

TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNDE TİCARİ İŞLETMEYİ İŞLETENİN ÖNCEKİ BORÇLARDAN SORUMLULUĞU

LIABILITY OF THE ENTREPRENEUR FOR THE DEBTS OF THE INDIVIDUAL ENTERPRISE IN CASE OF ITS TRANSFORMATION INTO A COMMERCIAL CORPORATION

Dr. Elif Cemre HAZIROĞLU*

ÖZET

TTK md. 194/2, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmek üzere tür değiştirebileceğini öngörmekte ve bu halde TTK'nın ticaret şirketlerinin tür değiştirmesine ilişkin olarak sevk etmiş olduğu md. 182-193 hükümlerinin kıyasen uygulanacağını hükme bağlamaktadır. TTK'nın tür değiştirme hükümleri, hukuki biçimi değiştirilen şirketin aynı tüzel kişi olarak kesintiye uğramaksızın devam etmesini hedeflemektedir. Dolayısıyla cüz'i veya külli halefiyet ilkeleri uyarınca malvarlığı ve/veya işletmenin başka bir hukuk özesine devrine ihtiyaç göstermeyen "biçim değiştirici tür değiştirme" modeli temel alınarak düzenlenmiştir. Ticari işletmenin tüzel kişiliğinin bulunmaması, bu modelin ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine kıyasen de olsa uygulanabilirliğinin sorgulanmasına neden olabilmektedir. Öte yandan, anılan sorun, İsviçre hukukunda tüzel kişiliği bulunmayan şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine biçim değiştirici tür değiştirme modeline uygun olarak dönüşmesini açıklamaya hizmet eden hukuki fiksiyon ile aşılabilir. Böylece, kanun koyucunun iradesine uygun olarak, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde de işletmesini dönüştüren tacirin sorumluluk rejimi, TTK md. 194/2 hükmünün atf yaptığı tür değiştirme hükümleri arasında yer alan TTK md. 158 düzenlemesine göre belirlenebilecektir. Anılan hüküm, TBK md. 202 hükmünden farklı olarak, sorumluluğu bir yıl daha uzatmakta, öte yandan, müteselsil sorumluluk yerine önceki sorumluluğun devamını öngörmektedir. Sorumluluğun kapsamına ilişkin bu farklılık, ticari işletmeyi işleten tacir işletmenin borçlarından her halükârda tüm malvarlığı ile sorumlu olduğundan, ticari işletmeyi işleten bakımından bir avantaj yaratmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: ticari işletme, ticaret şirketi, ticari işletmenin devri, devredici tür değiştirme, biçim değiştirici tür değiştirme, külli halefiyet, ekonomik özdeşlik, hukuki özdeşlik.

ABSTRACT

Art. 194/2 of Turkish Commercial Code (TCC) foresees that an individual enterprise may be transformed into a commercial corporation, and determines that TCC articles for transformation (Art.182-193 TCC) would be applied to the procedure by analogy. These articles are designed on the basis of "type-changing transformation" model that aims the continuity of the legal personality of the corporation that transform, therefore a transfer of assets and liabilities would not be required. However, the fact that an individual enterprise does not have a legal personality may give rise several problems regarding the applicability of the relevant TCC rules, even by analogy, to the enterprise's transformation. These problems may be solved through utilization of a fictio, which is recognized in Swiss law to explain the transformation of partnerships (which do not have legal personality) into stock corporations in accordance with the rules of type-changing transformation model. By this way, the liability regime for the individual entrepreneur who transforms his individual enterprise may be subject to Art. 158 TCC, which is among the articles that Art. 194/2 refers to. According to the said article, the time period for the liability is extended by one year in comparison to the regulation of Art. 202 of Turkish Law of Obligations. On the other hand, it provides for an extended liability, whereas the latter prescribes joint liability. This difference with regard to the scope of liability may not be regarded as an advantage for the individual entrepreneur who transforms his enterprise into a commercial corporation, since, in any event, he would be liable for the enterprise's debts with his entire property.

Keywords: individual enterprise, commercial corporation, transfer of individual enterprise, transferring transformation, type-changing transformation, universal succession, economic identity, legal identity.

* İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (haziroglu@bilkent.edu.tr). (Geliş Tarihi: 19.07.2017 / Kabul Tarihi: 24.07.2017)

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 194. maddesinin ikinci fıkrası, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine cevaz vermekte ve bu halde TTK'nın, ticaret şirketlerinin tür değiştirmesine ilişkin md. 182-193. maddelerinin kıyasen uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Anılan hükümler, tüzel kişiliği ve bazıları organları haiz ticaret şirketlerinin bir başka ticaret şirketine dönüşmesi esasına dayalı olarak sevk edildiğinden, hükümlerin ticari işletmenin tür değiştirmesine kıyasen uygulamasının ne şekilde gerçekleşeceği yoruma muhtaç görünmektedir. Diğer yandan, ticari işletmenin bir bütün halinde hukuki işlemlere konu olması hususuna ilişkin düzenlemeler yapan TTK md. 11/3 hükmünün, ticari işletmenin tür değiştirmesi sürecinde bir etkinliği olup olmayacağını da tartışılması gerekmektedir.

TTK'nın tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan md. 190 hükmünde, ticaret şirketlerinin birleşmesinde, devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra devamına ilişkin TTK md. 158 hükmüne atıf yapılmaktadır. Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde TTK md. 11/3 hükmünün uygulama alanı bulacağına kabulü halinde, ticari işletmenin bir bütün halinde devrinde, devredeni devir öncesi borçlardan sorumluluğu için başvurulana 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 202. madde hükmünün de değerlendirmeye alınması gerekecektir. Dolayısıyla, ticari işletmenin tür değiştirmesinde uygulanacak hükümlerin tespiti, TTK md. 158 ve TBK md. 202 hükümlerinin hangisinde öngörülen sorumluluk rejiminin ticari işletmesini ticaret şirketine dönüştüren tacire uygulanacağını belirlenmesine de hizmet edecektir.

