

# TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE YENİ DÖNEM: ESKİ VE YENİ SORUNLAR

Yard. Doç. Dr. Koray Demir\*

## GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla özel hukukta yeni bir döneme girmiş bulunmaktayız. Anılan tarihte 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK), yerini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) bırakırken, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK), yerini 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) bırakmak suretiyle yürürlükten kalktı.

1 Temmuz 2012 öncesi dönemde, hukukumuzda, işbu çalışmanın konusunu teşkil eden ticari işletmenin devri ile ilgili kendi içerisinde bir bütünlük arz eden bir düzenleme bulunmamaktaydı ve eTTK, ticari işletme ticaret hukukunun temel kavramı olmasına rağmen ve eTTK'nın 51. maddesi 2. fıkrası görmezden gelinecek olursa, ticari işletmenin devri ile ilgili bir suskunluk içerindeydi. Öğretide baskın bir çoğunluk ve onu takip eden uygulama ise, eBK'nın 179. maddesinden hareketle bu boşluğu, şu şekilde sıralanabilecek önermelerle doldurmaktaydı:

- Ticari işletmenin devri, işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün halinde devredilmesidir.<sup>1</sup>

- Devir sözleşmesi aktiflerin bir kısmını devir dışı bırakabilir. Ancak, sözleşmeye konu aktiflerin işletmenin devamını sağlayacak miktar ve nitelikte olması gerekir.<sup>2</sup>

- eBK'nın 179. maddesi emredici niteliktedir; aktiflerin devrini öngörmesine rağmen, pasifleri sözleşme dışı bırakan bir devir sözleşmesi geçersizdir<sup>3</sup> veya böyle bir durumda, pasiflerin de devredildiğinin kabulü gerekir<sup>4</sup>. Çünkü mevcut aktifler, alacaklılar açısından pasiflerin doğal güvencesi niteliğindedir.<sup>5</sup>

---

\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Pek çokları yerine bkz. **Kendigelen Abuzer**, Ticari İşletme, Ülgen Hüseyin/Teoman Ömer/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer-Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009 içerisinde, s. 127-207, N. 519.

<sup>2</sup> Pek çokları yerine bkz. **Bahtiyar Mehmet**, Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2011, Sayı 106, s. 3889-3910, s. 3892.

<sup>3</sup> Pek çokları yerine bkz. **Arkan Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2011, s. 42.

<sup>4</sup> **Kendigelen**, N. 520.

<sup>5</sup> Pek çokları yerine **Arkan** (2011), s. 42.

- İşletmenin devri, kural olarak müşteri çevresini de kapsadığından, devir sözleşmesinde açıkça öngörülmemiş olsa dahi, devreden, devredilen işletme lehine bir rekabet etmeme borcu altındadır; bu borç, Medeni Kanun'un (MK) 2. maddesinden kaynaklanmaktadır.<sup>6</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere, anılan bu önermeler öğretilerde büyük bir çoğunluğun görüşlerini ifade etmekle birlikte, tartışmadan da uzak değildi. Özellikle, devrin pasifleri de kapsamı zorunluluğu şeklinde özetlenebilecek üçüncü görüş, en geç *Arıcı*'nin çalışmasında getirdiği kapsamlı eleştiriler<sup>7</sup> ile yeniden tartışmaya açılmış bulunmaktaydı. Aynı şekilde, tartışmalı olmamasına rağmen, devreden zımni rekabet yasağı şeklinde nitelendirilebilecek dördüncü görüşün de daha yakından incelenmesi zorunluluğu kendisini hissettirir niteliktedir.

1 Temmuz 2012 sonrası dönemde ise, ticari işletmenin devri hususunda borçlar hukuku bağlamında önemli bir değişiklik yaşanmazken, TTK, bu alandaki suskunluğunu bozmuş görünmektedir: eBK'nın konu ile ilgili merkez hükmü olan 179. maddesi özünü korumak suretiyle TBK'nın 202. maddesinde ifadesini bulmaya devam ederken, TTK, ticari işletmenin devrini yakından ilgilendirebilecek iki yeni hüküm ihtiva etmektedir; bunlar, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası ve 194. maddesi 1. fıkrasıdır.

Anılan ilk hüküm, özü itibarıyla, ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmelerin yazılı yapılacağını, ticaret siciline tescil ve ilan edileceğini ve yine, ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının (aktif ve pasiflerinin) devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün olarak devredilebileceğini hükme bağlamaktadır. TTK'nın 194. maddesi 1. fıkrası ise, bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebileceğini ve bu halde, devralan şirketin türüne göre, TTK'nın 138 ila 140, 142 ila 158 ve ortak hükümlerden 191 ila 193. madde hükümlerinin kıyasen uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Ancak, TTK'nın ticari işletmenin devri konusunda suskunluğunu bozması yeni tartışmaları da beraberinde getirmiş görünmektedir:

Yeni dönemde çıkan ilk yayınlara bakıldığında ilk olarak görülmektedir ki, 1 Temmuz 2012 sonrası dönemde de öğretinin büyük bir kısmı yukarıda kısaca ele alınan ve pasiflerin devri zorunluluğu olarak nitelendirilebilecek görüşü devam ettirmektedirler.<sup>8</sup> Aynı şekilde devreden, sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi uymakla yükümlü olduğu zımni bir rekabet yasağı altında olduğuna yönelik görüş de yeni dönemde ekseriyetle dile getirilmeye devam etmektedir.<sup>9</sup>

Bu iki husus dışında yeni dönem kaynaklarda, özellikle TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası dolayısıyla, devir sözleşmesinin bir taahhüt ya da tasarruf işlemi mi olduğu ve mezkur maddede anılan ticaret siciline tescilin kurucu veya

<sup>6</sup> Pek çokları yerine bkz. **Kendigelen**, N. 544.

<sup>7</sup> Bkz. **Arıcı, Mehmet Fatih**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 140 vd.

<sup>8</sup> Örnek kabilinden bkz. **Arkan Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2012, s. 42 ve **Karahan Sami**, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Konya 2012, s.34.

<sup>9</sup> Bkz. **Arkan** (2012), s. 44 ve **Karahan**, s. 35.

açıklayıcı niteliği mi haiz bulunduğu gibi sorular üzerinde tartışıldığı ve farklı görüşlerin ortaya atıldığı da dikkat çekmektedir. Örneğin *Arıcı*, henüz tasarı aşamasındayken anılan hüküm dolayısıyla dile getirdiği görüşlerinde, mealen, tescilin esasen kurucu nitelikte olması gerektiğini, ancak anılan maddede bu yönde bir açıklık olmadığı için ve maddenin bu haliyle kalması halinde, TTK'nın 36. maddesi dolayısıyla tescilin açıklayıcı niteliğinin kabulü zorunluluğunun doğacağını belirtmektedir.<sup>10</sup> Benzer şekilde *Bahtiyar* da, devir sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmasına girmeksizin, ticaret siciline tescil işlemlerinin kural olarak açıklayıcı nitelikte olduklarından ve anılan hükümde aksi yönde bir açıklık bulunmamasından kaynaklanan eksiklik dolayısıyla, maddede anılan tescilin açıklayıcı etkiyi haiz olduğunun kabulü gerektiğini savunur görünmektedir.<sup>11</sup> *Aydın* ise, mealen, ticaret siciline tescilin kural olarak açıklayıcı mahiyette olması dolayısıyla, buradaki tescilin de bu mahiyette görülebileceğini, ancak, tescilin kurucu mahiyette olduğu yönündeki bir yorumun hukuk güvenliği bakımından daha isabetli olacağını dile getirdikten sonra, devir sözleşmesinin bir taahhüt işlemi olduğundan ve tasarruf işleminin de ticaret siciline tescil safhasında aranması gerektiğinden bahsetmektedir.<sup>12</sup> Diğer taraftan *Tekinalp*, devir sözleşmesinin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu görüşünü temsil etmekte, tescil işleminin ise kurucu etkiyi haiz olduğunu belirtmektedir.<sup>13</sup> *Arkan* da, tescilin etkisi hakkında görüş belirtmeksizin, *Tekinalp*'ın yukarıda belirtilen görüşüne atfen, devir sözleşmesinin aynı zamanda tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu belirtmektedir.<sup>14</sup>

Son olarak, yine yeni dönem kaynaklarda, ticari işletmenin devri ile ilgili genel manada bir uyum sorunundan da bahsedildiği görülmektedir. Buna göre TBK'nın 202. maddesi, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası ve yine, TTK'nın 194. maddesi 1. fıkrasının yeri, gerekliliği, uygulama alanlarının birbiri ile sınırlandırılması ve uyumu sorunlu olarak addedilmektedir.<sup>15</sup>

İşte bu noktada, işbu çalışma içerisinde, yukarıda kısaca izahı verilmeye çalışılan sorunlu alanlara değinilmeye çalışılacak; eski dönemde dile getirilen ve yeni dönemde de dile getirilmeye devam edilen görüşlere eleştirel açıdan yaklaşmaya, yeni dönemin beraberinde getirdiği yeni sorular hususunda görüş bildirilmeye çalışılacaktır. Ancak öncesinde, bütün bu tartışmaların temelinde ticari işletmenin hukuki nitelendirilmesindeki belirsizliğin yattığı düşünüldüğünden bu hususa değinilerek başlanacaktır.

