

YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNUN AB ŞİRKETLER HUKUKU, ABAD KARARLARI VE İÇE GÖÇLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(An Assessment of New Turkish Commercial Code within the Context of EU Company Law, ECJ Rulings and Immigration)

Yrd. Doç. Dr. Etem KARA*

ÖZET

Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic ve Cartesio kararlarıyla ATAD; içe göçler ile dışa göçleri ayırmış, üye ülkelerin yerleşme özgürlüğünü sınırlama yetkisi, daha çok dışa göçler açısından kabul etmiştir. İçe göçler açısından ise üye ülkelerin müdahale yetkisi, kamu yararı temelinde sınırlı olarak kabul etmiş ve bu temelde yapılacak düzenlemelerin de Gebhart testi ölçülerini karşılaması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu anlamda da üye ülkelerin içe göçler açısından bir başka üye ülkeye ait şirkete müdahale yetkisi neredeyse ortadan kaldırılmıştır. Yeni Ticaret Kanunu ile birlikte Türkiye de aday bir ülke olarak, şirketler hukukunu Birlik hukukuyla uyumlaştırmaya çalışmıştır. Ancak TTK'nin hazırlandığı dönemin kararlara göre erken bir dönem olması ve o dönem itibarıyla konunun henüz netlik kazanmaması, yapılan düzenlemeleri de etkilemiştir. Öyle ki o dönem itibarıyla de konunun bir bütün olarak değerlendirilip sonuca gidilmesi oldukça güçtür.

Anahtar kelimeler: Centros, Überseering, Inspire Art, Cartesio içe göçler dışa göçler

Abstract

With the Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic and Cartesio rulings, distinction between the “emigration” and “immigration” of the companies were emphasized and restriction by national measures on emigration was mainly accepted. However, restrictions on immigrations by national law is subject to more scrutiny, and depends on meeting the Gebhart test. Turkey as a candidate country to EU took consideration of the community law while preparing the new commercial code in order to comply. However, the time that the TTK was prepared was too early, before the ECJ decisions, as the subject matter was not clear at the time, it effected the new regulations. Such that, at the time the subject matter could not be evaluated in its entirety and was difficult to reach to results.

Keywords: Centros, Überseering, Inspire Art, Cartesio emigration, immigration

* Yrd. Doç. Dr., Kıbrıs Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

ABAD'ın "Daily Mail" ve "Cartesio" kararları dışa göçlerle ilgilidir. Buna karşın "Centros", "Übeersering", "Inspire Art" ve "Sevic" kararları ise içe göçlerle ilgilidir¹. ABAD dışa göçlerle ilgili verdiği kararlarda üye ülkelerin düzenleme yetkisini tanımış olmasına rağmen, içe göçlerle ilgili kararlarında yerleşme özgürlüğünü sınırlandıracak veya daha az çekici hale getirecek ulusal düzenlemeleri Kurucu Anlaşma'ya aykırı bulmaktadır. Bu nedenle içe göçler açısından üye ülkelere düşen, kararlarda ortaya konulan ölçülere uyumun sağlanmasıyla sınırlı kalmaktadır

Bu nedenle içe göçler açısından Türk hukuku incelenirken, bu kararlarda ortaya konulan ölçülerden hareket edilecek ve Türk hukuku düzenlemelerine de salt konumuzla ilgili olan boyutuyla yer verilecektir. Örneğin merkezi yurt dışında olan bir şirketin Türkiye'de hakim şirket olması Türkiye için bir içe göç teşkil etmesine ve Türk şirketleriyle bu şirketin aynı muameleye tabi tutulma zorunluluğu olacak olmasına karşısında buna ayrıca girilmeyecektir.

İçe göçler açısından üye ülkelere düşen yükümlüğünün, kararlarda ortaya konulan ölçülere uyum sağlanmakla yetinmekten ibaret olması nedeniyle Türk hukuku değerlendirilirken, Türk hukukunun ABAD kararlarıyla uyumlu olup olmadığına bakılacaktır. Bunun yanında içe göçler karşısında Türk hukukunun değerlendirilmesi ve uygulanma koşullarının belirlenmesi, dışa göçler açısından da Türkiye'nin yapacağı tercih açısından temel bir veri teşkil edecek ve böylelikle şirketler hukukunun salt Türkiye pazarıyla veya sınırlarıyla değil, Birlik pazarında faaliyet gösteren ekonominin en önemli aktörleri olan Birlik şirketleriyle de bir bütün olarak değerlendirilmesine hizmet edilmeye çalışılacaktır.

I. AB Şirketler Hukuku ve Türk Şirketler Hukuku

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun AB şirketler hukuku müktesabatına uyum sağlama amacıyla hazırladığının tekrarına gerek bulunmamaktadır. AB şirketler hukukunda ise ABAD'ın şekillendirici etkisi de bir gerçek olarak karşımıza çıkmakta, hatta ABAD kararlarıyla bizatihi AB şirketinin ne olduğu sorusu cevap bulmakta, bu cevapla birlikte de şirketler hukukuyla ilgili AB düzenlemeleri tam anlamını bulmaktadır. Bu anlamda AB şirketler hukuku ve AB şirketler hukuku anlamında içe göçlerin ne olduğunu anlamak için ABAD kararlarına bakmak gerekmektedir

A. Türk Şirketler Hukukunun İçe Göçlerle İlgili Kararlarla Uyumu

Türk şirketler hukukunun içe göçlerle ilgili kararlarla uyumuna bakılırken, bu

¹ Söz konusu içe göçlerle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KARA, Etem: Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınırşan Hareketliliği, Ankara 2014, ss.88-129.

konudaki en önemli kararlara konu olayların Türk hukukuna uyarlanmasında fayda bulunmakta, bu anlamda da Türk hukuku açısından oluşan resmin çok daha kolay bir şekilde ortaya konulabileceği inancını paylaşmaktayız. Bu nedenle ele alacağımız kararların tarafı olan şirketler, bir Türk şirketi olması kabulüyle hareket edilecek ve böylelikle de karar konu olaylara Türkiye'nin olduğu varsayımıyla hareket edilerek Türk hukukunun olası tutumu ortaya koyulmaya çalışacaktır.

1. Centros ve Türk Şirketler Hukuku

Kurulduğu ülke olan İngiltere'de hiçbir faaliyette bulunmamasına ve gerçekte ise tüm faaliyetlerini şube yoluyla Türkiye'de sürdürmesine rağmen Centros şirketi, şubenin tescili için Türk makamlarına başvurması halinde sonuç ne olacaktır? 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında, merkezleri Türkiye dışında bulunan bir ticarî işletmenin² veya ticaret şirketinin şubesinin tesciliyle ilgili özel ve ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır³. Bu hükme göre; "Merkezleri Türkiye dışında bulunan bir ticarî işletmenin veya ticaret şirketinin şubesinin Türkiye'de tescil edilebilmesi için, merkez işletmenin bulunduğu kaynak ülke hukukunun, işletmeler ile ticaret şirketlerinin türlerine göre şubelerinin tescilinde aradığı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Ayrıca, kaynak ülkede tescil için ibrazı gerekli tüm belgeler ile şirketin sözleşmesinin, anonim şirketlerde esas sözleşmenin onaylı suretleri, Türkiye'de tescili yapacak ticaret sicili müdürlüğüne verilir. Bundan başka, şube unvanı, adresi, şubeye ayrılmış sermaye tutarı, şubeyi mahkemeler dahil, özel kuruluşlar ve kamu kuruluşları nezdinde tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişilerin adları, merkez işletmenin türü, işletme konusu, sermayesinin türü ve tutarı, sicil numarası, internet sitesi, tâbi olduğu hukuk, Avrupa Birliği üyesi olup olmadığı bilgileri ilgili ticaret sicili müdürlüğüne bir beyanname ile bildirilir ve gerekli belgeler eklenir. Tescil edilecek hususlarla şubenin tesciline ilişkin ayrıntılı düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 26'ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte yapılır." şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

² Türk hukukunda ticarî işletme kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 6335 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012, ss. 25-34; BAHTİYAR, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 11. Bası, İstanbul 2012, ss. 16-48; KAYIHAN Şaban / YASAN Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2012, ss. 41-49; BOZER Ali./ GÖLE, Celal: Ticarî İşletme Hukuku (6012 Sayılı TTK Çerçevesinde), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, ss. 7-12; ÜLGEN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer vd: Ticarî İşletme Hukuku, Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009, ss. 127-156; POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: Ticarî İşletme Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, İstanbul 2010, ss. 27-46; KARAHAN, Sami: Ticarî İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22. Tıpkı Basım, Konya, 2011, ss. 15-22.

³ Türk hukukunda merkez ve şube kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. ARKAN, ss. 35-41; BAHTİYAR, Ticarî İşletme Hukuku, ss. 33-48; KAYIHAN/ YASAN, ss. 49-52; BOZER/ GÖLE, ss. 12-17; ÜLGEN/TEOMAN vd, ss. 156-166; POROY/YASAMAN, ss. 47-48; KARAHAN, ss. 22-28.

Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda da merkezleri Türkiye dışında olan şubelerle ilgili özel hükümler bulunmaktadır. Buna göre Kanun'un 40. maddesinin dördüncü fıkrasında “ Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret ünvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur” ifadesine yer verilmiş; 48. maddesinin üçüncü fıkrasında da “Merkezi yabancı ülkede bulunan bir işletmenin Türkiye'deki şubesinin ticaret ünvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi şart” hükmü getirilmiştir. Yine aynı kanunun 525. maddesinin birinci fıkrasında ise “ Merkezleri Türkiye dışında bulunan şirketlerin Türkiye şubelerinin müdürleri, şubeye özgü finansal tablolarının ayrıntılı şekliyle, şubesi oldukları şirketin ve varsa bu şirketin dâhil bulunduğu topluluğun, yılsonu tablolarının özetlerini ve yıllık raporlarını merkezin tabi olduğu hukuka göre gerekli olan onaylanmalarından itibaren altı ay içinde 524 üncü madde hükmü uyarınca Türkiye'de yayımlarlar” hükmüne yer verilmiştir.

