

TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

*Transfer of Commercial Enterprise according to Provisions of
Turkish Commercial Code*

*Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM**

I. GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ ("TTK") ticari işletmenin devri konusunda önemli yenilikler getirir. 27 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren tamamlayıcı düzenleme niteliğindeki Ticaret Sicili Yönetmeliği² ("TSY") ise TTK'da düzenlenmemiş konuların bir kısmını açıklığa kavuşturur³. Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu ("Eski BK") çerçevesinde ele alınan ticari işletme devri, bundan böyle TTK çerçevesinde açık bir düzenlemeye tabidir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi

Bu makale 9 Nisan 2012 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Association Henri Capitant tarafından düzenlenen Fransız-Türk Borçlar Hukuku Reformları konulu Sempozyumda sunulan tebliğden yola çıkarak hazırlandı. Bu makalenin hazırlanmasındaki yardımları için Av. Naciye Yılmaz ve Stj. Av. Selen Öztürk'e teşekkür ederim.

¹ RG, 14.02.2011, S. 27846.

² RG, 27.01.2013, S. 28541.

³ Kanımca, TSY'de düzenleme alanı bulan bazı konuların kanunda düzenlenmesi daha uygun olurdu. Zira TSY'de yer alan düzenlemeler zaman zaman yönetmeliğin açıklık getirme işlevinin ötesine geçer. Ancak, TTK'da konu ile ilgili sınırlı bir düzenleme yer aldığı düşünüldüğünde, TSY'de yer alan düzenlemelerin uygulamadaki endişeleri gidermesi açısından olumlu olduğu ileri sürülebilir.

Bu çalışmada, yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("Eski TTK") ve Eski BK'da yer alan düzenlemeler genel hatlarıyla ortaya konulmak suretiyle yeni düzenlemenin esasları ve getirdiği değişikliklerin ele alınması amaçlanır. Ticari işletmenin devri her yönüyle değil sadece uygulama ve öğretide tartışılan belli sorunlar açısından ele alınır. Gerekli yerlerde ticari işletme devri hükümlerine kaynak olan İsviçre'nin 30 Ekim 2003 tarihli, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanun⁴ ("İBirK") ile karşılaştırmalara gidilir ve İBirK hükümlerine yer verilir.

Bu kapsamda, öncelikle, sonraki konulara temel oluşturması amacıyla, ana hatlarıyla ticari işletmeye ilişkin hukuki esaslar üzerinde durulur (II). Sonrasında ticari işletmenin devri çerçevesinde, devir sözleşmesinin şekli, geçerliliği, niteliği ve kapsamı öğretideki görüşler ve İBirK dikkate alınarak irdelenir ve TTK ve TSY ile getirilen değişikliklere dair değerlendirmelere yer verilerek öneriler sunulur (III). Sonuç bölümünde ise çalışmada ileri sürülen görüşler ve bunların sonuçları ortaya konulur (IV).

II. TİCARİ İŞLETMEYE İLİŞKİN HUKUKİ ESASLAR

A. Ticari İşletme Kavramı

Ticari işletme kavramı gerek Eski TTK, gerekse TTK'nın esas hareket noktasını oluşturur ve uygulama alanını belirler. Zira ticari iş ve ticari hüküm kavramları ticari işletme kavramından yola çıkılarak açıklanır. TTK m. 11'in Gerekeçesinde bu husus, "*ticarî işletme kanununun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür*" ifadesi ile açıkça ortaya konulur⁵.

⁴ Bkz. Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert du patrimoine (Loi sur la fusion, LFus) du 3 Octobre 2003, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/221.301.fr.pdf>, erişim tarihi:12.07.2013.

⁵ Bkz. Gerekeç, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, s. 4, erişim tarihi: 12.07.2013.

Yukarıda belirtilen anlayıştan yola çıkarak TTK, Eski TTK döneminde Ticaret Sicil Tüzüğü⁶’nde yer alan tanımdan yararlanarak ticari işletmeyi tanımlar⁷. Eski TTK ticari işletmenin tanımına yer vermez, kanun ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme sayılacağını belirtirdi. Ticari işletme kavramının tanımlanmasıyla kavrama hukuki bir müessese konumu verilir ve hükümleri kanunen somutlaştırılmış bir yapıya bağlanır⁸. TTK m. 11/1’e göre ticari işletme, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız⁹ şekilde yürütüldüğü işletmedir*”. Bu tanımdan hareketle, bir işletmenin ticari işletme olarak değerlendirilmesi esnaf işletmesi düzeyini aşma, gelir sağlamayı hedefleme, faaliyetlerinde devamlılık ve bağımsızlık unsurlarının bulunması halinde mümkündür. Bu

-
- ⁶ 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 42/2 uyarınca TTK’da öngörülen tüzük ve yönetmelikler yayımlanıncaya kadar, 6762 sayılı kanuna dayanılarak yürürlüğe konulmuş bulunan tüzük ve yönetmeliklerin Türk Ticaret Kanununa ve bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Ancak TSY’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, TSY Geçici m. 1’de yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, artık Ticaret Sicil Tüzüğü’nün değil, TSY’nin geçerli olacağı belirtilmelidir.
- ⁷ Belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunu’nun hareket noktasını oluşturan ve TTK’nın tümüne egemen olan ticari işletme kavramının Eski TTK döneminde Ticaret Sicil Tüzüğü’nde tanımlanmış olması doğru bir yaklaşım değildi. Bu nedenle, ticari işletme tanımının TTK’da yer alması yerinde bir düzenlemedir. Öğretide, ticari işletmenin tanımının verilmemesi ve sadece Ticaret Sicili Tüzüğü’nün ilgili hükmüne işin havale edilmesinin yadırgandığı, ancak ticari işletmenin, hukukumuzda çeşitli anlamlarda kullanılan dağınık ve muğlak bir kavram olduğu ve bu sebeple ticari işletmenin tek bir tarifini vermenin güçleştiği konusunda bkz. **Ansay, Tuğrul**; “*Ticari İşletmenin Sorgulanması*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 200.
- ⁸ **Tekinalp, Ünal**; “*Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2008, Cilt 24, Sayı 3, s. 12.
- ⁹ Belirtmelidir ki bağımsızlık unsuru Ticaret Sicil Tüzüğü’nde açıkça yer almazdı. TTK ise bağımsızlığı ticari işletmenin esaslı bir unsuru olarak sayar.

çerçevede artık önemi ve anlamı kalmayan ticari işletmenin türlerini belirleyen hükme TTK'da yer verilmez. Zira esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedefleyen tüm işletmeler TTK kapsamında ticari işletme sayılır.

B. Ticari İşletmenin Malvarlığının Niteliği

Ticari işletmenin malvarlığının niteliği ve özel bir malvarlığı oluşturup oluşturmadığı öğretide tartışmalıdır.

TTK ile beraber ticari işletmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve ticari işletmenin bir bütün halinde rehin ve devir gibi işlemlere konu olabilmesi sağlanır. Bu bağlamda, öğretide bir görüş¹⁰ kendi başına iktisadi bir bütün olan ticari işletmenin malvarlığının da belirli bir amaca özgülenmiş özel malvarlığına örnek oluşturduğunu belirtir. Diğer bir görüş¹¹ ise ticari işletmenin özel malvarlığı oluşturmayan bir bütün olmasına karşılık, bir bütün halinde devre konu olabileceğini belirtir. Ticari işletmede tacirin sorumluluğunu ticari işletmenin malvarlığı ile sınırlamak mümkün değildir. Tacirin malvarlığı ile ticari işletmenin malvarlığı birbirinden ayrılamaz, ticari işletmenin malvarlığı tacirin malvarlığının bir parçasıdır. Her ne kadar, ticari işletme bir bütün halinde işlemlere konu olabiliyorsa da, kanımızca yukarıda sayılan sebepler ışığında ticari işletmenin özel bir malvarlığı oluşturmadığını savunan görüşe üstünlük tanınmalıdır.

Tanımı, unsurları ve malvarlığının niteliğine yukarıda kısaca yer verilen ticari işletme, çeşitli hukuki işlemlere konu olabilir. Bu işlemlerden biri de TTK kapsamında düzenlenen ticari işletmenin devridir.

¹⁰ **Arıcı**, Mehmet Fatih; Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 33 vd.

¹¹ **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, s. 41. Aynı görüşte bkz. **Arkan**, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2011, s. 34; **Kendigelen**, Abuzer (**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün); Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009, s. 149-150.

