

# AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI TEMELİNDE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ŞİRKETLERİN YERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ\* FREEDOM OF ESTABLISHMENT OF COMPANIES UNDER EUROPEAN UNION LAW ON THE BASIS OF THE DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Bengül KAVLAK\*\*

**Özet:** Avrupa Birliği'nde (AB) ekonomik sınırların ortadan kalkmasıyla birlikte şirket hareketliliği giderek ön plana çıkmıştır. Üye devletlerin hukuk kurallarında şirket hareketliliğini düzenleyen yeknesak kuralların bulunmaması konunun sıklıkla Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD)<sup>1</sup> önüne getirilmesine sebep olmuştur. Çalışmada şirketlerin yerleşme özgürlüğüne ilişkin olarak ABAD tarafından verilen önemli kararlar ve etkileri incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** AB hukuku, yerleşme özgürlüğü, ABAD, şirket hareketliliği.

**Abstract:** As a result of disappearing of economic frontiers in the European Union, mobility of companies has come to the forefront. Because of the fact that, there are no uniform rules that regulate corporate mobility in the laws of Member States, this subject has often come before the Court of Justice of the European Union (CJEU). In this study the important decisions given by CJEU on freedom of establishment of companies and their effects are examined.

**Keywords:** EU law, freedom of establishment, CJEU, corporate mobility.

\* Bu makale yazarın doktora tezinden üretilmiştir. Bengül Kavlak, Sınır Aşan Şirket Birleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2017.

\*\* Dr., Yaşar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı"nın adı "Avrupa Birliği Adalet Divanı" olarak değişmiştir. Çalışmada bütünlük sağlanması adına Lizbon Antlaşması'ndan önceki dönemde verilen kararlar da dahil olmak üzere AB yargı organı için "Avrupa Birliği Adalet Divanı" (ABAD) terimi kullanılmıştır.

## GİRİŐ

Son yıllarda uluslararası ticaretin giderek yaygınlaŐması ile birlikte AB üyesi devletler arasındaki ekonomik sınırlar giderek ortadan kalkmıŐtır. Ulusal sınırların aŐılarak Birlik genelinde ekonomik bütünlüŐmenin sağlanması AB AntlaŐmalar sistemiyle amaçlanan başlıca konulardan birisidir. Avrupa Birliği'nin İŐleyiŐi Hakkında Antlaşma'nın (ABİA)<sup>2</sup>'da yer alan birtakım hükümler, üye devletler arasındaki ticaretin önündeki engellerin kaldırılmasına ilişkin olup bir İç Pazar kurulmasını hedeflemektedir. Kurucu antlaşmalarda yer verilen bazı temel ilkeler de bu ana hedef çerçevesinde ŐekillenmiŐtir<sup>3</sup>. İç Pazar, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaŐımını sağlayacak iç sınırları olmayan bir alan yaratmaktadır<sup>4</sup>. Bunun sonucu olarak Şirketlerin, kuruldukları veya hukukuna tabi oldukları ülkeden farklı ülkelerde, diğer bir deyişle farklı pazarlarda faaliyette bulunma yönündeki talepleri giderek artmaktadır.

Şirketlerin Birlik içerisinde gerçekteŐen bu hareketliliği çeŐitli sorunları da beraberinde getirmiŐtir. Bu sorunların temelinde üye devletlerin Şirket hareketliliğine ilişkin olarak yeknesak kurallara sahip olmaması, üye devletlerin birbirinden farklı uygulamalarda bulunması yatmaktadır.

Şirketlerin Birlik içerisindeki hareketliliğinin hukuki dayanağını, AB'nin kurucu antlaŐmalarıyla garanti altına alınan yerleşme özgürlüğü oluŐurmaktadır. Üye devletlerin Şirketlerin hareketliliğini kısıtlayarak yerleşme özgürlüğünü sınırlandırmaları konunun sıklıkla ABAD'ın önüne gelmesine sebep olmuŐ ve ABAD tarafından yerleşme özgürlüğüne ilişkin ilke niteliğinde kararlar verilmiştir.

ÇalıŐmamızın birinci bölümünde AB hukukunda Şirketlerin yerleşme özgürlüğü kavramı ve AB mevzuatında düzenleniŐi ifade

<sup>2</sup> Çalışmada bütünlük ve tutarlılık sağlamak adına çalıŐmanın tamamında ABİA'nın güncel maddelerine yer verilmiŐ olup, AT Antlaşması döneminde verilen kararlar bakımından da çalışmada AT Antlaşması'nın ABİA'da karŐılık gelen maddeleri belirtilmiştir.

<sup>3</sup> Stephen Weatherill, *Cases&Materials on EU Law*, 9th Edition, Oxford University Press, 2010, s. 28.

<sup>4</sup> IŞıl Özkan, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s 70.

edildikten sonra ikinci bölümünde ABAD'ın şirketlerin yerleşme özgürlüğüne ilişkin yaklaşımının süreç içerisinde ne şekilde gelişim gösterdiğini belirtmek üzere, konuya ilişkin olarak önem taşıyan ve ön plana çıkan ABAD kararlarına tarih sıralamasına göre yer verilmiştir. Son bölümde ise kararlar yerleşme özgürlüğü bakımından değerlendirilmiştir.

### I. Avrupa Birliği Hukukunda Yerleşme Özgürlüğü

Yerleşme özgürlüğü AB mevzuatında ABİA 49-54 maddeleri ile düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Anılan düzenlemelere göre yerleşme özgürlüğü, AB üyesi devletlerin vatandaşlarına ve ABİA m. 54 kapsamındaki tüzel kişilere tanınmış bir haktır.<sup>6</sup> Yerleşme özgürlüğü, gerçek kişilerin ve şirketlerin üye devletlerde daimi bir şekilde faaliyette bulunma hakkının önündeki engellerin kaldırılmasını amaçlar.<sup>7</sup>

Yerleşme, 'belirsiz bir süre için, bir başka üye devlette, sabit bir işletme vasıtasıyla ekonomik bir faaliyetin fiilen gerçekleştirilmesi' olarak ifade edilmektedir.<sup>8</sup> Bir ticaret şirketi için AB topraklarında yerleşme özgürlüğü ise, yalnızca şirketin temel ya da tali faaliyetlerini bir üye devlette kurmak veya yürütmek değil bunun yanı sıra söz konusu faaliyetlerini serbestçe menşe ülkeden farklı bir üye devlette sürdürmek ve farklı bir üye devlet tabiiyetinde bir şirketle serbest bir biçimde birleşmek olarak ifade edilmektedir.<sup>9</sup> Yerleşme özgürlüğü bir üst kavram olarak yalnızca tabiiyeti, tanımayı ve şirkete uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamaz, ayrıca bir ülkede kurulan bir

<sup>5</sup> 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile 1999 tarihli Amsterdam Antlaşması söz konusu hükümlerde değişiklikler öngörmüştür. Hali hazırda ABİA m.49-54 ile düzenlenen yerleşme özgürlüğü, Lizbon Antlaşması'ndan önce Avrupa Topluluğu Antlaşması m. 43-49, Amsterdam Antlaşması'ndan önce 1958-1993 arası Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması ve 1993-1999 arası Avrupa Topluluğu Antlaşması m. 52-59 ile düzenlenmekteydi.

<sup>6</sup> Mirosława Myszke-Nowakowska, *The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies*, Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2014, s.15.

<sup>7</sup> Paul Craig and Gráinne De Burca, *EU Law - Text, Cases and Materials*, 5. Ed., Oxford University Press, New York, 2011, s.764.

<sup>8</sup> Case C-221/89 R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame, [1991], ECR I-3905.

<sup>9</sup> F. Bejan, "Freedom of Establishment and Cross-Border Merging", *Agora International Journal of Juridical Sciences*,1, 2012, s. 3.

Şirketin yurt dışına aılmasını o lke mevzuatının engellemesi sorunu-  
nu da içerir.<sup>10</sup>

ABİA m. 54'e göre, "Bir ye devlet mevzuatına göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik için-  
de bulunan Şirketler, bu Bölümde yer alan hükümlerin uygulanması bakımından, ye devlet uyruğu gerçek kiŐilerle aynı muameleye tabi olur. Şirketler; kr amacı gtmeyenler hariç, kooperatifler de dahil olmak üzere, medeni hukuk veya ticaret hukukuna göre kurulmuş Şirketler ile kamu hukuku veya özel hukuk hükümlerine tabi diğer tüzel kiŐileri ifade eder".<sup>11</sup>

Hükümde her ne kadar Şirketlerin, diğer ye devletlerde ye dev-  
letin tabiiyetinde bulunan gerçek kiŐiler gibi muamele göreceği ifade edilmiŐse de gerçek kiŐilerle tüzel kiŐiler arasındaki farklılıklar sebe-  
biyle bunun tam olarak uygulanması mümkün olmayabilir. Ayrıca, AB mevzuatında Şirketler hukukuna ilişkin olarak çok sayıda direktif kabul edilerek ye devletlerin iç hukuklarına aktarılmıŐ olsa da, bazı ye devletlerin Şirketlere ve onların faaliyetlerine ilişkin farklı bir takım düzenlemeleri halen geçerliliğini korumaktadır.<sup>12</sup>

Şirketlerin yerleŐmesine uygulanacak hukukun tespiti, gerçek ki-  
Őilere uygulanacak hukukun tespitinden çok daha karmaŐıktır. Zira ulusal Şirketler hukuku düzenlemeleri arasında önemli farklılıklar bulunabilmektedir. AB düzeyinde bir yasal uyumlaştırma yapma yo-  
luna gitmektense, ABAD, ye devletlerin, farklı bir Şirketler hukuku sistemini benimsemiŐ, farklı ye devlet yasalarına göre kurulmuş olan bir Şirkete, ayrıca kendi düzenlemelerine tabi kılmayarak kendi ülke-  
lerinde ikincil yerleşme hakkı tanınmaları gerektiği hususuna iŐaret et-  
miŐtir.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Tuğrul Ansay, "Yabancı Şirketlerin Serbest YerleŐimi ve Tanınması", *MHB*, Yıl 23, 2003, s. 2.

<sup>11</sup> Antlaşmanın Türkçe metni için bkz. <http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (18.07.2017). Bu hususta ayrıca bkz. Hacı Can, *Avrupa Birliği'nin Kurucu AndlaŐmaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 84 vd.; Ergun Özsunay, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye AB İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 185.

<sup>12</sup> Craig and De Burca, s. 787.