6103 Sayılı Yürürlük Kanununun 12. maddesinde hüküm altına alınan hususlarla ilgili “ayrıntılı düzenlemelerin Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde yapılacağı” belirtilmiştir⁴. Hem TTK'nın hem de Yürürlük Kanunu'nun kabul edildiği dönem itibariyle Yeni Türk Ticaret Sicil Yönetmeliği çıkarılmamış⁵ ve yeni Tüzük 27/1/2013

⁴ 6335 Sayılı kanun ile hazırlanacak ikincil mevzuat kapsamında, tüzük yerine yönetmelik, yönetmelik yerine tebliğ çıkarılması öngörülmüştür(6335 Sayılı Kanun, m.40 ve 46/1-4, TTK. M.1527). BAHTİYAR, Mehmet: 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012, s.32 (6335 Sayılı Kanun).

⁵ MOROĞLU, bu durumu eleştirmekte ve tam ifadesinde de; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 26. maddesinde Ticaret Sicili Tüzüğü'nün çıkarılması öngörülmüştür. Kural olarak, yâni aksi kanunla öngörülmüş olmadıkça, eski kanuna göre çıkarılmış olan tüzükler, o kanunla birlikte yürürlükten kalkar ve yeni kanuna göre yeni tüzükler yürürlüğe konulur. Bu tüzüklerin 'yürürlüğü ve uygulanma şekli' ise, Yürürlük ve Uygulama Kanununda düzenlenir. Hal böyle iken, Tasarının sadece 11. maddesinin 4. fıkrasında 'Ticaret Sicili Tüzüğünde yapılacak değişiklikler Türk Ticaret Kanununun kabulünden itibaren altı ay içinde gerçekleştirilir' şeklinde yanlış ve yetersiz bir hükme yer verilmiştir. Bir kere 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte ona müsteniden çıkarılmış olan Ticaret Sicili Tüzüğü de yürürlükten kalkacağına ve yeni kanuna müsteniden yeni bir tüzük yürürlüğe konulacağına ve Tasarılar da bunun aksine bir hüküm bulunmadığına göre, 4. fıkrada 'Ticaret Sicili Tüzüğünde yapılacak değişiklikler...'den söz edilmesi hatalıdır. İkinci olarak, 4. fıkrada Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 'Türk Ticaret Kanunu'nun kabulünden itibaren altı ay içinde' çıkarılacağı hükmüne yer verilmiş ise de, bu sürenin Türk Ticaret Kanunu'nun (TBMM'nde) kabulünden itibaren başlatılması da çok hatalıdır. Böylece, Tasarının TBMM'nde kabulü ile kanun haline gelmeyeceği (Anayasa md. 89) ve yeni Türk Ticaret Kanunu ile Uygulama Kanunu yürürlüğe girmeden yürürlüğe giremeyecek olan söz konusu hükmün hukuken hiçbir anlam taşımayacağı gözden kaçılmaktadır. Hukuki dayanağını oluşturan kanun yürürlüğe girmeden onun tüzüğüne yürürlük kazandırılmak istenmesi hukuken yanlıştır. Bir tüzük en erken hukuki dayanağı olan kanun hükmüyle birlikte yürürlüğe girmelidir. Nitekim 6763 sayılı

tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır⁶. Çıkarılan tüzükte ise merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin tescili hususu da kanun hükmü doğrultusunda ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre yapılacak başvuru ve aranacak belgeler Tüzüğün 122. maddesinden şu şekilde düzenlenmiştir: “ 1.Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin tescilinde aşağıdaki belgeler müdürlüğe verilir: (a) Ticari işletmenin merkezinin bulunduğu kaynak ülke hukukunun, şube açacak işletme için tescilde aradığı şartların yerine getirildiğini ve şubenin tescili için ibrazı gerekli olan belgeleri gösteren yetkili makamdan alınmış yazı ve bir nüsha Türkçe çevirisi, (b) Kaynak ülkede şubenin tescili için ibrazı gerekli tüm belgeler, (c) Merkez işletmenin güncel sicil kayıtlarını içeren belgenin ve şirketlerde şirket sözleşmesinin onaylı birer örneği ile birer nüsha Türkçe çevirisi, (ç) Merkezin yetkili organının şube açma ve şubeye Türkiye'de yerleşik tam yetkili temsilci atanmasına ilişkin kararının aslı ve bir nüsha Türkçe çevirisi, (d) Şube açacak merkezin unvanı, türü, işletme konusu, sermayesinin türü ve tutarı, kuruluş tarihi, sicil numarası, tabi olduğu hukuk, Avrupa Birliği üyesi olup olmadığı, internet sitesi, şubenin unvanı ve şubeye ayrılmış sermaye tutarı, şubeyi mahkemeler dahil, özel kuruluşlar ve kamu kurum ve kuruluşları nezdinde tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişilerin adı ve soyadı, kimlik numarası ve yerleşim yeri ile şubenin adresini içeren merkezin yetkilileri tarafından imzalanmış beyannamenin aslı ve bir nüsha Türkçe çevirisi, (e) Şube açma kararında, Türkiye'deki şubeyi mahkemeler dahil, özel kuruluşlar ve kamu kurum ve kuruluşları nezdinde tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişiler ile bunlara verilen yetki belirtilmemiş ise bu konulara ilişkin düzenlenen vekaletnamenin aslı ve bir nüsha Türkçe çevirisi, (f) Şubeyi temsil edecek kişi veya kişilerin noter onaylı imza örnekleri, (g) Açılması Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şubeler için bu izin veya uygun görüş yazısı. 2. Merkezi Türkiye dışında bulunan ticari işletmenin Türkiye'de birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur”. Tescil işlemi ise Tüzüğün 123. maddesinde şu şekilde

Uygulama Kanununun 12. maddesinde bu esas benimsenmiştir. Ayrıca belirtelim ki, Tasarı'daki düzenlemenin pratik bir yararı da yoktur. Gerçekten, tüzüğü düzenlemekle görevli olan icra organının bunun hazırlıklarına tasarının kanunlaştırılmasından önce başlamasına hiçbir engel yoktur. Böyle bir hazırlık için bir kanun hükmünün de gerekli olmadığını” ortaya koymuştur. MOROĞLU, Erdoğan: “*Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı İle Gereğelerine Dair Değerlendirme Ve Öneriler*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı: 6, 2006, ss.2386- 2386; Ayrıca 6335 Sayılı Kanun ile süre uzatılmış ve bu süre 01.07. 2012 tarihinden itibaren 6 ay olarak belirlenmiştir. İkincil mevzuat, yetkili makamlar ve yürürlüğe konulma süresi hakkında bilgi için bkz. BAHTİYAR, “*6335 Sayılı Kanun*”, ss.34-35.

⁶ Hemen belirtelim ki eski Ticaret Sicil Tüzüğü ise sicil memurun kendisine sunulan belgeler üzerinde inceleme yapma ve bu inceleme doğrultusunda da tescil talebini karara bağlama yetkisi bulunmaktadır. BAHTİYAR, Mehmet: “*Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi*”, Şirket Birleşmeleri (Eds. Haluk SÜMER ve Helmut PERNSTEINER), İstanbul 2004, s. 19.

düzenleme altına alınmıştır: “1. Merkezi yurtdışında bulunan bir ticari işletmenin Türkiye şubesinin açılışında aşağıdaki olgular tescil edilir: (a) Merkezin ticaret unvanı ile varsa işletme adı ve ticari işletmenin merkezi, (b) Merkez işletmenin sermayesi, (c) Şubeye ayrılmış sermaye, (ç) Şubenin ticaret unvanı ile varsa işletme adı ve adresi, (d) Şubenin faaliyet konusu, (e) Ticari temsilci için yetkili organ kararı, (f) Şubeyi tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişilerin adı ve soyadı, vatandaşlığı, kimlik numarası ve yerleşim yeri”.

Bu özel düzenlemeler karşısında Centros şirketinin şubesinin tescilinde, Türk hukuku açısından bir sıkıntı görülmemektedir. Burada tescilde açıklama yükümlülüklerine dair bir takım şartların yerine getirilmesinin aranmış olması, Birlik hukukuyla aykırılık iddiasını gündeme getirebilir. Ancak, On Birinci Yönerge hükümlerinin açıklama yükümlülüklerine ilişkin olması ve de açıklama yükümlülüklerini yerine getirmeyen şubelere, üye devletlerin uygun cezai düzenlemeleri getirebileceklerini ihtiva etmesi karşısında, Birlik hukukuyla çelişik bir durum söz konusu olmayacaktır⁷. Kanunun düzenlemesinde esas bakılması gereken, tam yetkili ticari mümessil şartıdır⁸ ve bu şartı Gebhard testine tutmak gerekmektedir. Buna göre tam yetkili mümessil şartının⁹, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve de ölçülü olduğu söylenebilir. Ancak bu şartın ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olduğunu söylemek oldukça güçtür. Nitekim merkezi Türkiye’de bulunan şubeler için bu şart aranmamakta, hükmün uygulanması da merkezi Türkiye dışında olan şubelerle sınırlı kalmaktadır. Bu anlamda, merkezi Türkiye dışında olan şubelerle ilgili tam yetkili ticari mümessil şartının Gebhard testinden geçemeyebileceği ve bu durumda da Topluluk hukukuna aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. Ekleme gerekir ki Centros şirketinin şubesinin tescili ile ilgili en önemli sıkıntıyı, MÖHUK m.9/4’ün ikinci cümlesi oluşturmaktadır. Nihayetinde hissedarları Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşlarından oluşan şirket, kurulduğu ülke olan İngiltere’de hiçbir faaliyette bulunmamakta ve gerçekte ise tüm faaliyetlerini şube yoluyla

⁷ On Birinci Direktif (21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC sayılı), bir üye ülkede şube açan bir başka üye ülke hukukuna tabi belirli tür şirketlerin açıklama yükümlülüklerine ilişkindir. Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:395:0036:0039:EN:PDF>, 21.05.2015.