III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A. Ticari İşletmenin Devrine İlişkin Hükümler

1. Eski TTK ve Eski BK Hükümleri

Eski TTK'da ticari işletmenin devrine ilişkin hüküm bulunmaz. Söz konusu devir, Eski BK m. 179'da "Bir Mamelekin veya İşletmenin Devralınması" başlığı altında düzenlenirdi. Bu hüküm, borcun nakli düzenlemeleri arasında bulunur ve genel anlamda işletmenin aktif ve pasifleri ile devri halinde alacaklılara karşı sorumluluğu hüküm altına alırdı. Dolayısıyla Eski BK m. 179'da işletmenin devri tüm boyutlarıyla değil sadece sonuçları itibariyle hükme bağlanırdı. Eski BK m. 179 devir konusu işletmenin borçlarının devralana geçmesini devrin alacaklılara ihbarı veya ilanı şartına bağlardı. Kanun koyucu Eski BK m. 179 ile borcun naklinde aranan alacaklıların onayına istisna getirir ve ticari işletmenin devrinde alacaklıların rızasını aramazdı¹². Ancak alacaklıları korumak amacıyla Eski BK m. 179 ticari işletmeyi devreden ile devralanın, iki yıl boyunca işletmenin borçlarından müteselsilen sorumlu olacağını düzenlerdi¹³. Eski BK m. 179'un açık ifadesi karşısında sorumluluğun doğumuna yol açan ihbar veya ilanın bizzat devralan tarafından yapılması zorunluydu¹⁴. Alacaklılara ihbar herhangi bir şekil şartına bağlı değildi¹⁵.

Eski BK m. 179'a göre borçlar, kanun gereği külli olarak devralana geçerdi. Bununla birlikte, Eski BK m. 179 uyarınca pasif-

¹² Belirtmek gerekir ki, işletmenin devri kapsamında pasiflerin devri için alacaklıların rızası aransa idi; işletmelerin devri olanaksız hale gelebilirdi.

¹³ İBirk m. 75/3, a uyarınca devreden ile devralan borçlardan dolayı 3 yıl boyunca müteselsilen sorumlu olur.

¹⁴ **Kendigelen (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku)**, N. 531.

¹⁵ Öğretide duvarlara yapıştırılan afişlerle, yazılı veya sözlü her türlü bildirim aracıyla ihbarın yapılabileceği belirtilir. Fakat alacaklının işletmenin devredilmiş olduğunu sadece işitmiş bulunması yeterli sayılmaz, ayrıca devrin gerçekleştiğini kanaat verici bir şekilde öğrenmesi şartını aranır. Bkz. **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 282.

lerin geçişinin külli halefiyetten farklılık gösterdiği belirtilirdi¹⁶. Zira külli halefiyet geneldir ve tüm aktif ve pasiflerin devrini kapsar. Buna karşılık, ticari işletmenin devrinde kanundan dolayı gerçekleşen geçiş yalnızca borçlara ilişkindir. Aktiflerin devrinde ise cüz'i halefiyet esastır; zira işletmenin malvarlığı unsurları devir kapsamında ayrı ayrı işlemler yapılmak suretiyle devredilebilir.

2. Yeni Düzenleme

Ticari işletmenin devri 1 Temmuz 2012 itibariyle hem TTK'da hem de 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹⁷ ("TBK") düzenlenir. TSY ise ticari işletmenin devri kapsamında düzenlenecek devir sözleşmesinin içereceği konularla birlikte bu sözleşmenin ticaret siciline ve ilgili diğer sicillere tesciline ilişkin hususlara açıklık getirir. TTK m. 11/3 karşısında, Eski BK m. 179'da yer alan düzenlemenin TBK m. 202'de "*Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması*" başlığı altında çok az değişiklikle korunmasının amacı değerlendirilmeye muhtaçtır. Zira Eski BK'da yer alan hüküm işletme devrini tümüyle değil, yalnızca sonuçları, bir başka deyişle, devre konu ticari işletmenin borçlarından sorumluluk açısından düzenlerdi.

Bu kapsamda öğretide Arıcı¹⁸, TBK ile TTK arasında uyumun sağlanamadığını belirtir. Arıcı'ya göre, ticari işletme bir bütün olarak ele alınmalı, dolayısıyla ticari işletmenin devrine yalnızca borcun nakli çerçevesinde yaklaşılmamalıdır. Arıcı, bir adım daha öteye giderek, TTK'da borçların nakli hususunda düzenleme getirilmediğini, dolayısıyla aktiflerin geçişinin TTK'da, pasiflerin geçişinin ise TBK'da hüküm altına alındığını belirtir. Hâlbuki ticari işletme bir bütün olarak TTK'da ele alındığından, pasiflerin geçişinin de TTK'da

¹⁶ Arıcı, s. 29.

¹⁷ RG, 04.02.2011, S. 27836.

¹⁸ Arıcı, s. 212 vd. Ayrıca Eski BK m. 179 hükmünün ticari işletme devrinde muhafaza edilmesi gerektiği kabul edilse bile, anılan hükmün kanun yapma tekniği açısından TTK m. 11'in içine dahil edilmesi gerektiği hususunda bkz. Arıcı, s. 216.

düzenlenmesi gerekir. Zira TTK ve TBK'da ayrı düzenlemelerin yer almasının sonucu olarak devredilen mal varlığının aktifinin geçmesi ticaret siciline tescil ile gerçekleşecek iken pasiflerin üstlenilmesi TBK uyarınca devrin alacaklılara bildirilmesi veya Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesi ile beraber hüküm doğurur. TTK ve TBK ile getirilen kökten değişiklikler ve TTK'da ticari işletme devrinin özel olarak hüküm altına alındığı düşünüldüğünde, ticari işletme devrindeki borçlardan sorumluluğun TBK m. 202 altında düzenlenmesi eleştiriye açıktır¹⁹.

Ayrıca, öğretilerde TBK ve TTK'nın uygulama alanlarının farklı olarak değerlendirildiği de belirtilmelidir. Arkan²⁰ bu durumu, TBK m. 202 ve TBK m. 203 ile işletmeler düzeyinde kalan malvarlığı birleşmelerinin düzenlendiği şeklinde açıklar. Yani söz konusu birleşme ve devirler işletmedeki şahıs unsurunu yani ortakları etkilemez. Hâlbuki TTK kapsamında ticaret şirketleri açısından birleşme ve devralma hallerinde şirket ortaklarının tek bir şirkette bir araya gelmesi veya Arkan'ın deyişiyle "tek bir ortaklık çatısı altında toplanmaları" söz konusu olur²¹. Karahan da benzer bir görüş ileri sürer. Bu görüşe göre TBK m. 202 ile düzenlenen malvarlığı devirleridir. Şahıs unsurları bu devrin kapsamı dışındadır. TTK ile getirilmiş olan malvarlıklarının da birleşmesini gerektiren işletme birleşmelerinde şahıs unsuru da birleşmenin kapsamına dâhildir. Bu sebeple bir şirketin başka bir şirketin sadece ticari işletmesini devralması TBK 202'ye tabi iken; bir şirketin bir başka şirket tarafından devralınması TTK'ya tabidir²².

TTK'daki hükümler yalnızca ticari işletmelere uygulanır; TBK'daki hükümler ise, esnaf işletmesi de dahil olarak tüm işletme-

¹⁹ Her iki düzenleme arasındaki eşgüdüm eksikliğine yönelik eleştiriler açısından ayrıca bkz. **Öz**, Turgut; "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 115-117; **Kendigelen**, Abuzer; "Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler", İstanbul 2011, s. 48-49.

²⁰ **Arkan**, s. 41.

²¹ **Arkan**, s. 41.

²² **Karahan**, Sami; Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Konya 2012, s. 33-34.

lere ilişkin düzenlemeler getirir. Eski BK ve Eski TTK döneminde de, Eski BK'da geçen işletme ile kastedilenin yalnız ticari işletme olup olmadığı tartışmalıydı. Acemoğlu, azınlıkta kalan görüşe göre, Eski BK m. 179'un kapsamına yalnızca ticari işletmelerin gireceğini savunurdu²³. Bunun nedeni, esnaf işletmesinin devrinde, alacaklıların ticari işletme devrindeki haklara sahip olmamasıydı. Ancak öğretilerde ağırlıklı görüş Eski BK m. 179'un her türlü işletmenin devrinde uygulama alanı bulacağı yönündeydi²⁴. Nitekim Eski BK'nın açık ifadesinden bir malvarlığının devri halinde bile Eski BK m. 179'un uygulanacağı anlaşılmaktaydı. Her ne kadar uygulamada esas olarak ticari işletmenin devri karşımıza çıksa da, anılan hükmün sadece ticari işletmeyi içerdiğini söylemek isabetli olmaz. Eski BK m. 179 ve TBK m. 202 kapsamına her türlü işletmenin devri girer.

B. Devir Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Eski TTK m. 11/2'de, ticari işletmeye "*mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça*" dâhil olan unsurlar sayılarak, kapalı bir anlatımla ticari işletmenin çeşitli sözleşmelere konu olabileceği belirtilirdi. Buna karşılık, TTK m. 11/3, açıkça devir sözleşmesinden ve ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan diğer sözleşmelerden söz eder. Dolayısıyla, yeni düzenleme aracılığıyla Eski TTK'da "*mukavele*" kavramının kapsamı da açıklık kazanır. TTK m. 11/3 sadece devir sözleşmesine değil, ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan diğer sözleşmelere de uygulanır. Bunlara örnek olarak, rehin, intifa gibi tasarruf işlemleri, ödünç veya kira sözleşmeleri gibi borç ilişkileri, alım, geri alım veya önalım gibi yenilik doğuran haklar sayılabilir²⁵.

²³ **Acemoğlu**, Kevork; Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 16.

