁴⁹.

Şirketlerin birleşmelerinde pek çok etken rol oynayabilir. Bu etkenlerin her şirket bakımından önemi ve sıralaması farklılık yaratabilecektir. Şirket birleşme nedenleri arasında, finansal etkenler, şirketler topluluğunun yapısının yeniden organize edilmesi, ölçek ekonomilerinden ve/veya vergi avantajlarından yararlanma, faaliyette bulunduğu piyasaya hakim olma ve rekabeti kendi koşullarına uydurma yolu ile arz ve talebi düzenleme, yeni pazarlara girme ve üretim alanını değiştirme, piyasada tanınmışlığı ve kullanımı yüksek olan fikri haklar elde etme ve psikolojik nedenler sayılabilecektir²⁵⁰.

Ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin hükümler ve bu hükümler uyarınca doktrin tarafından yapılmış olan tanımdan da açıkça görüldüğü üzere, birleşmede üç ana ilke benimsenmektedir. Bunlardan ilki, malvarlıklarının birleşmesi ilkesidir. TTK m. 136/IV “birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır...” hükmünü içermektedir. Burada yer alan “devralır” kelimesi, birleşme

²⁴⁹ Türk, s. 37; Tekinalp, s. 681; Bahtiyar Mehmet, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Genel Hükümleri**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014, s. 21; Develi Bilge, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Sayı 1 – 2, Ankara, 2013, s. 445; Göktürk Kürşat, **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci Ve Bazı Sorunlar**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, S. 1 – 2, Ankara, 2013, s. 635; Çelikboya, s. 88.

²⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. İpek Kayalı Fena, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler**, Vedat, İstanbul, 2014, s. 22.

işlemine atıfta bulunur. Birleşen şirketlerin malvarlıkları birleşmiyorsa, burada TTK m. 136 anlamında bir birleşmeden söz edilemez²⁵¹. Devrolunan malvarlığının geçmesi, birleşmenin tescilinin bir sonucudur. Bu bakımdan, birleşme, ipso iure gerçekleşir²⁵². Birleşmede devrolunan ortaklığın tüm malvarlığı, bir bütün halinde ve zorunlu olarak devralan ortaklığa geçer²⁵³. Eğer ticaret şirketine ait bir malvarlığı unsurunun birleşme kapsamı dışında tutulması isteniyorsa, yani devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçmesi istenmiyorsa, o halde bu malvarlığı unsurunun, birleşme öncesinde, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarından çıkarılmış olmaları gerekmektedir²⁵⁴. Ticari işletmenin devrinde ise, tüm malvarlığının veya tüm ticari işletmelerin devri zorunluluğu bulunmamaktadır²⁵⁵. Ticari işletmenin devrinde, taraflar sözleşme ile bir kısım malvarlığı unsurlarını işlem dışı bırakabilmektedirler (TTK m. 11/3).

Bir diğer ilke, külli halefiyet²⁵⁶ ilkesidir. Bu ilke uyarınca, birleşen şirketlerin malvarlıkları, tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devralan şirkete geçer. Buradaki geçiş külli halefiyet ilkesine göre kendiliğinden gerçekleşir²⁵⁷. TTK m. 136/4 “*Birleşmeyle devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır...*” hükmü ve ayrıca TTK m. 136/3 “*Birleşme, devrolunan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir...*” hükmü, külli halefiyet ilkesini ifade etmektedir²⁵⁸.

²⁵¹ Bahtiyar, **Makale Şirketler**, s. 23.

²⁵² Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 685.

²⁵³ Türk, s. 75; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 685; Bahtiyar, **Makale Şirketler**, s. 23; Çelikboya, s. 91.

²⁵⁴ Türk, s. 75; Çelikboya, s. 91.

²⁵⁵ Türk, s. 75; Çelikboya, s. 91.

²⁵⁶ “*Bir kişiye ait malvarlığı unsurlarının, kanunda öngörülmuş özel devir şekillerine uyulmaksızın tek bir olgu ile bir bütün halinde başkasına veya başkalarına geçmesidir.*” Tanım için bkz. Tekinalp, s. 685.

²⁵⁷ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 685; Bahtiyar, **Makale Şirketler**, s. 23 – 24; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 194 – 195; Çelikboya, s. 89.

²⁵⁸ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 685; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 194 – 195.

eTTK'dan farklı olarak, TTK ile ticari işletmenin devrinde, kısmi külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Böylece ticari işletmenin devrinde, malvarlığı unsurları bir bütün halinde, tek bir işlem ile devralana geçecektir²⁵⁹. Bu yönü ile ticari işletmenin devri ve ticaret şirketlerinin birleşmesi birbirine benzerdir.

Birleşmenin ana ilkelerinden sonuncusu ise, ortaklığın, ortaklık payının ve haklarının sürekliliği ilkesidir. TTK m. 140/1 “Devrolunan şirketin ortaklarının, mevcut ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları vardır...” hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm, ortaklık haklarının sürekliliği olarak nitelendirilmektedir²⁶⁰. Birleşmede, devredilen ortaklığa ait malvarlığının karşılığında, devreden ortaklığın ortaklarına, devralan ortaklığın ortaklık hakları verilmektedir. Bu haklar, devrolunan ortaklıktaki pay ve hakları karşılayacak değerde olmalıdır²⁶¹. Birleşmeye hakim olan bu ilkenin²⁶² yarattığı sonuç, birleşme ile ticari işletmenin devrini birbirinden ayıran unsur olarak görülmektedir²⁶³. Ticari işletmenin devrinde, devrin karşılığı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilmektedir. Bu kapsamda, devredene satış bedeli ödenmektedir²⁶⁴. O

²⁵⁹ Çelikboya, s. 89.

²⁶⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 685; Develi, s. 445; Göktürk, s. 642.

²⁶¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 686; Göktürk, s. 642.

²⁶² TTK'da süreklilik ilkesi, ortakların menfaatlerinin korunması bakımından birleşmenin temeli olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık ortaklık haklarının sürekliliği ilkesi, mutlak uygulama kabiliyeti olan bir kural değildir. TTK m. 141 uyarınca, taraflar birleşmede ayrılma akçesi öngörebilirler (TTK m. 141/1) veya ayrılma akçesini zorunlu tutabilirler (TTK m. 141/2). Bu halde, devreden ortaklığın ortakları devretmiş oldukları malvarlığı karşılığına denk gelen tutarda ayrılma akçesini devralan ortaklıktan ortaklık hakkı yerine alacaklardır. Detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 699 – 704; Develi, s. 446 vd.; Ayrılma akçesi ve hesaplanması ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Şahin Ayşe, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat, İstanbul, 2013, s. 196 – 209; Semerci Vuraloğlu, TTK uygulaması bakımından, ayrılma akçesinin taraflarca kararlaştırılmasının ihtiyari bir durum olduğu, ancak bunun istisnasını TTK m. 155/2-a'nın oluşturduğunu, hüküm uyarınca, devralan sermaye şirketinin, devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahip olması halinde, azınlıkta kalan pay sahipleri için TTK m. 141 uyarınca, ortaklık paylarının gerçek değerine denk nakdi bir karşılık verilmesinin önerilmiş olmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bkz. Semerci Vuraloğlu Tuğba, **Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı**, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 15, dn. 30.

²⁶³ Çelikboya, s. 89.

²⁶⁴ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36.

nedenle, ticari işletmeyi devreden ortaklığın ortaklarının, ticari işletmeyi devralan ortaklıkta ortaklık hakkı talep etmesi/alması söz konusu olmayacaktır²⁶⁵.

Ortaklık payının ve haklarının sürekliliği ilkesinin bir sonucu olarak birleşmede, malvarlığını devralan ortaklığın ortaklık haklarının, malvarlığını devreden ortaklığın ortaklarına belli bir oranda verilmesi doğal olarak, ortaklık yapısında bir değişikliğe sebep olacaktır. Çünkü ticaret şirketlerinin birleşmesinde, tüm malvarlığı devrolunduğu gibi, ortaklarda aynı çatı altında²⁶⁶ toplanmaktadır²⁶⁷. Buna karşılık ticari işletmenin devrinde, yalnızca malvarlığı devri söz konusudur. Başka bir anlatımla, işletmeyi işleten şirketi ve onların ortaklarını yani şahıs unsurunu etkilememektedir. Böylece ilgili şirketler ve ortaklar, ayrı kalmaya devam etmektedir²⁶⁸.

TTK birleşmeler bakımından, hangi şirketin hangi şirket ile birleşebileceği hususunda bir sınırlama getirmiştir. TTK m. 137’de, geçerli olan birleşmeler üç grup halinde belirlenmiştir²⁶⁹. Hükme göre, sermaye şirketleri, (sermaye ortaklıkları, kooperatifler ve devralan ortaklık olması şartıyla kollektif ve komandit ortaklıklarla); Şahıs şirketleri, (şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle ve devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle); kooperatifler, (kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle) birleşebilirler. Ticari işletmenin devrine bakıldığında, böyle bir sınırlamanın olmadığı

²⁶⁵ Türk, s. 81.

²⁶⁶ Birleşmede, aynı çatı altında toplanılmak istenmiyor ise, burada devralan ortaklık payları ile ayrılma akçesi arasında seçim yapılması imkanı tanınmaktadır. Ayrılma akçesinin seçilmesi durumunda, devralan, payları gerçek değer üzerinden satın almak zorunda kalmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Semerci Vuraloğlu, s. 15 vd., ayrıca s. 111 vd.

²⁶⁷ Türk, s. 60; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Çelikboya, s. 90.

²⁶⁸ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 41; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; İpek Kayalı, s. 27.

²⁶⁹ Sınırlama ile ilgili olarak Tekinalp, “*Dernek, vakıf, aile vakfı (TMK m. 372) ve sendika ticaret ortaklıkları ile birleşemez. Gerek İsv. BirK., gerek Alm. YDK, dernek vakıf gibi diğer tüzel kişilerin de ticaret ortaklıkları ile birleşmesini geçerli sayıp düzenlemiştir. Bu tür birleşmeler için tüm yapısal değişiklikleri kapsayan bağımsız bir kanuna ihtiyaç vardır. TTK bu tür düzenlemelere uygun değildir. Kanun kamu tüzel kişilerinin, özel hukuk kurallarına tabi olsalar da ticaret ortaklarıyla birleşmelerine izin vermemiştir.*” görüş ve önerileri belirtmektedir. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 689.

görülmektedir. Nitekim her gerçek veya tüzel kişi, ticari işletmesini başka bir gerçek veya tüzel kişiye herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın devredebilmektedir²⁷⁰.

Son olarak, birleşmede, alacaklıları koruyan özel hükümler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, alacakların teminat altına alınması başlıklı TTK m. 157 *“Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde istemde bulunurlarsa, devralan şirket bunların alacaklarını teminat altına alır...”* hükmüdür²⁷¹. Bir diğer koruyucu hüküm de, ortakların kişisel sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi başlıklı TTK m. 158 *“Devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır...”* hükmüdür.

Birleşmede görüldüğü üzere, alacaklar teminat ile garanti altına alınmıştır. Ticari işletmenin devrinde ise, durum biraz farklıdır. Ticari işletmenin devrinde, devreden işletme, borçlarından, devralan ile birlikte iki yıl süre ile müteselsil olarak sorumlu olmaya devam etmektedir (TTK m. 202). Ancak burada, devralana, borçlara ilişkin herhangi bir teminat yükümlülüğü getirilmemiştir. Ayrıca, birleşmede, alacaklılar ve birleşmeye katılan ortaklıkların ortaklarını koruyan özel davalar bulunmaktadır²⁷².

²⁷⁰ Çelikboya, s. 91.

²⁷¹ Tekinalp, Birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren hak talebinde bulunabilmenin amacının *“Kanun, süreç devam ederken birleşmenin alacakların ödenmesi veya güvence altına alınması ile meşgul edilmemesi, kesilmemesi, gecikmemesi gerektiğinden hareket etmiştir.”* olduğunu belirtmektedir. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 720 – 721.

²⁷² Birleşme, bölünme ve tür değiştirmede açılacak davalara şirket paylarının ve haklarının incelenmesi davası (TTK m. 191), iptal davası (TTK m. 192) ve sorumluluk davası örnek gösterilebilecektir. Bkz. Erdem Ercüment, **Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, İstanbul, 2013, s. 114 vd.; İptal davası ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Narbay Şafak/Kesici Buğra, **Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015/1, Ankara, 2015, s. 108 vd.

Ancak ticari işletmenin devrinde, devreden ticaret şirketinin ortakları bakımından böyle özel bir koruma imkanı getirilmemiştir²⁷³.

Ticari işletmenin devrinde, devreden ortaklığın ortaklarının korunması bakımından özel bir düzenleme getirilmemiş olmasına karşın, bu ortaklar genel hükümler çerçevesinde korunabileceklerdir. Örneğin; esas sermayenin taahhüt edilmesi, sermaye artırımında sermayenin ve ilgililerin korunması, taahhüt edilen payların geri ödenmesi yasağı, yedek akçe ayrılması yükümüne ilişkin koruyucu kurallar²⁷⁴, anonim ortaklık tarafından gerçekleştirilecek ticari işletme devirleri açısından uygulanabilecektir.

5. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi ile Birleşmesi

TTK'nın ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme başlıklı m. 194/1'de bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketi ile birleşmesi düzenlenmiştir. Burada birleşmeye ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Hüküm uyarınca, ticari işletmenin devrolunan, ticaret şirketinin de devralan olması gerekmektedir²⁷⁵. Bu durumda ayrıca, TTK m. 194/1 *“Bu halde devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ila 140, 142 ila 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ila 193 üncü madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.”* hükmünü içermektedir.

TTK tasarısında komisyon tarafından, ticari işletme ile ilgili olarak birleşme ve tür değiştirme konusunda herhangi bir hüküm düzenlenmemiştir²⁷⁶. Ancak daha sonra alt komisyon tarafından *“Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketine dönüşmesi ihtiyacı doğabilir. Muhtemel birleşme*

²⁷³ Çelikboya, s. 92.

²⁷⁴ Coştan Hülya, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009, s. 19 vd.

²⁷⁵ Poroy/Yasaman, s. 47; Sarıca Ayşe, **Ticaret Hukuku (Ticari İşletme Hukuku, Şirketler Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku)**, 01.07.2012 Tarihinde Yürürlüğe Giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış 10. Baskı, Savaş, Ankara, 2016, s. 10.

²⁷⁶ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 172.

veya tür değiştirme durumunu göz önüne alarak, bu boşluğu doldurmak amacıyla” konuya ilişkin TTK m. 194, Kanuna eklenmiştir²⁷⁷. Bu madde mehz İsviçre Birleşme Kanunu’nda yer almamaktadır²⁷⁸. İsviçre Hukuku’nda, ticari işletmenin birleşmeye katılmasına gerek olmadığı, malvarlığı devri hükümlerinin geniş uygulama alanından dolayı yeniden yapılandırma hukukunda genel hüküm görevi üstlendiği, böylece ticari işletmelerin yeniden yapılandırılmasının malvarlığı devri hükümleri ile sağlanabileceği belirtilmektedir²⁷⁹.

Ticari işletmenin devri ile bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketi tarafından devralınmak sureti ile birleşmesi karşılaştırıldığında, birleşmede külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu, ticari işletmenin devrinden farklı olarak²⁸⁰, bazı malvarlığı unsurlarının birleşmenin kapsamı dışında bırakılamayacağı esastır. Başka bir ifade ile ticari işletmeye dahil tüm malvarlığı unsurları, bir bütün halinde ticaret şirketi tarafından birleşme ile devralınır²⁸¹.

Her iki kurum arasındaki bir diğer fark, TTK m. 194 hükmü uyarınca, gerçekleşecek birleşmenin kapsamına kişi unsuru da dahildir²⁸². Devredilen malvarlığı karşılığı ortaklık hakları malvarlığını devredenlere verilir²⁸³. Ticari işletmenin devrinde karşı

²⁷⁷ Konu ile ilgili olarak Moroğlu, “Kanunun 137 nci maddesinde ‘Geçerli Birleşmeler’ tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlar arasında 194 üncü maddede öngörülen ‘Ticari işletmelerle ilgili birleşme’ye yer verilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Ayrıca, TTK m. 194 ile m. 11/3 ve TBK m. 202 ve 203 üncü maddeleri arasında gerekli bağlantı ve uyumun sağlanmamış olması hatadır.” bu yönü ile uygulamayı eleştirmiştir. Bkz. Moroğlu, **TTK**, s. 118 – 119. Benzer yönde eleştiri için bkz. Poroy/Yasaman, s. 47.

²⁷⁸ Coşan, s. 36.

²⁷⁹ Ülgen Hüseyin/Arıcı Fatih, **İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri**, Rona Serozan’a Armağan Cilt II, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 1770 – 1771; Çelikboya, s. 92; Ayrıca Çelikboya, TTK m. 194 olmasaydı, TTK m. 11/3 ve şirketler hukukunun genel hükümlerinden faydalanılarak bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinin sağlanabileceğini belirtmektedir. Bkz. Çelikboya, s. 93.

²⁸⁰ Ticari işletmenin devrinde ki düzenleme için bkz. I Bölüm – III Ticari İşletmenin Devri konu başlığı.

²⁸¹ Akçaal, s. 67.

²⁸² Akçaal, s. 67.

²⁸³ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 195; Çelikboya, s. 93 – 94.

edim bir satış bedelinin ödenmesi²⁸⁴ olup, işletme sahibi ve ortaklar devirden etkilenmezler.

Konuya ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer husus da, ticari işletme ile birlikte devredilecek borçlardan doğacak sorumluluğa ilişkindir. TTK m. 194'e göre, ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi durumunda, TTK m. 158 uyarınca, devredenin sorumluluğu üç yıl boyunca söz konusu olacaktır²⁸⁵. Bu sorumluluğa ilişkin istemler, birleşme kararının ilanından itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar (TTK m. 158/2).

6. Ticari İşletmenin Ticaret Şirketine Dönüşmesi

TTK'nın ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme başlıklı m. 194/2 "*Bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde 182 ila 193 üncü maddeler kıyas yoluyla uygulanabilir*"²⁸⁶ hükmü, ticari işletmenin, bir ticaret şirketine dönüşmesini düzenlemektedir²⁸⁷.

Dönüşme (tür değiştirme) kanunda düzenlenmemiş olsa idi, şirketler, çeşitli sebeplerden dolayı farklı bir yapıya geçmek istediklerinde, önce varlıklarını sona erdirmeleri, daha sonra istedikleri türde yeniden bir şirket kurmaları gerekecekti. Bu durum oldukça uzun ve zahmetli bir yöntem olurdu²⁸⁸. Ticari işletmenin bir ticaret

²⁸⁴ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 195.

²⁸⁵ Ticari işletmenin devrinde ki durum için bkz. III Bölüm-I-A-1-a. Devredenin Borçlardan İki Yıl Süre İle Sorumluluğu konu başlığı.

²⁸⁶ Moroğlu ve Kendigelen, hükümde yer alan "... *Kıyas yoluyla uygulanabilir*" ifadesinin, kıyas yoluyla uygulanmayı ilgililerin takdirine bırakması bakımından hatalı olduğu gerekçesi ile bunun "*uygulanır*" olarak düzeltilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bkz. Moroğlu, **TTK**, s. 119; Kendigelen, **TTK**, s. 67.

²⁸⁷ Poroy/Yasaman, s. 48; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 754; Çelikboya, s. 97;

Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 195.

²⁸⁸ Bahtiyar, **Makale Şirketler**, s. 31.

ortaklığına dönüşmesinin²⁸⁹ en önemli şartı, ticari işletmenin bütünlüğünün korunuyor olmasıdır. Yani dönüşümden önce ticari işletmenin içinin boşaltılmamış olması gerekmektedir²⁹⁰.

7. Bölünme

Bölünmede de ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, malvarlığı devri ve borç ilişkisinde taraf değişikliği mevcuttur. Bu nedenle, her iki kurumun karşılaştırılmasının yararlı olacağı tarafımızca değerlendirilmiştir.

Bölünme TTK’da 159 – 179. maddeler arasında düzenlenmiştir²⁹¹. Bununla birlikte, birleşme, bölünme ve tür değiştirme üst başlıklı, yapısal değişikliklerin uygulama alanına dair m. 134/2’de, diğer kanunların, TTK’nın ilgili maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklı tutulmuştur. Ayrıca, konuya ilişkin olarak, yapısal değişikliklerin ortak hükümlerinin yer aldığı TTK m. 191 – 194 hükümleri bulunmaktadır²⁹².

²⁸⁹ Çelikboya, bir ticari işletmenin mevcut bir ticaret ortaklığına devredilmesi halinde ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesinin söz konusu olacağını, ticari işletmenin yeni kurulacak bir ticaret şirketine sermaye olarak getirilmesi halinde ise ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Çelikboya, s. 98.

²⁹⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 754; Göç Gürbüz Diğdem, **Ticaret Şirketlerinin Tür Değiştirmesi**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 13, S. 149, İstanbul, 2015, s. 115.

²⁹¹ 6762 sayılı eTTK’da, bölünme ile ilgili olarak, bir düzenleme yer almamaktaydı. Bunun sebebi olarak da, o dönemde bölünme müessesesinin bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmamış olması ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda, bölünmelerin düzenlenmemiş olması gösterilmektedir. Bkz. İpekel Kayalı Ferna, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi**, Onikilevha, İstanbul, 2020, s. 11; Türk Hukuku’nda bölünmelerle ilgili ilk düzenleme Türkiye Elektrik Kurumu’nun bölünmesi hakkındaki 12.08.1993 tarih ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıdır. Bu karar ile, Türkiye Elektrik Kurumu, tasfiyesiz olarak sona erdirilmiş ve onun yerine TEAŞ ve TEDAŞ olmak üzere iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü oluşturularak, bölünme sağlanmıştır. Bu işlemin dayanağı olarak da, 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 3. maddesi gösterilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Türk Hikmet Sami, **KİT’lerin Bölünmesi**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIII (5-6 Nisan), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996, s. 78.

²⁹² Bölünmelerle ilgili olarak, genel nitelikteki ilk yasal düzenleme anonim ortaklıklar ve limited ortaklıklar bakımından 5422 sayılı mülga KVK ile getirilmiştir (RG. 10.06.1949; S. 7229). Bugün yürürlükte olan KVK, 13.06.2006 tarih ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’dur (RG. 21.06.2006; S. 26205). Bölünme ile ilgili düzenlemenin öncelikli olarak, KVK’da yapılmış olması, bölünmenin maddi hukuk temeli ve şartlarının düzenlenmeden, Vergi Hukuku bakımından, sonuçlarının düzenlenmiş olduğu gerekçesi ile çok eleştiri konusu yapılmıştır. Eleştirilerin ardından, kısmi bölünme işleminin düzenlendiği Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın ortaklaşa yayınladıkları “Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Ortak

TTK’da, bölünmenin tanımı açık olarak yapılmamıştır. Buna karşılık bölünmenin türleri olan tam bölünme ve kısmi bölünmenin ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir (TTK m. 159). Hükümden hareketle, doktrin tarafından, çeşitli bölünme tanımları yapılmıştır²⁹³. Bölünme genel olarak, bir şirketin, malvarlığının tamamını veya bir bölümünü, başka şirket veya şirketlere, külli intikal yolu ile devretmesi ve devreden şirket veya ortaklarına, devralan şirket veya şirketlerin paylarının verilmesi şeklinde bir yeniden yapılandırma olarak tanımlanabilecektir.

Kanun koyucu TTK m. 159/1’de, bölünme işlemi tam ve kısmi bölünme olmak üzere iki tür olarak tanımlamaktadır. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılıp, mevcut veya yeni kurulacak olan bir ya da birkaç şirkete devredilir. Bölünen şirket, tasfiyesiz bir şekilde ortadan kalkar. Devreden şirketin ortakları, devralan şirketin/şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler²⁹⁴.

Kısmi bölünmede ise, şirketin malvarlığından bir veya birden çok bölüm ayrılıp, mevcut ve/veya yeni kurulmuş diğer ortaklıklara devredilir. Bölünen şirket veya ortakları, devralan şirket paylarını ve haklarını iktisap ederek, devralan şirketin ortağı haline gelir²⁹⁵. Kısmi bölünmede, bölünen şirket ortadan kalkmaz. Elinde kalan malvarlığı değerleriyle varlığını sürdürür²⁹⁶. Ayrıca, bölünen şirket, devredilen malvarlığı karşılığında alacağı pay ve haklarla yavru ortaklık da oluşturabilir²⁹⁷.

Tebliğ” bulunmaktadır. Bkz. Bahtiyar Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 70; Konunun eleştirisi için bkz. İpek Kayalı, **Bölünme**, s. 12 – 13.

²⁹³ Tanımlar için bkz. İpek Kayalı, **Bölünme**, s. 7 - 9.

²⁹⁴ Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 70; Erdem Ercüment, **Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi – Tür Değişiklikleri**, Bankacılar Dergisi, S. 79, İstanbul, 2011, s. 81.

²⁹⁵ Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 70; Erdem, **Bölünme**, s. 81.

²⁹⁶ Erdem, **Bölünme**, s. 81.

²⁹⁷ Bahtiyar, TTK m. 159/1-b’nin ifadesinin, devralan şirketteki pay ve hakların bölünen şirkete edinilmesinin, her halde yavru şirket oluşturmaya yol açacağı gibi bir izlenime sahip olduğunu belirtmek sureti ile metni eleştirmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 70.

Bölünme, şirketlerin mevcut malvarlıklarını değerlendirerek, atıl kapasitelerinden kurtulma ve daha verimli çalışma düzenine geçme ve bununla birlikte, devredilen malvarlığı unsurlarını, devirden sonra da kontrol edebilme imkanı sunan bir müessesedir²⁹⁸. Uygulamada en sık rastlanan bölünme nedenleri, şirketlerin ortaklık yapılarını değiştirmeleri, başlangıçta aynı şirket bünyesinde yürütülmekte olan faaliyet alanlarının (üretim ve pazarlama gibi) gelişen şartlar dahilinde uzmanlaşmaya gidilerek, ayrıştırılmak istenmesi, malvarlığı unsurlarının, kısmen veya tamamen elden çıkartılmak suretiyle, verimli olmayan faaliyet alanlarından çıkılması, belirli faaliyet alanlarında yoğunlaşarak, uzmanlaşılması ve özel sektörel düzenlemelerin tüm faaliyet alanına getirdiği yükten kurtulmak istenmesi şeklinde sıralanabilecektir^{299, 300}.

Bölünme müessesesinin unsurları/ilkelere bulunmaktadır. Bunlar; malvarlığının kısmen veya tamamen bölümlere ayrılması, tasfiye yapılmaması ve bölünen şirkete veya ortaklarına pay ve haklarının verilmesi olarak başlıklandırılabilir³⁰¹.

Malvarlığının kısmen veya tamamen bölümlere ayrılması: Bölünen şirketin malvarlığı, tam bölünmede bütünüyle, kısmi bölünmede ise kısmen, kendi içinde iktisadi ve kullanım amacı bakımından bütünlük oluşturacak şekilde bölümlere ayrılmaktadır³⁰².

²⁹⁸ Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 69; Erdem, **Bölünme**, s. 80.

²⁹⁹ İpek Kayalı, **Bölünme**, s. 21.

³⁰⁰ Erdem, bölünmenin esas itibarı ile bir devralma işlemi olduğunu, nitekim yeni kurulan ve/veya mevcut şirketin devralma yaptığını, dolayısıyla bölünme işleminde de RKHK'nın öngördüğü izin sisteminin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Erdem, **Bölünme**, s. 86; Bölünme işlemi ile ilgili olarak, TTK'da (birleşme olduğu gibi TTK m. 153/3), RKHK hükümlerinin saklı tutulduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bölünmeye, devralan tarafından bakıldığında, bir birleşme işleminin gerçekleştiği söylenebilecektir. Bu bakımdan, bölünmede de RKHK'nın öngördüğü izin sisteminin, ciro eşikleri dikkate alınmak suretiyle uygulanmasının uygun olacağı kanaatindeyiz; İpek Kayalı ise, bölünmenin Rekabet Hukuku ile ilgili farklı bir hususuna değinmiştir. Bölünmenin bazı hallerde, Rekabet Kurumu tarafından, birleşmeler bakımından bir ön şart olarak ileri sürülebileceğini, bölünme şartı gerçekleşmediği takdirde, talep edilen birleşmeye izin verilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. İpek Kayalı, **Bölünme**, s. 24.

³⁰¹ Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 70 - 71.

³⁰² Demir, bölünmeye konu malvarlığı unsurlarının tespitinin tarafların seçimlerine bırakıldığını, sadece aktiflerin naklinin de kararlaştırılabileceğini, burada dikkat edilecek hususun bölünmenin, bölünen şirketin borca batması ile sonuçlanmaması olduğunu, aktif ve pasif malvarlığı unsurlarının bir arada devri halinde, aktif tutarın, pasif tutarı geçmesi gerektiğini belirtmiş ve son olarak, devri şekle tabi örneğin,

Tasfiye yapılmaması: Tam bölünen şirket tasfiyesiz infisah eder (TTK m. 179/3)³⁰³.

Kısmi bölünmede, bölünen şirket, elinde kalan malvarlığı ile faaliyetine devam ettiğinden zaten bir tasfiye söz konusu değildir (TTK m. 179/4).

Bölünen şirkete veya ortaklarına, pay ve hakların verilmesi (şirket payının devamlılığı ilkesi): Bölünen şirkete veya ortaklarına, devralan şirketin payları ve diğer hakları verilir (TTK m. 161/1). Ortakların mevcut payları korunuyorsa oranların korunduğu³⁰⁴, aksi takdirde oranların korunmadığı³⁰⁵ bölünme söz konusu olur (TTK m. 161/2-a, b).

Bölünmede, devrolunan ortaklığın malvarlığının devri kısmi külli halefiyet ilkesi kapsamında, bölünmenin geçerli olması ile birlikte kanundan kaynaklanan şekilde (ipso iure) ve tek bir işlemle (uno actu) gerçekleşmektedir³⁰⁶.

TTK'da bölünme ile ilgili olarak, bir sınırlama getirilmiştir. TTK m. 160'da, geçerli bölünmeler düzenlenmiştir. Buna göre, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin, sermaye şirketleri ve kooperatiflere bölünebileceği belirtilmiştir. Hüküm uyarınca, şahıs şirketleri bölünememektedir³⁰⁷. Bu durumu aşmak isteyen şahıs şirketleri, önce sermaye şirketine dönüşmekte, ardından da istenilen bölünmeyi yapabilmektedirler³⁰⁸.

taşınmaz, marka, motorlu taşıt vb. unsurların kalem kalem belirlenmesinin tescil işlemleri bakımından fayda sağlayacağını ifade etmiştir. Bkz. Demir Koray, **Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi**, Beta, İstanbul, 2017, s. 17.

³⁰³ Kural olarak sona eren bir şirket tasfiye haline girmektedir (TTK m. 533/1). Tasfiye olmaksızın infisah, kanunda açıkça düzenlenmiş olan haller için söz konusu olan ve istisnai bir durumdur. Bölünmenin bir türü olan tam bölünme halinde, tasfiyesiz sona erme söz konusudur. Bkz. İpek Kayalı, **Bölünme**, s. 20.

³⁰⁴ Bazı yazarlarca, simetrik bölünme veya eşdeğer bölünme şeklinde tanımlanmaktadır. Simetrik bölünmedeki pay dağılımı ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Demir, **Bölünme**, s. 27 – 29.

³⁰⁵ Bazı yazarlarca asimetrik bölünme olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Erdem, **Bölünme**, s. 882; Demir, **Bölünme**, s. 29; Asimetrik bölünme ve sonuçları ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Özçelik Pelin, **Ticaret Şirketlerinde Asimetrik Bölünme ve Sonuçları**, Mali Hukuk Dergisi, Cilt 17, S. 197, 2021, s. 1284 -1285.

³⁰⁶ Erdem, **Bölünme**, s. 81.

³⁰⁷ Bahtiyar, TTK'da yer alan şahıs şirketlerinin bölünmemesine ilişkin yasaklamanın, İsviçre Hukuku bakımından, tutarlı olduğunu, çünkü İsviçre Hukuku'nda, şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği bulunmadığını, ancak bunun TTK bakımından, izaha muhtaç bir durum olduğunu belirtmiş olup düzenlemeyi eleştirmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 71; Aynı yönde bkz. Moroğlu, **TTK**, s. 103.

³⁰⁸ Erdem, şahıs şirketleri bakımından izlenen bu ikili aşamanın süre bakımından uzun olduğu ve amaca tam olarak hizmet etmediği gerekçesi ile konuyu eleştirmektedir. Bkz. Erdem, **Bölünme**, s. 81.

Bölünmede belirtilmesi gereken bir husus da, alacaklıların korunması bahsidir. Kanun koyucu, TTK 173 – 175 maddeleri arasında bölünmede alacaklıların korunmasını düzenlemiştir. Bölünmede alacaklıların korunmasının nedeni olarak, tam bölünmede, borçlunun ortadan kalkması ve devralan şirketin yeni borçlu halini alması, kısmi bölünmede ise, bölünen şirketin malvarlığının küçülmesi, yerine göre sermayenin azalması, böylece, alacaklıların başvurabilecekleri kaynakların daralması gösterilmektedir³⁰⁹. Bunların önüne geçilmesi bakımından, kanun koyucu alacaklıları korumak amacıyla, bölünme kararından önce alacaklıların teminat ile güvence altına alınmasını (talep halinde) bir zorunluluk olarak düzenlemiştir (TTK m. 175/1 – 173/1). Alacaklıların korunması ile ilgili olarak, TTK m. 176’da, ayrıca, bölünmeye katılan şirketlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. TTK m. 176’da, kendisine borç tahsis edilen şirket birinci derece sorumludur. Eğer bu şirket borcunu ifa etmezse, ve şartları da varsa katılan şirketler de ikinci derece ve müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Yapılan açıklamalar ışığında, bölünme ile ticari işletmenin devri kurumlarına bakıldığında, bölünmede, şirket payının devamlılığı ilkesi vardır. Bu kapsamda, bölünen şirkete veya ortaklarına, devralan şirketin payları ve diğer hakları verilir. Buna karşılık, ticari işletmenin devrinde, ivaz kararlaştırılmış ise, devredene ticari işletme için kararlaştırılmış olan ivaz verilmektedir. Ticari işletmenin devrinde, ivaz şartı bulunmamakta olup taraflar ticari işletmenin devrini ivazsız olarak da gerçekleştirebilirler.

Bölünmede, özellikle kısmi bölünmede, bölünen (devredilen) malvarlığının bağımsız bir bütün oluşturması aranmamakta olup iktisadi ve amaca uygun olacak şekilde bir bütün oluşturmasından bahsedilmektedir. Ticari işletmenin devrinde ise, devredilen

³⁰⁹ Erdem, **Bölünme**, s. 85.

ticari işletmenin bir bütün olarak, ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredilmesi aranmaktadır.

Bölünme ve ticari işletmenin devrine ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir diğer fark da, alacaklıların korunması rejiminde kendini göstermektedir. Ticari işletmenin devrinde, devreden ve devralan bakımından, müteselsil sorumluluk öngörülmekte olup, bunun dışında alacaklıların korunmasına yönelik örneğin, teminat müessesesi düzenlenmemiştir. Buna karşılık, bölünmede, alacaklıların belirlenmiş olan süre içerisinde teminat talep etmeleri halinde, bölünme kararı alınmadan önce alacaklıların teminat ile güvence altına alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bölünme ve ticari işletmenin devri arasındaki farklar ile ilgili olarak, belirteceğimiz son husus, her iki kurum bakımından getirilmiş olan müteselsil sorumluluğa ilişkindir. Ticari işletmenin devrinde, devreden ve devralan doğmuş ve doğacak borçlardan dolayı müteselsil olarak sorumludurlar. Alacaklı, alacağını tahsil etmek istediğinde hangi borçluya gitmek isterse, ona başvurabileceği gibi, tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile, her iki borçluya aynı anda da başvurabilecektir. Buna karşılık, bölünmedeki müteselsil sorumluluk müessesesi biraz farklılık arz etmektedir. Bölünmedeki müteselsil sorumluluk, ikinci derecededir. Bu sebeple, bölünmedeki müteselsil sorumluluk, asıl borçlunun borcunu ifa edememesi durumunda devreye girmektedir. İkinci derecedeki sorumluluğun şartları bulunmaktadır. Öncelikle alacağın teminat altına alınmamış olması ve TTK m. 176/2'deki, şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir (TTK m. 176).

8. İşyeri Devri

İşyeri kavramı, İşK'nun tanımlar başlıklı m. 2/1'de “...İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte

örgütlendiği birime işyeri denir.” şeklinde tanımlanmıştır³¹⁰. Tanımdan hareketle işyerinin unsurları maddi unsur, gayri maddi unsur, iş gücü, teknik amaç ve organizasyon olarak belirlenebilecektir³¹¹. Görüldüğü üzere, işyeri ve ticari işletme kavramlarının ortak ve birbiri ile iç içe geçmiş unsurları bulunmaktadır. Bu bakımdan işyeri ve ticari işletme kavramlarının karşılaştırılması hususu uygun görülmüştür.

İşyeri kavramı da, tıpkı ticari işletme kavramı gibi, kanunda merkez noktada bulunmaktadır. İşK hükümlerinin birçoğu, işyeri kavramı üzerinden düzenlenmiştir. Örneğin; işyerinde meydana gelen bir kaza, iş kazası olarak nitelendirilir; iş güvencesi belirlenirken, işyerinde çalışan işçi sayısı esas alınır; bir diğer örnek, yıllık ücretli izin hakkı belirlenirken, işyerinde en az bir yıl çalışma şartı aranır³¹².

İşyeri ve ticari işletme kavramları birbirine yakın ve ortak noktaları olmalarına karşın, bu iki kavramın ayrıldığı çeşitli hususlar da bulunmaktadır. Ticari işletme, malvarlığı yönü ile ticaret hukuku ve iktisat biliminin konusu olup, iş hukukunda ikinci plandadır. İş hukuku, ticaret hukukundan farklı olarak, ticari işletmenin malvarlığı yönü ile değil, bu malvarlığının yöneltildiği amacın gerçekleşmesine hizmet eden işçilerin sorunları

³¹⁰ İşyerinin sadece işin fiilen yapıldığı yer ile sınırlı olmadığı, kullanılmakta olan araçların, eklentilerin ve işyerine bağlı yerler ile birlikte iş organizasyonunun oluşturduğu bir bütün işyeri olarak kabul edilmektedir. Bkz. Süzek Sarper, **İş Hukuku**, 15. Baskı (Tıpkı Basım), Beta, İstanbul, 2018, s. 193-194; Aydın İbrahim, **Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları**, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, Ankara, 2001, s.43; Sönmez Tatar Gülsüm, **İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi**, Tühis Yayınları, Ankara, 2011, s. 8; Birinci Uzun Tuba, **İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Bakımından 2001/23EC Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi İle 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Karşılaştırılması**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 115, Ankara, 2014, s. 364 – 365; Araçların işyerinden sayılabilmesi için yapılan iş ile ilgili olması gerektiğini, bunların mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içerisinde bulunmasının zorunlu olmadığını, hatta mülkiyetinin dahi işverenden başka birisine ait olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Köseoğlu Cengiz Ali, **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi**, Beta, İstanbul, 2004, s. 9 vd.

³¹¹ Doğan Yenisey Kübra, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 17 vd.; Özkaraca Ercüment, **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 2008, s. 9 – 10.

³¹² Birinci Uzun, s. 363 – 371.

ile ilgilenir³¹³. Genel bir ifadeyle iş hukuku, işyeri ve işyerinde çalışanlarla, ticaret hukuku ise, ticari işletme ile ilgilidir.

Ticari işletme, işyerinden daha geniş bir kavram olup, bir veya daha fazla işyerini³¹⁴ kapsayabilen bir organizasyon bütünüdür³¹⁵. İşyeri ise, daha çok işin yapıldığı, yani teknik üretim birimidir³¹⁶. Bu bakımdan, ticari işletme, iktisadi faaliyeti bir bütün olarak ele alan, daha geniş bir tanıma sahiptir³¹⁷.

Her iki kavramın farklılık arz ettiği bir diğer husus da, ekonomik büyüklüğe ilişkindir. Örneğin, ticari işletmenin varlığı için, işletmenin belirli bir ekonomik boyutu aşması gerekmektedir. Buna karşılık, işyeri kavramı, ölçekten bağımsızdır³¹⁸.

Buraya kadar işyeri ve ticari işletme kavramları arasındaki farklılık üzerinde durulmuştur. Bundan sonra ise, işyeri devri ve ticari işletmenin devri kavramları karşılaştırılmaya çalışılacaktır.

İşyeri devri, İşK'nun işyerinin veya bir bölümünün devri başlıklı 6. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninde, işyeri devrinin sonuçlarına detaylı şekilde yer verilmiştir. Ancak işyeri devrinin tanımı yapılmamıştır. Böylece işyeri devrinin tanımının yapılmaması boşluğu doktrin tarafından doldurulmuş ve işyeri devri,

³¹³ Aydın, s. 66.

³¹⁴ Süzek, bir bankanın pek çok şubesinin olabileceğini ve bu şubelerin her birinin ayrı bir işyeri olduğunu, ancak banka işletmesinin tüm şubeleri (işyerlerinin tamamını) kapsadığını belirtmektedir. Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 199; Birinci Uzun, s. 368; Çelikboya, s. 101; Aydın Sema/Hasan Ali Kaplan/Arzu Şen Kalyon, **Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, S. 1-2, Ankara, 2013, s. 248.

³¹⁵ Sönmez Tatar, s. 12; Birinci Uzun, s. 369; Akçaal, s. 68.

³¹⁶ Süzek, **İş Hukuku**, s. 195; Aydın, s. 8; Birinci Uzun, s. 369.

³¹⁷ Özkaraca, **İşyeri Devri**, s. 19; Çelikboya, s. 100.

³¹⁸ Özkaraca, **İşyeri Devri**, s. 20; Çelikboya, s. 101.

işyerinin tamamının veya bir bölümünün, hukuki bir işleme dayalı olarak, başka birine devri şeklinde tanımlanmaktadır³¹⁹.

İşyeri devri ve ticari işletmenin devri uygulamada iç içe geçmiş konulardandır. Bir ticari işletmenin devri, bünyesinde, her zaman işyeri devrini de barındırmaktadır³²⁰. Hal böyle olunca, bahse konu devir, Ticaret Hukuku bakımından ticari işletmenin devri, İş Hukuku bakımından da işyeri devri olarak değerlendirilmektedir. Bunun tersi olan işyeri devrinin aynı zamanda bir ticari işletmenin devri niteliğinde olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ticari işletme bir organizasyon bütünüdür. Bu bakımdan, ticari işletmenin işleri birden çok işyerinde yürütülüyor olabilir. Örneğin, cam üretimi yapan bir işletmenin, üretim, tezyinat ve satış işlemleri ayrı işyerlerinde yürütüldüğünde, bu üretim zincirinde yer alan tezyinat hizmetinin yapıldığı işyerinin devri halinde, İşK bakımından bir işyeri devri söz konusu iken; bu devir, bir ticari işletmenin devri teşkil etmez³²¹.

İşyeri devrinin, ticari işletmenin devri teşkil etmediği bir diğer durum ise, bölünme işlemidir. TTK'nın bölünmeye ilişkin hükümleri uyarınca, bir işyerinin, bir başka tüzel kişiliğe devredilmesi mümkündür. Bu durumda, devredilen işyeri karşılığında devreden ortaklığın kendisinin veya ortaklarının, devralan ortaklığın paylarını belli bir oranda

³¹⁹ Çankaya Osman Güven/ Çil Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin, Ankara, 2011, s. 459; Tuncay A. Can/Savaş Kutsal F. Burcu, **Toplu İş Hukuku**, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 314; Birinci Uzun, s. 32; Çelikboya, s. 102.

³²⁰ Çelikboya, s. 102.

³²¹ Süzek, **İş Hukuku**, s. 204-205; Çelikboya, s. 103; Mal ve hizmet üretimi yapan bir işletme bakımından mal ve hizmet üretiminin farklı mekanlarda yapılması halinde bunların bağımsız birer işyeri mi yoksa tek bir işyeri olarak mı kabul edileceği hususunda “*örgütte birlik (teknik yönetim birliği)*” kriterine başvurulması ve örgütte birlik kriterinin bulunmadığı hallerde farklı işyerlerinin varlığının kabul edilmesi, aksi halde ise tek bir işyerinin varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Köseoğlu, s. 9.

alması halinde, hem bir bölünme, hem de işyeri devri söz konusu olacaktır^{322, 323}. Buna karşılık, TTK m. 11/3 bağlamında, bir ticari işletmenin devri söz konusu olmayacaktır.

İşyeri devri ile ticari işletmenin devrinin belirtilmesi gereken bir ortak noktası da, her iki devirde de, kısmi devrin söz konusu olmasıdır³²⁴. Ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, işyeri devrinde de, kısmi devrin geçerli olması bakımından, ilgili işyerinin sürekliliği için, teknik amacın devam ettirilmesini sağlayan esaslı unsurların devredilmesi gerekmektedir³²⁵.

İşyeri devri ile ilgili olarak, belirtilmesi gereken bir husus da, örgütlenmiş işçi topluluğu devrinin de, işyeri devri olarak kabul ediliyor olmasıdır³²⁶. Eğer işgücü, işyerinde yürütülen faaliyet bakımından maddi ve gayri maddi unsurların önüne geçebilecek sayı ve nitelikte ise, bu durumda, işçi devrinin, işyeri devri olarak kabul edilebileceği görüşü savunulmaktadır³²⁷.

İşyeri devri ve ticari işletmenin devrinde paralellik arz eden bir diğer husus da, devrin kapsamı ve sözleşmelerin geçişi konularındadır. İşyeri veya işyerinin bir bölümü, hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilebilmektedir. Bu durumda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (İŞK m. 6/1). Hüküm uyarınca, işyerindeki mevcut

³²² Çelikboya, s. 103.

³²³ Bu durumda bölünmenin iş ilişkilerine etkisini düzenleyen TTK m. 178 ve İŞK m. 6 arasında ortaya bir kanunlar çatışması çıkmaktadır. Süzek konuya ilişkin olarak, TTK'nın, İŞK'na göre sonraki yeni kanun olduğunu, TTK m. 178 hükmünün sadece ticaret şirketlerinin bölünme, birleşme ve tür değiştirme hallerine özgü olduğunu, bu nedenle tüm işyeri devirlerini kapsayan İŞK m. 6'ya göre özel hüküm niteliğinde değerlendirileceğini ve böylece bölünme, birleşme ve tür değiştirme hallerinde TTK m. 178'in uygulanma önceliğine sahip olduğunu, birleşme, bölünme ve tür değiştirme dışındaki tüm işyeri devirlerinde ise İŞK m. 6'nın uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Bu konuda kapsamlı açıklama için bkz. Süzek Sarper, **İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları**, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, İzmir, 2014, s. 326 vd.

³²⁴ Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 251.

³²⁵ Birinci Uzun, s. 373; Çelikboya, s. 102.

³²⁶ Doğan Yenisey, s. 208.

³²⁷ Doğan Yenisey, s. 211 vd.

iş sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte, başka bir işleme gerek olmaksızın yeni işverene geçmiş olur³²⁸. Ticari işletmenin devri halinde de TBK m. 202 uyarınca, tüm aktif ve pasifler bir bütün halinde devredilmektedir. Benzer şekilde ticari işletmenin devri, işletme faaliyeti kapsamındaki sözleşmelerin devrini de kapsamaktadır³²⁹.

Belirtilmesi gereken bir başka husus da, ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, işyeri devrinde de, borçlara ilişkin devreden ve devralan bakımından müteselsil sorumluluk hüküm altına alınmıştır³³⁰. İşyeri devrinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken (muaccel) borçlardan, devreden ve devralan müteselsil olarak sorumludur (İşK m. 6/3)³³¹. Kanun koyucu, devredenin sorumluluğunu iki yıl süre ile sınırlı tutmuştur. Ticari işletmenin devrinden farklı olarak, devredenin sorumluluğunun başlangıcı, devrin üçüncü kişilere ilanı veya borcun muacceliyet tarihi değil, işyerinin devir tarihidir (İşK m. 6/3).

D. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE TTK m. 408/2-f HÜKMÜNÜN ANONİM ŞİRKETLER BAKIMINDAN UYGULAMAYA ETKİSİ

TTK'nın ticari işletmenin devrinde benimsediği sistem, ticari işletmenin bir bütün olarak, taraflarca ayrı tutulmamış ise, tüm unsurları ile devredilmesidir. Kanun koyucu

³²⁸ Özkaraca Ercüment, **İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk (Karar İncelemesi)**, Çalışma ve Toplum (ekonomi ve hukuk dergisi), Cilt 2009/1, Sayı 20, İstanbul, 2009, s. 142 – 143; Akçaal, s. 69; Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 251; Astarlı Muhittin, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı**, Çalışma ve Toplum (ekonomi ve hukuk dergisi), Cilt 2013/1, Sayı 36, İstanbul, 2013, s. 82; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 24; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 37.

³²⁹ Ticari işletmenin devrinin sözleşmelerin devrine etkisi için bkz. İkinci Bölüm, III, A,3 Ticari İşletme Devri Kapsamında Mevcut Sözleşmelerin Akıbeti vd.

³³⁰ Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 252; Özkaraca, **Karar İncelemesi**, s. 143; Astarlı, s. 82; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 24; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 37.

³³¹ Yargıtay, devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işverenin müteselsil olarak sorumlu olduğunu, devreden işverenin bu sorumluluğunun devir tarihinden itibaren 2 yıl süre ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Yargıtay 9. HD. 18.03.2013 E. 2010/51107, K. 2013/9195 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 26.09.2018).

devir kolaylığı amacı ile bu yolu tercih etmiştir. Buna karşılık, bazı hallerde, devre ilişkin özel şartlar ve ön koşullar söz konusu olmaktadır. Bunlara 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 7/1’de, düzenlenen, birleşme ve devralmalara ilişkin Rekabet Kurumu’na başvuru koşulu ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 5/2 uyarınca, devirden önce yapılması gereken usulü şartlar örnek verilebilecektir³³².

Ticari işletmenin devrinde, karşımıza çıkan ve özellik arz eden bir diğer uygulama da ticari işletmenin anonim şirkete ait olduğu durumlarda, devredilmek istenen ticari işletmenin, anonim şirketin önemli miktarda mal varlığını teşkil ettiği hallerde uygulama alanı bulacak olan, TTK m. 408/2-f hükmüdür. Burada da, diğer örneklerde olduğu gibi, ticari işletmenin devri halinde uyulması gereken ayrıca usul işlemleri bulunmaktadır.

TTK m. 11/3 ve TBK m. 202 uyarınca, ticari işletmenin devrinde anonim şirketin malvarlığı içerisinde yer alan ticari işletmenin devrinde, TTK m. 408/2-f hükmünün, her zaman uygulanmasına gerek olmayabilir. Çünkü her ticari işletmenin devri, anonim şirket bakımından önemli bir malvarlığı teşkil etmeyebilir. Büyük ve geniş faaliyet alanına sahip büyük ölçekli anonim şirketler bakımından bünyesindeki bir ve/veya birkaç ticari işletmenin devredilmesi, anonim şirket için önemli bir malvarlığı teşkil etmeyebilir. Bu halde ticari işletmenin devrinde yalnızca TTK m. 11/3 ve TBK m. 202 hükümleri uygulanacaktır³³³.

³³² Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Cengil M. Fatih, **Ticari İşletmenin Devri**, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 67 vd.

³³³ Songur Damla, **Türk Ticaret Kanunu’nun 408/2-f Hükmü Kapsamında Anonim Şirketlerin Ticari İşletmelerinin Devri**, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, S. 14, Antalya, 2019, s. 592 vd.

Görüldüğü üzere, anonim şirketlerde ticari işletmenin devrinde TTK m. 408/2-f hükmünün uygulanması için, öncelikle devredilmek istenen ticari işletmenin anonim şirket bakımından malvarlığı değerinin oranının, yani ticari işletmenin anonim şirket malvarlığındaki yerinin tespiti önem arz etmektedir³³⁴.

3. Devredilecek Ticari İşletmenin Anonim Şirket Bakımından Önemli Mal Varlığı Teşkil Etmesi

Anonim şirketler, bünyelerinde bulunan ticari işletmeleri, TTK m. 11/3 uyarınca, devredebilirler³³⁵. Tüzel kişilerde devir sözleşmeleri, yetkili organlar³³⁶ tarafından, gerçekleştirilmektedir. Anonim şirketlerde devir sözleşmeleri, şirketi temsile yetkili olan yönetim kurulu veya bu konu için özel olarak yetkilendirilmiş olan ticari temsilci tarafından gerçekleştirilebilmektedir (TTK m. 365, TTK m. 368).

Anonim şirketlerde yönetim kurulu, şirketin iş ve işlemlerinin yürütülmesinde tam yetkili organdır³³⁷. Bu bakımdan olağan – olağanüstü iş ayrımı bulunmayan anonim

³³⁴ Hükümde yer alan önemli miktar, toptan satış ve şirket varlığı kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışmalı konular arasındadır. Çamoğlu, önemli miktardaki malvarlığının her somut olayda hakim tarafından, takdir edilmesi gerektiğini, Önemli İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği m. 5 – 6’nın hakim tarafından takdir hakkını kullanmasında, ilk elden başvuru kaynağı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Çamoğlu Ersin, **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı**, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 332 – 333.

³³⁵ Ticaret Sicil Yönetmeliğinde ticari işletme tesciline ilişkin hükme bakıldığında sadece gerçek kişinin ticari işletmesinin devrini düzenlediği görülmektedir (TSY m. 135/4-a). Buna karşılık, devir sözleşmesinde yer alacak hususların gösterildiği hükümde tarafların adı soyadı “veya unvanı” ifadesinin yer aldığı görülmektedir. Böylece tüzel kişileri de kapsayan bir düzenlemeye yer verilmiştir (TSY m. 133/2).

³³⁶ TMK m. 49 tüzel kişiler fiil ehliyetine, organları vasıtasıyla sahiptirler. Yine TMK m. 50/1’de, “tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır” ifadesi yer almaktadır. Organın tanımını vermek gerekirse, tüzel kişinin iradesini oluşturmasını sağlayan, tüzel kişinin örgütü içinde yer alan, kişi ya da kişi topluluklarıdır denilebilecektir. Bu bakımdan, tüzel kişi organlarının, karar organı ve yürütme organı şeklinde ikiye ayrıldığı, genel kurulun karar, yönetim kurulunun yürütme organı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Dural H. Ali, **Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı**, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 229 – 230; Çamoğlu, Türk sisteminde anonim ortaklıkta organlar arasında ast – üst ilişkisi bulunmadığı, yapılarına ve işlevlerine uygun bir yetki bölüşümü olduğunu, işlev ve yetki bölüşümüne aykırı davranışın hukuken yetki gaspı olduğunu ve bu kapsamda alınan kararların da müeyyidesinin mutlak butlan olduğunu belirtmiştir. Bkz. Çamoğlu, s. 329.

³³⁷ Dural, genel kurulun, içe dönük bir organ olduğunu, dışa etkili olmadığını, genel kurul tarafından, alınan kararların yönetim kurulu tarafından, uygulandığını ve yönetim kurulunun aynı zamanda, dışarıya

şirketlerde genel kural, yönetim kurulunun, genel kurul kararına³³⁸ ihtiyaç duymaksızın, anonim şirketin ticari işletmesini de devredebilmesidir³³⁹. Bununla birlikte, anonim şirketlerde yönetim kurulunun temsil yetkisini sınırlayan ve genel kurul kararının arandığı, genel kurul tarafından karara bağlanmadığı takdirde hüküm ifade etmeyecek haller bulunmaktadır³⁴⁰. Konuya ilişkin düzenleme getiren TTK m.

karşı temsil organı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Dural H. Ali, **Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Şirket Malvarlığının Toptan Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının Kapsam ve İçeriği**, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Saygı Konferansı, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 103.

³³⁸ Moroğlu, genel kurul kararı ile ilgili olarak, genel kurul olarak toplanan pay sahipleri ve/veya temsilcilerinin oyları ile meydana gelen, kural olarak ortaklık içi ilişkide ve istisnaen de dış ilişkide hukuki sonuç sağlama amacına yönelik olan ve hukuki işlem niteliğinde bulunan irade beyanı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Moroğlu Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 11; Devamla, hukuki işlemin, belli bir hukuki sonucun elde edilmesi amacına yöneltilmiş olan irade beyanı olduğunu açıklamıştır. Bkz. Moroğlu, **Genel Kurul**, s. 11, dn. 10.

³³⁹ Songur, s. 587.

³⁴⁰ Yargıtay, marka devri konulu bir uyuşmazlıkta bir malvarlığının şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olması veya şirketin faaliyetini sürdürebilmesi için bu malvarlığının hayati önemi haiz bulunması halinde devir için eTTK m. 443/2 maddesinde, belirtilen çoğunlukla karar alınmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD. 13.02.2006 T, E. 2005/1362 K. 2006/1253 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 18.04.2021); Aynı yönde Yargıtay, vermiş olduğu yakın tarihli başka bir kararında, kural olarak şirketi temsile yetkili müdürün şirkete ait bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabileceğinin kabulünün gerektiği, ancak bu malvarlığının, şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğunun belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, şirketin fiilen tasfiyesine yol açacak ölçüde aktiflerinin toptan satılması şirket genel kurulunun yetkisinde olduğunu belirterek, işlemin iptali yönünde oy çokluğu ile hüküm kurmuştur. İşbu karar ile ilgili olarak karşı oy yazısı bulunmaktadır. Karşı oyda sermaye şirketi olan limited şirketlerde faaliyet aşamasında gerçekleştirilecek önemli miktarda malvarlığı üzerindeki işlemlere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı, ayrıca limited şirketlerde olağan - olağanüstü iş ayrımının da olmadığı, genel kurulun görev ve yetkileri arasında da önemli miktarda malvarlığı üzerindeki işlemlerin de sayılmadığı, yalnızca tasfiye aşamasında anonim şirketlerdeki hükümlerin uygulanabileceği hususları ileri sürülmüştür. Bkz. Yargıtay 11. HD. 28.01.2021 T, E. 2019/2449 K. 2021/552 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 18.04.2021); Yargıtay çoğunluk görüşü kanaatimizce de uygundur. Anonim şirketler başlığı altında düzenlenmiş olan toptan satış halinde genel kurul kararının aranması hali, pay sahiplerinin, menfaatlerini koruma amacına yöneliktir. Pay sahipleri bakımından, anonim şirketler ve limited şirketler arasında bir fark bulunmamaktadır. Limited şirketlerde genel kurul şartının düzenlenmemiş olmasını bilinçli bir susma olarak değerlendirmiyoruz, burada kanun içi boşluk olduğu kanaatindeyiz. Bu bakımdan, anonim şirketlerdeki düzenlemenin limited şirketlere de kıyasen uygulanması yönünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz; Aydın, TTK m. 408/2-f hükmünün kendine özgü, belirli bir perspektiften bakarak, kaleme alınmamış, göreceli olarak karmaşık hükümlerden oluşan bir temsil sistemi ortaya çıkardığını ileri sürmektedir. Ayrıca, Yargıtay tarafından, benimsenmiş olan, genel kurul tarafından karar alınmaksızın yapılan önemli malvarlığı satımlarına ilişkin işlemin butlanına karar verilmesi yönündeki uygulamayı ise isabetli bulmadığını belirtmiştir. Bkz. Aydın Alihan, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Cilt 30, S. 1, Ankara, 2014, s. 181 – 182; Çamoğlu, limited ortaklıklarda, önemli miktarda şirket varlığının satışı konusunda, karar yetkisinin hangi organda olduğuna ilişkin bir açıklık bulunmadığını, organların yetkilerinin de Yasa'nın açık hükümleri ile belirlendiğini, bu kapsamda, kıyas kurallarının geçerli olmadığını, bu nedenle, tasfiye dışındaki limited ortaklıklarda, önemli miktardaki şirket varlığının satışının müdürlerin yetki alanında kaldığını, ancak bu çözümün şirket yararlarını korumaya elverişli olmadığını belirtmiş olup, hukuk tekniği açısından yorum yolu ile giderilmesi mümkün olmayan bu eksikliğin, yasa koyucu tarafından, giderilmesi gerektiği hususuna dikkat çekmiştir. Bkz. Çamoğlu, s. 330 – 331, dn. 2.

408/2-f ve 538/2 düzenlemelerinde, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı³⁴¹, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında hüküm altına alınmıştır³⁴².

Ticari işletmenin devri de, anonim şirketin yapısı, çapı ve büyüklüğü bakımından zaman zaman genel kurul kararı ile geçerlilik kazanacak iş ve işlemler arasında

³⁴¹ Yargıtay, tasfiye halinde olan bir şirketin genel kurul kararının iptali davasında eTTK döneminde ağırlaştırılmış nisap gerektiren taşınmazın toptan satışı yerine bölüm bölüm (teker teker) satışına adi nisapla karar verilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD. 30.01.1985 T, E. 1984/6072 K. 1985/270 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 18.04.2021); Genel kurul kararı olmaksızın şirket malvarlığının, yönetim kurulu tarafından toptan satışı değil de, teker teker ve aynı kişiye yapılması hali uygulamada, kanunu dolanmak olarak değerlendirmekte ve yapılan işlemin geçersiz olduğu savunulmaktadır. Bkz. Kocabaşoğlu Özgür, **Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı**, 2019 tarihli makale, Erişim: <http://www.erdem-erdem.av.tr>; Taneri Esin/Kimiran Dilşad/Özbek Ayça, **Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Pay Devrine Etkileri**, 2016 tarihli makale, Erişim: <http://www.goksusafiisik.av.tr>.

³⁴² Limited şirketlerde, ortaklar genel kurulunun devredilemez yetkilerinin düzenlendiği TTK m. 616'da, önemli miktarda varlık satışına ilişkin olarak karar alınması hususunda açık olarak düzenlenmiş herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca TTK m. 644'de, de konuya ilişkin olarak TTK m. 408/2-f'e bir atıf yapılmamıştır. Buna karşılık, hüküm her ne kadar anonim şirketler başlığı altında düzenlenmiş ise de hükmün, limited şirketler ve kooperatifler bakımından önemli miktar oluşturan değerlerin toptan satışında da uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak da, anonim şirketlere gelen genel kurulun devredilemez yetkisinin eTTK dönemindeki limited şirketlere yönelik Yargıtay içtihadından kaynaklandığı, buradaki susmanın bilinçli olmadığı ve boşluğun TTK m. 408/2-f ile kıyasen doldurulmak sureti ile limited şirketlere de uygulanmasında bir engel hal bulunmadığı ileri sürülmektedir. Detaylı bilgi ve görüşler için bkz. Biçer Levent/Hamamcıoğlu Esra, **Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, S. 1, İstanbul, 2013, s. 49; Helvacı, limited şirketler ile ilgili olarak, tasfiye dışında önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı halinde açık bir düzenleme bulunmadığını, organların yetkilerinin, tespiti için açık kanun hükmünün olması gerektiğini, bu nedenle, TTK m. 408/2-f hükmünün kıyasen limited şirketlere uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. Helvacı Mehmet, **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Bir Yetkisi Olarak Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı (TTK m. 408/2-f)**, Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III (Tebliğler ve Tartışmalar), Onikilevha, İstanbul, 2020, s. 47 - 48; Konuyu değerlendiren Albayrak Doğan, Yargıtay tarafından, eTTK ve TTK dönemlerinde, anonim şirketler bakımından getirilmiş olan hükmün limited şirketler için de kıyasen uygulanabileceği yönünde çok sayıda hüküm kurulduğunu belirtmiştir. Yazar, ayrıca TTK m. 408/2-f anonim şirketler başlığı altında düzenlenmiş olan hükmün limited şirketler için de, ayrıca konulmaması veya atıf yapılmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığını, bunun bilinçli bir tercih olduğuna ilişkin kanun gerekçesinde veya komisyon raporunda hiçbir emare bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. Albayrak Doğan Ayşe, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Önemli Miktarda Aktiflerin Devri**, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2018, s. 170 - 174; Yargıtay, vermiş olduğu kararında şirket ana sözleşmesinin amacının marka alım satımını içermediği, temsilcinin şirketin mal ve hizmetlerini sunarken kullandığı markayı devir yetkisinin bulunmadığı, şirketin varlığını sürdürmesi için hayati önemi haiz olduğu gerekçesiyle şirkete ait markanın devrine ancak genel kurulun (ortaklar kurulu) karar verebileceğini hüküm altına almıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD. 29.03.2010 T, E. 2008/12186 K. 2010/3397; aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 05.04.2012 T, E. 2010/5739 K. 2012/5441; Yargıtay 11. HD. 18.06.2013 T, E. 2011/11115 K. 2013/12795; Yargıtay 11. HD. 03.07.2014 T, E. 2013/6311 K. 2014/12849; Yargıtay 11. HD. 01.06.2015 T, E. 5792 K. 2015/7428; Yargıtay 11. HD. 16.09.2015 T, E. 7520 K. 2015/9356.

değerlendirilebilecektir³⁴³. Nitekim anonim şirketin yapısında ya da sermaye, mal varlığı veya pay sahipliği gibi kurumsal düzeninde farklılık oluşturan işlemler, pay sahiplerini doğrudan ilgilendirdiği için, genel kurulun onayı ile gerçekleştirilebilir³⁴⁴.

Ticari işletmenin devri, bir şirketin sona ermesi veya tasfiye sürecine girmesine sebep olacak ise, temsil yetkisi de, temsil olunan şeyin varlığına bağlı olduğundan, bu halde de yönetim kurulunun yetkisinin kısıtlandığı ve işletme devrini gerçekleştiremeyeceği kabul edilmektedir³⁴⁵.

TTK m. 408/2-f hükmünde önemli miktarda şirket varlığından bahsedilmiş, ancak şirketler bakımından önemli miktarın³⁴⁶ ne olduğuna veya nasıl belirlenmesi

³⁴³ Yargıtay, alacak davasında kural olarak şirketi temsile yetkili kişi tarafından, şirkete ait bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunulabileceğinin kabulü gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu malvarlığının, şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olduğunun veya şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğunun belirlenmesi halinde bu kez, yapılan işlemin geçerli olması için ortaklar kurulundan karar alınması gerektiği, aksi halde yapılan satış işleminin geçersiz olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD. 10.03.2011 T, E. 2009/4025 K. 2011/2497 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 18.04.2021).

³⁴⁴ Songur, s. 587.

³⁴⁵ Arıcı, s. 113; Songur, s. 587; Bununla birlikte tasfiye aşamasında bulunan ve şirket varlığı bakımından önemli miktar teşkil eden şirket varlığının satışı, devri TTK m. 538/2 hükmü uyarınca, genel kurul kararının zorunlu olduğu haller kapsamındadır. Her ne kadar TTK m. 408/2-f ve 538/2 hükümleri toptan satış ifadesini kullanmış ise de, hükümlerin amaçlarına bakıldığında şirketler açısından aynı ve/veya benzer neticelere sebep olan örneğin bağış veya mal değişim sözleşmeleri gibi diğer işlemlere de uygulanabileceği öğretide ileri sürülmektedir. Konu ile ilgili görüş ve bilgi için bkz. Biçer/Hamamcıoğlu, s. 44 – 48; Eroğlu, TTK m. 408 hükmünün istisnai bir hüküm olduğunu ve sadece satış işlemini kapsayacak şekilde dar yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Eroğlu Muzaffer, **Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, S. 2, İstanbul, 2014, s. 96; Çamoğlu, TTK m. 408/2-f’de, geçen “satış” sözcüğünün sözlük anlamı olarak anlaşılmaması gerektiğini, şirket yönünden aynı önemi taşıyan ve şirket bakımından, aynı mali sonuçları doğuran tüm işlemleri kapsayan bir üst kavram olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, rehin, ipotek, kefalet, garanti, trampa, uzun süreli tapuya şerhli kira, intifa, temlik ve şirket varlıkları üzerinde kurulmuş olan sair ayni hak tesislerinin, satış sözcüğünün geniş yorumlanmak sureti ile TTK m. 408/2-f uyarınca, gerçekleştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Çamoğlu, s. 334 – 336; Konuyu değerlendiren Helvacı, TTK m. 408/2-f’in, istisnai bir hüküm olduğunu, satış dışındaki diğer işlemlerin, hukuki sonuçlarından hareketle yorum faaliyetinde bulunulmasının isabetli olmadığını, istisnaların dar yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve satış dışında kalan işlemler için genel kurul kararı şartının aranmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Helvacı, s. 46 – 47.

³⁴⁶ Helvacı, önemli miktarın, değerlendirilmesi yapılırken uyumsuzlukla ilgili olmayan diğer malvarlığı unsurlarının önemli olma ölçütü içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. Helvacı, s. 50; Yargıtay vermiş olduğu yakın tarihli benzer yönde bir kararında, fabrika binasının dışında ortaklığa ait olan ve işleme konu olmayan yerlerle ilgili taşınmazların değerinin de dahil edilerek, önemli olma ölçütünün değerlendirilmesinin yerinde olmadığı, dava ile ilgili olmayan başka taşınmaz ve taşınırınların hesaplamaya dahil edilmemesi gerektiği yönündeki kararı onamıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD. 07.02.2019 T, E. 2017/3887 K. 2019/949 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 28.10.2021); Biçer/Hamamcıoğlu, önemli miktarın belirlenmesi ile ilgili olarak, dikkate alınması gereken hususun, anonim şirketin varlıkları, çapı, işletme konusu somut olayda dikkate alındığında, eğer şirket yapılan

gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir³⁴⁷. Ortaklığın malvarlığına dahil taşınır ve taşınmaz malvarlığı değerlerinin, marka, patent gibi fikri mülkiyet haklarının devrinin, ortaklığın devamını zorlaştıracığı ve bu bakımdan önemli miktarda malvarlığı devri kabul edileceği belirtilmektedir³⁴⁸.

Önemli iş ve işlemlerin belirlenmesi konusunda genel kabul gören iki yöntem bulunmaktadır. Bunlar, işlemin, sayısal olarak ifade edilerek ve ölçülebilir bir değerlendirme yapılması ile bir sonuca varılması haline, nicel yöntem adı verilmektedir. Nicel yöntem, sayısal değerler içermesi sebebiyle, açık ve kesin sonuçlar verir. Ancak ticari işletmenin devrinde sayısal değerler her zaman ticari işletmenin gerçek anlam ve değerini ortaya koymayabilir. Bu bakımdan, salt nicel değerlendirme, işlemin öneminin tam olarak ortaya konulması bakımından yeterli olmayabilecektir. Bir diğer yöntem ise, nitel yöntemdir. Burada da, nitel ölçütler bütüncül ve kapsayıcı bir yaklaşımla, nitelik göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Ticari işletmenin devri bakımından devir işleminin, anonim şirket açısından işletme konusunu değiştirmesi veya şirketin sona ermesine yol açması, nitel değerlendirme sonucunda elde edilecek tespitlerdir³⁴⁹.

TTK m. 408/2-f hükmünde, önemli miktarda şirket varlığından ne anlaşılması gerektiği ve bu konuya ilişkin olarak herhangi bir nicel ölçüt öngörülmemiş olduğundan, somut olay adaletinin sağlanması bakımından, olay ve kişilere göre farklı değer ve oranların

satış sonucunda işletme konusuna ulaşabilmek amacıyla faaliyetlerine sağlıklı şekilde devam edebiliyorsa, yapılan satışın önemli miktarda olmadığına; aksi halde ise önemli miktarda olduğu sonucuna varılması gerektiğini belirtmişlerdir. Bkz. Biçer/Hamamcıoğlu, s. 41.

³⁴⁷ Önemli miktarın belirlenmesi konusunda hukuki işlem güvenliğinin sağlanması ve uyumsuzlukların en aza indirilmesi amacıyla bir değerlendirme ölçütünün getirilmesinin yerinde olacağı yönünde görüş için bkz. Biçer/Hamamcıoğlu, s. 49.

³⁴⁸ Özdamar Mehmet, **Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, S. 2, İzmir 2006, s. 104.

³⁴⁹ Songur, s. 593.

dikkate alınarak bir sonuca varılması, her ne kadar somut olay adaletini sağlıyor olsa da, uygulamada yeknesaklığın sağlanmasında sorunlar ortaya çıkarabilecektir³⁵⁰.

Konu ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, devirlerde önemli işlemlerin tespitinin temelinde pay sahiplerinin korunmasının amaçlandığı, bunun için kullanılan kriterin de, devirden sonra şirketin kalan malvarlığı ile faaliyet konularını devam ettirip ettiremediğine bakıldığı görülmüştür. Ayrıca buna ek olarak devir işlemindeki karşı edimin denetlenmesi yoluna da gidilmektedir³⁵¹.

Devir işlemleri bakımından önemliliğin değerlendirilmesi, her hukuk sistemi açısından farklılık arz etmektedir. Örneğin, Alman Hukuku'nda konu Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (Aktiengesetz/AktG/POK) düzenlenmiştir. Buna göre, anonim şirketin malvarlığının tümünün devredilmesi hükme bağlanmıştır (AktG § 179a). Alman öğretisinde, şirketin esas sözleşmede belirtilmiş olan işletme konusunu devam ettirip ettirmediğine ilişkin yapılacak değerlendirme sonucunda, işlem sonrası kalan malvarlığının önemsiz olduğu hallerin de, hükmün kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. ABD Hukukunda ise, konu Model Şirketler Kanunu'nda (Model Business Corporation Act/MBCA) düzenlenmiştir. Buna göre, genel kurul onayı da gereken önemli miktarda malvarlığı üzerindeki işlemlerin tespit edilerek değerlendirilmesinin yapılması amacıyla hem nicel, hem de nitel ölçütlere yer verildiği,

³⁵⁰ Doktrinde konuya ilişkin yapılan incelemelerde çeşitli oranlar verilmiştir. Anonim şirketin yıllık cirosunun %84'üne denk gelen hacimde bir işlem önemli miktarda işlem olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Teoman Ömer, **Bir Ticaret Ortaklığının Faaliyetlerini Bölünme veya Ayrılma Sureti İle Başka Ortaklara Devretmesi**, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 9, İstanbul, 2000, s. 95 – 96; Konuya ilişkin bir diğer oran da şirket varlıklarının %60'ının önemli miktarda varlık sayılması önerisidir. Bkz. Biçer/Hamamcıoğlu, s. 41 vd; Yatağan Özkan, önemli malvarlığının tespiti bakımından, kanunda, konu veya miktar bakımından getirilecek olan sınırlamaların meselenin çözümünde anlamlı olmayacağını, önemli malvarlığının tespitinin, her somut olay için ayrı olacak şekilde yapılması gerektiğini, bunun için hakime çok büyük görev düştüğünü, hakimnin önemli malvarlığını tespit ederken, objektif kriterlerden hareket etmesi gerektiğini, hareket noktası olarak da, malvarlığının ekonomik değerinin alınmasının uygun olacağını belirtmiştir. Bkz. Yatağan Özkan Çiğdem, **Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışının Genel Kurul Kararına Bağlanması Üzerine Düşünceler**, Onikilevha, İstanbul, 2020, s. 248.

³⁵¹ Songur, s. 593.

şirketin devirden sonra faaliyetlerinin devamlılığının arandığı görülmüştür. Şirketin tüm malvarlığının, gelirinin veya karının %25'ine isabet eden şirket işlerinin sürdürülmesinin, faaliyetlerin devam ettiğine bir karine olarak kabul edilmektedir (MBCA § 12.02.a)³⁵².

c. Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından Önemli Mal Varlığı Tespiti

Şirketler ile ilgili olarak önemli mal varlığı tespiti bakımından düzenlenmiş olan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.3) bulunmaktadır³⁵³. Bu tebliğin amacı, ortaklıklarla ilgili olarak önemli konularda alınacak kararlar ve yapılacak işler ile ilgili pay sahiplerinin korunması ile usul ve esasların belirlenmesidir. Bu tebliğin de TTK m. 408/2-f maddesi ile aynı amaca hizmet ettiği söylenebilecektir.

Bahse konu tebliğde konumuzla ilgili olarak, öncelikle önemli nitelikteki işlemler belirtilmiş, ardından önemli nitelikteki işlem sayılan birleşme ve bölünme işlemlerinin hangi nitelikte olanlarının önemli nitelikte işlem sayılacağı belirtilmiş ve son olarak önemlilik ölçütü düzenlenmiştir. Ayrıca malvarlığı devri ile aynı hak tesisi gibi işlemlerde ise, önemlilik ölçütü halka açık ortaklıkların niteliğine göre farklılaştırılarak belirli ölçeklerin %50'si veya %75'i olarak düzenlenmiştir.

Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliğine bakıldığında, genel olarak nicel ölçütlü hesaplama yöntemine ağırlık verildiği görülmektedir. Tebliğ'de genel hatları ile önemlilik ölçütü, üç farklı şekilde hesap edilmektedir. İlk yöntem, ortaklığın kamuya açıklanmış son finansal tablolarına göre işleme konu mal varlığının kayıtlı değerinin, varlık (aktif) toplamına oranı dikkate alınır (II-23.3 Tebliği, m. 6/1-a). İkinci yöntem, işlem tutarının, son altı aylık dönem içinde oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı

³⁵² Songur, s. 593 – 594.

³⁵³ RG. 27.06.2020 tarih; S. 31168.

ortalama borsa fiyatlarının aritmetik ortalaması dikkate alınarak hesaplanan ortaklık değeri oranına bakılır (II-23.3 Tebliği, m. 6/1-b). Son olarak, ortaklığı kamuya açıklanmış son yıllık finansal tablolarına göre önemli nitelikteki işleme konu mal varlığından elde edilen gelirin, sürdürülen faaliyetler dönem net karı/zararına etki eden tüm gelir kalemlerinin toplamı oranına bakılır (II-23.3 Tebliği, m. 6/1-c). Tebliğde belirtilmiş olan üç yöntemden birine göre %75'i³⁵⁴ aşmış olan işlem önemli nitelikte işlem sayılmak için yeterli görülmüştür. Ayrıca Tebliğde yer alan ekonomik sınırların dolanılmasının önüne geçilmesi bakımından, ekonomik bir bütünlük oluşturan malvarlığına ilişkin işlemlerin, ilk işlem tarihinden itibaren on iki aylık bir dönem içinde birkaç seferde yapılması halinde, işlemlerin tek bir işlem olarak dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır (II-23.3 Tebliği, m. 7).

Önemli iş ve işlemlerin tespiti bakımından getirilmiş olan %75'lik oranın, daha makul düzey olan %50 veya %60 olarak uygulanmasının pay sahiplerinin menfaatleri bakımından daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca II-23.1 Tebliğ m. 6/3'te nicel ölçütlerin yanında, nitel değerlendirme yapılması da hükme bağlanmış iken, yeni Tebliğ'de buna yer verilmemiş olmasını bir eksiklik olarak değerlendiriyoruz. Nitekim nitel ölçütler bütüncül bir yaklaşımla niteliğe bağlı bir değerlendirme imkanı sunması bakımından, nicel ölçütlerle birlikte daha isabetli sonuca ulaşılmasını sağlamaktadır.

d. Halka Kapalı Anonim Şirketler Bakımından Önemli Mal Varlığı Tespiti

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği halka açık anonim şirketler ile ilgili hususları düzenlemek amacıyla çıkarılmış

³⁵⁴ %75'i aşma şartı, Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) uyarınca birinci ve ikinci grupta yer alan ortaklıklar bakımından bir kısım ek şartlar ile %50 olarak uygulanmaktadır (II-23.3 Tebliği, m. 6/6).

olan bir alt mevzuattır³⁵⁵. Burada yer alan önemli nitelikteki işlemler ile ilgili tanımlamalar, halka açık anonim şirketler için geçerli olan hususlardır. TTK’da da önemli mal varlığına ilişkin bir tanımlama yapılmadığına göre, halka açık olmayan anonim şirketler bakımından önemli mal varlığının nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

TTK m. 408/2-f hükmünde, “*önemli miktarda*” ifadesine yer verilmiştir. Kanun koyucu pay sahiplerinin haklarının korunması bakımından, miktarın önemine vurgu yapmıştır. Sermaye Piyasası Kanunu ilgili maddeleri uyarınca çıkarılmış olan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği, (II-23.3)’nde de, önemli işlere ilişkin nicel ölçütler, yani miktar ile tespit edilebilirliğe imkan sağlayan hükümler getirilmiştir. Tebliğde yer alan ölçütlerin, TTK m. 408/2-f hükmü ile vurgulanan miktar ibaresinin tespiti bakımından uyumlu olduğu kanaatindeyiz. Madde metninde yer alan önemli miktarda şirket varlığından kastedilen, devri halinde, şirketin yapısında, malvarlıksal durumunda veya düzeninde ciddi bir değişiklik oluşturacak malvarlığı oranıdır.

Bu bakımdan, halka açık olan şirketler bakımından uygulama kabiliyeti bulunan ve nicel ölçütler getirmiş olan Tebliğ hükümlerinin, halka kapalı şirketler bakımından da kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş bir başvuru kaynağı³⁵⁶ olarak uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Daha önce de belirttiğimiz üzere³⁵⁷, nicel ölçütler her zaman isabetli sonuçlar vermeyeceğinden, nicel ölçütler yanında, somut olayın

³⁵⁵ Ata, sermaye piyasasının düzenlenmesine ilişkin olarak devletin hem kanun, hem de ikincil düzenlemeler vasıtasıyla sermaye piyasasındaki tüm iş ve işlemlere ilişkin olarak kurallar koyduğunu, bu kurallara uyulması konusunda da, gözetim ve denetimde bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca devletin bu kapsamda yapmış olduğu çalışmaların, haklı ve meşru görüldüğünü, çünkü tüm finansal birimlerin devletin bir üyesi olarak, devlete evrensel düzeyde bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Ata Özlem, **Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satım Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması**, Onikilevha, İstanbul, 2020, s. 96.

³⁵⁶ Songur, s. 595.

³⁵⁷ Bkz. I Bölüm-III-D-1. Devredilecek Ticari İşletmenin Anonim Şirket Bakımından Önemli Mal Varlığı Teşkil Etmesi.

gereklerine bakılarak, devredilen malvarlığı unsurunun şirket yapısında yarattığı farklılığın da değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

4. Türk Ticaret Kanunu'nun 408/2-f Hükmü Kapsamındaki Ticari İşletmenin Devrinde Usul ve Esaslar

Kanun koyucu, bazı hallerde, konunun önemi ve menfaat sahiplerinin haklarının korunması bakımından, özel düzenlemeler getirmektedir. Anonim şirketler bakımından da ticari işletmenin devri, zaman zaman özel düzenlemeyi gerektiren ve menfaat sahiplerinin haklarının korunmasının güçlendirilmesi gereken iş ve işlem sayılabilmektedir. TTK m. 408/2-f ve 538/2 hükümlerinde, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı, özel olarak düzenlenmiş ve menfaat sahiplerinin haklarının korunması amacıyla özel yetki ve usule tabi tutulmuştur. Aşağıda bu yetki ve usul şartlarına kısaca değinilecektir.

a. Yetki ve Genel Kurulun Onay Şartı

Anonim şirketler, bünyelerinde bulunan ticari işletmeleri, TTK m. 11/3 ve TBK m. 202 uyarınca devredebilirler. Bu kapsamdaki devir sözleşmeleri, şirketi temsile yetkili olan yönetim kurulu veya bu konu için özel olarak yetkilendirilmiş olan ticari temsilci tarafından gerçekleştirilebilmektedir.

Genel kural, yönetim kurulunun, genel kurul kararına ihtiyaç duymaksızın, anonim şirketin ticari işletmesini de devredebilmesidir. Bununla birlikte, anonim şirketlerde yönetim kurulunun temsil yetkisini sınırlayan ve genel kurul kararının arandığı, genel kurul tarafından karara bağlanmadığı takdirde hüküm ifade etmeyecek özel haller

düzenlenmiştir. TTK m. 408/2-f hükmünde önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında hüküm altına alınmıştır³⁵⁸.

Önemli miktarda şirket varlığının satışı konusunda, kanun koyucunun farklı bir yol izlemesi, yani genel kurul kararı arayarak yetki konusunda daha ağır bir şart öngörmesi, pay sahiplerinin bilgisi ve onay iradesi olmaksızın, yönetim kurulunun tek başına şirketin önemli malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasının önüne geçilmesini amaçlamaktadır³⁵⁹.

TTK m. 408/2-f kapsamında, önemli bir malvarlığı satışında, örneğin, anonim şirkete ait olan bir ticari işletmenin devrinde iş ve işlemler, şirketin icra organı olması dolayısıyla yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilecektir. Yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilen işlemlere genel kurulun alacağı dışa etkili karar³⁶⁰ ile katılım sağlaması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, ticari işletmenin devrine ilişkin iş ve işlemler, yönetim kurulu tarafından yapılır, ancak devrin, şirketi bağlayarak hüküm ve

³⁵⁸ TTK'nın çeşitli maddelerinde genel kurula vazgeçilemez ve başka bir organa devredilemez yetkiler verilmiştir. Bunlara, anonim şirketlerin birleşmesi (TTK m. 151), bölünmesi (TTK m. 173) ve tür değiştirmesi (TTK m. 189) örnek gösterilebilecektir; Helvacı, TTK m. 408/2-f kapsamındaki işlerin yönetim kurulunun temsil yetkisinin kapsamı dışında kaldığını, bu konuda yönetim kurulunun temsil yetkisine ilişkin somut bir kısıtlama getirildiğini belirtmiştir. Bkz. Helvacı, s. 64.

³⁵⁹ Songur, s. 588; Prof. Dr. Hüseyin Ülgen tarafından, “*elektrikle uğraşan bir anonim şirket, Devletten aldığı imtiyazla bu işi yürütüyor. İmtiyaz sözleşmesindeki hüküm uyarınca, sözleşme bitiminde, sözleşme kapsamında elinde olan her şeyi Devlet'in göstereceği kamu kurumuna devredecektir (satacaktır). Süre bitiminde, şirket devir (satış) yaparken genel kurul kararı gerekli midir?*” şeklinde soru yöneltmiştir. Bkz. Dural, **Konferans**, s. 119. TTK m. 408/2-f hükmü ile korunmak istenen menfaat, pay sahiplerinin bilgi ve onayı olmaksızın önemli bir malvarlığının yönetim kurulu tarafından, elden çıkarılmasının önlenmesidir. Sayın Hocamızın sorduğu soruda ise, önceden karar alınarak riskleri, getirisi hesap edilerek, imzalanmış, sonuçları önceden belli olan ve kabul edilmiş bir sözleşme söz konusudur. Şirketin elinde kalanları da iade etmesi, sözleşmenin ifası anlamına gelmektedir. Dolayısıyla verilmiş olan örnekte, TTK m. 408/2-f'in uygulama kabiliyetinin olmadığı kanaatindeyiz. Böylece, yönetim kurulu, sözleşme ifası kapsamında olan, iade işlemi için genel kurul kararına ihtiyaç duymayacaktır.

³⁶⁰ Helvacı, TTK m. 408/2-f hükmü ile genel kurul tarafından, alınan kararın dış ilişkide etkili bir karar olduğu hususuna vurgu yapmıştır. Bkz. Helvacı, s. 64 – 65.

sonuçlarını doğurabilmesi, genel kurul tarafından alınacak karar³⁶¹ ile işleme izin³⁶² veya onay³⁶³ verilmesine bağlıdır³⁶⁴. Genel kurul icra organı değil, karar organıdır. Bu nedenle sorumluluğu da bulunmamaktadır³⁶⁵.

Yönetim kurulu tarafından, ticari işletmenin devrine ilişkin işlemler yerine getirilerek devir sözleşmesi kurulur. Devir sözleşmesinin hüküm ifade etmesi ve sonuçlarını

³⁶¹ Yatağan Özkan, önemli miktarda malvarlığının devrine ilişkin kararda oydan yoksunluk sorununun gündeme gelebileceğini, önemli malvarlığının şirket ortaklarından biri tarafından, iktisap edilmesi durumunda, bunun gerçekleşebileceğini, TTK m. 436/1’de, yer alan “*Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üst soyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hakimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz.*” hüküm uyarınca, pay sahibinin ve/veya hükümde belirtilenlerin, şirketten bir malvarlığını devralmasına ilişkin genel kurul kararında oy hakkından yoksun olacağı, böylece oy kullanamayacağını belirtmiştir. Bkz. Yatağan Özkan, s. 256 - 257.

³⁶² Genel kurul tarafından, alınacak olan kararın kapsam ve içeriği konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Genel kurul, satışa ilişkin olarak tüm detayları ile satışın kime veya kimlere yapılabileceği, bedeli, ödeme ve teslim şartları, satışın ne zaman yapılacağı, teminat alınıp alınmayacağı vb. konularda karar alıp, satışı tüm detayları ile planlayabileceği gibi, satışa ilişkin karar alıp satış tutarının alt sınırını belirleyerek, diğer konularda yönetim kurulunu da yetkilendirebileceği kanaatindeyiz.; Konuyu değerlendiren Dural, genel kurul tarafından, satışın detaylı olarak, belirlenebilmesinin yanın da yalnızca satış karının alınarak, başkaca bir belirleme yapılmaksızın diğer konularda yönetim kurulunun yetkilendirilebileceğini ileri sürmektedir. Dural, bunu gerekçelendirirken, kanun koyucunun ihtiyaç duyduğunda, şartları yönetim kuruluna bırakmadan üçüncü kişilerle yapılacak işlemin şartlarını belirleyebildiğini, TTK m. 408’de, böyle bir belirlemenin olmadığını, bu nedenle, yönetim kuruluna bu yetkinin verilmesinde bir sakınca düşünölemeyeceğini belirtmiştir. Aynı eserin soru – cevap bölümünde Prof. Dr. Ünal Tekinalp, genel kurul tarafından, yönetim kuruluna verilecek olan yetki konusunda detaylı düzenleme gerekebileceği ve/veya fiyat bandı belirlenmesi hususlarına dikkat çekmiştir. Bkz. Dural, **Konferans**, s. 113; Yönetim kuruluna, satışa ilişkin yetki verileceği yönünde bkz. Kocabaşoğlu, s. 4; Dural, genel kurul tarafından, satışa ilişkin karar alındıktan sonra, fiyat vb. unsurlar ile ilgili olarak, yönetim kurulunda belirli bir yeter sayı örneğin, oybirliği ile karar alınması gerektiği şartını da kararında öngörebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Dural, **Armağan**, s. 236, dn. 28; Genel kurul kararının sözleşme akdedilmeden önce onay, sözleşme akdedildikten sonra icazet şeklinde alınabileceği yönünde bkz. Helvacı , s. 62.

³⁶³ Yargıtay tarafından, şirkete ait gayrimenkulün satışı ile elde edilen gelirin sermayeye eklenmesi ile karşılanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir. Bu durumda her ne kadar taşınmazın satışından önce bu konuda alınmış bir genel kurul kararı bulunmamakta ise de, davanın açılmasından sonra yapılan genel kurulda belirtilen maddeler uyarınca genel kurulun satışa icazet verdiğinin kabul edilmesi gerekir. şeklinde hüküm kurulmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD. 04.04.2013 T, E. 2012/6771 K. 2013/6820 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 20.04.2021); Yargıtay, benzer yönde vermiş olduğu bir kararında da, genel kurul kararı olmaksızın şirkete ait tek taşınmazın yönetim kurulu kararı ile satışı geçersiz ise de, satıştan sonra yapılan genel kurulda şirket sermayesinin arttırılmasına ve arttırılmış olan bu tutarın taşınmaz satışından elde edilen gelirin sermayeye eklenmek sureti ile karşılanmasına karar verilmiş olduğundan, genel kurulun satışa onay verdiğinin kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi şeklinde hüküm kurmuştur. Yargıtay kararında da açıkça görüldüğü üzere, genel kurul kararı olmaksızın gerçekleştirilen işleme açık veya zımni verilecek onay ile işlemin geçerli hale geleceği kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD. 28.10.2009 T, E. 8122 K. 2009/11125. (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 20.04.2021)

³⁶⁴ Songur, s. 596.

³⁶⁵ Bahtiyar Mehmet, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Genel Kurulunun Fiziken Yapılması**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014, s. 136.

doğurması için, genel kurul kararı gerekli olduğundan³⁶⁶, kurulmuş olan ticari işletmenin devir sözleşmesi askıda hükümsüzdür ve sonuçlarını bu aşamada doğurmaz. Genel kurul tarafından usulüne uygun olarak ve geçerli bir şekilde karar alındığında, yapılmış olan devir sözleşmesi geçerli olur ve şirketi bağlayarak, sonuçlarını doğurmaya başlar³⁶⁷. Genel kurul tarafından devir işlemine ilişkin red kararı çıkar ise,

³⁶⁶ Dural, genel kurul tarafından, belirlenmiş olan şartlardan birine ya da birkaçına aykırı olarak, üçüncü kişiye satış işleminin yapılması halinde, TTK m. 371/4 hükmü gereği, üçüncü kişinin iyiniyetli olması şartıyla, yapılan satış işleminin geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir. Bkz. Dural, **Armağan**, s. 235; Konuyu genel kurul tarafından hiç karar alınmamış olması yönü ile değerlendiren Yatağan Özkan, kanun koyucunun, emredici hüküm olan TTK m. 408 ile dış ilişkide etkili ve sonuç doğurur şekilde, yönetim kurulunun, temsil yetkisine açık bir sınırlama getirdiğini, TTK m. 408/2-f kapsamında yönetim kurulunun temsil yetkisinin olmadığını, yine hüküm kapsamında, kanun koyucunun, pay sahiplerinin menfaatlerine ve şirket malvarlığının korunmasına, üçüncü kişilerin işlem güvenliğine nazaran daha fazla ağırlık verdiğini, bu gerekçelerle, genel kurul tarafından onaylanmayan sözleşmenin batıl olduğunu belirtmiş ve kesin hükümsüz olan sözleşme uyarınca üçüncü kişi tarafından, şirkete karşı bir talepte bulunulamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. Yatağan Özkan, s. 260 vd.; Konu ile ilgili olarak, TTK m. 371/4, “...iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin o işlemde dolayı şirkete başvurmaya engel değildir” şeklinde hüküm içermektedir. Genel kurul tarafından, önemli malvarlığına ilişkin, belirlenmiş olan şartlar kapsamında satış kararı alınmaktadır. Yönetim kurulu tarafından, genel kurul kararında yer alan şartlara uyulmaksızın yapılan satışta, genel kurul kararı uygulanmamış olmaktadır. Genel kurul tarafından, alınmış olan satış kararı, şartları ile birlikte bir bütün teşkil etmektedir. Bu bakımdan, TTK m. 371 uyarınca, “*temsile yetkili olanların*” ifadesindeki yetkili olmayı “*şartlar dahilindeki satış için*” olarak değerlendirmekteyiz. Böylece, genel kurul tarafından şartları belirlenerek alınmış olan önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı konusunda, yönetim kurulunun şartlardan birine veya birkaçına uymayarak, gerçekleştirdiği satış bakımından, şirketi temsil yetkisine haiz olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca, TTK m. 371/4 hükmünde, iyiniyet sahibi üçüncü kişiler tarafından yapılan iktisabın korunacağına ilişkin açık düzenleme yer almamaktadır. Hükmün, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin, bu yüzden uğradıkları zararlarının tazmini için şirkete başvurabilecekleri şeklinde anlaşılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz; Çamoğlu, genel kurul kararına dayanmaksızın yönetim kurulu tarafından, şirketin önemli miktarda varlığının satışı veya bu yönde mali yük getirecek diğer iş ve işlemlerin yapılması halinde işlemin batıl olmayacağını düşündüğünü belirtmiştir. Aksi durumda, üçüncü kişinin, bir iç organ olan genel kurulun, bu yönde bir kararı olup olmadığını araştırma külfeti altına sokulması olacağını, bunun da hukuk güvenliğini zedeleyeceğini ileri sürmüştür. Bu halde üçüncü kişinin hak iktisabının ise, TTK m. 371/3 uyarınca, iyiniyetli olup olmamasına göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Çamoğlu, s. 338 – 340; Helvacı, genel kurul kararının dış ilişkide etkili olduğu, yönetim kurulu ile ilişkide olan kişinin bizzat sözleşme tarafı olduğu ve üçüncü kişi olmadığı, bu kapsamda, sözleşme tarafının da iyiniyetli olmasına bağlanan bir sonucun bulunduğu söz edilemeyeceği, yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilen satış işleminde, ortaklık menfaati ve işlem güvenliği olmak üzere iki menfaatin çatıştığı, TTK m. 408/2-f hükmünün istisnai bir hüküm olduğu ve çatışma halinde ortaklık menfaatine üstünlük tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Yönetim kurulu tarafından, genel kurul kararı olmaksızın ve/veya genel kurul kararına aykırı şekilde işlem yapılması halinde yetkisiz temsilin söz konusu olacağını ve buna ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Helvacı, s. 65 vd.; Biçer/Hamamcıoğlu, Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışının, genel kurul kararı olmaksızın, yönetim kurulu tarafından, yapılması durumunda üçüncü kişilerin iyiniyetle hak iktisap etmesinin mümkün olmayacağını belirtmişlerdir. Bkz. Biçer/Hamamcıoğlu, s. 47.

³⁶⁷ Helvacı, bu konuda ideal uygulamanın, satım sözleşmesinin tüm unsurlarının öncesinde yönetim kurulu tarafından belirlenerek, genel kurulun onayına sunulması ve genel kurulun öngörülen şartların uygunluğuna ilişkin onay kararının ardından sözleşmenin akdedilmesi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Helvacı, s. 58.

veya devre ilişkin hiç karar alınmaz ise, askıda hükümsüz olan işlem, kesin olarak hükümsüz hale gelir³⁶⁸.

b. İzlenecek Usul ve Aranan Nisaplar

TTK m. 408/2-f kapsamında, devredilecek olan şirket malvarlığı işlemlerinin planlama, hazırlık, kurulması, uygun şekilde karara bağlanması ve icrası aşamaları, işlemin geçerliliğinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

Şirketin yönetiminde tam yetkili organ olan yönetim kurulu tarafından, devredilecek/satışı yapılacak malvarlığı ile ilgili olarak gerekli incelemeler yapılır. Üzerinde işlem yapılacak olan malvarlığının, şirket bakımından önemli miktarda malvarlığı olduğu değerlendirilir ise, konu ile ilgili olarak genel kurul toplantısı için gerekli kararlar alınarak, kamuyu aydınlatma yükümlülükleri yerine getirilerek hazırlıklar tamamlanır³⁶⁹. Genel kurul öncesi pay sahiplerinin usulüne uygun ve detaylı şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir³⁷⁰.

TTK m. 408/2-f, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışını, genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayarak, genel kurul kararına bağlamış, ancak genel kurul tarafından alınacak olan bu karar ile ilgili olarak özel bir yeter sayı düzenlemesi belirtmemiştir³⁷¹. Bununla birlikte, tasfiye aşamasında olan şirketler bakımından önemli miktarda malvarlığı satışına ilişkin getirilmiş olan TTK m. 538/2 hükmünde,

³⁶⁸ Songur, s. 599.

³⁶⁹ Helvacı, uygulamada önemli miktarda şirket varlığının satışına ilişkin olarak muvazaa davalarının açıldığını belirtmiştir. Bu konuda genel kurul kararları ile ilgili olarak, muvazaa davalarının açılabilmesi için kararın kendisinin bünyesinde muvazaayı barındırması gerektiğini ifade etmiştir. Devamla, genel kurul kararında satışa ilişkin herhangi bir unsurun belirlenmediği hallerde, genel kurul kararında muvazaadan söz edilemeyeceğini, bu durumda, muvazaa iddiasının yönetim kurulunun tasarrufunu konu alması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Helvacı, s. 59, dn. 72.

³⁷⁰ Songur, s. 597.

³⁷¹ Yatağan Özkan, konuya ilişkin olarak, TTK'da kararın hangi nisapla alınacağına ilişkin bir düzenleme olmadığını, ancak Alman POK § 179a'da, bir düzenleme bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. Yatağan Özkan, s. 257.

TTK m. 421/3 ve 4'e atıf bulunmaktadır. Böylece tasfiye halindeki şirketler bakımından, bu konuya ilişkin karar alma yeter sayısı ağırlaştırılarak %75 olarak uygulanmaktadır. Kanun koyucu, pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasının önemini vurgulamak amacıyla, ilk toplantıda yeter sayısına ulaşamaması halinde dahi devam eden toplantılarda da aynı nisabın aranacağını hüküm altına almıştır.

Belirttiğimiz üzere, TTK'da, toptan malvarlığı satışına ilişkin olarak alınacak olan genel kurul kararlarında, nisaplara ilişkin açık ve ayrıca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik'in³⁷² 22/12 maddesinde, önemli miktarda şirket aktiflerinin toptan satışı kararı, şirket sermayesinin en az %75'ini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oylarıyla alınacağı ve bu nisabın ikinci toplantıda da aranacağı açık olarak düzenlenmiştir³⁷³. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, toptan malvarlığı satışına ilişkin olarak her iki toplantı için de, ağırlaştırılmış yeter sayısı öngörmüştür. Kanun koyucu tarafından, öngörölmüş olan ağırlaştırılmış yeter sayısına TTK'da değil de, yönetmelikte yer verilmiş olması, normlar hiyerarşisi bakımından uygun değildir³⁷⁴. Bu hususun, kanunda düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık, kanun koyucunun, bu konudaki düşüncesinin ortaya konulması bakımından, yönetmelik hükmünün, yol gösterici olduğu düşüncesindeyiz³⁷⁵.

³⁷² RG. 28.11.2012 tarih; S. 28481.

³⁷³ Sorgun, konunun kanunda değil de, yönetmelikte düzenlenmiş olmasının normlar hiyerarşisi bakımından uygun olmadığını ileri sürerek eleştirmiştir. Bkz. Sorgun, s. 597; Aynı yönde bkz. Yatağan Özkan, s. 258; Kendigelen, önemli miktarda şirket aktifi/şirket varlığının toptan satışı halinde genel kurul tarafından alınacak olan kararın, şirketin tasfiyede olup olmamasına göre farklı nisaplara tabi olmasını tutarsızlık olarak değerlendirmekte ve TTK m. 538/2'nin atfı ile TTK m. 421/3 ve 4 hükümlerinin tasfiye aşamasında olmayan şirketler bakımından da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Kendigelen, **Yenilikler ve İlk Tespitler**, s. 309.

³⁷⁴ Aynı yönde bkz. Çamoğlu, s. 337.

³⁷⁵ Benzer yönde bkz. Çamoğlu, s. 337; Ayrıca Çamoğlu, Yönetmelik hükmündeki %75'lik oran ile kanun koyucunun, TTK m. 538/2'nin yollaması ile, TTK m. 421'deki, nisap hükmünün, tasfiye dönemi öncesi işlemlerde kıyasen uygulanma yeteneğini destekleyen bir kanıt olduğunu ileri sürmüştür. Bkz.