⁸ Ticari mümessil, işletme sahibi tarafından, işlerini yönetmek ve kendisini temsilen imza atmak üzere açık veya zimni olarak kendisine yetki verilen tacir yardımcısıdır. Çok geniş yetkiye sahiptir ve bu nedenle adeta tacirin kendisi gibi adlandırılır. Bu nedenle tam yetkili ticari mümessilin yetkilerinin daha da geniş olacağı ve kanunun ifadesi karşısında da bunu sınırlamanın zor olacağı açıktır. Ticari mümessil kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. ; BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku, ss. 176-180; POROY/YASAMAN, ss. 239-241; ÜLGEN/TEOMAN vd., ss. 564-578; ARIKAN, ss.1 66-179; KARAHAN, ss. 297-308.

⁹ Kanun koyucu, İsviçre hukukundaki düzenlemeye benzer şekilde, burada da ikametgahı Türkiye’de bulunan tam yetkili bir ticari mümessilin tayinini zorunlu kılmıştır. GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yenilenmiş İkinci Bası, Ankara 2008, s. 116

Türkiye’de sürdürmektedir. Bu durumda gerçek idare merkezi esasını uygulamanın önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Türk makamları da Danimarka makamları gibi davranabilecek ve gerçek idare merkezi esasından (fiili idare merkezi) hareketle, şirketin talebine olumsuz cevap verebilecektir¹⁰. Bu halin, Centros kararında ortaya çıkan ölçüler çerçevesinde, Birlik hukukuyla bağdaşmayacağı ve bizatihi Birlik hukukuna aykırılık teşkil edeceği açıktır.

2. Überseering Kararı ve Türk Şirketler Hukuku

Überseering şirketinin hisselerinin Türk vatandaşlarınca devralınması karşısında türk hukukunun tutumu ne olurdu sorusu sorulabilir. Türk hukukuna göre ise bir şirketin tabi olacağı hukuk, kural olarak statüdeki idare merkezine göre belirlenmektedir. Ancak MÖHUK’un 9/4. maddesinin ikinci cümlesinde statüdeki idare merkezi esasına bir istisna getirilmiştir. Bu istisna kuralına göre, statüdeki idare merkezi yurtdışında olan ama fiili idare merkezi Türkiye’de olan şirketlere, Türk hukuku uygulanabilecektir. Buna göre, statüdeki idare merkezi yabancı bir ülkede olan ancak fiili idare merkezi Türkiye’de olan bir şirkete, Türk hukukunun uygulanması büyük bir olasılıkla şirketin tanınmaması sonucunu doğuracaktır. Nihayetinde şirketin statüsünün Türk hukuku olarak kabulü halinde; şirketin kuruluşuna, tüzel kişilik kazanmasına, hak ve fiil ehliyetine, organizasyonuna ve şirketin temsili gibi konulara Türk hukuku uygulanacaktır. Bu halde şirket, Türk hukukuna uygun olarak kurulmadığı ve tüzel kişilik kazanmadığı; bir başka deyişle, Türk Ticaret Kanunu’nun aradığı koşulları yerine getirerek ticaret siciline tescil edilmediği için tanınmayacaktır¹¹.

Ekleme gerekir ki bir istisna kuralı olarak fiili idare merkezi kavramından anlaşılması gereken, gerçek idare merkezidir. Maddedeki ifadeden, bu istisnai hükmün tek yanlı olduğu, ancak emredici olmadığı anlaşılmaktadır. Hükmün bu niteliğinin sonucu olarak, mahkeme önüne gelen bir olayda, şirketin gerçek idare merkezinin Türkiye’de olduğunun ilgililerce ispat edilmesi gerekecek ve mahkeme de gerektiğinde Türk hukukunu uygulayabilecektir¹². Bu anlamda, MÖHUK sisteminde statüdeki idare merkezi esası benimsendiği, gerçek idare merkezi ise hâkimin takdirine

¹⁰ TEKİNALP, Gülören: “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 29,Sayı 1-2, 1999-2000, ss. 909-921, s. 920; Bu halde ilgililer, verilen red kararının tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içerisinde sicilin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesine itiraz edebilecektir. [Yeni TTK m.34 (eTTK m.36); TSY m.39]. BAHTİYAR, “Üçüncü Konsey Yönergesi”, s. 20.

¹¹ AYGÜL, Musa: Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007, s.195.

¹² ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B.Bahadır: Milletarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2012, s. 207; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 19.Bası, Beta, İstanbul 2011,s. 193.

bağlı olarak istisnaen kabul edildiği söylenebilir¹³. Ancak AB'de idare merkezi teorisi takipçisi ülkelerde olduğu gibi, TTK sisteminde de şirketin kuruluş yeri ile statüdeki idare merkezinin bir ve aynı yerde olması aranmış¹⁴, getirilen düzenlemelerde de bu esastan hareket edilmiştir. Türk Ticaret Kanununda şirketlerin idare merkezlerinin bulunduğu yerde kurulma ve ana sözleşmelerinde de idare merkezlerini gösterme zorunluluğuna ilişkin hükümler (Yeni TTK 213, 215, 354,587), bu anlayışın ürünü düzenlemelerdir. Bu anlamda Türk hukukuna göre kurulan bir şirketin, statüdeki idare merkezi de her daim Türkiye'de olacaktır¹⁵. Bu anlamda, gerçek kişilerin yerleşim yerinin “sürekli kalmak niyetiyle oturulan yer” olmasına karşın, şirket işlemlerinin yapıldığı ve işlerin yönetildiği yerin (MK m.51), yani gerçek idare merkezinin, şirket statüsünde gösterilmesi istenen yer olduğu açıktır (TTK m.213, b.3, 339, b.1,576, b.1, KoopK m.3,b.3)¹⁶.

Sonuç olarak, Überseering kararına benzer bir olay, aynı dönem itibariyle Türkiye'de yaşanmış ve davalı Türk şirketi de davacı Überseering şirketinin idare merkezinin Türkiye'de olduğunu ispat etmiş olsaydı, büyük bir olasılıkla Türk mahkemeleri de Alman yerel mahkemeleri gibi hareket edecekti. Kaldı ki Überseering kararında, şirketin idare merkezinin Almanya'da olduğunu iddia eden taraf, davalı Alman şirkettir¹⁷. MÖHUK'un 9/4. maddesinin ikinci cümlesinde ifadesini bulan istisna kuralı karşısında, Türk mahkemelerinin bugün için dahi benzer yönde karar vermesi ve Überseering konumundaki şirketlerin tüzel kişiliğini tanımama olasılığı her daim mevcuttur. Bu da Birlik hukukuna aykırılığı beraberinde getirmekte ve idare merkezi teorisi etkisi yaratan MÖHUK'un 9/4. maddesinin ikinci cümlesinde ifadesini bulan istisna kuralının da, Gebhard testinden geçme ihtimalini olanaksız kılmaktadır. Nitekim Überseering kararında ABAD, yerleşme özgürlüğünün ön şartının şirketlerin tanınması olduğu ve kamu yararı temelinde dahi olsa, bir şirketin tüzel kişiliğinin tanınmayarak taraf olma hakkından mahrum bırakılmayacağını özellikle vurgulamıştır¹⁸.

¹³ TEKİNALP, s.920; ANSAY, Tuğrul: “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşmesi ve Tanınması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'E Armağan), Cilt:23, Sayı:1-2, 2003, ss.1-18, s.16.

¹⁴ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 207.

¹⁵ TEKİNALP, s. 919.

¹⁶ PULAŞLI, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esasları, Ankara 2012, s. 63.

¹⁷ Überseering Case, para. 25.

¹⁸ LOWRY, John: “Eliminating Obstacles to Freedom Of Establishment: The Competitive Edge Of UK Company Law”, Cambridge Law Journal, Volume: 63, Issue:2, 2004, pp. 331-345, s. 338; WOOLDRIDGE, Frank: “Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed”, EBLR, 2003, pp. 227-235,s. 233.

3. Inspire Art ve Türk Şirketler Hukuku

Centros kararında yaptığımız değerlendirmeler, Inspire art kararı içinde geçerlidir. Türk Hukukunda merkezleri başka ülkede olan şubelerle ilgili özel düzenlemeler karşısında, Inspire Art şirketinin şubesinin tescilinde Türk hukuku açısından bir sıkıntı görülmemektedir. Bu özel düzenlemelerle şubenin tescilinde, açıklama yükümlülüklerine dair bir takım şartların yerine getirilmesinin aranmış olması, Inspire Art kararında olduğu gibi, Birlik hukukuna aykırılık iddialarını gündeme getirebilir. Ancak, On Birinci Direktif hükümlerinin açıklama yükümlülüklerine ilişkin olması ve de açıklama yükümlülüklerini yerine getirmeyen şubelere, üye devletlerin uygun cezai düzenlemeleri getirebileceklerini ihtiva etmesi karşısında, Birlik hukukuyla çelişik bir durum söz konusu olmayacaktır¹⁹. Kanunun düzenlenmesinde esas bakılması gereken, yine tam yetkili ticari mümessil şartıdır ve bu şartı Gebhard testine tabi tutmak gerekecektir. Buna göre tam yetkili mümessil şartı²⁰, ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olmadığından Gebhard testini geçemeyecektir. Inspire Art şirketinin tescili için burada da en büyük sıkıntıyı MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesi oluşturacaktır. Bu anlamda da, Türk Centros şirketi bahsinde ifade edildiği üzere, Inspire Art şirketinin tescil talebinin reddedilmesi ve ayrıca bir şekilde sicile tescili halinde, Hollanda'da yaşanan sürecin Türkiye'de de yaşanması muhtemeldir.

Ekleme gerekir ki Inspire Art kararı, kendinden önce verilen Daily Mail, Centros ve Überseering kararlarından farklıdır. Centros kararıyla bir benzerlik kurulmaya çalışılabilirse de her iki kararın ortak noktası, ikincil yerleşme hakkından yararlanılarak bir başka ülkede şube yoluyla faaliyette bulunmakla sınırlıdır²¹. Nihayetinde ABAD, Centros ile birlikte önceki davalarda, daha çok şirketlerin sicile kaydı ve usule ilişkin sorunlarla karşı karşıya kalmışken, bu davada ise maddi şirketler hukuku meseleleriyle karşı karşıya kalmış ve yerleşme özgürlüğüyle uyumlu olmayan maddi şirketler hukuku düzenlemelerine dair çok önemli bir karara imza atmıştır²². Böylece ABAD, şirketlerin açıklama yükümlülüğü, asgari sermaye, yöneticilerin sorumlulu-

¹⁹ On Birinci Direktif (21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC sayılı), bir üye ülkede şube açan bir başka üye ülke hukukuna tabi belirli tür şirketlerin açıklama yükümlülüklerine ilişkindir. Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:395:0036:0039:EN:PDF>, 25.8.2015.

