

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ORTAKLIKLARIN MERKEZİ KRİTERİ AT HUKUKU VE MÖHUK

Prof. Dr. GÜLÖREN TEKİNALP*

I. Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklık Statüsünün Tesbitinde Kriterler ve Centros Kararı

Ortaklıkların ehliyetine ve tüm kişiliğine uygulanacak hukukun (ortaklık statüsünün) belirlenmesinde milletlerarası özel hukukta ileri sürülen kriterlerin “ortaklık esas sözleşmesindeki şirket merkezi” (satisatüdeki merkez), “gerçek-fiilî merkez” (gerçek idare merkezi) veya “kuruluş hukuku” olduğu bilinmektedir¹. Bunlara ilaveten daha çok savaş dönemlerinde kullanılmış olan hisse ve sermaye ekseriyetine sahip kişilerin vatandaşlıklarına dayanan “kontrol kriteri”, tüzel kişilik kavramına aykırılığı sebebiyle, ortaklığın üçüncü kişilerle yaptığı işlemleri esas alan “muamele merkezi” kriteri de değişkenliği sebebi ile bilimsel anlamda savunulmamaktadır².

Avrupa Topluluğu Mahkemesi (ATM) 9.3.1999 tarihli Centros³ adıyla anılan kararında İngiltere’de, İngiliz hukukuna uygun olarak kurulmuş Centros şirketinin Danimarka’da şube açmasına, Danimarka

* İ. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, Genişletilmiş 6. bası, İstanbul 2000. Yazar eserinde genel anlamda tüzel kişileri ele almaktadır, 191 vd.; G. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 6. bası, (MÖH) İstanbul 1999, 65 vd.; G. TEKİNALP, Ortaklıkların Vatandaşlığı, 50. Yıl Armağanı, İstanbul, 1973, 570.

² Bkz. TEKİNALP (dn. 1), MÖH, 65.

³ C-212/97 Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, ATKD (1999) I-1459 vd.

makamlarınca izin verilmemesi üzerine açılan önkarar davasında ATA m. 48 (eski m. 58)'e, tam anlamıyla açıklık getiren bir yorum yaparak, Danimarka uygulamasının Topluluk hukuku ile uyumlu olmadığına karar vermiştir⁴.

Centros kararına konu olan olayda Danimarka'da ikamet eden, Danimarka vatandaşı bir kişinin İngiltere'de İngiliz hukukuna göre İngiltere ve Wales'te 1992 yılında kurduğu özel hukuk şirketinin şubesinin Danimarka'da açılmasına ve tesciline izin verilmemiştir. Çünkü söz konusu şirket 1992 yılında kuruluşundan itibaren İngiltere'de hiç bir faaliyette bulunmamıştır. Danimarka makamlarına göre Danimarka'da açılacak şube aslında gerçek idare merkezi gibi faaliyet gösterecek ve hatta şirketin esas ikametgâhı da Danimarka olacaktır. Zaten şirketin esas sermayesi olan 100 İngiliz sterlini (1000 Danimarka Kronu) İngiliz hukuku imkân verdiği için hiç ödenmemiş ve kurucu ortağın banka kasasında kalmıştır. Ayrıca, şirketin adresi de, kurucu ortağın eşinin İngiltere'de yaşayan bir arkadaşının adresinden ibarettir.

Danimarka'da bir limited ortaklığın kurulması için en az 200.000 Danimarka kronu ödenmelidir. Şubeyi tescil edecek olan Danimarka makamları, bunun için ortaklığın kuruluş belgelerini talep etmiş ve araştırma sonucunda yukarıdaki hususları tespit ederek durumun Danimarka hukukundan kaçmak ve Topluluk hukukunu kötüye kullanmak olduğunu iddia ile şubenin tescilini reddetmiştir. Centros yetkililerinin Danimarka mahkemesinde 1995 yılında açtığı dava reddedince başvurulmuş üst mahkeme Das Højesteret, ATM'den 1997 yılında yorum talebinde bulunmuştur. Davanın konusu ATA m. 52, 56 ve 58'in (yeni 43, 46, 48) yorumlanmasıdır.

Centros ortaklığı savunmasında, Danimarka hukukunun yabancı şirketin şubesinin tescili için gerekli gördüğü şartların yerine getirildiğini, çünkü İngiliz hukukuna uygun kuruluş işlemlerinin tamam olduğunu ve ATA m. 52 ve 58 (yeni 43, 48) uyarınca Danimarka'da şube açmaya hakları bulunduğunu ve İngiltere'de faaliyet göstermemiş olmalarının "yerleşme serbestisi" açısından önem arzetmediğini iddia etmiştir. Ortaklığın bu konuda örnek gösterdiği Segers⁵ kararında da

⁴ Bkz. dn. 3'te anılan Centros kararı, gerekçe, Nr. 39; Aksine yoruma imkân veren Daily Mail kararı için bkz. 81/87 The Queen/Daily Mail and General Trust Plc. ATKD (1988), 5483.

⁵ 79/85 Segers kararı, ATKD (1986), 2375.

diğer üye devlet ülkesinde kurulmuş bir ortaklık mensubunun hastalık sigortasından yararlanma talebi sırasında şirketin kurulduğu ülkede hiç faaliyette bulunmaması gerekçesi ile talebin reddi söz konusu idi.