<sup>13</sup> Craig and De Burca, s. 788.

Şirketlerin sınır aşan hareketliliği Antlaşmalarda yer verilen dört özgürlükle güvence altına alınmıştır. Bunlar malların, sermayenin, hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımıdır. Kişilerin serbest dolaşımı altında ise işçilerin serbest dolaşımı ve yerleşme özgürlüğü yer almaktadır. Şirketler hukuku bakımından en büyük önemi yerleşme özgürlüğü taşımaktadır.

Şirket merkezini nakletmek veya farklı bir üye devlette yeni şirket ya da şube kurmak bakımından AB dahilinde üye devletler arasında şirketlerin hareketliliği, ABİA tarafından öngörülen ve AB kurumlarınınca takip edilen amaçlar doğrultusunda, iç sınırların bulunmadığı, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının garanti altına alındığı bölgede, İç Pazar'ın oluşumunun ve işleyişinin bir sonucudur. Yerleşme özgürlüğü, şirketlerin hareketliliğini garanti altına almak amacıyla, üye devletleri diğer bir üye devlette kurulmuş olan bir şirketin yerleşme özgürlüğünü sınırlamasını önler ve onlara kendi tabiiyetindekiler için öngörmüş olduğu aynı koşullarla yerleşme hakkı tanıma yükümlülüğü yükler.<sup>14</sup>

Yerleşme özgürlüğünün amacı, bir üye devletin tabiiyetindeki bir şirketin veya şube ya da bağlı şirketlerinin, diğer bir üye devletin topraklarında, tüm işletme faaliyetlerini burada yürütecek şekilde, oluşumuna ve yönetimine imkan tanımaktır.<sup>15</sup> Bu durumda şirketler, ABİA m.54'te yer alan koşulları sağlamak suretiyle, 49'uncu madde uyarınca bir üye devlette yerleşme hakkına sahiptir.

Yerleşme özgürlüğü, sınır aşan şirket birleşmeleri ile şirketlerin bölünme, tür değiştirme gibi diğer yeniden yapılanma şekillerini de kapsamaktadır. Yerleşme özgürlüğü yoluyla şirketler diğer bir üye devlette yalnızca şube, acente, bağlı şirket vb. kurmaz bunun yanı sıra diğer yeniden yapılanma şekillerini de kullanır. Bu nedenle yerleşme özgürlüğünün kapsamı oldukça geniştir.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Arianna Ugliano, "The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement", 18 European Business Law Review, 2007, s. 588; Thomas Rønfeldt and Erik Werlauff, "Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment", European Company Law, June 2006, V. 3, Issue 3, s. 125.

<sup>15</sup> Etem Kara, Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınırtaşan Hareketliliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 45 vd.

<sup>16</sup> Myszke-Nowakowska, s.16.

Şirketlerin yerleşme özgürlüğü bakımından ABAD, *Daily Mail* kararı ile baŐlayan ve uluslararası özel hukuk bakımından da büyük önem taşıyan pek çok karar vermiştir. AŞağıda temel noktalarına değinilecek olan bu kararlar gerek Şirketin idare merkezinin nakli gerek Şirket birleŐmelerinde yerleşme özgürlüğü bakımından büyük önem taşımaktadır.

## II. Yerleşme Özgürlüğüne İlişkin ABAD Kararlarından Örnekle

### A. "Daily Mail" Kararı<sup>17</sup>

27 Eylül 1988 tarihli kısaca *Daily Mail* kararı olarak isimlendirilen kararda ABAD'a ABIA m. 49 ve 54 ile 21 Mayıs 1973 tarihli 73/148 sayılı Konsey Direktifi'nin hükümleri çerçevesinde üye devlet vatandaşlarının Birlik içinde ikamet ve dolaŐımlarına ilişkin kısıtlamalarla ilgili soru yöneltirmiŐtir.

Mahkemeye sunulan belgelerden anlaŐıldıđına göre, İngiltere'nin Şirketler hukuku mevzuatına göre, İngiltere'de kurulan ve kayıtlı merkezi İngiltere'de bulunan bir Şirketin tüzel kiŐiliđini kaybetmeksizin ve sona ermeksizin idare ve yönetim merkezini İngiltere dışında tesis etmesi mümkündür. 1984'te kurulan bir yatırım Şirketi olan davacı, yukarıda anılan düzenleme kapsamında, idare ve yönetim merkezini buna imkan tanıyan Hollanda'ya nakletmek için başvurmuştur. Şirket özellikle yönetim kurulu toplantılarını orada gerçekleŐtirmek ve yönetim merkezi kiralama taleplerinde bulunmuştur. Daha sonra Şirket, talebinin onaylanmasını beklemeksizin üçüncü kişilere hizmet vermek amacıyla Hollanda'da bir yatırım yönetimi ofisi açmaya karar vermiştir.<sup>18</sup>

Başvuru sahibinin yönetim ve idare merkezini nakletmek istemesinin temel nedeni, vergisel amaçlarla merkezini Hollanda'ya taşımasının ardından, geçici malvarlığının (*non-permanent assets*) önemli bir kısmını satmak ve İngiltere vergi hukuku uyarınca bu tür iŐlemlerde sorumlu olunması öngörülen vergiyi ödemeksizin kendi paylarını

<sup>17</sup> Case 81/87 *Daily Mail* [1988] ECR 5483.

<sup>18</sup> Case 81/87 *Daily Mail* [1988] ECR 5483, p. 3.

satın almaktı. Yönetim ve idare merkezini Hollanda'ya naklettikten sonra davacı Hollanda'nın şirketlerin vergilendirilmesine ilişkin kurallarına tabi olacak, ancak şirketin merkezini vergi amacıyla taşımasının ardından sadece sermaye kazanımı temelinde gerçekleşen işlemler bakımından vergilendirilecekti.<sup>19</sup>

Hazineyle yapılan, şirketin merkezini vergisel amaçlarla İngiltere dışına nakletmeden önce malvarlığının asgari bölümünün satışının önerildiği uzun müzakerelerin ardından, başvuru 1986'da ulusal mahkemede dava açtı. Mahkemede ABİA m. 49 ve 54'ün herhangi bir izin ya da onaya gerek bulunmaksızın şirketin idare ve yönetim merkezini bir başka üye devlete nakledebilme hakkının tanındığı iddiasında bulundu. Söz konusu sorunun çözümü amacıyla ulusal mahkeme konuyu ABAD'a taşıdı.<sup>20</sup>

İngiliz hukukuna göre davaya konu olan türde işlemler bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. İngiltere'de kurulu bulunan bir şirket, bir başka üye devlette kuracağı bir başka şirkete, gerekli olduğu takdirde sona ermek ve özellikle vergisel yönden sorumluluklarını yerine getirmek suretiyle, faaliyetlerini kısmen veya tamamen diğer üye devlette kurulu bulunan şirkete nakledebilir. Söz konusu naklin, İngiliz tabiiyetinin korunarak yalnızca idare ve kontrol merkezinin nakli suretiyle gerçekleştirilmek istenmesi halinde Hazine neden onay alınması gerekmektedir.

ABAD'a göre, ABİA m. 49 ve 54, bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş bulunan şirketlere merkezi yönetim, kontrol ve idare organlarını, kurulduğu devlette sahip olduğu statüsünü koruyarak bir başka üye devlete nakletme hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz. Birlik hukukunda ABİA m. 49 ve 54 mevcut duruma göre yorumlandığında, bir üye devletin hukukuna göre kurulan ve kayıtlı merkezi orada bulunan bir şirketin yönetim ve idare merkezini statüsünü koruyarak bir diğer üye devlete nakletme hakkı bahsetmemektedir. Üye devlet vatandaşlarının Birlik içinde yerleşme ve hizmetlerin sağlanması bakı-

<sup>19</sup> Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483, p. 7.

<sup>20</sup> Case 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483, p. 8.

mından ikamet ve dolaşımına yönelik sınırlamaların kaldırılmasına ilişkin 21 Mayıs 1973 tarih ve 73/148 sayılı Konsey Direktifi bir şirkete yönetim ve idare merkezini bir diğer üye devlete nakletme hakkı vermemektedir.<sup>21</sup>

*Daily Mail* kararından ABAD'ın şirketlerin birincil yerleşme özgürlüğünü kabul etmediği anlaşılmaktadır. Ancak Roma Antlaşmasının yerleşme özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinin lafzından dahi şirketler bakımından birincil yerleşme özgürlüğünün kabul edildiği ve buna ilişkin sınırlamaların yasaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>22</sup>

ABAD'a göre yerleşme özgürlüğü, şirketler bakımından, bir başka üye devlette acente, şube veya yavru şirket tesisi bakımından fonksiyon gösterir.<sup>23</sup> Gerçek kişilerin aksine, şirketler, tabi oldukları milli hukukun yarattığı sùjelerdir ve ancak kuruldukları milli hukuk kurallarına bağlı olarak yaşayabilirler.<sup>24</sup> Bu bakımdan kararın 'gerçek merkez' (*real seat*) sistemini desteklediği düşünölmüştür.<sup>25</sup>

#### A. "Centros" Kararı<sup>26</sup>

Avrupa şirketler hukukuna ilişkin önemli kararlardan birini oluşturan *Centros* kararında sorun, 18 Mayıs 1992'de İngiltere ve Galler'de tescil olunan *Centros Ltd* (*private limited company*) ile Ticaret ve Şirketler Heyeti (*Erhvervs-org Selskabsstyrelsen*) arasında *Centros*'un şubesinin Danimarka'da tescilinin reddedilmesinden doğmuştur.

Danimarka hukukuna göre *Centros* yabancı bir sermaye şirketi olarak kabul edilmektedir. Yargılamadaki belgelerden *Centros*'un kurulduğundan beri hiçbir ticari faaliyet göstermediği anlaşılmıştır.

<sup>21</sup> Case 81/87 *Daily Mail* [1988] ECR 5483, p. 27-29. Kararın değerlendirmesi için bkz. Harm van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU*, Kluwer Law International, Netherlands, 2012,, ss.100-101.

<sup>22</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. Kara,. 84 vd.

<sup>23</sup> Açıklama için bkz. Geert Van Calster, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 215.

<sup>24</sup> Case 81/87 *Daily Mail* [1988] ECR 5483, s.19.

<sup>25</sup> Bkz. Işıl Özkan, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 384.

<sup>26</sup> Case C-212/97 *Centros* [1999] ECR I-1459.