²⁰ GÜVEN, s. 116.

²¹ ZIMMER, "Daniel: *Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd., judgment of 30 September 2003*", Common Market Law Review (CMLR), Volume: 41, pp.1127-1140, Netherland, 2004, s.1130; Centros ve Inspire kararının her ikisinde ikincil yerleşme özgürlüğüyle ilgili olmakla birlikte, Inspire Art kararında tanıma konusunda bir problem olmayıp yerleşme özgürlüğüyle bağdaşmayacak şekilde ek yükümlülüklerin getirilmesi söz konusudur bkz.HIRT, Hans C.: "*Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd*", European Business Law Review, Volume :15, Issue: 5, 2004 , pp. 1189- 1122, s.1202.

²² LOWRY, s. 342.

ğu, yıllık hesapların tutulması ve dosyalanması gibi Hollanda maddi şirketler hukukuna ilişkin düzenlemeleri yerleşme özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Bu noktada, yeterince ayrıntılı hükümler içeren On Birinci Direktif düzenlemelerini aşacak şekilde ek yükümlülükler getiren Ulusal şirketler hukuku kuralları yerleşme özgürlüğüne aykırı olacak²³ ve şube yoluyla yerleşilen ülkede yönerge gereklerini yerine getiren şirketlerin, ulusal maddi şirketler hukuku karşısında, yerleşme özgürlüğü üstün tutulması gerekecektir. Kaldı ki ABAD, şirketin kurulduğu ülkede hiçbir faaliyette bulunmaksızın, işlerinin tamamını veya tamamına yakınını bir başka ülkede yürütmesinin ve sağladığı avantajlar nedeniyle kurulduğu ülke hukukunu seçmesinin, ortak pazar anlayışının doğal gereği olarak, yerleşme özgürlüğünün kötüye kullanımı teşkil etmeyeceğini²⁴, Centros'tan bir adım öne giderek açıkça ifade etmiştir²⁵.

Türk hukukunda, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nu ile Hollanda WFBV arasında benzerlik kurulabileceği bir an için akla getirilse de, bunu söylemek oldukça zordur. Bir kere kuruluş yeri teorisini benimseyen Hollanda, sahte-yabancı şirketler (pseudo-foreign) kavramı ile ilgili olarak California ve New-york'ta uygulanan sistemi, WFBV ile yasalaştırmış²⁶; böylelikle de şirket kurucularının serbest iradeleriyle şirketin tabi olacağı hukuku seçebilme olanaklarına, şirketin yakından bağlantıda olduğu, ticari faaliyetlerinin yoğunlaştığı ya da merkezin bulunduğu yer hukuku lehine müdahale ederek, bir bakıma, kuruluş yeri kıstasını idare merkezi kıstasına yaklaştırmaya çalışmıştır²⁷. Oysa 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nu doğrudan yabancı yatırımları düzenlemekle birlikte, Hollanda WFBV gibi hükümler ihtiva etmemekte ve genel esasları belirlemekle yetinmektedir. Kaldı ki Kanun, Hollanda WFBV gibi, Türk hukukunun atlatılmasını önlemeyi değil, yabancı yatırımcıyı Türkiye'de yatırım yapmaya özendirmeyi ve de teşvik etmeyi amaçlamaktadır²⁸. Nitekim bu husus, Kanunun birinci maddesinde açıkça ifade edilmiştir²⁹. Bununla birlikte, kanunun bizi ilgilendiren ve bizim için ilgi çekici

²³ LOWRY, s. 342.

²⁴ LOOIJESTIJN-CLEARIE, Anne: Have the dikes collapsed? Inspire Art a further breakthrough in the freedom of establishment of companies?, European Business Organization Law Review, Volume:5, Issue: 2, 2004, pp.389-418, ss. 397-398.

²⁵ ANGELETTE, Benjamin: "The Revolution That Never Came and The Revolution Coming—De Lasteyrie Du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and The Changing Corporate Law in Europe", Virginia Law Review, Volume: 92, Issue:6, 2006 , pp.1189-1123, s. 1202.

²⁶ ÖZEL, Sibel :“Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan, Ankara 2006, s. 469.

²⁷ ÖZEL, s.468.

²⁸ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SURAL, Ceyda: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s. 135; Kanunun amacı ve kapsamı hakkında bilgi için bkz. EKŞİ, Nuray: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 3. Bası, İstanbul 2011, s.154.

²⁹ Kanunun birinci maddesinde “Bu Kanunun amacı, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesini, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası

bulunan bir hükmü de bulunmaktadır. Buna göre “ Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe; yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de doğrudan yatırım yapılmasının serbest olduğu, yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcıların eşit muameleye tabi tutulacağı (m.3-a/1,2)” düzenleme altına alınmıştır. Burada bahsi geçen “eşit muameleye tabi tutulma” ilkesi ile Gebhart testinin unsurlarından olan ayrımcılık yasağı aynı paraleldedir. Kanunun Resmi Gazete’de yayın tarihi 17/06/2003 olduğu göz önünde bulundurulduğunda, şirketlerin sınır aşan hareketliliği konusunun temel ilkelerinden olan “ayrımcılık yasağı” veya “eşit muameleye tabi tutulma” ilkesinin, erken sayılacak bir dönemde yatırım hukuku düzenlemeleriyle Türk hukukuna girmiş olduğu görülmektedir.

4. Sevic Kararı , Sınırötesi Birleşmeler ve Türk Şirketler Hukuku

Sevic kararında temel olarak ifade edilen, birleşmelerde, bir başka üye ülke hukukuna tabi şirketlere eşit davranılması gerektiği ve onlara karşı ayırım yapılamayacağıdır³⁰. Kararda da belirtildiği üzere, sınırötesi birleşmeler ve diğer şirket transformasyonları, üye ülke şirketleri arasındaki işbirliği ve güçlenme ihtiyacından doğmakta, bu nedenle iç pazarın düzgün işlemesi açısından da önemli bir yerleşme özgürlüğü uygulamasını oluşturmaktadır. Yerleşme özgürlüğü güvencesi kapsamında şirketler, birleşme yoluyla ekonomik faaliyetlerini kesintiye uğratmaksızın ve yeni bir formda gerçekleştirme imkânına kavuşmakta, böylece diğer bütünleşme tiplerinin yaratacağı karmaşanın azaltılarak maliyet ve zamandan tasarruf edilebilme olanağı doğmaktadır³¹. Bu anlamda da kararın etkisi, yerleşme özgürlüğünün bir parçası olması sebebiyle, genel olarak, diğer şirket transformasyonlarını kapsayacak şekilde genişleyecektir³². Nihayetinde sadece ulusal şirketler için bölünmelere³³ ve devralmalara izin veren üye ülke hukukları da yerleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilecektir³⁴. Türk hukukunda sınır ötesi birleşmelere ilişkin açık bir düzenleme görülmemektedir.

standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemektir. Bu Kanun, doğrudan yabancı yatırımlara uygulanacak muameleyi kapsayacağı” düzenleme altına alınmıştır.

³⁰ ATAD Sevic öncesinde, istikrarlı bir şekilde ayrımcılık yasağını vurguladığı ve içeriğinde ayrıntılandırıldığı hatırı sayılır ölçüde kararları bulunmaktadır. Aynı yönde görüş için bkz. ANDENAS Mads and WOOLDRIDGE, Frank: *European Comparative Companies Law*, Cambridge 2009, s. 11.

³¹ Sevic case, para. 21.

³² PAPAPOULOS, Thomas: “*EU Regulatory Approaches to Cross-border Mergers: Exercising the Right of Establishment*”, *European Law Review*, Volume: 36, Issue: 1, 2011, pp.71-97, s.76-78; SIEMS, Mathias M.: “*SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers*”, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Volume: 8, Issue:2, 2007, pp.307-316,s. 316.

³³ SIEMS, ss. 314-315.

³⁴ SIEMS, , ss. 314-316.

Mevcut kanunda hüküm altına alınan birleşmeler ise, daha çok ulusal birleşmeleri kapsayacak şekilde TTK'da düzenleme altına alınmış izlenimi vermektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda ise şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla yeniden yapılandırılmalarını düzenleyen TTK 134-193 hükümleri isvBirK'dan alınmış, ticari işletmelerin birleşme ve tür değiştirmesine ilişkin TTK m. 194 hükmü ise Adalet Komisyonu aşamasında kanun metnine ilave edilmiştir³⁵. Ancak yapılan yeni düzenlemelerde de bir üye ülke şirketinin, bir Türk şirketi ile Türk hukukuna göre birleşip birleşmeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır³⁶. Örneğin, birleşme sözleşmesinin içeriğini düzenleyen TTK m.146/1'de "Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezinin" birleşme sözleşmesinde yer alacağı; yine inceleme hakkının kullanılmasına ilişkin TTK m.149/1'de "Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, merkezleriyle şubelerinde ve halka açık anonim şirketler ise Sermaye Piyasası Kurulunun öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde" söz konusu sözleşme ve raporların ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlü olduğu hususu, düzenlenmiştir. Bu hükümlerde şirket merkezlerine yer verilmişse de, bu ifadeyi merkezi yurt dışında bulunan şirketleri de kapsayacak şekilde genişletmek ve bu ifadelerden, üye ülke şirketlerinin de Türk şirketleriyle eşdeğer bir şekilde birleşmeye katılacağı sonucunu çıkarmanın oldukça güç olacağı, kural olarak, ileri sürülebilmesinde haklılık payı vardır. Ancak TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK'nın da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırmanın zor olduğu gerçeği karşısında, AB şirketlerini de aynı muamelenin uygulanması gerektiği sonucuna gitmenin önünde de bir engel bulunmaktadır.