Şirketlerde önemli miktarda malvarlığı toptan satışının genel kurul kararı ile geçerlilik kazanmasının ve aranan nisaplar bakımından ağırlaştırılmış olan nisapların öngörülmesi olmasının en önemli nedeni, pay sahiplerinin böylesi önemli bir konuda hak kayıplarının önüne geçilmek istenmesidir³⁷⁶. Her ne kadar TTK'da, aktif olan anonim şirketler bakımından önemli malvarlığı toptan satışına ilişkin bir nisap öngörülmemiş ise de, tasfiye aşamasında olan şirketler bakımından ağırlaştırılmış nisap öngörülmüştür. Tasfiye aşamasında ağırlaştırılmış nisabı öngörmüş olan kanun koyucunun, şirketin aktif dönemi için önemli miktarda malvarlığı satışında bunu öngörmemiş olması düşünülemeyecektir. Ayrıca şirketin aktif dönemindeki satışı ile tasfiye halindeki satışına genel kurul bakımından farklı nisapların uygulanması için haklı bir gerekçe de bulunmamaktadır³⁷⁷. Bununla birlikte, tasfiye halinde pay sahiplerinin mağduriyeti tek sefere mahsus olmak üzere gerçekleşmektedir. Buna karşılık, aktif şirketler bakımından, ağırlaştırılmış olan nisapların uygulanmaması pay sahipleri açısından, süreklilik arz eden hak kaybına sebep olmaktadır. Bu nedenle, ağırlaştırılmış nisapların aktif dönemdeki satışlara hayli hayli uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim kanun koyucu, TTK'daki bu eksikliği gidermek amacı ile, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik'e açık bir şekilde hüküm eklemiştir³⁷⁸. Kanun koyucu tarafından, yönetmelik ile düzenlenmiş olan nisapların

Çamoğlu, s. 337; Helvacı, TTK m. 408/2-f için alınacak kararla ilgili yetersayının yönetmelik hükmü ile birlikte pozitif açıdan hukuki dayanağa kavuştuğunu belirtmiştir. Buna karşılık, yetersayının maddi hukuk kurumu olduğu, bu nedenle, ancak kanun ile düzenlenebileceği, TTK'da yer verilmeyen bir yetersayı düzenlemesinin, genel düzenleyici idari işlem olan yönetmelik ile öngörülmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucu olarak da, TTK m. 408/2-f, ile ilgili olarak, alınacak olan kararların TTK m. 418'de öngörülen adi yetersayı ile alınabileceği hususunu ileri sürmüştür. Bkz. Helvacı, s. 60 – 61.

³⁷⁶ Barut Ahmet, **Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Halka Açık Olmayan Anonim Şirketin Önemli Miktarındaki Şirket Varlığının Toptan Satışı İşleminde Yönetim Kurulu Yetkisinin Tartışılması**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 93, S. 2, İstanbul, 2019, s. 133.

³⁷⁷ Bkz. Kendigelen, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 309.

³⁷⁸ Yargıtay, konuya ilişkin olarak eTTK döneminde de önemli malvarlığı iş ve işlemlerinde genel kurul tarafından alınacak olan kararlar bakımından ağırlaştırılmış nisap aramaktadır. Yargıtay vermiş olduğu

normlar hiyerarşisine uygun olarak, kanun metni ile düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme yapıncaya kadar, öğreti görüşü³⁷⁹ ve Yargıtay kararları³⁸⁰ doğrultusunda, nisaplar ile ilgili olarak, TTK m. 538/2 hükmünün yollaması ile, TTK m. 421/3 ve 4'ün kıyas yolu ile uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

E. İŞLETMENİN GEÇİCİ DEVRİ KAPSAMINDA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

TTK m. 11/3'te, yer alan ticari işletmenin devri ile işletmenin geçici devri kapsamında ticari işletmenin devri kavramları birbirinden farklıdır. TTK m. 11/3 ve TBK m. 202 uyarınca gerçekleştirilen ticari işletmenin devrinde, ticari işletme, devralana tümü ile hak ve alacakları ile bir daha geri alınmaksızın devredilmektedir. Mülkiyet ve sözleşme kapsamında yer alan her türlü hak ve borçlar, devralana geçmektedir. İşletmenin geçici devrinde, ise devir sözleşmesine istinaden malik, işletmesini bu işletmeyi kendi hesabına, fakat malik adına işletecek bir başka kişiye devreder³⁸¹.

İşletmenin geçici devrinde, devralan tarafından gerçekleştirilmiş olan işletme faaliyeti vekalet ilişkisine dayanır. Buradaki vekalet de, genel vekalet veya ticari mümessillik şeklinde olabilir³⁸².

İşletmenin geçici devrinde taraflar arasında, esas itibarıyla, kira ilişkisi olduğu söylenebilecektir. Malik, işletmesini devralana kiralamanın yanında, kendi adına (malik adına) yönetimi, devreder. Bu bakımdan, işletmenin geçici devrinde, dışarıya

bir kararında "... genel kurulun şirketin tek taşınmazını satma yetkisi verebilmesi için anılan kanun hükmü gereğince aynı kanunun 388/3-4 hükümlerinde yer alan karar yeter sayısının olması şarttır." şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay, 11. HD. 17.01.2000 T, E. 1999/8298 K. 2000/19; Aynı yönde kararlar için Bkz. Yargıtay, 11. HD. 05.05.2005 T, E. 2004/8131 K. 2005/4696 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 21.04.2021).

³⁷⁹ Kendigelen, **Yenilikler ve İlk Tespitler**, s. 309.

³⁸⁰ Bkz. dn. 370'deki Yargıtay kararı.

³⁸¹ Çebi Hakan, **Şirketler Topluluğunda İşletme Hasılat Kirası ve İşletmenin Geçici Devri Sözleşmesi**, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 9, S. 33, Ankara, 2020, s. 167.

³⁸² Çebi, s. 167.

karşı bir değişiklik gerçekleşmediğinden, devir konusu, üçüncü kişiler bakımından fark edilen, anlaşılan bir durum değildir. Burada işletmeyi devralan, malik adına faaliyete devam eder. Bu bakımdan işletmenin geçici devrinde, iç kiradan³⁸³ söz edilmektedir³⁸⁴.

İşletmenin geçici devrinde işletmeyi devralan, dışarıya karşı malikin adına faaliyetleri yürütür, ancak ekonomik olarak kendi hesabına işlem yapmaktadır. Bu bakımdan, devralan tarafından yürütülen iş ve işlemlerden elde edilen hakların devralana temlik edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca işletmenin geçici devrinde, devirden sonraki riskler, devralan üzerindedir³⁸⁵.

F. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE TİCARİ DEFTERLERİN VE KAMBİYO SENETLERİNİN AKİBETİ

1. Ticari Defterler

Tacir, ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen sonuçları açıkça görülebilir ve anlaşılır bir şekilde ortaya koymak amacıyla defter tutmak³⁸⁶ zorundadır (TTK m. 18/1, 64 vd). Tacir tarafından, tutulması zorunlu olan defterlerin ne şekilde tutulması gerektiği de, yine kanun tarafından belirtilmiştir³⁸⁷. Buna göre, tacir, ticari işlemleri ile işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap döneminde elde edilen sonuçları açıkça görülebilir ve üçüncü kişi uzmanlar tarafından, yapılacak olan

³⁸³ Çebi tarafından, iç kira deyimi kullanılmıştır. Burada iç kira ile kastedilen, devir konusunun dışarıdan bakıldığında 3. kişiler tarafından fark edilebilecek bir durum olmamasıdır. Kira ilişkisi taraflar arasında bilinen bir unsurdur.

³⁸⁴ Çebi, s. 167.

³⁸⁵ Çebi, s. 167.

³⁸⁶ Defter tutmak, muhasebenin ilk ve en basit kademesi olup, belirli bir dönem içerisinde gerçekleşmiş değer hareketlerini tespit etmek amacıyla, bu işlemleri gereken ve belirlenmiş defterlere kaydetmek ve işlemlerle ilgili belgeleri saklamak şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Toroslu M. Vefa, **VUK ve TTK Kapsamında Ticari Defterler ve Belgeler**, Vedat, İstanbul, 2018, s. 27.

³⁸⁷ Defter tutma ile ilgili olarak, TTK'da, vergi esaslı bir defter tutma ve muhasebe sisteminin öngörüldüğü belirtilmektedir. Bkz. Toroslu, s. 32.

incelemede makul sürede işletmeyle ilgili fikir verebilir şekilde defter tutmalıdır³⁸⁸ (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ m. 4). Bu yolla tutulan defterler, incelendiğinde, işletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir (TTK m. 64/1)³⁸⁹.

Tacirler³⁹⁰ bakımından tutulması zorunlu olan ticari defterler³⁹¹, TTK'da ve Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ (TDİT)'de^{392,393} düzenlemiştir. Buna göre, TTK m. 64/3'te, fiziki ortamda tutulan yevmiye defteri, envanter defteri ve defteri kebir tacirlerin ve tacir gibi sorumlu olanların tutmakla yükümlü olduğu defterlerdir. Bu defterleri, gerçek ve tüzel kişi tüm tacirlerin tutması zorunludur (TDİT m. 5/1)³⁹⁴. Buna ek olarak, TTK m. 64/4'te, tüzel kişi tacirlere özgü tutulacak defterler belirtilmiştir. Hükümde, pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi, işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler de, ticari defter olarak gösterilmiştir

³⁸⁸ Tacir tarafından, tutulması zorunlu olan defterlerin içerikleri ile ilgili olarak, detaylı bilgi için bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 287 – 294.

³⁸⁹ Ülkemizde ticari defter tutulmasını öngören ilk düzenleme, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'te yer almıştır. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 363 – 364.

³⁹⁰ Defter tutma yükümlülüğüne tabi olanlar ile ilgili olarak, detaylı bilgi için bkz. Bahtiyar Mehmet/Biçer Levent, **Ticari Defterler Tutma Yükümlülüğü ve Defterlerin İspat Gücü**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014, s. 287 – 289.

³⁹¹ Ticari defterlerin tutulması ile ilgili olarak, çeşitli sistemler kabul edilmiştir. Bunlar; 1. sisteme göre, defter tutmak serbesttir (İngiliz sistemi); 2. sisteme göre, hangi defterlerin tutulacağı her işletmenin niteliğine göre belirlenir (Alman ve İsviçre sistemi); 3. sisteme göre, zorunlu defterler, kanunda gösterilmiştir (Fransız sistemi); 4. sisteme göre, zorunlu defterler kanunda sayılmıştır. Ayrıca, bu defterlere ilave olarak başka defterlerin de tutulması zorunlu kılınmıştır (İtalyan sistemi). TTK'nın 3. sistemi kabul ettiği belirtilmektedir. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 284.; Bahtiyar/Biçer, s. 290, dn. 6; sistemler ile ilgili olarak bkz. Aksoy Mehmet Ali, **Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (2), Ankara, 2016, s. 140 – 141.

³⁹² RG. 19.12.2012; S. 28502.

³⁹³ Karahan, Tebliğ'in, Kanunla belirlenmiş olan sınırları aşan bir düzenleme getirdiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, Tebliğ'e tanınan yetki, sadece belirlenmiş olan defterlerin şekil ve içerik itibarıyla yani, tutuluş şekli ile sınırlı olduğudur. Buna karşılık, Tebliğ'de, kimlerin hangi defterleri tutacağı da düzenlenmiştir. Bu yönü ile, Tebliğ'in, TTK m. 64/3 ve VUK m. 176'ya açıkça aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 285 – 286, dn. 2.

³⁹⁴ TDİT m. 5/2 hükmü uyarınca, şahıs şirketleri tutması zorunlu defterlere ek olarak, genel kurul toplantı ve müzakere defterini; TDİT m. 5/3 hükmü uyarınca, anonim, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve kooperatifler, pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterini; limited şirketler ise, pay defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterini tutmakla yükümlüdür.

(TTK m. 64/4). Ayrıca, TTK m. 64/5'te, VUK'un ve diğer vergi kanunlarının defter tutma ile ilgili hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür³⁹⁵.

Ticari defterlerin tutulması, sağlıklı bir şekilde düzenlenmesi ve muhafazası çok önemlidir. Ticari defterler, ticari işletmenin faaliyetlerinin oluşumunun ve gelişiminin izlenmesi açısından önemli bir işleve sahiptir. Bu bakımdan, ticari defterlerin tutulması öncelikli olarak tacir için gerekli ve faydalıdır³⁹⁶. Bununla birlikte, tüzel kişi tacirlerin ortakları ve yöneticileri bakımından da defterlerin büyük öneme sahip olduğu belirtilmektedir. Ortaklar defterleri inceleyerek, şirketin gerçek durumu hakkında fikir sahibi olabilirler ve sağlıklı kararlar alabilirler³⁹⁷. Tacirler tarafından, tutulmakta olan defterler, gerçeğe uygun tutulduğu takdirde, vergi matrahının tam ve doğru şekilde saptanmasına hizmet ederler³⁹⁸. Son olarak, ticari defterler, üçüncü kişiler ve alacaklılar bakımından, önem arz etmektedir. Alacak ve borç ilişkilerinin ticari defterlere kaydı, HMK m. 222 uyarınca alacaklı ve borçlu lehine delil teşkil etmektedir³⁹⁹.

Bahtiyar, tacir tarafından tutulmakta olan defterlerin çeşitli hukuk dalları açısından öneme sahip olduğunu belirtmiştir⁴⁰⁰. Defterler, Medeni Usul Hukuku ve Ticaret Hukuku bakımından, mahkemede delil olarak kullanılabilirler⁴⁰¹ (HMK m. 222). Ticari defterler, tacirin iflası – konkordato ilan etmesi hallerinde, iflas ve konkordatonun araştırılması aşamasında incelenecek olan temel belgeler arasında bulunmaktadır (icra ve iflas hukuku bakımından). Ticari defterlerin önem arz ettiği

³⁹⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 194.

³⁹⁶ Kayış Ferhat, **Ticari İşletmenin Devrinde Bazı Sorunlu Noktalar ve Buna İlişkin Tespitler**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 18, S. 215, 2020, s. 5031.

³⁹⁷ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 187 – 188; Toroslu, s. 27.

³⁹⁸ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 188; Toroslu, s. 27 - 28.

³⁹⁹ Yargıtay, 17. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararlarında uyuşmazlık ile ilgili olarak, tarafların ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasını istemiştir. Bkz. Yargıtay 17. HD. 13.04.2010 T, 710/3424; Yargıtay 17. HD. 19.10.2008 T, 5251/6528; Yargıtay 17. HD. 03.06.2008 T, 858/3001 (Erişim: www.e-uyar.com).

⁴⁰⁰ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 188.

⁴⁰¹ Ticari defterlerin delil olabilmesi için taşıması gerekli olan şartlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Toroslu, s. 59 vd.

son hukuk dalı da, vergi hukukudur. Ticari defterler, vergi yükümlüsü ile matrahının tam ve doğru tespit edilmesinde büyük önem taşımaktadır (VUK m. 171 vd.)⁴⁰².

Ticari işletmenin, kuruluş ve faaliyeti süresince gerçekleştirdiği tüm iş ve işlemlerinin yer aldığı defterlerde, ticari işletmenin malvarlığı, alacakları, borçları ve hakları ile ilgili olarak tüm bilgi, belge ve kayıtlar yer almaktadır. Bu bakımdan, ticari defterlerin ticari işletme için çok önemli olduğu bir gerçektir. Bu önemi dolayısıyla tez konumuz olan ticari işletmenin devrinde, ticari defterlerin akıbetinin ne olacağı hususunu inceleme gereği duyduk.

Ticari işletmenin devrinde, ticari defterler ile ilgili olarak, açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde, ticari defterlerin devreden de mi kalacağı, yoksa devralana mı geçeceği hususu açıklığa kavuşturulmuş değildir.

Ticari işletmenin devrinde, işletme tüm hak ve borçları ile bütünlük oluşturacak şekilde devredilmektedir. Devralanın, alacak, borç ilişkilerini tespit edebilmesi, yürütebilmesi ve sonlandırabilmesi için işletme ile ilgili olarak her türlü bilgi ve belgeye ihtiyacı bulunmaktadır. Devralanın, işletmeye ait, ihtiyaç duyduğu tüm bilgi ve belgeler, ticari defterlerde (kural olarak) kronolojik sıra ile eksiksiz bir şekilde yer almaktadır.

⁴⁰² Şener, tacirlerin defter tutma yükümlülüğünün pek çok amaca hizmet ettiğini, ticari defterler üzerinde, bu işletmeden gelir elde edecek kurum ve kişilerin menfaati olduğu gibi, bu defter ve belgelerin ihtilaflarda da değerli delil olduğu hususuna vurgu yaparak, bu özellikleri dikkate alındığında, defterlere ilişkin kuralların hem kamu, hem de özel hukuk karakterli olduğu sonucunun ortaya çıktığını ifade etmiştir. Bkz. Şener Oruç Hami, **Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyaı, Zayı Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, S. 1, İzmir, 2004, s. 235, dn. 6.

Ticari defterlerin, sahibi lehine (HMK m. 222/2-4)⁴⁰³ ve sahibi aleyhine delil olma (HMK m. 222/5) etkisi bulunmaktadır⁴⁰⁴. Ticari işletmenin devrinde, devirden sonra tüm borçlar devralana geçmektedir. Her ne kadar, iki yıllık bir süre devredenle birlikte müteselsil sorumluluk müessesesi var ise de, iki yılın sonunda devralan, kalan tüm borçlar bakımından, tek borçlu durumuna düşecektir (vadesi gelmemiş borçlar hariç). Bu durumda, devralan, borçlarla ilgili olarak, gerekli def'i ileri sürmek, itiraz etmek, delil sunmak gibi haklarını kullanabilmek için, ticari defterlere ve onların dayanağı olan belgelere ihtiyaç duyacaktır. Ticari işletmenin devrinden sonra, çıkacak olan uyuşmazlıklarda devralan, her zaman devredene başvurma imkanına sahip olmayabilecektir. Ayrıca, işletmenin devrinden sonra, devreden işletme ile ilgili olarak, bir menfaati kalmadığından, devralanın talepleri karşısında, gerekli özeni, sürati ve hassasiyeti göstermeyebilir. Bu bakımdan, devralanın, işletmesi ile ilgili olarak, tüm bilgi ve belgelere kendi uhdesinde ihtiyacı bulunmaktadır.

Tacirlerin, işletmesiyle ilgili defter tutma yükümlülüğü bulunmaktadır (TTK m. 18/1, 664/1). Birden çok işletmesi bulunan tacirin, her bir işletme için, ayrı defter tutması gerektiği belirtilmektedir⁴⁰⁵. Buradan hareketle, tacirler tarafından⁴⁰⁶, tutulmakta olan

⁴⁰³ Ticari defterlerin, sahibi lehine delil olması ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 213; Bahtiyar/Biçer tarafından, defterlerin sahibi lehine kesin delil oluşturduğuna ilişkin pek çok gerekçe ileri sürülmüş olup, son olarak, HMK m. 222/3'te aranan şartlara atıf yapılarak, özellikle "...yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir". Hükmü uyarınca, defter kayıtlarının, tam aksinin ispatlanması için kesin delil aranıyor olmasına karşılık, iddia ve savunmada, silahların eşitliği ilkesi gereği, defterlerin sahibi lehine kesin delil oluşturduğunun kabul edilmiş olması gerektiğini belirtmişlerdir. Bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 319 – 320; Ceyhun, tacirler tarafından tutulması zorunlu olan ticari defterlerin, her zaman gerçeği yansıtmayacağı, ticari defterlerin gerçeği yansıtmayı yansıtmadığının ancak dayanak belgelerin incelenmesi ile ortaya çıkabileceği, tarafların, defter kayıtlarının birbiri ile uyumlu olmaması halinde, defterlerin taraf lehine delil olarak kabul edilmeyeceğini, bu durumda, uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak dayanak belgeyi mahkemeye sunan tarafın iddiasını ispat edeceğini, dayanak belgelerin de HMK kapsamında genel ispat kuralları çerçevesinde delil değerine sahip olduğunu belirterek, defter kayıtlarına ayrıca delil olma işlevinin yüklenmesinin anlamlı olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. Ceyhun Deniz, **Ticari Defterlerin Delil Olma Niteliği**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s. 163.

⁴⁰⁴ Ticari defterlerin, sahibi aleyhine delil olması ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 211.

⁴⁰⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 189; Toroslu, s. 28 – 30.

⁴⁰⁶ Tacirler tarafından, tutulması zorunlu olan defterler ile ilgili olarak, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, yükümlülüğü yerine getirecek kişiye bağlı bir görev, bir yetki olmadığından, bizzat

ticari defterler, işletmelere özgü ve esas itibariyle yalnızca işletmeyi ilgilendiren unsurlardır. Bu bakımdan, kanımızca, ticari defterler ile ilgili olarak, işletmenin bir “parçasıdır” diyebiliriz.

TTK m. 82/8’de, gerçek kişi olan tacirin ölümü halinde, mirasçılardan birinci fıkra hükmü gereğince tüm defter ve belgeleri saklayacağı belirtilmiştir. Gerçek kişi tacirin, ölümü halinde, ticari işletme mirasçılardan geçeceği için, defter ve belgeleri saklama yükümlülüğü de, mirasçılara geçmektedir. Ticari işletmenin devrinde de, ticari işletme devralana geçmekte olup, devreden, ticari işletmeden elini çekmektedir. Bu bakımdan, işletme için tutulmuş olan tüm defterlerin ve bunlara ilişkin tüm bilgi ve belgelerin de devralana geçmesi gerekmektedir.

Ticari işletmenin devrinde, işletmenin tüm detaylarının yer aldığı defterlerinin, elektronik ve basılı olan tüm bilgi ve belgelerinin⁴⁰⁷ devralana geçmesinin⁴⁰⁸ uygun olacağı ve kalan yasal saklama süresi ile ilgili olarak, yükümlülüğün, devralan tarafından, yerine getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁴⁰⁹. Devreden talep ediyor ise, masrafları kendisine ait olmak üzere, defterlerden ve belgelerden onaylı suret alabilecektir.

belirtilmiş olan kişilerce yerine getirilmesi zorunlu değildir. Yükümlülük altındaki kişiler, defter tutma işini, bu konuda uzman kişilere yaptırabilirler. Nitekim ticari defterlerin tutulması, teknik bilgi gerektirdiğinden, uygulamada tacirlerin, defterleri, serbest muhasebeciye veya mali müşavire tutturduğu görülmektedir. Bkz. Toroslu, s. 31.

⁴⁰⁷ Ticari defterlerin dayanağı olan belgeler, ticari defterler kadar önemlidir. Ticari defterler, işbu belgeler dayanak alınarak kronolojik sıra ile tutulmaktadır. Defterlerin delil olma özelliği dikkate alındığında, usulüne uygun tutulması ve dayanak belgeler ile teyit edilmesi önem arz etmektedir. Bu bakımdan, kanun koyucu, ticari defterler ile birlikte, defter kayıtlarının dayanağı olan bilgi ve belgelerin de saklanmasını zorunlu kılmıştır. Benzer yönde bkz. Toroslu, s. 60.

⁴⁰⁸ Aynı yönde bkz. Toroslu, s. 28.

⁴⁰⁹ Aynı yönde bkz. Şener, **Ticari Defter**, s. 239; Kayış, s. 5031; Kayış, ticari işletmenin devrinin dışında tutulmamasına rağmen, devreden tarafından, devralana teslim edilmeyen ticari defterler ile ilgili olarak zayıf belgesi alınabileceğini, bu durumun, TTK m. 82/7’de sayılan nedenlere girmemesine karşılık, Yargıtay uygulamaları doğrultusunda, ticari defterlerin mali müşavire verilerek geri alınmaması örneğine benzediğini ileri sürmektedir. Bkz. Kayış, s. 5041.

2. Kambiyo Senetleri

TTK'nın kıymetli evrak kitabında, bir para alacağını temsil eden senetlerden olan poliçe, bono ve çek kambiyo senetleri olarak kabul edilmektedir⁴¹⁰. Kambiyo senetleri uygulamada tacirler ve gerçek kişiler tarafından çokça kullanılmaktadır. Ticari işletme, faaliyetleri yürütülürken yapılan iş ve işlemlerde de ödeme/tahsilat aracı olarak, kambiyo senetleri kullanılmaktadır.

Ticari işletmenin devrinde, işletmeye dahil olan ve devirde ayrıca hariç tutulmamış olan unsurların devre dahil olduğu kabul edilmektedir. Ticari işletmeye dahil olan alacaklar (aktif malvarlığı) ve borçlar (pasif malvarlığı) da ticari işletmenin malvarlığı kapsamındadır. Ticari işletmeyi işleten kişiler, yürütülen faaliyetlerle ilgili olarak, ödeme amacıyla kambiyo senedi düzenleyebileceği gibi, tahsilat amacıyla da kambiyo senedi kabul edebilirler. Böylece, ticari işletmelerin bünyelerinde, ödeme için borç hanesine kaydedilmiş ve tahsilat için alacak hanesine kaydedilmiş kambiyo senetleri (çek, bono, poliçe) bulunabilmektedir. Ticari işletmenin devrinde de, bu borç ve alacaklar tescil ile devralana geçmektedir⁴¹¹. Ticari işletmenin devrinde, borçlardan sorumluluk ile ilgili olarak, devreden ve devralanın belli bir süre müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kapsamda, devreden tarafından, düzenlenmiş olan ve bilançonun pasifinde yer alan kambiyo senetleriyle ilgili olarak, devreden ve devralan iki yıllık süre için müteselsil sorumlu olacaklardır. Kambiyo senetlerinin, kısmen veya

⁴¹⁰ Bahtiyar Mehmet, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2020, s. 44; Bozer/Göle, İsviçre Borçlar Kanunu'nda kullanılan "kambiyo senedi" kavramına sadece poliçe ve bononun dahil olduğunu, çekin ise kambiyo senetleri dışında kaldığını belirtmiştir. Bkz. Bozer Ali/Göle Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, 8. Bası, Ankara, 2018, s. 63; Poroy Reha/Tekinalp Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Vedat, 22. Bası, İstanbul, 2018, s. 137.

⁴¹¹ Aynı yönde bkz. Cengil, s. 352.

tamamen ödenmemesi halinde, hak sahipleri tarafından, başlatılacak olan icra takipleri ile ilgili de yine, devreden ve devralan müteselsil sorumlu olacaklardır⁴¹².

Ticari işletmenin devrine dahil alacakların, kaynağı önem arz etmemektedir. Böylece borcun kaynağı, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya sözleşme gibi çeşitli borç kaynağından doğmuş olabilir. Bunun gibi, alacağın türü de önem arz etmemektedir. Devre konu alacak adi alacak olabileceği gibi, kambiyo alacağı da olabilir⁴¹³. Ticari işletmenin devrinde, borç ve alacakların ne kadar olduğu ve neye ilişkin olduğu hususlarının tespiti için, düzenli ve gerçeğe uygun olarak, tutulmuş olan ticari defter kayıtları çok önemlidir. Devralan, ticari işletmenin devri ile kendisine geçen kambiyo senetleri ile ilgili bilgilere, ticari defter kayıtlarını incelemek sureti ile erişebilecektir.

Kambiyo senetleri soyut (mücerret)⁴¹⁴ kıymetli evrak grubuna girmekte olup temel ilişkinin senette gösterilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir⁴¹⁵. Bu nedenle, kambiyo alacaklarında yetkili hamil, her zaman maddi anlamda o hakkın sahibi olmayabilir.

Ticari işletmenin devrinde, tescil ile devralana geçen mevcut kambiyo senetleri⁴¹⁶ ile ilgili olarak, şekli ve maddi anlamda hak sahipliği⁴¹⁷ konusunda bir karışıklık

⁴¹² Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 26.

⁴¹³ Kayış, s. 5021; Cengil, s. 352.

⁴¹⁴ Kambiyo senedinin soyutluğu, illetten mücerret olması anlamına gelmektedir. Kambiyo senedinin doğumuna neden olan asıl borç ilişkisindeki sakatlık, kambiyo senedinin geçerli olup olmamasını etkilememektedir. Böylece, asıl borç geçersiz olsa bile, kural olarak kambiyo senedi hukuki geçerliliğini korur. Bkz. Bozer/Göle, **Kıymetli Evrak**, s. 65.

⁴¹⁵ Bahtiyar, **Kıymetli Evrak**, s. 47; Poroy/Tekinalp, s. 146; Bozer/Göle, **Kıymetli Evrak**, s. 65.

⁴¹⁶ Kambiyo senetlerinin nama, emre ve hamiline olmaları halinde devirleri farklılık arz etmektedir. Örneğin, nama yazılı çekler, alacağın devri hükmünde yazılı bir devir beyanı ve zilyetliğin geçirilmesi, emre yazılı çekler, ilke olarak ciro hükmünde sayılan yazılı bir devir beyanı ve zilyetliğin geçirilmesi ve son olarak hamiline yazılı çekler ise, yalnızca zilyetliğin geçirilmesi yolu ile devredilirler. Buna karşılık, nama, emre ve hamiline yazılı çeklerin, herhangi bir işlem yapılmaksızın istisnai olarak, mahkeme kararı ve miras yolu ile devredileceği belirtilmektedir. Bkz. Bozer/Göle, **Kıymetli Evrak**, s. 343; Aynı yönde bkz. Tuna Ergun/Göç Gürbüz Diğdem, **Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak**, Beta, İstanbul, 2018, s. 296 – 297; Kambiyo senetlerinin, istisnai devir şekillerinden birisi de, bunların, ticari işletmenin devri yolu ile kısmi külli halefiyet kapsamında devralana geçmesidir. Aynı yönde bkz. Kayış, s. 5021 – 5022.

⁴¹⁷ Şekli ve maddi anlamda hak sahipliği için bkz. Poroy/Tekinalp, s. 206 – 207.

yaşanabilecektir. Ticari işletmenin devri kapsamında, devralan, kambiyo senetlerini cirosuz olarak, iktisap ettiği durumda, maddi anlamda hak sahipliğini elde etmiş olmasına rağmen, kambiyo senedi üzerinde ciro yapılmadığından, ciro üzerinden yetkili hamil görünen devredenin şekli anlamda hak sahipliği söz konusu olmaktadır. Devralan, ticari işletmenin devri kapsamında, iktisap ettiği kambiyo senetlerinden doğan haklarını kullanabilmek için, maddi anlamda hak sahipliğini ispat etmesi gerekmektedir⁴¹⁸. Bu nedenle, devralan, kambiyo senedi borçlularına başvururken, ticari işletmenin devrine ilişkin belgeleri örneğin, devir sözleşmesi, tescil kaydı vb. ibraz etmesi gerekmektedir. Nitekim, TTK m. 646'da, kambiyo borçlusunun, senedin teslimi karşılığında ödeme ile yükümlü olduğu belirtilmiş olup, hile veya ağır kusuru olmaksızın senedin niteliğine göre alacaklı olduğu anlaşılan kişiye ödeme yaparak, borcundan kurtulacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda, maddi anlamda hak sahibi olduğunu ispat eden kişiye (devralana) kambiyo borçlularının, ödeme yapmaktan kaçınamayacakları kanaatindeyiz.

Kambiyo senetleri ile ilgili olarak, belirtilmesi gereken bir diğer husus da, devre dahil olan kambiyo senetlerinin devreden tarafından, devralana teslim edilmemesi ve hatta gizlenmesi halinde, devralanın bunu herhangi bir yolla örneğin, ticari defterlerin incelenmesi yoluyla öğrenmesi durumunda, devralan tarafından, kambiyo senedi borçlularına, maddi anlamda hak sahibi olduğunun bildirilmesi, TBK m. 186 uyarınca kambiyo senedi borçlusunun iyi niyetini ortadan kaldıran bir durum oluşturur mu?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kambiyo senetleri ibraz senetleridir ve kanunla belirlenmiş olan süreler ve şartlar dahilinde ibraz edilmek suretiyle talep edilmelidirler. Devralanın da kambiyo senetlerine ilişkin haklarını süresi içerisinde kullanabilmesi

⁴¹⁸ Poroy/Tekinalp, s. 207 – 208; Aynı yönde bkz. Kayış, s. 5022.

için, bu senetlerin zilyetliğine sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle, devredenin, ticari işletmenin devrinden hemen sonra, kambiyo senetlerini devralana teslim etmesi gereklidir⁴¹⁹.

TBK m. 202/3 uyarınca, ticari işletmenin devrinde alacaklar ve borçlar kanun gereği devralana geçmektedir. Devralanın, kendisinden gizlenen ve/veya teslim edilmeyen kambiyo senetlerine ilişkin olarak, borçlulara yapacağı bildirimin, borçlunun iyi niyetini ortadan kaldıracağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda, devredenin elinde olan kambiyo senedine istinaden, devralan tarafından, yapılan bildirimin ardından, devredene ödemede bulunulması, kambiyo senedi borçlusunu borcundan kurtarmayacağı kanaatindeyiz. TTK m. 646/2’de, borçlunun hile veya ağır kusuru bulunmadıkça, borçlunun, alacaklı bulunan kimseye ödeme yapmakla borcundan kurtulacağı düzenlenmiştir. Devralan tarafından, kambiyo senedi borçlusuna, bildirim yapılmış ve maddi anlamda hak sahibinin kendisi olduğu, devredenin hak sahipliğinin sona erdiği belirtilmiştir. Bu halde, borçlu tarafından, devredene yapılacak ödemede borçlunun ağır kusurlu olduğu söylenebilecektir⁴²⁰.

Kendisine bildirimde bulunulan kambiyo senedi borçlusu, senet bedelini kime ödeyeceği konusunda tereddüt yaşayabilecektir. Bu halde, devreden ve devralan arasındaki ihtilaf kesin olarak, çözüme kavuşturuluncaya kadar her ikisine de ödeme yapmamasının daha isabetli olacağı belirtilmektedir⁴²¹.

⁴¹⁹ Ticari işletmenin devrinde, envanter listesinin hazırlanmasının gerekliliği ve hatta zorunlu olduğu hususu kambiyo senetleri bakımından da ortaya çıkmaktadır.

⁴²⁰ İsviçre Hukuku’nda malvarlığı devrinde, genel olarak ticaret siciline tescil ve ilan, borçlunun eski alacaklıya (devredene) iyiniyetli ifa olanağını bertaraf etmez. Ancak, işletmenin tüm aktif ve pasifleri devrediliyor ise, burada bir istisna bulunmaktadır. İşletmenin tüm aktif ve pasiflerinin devri tescil ve ilandan açıklıkla anlaşılabilir bir olgu olarak değerlendirilmekte ve işletme borçlularının iyi niyetini ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir. Bkz. Ülgen/Arıcı, s. 1785; İsviçre Hukuku’nda tescil ve ilana atfedilmiş olan bu hususun, kambiyo senedi borçlusuna (tescil ve ilana ek olarak) bizzat yapılacak olan bildirimde evleviyetle uygulanması gerektiği kanaatindeyiz; Aynı yönde bkz. Kayış, s. 5025.

⁴²¹ Kayış, s. 5025.

Kanun koyucu, çekişmeli alacaklar ile ilgili olarak, borçluya ifadan kaçınma ve borcu belirlenen yere tevdi hususunda imkan tanımıştır. TBK’nın ifadan kaçınma ve tevdi başlıklı 187. maddesi bu hususu düzenlemektedir. Hüküm uyarınca, kime ait olduğu çekişmeli olan bir alacağın borçlusu, ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hakim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borcundan kurtulur. Bu imkandan yararlanmak isteyen borçlu, yapacağı masrafları alacaktan düşmek suretiyle, hakimden çekişmeli alacak için tevdi yeri belirlemesini talep edebilir⁴²².

Ticari işletmenin devrinde, kambiyo senetlerinin devralan lehine ciro edilmesi ve bu şekilde devrinin sağlanarak, teslim edilmesi akla gelebilecektir. Böyle bir uygulamanın, maddi ve şekli anlamda hak sahipliği konusunda yaşanacak olan tereddütleri ortadan kaldıracaağı şüphesizdir. Ancak, ticari işletmenin devrinde, kambiyo senetlerinin ciro edilerek, devralana teslimi, devredeni kambiyo borçlusu konumuna sokacak olup durumunu ağırlaştıracaktır. Bu nedenle, kambiyo senetlerinin ciro edilerek, teslimi devreden bakımından tercih edilmeyebilecektir⁴²³.

G. ARA DEğERLENDİRME

6102 sayılı TTK’da, ticari işletme tanımlanması yoluna gidilmiřtir⁴²⁴. Ticari işletmenin tanımının TTK’da yapılmış olmasının, olumlu bir gelişme olduğunu düşünmekteyiz. TTK’daki tanımdan hareketle, bir işletmenin, ticari işletme sayılabilmesi için, esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir elde etmeyi hedef tutmuş olması, devamlılık ve bağımsızlık unsurlarını taşıması gerekmektedir. Bu üç unsurun birlikteliği ile ortaya çıkan organize olmuş birim, ticari işletmeyi oluşturmaktadır. Bu bakımdan, ticari

⁴²² Kayış, s. 5025.

⁴²³ Aynı yönde bkz. Kayış, s. 5054.

⁴²⁴ 6762 sayılı eTTK’da, ticari işletme tanımına yer verilmemiş olup sadece hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağı belirtilmiş idi.

işletmenin unsurları arasında organizasyon unsuruna yer verilmesini yerinde buluyoruz.

Kanun koyucu, 6102 sayılı TTK ile ticaret hayatının merkezi olarak belirlediği ticari işletmenin devredilmesi müessesesini kolaylaştırmak ve ticari alanda uygulamasını yaygınlaştırmak amacıyla pek çok sakıncayı da bünyesinde barındıran kısmi külli halefiyet ilkesini benimseyerek, yerleşik hukuk kuralları ile çelişkili bir durum yaratmıştır. Bununla birlikte, ticari işletmenin devri ve devrin sonuçları, TTK ve TBK’da olmak üzere iki farklı kanunda düzenlenmiştir. Ticari işletmenin devri müessesesi ile ilgili tüm düzenlemelerin çelişki ve tereddütlerin ortadan kaldırılması bakımından tek bir kanunda ve tüm ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde detaylı düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Ticari işletmenin devri müessesesinin, öncelikli olarak, tek bir kanunda düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu durum, hem kanun yapma tekniği, hem de uygulamacılar bakımından, çok yerinde bir düzenleme olacaktır. Bu müessesenin, TBK’da mı, yoksa TTK’da mı düzenlenmesi gerektiği hususunda, bir tercih yapılması durumunda, ticari işletmenin, TTK’nın merkez kavramı olduğu, ve pek çok kavramın da ticari işletmeden faydalanılarak, düzenlendiği düşünüldüğünde, ticari işletmenin devrinin de, TTK’da düzenlenmesinin daha uygun olacağı sonucuna varılabilecektir.

Anonim şirketler, bünyelerinde bulunan ticari işletmeleri, TTK m. 11/3 uyarınca devredebilirler. Ticari işletmenin anonim şirket bakımından, önemli mal varlığı teşkil etmesi halinde, bu devir, TTK m. 408/2-f kapsamında değerlendirilmekte ve özel usul ve yetki şartlarına tabi olmaktadır. Anonim şirketin yapısında ya da sermaye, mal varlığı veya pay sahipliği gibi kurumsal düzeninde farklılık oluşturan işlemler, pay sahiplerini doğrudan ilgilendirdiği için, genel kurulun onayı ile

gerçekleştirilebilecektir. TTK'da, önemli mal varlığına ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Buna karşılık, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılmış olan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği bulunmaktadır. Bu Tebliğ halka açık olan anonim şirketler için çıkarılmaktadır. Bahse konu Tebliğ'de, önemli iş ve işlemlerin tespiti bakımından getirilmiş olan %75'lik oran, kanaatimizce, biraz yüksek olarak değerlendirilmiştir. Bunun daha makul düzey olan %50 veya %60 olarak uygulanmasının, pay sahiplerinin menfaatleri bakımından daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca II-23.1 Tebliğ m. 6/3'te nicel ölçütlerin yanında, nitel değerlendirme yapılması da hükme bağlanmış iken, yeni Tebliğde buna yer verilmemiş olmasını bir eksiklik olarak değerlendiriyoruz. Nitekim nitel ölçütler, bütüncül bir yaklaşımla niteliğe bağlı bir değerlendirme imkanı sunması bakımından nicel ölçütlerle birlikte daha isabetli sonuca ulaşılmasını sağlamaktadır. Bunun yanında halka kapalı olan anonim şirketler bakımından da, bu Tebliğ'in kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş bir başvuru kaynağı olarak uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca anonim şirketler başlığı altında düzenlenmiş olan toptan satış halinde genel kurul kararının aranması hali, pay sahiplerinin, menfaatlerini koruma amacına yöneliktir. Pay sahipleri bakımından, anonim şirketler ve limited şirketler arasında bir fark bulunmamaktadır. Limited şirketlerde genel kurul şartının düzenlenmemiş olmasını bilinçli bir susma olarak değerlendirmiyoruz, burada kanun içi boşluk olduğu kanaatindeyiz. Bu bakımdan, anonim şirketlerdeki düzenlemenin limited şirketlere de kıyasen uygulanması yönünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Ticari işletmenin tüm işlemlerinin kaydedildiği ticari defterler, usulüne uygun olarak ve gerçeği yansıtır bir şekilde tutuldukları takdirde, işletmenin alacak ve borçları, kar ve zarar durumu gibi işletmenin mali ve ekonomik durumu hakkında tacire, ortaklık var ise ortaklara ve işletme ile ilişkide olan, işlem yapan üçüncü kişilere bilgi verir. Vergi

matrahının tam ve doğru olarak hesaplanmasını sağlar ve ayrıca mahkemelerde delil olma niteliği bulunmaktadır. Ticari işletmeler bakımından, bu denli önemli olan ve pek çok işleve sahip olan ticari defterlerin, elektronik ve basılı olan tüm dayanak bilgi ve belgelerin devralana geçmesinin uygun olacağı ve kalan yasal saklama süresi ile ilgili olarak, yükümlülüğün, devralan tarafından, yerine getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ticari işletmenin devrinde, alacak ve borçlar kambiyo senedi şeklinde de olabilmektedir. Ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesi ile birlikte, devre konu kambiyo senetlerinin, devreden tarafından, derhal devralana teslim edilmesi gerekmektedir. Kambiyo senetlerine konu borçlar ile ilgili olarak, devreden ve devralan iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi içerisinde, borçlardan müteselsilen sorumlu olacaklardır. Ticari işletmenin devri kapsamında, devralan, kambiyo senetlerini cirosuz olarak, iktisap ettiği durumda, , maddi anlamda hak sahibi olduğunu ispatlaması için kambiyo senedi borçlularına başvururken, ticari işletmenin devrine ilişkin belgeleri örneğin, devir sözleşmesi, tescil kaydı vb. ibraz etmesi gerekmektedir. Devralan tarafından, kambiyo senedi borçlusuna, bildirim yapılmış ve maddi anlamda hak sahibinin kendisi olduğu, devreden hak sahipliğinin sona erdiği belirtilmiş olduğu hallerde, borçlu tarafından, devredene yapılacak ödemede, borçlunun ağır kusurlu olduğu ve devredene yaptığı ödeme dolayısıyla borcundan kurtulmayacağı kanaatindeyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

DEVİR SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK

Ticari işletmenin devri için, kanun koyucu, her şeyden önce yazılı bir devir sözleşmesinin yapılmasını öngörmüştür⁴²⁵. TTK m. 11/3'te, “... *Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*” ifadesi ile devreden ve devralan arasında yapılacak olan devir sözleşmesine açıkça işaret edilmiştir.

TTK m. 11/3'ün, sadece devir sözleşmelerine değil, ticari işletmeyi bütün halinde konu alan diğer sözleşmelere de uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bunlara örnek olarak, rehin, intifa gibi tasarruf işlemleri, ödünç veya kira sözleşmeleri gibi borçlandırııcı işlemler ve alım, geri alım ve önalım gibi yenilik doğuran haklar sayılabilecektir⁴²⁶.

Ticari işletme üzerinde rehin hakkının kurulması da, TTK m. 11/3 kapsamında, gerçekleştirilebilecek işlemler arasında görülmektedir⁴²⁷. Buna karşılık, Ticari işletme rehnini özel olarak düzenleyen 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu bulunmakta idi⁴²⁸. Bu Kanun, 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde

⁴²⁵ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 43; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 199; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 205.

⁴²⁶ Öz, **Ticari İşletme**, s. 104; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 994.

⁴²⁷ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 60.

⁴²⁸ 1447 sayılı Kanun yürürlükte iken ticari işletme rehni ile ilgili olarak, özel kanun niteliğinde olan TİRK mi, yoksa sonraki kanun olan TTK'nın mı uygulanacağı hususunda, doktrin tarafından, eleştiri ve endişeler belirtilmiş idi. Konu ile ilgili olarak, Bahtiyar, hükmün diğer sözleşmelere de uygulanacak olmasının ve ayrıca rehin tesisinin de bu kapsamda değerlendirilmesinin hem özel kanun – genel kanun, hem önceki kanun – sonraki kanun tartışmalarına yol açacağını ve uygulamada sorun teşkil edeceğini belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 212; Aynı yönde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 60, dn. 9; Öz, **Ticari İşletme**, s. 99.

Taşınır Rehni Kanun'unun (TİTRK) kabul edilmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır⁴²⁹.

Ticari işletmenin rehni söz konusu olduğunda, hem özel kanun, hem de sonraki kanun olması itibarıyla uygulama bakımından, TİTRK, TTK'ya tercih edilebilecektir.

Devir sözleşmesi ile ticari işletmenin sahibi el değiştirmektedir⁴³⁰. Taraflar arasında yapılan yazılı sözleşme uyarınca, gerçekleşen devir sonucunda da, devralan, ticari işletme faaliyetine kendi adına devam etme imkanı kazanır⁴³¹.

II. DEVİR SÖZLEŞMESİ

A. KONUSU

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin konusu, genel ifade ile ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesidir⁴³². Akçaal, vermiş olduğu tanımda, *“İşletme devri sözleşmesini, işletmeye dahil aktif ve pasiflerin bir bütün halinde devredilmesi ve böylece işletme sahipliğinin kesin bir şekilde devredenden devralana geçirilmesi konusunda işletmeyi devreden ile devralan arasında yapılan sözleşmedir”*⁴³³.” şeklinde ifade etmiştir.

Çelikboya, tanımı isabetli bulmuş, ancak ticari işletmenin organizasyon bütünlüğü teşkil etmesine vurgu yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yapılmasındaki amaç, ticari işletmenin organizasyonunun devredilmesidir/devralınmasıdır⁴³⁴.

Ticari işletme, yalnızca aktif malvarlığı ve pasif yükünden ibaret değildir⁴³⁵. Bu bağlamda, ticari işletmenin devri de, malvarlığı unsurlarının ve pasiflerin devredilmek

⁴²⁹ RG. 28.10.2016; S. 29871.

⁴³⁰ Arıcı, s. 65.

⁴³¹ Arıcı, s. 65.

⁴³² Çelikboya, s. 109.

⁴³³ Akçaal, s. 83.

⁴³⁴ Çelikboya, s. 111.

⁴³⁵ Arıcı, s. 67; Çelikboya, s. 110.

suretiyle el değiştirmesinden daha fazla anlam taşımaktadır⁴³⁶. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde, devralana işletme faaliyetine devam etme imkanı sağlanmış olmalıdır⁴³⁷. Bu da ticari işletme organizasyonun devredilmesi ile gerçekleştirilmektedir.

Ticari işletmenin bir organizasyon olarak devrinin sağlanması için, ticari işletmeye özgülenmiş maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının devredilmesi gerekmektedir⁴³⁸. Türk’e gre⁴³⁹, “*Alıcı evresi, çalışma düzeni ve üretim yöntemleri gibi örgütsel özellikler, mesleki tecrübe ve yetenek gibi kişisel nitelikler, n ve semt gibi eylemli durumlar*” işletmelerin artık değerlerini ifade etmektedir. Dolayısıyla ticari işletmenin devrinde, organizasyona, bu sayımış olduğumuz unsurlar da dahil olmaktadır. Ticari işletmenin devrinde, hangi malvarlığı unsurlarının devredilmesi halinde organizasyonun devredilmiş sayılacağı ise, her somut olayda ayrı olarak değerlendirilecektir. İş alanlarının çeşitliliği, bölgesel faktörlerin farklılığı göz önünde bulundurulurken, ticari ihtiyaçlar ve teamüller uyarınca, iktisadi bir değerlendirme yapılabilecektir⁴⁴⁰.

Tüm bunlarla birlikte, ticari işletmenin devrinin söz konusu olabilmesi için, öncelikle bir ticari işletmenin varlığı zorunludur⁴⁴¹. Kanun koyucu, ticari işletmenin devri ile ilgili olarak TTK m. 11/3’te devir kolaylığı saęlamaktadır⁴⁴². Ticari işletmeye benzer olmakla birlikte esnaf işletmeleri için uygulanacak hükümler arasında TTK m. 11 sayılmamış olduğundan, esnaf işletmelerinin kısmi külli halefiyet uyarınca devri

⁴³⁶ Arıcı, s. 67.

⁴³⁷ Arıcı, s. 67.

⁴³⁸ Çelikboya, s. 110.

⁴³⁹ Türk, s. 70 – 71.

⁴⁴⁰ Arıcı, s. 68; Çelikboya, s. 110.

⁴⁴¹ Acemoğlu, s. 44; lgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 197; Çelikboya, s. 111.

⁴⁴² lgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 197.

yapılamamaktadır⁴⁴³. Bunların devri, genel hükümler uyarınca gerçekleşecektir. Böylece, esnaf işletmesinin malvarlığındaki aktiflerin her biri için ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılması gerekecektir⁴⁴⁴.

Ticari işletmenin devre konu olabilmesi için, işletmenin unsurlarının kar elde etmek amacı ile oluşmuş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, bir ticari işletme gelir elde etme ve müşteri edinme olanaklarını kaybetmiş ise, ticari işletmenin devrine konu olamayacaktır⁴⁴⁵. Buna ek olarak, ticari işletmenin faaliyetine geçici olarak ara vermesi halinde veya tasfiye aşamasında olması durumunda, eğer ticari işletmenin bütünlüğü korunuyor ise, bu halde, ticari işletmenin devri söz konusu olabilecektir⁴⁴⁶. Ayrıca işletme, yeni kurulmuş, henüz faaliyete geçmemiş ve müşteri çevresi oluşmamış olsa dahi, faaliyete başlamaya hazır durumda ise, bunlar da, ticari işletmenin devrine konu olabilecektir⁴⁴⁷. Buna karşılık, ticaret siciline tescil edilmemiş olan bir ticari işletmenin, TTK m. 11 uyarınca, devredilemeyeceği, bu yolla kolaylaştırılmış devirden faydalanamayacağı belirtilmektedir⁴⁴⁸. Aydın, ticaret siciline tescil ve ilanının kurucu olduğu kabul edilirse, tescil edilmemiş ticari işletmelerin devrinin, TTK m. 11 kapsamında mümkün olmadığını, ancak tescil ve ilanının açıklayıcı olması halinde ticaret siciline tescilli olmayan işletmeler bakımından da, TTK m. 11'in uygulanabileceğini belirtmektedir⁴⁴⁹.

⁴⁴³ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 197; Çelikboya, s. 111; Kanun koyucunun ticari işletmeler için sağlanan devir kolaylığından esnaf işletmelerinin yararlandırılmaması konusunda Bahtiyar, pasiflerin geçişi açısından TBK m. 202 – 203 hükümlerine tabi olan işletmeler arasında aktiflerin geçişi bakımından böylesi büyük bir fark yaratılmasının makul nedeninin bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 221; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 40.

⁴⁴⁴ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 197.

⁴⁴⁵ Acemoğlu, s. 44.

⁴⁴⁶ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 144; Çelikboya, s. 111.

⁴⁴⁷ Acemoğlu, s. 44; Çelikboya, s. 112.

⁴⁴⁸ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 198.

⁴⁴⁹ Bkz. Aydın, s. 16.

İşaret etmek gerekirse, ticaret siciline tescilli bir ticari işletme ile ticaret siciline tescil edilmemiş olan bir işletmenin devri ve/veya hukuki işlemlere konu olması, herhangi bir yasak olmaması sebebi ile genel hükümler uyarınca gerçekleşebilecektir. Bu halde, kısmi külli halefiyet kuralı yerine, cüzi halefiyete ilişkin kurallar uygulanacaktır⁴⁵⁰.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

TTK m. 11/3 kapsamında, gerçekleşen ticari işletmenin devrinde, devre konu malvarlığı unsurlarına ilişkin olarak zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın devrin gerçekleşecek olması hususu, devir sözleşmesinin değerlendirilmesi konusunda doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁴⁵¹.

Görüş farklılığının temelini, mal varlığı unsurunun mülkiyetinin devri anının olduğu görülmektedir. Hukuki nitelemenin uygun yapılabilmesi için bizde konuyu ticari işletmenin devri sözleşmesini malvarlığına yaptığı etki bakımından ve asli edim yükümlülüğü bakımından incelemeyi uygun gördük⁴⁵².

1. Malvarlığına Yaptığı Etki Bakımından

Kanun koyucu, TTK m. 11/3 uyarınca, gerçekleştirilen ticari işletmenin devri kapsamında, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının devri için teslim, tescil ve temlik gibi zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığını, ticari işletmenin devri ile birlikte malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde devralana

⁴⁵⁰ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 198; Aydın, s. 16; Çelikboya, s. 112.

⁴⁵¹ 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu ticari işletmenin bir bütün olarak tek bir işlemle devrini düzenlenmemiş idi. Böylece aktiflerin devri her bir aktif için kanunda öngörülen tasarruf işleminin yapılması ile gerçekleşmekte, bu kapsamda, 6762 sayılı TTK döneminde devir sözleşmesi borçlandırıci işlem olarak nitelendirilmekte idi. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209.

⁴⁵² Ticari işletmenin devri sözleşmesinin hükümlerini doğuracağı zaman bakımından, borç yüklenenlerin sayısı bakımından ve ivazlı olup olmaması bakımından yapılan kapsamlı inceleme için bkz. Akçaal, s. 87 vd.

gececeğini hüküm altına almıştır⁴⁵³. Devir sözleşmesinin kapsam ve etki alanı genişlemiş olduğundan, hukuki nitelmesi de önem kazanmıştır. Sözleşmenin yazılı olarak yapılacağı belirtilmiş, ancak başkaca bir hususta açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle, konu ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki, ticari işletmenin devri sözleşmesinin bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğudur⁴⁵⁴. Sözleşmeyi, tasarruf işlemi olarak nitelendiren yazarlara⁴⁵⁵ göre, ticari işletme, devir sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte aktif ve pasifi ile devralana geçmiş olacaktır⁴⁵⁶. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin, tasarruf işlemi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi hususunun Adalet Komisyonunun değişiklik gerekçesi ile de tutarlılık arz ettiği, değişiklik gerekçesinde, devir sözleşmesi ile intikalin amaçlandığının açıkça vurgulandığı belirtilmektedir⁴⁵⁷.

Devir sözleşmesinin, tasarruf işlemi niteliğinde olduğu görüşü, doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır. Eleştiren yazarlara göre⁴⁵⁸, devir sözleşmesinin bir taahhüt işlemi

⁴⁵³ Bahtiyar, bu durumda Türk Hukuku'nun öngördüğü borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımının yok sayıldığını belirtmek sureti ile düzenlemeyi eleştirmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 39; Bahtiyar **Makale Ticari İşletme**, s. 220; Bahtiyar Mehmet, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014, s. 64 – 65; Aynı yönde Moroğlu, bunun borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımına aykırı ve yanlış bir düzenleme olduğunu, ticari işletmenin devri sözleşmesinin bir taahhüt niteliğinde olduğunu, bunun sözleşme konusu malvarlığı unsurlarının devri ve teslimi ile karıştırılmaması gerektiğini, sözleşmenin ardından malvarlığı unsurlarının niteliklerine uygun olarak taşınmazlar için tapuya tescil, taşınırılar için ise teslim şartının gerektiği, bunlara ek olarak, adi yazılı bir sözleşmeyle taşınmaza malik olunmasının mümkün olmayacağını kesin bir ifade ile belirtmiştir. Bkz. Moroğlu, **TTK**, s. 43.

⁴⁵⁴ Tasarruf işlemi, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, devreden, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemlerdir. Tanım için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 182 – 183; Dural Mustafa/Sarı Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz, 15. Baskı, İstanbul, 2020, s. 211.

⁴⁵⁵ Tekinalp Ünal, **Ticari İşletmenin TTK m. 11/3'e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015, s. 6; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 43; Akçaal, s. 90; Poroy /Yasaman, ise yazılı olarak yapılmış olan ticari işletmenin devri sözleşmesinin tasarruf işlemi, sonrasında ticaret siciline yapılan tescilin ise kazandırıcı işlem olduğunu belirtmiştir. Bzk. Poroy/Yasaman, s. 45.

⁴⁵⁶ Akçaal, s. 90.

⁴⁵⁷ Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Akçaal, s. 90 vd.

⁴⁵⁸ Acemoğlu, s. 44; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 209; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 228; Öz, **Ticari İşletme**, s. 111 – 113; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s. 369; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 141; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1006; Aydın, s. 19; Çelikboya, 115; Topuz, s. 63; Demir, **Makale**, s. 114 vd.

olduğu ve borçlandırıcı⁴⁵⁹ niteliği kabul edilmektedir. Görüşün açıklanmasında da Türk Hukuku'nun temel esasları dikkate alınmıştır. Hukuki işlemlerde esas olan borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımıdır⁴⁶⁰. Bu ilkeden hareketle, yazılı olarak yapılan ticari işletme sözleşmesinin, bir borçlandırıcı işlem olduğu kabul edilmektedir⁴⁶¹. Bu yolla devreden işletme sahibi, ticari işletmeyi devretme borcu altına girmekte olup, ticaret siciline tescil ile tasarruf işleminde bulunacaktır⁴⁶². Ticari işletme malvarlığının devralana geçmesi, ticaret siciline yapılacak tescil ile tamamlanmış olacaktır⁴⁶³. Bu temel esaslardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmadığı gibi, ayrılmanın sakıncaları mevcuttur.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin, bir tasarruf işlemi olarak kabulünün yaratacağı sakıncaları açıklayan Öz, işletme devri taahhüdünü içeren borçlandırıcı sözleşmenin, bu hükmün şartlarına tabi olmayacağını, dolayısı ile tasarruf işlemi ile temelinde yatan borçlandırıcı işlem arasında bir şekil sorunu oluşacağını, TTK m. 11/3'ün tasarruf işlemine uygulanacağını, bu işlemin temeli olan borçlandırıcı işlemin ise, şekli konusunda kanunda hüküm yer almamış olacağını, bu nedenle de devrin TTK m. 11/3 kapsamında değerlendirilemeyeceğini, böylece devre konu malvarlığı unsurlarının devir taahhüdünün tabi olduğu şekillere uygun olarak devredilmesi gerekeceğini, bunun da TTK m. 11/3 ile ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılması amacıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ Borçlandırıcı işlem, malvarlığının aktif kısmına bir etki yapmayan, sadece pasifini arttıran işlemlerdir. Burada borçlu, alacaklıya karşı borçlanılan yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, maddi veya manevi bir yarar sağlamayı üstlenmektedir. Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 138; “...borçlandırıcı işlemler, aktifi azalttığı için değil, pasifi çoğalttığı için mameleki eksildir” Bkz. von Tuhr, s. 201.

⁴⁶⁰ Bu nedenle, bir işlemin hem borçlandırıcı, hem tasarruf işlemi sayılmasının bu prensiple bağdaşmayacağını belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 111; Çelikkaya, s. 115.

⁴⁶¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 209; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1006; Öz, **Ticari İşletme**, s. 112; Aydın, 19; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 141; Çelikkaya, s. 115; Demir, **Makale**, s. 114.

⁴⁶² Öz, **Ticari İşletme**, s. 112.

⁴⁶³ Öz, **Ticari İşletme**, s. 112.

⁴⁶⁴ Öz, **Ticari İşletme**, s. 113.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin borçlandırııcı işlem olarak nitelendirilmesine hukuki dayanak olan bir diğer husus da, Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 133/3'tür. Buna göre, “*Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder*” hükümden hareketle, TTK m. 11/3 kapsamında gerçekleştirilen ticari işletmenin devirlerinde, devir sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olmadığı, tasarruf işleminin ticaret siciline tescil olduğu sonucu çıkarılmaktadır⁴⁶⁵. Çünkü tescil edilmemiş bir ticari işletmenin devri sözleşmesi hiçbir hüküm ifade etmemektedir. Bu nedenle, tescilin kurucu olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁶.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin borçlandırııcı işlem niteliğinde olduğunu teyit eden başka bir husus da, Aydın tarafından, belirtilmektedir. Aydın⁴⁶⁷,a göre, TTK m. 11/3 ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan tüm işlemlere uygulanabilecektir. Dolayısıyla buraya bir kira sözleşmesi de dahildir. Kira sözleşmesi, borç doğuran bir sözleşme olup, kira sözleşmesi yapmak bir tasarruf işlemi değildir⁴⁶⁸. Dolayısı ile TTK m. 11/3 hükmünün borçlandırııcı işlemlere özgü bir düzenleme olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

Konuya ilişkin üçüncü ve son görüş⁴⁶⁹ ise, devir sözleşmesinin, hem borçlandırııcı, hem de tasarruf işlemi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini önerir. Burada devir sözleşmesi ile birlikte devreden, hem sözleşme konusunu devretme borcu altına girer, hem de bu borcunun ifası için tasarruf işlemini yapmış sayılır. Türk Hukuku

⁴⁶⁵ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 140; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1006.

⁴⁶⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 210; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1006; Aydın, s. 18; Tescile kanunda değil de normlar hiyerarşisine uygun olmayarak, TSY’de kurucu fonksiyonunun yüklenmiş olması eleştirilmiştir. Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 140.

⁴⁶⁷ Aydın, **Makale**, s. 19.

⁴⁶⁸ von Tuhr, s. 201.

⁴⁶⁹ Ülgen/Arıcı, s. 1784, dn. 89’da belirtilen yazar.

borçlandırıcı işlem - tasarruf işlemi ayırımına⁴⁷⁰ dayandığından, bu görüş Türk Hukuku'nun temel prensibi ile bağdaşmayacaktır.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescili, TSY m. 133/3 uyarınca zorunludur. Tescil edilmeyen sözleşme, hiçbir hüküm ifade etmez. Bu bağlamda, katıldığımız görüş uyarınca, borçlandırıcı işlem olan devir sözleşmesi, tescil ile hüküm doğurur⁴⁷¹. Ticaret siciline yapılan tescil işlemi ile tasarruf işlemi gerçekleşmiş olur⁴⁷². Böylece, ticaret siciline tescil edilmemiş olan devir sözleşmesi, tek başına işletmenin devrini sağlamaz, ve devreden malvarlığında herhangi bir değişiklik meydana getirmez.

Mehaz İsviçre Birleşme Kanunu uyarınca, gerçekleştirilen malvarlığı devri sözleşmesi ve ticaret siciline tescilin hukuki niteliği İsviçre öğretisinde de tartışmalıdır. Baskın görüş⁴⁷³, devir sözleşmesinin, borçlandırıcı işlem niteliği, olduğu yönündedir. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise, tasarruf işlemidir⁴⁷⁴. Devir sözleşmesi, tasarruf işlemi değildir. Nitekim devir sözleşmesi, doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine bir değişiklik meydana getirmez⁴⁷⁵.

2. Asli Edim Yükümlülüğü Bakımından

Ticari işletmenin hukuki niteliğinin asli edim yükümlülüğü bakımından değerlendirilmesi konusunda da, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Tekinalp'e göre, ticari işletmenin devri sözleşmesi, bir satım sözleşmesi niteliğindedir⁴⁷⁶. Ticari işletme, Eşya Hukuku anlamında, mal olarak nitelendirilmemektedir. Bununla birlikte, hukuken mal niteliğinde olmayan şeylerin de satım sözleşmesine konu olabileceği,

⁴⁷⁰ Konuya ilişkin bkz. dn. 459 (borçlandırıcı işlem tanımı).

⁴⁷¹ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1006.

⁴⁷² Öz, **Ticari İşletme**, s. 112; Arıcı, 215; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1006; Çelikboya, s. 117.

⁴⁷³ Ülgen/Arıcı s. 1783, dn. 87'de sayılan yazarlar.

⁴⁷⁴ Malvarlığı devri ticaret siciline tescil ile hüküm ifade etmektedir. Bkz. Topuz, s. 30.

⁴⁷⁵ Topuz, s. 30.

⁴⁷⁶ Tekinalp, **Borçların Yazgısı**, s. 7; Aynı yönde bkz. Arıcı, s. 72; Durman, ticari işletme devri sözleşmesinin genellikle bir satış sözleşmesine dayandığını ileri sürmüştür. Bkz. Durman, s. 123.

başka bir ifade ile para ile değiştirilmesi mümkün olan ve iktisadi değere sahip bulunan tüm maddi ve maddi olmayan varlıkların satım sözleşmesine konu olabileceği belirtilmektedir⁴⁷⁷. Bu kapsamda müşteri çevresi, gerekli olan bir bilgi ve ticari sırrın satılabileceği kabul edilmektedir⁴⁷⁸.

Ticari işletme, niteliği itibari ile iktisadi bir kül ve organizasyonu içerisinde barındırmaktadır. Bu bakımdan, tek bir satım sözleşmesi ile devrinin mümkün olmayacağı hususu tartışılabilecektir. Bu durumda, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan unsurlar arasında doğal veya iktisadi bir bağın varlığının olmasının aranacağı, bu bağ var ise ve taraf iradeleri de bahse konu unsurları bir bütün olarak kabul ediyor ise, artık burada tek bir satım sözleşmesi ile satışın gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin, satım sözleşmesi olduğu görüşü bazı yazarlarca⁴⁸⁰ eleştirilmiştir. Eleştiren yazarlara göre, bir sözleşmenin satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için, öncelikle karşı edim olarak bir “bedelin” bulunması gerekmektedir. Ticari işletmenin devrinde karşı edim konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Böylece taraflar, karşı edimi serbestçe belirleme imkanına sahip oldukları gibi, herhangi bir edim belirlememe hakkına da sahiptir⁴⁸¹. Bu halde, kararlaştırılan ivaz nedeniyle devir sözleşmesi, satım sözleşmesinin tipine uygun düşmeyecektir⁴⁸². Ayrıca ticari işletmenin belirli bir bedel karşılığında devredilmesi halinde de, satım sözleşmesinin söz konusu olamayacağı, yine aynı yazarlarca ileri

⁴⁷⁷ Arıcı, s. 70; Çelikbaya, s. 117.

⁴⁷⁸ Arıcı, s. 70.

⁴⁷⁹ Arıcı, s. 71 ve dn. 40’da yer alan yazarlar.

⁴⁸⁰ Çelikbaya, devir sözleşmesinin her zaman satım sözleşmesi olmayacağını, devralanın ediminin belirlenmesindeki farklılığın hukuki niteliği değiştireceğini ileri sürmüştür. Bkz. Çelikbaya, s. 121; Aynı yönde bkz. Oktar İsmail Mert, **Ticari İşletmenin Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 27 – 28.

⁴⁸¹ Acemoğlu, s. 42; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 199; Arıcı, 107.

⁴⁸² Çelikbaya, s. 118.

sürülmüştür. Buna göre, TTK m. 11/3 uyarınca, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece, ticari işletmenin devri, müşteri çevresinin devrini de içermektedir. Müşteri çevresinin devri hususu, satım sözleşmesinin konusu olmaya müsait değildir⁴⁸³. Satım sözleşmesinde, devreden, devredilen üzerinde devralan adına mutlak hakimiyet sağlamış olması gerekmektedir. Buna karşılık, müşterilerin hangi işletme ile ne şekilde ilişki kuracağı hususunda devreden böyle bir mutlak hakimiyet taahhüdünde bulunması mümkün değildir. Müşteri çevresinin devir sözleşmesi kapsamında olduğu durumlarda, devreden, belirli bir süre rekabet etmeme yükümü altına girmektedir. Böylece devreden, devir dolayısıyla yalnızca bir hakkın devri borcu altına girmemekte, bununla birlikte, bir yapmama borcu da yüklenmektedir. Dolayısıyla ticari işletmenin devrinde, devreden asli edimleri verme ve yapmama şeklinde kendini gösterecektir. Bu durum, ticari işletmenin devir sözleşmesinin satım sözleşmesi tipolojisine, uymaması sonucunu doğuracaktır⁴⁸⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin ticari işletmenin devri sözleşmesinin asli edim bakımından nitelendirilmesine ilişkin verilmiş olan kararlarına baktığımızda, çelişkili kararlar karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, İsviçre Hukuku'nda da konu ile ilgili olarak kesin bir görüşün hakim olduğunu söyleyemeyiz. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu eski tarihli kararlarında modaevinin, kasap dükkanının veya lokantanın bir bütün olarak satım sözleşmesine konu olabileceğini kabul etmiştir⁴⁸⁵. Buna karşılık, Federal Mahkeme 2002 yılında vermiş olduğu bir kararında ise, ticari işletmenin menkuller, tesisat, teçhizat, kira sözleşmesi, müşteri çevresi gibi çok çeşitli unsurlardan oluştuğunu, bu sebeple, bunların devrini konu alacak olan ticari işletmenin devri sözleşmesinin, satım sözleşmesi niteliğinde olmadığı ve kendine özgü (sui generis) bir

⁴⁸³ Karşı görüşte Serozan Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006 s. 100.

⁴⁸⁴ Çelikboya, s. 120.

⁴⁸⁵ BGE 91 II 353, BGE 88 II 410, BGE 63 II 77 naklen Arıcı, s. 72, dn. 40.

sözleşme olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Federal Mahkeme, bu tür sözleşmelerde mevcut unsurlar kadar değişik borcun söz konusu olduğunu belirtmiştir⁴⁸⁶. Ticari işletmenin devri söz konusu olduğunda, yukarıda yer verilen çeşitli unsurlar örneğin, müşteri çevresi, kira sözleşmesi, çeşitli taşınırılar ile ilgili devreden değişik borç altına girdiğine Federal Mahkeme tarafından, dikkat çekilmiştir. Bunun ile kastedilenin, kira sözleşmesinin devri ile devreden üstlendiği borcun, müşteri çevresinin devri ile üstlendiği borç arasında fark olduğu ve bu borçların, niteliklerinin aynı olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, devreden, kira sözleşmesinde devir (kullandırma) borcu altında iken, müşteri çevresinin devrinde, yapmama borcu altına girebilmektedir.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin, asli edimlere göre hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için, kanaatimizce, devir sözleşmesi ile tarafların yerine getirmekle yükümlü oldukları edimlere bakılması gerekmektedir. Ticari işletmenin devri sözleşmesi, niteliği itibari ile çok çeşitli edim şekilleri öngörülmesine imkan vermektedir. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde, taraflar, devir kapsamını ve özellikle devralanın karşı edimini farklı şekilde belirlemek suretiyle sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirme imkanına sahiptir⁴⁸⁷.

C. TARAFLARI

Ticari işletmenin devri sözleşmesinde üç köşeli bir ilişki söz konusudur. Bu kapsamda, sözleşmenin devreden tarafı olarak, ticari işletmenin sahibi; devralan tarafında da, işletmeye sahip olma arzusu içinde olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi bulunacaktır. Ayrıca, işletmenin alacaklıları da, işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmekte olup, bunlar da, işlemin üçüncü köşesini oluşturacaktır⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ BGE 29 III 18.

⁴⁸⁷ Aynı yönde bkz. Çelikbaya, s. 121; Oktar, s. 28.

⁴⁸⁸ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 159.

Her ne kadar ticari işletmenin devri sözleşmesi ile ilgili olarak üç köşeli bir ilişki tanımlaması yapmış isek de, ticari işletmenin devri sözleşmesi, devreden ile devralan arasında akdedilmektedir. Alacaklılar, devir sözleşmesine katılmadıkları, gibi rızalarının alınmasına da gerek yoktur⁴⁸⁹.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin tarafları, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir⁴⁹⁰. Ticaret şirketleri, ticari işletme işleten dernek ve vakıflar⁴⁹¹ ile gerçek kişilerin, ticari işletmenin devri yapması mümkündür⁴⁹². Eğer ticari işletme, bir adi ortaklık tarafından işletiliyor ise, bu halde devir, ortaklar tarafından birlikte gerçekleştirilmelidir⁴⁹³.

Doğaldır ki, tasarruf yetkisi bulunmayan bir kişinin, ticari işletmeyi devretme imkanı bulunmamaktadır⁴⁹⁴. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, borçlandırıcı işlem olduğunun kabulü halinde, sözleşmenin kurulması aşamasında tasarruf yetkisi aranmayacaktır. Bu bakımdan tasarruf yetkisi olmayan bir kimse de, ticari işletmenin devri sözleşmesini yapabilecektir⁴⁹⁵. Sözleşmenin borçlandırıcı işlem olduğu durumda, tescil kurucu nitelikte tasarruf işlemi olacağı için, devreden, tescil anında tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir⁴⁹⁶.

Tasarruf yetkisi bulunmayan ancak ticari işletmeyi tacir sıfatı ile işletmekte olan kişinin de, yine ticari işletmeyi devretme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum, ticari işletmenin

⁴⁸⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37.

⁴⁹⁰ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 196; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 159; Çelikboya, s. 147.

⁴⁹¹ TSY m. 135'te devreden kişiye ilişkin olarak "*bir gerçek kişinin*" ibaresine yer verilmiştir. Maddede bir ticaret şirketinin işletmesini devretmesi halinde ne olacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, ticaret şirketlerinin işletme devri yapamayacağı akla gelmektedir. Mülga Ticaret Sicil Tüzüğü m. 83/4 "*Bir ticaret şirketinin mamelekinin hakiki bir şahsa devri halinde ...*" hükmü yer almakta idi. Bu düzenlemeye TSY'de yer verilmemiştir.

⁴⁹² Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 196; Çelikboya, s. 147; Akçaal, s. 84.

⁴⁹³ Çelikboya, s. 147.

⁴⁹⁴ Çelikboya, s. 147.

⁴⁹⁵ Çelikboya, s. 147.

⁴⁹⁶ Öz, **Ticari İşletme**, s. 112.

kiraya verilmesi⁴⁹⁷ halinde karşımıza çıkmaktadır. Kiracı, ticari işletmeyi tacir sıfatı ile işletmekte olup, mülkiyet kiraya verendedir. Malik olmayan kiracının, tasarruf yetkisi bulunmadığından, ticari işletmeyi devretmesi mümkün değildir⁴⁹⁸.

Belirtmek gerekir ki, ticari işletmenin devri sözleşmesinin tarafı olabilmek için, hem hak ehliyeti, hem de fiil ehliyetine sahip olmak gereklidir⁴⁹⁹. Gerçek kişiler için hak

⁴⁹⁷ Ticari işletmenin kiraya verilmesinde, kiraya veren, çeşitli sebeple işletmediği/işletemediği/işletmek istemediği ticari işletmesini değerlendirmekte; buna karşılık kiracı da, daha az finansman kaynağı ile, ticari işletmeyi işletme ve ticari bir faaliyette bulunma imkanına kavuşmaktadır. Ayrıca yazarlar, ticari işletme kirası sözleşmesinin, işletmeyi, bir bütün halinde konu aldığını, yazılı olarak yapılması gerektiğini, ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerektiğini, anılan şeklin de geçerlilik şekli olduğunu belirtmişlerdir. Ticari işletme kirası ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Uyumaz Alper/Türk Mehmet Cemil, **Ticari İşletme Kirası Kavramı ve Ticari İşletme Kirasının Kuruluşu**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 18, S. 213, İstanbul, 2020, s. 3973.

⁴⁹⁸ Çelikboya, s. 148.

⁴⁹⁹ Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsizlerdir. Detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 56 vd.; Sınırlı ehliyetsizler, TMK m. 16 uyarınca, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, borç altına giremezler. Ancak karşılıksız kazanmada bulunabilirler ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabilirler (TMK m. 16). Örneğin, bu kişiler, kendilerine yapılan bir bağışı veya bağışlama vaadini veli/vasinin, onayı olmaksızın kural olarak kabul edebilirler. Aynı şekilde nişanı bozabilir, boşanma ve manevi tazminat davası açabilirler. Bkz. Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 57; Acemoğlu, ticari işletmenin devri bakımından, sınırlı ehliyetsizler tarafından, gerçekleştirilen devir sözleşmesinin, askıda hükümsüz olduğunu belirtmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 55; Bu sözleşmelerin, sınırlı ehliyetsizleri bağlayıcı bir sonuç doğurması için veli/vasinin açık veya örtülü izin/onayı gerekir (TMK m. 451); Reisoğlu, veli/vasi tarafından, verilmiş olan izin/onayın belli bir işleme yönelik, örneğimizde, ticari işletmenin devrine yönelik olması gerektiğini, yapılmış ve/veya yapılacak bütün işlemler için verilmiş olan genel bir izin veya onayın geçersiz olduğunu belirtmiştir. Bkz. Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 57; Sınırlı ehliyetsizlerle ilgili olarak TMK'da, yasak düzenlenmiştir. Buna göre, vesayet altındaki kişi adına veli/vasi tarafından, mahkeme onayı olsa dahi kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır (TMK m. 449); Acemoğlu, bu yasağa rağmen, sınırlı ehliyetsizlerin, kanuni temsilcilerinin izni/onayı ile devreden malvarlığı içinde bir kefalet borcu olması halinde de ticari işletme devri sözleşmesi yapabileceğini, burada devralan bakımından, Kanun'un korumayı amaçladığı anlamda bir tehlikenin olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. Acemoğlu, s. 55 -56; TMK m. 449 çok açık olarak, sınırlı ehliyetsizler bakımından, yasaklanmış olan işleri saymıştır. Bunlar arasında kefil olmak da bulunmaktadır. Her ne kadar kefalet, ticari işletmenin, menfaati için verilmiş ve ticari işletmeye fayda sağlıyor olsa da, her kefalet lehine verilmiş olan işletme için bir risk taşımaktadır. Bu nedenle, Acemoğlu'nun görüşüne katılamıyoruz ve TMK'nın sınırlı ehliyetsizler bakımından, yasak saydığı kefalet borcunun, bulunduğu ticari işletmenin devrinin gerçekleştirilemeyeceği kanaatindeyiz. Son olarak, sınırlı ehliyetsizler, kira sözleşmesini örneğin, ticari işletme kirasını, yasal temsilcilerin rızasıyla ve bizzat yapabilirler. Sınırlı ehliyetsiz, görüş oluşturma ve açıklama yapmak yeteneğine sahip ise, vasi, önemli işlerde karar vermeden önce sınırlı ehliyetsizin görüşünü almakla yükümlüdür (TMK m. 450). Sınırlı ehliyetsizler de genel olarak, görüş oluşturma ve açıklama yapma yeteneğine sahip olduklarından, yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin görüşünü almadan böyle bir işlem yapması düşünülemeyecektir. Aksi halde, sınırlı ehliyetsiz ve her ilgili tarafından, TMK m. 461 uyarınca şikayet hakkı kullanılabilir. Aynı yönde bkz. Uyumaz/Türk, s. 4017.

ehliyeti ve fiil ehliyeti TMK m. 8 vd. hükümlerinde, tüzel kişiler için hak ehliyeti ve fiil ehliyeti TMK m. 48 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir⁵⁰⁰.

Ayrıca, ticari işletmenin devrinde, devralanın tek bir kişi olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısı ile devralan tarafta birden fazla kişinin olması mümkündür⁵⁰¹. Acemoğlu, devredenin, birkaç sözleşme ile ticari işletmenin bazı paylarını⁵⁰² ayrı ayrı kişilere devredebileceğini belirtmektedir⁵⁰³. Burada önemli olan alacaklının, alacağına karşılık gelen aktiflerin devri dolayısı ile alacaklının zor duruma düşürülmemesi ve menfaatinin korunuyor olmasıdır. Bu halde, devralanlar ticari işletmenin borçlarından ayrı ayrı devreden ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olacaklardır⁵⁰⁴.

D. ŞEKLİ

1. Genel Olarak

eTTK ve BK döneminde ticari işletmenin devri sözleşmesi ile ilgili olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemekte idi⁵⁰⁵. Kanunda özel bir şekil şartı öngörülmediğinde, kural, şekil serbestisidir⁵⁰⁶ (TBK m. 12). Böylece taraflar, sözleşmeyi herhangi bir şekilde yapabilirler. eTTK döneminde de ticari işletmenin devri sözleşmesinin herhangi

⁵⁰⁰ Ticari işletmenin devrinde sözleşme taraflarının ehliyeti ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Akçaal, s. 117 vd.

⁵⁰¹ Acemoğlu, s. 41; Çelikboya, s. 149.

⁵⁰² İşletmenin devrinde aranan bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak sureti ile devir kriteri konusunda Acemoğlu'nun görüşünün uygulaması her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir.

⁵⁰³ Acemoğlu, s. 41.

⁵⁰⁴ Acemoğlu, s. 41.

⁵⁰⁵ Acemoğlu, s. 50; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 995; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209; Çelikboya, s. 153.

⁵⁰⁶ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209.

bir şekle tabi olmadığı, hatta tarafların sözlü sözleşme⁵⁰⁷ dahi yapabileceği kabul edilmekte idi⁵⁰⁸.

Bununla birlikte, şekil serbestisi kuralının istisnalarının olduğu kabul edilmekte idi. Şöyle ki, ticari işletmeye dahil olan unsurlar arasında devir için özel şekil şartı aranan hallerde, bu unsurların devri bakımından, kanunun aradığı zorunlu şekle uyulması gerekmekte idi⁵⁰⁹. Kanunda, devri özel şekle tabi kılınmış malvarlığı unsurlarına, doktrinde, taşınmazlar (bu sözleşmenin tapu memuru tarafından düzenleme şeklinde), motorlu nakil araçları (noterliklerce düzenleme şeklinde) ve telif haklarının (yazılı şekilde) devri örnek gösterilmektedir⁵¹⁰.

Ayrıca, devir sözleşmesi, niteliği itibari ile şekle bağlı bir sözleşme ise, bu halde de, ilgili özel şekle uyulmak sureti ile devir yapılacağı kabul edilmekteydi. Devir sözleşmesinin bir bağışlama teşkil etmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayanması ve miras sözleşmesine konu olması durumunda, bunlara ilişkin geçerlilik şartlarına uyulması gerekmektedir⁵¹¹.

TTK ise, eTTK'ya göre sözleşmenin şekli bakımından esaslı bir değişiklik getirmektedir. TTK m. 11/3'te, devir sözleşmesinin, yazılı olarak yapılacağı özellikle vurgulanmıştır. Böylece, eTTK döneminde devir sözleşmesinin her şekilde yapılabilmesi olanağı da, TTK'nın yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmıştır.

⁵⁰⁷ Erdem tarafından, ticari işletmenin devri sözleşmesinin sözlü de yapılabilceği konusunda, ticari işletmenin devri sözleşmesine dayanılarak ticaret siciline tescil işlemleri, işyeri açma ve vergi dairesine kayıt, Rekabet Kurumu'ndan izin alınması gibi işlemlerin sözleşme metninin yokluğu sebebi ile yapılamayacağı, bu sebeple, işletmenin devri sözleşmesinin ispat bakımından yazılı şekilde yapılabilceği belirtilmiştir. Bkz. Erdem, **Ticari İşletme**, s. 995.

⁵⁰⁸ Acemoğlu, s. 51; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209.

⁵⁰⁹ Acemoğlu, s. 51; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209; Çelikboya, s. 153.

⁵¹⁰ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209.

⁵¹¹ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209 – 210.

TTK m. 11/3, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmiş, ancak sözleşmede bulunması gerekli hususlar hakkında bir hükme yer vermemiştir. Sözleşmenin, sözleşme konusu ile ilgili olarak esaslı olan noktaları içermesi gerekmektedir⁵¹². Bu konuda ayrıca, TSY m. 133/2’de ticari işletmenin devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı ve sözleşmede hangi hususların yer alacağı düzenlenmiştir. Buna göre;

“a) Tarafların adı soyadı veya unvanı ile tebligat adresi.

b) Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları⁵¹³.

c) Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan.

ç) Ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları⁵¹⁴. ”

⁵¹² Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 199; Arıcı, devir sözleşmesinin, devir kapsamına giren unsurları ve ayırdedici özelliklerini gösteren bir liste içermesi gerektiğini, böylece tarafların ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması ile olası tereddütlerin önüne geçilmesinin sağlanacağını belirtmektedir. Bkz. Arıcı, s. 215 - 216; Aynı yönde bkz. Aydın, s. 17 – 18; Aynı görüşleri paylaşmakla birlikte Bahtiyar, devir kapsamına dahil olan unsurları ve ayırdedici özelliklerini gösteren listenin, sözleşme içeriğine dahil edilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 227 – 228; Konuya dikkat çeken Öz, liste hazırlanması hususunun İsviçre Hukuku’nda olduğunu, bunun TTK’ya alınmamış olmasının çok çeşitli sorun yaratacağını belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 109 – 110; Ticari işletmenin devri müessesesinin, yaratacağı sorunların, devreden, devralan ve 3. kişiler bakımından, oluşturacağı hak kayıplarının ve olası davaların, bir çoğunun önüne geçilmesi ve yaşanacak sorunlarda gerekli argümanın sağlanması bakımından, devre ilişkin envanter listesi hazırlanması ve devre dahil olan malvarlığı unsurlarının hukuki ve fiziki durumlarının detaylı şekilde bu listede yer almasını ve ayrıca, bu listenin devir sözleşmesinin ekine konulmasının biz de zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

⁵¹³ Metinde, ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurlarının yer alması gerektiği belirtilmiştir. Bu hüküm, ticari işletmenin devrinde, olası uyumsuzlukların önüne geçebilecek nitelikte değildir. Devir sözleşmesinde olması gereken unsur, nelerin devre dahil olduğudur. Bu bakımdan, TSY m. 133/2-b’nin, devir sözleşmesinde nelerin sözleşme dışında bırakıldığı değil, sözleşmede neler yer alacak şeklinde olması gerektiği kanaatindeyiz.

⁵¹⁴ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan tarafından, TSY’de sözleşmede bulunması gereken unsurlar arasında her ne kadar satış fiyatı ve ödeme şartları yer alıyor ise, de TTK m. 11/3’te, devralanın herhangi bir karşı edim üstlenmesi zorunluluğu getirilmediğinden, ticari işletmenin devrinin ivazsız olarak da yapılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 199; Bu yönde bkz. Çelikboya, TSY’de yer alan unsurun, ticari işletmenin devrinde ivaz kararlaştırılmış ise, ivazın sözleşmede belirtilmesi zorunluluğunu ifade etmektedir. Yoksa devrin ivazlı olması gerektiği anlamına gelmemekte olduğunu belirtmektedir. Bkz. Çelikboya, s. 154, dn. 588.

TSY’de sayılan bu unsurları içermeyen ticari işletmenin devri sözleşmesi, ticaret siciline tescil edilemeyecektir. Sözleşmenin içeriğine ilişkin bu düzenlemenin, kanun yerine ikincil mevzuat olan TSY’de düzenlenmiş olması eleştirilmiştir⁵¹⁵.

2. Geçerlilik Şekli Olarak Yazılı Şeklin Kabulü

Ticari işletmenin devri sözleşmesi ile ilgili olarak TTK m. 11/3’ün son cümlesi “... *Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*” hükmünü içermektedir. Maddede sözleşmenin yazılı olarak yapılacağı hüküm altına alınmış, ancak bu şeklin niteliği, yani geçerlilik şekli olup olmadığı hususunda bir ifadeye yer verilmemiştir.

Konuya ilişkin olarak Bahtiyar⁵¹⁶, TTK m. 1/2 “*Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve adete, o da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*” ve TMK m. 5 “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” hükümlerinin yollaması ile TBK m. 12/2 “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” hükmünün açık ifadesinden yararlanarak, ticari işletmenin devri sözleşmesinin de yazılı olarak yapılmasının bir geçerlilik şartı⁵¹⁷ olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Öğreti görüşü⁵¹⁸, ticari işletmenin devri sözleşmesinin, yazılı şeklinin geçerlilik şartı olduğu yönündedir. Hüküm uyarınca, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı

⁵¹⁵ Çelikboya, s. 155.

⁵¹⁶ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 211.

⁵¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz, İstanbul, 2017, s. 273.

⁵¹⁸ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 43; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 996; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 199; Poroy/Yasaman, s. 45; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 33; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 161; Kayıhan/Yasan, s. 56, dn. 47; Aydın, s. 19; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 21; Kayar, **Ticaret Hukuku**, s. 74; Kayar, **Ticari İşletme**, s. 66; Topuz, s. 46 – 47; Kaya/Tath, s. 44.

olarak yapılması gerekli ve yeterlidir. Bundan başka, sözleşmenin taraflar arasında veya resmi bir makam huzurunda yapılması hususunda geçerlilik bakımından bir fark bulunmamaktadır⁵¹⁹.

Ticari işletmenin devri sözleşmesi ile ilgili olarak bir diğer belirsizlik de sözleşmenin adi veya nitelikli ve hatta resmi yazılı şekil olup olmadığı hususundadır. Madde metninde bu konuya ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

Kanun koyucu, sözleşmenin ne şekilde yapılacağını belirttikten sonra, yazılı sözleşmenin içeriği ile ilgili bir takım şartlar da öngörmüş olabilir. Bu durumda sözleşmenin nitelikli yazılı şekle tabi olduğundan bahsedilir⁵²⁰. TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin devri sözleşmesinin içeriğine ilişkin olarak, herhangi bir şart öngörülmemiştir. Buna karşılık, TSY m. 133/2'de devir sözleşmesinde bulunması gerekli olan unsurlar düzenlenmiştir⁵²¹. Bu durumda, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı şeklinin nitelikli yazılı şekil olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁵²².

Türk Hukuku'nda sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının gerekli olması için, bunun kanunda açıkça belirtilmiş olması ve sözleşmeye resmiyet kazandıracak makam veya memurun belirlenerek işaret edilmesi gereklidir⁵²³. TTK m. 11/3'te, bu hususta

⁵¹⁹ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 161.

⁵²⁰ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 161; Şener, **Ticari İşletme**, s. 21.

⁵²¹ TTK m. 11/3'te ticari işletme devri ile ilgili olarak sözleşmenin içeriğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, böylece kanun metninden sözleşmenin,, adi yazılı şekil olarak anlaşılmasına karşılık, TSY m. 133/2 hükmü ile, sözleşmede nitelikli yazılı şeklin benimsenmiş olmasının normlar hiyerarşisi bakımından uygun olmadığını belirtmiştir. Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 161 – 162; Benzer yönde görüş ve eleştiri ileri süren Şener, TSY m. 133'te yer alan hususların TTK'da, düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir. Ayrıca devir sözleşmesine ilişkin detayların TSY'de düzenlenmiş olmasının, normlar hiyerarşisi bakımından sorun teşkil edeceği görüşündedir. Bkz. Şener, **Ticari İşletme**, s. 20.

⁵²² Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 161 – 162; Şener, **Ticari İşletme**, s. 20.

⁵²³ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 161.

herhangi bir düzenleme bulunmamakta olup, devir sözleşmesinde şeklin, resmi yazılı şekil olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir⁵²⁴.

Buna karşılık, ticari işletme devri sözleşmesinin, adi yazılı şekilde yapılacak olması öğretide çeşitli sakıncalara dikkat çekilerek eleştirilmiştir⁵²⁵. Ayrıca, yeni düzenleme ile ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı devrine gerek olmaksızın yazılı sözleşme ile devri mümkün kılınmıştır. Bu değişiklik, Eşya Hukuku'na hakim olan aynı haklarda belirlilik ilkesine, etkisi geniş bir istisna getirmektedir⁵²⁶. Bu kapsamda, taşınmazların tapuda ferağ, taşınırılar için zilyetliğin devri ve bir takım haklar için özel sicillere, devralan adına tescil zorunluluğunun ortadan kalkmakta olduğu, dolayısıyla, burada yeni bir tescilsiz iktisap halinin doğduğu bazı yazarlarca kabul edilmektedir⁵²⁷. Maddenin lafzından, ticari işletmeye dahil ve özel sicile tescil ile mülkiyeti kazanılan malvarlığı unsurları bakımından tescilsiz iktisap hali anlaşılmakla birlikte öğretide, bunun mülkiyetin devri (özellikle taşınmaz) açısından çeşitli sorunlar yaratacağı konusunda fikir birliği bulunmaktadır⁵²⁸. Öğretide, haklı olarak endişe duyulan konuların en önemlisi, TTK m. 11/3 uyarınca, ticari işletmenin devri

⁵²⁴ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 161.

⁵²⁵ Bahtiyar, TTK'da taşınmaz ile ilgili pek çok işlemde resmi şekil arandığını, örneğin, TTK m. 128/3 uyarınca, bir taşınmazın şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesinde, taahhüdün şirket sözleşmesinde bulunmasının yeterli görüleceğini, genel hükümler uyarınca, resmi şekil aranmayacağını, ancak, TTK'da ticaret şirketlerinin sözleşmelerinin noter onayına bağlanmış olması dolayısı ile taşınmaz ile ilgili işlemde de, resmi şeklin mevcut olacağını, buna karşılık, daha kapsamlı olan ticari işletmenin devrinde, taşınmaz ve işletme aktiflerinin devrinin noter onayına kıyasla daha hafif olan adi yazılı devir sözleşmesi ile gerçekleşecek olmasının TTK'nın, kendi içerisinde bir çelişki yarattığını belirtmiştir. Detaylı bilgi ve çeşitli örnekler için bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 211 – 214; Moroğlu, **TTK**, s. 43 – 44.

⁵²⁶ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 997; Öz, bu durumun aynı hakların belirlilik ilkesine ters düştüğünü belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 108; Benzer yönde bkz. Moroğlu, **TTK**, s. 43 – 44; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 211 – 214.

⁵²⁷ Arkan, ticari işletmenin devri sözleşmesi ile tescilsiz iktisaba olanak tanındığını ancak, devrin bu şekilde sicil dışında gerçekleşecek olmasının üçüncü kişiler bakımından sakıncalı olacağını belirtmiştir. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 43; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 22; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 997; Karahan, tescilsiz iktisap halinin öngörüldüğünü, ancak Eşya Hukuku bakımından, yerleşmiş bir sistemin örselenmesinin mülkiyetle ilgili çeşitli sorunlara yol açacağını belirtmiştir. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 34.

⁵²⁸ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 220; Moroğlu, **TTK**, s. 43 – 44; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 43; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 34; Öz, **Ticari İşletme**, s. 7 – 9; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 997; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 199 – 200; Topuz, s. 61; Aydın, s. 17; Çelikboya, s. 157.

sözleşmesinin tescilinin ardından, tapuda malik olarak görünen eski malikin (işletmeyi devreden), taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, iyiniyetli üçüncü kişinin, iyi niyeti TMK m. 1023 uyarınca, korunacak ve devralan, taşınmazın mülkiyetini kaybedecektir. Böylece devralanın hukuki güvenliğinin sağlanması sorunu ortaya çıkmış olacaktır⁵²⁹.

Bu gibi durumların önüne geçmek ve hukuki güvenlik sağlanması bakımından kanun koyucu, TSY m. 135/5 “*Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir.*” düzenlemesi yoluna gitmiştir⁵³⁰.

Mehaz İsviçre Birleşme Kanunu, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin malvarlığının devredilebileceğini düzenlemiş olup, devir sözleşmesi ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeye yer vermiştir⁵³¹. Buna göre, devir sözleşmesi adi yazılı şekle tabidir⁵³². Ancak taşınmazların devir sözleşmesine konu olması halinde, adi yazılı şekil yeterli görülmemiş ve resmi şekil şartı öngörülmüştür. Taşınmazlara tanınmış olan bu istisna dışında, malvarlığı değerleri, cüzi halefiyete göre, devir çerçevesinde daha ağır şekle tabi olsalar bile, bahse konu malvarlığını içeren devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde

⁵²⁹ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 997.

⁵³⁰ Erdem, ticari işletmenin devri sözleşmesinde yazılı şeklin yeterli olacağı, İsviçre Hukuku’nda taşınmazlar için getirilen istisnaya Türk Hukuku’nda yer verilmesi halinin TTK m. 11/3 ile getirilmek istenen sistem ile bağdaşmayacağı kanaatindedir. Ayrıca, TSY m. 135/5 uyarınca, siciller arası eş zamanlı bildirim ve özellikle bildirimlerin elektronik ortamda yapılmasının (hak kayıpları bakımından) sorunun çözümünde etkili olacağını belirtmiştir. Bkz. Erdem, **Ticari İşletme**, s. 998; Benzer yönde bkz. Çelikboya, s. 156 – 157.

⁵³¹ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 223.

⁵³² Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 224; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 998.

yapılması yeterli görülmüştür⁵³³. Görüldüğü üzere, TTK m. 11/3 taşınmazın devrinde, şekil bakımından mehz İsviçre Birleşme Kanunu'ndan ayrılmaktadır.

Ticari işletmenin devri sözleşmesine taşınmazların konu olması halinde de, sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılacak olması hususu öğretide⁵³⁴, haklı olarak eleştirilmiş ve hukuki güvensizlik oluşturacağı gerekçesi ile uygun görülmemiştir. Kanun koyucunun, mehz İsviçre Hukuku'ndan bu konuda neden ayrıldığı hususu da anlaşılamamıştır. Ayrıca, Eşya Hukuku bakımından çok uzun yıllardır uygulana gelen sistemden ayrılmayı gerektiren bir ihtiyaç olmadığı belirtilmiştir⁵³⁵.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin, yazılı olarak yapılacağı Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, TSY m. 133/2'de, de devir sözleşmesinde bulunması gerekli olan unsurlar belirtilmiştir. Bu bakımdan, devir sözleşmesinin nitelikli yazılı şekle tabi olduğu söylenebilecektir. Ancak bunun yerinde ve yeterli bir düzenleme olduğunu söylemek çok da uygun olmayacaktır.

Kanun koyucu tarafından, ticari işletmenin devrinin hukuken kolaylaştırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Devrin kolaylaştırılmak istenmesi elbette anlaşılabilir bir durumdur. Ancak, bu yapılırken, menfaat dengesinin iyi kurgulanması ve olası hak kayıplarının önüne geçilmesi bakımından, koruyucu ve önleyici hukuki düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin resmi şekilde yapılması konusunu önleyici bir düzenleme olarak değerlendirmekteyiz. Bu kapsamda, taraflarca yapılmış olan sözleşmede, aleniyetin sağlanması için devre dahil olan unsurların niteliklerine bakılmaksızın devir sözleşmesinin resmi şekilde (noter tarafından düzenleme şeklinde) yapılması gerektiği

⁵³³ Ülgen/Arıcı, s. 1772.

⁵³⁴ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 211 – 214; Moroğlu, **TTK**, s. 43 – 44.

⁵³⁵ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 211 – 214; Moroğlu, **TTK**, s. 43 – 44.

kanaatindeyiz. Böylece, tarafların devir sözleşmesine noterler aracılık edecek olup, sözleşmenin kapsamı, ekleri ve bir kısım şartları bakımından düzenleme getirilebilecektir. Bu şeklin, her sözleşme bakımından uygulanmasının kanunun getiriliş amacı ile örtüşmeyeceği ileri sürülür ise, taşınmazların ekonomik değeri ve devrinin resmi şekilde yapılacak sözleşme ile mümkün olduğu hususunun toplumda kanıksanan bir uygulama olması (bu durum o kadar kanıksanmış bir uygulamadır ki, hiç kimse, karşılıklı yapılmış olan adi bir sözleşme ile, bu sözleşme her ne kadar tescil dahi edilse, tapuda üzerine kayıtlı bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin, karşı tarafa geçtiğini düşünemez) sebebiyle, devir kapsamındaki taşınmazlar için tapu sicilinin işlevi ve aleniyeti gereği, bu kapsamdaki sözleşmelerin mutlaka resmi şekilde yapılması, kamu güveni ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından kanaatimizce, yerinde olacaktır⁵³⁶. Nitekim, Mehaz İsviçre Birleşme Kanunu düzenlenirken, devre konu malvarlığı unsurları arasında taşınmaz bulunması halinde, genel kuraldan ayrılarak, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerektiği hususu ayrıca belirtilmiştir.

3. Devrin Diğer Kanunlarda Nitelikli Şekle Tabi Olduğu Haller

TTK m. 11/3 ticari işletmenin devri bakımından sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını yeterli saymıştır. Ancak ticari işletmenin devri sözleşmesi, bazı hallerde niteliği itibari ile kanunen şekle tabi kılınmıştır. Bu hallerde, ilgili özel şekle uyulması gerektiği kabul edilir⁵³⁷. Örneğin, ticari işletmenin devir borcunun ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayanması halinde TBK m. 612/1 “*Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atanmasını içermese bile, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça*

⁵³⁶ Aynı yönde Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 228.

⁵³⁷ Acemoğlu, s. 51; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209 – 210; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 200; Çelikboya, s. 158.

geçerli olmaz.” hükmüne yer vermiştir. Buradan hareketle, TMK m. 545/1 “Miras sözleşmesinin geçerli olması için vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir.” hükmün atfı ile TMK m. 532/1 “Resmi vasiyetname, iki tanığın katılmasıyla resmi memur tarafından düzenlenir. Resmi memur, sulh hakimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir” Nihayetinde sözleşmenin, resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁵³⁸.

Ticari işletmenin devrinin nitelikli şekle tabi olduğu bir diğer örnekte, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun uyarınca yapılan devirlerde söz konusudur. Bu Kanun uyarınca, bir eczanenin devri sözleşmesi, hükümet tabibinin katılımıyla, noterlik tarafından yapılmaktadır (Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 11). Yargıtay’ın, eczanenin bir ticari işletme olduğu yönünde birçok kararı bulunmaktadır⁵³⁹. Ticari işletme olarak kabul edilen eczanelerin devri sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılamayacak olup, 6197 sayılı Kanunda yer alan düzenleme uyarınca, hükümet tabibinin huzurda bulunması ile noterlikçe yapılabilecektir⁵⁴⁰. 6197 sayılı Kanun eczanelerin devri ile ilgili olarak madde 11’de yalnızca devir sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Devre ilişkin başkaca bir hüküm içermemektedir. Bu yönü ile 6197 sayılı Kanunu, TTK m. 11/3’e göre özel hüküm saymak ve eczanelere ilişkin devir sözleşmesinin şekli bakımından 6197 sayılı Kanuna öncelik vermek uygun olacaktır⁵⁴¹. Eczanelerin devrinde, devir sözleşmesinin noterde yapılmasının dışındaki

⁵³⁸ Acemoğlu, s. 51; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 209 – 210; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 200.

⁵³⁹ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “...eczacıda iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanmadığı ve kazancın da ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az bulunamayacağı cihetle eczaneler TTK’nın 12 ve 11. maddeleri gereğince ticari işletme ve eczacılar da tacir sayılırlar.” sonucuna varmıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD. 29.03.76 T, E.1976/1903 K. 1976/1650; Yargıtay, eczanelere ilişkin vermiş olduğu bir kararında “... eczane bir ticari işletmedir. TTK’nın 21/2 hükmü uyarınca davalı yönünden ticari iş niteliğinde sayılan kiralama işlemi, davacı yönünden de ticari iş sayılır” sonucuna varmıştır. Bkz. Yargıtay 13. HD. 27.11.78 T, E. 1978/4863 K. 1978/5001 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 06.12.2018)

⁵⁴⁰ Çelikboya, s. 157.

⁵⁴¹ Çelikboya, s. 157.

tüm hususlar, TTK m. 11/3 ve TBK m. 202 hükümlerine tabi olacaktır. Şöyle ki, noter tarafından düzenlenen devir sözleşmesi ticaret siciline tescil edilecektir. Yine eczaneye ait malvarlığı unsurları, TTK m. 11/3 çerçevesinde, kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca, devralana geçecektir⁵⁴².

E. TEMSİL

1. Genel Olarak

Ekonomik hayatın, hızlı bir gelişme göstermesi, uluslararası ilişkilerin her geçen gün artması, bu yolla iş hayatında uzmanlığın önem kazanması ve kişilerin tüm hukuki iş ve işlemleri bizzat yapmalarının çok zor olması sebebiyle temsil müessesesinin önemi her geçen gün artmaktadır⁵⁴³.

