

# TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 202. MADDESİ İŞİĞİNDA TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE PASİFLERİN DEVİR KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILMASININ GEÇERLİLİĞİ

*On The Validity of Eclusion of Liabilities From Assignment of Business Under Article 202 of Turkish Code of Obligations*

**Arş. Gör. Işık Aslı HAN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 14.09.2018

Kabul Tarihi: 21.01.2019

## ÖZET

Tüzel kişilik tanınmamış ve hukuk süjesi sayılmamış olan ticari işletmeyi ilgilendiren malvarlığının (fond de commerce) hukuki işlemlere konu olması ve özellikle devri bakımından özel bir hukuki rejim öngörölmüştür. Bu kapsamda tacirin ticari işletmeye özülediğı malvarlığının aktifini oluşturan unsurların tamamının veya bir kısmının devri TTK m. 11/3'te, ticari işletmenin organizasyon ve idaresini ilgilendiren borçların devri TBK m. 202'de düzenlenmiştir. Bu çalışmada ticari işletmenin devrini konu alan sözleşmenin tarafları arasında alacaklılar nezdinde süreyle sınırlı bir müteselsil sorumluluk öngören TBK m. 202 hükmünün emredici hüküm niteliğinde olup olmadığı ve buna bağılı olarak tarafların açıkça veya zımnî olarak ticari işletmeyi ilgilendiren borçları devir sözleşmesi kapsamının dışında bırakıp bırakamayacağı değerlendirilmektedir.

**Anahtar sözcükler:** ticari işletme devri, ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devri, borçların kapsam dışı bırakılması, teminat teorisi, tasarrufun iptali.

## ABSTRACT

A special legal regime has been foreseen for assets of business (fond de commerce), which is not recognised as a legal entity, to be subject to transactions, particularly to assignment. In this regard, the Article 11(3) of the Turkish Commercial Law has prescribed assignment of assets and/or rights of the enterprise in whole or in part, whereas the Article 202 of the Turkish Obligations Law stipulated transfer of its debts. In this work, it will be evaluated whether the Article 202, which provides a joint several liability regime for a limited time period, is imperative and whether parties to the assignment of business are thereby prohibited from excluding debts related to the business out of the scope of the assignment.

**Keywords:** transfer of enterprise, transfer of enterprise with its assets and liabilities, excluding liabilities outside the scope of transfer of enterprise, annulment of act of disposal.

## I. GİRİŞ

Türk – İsviçre ticaret hukukunda ticari işletme; normatif düzenlemelerin ruhu, Türk Ticaret Kanunumuzun sistematığı ve uygulama alanının belirlenmesinde esas alınan kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. E-posta: han.isikasl@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-8381-0361

<sup>2</sup> Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", *Batder*, Y. 1962, C.1, Sa. 3, s.5.

Esasen ekonomik bir anlam ve görünümü olan ve iktisadi bir birimi ifade eden ticari işletmenin kendisi, hak ve borçlara ehil olan bir hukuk süjesi değildir; tacirin malvarlığı kapsamında bulunmaktadır.<sup>3</sup>

Ticari işletmenin malvarlığı cephesi (*fond de commerce*), tacirin ticari işletmeye özgülediği mal varlığı unsurlarını ifade etmektedir ve tacirin malvarlığı dâhilinde yer almaktadır. Ekonomik ve ticari anlamı temel alınarak, Türk hukukunda ticari işletme ve ona özgülenmiş malvarlığı unsurlarının hukuki işlemlere – özellikle uygulamada en sık rastlandığı haliyle ticari işletme devrine – konu olması bakımından özel hükümler sevk edilmiştir. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 11/3'te ticari işletmeye özgülenmiş aktiflerin tamamı veya bir kısmının; Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 202'de ise ticari işletmenin organizasyonu ve yönetimine hasredilmiş borçların devri için genel hükümlerden ayrılan rejimler öngörülmüştür.

Sondönemde, kanundan doğan *ex lege* bir müteselsil sorumluluk hali ve borç nakli öngördüğü uzun yıllardır ihtilafsız olarak kabul edilen TBK m. 202 hükmünün emredici bir hüküm niteliğinde olup olmadığı ve devir sözleşmesi taraflarının ticari işletmenin sadece aktiflerinin devrini kararlaştırmalarının geçerli olup olmadığı tekrar tartışmaya açılmıştır. Taraftar kazanmaya başlayan bu muhalif görüşün temel dayanağı, TBK m. 202'nin emredici hüküm karakterinde olmadığı görüşüdür. Bu kapsamda tarafların sözleşme içeriğini belirleme serbestisine sınırlama getirilmediği; çünkü TBK m. 202'nin emredici hüküm olduğunun kabul edilmesi halinde bunun ticari hayatın esnekliğine ve niteliğine uymadığı ve alacaklının menfaatinin, devralanı oldukça güç bir konuma sokmak pahasına korunmasının hükmün ruhuna uymadığı gerekçeleridir.

Borçların devir kapsamından çıkarılmasının geçerliliğine yönelik tartışmaya ilişkin farklı bir perspektif kazanmak adına karşılaştırmalı hukuka yönelmek ve Kıta Avrupası'ndaki belli başlı hukuk sistemlerinin meseleye nasıl bir çözüm tarzı getirdiğini incelemek yararlı olacaktır. Fransız hukukunun esasen borcun nakli konseptine yabancı olması nedeniyle ticari işletmenin satımı halinde, alacaklıya menfaatinin tehlikeye düştüğü haller için farklı imkânları tanımıştır, Alman hukukunda ise borçların intikali ticari işletmenin devrinden ziyade ticaret unvanının devrine ilişkin bir mesele olarak düzenlenmiştir ve borçlardan sorumluluğun taraflarca sınırlanabileceği açık hüküm altına alınmıştır.<sup>4</sup> Son olarak mehaz hukuk olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesi, TBK m.

---

<sup>3</sup> **Abuzer Kendigelen**, Ticari İşletme Hukuku, Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / Füsün Nomer Ertan, 5. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 179, p. 338.

<sup>4</sup> **Kevork Acemoğlu**, Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1971, s. 5-6; **Mehmet Fatih Arıcı**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 139-140.

202 ile büyük ölçüde benzer olmakla beraber 1991 yılındaki reform ile hükmün uygulama alanı oldukça daraltılmıştır.<sup>5</sup>

Bu çalışmada, ilgili hüküm kapsamında yeniden alevlenen bu tartışmalar ışığında, özellikle TBK m. 202 hükmünün lafzı, kanun sistematigi içindeki yeri ve ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olması bakımından esas alınan ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi dâhilinde devralanın borçtan sorumluluğunun kaldırılması veya sınırlanmasının geçerliliği mehzaz hukuk sistemindeki güncel gelişmelerle karşılaştırılarak değerlendirilmektedir.

## II. MALVARLIĞINA DÂHİL BİR DEĞER OLARAK TİCARİ İŞLETME

### A. Ticari İşletmenin Tacirin Malvarlığının Bir Parçası Olması

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin ticari işletme kavramı *“esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme”* olarak tanımlanmıştır. Ticari işletme, kanunun genel sistematiginde tacir kavramıyla beraber kanunun uygulama alanı ve kapsamını belirleyen temel kavramlardan biri olarak birçok hükümde yer bulmuştur.<sup>6</sup> Bu kavramın ticaret hukukumuz açısından anlamını en iyi açıklayan ifadeler, **Hırş**'in 6762 s. mülga Ticaret Kanunu'nun tasarı döneminde kaleme aldığı *“Ticaret hukuku denilen bilim dalını, kanun tekniği ile ilgili bir yetki normu veya tarihten gelen bir meslek grubu kavramının çerçevesinde konuşlandırmanın değil, toplumsal gerçekliğin, uğruna çok sayıda özel norm oluşmuş bulunduğu kurumunu, merkezi referans noktası yapmanın zamanı gelmiştir. Ticaret hukukunun merkezi kavramı ticari işletmedir”* cümleleridir.<sup>7</sup>

Türk hukukunda ticari işletme kavramı hak ve borçları haiz bir hukuk süjesi olarak değil, bir obje olarak kurgulanmıştır ve hukuki ilişkilerin doğrudan veya dolaylı olarak konusunu teşkil eden iktisadi bir organizasyonu ifade etmektedir.<sup>8</sup> Bu kapsamda, tüzel kişiliği olmayan ticari işletmenin malvarlığı yoktur. Esasen ticari işletmenin kendisi, iktisadi organizasyonu yöneten ve yönlendiren gerçek kişi veya tüzel kişi tacirin malvarlığının bir parçasıdır.<sup>9</sup> Ticari işletme, paraya çevrilebilir (nakden değerlendirilebilir) niteliktedir ve işletmenin devamlılığı için ticari işletmeye tahsis edilmiş nakit ve/veya nakit dışı değerler ile çeşitli

---

<sup>5</sup> Bkz. a.şğ. Mehaz İsviçre Hukukundaki Düzenleme başlığı, s. 18.

<sup>6</sup> **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 31; 6762 s. mülga Ticaret Kanunu döneminde kalem alınmış olmakla beraber aynı görüşte **Tekinalp**, s.5.

<sup>7</sup> Aktaran **Tekinalp**, s. 8.

<sup>8</sup> **Koray Demir**, *“Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”*, İÜHFİM, C. 71, Sa. 2, Y. 2013, s. 108.

<sup>9</sup> **Arkan**, s. 33-34; **Acemoğlu**, s. 19.

malvarlığı unsurlarından oluşan ekonomik bir bütündür.<sup>10</sup>Bu bağlamda ticari işletmenin, tahsis edildikleri amaç doğrultusunda yönetilen “*hukuki birlik (universitas juris)*” halinde bir “*eşya ve hak topluluğu*” olmakla beraber niteliği gereği bazı “*imkân ve münasebetleri*”de içine aldığı ifade edilmektedir.<sup>11</sup> Sonuç itibarıyla ticari işletme, kendisini teşkil eden her bir malvarlığı unsurunun tacirin yönetimi altında bir araya getirilmesiyle teşekkül etmekte; fakat toplamda her bir münferit unsurun değerinin toplamından daha fazla bir ekonomik değer ve anlam ifade etmektedir.<sup>12</sup>

Bu noktada belirtmek gerekir ki; bazı yazarlar ticari işletmenin tacirin kişisel malvarlığından ayrı özel bir malvarlığı teşkil ettiğini savunmaktadır.<sup>13</sup> Ancak özelmalvarlığı kavramı hukukumuzda olduğu gibi karşılaştırmalı hukukta da nadir rastlanan bir kavram olup ticari işletmenin de bu kapsamda yer aldığını söylemek için pozitif hukukumuzda yeterli dayanak bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Bu nedenle ticari işletmenin özel bir malvarlığı olmamakla birliktetacirin malvarlığı dâhilinde başlı başına ve müstakil bir birim olup bağımsızlığı ve niteliği gereği özel olarak korunduğu kabul edilmelidir.<sup>15</sup>

TTK m. 11/3’ün ilk cümlesinde ticari işletmenin, “*içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği*” düzenlenmiştir. Ticari işletme kavramının hukuki boyutları da bulunmakla beraber, aslen iktisadi ve ticari hayatı ilgilendiren bir kurumdur. Bu nedenle ticari işletmeyi konu alan hukuki işlemler açısından kanunkoyucu bir imkân öngörmüş ve ticari işletmenin malvarlığı cephesini oluşturan münferit unsurların, tabii oldukları hukuki rejimin öngördüğü tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek görmeden, bir bütün olarak hukuki işleme konu olabileceğini kabul etmiştir. Doktrinde bu hüküm, “bütünlük ilkesi” şeklindeki madde başlığıyla beraber incelenmekte ve ticari işletmeye hâkim ilkelerden ticari işletmenin bütünlüğü ilkesini düzenlediğini belirtilmektedir.<sup>16</sup> Aynı

<sup>10</sup> Kendigelen, s. 179, p. 338.

<sup>11</sup> Demir, s. 107; Acemoğlu, s. 19, 21.

<sup>12</sup> Acemoğlu, s. 21.

<sup>13</sup> Acemoğlu, s. 19; Arıcı, s. 33-34 vd.