²⁴ **Arıcı**, s. 31; **Arkan**, s. 41; **Bahtiyar**, Mehmet; "*Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletme Devri Konusunda Getirdikleri*", Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2011, Sayı 106, Yıl 9, s. 3891; **Kendigelen (Ülgen**, Ticari İşletme Hukuku), N. 512; **Öz**, s. 96.

²⁵ **Öz**, s. 104. Bu düzenlemenin mülkiyet dışındaki haklara uygulanması açısından eleştirisi için bkz. **Bahtiyar**, s. 3895.

İBirK m. 69 vd. ticaret siciline kayıtlı bir ticari işletmenin malvarlığı devrini ve devir sözleşmesinin şekli, kapsamı ve geçerliliğini düzenler. TTK m.11/3'ün gerekçesinde İBirK'ya atıfta bulunulmaz. Ancak düzenlemelerin benzerliğinden ve TTK'nın birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili hükümlerinin gerekçesinde kaynak olarak belirtilen İBirK'nın TTK'da düzenlenen ticari işletme devrine de kaynak olduğu sorucuna varılabilir²⁶.

2. Yazılı şekil

Eski TTK ve Eski BK'da devir sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmez. Dolayısıyla devir sözleşmesi şekil serbestisi kapsamında sözlü olarak dahi yapılabilir. Ancak Eski TTK döneminde, sözlü olarak yapılan ticari işletme devri sözleşmesine dayanılarak ticaret siciline tescil işlemleri, işyeri açma, vergi dairesine kayıt, gerektiği takdirde Rekabet Kurulu'ndan izin alma gibi işlemlerin zaten yapılamayacağı ve işletmenin devrinin senetle ispat olunabileceği belirtilirdi²⁷. Bununla birlikte şekil serbestisi kuralının istisnalarına uyulması gerektiği unutulmamalıdır²⁸.

TTK ise eski TTK'da şekil açısından yer almayan bir açıklık getirir. TTK m. 11/3'de yazılılık koşulu özellikle vurgulanır: *“Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir”*. Yazılılık şartı TSY m. 133/2'de de açıkça düzenlenir. Bununla birlikte, yazılı şeklin geçerlilik şartı olup olmadığına dair kanun koyucu bir açıklık getirmez.

²⁶ Bkz. Gerekçe, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, s. 44, erişim tarihi: 12.07.2013. Öz, Gerekçe'de yer alan görüşlerin birçoğunu medeni hukuk ilkeleri açısından eleştirir, s. 99 vd.

²⁷ **Domaniç**, Hayri/**Ulusoy**, Erol; Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, İstanbul 2007, s. 178.

²⁸ Bir görüşe göre gayrimenkul ve gayrimenkul vasfındaki hakların dışında, menkul, alacak ve haklar üzerindeki sözleşme şekle tabi değildir. Bkz. **Arslanlı**, Halil; Kara Ticaret Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1959, s. 111.

(a) Geçerlilik Şartı

Öğretide, ağırlıklı görüş²⁹ bu yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğunu belirtir. Biz de TTK m. 11/3'ün açık ve taraflara aksini öngörme şansı bırakmayan düzenlemesi çerçevesinde yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu görüşündeyiz.

Eski BK kapsamında ticari işletmelerinin sözleşmelere bir bütün olarak konu olabilmesi, kendine özgü bir yapı arz eder. Zira ticari işletmenin bütününe kapsayan sözleşme geçerlidir ancak unsurlar türlerine göre ayrı hukuk kurallarına tabidir. Sadece devir sözleşmesi ile ya da tek bir tasarruf işlemi ile aktifler devralana geçmemekte; aktife dâhil unsurlar için cüzi intikal söz konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, sözleşmeden doğan edimlerin ifası bir bütün olarak gerçekleşmez, örneğin ticari işletmeye ait taşınmazlar tapuda ferağ ile devredilir, taşınırılar için zilyetliğin devri gerekir, markaların marka siciline devralan adına tescili yapılmalıdır, alacaklar açısından ise temlik zorunlu olur. Yani devirlerde cüzi halefiyet esastır. Pasiflerin yani borçların devrinde ise, külli intikal esastır; ayrıca bir işlem yapılması gerekli değildir. Alacaklılara bildirim veya ilan yeterlidir. Bu durum borcun naklinin yapısı gereğidir³⁰.

Bununla birlikte, TTK m. 11/3 yukarıda belirtilen sisteme esaslı bir değişiklik getirir. Zira artık *“ticari işletme, içerdği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir”*. Dolayısıyla ticari işletme, onu oluşturan malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı devrine gerek kalmaksızın tek bir yazılı sözleşme ile devredilebilir³¹. Bu

²⁹ Arkan, s. 42; TTK m. 1/2 ve MK m. 5 hükümlerinin yollaması ile uygulanacak BK m. 11/1'den hareketle, belirtilen şeklin, geçerlilik şartı olduğu sonucuna varılmasının zorunluluğu konusunda bkz. Bahtiyar, s. 3894; Karahan, s. 36; Tekinalp, s. 12.

³⁰ Belirtilmelidir ki borcun nakli hükümleri uyarınca alacaklı ile borcu üstlenecek kişi arasında dış üstlenme sözleşmesinin yapılması gerekir. Ancak özel bir düzenleme olan BK m. 202, ticari işletme devrinde alacaklılara yapılacak ihbar veya ilanın yeterli olacağını hükme bağlar.

³¹ Ticari işletmenin aktiflerinin yazılı sözleşme ile bütün olarak devrinin radikal bir değişiklik olduğu ve bu değişikliğin uygulamada çeşitli sakınca ve tereddütlere neden olacağı konusunda bkz. Bahtiyar, s. 3902.

değişiklik “belirlilik ilkesinde kırılma” olarak ifade edilir. Bu düzenleme ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olmasını kabul ederek ticari işletme rehninden sonra bir defa daha, Türk eşya hukukuna hakim olan eşya hukukunun belirlilik ilkesine, etki alanı geniş bir istisna getirir ve ticari işletmeyi oluşturan çeşitli malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı tasarruf işlemiyle devredilmesini gerekli gören ilkeye veda eder³². Bu değişiklik kapsamında taşınmazların tapuda ferağ edilmesi, taşınurlar için zilyetliğin devri, markaların marka siciline devralan adına tescili zorunluluğu ortadan kalkar. Kısaca, yazılı bir devir sözleşmesi ticari işletmenin bütün olarak devri için yeterli olur. Burada yeni bir tescilsiz iktisap hali doğduğu söylenebilir. Zira gerçekten de ticari işletmeye dahil ve özel sicile tescil ile kazanılan malvarlığı unsurları (örneğin taşınmazlar, gemiler, markalar, motorlu nakil araçları) kendi sicillerine tescil gerçekleşmeden, ticari işletme devri sözleşmesinin tesciliyle, ticari işletme kapsamında devralana geçerler³³. Bu düzenleme mülkiyetle ilgili birçok sorunun doğmasına neden olabilir³⁴. Örneğin, TTK 11/3 uyarınca yazılı devir sözleşmesinin tescili ile beraber taşınmazın mülkiyetinin devralana geçtiği kabul edilirse, tapuda malik olarak görünen eski malikin yaptığı devir işlemi sonucunda devralan iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı MK m. 1023 uyarınca korunur. Bu bağlamda taşınmazın mülkiyetini kaybeden devralan kişinin hukuki güvenliğinin sağlanması sorunu ortaya çıkar. Ancak TSY m. 135/5’in öngördüğü diğer sicillere eş zamanlı bildirim hükmü karşısında bu olasılık teorik düzeyde kalır. Ayrıca kanımca TTK m. 36/3 hükmü de dikkate alınabilir. Bu madde “*üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç*

³² **Tekinalp**, s. 12.

³³ Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, sadece devir sözleşmesi malvarlığının devri için yeterli değildir. Devir sözleşmesi ticaret siciline tescil edildiği takdirde hüküm doğurur. Ayrıca TSY’de ticaret sicilinin diğer ilgili sicillere bildirimde bulunması öngörülür.

³⁴ Aynı görüşte bkz. **Öz**, s. 107-108; **Bahtiyar**, s. 3895, 3896; **Karahan**, s. 36. Ayrıca TTK m. 128 uyarınca tek bir taşınmazın sermaye olarak şirkete devrinde tapu siciline tescilin zorunlu ve kolaylaştırılmış olduğu, ticari işletmenin devrinde tapuda tescil gerekmeksizin mülkiyetin sözleşme ile geçmesinin TTK’nın kendi içerisinde çeliştiği konusunda bkz. **Bahtiyar**, s. 3901.

doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiası dinlenemez” hükmünü içerir. Bu bağlamda, ticari işletme devrinin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi’nde ilan edilmesi ile beraber üçüncü kişiler artık bu devri ve dolayısıyla taşınmazın tapu sicili dışında malik değiştirdiğini bilmediklerini ileri süremez. Dolayısıyla üçüncü kişinin iyiniyetli iktisabının ilandan sonra korunmayacağı görüşümdedir.