Buna karşın bölünmeye ilişkin hükümlerden³⁷, dolayısıyla da olsa, üye ülke şirketlerinin de bölünmeye katılabilmesini olanaklı kılacak ve bu sonuca varmamızı sağlayacak nispeten daha açık bir hüküm olduğu akla gelebilir³⁸. Bölünmeye katılan şirketlerin ikinci derecede sorumluluğunu düzenleyen TTK m.176/2'de "İkinci derecede sorumlu olan şirketlerin takip edilebilmeleri için, alacağın teminat altına

³⁵ KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Birinci Baskı, İstanbul, 2011, s. 110.

³⁶ Şirketlerin birleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 85- 146; BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul, 2012, ss. 50-55.

³⁷ Şirketlerin bölünmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz PULAŞLI, s.147-187; BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, ss. 55- 59.

³⁸ Bölünme ile ilgili Avrupa Birliği'nin 17.12.1982 Tarih ve 82/891/EEC Sayılı, Halka Açık Sınırlı Sorumlu Şirketlerin Bölünmesi Hakkında 6. Yönergesi bulunmaktadır. İlgili olduğu konuda üye ülke hukuklarını uyumlaştırmayı amaçlayan bu Yönerge hükümleri, model bir düzenleme teşkil etmektedir. Bununla birlikte üye ülkeler, bölünmeyi düzenlerken, Yönerge hükümlerine riayet etmesi gerekmektedir. ÇEBİ, Hakan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, 2010, s.16.

alınmamış ve birinci derecede sorumlu şirketin; iflas etmiş, konkordato süresi almış, aleyhinde yapılan bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş, merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye’de takip edilemez duruma gelmiş veya yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş, olması gerektiği ” hususu düzenlenmiştir. Söz konusu madde- nin birinci fıkrası³⁹ ile “yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş” ifadesi birlikte değerlendirilerek, üye ülke şirketlerinin de bölünmeye katılabilesinin mümkün olduğu söylenebilir. Bu sonuca da TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK’nın da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırılmayacağı esasından hareket edilerek ulaşmanın önünde de bir engel bulunmaktadır.

Sevic kararına konu olayda, birleşme söz konusudur ve bizim de cevabını aradığımız “Türk Sevic şirketi ile Luksemburg şirketi, Türk hukukuna göre birleşebilir mi birleşemez mi?” sorusudur. Ticaret Sicil Yönetmeliği uyarınca sicil memurunun kendisine sunulan belgeler üzerinde inceleme yapma ve bu inceleme doğrultusunda da tescil talebini karara bağlama yetkisi bulunmaktadır. Konuya ilişkin TTK’da açık bir hüküm olmaması karşısında, birleşmenin tarafı olan şirketler, tescil için Ticaret siciline başvurduğunda, sicil memuru birleşme sözleşmesinin içeriğinden, birleşmeye katılan şirketlerden birinin merkezinin Lüksemburg’ta olduğunu ve bu şirketin statüdeki merkezinin Türkiye’de olmaması nedeniyle ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlü belgeleri sunmadığını her zaman için tespit edebilecektir. Bunun yanında söz konusu yabancı şirket, Türkiye’de ve Türk hukukuna göre bir birleşmeye katıldığından bahisle, Almanya’da olduğu gibi fiili idare merkezinin Türkiye’de olduğu argümanı gündeme gelebilecek ve şirketin fiili idare merkezinin Türkiye olması karşısında da MÖHUK m. 9/4’ün ikinci cümlesi uyarınca, birleşmenin tescili talebi reddedilebilecektir. Bu halde ilgililer, verilen red kararının tebliğ tarihinden itibaren süresi içerisinde itiraz edilebilecektir. Sicil memurunun tescil talebin reddi kararı ve bu kararlar aynı yönde olabilecek mahkeme kararının, her şekilde Birlik hukukuna aykırı olacağı açıktır. Nihayetinde, Advocate General Tizzano’nunda ifade ettiği üzere⁴⁰, birleşme prosedürü tamamlanıp sicile kaydedilene kadar, her iki şirket de hukuki varlığını koruyacak ve bir hukuk sujesi olarak da birleşme sürecine ilişkin tüm işlemleri yürütebilme ehliyetine sahip olacaktır. Bu nedenle, birleşmeye katılan şirketlerin varlığının son bulması, ancak birleşmenin tamamlanması ve özellikle sicile tescil edil-

³⁹ Bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket, bu suretle birinci derecede sorumlu bulunan şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci derecede sorumlu şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar.

⁴⁰ Opinion of Advocate General Tizzano Case C-411/03 Sevic System AG, para..26-27. Tizzano’nun konuyla ilgili değerlendirmesi için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59892&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=652251>, 17.07.2015.

mesi halinde mümkün olacağından, bu aşamalar tükeninceye kadar her iki şirket de yerleşme özgürlüğü güvencesi kapsamında olacaktır. Bu bağlamda Türk hukuku açısından tescil talebinin reddi, Birlik hukukuna aykırı olacaktır. Ayrıca Türk bir şirketle Türkiye'de gerçekleşecek bir birleşmeye katılan Lüksemburg şirketinin faaliyeti içe göç teşkil etmekte ve mevcut içtihatlar çerçevesinde de göç edilen ülke olan Türkiye'nin, geçerli bir şekilde bir üye ülke hukukuna göre varlık kazanmış bu şirketi tanıyarak kendi şirketleriyle aynı muameleye tabi tutma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Hatırlatmakta fayda var ki Sevic kararında ABAD, sadece ulusal düzenlemelerin değil, sınır ötesi birleşmelere ilişkin ikincil düzenlemelerin dahi yerleşme özgürlüğüne aykırı olamayacağını ve bu özgürlükten yararlanılmasına bir ön şart oluşturamayacağını açıkça ifade etmiştir. Bunun sonucu olarak yerleşme özgürlüğünün kapsamı yargı eliyle genişletilmiş, böylelikle tüzük ve yönerge gibi ikincil düzenlemelerin de yerleşme özgürlüğüyle uyumlu olmak zorunda olduğu ortaya konulmuştur⁴¹. Bunun sonucu olarak, temel özgürlüklere işlerlik kazandırma ve onları somutlaştırma amacıyla çıkarılan ikincil düzenlemeler⁴², ABAD tarafından değerlendirilebilecek ve Kurucu Anlaşma'nın yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümleriyle çeliştiği ölçüde de iptal edilecektir. Böylece, yerleşme özgürlüğünün sınır ötesi birleşmeler içinde en avantajlı yasal temel oluşturduğu ortaya konulmuştur⁴³.

B. İçe Göçlerle İlgili Türk Şirketler Hukukunda Çıkacak Muhtemel Uyumsuzluklar

Türk şirketler hukukunun içe göçler yönünden AB şirketler hukukuna büyük oranda uyum sağladığı söylenebilir. Kaldı ki içe göçlerle ilgili Türk hukuku düzenlemeleri, daha çok ikincil yerleşme hakkıyla sınırlıymış gibi gözükmektedir. Buna karşın özellikle Gebhart testi ölçüleri açısından sorun yaratacak düzenlemelere de rastlanmaktadır.

1. Tam Yetkili Mümessil Şartı

Şubelerle ilgili düzenlemeler de Birlik hukukuyla ve açıklama yükümlülüğüne ilişkin On Birinci Direktif hükümleriyle uyumlu olduğu söylenebilir⁴⁴. Buna karşın

⁴¹ PAPADOPOULOS, Thomas: *"The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive"*, The 8th International Conference for Young Scholars at ESSCA, 2010, http://www.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Thomas_Papadopoulos.pdf, 13.08.2015 (The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms), s. 7.

⁴² İkincil hukuk düzenlemeleriyle ilgili geniş açıklama için bkz. GÖÇMEN, İlke: *"Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerinin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkisi"*, Ankara 2008, ss. 33-39.

⁴³ PİEPER, Johannes: *European Cross-Border Merger After SEVİC*, Westlaw UK, 2009, s. 6.

⁴⁴ On Birinci Direktif (21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC sayılı), bir üye ülkede şube açan bir başka üye ülke hukukuna tabi belirli tür şirketlerin açıklama yükümlülüklerine ilişkin-

aranan tam yetkili ticari mümessil şartını ise, Gebhard testine tutmak gerekmektedir. Gebhard testine göre bu şartın, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirilmeye elverişli ve de ölçülü olduğu söylenebilir. Fakat merkezi Türkiye’de bulunan şubeler için bu şartın aranmaması ve merkezi Türkiye dışında olan şubelerle sınırlı kalması nedeniyle hükmün uygulanmasının “ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olduğunu” söylemek oldukça güçtür. Dolayısıyla, tam yetkili ticari mümessil şartı, Gebhard testinden geçemeyecek ve bu anlamda da söz konusu düzenleme Birlik hukukuna aykırılık teşkil edecektir. Bu anlamda yapılması gereken ise söz konusu şartın tüm şubeler için aranması, merkezi Türkiye’de olan şubeler ile merkezi yurt dışında şubeler ayırımının kaldırılmasıdır. Bu ayırımın kaldırılmasında anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin sayısı ve niteliğini düzenleyen, 6335 Sayılı Kanun ile kaldırılan, eTK m. 359/1’in ikinci cümlesinde benimsenen esastan hareket edilebilir⁴⁵. Söz konusu maddenin ikinci cümlesinde “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır” ifadesine yer verilmişti. Madde gerekçesinde ise bu şartın getiriliş nedeni olarak “işlem kolaylığı sağlamak, hukuki ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümlere uygulanabilirlik kazandırmak ve şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatini korumak” olduğu gösterilmiş, sonrasında da bu hüküm kaldırılmıştı. Ancak biz bu emsali Türk vatandaşı olma şartının kaldırmak suretiyle model alabiliriz. Buna göre “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve Türkçe bilmesi şarttır” esasından hareket edilerek yapılacak bir düzenleme, ölçülülük kıstası bağlamında daha yerinde bir çözüm olacaktır. Bu esasa hareket edilerek yapılacak Türk hukuku düzenlemeleri ise ayrımcılığa yer vermeyecek ve yerli yabancı ayırımına gidilmeksizin de Birlik şirketlerine de uygulanabilecektir. Böyle bir düzenleme, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirilmeye elverişli ve ölçülü de olacaktır. Dahası Gebhard testi bakımından en önemli unsuru da geçecek ve ayrımcılık içermeyecektir. Dolayısıyla şubelerle ilgili düzenlemelerde de aynı esastan hareket edilmesi, kamu yararını korumaya dönük getirilecek hükümlerde de bir bütün olarak Birliğin göz önüne alınması, daha doğru bir çözüm olacaktır. Bu yaklaşım hem içerik açısından Türk hukukunun Birlik hukukuyla çatışmasını önleyebilecek, hem de kamu yararını hedefleyen hükümlerin tüm şirketler için uygulanmasını sağlayacaktır. Böylece şirketlerin iç işlerine kuruluş yeri hukukunun uygulanacağı ve Türk Hukuku hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin olası argümanların da önüne geçilebilecektir.

dir. Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:395:0036:0039:EN:PDF-> , 22.08.2015.