Bu bakımdan, geniş bir faaliyet alanı ve farklı alanlarda iş hacmine sahip ticari işletmelerde, tacirin bütün işleri tek başına yürütmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle tacir, iş ve işlemlerinde bu konuda bilgi, beceri ve uzmanlığı olan kişilerin, emek ve mesailerinden yararlanmak sureti ile ticari işletmesiyle ilgili faaliyeti yürütür. Tacirin, emek ve mesailerinden yararlandığı bu kişilere, tacir yardımcıları denilmektedir⁵⁴⁴.

Temsil genel olarak TBK m. 40 vd. hükümlerinde yer almaktadır. Temsilin ticari işletme hukukuna özgü görünümü ise, TBK m. 547 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir⁵⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, ticari işletme hukukuna özgü temsil

⁵⁴² Çelikboya, s. 157 – 158.

⁵⁴³ Temsil müessesesi medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksunluktan dolayı hukuki iş ve işlemlerin bizzat yapılamaması nedeni ile küçük ve kısıtlı kişiler bakımından özel bir önem taşımaktadır. Bu kişilere ilişkin hukuki işlemler kanuni temsilcileri (veli ya da vasiler) tarafından yapılmaktadır. Ancak çalışmamızda bu konu incelenmeyecektir.

⁵⁴⁴ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 182; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 177.

⁵⁴⁵ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan tarafından, ticari temsilcilik ve bağlı tacir yardımcılarını düzenleyen hükümlerin TBK’da değil de, TTK’da düzenlenmesi gerektiği, bağlı tacir yardımcılarının TTK’da düzenlenmesinin bunların varlık sebeplerinin ve işlevlerinin bir sonucu olduğu, buna ek olarak

ilişkilerine, bünyesine uyduğu ölçüde temsile ve vekaletle ilişkin genel hükümler de uygulanır⁵⁴⁶.

Genel olarak, temsil yetkisi vermeye ilişkin hukuki işlemin geçerliliği, hiçbir şekle bağlı değildir. Hatta temsil yetkisi örtülü, bir irade beyanıyla da verilebilmektedir⁵⁴⁷. Çalışma konumuz olan ticari işletmenin devri sözleşmesinin, temsil yoluyla yapılması da mümkündür.

Temsil müessesesinde, hukuksal işlemin tarafları ile işlemi, temsil aracılığı ile yapanlar farklı kişilerdir. Hukuksal işlemi yapan kişi, temsilci olmasına karşılık; işlemin hüküm ve sonuçları, temsil olunan kişi için doğmaktadır⁵⁴⁸.

2. Ticari Vekil ve Ticari Temsilci

Tacirin işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerini yürütürken, hizmetlerinden yararlandığı kişilere, tacir yardımcısı denilmektedir. Tacir yardımcıları, genel olarak, iki ana grupta incelenmektedir. Bunlar, bağımlı tacir yardımcıları ve bağımsız tacir yardımcılarıdır⁵⁴⁹. Bunların ayrımı, bağımlılık kriteri dikkate alınarak yapılmaktadır⁵⁵⁰.

Bağımlı tacir yardımcıları, tacire bağlı, onun emir ve talimatları doğrultusunda, tacirin denetimi, gözetimi ve özellikle tacir ile aynı yerde çalışmaktadır⁵⁵¹. Buna karşılık, bağımsız tacir yardımcıları, genellikle tacirden ayrı kendilerine ait ayrı bir işletmeleri bulunmakta olup, ayrıca tacir sıfatına sahiptirler⁵⁵².

TTK'nın bağımsız karakterinin korunması bakımından yerinde olacağı belirtilmiştir. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 677.

⁵⁴⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 677.

⁵⁴⁷ Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 153; Akıntürk Turgut/Ateş Derya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 26. Baskı, Beta, 2017, s. 77.

⁵⁴⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 298.

⁵⁴⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 182.

⁵⁵⁰ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 331.

⁵⁵¹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 182; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 331.

⁵⁵² Karahan, **Ticari İşletme**, s. 331.

Biz burada, çalışma konumuz olan ticari işletmenin devri bakımından taciri, geniş yetki ile temsil etme kabiliyeti olan ticari vekil ve ticari temsilci ile ilgili olarak sınırlı açıklamalarda bulunacağız.

Tacir tarafından işletmenin faaliyet konusunun yürütülmesi için, bağımlı tacir yardımcıları atanmış olabilir. Bunlardan ticari vekil, TBK m. 551’de, tanımlanmış⁵⁵³ ve yetkisinin sınırı belirtilmiştir. Buna göre, “*Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin*⁵⁵⁴, *kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir.*

Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz veya açılmış davayı takip edemez”. Hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, ticari vekilin yetkisini işletmenin alışılmış işlemleri⁵⁵⁵ ile sınırlamıştır. Hükümden hareketle, ticari vekilin özel bir yetki gerektirmeyen işlerinin tespiti bakımından hangi işlerin alışılmış olduğunun belirlenmesi işletmenin kapasitesine, iştigal alanına, işin ve işletmenin niteliğine, işletmenin bulunduğu bölge ve pazardaki teamüllere ve tarafların durumuna bakılarak her somut olaya ayrı bir

⁵⁵³ Ticari vekil ile ilgili olarak, kanunda yapılan tanımın dışında öğretide de tanımların yapıldığı, bu tanımlarda, ticari vekilin kural olarak, ticari işletme için atanabileceği, ticari vekilin kanuni değil, iradi bir temsilci olduğu ve ticari temsilci ile karşılaştırıldığında, daha dar yetkilere sahip olduğu hususlarına vurgu yapıldığı belirtilmiştir. Öğreti tanımları için bkz. Yolal Oğuz, **Ticari Vekil**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 20, dn. 13.

⁵⁵⁴ Yolal, metinde geçen “*ticari işletme sahibi*” ifadesinin yerine, “*ticari işletme işleten*” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağını belirtmiştir. Devamla, ticari vekilin sadece ticari işletmelere atanabileceğini, TBK m. 551/1 hükmünün lafzi yorumunda, ticari işletme sahibinin, ticari işletme niteliğine sahip olmayan işletmesi için de, ticari vekil atanabileceği şeklinde yanlış anlaşılmaya neden olabileceğini, bu nedenle, metnin, “*ticari işletmesini yönetmek veya ticari işletmesinin bazı işlerini*” şeklinde anlaşılması gerektiği hususuna dikkat çekmiştir. Bkz. Yolal, s. 21.

⁵⁵⁵ BK m. 453 ticari vekilin iş sınırı ile ilgili olarak “*mutad*” ibaresini kullanmış idi. Bu dönemde doktrinde olağan işlem/olağanüstü işlem kavramları kullanılmış ve benimsenmiştir. Öyle ki TBK dönemindeki yeni basılarda da hala “*olağan/olağanüstü işlem – alışılmış işlem*” birlikte kullanılmaktadır. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 187 vd.; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 696; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 87 vd.; Konu ile ilgili olarak TBK’da doktrin tarafından benimsenen olağan işlem/olağanüstü işlem kavramları yerine “*alışılmış işlem*” kavramı kullanılmış ve çok yerinde görülmeyerek eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz. Çelikboya, s. 150, dn. 573.

değerlendirme yapılmak sureti ile tespit edilebilecektir⁵⁵⁶. Örneğin; satış bedeli tahsil etme, malları teslim alma ve sipariş verme, muhasebecilerle ve işçilerle sözleşme yapma gibi faaliyetler, genel olarak alışılmış işlemler olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁷.

Ticari vekilin, ticari işletme sahibi tarafından atanacağı belirtilmiştir (TTK m. 551/1). Burada yer alan “*ticari işletmenin sahibi*” ifadesinin, “*ticari işletmeyi işleten*” olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵⁸.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ticari vekil, sınırlı bir yetkiye sahiptir. Yetki alanını, işletme faaliyetinin sürdürülmesi bakımından alışılmış işlemler oluşturmaktadır⁵⁵⁹. Bu bakımdan, ticari vekil, ticari temsilci ve TBK m. 40 vd. düzenlenen temsilci arasında yer alan ara statü olarak değerlendirilebilir⁵⁶⁰. Ticari işletmenin devri, işletme açısından alışılmış işlem olma niteliğinde değildir. Bu bakımdan ticari vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça, ticari işletmenin devrini yapamayacaktır⁵⁶¹. Ticari vekile ticari işletmenin devri ile ilgili olarak, verilecek olan yetkinin, olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesi bakımından, tüm detayları ile düzenlenmiş ve sınırlarının tereddüte yer vermeyecek şekilde çizilmiş olması gerektiği kanaatindeyiz.

⁵⁵⁶ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 187; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 696 vd.; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 349; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 194; Çelikboya, s. 150 – 151.

⁵⁵⁷ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 187; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 349.

⁵⁵⁸ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Yolal, s. 81, dn. 3; Yolal, ticari işletmeyi işleten kişinin her zaman tacir olarak anlaşılmaması gerektiğini, nitekim, TTK m. 16/2 gereğince, “Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya, ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar”. Hüküm uyarınca, tacir sayılmayanların, ticari vekil atayabileceğini bunun da çelişki yaratacağını ifade etmiştir. Bkz. Yolal, s. 81, dn. 3.

⁵⁵⁹ Yolal, s. 20.

⁵⁶⁰ Yolal, s. 20.

⁵⁶¹ Arıcı, s. 109; Çelikboya, s. 151.

Konumuzu ilgilendiren bir diğer bağımlı yardımcı, ticari temsilcidir. Ticari temsilci, TBK m. 547/1’de, tanımlanmıştır. Buna göre, “*Ticari temsilci, işletme sahibinin*⁵⁶², *ticari işletmeyi yönetmek*⁵⁶³ *ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere*⁵⁶⁴, *açıkça veya örtülü olarak yetki verdiği kişidir*”. Ayrıca TBK m. 548’de, ticari temsilcinin yetki alanı düzenlenmiştir. Buna göre, “*Ticari temsilci, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına*⁵⁶⁵ *giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır. Ticari temsilci, açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz*”. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, ticari temsilci en geniş yetkiye sahip olan tacir yardımcısıdır. Öyle ki, tacirin adeta bir diğer kendisi (alter ego’su) olarak nitelendirilir⁵⁶⁶. Buna rağmen, işletme ile ilgili olarak yapabilecekleri sınırlı olup, özel yetki verilmesini gerektiren iş ve işlemler bulunmaktadır⁵⁶⁷. Nitekim TBK m. 548/2’de, taşınmazların devri veya taşınmaz

⁵⁶² Şener, metinde geçen “*işletme sahibi*” ibaresinin yanıltıcı olduğunu, bu ibarenin “*ticari işletmeyi işleten*” şeklinde anlaşılması gerektiğini, ticari temsilci atamak için, kendi adına ticari işletme işletiyor olmanın yeterli olduğunu ifade etmiştir. Devamla, ticari temsil yetkisi verebilmek için, ticari işletmeyi işletenin fiil ehliyetine sahip olması veya kanuni temsilci tarafından, temsil edilmesinin zorunlu olduğunu, bunların haricinde iradi temsilci tarafından, ticari temsilcinin atanamayacağını, bu bakımdan, TBK m. 547’nin emredici nitelikte olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, vasinin de, yasaklı olduğu işlemler dikkate alındığında ticari temsilci atayamayacağını belirtmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. Şener Oruç Hami, **Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi**, Adalet, Ankara, 2015, s. 11.

⁵⁶³ Ticari temsilci, sadece ticari işletmeler için atanabilir. BK m. 449/3’te, esnaf işletmesi için de, ticari temsilci atanması imkanı vardı. Ancak TBK ile, bu kaldırılmıştır. Şener, Etnaf işletmesi için ticari temsilci atanmasına son verilmesinin, ticari temsil kurumunun, ticari ilişkiler ile sınırlandırılması ve tamamen ticari bir karaktere sahip olması olarak değerdendirmiştir. Bu yönü ile, TBK’nın, İsviçre sisteminden ayrılarak, Alman sistemini benimsediğini belirtmiştir. Bkz. Şener, **Ticari Temsilci**, s. 8 - 9.

⁵⁶⁴ Şener, ticari temsilcinin, taciri temsil eden bir iradi temsilci olduğunu, atandığı işletme sahibinin kanuni temsilcisi olmadığını belirtmiştir. Bkz. Şener, **Ticari Temsilci**, s. 8.

⁵⁶⁵ Şener, TBK m. 548’deki, amaç ifadesi ile ticari işletmenin konusunun kastedildiğini, konu yerine amaç teriminin kullanıldığını, ticari işletmelerin amacının genel olarak kar elde etmek olduğunu, maddede yer alan amaç teriminin konu olarak, anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Şener, **Ticari Temsilci**, s. 141, dn. 293.

⁵⁶⁶ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 183.

⁵⁶⁷ Bahse konu yetki sınırlaması ile ilgili olarak Arkan, taşınmazları devir yasağının, sadece tasarruf işlemleri için değil, aynı zamanda tasarruf işlemlerini yapma borcunu doğurmakta olan taahhüt, yani borçlandırıcı işlemler için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da, borçlandırıcı işlemin ardından tasarruf işleminin yapılmasından imtina edilirse karşı tarafın TMK m. 716 uyarınca, hakim kararı ile mülkiyet hakkının kazanılabileceği hususuna işaret etmiştir. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 186.

üzerinde aynı hak tesis edilmesi bakımından özel olarak yetkili kılınması aranmıştır⁵⁶⁸. Kanun koyucu, ticari temsilcinin, temsil sınırının tayini için, “*işletmenin amacına giren*” ifadesini kullanmıştır. Buradaki “*amaç*” terimi, objektif ölçütlere göre belirlenmekte olup, ticari temsilcinin bu amaç doğrultusunda her türlü işlemi yapabileceği kabul olunmaktadır⁵⁶⁹. Örnek olarak; işletmede çalışacak kişiler ile hizmet sözleşmesi yapılması, hizmet sözleşmelerinin feshedilmesi, mal alıp satılması, tacirin mahkemede temsil edilmesi, kambiyo taahhüdü imzalanması, taşınmazların kiraya verilmesi ve bunların tapuya şerh ettirilmesi gibi işlemler sayılabilir⁵⁷⁰. Bununla birlikte, işletme amacıyla doğrudan değil de, dolaylı olarak ilgili işlemlerin de, ticari temsilci tarafından özel yetki aranmaksızın gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir⁵⁷¹.

Ticari işletmenin amacına giren her türlü işlemi yapmaya yetkili olan ticari temsilci, genel olarak, ticari işletmenin işlerini idare etmek, yürütmek için atanmaktadır. Bu bakımdan, ticari temsilcinin, “*temsilcilik*” yetkisi⁵⁷², bir ticari işletmenin varlığı ve bu varlığı sürdürmesi halinde söz konusu olacaktır. Dolayısı ile ticari işletmenin ortadan kalkmasına, tasfiye olunmasına yol açabilecek işlemleri yapamayacaktır. Buradan hareketle, ticari temsilcinin ticari işletmeyi devredemeyeceği doktrinde kabul edilmektedir⁵⁷³.

⁵⁶⁸ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 184; Ayrıca Arkan, ticari temsilcinin taşınmaz alım – satım işi ile uğraşan bir işletmeye atanması halinde, ticari temsilcinin taşınmaz üzerinde işlem yapabilmesi için, özel yetki verilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 187; Benzer yönde bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 686.

⁵⁶⁹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 184.

⁵⁷⁰ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 185; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 184.

⁵⁷¹ Şener, **Ticari Temsilci**, s. 143.

⁵⁷² Bahtiyar, işletme ile ilgili bazı işlemlerin yalnızca tacirin kendisi tarafından yapılabileceğini, geniş yetkilere sahip ticari temsilci tarafından yapılamayacağını, bunun da, yardımcılık niteliğinden doğan bir sınırlama olduğunu belirtmiştir. Örneğin; işletmeyi devretme, tacirin iflasını isteme, işletmeye ortak alma, işletmeyi rehnetme gibi. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 186.

⁵⁷³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 186; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 186; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 340; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 85; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 687; Arıcı, s. 109 -110; Şener, **Ticari Temsilci**, s. 143; Çelikboya, s. 152.

Ticari temsilcinin ticari işletmenin devri sözleşmesi yapması bakımından doktrin tarafından, benimsenen sınırlama, ticari işletmeyi devreden tarafın ticari temsilcisi açısından geçerli sayılmalıdır. Karşı taraf olan ticari işletmeyi devralmak için atanan ticari temsilcinin, ticari işletmeyi devralmak amacı ile devir sözleşmesi yapmasında bir engel bulunmamaktadır⁵⁷⁴. Bu bakımdan, ticari temsilcinin, tacirin faaliyet konusunu değiştirmeyen ve işletmenin genişlemesini sağlayan bir ticari işletmeyi devralmak için devir sözleşmesi yapabileceğini kabul etmek mümkün görünmektedir⁵⁷⁵.

Ticari temsil yetkisi ile ilgili olarak belirteceğimiz son husus da, ticari temsilcinin işletme amacı çerçevesinde gerçekleştirdiği işlemler sırasında işlediği haksız fiillerden, kendisinin sorumlu olmasıdır. Bu fiillerden dolayı, tacirin herhangi bir sorumluluğu ortaya çıkmaz. Haksız fiillerde, kusur unsurunun şahsi karaktere sahip olması nedeni ile kabul edilmiş olan, haksız fiilde temsil olmaz ilkesi⁵⁷⁶, ticari temsil yetkisi bakımından da geçerli olan bir ilkedir.

F. KAPSAM

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin kapsamı, TBK m. 202/1, TTK m. 11/3 ve TSY m. 133'te, belirlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, işletmeye ait aktif ve pasifler bir bütün halinde ve işletmenin devamlılığını sağlamak suretiyle devredilmelidir. Nitekim TTK m. 11/3'ün, alt başlığı "*Bütünlük İlkesi*" olarak kaleme alınmış olup,

⁵⁷⁴ Çelikboya, s. 152.

⁵⁷⁵ Çelikboya, s. 152, dn. 580.

⁵⁷⁶ Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, "...haksız eylemlerde temsil olmaz. Çünkü ana ilke olarak, bir haksız eylem işleyen kimse, bunun hukuki sonuçlarına bizzat katlanmak zorundadır. Bunun nedeni, haksız eylemlerin kusur unsurunun şahsi karaktere haiz olmasıdır. O halde, müessil, haksız eylemlerden doğan sorumluluğunu, haiz bulunduğu temsil yetkisine dayanarak, temsil edilene devretmek sureti ile sorumluluktan kurtulamaz." Bkz. Yargıtay 4. HD. 13.04.1978 E. 1977/1845, 1978/4946 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 21.09.2021); Bahse konu karar, Şener, **Ticari Temsilci**, s. 144'den tespit edilmiştir.

hükümün son cümlesinde “...*ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan...*” sözleşmeler denilmek suretiyle ticari işletmenin bütünlüğüne vurgu yapılmıştır⁵⁷⁷. Buradan hareketle, ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesi, kural olarak, işletmeye dahil aktif ve pasifleri kapsamalıdır denilebilecektir. Ancak devir sözleşmesinin, işletmeye dahil aktif ve pasif tüm malvarlığı unsurlarını kapsaması gerektiği yolundaki bu kural, işletmeye dahil tüm unsurların devrini zorunlu kılmaz⁵⁷⁸. Nitekim TTK m. 11/3’te “...*aksi öngörülmemişse...*” denilmek suretiyle tarafların bazı unsurları sözleşme kapsamı dışında tutabilmelerine imkan verilmektedir⁵⁷⁹.

Taraflar anlaşarak, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanını, fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarından bazılarını, ticari işletmenin devrinin dışında tutabilirler⁵⁸⁰. Ancak taraflar burada bir sınırlama ile karşılaşmaktadırlar. Devredilen unsurlar, ticari işletmenin faaliyetini sürdürmesini sağlayacak yeterlilikte olmalıdır⁵⁸¹. Devir sözleşmesinde aksi belirtilmemişse, duran malvarlığı, işletme değeri, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve fikri mülkiyet hakları sözleşmeye dahil sayılır (TTK m. 11/3).

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin kapsamı incelenirken karşımıza işletmeye ait malvarlığı unsurları, bütün halinde devir ve devirden sonra işletmenin devamlılığının

⁵⁷⁷ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31.

⁵⁷⁸ Acemoğlu, s. 31; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 200; Durman, s. 108; Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 231.

⁵⁷⁹ Acemoğlu, s. 31; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 14; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 38; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1010; Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 231.

⁵⁸⁰ Acemoğlu, sözleşme kapsamı dışında tutulan aktif varlıklar çok ise veya bir tane olmasına karşılık, işletmenin ekonomik olarak önemli bir bölümünü oluşturuyor ise, burada ticari işletmenin devrinden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, s. 31.

⁵⁸¹ Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan 1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin benzer yöndeki Üretim ve Hizmet İşletmelerinin Ayni Sermaye Olarak Konulması başlıklı 19.2.2.1 maddesinde “*Üretim ve hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur.*” devre ilişkin düzenleme yer almaktadır.

sağlanması unsurları çıkmaktadır. Bu nedenle öncelikle ticari işletme açısından bu unsurların ne anlama geldiği üzerinde durulacaktır.

2. Ticari İşletmeye Dahil Malvarlığı Unsurları Kavramı

Ticari işletmenin ayrı bir hukuk kişiliği bulunmamakla⁵⁸² birlikte, ticari işletme, para ile ölçülebilir malvarlığı değerlerinden oluşan ekonomik bir bütündür⁵⁸³. Bu ekonomik bütünün içerisinde maddi ve gayri maddi unsurlar bulunmaktadır⁵⁸⁴. Bu bağlamda ticari işletmenin maddi unsurları işletmeye özgülenen taşınır ve taşınmaz malvarlığı, ticari işletmenin nakitleri olarak örneklendirilebilir; gayri maddi unsurları da, fikri mülkiyet hakları, kiracılık hakkı ve müşteri çevresi olarak belirtilebilir⁵⁸⁵.

TTK m. 11/3’te, ticari işletmenin devri sözleşmesinin konusunu oluşturacak unsurlar, *“duran malvarlığı, işletme değeri, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer fikri mülkiyet hakları ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları...”* şeklinde belirtilmiştir. Hükümde yer alan bu sayım sınırlı değildir⁵⁸⁶. Madde metninde yer almayan unsurların, ticari işletmenin malvarlığına dahil sayılması, onların ekonomik değer taşımalarına bağlıdır.

Mevzuatta bir malvarlığı unsurunun, hangi şartlarda ticari işletmeye dahil sayılacağı konusunda bir açıklık yer almamaktadır. Doktrinde de, *“ticari işletmeye dahil”* kavramı ile ilgili olarak kesin ölçütler getirilmemiştir. Bu bakımdan, ticari işletmeye dahil

⁵⁸² Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 212.

⁵⁸³ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1008.

⁵⁸⁴ Maddi – gayri maddi unsur ayrımı bazı yazarlarca asli – tali unsur olarak ifade edilmektedir. Bkz. Acemoğlu, s. 31; Durman, s. 109.

⁵⁸⁵ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1008.

⁵⁸⁶ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1008.

malvarlığı unsurlarının tespitinin her somut olaya göre yapılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁸⁷.

Bu bağlamda, bir malvarlığı unsurunun ticari işletmeye dahil sayılabilmesi için, öncelikle ekonomik değer taşıması ve ticari işletmenin faaliyetine özgülenmiş olması gerekmektedir⁵⁸⁸. Ticari işletmenin devrinde, işletmeye daimi şekilde tahsis olunan tüm unsurlar kural olarak, devralana geçer⁵⁸⁹. Örneğin, Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, konusu gazete yayınlamak olan bir işletmenin, telefonların ve telefon hatlarının devir kapsamı dışında bırakılması halinde, gazetenin çıkartılmasının mümkün olmadığını belirterek, bunların işletmeye devamlı surette tahsis edilmiş unsur olduğu yönünde değerlendirme yapmış ve devir sözleşmesinde bunlardan söz edilmemiş olsa dahi, devrin kapsamında olduğuna karar vermiştir⁵⁹⁰. Yargıtay böylece, ticari işletmenin devri kapsamının tespitinde, ticari ihtiyacı ve uygulamayı dikkate almıştır⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 202; Çelikboya, ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının tespitinde, ticari işletmenin rehnine ilişkin çalışmalarda yer alan ticari işletmeye tahsis edilme kavramına ilişkin açıklamalardan faydalanılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Çelikboya, s. 125, dn. 478.

⁵⁸⁸ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1010; Çelikboya, bir malvarlığı unsurunun ticari işletmeye dahil olması için ticari işletmenin faaliyetleri ile bağlantılı olmasının yeterli olduğunu, buna karşılık malvarlığı unsurunun o işletmeye özgülenmesinin zorunlu olmadığını belirtmektedir. Bkz. Çelikboya, s. 126; Benzer yönde bkz. Arıcı, s. 38; Sulu, dede yadigari bir daktilonun, matbaanın ofisinde dekor olarak kullanılması ve sergilenmesi halinde, bu daktilonun, maddi değerinin yüksekliğine bakılmaksızın ticari işletmeye özgülenmediğinden dolayı, işletmenin malvarlığına, böylece bütünlüğüne dahil olmayacağını ifade etmiştir. Bir başka örnek de, ticari işletmenin duvarlarına asılı sanat eserlerinin, maddi değeri ne kadar olursa olsun, ticari işletmeye özgülenmediğinden, onun faaliyetleri sırasında kullanılmaması nedeniyle işletmenin bütünlüğüne dahil sayılmayacağını, buna karşılık, sanat galerisinin duvarlarında asılı duran ve satışa sunulmuş olan tabloların, o ticari işletmenin (sanat galerisinin) bütünlüğüne dahil olduğunu belirtmiştir. Bkz. Sulu, s. 1226.

⁵⁸⁹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44.

⁵⁹⁰ Yargıtay 11. HD. 20.02.1975 E. 1974/3626, K. 1975/1217 (Erişim: Hukuk Türk 23.04.2018); Yargıtay, vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında da, "... ticari işletmeye dahil tüm unsurların, bu arada, işletmeye dahil taşınır nitelikteki demirbaşlar ile müşteri çevresi ve hatta kiracılık hakkının da devrini içeren nitelikte bir işletme devir sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Şu halde, devir için kararlaştırılan bedelin, işletmeye dahil tüm unsurların karşılığı olarak kararlaştırıldığının kabulü gerekir." şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD. 08.03.2017 E. 2016/2081, K. 2017/1355. (Erişim: www.yargitay.gov.tr 04.10.2021)

⁵⁹¹ Çelikboya, s. 130.

TTK m. 11/3'te, belirtilmemiş olmakla birlikte, ticari işletmenin faaliyetleri ile ilgili olarak elde edilen tüm haklar örneğin; alacak hakları, ipotek ve rehin hakları ile işletmeye ait nakitler, ticari işletmenin malvarlığına dahil kabul edilir⁵⁹². Alacak hakları, nakitler işletmenin amacına yönelik olarak değişime, dönüşüme uğratılan ve/veya tüketilen mallar olduklarından, bunlar, işletmenin dönen malvarlığı olarak nitelendirilmektedir⁵⁹³.

Ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının tespitinde, tacirler tarafından, çıkarılması gerekli olan envanterden de faydalanılabilecektir⁵⁹⁴. TTK m. 66/1'de, "*Her tacir, ticari işletmesinin açılışında, taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter çıkarır.*" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Hüküm uyarınca, tacir tarafından, çıkarılmış olan envanterde ticari işletmenin bütünlüğüne dahil olan malvarlığı unsurları (özellikle maddi malvarlığı) gösterilmiş olacaktır. TTK m. 66/2 ile tacirlere, çıkarılmış olan envanterin, her faaliyet döneminin sonunda yeniden düzenlenmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece, ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurları her hesap döneminde güncellenmiş olacaktır. Ayrıca, TTK m. 68'de, "*Tacir, ticari faaliyetinin başında ve her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tabloyu (sırasıyla açılış bilançosunu ve yıllık bilançoğu) çıkarmak zorundadır...*" tacir tarafından, çıkarılacak olan envanter ve hazırlanacak olan bilançolarda, ticari işletme ile ilgili olarak maddi malvarlığı unsurlarının tespiti güncel bir şekilde sağlanmış olacaktır.

⁵⁹² Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1009; Çelikboya, s. 125.

⁵⁹³ Sulu, s. 1227.

⁵⁹⁴ Sulu, s. 1232.

Bir malvarlığının ticari işletmeye dahil malvarlığı olabilmesi için işletmeyi işleten tacire aidiyet bağı ile bağlı olması gerekmektedir. Bu bağ, mülkiyet hakkı olabileceği gibi, tacire bir hak (intifa, kira, lisans) veya fiili bir durum (zilyetlik) sağlamaya yönelik olabilecektir. Malvarlığı unsuru, tacire (devredene) hangi hakları sağlıyor ise, devralana da o haklar ile geçecektir⁵⁹⁵.

3. Ticari İşletmenin Devrinde Bütünlüğün Korunması ve Devamlılığın Sağlanması

Ticari işletmenin, genel anlamda, bir bütün olarak devir edilmesi gerekir⁵⁹⁶. Buna karşılık, TTK m. 11/3'te, "...aksi öngörülmemişse..." ifadesine yer verilmiştir. Bununla birlikte, taraflara devrin kapsamını belirleme konusunda sınırlı da olsa bir serbesti tanınmıştır. Hükme göre, taraflar işletmeye dahil malvarlığı unsurlarından bazılarını kapsam dışında bırakabileceklerdir⁵⁹⁷.

Ticari işletmenin devrinin kapsamının belirlenmesi bakımından bir diğer düzenleme, TSY m. 133/2-c'de, yer almaktadır. Hüküm uyarınca, "*Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan*" aranarak, devre konu unsurlar bakımından, iki sınırlama getirilmiştir⁵⁹⁸. Bunlardan ilki, kapsam dışında bırakılan unsurlar, ticari işletmenin bütünlüğünü bozmamalıdır⁵⁹⁹. İkincisi ise, kapsam dışında bırakılan unsurlar işletmenin devamlılığına zarar vermemelidir⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ Arıcı, s. 37; Sulu, s. 1233.

⁵⁹⁶ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 38; Durman, s. 108.

⁵⁹⁷ Acemoğlu, s. 31; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 14; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 38; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1010.

⁵⁹⁸ Öz, böyle bir sınırlamanın alt mevzuatta değil de, kanunla getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da, Kanunun içeriğini serbest bırakarak düzenlediği bir işleme, tüzük ve yönetmelikle uyulması zorunlu kısıtlamalar getirilemeyeceği hususunu göstermiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 118.

⁵⁹⁹ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1010.

⁶⁰⁰ Öz, **Ticari İşletme**, s. 115.

Belirtilen mevzuat uyarınca, ticari işletmenin devrinin kapsamının belirlenmesi gerekecektir. Buna göre, ticari işletmenin bütünlüğünün bozulmaması şartı ile bazı unsurlar devrin kapsamı dışında tutulabilecektir.

Ticari işletmenin, kendisini meydana getiren malvarlığı unsurlarından başka, bir organizasyonu, bir sistemi vardır. Böylece mevcut malvarlığının üzerinde bir ekonomik değere sahiptir⁶⁰¹. Bu durum, malvarlığının bir bütün teşkil etmesinden kaynaklanır. Ticari işletmede bütünlüğün korunması çok yönlü fayda sağlamaktadır. Bunlardan bir diğeri, müşteri çevresinin muhafaza edilmesidir⁶⁰². Son olarak, işletmenin sahip olduğu malvarlığı unsurlarının tek tek değeri, ticari işletmenin bir bütün olarak değerinin altındadır. Bu bakımdan, kanun koyucu ticari işletmenin devrinde bütünlüğün korunmasını özel olarak hüküm altına almıştır.

Bu bağlamda, ticari işletmenin bir bütün olduğu ve bu bütünlüğün korunması gerektiği hususları, ticari işletmenin tanımının yapıldığı ve devrinin düzenlendiği TTK m. 11'in başlığında “*Bütünlük İlkesi*” şeklinde vurgulanmıştır. Hükme paralel olarak doktrinde de, ticari işletmenin devrinin varlığının kabulü için, işletmenin bir bütün halinde devrinin gerekli olduğu belirtilmektedir⁶⁰³.

Kanun koyucu, ticari işletmenin devrinde, işletmenin bütünlüğünün korunmasını aradığından, devir sırasında ticari işletmenin bütünlüğü bozulur ise, burada artık bir ticari işletmenin devri müessesesi değil, konusuna göre değişiklik arz eden, münferit

⁶⁰¹ Karayalçın, s. 107; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 13; Türk, s. 70 – 71; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 32; Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 240.

⁶⁰² Arıcı, s. 73; Çelikboya, s. 131.

⁶⁰³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 38; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 30; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 14; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 200; Durman, s. 108; Çelikboya, s. 131; Kaya/Tatlı, s. 45.

bir malvarlığı devri ortaya çıkar. Bu halde, devre ilişkin TTK m. 11 ve TBK m. 202 hükümleri uygulanmaz⁶⁰⁴.

Ticari işletmenin bütünlüğünün korunması ile ne anlaşılması gerektiği ve bütünlük kavramının tespit edilmesi çok kolay değildir. Kanun koyucunun, ticari işletmenin devrinde, bütünlük unsuruna vurgu yapmasının nihai hedefinin, işletmenin devirden sonra da faaliyetine devam edebilmesinin mümkün kılınması olduğu belirtilmektedir⁶⁰⁵. Bir ticari işletme, devirden sonra da faaliyetini devam ettirebiliyor ise, burada bütünlüğün korunduğu kabul edilir⁶⁰⁶. Bu halde, işletmenin faaliyetine devam edebiliyor olması, devirde bütünlüğün korunduğunun göstergesidir. Birden fazla alanda faaliyet gösteren işletmelerde, devredilen unsurların ticari işletmenin bir işletme yeteneğini gerçekleştirebilecek düzeyde olmasının gerekli ve yeterli olduğu belirtilmektedir⁶⁰⁷. Konuya ilişkin olarak Karahan tarafından⁶⁰⁸, eğitim ve sağlık sektörlerinde faaliyette bulunmakta olan bir ticari işletmenin devredilmesi halinde, bu faaliyetlerden asgari birinin faaliyetine devam edebilmesini sağlayacak unsurların devredilmiş olması gerektiği örneği verilmiştir.

Ticari işletmenin devrinde bütünlüğün korunup korunmadığının tespitinin zor olduğunu belirtmiş idik. Ticari işletme bakımından bütünlüğün korunduğuna ilişkin kesin ölçütler bulunmamaktadır.

⁶⁰⁴ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 201; Çelikboya, s. 132; Öz, taraflar münferit bazı mal ve hakları kolay yoldan devretmek amacı ile işletme devrini alet edip kullanıyorlarsa, bu durumda ticari işletmenin devrinin geçersiz sayılacağını ve hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 118.

⁶⁰⁵ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 201; Çelikboya, s. 133.

⁶⁰⁶ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 38; Durman, s. 109; Akçaal, s. 103.

⁶⁰⁷ Karahan, **Ticari İşleme**, s. 31.

⁶⁰⁸ Karahan, **Ticari İşleme**, s. 31.

Bütünlük kavramı, iş hukukunda yer alan işyeri devri açısından da önem arz etmektedir. Her ne kadar işyeri kavramı ve işletme kavramı birbirinden ayrı unsurlar barındırsalar da, işyeri devri bakımından tespit edilmiş ve faydalanılan bütünlük kriterlerinden, ticari işletme için de yararlanılabileceği görüşü Çelikboya⁶⁰⁹ tarafından ileri sürülmüştür. Bu görüşü biz de benimsiyoruz. Ticari işletmenin devrinde, bütünlüğün korunuyor olduğunun en önemli göstergesi, devirden sonra işletmenin faaliyetine devam ediyor olmasıdır. Aynı amaç ve gösterge işyeri devrinde de söz konusudur⁶¹⁰. İşyeri devrine ilişkin olarak, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından, kabul edilen ölçütlerin listesi bulunmaktadır. Bütünlüğün, korunup, korunmadığının her devir olayında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶¹¹. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında (Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edilen ölçütleri aynen benimseyerek) Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından, benimsenen ölçütlerin tümünün, devirde gerçekleşmiş olmasının zorunlu olmadığı, her işyeri için faaliyetin türü, üretim ve işletme metotlarının farklı özellikte ve ağırlıkta olabileceği, bu nedenle de, değerlendirmenin genel kriterler belirleyerek değil, her somut olay için ayrı ayrı yapılmasının uygun olacağı sonucuna varmıştır⁶¹².

4. İşletmenin Aktifleri

Devir sözleşmesinin aktifini oluşturan unsurlar, TTK'da örnekleme şeklinde sayılmıştır. Hüküm uyarınca aksi öngörülmediği sürece, devir sözleşmesinin, duran

⁶⁰⁹ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Çelikboya, s. 132 – 133.

⁶¹⁰ Süzek, **İşyeri Devri**, s. 313 vd.

⁶¹¹ Süzek, **İşyeri Devri**, s. 314.

⁶¹² Yargıtay, 9. HD. 06.04.2009 E. 2009/13501, 2009/9655 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 12.07.2019). Bahse konu Yargıtay kararında, bütünlüğün korunup, korunmadığının değerlendirilmesi için kullanılacak olan “a. İşyeri ya da işletmenin türü, b. İşletmenin maddi varlığını oluşturan bina ve taşınır gibi araçların devredilip, devredilmediği, c. Devir anındaki işletmenin maddi olmayan varlığını oluşturan aktifin değeri, d. Personelin devralınıp, alınmadığı, e. Müşteri çevresinin devredilip, devredilmediği, değişip, değişmediği, f. Devirden önce ve sonra işyeri ya da işletmede icra edilen faaliyetin benzerlik gösterip, göstermediği, g. Bu faaliyetlerin icra edilmesinde kesintinin süresi gibi kriterlerin önem kazandığı” belirtilmiştir.

malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını kapsadığı kabul olunur (TTK m. 11/3). Bu bakımdan ticari işletmenin devri halinde, devrin kapsamına işletmenin bir parçası olan şube de girmektedir⁶¹³.

Kanun koyucu, devir sözleşmesinde, bazı unsurların devrin kapsamı dışında tutulabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, devir kapsamı dışında tutulan unsurların, ticari işletmenin bütünlüğünü bozmaması ve faaliyetine devam edebilmesi şartı aranmıştır. Bu yolla, devre konu ticari işletmenin ekonomik bütünlüğü ve devamlılığı sağlanmış olmaktadır. Aşağıda özellik arz eden işletme aktifleri sırasıyla incelenecektir.

a. Duran Malvarlığı

Ticari işletme faaliyetlerine sürekli olarak özgülenen taşınır ve taşınmaz mallar ile bunların bütünleyici parçaları (TMK m. 684) ve eklentilerinden (TMK m. 686) oluşan bütün, duran malvarlığını ifade etmektedir⁶¹⁴. Bu bakımdan, arazi, binalar (depo binası, mağaza, fabrika binası), motorlu taşıt araçları, bilgisayarlar, makinalar, aletler ve demirbaşlar duran malvarlığına örnek gösterilebilecektir⁶¹⁵.

Duran malvarlığı, 6762 sayılı eTTK'da tesisat olarak ifade edilmiş idi. TTK'da ise tesisat yerine duran malvarlığı ifadesi tercih edilmiştir⁶¹⁶.

⁶¹³ Arkan, s. **Ticari işletme**, 41.

⁶¹⁴ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 27; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 183; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 21; Akçaal, s. 95.

⁶¹⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 27; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 19; Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 239.

⁶¹⁶ Madde gerekçesinde, tesisat sözcüğünün tartışma ve tereddütlere yol açtığı, bu sebeple, tesisat sözcüğünün yerine, duran malvarlığının tercih edildiği hususu vurgulanmıştır. Erdem, bu değişikliğin yerinde bir değişiklik olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1008, dn. 63.

İşletmeyle ilgili bir unsurun, duran malvarlığı olarak değerlendirilebilmesi için, işletmeye sürekli olarak özgülünmüş olması gerekmektedir⁶¹⁷. Bu bakımdan, geçici olarak işletmede kullanılmış olan bir unsur, duran malvarlığı kapsamında değerlendirilemeyecektir.

İşletmeye dahil olan malvarlığı unsurları, bazı hallerde, duran malvarlığı niteliğinde olmayıp, işlenen, şekli değiştirilebilen unsurlar olmaktadır. Bu halde bunlara döner malvarlığı (veya dönen malvarlığı) denilmektedir⁶¹⁸. Sermaye, hammadde, ürün, kasadaki para, yarı işlenmiş veya işlenmiş mallar dönen malvarlığına örnek gösterilebilecektir⁶¹⁹.

Duran malvarlığına dahil olan taşınmazların geçişinin özellik arz etmesi sebebi ile devir ve neticelerinin incelenmesi uygun görülmüş olup aşağıda bu hususlara değinilmiştir.

aa. Taşınmaz Mülkiyetinin Geçışı

Ticari işletmenin devrini düzenleyen TTK m. 11/3'te, işletmenin mülkiyetinde olan taşınmazların devralana geçişi bakımından taraflar arasında devir sözleşmenin yapılarak tescil edilmesi yeterli görülmüştür. Bu halde, ticari işletmenin mülkiyetinde olan taşınmazların mülkiyeti, tapu siciline tescile gerek olmaksızın devralana geçecektir. Daha sonra tapu müdürlüğünde yapılacak olan tescil işlemi ise, açıklayıcı bir etkiye sahip olacaktır. Bu da taşınmazların mülkiyetinin geçişi bakımından tescilsiz iktisap olarak değerlendirilmektedir⁶²⁰.

⁶¹⁷ Bahtiyar, **Ticari işletme**, s. 27; Arkan, **Ticari işletme**, s. 32; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 21; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 19; Durman, s. 49; Akçaal, s. 95.

⁶¹⁸ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 27; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 183.

⁶¹⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 27; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 183.

⁶²⁰ Arkan, **Ticari işletme**, s. 43; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 21 – 22.

Taşınmaz mülkiyetinin geçişi (kazanılması), kural olarak, tapu sicilinde yapılan tescil ile gerçekleşir (TMK m. 705/1). Ancak bazı hallerde tescilsiz iktisap öngörülmüştür. Bu durum istisnai hallerdir ve yalnızca kanun ile hüküm altına alınmıştır. Medeni Kanun taşınmazlarda geçişin kuralını belirttikten sonra, yine aynı madde içerisinde istisnaları da belirtmiştir. Buna göre, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile özel kanunlarda yer alan diğer tescilsiz iktisap hallerinde mülkiyet tescilden önce kazanılmaktadır (TMK m. 705/2). Kanunda sayılan istisnalar sınırlı sayı prensibine tabidir⁶²¹.

TTK m. 11/3 ile ticari işletmenin devri bakımından öngörülen tescilsiz iktisap hali, doktrin tarafından pek çok sakıncası sebebi ile eleştirilmiştir⁶²². Eleştirilerin temelinde böyle bir düzenlemeyi haklı kılacak bir gereksinimin olmaması, bu uygulama ile hedeflenen hız ve kolaylığın, Eşya Hukuku'nun yerleşik ve kanıksanmış olan taşınmaz devrinin tapu müdürlüğünde tescil ile gerçekleşeceği düşüncesinin bertarafı için eş

⁶²¹ Çelikboya, s. 196.

⁶²² Öz, konunun çok yönlü sorun yaratacağını, bunlardan ilkinin, taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğması bakımından aranacak olan şekil şartlarının ticari işletmenin devrinde aranmayacak olması olduğunu, ikincisinin yeni durumun aynı haklarda belirlilik ilkesine ters düştüğünü, üçüncü sorunun da tapu siciline güven ilkesi çerçevesinde uygulamada çıkacak olan hak kayıplarının olduğunu belirtmektedir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 107 – 108; Bahtiyar, ticari işletmenin devrinde taşınmazların, tescilsiz kazanılmasını gerektirecek bir zaruret olmadığını, bu düzenlemeyi haklı kılacak yüksek menfaat bulunmadığını, sadece devri kolaylaştırmak adına Eşya Hukuku'nun, en temel ilkesinden sapılmasını yerinde bulmadığını ve taşınmazlar için tapu sicilinde tescil şartından vazgeçilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 221 – 224; Aynı yönde eleştiriler için bkz. Moroğlu, **TTK**, s. 43 – 44; Benzer yönde bkz. Aydın, s. 17; Karahan, tarafından da sözleşme ile taşınmazın devri hususu eleştirilmiş ve uygulamada yaşanacak sorunlara dikkat çekilmiştir. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 34; Arkan, devrin sicil dışında gerçekleşecek olmasının üçüncü kişiler bakımından sakıncalı sonuçlara yol açacağını belirtmiştir. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 43; Topuz, tescilsiz iktisap halinin açıkça ve tüm ayrıntıları ile kanunda düzenlenmesi gerektiğini belirterek uygulamayı eleştirmiştir. Bkz. Topuz, s. 61; Topçuoğlu, ticari işletmenin devri sözleşmesi yapılmadan, devreden hakkında devir kapsamına giren taşınmazlarla ilgili tapuya şerh verme yükümlülüğünün öngörülmesi halinde olası kötü niyetli davranışların engelleneceğini belirtmiştir. Bkz. Topçuoğlu Metin, **Yeni TTK'nın ve Yeni TBK'nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Terazi Hukuk Dergisi, S. 81, Cilt 8, 2013, s. 14 – 27. Benzer yönde bkz. Kahraman Zafer, **Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 145 – 146, Cilt 11, İstanbul, 2016, s. 587 – 630.

değer olmadığı, iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından büyük hak kayıpları yaratacağı endişesi yatmaktadır.

Kanun koyucu, TTK m. 11/3 ile ticari işletmenin devrini kolaylaştırmak, zaman, emek ve para gerektiren bir takım şekil kurallarını bertaraf ederek zamandan ve emekten kazanım sağlamak istemiştir. Uygulamanın yerindeliği tartışılır durumdadır. Öncelikle taşınmazlar ile ilgili olarak getirilmek istenen tescilsiz iktisap hali, kanun metninden açık olarak anlaşılmamaktadır. Eşya Hukuku'nun yerleşik ve toplum tarafından kanıksanan uygulamasına getirilecek böylesi bir yeniliğin, kanunda açık olarak ve tüm ayrıntıları ile düzenlenmesi gerekmektedir⁶²³. TTK m. 11/3 ticari işletmenin devrinde hız ve kolaylığı hedefleyerek bu unsurları önemsemiş ve bunlara yönelik yenilikler getirmiş ise de, bu konuda hak ve menfaatler bakımından güvenliğin sağlanması da bir o kadar önemlidir⁶²⁴.

Kanaatimizce, ticari işletmenin devrinin hukuken kolaylaştırılması, önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Ancak, taşınmazların devrinin resmi şekilde yapılacak sözleşme ile mümkün olduğu hususu da, toplumda kanıksanan bir uygulamadır. Bu nedenle, devir kapsamındaki taşınmazlar için tapu sicilinin işlevi ve aleniyeti gereği, bu kapsamdaki sözleşmelerin resmi şekilde yapılması, başka bir ifade ile taşınmazların devrinin tapu müdürlüğünde tescil ile gerçekleştirilmesi, kamu güveni ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından yerinde olacaktır.

⁶²³ Topuz, s. 61.

⁶²⁴ Topuz, s. 62.

bb. Tescilsiz İktisap Karşısında Tapu Siciline Güvenen Üçüncü Kişilerin Durumu

Taşınmaz devrinde kural, tapuda resmi şekilde işlem yapılarak tescil edilmesidir. Ancak bazı hallerde, tescilsiz iktisap kabul edilmiştir. Bu durumda, tapu kaydı gerçek hak sahibini yansıtmamaktadır. Ticari işletmenin devrinde de, ticari işletme kapsamında yer alan taşınmazların, yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile tapuya tescil edilmeksizin kazanılması hususu düzenlenmek istenmiştir.

Tescilsiz iktisap müessesesinin ortaya çıkardığı en önemli sorun, tapu sicilinde malik görünen kişi ile işlem yapan üçüncü kişinin korunması meselesidir. Korunmaya ilişkin getirilecek en önemli tedbir, devir anında eş zamanlı olarak, tapu kaydının yeni malik adına düzenlenmesidir.

Hukukumuzda tapu siciline güven ilkesi kabul edilmiştir⁶²⁵. Buna göre, “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle, dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*” (TMK m. 1023). Hüküm uyarınca, tescilsiz iktisap sebebiyle tapu sicilindeki kayıt ile gerçek hak sahipliği arasında bir fark olması halinde, tapu sicilindeki kayda üstünlük tanınarak, iyiniyetli üçüncü kişinin ayni hak kazanımı korunmaktadır.

⁶²⁵ Reisoğlu Safa, **Eşya Hukuku Zilyedlik, Tapu Sicili, Kadastro**, Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, S Yayınları, Ankara, 1984, s. 113; Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz, 22. Baskı, İstanbul, 2020, s. 176 – 179; Aybay Aydın/Hatemi Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Vedat, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2014, s. 102; Sirmen A. Lale, **Eşya Hukuku**, Yetkin, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 118; Antalya, O Gökhan, **Eşya Hukuku**, Cilt I, Legal, İstanbul, 2018, 126; Ayrıca, tapu kayıtlarında kamuya açıklık ilkesi kabul edilmektedir. Nitekim, TMK m. 1020/3, “*kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez*” şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki karine, kesin nitelikte bir karinedir. Bunun anlamı, aksi iddia ve ispat edilemezdir. Detaylı bilgi için bkz. Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, **Eşya Hukuku**, Beta, 2. Baskı, İstanbul, 2018, s. 277 – 278; Nomer Haluk Nami/Ergüne Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 6. Bası, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 122.

Ticari işletmenin devrinde, taşınmazlar ile ilgili olarak TTK m. 11/3 ile kabul edilmek istenen tescilsiz iktisap halinde, iyiniyetli üçüncü kişinin tapu siciline güven ilkesi kapsamında durumunun ne şekilde değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Nitekim burada da, tapu sicili dışında taşınmazların devri düzenlenmek istenmektedir. Bu halde, ticari işletmenin devri sözleşmesinin kurulması, ardından ticaret siciline tescil edilmesi ve daha sonra TTSG’de ilan edilmesinden sonra, ancak tapu sicilinde devri gerçekleşen taşınmazın kaydının düzeltilmesinden önce, bu taşınmazın üçüncü kişiye tapu kaydı dayanak gösterilerek satılması halinde, üçüncü kişinin, buradaki taşınmazın mülkiyetini kazanımı korunacak mıdır?

Doktrinde, bu konuda iki ayrı görüş oluşmuştur. Bunlardan ilki, ticari işletmenin devrinin, ticaret siciline tescil edilmesi ve daha sonra TTSG’de ilan edilmesi ile TTK m. 36/3 ticaret sicilinin olumlu etkisi⁶²⁶ kapsamında, üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kalktığı, dolayısı ile TMK m. 1023 uyarınca tapu siciline güvenerek mülkiyet edinilemeyeceği, çünkü TMK m. 1023 uyarınca, mülkiyet edinilmesi için üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının şart olduğu savunulmaktadır⁶²⁷.

İyiniyetli üçüncü kişinin tapu kaydına güvenerek taşınmaz iktisabında ikinci görüş ise, pek çok yazar tarafından gerekçesi tartışılmaksızın, TMK m. 1023 uyarınca, iktisabın

⁶²⁶ Tescilin olumlu etkisi: Yasaya uygun olarak tutulan sicil kayıtları bakımından üçüncü kişilerin sicilde yer alan hususları bildiği yönünde kanuni bir karine oluşması ve bu yolla üçüncü kişilerin ticaret sicil kayıtlarını veya TTSG’de çıkan ilanları bilmediklerini ya da okumadıklarını ileri sürememeleridir. Detaylı bilgi için bkz. Akdağ Güney Necla, **Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili**, İstanbul Ticaret Odası Yayını Yayın No: 2010 – 123, İstanbul, 2011, s. 60; Bilge Mehmet Emin, **Ticaret Sicili**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 1999, s. 166; Karaege Özge, **Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), Ankara, 2020, s. 464 vd.; Demirel tarafından, tescilin olumlu etkisinin uygulanabilmesi için, temel şartın, tescili zorunlu bir unsurun olması gerektiği belirtilmiştir. Tescilin kurucu ya da açıklayıcı etkiye sahip olmasının olumlu etki açısından, üçüncü kişiler bakımından, bir farklılık yaratmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Demirel Duygu, **Ticaret Sicili**, Seçkin, Ankara, 2016, s. 230, dn. 834.

⁶²⁷ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 997 – 998; Öz, iyiniyetli üçüncü kişinin taşınmazın mülkiyetini kazanacağını ifade etmekle birlikte, ticaret sicilinin üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırıp kaldırmayacağını da tartışılması gerektiğini belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 108 – 109.

korunacağı yönündedir⁶²⁸. Ticari işletmenin devrinde, hangi unsurların devredildiğinin sözleşmede yer alması zorunluluğu bulunmamaktadır. Böylece, ticari işletmeye ait hangi unsurların (taşınmaz, taşınır vs.) devredildiğinin tescil ve ilan edilmesi gerektiği hususundan söz edilemeyecektir. İlk görüşte, bahsi geçen ticaret sicilinin olumlu etkisi de, kanunen tescil edilmesi zorunlu olan unsurlar bakımından geçerli olacağından⁶²⁹ (aksi halde, yapılan kayıt hiçbir hukuki sonuç doğurmaz), ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesi, üçüncü kişinin⁶³⁰ iyiniyetini ortadan kaldırmayacaktır⁶³¹.

cc. Motorlu Taşıt Mülkiyetinin Geçiş

Ticari işletmeler, yaptıkları faaliyetlere göre çeşitli motorlu araçları mülkiyetlerinde bulundurarak daha etkin bir çalışma performansı göstermektedirler. Bu bakımdan, ticari işletmelerin mülkiyetinde çeşitli niteliklerde ve sayıda motorlu araç bulunabilmektedir.

Motorlu araç hukuki niteliği itibari ile taşınır bir eşyadır. Ancak kanun koyucu, motorlu araçların devrini, taşıdıkları önem, risk ve ekonomik değerden dolayı, diğer taşınır eşyaların devrinden ayırarak daha sıkı şekil şartına tabi tutmuştur⁶³².

⁶²⁸ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 220; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 34; Gürbüz Usluel Aslı E., **Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicil Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXI, S. 2, İstanbul, 2013, s. 159 – 160; Ayrıca Gürbüz Usluel, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasının istisnası olduğunu, tapu sicilindeki kaydın bir ticari işletmeye veya bir şirkete ait olduğu durumlarda TMK m. 3 çerçevesinde, üçüncü kişilerin iyiniyetinden söz edilemeyeceğini ve hak iktisabının korunamayacağını belirtmiştir. Bkz. Gürbüz Usluel, s. 160 – 161.

⁶²⁹ Karaege, ticaret sicilinin olumlu etkisinden bahsedilebilmesi için, kaydı gereken bir hususun, ticaret siciline kaydedilmesi halinde, bu kaydın üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade edeceğini belirtmiştir. Bkz. Karaege, s. 464.

⁶³⁰ Karaege, üçüncü kişiler kapsamına tacir olanlar ve tacir olmayanların dahil olduğunu, tüm sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutuluyor olmasının herkes için erişilebilirlik sağladığını belirtmiştir. Bkz. Karaege, s. 465.

⁶³¹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 214; Çelikboya, s. 201.

⁶³² Kurt, motorlu araçların asıl işi hareket olduğundan bu hareketleri sonucunda da büyük bir enerji ortaya çıkmaktadır. Bu enerji hem çok yönlü fayda sağlamakta, hem de üçüncü kişiler bakımından can ve mal güvenliği için risk oluşturduğundan devirleri önem arz etmektedir. Motorlu araçların devrinin sıkı şekil

Motorlu araçların mülkiyetinin devri, genel olarak, tescilsiz (ilk tescili yapılacak) araçlar bakımından herhangi bir şekle tabi değildir. Taraflarca yapılacak herhangi bir şekildeki sözleşme geçerli sayılmaktadır. Bu sözleşme borçlandırııcı işlem niteliğinde olup, aracın zilyetliğinin teslim veya zilyetliğin nakli sonucunu doğuran diğer bir yol ile tamamlanması gerekli ve yeterlidir⁶³³.

Tescil edilmiş motorlu araçların devri bakımından durum biraz farklıdır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 20/d maddesinde “*Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir*”. Şeklindeki düzenleme suretiyle, tescilli motorlu araçların geçerli bir şekilde mülkiyetinin devrinin yapılma usulü hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu, bu düzenleme ile noterler tarafından yapılan bu sözleşmeye, mülkiyeti devir borcunu aşan işlevler de yüklemiştir⁶³⁴. Bu işlevler, malikin yükümlülüğünde olan vergi ve ceza borcunun ilgili kurumlar tarafından takibinin sağlanmasıdır.

şartına tabi oluşunun bir diğer nedeni de alırken, kullanırken ve mülkiyetini devrederken vasıtalı ve vasıtasız olarak çeşitli şekillerde vergilendiriliyor olmasıdır. Bu bakımdan, motorlu taşıtların devrinin belli şekil şartına tabi tutulması kamu yararı yönünden bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Bkz. Kurt Ekrem, **Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı Özel, İstanbul, 2013, s. 1871 vd.

⁶³³ Kurt, s. 1871.

⁶³⁴ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında “*Motorlu araçların alım satımı ile her türlü devirlerinin noterlerce yapılmasının amacı, sadece tarafların hukuksal yararlarının korunmasından çok, üçüncü kişilerin ve Devletin yararını korumaktır. Böyle olunca, söz konusu hüküm, kamu yararı ve kamu düzeni amacıyla getirilmiş demektir*”. Yine aynı kararda “*Taraflar arasında düzenlenen araç satışına ilişkin 02.04.1987 tarihli sözleşme, noterce tanzim edilmemiş bulunduğundan geçersizdir*.” şeklinde hüküm kurmuştur. 13. HD. 17.09.1991 E. 1991/5444, K. 1991/7972 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 12.07.2019).

Tescilli motorlu araçların devri için noterde yapılan devir sözleşmesi, niteliği itibariyle borçlandırııcı bir işlemdir. Bu nedenle, mülkiyetin geçişi için, tasarruf işlemi olan zilyetliğin naklinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

aaa. Motorlu Taşıtlarda Trafik Siciline Yapılan Tescilin Hukuki Niteliği

Trafik sicili⁶³⁵, devletin ilgili kurumları tarafından tutulan motorlu araçların teknik ve fiziki özellikleri ile üzerinde yer alan mülkiyet hakkı, diğer mutlak haklar ve 3. kişiler lehine konulmuş olan çeşitli kısıtlamaların kayıt altına alındığı bir sistemdir⁶³⁶.

KTK ve KTY hükümleri uyarınca, kural olarak, tüm motorlu araçların trafik siciline kaydedilmesi kabul edilmiştir (KTK m. 19, KTY m. 28). Askeri, zirai, iş makinaları ve raylı sistemde çalışan araçların tescilleri ise, bunlara özel kurumlarda ayrı ayrı yapılmaktadır (KTY m.29).

Trafik sicili, motorlu taşıtların zorunlu olarak tescil edildiği bir yer olmasına ve kısmi de olsa aleniyet sağlamasına karşılık, resmi bir sicil olan tapu sicilinden farklı işlevlere sahiptir. Örneğin, trafik sicilinde, sicile güven ilkesi uyarınca, mülkiyet iktisabı söz konusu değildir⁶³⁷.

Motorlu araçların mülkiyet devirleri ile ilgili olarak KTK m. 20/d uyarınca, mülkiyeti devir amacıyla noterde düzenleme şeklinde yapılan sözleşmenin (borçlandırııcı işlemin) ardından zilyetliğin devralana geçirilmesi halinde mülkiyet devralana geçmiş olmaktadır⁶³⁸. Daha sonra trafik sicilde yapılacak olan tescil işlemi, mülkiyetin geçişine

⁶³⁵ Trafik sicili, TMK m. 7’de, düzenlenen resmi sicil niteliğinde olup, bu sicil dayanak alınarak oluşturulan tescil belgesi de resmi senet hükmündedir.

⁶³⁶ Kurt, s. 1891.

⁶³⁷ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 220, dn. 39; Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kurt, s. 1925 vd.

⁶³⁸ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında “*Trafik siciline tescilli araçların alım ve satımları, bu sicillerin tutulduğu daireler dışında noterlerce yapılmaktadır.*” şeklinde hüküm kurmuştur. 13. HD. 14.04.2004 E. 2003/14592, K. 2004/5348 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 12.07.2019).

etkili olmayıp, var olan mülkiyet durumunu açıklayıcı bir etkiye sahiptir⁶³⁹. Bu bakımdan, trafik siciline yapılan tescil, motorlu araç üzerindeki mülkiyet hakkının kazanılması veya kaybı yönünden kurucu bir etkiye sahip değildir⁶⁴⁰.

bbb. Ticari İşletmenin Devrinde Motorlu Taşıtların Mülkiyetinin Hangi İşlem İle Devralana Geçtiği Sorunu

Ticari işletmeler, çalışma alanlarına ve niteliklerine göre çeşitli sayıda ve farklılıkta motorlu aracı bünyelerinde barındırmaktadırlar. Ticari işletmenin devrinde motorlu araçların mülkiyetinin hangi aşamada devralana geçtiği ceza, vergi ve hukuki sorumluluklar bakımından önem arz etmektedir.

KTK 20/d maddesinde, tescil edilmiş motorlu araçların her çeşit satış ve devir işlemlerinin noterler tarafından yapılacağı, noterler tarafından, yapılmayan satış ve devir işlemlerinin geçersiz olacağı, satış ve devir işleminin siciline işlenmek üzere üç iş günü içerisinde ilgili trafik tescil kuruluşuna ve vergi dairesine noterler tarafından bildirileceği, bu bildirimin ardından alıcı adına trafik tescil işleminin gerçekleşmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

TTK m. 11/3, ticari işletmenin devri ile ilgili olarak, ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının (taşınır, taşınmaz, fikri mülkiyet ve diğer malvarlığı unsurları) devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir kül halinde tek bir işlem ile devredilebileceği veya başka hukuki işlemlere konu

⁶³⁹ Kurt, trafik sicilinin kamuya açık olmadığından, buradaki açıklıktan kastedilenin trafik birimlerine, noterlere, mahkemelere, icra dairelerine vb. makamlara olabileceğini belirtmiştir. Bkz. Kurt, s. 1907.

⁶⁴⁰ Ozanoğlu Hasan Seçkin, **Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, S. 1-2, Ankara, s. 10.

olabileceğini düzenlemiştir. TTK m. 11/3, KTK m. 20'ye, göre özel hüküm niteliğindedir⁶⁴¹.

Bu bakımdan, ticari işletmenin devrini düzenleyen TTK m. 11/3'te, işletmenin mülkiyetinde olan motorlu taşıtların devralana geçişi için, taraflar arasında devir sözleşmesinin yapılarak tescil edilmesi yeterli görülmüştür. Bu halde, ticari işletmenin mülkiyetinde olan motorlu taşıtların mülkiyeti noterde devir işlemine, zilyetliğin nakline ve trafik sicil tesciline gerek olmaksızın devralana geçecektir. Daha sonra trafik sicilinde yapılacak olan tescil işlemi ise açıklayıcı, bir etkiye sahip olacaktır.

Motorlu araçların, sicil dışı kazanılmasının bir takım sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, motorlu araçların mülkiyeti, devir sözleşmesinin tescil edilmesi ile devralana geçecektir. Buna karşılık, sicilde derhal bir yenileme yapılmayacağından, sicilde görünen malik ile, gerçekte olan malik farklı kişiler olmaktadır⁶⁴². Burada sicilde görünen, ancak gerçek malik olmayan kişinin motorlu aracın mülkiyetini, başka bir kişiye devretme olasılığı bulunmaktadır. Yargıtay HGK vermiş olduğu bir kararında, Trafik Yasa ve Yönetmeliğinde, Medeni Kanun'da yazıldığı şekilde, sicile itimat şeklinde bir düzenlemenin olmadığını, trafik kaydında yer alan yolsuz tescile iyiniyetli olarak güvnenen üçüncü kişinin, iyiniyetinin korunacağına ilişkin bir düzenleme getirilmediğini, böylece, trafik sicilindeki kayıtlara güvenerek, iyiniyetle hareket eden kişinin, bu güveninin korunacağını, mevcut yasal düzenleme karşısında söylemek

⁶⁴¹ TTK'nın, sonraki kanun olması ve ticari işletmenin devrini özel olarak düzenliyor olması sebebi ile KTK'ya göre özel hüküm niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

⁶⁴² Yargıtay, vermiş olduğu çok sayıda kararda, noterde yapılan devir işleminin, araç mülkiyetinin devri için yeterli olduğunu, aracı noterde yapılan satış ile devralanın, adına tescil yapılmamış olsa dahi aracın maliki sayılacağını, bununla birlikte, sicile yapılacak olan tescil işleminin de, idari bir işlem olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 21. HD. 16.10.2008, K. 2008/16095 (İstanbul Barosu Dergisi, 2009/1, s. 590); Yargıtay 17. HD. 10.05.2007, K. 2007/1606 (İstanbul Barosu Dergisi, 2007/4, s. 1856); Yargıtay 11. HD. 25.01.2005, K. 2005/280 (İstanbul Barosu Dergisi, 2005, s. 1006).

olanağının bulunmadığını belirtmiştir⁶⁴³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da, açıkça belirtildiği üzere, TTK m. 11/3 uyarınca, gerçekleşen ticari işletmenin devrinden sonra, devir kapsamında olan motorlu araçların yolsuz tesciline güvenilerek, gerçekleştirilen devirlerde, alıcının iyiniyeti korunmayacaktır.

Ticari işletmenin devrinde, motorlu araçların sicil dışı kazanılmasının sonuçları ile ilgili olarak, belirtilmesi gereken bir diğer husus da, işletenin sorumludur. Karayolları Trafik Kanunu'nda⁶⁴⁴, motorlu araçların işletilmesinden doğacak zararlardan, *“işletenin ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu”* 85. ve devam eden maddelerde düzenlenmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu m. 85/1 uyarınca, *“bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.”*⁶⁴⁵

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, trafik kaydının, işleteni kesin olarak gösteren bir kayıt olmadığını, buna karşılık, işletenin kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, işletenin trafik sicilde yer alan, kayda rağmen, gerçek işletenin başkası olduğunun kanıtlanabileceği şeklinde hüküm kurmuştur⁶⁴⁶.

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin tescilinden sonra, sicil kaydı düzeltilene kadar, aracın gerçek işleteni ile, sicildeki kayıt birbirinden farklı olabilecektir. Bu durumda, sicildeki kayda rağmen, olası bir zarar halinde, devralan,

⁶⁴³ Bkz. Yargıtay HGK. 25.09.2002, E. 2002/4-608, K. 2002/643 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 15.08.2021)

⁶⁴⁴ Bkz. RG. 18.10.1983; S. 18195.

⁶⁴⁵ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, motorlu aracın neden olduğu zararlardan işletenin 2918 sayılı Kanun uyarınca sorumlu olduğunu, bu Kanun'un, BK m. 55'e göre, özel bir nitelik taşıdığını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD. 03.04.2001, K. 2001/3270 (Yargıtay Kararları Dergisi, 2002, s. 27).

⁶⁴⁶ Bkz. Yargıtay 4. HD. 14.04.2003, K. 2003/4658 (Yargıtay Kararları Dergisi, 2003, s. 1191).

yeni işleten olarak, doğan zarardan sorumlu olacaktır⁶⁴⁷. KTK m. 86 ve devamında işletenin sorumluluktan kurtulması, şartları ve sorumluluğunun azaltılması hususları düzenlenmiştir⁶⁴⁸.

b. İşletme Değeri

İşletme değeri⁶⁴⁹, işletmeye bağlı müşteri çevresini de içine alan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değerdir⁶⁵⁰. TTK m. 11/3'te, işletme değeri ile ilgili olarak, devir sözleşmesinde aksi belirtilmediği sürece, işletme değerinin de sözleşme kapsamında olacağı açıkça vurgulanmıştır.

İşletme değerini oluşturan çok çeşitli faktörler bulunmaktadır. İşletmenin bulunduğu yerin merkeziliği ve önemi⁶⁵¹, etkin çalışmayı sağlayan iş organizasyonunun varlığı, eski ve yerleşmiş işletme olması, sunulan mal ve hizmetin kalitesi⁶⁵², işletme değerini yükselten unsurlara örnek verilebilecektir. Bunlara ek olarak, hammadde kaynaklarına ulaşım ile ürün sürüm imkanları da, işletme değerini arttıran unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁵³.

Bazı hallerde, işletme değerini yükselten unsur, işletme sahibinin bilgi, beceri ve uğraşı dışında gerçekleşmiş olabilir. Arkan, bu konuda şu örneği vermektedir. İdare tarafından, hazırlanan plan uyarınca, işletmeye ait fabrikanın olduğu bölgede aynı

⁶⁴⁷ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, aracın noterde satışının yapılmış olması halinde, satış, trafik siciline kaydedilmemiş olsa dahi, satıcının sorumluluğunun sona ereceğini kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD. 11.09.2000, K. 2000/6590 (Yargıtay Kararları Dergisi, 2001, s. 363).

⁶⁴⁸ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Pakyürek Şemenoglu İlknur, **Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s. 79 vd.; Ateş Hüseyin, **Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012/100, Ankara, 2012, s. 345 vd.

⁶⁴⁹ İşletme değeri yerine peştamaliye veya good-will kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Arkan, **Ticari işletme**, s. 32; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 13; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 29 – 30; Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 240.

⁶⁵⁰ Bkz. gerekçe m. 11.

⁶⁵¹ Karayalçın, s. 107; Türk, s. 71; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 186.

⁶⁵² Arkan, **Ticari İşletme**, s. 32.

⁶⁵³ Türk, s. 70.

sektörde faaliyet gösteren başka bir fabrikanın açılması ve işletilmesine müsaade edilmemesi durumunda, fabrika rakipsiz olacak ve bu halde de işletme değerinde kendiliğinden artış meydana gelecektir⁶⁵⁴.

İşletme değerini oluşturan bir diğer ve önemli faktör, müşteri çevresidir⁶⁵⁵. Müşteri çevresinin, devir kapsamı dışında bırakılmadığı takdirde devralana geçirilmesi gerekmektedir⁶⁵⁶. Müşteri çevresinin devri, aynı zamanda rekabet yasağını da beraberinde getirmektedir⁶⁵⁷. Devir sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmemiş olsa bile, TMK m. 2 uyarınca devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altına girmektedir⁶⁵⁸. Bu bakımdan, devreden, ticari işletmenin devrinden sonra aynı müşteri çevresinde ve aynı iş kolunda ticari işler yürütmek amacı ile ticari işletme açması, devralan tacirin müşterileri üzerindeki hakkının ihlali anlamına gelir. Bu halde, devralan tacirin haklarının TMK m. 2'nin yanı sıra, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de korunabilecektir⁶⁵⁹.

Taraflar, isterlerse işletme değerini, devir kapsamına dahil etmeyebilirler. Ancak, açıkça devir kapsamı dışında bırakmadıkları takdirde, işletme değeri de, ticari

⁶⁵⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 33.

⁶⁵⁵ Karayalçın, s. 107; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 13; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 32; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 21; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 186; Çelikboya, s. 211. Aksi görüş için bkz. Akçaal, s. 107.

⁶⁵⁶ Acemoğlu, ticari işletmenin tüm unsurlarının müşterileri bir arada tutma amacına yönelmiş olduğunu, devir işleminde müşteriler, devralana geçmemişse, burada gerçek bir işletme devrinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 85; İmregün de, ticari işletmenin devrinden söz edebilmek için, maddi olmayan öge nitelemesine dahil olan müşteri çevresinin devrini, işletme devri bakımından şart olarak aramaktadır. Bkz. İmregün, **Genel İlkeler**, s. 14.

⁶⁵⁷ Acemoğlu, s. 85; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 187 ve 223; Bahtiyar, devir sözleşmesinde açıkça müsaade edilmedikçe, devreden aynı mahalde ve aynı sektörde faaliyet gösteren bir işletme açmasının TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırılık ve bir haksız rekabet teşkil edeceğini belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 30.

⁶⁵⁸ Demir, ticari işletmenin devri sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmemiş ise, rekabet yasağının varlığına ulaşmak için somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulması ve ayrıntılı bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Ticari işletmenin devrinde peşinen rekabet yasağının kabulünün doğru olmayacağını belirterek, tespitini bir örnekle açıklamıştır. Şöyle ki, devir sözleşmesinde, müşteri çevresinin bir bedel karşılığı devredilmesi halinde, müşteri çevresinin işletmenin diğer unsurları bakımından ağırlıklı bir yer tutmadığı hallerde, zımni rekabet yasağının kabulünün uygun olmayacağını belirtmiştir. Bkz. Demir, **Makale**, s. 112.

⁶⁵⁹ Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 243.

işletmenin devri kapsamına dahildir⁶⁶⁰. Bu halde, devreden, işletme değerinin korunması bakımından devir anına kadar bir takım önlemleri almakla yükümlüdür. Örneğin; devreden, faaliyetine devam etmeli, reklam yapmalı, mal stoklarını yenilemeli, sipariş kabul etmeli ve müşterilerle ilgili tüm bilgi ve dokümanları devralana vermelidir⁶⁶¹.

c. Fikri Mülkiyet Hakları

Fikri mülkiyet hakları gayri maddi mallar üzerinde kurulabilen, insan zihninin ürünü olan, özel hukuktan doğan bir mutlak (kural olarak)⁶⁶² haktır⁶⁶³.

Fikri mülkiyet hakları, gayri maddi mallar üzerinde kurulabilir⁶⁶⁴. Bu haklar, soyut olmaları itibari ile bir cisim üzerinde somutlaşarak gözle görülebilir, elle tutulabilir hale gelirler⁶⁶⁵. Fikri mülkiyete konu bu haklar, bazen özgün bir müzik, bir çizgi, renk, şekil, kompozisyon, nota, şiir ya da hikaye olarak dış dünyaya yansır⁶⁶⁶.

Fikri mülkiyet hakları, maddi haklar üzerinde cisimlenmiş dış dünyaya yansımış olsalar bile, burada korunan hakkın konusu maddi varlık değildir. Korunan hak, madde içinde cisimlenmiş olan fikri ürün⁶⁶⁷ ya da çabadır⁶⁶⁸. Örneğin, bir ressamın çizdiği tablo üzerinde eser sahipliğinden doğan hakkı bulunmaktadır. Bu hak, tabloyu oluşturan

⁶⁶⁰ Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 240.

⁶⁶¹ Acemoğlu, s. 83 – 84; Akcaal, s. 108; Çelikboya, s. 211.

⁶⁶² Coğrafi işaretler üzerindeki hak, mutlak hak niteliğinde değildir. Ayrıca coğrafi işaretler, inhisari yetkiler de vermemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Bozbel Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 1. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2015, s. 764 vd.

⁶⁶³ Kılıçoğlu, M. Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 1 – 2; Bozbel, **Fikri Mülkiyet**, s. 4; Aslan Mehmet, **Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi**, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 19.

⁶⁶⁴ Yasaman Hamdi, **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları V**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 87.

⁶⁶⁵ Ayiter Nuşin, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, S Yayınları, Ankara, 1981, s. 42.

⁶⁶⁶ Bozbel, **Fikri Mülkiyet**, s. 4.

⁶⁶⁷ Ateş Mustafa, **Fikri Hukukta Eser Sahipliği**, Adalet, Ankara, 2012 s. 3.

⁶⁶⁸ Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 2.

karton, bez, kullanılmış olan boya ya da çerçeve değil, bu malzemeler kullanılarak çizilmiş olan resimdedir⁶⁶⁹.

Fikri mülkiyet hakları, mutlak hak olmaları itibariyle sahiplerine, üçüncü şahısların bu maldan yararlanmalarını yasaklama veya sınırlı yararlandırma yetkisi verirler⁶⁷⁰. Örneğin; bir şairin şiiri üzerindeki telif hakkı, icat edilmiş olan buluş üzerindeki patent hakkı, malların ayrımını sağlayan marka hakkı ve diğer bütün fikri haklar birer mutlak hak olup, sahibine, bu hakkını herkese karşı ileri sürme yetkisi vermektedir. Yine bu haklara sahip olan kişiler, kural olarak, diledikleri gibi tasarrufta bulunabilirler⁶⁷¹. Bu bakımdan, bu haklar devir, lisans, rehin ve haciz gibi hukuki işlemlere konu olabilirler.

Ticari işletmenin malvarlığı, maddi ve gayri maddi mallardan oluşmaktadır. Gayri maddi malvarlığı da, fikri mülkiyete konu mallardır. Ticari işletmenin devrini düzenleyen TTK m. 11/3'te, "*Aksi öngörülmemişse devir sözleşmesinin ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını içerdiği kabul olunur*" ifadesine yer vermektedir. Buna göre, ticari işletmenin devri sözleşmesinde açık bir biçimde hariç tutulmamış ise, ticaret unvanı ve işletmeye ait tüm fikri mülkiyet hakları, devir kapsamında olacaktır.

Kanun koyucu, ticaret unvanını özel olarak belirtmiş olup, diğer fikri mülkiyet haklarını tek tek saymamıştır⁶⁷². Diğer fikri haklara, işletme adı, marka, patent, faydalı modeller,

⁶⁶⁹ Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 2.

⁶⁷⁰ Atar Aksın Eray, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması**, 1. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 6; Topçu Deniz, **Patent Lisans Sözleşmeleri**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 18; Yusufoglu Fülürya, **Patent Verilebilirlik Şartları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 33; Güneş İlhami, **Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları Güncel İçtihatlarla**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 56; Çolak Uğur, **Türk Marka Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2014, s. 9.

⁶⁷¹ Bozbel, **Fikri Mülkiyet**, s. 5.

⁶⁷² eTTK'da "*ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler ...*" ifadesine yer verilerek bir kısım fikri mülkiyet hakkı açık olarak sayılmış idi. Kanaatimizce kanunda tek tek sayılmaması yerinde olmuştur. Fikri ürünlerdeki teknik gelişme hızlı ve öngörülemez düzeydedir. Bu nedenle, sınırlamanın uygun olmayacağını düşünmekteyiz. Buna karşılık Kılıçoğlu, fikri mülkiyet alanında aynı haklarda olduğu gibi sınırlı sayıda olma (numerus clausus) ilkesinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Böylece, yasalarımızda öngörülmüş olan fikri mülkiyet hakları dışında yeni bir tür yaratmak ve koruma talep etmenin mümkün olamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 5; Tekinalp ise, fikri mülkiyet haklarında sınırlı sayıda olma ilkesinin

tasarımlar, coğrafi işaretler, yeni bitki çeşitleri, entegre devre topografyaları, biyoteknoloji, gen teknolojisi, bilgisayar programları, veri tabanları, alan kodları, know – howlar ve ticari sırlar örnek verilebilecektir⁶⁷³. Biz burada, öne çıkan fikri mülkiyet haklarından bazıları ile ilgili olarak kısa bilgi vermekle yetineceğiz.

aa. Marka

Marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini başka işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırtetmeyi sağlayan kişi adları, sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her türlü işarettir (SMK⁶⁷⁴ m. 4/1). Markanın çeşitli fonksiyonları bulunmaktadır. Bunlar, ayırt etme⁶⁷⁵, mal veya hizmetin menşeyini gösterme, mal veya hizmetin reklamının yapılması, garanti fonksiyonu olarak sayılabilecektir⁶⁷⁶.

Alman Hukuku'ndan aşıldığını, Türk Hukuku'nda da bazı TTK maddelerinin bu sınırlamaya engel teşkil ettiğini belirtmiştir. Bkz. Tekinalp Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s. 4 – 5.

⁶⁷³Karahan, **Ticari İşletme**, s. 22; Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 6 vd.; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 184; Akçaal, s. 103; Özbey Can, **Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 22, dn. 34.

⁶⁷⁴ RG. 10.01.2017 tarih, S. 29944 ile yayınlanan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunun kabulü ile 24.06.1995 tarihli ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 24.06.1995 tarihli, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, 24.06.1995 tarihli, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK, 24.06.1995 tarihli, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK, 22.09.1995 tarihli ve 566 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı KHK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin KHK yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁷⁵ Memişoğlu, markanın ayırt edici olma özelliğinin, başta tüketiciler olmak üzere, tüm katılanlar lehine bozulmamış rekabet ortamının sağlanmasına hizmet ettiğini belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Memişoğlu Sami Özgür, **Marka Hukuku'nda Mutlak Ret Sebepleri**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 51; Paslı, markadaki ayırt ediciliğin çift yönü bulunduğunu, bunlardan ilkinin markanın bizzatı yöneldiği ürüne yani mala veya hizmete, diğerinin ise rakip ve/veya diğer işaretlere karşı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Paslı Ali, **Marka Hukuku'nda Ürün Benzerliği**, Vedat, İstanbul, 2018, s. 19.

⁶⁷⁶ Suluk Cahit/Karasu Rauf/Nal Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 162 – 163; İlkhan Seyrani, **Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar**, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 11 – 12; Arslan Özge, **Marka Hakkının Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2019, s. 15.

Marka, sahibi tarafından devredilebilen bir haktır. Devir, marka üzerinde yapılan hukuki işlemler arasında en geniş ve kapsamlı olanıdır⁶⁷⁷. Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir (SMK m. 148/6).

Ticari işletmenin devrinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devri söz konusu olmaktadır (TTK m. 11/3).

bb. Patent

Latince bir terim olan “*patent*” sözcüğü açık, mühürlenmemiş anlamına gelmektedir⁶⁷⁸.

Eski hukukumuzda da ihtira beratı olarak isimlendirilen patent, yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir nitelikte olan buluş olarak tanımlanmaktadır⁶⁷⁹. Buluş ise, teknik bir meseleye çözüm getiren fikri üründür.

Patent hakkı⁶⁸⁰ da, marka hakkı gibi devredilebilir ve hukuki işlemlere konu olabilir (SMK m. 148/1). Patent hakkı, ait olduğu işletme ile birlikte devredilebileceği gibi, işletmeden bağımsız olarak da devredilebilir (SMK m. 148/2).

⁶⁷⁷ Arkan Sabih, **Marka Hukuku Cilt I**; AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 35, Ankara, 1997, s. 35; Dursun Hasan, **Marka Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 90; Kaya Arslan, **Marka Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 13; Noyan Erdal/ Güneş İlhami, **Marka Hukuku**, 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2015, s. 85; Çağlar hayrettin, **Marka Hukuku Temel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 11; Meran Necati, **Marka Hakları ve Korunması**, Güncellenmiş Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 29; Yurtoğlu Can Mücella, **Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 5; Güneş İlhami, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 91; Akçaal, s. 108.

⁶⁷⁸ Güneş İlhami, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 35.

⁶⁷⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 29; Sarı Onur, **Patent Lisans Sözleşmeleri**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 27.

⁶⁸⁰ Güneş, patent sisteminin, bireysel buluşçu hakkını korumak, bilgi birikimi ve açılımı ile kamuya fayda sağlamak ve rekabeti özendirmek gibi amaçlarının olduğunu belirtmiştir. Bkz. Güneş İlhami, **Patent ve Faydalı Model Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 28.

cc. Tasarım

Tasarım, ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme, veya yüzey dokusu gibi insan duyuları⁶⁸¹ ile algılanan özelliklerinin meydana getirdiği bütünü ifade eder (SMK m. 55/1).

Tasarım hakkı devredilebilir ve hukuki işlemlere konu olabilir (SMK m. 148/1). Yine bu hak da, ait olduğu işletme ile birlikte devredilebileceği gibi, işletmeden bağımsız olarak da devredilebilir (SMK m. 148/2).

dd. Ticaret Unvanı

Ticaret unvanı, tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olarak iş ve işlemlerinde kullandığı addır⁶⁸². Bu bakımdan ticaret unvanı, taciri, diğer tacirlerden ayırdetmeye ve onu tanıtmaya yaramaktadır. TTK m. 39/1 *“Tacir, ticaret unvanını ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanı ile yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır.”* hükmünü düzenlemiştir. Bu nedenle, ticaret unvanı yalnızca tacirler tarafından kullanılabilir⁶⁸³. Ticaret unvanı kullanımı, tacir bakımından hem bir hak, hem de bir yükümlülüktür⁶⁸⁴.

Ticari işletmenin devri bakımından, ticaret unvanının devri özellik arz etmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, diğer fikri mülkiyet haklarından farklı olarak, kanun metninde

⁶⁸¹ Karaman Odabaşı Fatma, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması**, Adalet, Ankara, 2015, s. 18.

⁶⁸² Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 115; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 271; Çelikboya, s. 205; Uygulamada ticaret unvanı yerine *“firma”* sözcüğünün kullanıldığı, bu sözcüğün aynı zamanda işletme yerine de kullanılmasından dolayı karışıklık olabileceği düşüncesi ile firma sözcüğünün kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 271, dn. 1; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 115; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 392; Çelikboya, s. 205, dn. 753.

⁶⁸³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 272; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 391.

⁶⁸⁴ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 157 – 158; Nomer Ertan Fusun, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 72.

ticaret unvanını açıkça zikretmiştir (TTK m. 11/3). Buna ek olarak, ticaret unvanının devri, TTK m. 49'da, düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak devredilemez. Ticaret unvanının devri, ancak işletme ile birlikte devredilmesi halinde mümkün olmaktadır.

Ticari işletmenin devri, sözleşmede aksi öngörülmemişse, ticaret unvanının devrini de kapsar (TTK m. 11/3 ve TTK m. 49/2). Böylece ticari işletmenin devri sözleşmesinde, ticaret unvanının kullanımına ilişkin bir hüküm yer almasa dahi ticaret unvanı ticari işletmenin devri kapsamına dahildir. Taraflar ticaret unvanının devir kapsamına dahil olmasını arzu etmiyorlarsa, bunu mutlaka ve açıkça ticari işletmenin devri sözleşmesinde belirtmeleri gerekmektedir⁶⁸⁵.

ee. Coğrafi İşaret

Coğrafi işaret⁶⁸⁶, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından kökenin bulunduğu yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş ürünü gösteren işarettir (SMK m. 34/1).

Coğrafi işarete konu ürünler, belirli coğrafyadan kaynaklanan toprak yapısı, sıcaklık, güneşten yararlanma, rüzgar, rutubet, yağış gibi doğal ve yöresel faktörler nedeni ile

⁶⁸⁵ Acemoğlu, s. 83.

⁶⁸⁶ Coğrafi işaret (niteliği itibarıyla diğer fikri mülkiyet haklarından ayrıldığı için çalışmada daha fazla yer verilmiştir) ile geleneksel ürün adı uygulamada birbiri ile karıştırılmaktadır. Geleneksel ürün adı, coğrafi işaret kapsamına girmeyen ve ilgili piyasada bir ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıl süreyle kullanıldığı kanıtlanan ve tescil ile kayıt altına alınan adlardır. Bkz. Kılıç Daldal Suzan, **Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Kullanımı (Amblem ve Diğer Unsurlar)**, Ankara Barosu FMR Dergisi, 2020/2, Ankara, 2020, s. 35; Türk Patent ve Marka Kurumu'nda, bugüne kadar tescil edilerek, kesinleşmiş olan toplam dört geleneksel ürün adı bulunmaktadır. Bunlar, çakallı menemeni, ezogelin çorbası, Denizli tandır kebabı ve şevketi bostan/şevket-i bostandır (erişim: www.turkpatent.gov.tr); Geleneksel ürün adları ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Yıldız Burçak, **Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, S. 1, Malatya, 2018, s. 27 vd.

karakteristik özellik kazandığı gibi, bazen de, geleneksel bilgi birikimi ve üretim teknikleri gibi insan yapısından da kaynaklanabilmektedir⁶⁸⁷.

Coğrafi işaretler, işaret ettikleri kaynağa göre, menşe adı ve mahreç işaretleri olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Menşe adları ve mahreç işaretleri, kullanıldıkları ürün veya hizmetin orijin ve/veya kaynaklarını göstermek için kullanılmaktadır⁶⁸⁸. Eğer bir ürün, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinin tamamı sınırları belirlenmiş bir coğrafi alanda gerçekleşmek zorunda ise, bu tür coğrafi işaretlere “menşe adı” denilmektedir⁶⁸⁹. Buna karşılık, ürünün yine belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleriyle bir coğrafi bölge ile özdeşleşmesi durumunda, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin sınırları belirlenmiş coğrafi alanda yapılması gerekiyor ise, bu tür coğrafi işaretlere de “mahreç işareti” denilmektedir⁶⁹⁰.

Menşe adını taşıyan ürünler, ait oldukları coğrafi bölgenin dışında üretilemezken, mahreç işaretini taşıyan ürünler, yukarıda belirttiğimiz şartı taşımak kaydı ile başka yerde üretilebilmektedir⁶⁹¹. Ülkemizde⁶⁹², menşe adı olarak tescili yapılan ürünlere, Isparta gülü, Erzincan tulum peyniri, Antep fıstığı, Trabzon tereyağı örnek verilebilecektir. Gaziantep baklavası, Antakya künefesi, Kula el halısı da mahreç işareti taşıyan ürünlere örnek verilebilecektir⁶⁹³.

⁶⁸⁷ Oğuz Arzu, **Bir Sınai Hak Türü Olarak Coğrafi İşaret Koruması**, Legal Fikri ve Sınai haklar Dergisi, Cilt 5, S. 19, İstanbul, 2009, s. 574; Kaplan Mikail Bora, **Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler**, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 37.

⁶⁸⁸ Oğuz, s. 573.

⁶⁸⁹ Çalışkan Vedat/Koç Hasan, **Türkiye’de Coğrafi İşaretlerin Dağılım Özelliklerinin ve Coğrafi İşaret Potansiyelinin Değerlendirilmesi**, Doğu Coğrafya Dergisi, Cilt 17, S. 28, Erzurum, 2012, s. 196.

⁶⁹⁰ Oğuz, s. 573.

⁶⁹¹ Çalışkan/Koç, s. 196; Oğuz, menşe adlarında ürün, tümü ile belirlenen coğrafyada üretilmiş olduğundan, ürün ile köken arasında kuvvetli bir bağ bulunduğunu, buna karşılık, mahreç işaretlerinde, ürün ile ilgili işlemlerden her hangisinin belirlenen coğrafyada gerçekleşmesi yeterli görüldüğünden, ürünle köken arasındaki bağın daha zayıf olduğunu belirtmiştir. Bkz. Oğuz, s. 574 – 575.

⁶⁹² Dünyada da ürünün yetiştiği yer adı ile coğrafi işaret alan ürünler bulunmaktadır. Örneğin, İtalya’nın belli bir bölgesinde yetişen zeytinyağı İtalya’da Tuscany coğrafi işareti ile koruma altına alınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Gökovalı Ummuhan, **Coğrafi İşaretler ve Ekonomik Etkileri (Türkiye Örneği)**, İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 21, S. 2, 2007, s. 141.

⁶⁹³ Çalışkan/Koç, s. 196.

Coğrafi işaretin kullanımı ile ilgili olarak, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, (SMK m. 46/1), Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte (SMK Yön. m. 44/1)⁶⁹⁴ ve Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği (Amb. Yön. m. 4/1)⁶⁹⁵ de, hükümler bulunmaktadır⁶⁹⁶. Hükümler uyarınca, tescilli coğrafi işaretler, sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösteren herkes tarafından kullanılabilir. Coğrafi işareti kullanmak isteyenler, tescil sahibine üretim ve pazarlama faaliyeti gösterdiklerine ilişkin bildirimde bulunmalıdır.

Görüldüğü üzere, coğrafi işaretler, diğer fikri mülkiyet hakları ile karşılaştırıldığında niteliği itibarıyla farklılık arz etmektedir. Bir ticari marka, ticari meta olarak alınıp, satılabilir, devredilebilir, lisans sözleşmesine konu olabilir ve sadece sahibi tarafından kullanılabilir (SMK m. 148/1). Coğrafi işaretler ise, diğer fikri mülkiyet haklarından farklı olarak, belirli bir süre ile kısıtlandırılamamakta ve tescil sahibine kazanılmış özel bir hak sağlamakla birlikte, tescil belgesinde belirtilen koşullara uyularak, üretim yapan herkesin kullanımına açık olmaktadır. Coğrafi işaretleri diğer fikri mülkiyet haklarından ayıran bir diğer önemli özellik de, tescil edilmiş olan ürün, ürünün adı ve şöhretinin (halk tarafından tercih sebebi) bir tek kişiye ve/veya bir aktöre ait olmamasıdır. Coğrafi işarete konu ürün üzerinde, toplumun, ortak bir hakkı

⁶⁹⁴ RG. 24.04.2017; S. 30047 ile yayımlanan Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁹⁵ RG. 29.12.2017; S. 30285 ile yayımlanan Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği, 10.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁹⁶ Avrupa Birliği'nde, Coğrafi işaretler, birlik tarafından, çıkarılan tüzükler yoluyla koruma altına alınmaktadır. Bu konuda ilk tüzük, 1992 yılında 2081/1992 ve 2082/1992 sayılı ile çıkarılmıştır. Daha sonra, 510/2006 ve 509/2006 sayılı Tüzükler çıkarılmış olup bu Tüzüklerde, Avrupa Birliği'ne üye olmayan ülkelere hem tescil başvurusunda bulunma, hem de komisyon tarafından yayımlanan başvurulara karşı itirazda bulunma hakları tanınmıştır. Son olarak, 21.11.2012 tarihinde 1151/2012 sayılı Tüzük çıkarılmıştır. Bu Tüzük ile, coğrafi kökene bağlı ürün üreticilerine, adil bir gelir sağlayabilmek için bir "Köken Adı ve Coğrafi İşaret Koruma" sistemi oluşturulmuştur. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Tekelioğlu Yavuz, **Coğrafi İşaretler ve Türkiye Uygulamaları**, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 15, Yıl 8, İstanbul, 2019, s. 58 vd.

bulunmaktadır. Bu bakımdan, coğrafi işaretlerin kolektif bir mülkiyete sahip olduğu belirtilmektedir⁶⁹⁷.

Koruma altına alınan coğrafi işaretlerin, tescilinden beklenen amacın sağlanması konusunda en önemli husus denetimin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesidir (SMK Yön. m. 45). Bunun da öz denetim, iç denetim ve dış denetim şeklinde üç aşamada yapılabileceği belirtilmektedir. Bunlardan ilki öz (oto) denetim, tescilli ürünü üreten üreticinin bizzat kendisini denetlemesidir. Üretici, üretim aşamasında, ürün şartnamesinde belirtilen kurallara uyarak üretim yapmalıdır⁶⁹⁸. Bir diğer denetim aşaması olan iç denetim, coğrafi işaret tescili alan kurum tarafından yapılan denetimdir. Kurum tarafından, gerçekleştirilen denetimde amaç, üreticilerin tescil belgesinde öngörülen kurallara uygun üretmelerini sağlamak ve bu konuda üreticilere sürekli izlendikleri düşüncesini hissettirmektir. Son olarak gerçekleştirilen dış denetim, tescilli coğrafi işarete konu ürünün, üretimi, piyasaya arzı veya dağıtım aşamalarında özel olarak yetkilendirilmiş ve bu konuda ehil olan kurumlarca gerçekleştirilen denetimdir. Dış denetim, diğerlerinden farklı olarak, tescilli ürünün hem üreticisi ve işlemcileri hem de tescil sahibi kurum üzerinde gerçekleştirilmektedir⁶⁹⁹.

Coğrafi işaretler niteliği itibariyle diğer fikri mülkiyet haklarından farklı olduklarından bunlar, lisans verilemez, devredilemez, haciz ve benzeri hukuki işlemlere konu olamaz ve son olarak teminat olarak gösterilemezler (SMK m. 148/1).

Ticari işletmenin devrinde, devre konu işletmede yürütülmekte olan faaliyetin konusu tescilli bir coğrafi işaret ise, SMK 46/1 maddesi uyarınca, coğrafi işareti, tescil şartlarına uygun olarak üretim ve pazarlama yapan herkes kullanabilmektedir. Böylece,

⁶⁹⁷ Tekelioğlu, s. 50.

⁶⁹⁸ Tekelioğlu, s. 57.

⁶⁹⁹ Tekelioğlu, s. 57 – 58.

devralan da, devraldığı ticari işletmeye konu faaliyeti herhangi bir işlem (örneğin, sicile kayıt vb.) yapmadan sürdürebilecektir. Bununla birlikte, SMK Yön. m. 44/1 “*Tescilli coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları Sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösterenler tarafından kullanılır. Üreticiler ve pazarlama faaliyetinde bulunanlardan üretici olmayıp tedarik zincirinde yer alarak ürünlerin tescile konu özelliklerine etkisi bulunanlar, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adına yönelik faaliyet gösterdiklerine dair tescil ettirene bildirimde bulunur. Bu bildirim, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı tescilinin Bültende yayımından sonraki altı ay içinde; tescilli coğrafi işaret ve geleneksel ürün adına konu ürünün üretimi ve pazarlama faaliyetine tescilden sonra başlayacak olanlar için ise üretim ve pazarlama faaliyetine başlama tarihinden itibaren altı ay içinde yapılır. Yalnızca satış faaliyetinde bulunanların tescil ettirene bildirim zorunluluğu bulunmamaktadır. Tescil ettiren, kendisine yapılan bildirimleri 45 inci maddede belirtilen listeye ekleyerek sürekli güncel tutar. Aynı madde kapsamında yapılan denetimler için esas teşkil eden bu liste, talep edilmesi halinde Kuruma sunulur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, devralan, ticari işletmede, yürütülmekte olan faaliyetin niteliğine göre süresi içerisinde, tescil ettirene, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Ayrıca, devralan, ticari işletmede yürütülmekte olan faaliyet konusu ile ilgili olarak, coğrafi işaretin, tescil şartlarına uygun ticari faaliyet yürütmek yükümlülüğündedir (SMK m. 46/1).

5. Kiracılık Hakkı

a. Konunun Önemi

Ticari işletmelerde faaliyetin sürdürüldüğü, işlerin yürütüldüğü ve hizmetin arz edildiği yerler önem kazanmaktadır⁷⁰⁰. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde, işletme faaliyetinin sürdürüldüğü yerlerin kullanım haklarının⁷⁰¹ da devredilmesi, işletmenin bütünlüğü açısından gerekmektedir. Ticari işletme açısından işletme faaliyetinin sürdürüldüğü yerlerin kullanım haklarının devredilmesi, aynı zamanda müşteri çevresinin de devredilmesi anlamına gelmektedir. Bu bakımdan ticari işletmenin devrinde, devreden kira ilişkisi ile bir yerde bulunuyor ise, devir kapsamına kiracılık hakkının da dahil edilmesi ve devirden sonra kira ilişkisine, devralanın devam etmesi devralan için önem arz etmektedir.

b. Ticari İşletmenin Devrinde Kiracılık Hakkının Yasal Çerçevesi

TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin devri sözleşmesinde, aksi öngörülmemiş ise, duran malvarlığının, işletme değerinin, kiracılık hakkının, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarının, devir sözleşmesine dahil olduğu hüküm altına alınmıştır⁷⁰².

Kanun koyucu, ticari işletmenin devri ile birlikte kiracılık hakkının da, devrin kapsamında olması yönündeki iradesini metinde açıkça belirtmiştir⁷⁰³. Kira ilişkisinin

⁷⁰⁰ Poroy/Yasaman, Mısır Çarşısı'nda bulunan bir dükkan ya da yıllardır Beyoğlu'nda İstiklal Caddesi'nde faaliyet gösteren bir pastanenin kiracılık hakkının çok önemli ekonomik değere sahip olabileceğini belirtmiştir. Bkz. Poroy/Yasaman, s. 40.

⁷⁰¹ Kullanım hakkı ile kastedilen, kiracılık hakkının, kiralayana sağlamış olduğu haklardır.

⁷⁰² Yargıtay, vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenen bütünlük ilkesi gereği, aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye öngülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede aksi öngörülmediği için, devir sözleşmesinin davalı ile dava dışı kiralayan arasındaki kira sözleşmesinden doğan kiracılık hakkının davacıya devrini de kapsadığının kabulü gerekir.” Bkz. Yargıtay 11. HD. 03.12.2020 E. 2019/1998, K. 2020/5667 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 04.05.2021)

⁷⁰³ Bahtiyar, TTK m.11/3'ün, kanunlaşan metni ile tasarıdaki metnin birbirinden farklı olduğunu, bu farklılığın da TBMM'deki kanunlaşma sürecinde Adalet Komisyonu tarafından gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 205; Hükümet tarafından hazırlanarak Adalet Komisyonuna gönderilmiş olan TTK m. 11/3 metni aşağıdaki gibidir:

devrine ilişkin ayrıca TBK’da kira ilişkisinin devri başlıklı m. 323’te, düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, “*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz...*” şeklindedir⁷⁰⁴.

Ticari işletmenin devrinde, TTK m. 11/3 uyarınca, kiracılık hakkının, diğer devir unsurları gibi kendiliğinden devir sözleşmesinin tescili ile mi devralana geçeceği, yoksa TBK m. 323 uyarınca, şartlar gerçekleştiğinde mi ancak devralana geçeceği hususu farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Türk Hukuku’nda malvarlığı veya işletmenin devrini düzenleyen TBK m. 202’nin İsviçre Hukuku’ndaki karşılığı Obligationenrecht (OR) Art. 181’dir. Bu hüküm, Türk Hukuku’ndaki düzenleme bakımından da mehzaz teşkil etmektedir. Hüküm, ihtiyaçlara cevap veremediği ve başlığı ile içeriği arasında uyumsuzluk bulunduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir. Bu kapsamda üç paragraftan oluşan OR 181’e, dördüncü paragrafta eklenerek, ticaret siciline kayıtlı, özel hukuka göre hak sahibi olanların malvarlıklarını ya da ticari işletmelerini devretmeleri halinde, hak sahiplerinin hukuki statülerine

“*Ticari işleme bir bütün halinde devredilebilir ve hukuki işlemlere konu olabilir. Devir sözleşmesinin, aksi öngörülmemişse duran malvarlığını, işletme değerini (peştemaliyeyi), kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu sözleşme yazılı olarak yapılır.*” Adalet Komisyonuna giden yukarıda yer alan metin bazı değişiklikler ile aşağıdaki nihai halini almıştır.

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

⁷⁰⁴ 04.07.2012 tarihli, 6353 sayılı Kanun’un 53. maddesi ile 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun’un bazı kira hükümlerinin yürürlük süresini beş yıl öteleyen geçici 2. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Bu kapsamda, kiracının TTK’da tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı TBK’nın 323. maddesinin 8 yıl süre ile uygulanmaması hüküm altına alınmıştır. Bu 8 yıllık öteleme sonucu kira sözleşmelerinde bu maddede belirtilmiş olan konulara ilişkin sözleşme serbestisi uyarınca hareket edileceğini, kira sözleşmelerinde hüküm bulunmayan hallerde de BK hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir. Bkz. RG. 12.07.2012; S. 28351.

bakılmaksızın, 01.07.2004'te yürürlüğe giren İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionengesetz –FusG) hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir⁷⁰⁵.

Konumuza ilişkin olarak İsviçre Birleşme Kanunu ile getirilen yeniliklere bakıldığında, malvarlığı devrinde kısmi külli halefiyet ilkesinin kabul edilerek, envanter düzenlenmek sureti ile malvarlığının tamamının veya bir kısmının envantere dayalı olarak tek bir işlemle bir başka kişiye devredilmesi olanağı sağlanmıştır⁷⁰⁶. Devrin kapsamının belirlenmesi konusunda kanun, taraflara sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, irade özgürlüğü hakkı tanımıştır. Böylece taraflar devrin kapsamını kendileri belirleyebilecektir. Bunun istisnası iş sözleşmeleridir⁷⁰⁷.