<sup>10</sup> Bkz. **Arıcı**, s. 215.

<sup>11</sup> Bkz. **Bahtiyar**, s. 3897 ve 3898.

<sup>12</sup> Bkz. **Aydın Alihan**, 6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 25-26 Kasım 2011 içerisinde, s. 9-20, s. 18 ve 19.

<sup>13</sup> Bkz. **Tekinalp Ünal**, Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, *Batider*, Haziran 2008, Cilt XXIV, Sayı 3, s. 5-16, s. 12 ve 13.

<sup>14</sup> **Arkan** (2012), s. 42.

<sup>15</sup> Bkz. **Bahtiyar**, s. 3904.

### I. Ticari İşletmenin Hukuki Niteliği

Yukarıda da kısaca değinildiği üzere, bugün için ticari işletmenin devri dolayısıyla yaşanan tartışmaların temelinde ticari işletmenin hukuki niteliği çevresinde şekillenen belirsizliğin yattığı düşünülmektedir. Ticari işletmenin hukuki niteliğini tek bir cümle ile ifade etmek doğal olarak mümkün değildir. Çünkü ticari işletme, içerdiği şahsi, maddi ve gayri maddi unsurları, ticaret hayatında işletme dolayısıyla girilen tedarik ve müşteri ilişkileri ve tüm bunların organizasyonu dolayısıyla oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir. Ancak yine de, işletmenin hukuki niteliği konusunda ikili bir ayrıma gitmek ve negatif olasılıkları da açıklamalara dahil etmek suretiyle, hukuki nitelik sorusunu tahlil etmek mümkün görünmektedir. Buna göre, ticari işletmenin hukuken vasıflandırılmasında ilk soru, işletmenin, sözleşme ilişkileri dolayısıyla büründüğü vasfın tahlili, ikinci soru ise, işletmeyi meydana getiren unsurların hukuken nitelendirilmesine ilişkindir.

Ticari işletmenin sözleşme ilişkileri dolayısıyla hukuki vasfı hususunda ilk olarak, ticari işletmenin bir hukuk süjesi olmadığını belirtmek gerekir. Yani, ticari işletmenin bir hukuki kişiliği yoktur.<sup>16</sup> İşletme, bir sözleşmeye taraf ve sözleşme dolayısıyla hak sahibi olamaz, aynı şekilde borç altına da giremez. İşletme dolayısıyla hak sahibi olabilmek ve borç altına girebilmek, işletmenin hukuk düzeni içerisinde taşıyıcısı konumunda bulunan kişiye ait özelliklerdir; bu kişi ise, TTK'nın 16. maddesi 2. fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, tacirdir. Bir diğer ifadesi ile, ticari işletmenin hak ve borçları yoktur, hak ve borçlar tacirin uhdesinde doğar. Hukuk dilinde bazı durumlarda, ticari işletmenin aktif ve pasiflerinden, işletmenin alacak ve borçlarından bahsediliyor olması ise, işletmenin hukuk süjesi olmasından değil, muhasebe kişiliği olmasından kaynaklanmaktadır<sup>17</sup>. Kullanılan bu lisan, tacirin her bir işletmesi düzeyinde ayrı ayrı defter tutmak yükümlülüğü altında olmasından ve işletme dolayısıyla tacirin edindiği alacak ve borçların ticari işletme özelinde kayda geçiriliyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Ticari işletmenin sözleşmeler dolayısıyla bürünmesi muhtemel bir diğer vasfı ise, hukuki obje vasfıdır. Hukuki obje tabiri, genel anlamıyla, bir şeyin sözleşmeye konu olabilmesi ile alakalıdır. Bu manada, eğer ticari işletme de, kendisini meydana getiren tüm unsurlarla birlikte bir bütün halinde bir sözleşmeye konu olabilecekse, onun hukuki obje niteliğini tanımak gerekecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, İsviçre Hukuku'nda ticari işletmenin bu manada bir hukuki obje niteliği kabul edilmemektedir. Çünkü, anılan hukuk sistemi öğretisinde hakim görüş, ticari işletmenin devrine yönelik bir sözleşmenin, işletmenin en azından lisans, kira vb. nitelikte, sürekli borç doğuran sözleşmelerine şamil olmayacağı yönündedir ve bu nedenle bir bütün olarak sözleşmeye konu edilemeyeceğinden bahisle, ticari işletmenin hukuki obje vasfını da reddetmektedir.<sup>18</sup> Ancak anılan tereddüt, kanaatimce Türk Hukuku açısından

<sup>16</sup> **Kendigelen**, N. 447.

<sup>17</sup> Bkz. **Karayalçın Yaşar**, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 36.

<sup>18</sup> Bkz. **Druey, Jean Nicolas**, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, N. 56 ve **Tschäni Rudolf**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2011 içerisinde, Art. 181, N. 9.

geçerli değildir. En geç TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasının yürürlüğe girmesiyle, Türk Hukuku'nda sürekli borç doğuran sözleşmeler de dahil<sup>19</sup> işletmenin bir bütün olarak devir sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmekle, ticari işletmenin hukuki obje niteliği de kabul edilmiş olmaktadır. Ancak işletmenin hukuki obje niteliğinin tanınması, aşağıda da açıklanmaya çalışılacağı üzere, kendisini oluşturan unsurlar arasında bir hukuki kader birliği yaratıldığı anlamına da gelmemektedir. Özetle: Girişilen sözleşme ilişkileri bakımından ticari işletme, hukuk süjesi olmamakla birlikte, bir bütün halinde sözleşmeye konu olabildiğinden, hukuki obje olarak nitelendirilebilecektir.

Ticari işletmenin hukuki niteliği konusunda aydınlatılması gereken bir ikinci husus ise, yukarıda da belirtildiği üzere, işletmeyi meydana getiren malvarlığı unsurlarının bir bütün olarak nitelendirilmesidir. Kanaatimce, Türk Hukuku'nda, özellikle pasiflerin de devri zorunluluğu diye tabir ettiğimiz baskın görüşe yönelik sorun da bu husustaki nitelendirme güçlüğünden kaynaklanır görünmektedir.

Ticari işletmenin malvarlığı unsurlarını nitelendirmek konusunda *Hirsch*<sup>20</sup>, eski tarihli olmakla beraber, hala en doyurucu kaynak olarak ortaya çıkmaktadır. *Hirsch*'e göre bu hususta üç ihtimal bulunmaktadır: İşletme ya bir "şey", ya bir fiili birlik (*Universitas facti*) ya da bir hukuki birlik (*Universitas iuris*) olabilecektir:

*Hirsch*'e göre işletme, aynı haklar ve eşya hukuku anlamında, haklı şekilde bir "şey" olarak nitelendirilemez.<sup>21</sup> Çünkü bu yönde bir nitelendirme işletmeye özgülenmiş muhtelif eşyanın münferit ve hususi haklara konu olamaması anlamına gelir. Yine *Hirsch*'e göre, işletme bir fiili birlik de değildir.<sup>22</sup> Fiili birlik birçok şeyden meydana gelen bir eşya kümesidir. Kümeye dahil olan eşyadan her biri hukuki bağımsızlığını korur ve hususi haklara konu olabilir. Ancak anılan küme fiilen ve tesadüfi şekilde bir arada bulunmaktadır ve birbirleri ile ilişkilendirilmemişlerdir; ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında, özellikle bu son söylenen husus dolayısıyla ise, bir fiili birlikten de bahsedilemez. *Hirsch*'e göre ticari işletme, son tahlilde, bir hukuki birliktir.<sup>23</sup> Hukuki birlik bir çok haklardan mürekkep bir mal topluluğudur. Mevcut kümeye malvarlığı denir. Malvarlığının muhtelif kısımları elden çıkarılabilir veya yeni kısımlar iktisap edilebilir<sup>24</sup>; ancak, mamelekin sahipliği aynı kalır. Ticari işletmenin adı malvarlığından farkı, malvarlığının burada ticari bir amaca tahsis edilmiş olması ve ticari yöntem ve organizasyon dahilinde yürütülüp, idare edilmesidir.