Bu çalışmada, yukarıda anılan hususlara ilişkin olarak bir inceleme ve değerlendirme yapılması hedeflenmektedir. Anılan amaç doğrultusunda, öncelikle tür değiştirmenin ne anlama geldiği ve kendi içindeki alt türleri kısaca açıklanarak, TTK'nın söz konusu alt türlerden hangisini tercih ettiği hususunun tespitine çalışılacaktır. Ardından, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşebilmesinin, TTK'nın tür değiştirmenin hükümleri açısından benimsediği sistemle uyumlu olup olmadığı tartışmasıyla birlikte, bu "tür değiştirme"ye uygulanacak hükümlerin belirlenmesine çaba gösterilecektir. Bahsi geçen

çalışmaların sonucunda, ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren işletenin¹, tür değiştirme öncesinde doğan borçlardan sorumluluğuna ilişkin ilkelerin saptanması ve değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

I. TÜR DEĞİŞTİRME

A. TANIM

Tür değiştirme, bir ticaret şirketinin tasfiye edilmeksizin, mevcut ekonomik durumunu koruyarak, aynı veya temelde aynı ortaklarla, mevcut hukuki biçiminden başka bir hukuki biçime geçirilmesini ifade etmektedir². Anılan sonuç, mevcut şirketin tasfiye edilmesi, aynı veya temelde aynı ortakların katılımıyla, arzu edilen hukuki biçimde yeni bir şirketin kurulması ve tasfiye olunan şirketin tasfiye sonu malvarlığı ya da işletmesinin, her bir unsur için ilgili taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrı ayrı gerçekleştirilerek (cüz'i halefiyet) yeni şirkete aktarılması ile sağlanabilecektir³. Öte yandan, bahis konusu yöntemin, oldukça zahmetli ve masraflı olduğu; malvarlığı ya da işletmenin bütünlüğüne bağlı olarak oluşan ekonomik değeri yok etme riskini taşıdığı ortadadır⁴. Bu nedenle, kanunlarda, süreci kolaylaştırıcı özel hükümlerin sevk edilmesi suretiyle tür değiştirme ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, tür değiştirmenin, malvarlığı devrini içerip içermemesine göre devredici ve biçim değiştirici tür değiştirme olarak iki ana grupta incelenebilir.

B. TÜRLER

1. Devredici Tür Değiştirme

Devredici tür değiştirmede, hukuki biçimi değiştirilecek şirket, tasfiye edilmeksizin feshedilir; feshedilen şirketin malvarlığı ve/veya işletmesi, aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak, istenilen hukuki

1 Ticari işletme, özel bir malvarlığı olarak değerlendirilmediğinden (bu ve aksi yöndeki görüşler için bkz. dn. 40), işletmeyi işleten tacirin kişisel malvarlığından ayrıştırılması mümkün değildir. Bu nedenle tacir, işletme borçlarından tüm malvarlığı ile sorumludur. Bahsi geçen durumun bir sonucu olarak, esasen işletmeyi işleten tacirin, "ticari işletmenin sahibi" olarak anılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Öte yandan, TTK md. 12/1 ve md. 16/1, tacir sıfatını mülkiyet esasına yerine, ticari işletmeyi işletme olgusuna göre tanımladığından, çalışmada "ticari işletmenin sahibi" yerine, "ticari işletmeyi işleten" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

2 **Türk**, Hikmet Sami (1985) "Ticaret Ortaklıklarının Nevi Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları" Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, s. 151; **Tekinalp**, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 745; **Pulaşlı**, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 267.

3 **Türk**, s. 146; **Pulaşlı**, s. 271.

4 **Türk**, s. 147; **Bahtiyar**, Mehmet (2016) Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 70.

biçimdeki yeni şirkete geçer⁵. Tasfiyesiz fesih ve bir hukuk öznesine ait hak ve borçların külli halefiyet ilkesi uyarınca başka bir hukuk öznesine geçmesi, ancak bu istisnai durumun bir kanun hükmü ile öngörülmesi halinde gerçekleşebilecektir⁶. Anılan durumu öngören bir kanun hükmü, tür değiştirme sürecinde büyük kolaylık sağlamakla birlikte, ilk şirket ortadan kalktığından ve yerine yeni bir şirket kurulduğundan, önceki ve sonraki şirketler arasında hukuki özdeşlikten söz etmek mümkün değildir⁷. Diğer taraftan, yeni şirket, aynı ortaklar tarafından kurulduğundan ve ilk şirketin malvarlığı ve/veya işletmesi yeni ortaklığa geçtiğinden, iki şirket arasında ekonomik bir özdeşlikten bahsedilebilmektedir⁸.

2. Biçim Değiştirici Tür Değiştirme

Biçim değiştirici tür değiştirmede ise, tür değiştirecek şirket fesih ve tasfiye edilmediği gibi, onun yerine yeni bir şirket de kurulmamaktadır. Tür değiştirme, istenen yeni hukuki biçime ilişkin kuruluş koşulları bir şirket sözleşmesi değişikliğiyle yerine getirilmek ve şirketin yapısında yeni biçimin gerektirdiği düzenlemeler yapılmak suretiyle gerçekleştirilir⁹. Böylece hukuki biçimi değiştirilen şirketin, aynı ortaklarla aynı tüzel kişi olarak kesintiye uğramaksızın devam etmesi sonucunda, devredici tür değiştirme yoluyla da elde edilmesi mümkün olan ekonomik özdeşliğin yanı sıra, hukuki özdeşlik de sağlanmış olur. Hukuk öznesi değiştirilmediğinden, cüz'i veya külli halefiyetle malvarlığı ve/veya işletmenin başka bir hukuk öznesine devrine de ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁰. Öte yandan, anılan şekilde bir tür değiştirme de, ancak kanunda bu doğrultuda hükümlerin mevcudiyeti halinde söz konusu olabilecektir.

C. TTK'NIN TERCİHİ

TTK'nın 180. maddesi, bir şirketin hukuki şeklini değiştirebileceğini, yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olduğunu hükme bağlamaktadır. Anılan madde hükmünden, TTK'nın tür değiştirme düzenlemesini, biçim değiştirici tür de-

ğiştirmeyi temel alarak gerçekleştirmiş olduğudur. Tür değiştirmeye ilişkin diğer maddeler ise, kanun koyucunun tür değiştirmeyi esas itibariyle ticaret şirketleri açısından öngördüğüne işaret etmektedir: TTK md. 182 hükmünde geçerli tür değiştirmeler başlığı altında sınırlı olarak sayıldığı ifade edilen¹¹ ve tür değiştirme işlemi gerçekleştirebileceği öngörülenlerin hepsi ticaret şirkettir. TTK md. 183 hükmünde, ortakların ortaklık pay ve haklarının korunması düzenlenmekte, TTK md. 184 hükmünde, tür değiştirecek olan şirketin bilanço günüyle tür değiştirme raporunun düzenlendiği tarih arasında altı aydan fazla zaman geçmişse veya son bilançonun çıkarıldığı tarihten itibaren şirketin malvarlığında önemli değişiklikler meydana gelmişse ara bilanço çıkarılması gereği ifade edilmektedir. TTK md. 185 ve 186 hükümlerinde, şirket yönetim organının tür değiştirme plan ve raporu hazırlaması gereği ile bunların içerikleri belirtilmekte, TTK md. 188 hükmünde tür değiştirecek şirketin, tür değiştirme planı, raporu ile son üç yıllık şirket finansal tabloları ile varsa ara bilanço ortakların incelemesine sunması gereği ortaya konmaktadır. 189. maddede, şirket genel kurulunun hangi nisaplarla yönetim kurulunun sunduğu tür değiştirme planı ile yeni türün şirket sözleşmesini onaylayabileceği ve bu şekilde tür değiştirme kararının alınmasının ardından yönetim organının ilgili tescil ve ilan yerine getireceği düzenlenmektedir. Nihayet TTK md. 190 hükmünde, esasen birleşme işlemi için kaleme alınmış olan, ortakların kişisel sorumlulukları ve iş sözleşmelerinden doğan borçlar hakkındaki TTK hükümlerine atıf yapılmaktadır. Anılan maddelerde, ortaklık haklarının devamlılığından, şirket bilançolarından, şirket yönetim kurulunun gerçekleştirmesi gereken işlemler ile genel kurul kararından bahs olunması, düzenlemenin odağında ticaret şirketlerinin olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Hükümler, TTK md. 181 ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun tür değiştirme açısından tercihini, bir ticaret şirketinin bir diğer ticaret şirketine, tür değiştirme işlemi gerçekleştirilmeden önceki ve sonraki şirket arasında, ekonomik özdeşliğin yanı sıra, hukuki özdeşlik de söz konusu olacak şekilde dönüşmesinden yana kullandığı anlaşılmaktadır.