İsviçre Hukuku'nda malvarlığı devrinde, devre konu malvarlığının taraf olduğu sözleşmelerin (kira sözleşmelerinin) devri halinde akıbetinin ne olacağı hususunda İsviçre Birleşme Kanunu'nda bir hüküm bulunmamakta olup, bu konudaki tartışmalar devam etmektedir. Malvarlığı devrinde sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı konusunda temel olarak üç görüş bulunmaktadır⁷⁰⁸. Hakim olan görüş uyarınca, (universalsukzessionstheorie), külli halefiyet ilkesi gereğince, sözleşmeler tüm hak ve borçları ile birlikte karşı tarafın rıza ve onayına ihtiyaç olmaksızın otomatik olarak nakledilebilmektedir. Konuya ilişkin ikinci görüş, onay teorisi (zustimmungstheorie) görüşüdür. Bu görüş uyarınca, sözleşmelerin devredilebilmesi için sözleşmede kalan tarafın buna rıza göstermesi, yani bunu onaylaması gerekmektedir. Sözleşmelerin devrine ilişkin son görüş ise, birleştirici-operasyonel geçiş teorisi

⁷⁰⁵ Ülgen/Arıcı, s. 1768 ;Yasan, s. 164, Durman, s. 59; Aydın, malvarlığı devrinin FusG'da 69 – 77 maddeleri arasında olmak üzere toplam 8 maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğini, Türk Hukuku'nda ise ticari işletmenin devrinin TTK 11/3 ile yalnızca bir maddenin, bir fıkrasında düzenlenmeye çalışıldığını, bu nedenle, pek çok sorunun da gündeme geleceğini belirtmiştir. Bkz. Aydın, s. 16.

⁷⁰⁶ Ülgen/Arıcı, s. 1768 – 1769; Yasan, s. 164.

⁷⁰⁷ Ülgen/Arıcı, s. 1773; Yasan, s. 164.

⁷⁰⁸ Konu detaylı olarak İsviçre Birleşme Kanunu Kapsamında Sözleşmelerin Devredilebilirliği Sorunu başlığı altında incelenmiştir.

(Betriebsübergangstheorie) görüşüdür. Bu görüş uyarınca, malvarlığı devrinde, sözleşmelerin devri için sözleşmede kalanın onayının aranıp aranmayacağı hususu, devredilen malvarlığı unsurlarının niteliğine ve oluşturduğu bütüne göre değerlendirilecektir⁷⁰⁹.

İsviçre Hukuku'nda kabul edilen ve mehz olması itibariyle Türk Hukuku'nda da uygulanan kısmi külli halefiyet ilkesini uygulanabilir kılan en önemli unsur, devir sözleşmesinin tamamlayıcı parçası olarak değerlendirilen envanter listesidir⁷¹⁰. Envanter listesi, İsviçre Hukuku'nda uygulanmaktadır. Ancak Türk Hukuku'nda uygulamada kendisine yer bulamamış olması büyük eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁷¹¹. İsviçre Hukuku'nda, malvarlığı devrinde envanter listesinin aktif ve pasifleri, iş ilişkilerini, kıymetli evrakı ve taşınmazları içermesi gerekmektedir. Listede yer almayan unsurların ise, devreden tarafta kaldığı ve devrin kapsamı dışında tutulduğu kabul edilmektedir⁷¹². Malvarlığı devrinde sözleşmelerin akıbeti konusunda İsviçre Birleşme Kanunu'nda değişiklik yapılması ve envanter listesinde devre dahil olan sözleşmelerin gösterilmesi suretiyle sözleşmelerin karşı tarafın rızasına ihtiyaç duyulmaksızın devir kapsamında devralana geçmesinin uygun olacağı yapılan çalışmalarda önerilmektedir⁷¹³.

Ticari işletme devri ve devrin kapsam ve sonuçları bakımından Alman Hukuku'ndaki düzenlemelere bakıldığında, İsviçre Hukuku ile genel olarak benzerliklerinin olduğu

⁷⁰⁹ Bkz. Vogel Alexander/Günter Michael, Der Vertragsübergang nach Fusionsgesetz, AJP/PJA, Dike Verlag, Zürich, 2012, s. 603 – 605.

⁷¹⁰ Yasan, s. 164.

⁷¹¹ Bahtiyar, devre ilişkin, işletme aktifine giren unsurlardan hangilerinin devredildiğinin açıkça gösterilmesi gerektiğini ve gösterilmemiş aktiflerin ise, devrin kapsamı dışında bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 225.

⁷¹² Yasan, s. 164.

⁷¹³ Ülgen/Arıcı, s. 1791.

görülmektedir. Bununla birlikte düzenlemelerin farklı yerlerde olması itibariyle dağınık olduğu ve bir bütünlük arz etmediği söylenebilecektir.

Alman Hukuku'nda ticari işletme devrinin yer aldığı hukuki kaynaklara bakıldığında Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu) § 22-25'te yer alan ticaret unvanı başlığı altında ve Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu) § 398-413, 433, 593a, 613a ve 651b de yer alan sözleşme türlerine ilişkin hükümlerde düzenlendiği görülmektedir⁷¹⁴.

Alman Hukuku'nda, ticari işletme devri, kural olarak, taraf iradelerine bırakılmıştır. Bunun istisnası, iflas halidir (HGB § 23). Ticari işletme devrinde işletmeye ait tüm hakların know-how ve maddi duran varlıkların başta olmak üzere devralana geçeceği ve ayrıca ticaret unvanının devre ekleme yapılmaksızın dahil olduğu ve devralana geçeceği belirtilmektedir⁷¹⁵. Ticaret unvanı başlıklı HGB § 25/1'de, ticari işletmeyi devralanın, işletmeye ait olan ve işletmeyi devreden, yani işletmenin eski sahibinin yüklendiği borç ilişkilerinden müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Alman Hukuku'nda, ticari işletme devrine dahil olan kira ilişkileri bakımından, İsviçre Hukuku'ndan farklı bir yol izlenmektedir. Burada ticari işletme devri ile birlikte kira ilişkisinin de devredilebilmesi için, kiraya verenin rızasının gerektiği ve böylece kiraya verenin devre iştirakinin sağlanmasının uygun görüldüğü belirtilmektedir. Kiracılık

⁷¹⁴ Yasan, s. 166; Bozbel, Alman Borçlar Hukuku'nda uzun süredir devam eden reform çalışmaları sonucunda Reform Kanununun 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girdiğini, bu kanunda başlıca borçların ifa edilmemesi ve sonuçları, zamanaşımı hükümleri, satım sözleşmesinde yapılan değişiklikler, eser sözleşmesindeki bazı yenilikler, yerleşmiş bazı hukuki kavramların kanunlaşması (culpa in contrahendo), tüketicinin korunması ve genel işlem şartları, elektronik sözleşmeler konularında yeniliklerin getirildiğini ifade etmiştir. Bkz. Bozbel Savaş, **Alman Borçlar Hukuku Reformu İle Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler**, Mevzuat Dergisi, S. 67, 2003, s. 1-2.

⁷¹⁵ Yasan, s. 166.

hakkının ticari işletme devri kapsamında devralana geçeceği düşüncesi ile kiraya verenin bu duruma katlanmaya mecbur bırakılamayacağı ileri sürülmektedir⁷¹⁶.

c. Kiracılık Hakkının Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesi Kapsamında Geçiş

TTK m. 11/3'te, ticari işletme devir sözleşmesiyle ilgili olarak, aksi sözleşmede öngörülmediği müddetçe, devir sözleşmesinin kapsamına dahil olacak unsurlar belirtilirken, kiracılık hakkı⁷¹⁷ da sayılmıştır. Bununla birlikte, TBK'da kira sözleşmelerinin devri düzenlenirken, işyeri kira sözleşmelerinin devrine ilişkin olarak ayrı ve özel bir düzenleme olan TBK m. 323'e yer verilmiştir. Buna göre, kiraya verenin yazılı rızası alınmadıkça, kira ilişkisinin devredilemeyeceği ve işyeri kiralarında kiraya verenin de haklı sebep olmadıkça, bu rızayı vermekten kaçınamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yapılan mevzuat değişikliğine bakıldığında, ticari işletmenin devri kapsamında kiracılık ilişkisi var ise, TBK m. 323 uyarınca, kiraya verenden yazılı onay alınması gerekmekte imiş gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır. Bir yanda, TTK m. 11/3 uyarınca, kiracılık ilişkisinin devrin kapsamında olması, diğer yandan, TBK m. 323'ün, sözleşme devri için getirdiği düzenleme, doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Konu ile ilgili olarak iki temel görüş bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, ticari işletme devir sözleşmesinin, kiracılık hakkını, kiraya verenin rızası olması halinde kapsayabileceği görüşüdür⁷¹⁸. Bu görüşteki yazarlar bakımından, kiracılık hakkının ticari işletme ile birlikte devri için, ticari işletme devir sözleşmesinde

⁷¹⁶ Yasan, s. 167.

⁷¹⁷ Kanunda kiracılık hakkı ifadesine yer verilmiştir. Bununla, kira sözleşmelerinin kastedildiği açıktır. Aynı yönde bkz. Çelikboya, s. 399.

⁷¹⁸ Yasan, bu görüşü, olumsuz görüş olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yasan Mustafa, Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 Sayılı TTK ve 6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme), Batıder, Cilt XXIX, S. 3, Ankara, 2013, s. 170.

aksinin öngörülmemesi tek başına yeterli değildir. Devir için kiraya verenin yazılı onayının aranması gerekmektedir. Buna gerekçe olarak da, kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez ilkesi gösterilmekte ve bu kapsamda TTK m. 11/3 uyarınca, ticari işletmenin devrinde onay olmaksızın kiracılık hakkının devredilemeyeceği kabul edilmektedir⁷¹⁹. Ayrıca bu görüşü savunanlar, TBK m. 323 hükmünün emredici olduğunu, bu nedenle, tüm kira ilişkilerinin devri bakımından uygulanmak zorunda olduğunu, işletme devri bakımından TBK m. 202’de, kiracılık ilişkisinin devrine ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmediğini, dolayısıyla TBK m. 202 uyarınca işletme devrinde kiracılık ilişkisi var ise, kiraya verenin rızası olmadan kiracılık ilişkisinin devredilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Tüm bu gerekçeler ışığında, TBK m. 323’ün, özel düzenleme olduğu ve TBK m. 202 karşısında öncelikli uygulama alanı bulacağı ileri sürülmektedir⁷²⁰.

Konuya ilişkin diğer görüş ise, ticari işletme devir sözleşmesinin kiracılık hakkını, kiraya verenin rızasına gerek olmaksızın, kendiliğinden kapsayabileceği görüşüdür⁷²¹. Bu görüşteki yazarlara göre⁷²², TTK m. 11/3’te, aksi öngörülmedikçe, devir sözleşmesinin işletmenin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiğinin kanunda açıkça sayıldığı, görüldüğü üzere, kiracılık

⁷¹⁹ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 32, dn. 3; Bozer/Göle, kiracılık hakkının özel bir düzenlemeye tabi tutulmadığını, bu nedenle, bu konuda TBK’nın kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Bozer/Göle, **Ticari İşleme**, s. 19.

⁷²⁰ Topuz Seçkin/Canbolat Ferhat, **Kira İlişkisinin Devri Yeni Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95, Ankara, 2011, s. 127 – 128.

⁷²¹ Yasan, bu görüşü, olumlu görüş olarak nitelendirmektedir. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yasan, s. 172 – 185.

⁷²² Poroy/Yasaman, s. 45; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 206 – 207; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 29; Yasan, s. 178 – 182; Gümüş M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 260; Kahveci Nalan, **6098 Sayılı TBK’nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Aktaş’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, İzmir, 2017, s. 706; Çelikboya, s. 405.

hakkının da devir sözleşmesinin kapsamına alındığı⁷²³, devreden tarafından işletilen ticari işletmenin kira ilişkisi kapsamında bir başkasına ait bir taşınmazda faaliyet göstermesi durumunda işletmenin kiracılık hakkının külli halefiyet ilkeleri göz önünde bulundurularak birleşmelerde⁷²⁴ olduğu gibi, kiraya verenin rızasının aranmaksızın devrin kapsamında olacağı⁷²⁵, bunun TTK m. 11/3'ün, özel hüküm olması ve bütünlük ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, kısmi külli halefiyet bakımından TTK m. 11/3'e üstünlük tanınmasının uygun olacağı ileri sürülmektedir⁷²⁶.

Ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının geçişi bakımından birkaç unsurun birlikte değerlendirilerek sonuca varılacağı kanaatindeyiz. Ticari işletmenin devrinin düzenlendiği TTK m. 11'in başlığı konusunda, kanun koyucunun, bütünlük ilkesi ifadesine yer verdiğini görmekteyiz. TTK'nın yürürlük başlıklı 1534'üncü maddesinde de, kenar başlıklarının metne dahil olduğu ifade edilmektedir. Buradan hareketle, kanun koyucunun, TTK m. 11'de, benimsediği amacın, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının aksi sözleşmede öngörülmediği sürece, TTK m. 11/3'te, belirtilen unsurlar ile birlikte kendiliğinden devralana geçmesi olduğu anlaşılmaktadır.

⁷²³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44.

⁷²⁴ TTK m. 134 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünme hallerinde kısmi külli halefiyet ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle, Şirket birleşme ve bölünmelerinde TBK m. 323 hükmü uygulanmaz. Bkz. Kahveci, **Makale**, s. 703; TTK m. 134 vd maddelerinin kaynağı İsviçre Birleşme Kanunu'dur (FusG). İsviçre Birleşme Kanunu ticari şirketlerin yanında dernekleri, vakıfları, tek kişi işletmeleri, kamu kurumlarını da kapsamaktadır. Bkz. Göktürk, s. 634; Kahveci ayrıca, kısmi külli halefiyet ilkesinin uygulama bulduğu hallerde (birleşme ve bölünme) kira sözleşmesinin söz konusu olması halinde, herhangi bir hukuki işleme gerek olmaksızın, yeni oluşuma geçeceğini belirtmiştir. Bunun kanundan doğan bir sözleşme devri olduğu, bu nedenle cüz-i halefiyeti düzenleyen TBK m. 323'ün, ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünmesinde uygulanmayacağı hususuna vurgu yapmıştır. Bkz. Kahveci, **Makale**, s. 704.

⁷²⁵ Poroy/Yasaman, s. 45.

⁷²⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 206 – 207; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 29; Acemoğlu, eTTK m. 11/2'de, kiracılık hakkının açıkça zorunlu unsurlar arasında sayılmasının anlamının olduğunu, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkına gereken önemin verilmesi bakımından işletmenin devrinde kiracılık hakkının kendiliğinden ve kiraya verenin rızası olmaksızın devir kapsamına dahil olacağını kabul etmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 81.

TTK m. 11'in metnine bakıldığında, ticari işletme tanımının ilk kez yapıldığı, Ticaret Kanunu'nun merkezi olan ticari işletmenin etki alanı ve konumunun güçlendirilmeye çalışıldığı görülmektedir⁷²⁷. Kanun koyucu, ticari işletmeye dahil olan unsurları, metinde sınırlı sayı prensibi ile saymış ve bunların arasında kiracılık ilişkisine de özel olarak yer vermiştir⁷²⁸. TBK m. 323'ün, metnine bakıldığında "*işyeri kiralarında*" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Ticari işletme her ne kadar bir işyeri ise de, her işyeri bir ticari işletme değildir. Bu bakımdan, işyeri kavramının ticari işletmeye nazaran daha geniş bir anlamı olduğu açıktır. Buradan hareketle, TBK m. 323'ün, genel bir düzenleme olduğu, TTK m. 11/3'ün ise, ticari işletmeye özel bir düzenleme olduğu sonucuna varılabilecektir. TBK m. 323'ün, genel bir düzenleme olması itibariyle, ticari işletme dışında kalan işyeri kira ilişkilerinde uygulama kabiliyeti olduğu şüphesizdir⁷²⁹.

Kiracılık hakkı, ticari işletme bakımından önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar e-ticaretin⁷³⁰ yaygınlaştığı görülmekte ise de, işletmelerin bulundukları yerlerin müşteri çevresi ile de ilişkili olduğu (özellikle hizmet sektörü ile ilgili) unutulmamalıdır. Ticari işletmenin bulunduğu yer ve kira ilişkisi içerisinde ise, kiracılık hakkı, ticari işletme bakımından önemli bir ekonomik değer ifade

⁷²⁷ Yasan, ticari işletmenin tanımının yapılmasının ticari işletmeye ekonomik bütünlük ve hukuki gerçeklik tanınmasında etkili olduğunu belirtmiştir. Kiracılık hakkının, ticari işletmenin sahibinin şahsından ziyade ticari işletmenin malvarlığı ile ilişkilendirilmesi ve kira ilişkisinin ticari işletmenin sahibinin şahsi malvarlığı unsurları arasında değil, ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında kabul edilmesini ileri sürmüştür. Bkz. Yasan, s. 178; Ticari işletmenin bir hukuk kişisi değil, bir malvarlığı bütünü olduğu düşünüldüğünde bu yaklaşımın bizi ticari işletmenin hak ehliyeti var olduğu fikrine götüreceğini düşünmekteyiz. Bu bakımdan, kiracılık hakkının hukuk kişisi olan tacire ait olduğunun ifade edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

⁷²⁸ Yasan, kanun koyucunun eTTK m. 11/2'de, de kiracılık hakkına yer verildiğini ve bu konuda 6570 sayılı mülga Kanun ile uyumsuzluk olduğu gerekçesi ile eleştirilmesine rağmen TTK m. 11/3'te, kiracılık ilişkisine yeniden yer verilmesinin tesadüf olmadığını, bu konuda kanun koyucunun ısrarının kiracılık ilişkisinin ticari işletmenin devri ile birlikte kendiliğinden geçeceği yolunda bir gösterge olduğu hususuna vurgu yapmıştır. Bkz. Yasan, s. 179.

⁷²⁹ Aynı yönde bkz. Yasan, s. 179.

⁷³⁰ E-ticaret, günümüzde giderek yaygınlaşmakta ve insanlar alışverişlerini internet üzerinden evlerinden yapmaya başlamıştır. Bu bakımdan, insanların satış noktalarına giderek alışveriş yapmaları gün geçtikçe azalma eğilimi göstermektedir. Bununla birlikte, üretim yeri olan ticari işletmeler bakımından kiracılık ilişkileri, önemini korumaktadır.

edebilmektedir. Hal böyle olunca, devralan için devraldığı ticari işletmenin kiracılık hakkına da sahip olması önem arz etmektedir. Bu bakımdan ticari işletmenin devrinde, kiracılık ilişkisinin kendiliğinden devralana geçmesi hususu, ticaret hukukuna hakim olan işlem güvenliği, kolaylık ve sürat ilkeleri ile de örtüşmektedir⁷³¹. Nitekim ticari işletmenin devrinde, kiracılık ilişkisinin, aksi taraflarca öngörülmemiş ise, kendiliğinden devralana geçecek olması, devralan açısından hukuki güven oluşturmaktadır.

Kanun koyucunun ticari işletmenin devri bakımından TTK m. 11/3 ile genel olarak kolaylığı, sürati, tarafların menfaatlerini sağlamak amacıyla ve işlemler bakımından kırtasiyeciliği önlemeye yönelik radikal bir değişiklik ile çok sayıda temel ilkeye aykırı olabilecek bir yaklaşım benimsediği anlaşılmaktadır. TBK m. 205 ile sözleşmelerin devri düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 323 ile de işyeri kiralari bakımından düzenleme getirilmiştir. Buna karşılık, kanun koyucunun, TTK m. 11 ile ticari işletmelerin devri için pek çok konuda özel düzenleme getirmiş olması bakımından, kiracılık ilişkisi için de bu özel düzenlemeyi getirmiş olmasının, ticari işletmenin devrinden beklediği amaca hizmet ettiği söylenebilecektir.

TTK m. 11’de, tanımına yer verilen ve TTK m. 11/3’te, düzenlenmiş olan ticari işletmenin devrinde kiracılık ilişkisi, özel olarak belirtilmiş ve aksi öngörülmediği sürece, devre dahil olacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Maddenin başlığında yer alan bütünlük ilkesi ifadesi de, bize kanun koyucunun ticari işletmenin devrinde metinde belirtilmiş olan hususların bir bütün halinde devrini amaçladığını göstermektedir. Ticari işletmede kiracılık hakkının da ekonomik bir değere sahip olduğu ve müşteri çevresinin devamının sağlanması bakımından da önem arz ettiği

⁷³¹ Aynı yönde bkz. Yasan, s. 180.

dikkate alındığında, kiracılık ilişkisinin, ticari işletme ile birlikte devralana kendiliğinden geçişinin hukuki işlem güvenliği, sürat ve kolaylık sağlayacağı kanaatindeyiz.

aa. Kiraya Veren TBK m. 323 Uyarınca Rızasının Aranıp Aranmayacağı Sorunu

Ticari işletmenin devrinde, kiracılık hakkının devralana kendiliğinden geçmesi halinde, bu devirden, kiraya veren de, etkilenmektedir. Bu bakımdan, konunun kiraya veren açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Ticari işletmenin devrinde, kira sözleşmelerinin devri ile ilgili olarak kiraya verenin işbu devre onay vermesinin gerekip gerekmeyeceği hususu önem arz etmektedir. TTK m. 11/3 ve TBK m. 323 hükümlerinin yorumlanması ile farklı sonuçlara varıldığı hususuna yukarıda değinmiştik⁷³².

Ticari işletmenin devrindeki kira ilişkisinde, kiraya veren açısından sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda, kiracıyı seçme hakkının olduğu ve bu hakkın kiraya verene tanınması gerektiği, aksi halde sözleşmenin tarafını belirleme özgürlüğünün ihlal edildiği ileri sürülebilecektir⁷³³.

Ticari işletmenin devrinde, kanun koyucu, devrin işlerliğini artırmak amacıyla ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının bir bütün olarak devrini düzenlemiştir. Burada amacı, devrin kolay, pratik ve ekonomik olarak gerçekleşmesidir. Böylece, kanun koyucu, ticari işletmenin devrini, diğer devirler bakımından özellikli bir durum haline getirmiştir. TTK m. 11/3'te, kısmi külli halefiyet ilkesi kabul edilmektedir. TBK

⁷³² Bkz. II Bölüm-F-5-d. Kiracılık Hakkının Ticari İşletme Devri Sözleşmesi Kapsamında Geçışı.

⁷³³ Yasan, s. 182.

m. 323'ün, uygulama alanı ise, münferit kira ilişkileridir⁷³⁴. Bu bakımdan, TBK m. 323'ü ticari işletmenin devri kapsamında değerlendirmemek yerinde olacaktır⁷³⁵.

Ticari işletme için müşteri çevresi önem arz etmektedir. İşletmeler zaman, emek ve para harcayarak müşteri çevresi oluşturmaktadırlar. Bu bakımdan, müşteri çevresinin işletmeler açısından yadsınamaz bir ekonomik değeri bulunmaktadır. İşletmelerin kiracı olarak bulundukları yerdeki müşteri çevresi üzerinde de hak sahibi oldukları ileri sürülmekte olup, bu nedenle, devir halinde, müşteri çevresinin de devir kapsamında olduğu kabul edilir. Ticari işletmenin devrinde, devreden kiracı için de, müşteri çevresi üzerindeki hakkının da devri gerekmektedir. Bunun sağlanabilmesi için, kira ilişkisinin devri gerekecektir. Bu devrin, kiraya verenin onayına bağlı kabul edilmesi, kiraya veren bakımından, bu müşteri çevresinden, haksız olarak menfaat sağlaması sonucunu doğuracaktır⁷³⁶. Kiracılık hakkının devri konusunu, devreden tasarrufundan çıkararak, üçüncü bir kişinin onayına tabi tutmak, hukuki işlem güvenliği bakımından da sorun yaratacak olup, böylece işletmenin değerini önemli ölçüde düşürebilecektir⁷³⁷.

Konuya ilişkin kaynak metin İsviçre Borçlar Kanunu'na bakıldığında, ticari işletmenin devrinin özel olarak düzenlenmediği, İsviçre Birleşme Kanunu'nda yer alan hükümler çerçevesinde, malvarlığı devri kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu Art. 263'te, işyeri kiralari bakımından devrin, kiraya verenin onayına tabi olduğu hususu düzenlenmiştir⁷³⁸. Devamında da kiraya verenin, haklı sebep olmaksızın, onay vermekten kaçınamayacağı, onay vermek zorunda olduğu hüküm

⁷³⁴ Poroy/Yasaman, s. 45; Çelikboya, s. 405.

⁷³⁵ Bozer/Göle, TBK m. 323/1 uyarınca, kira sözleşmesinde, aksine bir düzenleme olmadıkça kiraya veren yazılı rızasının aranması gerektiğini, buna karşılık, hükmün, ticari işletmenin devri konusunda, TTK m. 11/3'te, öngörülen bütünlük ilkesine uyumlu olduğunu söylemenin de zor olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 23.

⁷³⁶ Çelikboya, s. 407.

⁷³⁷ Yasan, s. 180; Çelikboya, s. 407.

⁷³⁸ Kahveci Nalan, **Alt Kira ve Kiranın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2005, s. 186.

altına alınmıştır. İsviçre’de de külli halefiyet veya kısmi külli halefiyet hallerinde, cüz-i halefiyete ilişkin OR. Art. 263 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁷³⁹. Ticari işletmenin devrinde, kısmi külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu göz önünde bulundurularak, ayrıca sözleşmelerin de, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın kendiliğinden devralana geçtiği kabul edildiği takdirde⁷⁴⁰ kaynak İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri gereği birleşme ve bölünmelerde olduğu gibi (263’ün uygulanmaması) ticari işletmenin devrinde de, TBK m. 323’ün uygulanmaması söz konusu olabilecektir.

TBK m. 323 ve TTK m. 11/3 birlikte değerlendirildiğinde, TBK m. 323’ün, kira ilişkisinde bir düzenleme getirdiği, kiraya verenin konut kiralalarında devre ilişkin onay verme konusunda tamamen serbest olduğu⁷⁴¹, işyeri kiralalarında ise, haklı bir sebep arandığı görülmektedir. Buna karşılık, TTK m. 11/3 incelendiğinde, burada, kanun koyucunun, özel amaçlarla ticari işletmenin devri bakımından özel bir düzenleme yolunu tercih ettiği, TBK m. 323’ün ise, daha sınırlı bir konuyu düzenlediği görülmektedir. Ticari işletmenin devrinde, TBK m. 323’ün, bir sınırlama getirdiği, bunun da, kanun koyucunun, ticari işletmenin devri için öngördüğü hususlar ile çelişeceği açıktır. Bu kapsamda, daha özel bir hüküm olarak karşımıza çıkan TTK m.

⁷³⁹ Svit Kommentar, **Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, Art. 263, No. 3.

⁷⁴⁰ Topuz, ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin kendiliğinden devralana geçtiği hususunu genel olarak kabul etmekle birlikte TBK m. 323 bakımından, kira ilişkilerinde “hiç kimse tarafını seçmediği ve ticari işletmenin devri ile akdi bir ilişkiye girmek durumunda kaldığı kişi ile o sözleşmeyi yürütmeye zorlanamayacağı” gerekçesini ileri sürerek kabul etmemekte olup kiralayanın (devreden) taraf sıfatının devam edeceğini ileri sürmektedir. Bkz. Topuz, s. 170 – 171.

⁷⁴¹ Yavuz, kiraya verenin işyeri kiralari dışında rıza verip vermemesi hususunun tamamen kendisinin takdirinde olduğunu, bu konuda hiçbir şekilde rıza vermeye zorlanamayacağını belirtmiştir. Bkz. Yavuz Nihat, **Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku**, Genişletilmiş 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 336.

11/3'ün, TBK m. 323 karşısında öncelikle uygulanması gerektiği kanaatimizce daha uygun görünmektedir⁷⁴².

bb. Kiraya Veren TBK m. 323 Kapsamında Korunmaya Değer Menfaatinin Değerlendirilmesi

Ticari işletmenin devrinde, kiracılık hakkı ile ilgili olarak devreden ve devralan dışında kalan ve esas itibariyle diğer taraflar kadar devir işleminden etkilenecek olan bir taraf da, kiraya veren olmaktadır. Kiraya verenin menfaatlerinin, bu devirden en az etkilenen taraf olması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun temel prensipleri arasında yer alan sözleşme serbestisi ilkesi, kiraya veren bakımından, başka ilkelere öncelik tanınması gerekçesi ile kısmen/istisnai de olsa zedelenebilir. Bu bakımdan, kiraya verenin katlandığı bu külfetin, menfaat çerçevesinde dengelenmesi gerekmektedir.

aaa. Kiraya Veren Bakımından Çifte Sorumluluk Yoluyla Korunma

Ticari işletmenin devri kapsamında yer alan kiracılık hakkının devredilmesi halinde, kiraya verenin menfaatlerinin zedelenmemesi bakımından, borçlardan sorumluluğa ilişkin TBK m. 202'de ve TBK m. 323/3'te, devreden ve devralan bakımından 2 yıllık müteselsil sorumluluk halinin düzenlendiği görülmektedir.

TBK m. 202 uyarınca, devreden, yalnızca devirden önceki borçlardan sorumlu olurken TBK m. 323 uyarınca, devreden, hem devirden önceki borçlardan, hem de devirden sonraki borçlardan belirlenen süre ile sorumlu olacaktır⁷⁴³. Ticari işletmenin devrinde, kiracılık hakkının devri konusunda, devreden TBK m. 202 hükmüne göre mi, yoksa

⁷⁴² Aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 29; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 207; Yasan, s. 182; Kahveci, **Makale**, s. 706; Çelikboya, s. 409.

⁷⁴³ Kanun koyucu, TBK m. 323 uyarınca, işyeri kiralari dışında kalan kira ilişkilerinin devrinde, devreden, tüm haklarını kaybetmesini ve tüm borçlarından kurtulmasını düzenlemişken, işyeri kiralalarında devreden kiracının borçlarından kurtulmasına ilişkin olarak özel düzenlemeye yer vermiştir. Bkz. Kahveci, **Makale**, s. 710 – 714.

TBK m. 323 hükmüne göre mi sorumlu tutulacağı hususunda kanunda açıklık bulunmamaktadır.

TBK m. 202, devreden bakımından, yalnızca devirden önceki borçlardan sorumluluğu düzenlemektedir. TBK m. 323 ise, işyeri kiralarında, kiracılık hakkının devrinde, devirden sonraki borçları da kapsamaktadır. Bu bakımdan, TBK m. 323 hükmünün, kiraya verenin menfaatlerini daha kapsamlı şekilde koruduğu görülmektedir. Ticari işletmenin devrinde, kiraya verenin rızası alınmadan, kiracılık hakkının devredildiği düşünüldüğünde, kanun koyucunun TBK m. 323 hükmü uyarınca, kiraya verenin katlandığı külfet karşılığında onu korumak ve olası zararı aza indirmek istediği anlaşılmaktadır.

TBK m. 202/2 ve TBK m. 323/3 hükümleri, esas itibariyle, sözleşmede kalan tarafı korumaya yönelik hükümlerdir. Her iki hükümde de, devreden taraf bakımından müteselsil sorumluluk getirilmekte olup, sözleşmede kalan taraf açısından tazminde kolaylık sağlanmaya ve rızası hilafına sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi işleminde, menfaat dengelemesi yapılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Böylece kiraya veren, devir öncesi ve sonrası alacakları bakımından, devreden ve devralana belirlenmiş olan süre ile sınırlı olmak kaydıyla başvurabilecektir.

Kanun koyucunun, işyeri kira ilişkisinin devri hususunda, kiraya vereni daha kapsamlı bir şekilde korumak istediği açıktır. Ticari işletmenin devrinde de kiracılık hakkının devri hususunda, kiraya verenin haklarının korunması bakımından TBK m. 323/3 hükmünün uygulanması, kanaatimizce de yerinde olup, kanun koyucunun bu konudaki iradesine de uygun düşmektedir⁷⁴⁴.

⁷⁴⁴ Aynı yönde bkz. Yasan, s. 182.; Çelikboya, s. 410 – 411; Kira ilişkisinin devrinde devreden kiracının sorumluluğunun kapsamı konusunda detaylı bilgi için bkz. Kahveci, **Makale**, s. 713 vd.

bbb. Kira Sözleşmesinin Feshedilmesi Hakkının Sağladığı Korunma

Ticari işletmenin devrinde, mevcut kira sözleşmesinin bütünlük ilkesi gereği kendiliğinden devralana geçmesi halinde, kiraya verenin bu sözleşme ile kesin olarak ve tamamı ile bağlı kalması beklenemeyecektir. Kiraya veren bakımından, sözleşme ile bağlı kalarak, kira ilişkisini devam ettirmesini çekilmez kılan, yeni kiracıdan kaynaklanan haklı sebepler var ise, kiraya veren, devre konu kira sözleşmesini feshedebilecektir⁷⁴⁵.

Kiraya verene, devralandan kaynaklanan sebeplerle, kira sözleşmesini feshetme imkanının tanınmış olması, menfaatler dengesi bakımından da uygundur. Kira sözleşmesinin devrinde onayı alınmayan kiraya verene, fesih hakkı tanınması yoluyla önemli bir koruma getirildiği söylenebilecektir⁷⁴⁶.

Kiraya verene tanınmış olan bu hak, hem kiraya veren bakımından, hem de devreden ve devralan bakımından menfaat dengesi sağlamaktadır. Kira ilişkisinin kendiliğinden ve kiraya verenin onayına ihtiyaç duyulmaksızın devri, devreden ve devralan bakımından hukuki işlem güvenliği sağlamaktadır. Devralan, kira ilişkisinin devamına güvenerek, gönül rahatlığı ile işletmeyi devralabilecektir. Aksi halde kira ilişkisinin belirsiz olduğu düşünüldüğünde, devralan, yaşanan bu belirsizlik nedeni ile işletmeyi devralmaktan vazgeçebilecektir. Bu durumda, devreden de, devrin gerçekleşmemesi nedeniyle mağduriyeti doğabilecektir⁷⁴⁷. Buna karşılık kiraya veren haklı sebebini gerekçe göstererek kira sözleşmesini feshedebilecektir.

⁷⁴⁵ Altınok Ormancı, kira sözleşmelerinden kaynaklanan ilişkinin sürekli borç ilişkisi teşkil ettiği, bu nedenle, kira sözleşmelerinde haklı sebeple fesih imkanı tanındığını belirtmiştir. Bkz. Altınok Ormancı Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 60.

⁷⁴⁶ Kahveci, **Makale**, s. 706; Çelikboya, s. 411 – 412.

⁷⁴⁷ Çelikboya, bu halde devreden ve devralan bakımından büyük fırsatların kaçırılacağını, iflasın doğabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Çelikboya, s. 413.

Ticari işletmenin devrinde, kira ilişkisinin, devir sözleşmesi ile birlikte kendiliğinden devralana geçmesi halinde, devir sözleşmesi işlerliğini kazanmış ve devralan kira ilişkisi çerçevesinde işletmesini işletiyor olacaktır. Buna karşılık, kiraya veren, devralandan kaynaklanan sebeplerle, kira sözleşmesini feshetmek istiyor ise, bu hakkını, haklı sebeple fesih davası yoluyla kullanabilecektir. Bu durumda, devirden vazgeçilmesi halinde yaşanacak hak kayıpları dikkate alındığında, tazmini daha kolay ve hesaplanabilir zararların doğacağı kanaatindeyiz.

6. Ticari İşletmenin Devrinde Sosyal Medya Hesaplarının Akıbeti

a. Konunun Önemi

Teknolojinin gelişmesi ve insan hayatında daha fazla yer alması ile birlikte toplumsal hayat, ilişkiler, alışkanlıklar ve çalışma hayatı, her geçen gün değişmektedir. Teknolojik gelişmelerden en önemlisi ve insan hayatında gündelik yaşamda en çok kullanılanı ise, internettir⁷⁴⁸.

Değişen ve sürekli olarak yenilenen dünya ile birlikte ticari hayatta iletişimin önemi her geçen gün artmaktadır. Eskiden ticaret hayatı daha geleneksel ve yüz yüze iletişim ile gerçekleşmekteydi. Tüketiciler bakımından, cazip olan televizyon, radyo veya dergi gibi geleneksel kanallar, artık tüketiciler için, cazibesini yitirmiş durumdadır. Günümüzde ise, teknolojik gelişmeler, internetin tüm dünyayı sarması ile birlikte dünya, küresel büyüklükte bir pazar haline gelmiş olup, tüketiciler, herhangi bir konuda bilgi sahibi olmak veya araştırma yapmak için sosyal medya platformlarından faydalanmaktadır.

⁷⁴⁸ Okkaoğlu, TÜİK verilerine göre, Türkiye’de dijital ekonominin gelişmesi ile hanelerde internet erişiminin % 83,8; internet kullanım oranının % 72,9; cep telefonu sahipliğinin % 96,7; işletmelerde bilgisayar kullanım oranının % 97, internet erişiminin % 95,3 düzeyine ulaştığını belirtmiştir. Bkz. Okkaoğlu Çiğdem Gizem, **Yoğunlaşma Kontrolünde Büyük Veri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2020, s. 1.

Değişen dünyada dijital ekonomi adı altında yeni bir alan doğmuştur⁷⁴⁹. Bu kapsamda, çok farklı ve yeni iş modelleri ortaya çıkmıştır. Bu iş modellerinden bir tanesi de, şikayet siteleridir. İnsanlar aldıkları mal/hizmet ile ilgili olarak, memnuniyet ve/veya rahatsızlıklarını bu şikayet sitelerine belirtmekte ve diğer müşteriler ile tecrübelerini paylaşmaktadırlar⁷⁵⁰. Bu iş alanlarında, Rekabet Hukuku, Fikri Mülkiyet Hukuku, Tüketici Hukuku, Borçlar Hukuku gibi pek çok hukuk dalı ile ilgili olarak uygulamalar, sorunlar yaşanmakta olup, bunlara ilişkin yargı kararları ortaya çıkmaktadır⁷⁵¹.

Görüldüğü üzere, internet hayatın merkezinde yer almakta olup, eğitim, iş hayatı⁷⁵², alışveriş, ticaret⁷⁵³, sağlık, her şey çoğunlukla internet üzerinden yürütülmektedir. İş görüşmeleri internet üzerinden yapılmakta, anlaşmalar e-posta ortamında sonuçlandırılmakta ve tüm yazışmalar yine internet ortamında yapılmaktadır.

⁷⁴⁹ Hızla değişen ve dijitalleşen dünyada, teknolojinin hayatımızdaki yeri ve önemi her geçen gün artmaktadır. Nitekim, dünyanın en değerli ilk beş markası arasında Apple, Google, Microsoft, Facebook ve Amazon yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Süsoy Uygun Ecem, **Avrupa Birliği Birleşme Tüzüğü'nde Düzenlenen Ciro Eşiği Sistemi Yoğunlaşmaların Kontrolünde Ne Kadar Etkili**, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Cilt 19, S. 2, Ankara, 2018, s. 138.

⁷⁵⁰ Şikayet sitelerinin, müşteriler ve ticari faaliyette bulunan işletmeler bakımından önemine vurgu yapan Av. Gülin Şahal, Prof. Dr. Füsun Nomer Ertan'a yönelttiği soruda, bir hastane ya da hekim seçerken, ilk olarak bakılan yerin internet ve şikayet siteleri olduğunu belirtmiş ve burada yer alan ve gerçeği yansıtmayan şikayetlerin, hangi yolla kaldırılabilceğini sormuştur. Nomer Ertan, cevabında “*bu konunun çok büyük bir sorun olduğunu, gerçeği yansıtmayan şikayetlerin ve/veya daha sonra düzeltilmiş olan şikayete konu olayların dava yoluyla internet sitesinden kaldırılabilceğini*” ifade etmiştir. Bkz. Helvacı, s. 99.

⁷⁵¹ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Pınar Hamdi, **Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli Şikayet Siteleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 36, S. 2, Ankara, 2020, s. 121 – 122.

⁷⁵² Dönmez/Okutan, işverenlerin işe alım süreçlerinde sosyal medyayı çok aktif olarak kullandıklarını ve işe alım kararlarını vermelerinde, işçinin sosyal medya bilgi ve görsellerinin etkin rol oynadığını belirtmişlerdir. Bkz. Dönmez Utku/Okutan Bilge, **Yargıtay Kararları Işığında Sosyal Medya ve İş İlişkisi**, Legal, İstanbul, 2019, s. 6; Sosyal medya, hem işçiler bakımından, hem de işveren bakımından iş ve işlemlerin yürütülmesi için önem arz etmektedir. Öyle ki sosyal medya hesapları ile pek çok işe alım yapıldığı gibi, pek çok iş akdi feshi de yine sosyal medyada yer alan bilgiler kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay’ın da verdiği çok sayıda karar mevcuttur. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işçinin sosyal medya hesabında yayınladığı bazı görsellerde ek iş olarak dövmecilik yaptığı anlaşılan işçi için işveren bakımından, iş akdinin geçerli nedene dayanılarak feshedilebileceğini hüküm altına almıştır. Bkz. Yargıtay 9. HD. 5.6.2017 E. 2016/14956, K. 2017/9595 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 20.09.2020).

⁷⁵³ E-ticaretin yaygınlaşması karşısında, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bkz. RG. 05.11.2014; S. 29166.

Akademisyenler tez gibi önemli belgelerini, bir kısım (dropbox gibi) hesaplarda saklamaktadır⁷⁵⁴.

İnternet kullanımı profesyonel hayatta işlerliğinin yanı sıra, toplumun her kesimine yayılmış ve her alanda yaygın olarak kullanım alanı oluşmuştur⁷⁵⁵. Öyle ki, insanlar günlük yaşamlarından her kareyi, internet aracılığıyla oluşturdukları sosyal medya hesaplarında paylaşmakta, bu yolla tüm özel anlarına ait albümler, sosyal medya hesaplarında depo edilmektedir⁷⁵⁶.

İnternet aracılığıyla oluşturulan ve kullanılan sosyal medya hesapları, ticaret hayatında da önemli yer tutmaktadır. Giderek artan e-ticaret⁷⁵⁷, tümü ile internet üzerinden yapılmaktadır. Bununla birlikte reklam, tanıtım, müşteri edinme ve bilgi akışı sosyal medya ve dijital ortamlarda gerçekleştirilmektedir. Sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen tanıtım ve reklam faaliyetlerinin müşteriye ulaşması ve işletme ile

⁷⁵⁴ Kunz Lena, **J. Von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen**, Buch 5. Erbrecht. Einleitung Zum Erbrecht § 1922 – 1966 (Erbfolge), Sellier – de Gruyter, Berlin, 2017, N. 595; Brautigam Peter, **Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch Von IT – Leistung Gegen Personenbezogene Daten**, MMR 2012, s. 635.

⁷⁵⁵ Bruhn Manfred/ Schoenmueller Verena/ Schafer DanielaB., **Are Social Media Replacing Traditional Media In Term Of Brand Equity Creation?**, Management Research Review, Vol. 35, N.9, 2012, s. 773.

⁷⁵⁶ Görünür, bilinir ve kolay ulaşılabilir olmanın pek çok fayda ve sağladığı kolaylık yanında çok sakıncaları da bulunmaktadır. Teknolojik gelişmelerin bireyin, kişisel verilerinin elde edilmesini ve işlenmesini kolaylaştırdığı, kişiye ait bilgi ve belgelere arama motorları sayesinde ne zaman ve nerede istenirse ulaşılabilceği bunun ise bireyin özgürlüğüne, maddi ve manevi varlığına müdahale olduğu belirtilmiştir. Bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanının 10.05.2014 tarihinde verdiği Google kararı ile unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan verilerin gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine depolanması veya tutulması konusu gündeme getirilmiştir. Kararın incelenmesi ve detaylı bilgi için bkz. Akgül Aydın, **Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanının Google Kararı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, Ankara, 2016, s. 12 – 14.

⁷⁵⁷ Baytar/Yükselen, e-ticareti, tüketici, müşteri, pazarlama araçlarının ve üreticilerinin, web tabanlı elektronik ortamlar aracılığıyla, doğrudan bir temasta bulunmaksızın aralarında mal, hizmet ve bilgi alışverişini sağlamaları şeklinde tanımlamışlardır. Ayrıca e-ticaretin yalnızca işletmeden tüketiciye gerçekleştirilen bir faaliyet olmadığı, e-ticaretin beş kategoriye ayrıldığını bunların işletmeden tüketiciye e-ticaret (business to customer), işletmeden işletmeye e-ticaret (business to business), tüketiciden tüketiciye e-ticaret (consumer to consumer), işletmeden devlete e-ticaret (business to government) sıralandığını ve kapsamının geniş olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. Baytar Ufuk/Yükselen Cemal, **Tüketicilerin Çevrimiçi Alışveriş Kanallarındaki Akış Deneyimlerinin Memnuniyet ve Satın Alma Kararlarına Etkisi, Bilgi ve Kanal Kalitesinin Rolü**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 11, S. 2, İstanbul, 2018, s. 20.

müşteri arasındaki bağı geliştirme bakımından diğer tanıtım araçlarına göre hem daha ucuz, hem de etkili olduğu ifade edilmektedir⁷⁵⁸. İşletmeye ait olan fikri mülkiyet haklarının⁷⁵⁹, sosyal medya hesaplarında yer alması, işletme ile müşterileri arasındaki bağı güçlendirdiği ve geliştirdiği belirtilmekte olup, işletmeler bakımından sosyal medyanın ne kadar önemli olduğu ortaya konulmaktadır⁷⁶⁰. Bu kapsamda işletmeler, müşterilerinin ihtiyaç ve beklentilerini karşılamak, yeni müşteriler edinmek ve mevcut müşterileri sadık hale getirmek için sosyal medyadan ve sunduğu imkanlardan faydalanmaktadır⁷⁶¹.

İnternet kullanımı zaman, hız, erişilebilirlik, görsellik ve daha pek çok yönden hayatın her alanında kolaylıklar sağlamanın yanı sıra bir takım sorunlara da sebebiyet vermektedir⁷⁶². Teknoloji hayata daha kolay ve çabuk entegre olmaktadır. Toplum hayatını düzenleyen diğer kurumlar, örneğin, hukukun yeniliklere ve onların doğurduğu sorunlara çözümü maalesef teknoloji kadar hızlı olamamaktadır.

⁷⁵⁸ Can Polat/ Çetin İlker, **A research on the Comparison of the Effect of Benefits Otained From Social Media Marketing to Brand Commitment in Term of Domestic and Foreign Consumers**, International Business Research, Vol. 10, N. 2, 2017, s. 32.

⁷⁵⁹ Güzel/Yükselen, sosyal medya pazarlamasının marka değerini olumlu yönde etkilediğini belirtmiştir. Bkz. Güzel Işıl/Yükselen Cemal, **Lüks Markalarda Sosyal Medya Pazarlamasının Marka Değeri ve Satın Alma Niyetine Etkisi, Kişilik Özelliklerinin Rolü Üzerine Bir Araştırma**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 13, S. 1, İstanbul, 2020, s. 37.

⁷⁶⁰ Pira Aylin/ Kocabaş Füsun/ Yeniçeri Mine, **Küresel Pazarda Marka Yönetimi ve Halkla ilişkiler**, Dönence Yayınları, 2005, s. 66.

⁷⁶¹ Cevher, pazarlama faaliyetlerinin her geçen gün arttığı sosyal medya platformlarına işletmelerin ilgisinin de arttığını, tüketicilerin, satın alma faaliyetlerini sosyal mecra üzerinden gerçekleştirdiğini bu nedenle işletmelerin de sosyal mecradaki ticari faaliyetlerinin her geçen gün artmakta olduğunu belirtmiştir. Bkz. Cevher Muhammed Fatih, **Sosyal Medyada Satın Alma Niyetinin Demografik Özellikler Açısından İncelenmesi**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 13, S. 2, İstanbul, 2020, s. 65.

⁷⁶² İnternet üzerinden yapılan yayınlar sebebi ile hukuki ve/veya ceza-i sorumlulukların doğması internette yaşanan sorunlara örnek verilebilecektir. Bu sorumlulukların giderilmesi, diğer mecralarda işlenen suçlarda olduğu gibi faillerine ulaşma, suç ve suçluyu takip etme, suçun izlerini ortadan kaldırma, eski hale iade vb. konularda çok da kolay olamamaktadır. İnternet üzerinden işlenen suçlar, failler bakımından, daha hızlı, ucuz, risksiz ve kolay gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, internetin olmadığı bir yerde, fail bir dolandırıcılık yapmak için, bir takım masraf yapması, emek harcaması gerekirken, internet üzerinden dolandırıcılık yapmaya kalktığında, oturduğu yerden sanal iş ve işlemler ile çok daha fazla sayıda insana erişerek, dolandırıcılık eylemini gerçekleştirebilmektedir.

Teknolojinin bu denli hızlı oluşu ve hayatın tüm alanlarında işlerlik kazanması, her alanda yeni bakış açısı getirmeyi zorunlu kılmaktadır. Nitekim, artan internet ve sosyal medya kullanımı, iş görme şekillerinin bu mecralar üzerinden yürütülmesi yoluyla fiziki eşya ve malvarlığı kavramlarında da değişikliğe yol açmıştır⁷⁶³. Örneğin, bir youtuber'ın sosyal medya hesapları, ekonomik değer kazanarak, dijital malvarlığı oluşturmaktadır⁷⁶⁴.

b. Dijital Malvarlığı Kapsamında Sosyal Medya Hesapları

Ticari hayatta internetin yaygınlaşması ile birlikte her türlü iş ve işlem, internet üzerinden e-mail ortamında ve sosyal medya aracılığı ile yapılabilmektedir. Gerçek ve tüzel kişilerin iş ve işlemlerini yürüttükleri resmi internet siteleri, resmi e-posta adresleri ve resmi sosyal medya hesapları bulunmaktadır⁷⁶⁵. Gerçek ve tüzel kişiler, bu dijital sistemleri aracılığıyla kendilerini bağlayan anlaşmalar yapmakta, reklam, tanıtım, duyurular vb. ticari faaliyetlerde bulunmaktadırlar.

Ayrıca ticari işletmeler bulundukları yerdeki müşterilerin haricinde, sosyal medya aracılığı ile çok daha geniş kitlelere ulaşabilmekte, şehir dışına ve ülke dışına satış

⁷⁶³ İleri, dijital platformlarda kurulan, yürütülen ve sonlandırılan hukuki ilişkilerin sayısının her geçen gün arttığını belirtmiş ve sosyal medya hesaplarının ölüm halinde dijital miras kapsamında olabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. İleri Çiğdem, **Dijital Miras, Alman Federal Mahkemesi'nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 146, Ankara, 2020, s. 123.

⁷⁶⁴ Dijital malvarlığı kavramı, günümüzde inceleme konusu yapılmaya başlanmıştır. Bu konu, daha çok Miras Hukuku alanında karşımıza çıkmakta olup, dijital miras olarak uyumsuzluk konusu olmaktadır. Dijital malvarlığı unsurlarının neler olduğu/olabileceği konusunda kaynak oluşturması bakımından dijital miras ile ilgili yapılmış olan çalışmalar önem arz etmektedir.; İleri, Almanya'da dijital miras konusunda çıkan uyumsuzluklarda çoğunlukla Alman Barolar Birliği'nin 2013 yılına ait görüş yazısına atıf yapıldığını, bu görüş yazısında dijital mirasın şu şekilde tanımlandığını "*fikri mülkiyet hakları, web sitelerindeki haklar ve alanlar (domains) ile sağlayıcı ile miras bırakan arasında internetin kendisinin ve aynı zamanda çeşitli internet hizmetlerinin kullanılması bakımından kurulmuş tüm sözleşme ilişkileri dahil olmak üzere dijital malvarlığının tümü dijital mirastır.*" belirtmiştir. Dijital mirasa ilişkin bir diğer tanımlamanın da şu şekilde "*dijital miras kavramının içine, miras bırakanın, dijital malvarlığının tümü girmektedir. Buna göre, donanım ve yazılıma ek olarak, kaydedilmiş veriler, telekomünikasyon şirketleri ve internet servis sağlayıcıları ile kurulmuş sözleşme ilişkileri, erişim yetkileri, e-posta hesapları, sosyal medya ağlarındaki üyelikler ve internetteki kullanıcı hesapları dijital mirasın kapsamındadır.*" olduğunu belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. İleri, s. 126.

⁷⁶⁵ Sosyal medya, toplumdaki her kesim için, öyle etkili, takip edilen ve düzenli bir platform haline gelmiştir ki, siyasiler dahi günlük resmi beyan ve açıklamalarını buradan yapmaya başlamıştır.

yapabilmektedirler. Bu bakımdan ticari işletmeler için işin yürütüldüğü ve üretimin yapıldığı yer, üretimi yapan teçhizat ne kadar önemli ise, işletmeye ait olan ve müşteri tarafından, öğrenilmiş ve alışkanlık edinilmiş olan sosyal medya hesapları da, o denli önemli ve ekonomik bir değere sahiptir⁷⁶⁶. Nitekim yapılan araştırmalarda sosyal medya hesaplarının işletmeler için çok önemli olduğu, müşteri ile bu kanallar üzerinden yakın iletişim kurulduğu, marka bağlılığı ve farkındalığı oluşturulduğu belirtilmektedir⁷⁶⁷.

İşletmeler bakımından, alışlagelmiş klasik malvarlığından farklı olarak, dijital malvarlığı kavramı ortaya çıkmıştır. Dijital malvarlığı, maddi değeri bulunan veya bulunmayan, işletmelerin elektronik ortamda sahip oldukları, dijital ortamda depo edilmiş, videolar, e-postalar, fotoğraflar, cep telefonu uygulamaları, kişisel bloglar, sosyal medya hesapları gibi her türlü dijital varlığın tümünü kapsar⁷⁶⁸. Bununla birlikte, dijital dünyanın çok hızlı değiştiği ve bu nedenle nelerin tam olarak dijital malvarlığı kapsamında olduğunun tespitinin zor olduğu ifade edilmektedir⁷⁶⁹. Görüldüğü üzere, şimdilik ticari işletmelerin sosyal medya hesapları, e-posta adresleri ve dijital ortamda

⁷⁶⁶ İnce Akman tarafından, Dijital bilgilerin/sosyal medya hesaplarının Alman ve Türk Hukuklarında birer eşya sayılmadığı, bu hesapların cismanı olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca bu tür hesapların, eşya kavramı ile de açıklanamayacağı, internet kullanımının bu denli yaygın olmasına karşılık Türk ve Alman Hukuklarında konuya ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmadığı ve bu konuda bilinçsiz bir kanun boşluğu bulunduğu belirtilmektedir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. İnce Akman Nurten, **Miras Bırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, S. 2, Malatya, 2018, s. 534 – 535.

⁷⁶⁷ Keşaplı Onur, **İşletmelerin Sosyal Medya Hesapları Üzerinden Kurmuş Oldukları İletişiminin Marka Değeri Üzerine Etkisi**, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 7, S. 2, 2017, s. 666.

⁷⁶⁸ Hopkins Patrick Jamie/Lipin Ilya Alexander, **Viable Solitions to the Digital Estate Planning Dilemma**, Iowa Law Review Bulletin, Vol. 99 (p.61), 2014, s. 63 – 64; Li ve Bernoff, sosyal medyayı yeni nesil web teknolojilerinin getirdiği kullanıcı kolaylığı ve iletişim hızıyla yakalanan eş zamanlı bilgi ve veri paylaşımının izlendiği dijital platform şeklinde daha geniş olarak tanımlamışlardır. Bkz. Li Charlene/Bernoff Josh, **Graundswell: Winning in a World Transformed by Social Teknologies**, Harvard Business Review, Boston, 2011, s. 46.

⁷⁶⁹ Maraşlı Dinç Yasemin, **Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti Dijital Miras**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 142, Ankara, 2019, s. 275.

faaliyette bulundukları her türlü dijital araç, ticari işletmenin dijital malvarlığını teşkil etmektedir⁷⁷⁰.

c. Sosyal Medya Hesaplarının Devri

Ticaretin yapıldığı, müşteri ile iletişime geçildiği, duyuruların, reklamın, tanıtımın ve daha pek çok ticari faaliyetin gerçekleştirildiği sosyal medya, ticari işletmeler bakımından, hafife alınmayacak öneme ve ekonomik değere sahip bulunmaktadır⁷⁷¹.

Bu denli önemli olan dijital malvarlığı kapsamında değerlendirilen sosyal medya hesaplarının, ticari işletmenin devrinde akıbetinin ne olacağı, devralana geçip geçmeyeceği, devralan bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle, konunun ticari işletmeler bakımından incelenmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir. Öncelikli olarak, sosyal medya hesaplarının devredilebilir bir hak olup, olmadığı üzerinde durulacaktır.

aa. Devredilebilirlik

Ticari işletmeye ait sosyal medya hesaplarının devri söz konusu olduğunda, akla hak ve hakkın devri gelmektedir. Hak⁷⁷², kişinin hukuken korunan ve sahibine bu

⁷⁷⁰ Benzer yönde bkz. Uslu, s. 30 – 32.

⁷⁷¹ İstanbul BAM’da görülmekte olan bir dosyada dava konusu uyumsuzluk ile ilgili olarak markanın işletmeye ait olan sosyal medya hesaplarından kaldırılması ve tanıtımının sonlandırılması talep edilmiştir. Bu da sosyal medya hesaplarının işletmeler bakımından yadsınamaz önemini bize göstermektedir. Bkz. İstanbul BAM 44. HD. 08.04.2021 E. 2021/347, K. 2021/423 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 11.05.2021)

⁷⁷² Hak kavramının tanımı ile ilgili olarak, üç temel teori bulunmaktadır. Bunlar; İrade teorisi, hak, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı bir irade egemenliği veya irade kudretidir. Bir diğer teori, menfaat (yarar) teorisi, hak, hukuk düzeni tarafından, korunan bir menfaat olarak tanımlanmaktadır. Son olarak, karma teori, belirtilmiş olan iki teorideki unsurları bir araya getiren teoridir. Bu teori de, hak, hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi veren bir menfaat şeklinde tanımlanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Antalya O. Gökhan/Topuz Murat, **Medeni Hukuk**, Cilt I, Seçkin, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2019, s. 145 – 146.

korumadan yararlanma yetkisi veren bir menfaattir⁷⁷³. Hak sahibi, bu yararlanma ile ilgili olarak herkese karşı bu hakkını ileri sürebilecektir.

Türk Hukuku'nda haklar devir kabiliyetine göre devredilebilir haklar⁷⁷⁴ ve devredilemeyen haklar⁷⁷⁵ olarak ikiye ayrılmaktadır. Kişiyeye sıkı surette bağı haklar, devredilemeyen haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Onun dışında haklar, genel olarak devre konu edilebilir⁷⁷⁶.

Teknolojik gelişme ve artan internet kullanımı, gelir getirici faaliyetlerin, bu alanlara kaymasına da neden olmuştur. Günümüzde ticari işletmeler satış, pazarlama ve benzeri ticari faaliyetlerinin çoğunu internet üzerinden sosyal medya hesapları aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Bu bakımdan, sosyal medya hesapları, ticari işletmeler için müşteri ile aradaki bağı, iletişimi sağlayan önemli bir ticari enstrüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifade ile sosyal medya hesapları, ticari işletmeler bakımından ticari işletmeye dahil olan ve ticari işletmenin faaliyetini sürdürmesi için gerekli ve bazen de zorunlu olabilecek unsurlar arasında sayılabilecektir.

Ticari işletmeler bakımından sosyal medya hesapları, ticari işletmenin faaliyetini arttırmak, hızlandırmak, müşteri çevresini geliştirmek, sınırları aşan düzeyde ticaret yapabilmek, fikri mülkiyete konu malvarlığı değerlerinin tanıtımını yapmak ve bilinirliğini arttırmak amacıyla kullanılmaktadır. Bu bakımdan, sosyal medya hesaplarının devredilebilir nitelikte olduğu ve ticari işletme devri ile birlikte devralana devredilebileceği kanaatindeyiz.

⁷⁷³ Oğuzman/Barlas, s. 139; Dural/Sarı, s. 148 ; Yücel Yonca F., **Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme**, Türkiye Barolar Birliği, S. 91, Ankara, 2010, s. 354.

⁷⁷⁴ Örneğin, mülkiyet hakkı, kaynak hakkı, alacak hakkı devredilebilir haklardandır.

⁷⁷⁵ Örneğin, sükna hakkı (TMK m. 823/2) devredilemeyen haklardandır.

⁷⁷⁶ Oğuzman/Barlas, s. 170; Dural/Sarı, s. 173 - 175; Maraşlı Dinç, s. 276; Antalya/Topuz, **Medeni Hukuk**, s. 221.

bb. Sosyal Medya Hesaplarının Ticari İşletmeye Dahil Olması

Günümüzde teknolojik gelişmeler ile birlikte gelir getirici faaliyetler ve mecralar da değişmiştir. İnternetin yaygın olarak kullanımı hem üreticiler, hem de tüketiciler bakımından farklı alanlara yönelim sağlanmasına sebep olmuştur. Bu değişimlerden biri de, sosyal medya hesapları aracılığıyla gelir elde edilmesidir⁷⁷⁷. Bu bakımdan sosyal medya hesapları, ticari işletmeler için gelir getiren malvarlığı sayılabilmektedir.

Ticari işletmenin faaliyetlerinin arttırılması, tanıtımının yapılması, marka değerinin arttırılmasına yönelik çeşitli çalışmaların ve duyuruların yapılması ve benzeri amaçlarla ticari işletme adına açılmış sosyal medya ve dijital platformdaki tüm hesapların işletmeye dahil sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Ticari işletme devri ile, devralana, geçmesini ileri sürdüğümüz, dijital malvarlığı unsurlarının, ticari işletmeye özgülenmiş olması gerekmektedir. Örneğin, holding bünyesinde faaliyet gösteren bir ticari işletmenin, devri söz konusu olduğunda, holdinge ait ve genel olarak topluluğa (holding topluluğuna) hizmet eden sosyal mecra hesaplarının ticari işletme devrine, dahil olmadığı kanaatindeyiz.

İşletmeler sosyal medya hesaplarından, kendi faaliyet alanlarına yönelik kendi işletmelerinin tanıtımını yapabileceği gibi, abone sayısı fazla olan işletmeler, yani hitap ettiği kitle fazla olan işletmeler, başka işletmelerin ve/veya ürün ve malzemelerin tanıtım ve reklamını da yapabilmektedir. İşletmeler, bu yolla, kendi üretiminin dışında ayrıca gelir elde etme imkanı bulabilmektedir⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ Maraşlı Dinç, s. 281.

⁷⁷⁸ Günümüzde gerçek ve tüzel kişilerin, sosyal medya hesapları açıp, belli bir abone sayısına ulaştığında da ürün, malzeme ve her türlü şeyin çeşitli yollarla tanıtım ve reklamını yaptığı, bu yolla yüksek gelir elde ettiği bilinmektedir. Sosyal medya hesapları üzerinden yapılan bu girişim “YouTuber”lık olarak adlandırılmaktadır. YouTuber’lık kolay ve yüksek gelir elde edilmesi bakımından o kadar cazip ve yaygın bir hale gelmiştir ki İŞKUR bir süreliğine Google ile yaptığı ortaklık kapsamında YouTuber’lık eğitimi vermiştir. Bkz. Maraşlı Dinç, s. 281, dt. 17; Sosyal medya aracılığı ile gelir elde edilmesinin bir diğer yolu da, abone, yani takipçi sayısı bakımından fazla olan hesapların satılmasıdır. Bunun için özel

İşletmeye ait olan ve işletmeye katma değer sağlayan sosyal medya ve diğer tüm dijital platformdaki hesaplar, ticari işletmenin dijital malvarlığı kapsamında değerlendirilmelidir.

cc. Sosyal Medya Hesaplarının Ticari İşletmenin Devri ile Birlikte Devralana Geçmesi

Ticari işletmenin faaliyetini sürdürebilmesi, müşteri çevresini tanınması, koruması ve geliştirmesi, faaliyeti bakımından yardım ve destek aldığı irtibatla olduğu diğer yan işletmeler ile işbirliğini sürdürmesi, ticari işletmenin devamlılığı için önem arz etmektedir. Günümüzde, bu çevrelerle irtibat kurulması, daha çok internet üzerinden sosyal medya hesapları, e-posta ve benzeri dijital kanallarla kurulmaktadır.

Ticari işletmenin devrinde, işletmenin devralanla faaliyetine, devirden sonra da devam edebilmesi için, ticari işletmeye ait olan tüm sosyal medya ve dijital platformdaki hesapların ve hesap bilgilerinin de devralana geçmesi gerekmektedir. Bu yolla, devralanın, ticari işletmenin mevcut müşteri çevresine ve tedarik zincirine hakim kılınacağı kanaatindeyiz⁷⁷⁹.

Sosyal medya hesaplarının, hizmet şartlarının pek çoğunda devir yasağı olduğu, bu nedenle, sosyal medya hesaplarının devrinin nasıl yapılacağının bilinmediği belirtilmektedir⁷⁸⁰. Ticari işletmeler adına açılmış olan sosyal medya hesapları ile oluşturulmuş olan dijital her türlü platform, ticari işletme adına oluşturulacağından, esas itibariyle, sosyal medya hesaplarında herhangi bir devir yaşanmasına gerek

hesapların oluşturulduğu, bu hesaplarda satıcı ve alıcıların buluşturulduğu ifade edilmektedir. Bkz. Maraşlı Dinç, s. 283.

⁷⁷⁹ Sulu, ticari işletmeyi işletenler tarafından yönetilmekte olan elektronik posta hesapları, sosyal medya hesapları, kripto paraları, dijital hesap cüzdanları gibi dijital malların ticari işletmenin bütünlüğüne dahil olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Sulu, s. 1231 – 1232.

⁷⁸⁰ Maraşlı Dinç, s. 280.

bulunmamaktadır. Devreden tarafından, sosyal medya hesaplarının tüm kullanım bilgilerinin ve şifrelerinin devralana terki ile sosyal medya hesapları ve dijital platformdaki hesaplar, devralanın hakimiyetine geçmiş olacaktır⁷⁸¹. Görüldüğü üzere, burada, sistemler üzerinde ya da kayıtlar üzerinde yapılan bir devir söz konusu olmayıp, fiili bir devir, bir durum söz konusudur. Sosyal medya hesapları, ticari işletme adına kayıtlıdır ve devirden sonra da yine aynı şekilde kalacaktır⁷⁸².

Ticari işletmenin dijital malvarlığı olarak kabul ettiğimiz, ticari işletmenin faaliyetine önemli ölçüde fayda sağlayan sosyal medya hesapları ile dijital platformdaki diğer hesapların ticari işletmenin devrinde de (ticari işletmenin bütünlüğüne dahil olması itibari ile) devralana geçmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁷⁸³.

7. İşletmenin Pasifleri

Ticari işletme malvarlığı, hakları ve borçları ile bir organizasyon bütünüdür. Borçlar da, ticari işletmenin pasifini teşkil etmektedir. Ticari işletme tüzel kişiliği haiz olmadığından, borçlar, esas itibari ile ticari işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişiye aittir⁷⁸⁴.

Ticari işletmenin devrinde kanun koyucu, ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin birlikte devredilmesi hususunu düzenlemiştir (TBK m. 202). Devir işleminde pasiflerin durumu önem arz etmektedir. Ticari işletmenin devrinde, pasiflerin bir kısmının veya

⁷⁸¹ Ticari işletmenin devrinde, ticari işletmeye ait olan sosyal medya hesapları ile dijital platformda oluşturulmuş olan diğer hesapların devredilmesi anında sistemsel olarak tüm ayarların devralan tarafından yeniden düzenlenmesine imkan verecek şekilde teslim edilmesi ve gerekli olan tüm şifre ve bilgilerin verilmesi gerekmektedir.

⁷⁸² Konu ile ilgili olarak, yaptığımız araştırmada, işletme yetkililerinin, sosyal medya hesaplarını işletmeler adına ayrı ayrı olacak şekilde aldıkları tespit edilmiştir. Toplanan teknik bilgiler kapsamında, tarafımızca, yukarıda yer verdiğimiz kanaate varılmıştır.

⁷⁸³ Dijital malvarlığının akıbeti, miras hukukunda incelenmiş ve ABD ve Kanada’da ölümün ardından diğer geleneksel malvarlığı hakları gibi aktarılabilceğinin kabul edildiği belirtilmiştir. Bkz. Maraşlı Dinç, s. 283.

⁷⁸⁴ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 212.

tamamının devir kapsamı dışında bırakılıp bırakılamayacağı ve bu durumlarda sözleşmenin akıbeti hususunda Türk doktrinde tartışma bulunmaktadır. Aşağıda bu tartışmalara kısaca değinilecektir.

a. Pasiflerin Devirden Hariç Tutulması

TBK m. 202’de, ticari işletmenin devrinde işletmeye ait malvarlığı unsurlarının aktifinin yanı sıra, pasifinin de devrin kapsamına dahil edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık, bazı yazarlarca, ticari işletmenin devrinde pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılabileceği, başka bir anlatımla, tarafların anlaşarak aralarında yapacakları devir sözleşmesi ile ticari işletmenin borçlarını devretmemeyi kararlaştırabilecekleri savunulmaktadır⁷⁸⁵. Bununla, ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılacağı ve bu hususun da kanunun getiriliş amacına uygun olduğu ileri sürülmektedir⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ Arıcı, TBK m. 202’nin emredici olarak pasiflerin naklini düzenleyen bir hüküm olmadığını belirterek, pasiflerin tamamen devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılabileceğini, bu halde anlaşmanın da hüküm ifade edeceğini, böyle bir sözleşme karşısında artık TBK m. 202 uyarınca, borçların naklinin ortadan kalkacağını, pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılması anlaşmasının ihbarda/ilanda belirtilmesi kaydıyla, alacaklılara karşı da ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Bkz. Arıcı, s. 77 – 79; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 204. Eserin bir önceki basısında çoğunluk görüşte olduğu belirtilmiş ve ticari işletmenin devrinde sadece aktiflerin devrini öngören sözleşmenin geçersiz sayılmasının değil, pasiflerin kapsam dışı tutulmasının geçersiz sayılması ve aktiflerin pasiflerle birlikte geçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, eserin son basısında ise, konuya ilişkin olarak görüş değiştirdiğini ve Arıcı’ya atıf yaparak “devir sözleşmesinde açıkça öngörülmek kaydıyla pasiflerin tamamının veya şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlenmiş bir kısmının devrin kapsamı dışında bırakılabileceği” görüşünü savunduğunu belirtmiştir. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 204; Çelikboya, ticari işletmenin devrinde, borçların devrinin belirlenmesinde taraf iradelerinin etkili olması gerektiğini, bu hususun taraf iradeleri esas alınarak çözülmesi gereken bir sorun olduğunu, taraf iradelerine öncelik verilmesinin iktisadi açıdan olumlu sonuçlar doğuracağını, bu nedenle, borçların kapsam dışında bırakılabileceğini, taraflar anlaşarak kapsam dışında bırakmadıkları durumda, borçların devre dahil olabileceğini öngören açık kanuni bir düzenleme getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Çelikboya, s. 289 – 291; Kocabey, devreden ve devralanın devir sözleşmesine hüküm koymak kaydı ile pasifleri tamamen veya kısmen devirden hariç tutabileceklerini, bu şartın taraflar arasında hüküm ifade edeceğini, bunun gerekçesinin de tarafların kendileri bakımından hukuki sonuç doğuracak iradelerine üstünlük tanınması olduğunu belirtmiştir. Bkz. Kocabey Doğan, **Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67 (3), Ankara, 2018, s. 630; Sulu, pasiflerin devirden hariç tutulması gerektiğini ileri sürmemekle birlikte uygulamada ticari işletmenin borçsuz bir bilanço ile devralınmasının pek çok somut olayda ticaret hayatını kolaylaştırdığını belirtmiştir. Bkz. Sulu, s. 1241.

⁷⁸⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 204 - 205.

Konuya ilişkin olarak Türk doktrinde ağırlıklı kabul gören görüşte ise, ticari işletmenin devrinde işletmeye ait aktif ve pasiflerin bir bütün halinde ve işletmenin devamlılığını sağlamak suretiyle devredilmesi gerektiği⁷⁸⁷, aktiflerin işletmenin doğal teminatını oluşturduğu, bu bakımdan devrin pasifleri de kapsamının zorunlu olduğu⁷⁸⁸, nitekim, TTK m. 11 bütünlük başlığını taşımakta olup, madde içerisinde “*ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan*” sözleşmelerden bahsedilip, aktif ve pasiflerden oluşan bütüne vurgu yapıldığı⁷⁸⁹ belirtilerek, pasiflerin ticari işletmenin devrinde kapsam dışında bırakılamayacağı ileri sürülmektedir⁷⁹⁰.

Konu, Türk Hukuku’nda tartışmalı olduğundan, çok kere yargıya taşınmış ve Yargıtay’ın birbirini teyit eden kararları ile yerleşik bir içtihat geliştirilmiştir. Şöyle ki, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, “*Devir ve tüzel kişiliğin teşekkül etmesi ile devralan taraf, kanun uyarınca pasiften sorumlu olacaktır. BK m. 179 - 180 buyurucu nitelikte oldukları için, sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiçbir şekilde etkisiz ve uygulama dışı bırakılamaz. Bunun tamamen etkisiz bırakılması veya sınırlandırılması ancak bir yasayla mümkün olabilir.*” sonucuna varmıştır⁷⁹¹. Yargıtay HGK verdiği 28.11.2001 tarihli kararında aynı gerekçeleri kullanarak, BK m. 179’u emredici hüküm olarak ele almıştır⁷⁹².

⁷⁸⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1014; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 30 - 31; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 38; Poroy/Yasaman, s. 43; Kayar, ayrıca işletmenin yalnızca aktifinin ya da yalnızca pasifinin devri halinde ticari işletmenin devri müessesesinin söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Bkz. Kayar, **Ticari İşletme**, s. 63; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 25; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 148 – 152; İnal H. Tamer, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 239.

⁷⁸⁸ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1014; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Öz, **Ticari İşletme**, s. 114; Poroy/Yasaman, s. 43; Aydın/Kaplan/Şen Kalyon, s. 232; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 148 – 152.

⁷⁸⁹ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31.

⁷⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 281, dn. 2; Erdem, pasiflerin tümünün sözleşme dışında bırakılmasının olanaklı olmadığını belirtmiştir. Bkz. Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1014.

⁷⁹¹ Yargıtay 13. HD. 08.12.1994 E. 1994/9457, K. 1994/11059 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 25.09.2018).

⁷⁹² Yargıtay HGK 28.11.2001 E. 2001/21-1030, K. 2001/1077 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 25.09.2018); Yargıtay, 11. HD. 17.01.2011 E. 2009/7066, K. 2011/125 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 25.09.2018).

TBK m. 202 hükmü, BK m. 179 hükmü ile aynıdır. Madde metninde herhangi bir değişiklik yapılmadan hüküm korunmuştur. Bu bakımdan, BK m. 179 zamanında yapılmış olan değerlendirme ve açıklamalar, TBK m. 202 için de geçerli olacaktır. Bu nedenle, Yargıtay kararları ve gerekçeleri güncelliğini korumaktadır.

Pasiflerin devir sözleşmesinde yer almaması ile ilgili olarak tartışılan bir diğer husus da, bu sözleşmelerin akıbetinin ne olacağıdır. TBK m. 202 hükmünü emredici olarak kabul eden görüşteki yazarların bir kısmı, bu durumda emredici hükme aykırı olarak yapılan devir sözleşmesinin, TBK m. 27 uyarınca, tamamen geçersiz kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁹³. Diğer bir kısım yazarlar ise, emredici hükme aykırılığın devir sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceğini, yalnızca taraflar arasında yapılmış olan sözleşmede yer alan pasiflerin devrinin kapsam dışı kalacağına ilişkin hükümlerin geçersiz sayılması gerektiğini ve pasiflerin de, emredici hüküm uyarınca, kanunen devralana geçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁷⁹⁴.

26.09.2018) Yargıtay, bahse konu kararda devralanın işletmenin tüm borçlarından sorumlu olacağı hükmüne varmıştır.; Yargıtay, 10. HD. 29.03.2013 E. 2011/5485, K. 2013/6178 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 26.09.2018) Yargıtay, bu kararında BK m. 179'u emredici hüküm olarak değerlendirmiş ve hükümde yer alan sorumluluk kaydının sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiçbir şekilde etkisiz bırakılamayacağını hükme bağlamıştır.; Aynı yönde HGK'nın 17.10.2007 E. 2007/21 – 664, K. 2007/745 sayılı kararı bulunmaktadır. (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 26.09.2018). Yargıtay, vermiş olduğu bir başka kararında da usulüne uygun yapılmış olan işletme devri durumunda, devralanın borçlardan da sorumlu olacağı yolunda hüküm tesis etmiştir. Bkz. Yargıtay 17. HD. 27.11.2013 E. 2013/17180, K. 2013/16626 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 26.09.2018).

⁷⁹³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Poroy/Yasaman, s. 43; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 26; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Öz, **Ticari İşletme**, s. 114; Durman, s. 133; Aydın/Kaplan /Şen Kalyon, işletme borçlarının devreden tarafından güvence altına alınması halinde sözleşme metninde pasiflerin devir dışı bırakılabileceği, bu durumda bir sakınca olmadığı (bu halde sözleşmenin geçerli sayılacağı), herhangi bir güvence verilmediği takdirde de pasiflerin kapsam dışı kalacağına ilişkin hükümlerin geçersiz sayılması ve işletmenin tüm aktif ve pasifi ile devrinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Aydın/Kaplan /Şen Kalyon, s. 232.

⁷⁹⁴ Acemoğlu, s. 35 – 38; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 208; Öz, kanunen pasifin de devralana geçmiş sayılması konusunda, eğer taraflar sözleşme ile pasifleri devrin dışında bırakmışlar ise, bu durumda, bu görüşün savunulamayacağını, ancak taraflar yaptıkları sözleşmede işletme borçlarından hiç söz etmemekle birlikte bunların devrini istemedikleri hususunda anlaştıkları ispat edilmedikçe bu halde, borçların da devredildiğinin karine olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 114.

Kanun koyucu TBK m. 202 ile alacaklıları korumayı amaçlamıştır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinde, pasiflerin devrin kapsamı dışında tutulması halinde de, kanunun bu amacının dolanılmak istenildiği açıktır. Bu bakımdan, kanun hükmünün getiriliş amacına uygun olarak hükmü emredici nitelikte kabul etmek, kanaatimizce yerinde olacaktır⁷⁹⁵. Hükmü emredici olarak değerlendirip, devir sözleşmesini tümü ile geçersiz saymak Türk Hukuku'nda kabul gören sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi ile de örtüşmeyecektir. Bu nedenle, sadece pasiflerin naklini engelleyen anlaşmayı/şartı geçersiz saymak, hükmün amacına uygun bir yorum olarak görünmektedir. Böylece, devir sözleşmesi geçerli olacak, aktifler sözleşme uyarınca, devralana intikal edecek ve sözleşme dışı bırakılan pasifler de, TBK m. 202'nin emrediciliği uyarınca, kanunen devralana geçecektir⁷⁹⁶.

b. Pasiflerin Bir Kısımının Devirden Hariç Tutulması

Ticari işletmenin devrinde, taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinde, TBK m. 202 uyarınca, devredilen borçların tereddüte yer vermeyecek derecede belirtilmek sureti ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ve bunun işletme alacaklılarına karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bizim de katıldığımız görüşe⁷⁹⁷ göre, ticari işletmenin devrinde, borç, taraf iradeleri uyarınca değil, kanun gereği devredilmektedir. Buna karşılık, taraflar arasında bir kısım borçlardan devralanın sorumlu olmayacağı veya belli bir miktara kadar sorumlu olacağı

⁷⁹⁵ Acemoğlu, s. 39 – 41; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Poroy/Yasaman, s. 43; Durman, s. 133.

⁷⁹⁶ Acemoğlu, s. 35 – 41; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 208; Han, s. 157 -158; Arkan, devir sözleşmesinde pasiflerin hariç tutulması ve sadece aktiflerin devrinin öngörülmesi halinde sözleşmenin tamamen geçersiz olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 42; Aynı yönde bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 26; Durman, s. 133; Aydın /Kaplan/Şen Kalyon, s. 232.

⁷⁹⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 35 – 36; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42; Durman, devreden tarafından şahsen yapılması gereken borçların bu duruma bir istisna teşkil ettiğini belirtmiştir. Bkz. Durman, s. 133.

hususı kararlaştırılabilir. Buna imkan vardır. Ancak bu sınırlama iç ilişkide, yani taraflar arasında geçerlidir. Sınırlama, ihbar ve ilanda belirtilse dahi, alacaklılara karşı ileri sürülemez.

Diğer bir görüşe⁷⁹⁸ göre, bir takım borçlar devir sözleşmesi ile sınırlandırılabilir. Taraflar arasındaki bu sınırlandırmalar yapılacak olan ilan/ihbarda açıkça belirtilmek kaydıyla, alacaklılara karşı da ileri sürülebilir. İlan/ihbarda yer alan sınırlamalar, kesin ve anlaşılır olmalıdır. Burada yer alan belirsizlikler ve anlam kargaşasının sonuçları, güven prensibi gereği devralana yüklenmektedir⁷⁹⁹. Eğer ilan/ihbar açık ve kesin olarak bir sınırlama ifade etmiyorsa, karine olarak, tüm borçların devralana geçtiği kabul edilmektedir. Bu halde bir sınırlama olduğunu, bu sınırlamadan faydalanacak olan devralan ispat etmek durumunda kalacaktır⁸⁰⁰.

Üçüncü ve son görüşe⁸⁰¹ göre, devir sözleşmesinde iç ilişkide bazı borçların ayrık tutulması öngörülebilir. Bunlar yapılacak olan ilan/ihbarda açıkça belirtilmek kaydı ile alacaklılara karşı da geçerli hale gelir ve ileri sürülebilir. Yine bu görüşü savunan yazarlara göre, tüm pasiflerin naklini engelleyen sözleşmeler, pasiflerin sınırlandırılması kavramı ile bağdaşmaz. Pasiflerin tümünün veya büyük bir kısmının sınırlandırıldığı sözleşmeler yapılabilir ve geçerlidir. Ancak bu durumda artık TBK m. 202 uygulanmaz.

⁷⁹⁸ Acemoğlu, s. 40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 281; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1014; Kahraman, ilan ve ihbar şartına değinmeksizin, devir sözleşmesinde yer alması şartı ile bazı borçların devir kapsamı dışında tutulabileceğini belirtmektedir. Bkz. Kahraman, s. 587 – 630.

⁷⁹⁹ Acemoğlu, s. 118.

⁸⁰⁰ Acemoğlu, s. 118.

⁸⁰¹ Arıcı, s. 80 – 81; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 204 – 205; Benzer yönde Çelikboya da devir sözleşmesinde tarafların bir kısım borçları kapsam dışında bırakabileceğini, hatta dilerlerse ticari işletmenin tüm borçlarını kapsam dışında bırakabileceklerini ileri sürmektedir. Bkz. Çelikboya, s. 289.

III. DEVİR SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA SÖZLEŞMELERİN GEÇİŞİ

A. SÖZLEŞME DEVRİNİN TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ BAKIMINDAN ÖNEMİ

Bir ticari işletme pek çok unsurdan ve bunlar arası ilişkiden meydana gelmektedir. Bunlar, işletmenin aktifleri, pasifleri, müşterileri, hizmet/mal aldığı işletme partnerleri, dağıtıcılarıdır. Ticari işletmenin bu ilişkileri, çoğunlukla, sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelere dayanmaktadır⁸⁰². Ticari işletme faaliyeti, bu yolla aksatılmadan sürdürülmektedir.

Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde mevcut sözleşmelerin devri önem arz etmektedir⁸⁰³. Ticari işletmeyi devralan, esas itibari ile ticari işletmede yürütülmekte olan faaliyeti devralmakta ve çoğu zaman da bu faaliyeti sürdürmek istemektedir. İşletmenin faaliyetinin sürdürülebilmesi ve aynı düzende devam ettirilebilmesi için geçmişte yapılmış olan, faaliyeti şekillendiren ve devamı için gerekli olan iş ilişkileri, yani mevcut sözleşmelerin devamı, işletme ve devralan açısından büyük önem taşımaktadır⁸⁰⁴.

Ticari işletmenin mevcut olan sözleşmeleri örneğin, kira sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri gibi faaliyetin dayanağını oluşturan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin, ticari işletmenin devrinde esaslı unsur niteliği taşıdığı

⁸⁰² Arıcı, s. 125.

⁸⁰³ Acemoğlu, s. 78; Arıcı, s. 125.

⁸⁰⁴ Acemoğlu, ticari işletmenin devrinde işletmeye bağlı sözleşmelerin de devredilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 78; aynı yönde Arıcı, s. 125; Durman, s. 141; Topuz, s. 68; Çelikboya, s. 367.

da söylenebilecektir⁸⁰⁵. Zira bu sözleşmelere konu hak ve menfaatler ortadan kalktığında, bazı hallerde işletmeyi devralan, faaliyetine devam edemeyebilecektir⁸⁰⁶.

Ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin devri, devreden ve devralanın menfaatine olduğu kadar, çoğu zaman da, işletme kapsamındaki sözleşmelerin tarafı olan üçüncü kişinin de menfaatine olabilir⁸⁰⁷. Zira devredenin yokluğu sebebi ile sözleşmenin devamı son bulmuş olabilir. Ancak sözleşme devredildiği takdirde üçüncü kişi, devralan ile sözleşme ilişkisine devam etme imkanı bulur.

Görüldüğü üzere, ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin devri büyük önem taşımaktadır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinin sözleşmelerin devrini de kapsayıp kapsamadığı konusunun incelenmesi gerekmiştir. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından, öncelikle genel olarak TBK m. 205'te düzenlenmiş olan “*sözleşmenin devri*” müessesesi üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

1. Genel Olarak Sözleşmenin Devri Kavramı

Sözleşmenin devri⁸⁰⁸, borç ilişkisine taraf olan kişinin, bu sıfatını sözleşme ile bir başkasına devretmesidir⁸⁰⁹. Başka bir deyişle, sözleşme taraflarından birinin

⁸⁰⁵ Acemoğlu, s. 79 – 80; Arıcı, s. 125.

⁸⁰⁶ Ticari işletmenin, ürün kirasına konu olması halinde mevcut sözleşmelerin yasa gereği kiracıya devredilmediği, yani işletme kiracısı TBK m. 202/1 kapsamında işletmeyi devraldığını alacaklılara bildirdiği veya ilan ettiği zaman mevcut sözleşme ilişkilerine taraf olmayacağı belirtilmektedir. Fakat bu durumun hem kiracı, hem de kiraya veren bakımından memnuniyetsizlik yaratan bir durum olduğu, bunun nedeninin de olası ihtilafların çıkması gösterilmektedir. Ticari işletmenin devrinde, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin de belli şartlarda kiracıya geçişinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Sağlam İpek, **Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, S. 1, İstanbul, 2013, s. 191 – 192.

⁸⁰⁷ Arıcı, s. 125; Durman, s. 141.

⁸⁰⁸ Konu ile ilgili olarak yazarlar arasında sözleşmenin devri, sözleşmenin nakli, sözleşmenin yüklenilmesi veya sözleşme pozisyonunun devri gibi çeşitli terimler tercih edilmiştir. Biz çalışmamızda kanuni terim olması sebebi ile sözleşmenin devri terimini kullanacağız. Örneğin Ayrancı, sözleşmenin devri yerine, sözleşmenin yüklenilmesi terimini kullanmıştır. Bkz. Ayrancı Hasan, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2003, s. 31.

⁸⁰⁹ Nomer N. Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 489 – 490.

sözleşmeden ayrılarak, onun yerine dışarıdan üçüncü bir kişinin sözleşmeye taraf olarak girmesi ve sözleşmesel ilişkinin hak ve borçlarını devralmasıdır⁸¹⁰. Sözleşmenin devrinde, sözleşme hükümleri aynen korunmakta, yalnızca taraflardan biri değişmektedir⁸¹¹. Böylece, sözleşmeye giren üçüncü kişi, ayrılan tarafın yerine geçtiği için, devir anından itibaren sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacakların sahibi ve borçların yükümlüsü olmaktadır⁸¹².

Sözleşmenin devri müessesesi, BK'da yer almıyordu⁸¹³. O dönemde, Borçlar Hukuku'nun genel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde devrin varlığı kabul edilerek, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerinden yararlanılmak suretiyle sözleşmelerin devri yorumlanmaktaydı⁸¹⁴. Sözleşmenin devrine, temel kanun olarak ilk defa TBK'nın 205. maddesinde yer verilmiştir⁸¹⁵. Buna

⁸¹⁰ Eren, s. 1284; Arıcı, s. 126; Yavuz Cevdet, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Borcun Üstlenilmesi (m. 195 – 204) ile Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma (m. 205 – 206) Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 270 – 271; Sezer, s. 162; Albayrak Zincirlioğlu Candan, **İş Sözleşmesinin Devri**, 1. Baskı, Filiz, İstanbul, 2015, s. 13; Çelikboya, s. 365; Yıldırım Abdülkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Adalet, Ankara, 2016, s. 414; Yavuz Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt I**, Adalet, İkinci Baskı, Ankara, 2015, s. 1018; Ayhan/Özdamar/Çağlar'a göre devir sözleşmesi sui generis bir sözleşmedir. Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 153; Ayrancı ise sözleşmenin devri kavramının iradi taraf değişikliği olduğu takdirde kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Ayrancı, s. 35.

⁸¹¹ Arıcı, s. 126; Topuz, s. 68; Albayrak Zincirlioğlu, s. 14; Çelikboya, s. 365.

⁸¹² Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 154; Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, “... sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir. İlişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi hak ve borçlar bakımından değişmeksizin yeni taraf ile devam eder...” şeklinde hüküm kurmuş ve taraf değişikliğinin sözleşmenin devamı bakımından etkisinin olmadığını belirtmiştir. Yargıtay 3. HD. 14.10.2004 E. 2004/9625, K. 2004/10945 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 12.10.2018).

⁸¹³ Buna karşılık sözleşmenin devri müessesesine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66. maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddesinde sözleşmenin devri başlığı ile yer verilmiştir.

⁸¹⁴ Arıcı, sözleşmede kalan tarafın irade özgürlüğünün ihlal edilmemesi hususunun önemli olduğunu, sözleşmenin devrinde ise sözleşmede kalan bakımından sözleşmenin tarafını belirleme özgürlüğünün vazgeçilmez bir koşul olduğunu belirtmiştir. Bkz. Arıcı, s. 126; Demelius, taraflar bakımından sözleşme serbestisinin zedelenmesinin, sözleşmede muhteva değişikliğine gidilmesi halinde olacağını, taraf değişikliğinin de borç ilişkisinin muhtevasının değişmesi anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bkz. Demelius Heinrich, **vertragsübernahme**, Jhr.Jhb. Bd. 72 (1922) sh. 17 vd. naklen Ayrancı, s. 45.

⁸¹⁵ Yavuz, sözleşmenin devrinin borçlar hukuku terimi olduğunu, dolayısıyla mutlaka Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yavuz, **Seminer Sungurbey**, s. 270; Kaplan, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devri sözleşmelerinde, şirketlerin üçüncü kişilerle önceden yaptıkları borçlandırıcı sözleşmelerin, hukuki akıbetinin tespiti için TTK'da düzenlenmiş bulunan şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devrine ilişkin hükümlerle birlikte, TBK'nın

göre, “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır”.

Kanun hükmü uyarınca, sözleşmenin devrinde, bir tarafta sözleşmeyi devreden, diğer tarafta devralan ve son olarak da sözleşmede kalan taraf olmak üzere üçlü bir ilişki söz konusudur. Sözleşmenin devri, tüm taraflar için ayrı nitelikte bir işlem oluşturmaktadır. Şöyle ki, sözleşmenin devri, devreden malvarlığının aktifini derhal etkilediğinden, devreden bakımından, tasarruf işlemi niteliğinde olurken⁸¹⁶; devralan bakımından, edindiği haklar dikkate alındığında kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar dikkate alındığında ise, borçlandırıcı işlem niteliğindedir⁸¹⁷. Sözleşmede kalan bakımından ise, taraf değişimi olduğundan, değiştirici yenilik doğuran bir işlem niteliğindedir⁸¹⁸.

Sözleşmenin devri, TBK m. 205 ile gerçekleşmenin yanında, ayrıca bunu özel olarak düzenleyen kanun maddeleri uyarınca da mümkün olmaktadır⁸¹⁹. Bunlara devredilen taşınmazın yeni malikinin, kanunda aranan şartlar dahilinde, kira sözleşmesinin kiraya veren tarafı haline gelmesi, işyeri devirlerinde devir tarihinde işyerinde mevcut iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesi örnek verilebilir⁸²⁰.

sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinin gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Kaplan İbrahim, **Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde, Şirketlerin Üçüncü Kişilerle Önceden Yaptıkları Borçlandırıcı Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 154, Ankara, 2021, s. 282.

⁸¹⁶ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 153 – 154; Topuz, s. 69; Bahadır, s. 5; Ayrancı, sözleşmenin devrinin sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan açısından tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu, sözleşmeyi yüklenen taraf bakımından ise devir sözleşmesinin bir taahhüt işlemi niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Ayrancı, s. 67.

⁸¹⁷ Arıcı, s. 127, dn. 49; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 153 – 154; Topuz, s. 69.

⁸¹⁸ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 153 - 154.

⁸¹⁹ Arıcı, s. 127; Bahadır Zeynep, **Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVII, S. 3, Ankara, 2013, s. 3; Çayan Gökhan, **Sözleşmenin Devri**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2016, s. 7.

⁸²⁰ Ayrancı, s. 38; Arıcı, s. 135; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 156 – 157; Bilindiği üzere, sigorta sözleşmelerinde menfaat unsuru önemli olmaktadır. Menfaatin sözleşmenin yapıldığı anda, sözleşme süresince ve riskin meydana geldiği anda mevcut olması gerekmektedir. Menfaatin ortadan kalkması anında sözleşme de o anda geçersiz olmaktadır. Bkz. Bozkurt Tamer, **Sigorta Hukuku**, 10. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 43 – 44; eTTK m. 1303’e göre, sigorta sözleşmelerinde sigortalanan şeyin

2. Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi Vasıtasıyla Sözleşmeden Doğan Hak ve Borçların Tümüyle Aynı Kişiye Devredilmesi Halinde Bunun Sözleşmenin Devrini Sağlayıp Sağlamayacağı Sorunu

Türk Hukuku'nda asıl prensip, borç ilişkisi kimler arasında doğmuş ise, onların arasında sürdürülmesi ve sona ermesidir. Kural bu olmakla birlikte, çeşitli ihtiyaçlar sebebi ile borç ilişkisinin kurulmasından sonra alacaklı (alacağın devri TBK m. 183 vd.) ve borçlu (borcun üstlenilmesi TBK m. 195 vd.) tarafının değişmesi kabul edilmiştir.

Ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrinde, temel olarak alacağın devri ve borcun üstlenilmesi müesseselerinden faydalanılmaktadır. Bu yolla, ticari işletmenin tüm hak ve borçları aynı kişiye, yani ticari işletmeyi devralana geçirilebilmektedir. Burada işletme ile ilişkili bir sözleşmeden doğan tüm hak ve borçların (yenilik doğurucu hakların, külfetlerin ve def'ilerin) devralana geçmesi halinde, sözleşmenin bütününe devrini sağlayıp sağlamayacağı sorunu önemli olup doktrinde tartışmalıdır.

Konu ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile devri bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Nitekim ticari işletmenin devrinde, hak ve borçlar aynı kişide toplanmaktadır⁸²¹. Buna karşılık, TTK m. 11/3 ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin akıbeti ile ilgili olarak, bir düzenleme içermemektedir. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinin mevcut sözleşmelere etkisi netlik kazanmamıştır.

malikinin el değiştirmesi halinde, sigortadan doğan hak ve borçların yeni malike geçeceği kabul edilmekteydi. Kanun koyucu menfaat unsurundan hareketle, konuyu TTK m. 1470 ile kapsamlı değişiklik yaparak yeniden düzenledi. Buna göre, sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi halinde sigorta sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa sigorta ilişkisinin sona ereceği ve devam etmeyeceği hükme bağlandı. Böylece, ticari işletmenin devri halinde sigorta sözleşmelerinin kendiliğinden devralana geçişi sona ermiş oldu.

⁸²¹ Çelikboya, s. 368.

Sözleşmenin devrine ilişkin temelde iki teori bulunmaktadır. Bunlar birlik teorisi ve kombinasyon (parçalanma) teorisidir.

Birlik teorisine göre, sözleşme ilişkisi haklardan, borçlardan, hukuki durumlardan meydana gelen ve bütünlük arz eden bir organizmadır⁸²². Bu organizma unsurlarına ayrılmamaktadır. Dolayısı ile alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerine bölünemez⁸²³. Alacağın devri ve borcun üstlenilmesi, sözleşme ilişkisine göre dar anlamda borçları kapsar. Sözleşme ilişkisinden doğan haklar ise, alacak ve borçlarla sınırlı değildir⁸²⁴. Örneğin, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemleri ile yenilik doğuran haklar devredilemez⁸²⁵. O sebeple, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin birlikte yapılarak, tüm hak ve borçların aynı kişiye devredilmesi, sözleşmenin tarafı sıfatının değişmesi imkanı vermez⁸²⁶. Her iki işlemin ayrı ayrı veya birlikte yapılması arasında sonuç bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Birlik teorisi uyarınca, sözleşmenin devrini sağlamak için sözleşmenin tüm taraflarının, yani sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve nihayet sözleşmede kalan tarafın birbirine uygun irade beyanları ile sözleşme bir bütün olarak devredilebilecektir⁸²⁷. Bunun dışında, sözleşmeden doğan hak ve borçların birlikte devredilmesi halinde, sözleşme tarafında bir değişiklik meydana gelmez. Böylece, sözleşmeye taraf olmaya bağlanan sonuçlar, devredene ait olmaya devam edecektir⁸²⁸.

⁸²² Ayrancı, s. 40.

⁸²³ Arıcı, s. 128.

⁸²⁴ Eren, s. 1285; Arıcı, s. 128; Çelikboya, s. 368; Meral, Ole Lando ilkelerinin açıklama metninin “A Genel Açıklamalar” başlığı altında konunun değerlendirildiğini, sözleşmenin devrinin alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden tamamen farklı ve bunların toplamından daha fazlası olduğunu açıkladığını belirtmiştir. Bkz. Meral Nevin, **Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri’nde Sözleşmelerin Devri**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 5, S. 1, Malatya, 2014, s. 339 – 340.

⁸²⁵ Eren, s. 1285.

⁸²⁶ Ayrancı, s. 51; Arıcı, s. 128; Çelikboya, s. 368.

⁸²⁷ Çelikboya, s. 369; Sözleşmenin devrini açıklayan teoriler ile ilgili olarak Lando Komisyonu birlik teorisini benimsemektedir. Bkz. Meral, s. 340.

⁸²⁸ Ayrancı, s. 41 vd.

Sözleşmenin devrini açıklayan diğer bir teori de, kombinasyon (parçalanma) teorisidir. Bu teoriye göre, sözleşme ilişkisi alacak ve borçlardan ibarettir⁸²⁹. Alacak ve borçların aynı kişiye devredilmesi, aynı zamanda sözleşmenin devri sonucunu doğurmaktadır⁸³⁰. Buradan hareketle, kombinasyon teorisine göre, sözleşme ilişkisinde alacak ve borçlar dışında bir unsur bulunmamaktadır⁸³¹.

Bu teori uyarınca, devralana sözleşmeden doğan alacak ve borçların yanı sıra, yenilik doğuran haklar da geçmiş olur⁸³². Bu yolla, devralan, alacakların ve borçların kaynağı olan sözleşmenin tarafı olma sıfatını kazanır. Devralan, sözleşme tarafı olması itibarı ile yenilik doğurucu hakları kullanabilecektir. Örneğin, fesih beyanında bulunabilecek ve/veya fesih beyanı devralana yöneltilebilecektir⁸³³.

Kanımızca da, isabetli olan kombinasyon teorisine göre, sözleşmeyi devreden ve sözleşme ile ilişkisi kalmayan kişide, sözleşme tarafı olmaya bağlanan hakların kalmasında herhangi bir menfaat bulunmamaktadır. Devreden tüm alacak ve borçları devrettikten sonra hala sözleşme tarafı olarak sözleşme ilişkisini sonlandıran ve/veya değiştiren yenilik doğurucu hakları kullanacak olması, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalanın menfaatine olmadığı⁸³⁴ gibi, hukuki belirlilik ve güvenin korunması bakımından da sakıncalı sonuçlar yaratabilecektir⁸³⁵.

Sözleşmenin devrinde kombinasyon teorisinin üstün tutulması halinde, ticari işletmenin devri aracılığı ile ticari işletmeye dahil olan (devir sözleşmesinde ayrı tutulmamış olan) sözleşmelerin de, işletme ile birlikte devredileceği sonucuna varılabilecektir.

⁸²⁹ Ayrancı, s. 41; Çelikboya, s. 370.

⁸³⁰ Ayrancı, s. 41; Arıcı, s. 129; Çelikboya, s. 370.

⁸³¹ Ayrancı, s. 41; Çelikboya, s. 370.

⁸³² Ayrancı, s. 42.

⁸³³ Çelikboya, s. 370.

⁸³⁴ Ayrancı, s. 42; Arıcı, s. 130.

⁸³⁵ Çelikboya, s. 371.

Çünkü sözleşmeye dahil olan alacaklar ve borçlar devralana geçecek, bu durumda, sözleşmede kalan tarafın onayı gerekmeyecektir. Zira TBK m. 202, TBK m. 195'ten farklı olarak, ticari işletmenin devrinde borçların devri için alacaklının rızasını aramamaktadır. Alacağın devri için TBK m. 183'te borçlunun rızasının aranmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Böylece ticari işletmenin devrinde, alacak ve borç, sözleşmede kalan tarafın onayı alınmaksızın devredilmiş olacak ve bu yolla sözleşme de, kombinasyon teorisi uyarınca devredilmiş sayılacaktır⁸³⁶.

Diğer görüş olan birlik teorisinin benimsenmesi durumunda ise, sözleşme ilişkisi unsurlarına ayrılmadığından, alacakların ve borçların devredilmesi durumunda, işletmeye dahil olan sözleşmelerin devri sonucuna varılamayacaktır⁸³⁷. Sözleşmenin devri için, üç taraflı sözleşme devri anlaşması yapılması veya sözleşmede kalan tarafın onayının alınması gerekecektir⁸³⁸.

3. Ticari İşletmenin Devri Kapsamında Mevcut Sözleşmelerin Akıbeti

Ticari işletmenin devrini düzenleyen TBK m. 202 ve TTK m. 11'de, ticari işletmenin devri halinde işletme ile ilgili mevcut sözleşmelerin durumuna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda, TBK m. 205'te, düzenlenmiş olan sözleşmenin devri müessesesinden faydalanılmak gerekecektir. Bu halde devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında üçlü bir anlaşma yapılması gerekecek olup, TBK m. 205 uyarınca, sözleşmenin devredilmesi, sözleşmede kalan tarafın onay ve rızası şartına bağlı olacaktır. Bu durum, ticari işletmenin devrinde çeşitli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Ticari işletmeyi devralan, ticari işletmeyi bir bütün olarak mevcut tüm şartları ile işleyen bir organizasyon olarak devralmak istemektedir. TBK m. 205

⁸³⁶ Çelikboya, s. 371.

⁸³⁷ Ayranç, s. 50 – 51; Çelikboya, s. 371.