İBK m. 70/2 uyarınca devir sözleşmesi adi yazılı şekle tabidir. Taşınmazların devir sözleşmesine konu olması halinde ise resmi şekil şartı yerine getirilmelidir. Bu istisna dışında, malvarlığı değerleri cüzi halefiyete göre devir çerçevesinde daha ağır (nitelikli) şekle tabi olsalar bile, söz konusu malvarlığı değerlerini içeren devir sözleşmesinin yazılı yapılması yeterlidir³⁵. Öğretide İsviçre Hukukunda yer alan bu düzenlemeye paralel bir düzenlemenin TTK’da da yer alması gerektiği savunulur³⁶. Bu görüş benimsenecek olsa dahi, bu ayrık uygulamayı sadece taşınmazlara özgülemenin haklı bir gerekçesi yoktur ve tüm özel sicillere tescil gerektiren hallere uygulanmalıdır. Halbuki, taşınmazlar ve özel sicillere tescil gerektiren diğer malvarlığı unsurları için öngörülecek ayrık uygulamalar, TTK m. 11/3 hükmünün ticari işletmenin bir bütün olarak konu olabileceği işlemleri tek bir sözleşme ve ticaret siciline tescille gerçekleştirme amacıyla bağdaşmaz. Kanımca ticaret sicilinin eş zamanlı olarak diğer sicillere yapacağı bildirim (TSY m. 135/5) ile bu endişeler giderilir. Özellikle ticaret sicilinin uygulamasında bildirimlerin elektronik ortamda yapılması (MERSİS) sorunun çözümünde etkili olacaktır.

(b) Diğer Sözleşmelere de Uygulanması

TTK m 11/3’te öngörülen yazılı şekil sadece işletmenin devrinde değil işletmeyi bir bütün olarak konu alan diğer sözleşmeler

³⁵ **Beretta**, P; “Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes”, SJZ 98 Nr:10, Art. 70, N. 16, **Ülgen**, Hüseyin/**Arıcı**, Fatih; “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1772, dn. 28’den naklen.

³⁶ **Bahtiyar**, s. 3905.

için de uygulanır³⁷. Zira TTK m. 11/3 ticari işletmenin bir bütün olarak devir dışında diğer işlemlere de konu olabileceğini açıkça belirtir.

Ticari işletme rehni de işletmeyi bir bütün olarak konu alan sözleşmedir. Dolayısıyla ticari işletme rehni de yazılı bir sözleşme ve bunun ticaret siciline tescili ile kurulabileceği ileri sürülebilir. Ancak ticari işletme rehni özel olarak 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu ("TİRK")'nda düzenlenir. TTK, TİRK'nu yürürlükten kaldırmamıştır. Bu nedenle özel hükümler getiren TİRK'nun genel hüküm niteliğinde olan TTK m. 11/3 hükmüne göre öncelikle uygulanması gerektiği savunulabilir. Bununla birlikte TİRK kapsam olarak sınırlıdır. Ticari işletmenin bir bütün olarak rehinini düzenlemez. Aksine hem rehinli alacaklılar (TİRK m. 2) hem de rehin kapsamına giren unsurlar (TİRK m. 3) sınırlı olarak sayılır. TTK m. 11/3 açısından rehinli alacaklılar kısıtlanmamışken, TİRK m. 2 çerçevesinde sadece tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri, kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler ticari işletme rehni alabilir³⁸. Yine TTK m. 11/3 açısından ticari işletme bir bütün olarak tüm unsurlarıyla rehne konu olabilirken, TİRK m. 3 uyarınca, sadece ticari işletmeye ait bazı unsurlar ticari işletme rehni kapsamında rehnedilebilir. TİRK m. 3 uyarınca a) ticaret unvanı ve işletme adı, b) rehni tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, alet ve motorlu nakil araçları ve c) ihtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklar üzerinde rehin kurulabilir. Taraflar ticaret unvanı, işletme adı ve menkul işletme tesisatı dışında kalan unsurlardan bir veya birkaçını rehni kapsamında dışında bırakabilirler³⁹. Bu nedenle özellikle taşınmazlar, gemiler ve motorlu

³⁷ Bu düzenlemenin medeni hukuk hükümleri çerçevesinde eleştirisi için bkz. **Öz**, s. 104-109.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, H. Ercüment; "Ticari İşletme Rehniinde Güncel Sorunlar", Bankacılar, Mart 2011, Sayı 76, s. 44-45.

³⁹ Rehni kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, Ticari İşletme Rehni, s. 51-52.

nakil araçları rehinin kapsamına girmez (TİRK m. 3/son gemi ipoteği hakkındaki hükümleri saklı tutar). Ayrıca TİRK rehin sözleşmesinin düzenleme şeklinde noterde yapılmasını öngörürken (TİRK m. 4), TTK m. 11/3 basit yazılı şekil ile yetinir. Bu çerçevede TİRK’da öngörülen ticari işletme rehniyle, TTK m. 11/3’de düzenlenen ticari işletmenin bir bütün olarak rehni birbirinden farklıdır. Bu nedenle her iki düzenlemenin de paralel olarak uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Ancak TTK m. 11/3’deki düzenlemenin hem kapsam olarak daha geniş hem de şekil olarak daha basit olması, bu hükme göre kurulacak ticari işletme rehininin, TİRK’a tabi olarak kurulacak rehnin yerine tercih edilmesine neden olabilir⁴⁰.

3. Tescil ve İlan

Yazılı şeklin yanında TTK m. 11/3, ticari işletmeyi bütün olarak konu alan sözleşmelerin ticaret sicilinde tescil ve ilan olunacağını düzenler. Söz konusu tescil ve ilan niteliğine dair TTK’da belirlilik yoktur. Bu sebeple TSY yürürlüğe girene kadar tescilin niteliği öğretide tartışmalıydı⁴¹.

Tescil ve ilan niteliği TSY m. 133’te “Ticari İşletmenin Devri” başlığı altında düzenlenir. TSY m. 133/3 uyarınca “Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder.” Hüküm

⁴⁰ TTK m. 11/3 hükmünün ve TİRK hükümlerinin uyumsuzluğu konusundaki eleştiriler için ayrıca bkz. **Öz**, s. 107, **Bahtiyar**, s. 3895; **Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 48.

⁴¹ TSY düzenlemesinden önce öğretide tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu tartışmalıydı. Tescilin kurucu olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, s. 12. Bu çerçevede, yine Tekinalp, devir sözleşmesinin tasarrufi bir sözleşme olduğunu ve bu sözleşmenin taşınmazların devrinde yalnızca resmi şeklin yerine geçmekle kalmayıp tescilsiz iktisabı da sağladığını ifade eder, bkz. **Tekinalp**, s. 12. Tescile kural olarak açıklayıcı işlev yükleyen ticaret hukuku sistemimizde TTK m. 11/3 hükmünde tescilin kurucu olduğuna dair hiçbir ifadeye yer verilmemiş olmasının açık bir belirsizlik yarattığı hususunda bkz. **Karahan**, s. 36. TTK’da bu konuda açıklık bulunmadığından tescil ve ilan açıklayıcı olduğunun savunulabileceği konusunda bkz. **Arıcı**, s. 215.

iki önemi vurgu yapar: devir sözleşmesinin tümü tescil edilmelidir ve tescilin kurucu bir etkisi vardır⁴².

Sözleşmenin tümünün tescilinin özellikle alacaklıları korumaya yönelik olduğu düşünülmelidir. Bu düzenleme devir sözleşmesinde yer alması zorunlu olan asgari unsurlar açısından (TSY m. 133/2) açısından savunulabilir. Ancak uygulamada devir sözleşmeleri bu asgari unsurlardan çok daha ayrıntılı olur ve birçok hüküm sadece tarafları ilgilendirebilir. TSY'nin düzenlemesi karşısında bu ayrıntılı sözleşmelerin de tamamen tescil edilmesi gerekir ki, bunda alacaklıların korunması açısından bir yarar olduğu kuşkuludur.

Tescilin kurucu etkisinin olduğunun belirtilmesi sadece öğretideki tartışmaların sonuçlandırılması açısından değil, devir işleminin hüküm ve sonuç doğuracağı anın belirlenmesi açısından çok önemlidir. Tescile bağlanan sonucun açıkça düzenlenmesi yerindedir. TİRK m. 5'e göre de tescil bir geçerlilik şartıdır ve kurucu niteliktedir⁴³. Ticaret siciline tescilin kural olarak açıklayıcı olduğu göz önüne alınırsa, ilgili düzenleme belirlilik sağlanması açısından da yararlıdır.

TSY ile getirilen düzenleme uyarınca tescil kurucu, ilan ise açıklayıcı olacak ve üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldıracaktır. Bu açılım ile ticari işletmenin devri kolaylaşır. Ancak tescil ettirme borcunun kimin üzerinde olduğu madde metninde açıklanmaz. Bu husus bir eksiklik olarak nitelendirilebilirse de, TSY m. 22/2 hükmünden tescil talebinde bulunmaya ticari işletme sahibinin yetkili olduğu anlaşılır⁴⁴.

⁴² TTK'da ilgili hükümlere kaynaklık ettiği varsayılan İBirk m.73/2 uyarınca ticari işletme devri açısından da tescil kurucudur. Zira ticari işletmenin devri ancak ticaret siciline tescil ile geçerli olur. Bu nedenle, tescilin niteliğinin belirtilmesi yerinde bir düzenlemedir. Ancak tescilin niteliğinin Yönetmelik yerine TTK'da düzenlenmesinin daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

⁴³ **Erdem**, Ticari İşletme Rehni, s. 46.