5 **Türk**, s. 149; **Tekinalp**, Yeni Hukuk, s. 746.

6 **Türk**, s. 149.

7 **Tekinalp**, Yeni Hukuk, s. 747.

8 **Türk**, s. 149.

9 **Türk**, s. 150.

10 **Türk**, s. 150; **Şener**, Oruç Hami (2017) Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 155; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 70.

11 TTK md. 181 Madde Gereğesi.

II. TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNİN HUKUKİ NİTELENDİRMESİ VE NİTELENDİRMEİNİN DOĞURACAĞI HÜKÜM VE SONUÇLAR

A. TARTIŞMALI HUSUSLAR

TTK'nın, tüzel kişi, hatta ticaret şirketi odaklı düzenlemeleri ile geçerli tür değiştirmelere ilişkin (aralarında ticari işletmenin anılmadığı) sınırlı sayımı dikkate alındığında, TTK md. 194/2 hükmünde, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşebileceğinin hükme bağlanmış olması yadırganabilecektir. Kanun koyucunun, ticari işletmeyi, geçerli tür değiştirmeler kapsamında saymamış olması karşısında ortaya çıkan çelişkili durum bir yana¹², ticari işletme – ticaret şirketi dönüşümüne kıyasen uygulanacağı belirtilen, ticaret şirketi temeli üzerine inşa edilen ve daha da önemlisi, ekonomik özdeşliğin yanı sıra hukuki özdeşliği de öngören TTK md. 182 – 193 hükümlerinin, tüzel kişiliği dahi bulunmayan ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine kıyasen de olsa ne derece uygulanabilir olacağı tereddüt yaratabilecek niteliktedir. Ayrıca, ticari işletmenin devrinde uygulama alanı bulan TTK md. 11/3 ile TBK md. 202 düzenlemeleri ile TTK md. 194/2 hükmünün nasıl bağdaştırılacağı ya da uygulamada, anılan hükümlerden hangilerine öncelik tanınması gerekeceğinin de ayrıca tartışılması gerekecektir. Zira ticari işletmenin tüzel kişiliği bulunmadığı için, bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde aynı hukuk öznesinin devamının, yani hukuki özdeşliğin sağlanmasının söz konusu olamayacağından hareketle, burada ancak ticari işletmenin devrinden bahsedilebileceği düşünülürse, adı geçen TTK ve TBK hükümlerine başvurulması kaçınılmaz olacaktır. Kaldı ki, TBK md. 203/2 hükmünde, bir tek kişiye ait olup da, kolektif veya komandit şirket hâline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı maddenin ilk fıkrasının uygulanacağı ifade edilmekte ve bahis konusu fıkra, işletme alacaklılarının, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olacakları ve bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilecekleri hükme bağlanmaktadır. Anılan düzenleme de, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde ya da en azından bir kolektif veya komandit şirket olmak üzere tür değiştirmesine TBK hükümlerinin uygulanacağına işaret eder nitelikte görünmektedir.

TTK md. 194/2 hükmünün TTK'nın tür değiştirme hükümlerine atfının, bu düzenlemeyi devre dışı bırakıp bırakmadığı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde bir ticari işletme devrinin gerçekleşeceği kabul edildiği takdirde, izlenecek yöntemler, yapılması gereken işlemler farklılık göstereceği gibi, tür değiştiren ticari işletmenin sahibi için belki de en önem taşıyacak husus olan tür değiştirme öncesi doğan borçlardan sorumluluk rejimi de değişecektir.

Türk öğretisinde, TTK md. 194/2 hükmüne ilişkin olarak, burada teknik anlamda tür değiştirmeden çok, bir ticari işletmenin bir tüzel kişi şirket tarafından devralınmasının söz konusu olduğuna ilişkin bir görüş mevcuttur¹³. TBK md. 203/2 hükmü bağlamında, bahsi geçen hükmün, ticari işletmenin şahıs şirketine sermaye olarak konulmasını ifade ettiği de savunulmaktadır¹⁴. Ticari işletmenin bir ticaret şirketine sermaye olarak konulması, işletme mülkiyetinin hangi anda şirkete geçeceğine ilişkin tartışmalar¹⁵ bir tarafa bırakılacak olursa, esas itibarıyla ticari işletmenin devri anlamına geldiğinden¹⁶,

13 **Pulaşlı**, s. 269. Ancak eserin takip eden sayfalarında, yazar, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde ticari işletmenin tasfiye edilmesine gerek olmadığını; bu durumda ticaret siciline tescil edilmiş bir ticari işletmenin malvarlığının tamamının, yazılı devir sözleşmesi temeline dayalı olarak envantere yer alan tüm aktif ve pasifiyle birlikte devralan şirkete geçeceğini ifade etmek suretiyle (s. 271), TTK md. 194/2 açısından devredici tür değiştirmenin söz konusu olacağı görüşüne yakın bir duruş sergilemektedir. Öte yandan yazar, devredici tür değiştirme esnasında gerçekleşecek olan devrin de TTK md. 11/3 hükmü uyarınca gerçekleşeceği görüşündedir.

14 **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 194. Bununla birlikte yazarlar, TTK md. 194/2 hükmünün TTK'nın tür değiştirme hükümlerine yaptığı atfa ilişkin olarak, artık ticari işletme için özel düzenlemelerin mevcut olduğu, bu nedenle TBK md. 203/2 hükmünün uygulama alanı kalmadığı değerlendirilmesini yapmaktadır.