İngiliz hukuku sermaye şirketlerine asgari bir sermaye tutarı öngörmediğinden Centros'un taahhüt edilen sermayesi hiç ödenmemiştir. Şirket payları Danimarka'da oturan Danimarka vatandaşı Bay ve Bayan Bryde'a ait olmak üzere iki paya bölünmüştür.

Heyet, tescilin reddedilmesinin ABİA m. 49 ve 54'ün ihlalini oluşturmadığını iddia etmekteydi. İngiltere'de hiçbir faaliyet göstermeyen şirketin asıl amacının Danimarka'da bir şube değil, Danimarka hukukunda öngörülen asgari sermayeyi ödemeksizin şube görüntüsü altında bir ana şirket kurmak istediği iddia edilmekteydi. Zira Danimarka'da şube olarak kurulma, ulusal hukuk kurallarının uygulanmasından ve asgari sermayenin ödenmesinden kaçınmanın bir yolu olarak görülmekteydi. Ayrıca tescilin reddinin bir nedeni olarak da özel ya da kamu alacaklılarının ve diğer sözleşmeciler tarafından korunması ve aynı zamanda hileli iflasın önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

ABİA m. 49 ve 54'ün aksine bir üye devletin bir diğer üye devlet hukukuna göre kurulmuş, sicil yeri de burada bulunmakla birlikte bu ülkede herhangi bir faaliyet yürütmeyen bir şirketin, kurulduğu üye devletten başka bir üye devlet hukukuna uygun olarak bir şirket kurmak ve o ülke hukukunun uygulanmasından kaçınmak amacıyla burada tüm faaliyetlerini yürütmek üzere şube kurma başvurusunun reddi asgari sermayenin ödenmesine kıyasla daha sınırlayıcıdır. Bu yorum üye devletleri, hileyi önleme ya da cezalandırma amacına yönelik olarak uygun bir önem almaktan alıkoymamaktadır.<sup>27</sup>

*Centros* yargılamasında mahkeme, bir şirketin sicile kayıtlı olduğu ülkede herhangi bir ekonomik faaliyet yürütmemesinin, bir başka üye devlette yerleşme özgürlüğünden yararlanmasına engel oluşturmayaacağını belirtmiştir.<sup>28</sup> Bir faaliyetin yerleşme özgürlüğünün kapsamın-

<sup>27</sup> Bkz. Csongor István Nagy, "The Personal Law of Companies and the Freedom of Establishment under EU Law", *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2013, s. 362 vd.

<sup>28</sup> Case C-212/97 *Centros* [1999] ECR I-1459, p. 17. Ayrıntılı açıklama için bkz. Anne Looijestijn-Clearie, "Centros Ltd-A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?", *International and Comparative Law Quarterly*, V. 49, 2000, s.622.

da değerlendirilebilmesi için *Factortame II*<sup>29</sup> davasında öngörülen dört koşulun varolması gerektiği ifade edilmiştir. Bunlar; fiili bir ekonomik faaliyetin mevcut olması, bunun için sabit bir işletmenin var olması, faaliyetin süreklilik arzemesi ve söz konusu ekonomik faaliyetin sicil yeri ülkesinden ziyade yerleşme özgürlüğüne konu olan diğer üye devlette gerçekleştirilmesidir.<sup>30</sup>

Diğer yandan, yerleşme özgürlüğü ile tanınan hakların kullanımı, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmamalıdır. *Centros* kararına göre, bir üye devlet, kurucu antlaşma ile tanınan hakların kullanımı görüntüsü altında birtakım ulusal hukuk düzenlemelerinden hileli bir biçimde yararlanılmasının önlenmesine yönelik önlemler almaya yetkilidir.<sup>31</sup> Ancak bir üye devlet vatandaşının, daha elverişli ve daha az kısıtlayıcı bir başka üye devletin hukukuna göre şirket kurması veya orada şube açması, yerleşme özgürlüğünün kötüye kullanımı teşkil etmez zira bu durum kurucu antlaşmalarla tanınan birincil ve ikincil yerleşme hakkının kullanımı niteliğindedir.<sup>32</sup>

ABAD, kararında *Centros* şirketinin yerleşim serbestisinden yararlanarak bir başka ülkede şube açabileceğini, şirketin şekli için Danimarka'da aranan koşullardan kaçınma isteğinin yerleşme özgürlüğüne engel oluşturmayacağını belirtmiştir. *Daily Mail* kararı ile farklılığın nedeni, *Centros*'ta olduğu gibi gerçek ikamet ilkesini benimseyen ülkeler için sahte yabancı şirketlerin oluşturulmasının sona erdirilmesidir.<sup>33</sup> Ancak emredici kurallardan kaçınma amacıyla faaliyette bulunulmayan bir ülkede kuruluşun yerleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesinin, posta kutusu şirketlerin<sup>34</sup> oluşumu ile *Delaware*

<sup>29</sup> Case C-221/89 *The Queen v. The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others* [1991], ECR I-3905. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61989CJ0221> (20.07.2017).

<sup>30</sup> Açıklama için bkz. Looijestijn-Clearie, s. 623.

<sup>31</sup> Case C-212/97 *Centros* [1999] ECR I-1459, p. 39.

<sup>32</sup> İlke Göçmen, "Yerleşim Serbestisi", Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, Belgin Akçay ve Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 106.

<sup>33</sup> Bkz. Özkan, Hukukun Küreselleşmesi, s. 385.

<sup>34</sup> Genellikle "letter box company" olarak ifade edilen posta kutusu şirketler "mail box company", "brass-plate company", "pro forma company" olarak da ifade edilebilmektedir. Posta kutusu şirket, kurulduğu ülkede ya hiç ya da kayda de-

etkisinin<sup>35</sup> doğmasına sebep olabileceği de düşünülmektedir.<sup>36</sup>

AB üyesi bir devlette kurulmakla birlikte, Birlik genelinde gerçek ve sürekli bir ekonomik faaliyette bulunmayan bir şirketin, diğer bir deyişle bir posta kutusundan ibaret olan şirketin yerleşme özgürlüğünden yararlanması da söz konusu olmaz.<sup>37</sup> Bu itibarla, AB üyesi devletlerin, hiç bir ekonomik faaliyette bulunmayan şirketler bakımından yerleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı önlemler almalarına engel yoktur. Ancak *Centros* kararında da vurgulandığı üzere, bir şirketin, bir üye devlet hukukundaki gereklilikleri yerine getirmek suretiyle kurulmasının ardından bir başka üye devlette faaliyette bulunması engellenemez. Diğer bir deyişle, bir şirket bir üye devlet hukukuna uygun olarak kurulduğu takdirde, şirket, kurulduğu ülkeyi esnek hukuk düzenlemeleri sebebiyle seçmiş olsa dahi, yerleşme özgürlüğünden yararlanabilmektedir. Bu nedenle, söz konusu kararın şirket kuruluşunda “*forum shopping*”in<sup>38</sup> önünü açtığı belirtilmektedir.<sup>39</sup>

*Centros* kararının AB üyesi olmayan devlet vatandaşları ve söz konusu devletlerin tabiiyetindeki şirketler bakımından belirgin bir sonucu bulunmamaktadır. Üye devletler diğer üçüncü ülke tabiiyetindeki şirketlerin ve kişilerin kendi topraklarında şirket kurmalarına izin

---

ğer bir faaliyette bulunmayan şirket anlamında kullanılmaktadır. Karsten Engsig Sørensen, “The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market”, *Common Market Law Review* 52, 2015, s.85.

<sup>35</sup> Amerika'nın Delaware eyaleti 1920'lerden beri bir şirketleşme cenneti olarak görülmekte ve halen bu özelliğini muhafaza etmektedir. Delaware, ABD'de bulunan en küçük eyaletlerden bir tanesi olsa da, şirketlerin kurulması ve faaliyette bulunmaları bakımından sağlanan kolaylıklar sayesinde Amerika'da New York Borsası'na kayıtlı anonim şirketlerin üçte biri ve ABD'nin en büyük beş yüz şirketinin yaklaşık yarısı bu eyalette kurulmuşlardır. Bkz. Ansay, ss. 7-8; Maarten J. Kroeze and Hélène M. Vletter-Van Dort, “History and Future of Uniform Company Law in Europe”, *European Company Law*, June 2008, V. 5, Issue 3, s. 118; Robert R. Drury, “The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the “Delaware Syndrome”, *Cambridge Law Journal*, 57(1), March 1998, ss. 166-167.

<sup>36</sup> Bkz. Kara, s. 99.

<sup>37</sup> Bkz. Case C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EU: C: 2006:544, p. 64-71.

<sup>38</sup> Davacının, davayı görmeye yetkili mahkemelerden en lehine sonucu alabileceği mahkemede dava açmasını ifade eder. Açıklama için bkz. Vedat Raşit Seviğ, “Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LV, S:3, 1997, s. 179.

<sup>39</sup> Sørensen, s.90 vd.

vermek zorunda değillerdir. Ancak üye olmayan bir ülke tabiiyetinde bulunan bir Şirket veya kişi, herhangi bir üye devlet toprağında bir Şirket kurduğu ve burada sicile tescil olunduğu takdirde, Birlik içerisinde Şube, acente vb. aracılığıyla (ikincil) yerleşme özgürlüğünden faydalanabilecektir. Söz konusu Şirketin kurulmuş olduğu üye devlet ile herhangi bir ekonomik bağlantısının bulunması da gerekli değildir. Bu durum, AB yesi olmayan devlet vatandaşları ile bu devletlerin tabiiyetinde bulunan Şirketler için Birlik içerisinde ekonomik faaliyette bulunmayı kolaylaŐtırır niteliktedir.<sup>40</sup>

#### A. “Überseering” Kararı<sup>41</sup>

Überseering kararına konu olan olay, Hollanda hukukuna göre kurulan ve 22 Ağustos 1990’da Amsterdam ve Haarlem siciline kaydolan Überseering BV Şirketi ile Almanya Federal Cumhuriyeti’nde kurulan Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) arasında, NCC Şirketinin Überseering Şirketi adına Almanya’da yürüttüğü ayıplı bir hizmetten doğan zarara ilişkindir.