⁴⁵ 6335 Sayılı Kanun’un 43 maddesi ile anonim şirketlerde “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de olması ve Türk vatandaşı olması şarttır (eTK m.359/1)” hükmü; yine limited şirketlerde “şirket müdürlerinden en az birinin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve bu müdürün şirketi tek başına temsile yetkili olması gerekir” şartı, yaptırımıyla birlikte tamamen kaldırılmıştır (eTK m.628). BAHİYYAR, “6335 Sayılı Kanun”, ss. 23-24.

2. MÖHUK m.9/4'ün İkinci Cümlesi

İçer göçlerle ilgili Türk hukukunda en büyük riski, MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesi barındırmaktadır. Söz konusu madde, Türk Hukuku açısından tanımama riskini her daim içerisinde barındırmaktadır. Oysaki ABAD'ın önemle vurguladığı, şirketlerin tanınmasının üye ülkeler için peşinen kabul edilmesi gereken bir ön şart olduğudur. İçer göçler açısından bu maddenin değiştirilmesi, en azından ikinci cümlesinin kaldırılması önerilebilir. Bizim önerimiz ise MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesinin “Ancak, AB üyesi ülkelere ait olanlar hariç kalmak kaydıyla, fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir” yönündedir⁴⁶. Nihayetinde AB şirketler hukukuna uyum anlamında Türk hukukunun sadece AB üyesi ülke şirketlerini kendi şirketleriyle eş tutma yükümlülüğü bulunmakta ve kamu yararını gerektiren hususlarda da kendisine Birlik hukuku düzenlemeleri seçenек olarak sunulmaktadır. Buna karşın Türk hukukunun ne Uzakdoğu ne Amerikan şirketlerine ne de başka ülke şirketlerine böyle bir seçeneği sunma, bu yöndeki yetkisini kısıtlama, kamu düzenini ve kamu yarına ilişkin beklentilerini de bu ülke şirketlerinin insafına terk etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu hususun örtülü sermaye veya kar transferi konusu açısından da üzerinde durulması gerekir.

Bunun yanında Türk yargısının Birlik hukukunun üstünlüğü ve doğrudan uygulanırlığı ilkesi çerçevesinde, içer göçlerle ilgili Birlik hukukuyla çelişik Türk hukuku düzenlemelerini bir kenara koymak ve ATAD kararlarında ortaya konulan ölçüler doğrultusunda karar verme seçeneği her daim olduğu da ileri sürülebilir. İçer göçlerle uyumla yetinmeye yarayacak bu değişiklik önerisi, şirketlerin sınıraşan hareketliliği bağlamında, edilgen olan Türk Hukukuna önemli bir yenilik getirmeyecek ve konunun dışa göçler boyutunun ise göz ardı edilmesini zorunlu kılacaktır. Bu anlamda da en önemli çıkış yolu tamamıyla kuruluş yeri anlayışının benimsenmesi⁴⁷, kanunda bulunan idare merkezi yaklaşımını çağrıştıran hükümlerin de tamamıyla çıkarılması ve bu nevi muamelelerin de sadece AB üyesi ülke şirketleriyle sınırlı olarak gerçekleştirilmesidir.

⁴⁶ Tekinalp'te, Eski MÖHUK m.8.4'e 3. bir cümle ilave edilmesi önerisinin uygulamada daha net sonuçlar vereceği kanaatindedir. Buna göre maddeye eklenecek: Ortaklığın fiilî merkezinin bir AB üyesi devlet olması halinde de 2.cümledeki istisna uygulanabilir.” İfadesinin bu konuda karşılaşılabilecek sıkıntılara son vereceği kanaatindedir. TEKİNALP, s. 921.

⁴⁷ AYGÜL, Türk hukukunda kuruluş yeri teorisinin benimsenmesini ve daha somut olarakta sicil yerini bağlama noktası olarak esas alınması gerektiği kanaatindedir. AYGÜL, Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti s. 202; EROĞLU ise Türkiye'nin AB üyesi olduktan sonra kuruluş yeri teorisini uygulamak zorunda kalacağı kanaatindedir. EROĞLU, Muzaffer : “Avrupa’da Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri”, Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi”, Ekim 2008/2, ss.179-206, s. 198.

3. Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Düzenlemelere Açıklık Getirilmesi

Şubelerle ilgili açık düzenlemelere karşın birleşme ve bölünmeye ilişkin aynı açıklıkta hükümler bulunmamaktadır. Sevic kararının ortaya koyduğu ölçülerde açıktır. Bu anlamda Türk hukuku uyarınca da AB üyesi bir ülkeye, bir başka deyişle bir AB şirketi ile bir Türk şirketinin Türkiye’de ve Türk hukukuna birleşmesinin mümkün olması gerekir. Bu sonuca TTK’da mevcut birçok hükümlerle de ulaşılabilir. Nitekim TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK’ya da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırmanın zor olduğu gerçeği karşısında, bu sonuca gitmenin önünde de bir engel bulunmaktadır. Ancak uygulamada çıkacak sorunları ve olası karışıkları önlemek açısından, şubelerde olduğu gibi konunun aynı açıklıkta düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

II. AÇIKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İÇERME GÖÇLERİ AÇISINDAN HAYATİ ÖNEMİ

A. Genel Olarak

ABAD’ın içerme göçlerle ilgili kararları Centros, Überseering, Inspire Art ve Sevic’tir. İçerme göçlerle ilgili verdiği kararlarda ABAD, üye ülkelerin yetkilerini oldukça sınırlamış ve dışı göçlerde sergilediği tutumun aksine, şirketlerin yerleşme özgürlüğünden tam olarak yararlanması yönünde tavır sergilemiştir. Özellikle yerleşme özgürlüğü kapsamında, idare merkezinin bir başka ülkeye taşınmak istenmesi halinde dahi, gidilecek ülkenin buna engel teşkil edecek hükümlerinin Kurucu Anlaşma’nın 49. (Eski 43) ve 54. (Eski 48) maddelerine aykırı olacağı açıkça ifade edilmiştir. Öyle ki ABAD, yerleşme özgürlüğü uygulamasının, şirketlerin, üye ülkeler tarafından peşinen tanınmasını gerektirdiği ve bunun bir ön koşul olduğu özellikle vurgulamıştır. Bu anlamda bir şirketin tanınmaması ve dava açma hakkından yoksun bırakılması, başlı başına yerleşme hakkının hukuki temelini ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir. Yine ABAD, yerleşme özgürlüğünün şirketlerce üye ülkenin emredici kurallarından kaçınmak ve o üye ülkenin hukukunu atlamak amacıyla kullanılıyor olmasının dahi Birlik hukukuna aykırılık oluşturmayacağını ve bu nedenle de Kurucu Anlaşma’nın (Eski) 46. maddesine dayanılarak, kamu düzeni istisnasıyla bu özgürlüğe müdahale edilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte ABAD, kamu yararı temelinde üçüncü kişilerin korunmasına yönelik emredici ulusal düzenlemelerin yerleşme özgürlüğü kapsamında da uygulanabileceğini kabul etmiş, ancak yerleşme özgürlüğünü kısıtlayacak bu nevi milli düzenlemelerin geçerliliğini ilk defa Gebhard kararında uygulanan ve bu adla anılan ölçülere tabi tutmuştur. Buna göre kamu yararı temelinde getirilen bir ulusal düzenlemenin Birlik hukukuyla uygun olabilmesi için; ayrımcılığa yer vermeden bütün şirketlere uygulanabilme, kamu yararı temelinde adil olma, amacı gerçekleştirmeye elverişli olma ve ölçülü olma zorunluluğu vardır. Aksi halde söz konusu ulusal düzenleme, Gebhard testini geçemeyecek ve bu nedenle de

Birlik hukukuna aykırı olacaktır. İçe göçlerle ilgili kararlarda da içe göçler ile dışa göçler ayrımı vurgulanarak, bir bakıma, içe göçler açısından üye ülkelerin şirketler üzerinde sınırlama yetkileri büyük ölçüde kaldırılmıştır. Buna karşın, dışa göçler açısından yapılabilecek sınırlamalarda ise üye ülkelere ABAD, neredeyse tam bir serbesti tanımıştır. Nihayetinde her bir ulusal düzenleme Gebhard testine tabi tutulduğunda, diğer üç ölçüyü geçse dahi “ayrımcılığa yer vermeden bütün şirketlere uygulanabilme” ölçüsünü geçemeyebilecektir. Bu da ulusal hukukların uygulanmasını zorlaştıracak ve hatta, ulusal hukukların devre dışı kalmasına yol açacaktır. Kaldı ki içe göçlerle ilgili kararlarda hukuk seçimi kolaylaşmış ve şirket kurucularına en avantajlı şirketler hukukunu seçmenin yolu açılmıştır. ABAD’ın içe göçlerle ilgili verdiği kararların istikrarlı ve temel ölçü normu niteliğinde olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Öyle ki ATAD, ulusal şirketler hukuku hükümleri bir yana, ikincil düzenlemelerin dahi yerleşme özgürlüğüne aykırı olamayacağını açıkça ifade etmiştir.