⁴⁴ TSY m. 22/2, ticari işletme sahibinin niteliğine göre (gerçek kişi, ticari işletme dışında bir tüzel kişi, donatma iştiraki ve ticari şirketi) ayrıntılı bir düzenleme getirir. İBirk m.73/1 uyarınca tescil devredene ait bir hak ve yükümlülüktür.

TSY m.133/4'e göre "Ticari işletme devir vaadi⁴⁵, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devirler ve şartlı devirler tescil edilemez." Böylece, şayet bir ön sözleşme yapılmışsa bunun tescil talebine hukuki sebep oluşturamayacağı; ayrıca vadeli veya koşullu tescilin yapılamayacağı düzenlenir⁴⁶. TBK m. 29/2, kanunda öngörülen istisnalar⁴⁷ dışında borçlandırıcı sözleşmeler açısından ön sözleşmenin geçerliliğini ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlar. Yazılı şekil devir sözleşmesinin geçerlilik şekli olduğundan, ticari işletme devir vaadi de aynı şekle tabi olur. Noterlikçe re'sen düzenlenme şekline tabi olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine karşın, ticari işletme devir vaadi sözleşmesinin adi yazılı şekilde düzenlenmesi mümkündür. Dolayısıyla devir vaadi sözleşmesi kapsamında ticari işletmeye dâhil taşınmaz da yazılı şekil şartına uyularak bu devir vaadi sözleşmesine konu olur. Ancak devir vaadi sözleşmesi ticaret siciline tescil edilemediğinden ve dolayısıyla devir vaadi tapu siciline bildirilemediğinden, 3. kişi ticari işletmeye ait taşınmazın mülkiyetini kazanabilir.

4. Diğer Sicillere Bildirim

Zorunlu tasarruf işlemlerine uyulmaksızın, yazılı devir sözleşmesi ve tescil ile hüküm doğuran ticari işletmenin devrinde aleniyet

⁴⁵ Öğretide, bir sözleşmenin ön sözleşme olarak nitelendirilmesi için sonradan yapılacak asıl sözleşmenin mutlaka bir borçlanma işlemi niteliğini taşıması gerektiği, sonradan yapılacak sözleşme tasarruf işlemi ise, onu hazırlayan borç sözleşmesinin bir ön sözleşme olmayacağı, aksi halde, bütün borç sözleşmelerini ön sözleşme saymak gerekeceği konusunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir**; Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 100. Bu bağlamda TSY'nin ticari işletmenin devir vaadi sözleşmesine değinmesi, ticari işletme devri sözleşmesinin hukuki niteliğini borçlandırıcı işlem olarak değerlendirdiğine işaret eder.

⁴⁶ **Öz**, s. 119.

⁴⁷ Taşınmazların satışında MK m. 706 uyarınca resmi şekle uyulmalıdır. Bu resmi şekil ise sözleşmenin tapu sicil memurları tarafından düzenlenmesi biçiminde ifade edilir. Ancak taşınmaz satış vadinin noterlikçe re'sen düzenlenmesi yeterlidir (1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60/3).

fonksiyonun sağlanması önemlidir. TSY m. 135/5'in düzenlemesi bu konunun çözümünü amaçlar. TSY m. 135/5 uyarınca "Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dâhil 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". Böylece, TSY düzenlemesi ile ilgili sicillere tescil bir zorunluluk olmamasına karşın, sicile tescili gerekli malvarlıklarının ilgili sicillere tescili kolaylaştırılır ve tescilin gecikmeksizin yapılması sağlanır⁴⁸. İlgili sicillere tescile gerek kalmadan malvarlığı unsurlarının devrinin gerçekleşmesi ile birlikte, bu devrin gecikmeksizin ilgili sicillere tescili aleniyet fonksiyonunu da sağlar. Zira sicil tarafından yapılacak tescille eş zamanlı olarak, taşınmazların tapu siciline, motorlu araçların trafik siciline vb. yapılacak bildirimle, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'ne yapılan ilan sebebiyle artık bunların devrini öğrenmiş sayılan üçüncü kişiler daha rahat korunur⁴⁹. Bu düzenleme ile ticari işletme devri kolaylaşır; öğretilde belirtildiği üzere ticari işletme işlevlerine uygun bir ticaret kurumu haline getirilir ve Türk ticaret hayatı içinde uygun konuma yerleştirilir⁵⁰.

TSY m. 135/5'de öngörülen diğer sicillere bildirim yükümlülüğünün uygulamaya nasıl yansıtacağı önemlidir. Burada iki sorun öne çıkar.

İlk sorun hangi sicillere bildirim yapılacağıdır. İBirk'dan farklı olarak TSY m. 133/2, b hükmü sözleşmede devre dahil unsurların değil, sözleşme dışı bırakılan unsurların gösterilmesini arar. Bu nedenle ticaret sicil memurunun devir sözleşmesini inceleyerek, hangi sicillere bildirimde bulunacağını anlaması olanaksızdır. Çözüm

⁴⁸ Aynı konu TİRK'da da düzenlenir. Ticari işletme rehninin ilgili sicile kayıtlı doğması, ancak rehnedilen malvarlığı unsurlarından bir kısmının, başka sicillere kayıtlı olması ve bu nedenle kanunun rehnin diğer sicillere de bildirilmesini ve kaydedilmesini öngörmesi konusunda bkz. **Erdem**, Ticari İşletme Rehni, s. 46.

⁴⁹ **Öz**, s. 120.

⁵⁰ **Tekinalp**, s. 12-13.

olarak, ticari işletme ile ilgili birleşmenin tescili düzenleyen TSY m. 132/2, b'nin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Böylece ticari işletme sahibinin özel sicillere kayıtlı bulunan malvarlığı hakkında bir beyanda bulunması ve bu varlığının kayıtlı oldukları siciller ile ilgili sicillerdeki kayıtlarına ilişkin bilgileri vermesi aranabilir. İkinci bir çözüm ve "delege ferande" olarak, TSY m. 133/2 hükmüne yeni bir bent eklenerek sözleşmenin kapsamında özel sicillere kayıtlı malvarlığı unsurlarının gösterilmesi zorunlu kılınabilir.

İkinci sorun eş zamanlı bildirim nasıl yapılacaktır. TSY, sicil kayıtlarının Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) içinde tutulmasını öngörür. TSY m. 4/g'de verilen tanım uyarınca MERSİS "ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü, ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulduğu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile TOBB nezdinde oluşturulan ve işletilen merkezi ortak veri tabanını da içeren bilgi sistemini" ifade eder. MERSİS'te diğer sicillere bildirim de elektronik olarak eş zamanlı yapılacağından, aleniyet açısından bir sakınca doğmaz. Ancak henüz tüm siciller MERSİS'te çalışmaya başlamadığından, TSY Geçici m. 1, özel bir düzenleme getirir. Buna göre, MERSİS'i henüz kullanmaya başlamayan ticaret sicil müdürlüklerinde, kayıtlar halen kullanılmakta olan defterlerde ve Ticaret Sicil Tüzüğü'nün öngördüğü şekilde tutulur. İşte bu son olasılıkta, Müdürlük tarafından ilgili sicillere bildirim yazı ile yapıldığı takdirde arada geçen zaman süresince MK m. 1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişinin mülkiyet iktisabı mümkün olabilir.

Diğer sicillere yapılan eş zamanlı bildirim, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'ndeki ilana oranla daha etkin bir koruma sağlar. Zira, tescil ile ilan arasında her zaman belli bir süre geçer. Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan yayınlanıncaya kadar, iyiniyetli 3. kişiler taşınmazlar bakımından tapu sicilinden ve motorlu araçlar bakımından trafik sicilinden gerçek durumu öğrenerek kendilerini zarara sokabilecek işlemlerden kaçınabilirler.

5. Devir Sözleşmesinin Niteliği

Tarafların sözleşme yapmakla arzu ettikleri hukuki sonuç, bir borcun doğumu ise bir borç doğuran sözleşme söz konusu olur⁵¹. Ancak sözleşme deyince borç doğuran sözleşmelerin yanında tasarruf işlemi niteliğinde sözleşmeler de dikkate alınmalıdır. Tasarruf işlemi, genellikle bir borçlandırıcı işleme yüklenen borcun yerine getirilmesi için yapılır ve “ifa” anlamını taşır⁵². Tasarruf işlemi ile bu işlemde bulunan kişinin malvarlığı azalır.

Eski TTK’da ticari işletmenin bir bütün olarak tek bir işlemle devri düzenlenmemiştir. Bu sebeple aktiflerin devri her bir aktif için öngörülen tasarruf işleminin yerine getirilmesine bağlıydı. Bu çerçevede Eski TTK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde devir sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olarak nitelendirilirdi. Ancak devir borcunun geçerli olabilmesi için, öngörülen özel bir şekil bulunduğu takdirde bu şekle uyulması gerekirdi.