Ekim 1990’da Überseering iŐletmesel amaçlarla Düsseldorf/Almanya’da bir arsa satın alır. 27 Kasım 1992 tarihli proje yönetimi sözleŐmesiyle Überseering, NCC Şirketi ile bu bölgedeki garaj ve moteli yenileŐtirmesi için anlaŐma yapar. SözleŐmesel yükümlülükler yerine getirilir; ancak Überseering Şirketi boyama iŐlerinin ayıplı olarak ifa edildiğini iddia eder.<sup>42</sup>

Aralık 1994’te, Überseering Şirketinin tüm payları Düsseldorf’ta yaŐayan iki Alman vatandaşı tarafından iktisap edilir. Überseering ayıplı ifa sebebiyle NCC’den tazminat talebinde bulunur ve 1996’da Düsseldorf Bölge Mahkemesinde proje yönetimi sözleŐmesine dayalı olarak NCC aleyhine dava açar. Ancak Bölge Mahkemesi davayı reddeder. Yüksek mahkeme de bu kararı onaylar. Mahkeme, Überseering’in paylarının satışının ardından fiili idare merkezini Düsseldorf’a taŐıdığını, Überseering’n Hollanda’da kurulmuş bir Şirket olarak Almanya’da fiil

<sup>40</sup> Looijestijn-Clearie, s. 641.

<sup>41</sup> Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919.

<sup>42</sup> Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, p. 2.

ehliyetine sahip olmadığını ve bu nedenle de burada adli bir muamele gerçekleştirilemeyeceğini, davasının kabul edilemez olduğunu tespit etmiştir.<sup>43</sup>

Überseering bir üst mahkemeye başvurur. Mahkeme ABAD'a ön karar usulüyle şu soruların sorulmasına karar verir:

1. ABİA m. 49 ve 54, yerleşme özgürlüğü çerçevesinde, bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş ancak daha sonra fiili idare merkezini bir başka üye devlete taşımış olan bir şirketin bir sözleşmeye dayalı olarak burada dava ehliyeti ve fiil ehliyetine sahip olmasına imkan tanınmayacağı yönünde mi yorumlanır?
2. Yerleşme özgürlüğü şirketin kurulduğu ülke hukukuna göre dava ve fiil ehliyetine sahip olmasını gerektirir mi?

ABAD'ın kararına göre, bir üye devlet hukukuna göre kurulan ve sicil yeri de orada olan bir şirket, diğer bir üye devlet hukukuna göre fiili idare merkezini söz konusu diğer üye devlete naklederse, 49 ve 54'üncü maddelere göre, fiili idare merkezinin nakledildiği devlet, şirketin fiil ehliyetinin varlığını inkar edemez. Bunun sonucunda, şirketin bu devlette kurulu bulunan diğer bir şirketle yapmış olduğu sözleşmeye dayalı olarak hakkını elde etmek amacıyla dava açma ve bu davayı yürütme hakkının da varlığı kabul edilmelidir.<sup>44</sup>

ABAD'ın kararına göre yerleşme özgürlüğünün uygulanmasının ön koşulu, şirketlerin ev sahibi ülkeler tarafından tanınmasıdır.<sup>45</sup> Bir şirketin hukuken tanınmaması ve özellikle dava açma hakkından yoksun bırakılması yerleşme özgürlüğünün hukuki temelini ortadan kaldırılması anlamını taşır.<sup>46</sup> Bu nedenle karara göre, bir üye devlet hukukuna göre kurulan ve sicil yeri de orada olan bu şirket, diğer bir üye devlette yerleşme hakkını kullanırsa, 49 ve 54'üncü maddelere göre, bu devlet de şirketin fiil ehliyetini ve kurulu bulunduğu ülke hukuku-

<sup>43</sup> Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, p. 7-10.

<sup>44</sup> Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, p. 25. Açıklama için bkz. Nagy, s. 363 vd.

<sup>45</sup> Açıklama için bkz. Kara, s. 107.

<sup>46</sup> Musa Aygül, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 272.

na göre yararlandığı bir davada taraf olma ehliyetini tanımalıdır. Adalet Divanı, yerleşme özgürlüğünün üye devlette kurulmuş bir tüzel kişiliği tanımayı gerektireceği ve bu şekilde tanımayı reddin yerleşme özgürlüğünü ihlal olacağını belirtmiştir.<sup>47</sup>

ABAD, *Centros* ve *Überseering* kararlarıyla, Alman Federal Mahkemesi'nin Almanya'da merkezi bulunan şirketler için yalnızca Alman hukukunun uygulanacağı yönündeki görüşünü reddederek, yurt dışında kurulan ancak yurt içinde faaliyetlerini icra eden şirketlerin yurt içinde de hak ehliyetine sahip bulunduğunu ve bu nedenle şubeler kurabileceğini kabul etmiştir.<sup>48</sup> ABAD kararını ABİA ile garanti altına alınan yerleşme özgürlüğünün, AB üyesi devletlerin diğer üye devletlerden gelen şirketlerin hak ve taraf ehliyetini tanımakla yükümlü kıldığını belirterek gerekçelendirmiştir.<sup>49</sup>

#### A. "Inspire Art" Kararı<sup>50</sup>

30 Eylül 2003 tarihli karar, Amsterdam Sanayi ve Ticaret Odası/Hollanda ile İngiltere ve Galler hukukuna tabi bir şirket olan Inspire Art Ltd. arasında, Inspire Art şirketinin şubesinin 17 Aralık 1997 tarihli Resmi Yabancı Şirketler Kanunu uyarınca, Hollanda Ticaret Sicili'ne "Resmi Yabancı Şirket" olarak tescil olunmasına ve bu kaydın şubenin iş ilişkilerinde de kullanılmasının şart koşulmasına ilişkindir.<sup>51</sup>

Inspire Art şirketi 28 Temmuz 2000 tarihinde İngiltere ve Galler hukukuna göre kurulmuş olup, sicil yeri Folkestone, İngiltere'de bulunmaktadır. Şirketin, ikametgahı Hollanda'da bulunan, tek yöneticisi, şirket adına hareket etmeye tek başına yetkili kılınmıştır. Şirket, "Inspire Art" işletme adıyla, sanat objeleri alanında, 17 Ağustos 2000

<sup>47</sup> Kilian Bael and Teresa Baldwin, "The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law", 3 *German Law Journal* (2002), s. 1.

<sup>48</sup> Philippe Pellé, "Companies Crossing Borders within Europe", *Utrecht Law Review*, V. 4, Issue 1 (March) 2008, s. 10.

<sup>49</sup> Bkz. Marcus Oehlich (Çev.: Oruç Hami Şener ve Sevilay Uzunallı), "MoMiG'den Sonra Limited Ortaklıklar Hukuku", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, II. Cilt, Ankara, 2010, s. 1530.

<sup>50</sup> Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155.

<sup>51</sup> Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p.2.

tarihinden beri faaliyet göstermekte olup, şirketin Amsterdam'da bir şubesi mevcuttu.

Inspire Art şirketi, Ticaret Odası nezdindeki ticaret siciline kaydolmuştu; ancak yabancı şirket olduğuna dair herhangi bir ibare sicile tescil edilmemişti. Hollanda Resmi Yabancı Şirketler Kanunu'nun (WFBV) 1'inci maddesi kapsamında Inspire Art şirketinin özellikle Hollanda'da faaliyet gösteren bir şirket olduğundan bahisle, Amsterdam Ticaret Odası, WFBV m. 1 kapsamında sicile şirketin resmi yabancı şirket olduğu yönünde şerh düşülmesi için Amsterdam Bölge Mahkemesi'ne (*Kantongerecht te Amsterdam*) başvurmuştur.<sup>52</sup>

Inspire Art şirketi ise, şirketin WFBV m. 1'de yer alan düzenlemeye girmediğini, bu nedenle tescilin doğru olduğunu, aksi düşünüldüğünde dahi WFBV'nin Birlik hukukuna, ABİA 49-54 maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir.<sup>53</sup>

Mahkeme, şirketin WFBV m. 1 bakımından resmi yabancı şirket olduğuna karar vermekle birlikte WFBV'nin Birlik hukukuna uygunluğu bakımından konuyu ABAD'a ön karar usulüyle taşımaya karar vermiştir. Mahkeme ABAD'a şu soruları yöneltmiştir:

1. Hollanda'da kurulmak yerine gerek kuruluş işlemleri gerek sermayenin ödenmesi bakımından daha esnek düzenlemelere sahip olan İngiltere'de kurularak, kurulduğu ülke hukukuyla gerçek bir bağlantıya sahip olmaksızın, faaliyetlerinin tamamını ya da büyük kısmını Hollanda'da yürüten şirketin Hollanda'da şube kurması için, 17 Aralık 1997 tarihli WFBV'de ek koşullar öngörülmesi ABİA m. 49 ve 54'e aykırılık oluşturur mu?
2. Bu maddelerin yorumundan hareketle, WFBV'nin hükümlerinin söz konusu hükümlerle uyumlu olmadığı anlaşılırsa, Antlaşmanın 46'ncı maddesi, Hollanda kanun koyucusu tarafından belirtilen nedenlerle söz konusu hükümlerin gerekçelendirilmesi halinde burada yer alan Hollanda hukuku kurallarının uygulanmasını etkileyebilir mi?

<sup>52</sup> Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p. 36.

<sup>53</sup> Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p.37.

ABAD'a göre, 89/666/EEC sayılı, 21 Aralık 1989 tarihli 11'inci Konsey Direktifi'nin 2'nci maddesinin aksine bir üye devlette başka bir üye devlet hukukuna tabi olan belirli şirket türleri tarafından açılan şubeler bakımından, 17 Aralık 1997 tarihli WFBV ile diğer üye devlet hukukuna tabi olan şirketin şubesi bakımından, yukarıda belirtilen direktifte öngörülme $\ddot{y}$ n şartlar getirilemez. WFBV gibi ulusal düzenlemelerle asgari sermaye ve yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili olarak ulusal şirketler bakımından öngörülen belli bazı koşulların bir diğer üye devlet hukukuna göre kurulan bir şirketin ikincil yerleşme özgürlüğu kapsamında uygulanması ABİA m. 49 ve 54'e aykırıdır. Bir üye devlet hukukuna göre kurulan ancak büyük ölçüde ya da tamamıyla diğer bir üye devlette faaliyet gösteren bir şirket, somut olayın özelliklerine göre belirlenecek bir suistimalin varlığı halleri hariç olmak üzere, yerleşme özgürlüğu hakkında mahrum bırakılamaz.<sup>54</sup>

Kabul eden üye devletin birtakım menfaatlerini korumak için aldığı önlemleri haklı gösterebileceği bir alan olsa da bu alan daha dardır, davadan davaya değişir ve genel hükümlerle sabitlenemez<sup>55</sup>. Söz konusu karar, AB içerisinde şirketlerin sınır aşan hareketliliği bakımından yerleşme özgürlüğüne ABAD'ın büyük önem verdiğini göstermektedir.<sup>56</sup>

#### A. "SEVIC" Kararı<sup>57</sup>

ABAD'ın Aralık 2005'te vermiş olduğu *SEVIC* kararı şirketlerin yerleşme özgürlüğünün temel taşlarından bir tanesini oluşturur. Ön karar usulüyle ABAD'a iletilen davanın konusunu, Neuwied/Almanya'da kurulu bulunan SEVIC Systems AG'nin, Lüksemburg'da kurulu bulunan Security Vision Concept SA ile birleşmesine ilişkin ulusal ticaret siciline tescili başvurusunun, Neuwied Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından reddi kararına karşı açılan dava oluşturmaktadır.<sup>58</sup> Söz konusu kararın gerekçesi, Alman UmwG (*Umwandlungsgesetz*) §1(1)Nr.1'in yalnızca Almanya'da kurulu bulunan şirketlerin birleşmelerini öngör-

<sup>54</sup> Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, p. 143.