Burada temsil edilen görüşe göre de, ticari işletmeyi bir hukuki birlik olarak nitelendirmek yerinde olacaktır. Ancak, yanlış anlaşılmaları önlemek adına

<sup>19</sup> Kanun bu manada kiracılık hakkını ve dolayısıyla kira sözleşmesini açıkça zikretmemektedir. İş Kanunu'nun 6. ve TBK'nın 428. maddesi ise, işyerinin devrinde hizmet sözleşmelerinin kanun gereği devralana geçeceğini hükme bağlamaktadır.

<sup>20</sup> **Hirsch, Ernst E.**, Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Prensipler-Ticari İşletme, İstanbul 1939, s. 164-167.

<sup>21</sup> **Hirsch**, s. 165.

<sup>22</sup> **Hirsch**, s. 166.

<sup>23</sup> **Hirsch**, s. 167.

<sup>24</sup> *Hirsch*'e göre devir sözleşmesinde bütün pasifleri hariç tutmak mümkündür. Bkz. **Hirsch**, s. 168.

şu hususların da eklenmesi ya da daha açık ifade edilmesi gereklidir: Ticari işletmenin bir hukuki birlik olarak nitelendirilmesi, onu oluşturan unsurların tesadüfen bir araya gelmediklerini, bir kişi eliyle, kural olarak tacir, bir araya getirildiklerini ve tahsis gayesi ve işlevleri dolayısı ile ve bununla sınırlı kalmak kaydıyla bir bütün arz ettikleri anlamına gelir. Hukuki birlik, birliği oluşturan maddi, gayri maddi unsurların hukuken aynı kaderi paylaştıkları bir eşya birliği (*Universitas Rerum*) oluşturdukları anlamına gelmez. Yine hukuki birlik, ticari işletmenin tacirin malvarlığı içerisinde yer alan, ancak ondan ayrılmış özel bir malvarlığı (*Sondervermögen*) olduğu ve tacirin de sorumluluğunun ticari işletmesi dolayısıyla bu malvarlığı ile sınırlandırıldığı anlamına da gelmez.<sup>25</sup> Hukuki birlikten kasıt, malvarlığının bir kişi tarafından bir araya getirildiği ve tahsis gayesi etrafında birleştirildiğidir.

Özetle: Ticari işletme, hukuk süjesi değildir; herhangi bir sözleşmeye taraf ve o sözleşme dolayısı ile hak ve borç sahibi olamaz. İşletmenin aktif ve pasiflerinden bahsediliyor olması onun muhasebe kişiliğinden kaynaklanır. İşletme bir bütün halinde sözleşme konusu olabildiğinden, hukuki obje niteliğindedir. Aynı zamanda ticari işletme, tahsis gayesi dolayısıyla da bir hukuki birlik arz eder. Ancak bu husus onu oluşturan muhtelif unsurlar üzerinde münferiden tasarruf edilemeyeceği anlamına gelmez.

## II. Ticari İşletmenin Devrine Hakim Temel Sorunlar

Ticari işletmenin hukuki niteliği hususunu, sonradan yapılacak açıklamalara ışık tutması için bu şekilde ele aldıktan sonra, işbu çalışma kapsamında sorunlu olarak addedilen ve giriş kısmında kısaca değinilen hususlara girmek mümkün olacaktır. Bu manada ilk olarak değinilmek istenen husus, öğretilerde çoğunlukla savunulan ve pasiflerin de devri zorunluluğu olarak nitelendirilebilecek görüştür.

### 1) Pasiflerin Devri Zorunluluğu

Yukarıda giriş kısmında da değinildiği üzere, 1 Temmuz 2012 sonrası dönemde dahi, öğretilerde büyük bir çoğunluk tarafından şu görüş paylaşılmaktadır: Ticari işletmenin aktiflerinin devrini öngörürken, pasiflerini devir dışı bırakan bir sözleşme, TBK'nın 202. maddesinin (eBK madde 179) emredici niteliği gereği geçersizdir. Öğretilerde bir başka görüş ise, bu yönde bir sözleşmenin pasifleri de kapsadığının kabulü gerekir şeklindedir. Her iki görüşün de temel gerekçesi, işletmenin aktiflerinin, pasiflerinin doğal güvencesini teşkil ettiği yönündedir. Kanaatimce her iki görüş de, gerek kanunun sistematığı ve anılan hükmün lafzı, gerek ticaret hayatının gereksinimleri ve alacaklıların korunması ve gerekse, karşılaştırmalı hukuk tahlili ve yasal dayanak açısından sıkıntılıdır. Ancak bu sıkıntılar ele alınmadan önce, kısaca işletmenin aktif ve pasiflerinden ne anlaşıldığının izahı gerekir:

İşletmenin aktif ve pasifleri, işletmenin bilanço hesapları ile ilgili terimleri ifade eder. Aktifler kendi aralarında ve bir hesap dönemi içerisinde paraya tahvil edilip edilemeyeceklerine göre, duran ve dönen varlıklar olarak ikiye ay-

<sup>25</sup> Aynı şekilde **Arkan** (2012), s. 34.

rılır:<sup>26</sup> Bu haliyle duran varlıklar, tacirin somut işletme dolayısı ile sahip olduğu uzun vadeli alacaklar, işletme bünyesinde yürütülen faaliyetin devamı için tahsis edilmiş maddi olan ve olmayan varlıklar, arsa, bina ve depo gibi taşınmazlar, mobilya, iş aletleri, motorlu araç gibi taşınırlar ile patent, marka, tasarım, lisans ve izinlerden müteşekkildir. Dönen varlıklar ise, kasa (cash), bankalardaki paralar, kısa vadeli alacaklar ile stoklardan oluşur. İşletmenin pasifleri ise, özü itibariyle, işletmenin kısa ve uzun dönem borçlarından ibarettir;<sup>27</sup> bu manada pasif terimi, borç terimi ile büyük ölçüde örtüşmektedir.

Bu meyanda öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK'nın 202. maddesi hem lafzı hem de kanunda bulunduğu yer itibariyle hakim görüşü destekler nitelikte değildir:<sup>28</sup> Anılan madde "Borcun Üstlenilmesi" başlığı altında düzenlenen İkinci Kısım'da, 196. maddede yer verilen temel kuralın istisnası şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, kural olarak, bir borcun naklinde alacaklının rızası aranırken, bir işletmenin aktif ve pasiflerinin birlikte devredilmesini öngören bir sözleşme mevcutsa şayet, her bir alacaklının rızasının alınmış olmasına bakılmaksızın, işletmenin pasifleri içerisinde yer alan borçların ihbar veya ilan tarihi itibariyle devralana geçtiği kabul olunacaktır. Anılan hüküm, bu yönüyle, ticari işletmenin devrine, doğrudan değil, işletmenin borçlarının bir küll halinde ve alacaklıların rızası aranmaksızın nakledilebileceğine ilişkindir.<sup>29</sup> Bu yönüyle hüküm, genel kural uyarınca ticari işletmenin her bir alacaklısının tek tek rızalarının alınması zorunluluğunun yaratacağı güçlüğü engellemek için öngörülmüş bulunmaktadır.<sup>30</sup> Devredenin ihbar, ilan veya muacceliyet tarihinden itibaren devralanla birlikte iki yıl boyunca sorumlu kalmaya devam etmesi de, tam olarak bu noktada önem arz etmektedir: Borcun nakli için rızası alınmamış olan alacaklı, bu süre içerisinde eski borçlusuna, yani, işletmeyi borçları ile birlikte devreden kişiye de başvurabilmek imkanına sahiptir.