Bunun doğal sonucu olarak ise üçüncü kişilerin nasıl korunacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu anlamda ise ABAD, üçüncü kişilere veya geniş anlamda şirket ilgililerine düşen; şirketin, kuruluş yeri hukukuna tabi olduğunu bilmek için gerekli gayreti göstermek ve böylece, maddi şirketler hukukuna ait hükümler bakımından da şirketin, kuruluş yeri hukukuna tabi olduğu gerçeğinden hareket etmesini⁴⁸, Beşinci⁴⁹ ve Onbirinci Yönerge⁵⁰ gibi kendileri koruyan aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin Birlik hukuku düzenlemelerine başvurmalarını önermektedir⁵¹. Bunun yanında içe göçlerde ABAD, aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili gerekli önlemleri alma, hatta cezai düzenlemelere gitme konusunda üye ülke yetkilerini tanımakta ve bu bağlamda getirilen düzenlemeleri de Birlik hukukuyla uyumlu bulmaktadır.

B. TTK’dan Kaldırılan Hükümler

İçe göçlerde Gebhart Testi ölçüleri karşısında üye ülkelerin müdahale yetkilerinin neredeyse olmadığı AB şirketler hukukunun bir gerçeğidir. Bu gerçek karşısında üye ülkelere, aday olarak Türkiye’ye tek seçenek olarak aydınlatma yükümlülükleriyle

⁴⁸ ANGELETTE, s. 1203.

⁴⁹ Bu yönerge, Belirli Tip Şirketlerin yıllık Hesaplarına İlişkin Kurucu Anlaşmanın 54(3). maddesi uyarınca çıkarılan 25 Temmuz 1978 tarihli 78/660/EEC sayılı Beşinci Konsey Yönergesi’dir (OJ 1978 L 222, s. 11).

⁵⁰ Bu yönerge ise Bir Üye Ülke Hukukuna Tabi Bir Şirketin Bir Başka Üye Ülkede Şube Açması Halinde Aydınlatma Yükümlülüğüne Dair 21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC Sayılı Onbirinci Konsey Yönergesidir (OT 1989 L 395, s. 36).

⁵¹ Benzer şekilde “Birlik Çapında Eşdeğer Güvenceyi Sağlamak Bakımından, Üye Ülke Şirketlerin Mensuplarının Ve Diğer İlgili Kişilerin Çıkarlarını Korumaya Dönük Alınacak Tedbirlerin Koordinasyonuna İlişkin 9 Mart 1968 Tarihli, 68/151/EEC sayılı Birinci Yönerge; Belirli Tür Şirketlerin Yıllık Hesaplarına İlişkin 25 Haziran 1989 Tarihli, 78/660/EEC sayılı Dördüncü Yönergelerde mevcuttur.

ilgili düzenlemeler kalmaktadır. Bu bağlamda da ABAD, aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili gerekli önlemleri alma, hatta cezai düzenlemelere gitme konusunda üye ülke yetki tanımaktadır. Bu temelde getirilen düzenlemeleri de Birlik hukukuyla uyumlu bulmaktadır. Açığı ki bir üye ülke veya aday ülkenin şirketler hukuku düzenlemelerine giderken kendi sınırlarında sadece kendi tabiiyetindeki şirketlerin değil, AB üyesi diğer ülke şirketlerinin ve SE gibi yeni yaratılan AB şirket tiplerinin de faaliyette bulunacağı, bu şirketleri de kendi şirketleriyle aynı muameleye tabi tutma zorunda olacağı gerçeğinden hareket etmek durumundadır.

Bu anlamda da 6335 sayılı Kanun ile değişiklik öncesinde, bir başka deyişle kanunun ilk halinde bu gerçekten hareketle aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerde yerinde olarak katı bir şekilde hareket edildiği görünmektedir. Örneğin, tipik bir aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen TTK'nın 1524. maddesinin değiştirilmeden önceki hali şu şekildeydi:

“(1) Her sermaye şirketi, bir internet sitesi açmak, şirketin internet sitesi zaten mevcutsa bu sitenin belli bir bölümünü aşağıdaki hususların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Yayımlanacak içeriklerin başlıcaları şunlardır:

a) Şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar.

b) Pay sahipleri ile ortakların menfaatlerini koruyabilmeleri ve haklarını bilinçli kullanabilmeleri için görmelerinin ve bilmelerinin yararlı olduğu belgeler, bilgiler, açıklamalar.

c) Yönetim ve müdürler kurulu tarafından alınan; rüçhan, değiştirme, alım, önerilme, değişim oranı, ayrılma karşılığı gibi haklara ilişkin kararlar; bunlarla ilgili bedellerin nasıl belirlendiğini gösteren hesapların dökümü.

d) Değerleme raporları, kurucular beyanı, payların halka arz edilmesine dair taahhütler, bunlara ait teminatlar ve garantiler; iflasın ertelenmesine veya benzeri konulara ilişkin karar metinleri; şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hakkındaki genel kurul ve yönetim kurulu kararları, bu işlemlerle ilgili açıklamalar, bilgiler, belgeler.

e) Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi hâlinde, ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler; sermaye arttırımı, azaltılması dâhil, esas sözleşme değişikliklerine ait belgeler, kararlar; imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar.

f) Genel kurullara ait olanlar dâhil her türlü çağrılara ait belgeler, raporlar, yönetim kurulu açıklamaları.

g) Şeffaflık ilkesi ve bilgi toplumu açısından açıklanması zorunlu bilgiler.

h) Bilgi alma kapsamında sorulan sorular, bunlara verilen cevaplar, diğer kanunlarda pay sahiplerinin veya ortakların aydınlatılması için öngörülen hususlar.

1) Finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, pay ve menfaat sahipleri bakımından bilinmesi gerekli finansal raporlamalar, bunların dipnotları ve ekleri.

i) Yönetim kurulunun yıllık raporu, kurumsal yönetim ilkelerine ne ölçüde uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklaması; yönetim kurulu başkan ve üyeleriyle yöneticilere ödenen her türlü paralar, temsil ve seyahat giderleri, tazminatlar, sigortalar ve benzeri ödemeler.

j) Denetçi, özel denetçi, işlem denetçisi raporları.

k) Yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri, pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin bilgiler.

(2) Birinci fıkrada öngörülen yükümlülükler uymaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebini oluşturur; Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Ceza hükümleri saklıdır.

(3) İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açıktır. Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılmayacağı gibi herhangi bir şarta da bağlanamaz. Bu ilkenin ihlali hâlinde herkes gelin kaldırılması davasını açabilir.

(4) İnternet sitesinin bu maddenin amaçlarına özgülenmiş kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde "yönlendirilmiş mesaj" ibaresi konulur. Bu ibareli mesaj ancak Kanuna ve ikinci fıkrada anılan yönetmeliğe uyulmak suretiyle değiştirilebilir. Özgülenen kısımda yer alan bir mesajın yönlendirildiği karinedir. Sitenin, bir numara altında tescili ve ilgili diğer hususlar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle düzenlenir.

(5) Bu Kanun ve ilgili diğer kanunlarda veya idari düzenlemelerde daha uzun bir süre öngörülmedikçe, şirketin internet sitesine konulan bir içerik, üzerinde bulunan tarihten itibaren en az altı ay süreyle internet sitesinde kalır; aksi hâlde konulmaması sayılır. Finansal tablolar için bu süre beş yıldır.

(6) Yönlendirilmiş mesajların basılı şekilleri 82 nci madde uyarınca saklanır. İnternet sitesinde yer alacak bilgiler metin hâline getirilip şirket yönetimi tarafından tarih ve saati gösterilerek noterlikçe onaylı bir deftere sıra numarası altında yazılır veya yapıştırılır. Daha sonra sitede yayımlanan bilgilerde bir değişiklik yapılırsa, değişikliğe ilişkin olarak yukarıdaki işlem tekrarlanır."

Ancak 6335 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile TTK m.1524 değiştirilmiş, kapsam daraltılarak denetime tabi anonim şirketler için bu zorunluluk muhafaza edilmiş, diğer şirketler ise kapsam dışı bırakılmıştır. Oysaki AB'de mobilitesi en yüksek şirket formunu limited şirketler teşkil etmekte, özellikle İngiliz limited şirket formuyla

kurulan şirketlere karşı kamu düzeni ve kamu yararı temelli alınacak önlemler hususu ABAD kararlarına konu olmuş bulunmaktadır. Bu nedenle AB şirketler hukuku ve özellikle içer göçler anlamında aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere ağırlık verilmesi, dahası bunda katı bir tutum sergilenmesi Türk vatandaşlarının korunması açısından önemlidir. Ayrıca sınırlı sorumluluk prensibiyle korunmadan elde edilen yarar ile kamuyu aydınlatma külfeti arasında bir oransızlık da bulunmamaktadır. Bunun yanında yöneticilerin sorumluluğu da yerli ve yabancı şirketlere aynı muamele edileceği gerçeğinden hareket edilerek düzenlenmesi gerekmekte, kamu düzeni açısından da sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu hususla ilgili de İngiliz şirketler hukuku (Company Act 2006) düzenlemelerinden yararlanılmasının ve “basiretli tacir” paralelinde maksimum özen yükümlülüğünün getirilmesinde de bir engel bulunmamaktadır⁵². Böylelikle de şirketler hukuku düzenlemeleriyle elde edilen gayeye ulaşmak kolaylaşacak, hem hissedarların ihtiyaç duyduğu güven sağlanacak hem de liyakat sahibi yöneticilerin iş başına gelmesinin önü açılacaktır.