15 TTK md. 11/3 ile TTK md. 128/4 hükümleri arasındaki özel hüküm-genel hüküm ilişkisi ve bu bağlamda işletmenin mülkiyetinin hangi anda ticaret şirketine geçeceği konusuna ilişkin tartışmalar ve görüşler için bkz. **Karaman**, **Coşgun Özlem** (2012) "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sa. 2, s. 339; **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 356, 357; **Çonkar**, Halil (2016) Anonim Ortaklıkta Sermaye, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 542-544.

16 **Çonkar**, s. 235; **Pulaşlı**, s. 104, 105; **Sevi**, Ali Murat (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 188. Ayrıca bkz. dolaylı olarak aynı yönde, **Tekinalp**, Ünal (2008) "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek" BATİDER, C. XXIV, Sa. 5, s. 13; **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 357; **Karahan**, Sami (Editör) Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, s. 121.

12 Konu hakkındaki eleştiriler için bkz. **Poroy**, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2015) Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 47.

bu önermeyi de anılan ilk görüşle bir arada değerlendirmek olanaklıdır¹⁷. Bir diğer yazar ise, TTK md. 194/2 hükmünün, TTK'da öngörülen biçim değiştirici tür değiştirmenin istisnasını teşkil ettiğini; hüküm uyarınca tür değiştirme, yeni bir şirketin kurulmasına, yeni bir tüzel kişinin oluşmasına yol açtığından, zorunlu olarak devrin meydana geleceğini belirtmekte¹⁸; böylece, devredici tür değiştirme yönteminin söz konusu olacağına işaret etmektedir.

Aşağıda, sürecin, ticari işletmenin devri, devredici tür değiştirme ya da biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirilmesi hallerinde doğacak hüküm ve sonuçlar değerlendirilmek ve kanuni düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle bir inceleme yapılacaktır.

B.TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNİN TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi, ticari işletmenin devri olarak nitelendirildiği takdirde, ticari işletmenin tüm aktif ve pasifiyle bir küll halinde yeni oluşturulan şirket türüne geçmesini sağlayacak olan hüküm, ticari işletmenin bir bütün halinde devrini özel olarak düzenleyen TTK md. 11/3 olacaktır. Bununla birlikte, devrolunan ticari işletmeyi işletenin, işletmenin devir öncesi borçlarından sorumluluğu bağlamında TTK md. 11/3 herhangi bir düzenleme içermediğinden, bahis konusu husus açısından TBK md. 202 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁹.

Öte yandan, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşebileceğini açıkça hükme bağlayan TTK md. 194/2 hükmü ile bu düzenlemenin TTK'nın tür değiştirmeye ilişkin hükümlerine yaptığı atfın tamamen göz ardı edilmesi mümkün olamayacağından,

ilgili hükümler de, TTK md. 11/3 ile bağdaşabildiği ölçüde ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi sürecinde uygulanabilmelidir.

2. Uygulanacak Hükümler ve Gerçekleştirilmesi Gereken İşlemler

TTK md. 11/3 ve Ticaret Sicili Yönetmeliği²⁰ (TSY) md. 133 uyarınca ticari işletmenin devrine ilişkin olarak yazılı bir sözleşme hazırlanacak; sözleşmede, taraflar olarak, ticari işletmeyi işleten tacir ve yeni kurulacak şirket yer alacaktır. TTK md. 11/3, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiğini hükme bağladığından, sözleşmede, devre konu unsurlara ilişkin açık belirleme yapılmasına ya da sözleşmeye bu unsurlara ilişkin bir liste eklenmesine ihtiyaç bulunmamakta; aksine, eğer devir kapsamı dışında bırakılmak istenenler varsa, bunların sözleşmede ifade edilmesi gerekmektedir (TSY md. 133/2.b)²¹. Öte yandan eş zamanlı olarak, ticari işletmenin devredileceği şirketin kuruluş işlemlerinin de gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Eğer burada, alelade bir ticari işletme devrinden bahsediliyor olsaydı, yeni türün kuruluş işlemlerinin her birinin yerine getirilmesi gereği ortaya çıkacaktı. Oysa, konumuz kapsamında ticari işletme devri, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde külli halefiyeti sağlayacak bir araç olarak değerlendirildiğinden, yeni türün bir sermaye şirketi olması halinde kuruluş merasimini kolaylaştıran TTK md. 184/1 hükmünün uygulama alanı bulacağını kabul etmek uygun olacaktır. Buna göre, yeni türün asgari ortak sayısına ve aynı sermaye konulmasına ilişkin TTK düzenlemelerinin dikkate alınmasına gerek bulunmayacaktır. Sermaye şirketlerinin asgari ortak sayısı, anonim ve limited şirketler için zaten tek kişi olduğundan, esasen bu istisna çok da anlamlı değildir. Öte yandan düzenleme, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket

17 TTK md. 11/3 ve TTK md. 128 çelişkinine ilişkin eleştiriler için bkz. **Bahtiyar**, Mehmet (2011) "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri" Legal Hukuk Dergisi, Sa. 106, s. 3900, 3901.

18 **Çoştan**, Hülya (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 42 dn. 62.

19 **Bozer**, Ali & **Göle**, Celâl (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 18; **Öz**, Turgut (2013) "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 116, 117; **Arıcı**, Mehmet Fatih (2008) Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 216; **Demir**, Koray (2013) "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, Sa. 2, s. 115.

20 27.01.2013 tarih ve 28541 sayılı Resmî Gazete.

21 TTK md. 11/3 hükmü uyarınca ticari işletmenin devrinde, işletme aktifine dâhil olan unsurlardan hangilerinin devir kapsamında yer aldığı açıkça gösterilmesi gerektiği, aksi takdirde, sözleşmede sayılmayan unsurların devir dışı bırakıldığı sonucuna varılmasının uygun olacağı görüşü için bkz. **Bahtiyar**, Ticari İşletmenin Devri, s. 3905; **Arıcı**, s. 214.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine sermaye olarak konulması halinde, şirket sözleşmesinde ticari işletmenin ve içerdiği malvarlığı unsurlarının tek tek ifade edilmesi ve değerlemelerinin de kanunda öngörülen şekilde yapılması gerektiği yönünde bkz. **Pulaşlı**, s. 105.

açısından değerlendirilebilir. Anılan şirket türünün, doğası gereği en az bir komandite ve bir komanditer ortaktan oluşması gerekmektedir (TTK md. 304). Her ne kadar TTK md. 184/1 hükmü, söz konusu şirkete dönüşümün tek ortakla gerçekleşebileceği izlenimi vermekteyse de, yapısal değişiklik yoluyla da olsa sermayesi paylara bölünmüş şirketin tek kişiyle kurulmasını olanaklı kabul etmek mümkün olmayacaktır²². Aynı sermayenin konusunu oluşturan taşınmazlar ile fikrî mülkiyet haklarının intikali, TTK md. 11/3 hükmü kapsamında düzenlenmiş bulunduğundan, aynı sermaye konmasına ilişkin düzenlemelerin uygulanmayacak olması herhangi bir çelişki yaratmamaktadır. Öte yandan, ticari işletmenin devir işlemi aracılığıyla tür değiştirmesinde, işletme hâlihazırda mevcut bir şirkete devredilmediğinden, kanımızca, kurulacak şirketin şirket sözleşmesinin kurucular tarafından imzalanmasına gerek bulunmadığını (TTK md. 184/1) söylemek mümkün olmamalıdır. Nitekim TSY md. 135/2 hükmünde, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi türüne dönüşmesi halinde, yeni türün tescili için zorunlu olan olguların tescil edilmesi gereği ifade edilmektedir. Yeni türün tescili için zorunlu olan olguların başında, usulüne uygun bir şekilde kurucu/kurucular tarafından imzalanmış şirket sözleşmesinin bulunacağından şüphe duyulmamak gerekir.