Bu manada, anılan hükmün emredici niteliğinden de bahsetmek imkanı yoktur. Çünkü kanun, maddede anılan imkandan faydalanılabilmesi için, işletmenin aktif ve pasiflerinin devrini öngören iradi bir işlemi, sadece bir ön koşul olarak saymaktadır; yoksa işletmenin aktifi ile pasifini hukuken birbirine bağlamamaktadır. Diğer bir ifadesi ile bu hüküm, tarafların sözleşmelerinde pasiflerin de (borçların da) devrini serbest iradeleri ile kararlaştırmalarından sonra, borçların, (borçları) devralana, ihbar veya ilan tarihi itibari ile geçmiş sayılacağını ifade etmekten ibarettir.

Hakim görüş ticaret hayatının gereksinimleri ve alacaklıların korunması açısından da sıkıntılıdır. Hakim görüşün çıkış noktası alacaklıların alacaklarının karşılıksız kalmasının önlenmesi ve bu yoldan alacaklıların korunması olmakla birlikte, hakim görüşün kabulü halinde alacaklıların dahi mağdur olmaları söz konusu olabilecektir. Şöyle ki;

<sup>26</sup> Aktif tabiri ve içerdikleri için bkz. **Karayalçın**, s. 37 ile 46 ve **Tschäni Rudolf**, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 56.

<sup>27</sup> Bkz. **Karayalçın**, s. 47.

<sup>28</sup> Lafzi yorum ve sistematik açısından bkz. ve krş. **Arıcı**, s. 144-147.

<sup>29</sup> Benzer şekilde **Bahtiyar**, s. 3892.

<sup>30</sup> Aynı yönde **Arıcı**, s. 147.

Yukarıda ticari işletmenin hukuki niteliği başlığı altında da ifade edildiği üzere, tacir, ticari işletmeyi oluşturan muhtelif unsurlar üzerinde münferiden tasarruf edebilmek yetkisine sahiptir. Bu yetki, ticaret hayatının şart koştuğu esnekliğin bir gereğidir. Ticari işletmesini devretmek isteyen tacire, işletmeyi oluşturan her bir unsurdan dolayı mümkün olan en yüksek bedeli elde etmek ve müşteri çevresi gibi normal şartlar altında aktifleştiremeyeceği varlıkların da bedelini alabilmek imkanı tanınmalıdır. Ticari işletme, bu manada, bir metadır ve devri, her metada olduğu gibi, bir pazar üzerinden gerçekleşmektedir. Bu pazar, işletmeleri veya münferit unsurlarını devretmek isteyen(ler)in arzı ve devralmak isteyenlerin talebi üzerinden bir fiyat oluşturmaktadır. Bu manada, eğer tacire, hukuk eliyle, işletmenin paraya tahvil edilebilir kısımlarını (aktiflerini), borçları devretmeksizin devredemezsin denilirse, devralmakla ilgilenenlerin sayısı ve dolayısıyla talep düşecek, bu ise, devir bedelinin de düşmesine yol açacaktır. Ya da: Bir işletmeyi borçları ile birlikte devralmaya hazır bir kişi, borçlar devralınmaksızın ödemeye hazır bulunduğu bedelden daha azını da vermek isteyebilecektir. Bu durum ise, son tahlilde, işletmenin tasfiye bedeline, yani pasifler düşüldükten sonra elde edilen bir bedele yaklaşarak ya da eşitlenerek devredilmesi anlamına gelebilecektir.

Aynı noktadan hareketle, hakim görüşün dile getirdiği doğal güvence anlayışına da değinmek gerekir: Yukarıda da arz edildiği üzere, işletmenin aktifleri tacirin aktifleri, pasifleri de tacirin pasifleri olup, tacirin işletme dolayısı ile edindiği borçlardan sorumluluğu işletme değerleri ile sınırlı değildir. Bu manada, eğer tacir, işletmesinin aktiflerini, borçları devretmeksizin devrederse, devir karşılığı alınan bedel, bu devredilmeyen borçların güvencesi olmaya devam edecektir.<sup>31</sup> Aktiflerin devri ile tacirin malvarlığından çıkan mallar yok olmamakta, sadece paraya tahvil edilmektedir; bu duruma da muhasebe dilinde ikame prensibi<sup>32</sup> denmektedir.

Bu iki görüşü birleştirerek özet şeklinde ifade etmek gerekirse; pasifleri devretmeksizin aktiflerin devrinin hukuken mümkün olması halinde, tacir kural olarak tasfiye bedelinden daha yüksek bir bedel elde etmekte ve bu bedel devredilen aktiflerin yerine tacirin malvarlığına dahil olmaktadır. Tacir tüm malvarlığı ile işletmenin borçlarından sorumlu olduğu için de, alacaklıların mağduriyeti söz konusu olmamaktadır. Aksine, pasiflerin devir dışı bırakılması ile elde edilecek değer, pasiflerin birlikte devri ile elde edilecek değerden yüksek olduğu için, pasiflerin devrini sözleşme dışı bırakmayı mümkün kılan bir sistem alacaklıların daha da yararına olabilmektedir. Olası kötüye kullanma halleri için ise, zaten, İcra İflas Kanunu'muzun 280. maddesi 3. fıkrası hükmü mevcuttur.<sup>33</sup>

Bu noktada son olarak şu hususu da eklemek gerekir: Hakim görüşün karşılaştırmalı hukuk tahlili açısından da karşılığı yoktur. Şöyle ki; hakim görüşe temel teşkil eden madde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 181. maddesinin Türk Hukuku'ndaki karşılığıdır. Ancak, İsviçre Hukuku'nda anılan madde, yukarıda aksettirilmeye çalışıldığı haliyle, devrin pasifleri de içermesi gerektiği

<sup>31</sup> Aynı yönde **Arıcı**, s. 151.

<sup>32</sup> Anılan prensibin ayrıntıları ile ilgili bkz. **Hirsch**, s. 167.

<sup>33</sup> Benzer şekilde **Arıcı**, s. 151 ve 153 vd.



yönünde emredici bir hüküm olarak değil, borcun nakli müessesine getirilmiş bir istisna olarak anlaşılmaktadır.<sup>34</sup>

Alman Hukuku'na bakıldığında ise, görülmektedir ki, Türk Hukuku'nda devrin pasifleri de kapsamı gerekliliği yönündeki hakim görüş, 1910'lu yıllarda *Otto von Gierke ve Martitz* tarafından, Alman Medeni Kanunu'nun 419. maddesine dayanılarak savunulmuş, ancak savunulduğu dönemde *Reichsgericht* tarafından dikkate alınmamakla azınlık görüşü olarak kalmıştır.<sup>35</sup> Azınlık görüşüne dayanak teşkil eden 419. madde, bir malvarlığının aktifinin devri halinde pasifinin de devredilmiş sayılacağını açıkça öngörmekteydi; ancak, 1.1.1999 tarihinde yerine yenisi ikame edilmeksizin yürürlükten kaldırıldı. Bu yönde bir madde Türk Hukuku'nda hiç bir zaman yer almadığı için, Türk Hukuku'ndaki hakim görüş, yasal bir dayanaktan da mahrum görünmektedir.

Bu manada ve yukarıda anılan sebeplerden ötürü, Türk Hukuku'nda ticari işletme dolayısı ile pasiflerin de devri zorunluluğu yönündeki görüşün yeniden düşünülmesi yerinde olabilecektir.

## 2) Devredenin Zımnî Rekabet Yasağı<sup>36</sup>

Belki de yeniden düşünülmesi gereken görüşlerden bir diğeri de, ticari işletmenin devri sözleşmesinde açıkça öngörülmemiş olsa dahi, devreden uymakla yükümlü olduğu bir rekabet yasağı altında bulunduğu görüşüdür. Yukarıda giriş kısmında da değinildiği üzere, 1 Temmuz 2012 sonrası dönemde dahi, öğretilde büyük bir çoğunluk tarafından bu görüş, devrin kural olarak müşteri çevresini de kapsadığı hususuna dayandırılmakta ve yasal dayanağını MK'nın 2. maddesinde bulmaktadır.

Gerçekten de, ilk bakışta, anılan bu görüşe katılmamak zor görünmektedir. Çünkü, müşteri çevresi üzerinde hakimiyet kurulamadığından, onun, teknik olarak işletmeden ayrı bir biçimde devri de mümkün değildir.<sup>37</sup> Öyleyse, devir sözleşmesinde müşteri çevresinin de devredildiği yönünde bir beyan, MK'nın 2. maddesinde vücut bulan dürüstlük kuralı gereği, ancak, devreden, müşterilerin işletmeden kaçmalarını gerektirecek her türlü muameleden kaçınacağı yönünde bir taahhüdü olarak anlaşılabilir.<sup>38</sup>

Ya da; sözleşmede öngörülen müşteri çevresinin devri sayesinde işletme değeri adı altında ek bir bedel almış olan bir kişinin, sözleşmede bir rekabet yasağı öngörülmediğinden bahisle hemen ertesi gün ilgili pazara geri dönmesi ve "devrettiği" müşterilerini geri almaya çalışması, çelişkili bir hareket tarzı

<sup>34</sup> Bkz. **Tschäni**, Art. 181, N. 3.