<sup>14</sup> Aynı görüşte Nuşin Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 16. Özel malvarlığı kavramı ve detaylı incelemesi için: Ayiter, s. 29 vd. Arkan da özel malvarlığına örnek olarak SPK m. 52’de düzenlenen yatırım fonu vermektedir. Anılan hükme göre yatırım fonunu oluşturan malvarlığı değerleri, fonu inanca müllkiyet esaslarına göre işleten portföy yönetim şirketinin kendi malvarlığından ayrıdır ve hukuki niteliği itibarıyla özel malvarlığı niteliğindedir, bkz. Arkan, s. 33, dn. 6; inanca işlemlerde inanılanın elindeki malların da özel malvarlığı oluşturduğu görüşü için bkz. Ayiter, s. 29-30, 33.

<sup>15</sup> Ayiter, s. 16; Arkan, s. 33; Kendigelen, s. 180, p. 339.

<sup>16</sup> Ercüment Erdem, “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2014, C.1, Sa. 28, s.1008.

maddede kanunkoyucu, bu hukuki işlemler kapsamında uygulamadaki sıklığı nedeniyle ticari işletmenin devrini özellikle zikretmiştir.

Ticari işletmenin aktiflerinin tamamının ve ya bir kısmının devrini düzenleyen TTK m. 11/3 hükmünün yanında TBK m. 202 hükmü de pasiflerinin devrine ilişkin düzenleme getirmektedir.<sup>17</sup>Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununun kabulünden sonra iki hüküm ile TTK m. 194/1 arasında devir kapsamı, tescil ve ilan prosedürü açısından malvarlığı unsurlarının intikal anı hususlarında bazı uyumsuzlukları ve uygulamada oluşabilecek soru işaretlerine isabetli olarak bu hususlara dikkat çekilmiştir.<sup>18</sup>

### **B. Ticari İşletmenin Malvarlığı Cephesinin Kapsamı**

Bütünlük ilkesi madde başlığını taşıyan TTK m. 11'in üçüncü fıkrasında bir karine öngörülmüş ve devir sözleşmesinin kural olarak duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği düzenlenmiştir. Maddemetni incelendiğinde "(...) *ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları*" ifadesinde kanun koyucunun sınırlayıcı yerine örnekleyici bir sayım yapma yolunu tercih ettiği görülmektedir.<sup>19</sup> Şüphesiz hızla gelişen teknoloji ve değişen ticari yaklaşımlar dikkate alındığında ticari işletmeler de teknik yenilikleri takip edeceğinden sınırlayıcı sayımın tercih edilmemesi doğru bir yaklaşım olmuştur. Öte yandan, madde metninde asıl vurgulanan bölüm, hangi malvarlığı değerlerinin ticari işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarınadâhil olduğu noktasında bir ölçüt getirmesidir. Buna göre (i) ekonomik değer taşıma/paraya çevrilebilir olma ve (ii) ticari işletmenin faaliyetinin devamına sürekli surette özgülenme esas kıstas olarak her bir malvarlığı unsuru için incelenmelidir.<sup>20</sup>Bu doğrultuda tacirin ticari işletmeye özgülediği tüm haklar ve bu kapsamda alacak hakları, bunları teminat altına alan ipotek ve rehin hakları hatta işletmenin nakit parası, ticari işletmenin malvarlığı cephesi kapsamındadır. Yine işletmenin bilançosundaki tüm ekonomik değerlerin kural olarak bu kapsamda olacağı belirtilmektedir.<sup>21</sup>

Ticari işletmenin malvarlığı cephesinin kapsamı değerlendirilirken ticari işletmeye ve faaliyetine özgülenen aktiflerin yanında tacirin ticari işletmenin organizasyonu ve faaliyetinin devamına ilişkin olan borç ve yükümlülüklerinin de tacirin malvarlığının pasifinde ve ticari işletmenin malvarlığı cephesinin

---

<sup>17</sup> **Turgut Öz**, "Ticari İşletme Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2013, s. 98.

<sup>18</sup> Bu uyumsuzluklarla ilgili saptamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Demir**, s. 115-116.

<sup>19</sup> **Kendigelen**, s. 181, p. 341-342.

<sup>20</sup> **Kendigelen**, s. 182, p. 341-343; **Arkan**, s. 43-44.

<sup>21</sup> **Kendigelen**, s. 181, p. 342.

kapsamında kaldığı belirtilmelidir.<sup>22</sup>

Ticari işletmeye özgülenmiş bu malvarlığını ifade edebilmek için bazı yazarlar ticari işletmenin malvarlığı cephesi ya da ticari işletme fonu (*'fond de commerce'*) terimlerini kullanmaktadır.<sup>23</sup> Bir tüzel kişilik teşkil etmeyen ticari işletmenin *"aktifleri ve pasifleri"* ifadesini kullanmanın yarattığı problematik nedeniyle çalışmamızda bu ifade kullanılacaktır. Yine terimsel olarak, aktif ve pasif terimleri, TTK'nın muhasebeye ilişkin hükümlerinde kullanılan anlamlarından ziyade malvarlığının aktiflerini oluşturan şeyler ve haklar ile pasiflerini oluşturan borçları ifade etmesi için kullanılacaktır.<sup>24</sup>

Öte yandan, doktrinde bazı yazarlar ticari işletmenin malvarlığı cephesi kavramının mahiyeti belirlenirken, ticari işletmenin faaliyetinin asıl odak noktası müşterileriyle olan sözleşmesel ilişkiler olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, en azından müşterileri bir arada tutan asli unsurun bu sözleşmelerin kapsamına dâhil olmasının aranması ve ticari işletmenin malvarlığı cephesi kapsamını belirlerken asli ve tali unsur ayırımının yapılması gerektiğini savunmaktadır.<sup>25</sup> Asli – tali unsur ayırımına dayanan kriterini savunan görüş azınlıkta kalmakta ve doktrinde malvarlığını oluşturan unsurlar açısından maddi unsur – gayri maddi unsur ayırımı esas alınmaktadır.

Malvarlığının tekliği kapsamında ticari işletmenin tacirin malvarlığı içinde yer aldığını savunan hâkim görüşe göre gerçek kişi tacirin gerek adi borçlarının gerek ticari borçlarının alacaklıları, alacaklarını elde edebilmek için ticari işletmenin kapsamındaki malvarlığı unsurlarının birine veya birden fazlasına başvurabilir. Gerçek kişi tacirin hukuki işlemleri ve eylemleri bakımından hem adi alanı hem de ticari alanı olduğu için bu ayırım esasen sadece gerçek kişi tacir açısından bir sonuç ifade eder. Tüzel kişi tacirin ise sadece ticari alanı ve bu kapsama giren eylem ve işlemleriyle kendisine uygulanan kanunlardan doğan borç ve yükümlülükleri olur.<sup>26</sup>

## 1. Maddi unsurlar

Ticari işletmeye dâhil maddi unsurlar açısından ilgili malvarlığı değerinin ticari işletmenin faaliyetiyle ilişkisi dikkate alınarak duran malvarlığı ve dönen malvarlığı ayırımı yapılmaktadır.

---

<sup>22</sup> **Kendigelen**, s. 183, p. 345; Fransız hukukunun aksine hukukumuzda maddi-gayrimaddi unsur şeklinde bir ayırım yapılabilmesi gerekli dayanak bulunmadığı hakkında bkz. **Acemoğlu**, s. 23 vd.

<sup>23</sup> **Reha Poroy / Hamdi Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 40; **Acemoğlu**, s. 16.

<sup>24</sup> Terminoloji karmaşasına özellikle dikkat çeken **Arıcı**, s. 4-5.

<sup>25</sup> **Acemoğlu**, s. 23, 31; **Kendigelen**, s. 182, p. 344 ve dn. 137.

<sup>26</sup> **Poroy / Yasaman**, s. 76; **Kendigelen**, s. 381, p. 340.

Ticari işletmenin envanterine ilişkin düzenleme getiren TTK m. 66/3'te anılan duran malvarlığı (yatırım) kavramına, taşınmazlar ve bütünüyle parçaları ile eklentileri, tüm makine, alet, motorlu nakil aracı, mobilya gibi taşınır malların girer.<sup>27</sup>

TK m. 11'de zikredilmeyen ve teknik olarak malvarlığı kapsamında olmayan dönen malvarlığı kavramı ise bilançoda zorunlu unsur olarak TTK'nin muhtelif hükümlerinde geçmektedir (m. 73/1, m. 79). İşletmenin nakit parası, hammadde, yarı mamul ya da mamul mallar, dönen malvarlığı kapsamında sayılmaktadır. Bu unsurların asıl işlevi, ticari işletmenin faaliyet konusuyla yakından ilişkili olup faaliyeti yakından ilgilendirmeleridir. Örneğin; bir bisküvi fabrikası açısından yarı mamul mal olan un, dönen malvarlığı içinde yer alır ve işletmenin bisküvi üretimi ve satışı yapması şeklindeki ticari faaliyetini doğrudan ilgilendirmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; ticari işletmeye özgülenmiş olan ve bir banka hesabında yer alan para aslen bankaya karşı bir alacak hakkı niteliğindedir ve maddi unsur olarak değerlendirilmez.<sup>28</sup>

## 2. Gayri Maddi Unsurlar

Tacirin ticaret unvanı, ticari işletme, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri bakımından ayırt edici ad ve işaretler, alan adları, know-how, senede bağlı olan olmayan tüm alacaklar ile bunları teminat altına alan rehin ve ipotek hakları, kiracılık hakkı ve müşteri çevresi ve işletme değeri ticari işletmenin malvarlığı cephesinin kapsamını oluşturan gayri maddi unsurlar arasında sayılmaktadır.<sup>29</sup>

## 3. Ticari İşletmenin Malvarlığı Cephesinin Korunması

Ticari işletmeye ve faaliyetine dâhil bulunan mal varlığı unsurları münferiden tabi oldukları hukuki rejime göre korunurlar. Bu noktada bir eşya ve hak topluluğu<sup>30</sup> olduğu ifade edilen ticari işletmenin bütünü itibariyle TK m.11/3'te yasal dayanağıyla ifade edilen bütünlük ilkesi ışığında korunup korunamayacağı sorusu akla gelebilir. Bu kapsamda genel hükümler bağlamında TK m. 54 vd. düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre ticari işletmenin ve mal/hizmetleri, üretim prosesleri, itibarı, müşteri çevresi ve benzeri unsurlarının korunması talep edilebilir.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Kendigelen, s. 183, p. 346.

<sup>28</sup> Kendigelen, s. 183, p. 347.

<sup>29</sup> Kendigelen, s. 184-187, p. 349 vd.

<sup>30</sup> "Eşya birliği" kavramına ilişkin genel bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/ Özer Selici / Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.11 p. 49-50.

<sup>31</sup> Kendigelen, s. 187-188, p. 355-356.

### III. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN KAPSAMI

#### A. Uygulanacak Hükümler

Ticari işletmenin bir hukuki işleme konu olması bağlamında aktiflerin intikali TTK m. 11’de, pasiflerin devri ise TBK m. 202’dedüzenlenmiştir.<sup>32</sup> Ticari işletmenin devri kurumu ticari işletme hukukunun yanında şirketler hukuku, iş hukuku (iş yeri devri kurumu bakımından İş Kanunu m. 6, Deniz İş Kanununun atfıyla TTK hükümleri), rekabet hukuku, vergi hukuku ve icra iflas hukuku (icra ve iflas Kanunu m. 44 ve 280/3) gibi diğer hukuk dallarını da ilgilendiren ve bunlar bağlamında da hukuki sonuç doğuran bir kavram olduğu için muhtelif mevzuatlarda da bazı düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada ticari işletmenin devri kurumu incelenirken,TK m. 11’de yasal dayanağını bulan ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi ışığında “*Malvarlığının veya işletmenin devri*” madde başlıklı TBK m. 202’de ve öngördüğü rejim ele alınmıştır. Aynı şekilde Ticaret Sicili Yönetmeliği’nde (“*TSY*”) de ticari işletmenin devri ilişkisine ve prosedürüne ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

#### B. Devir Sözleşmesi

##### 1. Hukuki niteliği

Ticari işletmenin devrine ilişkin yapılacak olan devir sözleşmesi, ticari işletmeyi oluşturan unsurların devri açısından borçlandırıcı işlem teşkil etmektedir.<sup>33</sup> TTK m. 11/3 uyarınca devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gereklidir. Kanunun ifadesi itibarıyla devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.<sup>34</sup> Öte yandan, yazılı olarak yapılan devir sözleşmesinin ayrıca ticari işletmenin olduğu yer ticaret siciline tescil edilmesi ve devrin ilan edilmesi gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlar devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğunu ve malvarlığı unsurlarının tabi oldukları hukuki rejimin öngördüğü devir prosedürüne uyulmasına gerek kalmaksızın devir sözleşmesinin akdedilmesiyle devralana intikal ettiği görüşünü benimserken;<sup>35</sup> hâkim görüş, devir sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem niteliğinde olup devir sözleşmesinin tescil talebi ile tasarruf işleminin oluşacağı<sup>36</sup> yönündedir. Bu çalışmada dabenimsenen hâkim görüş uyarınca devralanın tescil talebinde bulunması gerekmektedir (TSY m. 22). Devralanın tescil talebinde bulunmasıyla kurucu yenilik doğuran işlem niteliğindeki tasarruf işlemi doğar. TSY m. 133/3 de “*Ticari işletmenin devri, devir*

---

<sup>32</sup> Kendigelen, s. 193, p. 367.