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin tescili, devir işleminin gerçekleşmesi bakımından kurucu niteliği haizdir (TSY md. 133/3)²³. Ancak, ticari işletmenin dönüşmesi istenen türün hak ve borçlar üstlenebilmesi, dolayısıyla işletmeyi devralabilmesi için öncelikle vücuda gelmesi gerekeceğinden, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte bir küll halinde yeni kurulan şirkete geçiş anının, şirketin ticaret siciline tescil anı olarak belirlenmesi uygun olacaktır²⁴. Bu nedenle, ticari işletmenin bir

ticaret şirketine dönüşmesi açısından, devir sözleşmesinin tescilinin, yeni türün şirket sözleşmesinin tescili ile eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

3. Sorumluluk Rejimi

Yukarıda ifa edildiği üzere, TTK md. 11/3 hükmünün, devreden devir öncesi işletme borçlarından sorumluluğuna ilişkin açık düzenlemesi olmaması nedeniyle, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde anılan husus TBK md. 202 hükümlerine göre çözüme kavuşturulacaktır.

TBK md. 202 hükmü uyarınca, ticari işletmesini TTK md. 11/3 hükümleri çerçevesinde devreden tacir, işletmenin muaccel borçları için devrin alacaklılara bildirildiği ya da Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nden ilan edildiği tarihten itibaren, müaccel borçları için ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl süreyle, devredenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu düzenlemede, ilanını yanı sıra alacaklılara bildirim de bir alternatif olarak yer alması, bildirim taşıdığı pratik güçlükler, yapıp yapılmadığı konusundaki olası uyuşmazlıklar ve ispat sorunları nedeniyle öğretide eleştirilmekte, bildirim yerine ilan yoluna başvurunun daha tercih edilebilir olduğu ifade edilmektedir²⁵. Kanımızca, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde işletmenin müteselsil sorumluluğunun başlangıç anı olarak da devrin ve özellikle yeni türün şirket sözleşmesinin ilanı tarihinin esas alınması uygun olacaktır.

C. TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNİN DEVREDİCİ YA DA BİÇİM DEĞİŞTİRİCİ TÜR DEĞİŞTİRME OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme suretiyle bir ticaret şirketine dönüşmesi arasındaki fark, ilkinde işletmenin, yeni türün ticaret siciline tescili anında külli halefiyet ilkesi uyarınca yeni oluşturulan şirkete intikalinden bahsedilirken, ikincisinde, tek bir hukuk öznesinin kabuk değiştirdiğinin kabul edilmesi, böylece herhangi bir devrin ve halefiyetin mevcudiyetinden

22 Çoştan, s. 53 dn. 121.

23 TSY hükmü öncesinde, devir sözleşmesinin tescilinin kurucu niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3897, 3898; Arıcı, s. 215; Demir, s. 114.

24 Bir ticari işletmenin aktif ve pasifinin bir bütün halinde devrini düzenleyen TTK md. 11/3 ile bir malvarlığı ya da işletmenin borçlarının devralana geçiş anını açıkça hükme bağlayan TBK md. 202 ilişkisi, aktif ve pasiflerin eş zamanlı olarak intikal etmediğine ilişkin tartışma ve sorunları da beraberinde getirmektedir. TTK md. 11/3 uyarınca, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle devir anı, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil anıdır. TBK md. 202 hükmüne göre ise, işletmeyi devralanın işletme borçlarından sorumluluğu, devir alacaklılara bildirilmişse her biri için ilgili bildirim tarihinden, bildirilmemişse devrin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nden ilanı tarihinden itibaren başlayacaktır. Böylece, ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin devralana geçiş anı açısından bir uyumsuzluk oluşmaktadır. Bu durum, devri daha önce gerçekleşen aktiflerin, borçları bir süre güvencesiz bırakması açısından eleştirilmektedir. Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3903; Öz, s. 116, 117.

25 Arıcı, s. 189. Ticari işletmenin devri açısından, devrin alacaklılara bildirim yerine sadece ticaret siciline tescil ve ilanının öngörülmesi gerektiği hususunda bkz. Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3908.

söz edilmesine ihtiyaç bulunmamasıdır. Bunun haricinde, tür değiştirmeye uygulanacak hükümler ve sorumluluk rejimi açısından bir değişiklik söz konusu olmayacaktır²⁶. Öte yandan, uygulanacak hükümler ile tür değiştirmenin hüküm ve sonuçlarının farklılaşmayacak olması, sürecin hukuki bir temele oturtulması anlamında farklılıkların bulunmadığı anlamına gelmemektedir.

TTK'nın tür değiştirme açısından biçim değiştirici tür değiştirmeyi benimsemiş olduğu, ilgili TTK hükümlerinden anlaşılmaktadır. Bu noktada, akla, TTK md. 194/2 hükmünde, TTK md. 182 ilâ 193 hükümlerine yapılan atfın bir kıyas atfı olmasının, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde devredici tür değiştirmenin söz konusu olduğunun savunulmasına olanak tanıyıp tanımadığı sorusu gelebilir. Kanımızca, kanun koyucu, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde, diğer tür değiştirmelerden farklı olarak devredici tür değiştirme modelinin uygulanmasını amaçlasaydı, bunu açıkça ifade etmek yoluna giderdi²⁷. Dolayısıyla, her ne kadar tür değiştiren yapının tür değiştirme öncesi ve sonrası hukuki özdeşliği açısından çelişkili bir durum yaratmaktaysa da, kanun koyucunun iradesine uymak ve ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde de biçim değiştirici tür değiştirmenin söz konusu olacağını kabul etmek uygun olacaktır.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinin biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirilmesinin önündeki en büyük engel, ticari işletmenin tüzel kişiliğinin bulunmamasıdır. Öte yandan, bu sorunun, bir hukuki fiksiyon yardımıyla çözüme ulaştırılması mümkün görünmektedir: İsviçre hukukunda tüzel kişilikleri bulunmayan kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketlerine, İsviçre Birleşme Kanunu'nun²⁸

(İBirK) öngördüğü biçim değiştirici tür değiştirme yoluyla dönüşebilmesi, öğretide bu şekilde açıklanmaktadır²⁹. İsviçre kanun koyucusu, kollektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik tanımamaktadır. Bununla birlikte, öğretide, yalnızca tür değiştirme hükümlerinin uygulanması açısından, anılan şirketlerin, adeta tüzel kişilikleri mevcutmuş gibi işleme tâbi tutulmalarının arzu edildiği değerlendirilmediği yapılmaktadır³⁰. Hukuki fiksiyon da bu noktada ortaya çıkmakta ve şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine dönüşmesi halinde, yeni tür ile eski tür arasında hukuki özdeşlik olduğunun kabulüne olanak tanımaktadır. Bahsi geçen fiksiyonun oluşturulması ile amaçlanan, İBirK'nın tür değiştirme için öngördüğü bütün hükümlerinin, kollektif ve komandit şirketlerin ticaret şirketlerine dönüşmesi halinde de uygulanmasını sağlayabilmektir³¹.