<sup>55</sup> Özkan, Hukukun Küreselleşmesi, s. 386.

<sup>56</sup> Oehlich (Çev.: Şener ve Uzunallı), s. 1530.

<sup>57</sup> Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805.

<sup>58</sup> Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 2.

mesidir. SEVIC şirketi, Neuwied Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararına karşı Koblenz Bölge Mahkemesi'nde (*Landgericht Koblenz*) dava açmıştır. Davaya konu olan olayda, Security Vision şirketinin tüm malvarlığını SEVIC şirketine devrederek, şirketin tasfiyesiz sona ermesiyle sonuçlanacak bir birleşme söz konusudur.

SEVIC kararına konu olan olayda şirketin oluşumuna ilişkin bir sorun mevcut değilse de idaresine ilişkin bir sorun mevcuttur. Olayda Sevic AG ile Security Vision Concept SA arasında gerçekleşen birleşme, grup içi bir birleşmedir. Sevic AG ana şirket, Security Vision Concept SA ise bağlı şirkettir.

SEVIC şirketi, Security Vision şirketiyle devralma suretiyle birleşerek, tasfiyesiz sona ermeyi öngören sözleşmeyle birlikte UmwG uyarınca Almanya'da ticaret siciline tescil için başvuruda bulunmuştur. Başvuru Neuwied Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından UmwG §1(1) Nr.1 hükmünün yalnızca Almanya'da kurulu bulunan tüzel kişilerin (ulusal) birleşmelerine uygulanabileceği, bu nedenle sınır aşan bir birleşmeye uygulanamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Koblenz Bölge Mahkemesi'ne göre sorun, Almanya'da kurulu bulunan bir şirketle, bir başka üye devlette kurulu bulunan bir şirketin birleşmesinin ticaret siciline tescilinin (sınır aşan şirket birleşmeleri), ABİA m. 49 ve 54'e göre, UmwG §1(1)Nr.1 uyarınca reddedilip reddedilemeyeceği ile ilgilidir. Koblenz Bölge Mahkemesi söz konusu ABİA hükümlerinin yorumuyla ilgili olarak uyuşmazlığın çözümü amacıyla ön karar için ABAD'a başvurmaya karar vermiştir.<sup>59</sup>

ABAD'a şu soru yöneltilmiştir: "Bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketin Alman sicilinde kayıtlı bulunan bir Alman şirketiyle birleşmesinin UmwG paragraf 16 vd. uyarınca, aynı yasanın yalnızca Almanya'da kurulu bulunan tüzel kişilerin birleşebileceğini öngören §1(1)Nr.1 hükmüne göre reddedilmesi, ABİA m. 49 ve 54'ün yorumuna göre, şirketlerin yerleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturur mu?"

Ulusal mahkeme tarafından ABAD'a yöneltilen soru şu şekilde anlaşılmalıdır: Aynı üye devlette bulunan şirketler birleşebilirken, benzer koşullar altında, bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketin

<sup>59</sup> Bkz. Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 7-10.

birleşme sonucu tasfiyesiz sona ererek tüm malvarlığını bir diğer ye devlette kurulu bulunan bir Şirkete devretmesinin ulusal ticaret siciline tescilinin reddinin ABİA m. 49 ve 54'e göre önlenmesi mümkün müdür?

ABAD tarafından kendisine yöneltilen sorular deđerlendirilmiŐ ve Şu sonuçlara varılmıŐtır; ABİA m. 49 ve 54'n uygulanabilirliği değerlendirilecek olursa, davada Alman ve Hollanda hkmetleri ABİA m. 49 ve 54'n olaydaki gibi bir sınır aşan birleŐmede uygulanamayacağını iddia etmiŐlerdir. ne sürülen görüŐe göre, bu tür bir birleşme, AntlaŐmada düzenlenen "yerleşme" hakkı kapsamında değerlendirilmemelidir. Alman ve Hollanda hkmetlerinin iddialarının aksine davaya konu olan olaydaki birleşmelerde ABİA m. 49 ve 54 uygulanabilir.<sup>60</sup> Mahkeme sınır aşan birleşme iŐlemini ABİA m. 49'da düzenlenen ve ye devletlerin de uymakla yükümlü oldukları yerleşme özgürlüğünün bir uygulaması olarak deđerlendirmiŐtir. Kararda Antlaşmanın 55'inci maddesi anlamında Şirketlerin yerleşme özgürlüğünün özellikle Şirketin oluşumu ve idaresini de kapsadığı belirtilmiştir.<sup>61</sup>

Adalet Divanı, *SEVIC* kararında, devrolunan Şirketin bulunduğu ye devlet veya devralan Şirketin bulunduğu ye devlet ayrımı yapmaksızın, sınır aşan Şirket birleşmeleri bağlamında ye devletlerin sağlamakla yükümlü oldukları yerleşme özgürlüğünü, birleŐmede ekonomik faaliyetler ve birleşmenin genel koşulları kapsamında değerlendirmektedir.<sup>62</sup>

Diğer tüm Şirket tür deđiŐtirmelerinde olduğu gibi, sınır aşan Şirket birleşmeleri de, farklı ye devletlerde kurulu bulunan Şirketlerin iŐbirliđi ve destek ihtiyaçlarına cevap verir. Yerel pazarın düzenli iŐleyiŐi için de önem taşıyan, yerleşme özgürlüğünün uygulanması için belirli yöntemler geliŐtirirler ve bu nedenle söz konusu ekonomik faaliyetler bakımından ye devletlerin m. 49'da yer alan yerleşme özgürlüğüne uymaları gerekmektedir.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Case C-411/03 *SEVIC Systems* [2005] ECR I-10805, p. 15-16.

<sup>61</sup> Case C-411/03 *SEVIC Systems* [2005] ECR I-10805, p. 17. Açıklama için bkz. Gert-Jan Vossestein, "Companies' Freedom of Establishment After *Sevic*", *European Company Law*, August 2006, V.3, Issue 4, s.178.

<sup>62</sup> Vossestein, s.178.

<sup>63</sup> Case C-411/03 *SEVIC Systems* [2005] ECR I-10805, p. 19.

Belirtilmelidir ki, *SEVIC* kararının verildiği dönemde, Alman hukukunda yerel birleşmelerde olduğunun aksine, sınır aşan birleşmelerin ticaret siciline tesciline ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bu yöndeki talepler genellikle reddedilmekteydi.<sup>64</sup> Ulusal düzenlemeler uyarınca, bu tür bir tür değiştirme yöntemine başvurma, şirketlerden bir tanesinin Almanya'dan farklı bir üye devlette olduğu durumlarda mümkün değildi. Alman hukuku, birleşmenin yerel ve sınır aşan karakterine göre AT Anlaşmasında öngörülen yerleşme özgürlüğünü engelleyici şekilde, farklı uygulamalar geliştirmektedir.

Uygulamadaki bu farklılıklar, yerleşme özgürlüğüne aykırı olup, ABİA m. 49 ve 54'ün sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Böyle bir sınırlamaya ancak antlaşmayla uyumlu meşru bir amaç izlenen ve kamu yararına dayalı, zorunlu sebeplerle gerekçelendirilen hallerde gidilebilir. Böyle bir durumda dahi sınırlama, amaca ulaşma için uygun olmalı ve bu amaca ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmemelidir.<sup>65</sup>

Bazı koşullar altında, alacaklıların, azınlık pay sahiplerinin ve işçilerin korunması, ticaret sicilinin aleniyet işlevinin korunması ile etkin bir mali denetim ve ticari işlemlerin açıklığının sağlanması sebepleri, yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılması için gerekçe oluşturabilse de, bu sınırlamanın yukarıda da ifade edildiği gibi ölçülü olması gerektiği unutulmamalıdır. Dikkat etmek gerekir ki, devralma yoluyla gerçekleşen birleşmeler bakımından, devralan şirketin tabi olduğu hukukun ilgili hükümlerine riayet edileceğinden, devralan şirketin bulunduğu ülke yönünden bir menfaat ihlali söz konusu olmayacaktır.

Bir üye devletin tabiiyetinde bulunan bir şirketin, diğer bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketle birleşmesinin ticaret siciline tescilinin genel olarak reddedilmesi, herhangi bir yarar olmasa dahi sınır aşan şirket birleşmelerinin tümünden reddi anlamına gelecektir ki bu yönde bir kural, korunmak istenen yarara ulaşmanın amacını açacaktır.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Case C-411/03 *SEVIC Systems* [2005] ECR I-10805, p. 20.

<sup>65</sup> Case C-411/03 *SEVIC Systems* [2005] ECR I-10805, p. 23.

<sup>66</sup> Case C-411/03 *SEVIC Systems* [2005] ECR I-10805, p. 30.