<sup>33</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 21. Bs., İstanbul, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1277; Acemoğlu, 25; Arıcı, s. 67, 69 vd.

<sup>34</sup> Kendigelen, s. 199, p. 381.

<sup>35</sup> Arkan, s. 42; Poroy / Yasaman, s. 46.

<sup>36</sup> Kendigelen, s. 209, p. 395; Arıcı, s. 215; Erdem, s. 1006, Ernst Hirş, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1946, s. 176.

*sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder*” hükmü ile bu çıkarımı teyit etmektedir.<sup>37</sup>Böylece özel sicili bulunan taşınmaz, motorlu taşıt, gemi, hava aracı, fikri mülkiyet hakları;kendi özel sicillerinde devre ilişkin tescil işlemi yapılmasına gerek kalmaksızın, devir sözleşmesinin tescili üzerinden devredilir. Bu da bir tescilsiz iktisap hali teşkil eder.<sup>38</sup>

Buna paralel olarak TSY m. 135/5’te ticaret sicil müdürü bakımından devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili üzerine ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu tescil, ticaret siciline yapılacak tescilin aksine kurucu değil açıklayıcı nitelikte olacaktır. Ancak ticaret sicil müdürünün diğer sicillere yapacağı bildirim bakımından uygulamada iki soruna dikkat çekilmektedir. Öncelikle TSY m. 133/2-b’nin devre dâhil aktifleri değil, devir kapsamı dışında bırakılacak aktiflerin sayılması gerektiği hükmü karşısında ticaret sicil müdürü hangi sicillere bildirimde bulunulması gerektiği nasıl bilecektir? İkinci olarak, MERSİS sistemine geçilmemiş olan ticaret sicil müdürlüklerinde, diğer sicillere eş zamanlı bildirim nasıl yapılacağı sorusu akla gelmektedir. Bu kapsamda özellikle tapu sicili bakımından ticaret siciline tescil ile tapu sicil müdürlüğüne bildirim arasındaki sürede, Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli üçüncü kişinin taşınmaz mülkiyetini iktisabı meselesi de gündeme gelebilir.<sup>39</sup>

Son olarak işaret edilmelidir ki; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7/2 maddesi uyarınca Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenmiş birleşme ve devralmalar bakımından ticari işletmeyi konu alan devir sözleşmesinin geçerliliği, Rekabet Kurulu’ndan izin alınmasına bağlıdır. <sup>40</sup>

## 2. Sözleşmenin Tarafları

Borçlandırıcı işlem niteliğinde olan ve ticari işletmeyi konu alan devir sözleşmesi, devreden ile devralan ya da bunların usulüne uygun yetkilendirilmiş temsilcileri arasında akdedilecek iki taraflı bir hukuki işlemidir.

Ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile devrine ilişkin sorumluluk rejimini düzenleyen TBK m. 202, Borçlar Kanununun 196. maddesinde borcun nakline ilişkin alacaklının rızasını zorunlu gören sistemden ayrılması ve alacaklıların

---

<sup>37</sup> Şener, Oruç Hami:, Ticari İşletme Hukuku, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 21.

<sup>38</sup> Kendigelen, s. 210 p. 397 ve s. 215, p. 400; Arkan, s.42. TTK’da adi yazılı şekle uyararak devir sözleşmesinin akdedilmesini özel geçerlilik şekline tabi olan taşınmazların satışı açısından da geçerli sayılmasını Bahtiyar haklı olarak eleştirmekte ve İsviçre Hukukuna paralel şekilde, tapu sicilinin aleniyet gereği ilkesi gereği, taşınmazları konu alan devir sözleşmesi için resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hüküm içermesi gerektiğini belirtmektedir. Mehmet Bahtiyar, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2011, s. 3095.

<sup>39</sup> Erdem, s. 1004.

<sup>40</sup> Rekabet Kurulu’ndan alınacak izine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erdem, s. 1006-1007.

rızası gerekmeksizin ve alacaklılaradevirden sonra yapılacak bildirim veya Ticaret Sicili Gazete'sinde devrin ilanı üzerineticari işletmeyi ilgilendiren borçların devralana geçeceği düzenlenmiştir.<sup>41</sup> Hükümde öngörülen devrin alacaklılara bildiri veya Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmesi, borçların intikal anı ile devreden ve devralanın tabi olacakları sorumluluk rejimini ilgilendiren bir husustur. Bu nedenle devir sözleşmesi yönünden alacaklının izin veya icazeti de aranmayacaktır.<sup>42</sup>

Ticari işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesinin ve işlemlerin tarafları devreden tacir ile devralan kişi olur. Ticari temsilcinin ise taciri temsilen onun adına ve hesabına ticari işletmeyi devredebilmesi için kendisine özel yetki verilmesi gerekmektedir. Zira ticari temsilci, en geniş kapsamda yetkiye sahip tacir yardımcısı olmasına rağmen ticari işletmenin devri TBK m. 547'de ticari temsilcinin ticari işletmeyi temsil etmesi ve yönetmesi bağlamında yetkili olduğu bir konu değildir.<sup>43</sup>

### 3. Sözleşmenin kapsamı

#### a. Aktifler

Ticari işletmeye sürekli surette tahsis edilmiş malvarlığı unsurları genel itibariyle devrin kapsamını oluşturmaktadır.<sup>44</sup>TTK m.11/3'ün ikinci cümlesi, kural olarak devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiraçılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını kapsadığını belirtmekle beraber bu unsurlar biri veya birkaçının devir kapsamından çıkarılabileceğini açıkça hüküm altına almaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça devir kapsamında olduğu kabul edilenticaret unvanı bakımından TTK m. 49'daki ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği ve *açıkça* aksi kararlaştırılmamışsa ticari işletmenin devrinin ticaret unvanının da devri sonucunu doğuracağı hükmü de TTK m. 11 ile paralellik göstermektedir. Belirtilmelidir ki; mehz İsviçre hukukunun aksine bizim hukukumuzda devir sözleşmesinin kapsamının açıkça ve tam olarak belirlenebilmesi ve muhtemel uyumsuzlukların engellenebilmesi için devir sözleşmesine ek olarak devir kapsamındaki mallara ilişkin bir envanter hazırlanması zorunluluğu öngörülmemiştir.<sup>45</sup>

Bir görüşe göre ticari işletmenin devrinde maddi olmayan unsurların devri şart iken gayri maddi unsurları biri veya birkaçı devir kapsamı dışında bırakılabilir. Bu görüşün gerekçesi maddi unsurların maddi olmayan unsurlara tabi ve onların tamamlayıcı eki (mütemmim cüzü) olması ve ticari işletmenin

---

<sup>41</sup> Öz, s. 117; **Oruç Hami Şener**, Ticari İşletme Hukuku, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 22. .

<sup>42</sup> **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 283; **Oğuzman / Öz**, s. 624-625 p. 1893.

<sup>43</sup> **Kendigelen**, s. 196-197 p. 376.

<sup>44</sup> **Kendigelen**,s. 201, p. 385.

<sup>45</sup> **Kendigelen**,s. 202, p. 386; Bu yönde düzenlemenin sakıncalarına ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar için: Öz, s. 110.

aktiflerinin asli kısmını maddi olmayan unsurların oluşturmasıdır.<sup>46</sup>Geçmişte ticaret ünvanı, işletme adı, müşteri portföyü gibi maddi olmayan unsurların; özellikle küçük ve orta büyüklükteki ticari işletmelerin fiziki ve iktisadi yapısıyla bir bütün olduğu görülmekteydi.Bu nedenle bir ticari işletme devrinden söz edebilmek için bunların da devredilmesi gerektiği görüşü savunulabilirdi. Ancak günümüzde fikri çabaların ve teknolojinin ilerlemesiyle bazı işletmelerin görünür yüzünün adeta gayri maddi unsurlardan oluştuğu ve her bir münferit gayri maddi unsurun ticari işletme için aynı önemde olmayacağı dikkate alınırsa bu görüşe katılamıyoruz.

Bu durumdabir ticari işletme devrinden söz edebilmek için aktiflerin hangilerinin ticari devir kapsamında kaldığının belirlenmesi açısından yukarıda belirtilen sürekli surette ticari işletmenin organizasyonu ve faaliyetine özgülenme kriteri göz önüne alınmalıdır. Aksi belirtilmedikçe ticari işletmenin aktiflerinin *bir küle olarak* devredildiği sonucuna varılır.<sup>47</sup> Ticari işletmeye özgülenmiş aktiflerin bir kısmı devir kapsamı dışında bırakılmış olmasına rağmen ticari faaliyet için asli unsur niteliğinde olan aktifler devir kapsamında tutulmuşsa burada bir ticari işletme devri olduğundan bahisle TBK m. 202 uygulanacaktır.<sup>48</sup> Buna paralel olarak, somut olayda bir ticari işletme devrinin söz konusu olduğu sonucuna varabilmek için ticari işletmenin devamlılığı ve bütünlüğünü bozmayacak ölçüde aktifin devir kapsamı dışında bırakılması gerekir.<sup>49</sup> Taraflar hangi aktiflerin devir kapsamı dışında bırakılacağını açıkça belirtmişse veya devir kapsamındaki aktifleri sınırlayıcı olarak saymamışlarsa, devir kapsamında kalan aktifler bu kriter gereği tespit edilecektir. Bu anlamda devir kapsamındaki aktifleri tespit edebilmek için yine ticari işletmenin bilançosuna, envanterine ve diğer ticari kayıtlarına bakılması önerilmektedir.

## b. Pasifler

Tacirin malvarlığında yer alan ve anılan kriter uyarınca ticari işletmenin organizasyon ve faaliyetine tahsis edilmiş borç ve yükümlülükler de kural olarak aktifler ile birlikte devir kapsamında sayılır.<sup>50</sup> Ticari işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak işlem ve eylemler dolayısıyla ya da kanundan doğan borçlar ile ticari işletme organizasyonun kuvvetlendirilmesi ve yeniliklere uyum sağlanması yapılan yatırımlar nedeniyle alınan krediler, ticari işletmeyi ilgilendiren borçlar arasında sayılabilir.<sup>51</sup>Ticari işletme organizasyonunu ilgilendiren pasiflerin de

---

<sup>46</sup> **Oğuz** İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıkları – Kıymetli Evrak), 12. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 200,1 s.12; **Erdem**, s.1010.

<sup>47</sup> İmregün, s. 11.

<sup>48</sup> **Acemoğlu**, s. 40-41 ve 101; **Bahtiyar**,s. 3892.

<sup>49</sup> **Öz**, s. 115.

<sup>50</sup> **Kendigelen**, s. 202, p. 387; **Arcı**, s. 157; **Halil Arslanlı**,Kara Ticareti Hukuku, 3, bs, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1960, s. 116.

<sup>51</sup> Bu bağlamda ticari işletmenin kurulması aşamasında veya kurulduktan sonra ticari işletme faaliyetine özgülenmiş olma kriteri için bkz.**Arcı**, s.38 ve özel hukuk ilişkilerinden doğan

devir kapsamında devralana geçmesi, TTK m. 11/3'te dayanağını bulan ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi kapsamında kabul edilmelidir. Yine Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 133. maddesinin birinci fıkrasında "*ticari işletmenin, Kanunun 11 inci maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebileceği*" belirtilerek bütünlük ilkesine atıf yapılmıştır.