⁸³⁸ Arıcı, s. 131.

uyarınca, sözleşmelerin devri için devralan, devreden ve sözleşmede kalan tarafın aynı yönde istek ve arzusuna ihtiyaç duyulmaktadır. Devreden ve devralan, çoğu zaman ortak isteğe sahip olabilecektir. Ancak sözleşmede kalan taraf bakımından, her zaman bunu söylemek mümkün değildir. Bu durumda, ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşmenin devrinin sağlanması, sözleşmede kalan tarafın keyfi tutumuna bırakılmış olacaktır. Bir diğer sakınca da, ticari işletmenin devrinde, tüm sözleşmede kalanların rızasının alınması fiili olarak çok külfetli olmasıdır⁸³⁹.

Ticari işletmenin devrinde, sözleşmelerin geçişi konusu, uygulamadaki ihtiyaçlar dolayısı ile tartışma konusu olmuş ve çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Biz çalışmamızda bu görüşlerden bir tanesi olan ticari işletmenin devri halinde, ticari işletmeyle ilgili sözleşmelerin, işletmenin devri ile birlikte kendiliğinden devralana geçip geçmeyeceği, başka bir ifade ile ticari işletmenin devrinde, işletmeyi devralan kişinin, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın sözleşmenin tarafı haline gelip gelemeyeceği hususunu inceleyeceğiz.

a. Türk Hukuku'nda Ticari İşletmenin Devrinde Sözleşmelerin Akıbeti Hakkındaki Görüşler

Ticari işletmenin devrinde, devir kapsamına dahil olan sözleşmelerin akıbeti konusunda özel olarak düzenlenmiş olan kiracılık hakkı ve iş sözleşmeleri dışında kanuni bir açıklık bulunmamaktadır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde, sözleşmelerin devirden nasıl etkileneceği ve akıbetlerinin ne olacağı hususu doktrine bırakılmıştır.

⁸³⁹ Bahtiyar, ticari işletmenin devrinde, alacağın devrinden farklı olarak alacaklıların rızalarının tek tek alınmadığını, alınmasının da olanaksız olacağını ifade etmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Biz de ticari işletmenin devrinde, işletmeye dahil olan sözleşmelerde, tüm sözleşmede kalan tarafların rızalarının alınmasının çok zor olacağı kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. Acemoğlu, s. 79.

Ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin akıbeti hususunu yaptığı çalışmada dile getiren Acemoğlu, ticari işletmenin devrinde sadece alacakların ve borçların devredilmesinin yeterli olmayacağını, bunun yanında ticari işletme ile ilgili olan sözleşmelerin de devredilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir⁸⁴⁰. Sözleşme devrinde, sözleşmede kalan tarafın rızasının aranması olarak bilinen genel kurala, ticari işletmenin devrinde de başvurulmasının ise, ciddi bir güçlük çıkaracağını, bu nedenle bunun uygulanabilir bir çözüm olmadığını dile getiren Acemoğlu, ticari işletmenin devrinde, işletme ile ilgili sözleşmelerin devri için, sözleşmede kalan tarafın onayının aranmasının zorunlu olmadığını ve sözleşmelerin kanun gereğince devredilmesi gerektiği hususunu ileri sürmüştür⁸⁴¹.

Acemoğlu, ticari işletmenin devrinde, sözleşmelerin kanunen devri konusunu gerekçelendirirken, borçların kül halinde devredildiğini ve alacaklının rızasına ihtiyaç duyulmadığını, bu bakımdan, sözleşmelerin devrinde, sözleşmede kalan tarafın rızasına ihtiyaç duyulmasının anlamsız olacağını ileri sürmüştür. Ayrıca, ekonomik düzende yapılan sözleşmelerde, işletme sahibinin değil, işletmenin önem arz ettiğini, bu bakımdan, önemli olanın işletmenin mevcudiyetini koruması olduğunu belirtmiştir⁸⁴².

Ticari işletmenin devrini inceleyen Arıcı, işletmelerin devrinde, sözleşmelerin geçişi konusunda, sözleşmeyle ilgili tüm alacakların ve borçların devredilmesi halinde, sözleşmenin de, kendiliğinden sözleşmede kalan tarafın rızası alınmaksızın, devralana geçeceğini belirtmiştir. Sözleşmeden kaynaklanan alacak ve borçların devir kapsamı dışında bırakılması halinde ise, doğal olarak, sözleşmenin devredilmesinin mümkün olmayacağını ileri sürmüştür⁸⁴³. Benzer yönde görüş bildiren Durman, sözleşmelerin

⁸⁴⁰ Acemoğlu, s. 78.

⁸⁴¹ Acemoğlu, s. 79.

⁸⁴² Acemoğlu, s. 79.

⁸⁴³ Arıcı, s. 137.

kombinasyon teorisi uyarınca, ticari işletmenin devri ile birlikte, taraf rızası olmaksızın devrinin olanaklı olması gerektiğini belirtmiştir⁸⁴⁴. Akçaal, konuya ilişkin değerlendirmesinde, devreden, tüm alacak ve borçları devrettikten sonra, sözleşmede taraf sıfatının devamında bir menfaati kalmadığını, işletmenin alacakları ve borçları ile bir bütün halinde devredildiğinde, devrin, sözleşmede kalan tarafın rızası alınmaksızın işletme faaliyeti kapsamındaki sözleşmelerin de devrini sağlayacağını belirtmiştir⁸⁴⁵. Cengil ise, ticari işletmenin devirden sonra da, faaliyetine devralan ile devam edebilmesi için organizasyon kapsamında olan, mevcut sözleşmelerin devrinin de devralana intikal etmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da, TTK m. 11/3'te, kısmi külli halefiyet ilkesinin kabul edildiğini, kısmi külli halefiyet ilkesinin, külli halefiyetten farklı olmadığını, kısmi külli halefiyette de, külli halefiyette olduğu gibi, sözleşme ilişkilerinin sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devredileceğini ileri sürmüştür⁸⁴⁶.

Konuyu farklı bir şekilde gerekçelendirerek değerlendiren Ayhan/Özdamar/Çağlar'a göre, sözleşmeler, ticari işletmenin malvarlığına dahil unsurlardan sayılmaktadır. Bu nedenle, kural olarak, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın, sözleşmelerin de devredildiği sonucuna varılmalıdır⁸⁴⁷.

Konuya ilişkin bazı yazarlar tarafından, farklı bir gerekçe ileri sürülmektedir. Buna göre, TTK m. 11/3 kanundan kaynaklanan ayrık bir haldir. Bu nedenle, TBK m. 205'te, sözleşmenin devri için belirtilen koşullar burada aranmaz. Bu yolla, sözleşmede

⁸⁴⁴ Durman, s. 142, dn. 304.

⁸⁴⁵ Akçaal, s. 125.

⁸⁴⁶ Cengil, s. 371 – 373.

⁸⁴⁷ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 155; Aynı yönde bkz. Akgöl İzel, **Ticari İşletmenin Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 95.

kalan tarafın onayı olmaksızın ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşme de, devralana geçer⁸⁴⁸.

Ticari işletmenin devrinde, sözleşmelerin geçişi için, sözleşmede kalan tarafın onay/izin vermesinin gerekli olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bunlardan Topuz’a göre, ticari işletmenin devrinde, sözleşmelerin devri için, TBK m. 205’te, aranan şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, sözleşmede kalan tarafın onay vermesi gerekecektir. Aksi halde, ticari işletmenin devrinde sözleşmeler devirden etkilenmeyecek ve devreden, sözleşme tarafı olmaya devam edecektir⁸⁴⁹.

Topuz, ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin kendiliğinden devrinin kabulünün, Borçlar Hukuku’nun temel prensiplerinden olan sözleşme serbestisi ilkesine⁸⁵⁰ aykırı olacağını ifade etmektedir⁸⁵¹.

Ticari işletmenin devrinde mevcut sözleşmelerin akıbeti ile ilgili olarak, ağırlıklı görüş, mevcut sözleşmelerin, ticari işletmenin devri ile birlikte kendiliğinden devralana geçeceği yönündedir. Bu konuyu açıklamak için, belirtilmiş olan gerekçelerin kanaatimizce, hepsi yerinde ve birbirini destekler niteliktedir. Şöyle ki:

Ticari işletmedeki faaliyet, işletme için yapılmış olan ve süreklilik arz eden sözleşmeler ile kesintisiz bir şekilde ve amacına uygun olarak sürdürülmektedir. Ticari işletmedeki faaliyetin, layıkı ile sürdürülebilmesi, çoğu zaman devam eden iş ilişkilerinin kesintiye uğramadan, devam etmesine bağlıdır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devredildikten

⁸⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 628 – 629; Ülgen/Helvacı/Kaya/ Nomer Ertan, s. 208; Çelikboya, s. 383 -384.

⁸⁴⁹ Topuz, s. 70.

⁸⁵⁰ Oğuzman/Öz, sözleşme serbestisini, “*kural olarak bir kişi, dilediği kimse ile dilediği akdi yapmakta serbest olduğu gibi istemediği bir akdi yapmaya da mecbur değildir.*” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 23; Kaplan, sözleşme serbestisini, kişilerin hukuk düzeninin sınırları içinde irade beyanlarıyla hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hususundaki özgürlükleri olarak tanımlamaktadır. Bkz. Kaplan İbrahim, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2007, s. 19; Tanım ve açıklama için bkz. Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 127 – 128, dn. 1 - 2.

⁸⁵¹ Topuz, s. 70 - 71.

sonra, devralan tarafından, ticari faaliyete devam edilebilmesi için, işletmeye işlerlik ve devamlılık kazandıran, mevcut sözleşmelerin ticari işletme ile birlikte devralana geçmesi önem arz etmektedir.

Ticari işletmenin devrinde, devrin, bir bütün halinde yapılması ve devamlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu bakımdan, mevcut sözleşmelerin akıbeti ile ilgili, genel olarak sözleşmenin devri müessesesinden yararlanılması böylece, sözleşmede kalan tarafın, rızasının aranması ciddi bir güçlük çıkaracaktır. Bu güçlük de, kanun koyucunun, ticari işletmenin devri müessesesinde amaçladığı hız ve kolaylık ile bağdaşmayacaktır.

Kanun koyucu, TTK m. 11/3 ile, ticari işletmenin devri bakımında pek çok kanun maddesine istisna ve/veya özel hüküm teşkil edebilecek uygulama düzenlemiştir. Bu nedenle, TTK m. 11/3'te, düzenlenmiş olan ticari işletmenin devri ile ilgili olarak, kanundan kaynaklanan *“ayrık bir haldir”* demek yanlış olmayacaktır. Böylece, ticari işletmenin devrinde, devre dahil olan sözleşmelerin devri bakımından, TBK m. 205'te, aranan şartlar burada aranmayacaktır. Nitekim, TBK m. 205/4'de, *“Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.”* denilmek suretiyle sözleşmelerin devri ile ilgili olarak özel hüküm ve uygulamalara imkan tanınmıştır.

Bununla birlikte, sözleşmeler, genel olarak, karşılıklı borçlardan ve alacaklardan oluşmaktadır. Ticari işletmenin devrinde, borçlar ve alacaklar karşı tarafın rızası alınmaksızın kanun gereği, devralana geçmektedir. Bu kapsamda, sözleşmeye dahil olan borç ve alacaklar da, devralana kanun gereği geçecektir. Böylece, devreden elinde, içi boşaltılmış ve yalnızca sözleşme tarafı olma sıfatı kalmış olacaktır. Bunun da, ne devreden, ne de sözleşmede kalan için hukuki ve uygulanabilir bir anlamı bulunmamaktadır.

Belirttiğimiz gerekçeler ışığında, biz de ticari işletmeye işlerlik ve devamlılık sağlayan ve ticari işletmenin devrinde, açıkça hariç tutulmamış olan sözleşmelerin, ticari işletmenin devri sözleşmesinin, ticaret siciline tescil ve ilanı ile birlikte kanun gereği devralana geçeceğini düşünmekteyiz.

b. İsviçre Birleşme Kanunu Kapsamında Sözleşmelerin Devredilebilirliği Sorunu

Mehaz kanun niteliğinde olan İsviçre Birleşme Kanunu'nda da, TBK ve TTK gibi ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin akıbeti ile ilgili olarak açık düzenleme bulunmamasından dolayı ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin geçişi meselesi tartışmalıdır. İsviçre'de şirketlerin yapısal değişimlerini daha kolay gerçekleştirebilmeleri ve değişen ticari hayata uyum sağlayabilmelerinin kolaylaştırılması amacı ile İsviçre Birleşme Kanunu 2003 yılında kabul edilerek, 2004 yılında yürürlüğe girmiştir⁸⁵². Malvarlığının devri, İsviçre Birleşme Kanunu'nun 69 ila 77. maddelerinde düzenlenmektedir⁸⁵³. Ticari işletmenin devrinde uygulama bakımından geniş yer tutan m. 69 hükmünde, sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafın rızası alınmaksızın devrine imkan veren bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylece, sözleşmelerin devredilebilirliği sorunu, malvarlığı devrinde belirsizlik oluşturmaya devam etmektedir. Bu da, malvarlığı devrinin, uygulamada geniş yer almasında bir engel oluşturmaktadır⁸⁵⁴.

⁸⁵² Uzel, İsviçre'de özellik arz eden bazı hukuki meselelerin genel kanunlarda (İsv BK/CO/OR ya da İsv MK/CC) değil de özel kanunlarda düzenlenmesi eğiliminin olduğunu belirtmiştir. Bkz. Uzel Necdet, **Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun**, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017, s. 718.

⁸⁵³ İsviçre Birleşme Kanunu, toplamda yüz on bir maddeden oluşmaktadır. İsviçre Birleşme Kanunu (FusG)'da ticaret şirketlerinin, tek kişi işletmelerinin, özel hukuk tüzel kişilerinin (dernekler ve vakıflar) ve son olarak kamu hukuku kurumlarının yeniden yapılandırılması hakkında düzenlemeler öngörülmüştür. Bkz. Uzel, s. 718.

⁸⁵⁴ Ülgen/Arıcı, s. 1789; Vogel/Günter, 2012 yılında konu ile ilgili olarak yazmış oldukları bir makalede evrensel intikal teorisinin pratikliğinin Birleşme Kanunu içerisinde değerlendirilmesi durumunda yeniden yapılanmanın kolaylaşacağını ileri sürmüşlerdir. Bkz. Vogel/Günter, s. 602.

İsviçre Birleşme Kanunu'nun yasalaşma sürecinde, sözleşmelerin devri konusu, bölünme işlemine ilişkin olarak m. 52 ile gündeme gelmiştir. Kanun'un gerekçesinde, bölünme yoluyla sözleşmelerin kendiliğinden geçmeyeceği ve karşı tarafın rızasının aranacağı belirtilmektedir. Bölünme işlemi için kaleme alınmış olan bu ilke, kısmi külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu ve uygulandığı malvarlığı devri bakımından da kabul edilmiştir⁸⁵⁵. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bölünme işleminde sözleşmelerin kendiliğinden devredilemeyeceğine ilişkin yapılan açıklamanın yanında malvarlığı devri ile ilgili doğrudan yapılmış bir açıklama bulunmamaktadır⁸⁵⁶.

Kanunda ve yasalaşma sürecindeki görüşmelerde bir açıklık bulunmaması sebebiyle, malvarlığı devrinde sözleşmelerin akıbeti konusunda İsviçre Hukuku'nda kabul gören üç temel görüş ortaya çıkmıştır⁸⁵⁷.

Hakim olan görüşe göre (universalsukzessionstheorie), külli halefiyet ilkesi gereğince, sözleşmeler, tüm hak ve borçları ile birlikte karşı tarafın rıza ve onayına ihtiyaç olmaksızın otomatik olarak nakledilebilmektedir⁸⁵⁸. Bu teori uyarınca, sözleşmeye dayalı ilişkilerin karşı tarafının, onay veya katılımının gerekli olmadığı varsayılır⁸⁵⁹. Buna dayanak olarak da, İsviçre Birleşme Kanunu'nun gerçekleştirmeyi arzu ettiği amacının yeniden yapılandırma işlemlerini kolaylaştırmak olduğu, karşı tarafın onayının aranmasının zorunlu olması halinde ise, sözleşmede kalan tarafın onay vermekten kaçınabileceği ve bu yolla devri engelleyebileceği, bunun da, Kanunun

⁸⁵⁵ Heinzer/Wyler, **Coopération et fusion d'entreprises**, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), Lausanne, 2005, s.194 naklen Çelikboya, s. 373.

⁸⁵⁶ Ülgen/Arıcı, s. 1789, dn. 108.

⁸⁵⁷ Vogel/Günter, s. 601 – 608; Ülgen/Arıcı, s. 1790; Çelikboya, s. 373.

⁸⁵⁸ Vogel/Günter, s. 596; Wiegand Wolfgang, **Die Überleitung von Rechtsverhältnissen**, in: Wiegand Wolfgang, **Rechtliche Probleme der Privatisierung**, Bern, 1998, s. 84 – 86; Ülgen/Arıcı, s. 1790; Çelikboya, s. 375 – 376.

⁸⁵⁹ Vogel/Günter, s. 601.

amacına zarar vereceği düşüncesi ileri sürülmektedir⁸⁶⁰. Yeniden yapılandırma işlemlerinin kolaylaştırılması amacına hizmet edilirken, malvarlığı devri aracılığıyla sözleşmelerin devralan tarafına otomatik olarak naklediliyor olması, hakkın kötüye kullanılması şekline dönüşmemelidir⁸⁶¹. Örneğin, devir konusu malvarlığı ile bağlantısı bulunmayan bir sözleşmenin devri, yine buna benzer olarak bir sözleşmenin tek başına devredilmesi hali, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir⁸⁶².

Bu teori uyarınca, malvarlığı devri ile birlikte sözleşmelerin otomatik olarak devralana intikal etmesi halinde, sözleşmenin karşı tarafına belirli şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmeden dönme/sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmaktadır. Örneğin; sözleşmede devir yasağının bulunması, sözleşmede kalan taraf için sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemez olduğu haller ve sözleşme tarafları ile sözleşmenin yerine getirilmesi arasında sıkı ilişki bulunması halinde, sözleşmede kalan tarafa haklı fesih/sözleşmeden dönme hakkının tanındığı kabul edilmektedir⁸⁶³.

Konuya ilişkin bir diğer görüş, onay teorisi (zustimmungstheorie) görüşüdür. Bu görüş uyarınca, sözleşmelerin devredilebilmesi için, sözleşmede kalan tarafın buna rıza göstermesi, yani bunu onaylaması gerekmektedir⁸⁶⁴. Başka bir ifade ile sözleşmelerin nakledilebilmesi, sözleşmenin karşı tarafının bu konuda onayının alınmasına bağlıdır.

İsviçre Hukuku bakımından, kabul edilen bu sınırlayıcı yaklaşım, öğretide fazla taraftar bulamamıştır. Bununla birlikte, İsviçre Birleşme Kanunu'nun yasalaşma sürecinde ve gerekçesinde, bu görüşe itibar edildiği görülmektedir. İsviçre Birleşme Kanunu'nun gerekçesinde, m. 52'de, düzenlenmiş olan bölünme işlemine ilişkin olarak,

⁸⁶⁰ Trigo Trindade Rita, **Le Transfert De Patrimoine**, Schweizerische Zeitschrift Für Wirtschafts – Und Finanzmarktrecht, Schulthess, 2004, s. 218.

⁸⁶¹ Vogel/Günter, s. 601; Ülgen/Arıcı, s. 1790.

⁸⁶² Vogel/Günter, s. 601.

⁸⁶³ Ülgen/Arıcı, s. 1790.

⁸⁶⁴ Vogel/Günter, s. 605.

sözleşmelerin kendiliğinden geçmeyeceği, sözleşmelerin devri için sözleşmede kalan taraftan onay alınacağı belirtilmiştir⁸⁶⁵.

Bu görüşün benimsenmesinin bir diğer nedeni olarak da, meclis görüşmeleri gösterilmektedir. İsviçre Birleşme Kanunu'nun yasalaşma sürecindeki meclis görüşmelerinde malvarlığı devri işlemine ilişkin olarak devir kapsamındaki sözleşmelerin, sözleşmenin karşı tarafının onayı aranmaksızın geçmesine ilişkin bir önerge verilmiş ve önerge reddedilmiştir. Buradan hareketle, kanun koyucunun iradesinin, sözleşmelerin, sözleşmede kalanın rızası olmaksızın devrine imkan vermemek yönünde olduğu ileri sürülmektedir⁸⁶⁶.

Onay teorisinin bir diğer dayanak noktası da, sözleşmeler hukukunun temel prensiplerinden biri olan sözleşme serbestisidir⁸⁶⁷. Buna göre, sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafından onay alınmaksızın devredilmesi halinde, sözleşme serbestisi ilkesi, sözleşmede kalan aleyhine ihlal edilmektedir. Sözleşmede kalan tarafın, sözleşme tarafını seçme özgürlüğü kapsamında, sözleşmelerin devrinde, sözleşmede kalan taraftan onay alınmasının zorunlu olduğu ileri sürülmektedir. Bu onayın, devir sırasında olmasının şart olmadığı, devirden önce de böyle bir onayın alınabileceği belirtilmektedir⁸⁶⁸.

Konuya ilişkin son görüş ise, birleştirici-operasyonel geçiş teorisi (Betriebsübergangstheorie) görüşüdür. Bu görüş uyarınca, malvarlığı devrinde sözleşmelerin devri için sözleşmede kalanın onayının aranıp aranmayacağı hususu,

⁸⁶⁵ Vogel/Günter, Birleşme Kanunu'nun yasalaşma sürecinde Meclis görüşmelerinde onay teorisinin çok da iyi temellendirilemediğini, iyi açıklanmayan ifadelerle dayandığını, onay teorisinin diametrik olarak Birleşme Kanunu'nun temel amacına karşı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Vogel/Günter, s. 606.

⁸⁶⁶ Çelikbaya, s. 373.

⁸⁶⁷ Sözleşme özgürlüğü, taraflara sözleşmenin diğer tarafını seçme hakkı vermektedir. Bkz. Eren, s. 332.

⁸⁶⁸ Champeaux Christian/Turin Nicholas, **Check-Listen für Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz**, Reprax, 2004, s. 90.

devredilen malvarlığı unsurlarının niteliğine ve oluşturduğu bütüne göre değerlendirilecektir⁸⁶⁹. Devredilecek malvarlığı unsurlarının bir ticari işletme teşkil etmesi halinde, Birleşme Kanunu’nun yeniden yapılanmayı kolaylaştırmak olan amacı da dikkate alınarak, işletme ile bağlantılı sözleşmelerin devrin kapsamında olacağı ve onay aranmaksızın devralana geçeceği belirtilmektedir⁸⁷⁰. Buna karşılık devir konusu bir işletme veya işletmenin bir bölümü değil ise, malvarlığı devri ile külli halefiyet ilkesinden hareketle, bir sözleşmenin tek başına devrinin mümkün olmayacağı belirtilmiştir⁸⁷¹.

Her iki görüşü uzlaştırmaya çalışan üçüncü birleştirici görüş Prof. Binder’in Başkanlığında yürütülen Birleşme Kanunu Revizyon Projesinde (Fusionsgesetz Minirevision Projekt) benimsenmiştir⁸⁷². Raporda, malvarlığı devrinde ilgili sözleşmelerin akıbeti konusunda yasal belirsizlik bulunduğu vurgu yapılmış, uygulamada sorunlar yaşandığı ileri sürülmüş ve acil bir düzeltme yapılmasına ihtiyaç olduğu belirtilmiştir⁸⁷³. Raporda, malvarlığı devri kapsamında sözleşmelerin akıbeti ile ilgili olarak, malvarlığı devrinde sözleşmelerin işletme veya devredilen işletmenin bir kısmıyla ilgili olması halinde, sözleşmede kalan tarafın rıza/onayına ihtiyaç olmaksızın sözleşmelerin devredilebilir olması gerektiği belirtilmiştir⁸⁷⁴.

Ayrıca Prof. Binder Başkanlığında hazırlanmış olan raporda, konunun çözümüne ilişkin olarak de lege ferenda somut öneride de bulunulmuştur⁸⁷⁵. Buna göre, İsviçre Birleşme Kanunu Art. 73’e bir üçüncü fıkra eklenerek, “*Malvarlığı devri ile işletme*

⁸⁶⁹ Vogel/Günter, s. 603 – 605.

⁸⁷⁰ Vogel/Günter, s. 603; Çelikboya, s. 376.

⁸⁷¹ Ülgen/Arıcı, s. 1791.

⁸⁷² Binder Andreas/Roberto Vito/Schenker Urs/Tschani Rudolf/Watter Rolf, **Projekt Minirevision Fusionsgesetz**, 18.02.2006 tarihli rapor, s. 50 vd.

⁸⁷³ Binder Raporu, V.3.2, s. 51.

⁸⁷⁴ Binder Raporu, V.3.3, s. 51.

⁸⁷⁵ Binder Raporu, V.3.5, s. 53.

veya işletme bölümleri devredilirse, malvarlığı devrinin ticaret siciline tescili ile birlikte ayrıca envanterde belirtilen tüm sözleşme ilişkileri, devredilen işletme veya işletme bölümü ile bağlantılı olmak şartıyla, karşı tarafın onayı olmaksızın devralana intikal eder” hükmü ile konunun çözüme kavuşabileceği belirtilmiştir⁸⁷⁶.

B. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ İLE BİRLİKTE SÖZLEŞMELERİN DEVREDİLMESİNİN ŞARTLARI

Ticari işletmenin devri ile birlikte işletme ile ilgili olan sözleşmelerin karşı tarafın onayı aranmaksızın devralana geçmesi gerektiği doktrinde çoğunluk görüşü olarak kabul edilmektedir⁸⁷⁷. Sözleşmelerin ticari işletme ile birlikte devralana geçebilmesi için bir takım şartlar gerekli olup, bu şartların bulunmaması halinde, sözleşmelerin ticari işletme ile birlikte devri mümkün olmayacaktır⁸⁷⁸.

1. Sözleşme, Ticari İşletmenin Devri Kapsamına Dahil Olmalıdır

Ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşmelerin devredilebilmesi için, devredilecek sözleşmenin, ticari işletme ile bağlantılı olması ve devir kapsamında bulunması gerekmektedir⁸⁷⁹.

Bu durumda, işletme ile bağlantılı sözleşmenin ne olduğu sorusunun cevaplanması gerekecektir. Ticari işletme ile bağlantılı sözleşme denildiği zaman, ticari işletmenin faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla hizmet eden sözleşmeler akla gelmelidir⁸⁸⁰. Ticari işletmenin, bir organizasyon bütünü olduğu da düşünüldüğünde, bu değerlendirmenin yerinde olacağı kanısındayız. Nitekim ticari işletmenin devri halinde, bu

⁸⁷⁶ Ülgen/Arıcı, s. 1791.

⁸⁷⁷ Bu görüşteki yazarlar için bkz. III-A-3-a Türk Hukukunda Ticari İşletme Devrinde Sözleşmelerin Akıbeti Hakkındaki Görüşler.

⁸⁷⁸ Kanuni yasaklara ilişkin olarak, DİK m. 6 ve KİSK m. 16 gösterilebilecektir.

⁸⁷⁹ Arıcı, s. 137.

⁸⁸⁰ Çelikboya, s. 386.

organizasyonun faaliyetlerine devam edebilmesi aranacaktır. Bu bakımdan, organizasyonun devamını sağlayacak sözleşmelerin, ticari işletme ile bağlantılı sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir. Örneğin; ticari işletmede kullanılmak üzere makine alınması amacıyla leasing sözleşmesi yapılması, yine ticari işletmede kullanılan makinelerin bakım ve onarımına ilişkin sözleşmeler ve ticari işletmede kullanılmak amacıyla alınan krediler kapsamında yapılan kredi sözleşmeleri, ticari işletme ile bağlantılı sözleşme kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁸¹.

Ticari işletme ile bağlantılı olan sözleşmelerin, işletmenin devri ile birlikte devralana geçebilmesi için, ayrıca devir kapsamında bulunması da gerekmektedir. Bu bakımdan, taraflar anlaşarak, belirli sözleşmeleri ticari işletmenin devri kapsamı dışında bırakabilirler. Taraflar, sözleşme kapsamını belirlerken, yani bir takım hususları devir sözleşmesinin dışında tutarken, ticari işletmenin bütünlüğünün korunması ilkesine uymak zorundadırlar⁸⁸². Taraflar tüm bunları gözeterek, ticari işletmenin devrinin kapsamını belirleyerek, kapsam dışında bırakmak istedikleri sözleşmeleri de açık olarak belirtmelidirler (TSY m. 133/2-b). Bu halde, açıkça kapsam dışında bırakılmayan sözleşmelerin, ticari işletmenin devri kapsamında devralana geçirildiğinin kabulü yerinde olacaktır⁸⁸³.

Ticari işletmenin devri kapsamına dahil olmayan sözleşmenin, tarafları bakımından herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Dolayısıyla bu sözleşmenin tarafları, devreden ve sözleşmede kalan olarak devam edecek olup, hak ve yükümlülükleri aynen korunacaktır⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ Çelikboya, s. 386.

⁸⁸² Bütünlük ilkesi ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II-F-3 Ticari İşletme Devrinde Bütünlüğün Korunması ve Devamlılığın Sağlanması.

⁸⁸³ Çelikboya, s. 387.

⁸⁸⁴ Aynı yönde bkz. Çelikboya, s. 387.

2. Sözleşmenin Devrine İlişkin Bir Yasak Bulunmamalıdır

Ticari işletmenin devri ile birlikte mevcut sözleşmelerin devredilebilmesi için, sözleşmenin devrine engel olabilecek bir yasak bulunmaması gerekmektedir. Borç ilişkileri, kural olarak, devredilebilir bir nitelik taşımaktadır⁸⁸⁵. Devredilemezlik ise, istisnai bir durumdur. Sözleşmenin devrine ilişkin bu istisnai durumu ortaya çıkaran yasaklar kanundan, sözleşmeden veya sözleşmenin niteliğinden kaynaklanabilmektedir⁸⁸⁶.

a. Kanundan Kaynaklanan Yasaklar

Kanunen sözleşmelerin, devredilebilir nitelik taşıması esastır. Buna karşılık, istisnai bir durum olan devredilemezlik halinde ise, kanun hangi sözleşmelerin devrinin hangi şartlarda yasak olduğunu açıkça düzenlemektedir. Örneğin, Kamu Hukuku'ndan kaynaklanan sözleşmelerin devri sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlara uyulmaması halinde sözleşmenin devredilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir (DİK m. 66 ve KİSK m. 16). Bunun gerekçesi olarak da, kamu menfaati ve idarenin eşit davranma yükümlülüğü gösterilmektedir. Kamunun yaptığı tüm iş ve işlemler bir sözleşmeye dayanmaktadır. Burada yapılacak olan sözleşmeler de, KİSK'na tabidir. Kamu ihale sözleşmeleri, KİSK'na tabi ise de, özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Nitekim, KİSK m. 36'da, *“Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümleri uygulanır”* hüküm yer almaktadır. Kamu ihale sözleşmeleri, her ne kadar özel hukuk sözleşmesi niteliği taşısa da, bunların devrinde TBK m. 205 değil, özel hüküm niteliğinde olan KİSK m. 16 uygulanmaktadır⁸⁸⁷. Bu nedenle, KİSK m. 16'da, yer alan şartlara uyulmadığı takdirde sözleşme devri gerçekleşmeyecektir. KİSK m. 16 *“Sözleşme, zorunlu hallerde*

⁸⁸⁵ Ayrancı, s. 95; Çayan, s. 41.

⁸⁸⁶ Çelikboya, s. 387; Çayan, s. 41.

⁸⁸⁷ Öztürk Berna, **Sözleşmenin Devri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 125, Ankara, 2016, s. 287.

ihale yetkilisinin izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur.” demek sureti ile devri sıkı şartlara tabi tutmuştur. Böylece devredilecek sözleşme ile ilgili olarak öncelikle sözleşmenin devrini zorunlu kılan bir durumun ortaya çıkması gerekmektedir. Örneğin; sözleşme yükümlüsünün iflas etmesi, yükümlülüğünü ifa becerisini kaybetmesi, süresi içerisinde yükümlülüğünü yerine getirmesinin imkansızlığı vs. söylenebilecektir. Sözleşmenin devredilebilmesinin diğer bir şartı da, sözleşmeyi devralacak kişinin, ilk ihaledeki tarafın koşullarını taşıyor olmasıdır. Tüm bu gerekçelerle birlikte, ticari işletmenin devri ile kamu sözleşmesinin de devredilebilmesi için, idarenin yazılı izni gerekecektir. Bahse konu şartların gerçekleşmemesi halinde, ticari işletmenin devri ile birlikte kamu sözleşmesi, devralana geçmeyecektir (KİSK m. 16) .

Kanun koyucu, bazı hallerde alacağın devri ve borcun üstlenilmesine ilişkin olarak yasak haller düzenlemiştir⁸⁸⁸. Örneğin, TBK m. 619/1’de, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısının, alacağını başkasına devredemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu, kanuni devir yasaklarından biridir. Bu bakımdan sözleşmeden doğan bir alacağın veya borcun devredilmesinin yasak olduğu hallerde de, bu alacak ve borcun temelini teşkil eden sözleşmenin devredilmesinin de yasak olacağı ileri sürülmektedir⁸⁸⁹.

Kanun koyucu bir işi yapmaya resmen yetkili kılınmış, o konuda ehil kimselerle yapılmış olan sözleşmelerin devrine yönelik sınırlamalar getirmiştir. Şöyle ki, bir edimin ifasını görme işi belirli niteliklere sahip kişilere hasredilmişse ve bu kişilerle bir

⁸⁸⁸ TBK m. 366/1 ürün kirasında, kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı kullanma ve işletme hakkını üçüncü bir kişiye devredemez.; TMK m. 25/4 manevi tazminat talebinin devri zarar verenin bunu kabul etmesi ile mümkündür.; Kanuna göre devri yasak olan alacaklara, son olarak vergi alacaklarının devredilememesi örnek gösterilebilecektir.

⁸⁸⁹ Ayrancı, s. 95; Çayan, s. 41.

sözleşme imzalanmış ise, bahse konu sözleşme, yalnızca bu niteliklere sahip kişilere devredilebilir. Örneğin, bir avukatlık hizmetini konu alan vekalet sözleşmesini devretmek isteyen avukat, bu sözleşmeyi ancak bir avukata devredebilecektir. Başka bir ifade ile avukat olmayan birine sözleşmeyi devredemeyecektir. Bu noktada, müvekkilin, avukat olmayan birine sözleşmenin devri hususunda açık izni olsa dahi söz konusu devrin gerçekleşmesi mümkün değildir⁸⁹⁰.

Sözleşmenin veya sözleşmeden doğan alacak ve borçların devrinin yasağının kanundan doğduğu hallerde, yapılan devir işlemi ilke olarak geçersizdir. Bu devir işlemi yalnızca borçlu bakımından değil, devreden ile devralan bakımından da hüküm ve sonuç doğurmayacaktır⁸⁹¹. Durum ticari işletmenin devri bakımından değerlendirildiğinde, ticari işletme, bahse konu sözleşme olmaksızın devralana geçecektir. Başka bir ifade ile ticari işletmenin devriyle birlikte, sözleşme devralana geçmeyecektir.

TSY, müdür ve müdür yardımcılarının inceleme yükümlülüğü başlıklı 34. maddesi kapsamında, sicil müdürlerinin tescili talep edilen hususlar üzerinde inceleme yapması ve devri yasak olan hak ve borçları içeren sözleşmeleri tespit etmeleri halinde de, ticari işletmenin devri sözleşmesini tescil etmemesi önerilmektedir. Bunun için öncelikle devir kapsamını tüm detayları ile içeren bir envanter düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁹².

⁸⁹⁰ Oğuzman/Öz, s. 638; Ticari defterlerin tutulması kapsamında mali müşavirlerin münhasır yetkisi bakımından örnek için bkz. Çayan, s. 43 – 44; İsviçre Hukuku uygulamasında görülen çırak yetiştirilmesinde yetkilendirilmiş kişiler haricindeki kimselere iş görme sözleşmesinin devredilemeyeceği örneği için bkz. Çelikboya, s. 389, dn. 1404.

⁸⁹¹ Eren, bu durumun hakim tarafından, re'sen göz önünde tutulacağını belirtmiştir. Bkz. Eren, s. 1265.

⁸⁹² Çelikboya, s. 390.

b. Sözleşmeden Kaynaklanan Yasaklar

Devredilecek sözleşmeye ilişkin kanundan ve işin niteliğinden kaynaklanan bir engel bulunmamasına karşılık, taraflar anlaşarak, sözleşmenin devredilmesine yönelik bir sınırlama (engel) getirebilirler. Taraflarca yapılmış olan bu anlaşmaya “*devretmeme anlaşması*” denilmektedir⁸⁹³.

Taraflarca yapılmış olan devretmeme anlaşmasına rağmen, taraflardan biri sözleşmeyi devrederse, bu devir hukuka aykırı bir devir olacaktır. Bu durumda hukuka aykırılığın yaptırımının ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Sözleşmeye, taraf iradeleri ile konmuş olan devir yasağı, taraf menfaatlerini korumak amacı ile sözleşmeye eklenmiştir. Taraflardan biri, bu yasağa rağmen sözleşmeyi devrederse, burada sözleşmede kalanın menfaatinin zedelenmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda da, hukuka aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olması halinde bunun menfaatler dengesine uygun düşmeyeceği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, sözleşmesel devir yasağına aykırılık halinde işlemin kesin hükümsüz sayılmaması, taraflar arasındaki devir yasağına rağmen yapılmış olan devre, sözleşmede kalan tarafın rızası alınmak suretiyle geçerlilik kazandırılabilmesi belirtilmektedir⁸⁹⁴. Buradan hareketle şu düşünülebilir. Sözleşmede kalan tarafın onay vermemesi halinde, devir yasağına aykırılığın sonucu ne olacaktır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, intuitu personae ilkesi kapsamında yapılan bir sözleşmede, yani sözleşme taraflarının sözleşmeyi kurarken taraflardan birinin veya her ikisinin şahsının önem taşıdığı hallerde, sözleşmede kalan tarafın, sözleşmenin devrine onay vermemesi durumunda,

⁸⁹³ Oğuzman/Öz, s. 574; Çelikboya, s. 391.

⁸⁹⁴ Eren, s. 1265 – 1266; Ayrancı, s. 96 – 97; Çelikboya, s. 391.

sözleşmenin devredilmesi mümkün olmayacaktır⁸⁹⁵. Aksi durumda, tarafların, sözleşmeyi yaparlarken ki irade, güven, plan, hazırlık gibi sözleşmenin temelini oluşturan unsurlar yok sayılacaktır.

Konuya ilişkin bir diğer görüşte ise, intuitu personae ilkesi⁸⁹⁶ dikkate alınarak yapılan sözleşmelerde, bu ilkenin sözleşmenin devrine engel olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Sözleşmede kalanın rıza hilafına devredilen sözleşme ile ilgili olarak eğer şartları varsa, sözleşmeyi haklı sebeple feshetme imkanının tanınmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir⁸⁹⁷. İsviçre Hukuku uygulamasında da mal varlığı devrinde, sözleşmede devir yasağının bulunması halinde şartları varsa, sözleşmede kalana fesih imkanının tanındığı görülmektedir⁸⁹⁸.

c. Sözleşmenin Niteliğinden Kaynaklanan Yasaklar

Kanunda ve sözleşmede bir engel bulunmamasına rağmen, bazı alacak ve borçların devredilmesi söz konusu alacağın ve borcun niteliğine aykırı olabilmektedir⁸⁹⁹. Alacaklının ve borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı alacak ve borçlarda, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi, alacağın ve borcun içeriğinde ve niteliğinde değişikliğe sebep olabilmektedir⁹⁰⁰. Bu bakımdan, kişiye sıkı surette bağlı alacağın devrinin ve borcun

⁸⁹⁵ Ayrancı, s. 96 – 97; Eren, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan devir yasağı olması halinde, borçlunun devre izin/onay vermemesi durumunda, hakim devir yasağını, dolayısıyla geçersizliği, borçlunun bu hususa ilişkin def'i hakkını kullanması halinde göz önünde tutacağını belirtmiştir. Bkz. Eren, s. 1266.

⁸⁹⁶ Anılan ilke, idarecilerin bir kamu hizmetinin işletilmesine yönelik olarak, işletmeciyi karşılıklı güven esası çerçevesinde, serbestçe seçebilmeleri özgürlüklerinin bulunduğu dair yasal yetki sahibi olduklarına ilişkindir. Bkz. Çal Sedat, **Intuitu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcayı Seçme Hakkı Üzerine**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, S. 2010/3, Ankara, 2010, s. 52.

⁸⁹⁷ Çelikboya, s. 392 – 393.

⁸⁹⁸ Ülgen/Arıcı, s. 1790.

⁸⁹⁹ Oğuzman/Öz, s. 577; Eren, s. 1265; Acemoğlu, devredilemeyecek borç için uygulanacak kıtas ile ilgili olarak “*borcun devreden şahsının göz önünde tutularak kurulması değil, o borcun ancak devreden tarafından ifa edilebilir bir mahiyet taşıması*”nın önemli olduğunu belirtmiş ve konuya ilişkin “*devreden bir ressamın buna ısmarlanan bir tablo hazırlama borcunun devralana geçmeyeceği tabiidir*” örneğini vermiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 130 – 131.

⁹⁰⁰ Eren, nafaka alacağının nafaka alacaklısının şahsı ve ihtiyaçları göz önünde tutularak belirlendiğini, bu bakımdan nafaka alacağının devrinin, niteliği gereği mümkün olamayacağını belirtmiştir. Bkz. Eren, s. 1265; Oğuzman/Öz tarafından, bir derneğin üyeleriyle olan üyelik ilişkisinden doğan hakları ile

üstlenilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir⁹⁰¹. Nitekim, ticari işletmenin devri ile sözleşmelerin devredilmesinde yalnızca taraf değişikliği hedeflenmekte olup, sözleşme içeriğinde bir değişiklik arzu edilmemektedir.

Sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan ve devri mümkün sayılmayan alacaklara örnek olarak, rekabet yasağından doğan borç verilebilecektir. Rekabet yasağını ticari işletme ile bağlantılı ve tacirin kişiliğine bağlı olmak üzere iki yönü ile değerlendirmek ve buna göre devrini iki ayrı şekilde belirlemek uygun olacaktır. Şöyle ki, tacirin kişiliğinden bağımsız olarak ticari işletme ile bağlantılı olmak üzere sözleşmesel rekabet yasağından doğan borç, ticari işletmenin pasifi ile birlikte devir kapsamında nakledilebilir bir borçtur⁹⁰². Buna karşılık, tacirin kişiliğine bağlı rekabet yasağından doğan borç ise devredilemeyecektir⁹⁰³.

İşin niteliğinden kaynaklanan devredilemezlik hallerine bir diğer örnek de, ön sözleşmelerden kaynaklanan alacak haklarıdır. Yine burada da, sözleşme yapma vaatlerinden doğan asıl sözleşmenin yapılmasını isteme haklarının devredilemeyeceği belirtilmektedir⁹⁰⁴.

Sonuç olarak, sözleşmedeki taraf değişikliğinin, sözleşmeden doğan alacak veya borçların içeriğini değiştirdiği durumlarda, sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır.

vekalet sözleşmesinde müvekkilin vekilden işi görmesini isteme hakkı da, yine niteliği itibari ile devredilemeyecek haklar arasında sayılmaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 579.

⁹⁰¹ Arıcı, s. 198.

⁹⁰² Aynı yönde bkz. Arıcı, s. 199.

⁹⁰³ Devredenin kişiliğine bağlanmış olan rekabet yasağı borcu, adından da, anlaşılacağı üzere, devredenin kişiliğine bağlıdır. Ticari işletmenin devrinde, devreden işletmeyi devrederek, işletme ile bağlantısını koparmaktadır. Rekabet yasağı da, devredenin kişiliği ile ilgili olduğundan, TBK m. 202 kapsamında devri söz konusu olmayıp, bahse konu yasak devreden bakımından, geçerliliğini korumaya devam edecektir. Aynı yönde bkz. Arıcı, s. 199.

⁹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s. 579, dn. 67.

Bu durumda, ticari işletmenin devri ile birlikte nakledilemeyen bu tür bir borçtan dolayı, devreden, borçlu sıfatı ile sorumlu olmaya devam edecektir⁹⁰⁵.

C. ARA DEĞERLENDİRME

Ticari işletmeyi tanımlarken esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir elde etmeyi hedef tutan, bağımsız ve devamlılık amaçlı organize birim ifadelerini kullanmış idik. TTK'nın "*Bütünlük İlkesi*" başlıklı 11/3. maddesinde de ticari işletmenin bütünüdür devir sözleşmesine konu olacağı hususuna vurgu yapılmıştır. Yine bu kapsamda, TSY m. 133/1'de, ticari işletmenin bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bahse konu mevzuat uyarınca, kanun koyucunun ticari işletmenin devri müessesesi ile, işletmenin bir bütün halinde devredilmesi ve devirden sonra da faaliyetine devam etmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Ticari işletme malvarlığı unsurları, hakları ve borçları ile bir bütün teşkil etmektedir. Bununla birlikte, ticari işletmenin hukuki olarak kişiliğinin bulunmadığı ve işletmenin, özel bir malvarlığı oluşturmaksızın sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin malvarlığı içerisinde yer aldığı unutulmamalıdır. Bu kapsamda, ticari işletmenin bir bütün halinde devri söz konusu olduğunda, işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları, hakları ve borçları anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin faaliyetinin sağlanması amacıyla, işletme sahibi tarafından çeşitli sözleşmeler yapılarak bir takım hakların ve borçların doğumu sağlanmış olabilir. Ticari işletmenin devrinde, devrin bir bütün halinde yapılması ve devamlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde,

⁹⁰⁵ Arıcı, s. 199.

ticari işletmeye işlerlik ve devamlılık kazandıran sözleşmelerin devrin kapsamına dahil olacağı kanaatindeyiz.

TTK m. 11/3 ve TBK m. 202’de, düzenlenmiş olan ticari işletmenin devri, ticari işletmenin, işleyen organizasyon yapısı ile bir bütün olarak devrini amaçlamaktadır. Malvarlığı unsurları, haklar ve borçlar kısmi külli halefiyet kapsamında, kanun gereği, devralana geçmektedir. Buradan hareketle, ticari işletmenin devrinin özel ve ayrıksı bir düzenlemeye tabi olduğunu söyleyebiliriz.

Yapılan açıklamalar ışığında, ticari işletmeye dahil olan sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın, kanun gereği devralana geçeceğini düşünmekteyiz. Nitekim kanun koyucu, TBK m. 202 hükmü ile, TBK m. 196’dan, ayrılarak, alacaklının rızası aranmaksızın borçların devrinin mümkün olduğunu düzenlemiştir. Aksi durumda, yani alacaklıların rızalarının alınması halinde, ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesi ya imkansız olacak ya da çok güçleşecektir. Bu bakımdan kanun koyucunun ticari işletmenin devrini kolaylaştırarak işlerliğini arttırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

TBK m. 205’te, genel olarak sözleşme devri düzenlenmektedir. 205/4’de, “*Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.*” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Buradan TBK m. 202 ve TTK m. 11/3’te, yer alan ticari işletmenin devrinin özel hüküm niteliğinde olduğu, böylece genel hüküm teşkil eden TBK m. 205’te, düzenlenen sözleşmenin devri için aranan şartların, burada aranmayacağı sonucuna varılabilecektir.

Kanun koyucu, ticari işletmenin devrinde, çeşitli hukuki ve şekli prosedürleri sonlandırarak, kolaylık ve hız sağlamayı hedeflemiştir. Ancak, ticari işletmenin devri bakımından, getirilmiş olan yenilikler kapsamında oluşturulan güvencesiz hukuki

ortam ile hedeflenen hız ve kolaylık kanaatimizce orantısız olmuştur. Yeni düzenleme ile getirilmek istenen sistemde, oluşan güvencesiz boşluğun yaratacağı zarar, bu düzenlemeden beklenen faydadan daha fazladır. Bu bakımdan, başlangıçta oluşabilecek sorunları en aza indirmek amacıyla, devre dahil olan unsurların nitelikleri fark etmeksizin devrin adi yazılı şekilde değil de, resmi şekilde (noter tarafından düzenleme şeklinde) yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yolla, tarafların devir sözleşmesine kamu hizmeti gören noterler aracılık edecek olup, sözleşmenin kapsamı, unsurları ve bir kısım şartları bakımından en azından şekli anlamda bir standart oluşturulabilecektir. Devir sözleşmesinin, noterler tarafından, düzenleme şeklinde yapılmasının çok yönlü faydalarından birisi de olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesidir. Bunun uygun görülmemesi halinde, devre konu unsurlar arasında taşınmaz bulunması durumunda, taşınmazlar için tapu sicilinin işlevi ve aleniyeti gereği, bu kapsamdaki sözleşmelerin mutlaka resmi şekilde yapılması, bu yolla, kamu güveni ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunacağı kanaatindeyiz.

IV. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE REKABET KURUMU'NA BAŞVURU YAPILMASI

A. REKABET HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETİME TABİ OLMASI

Rekabet sınırlamalarını ortadan kaldırmak amacı ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) 07.12.1994 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir⁹⁰⁶. Kanunda, rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralmalara ilişkin özel ve düzenleyici hükümler öngörülmüştür.

⁹⁰⁶ RG. 13.12.1994; S. 22140.

RKHK ile ilgili olarak, uzun süre üzerinde çalışılan değişikliklere ilişkin kanun taslağına son şekli verilmiş ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 7246 sayılı Kanun, 16.06.2020 tarihinde kabul edilmiş ve 24.06.2020 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir⁹⁰⁷. RKHK’da, yapılan kapsamlı değişiklik bazı hukuki kurumları yeniden düzenlemekte ve önemli bir takım yenilikler içermektedir⁹⁰⁸. Değişiklik Kanunu’nun gerekçesine bakıldığında, değişikliğin esas amacının Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Birleşme ve devralma ile ilgili olarak, 7246 sayılı Kanun ile birleşme ve devralma işleminin rekabeti önemli ölçüde azaltması hali hukuka aykırılık kapsamına alınmıştır.

Bir teşebbüsün mallarının, haklarının veya borçlarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyet veya yararlanma haklarının devredilmesine, birleşme veya devralma denilmektedir⁹⁰⁹. Teşebbüsler, mevcut durumlarını korumak, mevcut pazarda güçlenmek ya da yeni pazarlara girmek gibi çeşitli sebeplerle birleşme ve devralma işlemlerini gerçekleştirmektedirler⁹¹⁰. Birleşmeler genel anlamda yeni bir kapasite yaratmazlar⁹¹¹.

Rekabet Hukuku bakımından, birleşme ve devralma kavramları ile teknik hukuk bakımından, birleşme ve devralma kavramları birbirinden farklılık göstermektedir. Teknik hukuk açısından birleşme, esas itibarı ile malvarlıklarının birleşmesi anlamına

⁹⁰⁷ RG. 24.06.2020; S. 31165.

⁹⁰⁸ 7246 sayılı Kanun ile ilgili getirilmiş olan değişikliklere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Başar Başak, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Cilt 21, S. 1, Ankara, 2020, s. 64 vd.

⁹⁰⁹ Konak Fatih/Çitak Levent, **Şirket Birleşme ve Devralmalarının Firma Performansına Etkisi: Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkeler Üzerine Karşılaştırmalı Analiz**, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, S. 16, Trabzon, 2018, s. 191.

⁹¹⁰ Yazar Ömer Volkan, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Yapısal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 168, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2020, s. 1.

⁹¹¹ Aslan İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin, Bursa, 2017, s. 789.

gelmektedir. Buradaki birleşme, bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁹¹². RKHK açısından ise, önemli olan birleşme ve devralma sonucunda ortaya çıkan ve ekonomiyi etkileyebilecek olan iktisadi güçtür. RKHK, esas itibari ile bu ekonomik güç ve piyasadaki etkileri ile ilgilenmektedir⁹¹³.

Birleşme ve devralmalar kontrolsüz şekilde yapıldığı takdirde, tekelleşme ve kartelleşme yoluyla piyasadaki rekabet ortamının zedelenmesine yol açabilecek işlem niteliğindedirler⁹¹⁴. Birleşme ve devralmalar, rakip teşebbüsler arasında gerçekleştiği takdirde, her zaman rekabette bir miktar azalmaya sebep olmaktadır⁹¹⁵. RKHK'nın getiriliş amacı da, piyasalardaki rekabet ortamının korunması⁹¹⁶ ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi⁹¹⁷ olduğundan, birleşme ve devralma işlemleri RKHK'nın inceleme ve denetleme alanına girmektedir⁹¹⁸. Serbest piyasa ekonomisinde, genel kural, devletin

⁹¹² Erdem Ercüment, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2003, s. 29.

⁹¹³ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 31; Rekabet Hukuku bakımından, birleşme ve devralmalar, yatay, dikey ve karma olmak üzere üç şekilde gerçekleştirilmektedir. Bu üç tür birleşme ve devralma şekli, rekabet açısından farklı etki ve sonuçlar doğurması sebebiyle önem arz etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Özşahin, s. 29.

⁹¹⁴ Karakeçili Feridun, **Avrupa Topluluğunda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler – Joint Ventures)**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayını, N. 143, İstanbul, 1997, s. 5; Birleşme ve devralmaların sonucunda rekabet sorunlarının çıkacağına ilişkin görüş için Bkz. Gürkaynak Gönenç/İkiler Bora/Yeniaras Arın Gül, **Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları**, Rekabet Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII (17-18 Nisan 2009 Kayseri), Rekabet Kurumu Yayını, N. 237, Ankara, 2009, s. 174.

⁹¹⁵ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 789.

⁹¹⁶ Aslan İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ekin, Bursa, 2014, s. 7.

⁹¹⁷ Rekabet Kurumu, Rekabet Hukuku'nun sağlıklı bir rekabet ortamının oluşumunu temin ettiğini, bu yolla toplumsal refah artışında önemli rol oynadığını belirtmektedir. Bu bakımdan, rekabet sürecinin önemli olduğunu, bu sürecin üretimde verimlilik ve teknik gelişmeyi teşvik ederek piyasalarda etkinliği sağladığını ileri sürmektedir. Bkz. Rekabet Kurumu, **Rekabet Hukuku Uyum Programı**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2016, s. 1; Rekabet Kurumu, **Tüketiciler İçin Rekabet Hukuku**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2016, s. 1; Cengiz, rekabetin, piyasa ekonomisinde yalnızca kaynakların etkin kullanımını sağlamayacağını, aynı zamanda, rakip malların fiyatlarının düşmesini ve pazarda, daha büyük paya sahip olan teşebbüslerin ürünlerinin kalitelerini arttırmalarına ve yeni teknolojiyi üretimlerinde kullanmalarına yol açacağını, bu durumun da ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalmasını sağlayacağını belirtmiştir. Bkz. Cengiz Dilek, **Rekabet Politikası Faslı Neden Müzakereye Açılmıyor**, Beta, İstanbul, 2017, s. 83 – 84.

⁹¹⁸ Karğın, Rekabet Kurumu tarafından oluşturulan mevzuatın, birleşme ve devralma müesseselerindeki haksız rekabet yaratma ihtimali üzerine yoğunlaştığını belirtmektedir. Bkz. Karğın Mahmut, **TFRS ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında İşletme Birleşmelerinin Değerlendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi**, Gazi, Ankara, 2011, s. 25.

ekonomiye müdahale etmemesidir⁹¹⁹. Ancak sağlıklı bir rekabet ortamı yaratılması ve piyasa kurallarının işleminin sağlanması da, devlet yükümlülüğünde bulunmaktadır⁹²⁰. Bu bakımdan belirtilen iki hassas unsurun göz önünde tutularak, dengenin sağlanması amacıyla RKHK ile belli büyüklükteki ekonomik ölçüye sahip işletmelerin birleşme ve devralmaları denetime tabi tutulmaktadır⁹²¹.

Bu bağlamda RKHK uyarınca, bir ya da birden fazla teşebbüsün başta hakim durum yaratılması ya da mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi olmak üzere ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak⁹²² biçimde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin başka bir teşebbüsün mal varlığını veya ortaklık paylarının tümünü veya bir bölümünü ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması hukuka aykırı adledilerek, yasaklanmıştır⁹²³. Miras yoluyla kanuni

⁹¹⁹ Aslan, serbest ekonomi sisteminde piyasa aksaklıklarının geçici olduğu pazarlarda, o piyasaya özgü kalıcı kurallar çıkarılmayıp, sorunların giderilmesi rekabet kurallarının uygulanması ile giderilmekte olduğunu, fakat piyasadaki aksaklıklar kalıcı ise bu defa devletin o piyasa için kurallar çıkarabileceğini ve hatta özel kurumlar ile bu piyasaları düzenleyebileceğini belirtmektedir. Bkz. Aslan, **Rekabet Dersleri**, s. 1.

⁹²⁰ Çetinkaya, ekonomik düzenin en etkin bir şekilde işleyebilmesi için ve teşebbüslerin adil bir şekilde mücadele etmelerini sağlamak amacıyla devletin bir hakem rolü üstlendiğini belirtmektedir. Bkz. Çetinkaya Murat, **İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler**, Rekabet Kurumu Yayını, Uzmanlık Tezleri Serisi N.4, Ankara, 2003, s. 1.

⁹²¹ Furse, “yoğunlaşma kontrol rejiminin sorması gereken en önemli sorunun hangi yoğunlaşmaların otoritenin iznine tabi olacağıdır.” diyerek tüm birleşme ve devralmaların denetime tabi olmaması gerektiği hususuna dikkat çekmektedir. Bkz. Furse Mark, **The Law of Merger Control in the EC and The UK**, Hart Publishing, Portland, 2007, s. 69.

⁹²² Aslan, birleşme veya devir işleminin hakim durum yaratması halinde, veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmesi halinde, “per se” rekabeti önemli ölçüde sınırılıyor olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, ayrıca rekabetin önemli ölçüde sınırlandırmaya sınırlandırılmadığının araştırılmasına gerek olmadığını ileri sürmüştür. Buna gerekçe olarak da, dünya üzerindeki yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin değerlendirme ölçütlerine bakıldığında, çoğunlukla bir kriterin tercih edildiğini belirtmiştir. Örnek olarak, Ango-Sakson Hukuku’nun hakim olduğu ABD’de “rekabetin önemli ölçüde azaltılması” şartının arandığını, kıta Avrupa’sı Hukuku’nun yansımalarının görüldüğü AB mevzuatında ise, “hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi” şartlarının arandığını belirtmiştir. Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 801, dn. 25.

⁹²³ Buna birleşme ve devralmaların kontrolü (*Merger Control*) denilmektedir. Bkz. Rekabet Kurumu, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, Rekabet Kurumu Yayınları, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 2019, s. 57; Aksoy M. Nazlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Yayını, Uzmanlık Tezleri Serisi N. 52, Ankara, 2004, s. 4; 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralma işlemlerinin yanı sıra RKHK m. 7 kapsamında, etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak olan diğer birleşme ve devralma işlemleri de yasak kapsamında

olarak yapılmış olan iktisaplar, bu yasak kapsamında değerlendirilmemektedir (RKHK m. 7). Yapılmış olan değişiklik ile birleşme ve devralmalardaki yasağın kapsamı genişletilmiştir⁹²⁴.

1. Denetimin Rekabet Hukuku Açısından Önemi

Rekabet Hukuku, diğer hukuk dalları ile ortak özelliklere sahip olmasının yanı sıra, ayrıca kendine has yönleri de bulunmaktadır. Bunlar, Rekabet Hukuku'nun ekonomik yönü ve kamusal yönü şeklinde sıralanabilecektir⁹²⁵. Rekabet Hukuku, ekonomik hayatı düzenleyen kurallar içermesi dolayısı ile ekonomik yönü olan bir hukuk dalıdır. Buna ek olarak, rekabetin korunmasının temelinde, kamu menfaati yatmaktadır. Bu bakımdan, Rekabet Hukuku'nun, kamusal yönü bulunduğu söylenebilecektir⁹²⁶.

Ekonomik ve kamusal yönü olan Rekabet Hukuku çerçevesinde, serbest piyasa ekonomisinde rekabeti önemli ölçüde kısıtlamaya elverişli⁹²⁷ olan birleşme ve devralmaların önlenmesi amacıyla, rekabet ortamının tesis edilmesinin toplumsal ve ekonomik gelişmenin sağlanmasındaki önemi yadsınamaz derecede büyüktür⁹²⁸. Bu

değerlendirilmektedir. Değişiklik uyarınca, Rekabet Kurulu da izin başvuruların da etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmayacağını inceleme konusu yapmaktadır. Rekabet Kurulu, yakın tarihli vermiş olduğu bir kararında, hedef şirketin Türkiye'de faaliyetinin bulunmaması ve etkilenen pazarda teşebbüslerin toplam pazar paylarını dikkate almak suretiyle, işlem sonucunda etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmadığı sonucuna varmış olup, devralma işlemine izin vermiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 03.12.2020 tarihli, 20-52/726-322 sayılı kararı; Benzer yönde bkz. Rekabet Kurulu, 26.11.2020 tarihli, 20-51/703-311 sayılı kararı.

⁹²⁴ Başar, s. 88.

⁹²⁵ Ateş Mustafa, **Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII (17-18 Nisan 2009 Kayseri), Rekabet Kurumu Yayını, N. 237, Ankara, 2009, s. 53.

⁹²⁶ Ateş, **Rekabet Hukuku**, s. 53 – 55.

⁹²⁷ Lindsay, birleşme ve devralmaların kontrol edilmesindeki temel gerekçe birleşme ve devralmaların pazarın yapısını, pazardaki teşebbüslerin davranışlarını ve nihayetinde pazarın performansını etkiliyor olması olduğunu belirtmiştir. Bkz. Lindsay Alistair, **The EC Merger Regulation: Substantive Issues**, Second Edition, Thomson Sweet/Maxweel, London, 2006, s. 11.

⁹²⁸ Alpay Mustafa Okan, **Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması**, Rekabet Kurumu Yayını, Uzmanlık Tezleri Serisi N. 63, Ankara, 2004, s. 1.

bakımdan, birleşme ve devralmalar, piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı muhtemel etkileri dolayısı ile denetime tabidir⁹²⁹.

Anayasanın ekonomik hükümler bölümünde “*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*” başlığı ile m. 167 hüküm altına alınmıştır. Buna göre, “*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*” Görüldüğü üzere, Devletin görevi de piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlamaktır⁹³⁰. Devlet⁹³¹, bunu, ancak sağlıklı bir rekabet ortamında gerçekleştirebilecektir⁹³². Sağlıklı bir rekabet ortamı da tekelleşme ve kartelleşmenin önüne geçilmesi ile mümkündür⁹³³.

Rekabet Hukuku’nun içerdiği kurallar, rekabet aracılığı ile sağlanan ekonomik faydayı elde etmeyi amaçlamaktadır. Burada üzerinde durulan en önemli fayda ise, verimliliğin artırılarak sağlanmasıdır⁹³⁴. Rekabetçi piyasalarda, teşebbüsler maliyetlerini düşürerek, daha ucuza üretim yapar, daha az kaynak kullanır ve daha fazla kar elde

⁹²⁹ McCann/Gilkey, genel olarak yoğunlaşma işlemlerine ilişkin mevzuat düzenlemelerinin sıklığının yoğunlaşma işlemi sayısını azaltıcı bir etkisinin olduğunu belirtmektedir. Bkz. McCann Joseph E./Gilkey Roderick, **Joinin Forces, Creating & Managing Successful Mergers & Acquisitions**, Prentice Hall, New Jersey, 1988, s. 37.

⁹³⁰ Güven Pelin, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2003, s. 27 – 28.

⁹³¹ Devletin, rekabet ortamını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte, Devlet, bazı durumlarda rekabet ortamını bizzat kendisi yaptığı iş ve işlemler ile bozmaktadır. İlk olarak, Devlet, iktisadi aktör olarak, ticari hayata dahil olup özel hukuk kişileri gibi faaliyette bulunabilir. Bu durumda, Devlet, iktisadi teşebbüs kurup onu işletmektedir. Devlet’in iktisadi hayatta faaliyette bulunduğu pazarlarda, serbest piyasadaki bahsedilemeyeceği aşikardır. İkinci olarak, Devletin, yeni vergi ihdas ederek ve/veya mevcut vergi oranlarında yükseltme veya düşürme yoluna giderek, ekonomik hayata müdahale etmesi de rekabeti bozucu etki doğurabilecektir. Son olarak, Devletin, piyasanın işleyişine müdahalesi yasama işlemi niteliğinde olabileceği gibi yürütme işlemi niteliğinde de olabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Ateş Mustafa, **Rekabet Hukuku’na Giriş**, Adalet, Ankara, 2013, s. 34 - 35.

⁹³² Odman Boztosun, rekabet politikası ile ulaşılmak istenen hedefin, rekabet ortamının korunması olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Odman Boztosun N. Ayşe, **Türkiye İçin Nasıl Bir Rekabet Mevzuatı ve Uygulaması? Rekabet Kurumu İçin Yeni Açılımlar**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII (17-18 Nisan 2009 Kayseri), Rekabet Kurumu Yayını, N. 237, Ankara, 2009, s. 75; Benzer yönde Bkz. Çelen Aydın, **Yatay Yoğunlaşmalarda Talep Tahmini ve Simülasyon Teknikleri**, Rekabet Kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi N. 18, Ankara, 2010, s. 17.

⁹³³ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 32; Aslan, **Rekabet Dersleri**, s. 12.

⁹³⁴ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 33.

etmeyi hedeflerler⁹³⁵. Tekelci⁹³⁶ piyasadaki teşebbüsler ise, böyle bir verimlilik endişesi taşımayarak, mal ve hizmetlerin fiyatlarını belirlemede rahat ve keyfi tutum içerisinde olurlar. Piyasada, tekel durumunda olduklarından, bu işletmeleri verimli üretime iten bir etmen de bulunmamaktadır⁹³⁷. Belirtilmiş olan tüm ekonomik ve yasal nedenler, birleşme ve devralmaların denetlenmesinin ne denli gerekli olduğunu ve Rekabet Hukuku açısından önemini göstermektedir⁹³⁸.

2. Denetimin Piyasalara Etkisi ve Piyasalar Açısından Gerekliliği

Rekabet Hukuku'nun süjeleri, iktisadi birim olan işletmelerdir. Rekabet Hukuku da, bu hukuk süjelerinin pazardaki davranışlarına ve konumlarına ilişkin kuralları içermektedir. Bu bakımdan, RKHK'nın verdiği yetki kapsamında, Rekabet Kurumu tarafından, yapılacak olan birleşme ve devralmalara ilişkin denetimin de elbette piyasalara etkisi olacaktır⁹³⁹.

Rekabet Kurumu tarafından, yapılan denetimde, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalara izin verilmemektedir. Bununla birlikte, ekonomik ve rasyonel

⁹³⁵ Lindsay, bu tür piyasalarda pazar performansının üç kritere bakılarak değerlendirilebileceğini, bunların sırasıyla tüketici refahı, genel refah ve pazardaki verimlilik olduğunu belirtmiştir. Bkz. Lindsay, s. 1 – 2.

⁹³⁶ Solmaz, birleşme ve devralma yoluyla pazarda yoğunlaşma, teşebbüslerin mevcut pazar güçlerini daha da güçlendirerek tek taraflı etkilere ve pazardaki teşebbüs sayısını azaltarak rakipler arasında anlaşma ve/veya uyumlu eylem yapılmasını kolaylaştırıcı, bu yolla işbirliği doğurucu etkilere sebep olduğunu belirtmektedir. Bkz. Solmaz Ekrem, **Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri**, Rekabet Kurumu Yayını, Uzmanlık Tezleri Serisi N. 105, Ankara, 2009, s. 3.

⁹³⁷ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 33.

⁹³⁸ Rowley/Campbell, birleşme ve devralmalarda kamu otoritesi tarafından, yapılan inceleme sürecinin toplam uzunluğunun ve maliyetinin verimlilik artışına sebep olabilecek yoğunlaşmalar üzerinde caydırıcı etkiye sebep olabileceğini, taraflar arasında yapılan anlaşmanın, neticelendirilmesinin geciktirildiği dönemde işlemin taraflarının başlangıçta anlaşmayı yapmalarına sebep olan tasarruf, verim ve sinerjiyi kaybedebileceğini ve inceleme ile herhangi bir rekabetçi yarar sağlanacak olsa bile ekonominin bu uygulamadan kötü etkilenebileceğini belirtmişlerdir. Bkz. Rowley J. William/Campbell A. Neil, Multi-Jurisdictional Merger Review – Is It Time for a Common Form Filing Treaty? s. 8-15.

⁹³⁹ Rekabet Kurumu tarafından, 2019 yılında toplam 208 birleşme ve devralma işlemi incelenmiştir. 2013 – 2019 dönemini kapsayan son yedi yıla ait incelenen ortalama işlem sayısı 202'dir. 2019 yılında, incelenen birleşme ve devralmalara ait toplam işlem adedi, son yedi yılın ortalamasının üzerindedir. Buna karşılık bir önceki yıl olan 2018 yılına ait veriler (2018 yılında, toplam 223 adet birleşme ve devralma işlemi incelenmiştir) ile karşılaştırıldığında ise, % 7 oranında düşüş olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Rekabet Kurumu, **Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2019**, Ankara, 2020, s. 7. (Erişim: www.rekabet.gov.tr 11.11.2021)

gerekçelere dayanan ve rekabeti hissedilir bir şekilde kısıtlamayan işlemlere ise izin verilebilmektedir⁹⁴⁰. Bu kapsamda, bazı durumlarda birleşme ve devralmanın, rekabeti kısıtlaması halinde, işlemi tamamen yasaklamak gibi katı bir yaklaşım yerine, yoğunlaşmanın bertaraf edilmesine yönelik olarak, birleşme ve devralma işleminin taraflarınca hazırlanan ve Rekabet Kurumu onayına sunulacak olan çözüm paketleri⁹⁴¹, işlemi, Rekabet Hukuku kurallarına uygun hale getirebilecektir⁹⁴².

Rekabet Hukuku'nun ve denetimin olmadığı, böylece ekonomik piyasaya güçlünün hakim olduğu, yani tekелci ve kartelci piyasalarda, tüketici almak istediği ürün için ne kalite, ne fiyat ne de, işlev açısından rakip ve alternatif bulacaktır⁹⁴³. Bu tür piyasalara, tekелci firma hakim olur. Mevcut rakipleri piyasadan iter ve pazara yeni giriş yapmayı zorlaştırarak, pazardaki hakimiyetini ve tekелciliğini devam ettirir. Rakiplerin olmadığı bir piyasada, elbette tüketicinin de bir seçim hakkı olmaz. Tüketici kendisine sunulan

⁹⁴⁰ Ayrıca, istisnai olarak bazı özel hallerde rekabeti kısıtlayan birleşme ve devralmalara izin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin, birleşen taraflardan birinin batan teşebbüs olması hali. Detaylı bilgi için bkz. Alpay, s. 1 vd.

⁹⁴¹ Rekabet Kurumu tarafından, 2019 yılına ilişkin olarak, 3 başvuru ile ilgili, bildirim taraflarından alınan taahhütler çerçevesinde izin verildiği görülmüştür. Bkz. Rekabet Kurumu, **Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2019**, s. 21.

⁹⁴² Yazar, bu tür birleşme çözümlerinin, yasaklamanın alternatifi olarak yaygın şekilde kullanılmaya başlandığını belirtmiştir. Uygulamada bu çözümlerin temelde, yapısal çözümler ve davranışsal çözümler olarak, ikiye ayrıldığını, OECD'nin yapmış olduğu tanıma göre, davranışsal çözümlerin “...*ilgili teşebbüslere, belli tip davranışlarda bulunma zorunluluğu getiren veya teşebbüsleri, rekabet karşısı davranışlarda, bulunmaktan alıkoyan tedbirlerdir.*” şeklinde tanımlanmakta olduğunu, yine OECD'nin tanımına göre, yapısal çözümlerin, “...*piyasanın yapısını (etkili bir şekilde) değiştirmek için, (teşebbüsün) maddi ve maddi olmayan varlıklarının veya bütün bir faaliyet alanının mülkiyetinin devrini sağlayan ve (bu varlıkların) eski ve yeni sahipleri arasında sürekli bir ilişkiye yol açmayan tedbirlerdir.*” şeklinde tanımlandığını belirtmiştir. Bkz. Yazar, s. 1 – 2; Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, yapısal çözümler ile, pazarın yapısı ele alınmakta olup, genellikle tarafların devam eden faaliyetlerinin tamamının ya da bir kısmının elden çıkarılması vasıtasıyla piyasanın yeniden yapılandırılması amaçlanmaktadır. Buna karşılık, davranışsal çözümler ile, tarafların gelecekteki ticari davranışlarına odaklanılmakta olup, bu yolla fiyat kontrolleri, ayrımcılık karşısı hükümler gibi vasıtalarla piyasa yapısındaki değişimin kontrol edilmesi amaçlanmaktadır; Gürkaynak/Özgökçen, yapısal çözümlerin, uygulamalarından sonra denetim gerektirmediğini ve kısa vadede sonuç doğurmakta olduğunu, buna karşılık, davranışsal çözüm önerilerinde, teşebbüslerin pazardaki davranışlarının gözetilmesinin ve denetlenmesinin gerektiği, bunun da, maliyetli ve zaman alan bir uygulama olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Gürkaynak Gönenç/Özgökçen M. Hakan, **Birleşme ve Devralmaların Kontrolünde Gelişmeler ve Trendler**, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2018, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 31.

⁹⁴³ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 34.

hizmet veya ürünü o fiyattan satın alarak, o kalitede kullanmak veya hiç kullanmamak durumunda kalmaktadır⁹⁴⁴.

Buna karşılık, denetimin yapıldığı ve sağlıklı rekabet ortamının korunduğu ve devam ettirildiği rekabetçi piyasalarda⁹⁴⁵ ise, çok çeşitli kalitede, fiyatta ürün ve hizmet türü bulunmaktadır⁹⁴⁶. Teşebbüsler arası yoğun rekabet olduğu için, ürün çeşidi zenginleşir, verimlilik artar ve böylece fiyat düşer. Bundan da en büyük faydayı, tüketiciler sağlamaktadır⁹⁴⁷.

Birleşme ve devralmanın denetlenmesinin piyasaya yaptığı bir diğer olumlu etki de, piyasada yer alan ve pazarda tutunmaya çalışan küçük ve orta ölçekli işletmeleri büyük ölçekli işletmeler karşısında korumasıdır. RKHK'nın 6. ve 7. maddeleri, bu amaca hizmet etmektedir⁹⁴⁸. RKHK'nın 6. maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. RKHK'nın 7. maddesi ise, teşebbüslerin hakim durum yaratmak veya mevcut hakim durumlarını güçlendirmek amacıyla birleşmelerini veya bir mal varlığını ya da ortaklık paylarını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralmasını ve böylece rekabetin önemli ölçüde bozularak engellenmesini yasaklamaktadır. Bu koruma ile kobiler⁹⁴⁹ de serbest rekabet ortamında varlık gösterebilmektedirler. RKHK'nın (birleşme ve devralmada yer alan denetim eşikleri

⁹⁴⁴ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 32 vd.

⁹⁴⁵ Clark tarafından, geliştirilen işleyebilir rekabet'in kesin olmayan kriterlerinden bazıları, teşebbüs sayısının ölçek ekonomilerinin imkan verdiği ölçüde çok olması, pazara giriş ve çıkışın serbest olması, alternatif arz ve talep kaynaklarının olması ve sunulan reklamların bilgilendirici olması olarak belirlenmiştir. Bkz. Clark Jonh Maurice, **Toward a Concept of Workable Competition**, American Economic Review, 1940, s. 241 – 256.

⁹⁴⁶ Varol Nazlı, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler**, Rekabet Kurumu Yayını, Uzmanlık Tezleri Serisi N. 101, Ankara, 2009, s. 1.

⁹⁴⁷ Aslan, **Rekabet Dersleri**, s. 5; Günay Cevdet İlhan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 22; Cengiz, sağlıklı bir rekabet düzeninin kurulmasıyla toplumun tümüne yayılmış olan bir sosyal yarar ortaya çıkacağını, bu sosyal yararın da en çok tüketiciler üzerinde yoğunlaşacağını belirtmiştir. Bkz. Cengiz, s. 84.

⁹⁴⁸ Aslan, **Rekabet Dersleri**, s. 6.

⁹⁴⁹ 2018 yılında Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelikte yapılan bir düzenleme ile kobinin tanımda değişikliğe gidilmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. RG. 24.06.2018; S. 30458.

dolayısı ile) kobiler için sağladığı bir diğer dolaylı koruma da, kobilerin kendi aralarında birleşerek daha fazla sermaye ile, daha etkin ve verimli çalışma sonucunda daha güçlü rekabet etme olanağıdır⁹⁵⁰.

Piyasaların denetlenmesinin bir diğer faydası da, tekellerin ve kartellerin önlenmesi yoluyla ekonomik özgürlüklerin önünün açılmasıdır. Kartellerin ve tekelcilerin olmadığı rekabetçi piyasalara teşebbüsler, girişim özgürlüklerini kullanarak rahatlıkla herhangi bir engellenmeye uğramaksızın girerler. Denetimli piyasalarda teşebbüsler, seçme özgürlüklerini, girişim özgürlüklerini ve ekonomik özgürlüklerini rahatlıkla kullanabilirler⁹⁵¹.

Son olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus da, piyasaların denetlenmesi sonucu oluşan güvenli pazarların iç ve dış yatırımcılar açısından cazip hale gelmesidir. Ersoy, Türkiye pazarının⁹⁵² tercih edilmesinin nedenleri arasında piyasanın denetimli oluşunun etkisinin olduğunu ileri sürmüştür⁹⁵³.

B. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN REKABET KURUMU'NA BİLDİRİLMESİ VE İZİN ALINMASI

TTK m. 11 ve TBK m. 202 uyarınca, gerçekleşen ticari işletmenin devri müessesesi, RKHK bakımından, bir birleşme ve devralma işlemi sayılmaktadır. Bu bakımdan, ticari

⁹⁵⁰ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 35; Aslan, küçük teşebbüslerin birleşerek rekabeti artırıcı etkiye sahip olabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Aslan, **Rekabet Dersleri**, s. 3; Aynı yönde bkz. Alpay, s. 3.

⁹⁵¹ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 36; Benzer yönde bkz. Aslan, **Rekabet Dersleri**, s. 6 – 7.

⁹⁵² Rekabet Kurumu tarafından, 2019 yılına ilişkin 208 adet işlem ile ilgili olarak; 1 adedinin özelleştirme işlemi olduğu, 20'sinin izne tabi olmadığı, 73'ünde de tarafların Türkiye'deki faaliyetleri bakımından etkilenen pazarların söz konusu olmadığı ve kalan 114 işlem ile ilgili olarak da, bunların izne tabi olduğu ve Türkiye'deki faaliyetleri bakımından, etkilenen pazarların mevcut olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. Rekabet Kurumu, **Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2019**, s. 22.

⁹⁵³ Ersoy Çiçek, **Zusammenschlusskontrolle in der Türkei unter Berücksichtigung des Einflusses europäischen Rechts**, Stampfli Verlag, Bern, 2012, s. 3 - 4.

işletmenin devrinde, belli ciro eşiklerinin aşılması halinde, devrin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurumu'nun bu devre izin vermesi gerekmektedir⁹⁵⁴.

RKHK uyarınca, hangi tür devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurumu'na bildirilerek izin alınması gerektiği hususunda Rekabet Kurumu tarafından, tebliğ çıkarılacağı ve burada ilan edileceği hükme bağlanmıştır (RKHK m. 7/2). Hüküm uyarınca, Rekabet Kurumu tarafından, çeşitli tebliğler çıkarılmış, birleşme ve devralmaların denetimi sağlanmıştır. Birleşme ve devralmalara ilişkin son olarak 2010 yılında Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ çıkarılmıştır (2010/4 sayılı Tebliğ)⁹⁵⁵.

1. Rekabet Kurumu'nun İznine Tabi Devralmalar

Ekonomik yaşamda gerçekleştirilen her türlü devralmanın hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, Rekabet Kurumu'nun izni gerekmemektedir. Rekabet düzenini bozacak nitelikte olan ve Tebliğ'de belirtilen ciro eşiklerini aşan⁹⁵⁶ düzeyde devralmalarda Rekabet Kurumu'nun izni gerekmektedir⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 43; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 209.

⁹⁵⁵ RG. 07.10.2010; S. 27722. Son yıllarda özelleştirmelerin yoğunluk kazanmasından dolayı Kurum tarafından ayrıca Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumu'na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır. RG. 18.04.2013; S. 28622.

⁹⁵⁶ Avrupa Birliği'ndeki birleşme ve devralmaların (yoğunlaşmaların) kontrolü rejiminde kabul edilen ciro eşiği sistemine bir takım eleştiriler getirilmekte ve sistemin uygunluğu tartışılmasına sebep olmaktadır. Bu tartışmanın, gündeme gelmesine sebep olan olay ise, Facebook'un, WhatsApp'ı devralması olmuştur. Başta dijital sektör olmak üzere, önemli hastalıkların tedavisinde kullanılmak üzere çalışmalar yapan ve yüksek ticari potansiyele sahip yeni tedavileri araştıran biyoteknoloji şirketlerinin, güçlü ilaç firmaları tarafından, yüksek bedeller ödenerek, devralınması ve ciro eşikleri nedeniyle denetlenememesi, ciro eşiği sisteminin eleştirilmesine ve yetersiz kaldığı iddialarına sebep olmuştur. Buna karşılık, ciro eşiği sisteminin yeterli olduğunu savunan ağırlıktaki görüş ise, sevk mekanizmasının işlevsel olduğunu, birleşmelerde işlem değerinin belirlenmesinde güçlük bulunduğunu, her birleşmeye Komisyon tarafından, bakılması halinde, bunun Komisyon'a gereksiz bir yük getireceğini, ayrıca, cirosu olmayan veya düşük cirolu işlem sayısının çok az olduğunu belirterek, sistemin bu hali ile uygun ve yeterli olduğunu savunmuşlardır. Detaylı bilgi için bkz. Süsoy Uygun, s. 138 vd.

⁹⁵⁷ Rekabet Kurulu, devralmaya ilişkin vermiş olduğu bir kararında, devralma işleminin tarafları olan teşebbüslerin tebliğde belirlenen eşiklerin altında kalması nedeniyle incelemeye konu işlemin Rekabet Kurulu iznine tabi olmadığı yönünde karar vermiştir. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-49/1220-308, Karar Tarihi: 28.10.2009.

Kurum tarafından, çıkarılmış olan 2010/4 sayılı Tebliğ’de, Rekabet Kurumu denetimi için ciro eşikleri belirlenmiştir⁹⁵⁸. Buna göre, devralma işleminin 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 Türkiye cirosunun otuz milyon TL’yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL’yi aşması halinde, söz konusu devir işleminin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, Rekabet Kurulu’ndan izin alınması zorunludur⁹⁵⁹.

2010/4 sayılı Tebliğ ile getirilmiş olan eşiklerin aşılması halinde gerçekleşecek bir devir, piyasadaki etkin rekabetin önemli ölçüde engelleyeceğine bir karine teşkil etmektedir⁹⁶⁰. Bu sebeple Rekabet Kurumu’nun denetimine tabidir.

Rekabet Kurumu tarafından, çıkarılmış olan Tebliğ uyarınca, ciro eşiklerinin altında kalan teşebbüslerin yani küçük ölçekli teşebbüslerin birleşme ve devralma işlemleri denetime tabi değildir. Küçük teşebbüslerin birleşmelerinde, pazardaki rakip sayısı azalacağından, rekabetin de azalacağı düşünülse de, büyük teşebbüslere karşı, küçük teşebbüslerin birleşmeleri pazardaki rekabeti arttıracaktır. Küçük teşebbüsler birleşmek suretiyle, ölçek ekonomilerine yaklaşacak, ar-ge çalışmaları için daha büyük fonlar ayırabilecek, üretim, dağıtım, personel vb. konularda iyileşme sağlayabileceklerdir. İşte

⁹⁵⁸ Aslan, birleşme ve devralmalarla ilgili olarak, objektif bir ölçü kabul edilmesi ve bu ölçüyü aşan birleşme ve devralmaların, Rekabet Kurulu’nun denetimine tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Rekabet Kurulu’nun saptayacağı bu ölçünün, ilgili teşebbüslerin sahip olduğu pazar payını esas alması gerektiğini, işletmelerin yıllık cirosu ve istihdam hacmi gibi değerlerin, teşebbüsün, büyüklüğünü gösterse bile, pazardaki durumu hakkında bilgi vermediğini, halbuki pazar payının, diğer teşebbüslere göre nispi büyüklüğünü gösterdiği için, pazar gücünün ölçülmesi bakımından, daha kullanışlı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 790.

⁹⁵⁹ Tebliğ’de 2012 yılında değişiklik yapılarak eşiklerin bir kısmı değiştirilmiştir. RG. 29.12.2012; S. 28512.

⁹⁶⁰ Benzer yönde bkz. Lindsay, s. 11.

bu nedenle, her türlü birleşme ve devralma işleminin yasaklanması ve/veya kontrol altına alınmasının şart olmadığı belirtilmektedir⁹⁶¹.

2. Devrin Rekabet Kurumu'na Bildirilmesi

2010/4 sayılı Tebliğ'de yer alan ciro eşiklerini aşan ticari işletmenin devrinin hukuki geçerlilik kazanması için, Rekabet Kurumu'na bildirilmesi ve usulüne uygun olarak izin alınması zorunludur⁹⁶².

Rekabet Kurulu, gerçekleştirilen devralmalarla ilgili olarak ya kendisine yapılan bildirim⁹⁶³, şikayet veya ihbar üzerine ya da re'sen öğrendiği anda devralma işleminin piyasalardaki rekabeti bozucu etkisini araştırmak üzere, ya doğrudan soruşturma açılmasına, ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir (RKHK m. 40)⁹⁶⁴.

Uygulamada daha çok karşılaşılan durum, devralmaların bildirim üzerine incelemeye alınması şeklinde olmaktadır⁹⁶⁵. Bu bakımdan, aşağıda devralma işlemi için yapılacak olan bildirimin şekli ve sonuçları üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

a. Bildirimin Şekli ve Sonuçları

aa. Bildirimin Şekli

2010/4 sayılı Tebliğ'de yer alan, ciro eşiklerini aşan devralma işlemlerinde, Rekabet Kurumu'na bildirim yapılması zorunludur. Ticari işletmenin devrinde, Rekabet

⁹⁶¹ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 789.

⁹⁶² Kesici Buğra, **Rekabet Hukuku'nun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 86.

⁹⁶³ RKHK'nın bildirim sistemini benimsemesinin gerekçesi olarak, devralmaların hukuken gerçekleştikten sonra Kanun'a aykırılığının araştırılarak tespitinin yapılması durumunda hem işletmeler bakımından, hem de rekabet sistemi bakımından telafisi imkansız zararlar ortaya çıkabileceği gösterilmiştir. Bkz. Güven, s. 310.

⁹⁶⁴ Kuruma, yapılan bildirimlerde teşebbüs birliklerinin, bakanlıkların ve hatta Danıştay Daire Başkanlıklarının olduğu görülmektedir. Örnek kararlar için bkz. Güven, s. 311, dn. 3.

⁹⁶⁵ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 138.

Kurumu'na bildirimin ticaret siciline tescilden uygun bir süre önce yapılması gerekmektedir⁹⁶⁶. Bu kapsamda devralma işleminin tarafları, devralma işlemi⁹⁶⁷ ile ilgili olarak tüm gerekli evrakların konulduğu 2 nüsha şeklinde dosya hazırlayarak ve Kurumun devralmaya ilişkin formlarını doldurarak, Kuruma başvuru yaparlar (2010/4 No'lu Tebliğ m.10)⁹⁶⁸.

Devralma bildirimi, taraflarca birlikte yapılabileceği gibi, yalnız bir tarafça veya tarafların yetkili temsilcileri vasıtasıyla da yapılabilir. Bildirimde bulunan taraf, diğer ilgili tarafı, yapmış olduğu bildirimden haberdar etmek zorundadır (2010/4 No'lu Tebliğ m. 10/1). Bildirim kapsamında, Kuruma sunulmuş olan tüm bilgi, belge ve doldurulmuş olan formlar, gerekli olan tüm bilgileri tam ve doğru olarak içermelidir. Ayrıca inceleme süresi içerisinde bunlarda oluşacak değişiklikler, vakit geçirilmeksizin Kuruma bildirilmelidir (2010/4 No'lu Tebliğ m. 10/3).

bb. Bildirimin Sonuçları

Bildirime tabi devralmalarda, Rekabet Kurumu'na yapılan bildirimler, bir ön bildirim niteliğindedir⁹⁶⁹. Bildirime tabi devrin hukuken geçerlilik kazanabilmesi Rekabet Kurulu'nun bu konuda açıkça veya zımni olarak olumlu bir karar vermesine bağlıdır (2010/4 No'lu Tebliğ m. 10/4). Bildirime tabi devir işlemlerinde, Rekabet Kurulu

⁹⁶⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, bu sürenin 30 gün olmasının uygun olduğunu belirtmiştir. Bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan s. 209; Erdem, devralmalarda bildirim yapıldığındaki devralma şartları ile Kurum tarafından, verilecek izin kapsamındaki şartların farklılık oluşturabileceğini bu durumda devir işleminin Kurumca belirlenen şartlara uyarlanmasının gerekeceğini, bu da işletmeler açısından hem zaman hem de para kaybına sebep olacağını belirtmiştir. Bkz. Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 143.

⁹⁶⁷ Kenyon – Slade, birleşmelerin, birleşme sözleşmesinde yer alan şartlar uyarınca gerçekleştirildiğini belirtmektedir. Bkz. Kenyon – Slade Stephen, **Mergers And Takeovers In The US And UK Law And Practice**, 1. Published, Oxford University Pres, New York, 2004, s. 16.

⁹⁶⁸ Ayrıca Kuruma yapılacak devir bildirimi başvurusundaki tüm evrak ve doldurulmuş olan formlar, aynı zamanda elektronik ortamda da hazırlanarak, Kurumun Ankara'daki merkezine iletilir.

⁹⁶⁹ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 143.

tarafından, karar verilene kadar geçen sürede devir işleminin askıda hükümsüz olduğu, Kanun'da açıkça belirtilmiştir⁹⁷⁰ (RKHK m. 10).

İlgililerce, Rekabet Kurumu'na yapılmış olan bildirimin geçerlilik tarihi, bildirimin, Kurum kayıtlarına, intikal ettiği tarihtir. Bununla birlikte, bilgilerin yanlış⁹⁷¹, yanıltıcı veya eksik olması halinde, eksik bilgilerin tamamlandığı ve yanlış bilgilerin doğruları ile değiştirildiği tarih, bildirimin geçerlilik tarihi olarak kabul edilmektedir (2010/4 No'lu Tebliğ m. 11/1).

Rekabet Kurumu, kendisine yapılan devralma bildirimini, ilgili teşebbüsler ile faaliyet alanlarını içerecek şekilde internet sitesinde duyurur (2010/4 No'lu Tebliğ m. 12).

Rekabet Kurulu, yapılan bildirim uyarınca devralmaları değerlendirirken; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili veya potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki ekonomik güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme kabiliyetleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, ilgili pazara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicinin menfaati gibi hususları göz önünde bulundurmaktadır (2010/4 No'lu Tebliğ m. 13/2).

Rekabet Kurumu'na yapılan devralma bildiriminden sonra, Kurul, önaraştırma başlatarak soruşturmaya gerek olup olmadığını saptamaktadır⁹⁷². Önaraştırma için görevlendirilen röportörler, konu ile ilgili yaptıkları araştırma sonucu elde ettikleri bilgi ve belgeleri değerlendirerek, 30 gün içerisinde bir rapor düzenleyerek, Kurul'a sunar (RKHK m. 40). Kurul, kendisine ulaşan raporu inceleyerek, 10 gün içerisinde

⁹⁷⁰ Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 143; Aynı yönde bkz. Güven, s. 310.

⁹⁷¹ Rekabet Kurulu, birleşme ve devralma ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında teşebbüslerin Kurula yanlış bilgi ve belge verdiği sonucuna varmış ve teşebbüsleri idari para cezası ile cezalandırmıştır. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 18-04/64-37, Karar Tarihi: 08.02.2018.

⁹⁷² Hoeg, Avrupa Birliğinde de birleşme işlemlerinin denetiminde başvurudan sonra taraflar arasındaki ilişkinin incelendiğini, ya mevcut ilişkiye izin verildiğini ya da rekabet kuralları çerçevesinde bir takım değişiklikler (şartlar ve yükümlülükler getirilerek) yapılarak birleşmeye izin verildiğini belirtmiştir. Bkz. Hoeg Dorte, **European Merger Remedies**, Hart Publishing, Oxford And Portland, Oregon, 2014, s. 1.

soruşturma açılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verir (RKHK m. 41).

Kurul tarafından, yapılan inceleme neticesinde soruşturma yapılmasına karar verildiği durumda, Kurul, soruşturmayı yürütecek personeli belirler, soruşturma açılması kararını, kararın verildiği tarihten itibaren 15 gün içerisinde ilgili taraflara bildirir ve ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Taraflar bakımından, sürenin başlayabilmesi için, Kurul'un bildirim yazısı ile birlikte iddianın türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi verilmiş olmalıdır. Başlatılmış olan soruşturma en geç 6 ay içerisinde tamamlanmalıdır. Gerekğinde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından, 6 aya kadar ek süre verilebilmektedir (RKHK m. 43).

Bu kapsamda Rekabet Kurulu tarafından, yapılan inceleme sonucunda, ülkenin bütünü ya da bir kısmında⁹⁷³, tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu güçlendirmeye yönelik herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran devralmalara izin verilmez (2010/4 No'lu Tebliğ m. 13/2)⁹⁷⁴. Böylece taraflar arasında akdedilmiş olan devir sözleşmesi hayata geçirilemeyecek ve herhangi bir hüküm doğurmayacaktır⁹⁷⁵.

⁹⁷³ Rekabet Kurulu, birleşme ve devralmalara ilişkin vermiş olduğu bir kararında, devralan teşebbüsün Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde ilgili sektörde faaliyet göstermemesi ya da bu piyasayı doğrudan ya da dolaylı etkileyen bir faaliyetinin de bulunmaması sebebi ile Kanun ve Tebliğ kapsamında bildirim tabi bir devralma olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-44/621-156, Karar Tarihi: 08.07.2005.

⁹⁷⁴ Rekabet Kurulu, birleşme ve devralmalara ilişkin vermiş olduğu bir kararında, işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğunu tespit etmiş, buna karşılık Kanunda yasaklanan nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması sebebi ile, devir işlemine izin vermiştir. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 17-01/2-2, Karar Tarihi: 05.01.2017.

⁹⁷⁵ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 209.

b. Devrin Bildirilmemesinin Sonuçları

RKHK'nın 7. maddesi ve 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamına giren devralmaların Kurul'a bildirilmesi ve devir için izin alınarak, devrin hukuki geçerliliğinin sağlanması gerekli iken, teşebbüsler bu bildirim yapmayarak izin almayabilirler. Bu duruma ilişkin RKHK'nın, Birleşme ve Devralmanın Kurula Bildirilmemesi başlıklı 11. maddesinde ve 2010/4 sayılı Tebliğ'in 10. maddesinde hüküm düzenlenmiştir⁹⁷⁶.

Mevzuat gereği bildirimde bulunulması zorunlu olan bir devralma işleminin, Rekabet Kurumu'na, bildirilmemiş olması durumunda, Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman re'sen devralma işlemini incelemeye alır (RKHK m. 11/1). Burada önemli olan, Kurul'un devralma işleminden haberdar olmasıdır. Kurul'un harekete geçmesi için bu yeterlidir⁹⁷⁷.

Kurul, işlemde haberdar olduktan sonra yapacağı inceleme sonucunda, iki türlü karar verebilir. Bunlardan ilki, devralmanın RKHK'nın 7. maddesinin kapsamına girmediğidir. Yani taraflarca, gerçekleştirilmiş olan devralma, RKHK'nın yasakladığı bir devralma işlemi değildir. Bu durumda, Rekabet Kurulu, devralma işlemine izin verir. Fakat taraflarca gerçekleştirilmiş olan devralma işlemi ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'na süresi içerisinde bildirimde bulunulmamasından dolayı para cezası uygulanır (RKHK m. 11/a)⁹⁷⁸. Kurul tarafından, uygulanacak olan idari para cezası, devralma işlemlerinde yalnızca devralana verilir (RKHK m. 16). Kurul'un, vereceği ikinci karar ise, taraflarca gerçekleştirilen devralma işleminin RKHK'nın 7. maddesi kapsamındaki

⁹⁷⁶ Bildirimin yapılmamasına ilişkin olarak Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanundan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ olan 1997/6 sayılı Tebliğde de düzenleme vardı. Ancak Tebliğ 2006 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. RG. 09.03.2006; S. 26103; 2010/4 sayılı Tebliğ m. 10'da bildirimin, taraflarca, yapılmaması halinde, RKHK'nın 11. maddesinin uygulanacağına ilişkin atıf yapılmakla yetinilmiştir.

⁹⁷⁷ Güven, s. 329.

⁹⁷⁸ İzne tabi devralmaların Rekabet Kurumu'na bildirim yapılmaksızın gerçekleştirilmesi halinde RKHK'nın 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilir.

yasak ve hukuka aykırı olduğudur. Bu durumda, Kurul, öncelikle bildirim zorunlu olmasına karşın devrin bildirilmemiş olmasından dolayı idari para cezası verecek olup, bununla birlikte (RKHK m. 11/b),

- Devralma işleminin sona erdirilmesine,
- Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına,
- Şartları ve süresi Rekabet Kurulu tarafından, belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bunun mümkün olmaması halinde üçüncü kişilere temlikine ve devrine,
- Bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içerisinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve,
- Gerekli gördüğü başkaca tedbirlerin alınmasına

karar verir.

Son olarak, belirtilmesi gereken bir husus da tazminat talepleri ile ilgili olacaktır. İzne tabi olduğu halde, Rekabet Kurulu'na bildirilmeyen ve RKHK m. 7 kapsamında, hukuka aykırı ve yasak olarak değerlendirilen bir birleşme veya devralma işleminin, uygulamaya konulduğu durumlarda, bu işlemlere katılan teşebbüslerin, tazminat sorumluluğundan söz edilmektedir⁹⁷⁹. Örneğin, izin alınmadan gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemi sonucunda, birleşen teşebbüsler tarafından, dışlayıcı uygulamalara (yıkıcı fiyat, boykot, pazar dışına itme gibi) maruz kalan rakip

⁹⁷⁹ Bkz. Şahin Murat, **Rekabet Hukuku'nda Tazminat Talepleri**, Onikilevha, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, 2018, s. 159.

teşebbüslerin, bu uygulamalar nedeniyle zarara uğrayacakları aşîkardır. Bu durumda, zarar gören teşebbüslerin, RKHK m. 6 ve 7 hükümleri kapsamında tazminat talep edebilecekleri ileri sürölmektedir. Buna ilaveten, rekabet kurallarına aykırı olan bir birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi ve uygulamaya konulması halinde, piyasada rekabet ortamının zarar göreceğı, pazardaki dengelerin bozulacağı, bu kapsamda, fiyatların artacağı, bu durumdan da tüketicilerin de zarar göreceğı bilinmektedir. Bu durumda, tüketicilerin de RKHK m. 7 hükmünün ihlaline dayanarak, tazminat talep edebileceğı ileri sürölmektedir⁹⁸⁰.

C. ARA DEĞERLENDİRME

Ticari işletmenin devri, RKHK bakımından, bir birleşme ve devralma işlemi olarak değerlendirilmektedir. Birleşme ve devralmalar, kontrolsüz ve herhangi bir denetime tabi olmaksızın yapıldığı takdirde, tekelleşme ve kartelleşme oluşturmak suretiyle piyasadaki rekabet ortamının zedelenmesine yol açabilecek işlem niteliğindedir. RKHK'nın getiriliş amacı, piyasalardaki rekabet ortamının korunması ve sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesi olduğundan, piyasada gerçekleşen birleşme ve devralma işlemleri (ticari işletmenin devri) RKHK'nın, inceleme ve denetleme alanına girmektedir.

RKHK dayanağını Anayasanın 167. maddesinden almaktadır. Anayasada Devletin, piyasada fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme yükünde olduğu açıkça belirtilmiştir. Hüküm uyarınca, Devlet, piyasalardaki rekabeti sağlamalı ve devamı için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu kapsamda, RKHK çıkarılmış ve ilgili kurum olan Rekabet Kurumu oluşturulmuştur.

⁹⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. Şahin, s. 160.

Rekabet Kurumu, piyasada, rekabeti etkileyecek düzeyde, belli ciro eşiklerini aşan, birleşme ve devralmaları incelemekte olup, uygun gördüğü takdir de, birleşme ve devralma işlemine izin/onay vermektedir. Rekabet Kurumu tarafından, uygulanmakta olan, ciro eşiği sisteminin yerindeliği konusunda eleştiriler bulunsu da, Rekabet Kurumu, piyasada rekabeti bozucu etkisi olmayacak birleşme ve devralmaları incelemesi halinde, iş yükü ve zaman kaybı çok olacağından mutlaka bir kritere göre inceleme yapması gerekecektir. Rekabet Kurumu, esas itibariyle pazarda yer alan tüm aktörlerin faaliyetleri ile ilgilenmemektedir. Pazarı, etkileme ve pazardaki mevcut rekabeti bozucu ve/veya ortadan kaldıracak güçteki aktörlerin faaliyetleri ile ilgilenmektedir. Ticari işletmeler bakımından, pazarı etkileme ve pazardaki dengelerin bozulması veya ortadan kaldırılması da çoğunlukla ekonomik güç ve ekonomik etki ile gerçekleşmektedir. Bu bakımdan, kanaatimizce ciro eşiği sisteminin benimsenmesi yerindedir.

Rekabet Kurumu tarafından, gerçekleştirilen birleşme ve devralmaların denetimi çok yönlü faydaları beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, piyasada rekabet ortamını sağlamak sureti ile kartel ve tekелci piyasanın önüne geçerek, piyasada bulunan ürün çeşidini, kalitesini ve fiyat çeşitliliğini arttırmak, bu yolla tüketicileri korumaktır. Bir diğer fayda ise, piyasadaki rekabet ortamı tüketiciyi koruduğu gibi, piyasaya yeni giriş yapmak isteyen üreticiyi de korumaktadır. Kartelci ve tekелci piyasalara yeni girişler olamamaktadır veya çok zor olmaktadır. Piyasada gerçekleşen tüm bu işlemler bir zincir teşkil etmektedir. Piyasadaki rekabet sağlıklı ve sürdürülebilir olduğu takdirde, bunun piyasaya yansması tüm aktörler bakımından ve tüm işlemler bakımından fayda sağlamaktadır. RKHK kapsamında, birleşme ve devralma olarak, nitelendirilen ve denetime tabi tutularak izin/onay şartı aranan ticari işletmenin devri müessesesi için denetimin gerekli ve yerinde olduğu kanaatindeyiz.

IV. TESCİL VE İLAN

A. TİCARET SİCİLİNE TESCİL

TTK m. 11/3 son cümlesinde, ticari işletmenin devri sözleşmesinin, ticaret siciline tescil ve ilan edileceği hüküm altına alınmıştır⁹⁸¹. Buna ek olarak, TSY m. 133/3 “*Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder.*” düzenlemesini içermektedir. Gerek TTK ve gerek TSY birlikte değerlendirildiğinde, ticari işletmenin devri sözleşmesinin tümünün⁹⁸² tescil edilmesi zorunlu kılınmış olup, tescil edilmediği takdirde sözleşmenin geçerli olmayacağı ve herhangi bir hüküm ifade etmeyeceği anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin devrinde, tescile atfedilen önem dolayısı ile doktrindeki tartışmalı konulara aşağıda kısaca değinilmeye çalışılacaktır.