ABAD'a göre, bu koşullar altında, aynı üye devlette kurulu bulunan şirketler birleşebilirken, benzer koşullar altında, bir üye devlette kurulu bulunan bir şirketin birleşme sonucu tasfiyesiz sona ererek tüm malvarlığını bir diğer üye devlette kurulu bulunan bir şirkete devretmesinin ulusal ticaret siciline tescilinin reddine ABİA m. 49 ve 54 imkan vermemektedir. Bu anlamda kararın etkisi, yerleşme özgürlüğünün bir parçası olması sebebiyle, genel olarak, diğer tür değiştirmeleri de kapsayacak şekilde genişleyecektir.<sup>67</sup>

#### A. "Cartesio" Kararı<sup>68</sup>

ABAD tarafından 16 Aralık 2008 tarihinde verilen, *Cartesio* olarak anılan karar, yerleşme özgürlüğünün idare merkezi sistemiyle uyumluluğuna ilişkin büyük önem taşıyan kararlarından bir tanesidir. Karara konu olan olay, Baja – Macaristan'da kurulu bulunan *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt şirketinin, şirket merkezinin İtalya'ya taşınmasının ticaret siciline tescili için yaptığı başvurunun reddi kararı aleyhine açtığı davadan kaynaklanmaktadır.

*Cartesio*, 20 Mayıs 2004 tarihinde Macar hukukuna göre kurulmuş bir limited şirkettir. Şirket merkezi Baja – Macaristan'da bulunmaktadır ve ticaret siciline 11 Haziran 2004'te tescil olunmuştur.

*Cartesio* şirketi, Macar vatandaşı olan ve yerleşim yerleri Macaristan'da olan iki gerçek kişi ortaktan oluşmaktadır. Bunlardan sınırlı sorumlu ortağın tek sorumluluğu sermaye koyma olup diğer ortağın sorumluluğu ise şirketin borçlarından dolayı sınırsız sorumluluk şeklindedir. Şirket, insan kaynakları, sekreterlik hizmetleri, çevirmenlik, eğitim ve öğretim alanlarında faaliyet göstermektedir.

11 Kasım 2005'te *Cartesio* şirketi, Bölge Ticaret Mahkemesi'ne, merkezinin İtalya'ya taşınmasının tescili için dava açmıştır. 26 Ocak 2006 tarihli kararla başvuru, yürürlükteki Macar hukukuna göre, Macaristan'da kurulu bulunan bir şirketin merkezinin şirket Macar hukukuna tabi olmaya devam ettiği sürece yurt dışına taşınamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

<sup>67</sup> Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, p. 32. Açıklama için bkz. Kara, s. 128.

<sup>68</sup> Case C-210/06 *Cartesio* [2008] ECR I- 9641.

Cartesio, karara karşı Bölge Temyiz Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Birlik hukukunun yorumlanmasına dayalı olarak uyuşmazlığı mahkeme ABAD'a ön karar usulüyle taşımaya karar vermiştir.<sup>69</sup>

Diğer bazı usule ilişkin soruların yanı sıra mahkeme esasa ilişkin olarak ABAD'a şu soruları yöneltmiştir:

- Macar hukukuna göre, Macaristan'da kurulan ve Macaristan ticaret sicilinde kayıtlı bir şirket, merkezini AB üyesi bir başka devlete taşımak istediği takdirde, Birlik hukukunda bu alana ilişkin bir düzenleme olmadığı ya da bu hususta kanunların uyumlaştırılması söz konusu olmadığı hallerde yalnızca ulusal hukukun uygulanması mümkün olur mu?
- Macar şirketi merkezini diğer bir üye devlete nakletme talebini doğrudan Birlik hukukuna (ABİA m. 49 ve 54) dayandırabilir mi? Cevap olumlu olduğu takdirde, şirket merkezinin nakli, menşe devletin ya da merkezin taşınmak istenildiği devletin herhangi bir onayına veya koşuluna tabi tutulabilir mi?
- ABİA m. 49 ve 54'ün, ulusal hukukun veya uygulamanın, hakların kullanılması bakımından ticaret şirketleri arasında şirket merkezinin bulunduğu üye devlete göre ayırım gözetilebileceği şeklindeki yorumu, Birlik hukukuna aykırılık oluşturur mu?
- ABİA m. 49 ve 54 anlamında, Macar şirketinin merkezini diğer bir üye devlete nakletmesini önleyen ulusal hukuk kurallarının ve uygulamalarının Birlik hukukuna aykırılık oluşturduğu şeklinde yorumlanabilir mi?

Mahkemenin yukarıda belirtilen hususlarda vardığı sonuca göre, o tarihte yürürlükte bulunan Birlik hukukuna göre, ABİA m. 49 ve 54, bir şirketin hukukuna tabi olduğu üye devletin hukuki düzenlemelerine göre, şirketi kuruluş yeri hukukuna tabi olmaya devam ederken merkezini bir başka üye devlete nakletmesinin önlenmesine imkan verilebilir.<sup>70</sup>

Adalet Divanı, *Cartesio* kararından önce şirkete uygulanacak hukukta bir değişiklik olmaksızın şirketin idare merkezinin bir başka

<sup>69</sup> Case C-210/06 *Cartesio* [2008] ECR I- 9641, p. 21-25.

<sup>70</sup> Case C-210/06 *Cartesio* [2008] ECR I- 9641, p. 99.

devlete nakline ilişkin olarak 1988 ve 2002 tarihlerinde *Daily Mail* ve Überseering kararlarını vermiştir. *Cartesio* kararının aksine bu davalarda mahkemeye, ABİA m. 49 ve 54'e göre, bir şirketin tabi olduğu hukuk değişmeksizin idare merkezini kurulduğu üye devletten bir başka üye devlete nakledemeyeceği yönünde bir düzenleme yapmasını yasakladığı şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusu sorulmamıştır. *Daily Mail* kararından bu yana ABAD, ulusal şirketler hukuku kurallarının, yerleşme özgürlüğüne ilişkin Antlaşma hükümlerinin kapsamının dışında olduğu yönündeki görüşü istikrarlı bir şekilde reddetmiştir. "*Cartesio*" davasında mahkeme, ABİA m. 49 ve 54 bir şirketin hukukuna tabi olduğu üye devletin hukuki düzenlemelerine göre, şirketi kuruluş yeri hukukuna tabi olmaya devam ederken merkezini bir başka üye devlete nakletmesinin önlenmesine engel olmayaçağını belirtmiştir.<sup>71</sup>

Öncelikle, *Daily Mail* ve Überseering kararları temelinde, şirketin kurulduğu üye devlet, şirketin sicil yerini ya da idare merkezini kurulduğu üye devlet hukukuna göre tüzel kişiliğini kaybetmeksizin bir başka üye devlete nakledemeyeceğini öngörebilir. Adalet Divanı'nın *Daily Mail* kararında benimsemiş olduğu sınırlayıcı yaklaşımının devam edip etmeyeceği sorusu düşünülürken *Cartesio* kararında da mahkeme *Daily Mail* kararında tespit ettiği ilkelerden ayrılmayıp sınırlayıcı bakış açısını sürdürmüştür.<sup>72</sup> Diğer bir deyişle, *Cartesio* kararında *Daily Mail* kararıyla gündeme gelen konu daha açık hale getirilmiştir. *Cartesio* kararı özellikle iki temelde odaklanmıştır. İlk olarak, şirketlerin ulusal hukukların bir yaratımı olduğu ve yalnızca kuruluş ve faaliyeti denetleyen ulusal hukuka göre varlığını sağlayacağı; ikinci olarak, ABİA m. 54'ün lafzıdır.<sup>73</sup> Özellikle bu son husus *Cartesio* kararında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Buna göre; "Sonuç olarak, ABİA m. 54 uyarınca, yerleşme özgürlüğünden faydalanabilecek şirketleri belir-

<sup>71</sup> *Cartesio* kararı hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Justin Borg-Barthet, "European Private International Law of Companies After *Cartesio*", *International and Comparative Law Quarterly*, V. 58, October 2009, ss. 1020-1028.

<sup>72</sup> F.H. şehirali Çelik (İ. Kırcı/Ç. Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 25.

<sup>73</sup> Gert-Jan Vossestein, "Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment", *European Company Law*, June 2009, V.6, Issue 3, s.117.

ten yeknesak bir Birlik hukuku kuralının bulunmadığından, ABIA m. 49'un bu maddede belirtilen temel özgürlükten yararlanmak isteyen bir şirkete uygulanması yürürlükte bulunan Birlik hukukuna göre şirkete uygulanacak ulusal hukuk kurallarına göre çözülmesi gereken bir ön sorundur. Bir şirketin 49'uncu madde anlamında yerleşme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlamayla karşılaşmış ve karşılaşmadığına ilişkin sorun şirket 54'üncü maddede belirtilen şartlara uygun şekilde kurulduysa ortaya çıkabilir ki bu durumda şirketin gerçekten yerleşme özgürlüğünün var olduğu kabul edilir".<sup>74</sup>

ABAD tarafından verilen, şirketin, hukukuna tabi olduğu üye devletin şirketlerin tabiiyetlerinin belirlenmesinde kuruluş yeri veya idare merkezi sistemlerini tercih etmelerinin bir sonucu olarak, idare merkezi sistemini benimseyen devletlerin merkezlerini bir başka devlete taşımalarına yönelik sınırlamalar getirmelerinin yerleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturmayacağına ilişkin kararlar, üye devletlerde bu hususa ilişkin olarak hukukların uyumlaştırılmadığı da dikkate alındığında yadırganmamaktadır.<sup>75</sup>

#### A. "Vale" Kararı<sup>76</sup>

VALE Costruzioni Srl, 27 Eylül 2000 tarihinde kurulmuş, 16 Kasım 2000 tarihinde Roma Ticaret Sicili'ne kaydolmuş, İtalyan hukukuna tabi bir limited şirkettir. 3 Şubat 2006'da VALE şirketi İtalya'daki faaliyetlerine son vererek merkezini ve faaliyetlerini Macaristan'a nakletmek amacıyla ticaret siciline terkin talebinde bulunmuştur. Bu talep doğrultusunda Roma Ticaret Sicili yetkililerince 13 Şubat 2006 tarihinde şirket "merkezini Macaristan'a nakletmiştir" şerhi düşülerek sicilden silinmiştir.<sup>77</sup>

14 Kasım 2006'da VALE Costruzioni şirketi müdürü ile bir diğer gerçek kişi, merkezini Macaristan'a nakletmek ve Macaristan'da faaliyet göstermek üzere Macaristan Ticaret Sicili'ne başvurmak amacıyla

<sup>74</sup> Case C-210/06 *Cartesio* [2008] ECR I- 9641, p. 109.

<sup>75</sup> Hayrettin Çağlar, "Avrupa Birliği Hukukuna Göre Şirketlerin Yerleşme Serbestisi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın "Cartesio" Kararı", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, s. 636.

<sup>76</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I - 0000.