İsviçre hukukunda, tüzel kişiliği bulunmayan şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketlerine hukuki kişiliklerinde bir değişiklik meydana gelmeden dönüşebilmelerinin açıklanabilmesi için ortaya atılan fiksiyonun, TTK'nın, ticari işletmenin biçim değiştirici tür değiştirme yoluyla bir ticaret şirketine dönüşebileceği öngörüsü açısından da uygun bir çözüm yolu oluşturduğunu ifade etmek mümkündür³²: TTK'da, işleteninden ayrı bir hukuki kişiliği olmayan ticari işletmenin sanki hukuki bir varlığa sahipmiş gibi değerlendirildiği hükümler zaten mevcuttur. Ticari işletmenin ticaret siciline tescilinin zorunlu kılınması (TTK md. 40), ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı devredilemeyecek olması (TTK md. 49), hatta en başta, ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olabileceğinin düzenlenmiş bulunması (TTK md. 11/3), anılan yaklaşımın ürünü olarak örnek gösterilebilecektir³³. Hukuki fiksiyon, aslında gerçekte bir halefiyet söz konusu iken, hukuk öznesinin devamlılığına ilişkin bir varsayımı olanaklı kılmaktadır. Türk hukukunda ticari işletme, her ne kadar sözleşme ilişkilerinin tarafı olabilen bir hukuk öz-

26 Tüzel kişiliği bulunmayan şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine dönüşmesi açısından İsviçre hukukunda, **Vischer**, Frank (Editör) (2012), Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zurich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, FusG 54, s. 615, 616 Nr. 22; **Baker & McKenzie** (Editör) (2015) Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Aufl. Bern, Stämpfli Verlag AG, Vorbemerkungen zu Art. 53-68 FusG, s. 375 Nr. 7; **Hasler**, Daniel (2007) Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band/Nr. 733, Bern, Stämpfli Verlag AG, s. 17.

27 Nitekim 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun md. 439/1 ve 555/1 hükümlerinde, devredici tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeler yapılmış bulunmaktaydı.

28 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3 Oktober 2003 (Stand am 1. Januar 2014).

29 **Baker & McKenzie** (2015), s. 374, 375 Nr. 7; **Hasler**, s. 22, 23; **Vischer**, FusG 53, s. 602,603 Nr. 6. Söz konusu yorum, Alman öğretisinin aynı soruna öngördüğü çözümden hareketle yapılmaktadır, **Hasler**, s. 17, 18.

30 **Hasler**, s. 18.

31 **Hasler**, s. 22.

32 **Çoştan**, s. 42 dn. 62.

33 **Ülgen & Helvacı & Kendigelen ve diğerleri**, s. 180.

nesi olarak değerlendirilemese de, bir bütün halinde sözleşmelere konu olabileceği için hukuki obje olarak nitelendirilebilecek³⁴; dolayısıyla, bahsi geçen fişyon aracılığıyla, tür değiştirme bakımından hukuk öznesi olarak varsayılması, hukukumuzda yabancı bir çözüm olarak ortaya çıkmayacaktır.

2. Uygulanacak Hükümler ve Gerçekleştirilmesi Gereken İşlemler

Devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme modellerinden hangisi kabul edilirse edilsin, artık teknik anlamda bir “tür değiştirme”den bahsedileceğinden, TTK md. 11/3 hükmü yerine, TTK’nın tür değiştirmeye ilişkin hükümleri (kıyasen) uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ticari işletmeyi işleten tacir, yeni türün şirket sözleşmesini düzenleyecek; tür değiştirme planını (TTK md. 185) ve tür değiştirme raporunu (TTK md. 186), ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine uygun düştüğü ölçüde kanuni düzenlemeye bağlı kalarak hazırlayacaktır.

TTK md. 184/1 hükmünün yeni türün sermaye şirketi olması halinde kuruluşu kolaylaştıran düzenlemelerinden, kurucuların şirket sözleşmesini imzalamasına gerek bulunmadığı yönündeki ifadenin ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi bağlamında uygulanmaması gerektiğine ilişkin görüşümüz, II. B. 2. başlığı altında açıklanan gerekçelerle, devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme halleri açısından da geçerliliğini korumaktadır³⁵.

Devredici tür değiştirmede söz konusu olacak olan, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle yeni kurulan şirkete geçiş anı, TTK md. 189/2 uyarınca, ticari işletmeyi işleten tacirin tür değiştirmeyi ve yeni şirket sözleşmesini ticaret siciline tescil ettirdiği an olacaktır. Biçim değiştirici tür değiştirmede halefiyet ilkesi uygulama alanı bulmadığından, aktif-pasif geçiş anından söz edilmesi de mümkün değildir.

Tür değiştirmenin belki de en önemli ayırt edici özelliği, malvarlığının ve ortaklık hakların devamlılığı olduğundan, ister devredici ister biçim değiştirici tür değiştirme söz konusu olsun, eski türün sicil kaydı silinmeyerek, yeni türün kaydının eski türün sicil kaydı üzerinden yapılması gerekecektir (TSY md. 135/2 son cümle).

3. Sorumluluk Rejimi

Devredici ve biçim değiştirici tür değiştirmede sorumluluk rejimi açısından da, TBK hükümleri yerine, TTK hükümleri dikkate alınacaktır. TTK md. 190, ortakların kişisel sorumlulukları hakkında TTK md. 158 hükmüne atıf yapmaktadır. Birleşme hükümleri arasında yer alan, anılan düzenleme, devrolunan şirketin, birleşmenin ilanından önce doğan veya kendilerini doğuran sebepler bu tarihten önce oluşan borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra da devam edeceğini hükme bağlamaktadır. Ortakların sorumluluğunun süresi, muaccel borçlar için ilan, müaccel borçlar için muacceliyet tarihinden itibaren üç yıldır. Kanımızca, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesini, kanun koyucunun tercihi çerçevesinde, gerçek bir “tür değiştirme” olarak değerlendirmek uygun olacağından, ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren tacir için geçerli olacak sorumluluk rejimi de TTK md. 158 hükmüne göre tespit edilmelidir³⁶. Türü değiştirilen ticari işletmede şahıs unsurunu, ortaklar yerine işletmeyi işleten tacir oluşturduğundan, burada artık işletmesinin türünü değiştiren tacirin, işletmenin tür değişikliği öncesinde doğan borçlarından sorumluluğunun üç yıl daha devam edeceğinden bahsetmek gerekecektir.