TTK m.11/3’le getirilen düzenleme sonucunda ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir. Öğretide Tekinalp⁵³e göre yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu devir sözleşmesinin kendisi bir tasarruf işlemidir. Zira anılan sözleşme taşınmazların devrinde sadece resmi şeklin yerini tutmakla kalmaz, aynı zamanda tescilsiz iktisabı da sağlar⁵⁴. Tekinalp tescilin kurucu nitelikte olduğunu belirtmesine rağmen sözleşmeyi tasarruf işlemi olarak değerlendirir.

İsviçre öğretisindeki baskın görüş⁵⁵ uyarınca devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Sözleşmenin ticaret siciline tescili

⁵¹ **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2011, s. 46.

⁵² **von Tuhr**, Andreas; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II (Çeviren: Cevat Edege), 2. Bası, Ankara 1983, s. 190.

⁵³ **Tekinalp**, s. 12. Aynı görüşte bkz. **Arkan**, s. 42.

⁵⁴ Bu konudaki farklı olasılıkların değerlendirilmesi açısından bkz. **Öz**, s. 111-112.

⁵⁵ **Ülgen/Arıcı**, s. 1783, dn. 87’de sayılan yazarlar.

ise tasarruf işlemidir. Bu bağlamda tasarruf işlemi ticaret siciline tescil iken, yazılı devir sözleşmesi kişiyi ticaret siciline başvurarak devir borcunu yerine getirme yükümlülüğü altına sokan borçlandırıcı sözleşmedir. Zira devir sözleşmesi doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine bir değişiklik getirmez. Yüklenilen borcun ifası ancak sicile tescille mümkün olur.

İsviçre öğretisinde savunulan diğer görüş ise sözleşmenin hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi olarak değerlendirilmesini önerir⁵⁶. Bu görüşe göre sözleşme ile beraber işletme sahibi hem işletmeyi devretme borcu altına girer hem de bu borcunun ifası için tasarruf işlemi yapmış olur. Ancak hukukumuz borçlandırıcı işlem tasarruf işlemi ayrımına dayandığından, bir sözleşmenin hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemi sayılması bu prensiple bağdaşmaz⁵⁷.

TTK m. 11/3'te yer bulan "*malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek olmaksızın*" ifadesi işletmenin bütün halinde devredilebileceğini öngörür. Bu nedenle devir için zorunlu tasarruf işlemlerinin yerine getirilmesi gerekmez. Ancak devir sözleşmesinin tescili zorunludur. TSY m. 133/3 uyarınca tescil kurucu olduğundan, devir işlemi tescil ile hüküm doğurur. Dolayısıyla ticaret siciline tescil edilmemiş devir sözleşmesi, tek başına işletmenin devrini sağlamaz ve devreden malvarlığında bir değişikliğe sebep olmaz. Bu nedenlerle kanımca devir sözleşmesini borçlandırıcı işlem, tescili de tasarruf işlemi olarak kabul etmek gerekir.

C. Rekabet Hukuku Çerçevesinde Bildirim Yükümlülüğü

Devir sözleşmelerinin geçerliliği belirli durumlarda Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasına bağlıdır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK")⁵⁸ m. 7/2'ye göre hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula

⁵⁶ Beretta, Art. 70, N 26, Ülgen/Arıcı, s. 1784, dn. 89'dan naklen.

⁵⁷ Öz, s. 112.

⁵⁸ RG, 13.12.1994, S. 22140.

bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder. Rekabet Kurulu bu doğrultuda Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'i (Tebliğ No: 2010/4) yayınladı⁵⁹.

2010/4 No'lu Tebliğ m. 5/1 uyarınca kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, RKHK m. 7 kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır. Bu nedenle ticari işletmenin devri de bu rekabet hukuku anlamında bir devralma işlemidir.

Ancak her türlü devralma işlemi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmez. 2010/4 No'lu Tebliğ m. 7/1'e göre eğer ticari işletmenin devrinde, işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur. İşletmeler bu eşikleri aşmazsa, Kurul'dan izin almaksızın devir işlemi yapılabilir. Rekabet Kurulu'na bildirim birleşme veya devralmanın gerçekleşmesinden önce yapılır; dolayısıyla burada bir ön bildirim söz konusudur⁶⁰.

⁵⁹ Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4),

http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fTebli%c4%9f%2f2012_3.pdf erişim tarihi 12.07.2013.

⁶⁰ **Erdem**, H. Ercüment; Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003, s. 141.

D. Devir Sözleşmesinin Kapsamı

1. Ticari İşletmeye Dâhil Malvarlığı Unsurları

Ticari işletmenin ayrı bir hukuk kişiliği bulunmasa da, ticari işletme para ile ölçülebilir malvarlığı değerlerinden oluşmuş ekonomik bir bütündür⁶¹. Ticari işletmenin bir bütün olduğu ticari işletmeyi tanımlayan ve devrini düzenleyen TTK m.11'de de "*Bütünlük İlkesi*" başlığı ile vurgulanır. Ticari işletme bütün maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşur. Ticari işletmenin maddi unsurları işletmeye özgülenen taşınır ve taşınmaz malvarlığı, ticari işletmenin nakitleri olarak açıklanabilirken; gayri maddi unsurlardan ticari işletmenin, fikri ve sınai hakları, kiracılık hakkı ve müşteri çevresi anlaşılır. Bazı hallerde ticari işletmenin gayri maddi unsurlarının maddi unsurlarından daha büyük ekonomik değere sahip olduğu görülür. Bununla birlikte, öğretide söz konusu ayırımın yerinde olmadığı da savunulur⁶².

Eski TTK m. 11/2'de ticari işletmeye dâhil malvarlığı unsurları "*tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata mütaallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar*" olarak sayılırdı. TTK m. 11/3'de ise devir sözleşmesinin konusunu oluşturacak unsurlar olarak "*duran malvarlığı*⁶³, *işletme değeri, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet hakları ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları*" belirtilir. Sözcüklerin Türkçe karşılıklarının seçilmesi dışında, ticari işletmenin malvarlıksal yönü açısından TTK yenilik getirmez.

Eski TTK m. 11/2'de yer alan sayım gibi TTK m. 11/3'deki sayım da sınırlı değildir, hükümde öngörülmeven unsurların ticari

⁶¹ Kendigelen (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 447.

⁶² Poroy/Yasaman, s. 43.

⁶³ Duran malvarlığı ise ticari işletmeye sürekli olarak özgülenen taşınırlar, taşınmazlar, bunların bütünleyici parçaları ve eklentilerinden oluşur. Bkz. Karahan, s. 24-25. Gerekcede de belirtildiği üzere (Gerekçe, s. 6), Eski TTK döneminde duran malvarlığı yerine kullanılan tesisat kelimesinin değiştirilmesi yerinde bir değişikliktir.

işletmenin malvarlığına dâhil sayılması ekonomik değer taşımalarına bağlıdır⁶⁴. TTK'nın Gerekçe'sinde de bütünü tanımlayan malvarlığı unsurlarının, bütünün doğal parçaları olduğu belirtilir⁶⁵. Ayrıca, TTK m. 11/3'de yer almamakla birlikte, ticari işletmeye ait bütün haklar, bir başka deyişle, alacak hakları, ipotek ve rehin hakları ve işletmeye ait nakitler malvarlığına dâhildir.

TSY m. 133/2 sözleşmede yer alacak unsurları sayar:

"(2) Bir ticari işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılır ve aşağıdaki hususlar yer alır:

Tarafların adı, soyadı ve unvanı ile tebligat adresi.

Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları.

Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan.

Ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları".

Görüldüğü gibi hüküm sözleşmede yer alacak malvarlığı unsurlarını değil, yer almayacakların belirtilmesini arar. Kuşkusuz bu sayılanlar asgari zorunlu bir içeriğe işaret eder. Uygulamada sözleşmeler çok daha ayrıntılıdır.

İBirk m. 71 ise farklı bir yöntem izler. Devir sözleşmesinde yer alacak hususları şunlardır: Tarafların ticaret unvanı ya da adı, yerleşim yeri ve ortaklığın türü, devredilecek aktif ve pasiflerin açık bir şekilde gösterildiği bir envanter, taşınmazlar, kıymetli evrak ve gayri maddi değerler ayrıca belirtilmelidir, devredilecek aktif ve pasiflerin toplam değeri, eğer bir karşı edim üstlenilmişse bu karşı edim, malvarlığı devri ile beraber devredilecek iş akitlerinin listesidir. İBirk bir envanter düzenlenmesini öngörerek devre dahil unsurların açıkça belirtilmesini arar. Bu uygulama devrin kapsamı açısından bir saydamlık sağlarsa da, bazı unsurların hata veya ihmal sonucu unutulmuş olarak envanterde yer almamasına ve böylece uyumsuzlukların doğmasına da neden olabilir.

⁶⁴ Kendigelen (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 449.

⁶⁵ Gerekçe, s. 6.