SONUÇ

Türk şirketler hukukunun içer göçler yönünden AB şirketler hukukuna büyük oranda uyum sağladığı söylenebilir. Kaldı ki içer göçlerle ilgili Türk hukuku düzenlemeleri, daha çok ikincil yerleşme hakkıyla sınırlıymış gibi gözükmemektedir. Buna karşın özellikle Gebhart testi ölçüleri açısından sorun yaratacak düzenlemelere de rastlanmaktadır. Tam yetkili mümessil şartı da bunlardan birini teşkil etmektedir. Genel olarak şubelerle ilgili düzenlemeler Birlik hukukuyla ve açıklama yükümlülüğüne ilişkin On Birinci Direktif hükümleriyle uyumlu olsa da aranan tam yetkili ticari mümessil şartını Gebhard testine tutmak gerekmektedir. Gebhard testine göre bu şartın, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve de ölçülü olduğu söylenebilir. Fakat merkezi Türkiye’de bulunan şubeler için bu şartın aranmaması ve merkezi Türkiye dışında olan şubelerle sınırlı kalması nedeniyle hükmün uygulanmasının “ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olduğunu” söylemek oldukça güçtür. Bu anlamda yapılması gereken ise söz konusu şartın tüm şubeler için aranması, merkezi Türkiye’de olan şubeler ile merkezi yurt dışında şubeler ayırımının kaldırılmasıdır. Bu ayırımın kaldırılmasında anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin sayısı ve niteliğini düzenleyen, 6335 Sayılı Kanun ile kaldırılan, eTK m. 359/1’in ikinci cümlesinde benimsenen esastan hareket edilerek, sadece Türk vatandaşı olma şartının kaldırılmak suretiyle “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve Türkçe bilmesi şarttır” şeklinde düzeltiler. Bu esastan hareket edilerek yapılacak Türk hukuku düzenlemeleri ise ayrımcılığa yer vermeyecek ve yerli yabancı ayırımına gidilmeksizin de Birlik şirketlerine de uygula-

⁵² KARA, ss.158-159.

nabilecektir. Böyle bir düzenleme, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirme-ye elverişli ve ölçülü de olacaktır.

İçe göçlerle ilgili Türk hukukunda muhtemel riski, MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesi barındırmaktadır. Söz konusu madde, Türk Hukuku açısından tanımama riskini her daim içerisinde barındırmaktadır. Oysaki ABAD'ın önemle vurguladığı, şirketlerin tanınmasının üye ülkeler için peşinen kabul edilmesi gereken bir ön şart olduğudur. İçe göçler açısından bu maddenin değiştirilmesi, en azından ikinci cümlesinin kaldırılması önerilebilir. Bizim önerimiz ise MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesinin “*Ancak, AB üyesi ülkelere ait olanlar hariç kalmak kaydıyla, fiili idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir*” şeklinde değiştirilmesidir. Nihayetinde AB şirketler hukukuna uyum anlamında Türk hukukunun sadece AB üyesi ülke şirketlerini kendi şirketleriyle eş tutma yükümlülüğü bulunmakta ve kamu yararını gerektiren hususlarda da ABAD, kendisine Birlik hukukunun koruyucu düzenlemelerini göstermektedir. Buna karşın Türk hukukunun AB dışında ne Uzakdoğu ne Amerikan şirketlerine ne de başka ülke şirketlerine böyle bir seçeneği sunma, bu yöndeki yetkisini kısıtlama, kamu düzenini ve kamu yararına ilişkin beklentilerini de bu ülke şirketlerinin insafına terk etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca bu husus örtülü sermaye veya kar transferi açısından da önem arz etmekte, özellikle merkezi Amerika veya uzak doğu ya da orta doğuda olan yabancı bir şirketin, irtibat bürolarıyla aracılığıyla bizatihi veya irtibat bürolarıyla yönettiği ülkemizdeki taşeronlar aracılığıyla faaliyetlerini gerçekleştirip hiçbir vergi vermeksizin de sürdürmesine Türk hukukunun izin vermesi beklenmemelidir.

Ayrıca şubelerle ilgili açık düzenlemelere karşın birleşme ve bölünmeye ilişkin aynı açıklıkta hükümler bulunmamaktadır. Bu hususu TTTK'nın kararların olgunlaşmadan önceki dönemde aramak gerekmektedir. Oysa Sevic kararının ortaya koyduğu ölçüler karşısında, AB şirketler hukukuna içe göçler açısından uyum için Türk hukukunun bir AB üyesi ülkeye veya daha doğru bir deyişle bir AB şirketi ile bir Türk şirketinin Türkiye’de ve Türk hukukuna birleşmesinin mümkün olması gerekir. Ancak bu sonuca TTK’da mevcut birçok hükümle de ulaşılması mümkündür. Nitekim TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK’ya da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırmanın zor olduğu gerçeği karşısında, bu sonuca gitmenin önünde de bir engel bulunmaktadır. Ancak uygulamada çıkacak sorunları ve olası karışıkları önlemek açısından, şubelerde olduğu gibi aynı açıklıkta düzenlemelere gidilmesinde fayda bulunmaktadır.

Hatırlatalım ki içe göçler açısından her üye ülkenin kendi şirketiyle bir başka üye ülke şirketinin eşdeğer tutma ve onları peşinen tanımak zorunluluğu karşısında; üçüncü kişilerin korunması ve ilgili ülkenin kamu düzeninin korunması bahsi gündeme geldiğinde açıklama yükümlülüklerine işaret edilmektedir. Bu anlamda ise ABAD, üçüncü kişilere veya geniş anlamda şirket ilgililerine; şirketin, kuruluş yeri

hukukuna tabi olduğunu bilmek için gerekli gayreti göstermek ve böylece, maddi şirketler hukukuna ait hükümler bakımından da şirketin, kuruluş yeri hukukuna tabi olduğu gerçeğinden hareket etmesini, Beşinci ve Onbirinci Yönerge gibi kendileri koruyan aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin Birlik hukuku düzenlemelerine başvurmalarını önermektedir. Bunun yanında içe göçlerde ABAD, aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili gerekli önlemleri alma, hatta cezai düzenlemelere gitme konusunda üye ülke yetkilerini tanımakta ve bu bağlamda getirilen düzenlemeleri de Birlik hukukuyla uyumlu bulmaktadır. Bu bağlamda Türk hukukunda da açıklama yükümlülüklerine ağırlık verilerek sonuca gitmek gerekmekte, TTK'dan kaldırılan buna dönük hükümlerin yeniden gündeme alınması ve AB şirketler hukukunun aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleriyle birlikte bir bütün olarak yeniden gözden geçirilmesinde fayda vardır.

KAYNAKÇA

- ANDENAS Mads and WOOLDRIDGE, Frank: European Comparative Companies Law, Cambridge 2009
- ANGELETTE, Benjamin: “*The Revolution That Never Came and The Revolution Coming—De Lasteyrie Du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and The Changing Corporate Law in Europe*”, Virginia Law Review, Volume: 92, Issue:6, 2006 , pp.1189-1123
- ANSAY, Tuğrul: “*Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşmesi ve Tanınması*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'E Armağan), Cilt:23, Sayı:1-2, 2003, ss.1-18
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 6335 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012
- AYGÜL, Musa: Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007 (Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti)
- BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 11. Bası, İstanbul, 2012
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012
- BAHTİYAR, Mehmet: “*Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi*”, Şirket Birleşmeleri (Eds. Haluk SÜMER ve Helmut PERNSTEINER), İstanbul 2004
- BAHTİYAR, Mehmet: 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012 (6335 Sayılı Kanun)
- BOZER Ali./ GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku (6012 Sayılı TTK Çerçevesinde), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011
- ÇEBİ, Hakan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010

- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B.Bahadır: Milletarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2012
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SURAL, Ceyda: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 2, 2004
- EKŞİ, Nuray: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 3. Bası, İstanbul 2011
- EROĞLU, Muzaffer : “Avrupa’da Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri”, Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi”, Ekim 2008/2, ss.179-206
- GÖÇMEN, İlke: “Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerinin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkisi”, Ankara 2008
- GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yenilenmiş İkinci Bası, Ankara 2008
- HIRT, Hans C.: “Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ’s Decision in Inspire Art Ltd”, European Business Law Review, Volume :15, Issue: 5, 2004 , pp. 1189- 1122
- KARA, Etem: “Avrupa Birliği’nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği”, Ankara 2014
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22.Tıpkı Basım, Konya 2011
- KAYIHAN Şaban / YASAN Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012
- KENDIGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Birinci Baskı, İstanbul 2011
- LOOIJESTIJN-CLEARIE, Anne: Have the dikes collapsed? Inspire Art a further breakthrough in the freedom of establishment of companies?, European Business Organization Law Review, Volume:5, Issue: 2, 2004, pp.389-418
- LOWRY, John: “Eliminating Obstacles to Freedom Of Establishment: The Competitive Edge Of UK Company Law”, Cambridge Law Journal, Volume: 63, Issue:2, 2004, pp. 331-345
- MOROĞLU, Erdoğan: “Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı İle Gereççelerine Dair Değerlendirme Ve Öneriler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı: 6, 2006
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 19.Bası, Beta, İstanbul 2011
- ÖZEL, Sibel : “Avrupa Adalet Divanı’nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Ankara 2006
- PAPADOPOULOS, Thomas: “EU Regulatory Approaches to Cross-border Mergers: Exercising the Right of Establishment”, European Law Review, Volume: 36, Issue: 1, 2011, pp.71-97 (Regulatory Approaches to Cross-border Mergers)
- PAPADOPOULOS, Thomas: “The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive”, The 8th International Conference for Young Scholars at ESSCA, 2010, http://www.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Thomas_Papadopoulos.pdf, 15.04.2015 (The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms)

- PİEPER, Johannes: *European Cross-Border Merger After SEVIC*, Westlaw UK, 2009
- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, Güncellenmiş 13.Bası, İstanbul 2010
- PULAŞLI, Hasan: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esasları*, Ankara 2012
- SIEMS, Mathias M.: “*SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers*”, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Volume: 8, Issue:2, 2007, pp.307-316
- TEKİNALP, Gülören: “*Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 29,Sayı 1-2, 1999-2000
- ÜLGEN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer vd: *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009
- WOOLDRIDGE, Frank: “*Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*”, *EBLR*, 2003, pp. 227-235
- ZIMMER, “Daniel: “*Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd., judgment of 30 September 2003*”, *Common Market Law Review (CMLR)*, Volume: 41, pp.1127–1140, Netherland 2004