D. DEĞERLENDİRME

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi, devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirildiği takdirde, tacirin işletme borçlarından sorumluluğu, ticari işletmenin devri hükümlerinin uygulanması haline kıyasla bir yıl daha

34 **Demir**, s. 106, 107. Ayrıca bkz. İsviçre hukukunda, **Hurni**, Christoph (2008) Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich–Basel–Genf, Schulthess Juristische Medien AG, s. 85 vd.

35 Tür değiştirmede, dönüşülen şirketin, önceki türün devamı sayılması karşısında, yeni türün kuruluş hükümlerinin uygulanması gerekliliğinin çelişkili olduğu yönündeki eleştiriler ve konu hakkındaki açıklamalar için bkz. İsviçre hukukunda, **Hasler**, s. 74; **Baker & McKenzie** (Editör) (2003) Fusionsgesetz Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Stämpfli Handkommentar, Bern, Stämpfli Verlag AG, FusG 57, s. 328 Nr. 1. Türk hukukunda, **Tekinalp**, Yeni Hukuk, s. 750; **Çoştan**, s. 44, 45 ve 49, 50; **Pulaşlı**, s. 276.

36 **Kocaer**, Şenol (2015) Şirket Yeniden Yapılandırılmaları, 3. Basi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 174. **Tekinalp**, Ticari İşletme, s. 14; **Durman**, Okay (2009) İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 105; **Akcaal**, Mehmet (2014) İşletmenin Devri, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 79, 80. Anılan son üç yazar, ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesine ilişkin olarak bu değerlendirmeyi yapmakla birlikte, TTK md. 158 atfı ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi hali için de söz konusu olduğundan, varılan sonuçta herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

uzamaktadır³⁷. Bununla birlikte, tür değiştirme için uygulama alanı bulan sorumluluk rejimi ile malvarlığı/ticari işletme devri için öngörülen sorumluluk rejimi arasındaki daha büyük bir farklılık, tür değiştirmede sorumluluğun, devir hükümlerinin aksine, müteselsil sorumluluk biçiminde tespit edilmemiş olmasıdır³⁸. Tür değiştiren şirketin ortaklarının sorumluluğunun müteselsil olarak belirlenmeyerek, tür değiştirmeden önceki koşullar ve sınırlamalarla devam edeceğinin öngörülmesi, İsviçre hukukunda, tür değiştirmedeki sorumluluk rejiminin, ticari işletme devrinde söz konusu olana kıyasla daha avantajlı olarak değerlendirilmesine yol açmıştır³⁹. Ticaret şirketlerinde, şirket borçlarından şirket tüzel kişiliği birinci derecede sorumlu olduğundan, şirket ortaklarının sorumluluğunun şirketin sorumluluğuna nazaran daha kısıtlı ve belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olduğu bir gerçektir (bkz. kollektif şirket ortakları için TTK md. 236, 237, komandit şirketin komandite ortakları için TTK md. 325, kooperatif ortakları için 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 29, 30). Anılan çerçevede, eğer TTK'da, tür değiştirmenin ardından ortakların eski türün borçlarından yeni şirket türü ile müteselsilen sorumlu tutulacakları öngörülmüş olsaydı, bunun ortakların aleyhine sonuçlar doğurabileceğinden bahsedilebilirdi. Öte yandan, kanımızca, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde, ticari işletmeyi işletenin sorumluluğu açısından TTK md. 158 ve TBK md. 202 hükümlerinin öngördüğü sorumluluk rejimleri arasındaki fark fazla önem arz etmemektedir. Ticari işletme bir özel malvarlığı olarak değerlendirilmediği için, ticari işletmenin malvarlığı, işletmeyi işleten tacirin malvarlığından ayırıştırılmamakta; dolayısıyla

tacir, ticari işletmenin borçlarından tüm malvarlığı ile sorumlu olmaktadır⁴⁰. Ticari işletmesini ticaret şirketine dönüştüren tacirin tür değiştirme öncesinde doğan işletme borçlarından sorumluluğu, anılan nedenden ötürü, her halükârda herhangi bir koşula ya da sınırlamaya tabi bulunmadığından, tür değiştirme sonrası sorumluluğun, önceki sorumluluğun devamı ya da müteselsil sorumluluk olarak belirlenmesi, sorumluluğun kapsamı açısından farklı bir sonuca ulaştırmayacaktır.

Ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren tacir, başka bir ticari işletmesi yoksa, ticareti terk etmiş olacaktır. Dolayısıyla, tür değiştirme hükümlerinin uygulama alanı bulması, ticari işletmenin devri bahsinde söz konusu olan, ticareti terk eden tacirin, keyfiyetin ilanından itibaren bir yıl daha iflas yoluyla takip olanağının (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu – İİK- md. 44) devre dışı kalması anlamına gelmeyecektir. Her ne kadar tür değiştirmede, dönüşülen türün sicil kaydı, eski kaydın üzerinden değiştirilmekte ve bu bağlamda teknik anlamda bir “terkin”den bahsetmek mümkün olmasa da⁴¹, dönüşülen ticaret şirketinin tacir sıfatını kazanması ile başka ticari işletmesi olmayan tacir bu sıfatı kaybetmiş olacak; dolayısıyla İİK md. 44 düzenlemesi, ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren işletene de uygulanabilecektir⁴².

SONUÇ

TTK md. 194/2, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde TTK'nın tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağını ifade ettiğinden, kanımızca, ticari işletmenin bu şekilde tür değiştirmesinin TTK md. 11/3 hükmüne göre gerçekleştirilebileceğinin kabulü mümkün olmamalıdır. TTK md. 194/2 hükmünün, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüştürülmesi bakımından, TTK md. 11/3 hükmüne nazaran özel hüküm niteliğini haiz bulunması bir yana, aksi bir kabul, kanımızca

37 TBK md. 202 hükmünün mehzazını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md. 181 düzenlemesinde malvarlığını ya da işletmesini devreden devralana birlikte müteselsil sorumluluğu için bildirim ya da ilan tarihinden itibaren üç yıllık bir süre öngörülmüş bulunduğundan, İsviçre hukukunda, İBK md. 181 ile İBK md. 26 arasında, sorumluluğun süresi bakımından bir fark bulunmamaktadır. Öte yandan, İsviçre hukukunda ticari işletmenin bir ticaret şirketine tür değiştirme hükümleri uyarınca dönüşmesine izin verilmemekte; İBK'da ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün halinde ya da kısmen başka bir hukuk öznese devri, bir diğer yapısal değişiklik türü olarak, md. 69 vd. hükümlerde düzenlenmektedir. Anılan düzenleme hakkında detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. **Ülgen**, Hüseyin & **Arıcı**, Fatih (2010) “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri” Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II, s. 1767-1804.