Borçlar, fer'ileri<sup>52</sup>, aynı hükümler altında (ifa yeri, zamanı vb.) ve devreden alacaklıya karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ileriyle beraber devralana geçer.<sup>53</sup> Öte yandan, ilk borçlu olan devreden tacirin kişiliğine sıkı surette bağlı olup şahsen ifayı gerektiren borçlar ve özellikle rekabet etmeme borcu bakımından bunların niteliği gereği devralana intikal etmeleri söz konusu olmaz.<sup>54</sup>

Pasiflerin devir kapsamında olması ve devralana kanun gereği intikal etmesi meselesi özellikle devralanın devir anında bilmediği borçlar (sürpriz borçlar ya da şaşırtıcı borçlar) ve bunlara karşı savunma yapma imkanı olup olmadığı açısından önem teşkil etmektedir.

Bu noktada,TTK m.11/3'te yer alan, taraflarının iradelerine bağlı aktiflerin bir kısmının devir kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkin hükmün aksine, TBK m. 202'de pasiflerin tamamının veya bir kısmının devir kapsamı dışında bırakılması imkânına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, yakın zamana kadar ticari işletmenin devrinde devir kapsamındaki borçlara ilişkin hukuki rejimi düzenleyen TBK m. 202'nin TTK 11 uyarınca bütünlük ilkesi işığında yorumlanacağı kabul edilmekteydi.Bu kapsamdapasiflerin teminatı olan aktiflerin devri halinde pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılamayacağı ("*Teminat Teorisi*")<sup>55</sup>, pasiflerin aktiflerle beraber *bir kül olarak ve kanun hükmü gereği geçtiği*<sup>56</sup> genel olarak belirtilmekteydi. Borçlardan sorumluluğun sınırlandırılabilceğini belirten yazarlara karşı<sup>57</sup>hâkim görüş;devralanın sorumluluğunu sınırlandıran anlaşmaların dış ilişkide alacaklılara karşı geçerli olmayacağını savunmaktadır.<sup>58</sup>

---

borçlar, vergi borçları, sigorta borçları açısından örnekler ile inceleme için bkz.**Arıcı**,s. 196-200.

<sup>52</sup> Bu kapsamda işlemiş veya işleyecek faiz alacağı, muaccel sözleşme cezası, sözleşme cezası isteyebilme, muacceliyet ihbarında bulunabilme gibi alacağa bağlı yenilik doğuran haklar ve devreden tesis etmiş olduğu rehin hakları sayılabilir.

<sup>53</sup> **Thobas Probst**, Commentaire Romand: Code des Obligations I Art. 1 – 529 CO, éd. par Thévenoz, Luc, Werro, Franz, 2. éd., Helbing Lichtenhahn, 2012, s. 1273; **Arıcı**, s. 20.3

<sup>54</sup> **Arıcı**, s.160, 195-197.

<sup>55</sup> Türk hukukunda teminat teorisinin tarihçesi ve teori kapsamında savunulan görüşler için bkz.**Arıcı**, s. 144 vd.

<sup>56</sup> **Arkan**, s.45.

<sup>57</sup> Devir sözleşmesindeki sınırlamanın alacaklılara bildirim veya ilan ile duyurulması şartıyla dış ilişkide de geçerli olacağı yönünde: **Arslanlı**, s. 116ve **Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.281.

<sup>58</sup> **Arkan**, s.45.

Bununla beraber, son dönemde TBK ve TTK'daki ilgili hükümlerin lafzı ve ruhu itibarıyla yeniden yorumlanması ve uygulamada devreden – devralan – alacaklı(lar) arasındaki menfaatler dengesinin sağlanması gayesiyle, TBK m.202 hükmünün pasiflerin ticari işletme devri kapsamı dışına çıkarılması imkânını öngörüp öngörmediği meselesi yeniden tartışmaya açılmıştır.<sup>59</sup> Çalışmamızda bu görüşler ve tartışma detaylı olarak incelenmektedir.

### **c. Sözleşmeler**

Türk hukukunda iş yeri devri kurumu kapsamında iş sözleşmelerinin iş yerini devralana intikalini düzenleyen İş Kanunu m. 6 ve TTK m. 11/3'te belirtilen kiracılık hakkının devri bakımından özel hükümler sevk edilmiştir. Marvarlığı veya işletmenin devri kapsamında, sözleşmelerin ve buna bağlı olarak sözleşmenin tarafı olma sıfatına bağlı hak ve borçların intikali açısından ise ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu mesele bakımından mehz İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin devri bakımından da külli halefiyet ilkesinin geçerli olacağı ve alacaklıların rızası aranmaksızın sözleşmelerin devralana intikal edeceği belirtilmektedir. Bununla beraber otomatik devrin sakıncalarına karşı devre yabancı üçüncü tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Doktrinde de konunun sürekli borç ilişkileri bakımından arz ettiği öneme dikkat çekilerek aynı çözüm tarzı benimsenmektedir.<sup>60</sup>

Ticari işletme devri kapsamında sözleşmelerin devri de aktifler ve pasifler için getirilen kriter dikkate alınarak saptanmalı ve ticari işletmenin iktisadi bütünlüğünün korunmasına ve ticari işletmenin faaliyetinin devamına hizmet eden sözleşmelerin devir kapsamında olduğu kabul edilmelidir.<sup>61</sup> Zira dolaylı olarak işletme konusuna giren borçlar ve sözleşmelerin devralana intikali, ticari hayata hâkim tecrübe ve teamüller ışığında olağan ve beklenebilir değildir.<sup>62</sup>

## **IV. BORÇLARIN DEVİR KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILMASININ GEÇERLİLİĞİ**

### **A. Ticari İşletmenin Borçlarından Sorumluluk Rejimi**

Türk Borçlar Kanununun 202. maddesi uyarınca ticari işletmenin devrinde borçların devralana intikali iki kurucu şart üzerine kurgulanmıştır: **(i)** ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devrine ilişkin geçerli bir devir sözleşmesinin akdedilmesi ve **(ii)** devrin alacaklılara bildirilmesi ya da Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesi.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Arıcı, s. 28.

<sup>60</sup> Kendigelen, s. 208, p. 393.

<sup>61</sup> Arıcı, s. 158.

<sup>62</sup> Arıcı, s. 159.

<sup>63</sup> M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, Gözden Geçirilmiş

Devir konusu ticari işletmenin borçlarından sorumluluk için öngörülen rejim uyarınca devralanın ticari işletmenin devrini alacaklılara bildirmesi veya Ticaret Sicili Gazete'sinde ilanı ile işletmeye ait borçlardan sorumlu olacağını; devreden ise muaccel borçlar için bildirim veya ilan tarihinden ve müccel borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda devralan tarafından bildirim veya ilanın yapılmasının borçların nakli açısından bir şart olduğu belirtilmiş, yine dördüncü fıkrada da bildirim ve ilan yapılmadıkça devralanın borçlardan sorumluluğunun tamamen sona ermesinden önceki iki senelik zamanın başlamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Öngörülen sorumluluk rejiminin hukuki nitelendirilmesi bakımından, TBK m. 202 hükmü, ticari işletmenin borçları bakımından ilk olarak borca katılma, sonra da borcun devralana kanun gereği naklinin sonuçlarını doğurmaktadır.<sup>64</sup> Kanunda belirtilen iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi boyunca borca katılma kurumu hüküm ifade ederken bu sürenin sonunda artık borca katılma kanuni borç nakline dönüşmektedir.<sup>65</sup>

Kanun bildirimde bulunma ve ilan yoluyla duyurma yükümlülüğünü devralana yüklemiştir. Bununla beraber, doktrinde devralanın bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde devreden, kendisini bildirimde bulunmaya zorlayabileceği veya bu yükümlülüğe uymaması halinde, TBK 112 uyarınca aralarındaki devir sözleşmesine aykırılıktan dolayı talepte bulunabileceği kabul edilmektedir.<sup>66</sup>

Yukarıda devir sözleşmesinin kapsamına ilişkin açıklamalar yapılırken belirtildiği gibi açıkça kararlaştırılmamışsa da ticari işletmeye ilişkin borçlar da ticari işletmenin devri ile birlikte devralana intikal eder. Pasifler başlığında açıklandığı üzere, devir konusu borçlar ticari işletmenin malvarlığı cephesindedâhil ve ticari işletmenin aktifleri ve ilişkileri ilgilendirmeli, ilk borçlu olan devreden tacir açısından şahsen ifa zorunluluğu bulunmamalı ve devredilebilir nitelikte bir borç olmalıdır.<sup>67</sup>

---

Güncelleştirilmiş 12. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016 s.624 p. 1892; **Probst**, s. 1270, p. 20.

<sup>64</sup> **Arıcı**, s. 138; **Oğuzman / Öz**, s. 623; **Ayiter**, s. 51; **Pierre Tercier**, Le Droit des Obligations, 2. éd., Zurich, Schulthess, 1999, s. 223, p. 1378.

<sup>65</sup> **Arıcı**, s. 138.

<sup>66</sup> **Kendigelen**, s. 218, p. 409; **Acemoğlu**, s.111; **Arıcı**, s. 193. Ayrıca devir sözleşmesinin alacaklılar bakımından "üçüncü kişi yararına tam sözleşme" sayılıp alacaklıların da ilanı mahkemeden talep edebileceklerine ilişkin bkz. **Oğuzman / Öz**, s. 625, p. 1894.

<sup>67</sup> **Arıcı**, s. 195.

## **B. Türk Hukukunda Borçların Kapsam Dışı Bırakılıp Bırakılmayacağına İlişkin Görüşler**

Bu noktada son dönemde tartışmaya açılan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan hukuki sorun, tacirin malvarlığının pasifinde yer alan kalemlerde ticari işletmeyi ilgilendiren borç ve yükümlülüklerin ticari işletmenin devri kapsamında bırakılmasına –bu kapsamda devir sözleşmesinde ve üçüncü kişilere karşı borcun nakli bakımından kurucu etkisi kabul edilen bildirim ve ya ilanda borçlarının tamamının ya da bir kısmının devreden sorumluluğu kapsamında olmayacağına ilişkin anlaşma–, yani ticari işletmenin sadece aktiflerinin devredilmesine yönelik tarafların iradelerine etki tanınıp tanınmayacağı veya ne ölçüde etki tanınacağı meselesi olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, tartışılmak istenen asıl mesele; TBK m. 202'nin emredici bir hüküm olarak borçların kanun gereği intikali sonucu mu doğurduğu, yoksa özel hukukumuzda hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesi gereği tarafların sadece aktiflerin devri hususunda anlaşmaya yetkili olup olmadıklarıdır.

Yukarıda pasifler başlığında da kısaca değinildiği üzere, Türk hukukunda uzun yıllardır ağırlıklı olarak savunulan görüş; TBK m. 202'in ticari işletmeye ilişkin pasiflerin kül halinde ve kanuni borç nakli tarzında kendiliğinden intikalini düzenlediği, bu nedenle devir sözleşmesinde sadece aktiflerin devir kapsamında olmasının kararlaştırılmasının TBK m. 202'deki emredici hükümle bağdaşmayacağı gerekçesiyle kesin hükümsüz olduğu yönündedir.<sup>68</sup>Fakat TBK m. 202'nin emredici hüküm olduğunu savunan yazarlar arasında da hükümsüzlük yaptırımının pasiflerin devrini dışlayan devir sözleşmesi hükmüyle mi sınırlı olduğu yoksa devir sözleşmesinin tamamına mı sirayet edeceği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.<sup>69</sup>

Son dönemde ise açıkça ve kesin olarak öngörülmüş olmak şartıyla pasiflerin devir kapsamında bırakılmasının kararlaştırılmasının geçerli olduğunu savunan bir görüş konuyu tekrar tartışmaya açmıştır ve şu an hukukumuzda azınlık görüşü olarak kalmasına rağmen bu görüş taraftar bulmaktadır.<sup>70</sup>

### **1. Mehaz İsviçre Hukukundaki Düzenleme**

Türk Borçlar Kanununun 202. maddesinin kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinden ("*CO 181*") almaktadır ve büyük oranda mehaz hükmün Türkçe'ye tercümesi halinde kaleme alınmıştır. Ancak mehaz hüküm, TBK m. 202'ye ek olarak bir fıkra daha içermektedir. Bizim kanunumuzda yer

---

<sup>68</sup> **Oğuzman / Öz**, s. 624-625, p. 1893; **Eren**, s. 1277-1278; **Acemoğlu**, s. 39; **Öz**, s. 114.