<sup>35</sup> Bu hususta bkz. **Schricker Gerhard**, Probleme der Schuldenhaftung bei Übernahme eines Handelsgeschäfts, ZGR 1972, s. 121-156, s. 141'de dn. 91'de anılan kaynaklar ile s. 142.

<sup>36</sup> Bu başlık altında dile getirilen hususlar çalışma sahibinin doktora tezi dolayısıyla önceden de ele alınmış olup, Türk Hukuku'na uyarlanarak, özet şeklinde ve fazlaca değiştirilmeksizin aktarılmış bulunmaktadır. Aktarılan kısımların hangileri olduğu, detayları ve anılan çalışmada bulunmayıp da Türk Hukuku dolayısıyla eklenen kısımlar yeri geldikçe ilerleyen dipnotlarda gösterilmektedir.

<sup>37</sup> Bkz. **Demir Koray**, Wettbewerbsverbote-Kartellrechtliche Beurteilung, Diss., Zürich 2008, s. 88, dn. 265'teki kaynaklar.

<sup>38</sup> MK'nın 2. maddesi ile bağlantı kurmaksızın ve fakat aynı yönde, **Hirsch**, s. 169.

olarak nitelendirilebilir ve yine MK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması müessesesi üzerinden yasaklanabilir.<sup>39</sup>

Aynı şekilde, bu yönde bir görüş karşılaştırmalı hukuk tahlili ile de desteklenebilecektir. Alman ve İsviçre Hukukları<sup>40</sup> bu yönlü bir incelemeye tabi tutulduğunda görülmektedir ki, özellikle 1980'li yıllara kadar anılan hukuk sistemlerinde de ticari işletmenin devri sözleşmesinin müşteri çevresini de kapsaması halinde, sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi bir rekabet yasağını barındırdığı sıklıkla dile getirilmektedir. Anılan hukuk sistemlerinde mevcut görüşün temel dayanağı, devir sözleşmesinin amacı ve bu yönde rekabet yasaklarına uygulamada sıklıkla rastlanıyor olmasıdır. Ancak yine de, devredenin zımni rekabet yasağı olarak nitelendirebileceğimiz bu görüşe, takip eden çekinceler<sup>41</sup> dolayısıyla ve en azından bu kesinlik ve genellikte katılmak mümkün görünmemektedir:

İlk olarak belirtmek gerekir ki, MK'nın 2. maddesine dayanarak, devir sözleşmesinde yer alan müşteri çevresini de devretme taahhütünün zımni bir rekabet yasağı olarak yorumlanması ve/veya sözleşmenin böyle bir yasakla tamamlanabilmesi için, sözleşmenin amacı ve uygulamada sıklıkla karşılaşılmaması şartları dışında başkaca hususların da tetkike dahil edilmesi gerekir. Örneğin; özel hukukta sözleşme serbestisi hakimdir. Buna göre taraflar, kendi ilişkilerini düzenleyen bir sözleşmenin içeriğini kendilerince belirleyebilirler. Ancak, hukuk düzeninin sözleşme içeriğini belirleyebilmek yönünde taraflara tanıdığı bu yetki, beraberinde bir sorumluluk da getirmektedir. Buna göre hukuki ilişkinin özenli, mantıklı ve adil bir biçimde düzenlenmesi, evvel emirde hakimin değil, tarafların ödevidir. Ticari işletmenin devri sözleşmesi özelinde, tarafların basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek yükümlülükleri de göz önünde bulundurulduğunda, hukuki ilişkinin düzenlenmesine ilişkin tarafların göstermesi gereken özen ve ihtimamın derecesi de artmaktadır.

Bundan başkaca, yorum faaliyeti sırasında somut olayın özellikleri ve somut devir sözleşmesi de bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Örneğin, devir sözleşmesinde müşteri çevresi ismen anılmış ve hatta bunun için bir bedel de öngörülmüş olabilir. Ancak, müşteri çevresinin işletmenin diğer unsurlarına nazaran ağırlıklı bir yer tutmadığı işlemlerde zımni bir rekabet yasağının gereklendirilmesi ve kabulü de zorlaşacaktır. Aynı şekilde, ticari işletmenin devri dolayısıyla devir bedelinin ödenmesi hususunda sıklıkla farklı modellere başvurulduğu görülmektedir. Örneğin taraflar, ticari işletmenin tamamı için sözleşmelerinde maktu bir bedel öngörmekle beraber, bu bedelin önemli bir kısmının ödenmesini, devir sonrası dönemde işletmenin işlem hacmi ve cironun devamı şartına bağlayabilmektedirler. Uygulamada *earn-out* ya da *escrow agreement* olarak anılan bu şekil ifa modelleri, diğerleri yanında, işletmenin müşteri çevresinin kötü yapılması<sup>42</sup> dolayısıyla ve her türlü çabaya karşın üstlenilmesi-

<sup>39</sup> Bkz. **Demir**, s. 72'de dn. 213 ve s. 77'de dn. 233'de anılan kaynaklar.

<sup>40</sup> Anılan hukuk sistemlerinde zımni rekabet yasağı dolayısıyla öne sürülen görüşler için bkz. **Demir**, s. 39-48 ve 69-76.

<sup>41</sup> İlerleyen bölümde dile getirilen çekincelerin tamamı için bkz. **Demir**, s. 83-93.

<sup>42</sup> Örneğin, işletme ya büyük ölçütlerde ve az miktarda müşteriye hizmet vermektedir ya da portföy, hakimiyeti zor ve küçük ölçütlerde, çok miktarda ve dağınık müşterilerden oluşmaktadır.

nin riskli görüldüğü haller için de kullanılmaktadır. Bu yönde ayrıksı ifa modelleri öngören bir devir sözleşmesinde de, tarafların müşteri çevresinin üstlenilememesi riskini gördükleri ve dolayısıyla bir rekabet yasağı öngörmek yerine, bu şekil bir ifa modeli öngördükleri de, pekala, söylenebilir. Bundan başkaca devir sonrası gelişmeler de zımnî bir rekabet yasağının kabulünü zorlaştırabilir. Örneğin devralan, devirden sonra işletmeyi kapatmışsa ya da devir sonrası devreden piyasadaki faaliyet göstermemesine rağmen, müşteriler başka işletmelere kaçmışlarsa, bu halde de artık devralanın bir rekabet yasağı ile korunması yönünde maddî bir faydasının kalmadığının kabulü gerekir. Son olarak, MK'nın 2. maddesinden hareketle girişilecek bir yorum ve/veya tamamlama faaliyeti esnasında hakim, müşterilerin de sözleşmelerinin tarafını seçmek yönünde bir özgürlüklerinin bulunduğunu ve özel hukukun kural olarak rekabete açık bir tavır sergilediğini göz önünde bulundurması gerekir: Başka alternatiflerin kalmadığı bir pazarda, müşterilerin devralan kişi ile sözleşme ilişkisi içerisine girmeye fiilen icbarî halinin kabul edilmemesi gerekir. Buradan hareketle de MK'nın 2. maddesine dayanılsa dahi, yorum faaliyeti neticesi ortaya çıkacak sonucun, Rekabet Hukuku ile de uyum içerisinde olması gerekir.<sup>43</sup>

Benzer sebeplerden ötürü hakkın suistimali argümanında da dikkatli olmak lüzumu hissedilmektedir. Bu hususta ek olarak şunu da ifade etmek gerekir: Bir hareket çelişkili dahi olsa, MK'nın 2. maddesi gereği yasaklanabilmesi için, çelişkili fiilin fail dışında hiç kimseye bir fayda getirmiyor olması gerekir. Bu manada, ticari işletmenin devri özelinde bakılması gereken husus, devreden rekabet etmesi dolayısıyla devralanın uğradığı zararı aşan, daha çok rekabet ve müşteriler için daha fazla alternatif gibi başkaca faydalar bulunup bulunmadığıdır.