38 Ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesinde işletmeyi işletenin önceki borçlardan sorumluluğu (TTK md. 194/1 atfıyla TTK md. 158) ile ticari işletmenin devri halinde işletenin önceki borçlardan sorumluluğunu (TBK md. 202) karşılaştıran Demir, her iki maddede düzenlenen sorumluluğu da müteselsil sorumluluk olarak anmakta ve düzenlemeler arasındaki tek fark olarak, sorumluluk sürelerinin değişmesine değinmektedir, **Demir**, s. 117, 118.

39 **Hasler**, s. 69.

40 **Ülgen & Helvacı & Kendigelen ve diğerleri**, s. 180; **Poroy & Yasaman**, s. 40, 41; **Arkan**, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 33, 34; **Bozer & Göle**, s. 12, 13. Aksi yönde bkz. eTTK döneminde, **Arıcı**, s. 33, 34; **Durman**, s. 10.

41 Kaldı ki gerçek kişilerin tacir sıfatını kaybında ticaret sicilinden terkin, kurucu değil, açıklayıcı niteliği haizdir, **Bilge**, Mehmet Emin (2002) “Tacir Sifatının Sona Ermesi” Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, s. 176; **Şener**, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 176.

42 Hüküm, gerçek kişi tacirlerin yanı sıra, amacına ulaşmak üzere ticari işletme işleten dernek ve vakıflar bakımından da uygulanabilmektedir, **Arkan**, s. 139.

açıkça kanun koyucunun iradesini hiçe sayan bir yoruma vücut verecektir. Dolayısıyla, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde işlemler, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, TTK md. 182 ilâ 193 hükümleri uyarınca gerçekleştirilmelidir.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinin, devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirilmesi, her ne kadar TTK md. 194/2 atfı nedeniyle yalnızca teorik bir tartışma olarak kalmaktaysa da, yine de önem taşımaktadır. Bu çerçevede, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde esas itibarıyla iki ayrı özne (gerçek kişi tacir -işleten- ve tüzel kişi tacir -yeni kurulan şirket-) söz konusu olduğundan, devredici tür değiştirmenin varlığından söz etmek gerçeğe daha uygun olabilecektir. Öte yandan, TTK'nın tür değiştirme hükümlerinin bütününe biçim değiştirici tür değiştirme modelinin hâkim olduğu ve kanun koyucunun TTK md. 194/2 bağlamında istisnai bir düzenleme yapma yoluna gitmediği hususları dikkate alındığında, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinin de TTK bağlamında biçim değiştirici tür değiştirme olarak öngörüldüğünün kabulü gerekmektedir. Bahsi geçen kabul, İsviçre hukukunda şahıs şirketlerinin, tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketi türlerine dönüşmesi haline ilişkin olarak ortaya konan hukuksal fiksiyon ile açıklanabilecektir.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde uygulanacak TTK hükümleri arasında, devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra üç yıl boyunca devam edeceğine ilişkin TTK md. 158 hükmü de yer almaktadır. Dolayısıyla, ticari işletmesini ticaret şirketine dönüştüren tacir, işletmenin tür değiştirmesinden önceki borçlarından, muaccel borçlarda yeni türün ticaret siciline tescilinden, müaccel borçlarda muacceliyet tarihinden itibaren üç yıl daha sorumlu olmaya devam edecektir. Ticari işletmeyi işleten tacirin işletmenin borçlarından tüm malvarlığı ile sorumlu olması, hükümde sorumluluğun müteselsil olarak düzenlenmemiş bulunmasının işletmeyi işleten tacir açısından TBK md. 202 hükmüne nazaran daha avantajlı olarak değerlendirilmesine engeldir.

Ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren tacir, başka bir ticari işletmesi yoksa yeni türün ticaret siciline tescili ile tacir sıfatını kaybedeceğinden, İİK md. 44 uyarınca, bu durumun ilanından itibaren bir yıl boyunca iflas yolu ile de takip edilebilecektir.

KAYNAKÇA

Akcaal, Mehmet (2014) İşletmenin Devri, Ankara, Yetkin Yayınları.

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

Arkan, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Bahtiyar, Mehmet (2011) “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri” Legal Hukuk Dergisi, Sa. 106, s. 3889-3910 (Anılış: Ticari İşletmenin Devri).

Bahtiyar, Mehmet (2016) Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık (Anılış: Ortaklıklar Hukuku).

Baker & McKenzie (Editör) (2015) Fusionsgesetz sowie die einschlaegigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Aufl. Bern, Stämpfli Verlag AG.

Baker & McKenzie (Editör) (2003) Fusionsgesetz Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlaegigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Stämpflis Handkommentar, Bern, Stämpfli Verlag AG.

Bilge, Mehmet Emin (2002) “Tacir Sifatının Sona Ermesi” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, s. 175-196.

Bozer, Ali & **Göle**, Celâl (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Çonkar, Halil (2016) Anonim Ortaklıkta Sermaye, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Çoştan, Hülya (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Demir, Koray (2013) “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, Sa. 2, s. 103-120.

Durman, Okay (2009) İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Hasler, Daniel (2007) Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band/Nr. 733, Bern, Stämpfli Verlag AG.

Hurni, Christoph (2008) Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich–Basel–Genf, Schulthess Juristische Medien AG.

Karahan, Sami (Editör) Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya, Mimoza Yayınları.

Karaman, **Coşgun** Özlem (2012) “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sa. 2, s. 333-347.

Kırca, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Kocaer, Şenol (2015) Şirket Yeniden Yapılandırılmaları, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Öz, Turgut (2013) “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi” Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 95-120.

Poroy, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2015) Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.

Sevi, Ali Murat (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Şener, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Şener, Oruç Hami (2017) Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Tekinalp, Ünal (2008) “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek” BATİDER, C. XXIV, Sa. 5, s. 5-16 (Anılış: Ticari İşletme).

Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık (Anılış: Yeni Hukuk).

Türk, Hikmet Sami (1985) “Ticaret Ortaklıklarının Nevi Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları” Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, s. 145-264.

Ülgen, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsun (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Ülgen, Hüseyin & **Arıcı**, Fatih (2010) “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri” Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt II, s. 1767-1804.

Vischer, Frank (Editör) (2012), Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zurich-Basel-Genf, Schultess Juristische Medien AG.