Ekonomik değer taşıyan unsurların ticari işletmeye dâhil sayılması, bu unsurların ticari işletmenin faaliyetine özgülenmiş olmasına bağlıdır. İşletmeye sürekli şekilde özgülenen malvarlığı unsurları kural olarak devralana geçer⁶⁶. Buna karşılık, devirde maddi unsurların tümünün devredilmesi şart değildir. TTK m. 11/3, c. 2 “... aksi öngörülmemişse ...” diyerek bazı unsurların kapsam dışı bırakılabileceğini öngörürken, TSY daha ileri gider. TSY m. 2, c hükmü “Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan” arayarak devre konu unsurlar açısından iki kısıt getirir: (1) Kapsam dışı bırakılan unsurlar ticari işletmenin bütünlüğünü bozmamalıdır; (2) kapsam dışı bırakılan unsurlar ticari işletmenin devamlılığına zarar vermemelidir. O halde ticari işletme “işletme yeteneğini”⁶⁷ korumak kaydıyla, maddi unsurlardan bazıları kapsam dışında bırakılabilir. Böylece devredilen unsurların ticari işletmenin faaliyetini devam ettirmeye yeterli olması aranır. Bir ticari işletme birden fazla alanda faaliyet gösteriyor ise devredilen unsurların ticari işletmenin bir alanda işletme yeteneğini gerçekleştirecek oranda olması gerekli ve yeterlidir⁶⁸. Bazı unsurların kapsam dışı bırakılması halinde ise, bu hususun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir (TSY m.133/2, b). Ancak hükümde açık bir ifade bulunmadığından devredilecek pasiflerin de açıklanması gerekip gerekmediği sorunu geçerliliğini korur. Bu konuyu aşağıda ele alacağım.

Ticari işletmenin devrinden söz edebilmek için gayri maddi unsurun devri kesin koşuldur⁶⁹. TTK ticari işletmeden ayrı olarak

⁶⁶ **Arkan**, s. 43. TTK m. 11’in gerekçesi ise bu hususu “Bütünü tanımlayan malvarlığı unsurları bu bütünün doğal parçalarıdır. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları veya hiçbiri ismen zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur” şeklinde ifade eder (Gerekçe, s. 6).

⁶⁷ **İmregün**, Oğuz; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 12.

⁶⁸ **Karahan**, s.34-35.

⁶⁹ **İmregün**, s. 12. Gayri maddi unsur devredilmeksizin ticari işletmenin devamının düşünülemeyeceği, ticaret unvanı ile devredilen işletmelerde

devredilemeyecek unsurları düzenler. Örneğin TTK m. 49 uyarınca ticaret unvanı ticari işletmeden ayrı devredilemez. Bununla birlikte, TTK m. 11/3 bu kurala bir istisna oluşturur. Nitekim TTK m.11/3'ün gerekçesinde m. 49'un işletmesini devreden kişiyi ticaret unvanını devre zorlayacak şekilde yorumlanamayacağı belirtilir⁷⁰. Gerekçe bir adım daha ileri gider ve devir sözleşmesinin olanak tanınması veya rekabet yasağı hükmü olmadığı takdirde işletme sahibinin bu unvanı yeni bir işletmede kullanabileceğini savunur⁷¹. TSY m. 135/4 unvanın devre konu olup olmadığına göre tescil açısından ayrıntılı bir düzenleme getirir ve bu görüşü destekler.

TTK m. 11/3 uyarınca işletme değeri aksi öngörülmemişse devir sözleşmesinin kapsamına dâhildir. İşletme değeri ise gerekçede müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin teker teker malvarlığı unsurlarının toplamını aşan değer olarak tanımlanır. Bu sebeple, işletme değeri devirle birlikte devralana geçtiği için taraflar özel olarak rekabet etmemeyi şart koymuş olsalar bile, devreden devralanla ile rekabet etmeme borcu altında olduğu kabul edilmelidir. Bu borcun kaynağını dürüstlük kuralı oluşturur⁷².

2. Pasiflerin Devri Sorunu

Eski BK'daki hüküm uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin birlikte devredilmesi gerekir. TBK m. 202'de de bu hüküm değişikliğe uğramadan korunur. Bu sebeple Eski BK zamanında yapılan açıklamaların TBK için de geçerli olduğu varsayılabilir. Öğretide, ticari işletmenin bir bütünlük gösterdiği ve dolayısıyla aktif ve pasifleriyle birlikte devredileceği, kanun koyucunun burada aktiflerin işletmenin borçlarının doğal güvencesi olarak gördüğü, dolayısıyla alacaklıları koruma amacıyla bu şekilde bir düzenleme

gayrimaddi unsurlarla ticaret unvanının bir bütün (kül) oluşturduğu konusunda ise bkz. **Arslanlı**, s.110.

⁷⁰ Gerekçe, s. 6.

⁷¹ Gerekçe, s. 6.

⁷² **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2009, s. 61; **Karahan**, s. 35; **Arkan**, s. 41.

getirdiği savunulur⁷³. Baskın görüşe⁷⁴ göre işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak devredilmesi emredici bir nitelik taşır. Ancak emredici niteliği savunan yazarlar arasında da, sözleşmenin sadece aktiflerin devrine özgü olarak kurulması durumunda, devir sözleşmesinin akıbeti konusunda görüş birliği bulunmaz. Bir görüş⁷⁵ bir ticari işletmenin yalnızca aktif unsurları ile devre konu olması ve borçlarının devredilmemesi hususunun, ticari işletme devri sözleşmesi niteliğinde olmayacağını ifade eder. Başka bir görüş⁷⁶ ise, ticari işletmenin yalnızca aktiflerinin devrini öngören sözleşmenin Eski BK m. 179 hükmü karşısında geçersiz sayılacağını belirtir. Pasiflerin devrini öngörmeyen devir sözleşmesinin geçersiz olacağını belirten görüşe karşın diğer bir görüş⁷⁷, devir sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağını ve devreden ile devralan arasındaki pasiflerin devrini kapsam dışında bırakan anlaşmaların geçersiz olacağını savunur. Bir başka görüş ise⁷⁸ Eski BK m. 179'da aktiflerin geçişine dair düzenleme bulunmadığından, sözleşmenin geçersiz sayılacağı görüşüne katılmaz ve pasiflerin tümüyle devir sözleşmesinin kapsamı dışında

⁷³ **Kendigelen (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 519.**

⁷⁴ **Arkan, s. 42; Karahan, s. 34; Kendigelen (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 519; Poroy/Yasaman, s. 42.**

⁷⁵ Domaniç, ticari işletme devrinin borçları kapsamının tek istisnası olarak tacirin ticari işletmesi ile ilgili olarak bankalardan almış olduğu kredilerden doğan borçları gösterir. Kredi, bir güven ve itibar kazandırma anlamına geldiği ve geri ödeyeceğine inanılan kişilere verildiği için, kredi sözleşmesinde kredi borçlusunun kişiliği önem taşır. Bu nedenle, tacirin ticari işletmesine aldığı kredilerden doğan borçları ticari işletme devri kapsamı dışında kalır. Bkz. **Domaniç/Ulusoy, s. 178-179.**

⁷⁶ **Yasaman, Hamdi; Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 18.** Aynı görüşte bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 281, dn. 2.**

⁷⁷ Devir sözleşmesinin sözleşmenin tarafları açısından da geçersiz olduğu sonucuna varmak hükmün öngörülme amacı ile çelişeceği, ancak tek başına sözleşmenin taraflar arasında geçerli sayılması alacaklılar açısından yeterli koruma sağlamayacağı, dolayısıyla işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devredildiğinin kabul edilmesinin yeterli olacağı konusunda bkz. **Kendigelen (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 520.**

⁷⁸ **Arıcı, s. 77 vd.**

bırakılabileceğini belirtir⁷⁹. Zira Eski BK m. 179, emredici olarak pasiflerin aktifler ile birlikte devralana geçişini düzenleyen bir hüküm değildir.

TTK kapsamında da, benzer şekilde ticari işletmenin aktiflerinin pasiflerinden ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği konusundaki tartışmanın süreceği belirtilebilir. TSY m. 133/2/b, devir sözleşmesinde ticari işletmenin sözleşme dışı bırakılan unsurlarının belirtilmesini ararsa da bu unsurlardan anlaşılması gereken aktif malvarlığı unsurlarıdır. Örneğin bazı makineler, markalar veya taşınmazlar kapsam dışı bırakılabilir. Ancak TTK'da ve TSY'de pasiflerin devir dışı bırakılması ile ilgili her hangi bir düzenleme öngörülmemesi önemli bir eksikliktir. Bu eksikliğin bilinçli olup olmadığı da belirsizdir. Bu konuda İBirk'da yer alan düzenlemenin yerinde olduğu görüşündeyim. İBirk m. 71/1, b malvarlığı devri için devredilen aktif ve pasiflerin gösterildiği bir envanterin düzenlenmesini şart koşar⁸⁰. Bu madde uyarınca devir envanterinde aktifler ve pasifler açıkça tanımlanmalı, taşınmazlar, kıymetli evrak ve gayri maddi değerler tek tek belirtilmelidir. Ayrıca İBirk m. 71/2 uyarınca

⁷⁹ Ticari işletmenin aktifleriyle birlikte borçlarının da devralana devri için en önemli şartın akidlerce borçların da devre ithal edilmiş olması gerektiği, bu anlaşma ile devralanın, işletme icabı yapılmış olan borçları tekabül ve bunların ifasını taahhüt etmiş olması gerektiği, borçlar devre ithal edilmişse, işletme ile kendiliğinden intikal etmeyeceği, sarih bir anlaşmanın mevcudiyetine ihtiyaç olacağı hususunda bkz. **Arslanlı**, 114-115; **Reisoğlu**, Safa; Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 480.