Özetlemek gerekirse; ticari işletmenin devri sözleşmesinde öngörülmemiş bir rekabet yasağının varlığı sonucuna ulaşmak, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle derinlemesine bir tahlil gerektirmektedir. Her halükarda, anılan tahlil neticesi varılan sonucun Rekabet Hukuku ile de uyum içerisinde olması gerekmektedir.

### 3) Devir Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Tescilin Etkisi

Yukarıda giriş kısmında da değinildiği üzere, yeni dönem kaynaklarda, özellikle TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası dolayısıyla, devir sözleşmesinin bir taahhüt ya da tasarruf işlemi mi olduğu ve mezkur maddede anılan ticaret siciline tescilin kurucu veya açıklayıcı niteliği mi haiz bulunduğu gibi sorular üzerinde tartışıldığı ve bu konularda henüz bir fikir birliğinin oluşmadığı görülmektedir.

Her iki hususta da kanunî bir açıklık olmadığı için, anılan soruların bir yorum faaliyeti neticesi cevaplanması ve kanaatimce, girişilecek yorum faaliyeti

<sup>43</sup> Rekabet Kurumu'muz, devrin müşteri çevresi ve know-how'u kapsadığı hallerde ve işletmenin devir sırasındaki coğrafi pazarı ile sınırlı kalmak kaydıyla, devreden aleyhine 3 yılı aşmayan rekabet yasaklarını Rekabet Hukuku ile uyumlu görmektedir. Bu hususta bkz. Rekabet Kurumu Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, N. 51. Anılan kılavuza <http://www.rekabet.gov.tr/Resources/Kilavuzlar/kilavuz12.pdf> adresinden ulaşılabilir. (Son kontrol tarihi 09.02.2013)

sırasında da bu iki sorunun her zaman için birlikte düşünülmesi ve aşağıda detayları ile tekrar ele alınacak, TBK'nın 202. maddesi ile TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası arasında doğabilecek uyum sorununun da dikkate alınması gerekmektedir. Ancak öncesinde, taahhüt ve tasarruf işlemi ile tescilin kurucu ve açıklayıcı etkilerinden net anlaşıldığının kısaca izahı gerekir:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, taahhüt işlemi de, tasarruf işlemi de bir hukuki işlemdir. Tasarruf işlemi, bir kişinin hakkının varlığını veya içeriğini doğrudan ve kat'i surette bir başka kişi lehine değiştirir.<sup>44</sup> Bu yönüyle tasarruf işlemi, bir hakkı nakleden, sınırlayan, değiştiren ya da ortadan kaldıran bir işlemdir ve tasarruf işlemi neticesinde kişinin malvarlığının aktif kısmında bir azalma yaşanır.<sup>45</sup> Taahhüt işlemi ise, borç doğuran, yapma veya yapmama şeklinde bir borcu temellendiren bir işlemdir; bu yönüyle taahhüt işlemi, muhatabına bir talep hakkı tanır. Taahhüt işlemi ile taahhütte bulunan şahsın malvarlığının aktif kısmında bir azalma yaşanmazken, pasif kısmında bir çoğalma meydana gelir.<sup>46</sup>

Tescilin açıklayıcı ve kurucu etkisi hakkında ise, şu hususları tespit etmek mümkündür: Açıklayıcı nitelikteki tescilde bir hak, tescil öncesi halihazırda mevcuttur, tescil bu durumu sadece ilan eder ve tescilden önce var olan hak ve hukuki gerçeklik, tescili gereken hususun tescil edilmesi ihmal edilse dahi, varlığını korur ve devam ettirir.<sup>47</sup> Kurucu nitelikteki tescil ise, hakkı yaratır, tescil öncesinde hak henüz doğmamıştır.<sup>48</sup> Bu manada, özellikle sözleşmelerin ticaret siciline tescilini öngören hükümlerde, hakkın doğması ve/veya nakli açısından kurucu tescil ile tasarruf işlemi örtüşecektir.<sup>49</sup>

Bu söylenenlerden hareketle, öğretilerde devir sözleşmesinin hukuki niteliği ve tescilin etkisi soruları etrafında şekillenen tartışma ile ilgili öncelikle şu hususu tespit etmek mümkün görünmektedir: Devir sözleşmesinin hukuki niteliği ve tescilin etkisi sorularının muhtemel cevapları ile ilgili halihazırda, zaten, sadece iki ihtimal bulunur görünmektedir. Bu manada, ya "devir sözleşmesi bir taahhüt işlemidir ve tescil kurucu niteliktedir" ya da "devir sözleşmesi bir tasarruf işlemidir ve tescil açıklayıcı niteliktedir" denilebilecektir. Bu durum, yukarıda izah edilmeye çalışıldığı haliyle, taahhüt ile tasarruf işlemi ve açıklayıcı ve kurucu tescil kavramlarının içerikleri gereği ortaya çıkmaktadır.

Bu tespitten hareketle, sonda söylenmesi gerekeni başta söylemek pahasına da olsa, burada temsil edilen görüşe göre, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası anlamında bir ticari işletmenin devri sözleşmesi, takip eden gerekçelerle bir taahhüt işlemi niteliğindedir ve anılan hükümde öngörülen tescil de, kurucu niteliktedir. Şöyle ki;

<sup>44</sup> **Berger Bernhard**, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N. 252.

<sup>45</sup> Bkz. **Schwenzer Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, N. 3.31 ve 3.33.

<sup>46</sup> **Schwenzer**, N. 3.31.

<sup>47</sup> Bkz. **Roth, Günther H./Weller, Marc-Philippe**, Handels- und Gesellschaftsrecht, München 2010, N. 41.

<sup>48</sup> **Roth/Weller**, N. 40.

<sup>49</sup> Benzer şekilde **Arıcı**, s. 215.

Bu yönde bir görüşün birinci gerekçesini TBK'nın 202. maddesi ile TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası hükümlerini mümkün olduğu ölçüde uyumlu hale getirmek kaygısı oluşturmaktadır. Şöyle ki; bir sonraki bölümde de ayrıca izah edilmeye çalışılacağı üzere, her iki hüküm de özü itibariyle aynı temelden hareket etmektedirler. TBK'nın 202. maddesinin de, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasının da çıkış noktası, bir ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün halinde devredilmesini konu alan bir sözleşmedir. İki madde arasındaki temel fark, TBK'nın 202. maddesinin sözleşmenin şekli ile ilgili bir şart koşmamış olması ve işletmenin pasifleri açısından külli, aktifleri açısından ise, genel hükümler dolayısıyla cüz'i intikali öngörmüş olmasıdır.<sup>50</sup> Buna karşılık TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasını öngörmekte<sup>51</sup> ve işletmenin malvarlığı unsurlarının tamamı için, yani, hem aktif hem de pasifler için külli intikal prensibini benimsemektedir. Bunun dışında her iki hüküm de birbirine paralel uygulama alanı bulabilir ve her halükarda, TBK'nın 202. maddesi, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasını borçlardan müteselsil sorumluluk dolayısı ile tamamlar niteliktedir.

Bu manada, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasında anılan sözleşme, bir tasarruf işlemidir denilirse şayet, somut sözleşmenin hangi maddeye dayandığı belirlenemeyen sözleşmeler dolayısıyla, uygulamada, işletmeye ait unsurların mülkiyetinin geçiş zamanı ve geçiş işlemleri ile ilgili önemli sorunlar ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, yine aynı maddede öngörülen tescil işlemi, sadece açıklayıcı niteliktedir dendiği zaman da, aynı yönde bir sorun kaçınılmaz olacaktır.

Bu çekinceleri daha anlaşılır kılmak için bir örnek vermek gerekirse; A ve B, B'nin ticari işletmesinin A tarafından aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün halinde devralınması konusunda anlaşmışlar ve bu anlaşmalarını bir kağıda aktararak, el yazıları ile imzalamışlardır. Anılan kağıtta devir bedeli ve işletmeyi bir bütün halinde devretme iradesi dışında başkaca bir husus yer almamaktadır. Bu durumda, böyle bir sözleşmede, burada temsil edilen görüşe göre, hem TBK'nın 202. maddesi hem de TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası paralel uygulama alanı bulabilecektir. Ancak, her iki madde de sözleşmenin ifasına ilişkin farklı rejimler öngördüğüne göre, bu durumda ticari işletmeye ait bir taşınmazın mülkiyeti ne zaman B'den A'ya geçmiş kabul edilecektir veya geçmesi için tapuda tescil işlemi gerekecek midir? Eğer TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası gereği, devir sözleşmesi, bir tasarruf işlemidir denilecek olursa, taraflar zaten anılan kağıdı imzalamakla ve anılan madde gereği, işletmeye tahsisli taşınmazın mülkiyetini başkaca bir işleme gerek kalmaksızın devretmiş olurlar. Diğer taraftan aynı olaya uygulama alanı bulabilecek olan TBK'nın 202. maddesi ise, aynı taşınmazın mülkiyetinin naklini, ancak tapuda tescilden sonra gerçekleşmiş saymaktadır. Sadece, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasına göre devir sözleşmesi bir taahhüt işlemidir ve tescil kurucu niteliktedir dendiği zaman, yukarıdaki örnekte verilen sözleşmeler gibi sözleşmelerde, tarafların ifa konusundaki hareket tarzlarından da hareketle bir hukuki netlik sağlamak mümkün olabilecektir.