<sup>69</sup> Konuya ilişkin Türk Hukukundaki görüşler ve tartışmalar için bkz. **Kendigelen**, s. 203, p.388; **Erdem**, s. 1012.

<sup>70</sup> Bu görüş için bkz. **Arıcı**, s. 28 vd. ile s. 77, s. 144-156; **Kendigelen**, s. 204, p. 389 vd.; Görüşün değerlendirilmesi için bkz. "*Borçların Devrinin Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği Hakkındaki Görüşlerin Değerlendirilmesi*" başlığı.

almayan bu fıkra uyarınca ticaret şirketlerine, kooperatiflere, derneklere, şahıs kuruluşlarına veya işletmelerine ait ticaret şirketlerinin devri halinde birleşmeye ilişkin 3 Ekim 2003 tarihli Kanun uygulanacaktır. Bu fıkra ışığında Malvarlığının Birleşmesi, Bölünmesi, Tür Değiştirmesi ve Devri Hakkında Kanununun (“*Lfus*”) 4 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ile mehz hükmün uygulama alanının oldukça sınırlandırıldığı ve ticari işletme devri anlamında sadece ticaret siciline kayıtlı olmayan şirketler açısından uygulanabilir olduğu belirtilmektedir.<sup>71</sup>

İsviçre hukukunda CO 181 kapsamında malvarlığının aktiflerinin tamamı veya bir kısmı devredilebilirken borçların *aktiflerle beraber* devralana intikal edeceği kabul edilmekte ve hüküm, borçların devir kapsamı dışında bırakılmayacağı, aksi halde bir ticari işletme devri değil münferiden bir aktifin devrinin söz konusu olacağı ve alacaklıların çoğu kez bu durumdan zarar göreceğiyönünde yorumlanmaktadır.<sup>72</sup>Bu nedenle İsviçre hukukunda CO 181’in uygulanması bakımından ticari işletmenin devrinde borçların kanun gereği (*ex lege*) intikal edeceği kabul edilmektedir.<sup>73</sup>Devralanın sorumluluğunun sınırlanması bakımından Türk hukukundageçerli olan ve İsviçre hukukunda genel kabul gören görüş uyarınca, devrin tescil ve ilanından önce ya da bunu takip eden iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi boyunca alacaklının muvafakatiyle devralanın borçtan sorumluluğu kaldırılabilir.<sup>74</sup> LFus’da yeni ihdas edilen malvarlığı devri kurumu kapsamında, kanunun uygulama alanına giren süjeler bakımından CO181’in aksine borçların kanun gereği naklisöz konusu olmaz.<sup>75</sup>

İsviçre Hukuku’na 2004 yılında giren bu değişiklik ile hükümleri saklı tutulan LFus’un 72. maddesi (“*Lfus 7*”) uyarınca kanunun uygulama alanına giren ticari işletme devirleri bakımından devir sözleşmesine ek olacak envanter listesinde açıkça yer almayan aktif ve pasif unsurlar devreden malvarlığında kalmaya devam eder.<sup>76</sup> Buna karşılık LFus, alacaklıların korunması amacıyla

---

<sup>71</sup> **Probst**, s. 1261, p.1.

<sup>72</sup> **Probst**, s. 1271-1272.

<sup>73</sup> **Probst**, s.1275.

<sup>74</sup> Alacaklının muvafakati ile borcun nakli hükümlerine göre sorumluluğun ortadan kaldırılacağına ilişkin bkz. İmregün, s. 12.

<sup>75</sup> **Rashid Bahar**, “Chapitre 5: Transfert de Patrimoine”, Commentaire de la Loi Fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFD, LIA, LPP, LB, LSA), ed. Henry Peter, Rita Trigo Trindade, Genève, Schulthess, 2005, s. 788;**Alexander Vogel / Christoph Heiz / Urs R. Behnisch / Andrea Sieber / Andrea Opel**, FusG Kommentar Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen OFK – Orell Füssli Kommentar, Zurich, 2017, s. 551; **Hüseyin Ülgen / Mehmet Fatih Arıcı**, İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010 s. 1769; **Probst**, s. 1275.

<sup>76</sup> Bu kapsamda LFus 71 uyarınca devir sözleşmesinin eki olarak düzenlenen envantere yer

devreden ve devralanın müteselsil sorumluluklarının süresini iki yıldan üç yıla çıkarmış ve devralanın korunması açısından da teminat talep etme imkânını düzenlemiştir.<sup>77</sup> Diğer yandan, LFUS 71'in 2. fıkrasında yer alan ve devre cevaz verilmesini, aktiflerin pasifleri geçmesi şartına bağlı tutan düzenleme de, üçüncü kişiler açısından koruyucu niteliktedir.<sup>78</sup>

Yasama çalışmaları açısından bu değişikliğin kaynağı incelendiğinde, "CO181'in özellikle yüksek ölçekli devirler bakımından tatmin edicilikten uzak olduğu"<sup>79</sup> gerekçesiyle hareket edildiği görülmektedir.<sup>80</sup>

## 2. Borçların Devrin Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği Hakkındaki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Somut olayın şartlarında ticari işletmenin aktiflerinin tamamının devredildiği veya ticari işletmenin organizasyonu, iktisadi yapısı ve özellikle ticari faaliyetlerinin karakteri göz önüne alınarak ticari işletmenin genel karakterini ve bütünlüğünü koruyacak sayıda ve nitelikte aktifin devredildiği ya da devir kapsamından çıkarılacak hiçbir aktifin kararlaştırılmadığı durumlarda borçların devri TBK m. 202 kapsamında incelenir. Doktrinde uzun yıllardır hâkim görüş olarak savunulan ve temelini teminat teorisinden alan görüş uyarınca ticari işletmenin borçlarının devir kapsamından çıkarılması yönünde tarafların yapacakları anlaşma geçerli değildir. Ancak hâkim görüşe göre geçersizliğin sadece borçlardan tamamen veya kısmen sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma kapsamındadır. Ticari işletme devri ise geçerlidir ve bu kapsamda borçların kanun gereği devralana geçer.<sup>81</sup>

Öte yandan, doktrinde 50'li yıllarda değinilen, bugün ise azınlık görüşü olmakla beraber taraftar kazanmaya başlayan karşı görüşe göre, TBK m. 202 ticari işletmenin aktiflerinin ile pasifleri ile devri zorunluluğu getiren emredici bir hüküm değildir, yani pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması yönündeki anlaşmanın geçerli olacağını belirtmektedir.<sup>82</sup>

---

almayan bir malvarlığı unsuru, LFUS 72 gereği devreden yedinde kalacaktır, **Bahar**, s. 779; **Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel**, s. 560; **Probst**, s.1; **Ülgen / Arıcı**, s. 1774-1777.

<sup>77</sup> **Mathieu Piguet**, "Loi sur la Fusion: Principales Nouveautés", Yüksek Lisans Tezi (Memoire de diplome 2001-2003), s. 20. <http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIREMathieuPiguet.pdf>

<sup>78</sup> **Bahar**, s. 786.

<sup>79</sup> "la réglementation peu satisfaisante de l'art. 181 CO, notamment pour les transactions importantes"

<sup>80</sup> **Piguet**, s. 17, dn. 76.

<sup>81</sup> **Acemoğlu**, s.38; **Kendigelen**, s. 203, p. 388.

<sup>82</sup> Bu kapsamda TBK m. 202'nin iradi devirlere uygulanan ve tarafların sözleşme serbesti içinde devir sözleşmesinin kapsamını belirleyebileceğini savunan görüş için bkz. **Arıcı**, s. 28; **Demir**, s. 109-110; Buna karşılık, teminat önerildiği takdirde borçlardan sorumluluğun sınırlanabileceği/kaldırılabilirliğini savunan görüş için bkz. **Sema Aydın / Hasan Ali Kaplan / Arzu Şen Kalyon**, "Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 202'nin emredici hüküm niteliğinde olup borçların kanun gereği devralana intikal edeceğini savunan görüşe göre de, devir sözleşmesinde, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasına yönelik bir kayıt bulunabilir. Ancak bu yönde bir kayıt, devreden ile devralan arasındaki iç ilişkide borçların paylaşılmasını düzenlemektedir.<sup>83</sup>

Aşağıda bu iki görüşe dayanak sağlayan argümanlar temel başlıklar halinde incelenmekte ve Türk pozitif hukuku açısından TBK m. 202'in emredici karakterde olduğu ve borçların devir kapsamından çıkarılamayacağı ortaya konmaktadır. Bu kapsamda uygulamada büyük ölçekli ticari işletme devirleri açısından tatmin edici sonuçlar alınamıyor ve adalete aykırı şekilde menfaat dengesi bozuluyorsa İsviçre'de olduğu gibi kanunda değişikliğe gidilmelidir. Aksi takdirde pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılacağı veya sadece aktiflerin devir konusunu oluşturacağı yönündeki anlaşmaları geçerli saymak açıkça *contra legem* yorum teşkil edecektir. Ekonomik ve sosyal konjonktürü ve kanunun uygulanmasının sonuçlarını belirlemek hukuk politikasını ilgilendirmektedir ve hukuk politikasını belirlememek de kanun koyucunun yetkisi dâhilinde bir meseledir. Bu durumda devralan, mevcut düzenlemenin somut olay bakımından kendisi aleyhine sonuçlar doğurması ihtimaline karşı *basiretli bir tacir* gibi hareket ederek kendisini korumak için devir müzakeresi döneminde gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

### 3. TBK m. 202'nin Lafzı ve Kanun Sistematiği İçindeki Yeri

Azınlık görüşü, TBK m. 202'de yer alan "*ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devri*" ifadesinin mefhum-u muhalifi itibariyle ticari işletmenin pasifleri olmadan da devredilebileceği, ticari işletmenin pasiflerinin devir kapsamı dışında bırakılabileceği şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>84</sup>Buna göre TBK m. 202, taraf iradelerinin pasiflerin de aktiflerle beraber devrine yöneldiği hallerde ilişkin bir imkân sağlamakta ve sözleşme serbestisi ilkesini esas almakta; ancak emredici hüküm niteliğinde olmayıp ticari işletmenin devrinde pasiflerin mutlaka devir kapsamında olması zorunluluğunu düzenlememektedir.

Türk hukukunda azınlık görüşün ilk savunucularından **Ayiter** ise ticari işletmenin sadece aktiflerinin devredilebilmesine yönelik anlaşmanın, TBK m. 202'nin uygulama alanına girmeyen fakat geçerli bir hukuki işlem olduğunu belirtmektedir. Bu noktada TBK m. 202 ile borçların geçişinde alacaklıyı koruma gayesi bulunduğunu belirten yazar, sadece aktiflerin intikalini düzenleyen bir anlaşma bakımından alacaklının iki yolla korunabileceğini savunmaktadır. Yazara göre eğer ivazlı bir hukuki işlem sonucu aktifler devredilmişse zaten aktiflerin değeri devreden malvarlığında bulunacak ve alacaklılar tatmin

---

Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s 232.

<sup>83</sup> Bu takdirde bir borç naklinden ziyade sorumluluk naklinin söz konusu olduğu yönünde bkz. **Acemoğlu**, s. 101-102; **Arkan**, s. 45.