<sup>77</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I - 0000, p. 9.

bir ana sözleşme kabul ederler. Ayrıca Macaristan hukukuna göre tescil için gerekli olan kapsamda sermaye ödenir.<sup>78</sup>

19 Ocak 2007’de tescil için başvurulur. Başvuruda temsilci, VALE Costruzioni Şirketinin VALE Épitési Şirketinin hukuken selefi olduğunu ifade etmiştir. Ancak tescil başvurusu reddedilmiştir. VALE Épitési ret kararına karşı üst mahkemeye itirazda bulunmuştur. Mahkemeye göre İtalya’da kurulan ve tescil olunan bir Şirket Macar kanunları gereğince, merkezini Macaristan’a taşıyamaz ve burada tescil talebinde bulunamaz. Ayrıca mahkemeye göre, yürürlükte bulunan Macar kanunları uyarınca belirlenenler dışındakiler ticaret siciline tescil olunamaz, bunun sonucu olarak da Macar Şirketi olmayan bir Şirket ticaret sicilinde selef olarak gösterilemez.

VALE Épitési Şirketi bu kararın aleyhine Yüksek Mahkeme’ye itirazda bulunmuş, yapılan işlemin ABİA m. 49 ve ABİA m. 54’ü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu bakımdan, Şirket, kararın Şirketin tabi olduğu hukuk değişmeksizin Şirket merkezinin uluslararası nakli ile diğer yanda Şirketin uluslararası dönüşümü (*international conversion*) arasındaki temel farkı yansıtamadığını belirtmiştir.<sup>79</sup>

Mahkeme, ilk merciin verdiği kararı uygun bularak, bir başka üye devletin hukukuna, olayda İtalyan hukukuna, tabi olan Şirketin merkezini nakletmesinin, Macar hukukuna göre Şirketin yeniden kurulmasını gerektirdiğine hükmetmiştir. VALE Épitési tarafından talep edildiği üzere menşe Şirket olarak İtalyan Şirketine atıfta bulunulması, Macar hukukuna göre Şirketlerin tür değiştirmelerine ilişkin ulusal hukuk yalnızca yerel tür değiştirmelere uygulandığından, tür değiştirme olarak kabul edilemez. Buna karşın, böyle bir hukuki düzenlemenin yerleşme özgürlüğüyle bağdaşabilirliğine ilişkin şüpheler mevcut olmakla birlikte, mevcut dava *Cartesio* davasından, Şirketin tüzel kişiliğini sürdürürken Şirkete uygulanacak hukuk değişmek suretiyle merkezinin bir başka üye devlete naklinin, diğer bir deyişle sınır aşan tür değiştirmenin varlığı noktasında ayrılmaktadır.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I - 0000, p. 10.

<sup>79</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I - 0000, p. 13-14.

<sup>80</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I - 0000, p. 15.

Yukarıda belirtilen çerçevede Yüksek Mahkeme, aşağıda belirtilen soruları ön karar usulüyle ABAD'a sormaya karar vermiştir.

- Bir üye devlette kurulan şirket, merkezini bir başka üye devlete taşımak ister ve bu amaçla kurulduğu ülke ticaret sicilinden kaydını terkin ettirir, merkezini nakletmek istediği devletin hukukuna uygun olarak bir ana sözleşme akdedip bu devletin hukuk kuralları uyarınca ticaret siciline tescilini talep ederse bu durumda kabul eden devlet ABİA m. 49 ile 54 hükümlerini dikkate almakla yükümlü müdür?
- Önceki soruya verilecek yanıt olumlu ise, ABİA m. 49 ile 54, kabul eden devletin hukukunun, bir başka üye devlette bu ülkenin hukukuna uygun bir şekilde kurulmuş olan bir şirketin merkezini kabul eden devlete nakletmesi ve bu devletin hukukuna göre faaliyetlerini sürdürmesini yasaklamasını önleyecek şekilde yorumlanabilir mi?

Mahkeme, verdiği kararda, *Daily Mail* ve *Cartesio* kararlarına atıfta bulunmuş, şirketlerin ulusal hukukun bir eseri olduğuna ve şirketlerin kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen ulusal hukuk hükümleri sebebiyle var olduklarına değinmiştir.<sup>81</sup> Diğer yandan, eşitlik ilkesi uyarınca, Mahkeme şirketler bakımından gerçekleştirilen yerel işlemler ile sınır aşan işlemler arasında farklılaştırma yapılmaması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bunun sonucu olarak da, ulusal tür değiştirmeler bakımından mümkün olduğu müddetçe sınır aşan tür değiştirmeler bakımından da Macar Ticaret Sicili'ne VALE Costruzioni şirketinin tescilinin reddedilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmektedir.<sup>82</sup>

Mahkemenin vardığı sonuca göre, ABİA m. 49 ve 54, bir üye devletin kendi ulusal hukukuna göre kurulmuş olan bir şirketin tür değiştirmesine izin verirken, genel anlamda, bir başka üye devlet hukukuna göre kurulmuş olan bir şirketin tür değiştirerek kendi hukukuna tabi olmasını yasaklamasına engel oluşturmaktadır. ABİA m. 49 ile ABİA m. 54, sınır aşan tür değiştirme bağlamında, kabul eden devletin bu gibi işlemlere uygulanacak ulusal hukuku incelemeye ve ulusal şirketlerin tür değiştirmelerine ulusal kanun hükümlerini uygulamaya

<sup>81</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I - 0000, p. 27.

<sup>82</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I - 0000, p. 57.

yetkili olduğu anlamında yorumlanabilir. Ancak eşitlik ve etkinlik ilkeleri, kabul eden devleti; Őayet yerel tőr deđiŐtirmelerde bu Şekilde bir iŐleme izin veriliyorsa sınır aşan tőr değiştirmeler bakımından da Şirketin “hukuken selefi” olarak tőr deđiŐtirmenin reddinden ve Şirketin tescil baŐvurusunu değerlendirirken, Şirketin menşe ũlkesinin makamlarından temin edilen belgelerin dikkate alınmamasından meneder.<sup>83</sup>

Adalet Divanı VALE kararında, sınır aşan tőr deđiŐtirmelerde, söz konusu işlemlerin yapılacağı ũlkenin hukukunun yetkili olduğunu ancak bu hususta belirli Şartlar öngörölürken bir başka ũye devletten gelen Şirketlerin ulusal Őirketlerle eŐit koŐullara tabi tutulması gerektiğini ifade etmiŐ ve olay bakımından başvurunun reddinin yerleşme özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>84</sup>

### III. ABAD Kararlarının Yerleşme Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi

ABAD *Daily Mail* kararından bugüne kadar vermiş olduğu kararlarla ũye devletlerde yerleşme özgürlüğünün uygulanmasının önemi-ne vurgu yaparken, söz konusu özgürlüğün sınırlarını belirleyici içti-hatlarda bulunmuştur.

Şirketlerin sınır aşan birleşmelerinin ve sınır aşan merkez deđiŐikliklerinin temelini yerleşme özgürlüğü oluşturur. ABİA m. 49 serbest dolaŐıma ilişkindir ve ABİA m. 54/2 ile serbest dolaşım hakkı Şirketlere de tanınmıŐtır. ABİA m. 50'ye göre ise, Şirketlerin söz konusu özgürlüğünün ũye devletlerin hukukları bakımından AB hukuku ile uyumlaştırılması gerekmektedir<sup>85</sup>.

Yirminci yüzyılın sonlarına kadar, Şirketlere ve onların sınır aşan hareketliliğine uygulanacak hukuka dair bir ikincil mevzuat mevcut olmamasına ilişkin olarak ABAD, *Daily Mail* kararında değerlendir-medede bulunmuştur. Söz konusu durum, ũye devletleri Şirketlere uy-

<sup>83</sup> Case C- 378/10 Vale [2012] ECR I – 0000, p. 62.

<sup>84</sup> Őehirali Çelik, (Kırca/Manavgat), s. 26.

<sup>85</sup> Özman, Hukukun Küreselleşmesi, s. 386. ũye devletlere uyum için müzakere yetkisi veren AT m. 293 Lizbon Antlaşması ile yürürlükten kaldırılmıŐtır.

gulanacak hukuka ilişkin sınırlamalar da dahil olmak üzere, kendi geleneksel kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak konusunda serbest bırakmıştır.

*Centros* kararından çok uzun zaman sonra dahi, herhangi bir üye devlet hukukuna uygun şekilde kurulan bir şirketin Birlik sınırları içerisinde tanınması zorunlu olmakla birlikte<sup>86</sup>, üye devletler kendi kanunları uyarınca söz konusu şirketlerin hareketliliğini sınırlayabilmişlerdir. Özellikle, *Cartesio* kararında, yerleşme özgürlüğüne ilişkin antlaşma hükümlerinin, üye devletlerin ulusal mevzuat hükümlerinin şirketlerin idare merkezlerini, kanunlarına uygun olarak kuruldukları üye devletin topraklarında bulunmasına ilişkin düzenlemeler öngörmesini yasaklamadığı belirtilmiştir. Temmuz 2012’de verilen *VALE* kararında ise, ABAD daha serbestleştirme yanlısı bir tutum izlemiştir<sup>87</sup>.

ABAD kararlarında pek çok kez vurgulandığı üzere, şirketler, üye devletlerin ulusal hukuklarının bir eseri olarak görülmektedir. Bu nedenle de, üye devletler şirketlerin hangi koşullarla kurulabileceğine ve varolabileceğine ilişkin koşulları belirleme yetkisine sahiptirler. Üye devletlerin bu yetkisi, kendi hukuklarına tabi olarak kurulan şirketlerin sahip olmaları gereken bağlantı unsurlarını belirlemeyi de içermektedir. Üye devletlerin söz konusu yetkileri, bireylerin serbestleştirilmiş iç pazar tarafından sunulan imkanlardan yararlanma hakkı ile yumuşatılmıştır. Bu durumda da, devletlerin hakları ile bireylerin özgürlüğü, şirketlere ilişkin uluslararası özel hukuk kuralları bakımından birbirine ters düşebildiğinden sorun bu noktada toplanmaktadır. ABAD’ın da kararlarında karşılaştığı üzere, devletlerin şirketlere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasında bir uyumlaştırma söz konusu olmadığından ve üye devletler de bu hususta ortak bir anlayış benimseyemediğinden konuya ilişkin uyuşmazlıklar sıkça sorun yaratmıştır.

<sup>86</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Eric Stein, “Conflict-of-Laws Rules By Treaty: Recognition of Companies in a Regional Market”, 68 Michigan Law Review 1969-1970, s. 1327 vd.