Aynı örnek üzerinden ikinci gerekçe de, zaten, kendiliğinden ortaya çıkmaktadır; bu ise, işlem güvenliğidir: Devir sözleşmesi taahhüt işlemidir ve tescil

<sup>50</sup> eBK'nın 179. maddesi dolayısıyla aynı yönde **Arıcı**, s. 29 ve 30.

<sup>51</sup> Adi yazılı şeklin eleştirisi için bkz. **Bahtiyar**, s. 3895 vd.

kurucu niteliktedir, denmezse şayet, birbirine paralel iki düzenlemenin mevcudiyeti ve TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasının öngördüğü külli intikal olanağı, özellikle taşınmazlar açısından işlem güvenliğini de tehlikeye atar niteliktedir.

27 Ocak 2013 tarih ve 28541 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ve aynı gün yürürlüğe giren Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri de burada temsil edilen görüşü destekler niteliktedir. Sicil Yönetmeliği'nin 133. maddesi 3. fıkrası, devrin, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade edeceğini tespitle, tescilin kurucu niteliğini vurgulamakta ve yine, Sicil Yönetmeliği'nin 135. maddesi 5. fıkrasında yer verilen, siciller arası gecikmeksizin irtibat mekanizması ile de işlem güvenliği artırılmaya çalışılmaktadır.

Bu noktada son olarak, varılan yorum sonucunun TTK'nın 36. maddesi ile uyumuna değinmek gerekir: Gerçekten de anılan maddenin anlam içeriğinden, yasada açıklık bulunmayan hallerde tescilin etkisinin kural olarak açıklayıcı mahiyette olduğu sonucu çıkartılabilir. Ancak yine de, bu sonuca da bir yorum faaliyeti neticesinde ulaşılabilmektedir. Aynı şekilde, yasada aynı yönde ve yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir hüküm olmuş olsaydı dahi, kanaatimce bu durum, yukarıda girilen yorum faaliyetinin ve sonucunun sıhhatini olumsuz manada etkilemezdi. Şöyle ki; hukuk devleti ve yasaya bağlılık ilkeleri gereği, tabii ki, yorum faaliyeti neticeleri yasanın sözüne aykırı olamaz. Ancak, bu yorum sınırlaması, hukuki pozisyonları kısaltan, muhataplarının hukuki durumunu kötüleştiren ve kendi düşüncesini, kasten, yasakoyucunun iradesi üstünde tutan haller için geçerlidir.<sup>52</sup> Ancak tescilin etkisinin kurucu mahiyette olduğu yönünde bir yorum sonucu, böyle bir kasta dayanmaktan ve muhataplarının hukuki durumunu kötüleştirmekten ziyade, yasanın, hemen değiştirilmek zorunda kalmaksızın ve olası çelişkileri ortadan kaldırarak uygulanmaya devam edebilmesi amacına hizmet etmektedir. Burada girilen yorum faaliyeti ve elde edilen sonuç, kanaatimce, yasakoyucunun yukarıda ele alınmaya çalışılan uyum sorunu ve işlem güvenliği çekincelerini farketmiş olsaydı öngöreceği çözüm ile de örtüşmektedir.

#### 4) TBK 202, TTK 11/3 ve 194/1: Uygulama Alanı ve Uyum Sorunu

Yukarıda giriş kısmında da belirtildiği üzere, yeni dönem kaynaklarda ticari işletmenin devri ile ilgili genel manada bir uyum sorunundan bahsedildiği görülmektedir. Buna göre TBK'nın 202. maddesi, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası ve yine, TTK'nın 194. maddesi 1. fıkrasının yeri, gerekliliği, uygulama alanlarının birbirini ile sınırlandırılması ve uyumu sorunlu olarak addedilmektedir.

Bir önceki başlıkta devir sözleşmesinin bir taahhüt işlemi olduğu ve tescilin kurucu etkiye sahip olduğu yönündeki tezin savunulmaya çalışılması esnasında da belirtildiği gibi, anılan maddeler arasında, anılan sorulara verilen cevaplar dolayısıyla değişebilecek büyük bir uyumsuzluk olması ihtimali mevcuttur. Ancak burada temsil edilen görüşe göre, TBK'nın 202. maddesi ile TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası birbirlerine alternatif olarak uygulanabilir ve her halükarda, TBK'nın 202. maddesi, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasını borçlardan birlikte sorumluluk manasında tamamlar niteliktedir. Hatta, anılan hükümlerle

<sup>52</sup> Bkz. Müller F., Vorbemerkung, Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., 2011 içerisinde, Rn. 36.

rin birlikte mevcudiyeti ve eBK değiştirilirken, TBK'nın 202. maddesine, mehz İsviçre Hukuku'na uygun şekilde ticari işletmenin devri lehine bir kayıt konmamış olması dahi, bir şans olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki;

İşbu çalışma altında takip edilmeye çalışılan temel görüş, ticari işletmenin devri hususunda, hukukumuzda, tam bir sözleşme serbestisinin hakim kılınması gerekliliğidir. Tacir, ticari işletmenin devri hususunda, işletmenin aktif ve pasiflerinin nicelik ve niteliği ile olası işlem maliyeti ve hızı ve elde edilecek bedelin yüksekliğine göre devir kararını serbestçe verebilmeli, yöntemini serbestçe belirleyebilmelidir. Bu manada tacir, eğer isterse, ticari işletmeye ait unsurları genel hükümler uyarınca ayrı ayrı devredebilmelidir. Örneğin, işletmeye özgülenmiş taşınmaz tapuda, aktifler içerisinde yer alan alacakları yazılı temlik ederek, borçları, alacaklıların rızasını almak suretiyle nakledebilmelidir. Ya da; somut işletmenin malvarlığı unsurları arttığı, ayrıştığı ve karmaşıklaştığı ölçüde, tacire külli intikal olanakları da sunulabilmelidir. Tacir dilerse, aktifleri ayrı ayrı, pasifleri ise alacaklıların rızası aranmaksızın tek işlemde ya da yine tek işlemde, hem aktif, hem de pasifleri bir arada ve bir kül halinde nakledebilmelidir.

Yeni dönemde, hukukumuzda, ticari işletmenin devri ile ilgili böyle bir şans yakalanmış görünmektedir. Öncelikle tacirin, ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarını genel hükümler uyarınca ayrı ayrı devretmesi önünde bir engel yoktur. Devamında, tacir, TBK'nın 202. maddesini seçmek imkanı üzerinden aktifleri genel hükümlere göre ayrı ayrı, pasifleri ise bir kül halinde ve tek işlemde (ihbar veya ilan ile) devretmek imkanını yakalayabilir; ve yine, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasının seçilmesiyle tacir, ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte işletmenin bütünü, tek işlemde (ticaret siciline tescil işlemi ile) ve külliye nakletmek imkanına sahip olabilir. Ancak tacire, somut işletmenin özelliklerini ve işlem maliyetini hesaba katabilmesi için, tüm bu esnekliğin sağlanabilmesi, evvel emirde, pasiflerin de devri zorunluluğu diye tabir ettiğimiz görüşten vazgeçilmesine ve daha sonra, anılan maddeler arasında uyumsuzluk problemi yaşanmaması adına, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası anlamında bir ticari işletmenin devri sözleşmesinin bir taahhüt işlemi olduğunun ve tescil işleminin kurucu niteliğinin kabulüne bağlıdır.