<sup>84</sup> **Arıcı**, s. 144

edilebilecektir. İvazsız bir devir ihtimalinde de alacaklıların iptal davası açma hakkı doğacaktır.<sup>85</sup>

Buna karşın hâkim görüşün kurucusu olarak nitelendirilebilecek olan **Acemoğlu**, karışıklığa sebep olanın TBK m. 202'nin "*ticari işletmenin aktifi ve pasifi ile devri*" tarzındakibaşarısız ifadesi olduğunu belirtmekte ticari işletmenin borçlarından sorumlu olmama ya da sadece aktiflerinin devri yönündeki anlaşmaların emredici hükme aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu belirtmektedir.<sup>86</sup>Bu kapsamda "aktif ve pasifiyle" ifadesinin sadece ticari işletmenin malvarlığı cephesini belirtmek için kullanıldığı savunulmaktadır.<sup>87</sup>Gerçekten de kanunun ifade tarzını ters çevirerek mefhum-u muhalifine ulaşmak, bu kapsamda "*ticari işletme aktifi ve pasifi ile devredilmiyorsa TBK m. 202'deki sorumluluk rejimi doğmaz*" demek, yorum kurallarını fazlasıyla esnetmek anlamına gelecektir. Zira "*mefhumu muhalif hiçbir bir kural diye kabul edilemez; tam terine söz konusu mefhumu muhalife cevaz veren inhisari karakteri ispatlanmak gerekir.*"<sup>88</sup>

Diğer yandan,TBK m. 202 hükmünün kendisi Borçlar Kanunumuzun sistematığı içinde *Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri* başlıklı beşinci bölümün *Borcun Üstlenilmesi* başlıklı ikinci bölümü altında yer almaktadır ve istisnai bir düzenleme getirmektedir.<sup>89</sup> BK m. 202 hükmü ilgili ayırmadaki diğer müesseseler ve özellikle borcun dış üstlenilmesi ile karşılaştırarak incelenmelidir. Buna göre üçüncü fıkrada malvarlığı veya işletmenin devralınması yoluyla borçların üstlenilmesi halinde bunun sonuçları için borcun dış üstlenilmesi kurumuna ilişkin hükümlere atf yapılmaktadır. Öte yandan borcun nakli kurumunu düzenleyen borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine ilişkinTBK m. 196'nın üçüncü fıkrasında kanun koyucu, borcun devri için *alacaklının açık veya örtülü rızasının* alınmasını devrin geçerliliği için şart koşturmuştur.<sup>90</sup> Kanun koyucu, açık veya örtülü rızasını arayarak alacaklıya alacağını tahsil edebilmesi bakımından daha kötü bir duruma düşmemesi için koruyan bir sistem öngörmüştür. TBK m. 202 bağlamında alacaklının rızasını arayan bu sistemden sapılabilmesi için ticari işletmenin devri bağlamında alacaklıya başka türlü bir koruma imkânı getirilmiş olmalıdır.<sup>91</sup>Bu kapsamda devrin özellikle ticaret şirketinin amacıyla

---

<sup>85</sup> **Ayiter**, s. 4; Aynı yönde bkz.**Yaşar Karayalçın**, Ticaret Hukuku: C. I Giriş – Ticari İşletme, 3. bs., C. 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 185; **Arıcı**, s. 145 vd.

<sup>86</sup> **Acemoğlu**, s.38.

<sup>87</sup> **Acemoğlu**, s. 24.

<sup>88</sup> Ordinaryus Profesör Dr. Karl LARENZ'in Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Hukuk Biliminin Yöntem Öğretisi) (Heidelberg, 1960, s. 295) adlı eserinden aktaranİsmet **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları C. 6,İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, 1994, s. 694.

<sup>89</sup> **Arıcı**, s. 147; **Demir**, s.109.

<sup>90</sup> TBK m. 202'nin muadili olan mülga 818 sayılıBK m. 179'un kanunun dogmatik yapısını kırdığı yönünde bkz.**Tekinalp**, s. 11.

<sup>91</sup> Bu kapsamda TBK m. 202 ile kanunen gerçekleşen bir borca katılmanın söz konusu olduğu

bağdaşmayan ya da amacının fiilen değiştirilmesini amaçlar şekilde tasfiyesini sağlamak amacıyla yapıldığı bir durumda alacaklının korunması gayesinin belirginleştiği kabul edilmelidir.<sup>92</sup>

#### 4. TBK m. 202 Hükümünün Emredici Karakteri

Türk Borçlar Kanununun 202. maddesinin hükmünün lafzı itibarıyla emredici olmadığını savunan görüş, borcun nakli için rızası alınmamış alacaklının menfaatinin korunabilmesi amacıyla ticari işletmeye ait pasiflerin aktiflere mutlak surette bağlanmasının emredici karakterde olmadığını belirtmektedir.<sup>93</sup>

Bir hükmün emredici hukuk kuralı olup olmadığı hükmün lafzı ve koruduğu menfaatin hukuk düzeni içindeki yeri dikkate alınarak belirlenir.<sup>94</sup> Özellikle üçüncü kişiler açısından onların söz hakkı aranmaksızın sonuç doğurucu bir etkisi olduğu gerekçesiyle emredici karakterde olduğu sonucuna varılmalıdır.<sup>95</sup> TBK m. 202'nin emredici hükmü itibarıyla alacaklının devre açık veya örtülü rızasını bildirmesi ya da devreden ile devralanın borçların devri hususunda anlaşmış olup olmadığına bakılmaksızın borçlar *kanun gereğince* devralana geçer.<sup>96</sup>

Eski Borçlar Kanunumuz zamanından beri savunulan hâkim görüş uyarınca ticari işletmenin devrine ilişkin TBK m. 202 ve ticari işletmenin bütünlüğü ilkesini düzenleyen TTK m. 11 ışığında ticari işletmeye ilişkin borçların tamamen veya kısmen devir kapsamı dışından bırakılabilmesi mümkün değildir. Zira TTK m.11 uyarınca ticari işletme esasen ekonomik bir bütündür ve borçlar da ticari işletmenin faaliyetinin devamı ve organizasyonu içindeki aktiflerin artırılması/ iyileştirilmesine yönelik işlem ve eylemlerden doğmuştur. Bu haliyle düzenleme bir emredici hüküm teşkil etmektedir.<sup>97</sup> Nitekim eski tarihli olmakla beraber ortaya koyduğu ilkeler uygulamada hala esas alınan bir Yargıtay kararında<sup>98</sup>

---

ve alacaklı açısından borçlunun değişmesinde söz imkânı tanınmaması bakımından böyle bir koruma imkânı getirildiği yönünde bkz. **Oğuzman / Öz**, s. 623, p. 1890.

<sup>92</sup> **Piguet**, s. 19.

<sup>93</sup> **Demir**, s. 109-110; **Arıcı**, s. 144-156.

<sup>94</sup> **M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas**, Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2013, s. 85-86.

<sup>95</sup> **Acemoğlu**, s. 40.

<sup>96</sup> **Acemoğlu**, s. 124, 132; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 283; **Oğuzman / Öz**, s. 624-625 p. 1893.

<sup>97</sup> **Poroy / Yasaman**, s. 43; **Arkan**, s. 42.

<sup>98</sup> Yargıtay 4. HD. 3.4.1961, 3748/2899. Aynı yönde: “Gerçekten, bir mamelekin ve işletmenin devralınmasını düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 179. maddesine göre devir alan şirket, devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden) dahi, yenisi ( devralan ) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Borçlar Kanunu’nun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre teselsülün yasa hükmünden doğduğu hallerde kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. Bu nedenle söz konusu müteselsil borç yasa hükmünden (Borçlar Kanunu md.

da “teselsülün bir kanun hükmünden doğduğu takdirde amme intizamın söz konusu olduğu” belirtilerek devreden ticari işletmenin borçlarından sorumlu olmayacağı kaydı geçerli saymamıştır. Bu görüş uyarınca, tarafların borçların devir kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin anlaşmalarının geçersiz olacak, devir sözleşmesi ile bu anlaşmaya rağmen borçlar da intikal edecek ve devreden devralanı bildirim/ilanla zorlayabilecektir. Bazı yazarlar ise bu anlaşmanın geçersizliğinin devir sözleşmesinin tamamına sirayet ederek ticari işletme devrinin geçersizliğine yol açacağını belirtmektedir.<sup>99</sup>

Bu noktada **Demir** emredici karakteri savunan görüşü “tacirin ticari işletmeyi oluşturan münferit unsurları devir yönünden tasarruf yetkisine sahip olup bunun sınırlanmasının devrin tarafları arasındaki arz ve talep dengesini etkileyerek fiyatın düşmesine sebep olacağı, bunun da ticari hayatın esnekliğine zarar vereceğini” belirterek eleştirmektedir.<sup>100</sup> Ancak yukarıda da belirtildiği gibi esasen münferit unsurların devri ticari işletmenin özgülendiği ticari amaç ve organizasyon bakımından asli bir nitelikte değilse zaten ticari işletme devri anlamında gelmez. Kanun koyucunun TBK m. 202 ile amaçlamak istediği ticari işletmenin başka bir tacirin malvarlığına geçmiş olmakla beraber bütün görünümü ve organizasyonu tamamen veya büyük ölçüde bütünlüğünü koruduğu hallerde alacaklıları koruyucu bir hüküm sevk etmektedir.

---

179’den) doğduğundan, teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada belirtilen sorumluluğun zamanı “devir anıdır.” Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar bu sorumluluğun kapsamında kalmaktadır. İşletmenin devirden önceki borcunun naklinin kural olarak alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi Borçlar Kanunu’nun 173. ve 174. maddeleri gereğince alacaklının onamına bağlı ise de, Borçlar Kanunu’nun 179. maddesi bu kurala bir istisna getirmiş, alacaklının rızasına gerek görülmezsizin borcun devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir.” Yargıtay HGK.17.10.2007 21664/745; Aynı yönde: “Gerçekten, BK. 179 ncu madde içinde “müteselsil bir borç” vardır. Devir alan şirket devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi iki yıl müddetle evvelki borçlu ( devreden ) dahi, yenisi (devralan) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Borçlar Kanunun müteselsil borçlara ilişkin 1. maddesine göre teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde kamu düzeni sözkonusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. (Dr. H. Öser/W. Schöenenberger Borçlar Hukuku Ankara 1950 sh.905-906 ) O nedenle bu müteselsil borç kanun hükmünden (BK. 179 dan) doğduğundan; teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada belirtilen sorumluluğun zamanı «Devir anıdır». Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar bu sorumluluğun kapsamında kalmaktadır. İşletmenin devirden önceki borcunun nakli kural olarak alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi BK. 173 ve 174 maddeleri gereğince alacaklının onamına bağlı ise de 179. madde bu kurala bir istisna getirmiş alacaklının rızasına gerek görülmezsizin borcun «devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir.” Yargıtay HGK.28.11.2003 21-1030/1077.

<sup>99</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 281, dn. 2 ile s. 283

<sup>100</sup> Demir, s. 110.

## 5. Ticari İşletmenin Bütünlüğü İlkesi Yönünden Değerlendirme

Doktrinde ticari işletme devri kapsamında pasiflerin hukuki kaderinin aktiflere bağlanmış olması, ticari işletmenin bir tüzel kişiliği bulunmadığı ve ayrı bir malvarlığı teşkil etmediği yönünden eleştirilmektedir.<sup>101</sup>

Ancak ticari işletme, ticaret hayatında teşkil ettiği öneme atfen bir ekonomik bütün olarak kabul edilmiştir ve gerek ticari işletmeye ilişkin aktifler gerekse pasifler ticari faaliyetin devamına tahsis edilmiş malvarlığı unsurlarıdır. Bu anlamda pasifler esasen ticari işletmenin aktiflerinin değerini arttırmaya –bu kapsamda en temelde ticari işletmenin kar birikimi de nakit para/alacak hakkı olarak aktifte yer almaktadır– yönelik işlem ve eylemlerden doğmakta, öte yandan aktiflerin üretim proseslerine doğrudan ve dolaylı olarak sokulmasıyla pasiflerin azaltılması ya da artmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu anlamda “*pasifler aktiflerin yükü değil, mütemmim cüz’üdür.*”<sup>102</sup>Ticari işletme, tacirden bağımsız bir hukuk süjesi değil, tacirin yönetimi altındaki bir ticari organizasyondur. Tacirin ticari işlem ve eylemlerini ticari işletmeye özgülediği düşünüldüğünde, ticari işletmenin devri kurumunun da ticari işletme hukukuna egemen olan ilkelerden için ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi bağlamında yorumlanması gerekmektedir.<sup>103</sup>

## 6. Menfaatler Dengesi Yönünden Değerlendirme ve Teminat Teorisi

Pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılabileceğini savunan görüş uyarınca, ticari işletmenin aktiflerini pasifleri açısından alacaklılar nezdinde teminat olarak gören ve genel olarak teminat teorisi olarak adlandırılan görüş; devir işleminin taraflarının iradeleri ve menfaatleri ile alacaklının menfaati arasındaki karşılaştırmada, alacaklılar için gereğinden fazla bir koruma öngörmektedir ve devralanı esasen devir kapsamındaki malvarlığının değeri ile sınırlı olmayan bir sorumluluk altına sokmaktadır.<sup>104</sup> Bu görüş, menfaatler dengesini alacaklı lehine bozan bir yorum karşısında TBK m. 202’nin ticari işletmeyi pasifleriyle beraber devretme yönünde bir zorunluluk değil, *imkân* getirdiği sonucuna varmaktadır.<sup>105</sup>Zira ticari işletmenin devrine karşılık devralan devredene devrin karşılığı olarak belli miktar para verecek, yani devreden malvarlığına aktifinden çıkan unsurlar yerine bu miktar girecektir. Bu miktar hâlihazırda alacaklılar için yeterli bir teminat sağlar; alacaklıların devralana da başvurabilmesi yönünde bir imkân sağlanması gerekmez. “*Sağlıklı*” olarak gerçekleşen ticari işletme devirleri açısından bu senaryo adil sonuçlar doğurmaktadır.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Arıcı, s. 153.