⁸⁰ **Montavon**, Pascal; Les opérations de restructuration selon la nouvelle LFus, Fachberitrag/Article Spécialisés, http://www.trex.ch/custom/trex/pdfarchiv/TREX_2004/Edition_3/Articles_specialises/P_Montavon_Les_oper.pdf, s. 136, (erişim tarihi: 12.07.2013). Ayrıca devredilen malvarlığı değerinin pozitif olması, diğer bir deyişle aktiflerin değerinin pasiflerden fazla olması gerektiği hususunda bkz. **Apothéloz**, Bernard/**Stetler**, Alfred/**Dousse**, Vincent/**Dongue**, Minyue; Maîtriser L'information Comptable Volume 2, Les Sociétés, Les Succursales, Théorie De L'évaluation, Cas Particuliers De Traitement Comptable et D'évaluation, Lien entre La Comptabilité Financière et La Comptabilité de Gestion, Quatrième édition, Lausanne 2008, s. 58.

devredilen aktiflerin değeri pasiflerin değerinden fazla olmalıdır. İBirK'daki bu açık hüküm karşısında TSY düzenlemesinin çok eksik kaldığı görülür. Bu husus, devir kapsamında pasiflerin devrin dışında tutulmasını daha savunulabilir hale getirir. Zira TTK ve TSY'de pasiflerin devir dışında bırakılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmaz. Buna karşın yukarıda belirtildiği üzere TSY m.133/2, c uyarınca devir sözleşmesiyle kapsam dışı bırakılan unsurlar işletmenin bütünlüğünü ve devamlılığını bozmamalıdır. Kanımca ticari işletmenin bir bütün olarak devrini öngören bu düzenleme ile pasiflerin de devrin bir parçası olması amaçlanır. Zira ticari işletme bir bütün olarak değerlendirildiğinde pasifler de bu bütünün bir parçası olur. Tüm bu sebeplerle, pasiflerin devri konusunun açık bir biçimde düzenlenmemesi yerinde değildir.

Değinilmesi gereken bir diğer konu ise devir sözleşmesinde üstlenilen bazı borçlardan dolayı sorumluluğun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağıdır. Öğretide bir görüş⁸¹ sorumluluğun sınırlandırılabilirliğini belirtmekle birlikte bu sınırlandırmanın yalnız iç ilişkide geçerli olacağını, alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceğini ifade eder. Zira aksi halde alacaklıların herhangi bir güvencesi kalmayacaktır. Bizim de katıldığımız görüşe⁸² göre ise bazı borçlar devir sözleşmesi ile sınırlandırılabilir ve bu sınırlandırmalar alacaklılara yapılacak ilan veya bildirim ile ileri sürülebilir. Ancak pasiflerin tümünün sözleşme dışında bırakılması olanaklı değildir. Diğer bir görüş⁸³ ise devir sözleşmesinde bazı borçların ayrı tutulması şeklinde sınırlandırmaların öngörülebileceğini ve bunların yapılacak ihbarda veya ilanda açıkça belirtilmek şartıyla alacaklılara karşı geçerli hale geleceğini vurgular. Aynı görüş ayrıca tüm pasiflerin naklini engelleyen anlaşmaların da mümkün olacağını belirtir ve bu durumda artık pasiflerin sınırlandırılması kavramının geçerli olmayacağını ve Eski BK 179'un uygulanamayacağını ifade eder.

⁸¹ Arkan, s. 46.

⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 281.

⁸³ Arıcı, s. 80.

IV. SONUÇ

TTK ticari işletme devri sözleşmesi açısından esaslı yenilikler getirir. Ticari işletmenin devrinin TTK'da açıkça düzenlenmesi, zaten TTK'da yer alması gereken bir düzenlemeye asıl yerini vermek olmuştur. TBK kapsamındaki düzenleme, bir bütün olarak ticari işletme devrini değil, ticari işletme devrinin yalnızca bir yönü olan devir sonucu alacaklıların korunmasını düzenler. TTK'da getirilen düzenleme bu anlamda yerindedir.

TTK m. 11/3'ün, ticari işletmenin bir bütün olarak devrine tek bir işlemle izin vermesi olumludur. Kanun koyucu bu düzenleme ile ticari işletmenin devri açısından kolaylık ve hız sağlar. Tescilin hukuki niteliği, devir sözleşmesine dâhil olacak hususlar ve diğer ilgili sicillere tescil gibi TTK 'da açıklık getirilmeyen hususların TSY m. 133 ve m. 135 bağlamında çözümlenmesi ve tamamlayıcı düzenlemeler ile olası karışıklık ve sıkıntıların önüne geçilmesi yararlıdır. Ancak pasiflerin devrinin sınırlandırılması sorununun TTK ile çözüme kavuşmadığı, TSY'nin de bu konuyu çözümleyici bir düzenlemeye yer vermediği ve öğretilerde bu sorunun farklı şekillerde değerlendirildiği unutulmamalıdır. Çözüm açısından İBirk örnek alınabilir. Aynı şekilde diğer sicillere yapılacak bildirim açısından, bu bildirim konu malvarlığı kalemlerinin saptanması sorunudur. TSY'de bu soruna cevap verilmemesi de eksikliklerdir.

Son olarak, ticari işletme devrinin hem TBK hem de TTK kapsamında düzenlenmesinin yerinde olmadığı vurgulanmalıdır. Kanunlar arası uyum sorunu yanı sıra, ticari işletmenin devri TTK kapsamında ele alınması gereken bir konudur. TTK'da getirilen düzenlemeye rağmen, Eski BK'daki düzenlemenin çok az değişiklikle TBK'da yer almasının gerekliliği tartışmaya açıktır.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu**, Kevork; "Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri", İstanbul 1971.
- Ansay**, Tuğrul; "Ticari İşletmenin Sorgulanması", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010.
- Apothéloz**, Bernard/**Sttetler**, Alfred/**Dousse**, Vincent/**Dongue**, Minyue; «Maîtriser L'information Comptable Volume 2, Les Sociétés, Les Succursales, Théorie De L'évaluation, Cas Particuliers De Traitement Comptable et D'évaluation, Lien entre La Comptabilité Financière et La Comptabilité de Gestion, Quatrième édition», Lausanne 2008.
- Arıcı**, Mehmet Fatih; "Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri", İstanbul 2008.
- Arkan**, Sabih; "Ticari İşletme Hukuku", 15. Baskı, Ankara 2011.
- Arslanlı**, Halil; "Kara Ticaret Hukuku, Umumi Hükümler", 3. Bası, İstanbul 1959.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet; "Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar", Ankara 2009.
- Bahtiyar**, Mehmet; "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletme Devri Konusunda Getirdikleri", Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2011, Sayı: 106, Yıl: 9.
- Domaniç**, Hayri/**Ulusoy**, Erol; "Ticaret Hukukunun Genel Esasları, TTK Tasarısı ve Gerekçeleri ile Birlikte", 5. Bası, İstanbul 2007.
- Erdem**, H. Ercüment; Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003.
- Erdem**, H. Ercüment; "Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar", Bankacılar, Mart 2011, Sayı 76 (kısaca "Erdem, Ticari İşletme Rehni").
- İmregün**, Oğuz; "Kara Ticareti Hukuku Dersleri", 13. Bası, İstanbul 2005.
- Karahan**, Sami; "Ticari İşletme Hukuku", 23. Bası, Konya 2012.

- Kendigelen, Abuzer/Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun;** "Ticari İşletme Hukuku", 3.Bası, İstanbul 2009 (kısaca "**Kendigelen (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku)**").
- Kendigelen, Abuzer;** "Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler", İstanbul 2011 (kısaca "**Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu**").
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir;** "Borçlar Hukuku Genel Bölüm", Birinci Cilt, 5. Bası, İstanbul 2010.
- Montavon, Pascal;** "*Les opérations de restructuration selon la nouvelle LFus, Fachberitrage/Article Spécialisés*", http://www.trex.ch/custom/trex/pdfarchiv/TREX_2004/Edition_3/Articles_specialises/P._Montavon_Les_oper.pdf.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut;** "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Cilt 1, 9. Bası, İstanbul 2011.
- Öz, Turgut;** "*Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi*", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi;** "Ticari İşletme Hukuku", 13. Bası, İstanbul 2010.
- Reisoğlu, Safa;** "Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler", 23. Bası, İstanbul 2012.
- Tekinalp, Ünal;** "*Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek*", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2008, Cilt 24, Sayı 3.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla;** "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 7. Bası, İstanbul 1993.
- Ülgen, Hüseyin/Arıcı, Mehmet Fatih;** "*İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri*", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010.
- von Tuhr, Andreas;** "Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı", c. I-II (Çeviren: Cevat Edege), 2. Bası, Ankara 1983.
- Yasaman, Hamdi;** "Anonim Ortaklıkların Birleşmesi", Ankara 1987.