Ancak, yeni dönemde yaşanması kaçınılmaz bir uyumsuzluk problemi, burada temsil edilen görüşe göre, TTK'nın 194. maddesi 1. fıkrası dolayısıyla ve özellikle, birlikte sorumluluk hallerinin süreleri ile ilgili ortaya çıkabilecektir. Anılan madde, ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından devralınmak suretiyle birleşmesini konu almaktadır ve kalan hususlarda TTK'nın birleşme işlemine ilişkin hükümlerine atıf yapılmaktadır; maddede anılan devrin, normal bir ticari işletmenin devri sözleşmesinden farkını ise, esasen, atıf yapılmayan hükümler belirlemektedir. Buna göre, özellikle TTK'nın 141. maddesine atıf yapılmadığı için, anılan hükümde ele alınan işlemi, devredene ticari işletmenin devri karşılığında bir bedel vermek yerine, devralan şirkette ortaklık sağlayan bir ticari işletmenin devri sözleşmesi olarak nitelenmek mümkün görünmektedir. Buradan hareketle ise, yukarıda da anıldığı üzere, birlikte sorumluluk hallerinin süreleri konusunda bir uyumsuzluk yaşanmaktadır. Şöyle ki; normal bir ticari işletmenin devri sözleşmesi dolayısıyla devreden, devredilen borçlar için devralanla birlikte iki yıl boyunca sorumlu kalmaya devam ederken, ticari işletmesini TTK'nın 194. maddesi 1. fıkrası hükmünce bir ticaret şirketine dev-

rettikten sonra, devir karşılığı bir bedel almak yerine devralan ticaret şirketinin ortağı haline gelen kişi, TTK'nın 158. maddesi 2. fıkrası dolayısıyla devredilen borçlardan, devralanla beraber üç yıl boyunca sorumlu kalmaktadır. Bu noktada ise, bu süre farklılığı dolayısıyla şu soru akla gelmektedir:

- Ticari işletmesini bir gerçek kişi, dernek ve vakıf da dahil olmak üzere başka bir kişiye bedel karşılığı devredip, elini işletmeden çeken bir kişi, TBK'nın 202. maddesi dolayısıyla eski borçlardan iki yıl boyunca sorumlu kalmaya devam ederken, ticari işletmesini alacaklılar açısından daha iyi denetlenen bir ticaret şirketine devreden ve karşılığında devralan şirkete ortak olmak suretiyle devredilen işletmenin kaderinde tek başına olmasa da, söz sahibi olmaya devam eden bir kişi, neden üç yıl boyunca sorumlu kalmaktadır?

### III. Sonuç

Bu çalışma altında varılan sonuçları işbu son başlık altında maddeler halinde sıralamak gerekirse;

1. Ticari işletmenin devri, işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün halinde devredilmesidir. İşletme hukuk süjesi değildir. Dolayısıyla aktif ve pasifleri olamaz. Bu noktada kullanılan lisan, işletmenin muhasebe kişiliği olmasından kaynaklanmaktadır. Devamında işletme, bir bütün halinde sözleşmeye konu olabildiğinden ve malvarlığı unsurları arasında tahsis gayesi doğrultusunda bir ilişki kurulmuş olduğundan bir hukuki obje ve bir hukuki birlik niteliği arz etmektedir.

2. Burada temsil edilen görüşe göre, işletmenin pasiflerini içermeksizin aktiflerini devre konu kılan bir sözleşme geçersiz addedilmemeli ya da bu yönde bir sözleşmenin pasifleri de kapsadığı sonucuna ulaşılamamalıdır. Bu yönde bir görüş, ticaret hayatının gereklilikleri, alacaklıların korunması, karşılaştırmalı hukuk tahlili ve yasal dayanak açısından sıkıntılıdır. Tacir tam bir sözleşme serbestisi içerisinde, işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurları üzerinde, yasal şartları yerine getirerek tasarruf edebilmelidir.

3. Ticari işletmesini devreden tacirin, sözleşmede öngörülmemiş olmasına rağmen uymakla yükümlü olduğu bir rekabet yasağının mevcudiyeti, sözleşmenin müşteri çevresini de kapsaması ve rekabet yasaklarının bu tarz sözleşmelerde öngörülme sıklığı dikkate alındığında kabul edilebilir görünmektedir. Ancak somut olayda, sözleşme serbestisi ilkesinin sözleşenlere yüklediği sorumluluklar, sözleşenlerin basiretli işadamı nitelikleri, somut ifa modelleri gibi hususlar bu yönde zımni bir rekabet yasağının kabulünü zorlaştırabilir. Her halükarda, Rekabet Hukuku'nun çizdiği sınırların korunması gerekir.

4. TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası özelinde devir sözleşmesi bir taahhüt işlemidir ve ticaret siciline tescil kurucu niteliktedir. Bu önerme, herşeyden önce işlem güvenliğinin sağlanması ve aynı hususu konu alan TBK ve TTK hükümleri arasında oluşabilecek bir uyumsuzluğu engellemek gayesini gütmektedir.

5. Ticari işletmenin devri hususunda, tacir, tam bir sözleşme serbestisi içerisinde hareket edebilmeli, işletmenin malvarlığı unsurlarını talep, elde edilebilecek en yüksek değer ve en düşük işlem maliyeti ile en yüksek işlem hızını gözeterek devredebilmelidir. Bu manada tacir, işletmenin malvarlığı unsurlarını genel hükümler dairesinde tek tek devredebilir. Aynı şekilde tacir, TBK'nın 202. maddesinden hareketle aktifleri ilgili şartlara uyararak tek tek ve pasifleri de



bir kül halinde devredebileceği gibi, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrası uyarınca da, hem aktif hem de pasifleri bir kül halinde devredebilmelidir. Bu manada genel hükümler, TBK ve TTK hükümleri tacir nezdinde birbirlerine alternatif teşkil etmektedirler. Her halükarda TBK'nın 202. maddesi, TTK'nın 11. maddesi 3. fıkrasını, borçlardan birlikte sorumluluk hükmü ile tamamlar niteliktedir.

6. Yeni dönemde ticari işletmenin devri hususunda en önemli uyum sorunu TTK'nın 194. maddesi 1. fıkrası dolayısıyla ve birlikte sorumluluk süreleri ile ilgili olarak yaşanabilecektir: Ticari işletmesini bir gerçek kişi, dernek ve vakıf da dahil olmak üzere başka bir kişiye bedel karşılığı devredip, elini işletmeden çeken bir kişi TBK'nın 202. maddesi dolayısıyla eski borçlardan iki yıl boyunca sorumlu kalmaya devam ederken, ticari işletmesini alacaklılar açısından daha iyi denetlenen bir ticaret şirketine devreden ve karşılığında devralan şirkete ortak olmak suretiyle devredilen işletmenin kaderinde söz sahibi olmaya devam eden bir kişi ise, TTK'nın 158. maddesi 2. fıkrası dolayısıyla üç yıl boyunca sorumlu kalmaktadır.

### **KAYNAKÇA**

**Arıcı**, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008.

**Arkan** Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2011 (Arkan 2011).

**Arkan** Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2012 (Arkan 2012).

**Aydın** Alihan, 6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 25-26 Kasım 2011 içerisinde, s. 9-20.

**Bahtiyar** Mehmet, Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2011, Sayı 106, s. 3889-3910.

**Berger** Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.

**Demir** Koray, Wettbewerbsverbote-Kartellrechtliche Beurteilung, Diss., Zürich 2008.

**Druey**, Jean Nicolas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010.

**Hirsch**, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Prensipler-Ticari İşletme, İstanbul 1939.

**Karahan** Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Konya 2012.

**Karayalçın** Yaşar, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.

**Kendigelen** Abuzer, Ticari İşletme, Ülgen Hüseyin/Teoman Ömer/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer-Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009 içerisinde, s. 127-207.

**Müller F.**, Vorbemerkung, Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., 2011 içerisinde.

**Roth**, Günther H./Weller, Marc-Philippe, Handels- und Gesellschaftsrecht, München 2010.

Schricker Gerhard, Probleme der Schuldenhaftung bei Übernahme eines Handelsgeschäfts, ZGR 1972, s. 121-156.

**Schwenzer** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009.

**Tekinalp** Ünal, Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Batider, Haziran 2008, Cilt XXIV, Sayı 3, s. 5-16.

**Tschäni** Rudolf, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2011 içerisinde, Art. 181.

**Tschäni** Rudolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003.

### **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

Rekabet Kurumu Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr/Resources/Kilavuzlar/kilavuz12.pdf> (Son kontrol tarihi 09.02.2013)