<sup>102</sup> Acemoğlu, s. 39.

<sup>103</sup> Erdem, s. 1014.

<sup>104</sup> Kendigelen, s. 204, p. 389 vd.

<sup>105</sup> Arıcı, s. 147.

<sup>106</sup> Arıcı, s. 151; Demir, s.110; Aydın / Kaplan / Kalyon, s. 232: Yazarlar benzer bir mantıkla

Öte yandan, ticari işletme devrinde alacaklıların icra veya iflas yoluyla takipte bulunarak bu aktiflere başvurabilmesini engellemek yoluyla onları zarara uğratmak için yapılan devirlere karşı alacaklıyı korumak maddi hukukun değil, icra ve iflas hukukunun amacı ve işlevi dâhilindedir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun ("İİK") gerek tacirin ticareti terkine ilişkin 44. maddesi gerekse tasarrufun iptali davaları açısından özel olarak ticari işletme devrinin alacaklılara zarar verme kastıyla hareket ettiğine ilişkin karineyi düzenleyen 280. maddesinin üçüncü fıkrası; alacaklıların başvurabileceği imkânları düzenlenmektedir. Bu hüküm kapsamında dahi ticari işletme devri geçersiz sayılmamakta, devir bedeli ile gerçek bedel arasındaki fark, devralandan tahsis edilmektedir.<sup>107</sup>

Bu noktada devralanın borçlardan sorumluluğunun ticari işletmenin aktiflerinin değeri ile sınırlı olmayıp devralanın bütün malvarlığıyla sorumlu tutulması, esasen pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılamayacağını savunan görüş tarafından da eleştirilmektedir. Ancak Türk hukukunda bu görüşün ilk temsilcilerinden olan **Acemoğlu**, meseleye hukuk tekniği açısından yaklaşmakta; belirli bir malvarlığı unsuru/unsurlarının değeri ile sorumluluğun istisnai bir sorumluluk tipi olduğunun altını çizmekte ve diğer yandan alışıl gelmiş olan aktiflerin borçları karşılayacak miktarda olduğu dikkate alındığında bu sonucun menfaatler dengesini alacaklı lehine bozmadığını belirtmektedir.<sup>108</sup>

Bu açıdan İsviçre hukukunda bazı borçların devir kapsamı dışına çıkarılmasının ancak alacaklının önceden bilgilendirilmesi ve rızasının alınması suretiyle geçerli olabileceği, bu kapsamda envanter listesinin ispat vasıtası olarak yeterli olmayıp ispat yükünün devralan üzerinde olacağı ve tereddüt halinde devralan aleyhine borçların kendisine intikal etmiş olduğu yönünde sonuca varılacağı belirtilmektedir.<sup>109</sup> Bu yorum tarzı, kanun hükmünün emredici karakterinin arkasında yatan gayeyle uyumlu olduğundan Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Zira alacaklıyı kendisine rağmen korumak gereksiz hatta kimi zaman alacaklının zararına olabilecektir.

---

başkaca bir teminat önerildiği takdirde pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılabileceğini düşünmektedir.

<sup>107</sup> **Kendigelen**, s. 205, p. 389.

**Arıcı**, s. 153.

<sup>108</sup> **Acemoğlu**, s. 126; İlanda açıklanmamış borçların naklini düzenleyen bir anlaşmanın, alacaklılar nezdinde sonuç doğurmayıp sadece iç ilişkide etkili olacağı; öte yandan dn.2'de Acemoğlu'nun görüşüne katıldıklarını belirtmekle beraber alacaklıların haklarını ağır şekilde ihlal edilmesi şartıyla sadece aktiflerin devrini öngören anlaşmayı geçersiz sayan görüş için bkz. **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 281, dn. 2 ile s. 283.

<sup>109</sup> **Probst**, s. 1272.

Yine İsviçre hukukunda devreden, devralan ve alacaklıların menfaatleri temsil edilerek bir devir bedeli kararlaştırıldığı durumlarda “sağlıklı bir devrin söz konusu olması” sağlanacağından ancak bu şartla taraflar iradelerine etki tanınabileceği ve aktifler gibi borçlar açısından da devirde sınırlama getirilebileceği belirtilmektedir.<sup>110</sup> Bu çözüm tarzı da Türk hukuku açısından kabul edilebilir.<sup>111</sup>

Alacaklının menfaatinin korunması açısından ise, alacaklının korunması her zaman sadece icra ve iflas hukuku kapsamında olmamaktadır. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi borcun dış üstlenilmesi müessesesine ilişkin olarak maddi hukuk da alacaklıyı koruyucu hükümler öngörmüştür. Üstelik burada amaç *alacaklıyı bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşürmemek* olarak değerlendirilmelidir. Bir tacir arasındaki sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak alacağı bulunan kişi, bu alacağın doğduğu andaki durumunun kötüleşmesine izin verilmemelidir. Nasıl borcun dış üstlenilmesinde şahsen ifa borcu söz konusu olmamasına rağmen alacaklıya muhatap olduğu ve borçlu olarak şahsi sorumluluğunun sınırlarını bildiği kişinin değişmesi senaryosunda söz hakkı tanınmışsa ticari işletmenin devri bağlamında da ticari işletmenin aktiflerinin değerlendirilerek ticari faaliyete devam edileceği ve bu yolla alacaklıların tatmin edileceğine güvenen alacaklıya da bu teminat tanınmalıdır. Bu nedenlerle maddi hukuk anlamında önleyici bir çözüm imkânı varken alacaklının tasarrufun iptali müessesesiyle uğraşmasını beklemek durumunu ağırlaştırmak anlamına gelecektir. Gerçekten de İİK m. 277 vd. uyarınca tasarrufun iptali davası açılabilmesi için alacaklının borçluya karşı bir aciz belgesi elde etmesi gerekmektedir. Bu noktada her ne kadar İİK m. 280/3 ticari işletme bakımından borçlunun ızzar kastını bildiği veya bilmesi gerektiği yönünde karine getiriyorsa da bu karine de tasarrufun iptali prosedüre başvurma külfetini kayda değer ölçüde hafifletmemektedir.<sup>112</sup>

### C. Devir Anında Bilinmeyen Borçlardan (Sürpriz Borç) Sorumluluk

Yukarıda da belirtildiği üzere İsviçre Hukukunun aksine Türk hukukunda ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme kapsamında sunulacak bilgi ve belgeler arasında ticari işletmenin envanteri ya da finansal bilgileri sayılmamıştır. TSY m. 133/2 hükmü devir sözleşmesinde yer alması zorunlu asgari unsurlar arasında yer almamaktadır. Bu nedenle özellikle ticari işletmeye ilişkin borçlar bağlamında devreden devir anında varlığından haberdar olmadığı bir borcun alacaklısı tarafından kendisine başvurulması ihtimali söz konusu

---

<sup>110</sup> Pierre Engel, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, 2. Éd, Berne, Staempfli Editions SA, 1997, s. 905, p. 282.

<sup>111</sup> Hatta uygulamada müzakereler sırasında alacaklıların tespit edilmesine ve dolaylı olarak devir müzakerelerine katılmaları sık rastlanılmaktadır.

<sup>112</sup> Aynı yönde: Acemoğlu, s. 36-38.

olabilir. Devralan tarafından devir anında bilinmeyen bu borçlar doktrinde genel olarak *sürprizborçlar* ya da *şaşırtıcı borçlar* olarak ifade edilmektedir.<sup>113</sup>

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre, TBK m. 202'de ticari işletmeye ilişkin borçların devralana intikali bir *kanuni borç nakli* hükmündedir.<sup>114</sup> Başka bir deyişle, taraflar arasında borçların devrine ilişkin hiçbir anlaşma olmaması veya devir kapsamında olacak borçların münferiden sayılmasını senaryoları açısından sonuç değiştirmeyecek ve ticari işletmeye ait borçlar kanunun emredici hükmü nedeniyle tarafların iradesine bakılmaksızın devralana geçecektir. Bu noktada alacaklılar sürpriz borçlardan dolayı devralana karşı talepte bulunmuşsa ve devralan ödeme yapmak zorunda kalmışsa devreden ile aralarındaki devir sözleşmesi kapsamında aralarındaki iç ilişkiye göre, iç ilişkide hiçbir husus kararlaştırılmamışsa ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak<sup>115</sup> ya da şartları sağlanıyorsa irade sakatlığına ilişkin TBK hükümlerine başvurarak devredenin sorumluluğuna gidebilir. Özellikle devredenin mevzu bahis borçlar hakkında bilgisinin olmaması, devredenin aktif veya bir açıklamada bulunması gerekirken sessiz kalmasına bağlı olarak pasif bir hareketle devralanı aldatması halinde devralanın irade sakatlığı hükümlerine dayanarak devir sözleşmesini iptal etmeye yetkili olur. Bu halde de genel hükümler bağlamında borcun dış üstlenme sözleşmesi iç üstlenme sözleşmesinden bağımsız olmasına karşın ticari işletmenin devri bakımından borcun geçmesini sağlayan tek sözleşme devreden ile devralan arasında olduğundan, devir sözleşmesinin geçersizliği veya iptal edilebilirliği alacaklıya karşı da bir savunma olarak ileri sürülebilir.<sup>116</sup>

#### **D. Devir Sözleşmesi ile Borçların Kanun Hükmü Gereği Geçmesine Karşı Devralanın Başvurabileceği İmkânlar**

Devir sözleşmesi ile ticari işletmeyi tamamen veya kısmen devralan kişi, devir sözleşmesine ilişkin müzakereler esnasında ileride herhangi bir zarara uğramamak için bazı müzakere yöntemlerine veya teminatlara başvurabilir.

---

<sup>113</sup> **Kendigelen**, s. 204-205, p. 389.

<sup>114</sup> **Oğuzman / Öz**, s. 624-625, p. 1893; **Eren**, s. 1277-1278; **Acemoğlu**, s. 39; **Öz**, s. 114.

<sup>115</sup> **Arkan**, s. 44; ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ticari işletme devri bakımından uygulamasına ilişkin detaylı analiz için bkz. **Arıcı**, s.87 vd.

<sup>116</sup> **Oğuzman / Öz**, s. 624, p. 1891; İsviçre hukukunda devir sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle borçların esasen devralana geçmemiş olduğu gerekçesiyle kesin hükümsüzlük savunmasının alacaklılara karşı da ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Acemoğlu**, s. 136. **Acemoğlu**, Türk hukukunda aktiflerin devri açısından sebebe bağlılık ilkesi gereği aktiflerin büyük kısmının devredende kalacağı ve artık borçların aktiflerle beraber TBK m. 202 gereği geçmesinin anlamlı olmayacağını belirterek aynı sonuca farklı bir gerekçeyle varmaktadır. Alacaklı tarafından aksinin ileri sürülmesinin ise hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ve korunmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Acemoğlu**, s. 139.