1. Tescilin Hukuki Niteliği ve Bu Kapsamda Tescilin Açıklayıcı mı Yoksa Kurucu mu Olduğu Sorunu

Ticari işletmenin devrinde taraflar arasındaki devir işleminin tescil edilmesi ve devrin aleniyet kazanması önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. TTK m. 11/3’te, yer alan tescile ilişkin hüküm, doktrin tarafından yeterli açıklıkta olmadığı gerekçesi ile eleştiri konusu yapılmıştır. Eleştiriler doğrultusunda ticari işletmenin tescilinin hukuki niteliğinin ve bu bağlamda tescilin açıklayıcı mı yoksa kurucu mu olduğu hususunun incelenmesi gerekmektedir.

⁹⁸¹ eTTK ve BK döneminde, ticari işletmenin devri müessesinde, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesinin zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmuyordu. Ancak borçların devredilebilmesi için devralanın, devir sözleşmesini ilan veya ihbar şartı bulunuyordu. Acemoğlu, devralanın bu borcunun kanuni bir borç olduğunu belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, s. 101.

⁹⁸² Erdem, ticari işletme devri sözleşmesinin, tescil edilmesinin alacaklıları korumayı amaçladığını belirterek, bunun ile TSY m. 133/2’de, yer alan asgari unsurların anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna gerekçe olarak da, sözleşme metnlerinin çok detaylı ve yalnızca tarafları ilgilendiren bölümlerinin ağırlıkta olduğunu, bunların tümünün tescili ile alacaklıların menfaati arasında bağ kurulmasının uzak olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1001.

TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca TSY m. 133/3'te, ticari işletmenin devrinin, devir sözleşmesinin tümünün ticaret sicile tescil edilmesi ile hüküm doğuracağı düzenlenmiştir.

Ticaret siciline yapılan kayıtlar kural olarak açıklayıcı (bildirici) etkiye sahiptir⁹⁸³. Tescilin açıklayıcı etkisi de önceden doğmuş, değişmiş veya ortadan kalkmış bir hakkın varlığını, değiştiğini ve sona erdiğini göstermesi anlamına gelmektedir⁹⁸⁴. Bu bakımdan, tescil edilmesi gereken bir hususun tescilinin ihmal edilmesi halinde, hak varlığını korur ve devam ettirir⁹⁸⁵. Tescilin, açıklayıcı niteliği, ticaret sicili bakımından önem taşıyan aleniyetin sağlanması amacına hizmet etmektedir⁹⁸⁶. Ticaret sicili kayıtlarının bir diğer etkisi de kurucu olmasıdır. Kurucu etkinin anlamı ise, bir hakkın doğabilmesi⁹⁸⁷, değişebilmesi ve sona erebilmesi sicile kayıt yapılmasına bağlanmış olmasıdır. Bu durumda, sicile kayıt yapılmadığı takdirde hak üzerinde bir değişiklik meydana gelmez. Ticaret sicilinin kurucu etkisi yasa tarafından istisnai hallerde tanınmış bulunmaktadır⁹⁸⁸.

Bu bilgiler bağlamında, ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescili konusunda doktrindeki görüşlerden ilki, tescilin kurucu etkiye sahip olduğu yönündedir⁹⁸⁹. Tüm yazarlarca TTK m. 11/3'te, tescilin kurucu olduğuna ilişkin açık

⁹⁸³ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 164; Gürbüz Usluel, s. 151.

⁹⁸⁴ Bilge, s. 158; Demirel, s. 226.

⁹⁸⁵ Demir, **Makale**, s. 114.

⁹⁸⁶ Demirel, s. 226.

⁹⁸⁷ Bahtiyar Mehmet, **6102 sayılı TTK'da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı Da Gereken Hususlar Sorunu**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014, s. 274; Demirel, s. 227.

⁹⁸⁸ Bilge, s. 159; Gürbüz Usluel, s. 151.

⁹⁸⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 210 – 211; Bahtiyar, TTK m. 11/3'ün, tescilin kurucu olduğuna ilişkin bir düzenleme içermediğini, kurucu etki için kanunda bunun açıkça düzenlenmiş olması gerektiğini belirtmiş ve mevcut düzenlemeyi eleştirmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 214 – 215; Öz, **Ticari İşletme**, s. 112; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 33; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1001; Bozer/Göle, **Ticari İşletme**, s. 21; Aydın, ticaret siciline tescilin kurucu olduğunun kabul edilmesinin hukuki güvenlik bakımından yerinde olacağını belirtmiştir. Bkz. Aydın, s. 18; Aynı yönde bkz. Gürbüz Usluel, s. 152; Poroy/Yasaman, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesinin kazandırıcı işlem

düzenleme olması gerekirken, bunun eksik bırakılması, esaslı bir noksanlık olarak değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, TSY m. 133/3'te, devir sözleşmesinin tescil edilmesi ile hüküm doğuracağının düzenlenmiş olması karşısında, ticari işletmenin devrinde tescilin kurucu etkiye sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca tescilin kurucu olduğuna ilişkin ibarenin TTK'da değil de, bir alt mevzuat olan TSY'de düzenlenmiş olması haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır⁹⁹⁰.

Doktrinde azınlıkta olan görüş ise, ticari işletmenin devrinde ticaret siciline yapılan tescilin açıklayıcı etkiye sahip olduğudur⁹⁹¹. Yine bu görüşte olan yazarlarca da tescilin kurucu etkiye sahip olduğunun TTK'da açıkça düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.

Ticari işletmenin devrinde, tescilin niteliğinin (etkisinin) TTK'da tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtilmemiş olması elbette esaslı bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, TSY'de tescilin niteliğine ilişkin hüküm yer alması ve tescilin kurucu etkisine vurgu yapılması kanun koyucunun bu konudaki iradesini

olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Poroy/Yasaman, s. 45; Arıcı, TTK tasarısını eleştirirken ticaret siciline yapılacak olan tescile kurucu işlev yüklenilmesinin gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Arıcı, s. 215; Çelikboya ise, devir sözleşmesinin kurulması işlemi bakımından tescilin açıklayıcı olduğunu, buna karşılık tasarruf işlemi niteliği taşıyan tescil işleminin ise kurucu nitelikte olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Çelikboya, s. 162 – 163; Topuz, TTK m. 11/3'te tescilin kurucu olduğuna ilişkin açık bir düzenleme olmamasına karşılık kanun koyucunun tescile kurucu etki vermeyi amaçladığını ileri sürmüştür. Tescilin kurucu olduğunun TSY'de değil de TTK'da düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Topuz, s. 72; Demir, ticari işletmenin devri sözleşmesinin bir taahhüt işlemi niteliğinde olduğunu bunu takiben yapılan tescil işleminin de kurucu etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. Bkz. Demir, **Makale**, s. 114; Ayhan/Özdamar/Çağlar, TTK m. 11/3'e bakıldığında tescilin açıklayıcı olarak değerlendirilebileceğini buna karşılık TSY m. 133/3 karşısında artık tescilin kurucu nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 164.

⁹⁹⁰ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 214 -215; Akay M. Hasanali, **Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar**, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2014, s. 170; Sevinçler Nazım, **TTK, TBK, İİK Işığında Ticari İşletme Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 78.

⁹⁹¹ Aydın/Kaplan/Şen Kalyon, tescilin kurucu olarak kabul edilmesinin mümkün gözükmediğini ileri sürmüştür. Bkz. Aydın/Kaplan/Şen Kalyon, s. 233 – 234; Akçaal, tescilin açıklayıcı nitelikte olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Akçaal, s. 150; Akdağ Güney, tescilin açıklayıcı nitelikte olduğunda ısrar etmekte olup konuyu farklı bir şekilde değerlendirmektedir. TSY'deki hükmün TTK'nın düzenlemesine aykırı olduğunu bu bakımdan TSY'deki hükme rağmen tescilin yine de açıklayıcı etkisini savunmaktadır. Bkz. Akdağ Güney, s. 132 – 133.

göstermektedir. Nitekim İsviçre Birleşme Kanunu Art. 73/2 uyarınca, ticari işletme devri bakımından da tescilin kurucu etkisi bulunmaktadır. İsviçre Birleşme Kanunu'nda malvarlığı devrinin ticaret siciline tescil ile hukuki sonuçlarını doğuracağı açıkça hüküm altına alınmıştır⁹⁹².

Tescile kurucu nitelik tanınması pek çok sorunun çözülmesi bakımından da uygun görünmektedir. Tescile kurucu etki tanındığı takdirde, ticari işletme devri sözleşmesi borçlandırıci nitelikte olmaktadır. Bu yolla, devir borcu altına giren devreden, devrin tescili için ticaret siciline başvurarak tasarruf işleminde bulunmuş olacaktır. Tescilin kurucu olmasının etkisini gösterdiği bir diğer konu da, Rekabet Kurulu'na yapılacak olan bildirim ve karar çıkana kadar geçen sürede oluşacak durumdadır⁹⁹³. Bilindiği üzere, zorunlu ise Rekabet Kurulu'na tescilden önce başvuru yapılması ve izin alındıktan sonra tescile başvurulması gerekmektedir. Rekabet Kurulu'na yapılan başvuru sonrasında karar çıkana kadar ise, devir sözleşmesi “askıda hükümsüz” durumundadır. Rekabet Kurulu'ndan devralmaya izin çıkmaz ise, taraflar arasında yapılmış olan devir sözleşmesi hüküm doğurmayacaktır. Hal böyle olunca, tescile kurucu nitelik tanınmadığı takdirde sözleşme ile ticari işletmenin devri gerçekleştirecek ve malvarlığı, devir sözleşmesi ile devralana geçecektir. Bunun ardından, Rekabet Kurulu'ndan izin çıkmadığında ise, devralanın mülkiyetine geçen devre konu ticari işletmenin (malvarlığının) sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesi yoluna gidilecektir⁹⁹⁴. Bu durum da çok çeşitli sorunları ve tartışmaları beraberinde getirmeye müsaittir.

⁹⁹² Uzel, s. 792.

⁹⁹³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 211.

⁹⁹⁴ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 211.

Belirtilen çekinceler kapsamında, ticari işletmenin devrinde, tescilin kurucu olduğu hususunun tereddüte yer vermeyecek açıklıkta ve mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. Tescilin Kim Tarafından Yapılacağı Sorunu

Ticari işletmenin devrinde, devrin ticaret siciline tescili gerekmektedir. Kanun koyucu, tescilin kim tarafından yapılacağını açıkça hükme bağlamamıştır. Ancak hükümdeki ifadeden, tescilin devir sözleşmesinin tarafları olan devreden ve devralan tarafından, yapılabileceği ileri sürülmektedir⁹⁹⁵. Buna karşılık, TSY m. 22/2’de, tescilin işletmeyi devreden tarafından talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

TTK’da ticaret sicilinin düzenlendiği İkinci Kısım m. 27’de, ticaret siciline tescilin kural olarak, talep üzerine yapıldığı, m. 28’de, ise tescil talebinin ilgililer, temsilcileri veya hukuki halefleri tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bahse konu hükümler, genel düzenleme olması itibari ile ticari işletmenin devri bakımından da geçerlidir.

a. Devreden Tescil Talebinde Bulunmasının Gerekliliği

Ticari işletmenin devrinde, tescilin kim tarafından talep edileceğine ilişkin olarak TSY m. 22/2’de, özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, tescili devreden talep edebilecektir⁹⁹⁶.

⁹⁹⁵ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 164.

⁹⁹⁶ Öz, **Ticari İşletme**, s. 112; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, TSY m. 22/2 hükmü uyarınca, devralanın tescil talebinde bulunamayacağının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 211; Erdem, TTK’da tescilin kim tarafından yapılacağını belirtilmemiş olmasını bir eksilik olarak değerlendirmiştir. Buna ek olarak, TSY’nin konuya ilişkin detaylı bir düzenleme içerdiğini belirtmiştir. Bkz. Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1001; Çelikboya, devreden tescil talebinin varlığını kabul etmekle birlikte ayrıca tescil talebinde devralanın da rızasının aranması gerektiğini, bunun menfaatler dengesi bakımından yerinde olacağını ileri sürmüştür. Bkz. Çelikboya, s. 167 - 169.

Türk Hukuku'na paralel olarak, İsviçre Hukuku bakımından da, ticari işletmenin devrinde, ticaret siciline tescil talebi, devredene ait hem bir hak, hem de bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁹⁷.

Ticari işletmenin devrinde, borçlandırıcı işlem olan devir sözleşmesi için malvarlığı üzerinde tasarruf işlemi yapma yetkisi olan malik, yani devreden tarafından, devralana nakletme iradesi gösterilerek, tescil talebinde bulunulacaktır.

b. Tescil Talebi İçin Devralana Mahkemeye Başvurma Hakkı Tanınması

Ticari işletme devrinde, tescilin zorunlu olduğunu, devir sözleşmesinin tümünün tescil edilmeden hüküm doğurmayacağını ve tescilin devreden tarafından talep edilebileceğini incelemiş bulunmaktayız. Devreden tescil talebinde bulunmaktan kaçınması halinde, devralanın, bir hak kaybına uğrayacağı açıktır. Bu halde, devralan, ticari işletme devir sözleşmesinin aynen ifasını talep edebilir mi? Bu sorunun cevabı önem arz etmektedir.

Aynen ifa, sözleşme taraflarından birinin, sözleşme borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde karşı tarafın sözleşmeye aykırılığın giderilmesi amacıyla yaptığı talebi olarak anlaşılmaktadır⁹⁹⁸.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinde, devreden, sözleşme hükümleri çerçevesinde ticari işletmeyi ve malvarlığını, devralana devretme borcu altına girmektedir. Sözleşmenin tescil edilmesi de, bu borcun (pek çok bakımdan tartışmalı olmakla birlikte) ifası anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, devreden tescilden kaçınması

⁹⁹⁷ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1001, dn. 44; Ülgen/Arıcı, s. 1781.

⁹⁹⁸ Baş Ece, **Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu**, Yaşar Üniversitesi Dergisi 8 Özel sayı, İstanbul, 2013, s. 627 – 628. Aynen ifanın talep edildiği en tipik örnek TMK m. 716 taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde görülmektedir. Taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğuran bu sözleşmelerde, sözleşmenin ifasından kaçınan borçluya karşı aynen ifa talebi ile dava açılarak alacaklı adına tapuda tescil sağlanmakta olup, konu doktrinde tartışmalıdır.

halinde, devralana mahkemeye başvurarak aynen ifaya hükmedilmesini talep etme hakkı tanınmalıdır⁹⁹⁹. Devralan, mahkemenin vereceği olumlu karar ile, ticaret sicilinde tescilin yapılmasını sağlayabilecektir.

3. TSY m. 133/4'ün, Tescil Kapsamında Değerlendirilmesi

TSY m. 133/4'de, ticari işletme devir vaadi, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devir ve şartlı devirlerin tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, hükümde tescil edilemeyecek üç ayrı husus düzenlenmiştir. Bunlardan ilki taraflarca, yapılacak olan devir vaadi sözleşmesidir. Taraflar, yani devreden ve devralan, aralarında anlaşarak, ticari işletmenin devrine ilişkin olarak, bir önsözleşme yapabileceklerdir¹⁰⁰⁰. TSY'nin ticari işletmenin devir vaadi sözleşmesine değinmesi ve bu konuda düzenleme getirmesi, ticari işletme devri sözleşmesinin, hukuki niteliğinin borçlandırııcı işlem olduğuna bir karine teşkil edebilecektir¹⁰⁰¹.

TSY m. 133/4'de, taraflarca yapılacak olan önsözleşmenin, tescil talebine hukuki dayanak oluşturmayacağı düzenlenmiştir¹⁰⁰². Önsözleşmenin şekli ile ilgili olarak, TBK m. 29/2'de, genel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerli bir şekilde yapılması, ileride kurulacak sözleşmesinin şekline bağlanmıştır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin, geçerliliği

⁹⁹⁹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 211; Öz, **Ticari İşletme**, s. 112; Çelikboya, ticaret siciline tescil talebinin hem devreden, hem devralan tarafından birlikte yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bakımdan aynen ifayı talep hakkının her iki tarafa yani hem devredene, hem de devralana tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Çelikboya, s. 172 – 173; Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, “*Vaat alacaklısının, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyeti devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir*” şeklinde hüküm kurmuştur. 14. HD. 13.03.2018 E. 2017/5812, K. 2018/1889 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 23.11.2018).

¹⁰⁰⁰ TBK m. 29/1'de, bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olduğu yani önsözleşme yapılabileceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁰¹ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1002, dn. 45.

¹⁰⁰² Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1002.

de yazılı şekilde yapılmasına bağılı olduğundan (TTK m. 11/3), ticari işletme devri vaadi sözleşmesinin de yazılı olarak yapılması gerekecektir¹⁰⁰³.

Ticari işletmenin devrine, çeşitli devir şekillerine tabi malvarlığı unsurları konu olabilmektedir. Örneğin, taşınmazların devri, TMK m. 706 uyarınca, resmi şekilde yapılmasına bağılıdır. Resmi şekilden kastedilen, işlemin tapu sicil memurları huzurunda ve tapu sicil memurları tarafından düzenlenmesidir. Buna karşılık, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60/3 uyarınca, noterlikçe re'sen düzenleme şeklinde yapılabileceğı ve bunun yeterli olduğu belirtilmiştir. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçerlilik şartı ise, yazılı şekilde yapılmasına bağılıdır. Böylece, devir vaadi sözleşmesinin de geçerliliğı yazılı şekilde yapılmasına bağılı olacaktır. Bu halde, ticari işletmenin devrine konu satış vaadi sözleşmesinde bir taşınmaz var ise, bunun da önsözleşmesi taraflarca yapılacak olan yazılı sözleşme ile geçerli olacaktır. TSY m. 133/4 uyarınca, ticari işletme devir vaadi sözleşmesi tescil edilemediğinden, tapu siciline bildirimini de yapılamayacaktır. Bu durumda, taraflar arasında yazılı olarak gerçekleştirilen ve içeriğine taşınmaz, motorlu taşıt araçları, fikri mülkiyet hakları vb. çeşitli, önemli ve farklı sicillerde yer alan malvarlığı unsurları dahil olan bir devir vaadi sözleşmesi ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu devir vaadi sözleşmesi, herhangi bir yere tescil edilemediğinden ve bildirimini de yapılamadığından, tarafların dışında kimsenin haberdar olmadığı bir mecrada kalacaktır. Bu durumda da, üçüncü kişi, ticari işletmeye ait olan taşınmazın mülkiyetini ve diğer sicillerde yer alan malvarlığı unsurlarının mülkiyetini kazanabilecektir. Ticari işletme devir vaadinin, tescil edilmemesi devralan bakımından (ticari işletme devir vaadinin devralan tarafı), kanaatimizce hukuki güvensizlik oluşturmaktadır.

¹⁰⁰³ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1002.

TSY m. 133/4’de, ayrıca belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devirler ile şarta bağlanmış olan devirlerin de tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir¹⁰⁰⁴.

4. Tescilin Ardından Devrin Diğer Sicillere Bildirilmesi

TTK m. 11/3 uyarınca, doktrinde çok eleştirilmiş ve uygulaması henüz netlik kazanmamış olmakla birlikte, zorunlu tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın, yazılı devir sözleşmesi ve ardından yapılacak olan tescil ile gerçekleşen ve hüküm doğuran ticari işletmenin devrinde, devre konu malvarlıklarının sicillere tescili çok daha fazla önem kazanmıştır.

Ticari işletmenin devrinin tescilinin ardından, diğer sicillere yapılacak olan bildirim ile ilgili olarak TSY m. 135/5 “*Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir.*” hükmü yer almaktadır. Yine bu amaca hizmet eden Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı¹⁰⁰⁵ tarafından yayımlanmıştır¹⁰⁰⁶. Tebliğ’de birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ayni sermaye konulması veya ticari işletmelerin devralınmasına ilişkin tapu, gemi ve fikri mülkiyetin konu olduğu

¹⁰⁰⁴ Öz, TSY m. 133/4’de yer alan hükmün, tapu sicilinde bulunan, vadeli veya koşullu tescilin yapılamayacağı kuralı ile paralellik gösterdiğini belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 119; TST’nin istem başlıklı 16/2. maddesi, “*istem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz*” şeklindedir; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, yürürlükten kalkan 10040 sayılı eski Tapu Sicil Nizamnamesi’nin 13. maddesinde, tescil talebinin hiçbir kayıt ve şarta tabii tutulamayacağını belirtmekte olduğunu, buna karşılık yeni metinde, sanki tescili bozmayan veya hükümsüz hale getirmeyen şartların tescil talebine bağlanabileceği gibi bir anlam çıktığını, ancak metnin, tescil sebebinin, hiçbir kayıt ve şarta bağlanamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 203, dn. 622; Aynı yönde bkz. Sirmen, s. 181 – 183.

¹⁰⁰⁵ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile ilgili olarak 703 No’lu KHK ile Bakanlığın ismi değiştirilmiş ve yeni ismi Ticaret Bakanlığı olmuştur. Bkz. RG. 09.07.2018; S. 30473 3. Mükerrer.

¹⁰⁰⁶ RG. 31.10.2012; S. 28453.

sicillerde ve benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların sahipliklerinde meydana gelen değişikliklerin ilgili oldukları sicillere bildirilmesi ve bu bildirim uyarınca sicil kayıtlarında gerekli değişikliklerin, yapılması düzenlenmiştir (Tebliğ m. 1)¹⁰⁰⁷.

Tebliğ uyarınca, ticari işletmenin devrinde devre konu tapu, gemi, fikri mülkiyet ve benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, tescili yapan müdürlük tarafından (ticaret sicil müdürlüğü), ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere Tebliğ m. 5'te, yer alan hususların bildirilmesi gerekmektedir.

TSY m. 135/5 ve Tebliğ hükmü uyarınca eş zamanlı bildirimin hangi sicillere yapılacağını tespiti önem arz etmektedir. Bu bakımdan, TSY m. 133/2-b hükmü, taraflar arasındaki devir sözleşmesinde, sözleşme dışında bırakılan unsurların gösterilmesini aramaktadır. Dolayısıyla devir sözleşmesine bakılarak devre konu malvarlığı unsurlarının ve bağlı oldukları sicillerin tespit edilme olanağı bulunmamaktadır¹⁰⁰⁸. Erdem, ticari işletmelerin birleşmelerinde, TSY m. 132/2-b hükmü uyarınca, devreden tarafından tescil müdürlüğüne beyanda yer alan malvarlığından, özel sicillerde kayıtlı bulunanların sicil bilgilerinin verilmesinin gerektiğini, bu hükmün, ticari işletmenin devrinde de kıyasen uygulanabileceğini, bu yolla sicil kayıtlarının elde edilerek, eş zamanlı tescillerinin sağlanabileceğini belirtmiştir. Yine başka bir çözüm olarak, TSY m. 133/2'ye yeni bir bent eklenerek özel

¹⁰⁰⁷ Tebliğ esas itibarıyla ticaret şirketlerinin, ticari işletmelerinin devralınmasını konu almakla birlikte, Tebliğ'in m. 4/3'te, tüm ticari işletmelerin devri ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁰⁰⁸ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1003; Öz, ticari işletmenin devrinde devre konu malvarlıklarıyla ilgili olarak eş zamanlı sicil bildirimleri için gerekli olan bilgilerin Ticari İşletme Tüzüğü taslağının m. 8/2'de düzenlenen devredenden istenecek olan rapor ve listeden anlaşılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 120. Tüzük yayınlanmayarak yerine TSY kabul edilmiştir. Ancak TSY'de de devredenden devre konu malvarlığı listesinin isteneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

sicillere kayıtlı malvarlığı unsurlarının belirtilmesinin zorunlu kılınabileceğini ileri sürmüştür¹⁰⁰⁹.

TSY ve ilgili Tebliğ, ticaret sicili ile diğer siciller arasında tescilden sonra oluşacak olan çelişkiyi en kısa zamanda gidermeyi amaçlamaktadır. Tescilin ardından eş zamanlı olarak, devre konu taşınmazların tapu siciline, motorlu taşıtların trafik siciline ve diğer ilgili sicillere yapılacak olan bildirimlerle kayıtlar düzeltilmiş olacaktır. Sicillere yapılacak olan bildirim, TTSG'deki bildirime oranla daha güvenceli bir koruma sağlamaktadır. Nitekim tescil ile ilan arasında her zaman belli bir süre geçer. Bu süre içerisinde, iyi niyetli üçüncü kişiler taşınmazlar için tapu sicilinden, motorlu taşıtlar için trafik sicilinden gerçek durumu öğrenerek, ileride zarar doğurabilecek işlemlerden kaçınabilirler¹⁰¹⁰.

a. Bildirimin Şekli ve Zamanı

TTK m. 128/6'da, sicil müdürünün ilgili sicillere bildirim yükümlülüğü yer almaktadır. Hüküm uyarınca, bildirimin, sicil müdürü tarafından re'sen ve hemen gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TSY m. 135/5'te, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan ve hak sahipliğini gösteren sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilin gecikmeksizin yapılması amacıyla, ticari işletmenin tescili ile eş zamanlı olarak, ilgili sicillere sicil müdürlüğü tarafından, derhal bildirimin yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Sicil müdürü tarafından, re'sen ve derhal yapılması gereken tescilin ne şekilde yapılacağı, Tebliğ m. 5/3'te, düzenlenmiştir. Buna göre, bildirimler, sicil müdürü tarafından, yazılı şekilde yapılacaktır. Tebliğ'de, bildirimin yazılı şekilde yapılması

¹⁰⁰⁹ Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1004.

¹⁰¹⁰ Öz, **Ticari İşletme**, s. 120.

gerektiği hüküm altına alınmış, ancak sicillere yapılması gereken yazılı bildirim ile ilgili olarak tek bir yazı ile mi bildirimin yapılacağı, yoksa her bir sicil için ayrı ayrı mı yazışma yapılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Sicil müdürü tarafından, yapılması öngörülen bildirimin amacı, tescilin hızlı ve bürokrasiden uzak bir şekilde gerçekleşmesidir. Bu bakımdan, tek bir yazı ile ilgili sicillere bildirimin yapılması ve amaçlanan süratin sağlanarak, sicillerdeki kayıtların gerçek hak sahiplerini gösterir duruma getirilmesi kanaatimizce uygun olacaktır¹⁰¹¹.

Ayrıca m. 5/3'te, müdürlükler ve ilgili siciller arasında güvenli elektronik iletişim ağı alt yapısı sağlandığında, bildirimlerin, bu sistemler kullanılarak yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Elektronik ortam üzerinden yapılacak bildirimlerin daha hızlı ve erişim güvenliği bakımından, daha iyi olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

b. Bildirimin Sonuçları

Ticari işletmenin devri sözleşmesi kapsamında, yer alan malvarlığı unsurları ve kayıtlı bulundukları siciller tespit edilerek, sicil müdürü tarafından, ilgili sicil müdürlüklerine yapılan bildirim ile siciller, gerçek hak sahiplerini göstermeye başlayacaktır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde ilgili sicillere yapılacak olan bildirim ve sonuçları önem arz etmektedir. TTK m. 11/3 ile, getirilmiş olan radikal yeniliklerin doğurabileceği risk ve bunun sonucundaki zararları en aza indirecek olan unsur, eş zamanlı bildirim ve sicil kayıtlarının derhal gerçek hak sahiplerini gösterir duruma getirilmesi yolu ile sağlanabilecektir.

Bu kapsamda tespit edilerek, bildirim yapılan sicillerde, bildirim alan ilgili sicil müdürlüğü, kendi kayıtlarında re'sen işlem yapabiliyor ise, mal ve haklar yeni malikleri

¹⁰¹¹ Aynı yönde bkz. Gürbüz Usluel, s. 157.

adına tescil edilebilecektir. Re'sen tescilin mümkün olmadığı hallerde ise, ilgili sicil memurluğunca bildirimin kendisine ulaştığı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur¹⁰¹² ve ilgililerin başvurusu üzerine gerekli harç ve giderler tahsil edildikten sonra yeni malikler adına tescil yapılır (Tebliğ m. 6/1)¹⁰¹³.

İlgili sicil müdürlükleri, ticaret sicil müdürü tarafından yapılan bildirimden itibaren mal ve haklar üzerinde eski hak sahiplerinin, yeni hak sahipleri aleyhine sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlemleri yapamayacaklardır (Tebliğ m. 6/2).

Tapu kütüğünde yapılacak işlemlerle ilgili olarak, şerh verilip verilemeyeceği hususu tereddüt oluşturmaktadır. TMK m. 1010'da, şerh verilecek hususlar, üç bent halinde örnek olarak, sayılmış ve bunların dışında şerh verilecek hususların da, kanun ile öngörüleceği düzenlenmiştir. TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin devrine dahil olan taşınmazlar için, tapuda şerh verilebileceğine ilişkin, bir düzenleme yer almamaktadır. Burada, TMK m. 1010 hükmü uyarınca, ticari işletmenin devrinde, devre dahil olan taşınmazların, eş zamanlı bildirimi söz konusu olduğunda, şerh verilemeyeceği söylenebilecektir. Kanaatimizce, bunun için, kanunda açıkça düzenleme yapılması gerekmektedir. Ticari işletmenin devrine ilişkin, tapu kütüğüne şerh konulamaması, eş zamanlı bildirimden beklenen faydayı sağlayamayacaktır.

¹⁰¹² Öz, ticaret sicili görevlisinin, diğer sicillere derhal bildirim yapmasını ve bu sicillerde gerekli kayıtların yapılması hususunun kanunda düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, bildirimin ardından tapu memurunun re'sen harekete geçerek, yeni malik adına tescilde bulunup bulunamayacağının, bulunamayacak ise, buna ilişkin bir şerh konulup konulamayacağının açıkça düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 120.

¹⁰¹³ Gürbüz Usluel, TTK m. 128/2 ile Tebliğ m. 6/1'in birbiri ile uyumlu olmadığını, TMK m. 1010/3 uyarınca, kanunda açıkça öngörülmüş hallerde şerh kurumundan faydalanılabileceğini, ticari işletme devri bakımından, TTK'da böyle bir şerhin düzenlenmediğini, tebliğ hükmü ile şerh verilmesi imkanının tanınamayacağını belirterek, Tebliğ m. 6/1'in hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Gürbüz Usluel, s. 157 – 158.

Ticari işletmenin devrinde, TTK m. 11/3 ile, getirilmiş olan kısmi külli halefiyet ilkesinin yaratacağı en önemli sakınca, tescil, bildirim ve akabinde kayıtlarda yapılacak olan değişiklik işlemleri arasında meydana gelecek olan hak kayıplarıdır. Bunun önüne geçilmesi bakımından, önerimiz ise, sicillerde yer alan beyanlar hanesinin kullanılması olacaktır. Beyanlar hanesi olmayan siciller için de, ticari işletmenin devrinde uygulanmak üzere beyanlar hanesi oluşturulabilecektir. Tapu kütüğünde, beyanlar sütunundaki kayıtlar, alenidir, ve herkes tarafından bilindiği kabul edilir (TMK m. 1020). Tapu sicilinde yer alan beyanlar, taşınmazın fiili ve hukuki durumuna ilişkin, bazı hususların aleni hale getirilmesi işlemidir¹⁰¹⁴. Bu bakımdan, beyan işleminin amacı, taşınmaz sahibinin veya üçüncü kişilerin, sonradan beyanlar sütununa yazılmış olan bir hususu bilmediklerini ileri sürmelerinin önüne geçmektir¹⁰¹⁵. Tapu sicilinde yer alan beyanlar sütunundaki kayıtlar, tapu sicilinin aleniyeti ilkesinden yararlandığından, bu kayıtları ilgili herkesin bildiği kabul edilir¹⁰¹⁶. Böylece, bu kayıtları bilmemek itiraz nedeni teşkil etmez¹⁰¹⁷.

Şerh işlemlerinde, sınırlı sayı prensibi geçerlidir. Ancak, beyanlar ile ilgili olarak, açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan ticari işletmenin devrinde, özel sicillerde kaydı bulunan haklara ilişkin, beyanlar hanesine kayıt düşülerek, hak kayıplarının önüne geçilebileceği kanaatindeyiz. Ticari işletmenin devrinde, özel sicillerde yer alan malvarlığı ve haklara ilişkin, koruma getirilmesinin çok yönlü

¹⁰¹⁴ Reisoğlu, **Eşya Hukuku**, s. 222; Oğuzman/Seliçi, beyanlar sütununda yer alan beyanlar ile ilgili olarak, ortak bir prensip bulmanın imkansız olduğunu, bazı beyanların üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırdığını, bazı beyanların bir karine yarattığını, bazı hallerde taşınmaza ilişkin bir ayni hakkı açıkladığını ifade etmiştir. Bkz. Oğuzman/Seliçi, s. 295; Aybay/Hatemi, beyanların, kural olarak iyiniyet iddiasını bertaraf etme sonucu doğurduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Aybay/Hatemi, s. 107; Aynı yönde bkz. Antalya O. Gökhan/Topuz Murat, **Eşya Hukuku**, Cilt III, Legal, İstanbul, 2018, s. 194.

¹⁰¹⁵ Hukukumuzda, beyanlar sütununa yazılan unsurlara, TMK m. 1012/1 uyarınca taşınmaz eklentileri, geçit hakları, toprağın iyileştirilmesi için girişimci maliklerin aldığı karara ilişkin beyan, kamu hukukundan doğan mülkiyet kısıtlamalarına ilişkin beyan örnek gösterilebilecektir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ergül Işıl, **Tapu Sicilinde Beyanlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 64 vd.

¹⁰¹⁶ Reisoğlu, **Eşya Hukuku**, s. 222.

¹⁰¹⁷ Ergül, s. 61.

faidaları bulunmaktadır. Öncelikli olarak, hak kayıplarının önüne geçilmesi sağlanmaktadır. Bununla birlikte, usul ekonomisine hizmet etmektedir. Bu kapsamda, yersiz davaların açılmasının ve zaman kaybının önüne geçilmektedir.

c. Sicil Müdürünün Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Sonuçları

Ticari işletmenin devrinde, devrin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından, TSY uyarınca, tescilin kurucu nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Devir kapsamında olan ve sicillerde kayıtlı bulunan malvarlıkları ile ilgili olarak ticaret sicil müdürünün tescil ile birlikte eş zamanlı olarak bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğünü, yerine getirmediği takdirde taraflar arasındaki sözleşme tescil ile kurulmuş olacak ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Başka bir ifade ile devre konu taşınır, taşınmazlar, fikri mülkiyet hakları devralana geçecektir. Buna karşılık, devreden adına tescilli olan malvarlığı hakları ilgili sicillere bildirim yapılmadığından, devreden adına kalmaya devam edecektir. Bu da hem üçüncü kişiler bakımından, hem de devralan bakımından çeşitli sakıncaları beraberinde getirmektedir. Konuya ilişkin açıklamalar daha önceki bölümlerde¹⁰¹⁸ bulunduğundan burada yalnızca sicil müdürünün sorumlulukları hususuna değinilecektir.

aa. Hukuki Sorumluluk

Ticari işletmenin devrinde, TTK m. 128/6'da, sicil müdürünün ilgili sicillere bildirim yükümlülüğü yer almaktadır. Hüküm uyarınca, bildirimin sicil müdürü tarafından re'sen ve hemen gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, sicil müdürünün

¹⁰¹⁸ Bkz. II Bölüm-II-F-4-a-bb. Tescilsiz İktisap Karşısında Tapu Siciline Güvenen Üçüncü Kişilerin Durumu vd.

meydana gelen mal ve hak değişikliklerini süresi içerisinde ve belirtilen usulde bildirmemesi halinde sorumluluğu doğacaktır.

Ticari işletmenin devrinde, sicil müdürünün eş zamanlı olarak, ilgili diğer sicillere bildirim yapmamasının doğurduğu sonuçlarına ilişkin olarak TTK’da ayrıca bir düzenleme yer almamaktadır. Ticaret sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğa ilişkin TTK m. 25/2’de, hüküm bulunmaktadır. Hükümde, ticaret sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devletin ve odanın sorumlu olacağı, bu kapsamda Devlet ve sicil görevlilerini atamaya yetkili kurum zararın doğmasında kusuru bulunanlara rücu edeceği düzenlenmiştir¹⁰¹⁹.

Ticari işletmenin devrinde, ticaret sicil müdürü tarafından ilgili sicillere yapılacak olan eş zamanlı bildirim ve bu kapsamda sicillerde gerekli değişikliğin yapılması ve gerçek hak sahiplerinin en kısa sürede sicillerde kayıt altına alınması, olası zararların önüne geçilmesi ve işlem güvenliğinin sağlanması bakımından çok önem arz etmektedir. Sicil müdürü tarafından, re’sen yapılması gereken bildirimin yapılmaması halinde, TTK m. 25/2’de, yer alan “*sicilin tutulması*” ifadesinin kapsamının genişletilerek ilgili sicillere bildirimin yapılmaması halinin de TTK m. 25/2 hükmünün, kapsamında değerlendirilmesinin, amaca uygunluk bakımından, yerinde olacağı kanaatindeyiz¹⁰²⁰. Böylece sicil müdürünün, re’sen yükümlü olduğu bildirimi yapmamasından dolayı herhangi bir zarar doğduğunda, TTK m. 25/2 hükmü uyarınca, Devlet ve ilgili oda, bu zarardan müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Böyle bir sorumluluk, hem Devlet

¹⁰¹⁹ Benzer bir düzenleme de TSY’nin sorumluluk başlıklı 11. maddesinde yer almaktadır. Ayrıca Yönetmelikte yer alan sorumluluk kapsamında 11/5’te, sicil işlemlerinden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla oda tarafından müdür, müdür yardımcıları ve tescil işlemlerinde görevli personel için mesleki sorumluluk sigortası yaptırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Personel tarafından, gerçekleştirilen işlemlerin bu denli zarara açık olması sebebiyle sigorta ettirilmesinin düzenlenmiş olması kanaatimizce yerinde olmuştur.

¹⁰²⁰ Aynı yönde bkz. Gürbüz Usluel, s. 162 – 163.

organlarının, hem de personelin konuya olan dikkat ve hassasiyetini arttırması bakımından kanaatimizce yerindedir.

bb. Cezai Sorumluluk

Ticaret sicil müdür ve yardımcıları ile diğer personelinin, görevleri ile ilgili suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılacağı ve bunlara karşı işlenen suçların da, yine kamu görevlilerine karşı işlenmiş suçlar olarak, nitelendirileceği hüküm altına alınmıştır (TTK m. 25/2).

Hüküm uyarınca, süresi içerisinde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen sicil müdürü şartları mevcut ise, TCK'nın görevi kötüye kullanma başlıklı m. 257 hükmü uyarınca, ceza alabilecektir. Hüküm *“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*¹⁰²¹.

*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*¹⁰²².” şeklinde düzenlenmiştir.

cc. İdari Sorumluluk

Ticaret sicil müdürünün, görevini layıkı ile yerine getirmemesi ve görevi ile bağdaşmayacak iş ve işlemlerde bulunması halinde, disiplin hükümleri

¹⁰²¹ Metinde yer alan bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ibaresi 08.12.2010 tarihli, 6086 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değiştirilmiştir. Bkz. RG. 19.12.2010; S. 27790.

¹⁰²² Metinde yer alan altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ifadesi 08.12.2010 tarih, 6086 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değiştirilmiştir. Bkz. RG. 19.12.2010; S. 27790.

uygulanabilecektir. TSY'nin uygulanacak disiplin hükümleri ile diğer hükümler başlıklı 9. maddesinde, ticaret sicil müdürlerine uygulanacak olan disiplin cezaları ve eylemleri belirtilmiştir.

Ticari işletmenin devrinde, ilgili sicillere süresi içerisinde ve yazılı olarak bildirim yapılmaması halinde somut olayın gerekleri ve şartları dikkate alınarak, uyarma cezasını gerektiren fiil ve hallerden olan görevin tam ve zamanında yapılmasında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak fiili nedeniyle uyarma cezasının verilmesi (TSY m. 9/4/a-1), ücretten kesme cezasını gerektiren fiil ve hallerden olan kasıtlı olarak verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, nedeniyle ücretten kesme cezası verilmesi (TSY m. 9/4/c-1) gündeme gelebilecektir.

Ticaret sicil müdürleri ile ilgili uyarma, kınama ve ücretten kesme idari cezaları genel sekreter ve yönetim kurulu başkanının müşterek imzası ile verilir. Verilmiş olan cezalara itiraz mercii, oda meclisidir (TSY m. 9/11- a). Disiplin suçu işlediği tespit edilen kişinin savunmasının alınması gerekmektedir. İlgilinin savunması alınmadan ceza verilemez (TSY m. 9/12).

Bildirim yükümlülüğüne uymamış olan sicil müdürü hakkında verilmiş olan cezalara itiraz, tebliğden itibaren sekiz gün içinde ilgili makama yapılır. Süresi içerisinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir (TSY m. 9/13).

Son olarak, uyarma, kınama ve ücretten kesme disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hallerin, işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde soruşturmaya başlanmadığı veya disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren her halde iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde, ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğrayacağı hüküm altına alınmıştır (TSY m. 9/14).

5. Ara Değerlendirme

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescil ve ilan edileceği, ticari işletmenin devrinin, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, ticari işletmenin devrinin tescili zorunlu olup, tescil edilmediği takdirde devir sözleşmesi geçerli sayılmayacak ve herhangi bir hüküm ifade etmeyecektir (TSY m. 133/3). Mevzuatta yer alan düzenlemeden, ticari işletmenin devrinde yapılan tescilin kurucu etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin devrinde tescilin niteliğinin (etkisinin) TTK'da tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtilmemiş olması kanaatimizce esaslı bir eksikliktir. Bununla birlikte, TSY'de tescilin niteliğine ilişkin hüküm yer alması ve tescilin kurucu etkisine vurgu yapılması, kanun koyucunun bu konudaki iradesini göstermektedir. Bu kapsamda, en kısa sürede TTK m. 11/3'te, değişikliğe gidilerek, doktrin tarafından, eleştiri konusu yapılan hususların madde metninde düzenlenmesi gerektiği kanaatineyiz.

Tescile kurucu etki tanınması, devir sözleşmesinin borçlandırııcı işlem olması sonucunu doğurmaktadır. Bu yolla, devir borcu altına giren devreden, devrin tescili için ticaret siciline başvurarak, tasarruf işleminde bulunmuş olacaktır. Bu durum, belli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Örneğin, ticari işletmenin devrine konu malvarlığına dahil olan özellikle taşınmazların tasarruf işlemi olan ticaret sicilindeki tescil ile tapuda işlem yapılmaksızın el değiştirmesi konusunda, doktrinde haklı endişe ve eleştiriler bulunmaktadır. Öncelikle belirtmeliyiz ki, taşınmazların devri, ancak tapu müdürlüğünde yapılacak tescil işlemi ile gerçekleştirilmelidir. Ticaret sicil müdürlüğü tarafından, yapılacak olan tescil işlemi ile taşınmazların mülkiyetinde herhangi bir değişiklik meydana gelmesi yerleşik ve kanıksanmış uygulama dolayısıyla sakıncalı olduğundan, yerinde değildir. Ancak mevcut uygulama kapsamında, tescilin kurucu etkisi ile, durumun olası hak kayıplarına sebep olmaması bakımından öncelikle devir

sözleşmesinin ekine, devre konu unsurlara ilişkin devir envanteri eklenmelidir. Envanterde yer alan özel sicillerde kayıtlı bulunan malvarlığı unsurlarıyla ilgili olarak sicil bilgileri belirtilmiş olmalıdır. Bu yolla, ticari işletmenin devrinin tescilinde tüm sicil kayıtları belirlenmiş olduğundan, tescil ile birlikte malvarlığı unsurlarının bağlı bulunduğu sicillere de, eş zamanlı bildirim yapılabilecek olup, olası mağduriyetin önüne kısmen de olsa geçilebilecektir.

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin tescilinin, devreden tarafından yapılacağı TSY m. 22/2’de, hüküm altına alınarak, bu konuda detaylı düzenlemeye yer verilmiştir. Devreden tarafından, devir sözleşmesinin tescil edilmesi hususu, devreden bakımından hem bir hak, hem de bir görev niteliğindedir. Bu hak ve görevin, devreden tarafından, yerine getirilmemesi yani devreden, tescilden kaçınması halinde, devralana, mahkemeye başvurarak, tescil konusunda karar alma hakkı tanınmalıdır. Böylece, devralan, mahkemeden alacağı karar ile, ticaret siciline tescilin yapılmasını sağlayabilecektir.

TSY m. 133/4’de, ticari işletme devir vaadi, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devir ve şartlı devirlerin tescil edilemeyeceği hususu düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, devreden ve devralan aralarında anlaşarak, yazılı şekilde ticari işletmenin devrine ilişkin olarak, bir önsözleşme yapabileceklerdir. Taraflarca yapılmış olan bu önsözleşme, tescil talebine hukuki dayanak oluşturmayacaktır. Ticari işletmenin devrine konu satış vaadi sözleşmesinde, bir taşınmaz var ise bunun önsözleşmesi de taraflarca yapılacak olan yazılı sözleşme ile geçerli olmuş olacaktır. TSY m. 133/4 uyarınca ticari işletme devir vaadi sözleşmesi tescil edilemediğinden, tapu siciline herhangi bir bildirim de yapılamayacaktır. Bu durumda, taraflar arasında yazılı olarak gerçekleştirilen ve içeriğine çeşitli sicillerde kayıtlı bulunan malvarlığı unsurlarının dahil olduğu (örneğin, taşınmazların) bir devir vaadi sözleşmesi ortaya çıkmaktadır.

İşbu devir vaadi sözleşmesi tescil edilemediğinden yalnızca tarafların bildiği üçüncü kişilerin haberdar olmadığı bir mecrada kalacaktır. Hal böyle olunca, üçüncü kişiler tarafından ticari işletmeye ait olan malvarlığı unsurlarının mülkiyeti kazanılabilecektir. Bu nedenle, ticari işletme devir vaadinin tescil edilememesi ticari işletme devir vaadinin devralan tarafı bakımından, kanaatimizce hukuki güvensizlik oluşturmaktadır.

Ticari işletmenin devrinde, tescilin kurucu etkisi sebebiyle, devre konu ve ilgili sicillerde kayıtlı bulunan malvarlığı unsurları ile ilgili olarak, üçüncü kişiler ve devralan bakımından, hak kayıplarının yaşanmaması ve olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesi bakımından, TSY m. 135/5'te, devre konu malvarlığı unsurları ile ilgili, diğer sicillerde kayıtlı olan mal ve hakların, devralan adına, tescilin vakit geçirilmeksizin yapılması amacıyla sicil müdürlükleri tarafından, ilgili sicillere eş zamanlı bildirim yapılacağı düzenlenmiştir. Eş zamanlı bildirim ile ilgili olarak, Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ yayımlanmıştır. TSY m. 135/5 ve Tebliğ hükmü kapsamında yapılacak olan eş zamanlı bildirimin, hangi sicillere yapılacağının tespiti önem arz etmektedir. Burada da, sözleşme kapsamında olan malvarlığı unsurlarının yer alacağı envanter listesinin önemi ve zarureti bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Devir sözleşmesi kapsamında olan malvarlığı unsurlarından, özel sicillerde kayıtlı olanların, envanter listesinde ayrıca sicillerinin de, belirtilmesi gerekmektedir.

Tescilin ardından yapılacak olan eş zamanlı bildirim ile sicillerde gerekli düzeltmeler yapılacaktır. Bu da, üçüncü kişiler ve devralan açısından, olası hak kayıplarının önüne geçilmesi bakımından yerinde bir uygulamadır. Bununla birlikte, sicillerde gerekli düzeltmeler yapılamadığında, Tebliğ'de, ilgili sicile şerh konulacağı düzenlenmiştir. TMK m. 1010'da, şerh konulacak hususların kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. TTK m. 11/3'te, de şerhe ilişkin bir düzenleme yer almadığından, ticari

işletme devri ile ilgili olarak, diğer sicillerde yapılacak olan bildirimler sonucu sicil müdürlüğünün kayıtlara şerh koyabilmesi için kanuni düzenleme gerekmektedir. Bu kapsamda, tapuya düşülecek olan şerh işlemlerinde, sınırlı sayı prensibi geçerlidir. Ancak, beyanlar ile ilgili olarak, açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan kanuni düzenleme yapıncaya kadar ticari işletmenin devrinde, olası hak kayıplarının önüne geçilmesi bakımından özel sicillerde kaydı bulunan haklara ilişkin, beyanlar hanesine kayıt düşülebileceği kanaatindeyiz.

Son olarak, sicil müdürlerinin bildirim yükümlülüğü ile ilgili, TTK m. 25/2’de, yer alan “*sicilin tutulması*” ifadesinin kapsamının geniş yorumlanarak, ilgili sicillere bildirimin yapılmaması halinin de, TTK m. 25/2 hükmünün, kapsamında değerlendirilmesinin, uygun olacağı kanaatindeyiz.

B. İLAN

1. İlanın Yapılışı

TTK m. 11/3’te, ticari işletmenin devri sözleşmelerinin yazılı olarak yapılacağı, ticaret siciline tescil ve ilan edileceği hüküm altına alınmıştır. İlan ile ticari işletmenin devrinin üçüncü kişilere duyurulması amaçlanmaktadır¹⁰²³. Buradaki ilan, devrin geçerliliği için bir zorunluluktur.

Ticari işletmenin devrinde uygulanacak olan TTK m. 11/3 ile, TBK m. 202, devrin ilanı bakımından paralellik arz etmektedir¹⁰²⁴. TTK’da devrin tescil ve ilanı zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte, TBK m. 202’de, malvarlığının veya işletmenin devri

¹⁰²³ Acemoğlu, s. 109; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 211; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1001; Arıcı, s. 183; Güncan Atahan, **Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması**, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 76.

¹⁰²⁴ Bahtiyar, hem TTK’da, hem de TBK’da ilandan söz edilmiş olmasını, her iki kanunun hazırlanması aşamasında, sağlanması gereken uyumun sağlanmadığına bir örnek olduğunu belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 226.

halinde, ticari işletmeler bakımından devrin TTSG’de, diğer devirler bakımından da Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden¹⁰²⁵ birinde yayımlanacak ilanla veya alacaklılara yapılacak bildirme¹⁰²⁶ ile duyurulduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan devralanın sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır¹⁰²⁷. Bu kapsamdaki ilan, devralan tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür (TBK m. 202/4). Türk Borçlar Kanunu kapsamında yapılan ilan, devir sözleşmesinin geçerliliği için yapılmamakta olup, borçların devrinin dış ilişkide hüküm doğurması için gereklidir¹⁰²⁸.

TBK ve TTK’da, ticari işletmenin devrinde ilanın içeriği ile ilgili olarak herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ilanda belirtilmesi gereken ve zorunlu olan husus, ticari işletmenin devrinin gerçekleştiğinin bildirilmesidir¹⁰²⁹. Bu bildirim, açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde yapılmış olmalıdır¹⁰³⁰. Bu bağlamda, ilanda devir işlemi, devrin tarafları, devredilen ticari işletme açıkça yer almalıdır¹⁰³¹. Ayrıca, yapılacak olan ilanda alacaklıların, borçların devralan tarafından üstlenildiğini açıkça anlamaları bakımından, uygun ifadelerin kullanılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰³².

¹⁰²⁵ Uygur, Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetede ilan ile devralanın gerçekleştirilen devralma işlemini tirajı düşük veya yerel bir basın organında ilan etmek suretiyle alacaklının zarara uğratılmasının önüne geçilmek istendiğini ifade etmiştir. Bkz. Uygur Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, s. 1167.

¹⁰²⁶ Ticari işletmenin devrinde borçların devri bakımından ilan dışında ayrıca alacaklılara doğrudan bildirim imkanı da tanınmıştır. Bahtiyar, bu durumu eleştirerek, alacaklılara bildirim yerine yalnızca ticaret siciline tescil ve ilan öngörülmesi gerektiğini bu yolla, tek bir tescil ve ilan işlemi ile alacaklılara ve iyiniyetli üçüncü kişilere pratik yoldan bildirim yapılmış olacağını belirtmektedir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 228.

¹⁰²⁷ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 164 -165; Paket Sabure, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 30.

¹⁰²⁸ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 226.

¹⁰²⁹ Acemoğlu, s. 115; Arıcı, s. 183; Çelikboya, s. 179.

¹⁰³⁰ Acemoğlu, s. 115.

¹⁰³¹ Arıcı, s. 184.

¹⁰³² Çelikboya, s. 179.

TTSG’de yapılan ilan, devralanın borçlardan sorumluluğunun başlaması sonucunu doğurmaktadır¹⁰³³. Bu bakımdan, ilanın yapılmasında borçların üstlenilmesi ve eski borçların sınırlandırılması konuları önem taşımaktadır.

Bunlardan ilki olan borçların üstlenilmesi bakımından, ilanda, işletmenin devralındığının açıkça belirtilmesinin ardından, tüm pasiflerin de üstlenildiğinin ayrıca belirtilmesine ve pasiflerin tek tek sayılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir¹⁰³⁴. Buna gerekçe olarak da, borçların kanun gereği, devralan tarafından yüklenildiği, devralanın bu yüklenme işlemine iradesi ile engel olamayacağı, dolayısı ile bunu bildirmesinin de gerekmediği ileri sürülmüştür¹⁰³⁵. Buradaki ilan bir bildirim, bir duyuru mahiyetindedir¹⁰³⁶. Taraflar arasında yapılmış olan devir sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Devralan tarafından, yapılmış olan ilan, devir kapsamındaki işletme borçlarının, devralan tarafından üstlenilmesi bakımından bir zorunluluktur¹⁰³⁷.

İlanın eski borçların sınırlandırılması bakımından önemi ise, devralan açısından daha fazladır. Şöyle ki; borçların bir kısmının devirden hariç tutulduğu hususu ilanda açıkça belirtmek kaydıyla, alacaklılara karşı da ileri sürülebilmektedir¹⁰³⁸. Bu amaçla yapılan ilanda yer alan sınırlamaların kesin ve anlaşılır olması gerekmektedir. Burada yer alan belirsizlikler ve anlam kargaşasının sonuçları, güven prensibi gereği devralana yüklenmektedir¹⁰³⁹. Eğer ilan açık ve kesin olarak bir sınırlama ifade etmiyorsa, karine olarak, tüm borçların devralana geçtiği kabul edilmektedir. Bu halde, bir sınırlama

¹⁰³³ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 216; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36.

¹⁰³⁴ Acemoğlu, s. 115 – 116; Arıcı, s. 184; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 217; Çelikboya, s. 179.

¹⁰³⁵ Acemoğlu, s. 116.

¹⁰³⁶ Acemoğlu, s. 109.

¹⁰³⁷ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 217.

¹⁰³⁸ Konu doktrinde tartışmalıdır. Tartışma ve görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. F. 5. b. Pasiflerin Bir Kısmının Devirden Hariç Tutulması.

¹⁰³⁹ Acemoğlu, s. 118.

olduğunu, bu sınırlamadan faydalanacak olan devralan ispat etmek durumunda kalacaktır¹⁰⁴⁰. Tüm bunların önüne geçilmesi bakımından, borçların devrinde bir sınırlama yapılmak isteniyorsa, borçların ilanda teker teker listelenmesi uygun olacaktır. Borçların sınırlandırılması bakımından belirli bir şubenin borçlarının devirden hariç tutulması veya tarih aralığı belirtilmek sureti ile sınırlandırma yapılabileceği de belirtilmektedir¹⁰⁴¹.

İlanın yapılışı ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer konu da, ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescilinin ardından yapılacak olan ilan aşamasında her iki durum arasında farklılık olması halinde örneğin, ticari işletme temsilcisinin temsil yetkisinin sınırlandırılması veya devir tarihinin ticaret sicilindeki tescilde başka, ilanda başka şekilde yer alması halinde üçüncü kişiler bakımından ilanın mı, yoksa tescil kaydının mı esas alınması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Konuya ilişkin olarak, TTK m. 37’de, “*Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması halinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunur.*” hükmü düzenlenmektedir. Burada, ticaret sicilindeki kayıtlara güvenilerek örneğin, TMK m. 1023’te, olduğu gibi bir hak iktisabının korunması kural olarak söz konusu değildir¹⁰⁴². TTK m. 37’de, ticaret sicilinde tescil edilen husus ile ilan edilen husus arasında farklılık bulunması halinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin yanlış olan ilanın içeriğine güvenlerinin korunması söz konusudur¹⁰⁴³. Bu bağlamda, ilan edilen husus, tescil edilenden farklı olması durumunda, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından ilanın esas alınması

¹⁰⁴⁰ Acemoğlu, s. 118.

¹⁰⁴¹ Acemoğlu, s. 118.

¹⁰⁴² Bahtiyar, TTK m. 37 ile ticaret sicili bakımından iyiniyetli hak kazanımının TTK’daki istisnalar (TİRK m. 5/4; TTK m. 598/3, 983) hariç olmak üzere mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 212; Aynı yönde bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 379.

¹⁰⁴³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 379; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 136 – 137; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 269; Karaage, s. 485.

gerekmektedir¹⁰⁴⁴. Üçüncü kişinin, bahse konu korumadan faydalanabilmesi için, işlemini, ilana güvenerek yapmış olması gerektiği belirtilir. Bununla birlikte, üçüncü kişi iyiniyetli olmalıdır. Aksi halde korumadan faydalanması söz konusu olmayacaktır. Üçüncü kişinin iyiniyetli sayılması bakımından ilan edilen hususun, tescil edilen husustan farklı olduğunu bilmesi yeterli olmayıp, tescil edilmiş olan gerçek durumu bilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴⁵. Ayrıca, üçüncü kişinin bilmemesinin ihmalden kaynaklanmasının burada önem arz etmediği ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁶.

Görünüşe güven ilkesi kapsamında, TTK m. 37 ile, üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaktadır. Üçüncü kişinin, ilan ile tescil edilen husus arasındaki farklılığı bildiğinin ispat edilmesi halinde, artık üçüncü kişi ilana dayanamayacaktır. Hal böyle olunca, üçüncü kişinin ilan ve tescil ile ilgili olumlu bilgisi, ilanı bertaraf edip, tescili öne çıkaracaktır, çünkü bu durumda üçüncü kişinin korunmaya değer bir güveni bulunmamaktadır¹⁰⁴⁷.

2. İlanın Hukuki Niteliği

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin ilanının bir irade beyanı olmadığı, herhangi bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik bulunmadığı, ilanın amacının karşı tarafa ticari işletmenin devri sözleşmesi kapsamında devredildiği konusunda bilgi vermek olduğu belirtilmektedir¹⁰⁴⁸. İlanın devralan tarafından, yapılmasıyla birlikte, borçlar, devralana

¹⁰⁴⁴ Yanlı, tescil edilmeyen yalnızca ilan edilen bir hususun da yine TTK m. 37 kapsamında değerlendirilebileceğini, hükmün yanlış yapılan ilana sonuç bağlamayı amaçladığını, bu bakımdan üçüncü kişilerin burada da ilana olan güvenlerinin korunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Yanlı Veliye, **Yeni Türk Ticaret Kanununda Ticaret Sicili**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 99. Benzer yönde bkz. Arkan, tescil yapılmamışken yanlışlıkla ilanın yapıldığı, tescil ve ilanda yanlışlıkların yapıldığı hallerin de TTK m. 37 kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 269; Karşı görüş için bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 137.

¹⁰⁴⁵ Yanlı, s. 98

¹⁰⁴⁶ Karaege, s. 486.

¹⁰⁴⁷ Bkz. Gerekçe TTK m. 37.

¹⁰⁴⁸ Acemoğlu, s. 108; Arıcı, s. 190 – 191; Çelikboya, s. 180.

kanundan dolayı geçmektedir. Bu bakımdan ilan, bir öneri niteliğinde de değildir. Bu nedenle, alacaklılar tarafından kabul edilmesi, onaylanması gerekmemektedir¹⁰⁴⁹. Devralan tarafından yapılacak olan ilan, yalnızca devir işlemini üçüncü kişilere duyurma amacına dayanmaktadır. Ancak kanun, devralanın iradesinden bağımsız olarak bu ilana bir sonuç bağlamaktadır. Böylece ilan, hukuki işlem benzeri bir fiil olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁵⁰.

Hukuki işlem benzeri fiil olan ilana amacına uygun düştüğü oranda hukuki işleme ilişkin kurallar uygulanmaktadır¹⁰⁵¹. İlanın doğumu ve geçerliliğine ilişkin şartları genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Örneğin, yetkisiz bir temsilci veya fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimse tarafından yapılan ilanın hiçbir hüküm doğurmayacağı açıktır¹⁰⁵².

İlanın hukuki işlem benzeri fiil olduğu nitelemesinden hareketle ilanda olan hata ve hile gibi irade sakatlıkları dolayısıyla ilanın iptal edilmesi kabul edilmemektedir. Burada önemli olan hata ve hilenin ticari işletmenin devri sözleşmesine sirayet etmemiş olması gerekmektedir. Hata ve hilenin devir sözleşmesine sirayet etmesi halinde devir sözleşmesi geçersiz olacaktır. Devir sözleşmesinin geçersiz olması durumunda da artık ilanın gerçeğe uygun olup olmadığının bir önemi kalmayacak olup ilan herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır¹⁰⁵³. Çünkü ilanın ve/veya ihbarın hukuki sonuç doğurabilmesi için öncelikle geçerli bir devir sözleşmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

¹⁰⁴⁹ Acemoğlu, s. 108 – 109; Arıcı, s. 191.

¹⁰⁵⁰ Arıcı, s. 191; Çelikboya, s. 180.

¹⁰⁵¹ Arıcı, s. 191.

¹⁰⁵² Acemoğlu, s. 109; Sınırlı ehliyetsizler tarafından, gerçekleştirilen işlemlerin geçerlilik şartları ile ilgili olarak bkz. dn. 400. İlan ile ilgili olarak, sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılan iş ve işlemler, veli/vasinin açık veya örtülü iznine tabidir. Onay verilinceye veya reddedilinceye kadar, bahse konu işlem, askıdadır. Onay verildiği takdirde işlem geçerli olur. Onay verilmediği takdirde ise, işlem hükümsüz hale gelir. Bkz. Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 57.

¹⁰⁵³ Acemoğlu, s. 110; Arıcı, s. 191; Çelikboya, s. 180 – 181.

3. İlanın Hükümleri

a. Borçların Devri ve Devredenin (Devralanla Birlikte) Müteselsil Sorumluluğu Bakımından

Ticari işletmenin devrinde, devrin ticaret sicilinde tescil edilmesinin ardından, ayrıca devralan tarafından bu devrin ilan/ihbar edileceği hüküm altına alınmıştır (TBK m. 202). Devralan tarafından, yapılması gereken ilan/ihbarın temel amacı, alacaklılara ticari işletmenin devrinin bildirilmesidir¹⁰⁵⁴. Bunun yanı sıra, TBK m. 202, ilana devrin bildiriminden bağımsız olarak bir hukuki sonuç da bağlamıştır. Buna göre, ilan, borçların bir bütün olarak devralana geçişini sağlamaktadır. Ticari işletmenin devrinin TTSG’de ilanı ile devralan borçlardan, devredenle birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya başlayacaktır¹⁰⁵⁵.

Devrin ilanının önem taşıdığı bir diğer husus da, devredenin sorumluluğu bakımından ortaya çıkmaktadır. TBK m. 202/2, devredenin iki yıl süre ile devralanla birlikte müteselsil borçlu olacağını hüküm altına almaktadır. Buna göre, devredilen borç ilandan önce muaccel oluyorsa, o zaman iki yıllık sorumluluk süresi ilan tarihi ile başlamaktadır. Ancak borç, ilandan sonraki bir tarihte muaccel oluyor ise, bu durumda da sorumluluk muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (TBK m. 202).

Görüldüğü üzere, ilanın yapıldığı tarihin, devralanın sorumluluğunun başlangıç anı¹⁰⁵⁶ olması itibari ile ve devreden de, devirden önceki borçlardan sorumluluğunun başlaması ve süresinin tespiti bakımından önemi bulunmaktadır.

¹⁰⁵⁴ Çelikboya, s. 181.

¹⁰⁵⁵ Acemoğlu, s. 116; Karahan, bildirim ve duyuru yükümlülüğünün devralan tarafından yerine getirilmedikçe aktif ve pasiflerin devralana geçmeyeceğini ileri sürmüştür. Bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 45; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 215; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 45.

¹⁰⁵⁶ Acemoğlu, devralanın sorumluluğunun ilan ile başlamasının belirlilik açısından önemli olduğu hususuna vurgu yapmıştır. Bkz. Acemoğlu, s. 117.

b. Devrin Üçüncü Kişilere Bildirilmesi ve Bu Bildirimin Etkisi

TTK m. 11/3, ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Bu bakımdan, tescil edilen devir sözleşmesi hüküm doğurmaya başlayacak ve ardından yapılan ilan ile devrin üçüncü kişilere duyurulması sağlanacaktır. Ticari işletmenin devrinde, tescilin ardından yapılan ilan ile ilgili olarak doktrinde, ilanın üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırıp kaldırmadığı hususunda tartışma bulunmaktadır. Tartışmanın pratik önemi; ticari işletmenin devrinin ticaret siciline tescilinin ardından devralanın iktisap ettiği malvarlığı unsurları üzerinde, henüz devralan adına tescil yapılmadığı dönemde, üçüncü kişilerin, malik gözüken kişiden iyiniyetle aynı hak kazanması durumunda, bu kazanımlarının korunup korunamayacağı hususunda görülmektedir.

İlk görüşe göre¹⁰⁵⁷, TTK m. 11/3, ticari işletmenin devrinin tescilinin yanında ilanı da zorunludur. TTK m. 36/1 hükümleri, ticaret sicilinde ilan olunan hususların üçüncü kişiler bakımından etkisini açıkça düzenlemektedir. Ayrıca TTK m. 36/3'te, “Üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez.” hükmüne yer verilmiştir. Bu bakımdan, devrin ilan edilmesinin ardından üçüncü kişiler, artık ticari işletmenin devrini ve devirle birlikte devre konu malvarlığı unsurlarının kayıtlı oldukları sicilleri dışında malik değiştirdiklerini bilmediklerini ileri süremeyeceklerdir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ilandan sonra üçüncü kişinin iyiniyetli iktisabı korunmayacaktır.

¹⁰⁵⁷ Öz, her ne kadar ilanın üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırdığını ileri sürmüş olsa da, devir sözleşmesinde devre konu malvarlığı unsurlarının listelenmediği gerekçesi ile, bu durumun üçüncü kişiler bakımından çok adaletsiz olduğunu da ayrıca belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 108 – 109; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 997 – 998; Aydın/Kaplan/Kalyon, üçüncü kişilerin iyiniyetle hak iktisabının ticari işletmenin devrinde çeşitli sorunlara yol açacağına işaret etmiş olup üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağına ilişkin bir görüşte bulunmamıştır. Bkz. Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 236 – 237.

Alman Hukuku'nda sicilin olumlu etkisi bakımından, üçüncü kişilerin ilandan haberdar olma süresi ile ilgili olarak, bir düzenleme yer almaktadır. HGB § 15/2 uyarınca, üçüncü kişinin, ilandan itibaren on beş gün içinde tescil edilmiş olan hususu bilmediğini veya bilmesinin gerekmediğini iddia ederek, bunu ispatlaması halinde, sicilin olumlu etkisinden bahsedilemeyecektir. Ancak bu durum, kanunda yer alan süre için geçerli olup, bu sürenin sonunda üçüncü kişinin, ilandan haberdar olduğu varsayılarak, tescil ve ilan edilen hususun kendisine ileri sürülmesine karşı itiraz edemeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁸.

Konuya ilişkin diğer bir görüşe göre¹⁰⁵⁹, ticari işletmenin devrinde, ticaret siciline yapılan tescil ve ilan sadece devir işlemidir. Tescil ve ilan, edilen kayıtların dayanaklarının incelenmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu bakımdan, üçüncü kişilerin ticari işletmenin devrine konu malvarlığı unsurlarını genel hükümler çerçevesinde iktisap etmeleri konusundaki iyiniyetleri korunmalıdır.

Ticari işletmenin devrinde, hangi unsurların devredildiğinin sözleşmede yer alması zorunluluğu bulunmamaktadır (TSY m. 133/1-b). Böylece, ticari işletmeye ait hangi unsurların (örneğin, taşınmaz, taşınır vs.) devredildiğinin tescil ve ilan edilmesi gerektiği hususundan söz edilemeyecektir. TTK m. 36'da, düzenlenmiş olan ticaret sicilinin olumlu etkisi de, ticari işletmenin devrinde, kanunen tescil edilmesi gerekli olan unsurlar açısından geçerli olacağından, burada üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kalktığını söylemek kanaatimizce doğru olmayacaktır.

¹⁰⁵⁸ Karaege, s. 465.

¹⁰⁵⁹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 214; Çelikboya, s. 183; Topuz, s. 61.

4. Ara Değerlendirme

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesinin önemi ve çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, devralanın, alacaklılara karşı borçlardan sorumluluğu ilan ile başlamaktadır. Bu bakımdan, ilanın yapılmasında borçların üstlenilmesi ve eski borçların sınırlandırılması önem taşımaktadır. Bir diğer sonuç da, devredenin, devirden önceki borçlardan iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlaması ilan ile olmaktadır. Devralan tarafından, yapılacak olan ilan bir bildirim/duyuru mahiyetindedir. Taraflar arasında yapılmış olan devir sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Ayrıca, ticari işletmenin devrinde, devre dahil olan malvarlığı unsurlarının, sözleşmede gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tescil ve ilan edilen devrin kayıtlarının dayanaklarının incelenmesi yükümlülüğü yoktur. Hal böyle olunca, ticari işletmenin devrinin, ilan edilmesinin, devre konu ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının hak sahipliği bakımından, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmadığı kanaatindeyiz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVİRİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Kanun koyucu bir yandan ticari işletmenin devrini kolaylaştırmaya çalışırken, diğer yandan da hak ve menfaat sahiplerini korumak istemiştir. Bu kapsamda, geçerli bir şekilde devredilen ticari işletme dolayısıyla hem devreden, hem devralan çeşitli haklara sahip oldukları gibi yükümlülük altına da girmektedirler.

A. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Devreden Bakımından

Ticari işletmenin devrinde, taraflarca yapılan ve borçlandırıcı işlem niteliğinde olan devir sözleşmesinin, ticaret siciline tescili ile birlikte ticari işletmenin devri hüküm ifade edecektir (TSY m. 133/3). TBK m. 202/2 uyarınca, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devrinde, devreden alelade borcun naklinden farklı olarak, alacaklılara karşı işletme borçlarından sorumlu olmaya devam etmektedir. Bu sorumluluk kapsamında devreden, işletme borçlarının gereği gibi ifasından tüm malvarlığı ile sınırsız olarak kanun ile belirlenen süreyle sorumludur¹⁰⁶⁰.

Devreden borçlardan sorumluluğundan başka, ticari işletmenin devrinin şekli bakımından doğan diğer borçlardan da sorumluluğu doğmaktadır. Örneğin, devir işleminin şekli, satış sözleşmesi ise, devreden, zaptan ve ayıptan sorumluluğu bulunmaktadır. Konuya ilişkin olarak ticari işletmenin devrinde genel kabul edilen, *“Ticari işletmenin temeli olan sözleşmenin mahiyeti ne olursa olsun, satım ilişkisinden doğan sağlama hükümlerinin uygulanacağıdır”*¹⁰⁶¹. Bu kapsamda, ticari işletmenin devri sözleşmesinin mahiyetinin ne olduğu önemli değildir. Her ticari işletmenin devrinde, taraflar sağlama borcu kararlaştırmamış olsalar bile, devreden bakımından, zaptan ve ayıptan sorumluluk doğmaktadır¹⁰⁶².

Ticari işletmenin devrinde, devreden borçlarını, sağlama borcu dahil, ticari işletmenin devri ile sınırlı olmak üzere incelemeye çalışacağız.

¹⁰⁶⁰ Arıcı, s. 194.

¹⁰⁶¹ Acemoğlu, s. 90.

¹⁰⁶² Acemoğlu, s. 90.

a. Devredenin Borçlardan İki Yıl Süre İle Sorumluluğu

Kanun koyucu, ticari işletmenin devrinde, borçlardan sorumluluk konusuna özel olarak değinmiş ve alacaklıların korunmasına yönelik bir yandan devralanın, diğer yandan devredenin sorumluluğunu ayrıca düzenlemiştir. Bu bağlamda, TBK m. 202 ticari işletmenin devri halinde, borçların devrine ve sorumluluğuna ilişkin özel düzenleme ihtiva etmektedir. Çünkü borcun üstlenilmesi konusunda uygulanan TBK m. 195 – 197, üstlenilmenin alacaklıya karşı geçerli olarak hüküm ifade etmesini, alacaklının rızasına bağlamıştır. Kanun koyucunun, alacaklının rızasını aramasındaki gerekçe, borçlunun kişiliği ve ödeme gücünün alacaklı nezdindeki önemidir¹⁰⁶³.

Ticari işletmenin devri halinde de, devrin geçerli olabilmesi için, alacaklının rızası aranmış olsa idi, işletmeyi devralanın, tüm alacaklılara teker teker giderek, onların rızalarını alması gerekecekti ki, bu durum neredeyse imkansız olacaktır. Hal böyle olunca, işletmenin devri gerçekleşemeyecek veya çok güçleşecektir. Burada TBK m. 202'nin özel düzenlemesi ile sorun çözümlenmektedir. TBK m. 202 işletmenin devri halinde, alacaklının rızasını aramaksızın, borçların da devrini mümkün kılmış, bunun karşılığı olarak, işletme alacaklılarını korumak için TBK m. 202/2'de, “... *iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır.*” şeklinde hüküm düzenlenmiştir. Böylece borçlar, alacaklılar ile devralan arasında ayrı ayrı borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapılmasına gerek kalmaksızın, bir bütün olarak, kanunen, devralana geçmektedir. Buna karşılık, işletme borçlarından devreden de iki yıllık müteselsil sorumluluğu ile alacaklılar, devrin yaratacağı risklerden korunarak güvence altına alınmışlardır¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶³ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 207.

¹⁰⁶⁴ Acemoğlu, s. 143; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 45; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 220; Kaya/Tatlı, s. 47.

Yapmış olduğumuz açıklama ışığında, ticari işletmenin devrinde, işletme kapsamında olan ve devredilebilen borçlardan, devreden, devralanla birlikte iki yıl süre ile müteselsil olarak sorumlu olmaktadır. Böylece alacaklılar, ticari işletmenin devredilmiş olmasına rağmen, belirtilmiş olan bu iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi içerisinde, devredene de başvurabilecek ve alacaklarını ondan talep edebileceklerdir¹⁰⁶⁵.

Ticari işletmenin devri bakımından kabul edilmiş olan bu müteselsil sorumluluk gereği, devreden, işletme borçlarının gereği gibi ifasından tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur. Kanundan doğan bu teselsül nedeniyle alacaklı, müteselsil borçlulardan dilediğine başvurabileceği gibi, aynı anda her ikisine de başvurabilecektir¹⁰⁶⁶. Alacaklı tarafından, borçlulardan herhangi birine başvurulması halinde, bu durum, diğer borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır¹⁰⁶⁷.

Devredenin, devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğu, ticari işletmenin devrine ilişkin bildirim veya duyurunun yapıldığı tarihten önce doğmuş olan borçlar için söz konusudur. Buna karşılık, ticari işletmenin devrinden ilanın/ihbarın yapılmasından sonra ortaya çıkan bir hukuki ilişkiden doğan ve/veya doğacak olan borçlardan, devreden sorumlu değildir¹⁰⁶⁸. Devredenin, devralanla birlikte müteselsil sorumluluğu bakımından kanun koyucu tarafından, bir çerçeve, bir sınır çizilmiştir. Buna göre, devredenin iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlangıcı, muaccel borçlar bakımından yapılan duyuru veya bildirim tarihi¹⁰⁶⁹, daha sonra muaccel olacak borçlar bakımından ise muacceliyet tarihidir (TBK m. 202/2).

¹⁰⁶⁵ Acemoğlu, s. 143; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42.

¹⁰⁶⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 220.

¹⁰⁶⁷ Acemoğlu, s. 145.

¹⁰⁶⁸ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Güncan, s. 88; Kaya/Tatlı, s. 47.

¹⁰⁶⁹ Acemoğlu, gazetede birden çok ilan yapılmış olması halinde sürenin ilk günden başlayacağını belirtmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 147.

Devreden bakımından iki yıllık sürenin başlaması ve sona ermesi önem arz etmektedir¹⁰⁷⁰. Bu bakımdan, sadece bildirim yapıldığı hallerde sürenin başlayabilmesi için, bildirimin alacaklıya ulaştığının ispatı, devredenin üzerindedir. Devredenin iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlayabilmesi için, devralan tarafından ilan veya bildirim yapılması gereklidir. Devralan tarafından bu yerine getirilmediği sürece, iki yıllık süre işlemeye başlamayacaktır (TBK m. 202/4).

Devredenin müteselsil sorumluluğu ile ilgili olarak ayrıca belirtilmesi gereken bir konu da, devredenin bu sorumluluğunun bertaraf edilebilir ve sınırlandırılabilir olduğudur. Devreden ve devralan, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aralarında yapacakları anlaşma ile yalnızca iç ilişkide geçerli ve rücu hakkına esas olmak üzere anlaşabilir¹⁰⁷¹ ve böylece devredenin müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldırabilir veya sınırlandırabilirler. Unutulmaması gereken husus, devredenin ve devralanın aralarında yaptıkları ve devredenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşma, iç ilişkide geçerli olup, alacaklılara karşı (dış ilişkide) ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁰⁷².

Ticari işletmenin devrinin ilan veya ihbarı ile başlayan devreden ile devralan arasındaki teselsül ilişkisi:

- TBK m. 202 de öngörülmüş olan iki yıllık sürenin geçmesi ile¹⁰⁷³,

¹⁰⁷⁰ Ozanemre Yayla, ticari işletmenin devrinde devredenin müteselsil borçluluğu ve iki yıllık müteselsil borçluluk süresinin son bulmasını değerlendirirken, “iki yılın sonunda devredenin borçtan kurtularak, devralanın tek borçlu olarak kalmasının bir borcun nakli işlemi olarak kabul edilemeyeceğini, iki yıllık müteselsil borçluluğun kanun gereği ortadan kalkmasıyla borcun naklinin sonuçlarıyla örtüşür şekilde kümülatif borçluluğun primatif (tek başına) borçluluğa dönüşmesinin söz konusu olduğunu” ileri sürmüştür. Bkz. Ozanemre Yayla Hatice Tolunay, **Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt I, S. 22, İstanbul, 2016, s. 2942, dn. 76.

¹⁰⁷¹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42; Kaya/Tatlı, s. 47.

¹⁰⁷² Acemoğlu, s. 144; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 35 – 36; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 221; Güncan, s. 90; Kaya/Tatlı, s. 47.

¹⁰⁷³ Acemoğlu, alacaklı tarafından, iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde, devredene karşı dava açılması ve davanın devredenin sorumluluk süresi olan iki yıllık sürenin geçmesine rağmen devam etmesi halinde,

- Alacaklının muvafakati üzerine yani devredenin alacaklı tarafından ibra¹⁰⁷⁴ edilmesi ile,
- Devralan ile alacaklı arasında devredeni borçtan kurtaran borcun dış üstlenilmesi anlaşması¹⁰⁷⁵ yapılması ile

sona erebilecektir¹⁰⁷⁶.

TBK m. 202/2’de, düzenlenmiş olan ve devredenin müteselsil sorumluluğunu doğuran iki yıllık sürenin, hak düşürücü süre¹⁰⁷⁷ olduğu ve zamanaşımı süresi olmadığı belirtilmektedir¹⁰⁷⁸. Devredenin sorumluluğu, iki yılın geçmesi ile sona ermektedir. İki

hem alacaklının menfaati, hem de işin niteliği gereği alacaklıya, davanın bitimine kadar munzam bir süre tanınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 149.

¹⁰⁷⁴ Acemoğlu, alacaklının devir sözleşmesi yüzünden hakkını bundan sonra yalnızca devralandan almak zorunda olduğunu sanarak ve bu konuda yanılarak, ibrada bulunması halinde, ibranın geçerli olacağını belirtmiştir. Devamla, bu durumda alacaklının, devredene karşı sebepsiz zenginleşme davası açabileceğini ve bu yolla, yeni bir alacak kurulmasını isteyebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Acemoğlu, s. 151.

¹⁰⁷⁵ Acemoğlu, devralan ile alacaklı arasında yapılacak olan böyle bir anlaşmanın, devredeni iki yıl beklemeye mecbur kalmadan, sorumluluktan kurtarması bakımından önemli olduğunu belirtmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 124; Yine Acemoğlu, taraflar arasında yapılacak olan sözleşmenin konusunun tek bir borç olması halinde, devir sözleşmesinin geçersiz olmasına karşılık, yapılan sözleşme uyarınca, devralanın borçlu olması sonucunu doğurabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Acemoğlu, s. 124, dn. 4.

¹⁰⁷⁶ Acemoğlu, s. 144; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 221; Arıcı, 201.

¹⁰⁷⁷ Acemoğlu, alacaklılardan birinin, devredene karşı dava açması veya takipte bulunmasının zamanaşımını keseceğine ilişkin TBK m. 154/2 hükmünün, hak düşürücü sürele de kıyasen uygulanabileceğini, ancak hak düşürücü sürenin özel durumunun buna engel olmaması gerektiğini, devir işleminde ise, devredenin sorumluluğuna ilişkin iki yıllık hak düşürücü sürenin, devredeni bir an önce ilgisini kesmiş olduğu ticari işletmenin borcundan kurtarma amacına yönelik olduğunu, bu nedenle de, burada zamanaşımının kesilmesine ilişkin bahse konu hükmün uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, alacaklıya da davanın bitimine kadar munzam bir süre tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Acemoğlu, s. 149; Alacaklı tarafından, en geç devredenin sorumluluk süresi içerisinde, dava açılmış (*hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi çerçevesinde*) ve/veya icra takibi başlatılmış olması halinde, dava bitimine kadar alacaklıya makul bir süre tanınmasının hakkaniyet gereği olduğu kanaatindeyiz. Bu durumun, devredenin kanun ile sınırlandırılmış olan sorumluluk süresini uzatacağı ileri sürülebilecektir. Devreden ve dava açmış ve/veya icra takibi başlatmış olan alacaklı arasında hak ve alacak, dava sonuna kadar muaccel olmadığı, bu bakımdan, daha sonra muaccel olacak borç gibi düşünülebilecektir. Nasıl ki, daha sonra muaccel olacak borçlar bakımından, devredenin sorumluluğu muacceliyet tarihinden işlemeye başlıyor ise, alacağı dava ve/veya icra takibinin sonunda netlik kazanacak olan alacaklı bakımından da, sürenin uzayacağını kabul etmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

¹⁰⁷⁸ Acemoğlu, s. 148; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 221; Arıcı, s. 200.

yıllık süre, hak düşürücü nitelikte olması sebebiyle, hakim tarafından re'sen dikkate alınır¹⁰⁷⁹.

b. Devir Sözleşmesinde Aksi Açıkça Saklı Tutulmamış ise Devredenin

Rekabet Yasağına Tabi Olması

Ticari işletmenin bir bütün olarak devrinde, işletmenin devamlılığının sağlanması bakımından en önemli unsur, devredilen işletmeye bağlı olan müşteri çevresidir. Müşteri çevresi olmayan veya kısa sürede müşteri çevresi edinemeyen bir işletme varlığını sürdüremeyecektir. Bazı yazarlarca bu husus dikkate alınarak, müşteri çevresi devredilmeyen bir işletmede, TBK m. 202 uyarınca, gerçek bir devirden söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür¹⁰⁸⁰. Müşteri çevresinin, devir kapsamı dışında bırakılmadığı takdirde, devralana geçirilmesi gerekmektedir.

Ticari işletme değerlerinden olan müşteri çevresi, işletmeye ait diğer unsurlardan farklı olarak, üzerinde kolay tasarruf edilmeye elverişli bir malvarlığı unsuru değildir¹⁰⁸¹. Bu bakımdan, müşteri çevresinin bir hukuki işlem ile devri mümkün olmamaktadır¹⁰⁸². Müşteri çevresinin (imkan ve ilişkilerin) devri, devreden bakımından yapma ve/veya yapmama şeklinde yükümlülükler uylması yolu ile sağlanmaktadır¹⁰⁸³.

Devreden bakımından, yükümlülük doğuran yapma borçlarına, müşterilerine devralanı tanıtma, tavsiye etme, müşteri listesi ve özelliklerinin devralana verilmesi, devralan ile müşteriler arasında ilişki ve irtibat sağlanması örnek gösterilebilecektir¹⁰⁸⁴. Devralanın yapmama şeklindeki yükümlülüklerine ise, aynı müşteri çevresine, benzer nitelikteki

¹⁰⁷⁹ Acemoğlu, s. 150; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36; Arıcı, s. 201; Kaya/Tatlı, s. 47.

¹⁰⁸⁰ İmregün, **Genel İlkeler**, s. 14.

¹⁰⁸¹ Acemoğlu, s. 83; Çelikboya, s. 211.

¹⁰⁸² Acemoğlu, s. 83.

¹⁰⁸³ Acemoğlu, s. 85.

¹⁰⁸⁴ Acemoğlu, s. 84.

mal ve hizmetleri sunmaması, devrettiği işletme ile rakip konumda olan bir işletmeye gizli ortak ve/veya çalışan olarak girmemesi örnek verilebilecektir¹⁰⁸⁵.

Bunların tümü, ticari işletmenin devredildikten sonra da devamlılığını layıkı ile sürdürebilmesi, devralan bakımından devrin anlamını kaybetmemesi ve devreden tarafından edinilmiş olan müşterilerin, devralana bağlanması amacını taşımaktadır¹⁰⁸⁶.

Bu nedenle, ticari işletmenin devrinde ve özellikle işletme satımında, çoğunlukla devredene rekabet etme yasağı getirilir¹⁰⁸⁷. Ticari işletmenin devrinde, rekabet yasağı¹⁰⁸⁸ ya mevcut devir sözleşmesinde müstakil bir hüküm şeklinde yan edim olarak, ya da bağımsız bir sözleşme şeklinde asli edim olarak, düzenlenebilecektir¹⁰⁸⁹. Rekabet yasağının, gerek asli edim olarak, gerekse yan edim olarak düzenlenmesi halinde, taraflar, sözleşme hükümleri çerçevesinde hareket edecekleri için burada sorun bulunmamaktadır. Mesele, ticari işletmenin devrinde taraflarca rekabet yasağına ilişkin açıkça bir düzenleme yapılmadığı takdirde ne olacağıdır. Burada devreden, rekabet yasağına tabi olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir.

Doktrinde, ticari işletmenin devrinde taraflar, devir sözleşmesinde, devreden bakımından bir rekabet yasağı öngörmemiş olsalar bile, devreden, devretmiş olduğu

¹⁰⁸⁵ Acemoğlu, limonata dükkanını devreden bir kişinin, daha sonra kahve açamayacağı örneğini vermiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 87.

¹⁰⁸⁶ Nitekim Danıştay, vermiş olduğu bir kararında, “bir yan sınırlama kapsamında getirilecek rekabet yasakları, bir teşebbüsün tamamen ya da kısmen veya sadece belli bir malvarlığının devredildiği hallerde, alıcının korunması için satıcıya getirilen yasaklardır. Burada satıcıya rekabet yasağı getirilmesindeki amaç, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ile maddi olmayan varlıkların tüm değeriyle alıcıya geçmesini sağlamaktır. Çünkü rekabet yasağının yokluğunda satıcı eski müşterilerini çekebileceğinden, alıcı devralmayı gerçekleştirmekte isteksiz davranabilecektir. Böyle bir durumda, satıcıya getirilecek rekabet yasağı satışın istenen sonucu doğurması noktasında olumlu etkiye sahip olabilmektedir. Bu nedenle yan sınırlama, satıcıyı değil, alıcıyı korumaya yönelik rekabet yasağı öngörüyor olmalıdır. Bu nedenle, alıcının değil de, satıcının korunduğu düzenlemeler yan sınırlama sayılmamaktadır.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 01.04.2013 T, 2009/863 E, 2013/1159 K. (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 17.09.2021).

¹⁰⁸⁷ Arıcı, s. 82.

¹⁰⁸⁸ Erdem, rekabet yasağını “işbirliği yapma yükümü” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Erdem H. Ercüment, **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler**, Beta, İstanbul, 2007, s. 163.

¹⁰⁸⁹ Arıcı, s. 82.

işletme ile rekabet etmeme ve rekabet sonucunu doğuracak davranışlardan kaçınma borcu altına girdiği hususunda görüş birliği bulunmaktadır¹⁰⁹⁰. Devir sözleşmesinin örtülü bir rekabette bulunmama borcu içerdiği doğrultusundaki görüş, TMK m. 2’de, yer alan dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır¹⁰⁹¹. Bu bakımdan, devreden ticari işletmenin devrinden sonra aynı müşteri çevresinde ve aynı iş kolunda ticari işler yürütmek amacı ile ticari işletme açması, devralan tacirin müşterileri üzerindeki hakkının ihlali anlamına gelir. Bu halde, devralan tacirin haklarının TMK m. 2’nin, yanı sıra, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de korunabileceği belirtilmiştir¹⁰⁹².

Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, devreden, ticari işletmenin devrinin, gereği gibi ifası, ticari işletmeye dahil ve fakat maddi olmayan değerlerin devralana sağlanması bakımından, rekabet etmeme borcu altındadır. Buna karşılık, taraflar ticari işletmenin devrinde, işletme değerini ve böylece müşteri çevresini devir kapsamı dışında bırakmaları halinde, devreden bakımından zımni rekabet yasağından söz edilmeyecektir.

Öğretide ve Yargıtay uygulamasında, her ne kadar işletmenin devri sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmemiş olsa bile, devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme

¹⁰⁹⁰ Acemoğlu, s. 85; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 223; Arıcı, s. 82; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1011; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 176; Çelikboya, s. 212; Akçaal, s. 158; Demir, ilke olarak görüşe karşı çıkmamakla birlikte, ticari işletmenin devrinde peşinen rekabet yasağının kabulünün doğru olmayacağını, bu nedenle zımni rekabet yasağı görüşüne tereddütle yaklaşılması gerektiğini belirterek, tespitini bir örnekle açıklamıştır. Şöyle ki, devir sözleşmesinde müşteri çevresinin bir bedel karşılığı devredilmesi halinde, müşteri çevresinin işletmenin diğer unsurları bakımından ağırlıklı bir yer tutmadığı hallerde, zımni rekabet yasağının kabulünün uygun olmayacağını belirtmiştir. Bkz. Demir, **Makale**, s. 112.

¹⁰⁹¹ Acemoğlu, s. 86; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 223; Bahtiyar, devir sözleşmesinde açıkça müsaade edilmedikçe, devreden, aynı mahalde ve aynı sektörde faaliyet gösteren bir işletme açmasının TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırılık ve bir haksız rekabet teşkil edeceğini belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 30; Arıcı, s. 82; Çelikboya, s. 212.

¹⁰⁹² Aydın/Kaplan/Kalyon, s. 243; Yargıtay 11. HD vermiş olduğu bir kararında “*işletmenin devri, işletmenin en önemli unsuru müşteri çevresinin de alıcıya geçmesine neden olur. Bu itibarla işletmenin devri sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmemiş olsa bile devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altına girer.*” şeklindeki hükmü ile öğreti görüşünü benimsediğini ortaya koymuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD. 25.05.2006 T, E. 2005 – 3383/6167 K. naklen Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 223.

borcu altına girer görüşü hakim ise de, ticari işletmenin devrinde, olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesi bakımından, devir sözleşmesinde müstakil bir hüküm olarak ve/veya ayrı bir sözleşme şeklinde rekabet yasağının düzenlenmesi, rekabet yasağına ilişkin detaylara, örneğin, rekabet yasağının süresi, kapsamı, konusu, yer bakımından uygulanması gibi hususlarının tereddüte yer bırakmayacak açıklıkta yer verilmesi isabetli olacaktır¹⁰⁹³. Rekabet yasağına aykırılık halinde, uygulanacak olan cezai şartın da, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmasının, yasağın uygulanma kabiliyetini güçlendireceği ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁴.

Taraflar, ister aralarında anlaşarak rekabet yasağına ilişkin sözleşme/hüküm düzenlesinler, isterse rekabet yasağına ilişkin olarak, herhangi bir düzenleme yapmamış olsunlar her iki durumda da rekabet yasağının kapsam, konu, süre, kişi ve yer bakımından objektif iyiniyet kuralları, ticari teamüller ve tarafların amaçları¹⁰⁹⁵ birlikte değerlendirilerek, sınırlandırılması gerekmektedir¹⁰⁹⁶. Aksi durumda, devreden bakımından, özgürlüğü kısıtlayıcı ve ekonomik hayatı yok edici ve kabul edilemez bir durum ortaya çıkacaktır. Nitekim bu tür özgürlükleri gereğinden fazla sınırlandıran sözleşmeler, ahlaka aykırılık gerekçesiyle TBK m. 27 uyarınca geçersiz sayılmaktadır¹⁰⁹⁷.

Rekabet etmeme borcunda, konu bakımından sınırlandırmayla ilgili olarak, devreden eski işletmesinin konusu dışında bir faaliyette bulunması gerektiği belirtilmektedir. Devredilen işletme ile aynı müşteri çevresine mal veya hizmet sunacak şekilde

¹⁰⁹³ Acemoğlu, s. 86; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 223.

¹⁰⁹⁴ Acemoğlu, s. 86; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 223.

¹⁰⁹⁵ Acemoğlu, s. 87.

¹⁰⁹⁶ Erdem, **Makale**, s. 171 vd.

¹⁰⁹⁷ Acemoğlu, s. 87; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 224.

devredenin kendi adına ve hesabına işletmek üzere rakip bir işletme açması, rekabet yasağının ihlali anlamına gelecektir¹⁰⁹⁸.

Rekabet yasağının süre bakımından ne kadar bir zamanı kapsayacağı da yine önem arz etmektedir. Süre bakımından uzun ve bağlayıcı zaman dilimlerinin geçerli sayılmayacağı kabul edilmektedir. Rekabet etmeme yükümlülüğünde iki veya üç yıllık sürelerin uygun karşılanacağı, bu sürelerin olayın özellikleri dikkate alınarak beş yılı geçmemesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁹⁹.

Rekabet yasağı ile ilgili olarak bir düzenleme de, TBK m. 396'da, yer almaktadır. Buna göre, işçi hizmet ilişkisi süresince, sadakat borcu gereği ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz. Kendi işvereni ile rekabete girişemez. Rekabet yasağına ilişkin yine TBK m. 444 – 445 ve devamı maddelerinde düzenlemeler yer almaktadır. Burada işçinin hizmet süresi sona erdikten sonra rekabet yasağının ne şekilde uygulanacağı ve koşullarının düzenlendiği görülmektedir. Hüküm uyarınca, işçi, hizmet süresi bittikten sonra da işveren ile rekabet etmekten kaçınacağını yazılı bir beyan ile taahhüt edebilecektir¹¹⁰⁰. İşçi tarafından, verilmiş olan bu taahhüdün geçerli olması için, hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlıyor olması ve aynı zamanda, bu

¹⁰⁹⁸ Arıcı, s. 84.

¹⁰⁹⁹ Arıcı, s. 84; Can, acentelikte rekabet yasağı anlaşmasının acentelik sözleşmesinin sona ermesinden itibaren iki yıl için öngörüldüğünü, bu sürenin emredici nitelikte olduğu, uzatılamayacağı ancak kısaltılabileceğini bunun da acenteyi korumayı amaçladığını belirtmiştir. Can Ozan, **Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasının Rekabet Sınırlandırmaları Hukukuna Etkisi**, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara, 2014, s. 72; Çelikboya, acentelik için getirilmiş olan iki yıllık sürenin ticari işletmenin devrinde rekabet yasağına ilişkin olarak hakim tarafından göz önünde bulundurulabilecek (hareket noktası olarak) bir süre olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Çelikboya, s. 215; Erdem, makul sürenin her somut olayda veya olay kategorinde değişebileceğini, Rekabet Kurulu'nun bu konu ile ilgili olarak, Avrupa Topluluğu Komisyonu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında benimsenen kıstasları uyguladığını belirtmiştir. Bkz. Erdem, **Makale**, s. 175.

¹¹⁰⁰ İşçi aleyhine uygulanacak olan rekabet yasağı işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan bir şekilde sınırlandırılmaz. Rekabet yasağının süresi özel durumlar dışında iki yılı geçemez (TBK m. 445).

bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak türde bulunması gerekmektedir¹¹⁰¹.

Ticari işletmenin devri, RKHK bakımından, birleşme ve devralma olarak değerlendirilmektedir. Birleşme ve devralmalar da, rekabet hukuku bakımından çeşitli sınırlandırmalara tabidir. Bu bakımdan, ticari işletmenin devri sonrasında devreden tabi olacağı rekabet etmeme borcu kapsamındaki rekabet sınırlaması, yan sınırlamalar¹¹⁰² niteliğindedir¹¹⁰³.

Bildirim ve izne tabi birleşme ve devralmalarda devir sözleşmesi, Rekabet Kurumu tarafından, tüm yönleri ile incelenerek denetime tabi olacaktır. Böylece, devir sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı da, Rekabet Kurumu tarafından, uygunluk ve ölçülülük denetimine tabi tutulmuş olacaktır¹¹⁰⁴. Kurum tarafından, yapılacak olan denetim ve incelemelerde belirliliği ve öngörülebilirliği artırmak amacıyla 05.04.2018 tarihinde Birleşme ve Devralmalarla İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz çıkarılmıştır. Kılavuz uyarınca, bir yan sınırlamanın hukuka uygun olması ve böylece Rekabet Kurumu tarafından izin verilebilmesi için, devralma ile

¹¹⁰¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararında, “...rekabet yasağı kaydı karşısında, işverenin somut bir zarara uğraması gerekmemekte olup, işçinin yaptığı iş nedeniyle edindiği bilgileri, çalışmaya başladığı başka bir rakip işletmede kullanarak davacı işverene önemli ölçüde zarar verme ihtimalinin bulunması yeterlidir. Bu durumda, mahkemeye, davalı işçinin çalışmaya başladığı şirketin fiili olarak, faaliyet alanı tespit edilerek, davacı şirkete rakip olup olmadığı, davalı işçinin, davacı bünyesinde iken yaptığı işi yapıp, yapmadığı değerlendirilerek davalının eyleminin, davacının önemli bir zararına sebep olma ihtimalinin olup olmadığı araştırılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış ...” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD. 13.06.2016 T, E. 2015/11383 K. 2016/6482 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 17.09.2021).

¹¹⁰² Yan sınırlamalar, Kılavuzda “yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır.” şeklinde tanımlanmıştır.

¹¹⁰³ Çelikboya, s. 215.

¹¹⁰⁴ Can, Sözleşme metni içerisinde yer alan rekabet yasağının rakibin menfaatini korumayı amaçladığını, rekabet sınırlamaları hukukunun ise piyasadaki rekabet ortamını korumayı amaçladığını bu nedenle, rekabet yasağı hükümleri ile rekabet sınırlandırmaları hukukunun çatışma yaşadığını ileri sürmüştür. Bkz. Can Ozan, **Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi**, Rekabet Dergisi, S. 32, Ankara, 2007, s. 35.

doğrudan ilgili olması, devralma işleminin amacı bakımından gerekli ve somut olayın özelliklerine göre makul olması gerekmektedir (Kılavuz IV.2.49).

Görüldüğü üzere, ticari işletmenin devrindeki rekabet yasağına hukukun birden çok alanında TBK m. 27, TMK m. 2 ve m. 23 ve son olarak RKHK m. 4 - 7 kapsamındaki ilgili Tebliğ ve Kılavuz ile sınırlama getirilmiştir. Ticari işletmenin devri ile doğan rekabet yasağı ister taraflar arasında yapılmış olan sözleşmeden, ister dürüstlük kuralından kaynaklansın hukuka uygun ve geçerli sayılabilmesi için, getirilmiş olan sınırlandırmaların uygun olması gerekmektedir¹¹⁰⁵.

c. Devredenin Ayıba Karşı Sorumluluğu

Satıcının borçları bahsinde düzenlenmiş olan ayıptan sorumluluk TBK m. 219’da, *“Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik ve niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.*

Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmede bile onlardan sorumludur.” Hüküm altına alınmıştır. Doktrinde, kanun hükmünden yola çıkarak satıcının sorumluluğu *“Ayıptan sorumluluk, satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımamasından veya bu şeyin değerini ve akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikler bulunmasından satıcının sorumlu olmasıdır¹¹⁰⁶.”* şeklinde tanımlanmaktadır.

¹¹⁰⁵ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 224; Çelikboya, s. 216; Can, **Rekabet Hukuku**, s. 35.

¹¹⁰⁶ Yavuz Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 123.

Genel olarak, ayıptan sorumluluğun kanuni ve öğreti tanımını bu olmakla birlikte, ticari işletmenin devrinde, devredenin ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK ve TTK’da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ticari işletmenin devri, çoğu zaman bir satış sözleşmesi ile gerçekleştiğinden, satış sözleşmesi dolayısıyla TBK’da yer alan satış sözleşmesine ilişkin hak ve yükümlülükler, ticari işletmenin devrinde de uygulama alanı bulacaktır¹¹⁰⁷. Bununla birlikte doktrinde, ticari işletmenin devrinin dayanağı olan sözleşmenin mahiyeti ne olursa olsun, örneğin, devir, satış sözleşmesine değil de trampaya, bağışlamaya veya ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayalı olsa bile, burada da satımdan doğan tekeffül (ayıp ve zapt) hükümlerinin, işletmenin devrinde yine uygulama alanı bulacağı yönünde genel kabul bulunmaktadır¹¹⁰⁸. Böylece ticari işletmenin devri sözleşmesi, ister satım sözleşmesine, isterse başka niteliği olan bir sözleşmeye dayalı olsun, devredenin TBK 219 – 231 maddeleri arasında düzenlenmiş olan ayıptan sorumluluk hükümleri, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır¹¹⁰⁹.

Ticari işletmenin devrinde, ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin satım konusu ticari işletmeyi mi, yoksa ticari işletmeyi oluşturan münferit unsurlardaki tüm ayıpları ayrı ayrı mı dikkate alacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Acemoğlu’na¹¹¹⁰ göre, devreden, ticari işletmeyi oluşturan aktifleri teker teker sağlama borcu altındadır. Bu nedenle, ticari işletmenin devrinde, ayıptan sorumluluk bir özellik göstermemektedir. Devredenin, taşınırları gerekli vasıflarından, taşınmazları, hem

¹¹⁰⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 45; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 224.

¹¹⁰⁸ Acemoğlu, s. 90; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 177; Arıcı, ticari işletmenin devrinde, satım sözleşmesinde uygulama yeri olan ayıp ve zapttaki sorumluluk hükümlerinin, devrin dayanağı olan sözleşme türüne bakılmaksızın her ticari işletmenin devrinde uygulanmasına ilişkin genel kuralın doğru olmadığını, ayıp ve zapta sorumluluk konusunun, ticari işletmenin devrinin özellikleri dikkate alınarak uygulanması yoluna gidilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir. Bkz. Arıcı, s. 89 vd.

¹¹⁰⁹ Acemoğlu, s. 89.

¹¹¹⁰ Acemoğlu, s. 90 vd.; Aynı yönde bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 224.

gerekli vasıfları, hem yüzölçümleri, alacakları da varlıkları bakımından sağlamasının zorunluluğu örnek gösterilmektedir.