<sup>87</sup> Justin Borg-Barthet, “Free at Last? Choice of Corporate Law in the EU Following The Judgment in Vale”, International and Comparative Law Quarterly, V. 62, April 2013, s.504.

ABAD'ın *Cartesio* kararında yapmış olduğu değerlendirme daha yenilikçi olmakla birlikte *VALE* kararında ortaya çıkan sonuç tartışmasız bir biçimde ekonomik boyutludur. Belirtmek gerekir ki, yeniden kurulma imkanlarını kısıtlamak yerleşme özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğurmaktadır. Şirketler, tabi olmak istedikleri hukukun, maddi hukuk ve uluslararası özel hukuk kurallarına uydukları takdirde, siyasi sebeplerin sınır aşan dönüşümlere ilişkin kapsamlı bir engel meydana getirmesini önleyebilecektir. Bu konuya ilişkin olarak sistemsel sorunlar, Şirketlerin tabi olduğu hukukun deđiŐmesi ile birlikte etkilenen alacaklılar ve diğer menfaat sahiplerinin korunmasına dair hukuki bir çerçevenin mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum çoğunlukla, Şirketin ilk olarak kurulmuş olduğu devlete ilişkin olarak ortaya çıkmakla birlikte, yerleŐilmek istenilen devletin kamu düzenine ne Şekilde bir etkisinin olacağı açık değildir. Ancak bu, devletin ulusal Şirketler için tanımıŐ olduğu imkanlardan yabancı Şirketleri mahrum bırakması için haklı bir gerekçe oluŐurmamaktadır.<sup>88</sup>

## SONUÇ

ABAD'ın yerleşme özgürlüğüne ilişkin kararları genel olarak AB'nin ikincil mevzuatına diğer bir deyişle tüzük ve direktiflerinde yer alan düzenlemelere dayanmaktadır. Konuya ilişkin olarak öngörülen ikincil mevzuatın amacı ABIA'da öngörülen temel özgürlükleri, konumuz bakımından özellikle yerleşme özgürlüğünü somutlaŐtırmak ve daha etkin bir hale getirmektir. ABAD tarafından bu konuda verilen kararlar da kurucu antlaŐmalar ile kabul edilen temel özgürlüklerin kapsamını somutlaŐtırmakta ve AB'nin ikincil mevzuatı ile bağlantısını sağlamak suretiyle hukuki temelini ifade etmektedir. Bu konuya ilişkin olarak öngörülen tüzük ve direktiflerde yer alan düzenlemeler, ABAD'ın içtihatları ile uyum göstermelidir.<sup>89</sup>

ABAD tarafından, yerleşme özgürlüğünün hangi koşullar altında sınırlandırılabilieceğine ilişkin kriterler öngörölmüŐtür. Makul olma

<sup>88</sup> Borg - Barthet, *Free at Last?*, s. 507-508.

<sup>89</sup> Thomas Papadopoulos, "The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive", *European Business Law Review*, 2012, s. 527.

kuralı ya da *Gebhard* testi<sup>90</sup> olarak ifade edilen kriterlere göre yerleşme özgürlüğü gibi temel özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için dört şartın yerine getirilmesi zorunludur. Buna göre; söz konusu sınırlamaların ayrımcı olmayan şekilde uygulanması gerekmekte, kamu yararına dayalı bir zorunluluğa dayanması gerekmekte, söz konusu sınırlandırmanın sınırlandırmayla hedeflenen amaca elverişli olması gerekmekte ve sınırlandırmanın amacını aşmaması gerekmektedir.<sup>91</sup>

*VALE* kararının sonucunda, şirketlerin karar alma organları, şirketlerin faaliyetlerine ilişkin olarak daha özgürlükçü bir tutum sergileyebileceklerdir. *Centros* ve *Überseering* kararlarına göre, yeni şirketlerin kurucuları, şirketin esas olarak faaliyette bulunacağı devletle herhangi bir bağlantı noktası olması gerekmeksizin şirketlerini kuracakları devleti seçebileceklerdir. *SEVIC* kararında, şirketlerin sınır aşan şekilde birleşebileceklerine değinilmiş, aynı zamanda şirketlerin yabancı yavru şirket kurma yoluyla tabi oldukları hukuku değiştirerek dikey birleşme yolu ile bunlarla birleşebilecekleri belirtilmiştir. Ardından, *VALE* kararı ile, şirketlerin tür değiştirme ile yeni bir hukuka tabi olacak şekilde sınır aşan tür değiştirebilecekleri ifade edilmiştir.

Yukarıda ifade edilen kararların değerlendirilmesinden ortaya çıkan sonuç, şirketlere ilişkin kanunlar ihtilafı bakımından taraf iradesinin artık kesin bir şekilde kabul görmesidir. Bunun sonucu olarak, üye devletlerin şirketlerin hangi koşullarda faaliyette bulunacaklarını belirleme konusunda sınırlı bir yetkileri bulunmaktadır. Üye devletlerin, şirketlerin karar alma organlarının iradesi üzerinde bulunabilecekleri etki, kendi hukuklarına göre kurulmuş olan şirketlerin fiili idare merkezlerine ilişkin olabilir. Gerçekten, üye devletler, kendi hukuklarına göre kurulan şirketler bakımından birtakım bağlantı unsurları öngörebilir ve şirketlerin bu unsurları muhafaza etmesini bekleyebilir. Bunun anlamı, idare merkezi sistemini benimseyen devletlerde fiili idare merkezini tesis etmek isteyen şirketler bakımından taraf iradesinin sınırlandırılmasıdır.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Bu hususta bkz. Kara, s. 98 vd.

<sup>91</sup> Papadopoulos, s. 545.

<sup>92</sup> Borg – Barthet, Free at Last?, s. 508-509.

ABAD tarafından verilen kararlardan anlaşılacağı üzere, her ne kadar Şirketler ulusal hukukların bir eseri olarak kabul edilse de, yerleşme özgürlüğüne ilişkin olarak giderek daha özgürlükçü bir tutum benimsenmiştir. ABAD kararları ile birlikte üye devletlerin, Şirketlerin hareketliliğini ve yerleşme özgürlüğünü sınırlayıcı uygulamalarda bulunmamaları gerektiğine vurgu yapılmış, farklı tabiiyette bulunan Şirketler için kendi tabiiyetinde bulunan Şirketlere uyguladıkları kurallardan daha katı kurallar öngörmelerinin yerleşme özgürlüğünü sınırladığı ifade edilmiştir.

### Kaynakça

- Ansay Tuğrul "Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması", MHB, Yıl 23, 2003.
- Aygül Musa, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Baelz Kilian and Teresa Baldwin, "The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law", 3 *German Law Journal* (2002), ss.1-5.
- Bejan F., "Freedom of Establishment and Cross-Border Merging", *Agora International Journal of Juridical Sciences*,1, 2012, ss. 1-7.
- Borg-Barthet Justin, "European Private International Law of Companies After Cartesio", *International and Comparative Law Quarterly*, V. 58, October 2009, ss. 1020-1028.
- Borg-Barthet Justin, "Free at Last? Choice of Corporate Law in the EU Following The Judgment in Vale", *International and Comparative Law Quarterly*, V. 62, April 2013, ss. 503-512.
- Can Hacı, Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Craig Paul and Gráinne De Burca, *EU Law - Text, Cases and Materials*, 5. Ed., Oxford University Press, New York, 2011.
- Çağlar Hayrettin, "Avrupa Birliği Hukukuna Göre Şirketlerin Yerleşme Serbestisi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın "Cartesio" Kararı", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, ss. 623-638.
- Drury Robert R., "The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the "Delaware Syndrome", *Cambridge Law Journal*, 57(1), March 1998, ss.165-194.
- Göçmen İlke, "Yerleşim Serbestisi", Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, Belgin Akçay ve Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

- Kara Etem, Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınır aşan Hareketliliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Kavlak Bengül, Sınır Aşan Şirket Birleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2017.
- Kroeze Maarten J. and Hélène M. Vletter-Van Dort, "History and Future of Uniform Company Law in Europe", *European Company Law*, June 2008, V. 5, Issue 3, ss.114-122.
- Looijestijn-Clearie Anne, "Centros Ltd-A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?", *International and Comparative Law Quarterly*, V. 49, 2000, ss. 621-642.
- Myszke-Nowakowska Mirosława, The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies, Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2014.
- Nagy Csongor István, "The Personal Law of Companies and the Freedom of Establishment under EU Law", *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2013, ss. 353-373.
- Oehlich Marcus (Çev.: Oruç Hami Şener ve Sevilay Uzunallı), "MoMIG'den Sonra Limited Ortaklıklar Hukuku", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, II. Cilt, Ankara, 2010, ss. 1527-1536.
- Özkan Işıl, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014. (Hukukun Küreselleşmesi)
- Işıl Özkan, Avrupa Birliği Kamu Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Özsunay Ergun, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye AB İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Papadopoulos Thomas, "The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: sslication of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive", *European Business Law Review*, 2012, ss. 517-546.
- Pellé Philippe, "Companies Crossing Borders within Europe", *Utrecht Law Review*, V. 4, Issue 1 (March) 2008, ss. 6-12.
- Rønfeldt Thomas and Erik Werlauff, "Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment", *European Company Law*, June 2006, V. 3, Issue 3, ss. 125-129.
- Sørensen Karsten Engsig, "The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market", *Common Market Law Review* 52, 2015, ss. 85-118.
- Stein Eric, "Conflict-of-Laws Rules By Treaty: Recognition of Companies in a Regional Market", *68 Michigan Law Review* 1969-1970, ss. 1327-1354.
- Seviğ Vedat Raşit, "Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LV, S:3, 1997, ss. 179-190.
- Şehirli Çelik, F.H. (İ. Kırca/Ç. Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.

- Ugliano Arianna, "The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement", *18 European Business Law Review*, 2007, ss. 585-617.
- Van Calster, Geert *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- Van den Broek Harm, *Cross-Border Mergers within the EU*, Kluwer Law International, Netherlands, 2012.
- Vossestein Gert-Jan, "Companies' Freedom of Establishment After Sevic", *European Company Law*, August 2006, V.3, Issue 4, ss.177-182.
- Vossestein Gert-Jan, "Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment", *European Company Law*, June 2009, V.6, Issue 3, ss. 115-123.
- Weatherill Stephen, *Cases&Materials on EU Law*, 9th Edition, Oxford University Press, 2010.