Bu kapsamda ilk akla gelen husus devir sözleşmesine varlığı veya meblağı bilinmeyen borçlar açısından hüküm eklenmesi olabilir. Ancak bu hükmün alacaklılarla olan dış ilişkiye değil, devreden ile devralan arasındaki iç ilişkide etkili olacağı açıkça belirtilmektedir. Aksi halde, TSY m. 133/4 uyarınca ticari işletme devrinin vadeye ve şarta bağlanması anlamına gelebilecek herhangi bir ifade ticaret siciline tescil edilmez. Ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan şartının devir için tasarruf işlemi ve aktif ile borçların geçişi bakımından kurucu olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katıldığımız için bu kapsamda esasen borçların da devralana intikal etmemiş olacağını düşünmekteyiz. Bu kapsamda devir kapsamındaki aktif ve pasiflerin bir listesi hazırlansa ve devir sözleşmesine eklense ve hatta bu liste sözleşme içinde tescil edilse dahi pasifler devralana intikaline engel olamayacaktır.

Devralan öncelikle müzakereler sırasında devir bedelinin belirlenmesi bakımından ticari işletmeye ilişkin borçların neler olduğunu, alacaklıları, borçların tabi olduğu hükümleri devreden ile özel olarak görüşmelidir. Bu görüşmeler kapsamında devreden aktif veya pasif bir hareketle devralanı yanıltması halinde irade sakatlığı ya da ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurarak aralarındaki devir sözleşmesi kapsamında devredene rücu edebilecektir.

Şüphesiz devredene rücu edilmesi imkânı bulunmakla beraber bu yola başvurmak, devralan açısından fazladan emek ve zaman gerektirecektir. Üstelik devreden mali durumunun kötü olması nedeniyle şahsi sorumluluğuna başvurması, alacağını tam olarak tahsil edememesine neden olabilir. Bu durumda devralan devredenden özellikle bir bankadan alınmış bir banka teminat mektubu, doğabilecek rücu borcuna ilişkin bir taşınmaz üzerinde ipotek hakkı tanınarak bir aynı teminat sağlanması veya bankada bulunan bir miktar para üzerine rehin konulması gibi imkânlara başvurabilir. Zira unutulmamalıdır ki, ticari işletmenin borçları bütünlük ilkesi ışığında aktifleri ile beraber kanunun emredici hükümleri uyarınca devralana otomatik olarak intikal etmekle beraber devralan da zaten bir ticari işletmeyi yönetmiş/ yönetecek basiretli bir tacir gibi hareket etmekle yükümlüdür ve kendi mali geleceğini düşünmek bu kapsamda onun sorumluluğundadır.

## V. SONUÇ

Çalışma sonucunda varılan sonuç aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

Ticari işletme, Türk-İsviçre hukukunda bir hukuk süjesi değil, bir obje olarak kurgulanmıştır. Ancak ticari ve sosyal hatta ifade ettiği anlam itibariyle ticari hayattaki bütün görünümü hukuki düzenlemelere de yansımış; kanun koyucu özellikle hukuki işlemlere konu olması bakımından ticari işletmenin bütünlük ilkesine vurgu yapmıştır. Bu kapsamda tacirin ticari işletmenin organizasyon, yönetimi ve faaliyetine özgülediği malvarlığı unsurları bu ekonomik birim içinde değerlendirilmiş; aktifler için TTK m. 11/3 ve pasifler için TBK m. 202 ile münferiden kendilerine uygulanan hukuki rejimlerden ayrılan bir sistem getirilmiştir.

Tacirin malvarlığına dâhil olan ve ticari işletmenin malvarlığı cephesi kapsamında ticari işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını tespit edebilmek için (i) ekonomik değer taşıma/paraya çevrilebilir olma ve (ii) ticari işletmenin faaliyetinin devamına sürekli surette özgülenme kriterleri somut olayda dikkate alınır. Bu kriterlerin uygulanmasıyla ticari işletmenin malvarlığı cephesine dâhil aktif ve pasifler belirlenecek; bu kapsamda tespit edilen aktiflerin tamamı veya bir kısmı ile pasiflerin tamamı devir sözleşmesinin kapsamını oluşturacaktır.

Aktiflerin devrini düzenleyen TTK m. 11/3 devredilecek aktiflerin belirlenmesi bakımından taraf iradelerine söz tanımış ve aktiflerin bir kısmının da devredilebileceğini düzenlemiştir. Tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisini dikkate alan TTK hükmü karşısında TBK m. 202 ise pasiflerin devir bakımından taraf iradelerinin açıkça ve zımnî olarak bazı pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasını düzenleyebileceklerini öngörmüştür.

TBK m. 202 özünde devreden ile devralanın pasifler bakımından iki yıllık müteselsil sorumluluğu ve bunun ertesinde borcun naklini öngören bir hükümdür. Kanununborcun nakline ilişkin bir geçerlilik şartı olarak düzenlediği alacaklının rızasını arayan sistemden sapmıştır.

Ticari işletmenin organizasyonu ve faaliyetinin sağlanmasıyla ilişkili olan borçlar da aktifler gibi malvarlığı cephesinin kapsamındadır. Keza ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi, ticari hayatta arz edilen iktisadi bütünlük görünümü ve hayatın olağan akışında aktifler kullanılarak ticari işletmenin faaliyetini sürdürerek kâr elde etme amacına ulaşacağı ve borçlarını ifa edeceği beklentisine dayanmaktadır. Bu durumda devir işlemi bakımından kendisine söz hakkı tanınmayan alacaklı açısından alacağını elde edebilmesi için TBK m. 202'de müteselsil sorumluluk ve borcun nakli kurumlarına başvurulması tarafların bertaraf edemeyecekleri bir sonuçtur ve esasında borcun naklinde alacaklının rızası şartının yerine geçmektedir.

Yine asıl olarak icra ve iflas hukukunun alacaklıyı korumak için tedbirler içerdiği gerekçesine dayanılarak alacaklıya İİK m. 277 vd. uyarınca tasarrufun iptali yoluna başvurma imkânı tanınması, kanımızca alacaklı nezdinde yeterli koruma sağlamamaktadır. Zira alacaklıyı koruyan tek hukuk dalı icra ve iflas hukuku değildir, maddi hukuk da alacaklıyı koruyucu hükümler sevketmiştir. Bunların başında da dar anlamda borcun ya da sözleşmenin devrinde alacaklıya söz hakkı tanınması gelmektedir. Diğer yandan devir bakımından borcun nakli için kendisinin rızası aranmamış ve tanıyıp bildiği, ödeme gücüne güvendiği borçlusunu değişmiş alacaklı bir de tasarrufun iptali prosedürüne başvurmak zorunda bırakılmamalıdır.

Keza TBK m. 202'nin uygulama alanının "ticari işletmenin aktifi ve pasifiyle devri" olarak değerlendirilip "aktif ve pasifin beraber devredilmediği hallerde TBK m. 202'nin uygulanmayacağı" sonucuna varmak, bir yorum metodu olarak hükmün mefhum-u muhalifi üzerinden yorumlanmasının aşırı bir örneğidir. Mefhum-u muhalif üzerinden hükmün yorumlanması istisnai bir yorum metodudur ve her durumda itibar edilemez.

Bu nedenlerle kanımızca TBK m. 202 hükmünün emredici hüküm niteliğinde olduğu, devir sözleşmesinin alacaklılara bildirilmesi veya Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesiyle borçların kanun gereği devralana geçtiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, tarafların devir sözleşmesinde sadece aktiflerin devredileceği veya pasiflerin devredilmeyeceğini kararlaştırmaları geçerli değildir. Pasifler bu halde kanun gereği devralana geçer.

Uygulamada TBK m. 202 hükmünün ticari hayatın günümüzdeki gereksinimlerine uymadığı ya da özellikle büyük ölçekli ticari işletmeler bakımından devralanın mahvına sebep olacak kadar ağır sonuçlar doğurabileceği düşünülüyorsa mehz hukuktaki çözüm benimsenmeli; "*tatmin edicilikten uzak*" hüküm değiştirilmeli/kapsamı daraltılmalıdır. Aksi takdirde pasifleri devir kapsamı dışında bırakan bir yorum kanun hükmünün açık lafzıyla çelişen, contra legem bir yorumdur. Ekonomik ve sosyal konjonktürü ve kanunun uygulanmasının sonuçlarını belirlemek hukuk politikasını ilgilendirmektedir ve hukuk politikasını belirlememek de kanun koyucunun yetkisi dâhilinde bir meseledir.

Kanun gereği devir nedeniyle borçların intikal etmediğini sanan devralan bu durumda borçları ödedikten sonra devredene aralarındaki iç ilişki uyarınca rücu edebilir. Varlığını bilmediği sürpriz borçlar nedeniyle kendisine başvuru devralan ise somut olayın şartlarına göre irade sakatlığı ve ekseriyetle bir satım sözleşmesi söz konusu olacağından satımda ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanabilir. Her halde, kötü bir sürprizle karşılaşmak istemeyen borçlu devir sözleşmesi müzakerelerinde aynı teminat, özellikle bankadan alınacak bir teminat mektubu ya da banka hesabındaki bir miktar para üzerinde rehin kurulması gibi teminatlar talep etmelidir. Zira bir ticari işletmeyi devralacak

kişi bir tacir olarak basiretli davranmak ve kendi ekonomik geleceği için tedbir almakla yükümlüdür.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

**Acemoğlu, Kevork:** Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1971.

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

**Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Bs, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

**Arslanlı, Halil:** Kara Ticareti Hukuku, 3, bs, İstanbul, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1960.

**Aydın, Sema / Kaplan, Hasan Ali / Şen Kalyon, Arzu:** "Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 229-260. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17\\_1-2\\_8.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_8.pdf)

**Ayiter, Nuşin:** Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.

**Bahar, Rashid:** "Chapitre 5: Transfert de Patrimoine", Commentaire de la Loi Fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFD, LIA, LPP, LB, LSA), ed. Henry Peter, Rita Trigo Trindade, Genève, Schulthess, 2005.

**Bahtiyar, Mehmet:** "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2011, S. 3889 – 3910.

**Demir, Koray:** "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar", İÜHFM C. LXXI, Y. 2013 Sa. 2, s. 103 – 120.

**Erdem, Ercüment:** "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2014, C.1, Sa.28, s. 987-1017. <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/28-Erc%C3%BCment-ERDEM.pdf>

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku, 21. Bs, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2017.

**Engel, Pierre:** Traité des Obligations en Droit Suisse, 2. Éd, Berne, Staempfli Editions SA, 1997.

**Hırş, Ernst:** Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1946.

**İmregün, Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıkları – Kıymetli Evrak), 12. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.

**Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Hukuku: C. I Giriş – Ticari İşletme, 3. Bs., C. 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.

**Kendigelen, Abuzer:** Ticari İşletme Hukuku, Abuzer, Kendigelen / Arslan Kaya, Füsün Nomer / Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı, Güncellenmiş 4. Bs.dan 5. Tıpkı bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.

**Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami:** Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2013.

**Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

**Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir-Oktay, Saibe:** Eşya Hukuku, 19. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

**Öz, Turgut:** “Ticari İşletme Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2013, s. 95 – 120.

**Piguet, Mathieu:** “Loi sur la Fusion: Principales Nouveautés”, Yüksek Lisans Tezi (Memoire de diplome 2001-2003).<http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIREMathieuPiguet.pdf>

**Probst, Thobas:** Commentaire Romand: Code des Obligations I Art. 1 – 529 CO, éd. par Thévenoz, Luc, Werro, Franz, 2. éd., Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 1262 – 1277.

**Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

**Sungurbey, İsmet:** Medeni Hukuk Sorunları C. 6, İstanbul, C. 6, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, 1994.

**Şener, Oruç Hami:** Ticari İşletme Hukuku, 1. Bs., Ankara, Seçkin, 2016.

**Tercier, Pierre:** Le Droit des Obligations, 2. Éd., Zurich, Schulthess, 1999.

**Tekinalp, Ünal:** “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, Batıder, Y. 1962, C.1, Sa. 3, s. 5 – 16.

**Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

**Ülgen, Hüseyin / Arıcı, Mehmet Fatih:** “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1767 – 1804.

**Vogel, Alexander / Heiz, Christoph / Behnisch, Urs R. / Sieber, Andrea / Opel, Andrea:** FusG Kommentar Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen OFK – Orell Füssli Kommentar, Zurich, 2017.