Arıcı'ya¹¹¹¹ göre ise, ticari işletmenin devrinde ayıp, satım konusu işletmenin bütünü, yani organizasyonu ile bağlantılı olmalıdır. İşletmedeki ayıp, işletmenin değerini veya elverişliliğini önemli ölçüde azaltmalıdır. Ticari işletmenin devrinde, devir konusu işletme olup, işletmeyi oluşturan münferit unsurlar değildir. Bu nedenle, işletmeyi oluşturan unsurlardaki etkisi sınırlı ayıplar, işletme bakımından ayıp teşkil etmezler.

Her iki görüş de, kendi içinde tutarlı ve haklı yönleri barındırmaktadır. Ülke gerçekleri ve uygulama göz önüne alındığında, ayıp konusunda, devreden devre konu unsurları ayrı ayrı sağlama borcunun olduğunun kabulü kanaatimizce yerinde olacaktır. Devreden, olası basit ayıplar nedeni ile kötü niyetli olarak sorumluluğuna gidilmesi ve bu yolla dava tehdidi altında bırakılmasının önüne geçilmesi bakımından, devir için detaylı envanter tutulması ve devre konu tüm unsurların fiili ve hukuki durumlarının, bu envanterde tüm yönleri ile belirtilmesi tüm taraflar bakımından, faydalı olacaktır.

d. Devreden Zapta Karşı Sorumluluğu

Satıcının borçları bahsinde düzenlenmiş olan zapttan sorumluluk, TBK m. 214/1'de, “*Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Kanun hükmünden hareketle, zapttan sorumluluk, doktrinde, “*Zapttan sorumluluk, satılan malın bir üçüncü kişinin iddia ettiği üstün bir hak yüzünden alıcının elinden alınmasından veya*

¹¹¹¹ Arıcı, s. 86 vd.

iddia olunan bu hak sebebiyle alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasından dolayı satıcının sorumlu olmasıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹¹².

Satıcı, sattığı şey ile ilgili olarak, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden arınmış bir şekilde teslim yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Bu husus, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) m. 41’de, açıkça düzenlenmiştir¹¹¹³.

Ticari işletmenin devrinde, ayıpta olduğu gibi, zapt hususunda da TBK ve TTK’da özel bir düzenleme yer almamaktadır. O bakımdan, ayıp hususunda belirttiğimiz aynı gerekçelerle, TBK’nın zapta ilişkin hükümleri ticari işletmenin devrinde de uygulama alanı bulacaktır¹¹¹⁴.

Ticari işlemenin devrinde, devredenın zapttan sorumluluğu için, işletme, geçerli bir devir sözleşmesi yapılarak, devredilmiş ve devre konu unsurlar, devralana, devir ve teslim edilmiş olmalıdır. Devredenın zapttan sorumluluğu, satılanı (devredilene) teslim etme ve mülkiyetini geçirme borçlarının bir tamamlayıcısıdır¹¹¹⁵. Bu bakımdan, devir ve teslim gerçekleşmemiş ise, zapt müessesesinden söz edilemeyecektir¹¹¹⁶. Bir diğer unsur, zaptı sağlayacak üstün hak, en geç sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmalıdır. Bu hakkın aynı hak veya şerh verilmiş bir kişisel hak niteliğine sahip olması gerektiği belirtilmektedir¹¹¹⁷. Devredenın sorumluluğunun doğması için gerekli olan bir diğer şart da, üçüncü kişinin üstün hakkına dayanarak zapta girişmiş olmasıdır. Son

¹¹¹² Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 109.

¹¹¹³ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 109.

¹¹¹⁴ Acemoğlu, s. 95 vd.; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 224; Arıcı, ticari işletme ile ilgili olarak, zapt müessesesinin uygulama alanı olmadığını, ticari işletmeye ait münferit unsurlar üzerindeki zapt olgusunun gerçekleşmesi halinde ise, bunların şartları gerçekleşmişse bu olumsuzlukların işletme ayıbı olarak nitelendirileceği ve ayıba ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. Arıcı, 105 – 106.

¹¹¹⁵ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 111.

¹¹¹⁶ Acemoğlu, zapta karşı sağlama borcunun doğması ile ilgili olarak, ifa etmeme hallerinden ayrılması gerektiğini, devre konu malvarlığı unsurlarının henüz teslim edilmemiş olduğu hallerde ifa etmeme hükümlerinin uygulanacağını altını çizmiştir. Bkz. Acemoğlu, s. 96.

¹¹¹⁷ Akcaal, s. 154.

olarak, devralan üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen zaptı, devredene bildirmesi gerekmektedir. Şartlar tümü ile yerine geldiği takdirde, devreden bakımından zaptan sorumluluk borcu doğmaktadır¹¹¹⁸.

Ticari işletmenin devrinde, devralana teslim edilmiş olan devir konusu unsurları, üçüncü kişinin tamamen ve bütün haklarıyla birlikte ele geçirmesi durumunda, tamamen zapt hali, devralanın tam hak sahipliğini sınırlayan bir hakkın, üçüncü kişi tarafından ileri sürülmesi durumunda ise, kısmen zapt hali söz konusudur¹¹¹⁹. Devreden, her iki zapt halinden doğan sağlama borcundan da sorumludur (TBK m. 214/1).

Ticari işletmenin devrinde tamamen zapt hali ile istisnai hallerde karşılaşıldığı, buna örnek olarak da, işletme faaliyetinin bir kişiye ait patent hakkı ile ilgili üretim yapıyor olması ve patent hakkı sahibinin de, bu hakkın kullanımına son vermesi veya işletme faaliyetinin rekabet yasağı dolayısıyla durdurulmuş olması halleri gösterilerek belirtilmektedir¹¹²⁰.

Devredenin sorumluluğunu doğuran tamamen zapt ve kısmen zapt ayrımının önemi, devralanın hakları ve devir sözleşmesinin akıbeti bakımından kendisini göstermektedir. Tam zapt halinde, yani devrolunanın tamamı devralanın elinden alınmış ve/veya mülkiyet hakkı tamamı ile sınırlandırılmış ise, devir sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir (TBK m. 217/1). Bu halde, sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmakta olduğundan¹¹²¹, karşı tarafa herhangi bir bildirimde bulunmaya lüzum

¹¹¹⁸ Satıcının zapttan sorumluluğunu düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir. Bu bakımdan, taraflar, zapttan sorumluluğu ortadan kaldıran veya sınırlayan anlaşma yapabilirler. Bu durumda devreden zapta karşı tekeffül borcu doğmayacaktır. Aynı yönde bkz. Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 116 – 117.

¹¹¹⁹ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 114.

¹¹²⁰ Acemoğlu, s. 96.

¹¹²¹ Aynı yönde hüküm ihtiva eden Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 13. HD. 06.04.1995 T, E. 1995/3569 K. 1995/3453 (Erişim: Sinerji İçtihat Bankası 20.03.2019).

bulunmamaktadır¹¹²². Bu durumda devralan, devir sözleşmesinin hüküm ifade etmemesinden doğan bütün haklara sahip olacaktır. Nitekim TBK m. 217 dört bent halinde düzenlenmiş ve devralanın, tam zapt halinde talep edeceği hususlara yer verilmiştir. Devreden, zapt olayı ile ilgili olarak, herhangi bir kusurunun olmadığını ispatlamış olsa da, bu dört bentte sayılan hususları devralan, devredenden talep edebilecektir. Bu dört bentte sayılanlar, devralanın, devir sözleşmesinin ortadan kalkmış olması dolayısıyla uğramış olduğu menfi zararlarını karşılamaktadır. Buna karşılık, devreden zapt olayında kusursuz olduğunu ispatlayamazsa, bu durumda devralanın kar yoksunluğu gibi uğradığı müsbet zararlarını da tazmin etmek durumunda kalabilecektir¹¹²³.

Kısmi zapt halinde ise, devralanın haklarının kapsamı daraltılmıştır. Devralan kısmi zapt halinde, sadece bu yüzden uğradığı zararların giderilmesini isteyebilecektir (TBK m. 218). Bununla birlikte devralan, kısmi zapta konu üçüncü kişinin hakkını bilseydi, devir sözleşmesini yapmayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyor ise, bu halde, sözleşmenin sona erdirilmesini hakimden isteyebilecektir (TBK m. 218/2)¹¹²⁴. Görüldüğü üzere, kısmi zapta sözleşmeden yasa gereği dönülmesi hali bulunmamakta olup, sözleşmenin sona ermesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Sözleşmenin mahkeme tarafından sona erdirilmesi kararı verildiği takdirde, devralanın

¹¹²² Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 119; Çabri Sezer, **Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt 1, S. 22, İstanbul, 2016, s. 602.

¹¹²³ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 120.

¹¹²⁴ Acemoğlu, kısmi zapta konu unsurlar ticari işletme bakımından önemsizse örneğin, ticari işletmenin her yerde rahatlıkla bulunabilen mal stoku ile ilgili bir zapt varsa, bu halde, devir sözleşmesinin ayakta tutulmasını ve devralanın uygun miktarda tazminat isteyebileceğini, buna karşılık ticari işletmede yürütülen faaliyetin devamlılığını etkileyebilecek işletme unvanı veya kullanılmakta olan marka zaptında ise, devir sözleşmesinin sona erdirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Acemoğlu, s. 97.

haklarının kapsamı TBK m. 217'ye göre tayin edilmesinin gerektiği belirtilmektedir¹¹²⁵.

e. Ticari İşletmenin Devrinde Verilmiş Olan Rehin ve Kefaletin Ne Kadar Süre İle Devam Edeceği Sorunu

Ticari işletme ile ilgili olarak borçlu ve/veya üçüncü kişiler tarafından, çeşitli teminatlar verilmiş olabilir. Ticari işletmenin devrinde bu teminatları verenlerin bu durumdan nasıl etkileneceği ve teminatların akıbetinin ne olacağı hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ticari işletme ile ilgili olarak teminatlar, devreden tarafından verilmiş ise, ticari işletmenin devri halinde teminatın, devam edeceği kabul edilmektedir¹¹²⁶. Buna karşılık, teminatın örneğin, kefaletin veya rehinin üçüncü kişi tarafından verilmiş olması halinde durum nasıl değerlendirilecektir?

TBK m. 202'de, konuya ilişkin olarak açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK m. 202/3'te, *“Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeşdir.”* atfı ile konunun TBK m. 198/2 hükmüne göre değerlendirileceği düzenlenmiştir. Dış üstlenmeye ilişkin TBK m. 198/2 ise, *“Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hali ile, ticari işletme için verilmiş olan rehin ve kefaletin, ticari işletmenin devrinde devam edebilmesi için, kefilin ve rehin verenin, bu devre, yazılı olarak rıza göstermeleri gerekmektedir. Hüküm uyarınca, rehin veren ve kefil, yazılı rıza göstermedikleri takdirde, rehin ve kefalet sona erecektir.

¹¹²⁵ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 122.

¹¹²⁶ Acemoğlu, s. 133; Çelikboya, s. 324.

TBK m. 198/2 hükmü, rehin veren ve kefilin, borçlunun değişmesi ile durumlarının kötüleşmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. TBK m. 202 uyarınca, gerçekleşen ticari işletmenin devrinde, devreden, devralanla birlikte iki yıl müteselsil olarak borçlardan sorumlu olmaya devam etmesi durumunda ise, devreden lehine rehin veren ve kefil olan üçüncü kişilerin durumları eskisine oranla kötüleşmemiş, bilakis borçtan müteselsil olarak sorumlu tutulan yeni bir kişinin (devralan) çıkmasıyla daha da iyileşmiştir¹¹²⁷. Kanaatimizce de haklı olarak, TBK m. 198/2 ile amaçlanan menfaat korumasının müteselsil sorumluluk süresince zedelenmediği ileri sürülerek, devredilen borca ilişkin üçüncü kişi tarafından verilen rehin ve kefaletin, devirden sonraki iki yıl boyunca devam etmesi için rehin veren ve kefil olanın yazılı rızasının gerekli olmaması yerinde olacaktır¹¹²⁸. Böylece, iki yıllık müteselsil borçluluk süresi sonuna kadar üçüncü kişiler tarafından verilmiş olan teminatlar da devam edecektir¹¹²⁹.

Devreden, iki yılın geçmesi sonucunda borçtan kurtulacak ve devralanla birlikte müteselsil sorumlu olmayacaktır. Bu durumda, kefil olan veya rehin veren üçüncü kişinin kefaletinin veya rehninin devam etmesi, bu kişilerin, bu iki yıllık sürenin sonunda borcun nakline yazılı¹¹³⁰ olarak muvafakat etmelerine bağlıdır. Etmedikleri takdirde, teminatları kendiliğinden son bulacaktır¹¹³¹. Örneğin, üçüncü kişi tarafından, bir taşınmaz ipoteği yolu ile teminat sağlanmış ise, üçüncü kişi süresi içerisinde borcun devrine yazılı rıza göstermez ise, ipoteğin tapu sicilinden sildirilmesine gerek kalmadan

¹¹²⁷ Acemoğlu, s. 134; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 47.

¹¹²⁸ Acemoğlu, s. 134; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 47; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 221; Arıcı, s. 204; Çelikboya, s. 325.

¹¹²⁹ Oğuzman/Öz, s. 634.

¹¹³⁰ Engin Baki İlkay, **Yeni Borçlar Kanununun Borç İlişkilerinde Taraf Değişikliklerine Dair Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2012, s. 66 (Erişim: www.iav.org.tr 22.03.2019).

¹¹³¹ Acemoğlu, s. 134; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 47; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 222; Arıcı, s. 204; Çelikboya, s. 325; Kefil olan veya rehin veren tarafından verilecek olan yazılı muvafakatin devreden sorumluluğunun sona erdiği ana kadar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, s. 634.

ipoteğe ilişkin tescil yolsuzlaşmış olur. İpotek veren üçüncü kişi, yolsuzlaşmış tescilin düzeltilmesini isteyebilecektir¹¹³².

Ticari işletmenin devrinde teminatların (rehin, ipotek, kefalet) devam etmesi için, teminat veren kişinin iki yıllık müteselsil süre içerisinde yazılı rıza vermesi gerekmektedir. Kanun tarafından öngörülmüş olan yazılı rıza bir geçerlilik şartıdır¹¹³³.

f. Devreden Tacir Sıfatının Sona Ermesi

Ticari işletmenin devrinde taciri en çok etkileyen sonuçlardan bir tanesi de, ticari işletmenin devri ile tacir sıfatının da sona erecek olmasıdır. Gerçek kişi tacirlerde, tacirin, başka bir ticari işletmesi yoksa, sahip olduğu bir ticari işletmesinin devri ile tacir sıfatı sona erecektir. Yani ticari işletme sahibi olan tacir, işletmesini devrettiğinde tacir sıfatını kaybeder¹¹³⁴.

Birden çok ticari işletmesi bulunan gerçek kişi tacirin, işletmelerinden bir kısmını devretmesi ve en az bir ticari işletmeyi elinde tutarak, işletmeye devam etmesi halinde, tacir sıfatı bu işletme dolayısıyla devam edecek ve son bulmayacaktır¹¹³⁵.

TTK m. 31/1 ve TSY m. 51/1’de, ticari işletmesini devreden tacirin onbeş gün içerisinde ticaret unvanının silinmesi için ticaret sicil müdürlüğüne başvurması gerekmekte olduğu hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte, TSY m. 135/4-b uyarınca, *“İşletmenin bir gerçek kişi tarafından diğer bir gerçek kişiye unvan hariç olmak üzere devri halinde ise eski unvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir. Yeni unvan altındaki işletme için yeniden tescil işlemi yapılır...”* hükmü çerçevesinde, TTK

¹¹³² Oğuzman/Öz, s. 619.

¹¹³³ Oğuzman/Öz, s. 619.

¹¹³⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 47; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 222; Arıcı, s. 220; Akçaal, s. 181.

¹¹³⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 222.

m. 11/3 kapsamında, sicile tescilli ticari işletmenin devri için, devir sözleşmesi, devrin kurucu nitelik taşıması bakımından zaten tescil edilecek ve devrin kapsamı dışında tutulan ticaret unvanı da silinecektir. Hal böyle olunca, TSY m. 51/1 hükmünün, sadece genel hükümler çerçevesinde yapılan devirler bakımından uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir¹¹³⁶.

Ticari işletmenin devrinde, devreden ticaret şirketi olması halinde, şirketin işletme konusu kalmadığı için, tasfiye haline girmesi gündeme gelecektir. TTK m. 202/2’de, ticari işletmenin devrinde, devreden bakımından iki yıllık müteselsil sorumluluk öngörülmüştür. Bu bakımdan ticaret şirketinin müteselsil sorumluluk süresince hukuki varlığını sürdürmesi gerekmektedir. Bu nedenle, devreden şirketin ticaret sicilinden silinebilmesi için iki yıllık sürenin geçmesi beklenmelidir¹¹³⁷.

2. Devralan Bakımından

Ticari işletmenin devrinde, taraflarca yapılan ve borçlandırıcı işlem niteliğinde olan devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte hüküm ifade edecek olan ticari işletmenin devri, devralanın borçlardan sorumluluğu bakımından sonuçlarını ise, bildirim veya ilandan sonra doğurmaya başlayacaktır¹¹³⁸. Ticari işletmenin devrinde, asıl borç altına girenin devreden olduğu, buna karşılık, devralanın da bazı borçlar altına girebileceği kabul edilmektedir¹¹³⁹.

Devir sözleşmesi, değişik sözleşme mahiyetlerinde karşımıza çıkabilir. Devralanın, ticari işletmenin devri kapsamındaki sorumlulukları ve borçları da bu devir sözleşmesine göre belirlenir¹¹⁴⁰. Örneğin, devir sözleşmesi satım şeklinde yapılmış ise,

¹¹³⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 223.

¹¹³⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 47.

¹¹³⁸ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41.

¹¹³⁹ Acemoğlu, s. 97.

¹¹⁴⁰ Arıcı, s. 107.

burada devralan bakımından, bir ivaz kararlaştırılmış olacaktır. Devralan, kararlaştırılmış olan karşı edimi ifa etmek zorundadır. Buna karşılık, devir karşılıksız ise, devralanın borcu, bağışlananın borcunu düzenleyen hükümlere göre belirlenecektir¹¹⁴¹.

Ticari işletmenin devrinde, devralanın sorumluluğunun kapsamı ve borçlarının sayısı, devir sözleşmesinin konusuna (satım, bağışlama, ölünceye kadar bakma vs.) ve ayrıca taraflarca yapılmış olan sözleşme hükümlerine göre değişiklik arz edebilecektir. Biz burada genel hatları ile kanundan doğan borçları açıklamaya çalışacağız.

a. Devralanın Borçlardan Sorumluluğu

Ticari işletmenin TBK m. 202 hükmü uyarınca devri halinde, devralan, alacaklılara karşı tüm işletme borçlarından sorumlu olacaktır. Devralan açısından, bu sorumluluk müeccel ve muaccel borçlar ile devralan bakımından varlığı bilinen ve bilinmeyen borçlar¹¹⁴² olmak üzere tüm borçlar bakımından, kanun gereği doğmaktadır¹¹⁴³.

Ticari işletmenin devrinde borçlar, genel hükmün (TBK m. 195/1) aksine, alacaklılar ile devralan arasında ayrı ayrı borcun üstlenilmesi anlaşması yapılmasına gerek olmaksızın, bir bütün olarak kanun gereği devralana geçmektedir¹¹⁴⁴.

Devralanın, ticari işletmenin devrinin tescilinin ilan veya bildiriminden sonra müeccel ve muaccel tüm borçlardan sorumlu olması, devreden, devir öncesi dönemde doğmuş olan borçlardan sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Devralanın, kanundan doğan bu sorumluluğu, devreden ile birlikte müteselsil bir sorumluluktur¹¹⁴⁵. Devralan

¹¹⁴¹ Arıcı, s. 107.

¹¹⁴² Acemoğlu, devralanın sorumluluğuna ilişkin “*Devralanın sorumluluğu kanuni bir sonuçtur ve bunun için devralanın ne iradesi ne de bilgisi gerekli değildir.*” ifadesini kullanmıştır. Bkz. Acemoğlu, s. 133.

¹¹⁴³ Acemoğlu, s. 124; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42; Arıcı, s. 193.

¹¹⁴⁴ Acemoğlu, s. 124; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 45; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 215.

¹¹⁴⁵ Acemoğlu, s. 124; Arıcı, s. 194.

ile devredenin müteselsil sorumluluğu kanuni bir teselsül halidir¹¹⁴⁶. Böylece, devreden ve devralan aralarında anlaşarak, üçüncü kişilere karşı, devredenin müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldıramaz ve/veya daraltamazlar¹¹⁴⁷.

Malvarlığı devrinde, müteselsil sorumluluk müessesesi, Mehaz İsviçre Hukuku'nda da kanunda alacaklıların ve işçilerin korunması başlığı altında 75. Artikel de açıkça düzenlenmiştir¹¹⁴⁸. Buna göre, devreden, devralanla birlikte malvarlığı devri öncesinde doğmuş olan borçlardan üç yıl süre ile müteselsil olarak sorumludur. Devredene yönelik taleplerin devrin ilanından üç yıl sonra zamanaşımına uğrayacağı, zamanaşımının alacağın muacceliyet tarihinden işlemeye başlayacağı belirtilmiştir (İsv. BirK Art. 75/2).

Devralanın, ticari işletmenin devri ile üstlenmiş olduğu borçlardan sorumluluğu, işletme malvarlığı ile sınırlı olmayıp, tüm malvarlığı ile sınırsız sorumluluktur. Başka bir ifade ile devralan, devraldığı ticari işletmenin borçlarından sadece devralmış olduğu işletme aktifleriyle değil, bunlara ilaveten kendi malvarlığı ile de sınırsız şekilde sorumludur¹¹⁴⁹.

Devralan, kural olarak işletmeye ait tüm borçlardan sorumludur. Devralanın borçlardan sorumluluğu için borçların tek tek gösterilerek, belirtilmesine gerek bulunmamaktadır¹¹⁵⁰. Ticari işletmeye ait ve devralanın sorumlu olacağı borçların hangi hukuki ilişkiden doğduğu da önemli değildir. Devralanın üstleneceği borcun kanundan, sözleşmeden veya haksız fiilden doğmuş olması hali, TBK m. 202 açısından

¹¹⁴⁶ Acemoğlu, s. 125; Arıcı, s. 194.

¹¹⁴⁷ Devreden ve devralanın, iç ilişkide geçerli rücu hakkına esas olmak üzere, borçlardan sorumluluğa ilişkin aralarında yapacakları anlaşma ile ilgili olarak bkz. III Bölüm-I-A-1-a. Devredenin Borçlardan İki Yıl Süre İle Sorumluluğu.

¹¹⁴⁸ Uzel, s. 793.

¹¹⁴⁹ Acemoğlu, s. 125; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 215.

¹¹⁵⁰ Durman, s. 110.

bir fark teşkil etmemektedir. Hatta borcun zamanaşımına uğramış olması dahi, borcun devrine engel teşkil etmez¹¹⁵¹.

aa. Borçların Geçiş Anı

Ticari işletmenin devrinin TTK ve TBK olmak üzere iki ayrı kanunda düzenlenmiş olmasının sakıncalarından bir tanesi de, ticari işletmeye dahil borçların, hangi aşamada devralana geçtiğinin tespitinde yaşanan güçlölür.

TTK m. 11/3 ticari işletmenin, ticari işletmeye ait aktif ve pasif malvarlığı ayrımı gözetmeksizin bir bütün halinde yazılı sözleşme ile devredileceğini, devrin ticaret siciline tescil edileceğini ve tescilin ilan edilmesi gerektiğini hüküm altına almış olup, malvarlığının devir anı ile ilgili hüküm içermemektedir. Buna karşılık, TBK m. 202/1’de, ticari işletmenin devri halinde devralanın, alacaklılara karşı borçlardan sorumlu olması için bunun alacaklılara bildirilmiş veya TTSG’de ilan edilmiş olması hüküm altına alınmıştır¹¹⁵². Bu nedenle, ticari işletmenin devrinde, işletmeye ait borçların devralana geçişi ilan ve ihbarın yapıldığı an olarak kabul edilmektedir¹¹⁵³. TBK’da yer alan ilan ve ihbar şartı yerine getirilmediği sürece, alacaklıların borçların tahsili için devralana başvurma imkanı da olmayacaktır¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ Acemoğlu, s. 127.

¹¹⁵² Öz, TTK m. 11/3 ile TBK m. 202/1 düzenlemeleri aynı anda kabul edilmiş olduğundan önceki kanun, sonraki kanun ayrımı yapılamadığını, buna karşılık TBK m. 202/1’in, borçların üstlenileceği anı açıkça düzenlemesi nedeni ile TTK m. 11/3’e göre, özel hüküm sayılacağını ve uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 117.

¹¹⁵³ Acemoğlu, s. 116 - 117; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 45; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Arıcı, s. 193; Öz, **Ticari İşletme**, s. 116 – 117; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 216 – 217; Çelikboya, s. 304; Akçaal, s. 164.

¹¹⁵⁴ Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 226; Öz, **Ticari İşletme**, s. 116.

Devrin ilan veya ihbar yolu ile alacaklılara bildirimi, devir sözleşmesinin kurulması ve/veya geçerliliği için bir şart olmayıp, borçların dış yüklenmede hüküm doğurması için zorunludur¹¹⁵⁵.

Hal böyle olunca, ticari işletmenin devrinde, borçlardan, alacaklılara karşı sorumluluğun başlangıcının devralanın kendi iradesine bırakılmış olması hususu eleştiri konusu yapılmış ve devralanın ilan ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği, aktif ve pasiflerin devralana geçmeyeceği ileri sürülmüştür¹¹⁵⁶. Bazı yazarlar ise, devralanın borçlardan sorumluluğunun doğumu için ilan veya ihbarın şart olmadığını savunmuştur¹¹⁵⁷.

Devralanın borçlardan sorumluluğunun doğması ile ilgili olarak doktrindeki farklı yaklaşımlar, Yargıtay içtihatlarında da yerini bulmuştur. Yargıtay, devralanın borçlardan sorumluluğunun doğması için alacaklılara yapılması gereken ilan veya ihbarı bir şart olarak görmemektedir¹¹⁵⁸. Böylece, devralanın sorumluluğunun varlığının kabulü için, ticari işletmenin devri olgusu yeterli görülmektedir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı, esas itibarı ile alacaklıları korumayı amaçlamaktadır.

Devir sözleşmesinin tescil edilmesi ile ticari işletmenin devri hüküm doğurmaya başlamaktadır. İşletmeye ait aktifler devralana geçmektedir. Buna karşılık, devralanın borçlardan sorumluluğu için, alacaklılara ilan veya ihbarın yapılması gerekmektedir (TBK m. 202). Devralan tarafından ilan veya ihbarın bir sebepten yapılmaması veya

¹¹⁵⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41 – 42.

¹¹⁵⁶ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36.

¹¹⁵⁷ İmregün, **Genel İlkeler**, s. 15.

¹¹⁵⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararında borcun doğumundan sonra yapılan iş yeri devri ile ilgili İİK m. 44'deki şartların yerine getirilmiş olduğunun ispatlanamadığını, davaya konu olayda, TBK m. 202 kapsamında işletme devri söz konusu olduğunu, bu nedenle devralanın borçlardan sorumlu tutulacağını hükme bağlamıştır. Bkz. Yargıtay 17. HD. 18.02.2013 T, E. 2013/1023 K. 2013/1730 (Erişim: Sinerji İctihat bankası 27.03.2019); Aynı yönde bkz. 17. HD. 27.11.2013 T, E. 2013/17180 K. 2013/16626.

geç yapılması alacaklıların, alacaklarını tahsil imkanını sınırlamakta ve tehlikeye sokmaktadır¹¹⁵⁹.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı her ne kadar alacaklıları korumak amacıyla somut olay adaletini sağlamaya yönelik olsa da, TBK m. 202'nin lafzına aykırıdır.

Son olarak, ticari işletmenin devrinde borçların geçiş anı, yani devralanın borçlardan sorumluluğunun doğduğu an bakımından, eTTK ve BK döneminde öğretide fikir ayrılığı bulunmakta idi. Bir görüşe¹¹⁶⁰ göre, borçların devralan tarafından üstlenilmesi ve nakli için ticari işletmenin devri sözleşmesinin yapılması ve bunun ilan edilmesi yeterli görülmekte idi. İkinci görüşe¹¹⁶¹ göre ise, taraflar arasında ticari işletmenin devri sözleşmesinin yapılması ve bunun duyurulması yeterli kabul edilmemekte idi. Devir sözleşmesi uyarınca, borçların devralana geçmesi için, devir sözleşmesi yapılmalı, duyurulmalı ve sözleşme hükümleri yerine getirilmeli, bu kapsamda tüm aktifler devralana geçirilmiş olmalı idi. Ancak bu durumda borçlar, devralana geçmiş sayılacak idi. Ancak TTK ve TBK'nın kabul ettiği ticari işletmenin devri sisteminde, devir sözleşmesinin tescil edilmesi ile aktifler devralana geçmektedir. Yani aktifler tescil ile devralanın malvarlığına dahil olmaktadır. Buna karşılık, tescilden sonra yapılan ilan veya duyuru ile devralan, alacaklılara karşı borçlardan sorumlu olacaktır. Bu bakımdan eTTK ve BK dönemindeki teorik tartışmanın pratik önemini yitirdiği söylenebilecektir.

¹¹⁵⁹ Bahtiyar, ticari işletmenin devrinde aktiflerin geçişi ile devralanın borçlardan sorumluluğunun doğması arasındaki zaman farkının maddenin kenar başlığı olan bütünlük ilkesi ile bağdaşmayacağını ve ayrıca kısa süre için de olsa borçları güvencesiz bırakacağını belirterek hükmü eleştirmiştir. Bkz. Bahtiyar, **Makale Ticari İşletme**, s. 221; Aynı yönde bkz. Öz, **Ticari İşletme**, s. 117, Çelikleboya, s. 304 – 305.

¹¹⁶⁰ Arslanlı Halil, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 116.

¹¹⁶¹ Acemoğlu, s. 45 – 50, 140 – 141; Arıcı, s. 180 – 181.

bb. Borçların Devrinin Devralan Bakımından Sonuçları

TBK m. 202 uyarınca, ticari işletmenin devrinde pasiflerin külli olarak devrinin sonuçları, borcun dış üstlenilmesi ile özdeştir. Böylece, ticari işletmenin devredilmesi ile birlikte devirden önce doğan ve ticari işletmeye ait olan borçlar devralana geçmektedir. Devralan, bahse konu borçlar bakımından asli borçlu sıfatındadır.

Devralan, ticari işletmenin devri ile üstlenmiş olduğu ve tüm malvarlığı ile sorumlu bulunduğu borçlar bakımından, kural olarak, süre sınırlaması olmaksızın sorumludur¹¹⁶². Böylece, devralan borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi boyunca alacaklılar tarafından takip edilebilecektir¹¹⁶³.

Ticari işletmenin devri kapsamında, devralana geçen borçlar ile ilgili olarak, borcun içeriğinde bir değişiklik meydana gelmemekte olup, yalnızca borçlu taraf değişmektedir¹¹⁶⁴. Bu nedenle, devir ile birlikte işlemiş veya işleyecek faiz alacağı, doğmuş olan sözleşme cezası, borcun ifa edilmemesine bağlanmış olan cezai şartlar da devralana geçecektir¹¹⁶⁵. Buna ek olarak, borcun gereği gibi ve/veya hiç ifa edilmemesi halinde, taraflarca önceden kararlaştırılmış olan tahkim şartının da, devralana geçeceği ve devralanı bağlayacağı ileri sürülmektedir¹¹⁶⁶.

Devralan ticari işletmenin devri ile, alacaklılara karşı asıl borçlu sıfatına sahip olduğundan, borca bağlı bulunan tüm savunmaları yapabilecektir¹¹⁶⁷. Bu kapsamda, devralan, borcun doğmadığını veya sona erdiğini ileri sürebilecektir. Buna ek olarak, devralan sebepsiz zenginleşme def'i, ödemezlik def'i, zamanaşımı def'i gibi borca bağlı

¹¹⁶² Acemoğlu, s. 126 – 127; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 215.

¹¹⁶³ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 35.

¹¹⁶⁴ Acemoğlu, s. 141.

¹¹⁶⁵ Arıcı, s. 203.

¹¹⁶⁶ Acemoğlu, s. 133.

¹¹⁶⁷ Acemoğlu, s. 141.

olan def'ilerde de bulunabilecektir. Devralan ayrıca şahsından kaynaklanan savunmaları da ileri sürebilecektir¹¹⁶⁸. Buna karşılık devralan, devredenin kişisel def'ilerini ve itirazlarını ileri süremeyecektir¹¹⁶⁹. Devralanın bu haklarının dayanağı, devrin, borcun mahiyetini değiştirmemesi ve borcu yükleneni, yani devralanı, devredenden daha fazla yükümlülük altına sokmanın doğru olmayacağı görüşüdür¹¹⁷⁰.

Ticari işletmenin devrinde, zamanaşımı def'i ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir husus da, devir kapsamında olan borçların zamanaşımının devir ile kesilip kesilmeyeceğidir. Zamanaşımı def'i, borçlunun şahsına değil, alacağa bağlı bir savunmadır. Borcun müstakil olarak devri halinde, bu devir, devralan bakımından borcun tanınması niteliğinde olarak değerlendirilmekte ve böylece zamanaşımını kestiği kabul edilmektedir¹¹⁷¹. Müstakil borcun devrinde kabul edilen bu görüşün ticari işletmenin devrinde kabulü tereddüt yaratmaktadır. Ticari işletmenin devrinde, devir için alacaklı ile borcun nakli sözleşmesi yapılmamaktadır. Bunun sonucu olarak devralanın, TBK m. 154'ün, aradığı ikrar şartını yerine getirdiğinden bahsedilemeyecektir. Konuyu inceleyen Arıcı'ya göre, devir sözleşmesinde veya devir bilançosunda üstlenilen borçların belirtilmiş olması halinde dahi, alacaklı dışında bir kişiye yöneltilecek beyanın ikrar niteliğinde kabul edilememesinden dolayı zamanaşımı kesilmeyecektir¹¹⁷². Acemoğlu'na göre, devir ile zamanaşımının kesilmesi tek bir borç nakli olduğu takdirde doğru kabul edilmektedir. Buna karşılık, ticari işletmenin devrinde, borçların kül halinde ve kanun gereği devri niteliği karşısında böyle bir kabulün doğru olmayacağını belirtmiştir¹¹⁷³. Ticari işletmenin devrinde, borçların bir

¹¹⁶⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 815.

¹¹⁶⁹ Arıcı, s. 205.

¹¹⁷⁰ Acemoğlu, s. 141.

¹¹⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 368.

¹¹⁷² Arıcı, s. 205.

¹¹⁷³ Acemoğlu, s. 150; Aynı yönde bkz. Çelikboya, s. 311.

bütün halinde ve kanun gereği devredilmesi karşısında alacak zamanaşımının kesilmediğini kabul etmek kanaatimizce uygun görünmektedir.

Devralanın bağlı bulunduğu sonuçlardan bir diğeri de, devreden ile ticari işletmenin devri için yapmış olduğu sözleşme kapsamından doğan hak ve yetkileridir. Devreden ve devralan aralarında yaptıkları sözleşmeden doğan savunmaları alacaklılara karşı ileri süremeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁷⁴. Devir sözleşmesinde, devralanın, bazı borçlardan sorumlu olmayacağı veya belirli bir miktara kadar sorumlu olacağının kararlaştırılmış olması hali buna örnek gösterilmektedir¹¹⁷⁵. Bu halde, alacaklılardan biri veya hepsi, devralana alacağını tahsil amacıyla başvurduğunda devralan, devreden ile yapmış olduğu sözleşme kapsamındaki savunmalarını alacaklılara karşı ileri süremeyecektir. Devralan ile devreden arasındaki sözleşme, iç ilişkide, yani taraflar arasında hüküm ifade etmektedir¹¹⁷⁶.

Ticari işletmenin devri kapsamında devralan tarafından üstlenilen borçların sorumluluk süresi, devredenden farklı olarak iki yıl süre ile sınırlı değildir. Ancak elbette bu sorumluluğunda bir sınırı bulunmaktadır. Devralanın ticari işletmenin devri dolayısıyla üstlendiği borçlara ilişkin sorumluluğu, her bir borç için öngörölmüş olan zamanaşımı süresi kadardır¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36 – 37; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42.

¹¹⁷⁵ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 46.

¹¹⁷⁶ Bazı yazarlar devralan tarafından yapılacak olan ilan veya ihbarda bunun duyurulması halinde, bu çekincelerin alacaklara karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Bu yönde bkz. Acemoğlu, s. 117; Arıcı, s. 184 – 185; Çelikboya, devir sözleşmesinde borcun devrin kapsamı dışında bırakılması ile devreden ve devralan arasında yaptıkları devir sözleşmesinden doğan başkaca savunmaların birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini, ticari işletmeye ait bir borcun sözleşmede kararlaştırılarak ve devralan tarafından ilan ve ihbarda bulunularak her zaman devir kapsamından çıkarılabileceğini ve bunun da alacaklılara karşı ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Çelikboya'ya göre devralanın alacaklıya karşı ileri süremeyeceği savunmaya devir kapsamında olan bir borç için devir sözleşmesinden kaynaklanan ve devreden borcunu ifa etmemesinden kaynaklanan ödemelik def'i örnek gösterilebilecektir. Bkz. Çelikboya, s. 312.

¹¹⁷⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 45; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 35.

b. İşletmeyi Devralma Borcu

Ticari işletmenin devrinde, devralanın borçlarından bir tanesi de, işletmeyi aktif ve pasif unsurları ile birlikte devralmaktır. Bu, devralan bakımından hem bir hak, hem de bir yükümlülüktür. Devralanın, bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, taraflar arasında yapılmış olan devir sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağı belirtilmektedir¹¹⁷⁸.

Devralan, devir sözleşmesi kapsamında işletmeye dahil olan tüm unsurların mülkiyetini kazanmaktadır. Bazı hallerde, devrolunan işletmedeki bazı unsurların, örneğin, makinelerin üçüncü bir kişiye ait olması ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda TMK m. 988 hükmü dahilindeki şartların varlığı halinde devralan, mülkiyeti üçüncü kişiye ait olan unsurlar üzerinde de mülkiyet hakkını kazanabileceği belirtilmektedir¹¹⁷⁹.

c. Devri Alacaklara Duyurma Borcu

Ticari işletmenin devrinde, taraflar arasındaki devir işleminin tescil edilmesi ve devrin aleniyet kazanması önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin devri sözleşmelerinin yazılı olarak yapılacağı, ticaret siciline tescil ve ilan edileceği hüküm altına alınmıştır. İlan ile ticari işletmenin devrinin üçüncü kişilere duyurulması amaçlanmaktadır¹¹⁸⁰.

Devrin alacaklılara ne şekilde duyurulacağı TBK m. 202'de, hüküm altına alınmıştır. Buna göre, malvarlığının veya işletmenin devri halinde, ticari işletmeler bakımından devrin TTSG'de, diğer devirler bakımından da Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla veya alacaklılara yapılacak bildirme ile

¹¹⁷⁸ Acemoğlu, s. 101.

¹¹⁷⁹ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 44.

¹¹⁸⁰ Acemoğlu, s. 109; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 211; Erdem, **Ticari İşletme**, s. 1001; Arıcı, s. 183.

duyurulduğu tarihten başlayarak, alacaklılara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan devralanın sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır¹¹⁸¹.

Ticari işletmenin devrinde, devreden ve devralan arasındaki iç ilişkiyi sözleşme, dış ilişkiyi ise, ilan veya ihbar belirlemektedir. TTK 11/3'te, yer alan ilan veya ihbar borcu, devralanın yerine getirmesi gereken kanuni bir borçtur¹¹⁸². Devralan tarafından yerine getirilmesi gereken ihbar veya ilan yükümlülüğünün yerine getirilmesinin en önemli sonucu, devir sözleşmesi kapsamındaki borçlardan devralanın sorumlu olmaya başlamasıdır¹¹⁸³. Başka bir ifade ile devralan, ilan veya ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği sürece, devir kapsamındaki borçlardan devralanın sorumluluğu doğmaz.

Ticari işletmenin devrinde, devrin ihbar veya ilan yoluyla alacaklılara duyurulması, alacaklıları korumak amacıyla konulmuş bir hükümdür. Bununla birlikte, hükmün tüm devir taraflarının menfaatlerini düzenlediği görülmektedir. Şöyle ki; ihbar veya ilan ile alacaklı devirden haberdar olur ve alacağının teminatını oluşturan işletme aktiflerini takip ve tahsil için en uygun yolu belirler¹¹⁸⁴. Devreden bakımından ise, ihbar veya ilanın önemi daha farklıdır. İlan veya ihbar, devreden, devralanla birlikte borçlardan müteselsil olarak sorumluluğunun başlangıç anını teşkil etmektedir. Bu bakımdan, ilan veya ihbar ne kadar kısa sürede gerçekleşir ise, devreden sorumluluğu da o kadar vakitli başlayarak erken sona erecektir. Devralan bakımından da ilan veya ihbarın önemi, alacaklılar tarafından açılacak olan iptal davasında kendisini göstermektedir. İİK m. 280/3 devralanın, alacaklıların açacağı iptal davasından kurtulabilmesi için devrin ilan veya ihbarının yapılmış olması gerektiğini hüküm altına almıştır¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ Ticari işletme devrinde ilan veya ihbar yükümlülüğü ile ilgili detaylı bilgi için bkz. II -V -B İlan.

¹¹⁸² Acemoğlu, s. 101.

¹¹⁸³ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41.

¹¹⁸⁴ Acemoğlu, s. 107.

¹¹⁸⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42.

Görüldüğü üzere, ticari işletmenin devrinde, devrin alacaklılara ilan veya ihbar yolu ile duyurulmasının tüm taraflar açısından çok yönlü fonksiyonu bulunmaktadır.

Devralan tarafından, yerine getirilmesi gereken ilan veya ihbar borcunun yerine getirilmemesi¹¹⁸⁶, devralan bakımından borca aykırılık teşkil etmektedir¹¹⁸⁷. Devralan, kanuni bir borç olan devir sözleşmesini ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, devreden, TBK m. 113 kapsamında, mahkemeye başvurarak, borca aykırılık kapsamında lehine hüküm elde edebilir. Mahkemenin vereceği kararın devralanın iradesi yerine geçeceği ve hükmün ilanı halinde kanuni borç naklinin gerçekleşeceği belirtilmektedir¹¹⁸⁸.

d. Karşı Edimi İfa Borcu

Ticari işletmenin devrinin düzenlendiği TTK m. 11/3'te, devralanın karşı edimi konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bakımdan ticari işletmenin devrinde, tarafların karşı edimi belirleme konusunda serbest oldukları kabul edilir¹¹⁸⁹. Dolayısıyla devir sözleşmesi bir ivaz karşılığında olabileceği gibi, ivazsız olarak da yapılabilecektir¹¹⁹⁰. Ticari işletmenin devri, bir ivaz karşılığında yapılmış ise, devralan kararlaştırılmış olan bu karşı edimi ifa etmek yükümlülüğündedir. Buna karşılık, devir

¹¹⁸⁶ Saymen/Elbir, ticari işletmenin devrinde, ihbarın yapılmamış olduğu hallerde devir sözleşmesinin de hükümsüz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Acemoğlu ise, ticari işletmenin devrinde devir sözleşmesinin iç ilişkide ilan yapılmamış olması halinde bile geçerli olduğunu belirtmiştir. Naklen Acemoğlu, s. 121, dn. 91; Yeni düzenleme ile ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin tescili ile taraflar arasında hüküm doğurduğunda tereddüt bulunmamakta olup ilanın ise açıklayıcı olduğu kabul edilmektedir.

¹¹⁸⁷ Acemoğlu, borçlunun bir sözleşmenin sonuçlarının doğmasını geciktirmek amacıyla yapma yükümlülüğü altında olduğu bir ihbarı yapmamasında borcun müspet ihlalinin bulunduğunu, devralanın ilan veya ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesinin de borcun müspet ihlali olarak değerlendirilmesinin uygun olacağını ileri sürmüştür. Bkz. Acemoğlu, s. 122.

¹¹⁸⁸ Acemoğlu, s. 123; Arıcı, s. 193; Durman, s. 111; Akçaal, s. 167.

¹¹⁸⁹ Acemoğlu, s. 42; Arıcı, s. 107; Çelikboya, s. 144.

¹¹⁹⁰ Acemoğlu, s. 42; Arıcı, s. 107; Çelikboya, s. 144.

ivazsız, yani karşılıksız şekilde yapılmış ise, devralanın borcu bağışlama hükümlerine göre tayin olacağı kabul edilir¹¹⁹¹.

Ticari işletmenin devrinin herhangi bir karşılık kararlaştırılarak veya karşılıksız şekilde yapılmış olması, TBK m. 202 ve TTK m. 11'in, uygulanması bakımından herhangi bir önemi olmadığı gibi, bir farklılık da oluşturmamaktadır. Örneğin, ticari işletmenin devrinin satım şeklinde gerçekleştiği varsayımında, devralan, ticari işletme için uygun bir bedeli devredene karşı edim olarak vermiş olacaktır. Bu durumda devralan, alacaklılara karşı devir işlemi için karşı edim verdiğini, bu bakımdan alacaklarını devredenden almaları gerektiğini ileri süremeyecektir.

Hayatın olağan akışında, devir sözleşmesi, genellikle bir karşılık tayin edilerek yapılmaktadır. Bu bakımdan, taraflarca kararlaştırılan karşı edimin içeriği, devir sözleşmesinin dayandığı hukuki ilişkiye göre, bunun ifa şekli de, tarafların bu konudaki anlaşmalarına göre tayin edilecektir¹¹⁹².

Ticari işletmenin devrinde, taraflarca kararlaştırılmış olan ivazın her zaman ticari işletmeyi devreden lehine olmasının zorunlu olmadığı, böylece devir sözleşmesinin üçüncü kişi lehine de yapılabileceği ileri sürülmektedir¹¹⁹³.

Devir konusunda taraflarca kararlaştırılacak olan ivazın belirlenmesindeki serbestlik bazı hallerde sınırlanabilmektedir. Buna örnek olarak, anonim şirketlerde sermayenin korunması hükümleri karşısında ivazsız veya çok düşük bir bedelle devir yapılamayacak olması gösterilebilecektir. Yine, halka açık şirketlerde, hisse sahiplerinin çokluğu, dağınıklığı ve icra organına doğrudan hakim olmamaları

¹¹⁹¹ Arıcı, s. 107.

¹¹⁹² Acemoğlu, s. 97.

¹¹⁹³ Çelikboya, s. 145.

nedeniyle yapılan iş ve işlemlerin, daha sıkı bir şekilde denetlendiği düşünüldüğünde, bunlara ilişkin özel düzenlemeler bulunabilir¹¹⁹⁴.

Ticari işletmenin devrinde, karşı edim ile ilgili olarak bir düzenleme TSY m. 133/2-ç bendinde yer almaktadır. Buna göre, yazılı şekilde yapılacak olan ticari işletmenin devri sözleşmesinde, ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları yer almalıdır. Hükmün lafzı ticari işletmenin devri “*ivazlı olmak zorundadır*” ve bu ivaz da “*para olmalıdır*” şeklindeki yoruma açıktır. Ancak, ticari işletmenin devrini düzenleyen TTK m. 11/3’te, devrin ivaz karşılığında olması gerektiğine ilişkin herhangi bir ibare yer almamaktadır. Bu bakımdan, kanun ile getirilmemiş olan bir sınırlamanın, yönetmelik ile getirilmiş olabileceğini düşünmek de, kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir. Bu nedenle, TSY m. 133/2-ç bendinin, ticari işletmenin devrinde taraflar bir ivaz kararlaştırabilirler. Kararlaştırılan devir sözleşmesinin karşı edimini ve ödeme şeklini, koşullarını sözleşmede belirtmek zorundadırlar şeklinde yorumlanması kanaatimizce uygun olacaktır. Ayrıca, devrin ivazsız olması halinde, bunun da, yine sözleşmede açıkça belirtilmesinin faydalı olacağı ileri sürülmektedir¹¹⁹⁵.

B. DEVRALANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1. Geçerli Bir İşletme Devrinin Varlığı

İsviçre – Türk Hukuku’nda ticari işletmenin devrinde, borçların devri, kanuni devir niteliğinde olduğundan, ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçersiz olması halinde, borçların da devredilmediği kabul edilmektedir¹¹⁹⁶. Bu bağlamda, devralanın TBK m. 202 ticari işletmenin devri kapsamında işletmeye ait borçlardan sorumluluğunun doğabilmesi için, devreden ve devralan arasında yapılmış olan devir sözleşmesinin

¹¹⁹⁴ Çelikbaya, s. 145.

¹¹⁹⁵ Çelikbaya, s. 146.

¹¹⁹⁶ Acemoğlu, s. 64.

geçerli olması gerekmektedir¹¹⁹⁷. Geçerli bir devir sözleşmesi için, TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edileceği, TSY m. 133/3'te, de devir sözleşmesinin tescil ile hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Böylece, tescil, devrin tamamlanması bakımından kurucu nitelikte etkiye sahiptir. Sözleşmenin geçersiz olması halinde, borç nakli gerçekleşmeyeceğinden, sözleşmenin geçersizliğinin alacaklılara karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir¹¹⁹⁸.

Devralan, ticari işletmenin devrinde yanılma, aldatma gibi irade bozukluklarından ötürü devir sözleşmesi ile bağlı kalmak istemediği hallerde, devir sözleşmesini iptal ettirerek, işletme borçlarını devralmaktan kurtulabilecektir. Bu halde, devre konu işletme, devreden borçlunun malvarlığından çıkmamış sayılacak ve devreden borçlu, asıl borçlu olarak kalmaya devam edecek olup, alacaklılar yalnızca, asıl borçlu olan devredene başvurabileceklerdir¹¹⁹⁹.

Devralanın borçlardan sorumluluğunun doğması bakımından ön şart olarak kabul edilen geçerli bir devir sözleşmesinin varlığı hususunda Acemoğlu, alacaklı menfaatinin zedelendiğini ileri sürerek farklı bir görüş benimsemiştir. Acemoğlu'na göre, ticari işletmenin devri sözleşmesi geçersiz olsa bile, TBK m. 202 kapsamında, borçlar, devralana geçmiş sayılmalıdır¹²⁰⁰.

2. Sözleşme Kapsamındaki Borcun Üstlenilebilir Olması

Ticari işletmenin devri gerçekleştiğinde, devralan tarafından hangi borçların üstlenildiğinin tespiti bakımından aranan şartlardan bir tanesi de, devre konu borcun üstlenilebilir olmasıdır. Ticari işletmenin devrinin düzenlendiği TBK m. 202'de,

¹¹⁹⁷ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 217; Arıcı, s. 181.

¹¹⁹⁸ Oğuzman/Öz, s. 624; Durman, s. 137; Arıcı, s. 181; Çelikkaya, s. 359.

¹¹⁹⁹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 216.

¹²⁰⁰ Acemoğlu, s. 64 vd. ve 137 vd.

üstlenilebilir borç ile ilgili olarak bir açıklık yer almamaktadır. Kural olarak, işletmeye dahil olan tüm borçların üstlenilmesi olanaklıdır.

Ticari işletme borçlarının, devralan tarafından, üstlenilmesi için, borçların hangi hukuki temele dayandığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, borcun sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden veya kanundan doğmuş olması, TBK m. 202 açısından bir özellik arz etmez¹²⁰¹.

Buna karşılık, ticari işletmenin devrine konu borçların kamu hukukundan kaynaklanması halinde üstlenilebilir olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Acemoğlu, kamusal borçların, örneğin, Vergi Hukuku'ndan doğan borçların nitelikleri gereği şahsa bağlı olanlar dışında (şahsa bağlı cezalar) üstlenilebilir olduğunu belirtmiştir¹²⁰². Konuyu inceleyen Arıcı ise, kamu hukukuna tabi hukuki ilişkilerden doğan borçların konuyu düzenleyen özel bir hüküm olmadığı sürece devredilebilir olmadığını ileri sürmüştür. Bu kapsamda, TBK m. 202'nin, de özel bir düzenleme olmadığını, böylece ticari işletmenin devrinde kamu hukukundan doğan borçların devralan tarafından üstlenilemeyeceğini belirtmiştir¹²⁰³.

Vergi sisteminde kural, vergi borcu kimin adına doğmuş ise, o mükellef tarafından ödenmesidir¹²⁰⁴. Burada, sözleşme hukuku kapsamında borcun nakline ilişkin kurallar uygulanmamaktadır¹²⁰⁵. Başka bir ifade ile, vergi sorumluluğuna ilişkin olarak düzenlenecek sözleşmelerin, vergi dairelerini bağlamayacağı belirtilmektedir¹²⁰⁶. Vergi

¹²⁰¹ Acemoğlu, s. 127; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 220.

¹²⁰² Acemoğlu, s. 127, dn. 25.

¹²⁰³ Arıcı, s. 196.

¹²⁰⁴ Dönmez Belgin, **Vergi Hukukunda Borcun İntikali**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009, s. 137.

¹²⁰⁵ Dönmez, hükmün amacının kamu alacağını güvence altına almak olduğunu, devir engeli ile vergi borcunun ödeme gücü olmayanlara geçişinin engellenmesinin amaçlandığını belirtmektedir. Bkz. Dönmez, s. 137.

¹²⁰⁶ Dönmez, s. 137; Arıcı, s. 197.

Hukuku’nda genel kural, verginin devredilemezliği olmakla birlikte, vergi borcunun nakline veya vergi borcundan müteselsil olarak sorumlu olmaya ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır. Çalışmamızı ilgilendiren kısmı kapsamında KVK m. 19 – 20, kurumların devir ve bölünmelerini düzenlemektedir. KVK m. 19’da, hangi şartlarda birleşen kurumların devir hükmünde sayılacağı hususu düzenlenmiştir. KVK m. 20’de, ise, kurumların devir ve bölünmelerinde devralan kurumun, bölünen ve devredilen kurumun devir tarihine kadar tahakkuk etmiş vergi borçlarından müteselsil sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Ticari işletmenin devrinde, vergi borçlarının devralana naklinin kabul edilebilmesi için ticari işletmenin devrinin, KVK m. 19 ve 20 kapsamında, kurumların devri ve bölünmesi teşkil etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ticari işletmenin devrinde borcun üstlenilmesine ilişkin bir diğerk kanuni düzenleme de, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 89. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile devralınır veya intikal ederse, eski işverenin kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğerk ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Yine aynı madde de taraflarca, bu hükme aykırı olarak yapılacak olan sözleşme hükümlerinin, Sosyal Sigortalar Kurumu’na karşı geçersiz olduğu ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Konuya ilişkin belirtilmesi gereken bir diğerk husus da, kişiye sıkı surette bağılı borçların devredilemeyeceğı, yani üstlenilebilir nitelikte olmadığıdır¹²⁰⁷. TBK m. 202 ile alacaklıların rızası alınmaksızın kanuni borç nakli yapılarak, borçlu değişmektedir. Bununla birlikte, borcun içeriğinde bir değişiklik yapılması amaçlanmamaktadır.

¹²⁰⁷ Arıcı, s. 198; Öztürk, s. 270.

Borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı borçların doğuşunda, borçlunun kişisel özellikleri büyük önem taşımaktadır¹²⁰⁸. TBK m. 202 kapsamında, borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı borçların da devri söz konusu olsa idi, bu halde borçlu ile birlikte borcun içeriğinde de değişiklik meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktı. Tüm bu nedenlerle, TBK m. 202 uyarınca, gerçekleşen ticari işletmenin devrinde, borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı olan borçlar, devredilebilir olarak değerlendirilmemektedir.

3. Devralan Tarafından, Alacaklılara Bildirim Yapılması

Ticari işletmenin devrinde, devrin ticaret siciline tescil edilmesinin ardından ayrıca devralan tarafından bu devrin ilan/ihbar edileceği hüküm altına alınmıştır (TBK m. 202)¹²⁰⁹.

Devralan tarafından yapılması gereken ilan/ihbarın temel amacı, alacaklılara ticari işletmenin devrinin bildirilmesidir. Bunun yanı sıra, TBK m. 202, ilana, devrin bildiriminden bağımsız olarak bir hukuki sonuç da bağlamıştır. Buna göre, ilan, borçların bir bütün olarak devralana geçişini sağlamaktadır. Ticari işletmenin devrinin TTSG’de ilanı ile devralan, borçlardan devredenle birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya başlayacaktır¹²¹⁰.

Ticari işletmenin devrinde, devralan tarafından yapılması gerekli olan ilan veya bildirimin, devralan ve devreden arasında yapılmış olan devir sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Yapılacak olan ilan veya bildirim,

¹²⁰⁸ Öztürk, s. 270.

¹²⁰⁹ Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, V-B. İlan.

¹²¹⁰ Acemoğlu, s. 116; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 45; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 215; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 45.

sadece devir kapsamındaki borçların devralan tarafından üstlenilmesi bakımından gereklidir¹²¹¹.

C. DEVRALANIN SORUMLULUĞUNUN SONA ERMESİ

Ticari işletmenin devrinde, devralanın borçlardan sorumluluğu kanuni bir sorumluluktur. Devralan açısından bu sorumluluk, işletme malvarlığı ile sınırlı olmayıp, tüm malvarlığı ile sınırsız şekilde sorumluluk doğurmaktadır¹²¹².

Ticari işletmenin devrinde, devralanın kanuni sorumluluğu, devredenin sorumluluğundan farklıdır. Devredenin sorumluluğu, TBK m. 202/2 uyarınca, iki yıllık müteselsil borçluluk süresinin sonunda ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık, devralanın sorumluluğu bir süre ile sınırlı değildir¹²¹³.

Ticari işletmenin devrinde, devralanın işletmeye ait borçlardan sorumluluğu, borcu sona erdiren hallerden herhangi birinin gerçekleşmesi ile son bulmaktadır. Usulüne uygun ifa, dönme, fesih, ibra, yenileme sorumluluğun sona ermesine örnek gösterilebilecektir. Ayrıca borcun zamanaşımına uğramış olması da devralan bakımından, borcun sona ermiş olduğu anlamına gelebilecektir. Nitekim zamanaşımına uğramış bir alacak talep ve dava edilebilir olma niteliğini kaybetmektedir¹²¹⁴.

Son olarak devralan, devraldığı ticari işletmeyi üçüncü bir kişiye devrederse, bu durumda kendisi, devreden konumunda olacak ve mevcut borçlardan devirden itibaren iki yıl süre ile müteselsilen sorumlu olmaya devam edecektir¹²¹⁵. Bu durum, eski devralan bakımından borcun belli bir süre sonra sona ermesi anlamına gelmektedir.

¹²¹¹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41 – 42.

¹²¹² Acemoğlu, s. 125.

¹²¹³ Arıcı, s. 194.

¹²¹⁴ Ertuş Şeref, **Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı, İzmir, 2015, s. 3093.

¹²¹⁵ Acemoğlu, s. 127.

II. MAL KAÇIRMA DURUMUNDA ALACAKLILARIN KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Ticari işletmenin devri, alacaklıların menfaatleri bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Tacirin ticari işletmesini devrederken alacaklılara zarar verecek şekilde malvarlığını azaltması devir halinde ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, ticari işletmenin devrinin alacaklılar açısından sonuçlarına ve hakları zarar görecektir. Alacaklıların başvurabileceği hukuki yollara çalışmamızda değinme gereği duyulmuştur.

TBK m. 202’de, düzenlenmekte olan ticari işletmenin devrine de ilişkin olarak İİK’da alacaklıları, alacaklılarını zarara uğratmak kastıyla hareket ederek malvarlığını veya işletmesini devreden borçlulara karşı koruyan hükümler düzenlenmiştir. Bunlar ticaretin terkine (İİK m. 44, 337/a) ve alacaklılara zarar vermek kastıyla ticari işletmenin devrinin iptaline (İİK m. 280/3) ilişkin hükümlerdir.

Alacaklıların korunması hususunda, koruma getiren bir diğer kanun hükmü de, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda yer almaktadır. Kamu alacakları, özel hukuk ilişkilerine dayalı alacaklardan nitelik itibarıyla farklı olduğundan, bunların tahsili bakımından daha seri olunması amacıyla ayrı bir kanun ile takibi yapılmaktadır¹²¹⁶. Bu bağlamda, Kanun kapsamında, kamu alacağı borçlusunun, kamu alacaklısını zarara uğratmak amacıyla, sahip olduğu malvarlığı değerlerini elden çıkartması veya azaltması ve bu yolla kamu alacağını tehlikeye düşürmesinin önüne

¹²¹⁶ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 17.05.2011 tarihli vermiş olduğu bir kararında, 6183 sayılı Kanundan kaynaklanan tasarrufun iptali davalarının amacının “*Hazine alacağının tahsiline engel olmak için yapılan tasarrufların iptali ile bu tasarruflar nedeniyle üçüncü şahısların elde ettiği bedellerin kendilerinden tahsili başka bir deyişle hazine alacağının tahsilini önlemek için yapılan tasarrufların butlanına hükmettirmek, bu yolla yapılan işlemin iptali ile davacı idarenin dava konusu mal üzerinde cebri icra hakkını sağlamak*” olduğunu belirtmiştir. Bkz. Uyar Talih, **Tasarrufun İptali Davaları (İİK m. 277 – 284)**, Bilge, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 18.

geçilmesi bakımından, Kanunda 24 – 31 maddeleri arasında, kamu alacağını korumaya yönelik hükümler düzenlenmiştir¹²¹⁷.

TBK m. 202 ile, ticari işletmenin devrinde, devreden ve devralan iki yıl boyunca devirden önce doğmuş olan borçlardan müteselsil olarak sorumlu olmaktadır. Bu bakımdan, devir sebebiyle alacaklıların menfaatleri kural olarak zarar görmez¹²¹⁸. Bununla birlikte, alacaklının asli ve fer'i olmak üzere tüm haklarını hem devredene, hem de devralana yöneltebilecek olması, alacaklılar bakımından, daha geniş bir koruma imkanı sağladığı dahi söylenebilecektir¹²¹⁹.

Buna karşılık, ticari işletmenin devrinde pasiflerin kısmen veya tamamen devrin kapsamı dışında tutulması halinde, başka bir deyişle, işletmeye ait aktiflerin tümünün devredilerek, pasiflerin devirden hariç tutulması durumunda, alacaklılara zarar vermek amacıyla devir olasılığı ve bu halde alacaklıların korunması gerekliliği ortaya çıkacaktır.

Ticari işletmenin devrinde, alacaklıların korunması bahsinde alacaklılardan anlaşılması gereken, yalnızca devredilen borçların alacaklıları değildir. Ticari işletmeyi devredeninin, devir kapsamında olmayan borçlarının, yani devredende kalan borçların alacaklıları ile ticari işletmeyi devralanın alacaklıları¹²²⁰ da, devirden ve sonuçlarından etkilenebileceklerdir.

¹²¹⁷ Durman, s. 206.

¹²¹⁸ Arıcı, s. 219.

¹²¹⁹ Çelikboya, s. 328.

¹²²⁰ Çelikboya, pasifinin aktifinden çok olan bir işletmenin devralınması halinde devralanın alacaklılarının, alacaklarının tahsil kabiliyetini düşürmesi gerekçesi ile devralanın alacaklılarına tasarrufun iptali davası açmaları hakkının tanınmasının, devralanın alacaklıları tarafından ihtiyaç duyulan korumayı sağlayacağını ileri sürmüştür. Bkz. Çelikboya, s. 347 – 348.

1. Ticareti Terk

Ticareti terk ederek kötü niyetli davranışlar ile alacaklılarının hak ve menfaatlerine zarar vermeye çalışan tacirler ile mücadele amacıyla İİK m. 44'te, ticareti terk eden tacirlere ilişkin bazı kurallar konularak, alacaklıları korumaya yönelik özel düzenleme getirilmiştir.

Ticareti terk etmek, ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticari işletmeyi kapatmak ya da tasfiye etmektir¹²²¹. Bu bağlamda, ticari işletmenin devri de, devreden tacir bakımından ticareti terk sonucunu doğurmaktadır¹²²². Bununla birlikte, ticari işletmenin devri ayrıca tek işletmeli gerçek kişiler bakımından tacir sıfatının sona ermesi anlamına gelecektir¹²²³.

Ticareti terkin düzenlendiği İİK m. 44 uyarınca, ticareti terk eden kişinin, terk işlemini 15 gün içerisinde kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmesi gerekmektedir. Bu bildirim ile birlikte ayrıca aktif ve pasiflerine ilişkin mal beyanında bulunmakla¹²²⁴ ve alacaklılarına ilişkin bilgileri vermekle yükümlüdür¹²²⁵. Bu bildirim, ticaret sicil memurluğunca TTSG'de ve alacaklıların bulunduğu mutat ve münasip vasıtalarla ilan

¹²²¹ Kuru Baki, **Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler**, AÜHFD, Cilt 27, S. 1-2, Ankara, 1971, s. 110; Kuru Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Adalet, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 2013, s. 1095.

¹²²² Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 222; Arıcı, s. 220; Erişir Evrim, **Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, S. 4, Ankara, 2008, s. 280.

¹²²³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 222; Arıcı, s. 220.

¹²²⁴ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında İİK m. 44'te, yer alan mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gerçek kişi tacirlere yönelik bir yükümlülük olduğunu ve ticaret şirketlerini kapsamadığını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 12. HD. 30.03.2021 T, E. 2021/2594 K. 2021/3685 Legal Hukuk Dergisi, Cilt 19, S. 222, İstanbul, 2021, s. 2759 – 2764; Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD. 29.06.2021 T, E. 2021/3352 K. 2021/7066. (Erişim: www.yargitay.gov.tr 04.10.2021)

¹²²⁵ Kuru, mal beyanında bulunurken borçlunun tüm malvarlığının beyan edilmesi gerektiğini, çünkü hangi malların haczinin mümkün olduğu hususunun değerlendirilmesi yetkisinin icra memuruna ait olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, haczi caiz olmayan bir malın mal beyanında gösterilmemiş olması halinde mal beyanı eksik verilmiş olmakla birlikte, alacaklılar bundan zarar görmeyeceğinden tacire İİK m. 337/a'ya göre, ceza verilemeyeceğini ileri sürmüştür. Bkz. Kuru, **Ticareti Terk**, s. 111.

olunur¹²²⁶. İlan masraflarını ödemeyen tacir, beyanda bulunmamış sayılır (İİK m. 44/1). Yine aynı maddede, tacirin mal beyanından itibaren iki ay boyunca haczi kabil malları üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmıştır (İİK m. 44/3). Tacirin tasarruf yetkisinin kısıtlanması, alacaklılarının haklarına hâlel gelmemesi için bir önlemdir¹²²⁷. Tacir bakımından, getirilmiş olan bu kısıtlamaya rağmen gerçekleştirilmiş olan tasarruf işlemlerinin, alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir¹²²⁸. Ancak üçüncü kişilerin zilyetlik ve tapu siciline dayanarak iyiniyetle elde ettikleri haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhhen ikinci dereceye kadar hısımlar evlat edinenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyiniyet iddiasında bulunulamaz (İİK m. 44/4).

Mal beyanını alan merci¹²²⁹, keyfiyeti tapu ve gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne¹²³⁰ (Türk Patent ve Marka Kurumu) bildirir. Bu bildirim üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile kısıtlanmış (sınırlandırılmış) olduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir (İİK m. 44/5)¹²³¹.

Son olarak bozulmaya elverişli veya saklanması, muhafaza edilmesi külfetli olan veya tayin edilen kanuni süre içerisinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra memuru marifetiyle ve bu

¹²²⁶ Arıcı, uygulamada aktif ve pasif kalemlerin tek tek belirtilmediğini, ilanda ise terk olgusunun duyurulduğunu, ilan için de daha çok sadece TTSG'nin kullanıldığını belirtmiştir. Bkz. Arıcı, s. 221.

¹²²⁷ Kuru, **Ticaretî Terk**, s. 112.

¹²²⁸ Kuru, **Ticaretî Terk**, s. 112; Çelikboya, s. 339.

¹²²⁹ Kuru, ticareti terk eden kişinin mal beyanını ticaret sicil müdürlüğüne vermesi gerektiğini, icra müdürlüğünün bu aşamaya kadar ticareti terk ile bir ilgisi olmadığını, icra müdürlüğünün İİK m. 44 ile ilgisinin sadece son fıkrada yer alan satış aşamasında doğduğunu ileri sürmektedir. Kuru, **El Kitabı**, s. 1096; Buna karşılık İİK m. 44/5'te, mal beyanını alan icra mahkemesi ifadesi kullanılmıştır.

¹²³⁰ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Patent Enstitüsü'nün adı Türk Patent ve Marka Kurumu olarak değiştirilmiştir. Bkz. RG. 10.01.2017; S. 29944.

¹²³¹ Ticareti terk eden tacirlerin, mal beyanının tapu ve gemi sicil daireleri yanında Türk Patent ve Marka Kurumu ile birlikte Türkiye Bankalar Birliği'ne de bildirilmesi zorunluluğu 17.07.2003 tarih, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesi ile getirilmiştir. Bkz. RG. 30.07.2003; S. 25184.

kanun hükümleri dairesinde, bu malların satılmasına ve karşılığı olan bedelinin 9. maddede yazılı olan bir bankaya depo edilmesine karar verilebilir (İİK m. 44/6).

a. İİK m. 44'ün, Konu Bakımından Uygulanma Alanı

Ticari işletmenin devredilmesi ve ticareti terk kavramları konu ve sonuçları itibari ile birbirleriyle ilişkili kavramlardır. Nitekim ticari işletmenin devredilmesi, ticaretin terki sonucunu (tacirin başka ticari işletmesi de yoksa) doğurmaktadır. Buna karşılık, ticari işletmenin adresinin değişmesi ve faaliyetine başka bir yerde devam etmesi hali, ticaretin terki olarak değerlendirilmemektedir¹²³².

İİK m. 44 ile, bir tacirin ticaretini terk etmesi halinde neler yapması gerektiği, bunun nasıl ilan edileceği, tacirin ticareti terk etmesinden sonra da iflasa tabi olduğu ve malları üzerinde belirli bir süre ile tedbir alınması hususları hüküm altına alınmıştır¹²³³.

Tacir, ticari işletmesini veya birden fazla ticari işletmesi varsa, hepsini bir başkasına tüm olarak, devrederse veya ticari işletmesini veya işletmelerinin hepsini kapatır veya dağıtırsa, ticareti terk etmiş ve tacir sıfatını kaybetmiş olacaktır. Bu durumda, böyle bir tacir hakkında, İİK m. 44 hükümlerinin, tüm olarak uygulanacağı kabul edilmektedir¹²³⁴.

¹²³² Yargıtay 16. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında ticaret sicil memurluğunun yazısında şirketin faal olduğunun bildirildiği, yapılan hacizde bildirilmiş olan adreste şirketin olmadığı ve üçüncü bir kişinin bulunmasına karşılık, şirketin başka bir adreste faaliyet gösterip göstermediğinin araştırılması ve ona göre bir karar verilmesi gerektiği hususu vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay 16. HD. 14.11.2003 T, E. 2003/7684 K. 2003/10799 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 27.02.2019); Adres değişikliğinin ticareti terk sayılmayacağına ilişkin Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, borçlu şirketin ticaret sicil kayıtlarında faal durumunda görünmesinin ticari faaliyetini fiilen sürdürdüğü anlamına gelmemekle birlikte, şirketin suç tarihinde başka bir adreste ticari faaliyetini sürdürüp sürdürmediği araştırılıp sonucuna göre karar verilmesinin gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 17. HD. 17.02.2005 T, E. 2004/9788 K. 2005/1185 naklen Coşkun Mahmut, **İcra İflas Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü**, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 116.

¹²³³ Kuru, **El Kitabı**, s. 584.

¹²³⁴ Kuru, **Ticareti Terk**, s. 110.

Buna karşılık, ticaretini kısmen terk eden, bu nedenle tacir sıfatı sona ermeyen tacir hakkında da İİK m. 44 hükmü uygulanabilecek midir? Bu bakımdan her ticari işletmenin devrinin ticareti terk olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışma konusudur.

Bir görüşe göre, tek bir ticari işletmeye sahip olan tacirin, ticari işletmesinin belirli bir kısmını bir başkasına devretmesi (yanına ortak alması şeklinde de olabilir) veya birden fazla ticari işletmesi olan bir tacirin, kendisinde bir işletme ve/veya işletmenin bir bölümünü tutarak, diğer ticari işletmelerini başkasına devretmesi, kapatması veya dağıtması hali, ticaretin kısmen terkedilmesi olarak değerlendirilmektedir¹²³⁵. Böylece tacirin üzerinde en az bir ticari işletmenin bir kısmı kalmış olacağından ve bir kısım ticari işletmeyi kendi adına işletmeye devam edecek olmasından dolayı, kısmen ticareti terk eden kişi tacir sıfatını kaybetmeyecektir. Bu nedenle, ticareti kısmen terk eden kişi hakkında iflas ile ilgili hükümler uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, ticareti kısmen terk eden, tacir herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın ve her türlü borcu için iflas yolu ile takip edilebilecektir¹²³⁶. Ayrıca İİK m. 44/3, 4, 5, ve 6. fıkra hükümlerinin de ticaretin kısmen terkedilmesi durumunda uygulanmayacağı ve böylece ticaretin kesintiye uğramaksızın devam edeceği ileri sürülmektedir¹²³⁷. Buna karşılık, İİK m. 44/1'in, ticaretin kısmen terkinde uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹²³⁸.

¹²³⁵ Kuru, **El Kitabı**, s. 1097; Kuru, **Ticareti Terk**, s. 116; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 222; Arıcı, s. 223.

¹²³⁶ İİK m. 44/2 uyarınca, ticareti terk ettikten sonra bir yıl daha iflas yoluyla takip edilebilecek tacir gerçek kişi tacirdir. İİK m. 44/2 tüzel kişi tacirler bakımından, uygulama alanına sahip değildir. Tüzel kişi tacirler, ticareti terk edince tasfiyeye girdiklerinden ve tasfiye sonucunda da ticaret sicilinden kayıtları silindiğinden tüzel kişilikleri son bulur. Bu nedenle, iflas yoluyla bir yıl daha takip edilmelerine imkan bulunmamaktadır. Bkz. Kuru, **Ticareti Terk**, s. 115.

¹²³⁷ Arıcı, ticaretin kısmen terkinini kabul etmekle birlikte İİK m. 44'ün, daha çok ticari işletmenin tasfiye edilmesi suretiyle ticaretin terkinini düzenlemeyi amaçladığını ve ticari işletmenin devri olasılığının yeterince dikkate alınmamış olduğu hususunda eleştirmiştir. Bkz. Arıcı, s. 224.

¹²³⁸ Kuru, **El Kitabı**, s. 1097.

b. İİK m. 44 Hükümlerinin Uygulanma Zamanı

İİK m. 44'e göre, *“Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur...”* hükmü yer almaktadır. Ticareti terk eden tacir tarafından yapılmış olan bildirim ve akabinde verilmiş olan mal beyanı ve ardından ticaret sicil memurluğu tarafından yapılan ilan, ticaretin terkinde İİK m. 44 hükümlerinin, uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Nitekim, tacirin iflas yolu ile takip edilebileceği bir yıllık süre, yapılan ilandan itibaren başlamaktadır. Buna ek olarak, haczi kabil mallardaki tasarruf kısıtlamasının olduğu iki aylık süre, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren başlamaktadır. Görüldüğü üzere, tacir tarafından, yapılan bildirimin zamanı, ticareti terk müessesesinde pek çok olgunun zamanını da belirlemektedir.

İİK m. 44 hükümlerinin, ticari işletmenin devrinde hangi anda uygulanacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Buradaki görüş farklılığı İİK m. 44 hükmü ile getirilen yükümlülüklerin devir anından öncesine mi, yoksa devirden sonrasına mı ilişkin olduğu yönündedir.

Bir görüşe göre, İİK m. 44'ün, varlık amacı alacaklı koruması olup, bu kapsamda ticareti terk eden tacirin, işletmeyi tamamen tasfiye etmeden veya devretmeden önce, alacaklılarına takip ve tahsil imkanı tanımaktır. Bu görüş uyarınca, İİK m. 44'teki bildirim yükümlülüğü, işletme devrinden önce ve en geç işletme devredilene kadar yerine getirilmelidir. Buna ek olarak, işletmenin devredilebilmesi için İİK m. 44/3'teki

tasarruf kısıtlaması süresi olan iki ayın da sona ermesinin beklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁴².

Diğer görüşte ise, İİK m. 44 hükmünün lafzının ticareti terk edecek tacirden değil, terk eden tacirden bahsettiğini, bu nedenle ticareti sonlandırmış tacirin anlaşılması gerektiğini, bu açıdan da İİK m. 44'ün, ticari işletmenin devri işlemi tamamlandıktan sonraki yükümlülükler işaret ettiği ileri sürülmektedir¹²⁴³. Bu görüş uyarınca, İİK m. 44 ile, devredene yüklenen yükümlülükler ticari işletmenin devredilmesinden sonrasına ilişkindir. Devreden, devir işlemi sonrasında ticareti terk ettiğini ticaret siciline bildirecek, mal beyanında bulunacak ve mal beyanından itibaren iki ay süresince tasarruf kısıtlamasına tabi olacaktır¹²⁴⁴.

İİK m. 44'ün, getiriliş amacı, alacaklı korumasıdır. Bu bakımdan, hükmün bu amaç çerçevesinde yorumlanmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Diğer taraftan maddenin lafzına bakıldığında, “*ticareti terk eden tacir*” ifadesi görülmektedir. Ticari işletmenin devri bakımından konuyu değerlendirdiğimizde, gerek ticaretin tümü ile terkinde gerekse ticaretin kısmi terkinde¹²⁴⁵ İİK m. 44'teki, bildirim yükümlülüğünün ticari işletmenin devrinin ticaret siciline bildirimi ile eş zamanlı olarak yapılması ve İİK m. 44/3'teki tasarruf kısıtlaması süresi olan iki ayın da sona ermesinin beklenmesinin menfaatler dengesine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

¹²⁴² Arıcı, s. 223 – 224.

¹²⁴³ Çelikbaya, s. 343.

¹²⁴⁴ Çelikbaya, s. 343.

¹²⁴⁵ Kısmi terk ile ilgili açıklamalarımız için bkz. II-A-1-a. İİK m. 44'ün Konu Bakımından Uygulanma Alanı.

c. Ticareti Terk Müessesesinde Yaptırımlar

Ticari işletmenin devrinde, İİK m. 44'e, uygun hareket etmemenin hem hukuki, hem de cezai sorumlulukları bulunmaktadır.

İİK m. 44'e, uygun hareket etmemenin hukuki sorumluluğu, hükümde düzenlenen ticareti terk eden tacirin mal bildiriminde bulunmasına uyulmadan ticari işletmenin devredilmesi halinde, bu devrin alacaklılara karşı ileri sürülememesidir. Aynı hukuki sonuç, mal bildiriminin tevdiinden itibaren iki ay içinde ticareti terk eden tarafından gerçekleştirilen tasarruflar için de geçerlidir¹²⁴⁶.

Hukuki sonuçlardan bir diğeri de, ticari işletmenin devrinde tescil ve ilan için başvurmayan ve/veya başvurup da ücretini ödemeyen tacir için İİK m. 44/2'de, düzenlenmiş olan bir yıllık iflasa tabi olma süresi işlemeye başlamaz. Böylece tacir, herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın iflas yoluyla takip edilebilecektir.

İİK m. 44'e, uygun hareket etmemenin doğurduğu bir diğer sorumluluk da, cezai sorumluluktur. İİK m. 44'ün, yaptırımı İİK m. 337/a'da, düzenlenmiştir. Buna göre, *“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 şikayeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez. ...”

¹²⁴⁶ Arıcı, s. 225.

Hüküm uyarınca İİK m. 44'teki, yükümlülüklerle¹²⁴⁷ uymayan eski tacir hakkında alacaklıların şikayeti üzerine, icra ceza mahkemesince üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir¹²⁴⁸.

İİK m. 44'te, öngörülen yükümlülükler, ticareti terk eden gerçek kişi tacirler tarafından, yerine getirilmesi gereken işlemlerdir. Gerçek kişi tacirlerin yanında, tacir sayılan tüzel kişi şirketlerinin ticareti terk etmeleri halinde, şirketin temsile veya idareye yetkili müdürleri bu yükümlülükleri yerine getirmeli midir? Bununla birlikte İİK m. 44'teki, yükümlülükleri yerine getirmediklerinde İİK m. 337/a uyarınca, cezalandırılabilirler mi? Yakın zamana kadar Yargıtay Özel Dairesi kararlarında, TTK m. 124'teki, ticaret şirketlerinin ticareti terk etmelerinin söz konusu olmadığı, ortaklık ilişkilerinin infisah ve tasfiye yoluyla sona erdirildiği, bu nedenle de, tüzel kişiliği idare veya temsile yetkili kişilerin İİK 44 ve 337/a maddelerine aykırı davranma suçunu işleyemeyeceği belirtilmiştir¹²⁴⁹.

Yargıtay C. Başsavcılığı, Yargıtay Özel Dairesi'nin bu yönde vermiş olduğu kararlara itiraz etmiş ve kararlar incelenmek üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu yaptığı inceleme neticesinde, İİK m. 44'te, ticareti terk eden ifadesinin kullanıldığı, bu ifadenin yalnızca gerçek kişi tacirleri kapsadığına ilişkin sınırlayan bir hükmün bulunmadığı, böylece tacir sayılan ticaret şirketlerini temsil ve idareye yetkili kişilere, şirketin ticareti terk etmesi durumunda İİK

¹²⁴⁷ Yargıtay ceza dairesi vermiş olduğu bir kararında İİK m. 44 uyarınca, ticareti terk eden tacire keyfiyeti ticaret siciline bildirmek üzere tanınan 15 günlük süre henüz dolmadan, erken yapılan şikayete dayalı olarak şirket temsilcisi sanıklar hakkında mahkumiyet kararı verilemeyeceği şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 8. CD. 03.06.1999 T, 7187/9004 (Erişim: www.e-uyar.com 05.03.2019).

¹²⁴⁸ Yargıtay 11. Ceza Dairesi verdiği bir kararında, vergi dairesi ve ticaret memurluğu ile zabıta araştırmasına göre tacirin gerçek kişi olarak akaryakıt istasyonu işletmek suretiyle ticari faaliyetine devam ettiği ve şikayet tarihinden sonra da 2011/6 dönemi KDV beyannamesini verdiği, bu nedenle, şikayet tarihinde ticareti terk etmediği anlaşılan sanık ile ilgili olarak beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 11. CD. 02.05.2013 T, E. 2012/18429 K. 2013/7066 naklen Coşkun, s. 109.

¹²⁴⁹ Yargıtay 16. HD. 17.11.2011 T, E. 2011/5759 K. 2011/7535 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası 05.03.2019).

m. 44'teki, yükümlülükleri yerine getirmeyeceklerine ilişkin olarak bir muafiyet getirilmediği, bu nedenle şirketi temsil ve idareye yetkili kişilerin de, gerçek kişi tacirler gibi İİK m. 337/a kapsamında, sorumlu olacakları ve bu madde uyarınca cezalandırılacakları yönünde karar vermiştir¹²⁵⁰. Daha sonra Yargıtay tarafından da görüş benimsenmiş ve Genel Kurul'un kararı doğrultusunda kararlar verilmeye başlanmıştır¹²⁵¹.

2. Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Ticari İşletme Devrinin İptali

a. Genel Olarak İptal Davası

İflas ve haciz aşamalarından önce, borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisini engelleyen bir kısıtlama bulunmamaktadır¹²⁵². Bu nedenle, yakın zamanda mallarına haciz konulması ihtimali olan veya iflas etmek üzere olan kişilerin mallarını alacaklarından kaçırmak amacıyla bazı şüpheli, hileli tasarruflarda bulundukları görülmektedir¹²⁵³.

Alacaklılarından mal kaçırmak isteyen borçlular, malvarlığının tamamını ya da bir kısmını, bir takım hileli işlemlerle bedelsiz olarak ya da çok ucuz bedelle başkalarına özellikle akrabalarına (eş, çocuk, anne, baba vs.), kendisinin bu amacını bilen arkadaşlarına ve alacaklılarından birine devredebileceği gibi, bazen de bedelini kendisi ödeyerek, yine yakınları üzerine taşınır/taşınmaz mal satın almak suretiyle malvarlığını azaltabilir¹²⁵⁴.

¹²⁵⁰ Yargıtay CGK. 14.02.2012 T, E. 2011/16-509 K. 2012/30 naklen Coşkun, s. 84.

¹²⁵¹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararında ticareti usulüne aykırı terk etmek suçunun ticaret şirketleri müdür ve yetkililerince de işlenmesinin mümkün olduğu cihetle; ticaret şirketi yetkilisi olan sanığa isnat edilen suçun oluşabilmesi için tacirin fiili olarak ticareti terk etmesi... gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 11. CD. 21.03.2013 T, E. 2012/10063 K. 2013/4660 naklen Coşkun, s. 110.

¹²⁵² Kuru, **El Kitabı**, s. 1396; Uyar, s. 10; Arıcı, s. 228.

¹²⁵³ Kuru, **El Kitabı**, s. 1396.

¹²⁵⁴ Uyar, s. 10 – 11.

Borçlu tarafından, gerçekleştirilmiş olan bu gibi hileli tasarruflardan sonra, borçlunun alacaklıları, borçlu aleyhine icra takibi başlatıp mallarını haczettirmek istediklerinde, hiç mal bulamazlar veya çok az mal bulurlar ve bu nedenle alacaklarını tam olarak tahsil edemezler. Borçlunun iflas etmesi halinde de durum değişmez. İflas halinde, borçlunun iflas masasına çok az mal girer ve bu malların bedeli alacaklıların alacağını karşılayamaz¹²⁵⁵.

Kanun koyucu, bu gibi kötü niyetli borçluların mal kaçırmak kastı ile yaptıkları bu tür işlemlerden zarar gören alacaklıları korumak amacıyla, İİK m. 277 ve devamındaki hükümlerde iptal davası öngörmüştür. Bu hükümler arasında, alacaklıları ızzar kastıyla tasarrufların iptalini düzenleyen İİK m. 280/3'te, ticari işletmenin devrine ilişkin özel bir düzenleme de yer almaktadır.

İptal davasının amacı, borçlunun henüz tasarruf yetkisinin kısıtlanmasından önce, yani haciz ve iflas kararından önce alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla¹²⁵⁶, kötü niyetle yapmış olduğu ve aslında geçerli olan tasarruf işlemleriyle mal varlığından çıkardığı mallardan, bu mallar sanki borçluya aitmiş gibi alacaklıların tatmin edilmesini (alacaklarını tahsil etmelerini) sağlamaktır¹²⁵⁷.

İİK m. 280 hükmünün, uygulanabilmesi için üç koşul öngörülmüştür. Olayın İİK m. 280 kapsamında değerlendirilebilmesi için bu üç koşulun gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bunlar, şüpheli işlemin kanunda aranan süre aralığında gerçekleşmiş

¹²⁵⁵ Günay, tasarrufun iptal edilebilmesi için borçlunun mevcut malvarlığının borçlarına yetmemesi ve borçlu tasarrufta bulunurken zarar verme amacıyla hileli işlem yapmış olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Günay Erhan, **Öğreti Görüşü ve Yargıtay Kararları Eşliğinde Tasarrufun İptali Davası**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s. 113.

¹²⁵⁶ Kazancı, borçlu tarafından yapılan tasarrufların zarar verme ve mal kaçırmaya amacının her somut olayda kolayca tespit edilemeyeceğini, kimi durumlarda borçlunun malvarlığının samimi bir çaba ile borçlarını ödemeye çalışması durumunda da azalabileceğini, bu bakımdan, borçlunun zarar verme kastının varlığının hassasiyetle incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Kazancı İdil Tuncer, **Tasarrufun İptali Davalarında İspat**, Yetkin, Ankara, 2015, s. 172 - 173.

¹²⁵⁷ Kuru, **El Kitabı**, s. 1397.

olması, borçlunun zarar verme kastı ve son olarak bu kastın işlem yapılan üçüncü kişi tarafından bilinebilir nitelikte¹²⁵⁸ olmasıdır¹²⁵⁹.

İptal davası ile ilgili son olarak belirtilmesi gereken husus da, açtığı iptal davasını kazanan alacaklının hakkını hangi yolla elde edeceğidir. İptal davası davacı (alacaklı) lehine sonuçlandığında, dava konusu mal tekrar borçlunun mülkiyetine dönmez. Böylece borçlu tarafından, yapılmış olan tasarruf hükümsüz hale getirilmez ve geçerliliğini korur. Ancak, yapılan tasarruf alacaklı bakımından hüküm ifade etmez¹²⁶⁰. Bu nedenle, alacaklı yapılan işleme rağmen (satış, kurulmuş olan ipoteğe vs.) malı sattırarak alacağını alır¹²⁶¹. Alacaklı, tüm alacağını tahsil ettikten sonra malın satışından geriye bir para artarsa, bu artan para, üçüncü kişiye, yani borçlu ile hukuki işlemde bulunan ve iptal davasının davalısı konumunda olan kişiye verilir¹²⁶².

b. İptal Davasında Ticari İşletmenin Devri Bakımından Getirilen Karine

İptal davasına konu vakıalar, borçlu ile üçüncü kişi arasında gerçekleşmekte olup, davacı alacaklı bu ilişkiye yabancı konumdadır. Buna karşılık, genel ispat kuralları

¹²⁵⁸ Kazancı, İsv. İİK m. 288’de, üçüncü kişinin borçlunun kastını bilmesi durumunu, borçlunun “işlemin diğer tarafınca bilinmesi mümkün olan bir kasıtlı” hareket etmesi şeklinde tanımlandığını belirtmiştir. Bkz. Kazancı, s. 169.

¹²⁵⁹ Kazancı, s. 168.

¹²⁶⁰ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında “İptal davası davacı lehine sabit olduğu takdirde, davacı tasarruf konusu mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve tasarruf konusu taşınmaz mal ise davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir. Bu yasal nedenle iptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan nisbi nitelikte, yasadın doğan bir dava olup tasarrufa konu malların aynı ile ilgili değildir.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 17. HD. 30.05.2011 T, E. 2010/10068 K. 2011/5481 (Erişim: www.e-uyar.com 05.03.2019).

¹²⁶¹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında “Borçlunun haciz veya iflastan önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarruflarının geçersiz olmasını ya da iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını, dolayısıyla alacaklının o mal üzerinde cebri icraya devamla alacağını tahsilini sağlamak tasarrufun iptali davasının amacını oluşturur.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 17. HD. 09.05.2011 T, E. 2010/10595 K. 2011/4459 (Erişim: www.e-uyar.com 05.03.2019).

¹²⁶² Kuru, *El Kitabı*, s. 1397; Uyar, s. 12.

bakımından ispat yükü de davacıdadır. İptal davalarının temelini ise, muvazaa iddiaları oluşturmaktadır. Muvazaanın ispatı da bilindiği üzere çok zordur¹²⁶³.

Bu ve başkaca sebeplerden ötürü kanun koyucu, İİK m. 280/3'te, ticari işletmenin devrine ilişkin bir karineye yer vermiştir. Hüküm, *“Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun da bu hallerde ızzar kastıyla hareket ettiği kabul olunur. Bu karine ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılını temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir.”* şekilde düzenlenmiştir.

İİK m. 280/3'te, düzenlenmiş olan karine aksi ispat edilebilir, iki yönlü kanuni bir karinedir¹²⁶⁴. Bu kanuni karine ile iki temel sonuç ortaya çıkmaktadır¹²⁶⁵. Bunlardan ilki, ticari işletme veya işyerinde bulunan ticari emtianın önemli bir kısmı¹²⁶⁶ veya tamamının devredilmesi durumunda, borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastı ile hareket ettiği, ikincisi ise, işlemin karşı tarafı olan devralanın, borçlunun bu zarar verme

¹²⁶³ Yıldırım M. Kamil, **Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 481.

¹²⁶⁴ Kuru, **El Kitabı**, s. 1411.

¹²⁶⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, İİK m. 280/3 uyarınca, kanun koyucunun iki yanlı bir karine getirmiş olduğunu, bir taraftan borçlunun alacaklılarına ızzar kastı ile hareket ettiğini, diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kastı bildiğini kabul ederek, alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmış olduğunu, bu karinenin aksinin de ispat edilebilir olduğunu bunun da İİK m. 280/3'te öngörülmüş olan biçimde hareket edilerek yapılabileceği yönünde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 15. HD. 02.12.2003 T. 5803/5683 (Erişim: www.e-uyar.com 07.03.2019).

¹²⁶⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, borçlu şirketin malvarlığında bulunan on adet arsanın, borçlunun ticari işletmesinin önemli bir kısmını oluşturduğunu, bunları satın alan davalı şirketin İİK m. 280/3'te öngörülen ilan, bildirim vs. yaptığına ilişkin bir kanıt bulunamadığından, yapılan satış ile ilgili olarak tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceği şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 15. HD. 09.04.2003 T. 5939/1816 (Erişim: www.e-uyar.com 07.03.2019).

kastını bildiğidir¹²⁶⁷. Ticari işletmenin devrine ilişkin olarak getirilmiş olan bu karine, iptal davasının davacısı/alacaklısı bakımından çok önemli bir ispat kolaylığı sağlamaktadır. Çünkü karine ile ispat külfeti borçluya geçmiş¹²⁶⁸ olup, alacaklı ispat külfetinden kurtarılmıştır¹²⁶⁹. Alacaklı bu karineye dayandığı takdirde, ispatlaması gereken husus yalnızca karinenin temelini oluşturan taraflar arasındaki ilişkidir (satım – devir)¹²⁷⁰.

Kanun koyucu, kesin olmayan kanuni karine için kurtuluş kanıtı da öngörmüştür¹²⁷¹. Buna göre, tasarrufun iptali davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay önce keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla birlikte TTSG ile; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların haberdar olmasını temin edecek şekilde uygun vasıtalarla ilan

¹²⁶⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, müflisin hakkında iflas davası devam ederken elinden çıkardığı yani satıp devrettiği 51 adet işyerinin ticari emtianının önemli bir kısmını teşkil etmesinden dolayı ve müflisin amacı alacaklılardan mal kaçırmak ve onları zarara uğratmak olduğundan, müflisten taşınmazları satın alan kişilerin müflisin bu amacını bilerek hareket ettiklerinin kabulünün gerekeceği şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 15. HD. 04.07.2005 T. 3690/3985 (Erişim: www.e-uyar.com 07.03.2019).

¹²⁶⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi ispat külfetinin borçluda olduğuna ilişkin vermiş olduğu bir kararında, ticari işletmenin veya işyerindeki ticari emtianının tamamını ya da önemli bir kısmını devri veya satın alan veya bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarının, ızzar kastını bildiğinin ve borçlunun da, bu hallerde ızzar kastı ile hareket ettiğinin kabul edileceğinin öngörülmesine, yine maddede alacaklı lehine olan karinenin aksinin borçlu tarafından kanıtlanamaması gerekçesi ile alacaklı lehine hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 17. HD. 25.10.2007 T. 3041/3211 (Erişim: www.e-uyar.com 07.03.2019).

¹²⁶⁹ Yıldırım, s. 481.

¹²⁷⁰ Kazancı, davacı/alacaklının İİK m. 280/3'te, yer alan karine sonucuna ulaşabilmesi için ticari işletmenin veya işletmedeki ticari emtianının önemli bir kısmının veya tamamının temlik edildiği hususunun ispat yükünü taşıdığını belirtmiştir. Bkz. Kazancı, s. 186.

¹²⁷¹ Yargıtay HGK önüne gelen bir uyuşmazlıkta ticari işletmeler için getirilmiş olan karinenin çürütülmesine ilişkin, “Görülmektedir ki, bu karine açıkça davacı alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmaktadır. Bu karine ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay önce keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla birlikte TTSG ile; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların haberdar olmasını temin edecek şekilde uygun vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir. Bu fıkra ile borçlunun ticari işletmesine ait tasarrufları söz konusu edilmektedir. İlanın yapılmasından veya keyfiyetin bildirilmesinden itibaren üç ay geçmiş ise bundan sonra devir ve temlik tasarrufunda bulunulması halinde iptal davası dinlenemez.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay HGK 02.02.2005 T. E:15-666, K: 1 (Erişim: www.e-uyar.com 07.03.2019).

olundugunu ispatla karinenin çürütülebileceği hüküm altına alınmıştır (İİK m. 280/3 cümle 2)¹²⁷².

3. Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak Davası ve Tasarrufun İptali Davası Arasındaki İlişki

İstihkak davası, borçlu aleyhine başlatılmış olan bir takipte, üçüncü kişinin/borçlunun elinde olan mala, alacaklının talebi ile haciz konulması halinde, malın mülkiyetinin kime ait olduğunun belirlenmesi için açılmaktadır¹²⁷³.

Tasarrufun iptali davası, borçlu ile ilgili olarak, haciz ve iflas kararı alınmadan önce borçlunun, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla, kötü niyetle yapmış olduğu ve aslında geçerli olan tasarruf işlemleriyle mal varlığından çıkardığı mallardan, bu mallar sanki kendisine aitmiş gibi alacaklıların tatmin edilmesini sağlamak amacıyla açılmaktadır¹²⁷⁴.

Tasarrufun iptali davası açılabilmesi için alacaklı bakımından hukuki yarar şartının gerçekleşmesi ve borçlunun aczi gerekmektedir. Bu bakımdan, borçlunun malvarlığının, alacaklının alacağına yeterli gelmeyeceğinin çok güçlü olarak ortaya konulmadığı hallerde tasarrufun iptali davasının açılmayacağı kabul edilmektedir¹²⁷⁵.

¹²⁷² Yıldırım, İİK m. 280/3'te, yer alan karine ile ilgili olarak Mehaz İsviçre Hukuku'nda böyle bir karineye yer verilmediğini, karinenin çürütülebilmesi için sadece ilan yapılması esasının da, menfaatler dengesi bakımından uygun olmadığını belirterek lege ferenda kaldırılmasının uygun olacağını belirtmiştir. Bkz. Yıldırım, s. 482.

¹²⁷³ Erişir, istihkak davasının kim tarafından açılması gerektiğinin uygulamada tam olarak bilinmediğini, zaman zaman bu konuda yanlış taraflarca istihkak davası açıldığını belirtmiştir. Devamla, mallar borçlunun elinde haczedilmişse, istihkak davasının üçüncü kişi tarafından açılması gerektiğini, eğer mallar üçüncü kişinin hakimiyetinde haczedilmişse, bu sefer, istihkak davasının alacaklı tarafından açılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Erişir, s. 292.

¹²⁷⁴ Uyar Talih, **Muvazaa Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları**, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, Ankara, 2017, s. 265; Uyar, tasarrufun iptali davasının, dava konusu malın aynına ilişkin olmadığını, bu davanın kişisel bir dava olduğunu ve bunun da çeşitli sonuçlar doğurduğunu belirtmiştir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Uyar, s. 266 – 267.

¹²⁷⁵ Erişir, s. 293, dn. 48'de yer alan atıflar.

Yargıtay¹²⁷⁶, 2017 yılına kadar ticari işletmenin devrine ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında, malların borçlunun (devreden) malvarlığından çıkmamış gibi haciz yapılmasına ve satış aşamasına gelinmesini uygun görmekte idi. Bununla birlikte, alacaklı isterse, tasarrufun iptali davası açarak da, alacağını elde edebilme imkanına sahipti. Bu durum, haklı olarak eleştirilmiştir. Ticari işletmeye dahil olan malların, borçlunun malvarlığından çıkmamış olduğunun kabul edilerek, haciz uygulanmasına müsaade edilmesi, aynı zamanda borçlu bakımından, tasarrufun iptali davasının açılabilmesinin uygun görülmesi tutarlı değildir¹²⁷⁷. Tasarrufun iptali davasının açılabilmesinin dava şartı, borçlunun aciz durumuna düşmüş olmasıdır. Bu durumda, Erişir, ya ticari işletme devrinin geçersiz sayılarak, devrin sonuç doğurmadığının kabulü ile, konunun istihkak prosedüründe tartışılması, ya da yapılmış olan devre geçerlilik tanınarak, borçlunun, hacze kabil başkaca malı kalmadığından bahisle tasarrufun iptali yolunun denenebileceğinin kabulünü ileri sürmüştür¹²⁷⁸.

Ticari işletmenin devrinde, alacaklının mal kaçırıldığı iddiasının dinlenmesi için borçlu ile üçüncü kişi arasındaki devir işleminin muvazaalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹²⁷⁹. Borçlu ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilmiş olan devir işlemi, muvazaa nedeni ile geçersiz sayılacağından, bu durumda, alacaklı, borçlu/üçüncü kişinin elinde olan malvarlığı unsurlarına haciz koyabilecek ve konu istihkak prosedüründe tartışılabilecektir. Diğer yandan, borçlu ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilmiş olan devir işlemi ile ilgili olarak, muvazaa iddiası yok ise, taraflar

¹²⁷⁶ Konuya ilişkin Yargıtay kararları, B. Yargıtay Uygulaması ve Ara Değerlendirme başlığı altında örnekleri ile incelenmiştir.

¹²⁷⁷ Erişir, s. 295.

¹²⁷⁸ Erişir, s. 295.

¹²⁷⁹ Erişir, ticari işletme devirlerinde alacaklıların en etkili şekilde muvazaaya dayanılarak, korunacağını ileri sürmüştür. Bkz. Erişir, s. 295; Yargıtay tarafından, yapılan içtihat değişikliğinde muvazaa konusuna vurgu yapılmış ve ticari işletmenin devrinde, muvazaa iddiası var ise istihkak iddiasının dinlenebileceği yönünde hüküm kurulmuştur. Bkz. B. Yargıtay Uygulaması ve Ara Değerlendirme başlığı altındaki kararlar.

arasında yapılmış olan devir işlemi (başkaca geçerliliği etkileyen bir eksiklik yok ise) geçerli olarak kabul edilecek ve bu durumda alacaklılar, şartları var ise borçlunun hacze kabil başkaca malı kalmadığı gerekçesi ile tasarrufun iptali prosedürüne başvurabileceklerdir. Sonuç olarak, istihkak bahsinde, muvazaa iddiasında bulunulması ve devrin muvazaa nedeni ile geçersiz sayılması gerekmektedir. Tasarrufun iptali müessesesinde ise, geçerli bir devir işlemi söz konusu olup, borçlu aciz durumunda bulunmalıdır¹²⁸⁰.

B. YARGITAY UYGULAMASI VE ARA DEĞERLENDİRME

Yargıtay tarafından, ticari işletme devri (TBK m. 202), ticareti terk (İİK m. 44) ve İİK m. 280 zarar verme kastından dolayı iptal davalarına ilişkin hükümler birlikte uygulanarak, alacaklılar tarafından yapılan hacizlerde 3. kişilerin istihkak iddiaları dolayısıyla açılan davalarda alacaklı lehine zorlayıcı yorum yapılarak, hüküm kurulmakta idi. Yargıtay'ın bu konudaki uygulamaları hem İcra ve İflas Hukuku bakımından¹²⁸¹, hem de Borçlar Hukuku bakımından¹²⁸² çeşitli yönleri ile eleştirilmiştir.

Yargıtay, istihkak davalarında asıl incelenmesi gerekli olan hususun, haczin varlığı ve haczin haklılığı olması gerektiğine karar vermiş, istihkak iddialarında alacaklının haklılığının peşin olarak kabulünün, 3. kişiler yönünden mağduriyete sebep olduğu gerekçesi ile 2017 yılında içtihat değiştirmiştir. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından Yargıtay'ın eski ve yeni görüşünün kararlara yansımaları incelenecektir.

¹²⁸⁰ Aynı yönde bkz. Erişir, s. 295.

¹²⁸¹ Tuncer Kazancı, s. 180 vd.; Erişir, İİK m. 44'te, düzenlenen ticaretin terkine yönelik yükümlülüklerle riayet edilmemesi ticari işletmenin devrini, yani aktiflerin devralana geçişini sakatlamayacağını, bu hükme aykırılığın yalnızca cezai şartının olduğunu, buna karşılık aktiflerin devreden malvarlığından çıkmamış olduğunun kabul edilmesini, bu yolla alacaklı tarafından, haczedilmesinin sağlanmasını sağlayacak olan tek yolun ise muvazaanın iddia ve ispatı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Erişir, s. 296.

¹²⁸² Arıcı, s. 230 vd.; Erişir, s. 296.

1. Yargıtay'ın İstihkak Davaları İle ilgili Olarak Benimsediği Eski Görüşü

Yargıtay, İİK m. 44, İİK m. 280 ve TBK m. 202 hükümlerini birlikte ve birbirlerine paralel şekilde yorumlayarak istihkak davalarını alacaklı lehine sonuçlandıran pek çok karar vermiş idi.

Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına örnek olarak, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin pek çok emsali olan bu karar¹²⁸³ gösterilebilecektir. Ticari işletmeyi devralan 3. kişiye karşı haciz alacaklısı tarafından yapılmış olan haciz işleminin iptali davasında, *“davalı alacaklı vekili, davacı şirket yetkilisi ile borçlu şirket yetkilisinin akraba olduklarını, bir başka icra dosyasında yapılan hacizde borçlu şirket yetkilisinin de hazır bulunduğunu, müvekkili tarafından borçluya satılan asansör malzemelerinin haciz adresinde teslim edildiğini, istihkak iddiasının muvazaaya dayalı olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ve hüküm davacı 3. kişi tarafından temyiz edilmiştir. Dosyayı inceleyen Yargıtay, “haciz adresinde haciz tarihinden kısa bir süre önce borçlunun faaliyet gösterdiğinin anlaşılması karşısında, taraflar arasında işletme devri söz konusu olup İİK. m. 44 maddesine uygun yapılmayan devir nedeniyle devir alan davacı 3. kişinin BK m. 179 (TBK m. 202) uyarınca işletmenin borçlarından iki yıl süreyle sorumlu olmasına göre,” temyiz itirazlarını yerinde görmeyerek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.*

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi benzer bir kararda¹²⁸⁴ *“dosya kapsamında davalı borçlunun, dava konusu makineler de dahil otuz adet makineyi borcun doğumundan sonra davacı 3. kişiye sattığı, satış bedelinin piyasa değerinden düşük olduğu, borçlu*

¹²⁸³ Yargıtay 17. HD. 20.05.2011 T. E:2010/12551, K: 2011/5033; Aynı yönde bkz. 17. HD. 05.04.2011 T. 352/3113; 17. HD. 09.02.201 T. 10255/920; 17. HD. 15.10.2009 T. 3420/6429; 17 HD. 22.03.2011 T. 10267/2531; 17. HD. 17.01.2011 T. 10216/35 (Erişim: www.e-uyar.com 23.09.2019) .

¹²⁸⁴ Yargıtay 17. HD. 10.05.2010 T. E: 2010/12275, K: 2011/4576 (Erişim:www.e-uyar.com 23.09.2019).

şirket çalışanlarından bir kısmının haciz tarihi itibariyle davacı şirkette çalıştığı anlaşıldığından davacı ile borçlu arasındaki işlemlerin İİK m. 280/3 gereğince, borçluya ait işyerindeki ticari emtianın mühim bir kısmının devri niteliğinde olduğu, devrin İİK m. 280/son ve İİK m. 44 de belirtilen şartlarda yapıldığının iddia ve ispatlanamadığı, davacı 3. kişinin devredilen işyerinin borçlarından BK m. 179 (TBK m.202) gereğince sorumlu olmasına göre... ” 3. kişinin ve borçlunun itirazlarını yerinde görmeyerek istihkak iddiasının reddine dair verilmiş olan kararı onamıştır.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 3. kişinin haciz iptali talepli davasında¹²⁸⁵ “*borçlu ile 3. kişi arasındaki ilişkinin işyeri devri niteliğinde bulunduğu, ancak İİK m. 44 ve BK m. 179 (TBK m. 202) ’a uygun bir işyeri devri yapılmadığı, bu durumda devrin alacaklının haklarını etkilemeyeceği ve devralan davacının da işletmenin borçlarından sorumlu olacağı gerekçesiyle davanın reddine dair verilmiş olan kararı*” onamıştır.

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında, İİK m. 44, İİK m. 280 ve BK m. 179 (TBK m. 202) birlikte ve birbirine paralel hükümler olarak uygulanmış, borçlunun mal kaçırma işlemlerine karşılık, istihkak davalarının alacaklı lehine sonuçlandırılması için BK m. 179 (TBK m. 202) hükmü, bir icra hukuku düzenlemesi olarak kullanılmıştır¹²⁸⁶. Bu durum, tacirlerin mülkiyet karinesinden faydalanmasını oldukça güçleştirmiştir. Devralanın, İİK m. 97/a’da yer alan mülkiyet karinesinden faydalanabilmesi için, yapılan devrin veya büyük çaptaki emtia satışının, alacaklılara zarar verme kastı olmaksızın gerçekleştirilmiş olması gereklidir. Ancak bu halde devralan, İİK m. 97/a hükmünde yer alan mülkiyet karinesine dayanarak istihkak iddiasında bulunabilir. Bununla birlikte, Yargıtay, yukarıda yer alan kararlarda da görüldüğü üzere, istihkak

¹²⁸⁵ Yargıtay 17. HD. 07.03.2011 T. E: 2010/11735, K: 2011/1956 (Erişim:www.e-uyar.com23.09.2019).

¹²⁸⁶ Aynı tespit için bkz. Arıcı, s. 230.

iddiasının kabulü için İİK m. 44 ve 280’de, yer alan iddia ve ispat faaliyetinin tamamlanması gerektiği görüşünde idi.

Yargıtay’ın yukarıda yer alan görüş ve uygulaması, ticari işletmenin devri bakımından şu sonucu doğurmaktadır. İİK m. 44 ve İİK m. 280/3’te, aranan bildirim/ilan şartının yerine getirilmemesi durumunda olduğu gibi, TBK m. 202’de, aranan ticari işletmenin devrinin ihbar/ilan şartının yerine getirilmemesi halinde, TBK m. 202 uyarınca, ticari işletmeyi devralan, devredenin eski borçlarından sorumlu olacaktır.

Ticari işletmenin devrinde TBK m. 202 uyarınca, devralanın eski borçlardan sorumlu tutulabilmesi için devrin ilan/ihbarı gerekmektedir¹²⁸⁷. Başka bir ifade ile, ticari işletmenin devrinin ilan/ihbarı yapılmadığı sürece, devralanın eski borçlardan sorumluluğu doğmaz. Görüldüğü üzere, TBK m. 202 uyarınca, gerçekleşen ticari işletmenin devrinde, devralanın borçlardan sorumluluğu için olumlu bir şart olan ilan/ihbar şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.

İİK m. 44’te, düzenlenmiş olan ticareti terk müessesesinde ise, birinci fıkra ticareti terk eden tacirin bunu ilan ettirmesi gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır. İİK m. 44’ün, ihlalinin gerçekleşebilmesi için, bu bildirim/ilanın yapılmaması gerekmektedir. Anlaşılabacağı üzere burada olumsuz bir şart yani bildirim/ilanın gerçekleşmemesi söz konusu olmaktadır.

İİK m. 280/3’te, de aksi ispat edilebilir iki yönlü kanuni bir karine düzenlenmiştir. Buna göre, ticari işletmeyi devreden, alacaklılara zarar verme kastıyla hareket ettiği ve devralanın da bunu bildiği karinesinin kabul edilmesinin şartı da, yine hükümde yer

¹²⁸⁷ Erişir, s. 289.

alan ilan/ihbar şartının hükümde yer aldığı şekilde yerine getirilmemiş olmasıdır. Burada da olumsuz bir şart söz konusudur.

Yukarıda açıklandığı üzere, İİK m. 44 ve İİK m. 280/3'ün, ihlali için ilan/ihbar şartının yerine getirilmemiş olması gerekmektedir. Buna karşılık, TBK m. 202 uyarınca, gerçekleştirilen ticari işletmenin devrinde, devralanın eski borçlardan sorumlu tutulabilmesi için devrin ilan/ihbar edilmesi gerekmektedir. Hal böyle iken, bu üç hükmün birlikte ve birbirine paralel şekilde uygulanması ve bu yolla işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumlu tutulması, hukuk tekniği açısından mümkün değildir¹²⁸⁸. Nitekim Yargıtay da benzer gerekçelerle görüşünü değiştirerek, İİK m. 44, İİK m. 280/3 ve TBK m. 202 hükümlerinin, birlikte değerlendirilmesi uygulamasını terk etmiştir¹²⁸⁹.

2. Yargıtay'ın İstihkak Davaları İle İlgili Olarak Benimsediği ve İstikrar Kazanmış Olan Yeni Görüşü

Yargıtay, istihkak davaları ile ilgili olarak, 2017 yılından bu yana görüş değişikliğine giderek, içtihat değiştirmiş olup, bu yönde 2017 yılından sonra pek çok karar vermiştir. Bu bakımdan, Yargıtay tarafından, benimsenmiş olan yeni görüş, istikrar kazanarak, yerleşik uygulama halini almıştır. Yargıtay'ın yeni görüşünü yansıtan kararlarından örneklere aşağıda değinilecektir.

İİK m. 99'a dayalı alacaklının, istihkak iddiasının reddi talebine ilişkin olarak açılmış olan davada Yargıtay 8. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararında¹²⁹⁰ "*Davalı borçlu ile*

¹²⁸⁸ Aynı yönde bkz. Arıcı, s. 234; Yargıtay uygulamasının İcra Hukuku bakımından eleştirisi için bkz. Tuncer Kazancı, s. 180 vd.

¹²⁸⁹ Yargıtay 8. HD. 14.03.2017 T. E: 2016/9691, K: 2017/4877; Yargıtay 8. HD. 27.06.2018 T. E: 2018/11494; Yargıtay 8. HD. 11.12.2018 T. E: 2016/4207, K: 2018/20013 (Erişim: Sinerji İctihat Bankası 25.09.2019).

¹²⁹⁰ Yargıtay 8. HD. 14.03.2017 T. E: 2016/9691, K: 2017/4877 (Erişim: Sinerji İctihat Bankası 25.09.2019).

davalı 3. kişi arasında yapılan devir işleminin muvazaalı olduğu konusunda taraflarca ileri sürülmüş bir iddia yoktur. Devir işleminin 09.02.2015 tarihli Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlandığı görülmektedir. Bilindiği üzere, İcra ve İflas Hukuku alacaklının Devlet kuvveti yardımı ile alacağına nasıl kavuşacağını düzenleyen bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalının amacı, bir yandan takip alacaklısının alacağına kavuşması için borçlu veya üçüncü kişilerin çıkarabilecekleri zorlukları ortadan kaldırmak, diğer yandan kötü niyetli takiplere karşı takip borçlusunun kendisini korumasını sağlayacak hukuki çareler bulmak, bu arada takipten etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak, takip işlemlerinin yapılması sırasında insan hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesini önlemektir. İcra İflas Hukukunun en önemli kaynağı İcra ve İflas Kanunu olup, bu Kanun, icra ve iflas takibinin başlangıcından sonuçlandırılmasına kadar uygulanması gereken usul hükümlerini düzenlemektedir. İcra Mahkemeleri, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra ve İflas Kanununda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. İcra mahkemeleri, uyuşmazlıkları İcra ve İflas Kanunu ve genel anlamda takip hukuku çerçevesinde değerlendirir ve sadece icra takibinin sonuçlanmasına odaklıdır. Her ne kadar istihkak davalarına umumi hükümler dairesinde bakılıp, her türlü delil ileri sürülebilir ise de, istihkak davalarında amacın, hacizli mal üzerinde üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın maddi hukuka göre mevcut olup olmadığının tespit edilmesi değildir. Aksine davanın amacı, haczedilen belli bir mal üzerinde cebri icranın cereyan edip etmeyeceğinin belirlenmesidir. Yani istihkak davası sadece takip hukuku alanında ve derdest somut icra takibi bakımından sonuç doğurabilir. Bu nedenle dava sonunda verilen karar da yalnız derdest takip bakımından kesin hüküm teşkil edebilir. Devredilen işletmede haciz yapılabilmesi, devrin muvazaalı

olduğunun iddia ve ispat edilmesine bağlıdır. Muvazaa iddiasının bulunmaması halinde alacaklının, tasarrufun iptali davası açarak alacağına kavuşma imkanı bulunduğu gibi TBK ve TTK hükümlerine göre açılacak davalarda da devri yargılama konusu yapabilir. Ayrıca, İİK m. 44'te yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi işletmenin devrini sakatlamaz. Anılan hükmün yalnız cezai yaptırımı vardır (İİK m. 337/a). Aktiflerin devreden malvarlığından çıkmamış kabul edilmesini, yani haczedilmesini sağlayacak tek yol muvazaanın iddia ve ispat edilmesidir. Bu bilgilere göre temyize konu olayda taraflar arasında danışıklı işlem olduğu iddia edilmemiştir. Davalılar arasında devir ilişkisi olduğu ihtilaflı değil ise de, Mahkemece İİK m. 44 ve TBK ve TTK hükümleri uygulanmak suretiyle davalı 3. kişinin borçtan sorumlu olması gerektiğine dair kabulü doğru bulunmamış, davanın reddine karar vermek gerekirken davanın kabulüne ilişkin karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde hüküm kurarak eski görüşünü terk etmiştir.

Aynı yönde bir başka kararda ticari işletmeyi devralan üçüncü kişiye karşı devreden alacaklısı tarafından, yapılan hacze karşılık açılan istihkak davasında Yargıtay 8. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararında¹²⁹¹ “Mahkemece, haciz adresindeki işyeri borçluya ait iken, borcun doğumundan sonra davalı üçüncü kişiye devredildiği, alacaklılardan mal kaçırma amacıyla danışıklı olarak yapılan bu devrin davacı alacaklının haklarını etkilemeyeceği, devrin danışıklı olmadığı düşünülse dahi, işyeri devrinin İİK m. 44 koşullarına uygun olarak yapıldığı iddia ve ispat edilmediği gibi, BK m. 179 (TBK m. 202) gereğince de ticari işletmeyi devir alan kişinin devraldığı işletmenin borçlarından sorumlu olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Hemen belirtmelidir ki; devredilen işletmede haciz yapılabilmesi, devrin

¹²⁹¹ Yargıtay 8. HD. 13.09.2018 T. E: 21967, K: 15681; Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD. 24.09.2018 T. E: 22722, K: 16130; Yargıtay 8. HD. 21.02.2018 T. E: 17746, K: 2555 (Erişim: www.e-uyar.com 23.09.2019).

muvaazalı olduğunun iddia ve ispat edilmesine bağlıdır. Muvazaa iddiasının bulunmaması halinde alacaklının, tasarrufun iptali davası açarak alacağına kavuşma imkanı bulunduğu gibi, TBK ve TTK hükümlerine göre açılacak davalarda da devri yargılama konusu yapılabilir. Ayrıca İİK m. 44'te yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi işletmenin devrini sakatlamaz. Anılan hükmün yalnız ceza yaptırımını vardır. Aktiflerin devreden malvarlığından çıkmamış kabul edilmesini, yani haczedilmesini sağlayacak tek yol, muvazaanın iddia ve ispat edilmesidir. Bu bilgilere göre temyize konu olayda, davalı üçüncü kişinin devir nedeni ile sorumluluğu bulunduğu davacı alacaklı tarafından iddia edilmesine rağmen, muvazaa iddiasında bulunmamıştır. Tüm bu nedenlerle davanın reddi yerine oluşa ve dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçe ile kabulüne yönelik hüküm kurulması doğru olmamıştır.” sonucuna varmıştır.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi aynı içtihadı teyit eder şekilde vermiş olduğu başka bir kararında¹²⁹² “Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de, yapılan inceleme ve araştırma hüküm kurmaya yeterli değildir...kabule göre, devredilen işletmede haciz yapılabilmesi, devrin muvazaalı olduğunun iddia ve ispat edilmesine bağlıdır. Muvazaa iddiasının bulunmaması halinde alacaklının tasarrufun iptali davası açarak alacağına kavuşma imkanı bulunduğu gibi, TBK ve TTK hükümlerine göre açılacak davalarda da devri yargılama konusu yapılabilir. Ayrıca, İİK m. 44'te yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi işletmenin devrini sakatlamaz. Anılan hükmün yalnızca cezai yaptırımını vardır. (İİK m. 337/a m.) Aktiflerin devreden malvarlığından çıkmamış kabul edilmesini, yani haczedilmesini sağlayacak tek yol muvazaanın iddia ve ispat

¹²⁹² Yargıtay 8. HD. 20.03.2019 T. E: 1490, K: 2960; Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD. 02.04.2019 T. E: 9118, K: 3548; Yargıtay 8. HD. 06.03.2019 T. E: 1051, K: 2373; Yargıtay 8. HD. 17.04.2019 T. E: 15800, K: 4274 (Erişim: www.e-uyar.com 23.09.2019).

edilmesidir. Davacı üçüncü kişi ile borçlu arasında danışıklı işlem olduğu, davalı alacaklı tarafından iddia edilmesi durumunda muvazaa olgusunu destekleyen herhangi bir delil bulunup bulunmadığı Mahkemece değerlendirilmesi gerekirken İİK m. 44 ve TBK ve TTK hükümleri uygulanmak suretiyle üçüncü kişinin borçtan sorumlu olması gerektiğine dair kabulü doğru bulunmamıştır.” sonucuna varmıştır.

Yargıtay’ın, önceki uygulaması doktrinde haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır. Eleştirileri dikkate alan ve eleştiriler doğrultusunda görüş değişikliği yapan Yargıtay, istihkak davalarındaki amacın, hacizli mal üzerinde üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın maddi hukuka göre var olup olmadığının belirlenmesi olmadığını, haczedilen belli bir mal üzerinde cebri icranın cereyan edip etmeyeceğinin belirlenmesi olduğunu belirtmiştir. Yargıtay görüşü, doğrultusunda istihkak davalarında, bundan böyle, haczin varlığı ve haklılığı incelenecek olup, mülkiyet iddiaları inceleme dışı bırakılacaktır. Yargıtay’ın yeni uygulaması, İİK m. 44, İİK m. 280/3 ve TBK m. 202’nin getiriliş amaçlarına ve kapsamlarına göre değerlendirileceği, böylece üçüncü kişiler yönünden mağduriyetlerin önüne geçileceği bakımından kanaatimizce isabetli görülmektedir.

3. Ara Değerlendirme

Ticari işletmenin devri, alacaklıların menfaatleri bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Tacirin ticari işletmesini devrederken alacaklılara zarar verecek şekilde malvarlığını azaltması devir halinde ihtimal dahilindedir.

TBK m. 202’de, düzenlenmekte olan ticari işletmenin devrine de ilişkin olarak, İİK’da alacaklıları, alacaklılarını zarara uğratmak kastıyla hareket ederek, malvarlığını veya işletmesini devreden borçlulara karşı koruyan hükümler düzenlenmiştir. Bunlar

ticaretin terkine (İİK m. 44, 337/a) ve alacaklılara zarar vermek kastıyla ticari işletmenin devrinin iptaline (İİK m. 280/3) ilişkin hükümlerdir.

Yargıtay tarafından, ticari işletme devri (TBK m. 202), ticareti terk (İİK m. 44) ve İİK m. 280 zarar verme kastından dolayı iptal davalarına ilişkin hükümler birlikte uygulanarak, alacaklılar tarafından yapılan hacizlerde 3. kişilerin istihkak iddiaları dolayısıyla açılan davalarda alacaklı lehine zorlayıcı yorum yapılarak hüküm kurulmakta idi. Yargıtay tarafından yapılan bu yorumlama ile devralanın sorumluluğuna hükmedilmesi her üç maddenin getiriliş amaçları, kapsamı ve şartları bakımından hukuk tekniğine uygun düşmemektedir.

İİK m. 44 ve İİK m. 280/3'ün, ihlali için olumsuz şart bulunmaktadır. Buna karşılık TBK m. 202 uyarınca, ticari işletme devrinde devralanın işletmenin eski borçlarından sorumluluğunun doğması için devrin ilan/ihbarının yapılması şarttır. Bu bakımdan İİK m. 44 ve İİK m. 280/3'ün, ihlali belirleyecek olan ilan/ihbarın yapılmaması ile birlikte TBK m. 202 kapsamında, devralanın işletmenin eski borçlarından sorumlu tutulması hukuk tekniği bakımından kabul edilebilir bir durum değildir. Bu nedenle, Yargıtay'ın 2017 yılı öncesinde konuya ilişkin olarak vermiş olduğu çok sayıda karardaki görüşüne katılmıyoruz.

Yargıtay, doktrin tarafından yapılan eleştirileri¹²⁹³ ve üçüncü kişiler yönünden yaşanan mağduriyetleri de dikkate alarak 2017 yılında görüş değişikliği yapmış ve içtihadını değiştirmiştir. Konu ile ilgili olarak Yargıtay, istihkak davalarındaki amacın, hacizli mal üzerinde üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın maddi hukuka göre var olup

¹²⁹³ Tuncer Kazancı, İİK m. 44'e uygun biçimde yapılmayan ticari işletmenin devirlerine bağlanan yaptırımın İİK m. 337/a olduğunu, devirde İİK m. 44'e uygun davranılmamış olmanın maddi anlamda hükümsüzlük yaptırımına bağlanmadığını belirterek, Yargıtay'ın 2017 öncesindeki uygulamasını eleştirmiştir. Bkz. Tuncer Kazancı, s. 183. Yargıtay tarafından, içtihat değişikliğinde bu eleştiri dikkate alınmış olup 2017 sonrasındaki pek çok kararda bu hususa yer verilmiştir. Örnek karar için bkz. Yargıtay 8. HD. 21.02.2018 T. E: 2015/17746, K: 2018/2555.

olmadığının belirlenmesi olmadığını, haczedilen belli bir mal üzerinde cebri icranın cereyan edip etmeyeceğinin belirlenmesi olduğunu belirtmiştir¹²⁹⁴. Yargıtay böylece, alacaklıların haklarının varlığının ve haklılığının peşin kabulünü terk etmek ile, üçüncü kişi yönünden mağduriyetin önüne geçilmesini sağlamayı amaçlamış görünmektedir.

Yargıtay tarafından, benimsenmiş olan yeni görüş ile istihkak davalarında TBK m. 202 alacaklı bakımından alacağına kavuşma amacına hizmet eden bir dayanak olmaktan çıkarılmıştır. İİK m. 44, İİK m. 280/3 ve TBK m. 202'nin birlikte ve birbirine paralel şekilde uygulanmasından vazgeçilmiş ve hükümlerin kapsamı ve şartları dahilinde uygulanması benimsenmiştir. Bu bakımdan Yargıtay tarafından, yapılmış olan içtihat değişikliği kanaatimizce yerinde olmuştur.

¹²⁹⁴ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “İstihkak davası, takip sürecinde haciz esnasında ortaya çıkan bir sorunun bertaraf edilmesine yönelik bir davadır. Ancak bu dava ile, üçüncü kişinin ileri sürdüğü hakkın, sadece somut icra takibi bakımından mevcut sayılıp sayılmayacağına ve bunun sonucunda eğer, iddia ettiği gibi bir hakka sahip olduğu tespit edilirse, dava konusu mal üzerinde cebri icranın cereyan edemeyeceğine karar verilir. Kuşkusuz üçüncü kişinin hacizli mal üzerinde gerçekten iddia ettiği gibi bir hakkının bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Fakat bu hakkın mevcut olup olmadığı bir ön sorun olarak incelenecek ve bu inceleme sonucunda ulaşılan sonuç temelinde, nihai amaç olarak, mal üzerindeki haczin caiz olup olmadığına karar verilecektir. İddia edilen hakkın varlığı veya yokluğuna ilişkin tespit, işte bu kararın verilmesinin bir gerekçesini teşkil edecektir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın sadece somut takip bakımından dikkate alınıp alınamayacağına karar verilecek, ancak istihkak davası nihai olarak, dava konusu mal üzerindeki cebri icranın caiz olup olmadığının belirlenmesi amacına yönelmiş bir dava olarak ortaya çıkacaktır. İstihkak davasının üzerine gideceği ve hukuka aykırı olduğu takdirde ortadan kaldıracağı husus, Devlet'in cebri icra organı tarafından yapılmış olan kamusal nitelikli bir icra işlemi (haciz) olacaktır. İstihkak davası, borçlunun borcu için haczedilen ve fakat üçüncü bir kişinin de üzerinde hak iddia ettiği bir mal üzerindeki uyumsuzluğun, somut icra takibi bakımından çözülmesi suretiyle, söz konusu mal üzerindeki haczin akıbetini (caiz olup olmadığını) belirleme amacına yönelik bir davadır.” bkz. Yargıtay 8. HD. 27.06.2018 T. E: 2018/11494, K: 2018/14471. Yargıtay, bu kararı ile istihkak davasında taraflar arasındaki alacak – borç ilişkisinin, ve yapılan ancak ihtilaflı olan ödemelerin dava konusu edilerek, incelenemeyeceğini, istihkak davasının konusunun alacaklının belli bir mal üzerine koydurduğu haciz ile, üçüncü kişinin bu mal üzerinde iddia ettiği hak arasındaki çatışmayı çözmeye yönelik bir dava olduğunu hükme bağlamıştır. Böylece, istihkak iddialarında Yargıtay tarafından uygulanana gelen ve doktrin tarafından çok eleştirilmiş olan istihkak davalarında İİK m. 44, İİK m. 280/3 ve TBK m. 202'nin birlikte uygulanarak istihkak davasının konusunu aşan inceleme yapılması ve hüküm kurulmasından vazgeçildiği anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu ticari işletme ağırlıklı modern sistemi benimsemiş olup pek çok ticaret hukuku kavramı ticari işletme kavramından hareketle saptanmış ve tanımlanmıştır. Bu sebeple, ticari işletme Türk Ticaret Kanunu'nun merkez kavramıdır. Anılan sebeplerden ötürü, ticari işletme ve tez konumuzu oluşturan ticari işletmenin devri müesseseleri TTK'nın önemli konularından olup, bu müessese ile ilgili özel ve istisnai düzenlemelerin kabul edilmesi gereği duyulmuştur. Bu kapsamda, 6102 sayılı TTK ile ticari işletmenin devrinde, kısmi külli halefiyet sistemi benimsenerek, radikal bir değişiklik yapılmıştır.

Ticari işletmenin devri bakımından, yenilik olarak getirilmiş olan kısmi külli halefiyet sistemi, ticari işletmenin devrini kolaylaştırmayı hedeflemekte ise de pek çok sakınca ve endişeyi de beraberinde getirmiştir. Bu sistem öncelikle Eşya Hukuku'nun en temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte, sözleşmelerin herhangi bir işlem yapılmaksızın doğrudan devralana geçişi de Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden olan sözleşme serbestisine bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. 6102 sayılı TTK ile ticari işletmenin devri konusunda getirilmiş olan yeni düzenlemeyle, devri özel şekle bağlı malvarlığı unsurları bakımından yerleşik ve alışlagelmiş devir şeklinin dışında özel ve külli bir devir şekli getirilmiş olması hem devrin tarafları, hem de iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından, sakıncaları da beraberinde getirmiştir.

Ticaret hayatının temel aktörlerinden olan ticari işletmelerin devredilmesinin kolaylaştırılması ve devrin işlerliğinin arttırılması amacıyla getirilmiş olan kısmi külli halefiyet ilkesi beraberinde getirdiği sakınca ve endişeler ile birlikte TTK sistemi

tarafından benimsenmiştir. Kanun koyucunun, külli halefiyetin kolaylıklarından devralanın ve devredenin yararlanmasını hedeflediği anlaşılmaktadır.

Yaptığımız inceleme sonucu çalışmamızda vardığımız sonuç ve öneriler şöyle sıralanabilir:

1. Kanun koyucu, TTK ile ticaret hayatının merkezi olarak belirlediği ticari işletmenin devredilmesi müessesesini kolaylaştırmak ve ticari alanda uygulamasını yaygınlaştırmak amacıyla pek çok sakıncayı da bünyesinde barındıran kısmi külli halefiyet ilkesini benimseyerek, yerleşik hukuk kuralları ile çelişkili bir durum yaratmıştır. Bununla birlikte, ticari işletmenin devri ve devrin sonuçları TTK (aktiflerin geçişi bakımından tescili esas almaktadır) ve TBK’da (pasiflerin geçişi için devrin ilanı veya ihbarı gerekmektedir) olmak üzere iki farklı kanunda düzenlenmiştir. Ticari işletmenin devri müessesesi ile ilgili tüm düzenlemelerin çelişki ve tereddütlerin ortadan kaldırılması bakımından tek bir kanunda düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu durum, hem kanun yapma tekniği, hem de uygulamacılar bakımından, çok yerinde bir düzenleme olacaktır. Bu müessesenin, TBK’da mı, yoksa TTK’da mı düzenlenmesi gerektiği hususunda, bir tercih yapılması durumunda, ticari işletmenin, TTK’nın merkez kavramı olduğu, ve pek çok kavramın da ticari işletmeden faydalanılarak, düzenlendiği düşünüldüğünde, ticari işletmenin devrinin de, TTK’da düzenlenmesinin daha uygun olacağı sonucuna varılabilecektir.

2. Ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Tacirler bakımından, TTK ve diğer ilgili mevzuat uyarınca getirilmiş olan yükümlülükler esnaf işletmeleri bakımından ağır yük teşkil edebilecektir. Bu bakımdan, ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımının çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile açıkça belirlenebilir kriterlere dayandırılmasının

gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Böylece, yeni açılan işletmelerin nitelendirilmesi veya faaliyet sonucu eşiklerin aşılması durumundaki belirsizliğin de ortadan kalkacağı kanaatindeyiz. Buna ek olarak, mevcut düzenleme bakımından, faaliyete yeni başlamış olan bir işletmenin nitelendirilmesinde hedeflenen gelir doğrultusunda müteşebbisin kurduğu işletmenin yapısı, niteliği, büyüklüğü, sermayesi ve malvarlığı değerleri, faaliyetin ağırlıklı olarak sermayeye mi, emeğe mi dayandığı gibi objektif hususlara bakılarak bir karar verilebilecektir.

3. Ticari işletmenin devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılacaktır. Buradaki yazılı şekil şartı sözleşmenin geçerlilik şartıdır. TTK m. 11/3'te, ticari işletme kapsamında yer alan aktif unsurlar bakımından herhangi bir istisna (özellikle taşınmazlar) belirtmeksizin adi yazılı şeklin yeterli görülmesi ve böylece Mehaz İsviçre Kanunu'ndan ayrılınması kanaatimizce isabetli değildir. Ticari işletmenin devrinin hukuken kolaylaştırılması önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Ancak, ticari işletme bünyesinde çok farklı malvarlığı unsurlarını barındırmaktadır. Bu nedenle, aleniyetin sağlanması için devre dahil olan unsurların niteliklerine bakılmaksızın devir sözleşmesinin resmi şekilde (noter tarafından düzenleme şeklinde) yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yolla, tarafların devir sözleşmesine kamu hizmeti gören noterler aracılık edecek olup, sözleşmenin kapsamı, unsurları ve bir kısım şartları bakımından en azından şekli anlamda bir standart oluşturulabilecektir. Devir sözleşmesinin, noterler tarafından, düzenleme şeklinde yapılmasının çok yönlü faydalarından birisi de olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesidir. Bu uygulamanın, kanun koyucunun hükmü getiriş amacı ile örtüşmeyeceği ileri sürülür ise, taşınmazların nitelikleri gereği, devrinin resmi şekilde yapılacak sözleşme ile mümkün olduğu hususunun toplumda kanıksanan bir uygulama olduğu dikkate alınarak, en azından devir kapsamındaki taşınmazlar için

tapu sicilinin işlevi ve aleniyeti gereği bu kapsamdaki sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasının kamu güveni ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

4. TSY m. 133/2’de, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı olarak, yapılacağı ve hangi hususların sözleşmede yer alacağı düzenlenmiştir. TSY m. 133/2-b’de, ticari işletmenin, sözleşme dışında bırakılan unsurlarının yer alması gerektiği belirtilmiştir. Buna karşılık, devir sözleşmesinde olması gereken unsur, nelerin devre dahil olduğu hususudur. Bu nedenle, TSY m. 133/2-b’nin, devir sözleşmesinde nelerin sözleşme kapsamı dışında bırakıldığı şeklinde değil, sözleşmeye dahil olan unsurlar nelerdir şeklinde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5. TTK m. 11/3’te, işletmenin mülkiyetinde olan motorlu taşıtların devralana geçişi için taraflar arasında devir sözleşmenin yapılarak, tescil edilmesi yeterli görülmüştür. Bu halde, ticari işletmenin mülkiyetinde olan motorlu taşıtların mülkiyeti noterde devir işlemine, zilyetliğin nakline ve trafik sicil tesciline gerek olmaksızın devralana geçecektir. Daha sonra trafik sicilinde yapılacak olan tescil işlemi ise, açıklayıcı bir etkiye sahip olacaktır.

6. Kanun koyucu TBK m. 202 ile alacaklıları korumayı amaçlamıştır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinde, pasiflerin devrin kapsamı dışında tutulması halinde de, Kanunun bu amacının dolanılmak istenildiği açıktır. Bu bakımdan, kanun hükmünün getiriliş amacına uygun olarak, hükmü emredici nitelikte kabul etmek yerinde olacaktır. Hükmü emredici olarak değerlendirip, devir sözleşmesini tümü ile geçersiz saymak Türk Hukuku’nda kabul gören sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi ile de

örtüşmeyecektir. Bu nedenle, sadece pasiflerin naklini engelleyen anlaşmayı/şartı geçersiz saymak hükmün amacına uygun bir yorum olarak görünmektedir. Böylece, devir sözleşmesi geçerli olacak, aktifler sözleşme uyarınca devralana intikal edecek ve sözleşme dışı bırakılan pasifler de TBK m. 202'nin emrediciliği uyarınca kanunen devralana geçecektir. Burada, her iki taraf da, bu hali ile sözleşmeyi devam ettirmek istemezler ise, ve taraflar bakımından, herhangi bir menfaat kaybı söz konusu değil ise ortada sözleşmenin tarafları ve üçüncü kişiler bakımından, korunmaya değer bir menfaat bulunmadığından, taraf iradelerine üstünlük tanınması böylece, sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinden vazgeçilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

7. Anonim şirketler, bünyelerinde bulunan ticari işletmeleri TTK m. 11/3 uyarınca, devredebilirler. Ticari işletmenin anonim şirket bakımından önemli mal varlığı teşkil etmesi halinde, bu devir TTK m. 408/2-f kapsamında, değerlendirilmekte ve özel usul ve yetki şartlarına tabi olmaktadır. Anonim şirketin yapısında ya da sermaye, mal varlığı veya pay sahipliği gibi kurumsal düzeninde farklılık oluşturan işlemler pay sahiplerini doğrudan ilgilendirdiği için genel kurulun onayı ile gerçekleştirilebilecektir. TTK'da önemli mal varlığına ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Buna karşılık, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, çıkarılmış olan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği bulunmaktadır. Bu Tebliğ, halka açık olan anonim şirketler için çıkarılmaktadır. Bahse konu Tebliğde, önemli iş ve işlemlerin tespiti bakımından, getirilmiş olan %75'lik oran kanaatimizce biraz yüksek olarak değerlendirilmiştir. Bunun daha makul düzey olan %50 veya %60 olarak uygulanmasının pay sahiplerinin menfaatleri bakımından daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca II-23.1 Tebliğ m. 6/3'te, nicel ölçütlerin yanında, nitel değerlendirme yapılması da hükme bağlanmış iken, yeni Tebliğ'de buna yer verilmemiş olmasını bir eksiklik olarak

değerlendiriyoruz. Nitekim, nitel ölçütler bütüncül bir yaklaşımla niteliğe bağlı bir değerlendirme imkanı sunması bakımından, nicel ölçütlerle birlikte daha isabetli sonuca ulaşılmasını sağlamaktadır. Bunun yanında, halka kapalı olan anonim şirketler bakımından da bu Tebliğ'in, kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş bir başvuru kaynağı olarak uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca anonim şirketler başlığı altında düzenlenmiş olan toptan satış halinde genel kurul kararının aranması hali, pay sahiplerinin, menfaatlerini koruma amacına yöneliktir. Pay sahipleri bakımından, anonim şirketler ve limited şirketler arasında bir fark bulunmamaktadır. Limited şirketlerde genel kurul şartının düzenlenmemiş olmasını bilinçli bir susma olarak değerlendirmiyoruz, burada kanun içi boşluk olduğu kanaatindeyiz. Bu bakımdan, anonim şirketlerdeki düzenlemenin limited şirketlere de kıyasen uygulanması yönünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

8. Ticari işletmenin tüm işlemlerinin kaydedildiği ticari defterler, usulüne uygun olarak ve gerçeği yansıtır bir şekilde tutuldukları takdirde, işletmenin alacak ve borçları, kar ve zarar durumu gibi işletmenin mali ve ekonomik durumu hakkında tacire, ortaklık var ise ortaklara ve işletme ile ilişkide olan, işlem yapan üçüncü kişilere bilgi verir. Vergi matrahının tam ve doğru olarak hesaplanmasını sağlar. Ayrıca, mahkemelerde delil olma niteliği bulunmaktadır. Ticari işletmeler bakımından, bu denli önemli olan ve pek çok işleve sahip olan ticari defterlerin, elektronik ve basılı olan tüm dayanak bilgi ve belgelerin, ticari işletmenin devrinde, devralana geçmesinin uygun olacağı ve kalan yasal saklama süresi ile ilgili olarak, yükümlülüğün, devralan tarafından, yerine getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

9. Ticari işletmenin devrinde, alacak ve borçlar kambiyo senedi şeklinde de olabilmektedir. Ticari işletmenin devrinin, gerçekleşmesi ile birlikte, devre konu kambiyo senetlerinin, devreden tarafından, derhal devralana teslim edilmesi gerekmektedir. Kambiyo senetlerine konu borçlar ile ilgili olarak, iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi içerisinde, borçlardan müteselsilen sorumlu olacaklardır. Ticari işletmenin devri kapsamında, devralan, kambiyo senetlerini cirosuz olarak, iktisap ettiği durumda, maddi anlamda hak sahibi olduğunu ispatlaması için, kambiyo senedi borçlularına başvururken, ticari işletmenin devrine ilişkin belgeleri örneğin, devir sözleşmesi, tescil kaydı vb. ibraz etmesi gerekmektedir. Devralan tarafından, kambiyo senedi borçlusuna, bildirim yapılmış ve maddi anlamda hak sahibinin kendisi olduğu, devreden hak sahipliğinin sona erdiği belirtilmiş olduğu hallerde, borçlu tarafından, devredene yapılacak ödemede, borçlunun, ağır kusurlu olduğu ve devredene yaptığı ödeme dolayısıyla borcundan kurtulamayacağı kanaatindeyiz.

10. Ticari işletme malvarlığı unsurları, hakları ve borçları ile bir bütün teşkil etmektedir. Bununla birlikte, ticari işletmenin hukuki olarak kişiliğinin bulunmadığı ve işletmenin, özel bir malvarlığı oluşturmaksızın sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin malvarlığı içerisinde yer aldığı unutulmamalıdır. Bu kapsamda, ticari işletmenin bir bütün halinde devri söz konusu olduğunda, işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları, hakları ve borçları anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin faaliyetinin sağlanması amacıyla, işletme sahibi tarafından çeşitli sözleşmeler yapılarak bir takım hakların ve borçların doğumu sağlanmış olabilir. Ticari işletmenin devrinde, devrin bir bütün halinde yapılması ve devamlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu bakımdan, ticari işletmenin devrinde, ticari işletmeye işlerlik ve devamlılık kazandıran sözleşmelerin devrin kapsamına dahil olacağı kanaatindeyiz. TTK m. 11/3 ve TBK m. 202’de,

düzenlenmiş olan ticari işletmenin devri, ticari işletmenin, işleyen organizasyon yapısı ile bir bütün olarak devrini amaçlamaktadır. Malvarlığı unsurları, haklar ve borçlar kısmi külli halefiyet kapsamında, kanun gereği, devralana geçmektedir. Buradan hareketle, ticari işletmenin devrinin özel ve ayrıksı bir düzenlemeye tabi olduğunu söyleyebiliriz. Yapılan açıklamalar ışığında, ticari işletmeye dahil olan sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın, kanun gereği devralana geçeceğini düşünmekteyiz. Nitekim kanun koyucu, TBK m. 202 hükmü ile, TBK m. 196'dan, ayrılarak, alacaklının rızası aranmaksızın borçların devrinin mümkün olduğunu düzenlemiştir. Aksi durumda, yani alacaklıların rızalarının alınması halinde, ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesi ya imkansız olacak ya da çok güçleşecektir. Bu bakımdan kanun koyucunun ticari işletmenin devrini kolaylaştırarak işlerliğini arttırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. TBK m. 205'te, genel olarak sözleşme devri düzenlenmektedir. 205/4'de, *“Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.”* şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Buradan TBK m. 202 ve TTK m. 11/3'te, yer alan ticari işletmenin devrinin özel hüküm niteliğinde olduğu, böylece genel hüküm teşkil eden TBK m. 205'te, düzenlenen sözleşmenin devri için aranan şartların, burada aranmayacağı sonucuna varılabilecektir. Bununla birlikte, konunun tereddüte yer bırakmayacak şekilde kanun hükmü ile düzenlenmesinin daha uygun olacağını değerlendiriyoruz.

11. Ticari hayatta, internetin yaygınlaşması ile birlikte her türlü iş ve işlem internet üzerinden e-posta ortamında ve sosyal medya aracılığı ile yapılabilmektedir. Gerçek ve tüzel kişilerin iş ve işlemlerini yürüttükleri resmi internet siteleri, resmi e-posta adresleri ve resmi sosyal medya hesapları bulunmaktadır. Gerçek ve tüzel kişiler, bu dijital sistemleri aracılığıyla kendilerini bağlayan anlaşmalar yapmakta, reklam,

tanıtım, duyurular vb. ticari faaliyetlerde bulunmaktadırlar. Tüm bunlar neticesinde, işletmeler bakımından, alışlagelmiş klasik malvarlığından farklı olarak, dijital malvarlığı kavramı ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, ticari işletmelerin sosyal medya hesapları, e-posta adresleri ve dijital ortamda faaliyette bulundukları her türlü dijital aracı, ticari işletmenin dijital malvarlığını teşkil etmektedir. Ticari işletmeler bakımından, sosyal medya hesapları ticari işletmenin faaliyetini arttırmak, hızlandırmak, müşteri çevresini geliştirmek, sınırları aşan düzeyde ticaret yapabilmek, fikri mülkiyete konu malvarlığı değerlerinin tanıtımını yapmak ve bilinirliğini arttırmak amacıyla kullanılmaktadır. Bu bakımdan, sosyal medya hesaplarının devredilebilir nitelikte olduğu ve ticari işletmenin devri ile birlikte devralana devredilebileceği kanaatindeyiz.

12. Rekabet Kurumu, piyasada, rekabeti etkileyecek düzeyde, belli ciro eşiklerini aşan, birleşme ve devralmaları incelemekte olup, uygun gördüğü takdir de, birleşme ve devralma işlemine izin/onay vermektedir. Rekabet Kurumu tarafından, uygulanmakta olan, ciro eşiği sisteminin yerindeliği konusunda eleştiriler bulunsa da, Rekabet Kurumu, piyasada rekabeti bozucu etkisi olmayacak birleşme ve devralmaları incelemesi halinde, iş yükü ve zaman kaybı çok olacağından mutlaka bir kritere göre inceleme yapması gerekecektir. Rekabet Kurumu, esas itibarıyla pazarda yer alan tüm aktörlerin faaliyetleri ile ilgilenmemektedir. Pazarı, etkileme ve pazardaki mevcut rekabeti bozucu ve/veya ortadan kaldıracak güçteki aktörlerin faaliyetleri ile ilgilenmektedir. Ticari işletmeler bakımından, pazarı etkileme ve pazardaki dengelerin bozulması veya ortadan kaldırılması da çoğunlukla ekonomik güç ve ekonomik etki ile gerçekleşmektedir. Bu bakımdan, kanaatimizce ciro eşiği sisteminin benimsenmesi yerindedir. Rekabet Kurumu tarafından, gerçekleştirilen birleşme ve devralmaların

denetimi çok yönlü faydaları beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, piyasada rekabet ortamını sağlamak sureti ile kartel ve tekolci piyasanın önüne geçerek, piyasada bulunan ürün çeşidini, kalitesini ve fiyat çeşitliliğini arttırmak, bu yolla tüketicileri korumaktır. Bir diğler fayda ise, piyasadaki rekabet ortamı tüketiciiyi koruduğı gibi, piyasaya yeni giriş yapmak isteyen üreticiyi de korumaktadır. Kartelci ve tekolci piyasalara yeni girişler olamamaktadır veya çok zor olmaktadır. Piyasada gerçekleşen tüm bu işlemler bir zincir teşkil etmektedir. Piyasadaki rekabet sağlıklı ve sürdürülebilir olduğu takdirde, bunun piyasaya yansması tüm aktörler bakımından ve tüm işlemler bakımından fayda sağlamaktadır. RKHK kapsamında, birleşme ve devralma olarak, nitelendirilen ve denetime tabi tutularak izin/onay şartı aranan ticari işletmenin devri müessesesi için denetimin gerekli ve yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu kapsamda Rekabet Kurumu'na bildirim ve kurumdan izin alınması işlemlerinin ticaret siciline tescilden önce yapılması zaman, para ve emekten tasarruf sağlanması bakımından yerinde olacaktır.

13. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescil ve ilan edileceğı, ticari işletmenin devrinin, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade edeceğı düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, ticari işletmenin devrinin tescili zorunlu olup, tescil edilmediğı takdirde devir sözleşmesi geçerli sayılmayacak ve herhangi bir hüküm ifade etmeyecektir (TSY m. 133/3). Mevzuatta yer alan düzenlemeden, ticari işletmenin devrinde yapılan tescilin kurucu etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin devrinde tescilin niteliğinin (etkisinin) TTK'da tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtilmemiş olması kanaatimizce esaslı bir eksikliktir. Bununla birlikte, TSY'de tescilin niteliğine ilişkin hüküm yer alması ve tescilin kurucu etkisine vurgu yapılması, kanun koyucunun bu konudaki iradesini göstermektedir. Bu kapsamda, en kısa sürede

TTK m. 11/3'te, değişikliğe gidilerek, doktrin tarafından, eleştiri konusu yapılan hususların ve tescilin kurucu olduğuna ilişkin açık hükmün madde metninde düzenlenmesi gerektiği kanaatineyiz.

14. Ticaret sicilinde yapılan tescile kurucu etki tanınması devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olması sonucunu doğurmaktadır. Bu yolla, devir borcu altına giren devreden, devrin tescili için ticaret siciline başvurarak, tasarruf işleminde bulunmuş olacaktır. Bu durum, belli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Örneğin, ticari işletmenin devrine konu malvarlığına dahil olan özellikle taşınmazların tasarruf işlemi olan ticaret sicilindeki tescil ile tapuda işlem yapılmaksızın el değiştirmesi konusunda, doktrinde haklı endişe ve eleştiriler bulunmaktadır. Öncelikle belirtmeliyiz ki, taşınmazların devri, ancak tapu müdürlüğünde yapılacak tescil işlemi ile gerçekleştirilmelidir. Ticaret sicil müdürlüğü tarafından, yapılacak olan tescil işlemi ile taşınmazların mülkiyetinde herhangi bir değişiklik meydana gelmesi yerleşik ve kanıksanmış uygulama dolayısıyla sakıncalı olduğundan, yerinde değildir. Ancak mevcut uygulama kapsamında, tescilin kurucu etkisi ile, durumun olası hak kayıplarına sebep olmaması bakımından öncelikle devir sözleşmesinin ekine, devre konu unsurlara ilişkin devir envanteri eklenmelidir. Envanterde yer alan özel sicillerde kayıtlı bulunan malvarlığı unsurlarıyla ilgili olarak sicil bilgileri belirtilmiş olmalıdır. Bu yolla, ticari işletmenin devrinin tescilinde tüm sicil kayıtları belirlenmiş olduğundan, tescil ile birlikte malvarlığı unsurlarının bağlı bulunduğu sicillere de, eş zamanlı bildirim yapılabilecek olup, olası mağduriyetin önüne kısmen de olsa geçilebilecektir. Ayrıca ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin tescilinin, devreden tarafından yapılacağı TSY m. 22/2'de, hüküm altına alınarak, bu konuda detaylı düzenlemeye yer verilmiştir. Devreden tarafından, devir sözleşmesinin tescil edilmesi hususu, devreden

bakımından hem bir hak, hem de bir görev niteliğindedir. Bu hak ve görevin, devreden tarafından, yerine getirilmemesi yani devredenin, tescilden kaçınması halinde, devralana, mahkemeye başvurarak, tescil konusunda karar alma hakkı tanınmalıdır. Böylece, devralan, mahkemeden alacağı karar ile, ticaret siciline tescilin yapılmasını sağlayabilecektir.

15. TSY m. 133/4’de, ticari işletme devir vaadi, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devir ve şartlı devirlerin tescil edilemeyeceği hususu düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, devreden ve devralan aralarında anlaşarak, yazılı şekilde ticari işletmenin devrine ilişkin olarak, bir önsözleşme yapabileceklerdir. Taraflarca yapılmış olan bu önsözleşme, tescil talebine hukuki dayanak oluşturmayacaktır. Ticari işletmenin devrine konu satış vaadi sözleşmesinde, bir taşınmaz var ise bunun önsözleşmesi de taraflarca yapılacak olan yazılı sözleşme ile geçerli olmuş olacaktır. TSY m. 133/4 uyarınca ticari işletme devir vaadi sözleşmesi tescil edilemediğinden, tapu siciline herhangi bir bildirim de yapılamayacaktır. Bu durumda, taraflar arasında yazılı olarak gerçekleştirilen ve içeriğine çeşitli sicillerde kayıtlı bulunan malvarlığı unsurlarının dahil olduğu (örneğin, taşınmazların) bir devir vaadi sözleşmesi ortaya çıkmaktadır. İşbu devir vaadi sözleşmesi tescil edilemediğinden yalnızca tarafların bildiği üçüncü kişilerin haberdar olmadığı bir mecrada kalacaktır. Hal böyle olunca, üçüncü kişiler tarafından ticari işletmeye ait olan malvarlığı unsurlarının mülkiyeti kazanılabilecektir. Bu nedenle, ticari işletme devir vaaadinin tescil edilememesi ticari işletme devir vaaadinin devralan tarafı bakımından, kanaatimizce hukuki güvensizlik oluşturmaktadır.

16. Ticari işletmenin devrinin tescilinin ardından diğer sicillere yapılacak olan eş zamanlı bildirimin, gecikmeksizin yapılabilmesi ve olası hak kayıplarının önüne

geçilmesi bakımından, devir kapsamına giren unsurlar, ayırtedici özellikleri ve varsa özel sicillere ilişkin kayıtlarını gösterir liste (envanter listesi) hazırlanarak, sözleşmeye ek yapılması yerinde olacaktır.

17. TSY’de devrin tescili ile birlikte ilgili diğer sicillere bildirimin eş zamanlı yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Tescilin ardından yapılacak olan eş zamanlı bildirim ile sicillerde gerekli düzeltmeler yapılacaktır. Bu da, üçüncü kişiler ve devralan açısından, olası hak kayıplarının önüne geçilmesi bakımından yerinde bir uygulamadır. Bununla birlikte, sicillerde gerekli düzeltmeler yapılamadığında, Tebliğ’de, ilgili sicile şerh konulacağı düzenlenmiştir. TMK m. 1010’da, şerh konulacak hususların kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. TTK m. 11/3’te, de şerhe ilişkin bir düzenleme yer almadığından, ticari işletme devri ile ilgili olarak, diğer sicillerde yapılacak olan bildirimler sonucu sicil müdürlüğünün kayıtlara şerh koyabilmesi için kanuni düzenleme gerekmektedir. Bu kapsamda, tapuya düşülecek olan şerh işlemlerinde, sınırlı sayı prensibi geçerlidir. Ancak, beyanlar ile ilgili olarak, açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan kanuni düzenleme yapılınca kadar ticari işletmenin devrinde, olası hak kayıplarının önüne geçilmesi bakımından özel sicillerde kaydı bulunan haklara ilişkin, beyanlar hanesine kayıt düşülebileceği kanaatindeyiz. Ayrıca sicil müdürlerinin bildirim yükümlülüğü ile ilgili, TTK m. 25/2’de, yer alan “*sicilin tutulması*” ifadesinin kapsamının geniş yorumlanarak, ilgili sicillere bildirimin yapılmaması halinin de, TTK m. 25/2 hükmünün, kapsamında değerlendirilmesinin, uygun olacağı kanaatindeyiz.

18. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesinin önemi ve çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, devralanın, alacaklılara karşı borçlardan

sorumluluğu ilan ile başlamaktadır. Bu bakımdan, ilanın yapılmasında borçların üstlenilmesi ve eski borçların sınırlandırılması önem taşımaktadır. Bir diğer sonuç da, devredenin, devirden önceki borçlardan iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlaması ilan ile olmaktadır. Devralan tarafından, yapılacak olan ilan bir bildirim/duyuru mahiyetindedir. Taraflar arasında yapılmış olan devir sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, ticari işletmenin devrinde, devre dahil olan malvarlığı unsurlarının, sözleşmede gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tescil ve ilan edilen devrin kayıtlarının dayanaklarının incelenmesi yükümlülüğü yoktur. Hal böyle olunca, ticari işletmenin devrinin, ilan edilmesinin, devre konu ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının hak sahipliği bakımından, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmadığı kanaatindeyiz.

19. Ticari işletmenin devrinde, devir kapsamına giren unsurların envanterinin çıkarılarak sözleşmeye ek yapılması hususu ayıba karşı tekeffül bahsinde de önem arz etmektedir. Şöyle ki, ülke gerçekleri ve uygulama göz önüne alındığında, ayıp konusunda, devredenin devre konu unsurları ayrı ayrı sağlama borcunun olduğu görüşünü benimsemekteyiz. Hal böyle olunca, devredenin, olası basit ayıplar nedeni ile kötü niyetli olarak sorumluluğuna gidilmesi ve bu yolla, dava tehdidi altında bırakılmasının önüne geçilmesi bakımından, devir için detaylı envanter tutulması ve devre konu tüm unsurların fiili ve hukuki durumlarının, bu envanterde tüm yönleri ile belirtilmesi usul ekonomisi ve sözleşme tarafları bakımından faydalı olacaktır.

20. Ticari işletmenin devrinde, karşı edim ile ilgili olarak, düzenleme TSY m. 133/2-ç bendinde yer almaktadır. Buna göre, yazılı şekilde yapılacak olan ticari işletmenin devri sözleşmesinde, ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları yer

almalıdır. Hükümün lafzı ticari işletmenin devri “*ivazlı olmak zorundadır*” ve bu ivaz da “*para olmalıdır*” şeklindeki yoruma açıktır. Ancak, ticari işletmenin devrini düzenleyen TTK m. 11/3’te, devrin ivaz karşılığında olması gerektiğine ilişkin herhangi bir ibare yer almamaktadır. Bu bakımdan, kanun ile getirilmemiş olan bir sınırlamanın yönetmelik ile getirilmiş olabileceğini düşünmekte kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir. Bu bakımdan, TSY m. 133/2-ç bendinin, ticari işletmenin devrinde taraflar bir ivaz kararlaştırabilirler. Kararlaştırılan devir sözleşmesinin karşı edimini ve ödeme şeklini, koşullarını sözleşmede belirtmek zorundadırlar şeklinde yorumlanması kanaatimizce uygun olacaktır.

21. Ticari işletmenin devrinde, alacaklılardan mal kaçırma amaçlı devirler bahsine gelindiğinde İİK m. 44/1 hükmü, alacaklıların hak ve menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Bu hüküm ile, borçlunun, belirlenen sürede mal bildiriminde bulunması ve işletme ile ilgili mevcut durumun aleniyet kazanması sağlanmaktadır. Kanaatimizce, ticareti terk kavramı, ticaretin kısmen terk edilmesini de içine alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. İİK m. 44/1 hükmünün, ticareti kısmen terk eden tacir bakımından da uygulanma kabiliyetinin kabul edilmesi, kötü niyetle kanunu dolanmak amacıyla çeşitli girişimlerin önüne geçilmesi bakımından da yerinde olacağını düşünmekteyiz.

22. İİK m. 44 ve İİK m. 280/3’ün, ihlali için olumsuz şart bulunmaktadır. Buna karşılık, TBK m. 202 uyarınca ticari işletmenin devrinde devralanın işletmenin eski borçlarından sorumluluğunun doğması için devrin ilan/ihbarının yapılması şarttır. Bu bakımdan, İİK m. 44 ve İİK m. 280/3’ün, ihlalini belirleyecek olan ilan/ihbarın yapılmaması ile birlikte TBK m. 202 kapsamında, devralanın işletmenin eski

borçlarından sorumlu tutulması hukuk tekniği bakımından kabul edilebilir bir durum değildir. Bu nedenle, Yargıtay'ın 2017 yılı öncesinde konuya ilişkin olarak vermiş olduğu çok sayıda karardaki görüşüne katılmıyoruz. Yargıtay tarafından, 2017 yılında görüş değişikliğine gidilmiş ve istihkak davalarında TBK m. 202 alacaklı bakımından alacağına kavuşma amacına hizmet eden bir dayanak olmaktan çıkarılmıştır. İİK m. 44, İİK m. 280/3 ve TBK m. 202'nin birlikte ve birbirine paralel şekilde uygulanmasından vazgeçilmiş, hükümlerin kapsamı ve şartları dahilinde uygulanması benimsenmiştir. Bu bakımdan, Yargıtay tarafından, yapılmış olan içtihat değişikliği kanaatimizce yerinde olmuştur.

K A Y N A K Ç A

- Acemoğlu Kevork, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.
- Akay M. Hasanali, **Ticari işletme Devrinde Güncel Sorunlar**, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2014.
- Akçaal Mehmet, **İşletmenin Devri**, Yetkin, Ankara, 2014.
- Akdağ Güney
- Necla, **Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili**, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2010-123, İstanbul, 2011. (“Ticaret Sicili” olarak kısaltılmıştır)
- Akdağ Güney
- Necla, **Anonim Şirketlerde Kuruluş**, Vedat, İstanbul, 2014. (“Kuruluş” olarak kısaltılmıştır)
- Akdoğan Nalan/
- Sultanoğlu Banu, **Kar Tanımının Muhasebe Kuramındaki Gelişimi ve Günümüzde Finansal Raporlardaki Sunumunun Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, Cilt 20, Özel Sayı, 2018.
- Aker Halit, **Ticari İşletme Kirası**, Yetkin, Ankara, 2012.

Akgül Aydın, **Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanının Google Kararı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 116, Ankara, 2016.

Akgöl İzel, **Ticari İşletmenin Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Akıntürk Turgut/

Ateş Derya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 26. Baskı, Beta, 2017.

Akipek Jale/

Akıntürk Turgut/

Ateş Derya, **Eşya Hukuku**, Beta, 2. Baskı, İstanbul, 2018.

Aksoy M. Nazlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Uzmanlık Tezleri Serisi No 52, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2004.

Aksoy Mehmet

Ali, **Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (2), Ankara, 2016.

Albayrak Doğan

Ayşe, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Önemli Miktarda Aktiflerin Devri**, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2018.

Albayrak Zincirlioğlu

Candan, **İş Sözleşmelerinin Devri**, 1. Baskı, Filiz, İstanbul, 2015. (“İş Sözleşmeleri” olarak kısaltılmıştır)

Albayrak Zincirlioğlu

Candan, **İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, Ankara, 2014. (“İşyeri Devri” olarak kısaltılmıştır)

Alpay Mustafa

Okan, **Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması**, Uzmanlık Tezleri Serisi No 63, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2004.

Altınok Ormancı

Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Ansay Tuğrul, **Ticari İşletmenin Sorgulanması**, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan I, XII Levha, İstanbul, 2010.

- Antalya O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Birinci Baskı, Legal, İstanbul, 2015. (“Borçlar Hukuku” olarak kısaltılmıştır)
- Antalya, O Gökhan, **Eşya Hukuku**, Cilt I, Legal, İstanbul, 2018. (“Eşya Hukuku” olarak kısaltılmıştır)
- Antalya O. Gökhan/
- Topuz Murat, **Eşya Hukuku**, Cilt III, Legal, İstanbul, 2018. (“Eşya Hukuku” olarak kısaltılmıştır)
- Antalya O. Gökhan/
- Topuz Murat, **Medeni Hukuk**, Cilt I, Seçkin, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2019. (“Medeni Hukuk” olarak kısaltılmıştır)
- Arıcı Mehmet Fatih, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Arkan Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017. (“Ticari İşletme” olarak kısaltılmıştır)
- Arkan Sabih, **Marka Hukuku Cilt I**, AÜHK Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1997. (“Marka” olarak kısaltılmıştır)
- Arslan Özge, **Marka Hakkının Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2019.
- Aslan İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, ekin, Bursa, 2014. (“Rekabet Dersleri” olarak kısaltılmıştır)

- Aslan İ. Yılmaz **Rekabet Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin, Bursa, 2017. (“Rekabet Hukuku” olarak kısaltılmıştır)
- Aslan Mehmet, **Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- Astarlı Muhittin, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı**, Çalışma ve Toplum (Ekonomi ve Hukuk Dergisi), Cilt 2013/1, S. 36, İstanbul, 2013.
- Ata Özlem, **Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satım Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması**, Onikilevha, İstanbul, 2020.
- Atar Aksin Eray, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması**, 1. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2017.
- Ateş Hüseyin, **Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012/100, Ankara, 2012.
- Ateş Mustafa, **Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No 237, Kayseri, 2009. (“Rekabet Hukuku” olarak kısaltılmıştır)
- Ateş Mustafa, **Fikri Hukukta Eser Sahipliği**, Birinci Baskı, Adalet, Ankara, 2012. (“Eser Sahipliği” olarak kısaltılmıştır)

- Ateş Mustafa, **Rekabet Hukuku’na Giriş**, Adalet, Ankara, 2013. (“Rekabet” olarak kısaltılmıştır)
- Aybay Aydın/
- Hatemi Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Vedat, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2014.
- Aydın Alihan, **6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012. (“Makale” olarak kısaltılmıştır)
- Aydın Alihan, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Cilt 30, S. 1, Ankara, 2014. (“Temsil” olarak kısaltılmıştır)
- Aydın Sema/
- Kaplan Hasan Ali/
- Şen Kalyon Arzu, **Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, S. 1-2, Ankara, 2013.

Ayhan Rıza/

Özdamar Mehmet/

Çağlar Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 9. Bası, Yetkin, Ankara, 2016.

Aydınlı İbrahim, **Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları**, Demiryol – İş Eğitim Yayınları, Ankara, 2001.

Ayhan Rıza, **Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Sayı 1-2, Ankara, 2013.

Ayiter Nuşin, **Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri**, S. Yayınları, Ankara, 1981.

Ayoğlu Tolga, **Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler**, Türk Ticaret Kanun’unun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012.

Ayrancı Hasan, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2003.

Bahadır Zeynep, **Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, S. 3, Ankara, 2013.

Bahtiyar Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 21. Bası, Beta, İstanbul, 2020. (“Ticari İşletme” olarak kısaltılmıştır)

- Bahtiyar Mehmet, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2020.
(“Kıymetli Evrak” olarak kısaltılmıştır)
- Bahtiyar Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
(“Ortaklıklar” olarak kısaltılmıştır)
- Bahtiyar Mehmet, **Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014. (“Makale Ticari İşletme” olarak kısaltılmıştır)
- Bahtiyar Mehmet, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Genel Hükümleri**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014. (“Makale Şirketler” olarak kısaltılmıştır)
- Bahtiyar Mehmet, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Genel Kurulunun Fiziken Yapılması**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014. (“Makale Genel Kurul” olarak kısaltılmıştır)
- Bahtiyar Mehmet, **6102 sayılı TTK’da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı Da Gereken Hususlar Sorunu**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014. (“Makale Ticaret Sicil” olarak kısaltılmıştır)
- Bahtiyar Mehmet, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014. (“Makale Yenilikler” olarak kısaltılmıştır)

Bahtiyar Mehmet/

Biçer Levent, **Ticari Defterler Tutma Yükümlülüğü ve Defterlerin İspat Gücü**, Makaleler III, Beta, İstanbul, 2014.

Bakırcı Münevver

Kübra, **Ticari İşletme Kirası**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 161-162, Cilt 13, İstanbul, 2018.

Barandun Nicola, **Die Übernahme eines Geschäftsmit Aktiven und Passiven**, Bern, 1992.

Barut Ahmet, **Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Halka Açık Olmayan Anonim Şirketin Önemli Miktardaki Şirket Varlığının Toptan Satışı İşleminde Yönetim Kurulu Yetkisinin Tartışılması**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 93, S. 2, İstanbul, 2019.

Baş Ece, **Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yatırım Olması Sorunu**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, 8. Özel Sayı, İstanbul, 2013.

Başar Başak, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Cilt 21, S. 1, Ankara, 2020.

Battal Ahmet, **Ticari İşletme Hukuku (Ticaret Hukuku'nun Temel Kavramları)**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2007.

Baştuğ İrfan/

Erdem Ercüment, **Ticari İşletme Hukuku Ders Notları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:35, Ankara, 1993.

Bayraklı Hüseyin, **Gelir Vergisi Kanunu'nda Gelir Kavramı ve Sapmalar**, Mevzuat Dergisi, Yıl 3, S. 36, 2000.

Baytar Ufuk/

Yükselen Cemal, **Tüketicilerin Çevrimiçi Alışveriş Kanallarındaki Akış Deneyimlerinin Memnuniyet ve Satın Alma Kararlarına Etkisi, Bilgi ve Kanal Kalitesinin Rolü**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.11, S. 2, İstanbul, 2018.

Biçer Levent/

Hamamcıoğlu Esra, **Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, İstanbul, 2013.

Bilge Mehmet Emin, **Ticaret Sicili**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 1999.

Bilgili Fatih/

Demirkapı Ertan, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 6. Baskı, Dora, Bursa, 2014.

Binder Andreas/

Roberto Vito/

Schenker Urs/

Tschani Rudolf/

Watter Rolf,

Projekt Minirevision Fusionsgesetz, 18.02.2006 tarihli rapor.

Birinci Uzun Tuba,

İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Bakımından 2001/23EC Sayılı Avrupa Yönergesi İle 4857 Sayılı İş Kanun'unun Karşılaştırılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 115, Ankara, 2014.

Bozbel Savaş,

Alman Borçlar Hukuku Reformu İle Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler, Mevzuat Dergisi, Sayı 67, 2003. ("Borçlar Hukuku" olarak kısaltılmıştır)

Bozbel Savaş,

Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2015. ("Fikri Mülkiyet" olarak kısaltılmıştır)

Bozer Ali/

Göle Celal,

Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018. ("Ticari İşletme" olarak kısaltılmıştır)

Bozer Ali/

Göle Celal,

Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, 8. Bası, Ankara, 2018. ("Kıymetli Evrak" olarak kısaltılmıştır)

- Bozer Ali, **Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme**, Batıder, Cilt I, S. 3, Ankara, 1962.
- Bozkurt Tamer, **Sigorta Hukuku**, 10. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2017.
- Brautigam Peter, **Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch Von IT – Leistung Gegen Personenbezogene Daten**, MMR 2012.
- Bruhn Manfred/
Schoenmueller Verena/
Schafer DanielaB., **Are Social Media Replacing Traditional Media In Term Of Brand Equity Creation?**, Management Research Review, Vol. 35, N. 9, 2012.
- Canbaz Serdar, **Temel İşletmecilik**, Paradigma Akademi, İstanbul, 2016.
- Can Ozan, **Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasının Rekabet Sınırlandırmaları Hukukuna Etkisi**, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara, 2014. (“Acentelik” olarak kısaltılmıştır)
- Can Ozan, **Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi**, Rekabet Dergisi, S. 32, Ankara, 2007. (“Rekabet Hukuku” olarak kısaltılmıştır)
- Can Polat/
Çetin İlker, **A research on the Comparison of the Effect of Benefits Otained From Social Media Marketing to Brand**

Commitment in Term of Domestic and Foreign Consumers,
International Business Research, Vol. 10, N. 2, 2017.

Can Tuncay/

F. Burcu Savaş

Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2017.

Cengil M. Fatih, **Ticari İşletmenin Devri**, Onikilevha, İstanbul, 2018.

Cengiz Dilek, **Rekabet Politikası Faslı Neden Müzakereye Açılmıyor**,
Beta, İstanbul, 2017.

Cevher Muhammed

Fatih, **Sosyal Medyada Satın Alma Niyetinin Demografik
Özellikler Açısından İncelenmesi**, Beykent Üniversitesi
Sosyal Bilimler Dergisi, C. 13, S. 2, İstanbul, 2020.

Ceyhun Deniz, **Ticari Defterlerin Delil Olma Niteliği**, Yayınlanmamış
Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

Champeaux Christian/

Turin Nicholas, **Check-Listen für Umstrukturierungen nach dem
Fusionsgesetz**, Reprax, 2004.

Clark John Maurice, **Toward a Concept of Workable Competition**, American
Economic Review, 1940.

Coşkun Mahmut, **İcra İflas Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama
Usulü**, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.

- Coştan Hülya, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009.
- Çabri Sezer, **Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 1, S. 22, İstanbul, 2016. (“Taşınmaz Satışı” olarak kısaltılmıştır)
- Çabri Sezer, **Borcun Üstlenilmesi – Sözleşmenin Devri – Sözleşmeye Katılma – Borca Katılma**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014. (“Borcun Üstlenilmesi” olarak kısaltılmıştır)
- Çağlar Hayrettin, **Marka Hukuku Temel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Çal Sedat, **Instuitu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcayı Seçme Hakkı Üzerine**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı: 2010/3, Ankara, 2010.
- Çalış Yıldırım Ercan/
- Hışman Burcu, **Hasılatın TFRS 15 Müşteri Sözleşmelerinde Hasılat Standardı, BOBİ FRS Bölüm 5 ve Vergi Kanunlarına Göre**

Karşılaştırmalı İncelenmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi, Cilt 11, S. 4, İstanbul, 2019.

Çalışkan Vedat/

Koç Hasan, **Türkiye’de Coğrafi İşaretlerin Dağılışı Özelliklerinin ve Coğrafi İşaret Potansiyelinin Değerlendirilmesi**, Doğu Coğrafya Dergisi, Cilt 17, S. 28, Erzurum, 2012.

Çamoğlu Ersin, **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı**, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, Onikilevha, İstanbul, 2019.

Çankaya Osman

Güven/

Çil Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin, Ankara, 2011.

Çayan Gökhan, **Sözleşmenin Devri**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2016.

Çebi Hakan, **Şirketler Topluluğunda İşletme Hasılat Kirası ve İşletmenin Geçici Devri Sözleşmesi**, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 9, S. 33, Ankara, 2020.

Çelen Aydın, **Yatay Yoğunlaşmalarda Talep Tahmini ve Simülasyon Teknikleri**, Lisansüstü Tez Serisi No 18, İlk Baskı, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2010.

Çelikboya Kerem, **Ticari İşletmenin Devri**, 1. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2017.

- Çetinkaya Murat, **İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler**, Uzmanlık Tezleri Serisi No 4, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
- Çetiner Selma/
Bozkurt Yüksel
A. Ebru/
Cengiz Ali, **Ticari İşletme Hukuku (Ticari İşletme Hukuku, Şirketler Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku)**, 2. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Çolak Uğur, **Türk Marka Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2014.
- Demirel Duygu, **Ticaret Sicili**, Seçkin, Ankara, 2016.
- Demirkapı Ertan, **Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Ankara, 2013.
- Demir Koray, **Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, S. 2, İstanbul, 2013. (“Makale” olarak kısaltılmıştır)
- Demir Koray, **Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi**, Beta, İstanbul, 2017. (“Bölünme” olarak kısaltılmıştır)

- Develi Bilge, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, S. 1-2, Ankara, 2013.
- Dinar Refik Cem, **Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Kısıtlama ve Yasakları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995.
- Dinç Mutlu, **Türk Ticaret Kanunu (Gerekçeli ve Karşılaştırmalı)**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Dinç Serhan, **Ticaret Hukuku'nun Düzenlenmesinde Benimsenen Sistemlerin Etkilediği Kanuni Düzenlemeler**, İzmir Barosu Dergisi, 2018/2, İzmir, 2018.
- Doğan Yenisey Kübra, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Domaniç Hayri, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 1988.
- Domaniç Hayri/
- Ulusoy Erol, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, Seçkin, İstanbul, 2007.
- Dönmez Belgin, **Vergi Hukukunda Borcun İntikali**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009.

Dönmez Utku/

Okutan Bilge, **Yargıtay Kararları Işığında Sosyal Medya ve İş İlişkisi,**
Legal, İstanbul, 2019.

Dural Mustafa/

Sarı Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni
Kanunun Başlangıç Hükümleri,** Filiz, 15. Baskı, İstanbul,
2020.

Dural H. Ali, **Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Şirket Malvarlığının
Toptan Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının Kapsam ve
İçeriği,** Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Saygı Konferansı,
Onikilevha, İstanbul, 2017. (“Konferans” olarak kısaltılmıştır)

Dural H. Ali, **Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına
İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı,** Prof. Dr.
Hamdi Yasaman’a Armağan, Onikilevha, İstanbul, 2017.
 (“Armağan” olarak kısaltılmıştır)

Durman Okay, **İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari
İşletmenin Devri,** XII Levha, İstanbul, 2009.

Dursun Hasan, **Marka Hukuku,** Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2008.

Süsoy Uygun Ecem, **Avrupa Birliği Birleşme Tüzüğü’nde Düzenlenen Ciro Eşiği
Sistemi Yoğunlaşmaların Kontrolünde Ne Kadar Etkili,**
Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Cilt 19, S. 2,
Ankara, 2018.

- Engin Baki İlkay, **Yeni Borçlar Kanununun Borç İlişkilerinde Taraf Değişikliklerine Dair Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2012 (Erişim: www.iav.org.tr).
- Ercoşkun Şenol
- Kübra, **Geçici Tescil Şerhi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, S. 11, Ankara, 2018.
- Erdem H. Ercüment, **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler**, Beta, İstanbul, 2007. (“Makale” olarak kısaltılmıştır)
- Erdem H. Ercüment, **Türk Ticaret Kanununu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri**, Fransız – Türk Borçlar Hukuku Reformları Konulu Sempozyumda Sunulmuş olan Makale, İstanbul, 2012. (“Ticari İşletme” olarak kısaltılmıştır)
- Erdem H. Ercüment, **Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, İstanbul, 2013. (“Tür Değiştirme” olarak kısaltılmıştır)
- Erdem H. Ercüment, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2003. (“Birleşme ve Devralmalar” olarak kısaltılmıştır)
- Erdem H. Ercüment, **Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi – Tür Değişiklikleri**, Bankacılar Dergisi, S. 79, İstanbul, 2011. (“Bölünme” olarak kısaltılmıştır)
- Erdil Engin, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

- Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019.
- Erişir Evrim, **Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, S. 4, Ankara, 2008.
- Erkalan Coşkunsu
- Sümeyye, **Bütününe Etki Eden Hukuki İşlemler Bakımından Ticari İşletmeye Özgülenen Malvarlığı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.
- Eroğlu Muzaffer, **Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, S. 2, İstanbul, 2014.
- Ersoy Çiçek, **Zusammenschlusskontrolle in der Türkei unter Berücksichtigung des Einflusses europäischen Rechts**, Stampfli Verlag, Bern, 2012.
- Ertaş Şeref, **Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı, İzmir, 2015.
- Ertürk Mümin, **İşletme Biliminin Temel İlkeleri**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- İpek Kayalı Fena, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler**, Vedat, İstanbul, 2014.

- Furse Mark, **The Law of Merger Control in the EC and The UK**, Hart Publishing, Portland, 2007.
- Göç Gürbüz Diğdem, **Ticaret Şirketlerinin Tür Değiştirilmesi**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 13, S. 149, İstanbul, 2015.
- Gökovalı Ummuhan, **Coğrafi İşaretler ve Ekonomik Etkileri (Türkiye Örneği)**, İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 21, S. 2, 2007.
- Göktürk Kürsat, **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, S. 1-2, Ankara, 2013.
- Gönen Doruk/
- Gönen Çoşku, **Alacağın Devri**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2014.
- Gümüş M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Günay Cevdet
- İlhan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin, Ankara, 2014.
- Günay Erhan, **Öğreti Görüşü ve Yargıtay Kararları Eşliğinde Tasarrufun İptali Davası**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2013.
- Günay Mehmet, **İcra Suçları**, Seçkin, Ankara, 2014.

- Güncañ Atahan, **Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması**, Onikilevha, İstanbul, 2018.
- Güneş İlhami, **Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları Güncel İçtihatlarla**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (“Telif Suçları” olarak kısaltılmıştır)
- Güneş İlhami, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016. (“Fikri Mülkiyet” olarak kısaltılmıştır)
- Güneş İlhami, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015. (“Sanat Eserleri” olarak kısaltılmıştır)
- Güneş İlhami, **Patent ve Faydalı Model Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2019. (“Patent” olarak kısaltılmıştır)
- Gürbüz Usluel
- Aslı E., **Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicil Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXI, S. 2, İstanbul, 2013.

Gürkaynak Gönenç/

Özgökçen M. Hakan, **Birleşme ve Devralmaların Kontrolünde Gelişmeler ve Trendler**, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2018, Onikilevha, İstanbul, 2019.

Gürkaynak Gönenç/

İkiler Bora/

Yeniaras Arın Gül, **Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII (17 – 18 Nisan 2009 Kayseri), Rekabet Kurumu Yayını, N. 237, Ankara, 2009.

Güven Pelin, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Güven Şirin, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Birinci Baskı, Adalet, Ankara, 2012.

Güzel Ahu, **İşletme**, Birinci Baskı, İlya Yayınevi, İzmir, 2011.

Güzel Işılay/

Yükselen Cemal, **Lüks Markalarda Sosyal Medya Pazarlamasının Marka Değeri ve Satın Alma Niyetine Etkisi, Kişilik Özelliklerinin Rolü Üzerine Bir Araştırma**, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 13, S. 1, İstanbul, 2020.

- Han Işık Aslı, **Türk Borçlar Kanununun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği**, TAAD, yıl 11, S. 38, İstanbul, 2019.
- Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012.
- Helvacı Mehmet, **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Bir Yetkisi Olarak Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı (TTK m. 408/2-f)**, Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III (Tebliğler ve Tartışmalar), Onikilevha, İstanbul, 2020.
- Hirsch Ernst E., **Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku**, Çeviren Galip Mustafa, Cihan Kitaphanesi, 1935.
- Hoeg Dorte, **European Merger Remedies Law and Policy**, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2014.
- Hopkins Patrickjamie/
- Lipin Ilya Alexander, **Viable Solitions to the Digital Estate PlanningDilemma**, Iowa Law Rewiev Bulletin, 99(61), 2014.
- Ergül Işıl, **Tapu Sicilinde Beyanlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- İleri Çiğdem, **Dijital Miras Alman Federal Mahkemesi'nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 146, Ankara, 2020.

- İlkhan Seyrani, **Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar**, Onikilevha, İstanbul, 2019.
- İmregün Oğuz, **Ticaret Hukuku Kavramı ve Ticari İşletme**, 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 1999. (“Ticari İşletme” olarak kısaltılmıştır)
- İmregün Oğuz, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995. (“Genel İlkeler” olarak kısaltılmıştır)
- İnal H. Tamer, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- İnce Akman Nurten, **Miras Bırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 9, S. 2, Malatya, 2018.
- İpek Kayalı Fena, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler**, Vedat, İstanbul, 2014. (“Birleşmeler” olarak kısaltılmıştır)
- İpek Kayalı Fena, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi**, Onikilevha, İstanbul, 2020. (“Bölünme” olarak kısaltılmıştır)
- Kahraman Zafer, **Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin Devri**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, S. 145 – 146, İstanbul, 2016.
- Kahveci Nalan, **6098 Sayılı TBK’nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan**

- Borçlardan Sorumluluk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Aktaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, İzmir, 2017. (“Makale” olarak kısaltılmıştır)
- Kahveci Nalan, **Alt Kira ve Kiranın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2005. (“Alt Kira” olarak kısaltılmıştır)
- Kaplan İbrahim, **İsviçre Birleşmeler Kanunu(FusG) İle TTK’da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2020. (“Makale” olarak kısaltılmıştır)
- Kaplan İbrahim, **Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde, Şirketlerin Üçüncü Kişilerle Önceden Yaptıkları Borçlandırııcı Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 154, Ankara, 2021. (“Sözleşmelerin Akıbeti” olarak kısaltılmıştır)
- Kaplan İbrahim, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2007. (“Müdahale” olarak kısaltılmıştır)
- Kaplan Mikail Bora, **Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler**, Onikilevha, İstanbul, 2018.
- Karaege Özge, **Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), Ankara, 2020.
- Karahan Sami, **Ticari İşletme ve Tacir Kavramları İle İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, S. 2, (Özel Sayı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanun'unu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu). ("Makale" olarak kısaltılmıştır)

Karahan Sami/

Pekdinçer Remzi

Tamer/

Giray Rabia Eda/

Baş Kadir, **Marka Hukuku Mevzuatı İçtihatlı - Notlu**, 1. Baskı, Seçkin, 2016.

Karahan Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Mimoza, Konya, 2015. ("Ticari İşletme" olarak kısaltılmıştır)

Karahan Sami/

Suluk Cahit/

Saraç Tahir/

Nal Temel, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

Karakeçili Feridun, **Avrupa Topluluğunda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler-Joint Ventures)**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, N. 143, İstanbul, 1997.

Karaman Odabaşı

Fatma, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması**, Adalet, Ankara, 2015.

Karayalçın Yaşar, **Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş Ticari İşletme**, İlaveli İkinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1960.

Karcıoğlu Reşat, **İnsan – İktisat – İşletme ve Muhasebe**, İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 34, S. 4, Erzurum, 2020.

Kargın Mahmut, **TFRS ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında İşletme Birleşmelerinin Değerlendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi**, 1. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara, 2011.

Kaya Arslan, **Marka Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2006. (“Marka” olarak kısaltılmıştır)

Kaya Arslan, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Eleştiriler – Öneriler**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012. (“Acentelik” olarak kısaltılmıştır)

Kaya Arslan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2016. (“Şerh” olarak kısaltılmıştır)

Kaya Mustafa İsmail/

Tatlı Burçak, **Ticaret Hukuku – I**, Seçkin, Ankara, 2018.

Kayar İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013. (“Ticari İşletme” olarak kısaltılmıştır)

Kayar İsmail, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018. (“Ticaret Hukuku” olarak kısaltılmıştır)

Kayıhan Şaban/

Yasan Mustafa, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012.

Kayıhan Şaban, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin, 5. Baskı, Ankara, 2018.

Kayış Ferhat, **Ticari İşletmenin Devrinde Bazı Sorunlu Noktalar ve Buna İlişkin Tespitler**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 18, S. 215, 2020.

Kazancı İdil

Tuncer, **Tasarrufun İptali Davalarında İspat**, Yetkin, Ankara, 2015.

Kendigelen

Abuzer, **Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Onikilevha, İstanbul, 2016. (“Kanun” olarak kısaltılmıştır)

Kendigelen

Abuzer,

Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, XII Levha, İstanbul, 2016. (“Yenilikler ve İlk Tespitler” olarak kısaltılmıştır)

Kenyon – Slade

Stephen,

Mergers And Takeovers In The US And UK Law And Practice, 1. Published, Oxford University Pres, New York, 2004.

Kesici Buğra,

Rekabet Hukuku’nun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, Onikilevha, İstanbul, 2017.

Keşaplı Onur,

İşletmelerin Sosyal Medya Hesapları Üzerinden Kurmuş Oldukları İletişiminin Marka Değeri Üzerine Etkisi, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 7, S. 2, 2017.

Kılıç Daldal Suzan,

Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Kullanımı (Amblem ve Diğer Unsurlar), Ankara Barosu FMR Dergisi, 2020/2, Ankara, 2020.

Kılıçoğlu

Ahmet M.,

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Genişletilmiş 22. Bası, Turhan, Ankara, 2018. (“Borçlar Hukuku” olarak kısaltılmıştır)

Kılıçoğlu

Ahmet M.,

Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre), Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018. ("Fikri Haklar" olarak kısaltılmıştır)

Kırca İsmail,

Esnaf ve Sanatkarlar İle Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, Batıder, Cilt XXIV, S. 2, s. 295 – 304, Ankara.

Kocabaşoğlu Özgür,

Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı, 2019 tarihli makale, Erişim: <http://www.erdem-erdem.av.tr>.

Kocaman Arif B.,

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü Borç İlişkileri Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi (Temsil – Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme – Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme – Alacağın Devri – Havale), Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2014.

Kocayusufpaşaoğlu/

Hatemi/

Serozan/

Arpacı,

Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 2010 4. Bası'dan, 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.

Konak Fatih/

Çitak Levent,

Şirket Birleşme ve Devralmalarının Firma Performansına Etkisi: Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkeler Üzerine Karşılaştırmalı Analiz, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, S. 16, Trabzon, 2018.

Köseoğlu Cengiz

Ali,

İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta, İstanbul, 2004.

Kunz Lena,

J. Von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen, Buch 5. Erbrecht. Einleitung Zum Erbrecht § 1922 – 1966 (Erbfolge), Sellier – de Gruyter, Berlin, 2017.

Kurt Ekrem,

Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, İstanbul, 2013.

Kuru Baki,

Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, AÜHFD, Cilt 27, S. 1-2, Ankara, 1971. (“Ticareti Terk” olarak kısaltılmıştır)

Kuru Baki,

İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 2013. (“El Kitabı” olarak kısaltılmıştır)

Li Charlene/

Bernoff Josh,

Graundswell: Winning in a World Transformed by Social Teknologies, Harvard Business Review, Boston, 2011.

Lindsay Alistair,

The EC Merger Regulation: Substantive Issues, 2. Edition, Thomson (Sweet&Maxwell), London, 2006.

Maraşlı Dinç

Yasemin,

Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti Dijital Miras, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 142, Ankara, 2019.

McCann Joseph E./

Gilkey Roderick,

Joining Forces, Creating & Managing Successful Mergers & Acquisitions, Prentice Hall, New Jersey, 1988.

Memişoğlu Sami

Özgür,

Marka Hukuku'nda Mutlak Ret Sebepleri, Seçkin, Ankara, 2019.

Memiş Tekin/

Nal Temel/

Suluk Cahit,

Telif Hukukunda Yayın Sözleşmesi Örnekleri, İstanbul Ticaret Odası Yayını Yayın No 2009-25, Mevzuat Yayınları, İstanbul, 2009.

- Meral Nevin, **Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri'nde Sözleşmelerin Devri**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 5, S. 1, Malatya, 2014.
- Meran Necati, **Marka Hakları ve Korunması**, Güncellenmiş Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- Mimaroglu Sait
- Kemal, **Ticaret Hukuku 1. Cilt İşletme Hukuku (Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme)**, Genişletilmiş 3. Baskı, Sevinç, Ankara, 1978.
- Moroğlu Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2016. ("TTK" olarak kısaltılmıştır)
- Moroğlu Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Onikilevha, İstanbul, 2017. ("Genel Kurul" olarak kısaltılmıştır)
- Mucuk İsmet, **İşletme**, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Ders Kitabı, İstanbul, 2019. ("İşletme" olarak kısaltılmıştır)
- Mucuk İsmet, **Modern İşletmecilik**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018. ("İşletmecilik" olarak kısaltılmıştır)

Narbay Şafak/

Kesici Buğra, **Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015/1, Ankara, 2015.

Nomer Ertan Füsün, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanun’unda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 - 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012.

Nomer N. Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

Nomer Haluk Nami/

Ergüne Mehmet

Serkan, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 6. Bası, Onikilevha, İstanbul, 2019.

Noyan Erdal/

Güneş İlhami, **Marka Hukuku**, 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2015.

Ocak Nazmi, **Rekabet Hukuku’nda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hakim Durumunun Tespiti**, Beta, İstanbul, 2016.

- Odabaşı K. Fatma, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması**, 1. Baskı, Seçkin Ankara, 2015.
- Odman Boztosun
- N. Ayşe, **Türkiye İçin Nasıl Bir Rekabet Mevzuatı ve Uygulaması? Rekabet Kurumu İçin Yeni Açılımlar**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII, Rekabet Kurumu Yayını, N. 237, Ankara, 2009.
- Oğuz Arzu, **Bir Sınai Hak Türü Olarak Coğrafi İşaret Koruması**, Legal Fikri ve Sınai haklar Dergisi, Cilt 5, S. 19, İstanbul, 2009.
- Oğuzman Kemal/
- Seliçi Özer/
- Oktay Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz, 22. Baskı, İstanbul, 2020.
- Oğuzman M. Kemal/
- Barlas Nami, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 23. Bası, Vedat, İstanbul, 2017.
- Oğuzman M. Kemal/
- Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat, İstanbul, 2018.
- Okkaoğlu Çiğdem
- Gizem, **Yoğunlaşma Kontrolünde Büyük Veri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2020.

- Oktar İsmail Mert, **Ticari İşletmenin Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Ozanemre Yayla
- Hatice Tolunay, **Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt I, S. 22, İstanbul, 2016
- Ozanoğlu Hasan
- Seçkin, **Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, S. 1-2, Ankara.
- Önen Mesut, **İşletme Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2006.
- Özbey Can, **Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- Özçelik Pelin, **Ticaret Şirketlerinde Asimetrik Bölünme ve Sonuçları**, Mali Hukuk Dergisi, Cilt 17, S. 197, 2021.
- Özdamar Mehmet, **Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, S. 2, İzmir, 2006.

Yatağan Özkan

Çiğdem, **Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışının Genel Kurul Kararına Bağlanması Üzerine Düşünceler**, Onikilevha, İstanbul, 2020.

Özkaraca Ercüment, **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi Ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 2008. (“İşyeri Devri” olarak kısaltılmıştır)

Özkaraca Ercüment, **İşyeri Devri, Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk (Karar İncelemesi)**, Çalışma Ve Toplum (Ekonomi Hukuk Dergisi), Cilt 2009/1, S. 20, İstanbul, 2009. (“Karar İncelemesi” olarak kısaltılmıştır)

Özşahin Ahmet

Baybars, **Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar**, Yetkin, Ankara, 2018.

Öz Turgut, **Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi**, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat, İstanbul, 2013. (“Ticari İşletme” olarak kısaltılmıştır)

Öz Turgut, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler Ve Yenilikler**, 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2012. (“Yenilikler” olarak kısaltılmıştır)

Öztürk Berna, **Sözleşmenin Devri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 125, Ankara, 2016.

- Paket Sabure, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, Yetkin, Ankara, 2014.
- Pakyürek Şemenoğlu
- İlknur, **Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması**,
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.
- Pamukçu Ayşe/
Türkoğlu Ferah/
- Eroğlu Zeynep, **Yeni Türk Ticaret Kanun'unun Ticari İşletme, Birleşme, Bölünme ve Denetime İlişkin Düzenlemelerinin Vergi Hukukuna Etkileri**, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat, İstanbul, 2013.
- Parasız İlker/
Ekren Nazım/
- Tuna Yusuf, **İktisat**, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2013.
- Paslı Ali, **Marka Hukuku'nda Ürün Benzerliği**, Vedat, İstanbul, 2018.
- Pınar Hamdi, **Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli Şikayet Siteleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 36, S. 2, Ankara, 2020.
- Pira Aylin/
Kocabaş Füsün/
- Yeniçeri Mine, **Küresel Pazarda Marka Yönetimi ve Halkla ilişkiler**, Dönence Yayınları, İstanbul, 2005.

Poroy Reha/

Tekinalp Ünal,

Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat, 22. Bası, İstanbul, 2018.

Poroy/Yasaman

Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Poroy Reha/

Tekinalp Ünal/

Çamoğlu Ersin,

Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Beta, İstanbul, 1995.

Rakıcı Cemil/

Aktuğ Muhammet,

Gelir Kavramına Yönelik Farklı Görüşler ve Türk Vergi Sisteminin Gelire Yaklaşımı, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 20, S. 4, Bolu, 2020.

Reisoğlu Safa,

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2014. (“Borçlar Hukuku” olarak kısaltılmıştır)

Reisoğlu Safa,

Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, S Yayınları, Ankara, 1984. (“Eşya Hukuku” olarak kısaltılmıştır)

Rekabet Kurumu,

Tüketiciler İçin Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2016.

- Rekabet Kurumu, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, Rekabet Kurumu Yayını, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 2019.
- Rekabet Kurumu, **Rekabet Hukuku Uyum Programı**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2016.
- Rekabet Kurumu, **Kobiler İçin Rekabet Hukuku Hepimiz İçin Rekabet**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2016.
- Rekabet Kurumu, **Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2019**, Ankara, 2020. (Erişim: www.rekabet.gov.tr 11.11.2021)
- Rowley J. William/
Campbell A. Neil, Multi-Jurisdictional Merger Review – Is It Time for a Common Form Filling Treaty?, www.mcmillan.ca/Upload/Publication/Multi-Jurisdictional, 1999.
- Sağlam İpek, **Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, S. 1, İstanbul, 2013. (“Ürün Kirası” olarak kısaltılmıştır)
- Sağlam İpek, **Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, S. 1, İstanbul, 2013. (“İşletme Unsurları” olarak kısaltılmıştır)

- Sarıca Ayşe, **Türk Ticaret Hukuku (Ticari İşletme Hukuku, Şirketler Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku)**, 01.07.2012 Tarihinde Yürürlüğe Giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış 10. Baskı, Savaş, Ankara, 2016.
- Sarı Onur, **Patent Lisans Sözleşmeleri**, Seçkin, Ankara, 2019.
- Semerci Vuraloğlu
- Tuğba, **Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı**, Onikilevha, İstanbul, 2018.
- Serozan Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 2006.
- Sevinçler Nazım, **TTK, TBK, İİK Işığında Ticari İşletme Devri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Sirmen A. Lale, **Eşya Hukuku**, Yetkin, 6. Baskı, Ankara, 2018.
- Slade Kenyon
- Stephen, **Mergers and Takeovers in the US and UK**, 1. Published, Oxford University Press, New York, 2004.
- Solmaz Ekrem, **Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri**, Rekabet Kurumu Yayını, Uzmanlık Tezleri Serisi N. 105, Ankara, 2009.
- Songur Damla, **Türk Ticaret Kanunu'nun 408/2-f Hükmü Kapsamında Anonim Şirketlerin Ticari İşletmelerinin Devri**, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, S. 14, Antalya, 2019.

Sönmez Tatar

Gülsüm, **İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi**, Tühis Yayınları
Ankara, 2011.

Sulu Muhammed, **Ticari İşletmenin Bütünlüğü Kavramına Dair Tespitler**,
Legal Hukuk Dergisi, Cilt 19, S. 219, İstanbul, 2021.

Suluk Cahit/

Orhan Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar**,
Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2008.

Suluk Cahit/

Karasu Rauf/

Nal Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2018.

Süzek Sarper, **İş Hukuku**, 15. Baskı (Tıpkı Basım), Beta, İstanbul, 2018. (“İş
Hukuku” olarak kısaltılmıştır)

Süzek Sarper, **İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları**, 9 Eylül Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, İzmir, 2014.
 (“İşyeri Devri” olarak kısaltılmıştır)

Svit Kommentar, **Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Auflage,
Zürich-Basel-Genf, 2008.

Şafak Ali/

Diren Duygu/

Baklacı Çakıroğlu

Evren/

Öztürk Almac

Tuğçe,

Alacağın Temliki, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

Şahin Ayşe,

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat, İstanbul, 2013.

Şahin Murat,

Rekabet Hukuku'nda Tazminat Talepleri, Onikilevha, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, 2018.

Şener Oruç Hami,

Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016. ("Ticari İşletme" olarak kısaltılmıştır)

Şener Oruç Hami,

Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Adalet, Ankara, 2015. ("Ticari Temsilci" olarak kısaltılmıştır)

Şener Oruç Hami,

Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıya, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, S. 1, İzmir, 2004. ("Ticari Defter" olarak kısaltılmıştır)

Taneri Esin/

Kimiran Dilşad/

Özbek Ayça,

Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Pay

Devrine Etkileri, 2016 tarihli makale, Erişim:

<http://www.goksusafiisik.av.tr>.

- Taşkın Ahmet, **İş Hukukunda İşletme Kavramı**, Çalışma ve Toplum, 2012/1, Ankara, 2012.
- Tekelioğlu Yavuz, **Coğrafi İşaretler ve Türkiye Uygulamaları**, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 15, Yıl 8, İstanbul, 2019.
- Tekinalp/Çamoğlu, **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve İkincil Düzenlemeler**, Güncelleştirilmiş 15. Bası, Vedat, İstanbul, 2014. (“Kanun” olarak kısaltılmıştır)
- Tekinalp Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2012. (“Fikri Mülkiyet” olarak kısaltılmıştır)
- Tekinalp Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015. (“Sermaye Ortaklıkları” olarak kısaltılmıştır)
- Tekinalp Ünal, **Ticari İşletmenin TTK m. 11/3’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015. (“Borçların Yazgısı” olarak kısaltılmıştır)
- Tekinay Selahattin
- Sulhi/
- Akman Sermet/

Burcuoğlu Haluk/

Altop Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.

Teoman Ömer, **Bir Ticaret Ortaklığının Faaliyetlerini Bölünme veya Ayrılma Sureti İle Başka Ortaklara Devretmesi**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 9, İstanbul, 2000.

Topçu Deniz, **Patent Lisans Sözleşmeleri**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

Topçuoğlu Metin, **Yeni TTK'nın ve Yeni TBK'nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 8, S. 81, 2013.

Topuz Murat, **Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, S. 2 (Özel Sayı “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken” 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu), İstanbul, 2012.

Topuz Seçkin/

Canbolat Ferhat, **Kira İlişkisinin Devri Yeni Türk Borçlar Kanununun İlgili 323'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95, Ankara, 2011.

Toroslu M. Vefa, **VUK ve TTK Kapsamında Ticari Defterler ve Belgeler**, Vedat, İstanbul, 2018.

- Trigo Trindade Rita, **Le Transfert De Patrimoine**, Schweizerische Zeitschrift Für Wirtschafts – Und Finanzmarktrecht, Schulthess, 2004.
- Tuhr Andreas von, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Birinci Cilt**, Tercüme Eden Av. Cevat Edege, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.
- Tuna Ergun/
- Göç Gürbüz Diğdem, **Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak**, Beta, İstanbul, 2018.
- Türk Hikmet Sami, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986. (“Birleşme” olarak kısaltılmıştır)
- Türk Hikmet Sami, **KİT’lerin Bölünmesi**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIII (5-6 Nisan), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996. (“Bölünme” olarak kısaltılmıştır)
- Türkmen Emre, **Tacirin Ticareti Terkinin İcra ve İflas Kanunu’nun 44. Maddesi Bağlamında Hüküm ve Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013.
- Umur Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- Uyar Talih, **Tasarrufun İptali Davaları (İİK m. 277 – 284)**, Bilge, 1. Baskı, Ankara, 2017. (“İptal Davaları” olarak kısaltılmıştır)

- Uyar Talih, **Muvazaa Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları**, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, Ankara, 2017. (“Muvazaa” olarak kısaltılmıştır)
- Uygur Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012.
- Uyumaz Alper/
- Türk Mehmet Cemil, **Ticari İşletme Kirası Kavramı ve Ticari İşletme Kirasının Kuruluşu**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 18, S. 213, İstanbul, 2020.
- Uzel Necdet, **Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun**, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017.
- Üçok Coşkun/
- Mumcu Ahmet/
- Bozkurt Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, Yeniden Düzenlenip, Gözden Geçirilmiş, Ekli Sekizinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1996.
- Üçüncü S. Hilal, **Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Ankara, 2013.

Ülgen Hüseyin/

Arıcı M. Fatih,

**İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak
Malvarlığı Devri**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan II, XII
Levha, İstanbul, 2010.

Ülgen Hüseyin/

Helvacı Mehmet/

Kaya Arslan/

Nomer Ertan

N. Füsün,

Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden
Yazılmış 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.

Ülgen Hüseyin/

Yalçın Azmi,

Temel İşletmecilik Bilgisi, Akademisyen, 7. Baskı, Ankara,
2018.

Varol Nazlı,

**Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler
ve Taahhütler**, Rekabet Kurumu Yayını, Uzmanlık Tezleri
Serisi N. 101, Ankara, 2009.

Velidedeoğlu Hıfzı

Veldet/

Özdemir Refet,

Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayını
No. 19, Ankara, 1987.

Vogel Alexander/

Günter Michael, **Der Vertragsübergangen nach Fusionsgesetz**, AJP/PJA, Dike Verlag, Zürich, 2012.

von Tuhr Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Birinci Cilt**, Tercüme Eden Av. Cevat Edege, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.

Wiegand Wolfgang, **Die Überleitung von Rechtsverhältnisse**, in: Wiegand Wolfgang, **Rechtliche Probleme der Privatisierung**, Bern, 1998.

Yanlı Veliye, **Yeni Türk Ticaret Kanununda Ticaret Sicili**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012.

Yasaman Hamdi, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar, Patentler ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (“Fikri Mülkiyet” olarak kısaltılmıştır)

Yasaman Hamdi, **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları V**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. (“Marka Hukuku” olarak kısaltılmıştır)

Yasan Mustafa, **Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 Sayılı TTK ve 6098**

Sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme), Batıder, Cilt XXIX, S. 3, Ankara, 2013.

Yavuz Cevdet, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Borcun Üstlenilmesi (m. 195 – 204) İle Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma (m. 205 – 206) Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014. ("Seminer Sungurbey" olarak kısaltılmıştır)

Yavuz Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014. ("Borçlar Özel" olarak kısaltılmıştır)

Yavuz Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt I**, İkinci Baskı, Adalet, Ankara, 2015. ("Şerh" olarak kısaltılmıştır)

Yavuz Nihat, **Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku**, Genişletilmiş 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. ("Kira Hukuku" olarak kısaltılmıştır)

Yazar Ömer Volkan, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Yapısal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 168, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2020.

Yıldırım

Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Adalet, Ankara, 2016.

Yıldırım M.

Kamil,

Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi,

Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, S. 2, İstanbul, 2013.

Yıldız Şükrü,

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sifatının Kazanılması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25 – 26 Kasım 2011 Sempozyumu, İstanbul, 2012.

Yıldız Burçak,

Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, S. 1, Malatya, 2018.

Yılmaz Ejder,

Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996.

Yener Merve İrem,

Sınai Mülkiyet Fikir ve Sanat Eserleri Temel Mevzuatı, Bilge, Ankara, 2017.

Yolal Oğuz,

Ticari Vekil, Seçkin, Ankara, 2020.

Yongalık Aynur,

6102 sayılı TTK'da Ticari İşletme – Sigorta Hukuku, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Ankara, 2011.

Yurtoğlu Can

Mücella,

Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Yusufoğlu Fülürya,

Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Yücel Yonca F., **Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme**, Türkiye Barolar Birliği, S. 91, Ankara, 2010.

Zevkliler Aydın/

Gökyayla K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013