ATA m. 43 ve 48 (eski m. 52, 58)'e göre bir üye devlet hukuku uyarınca geçerli olarak kurulmuş bir ortaklık, statüdeki merkezi, gerçek merkezi veya esas imatgahından biri de üye devletlerden birinde ise Topluluk hukukunda gerçek kişilere tanınan yerleşme serbestisinden aynen onlar gibi yararlanır (m. 48.1). ATM, Centros kararında, ilgili maddeleri ele alarak ATA m. 48 (eski m. 58)'i üye devletler açısından, ortaklık statüsünü gösteren kanunlar ihtilafı kurallarındaki farklılıkları törpüleyen ve farklı kriterlerin uyumlu kullanılmasına zemin hazırlayan bir *tanıma* kuralı şeklinde yorumlamıştır⁶.

II. AT Hukukunda Ortaklık Statüsü ve Ortaklıkların Tanınması

AT hukukunda ortaklıkların maddî hukuk açısından kuruluşlarını düzenleyen kurallar bulunmamaktadır. Bu husus üye devletlerin özgün hukuklarına bırakılmıştır. Açık bir deyişle üye devletlerden her biri ister merkez teorilerinden statüdeki merkez, ister gerçek merkez teorisini benimsesinler ve özel hukuklarını ona göre oluştursunlar, bu AT hukuku açısından fazla önem taşımaz. Çünkü ATA m. 48 (eski m. 58)'de düzenlenen husus bazı tüzel kişilerin bazı şartlarla Toplulukta temel serbestilerden yararlanmasıdır. Bu şartlardan en önemlisi üye devletlerden birinin hukukuna göre kurulmaktadır (m. 48.1). Bunun yanında Topluluk hukukundaki serbestilerden yararlanacak tüzel kişilerin "kazanç amacı" güden tüzel kişiler yani kooperatifler dahil ortaklık olması şartı da aranmaktadır (m. 48.2). Ayrıca, sözkonusu ortaklığın sırf AB üyesi devletlerden birinin hukukuna göre kurulması yetmemekte aynı zamanda ya statüdeki (idare) merkezinin⁷, ya gerçek idare merkezinin⁸ ya da esas ikametgahının⁹ üye devletlerden

⁶ Bkz. aynı fikir için, P. BEHRENS, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros Urteil des EuGH, IPRax (1999), 325 vd., 329.

⁷ İngilizcesi "registered office", almancası "satzungsmässigen Sitz".

⁸ İngilizcesi "central administration", almancası "Hauptverwaltung".

⁹ İngilizcesi "principal place of business", almancası "Hauptniederlassung". Hauptniederlassung ile Sitz arasında fark görülmemektedir. Bkz. Creifelds Rechts Wörterbuch, 7. bası, München 1983.

birinde bulunması gerekmektedir. Bu durumda ATA (AETA) hazırlanırken, en baştan beri, üye devletlerdeki farklı maddî hukuk ve buna bağlı olarak milletlerarası özel hukuk yaklaşımlarını gözönünde tutan bir düzenlemenin yapıldığı söylenebilir. Bu düzenleme ile üye devletlerden birinin hukukuna göre kurulup, statüdeki merkezi de orada olan ortaklığın, gerçek merkezinin diğer bir üye devlette bulunmasının ortaklığın varlığı ve hukukî geçerliliğinin kabulü ve tanınması ve Topluluk hukukunda mevcut serbestilerin (yerleşme ve hizmetlerin serbest dolaşımı) kullanılması açısından bir sakınca teşkil etmeyeceği açıklıkla ortaya konulmuştur.

Buna karşılık, iç hukuklarında ortaklıkların maddî hukuk açısından kuruluş şartlarının farklı olmasının Topluluk serbestilerinin kullanılmasında ve onlardan yararlanmakta fark yaratmaması bunun hiç bir farklı hukukî sonucu olmayacağı anlamına da gelmez. Üye devletlerden birinin hukukunda (A devleti), o devlet hukukuna göre kurulan ortaklığın statüdeki merkezinin de o ülkede bulunması hukuken varlık kazanma açısından yeterli ise gerçek merkezin başka ülkede (B) bulunması, hem (A) devleti hem AT hukuku açısından farklı ve olumsuz bir durum ortaya çıkarmayacaktır. Sırf gerçek merkezin sözkonusu (A) devletinde, statüdeki merkezin başka üye devlette bulunduğu hallerde ise ortaklık (A) devleti açısından yabancı olacaktır. Bu durum da, ATA m. 48 gözönünde tutulduğunda farklı sonuçlara varmayı gerektirmez. Buna karşılık, ülkesinde gerçek merkez esaslı olan bir üye devlette (C), ortaklığın sadece statüdeki merkezi bulunmakla beraber gerçek merkezi farklı bir üye devlet ise sözkonusu ortaklığın (C) devletinde hukuken geçerli olarak kurulmamış ve hukukî varlık kazanmamış olması gibi olumsuz bir hukukî durum ortaya çıkacaktır. Çünkü, bu halde ortaklığın hukukî ehliyet kazanması C hukuku uyarınca mümkün değildir. Dikkat edilirse, sorunun gerçek merkez esasını uygulayan ülkelerde¹⁰ yaşandığı anlaşılmaktadır.

¹⁰ Bu sorun ve Centros kararı karşısında Alman hukukunda çok sayıda bilimsel reaksiyon görülmüştür. Bkz. P. KINDLER, Niederlassungsfreiheit für Schein auslandsgesellschaften? die "Centros" - Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW, 52 (1999) 1993 vd.; G.H. ROTH, Gründungstheorie: Ist der Damm gebrochen? ZIP, 20 (1999) 861 vd.; P. ULMER, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ (1999) 662 vd.

III. Ortaklık Statüsü ve Ortaklık Merkezinin Değişmesi

Ortaklık merkezinin değişmesi halinde, ortaklık statüsünün yani ortaklığa uygulanacak hukukun değişmesi de ihtimal dahilindedir ve bu bir milletlerarası özel hukuk sorunudur. Ortaklığın kurulması (varlığı) ve onun devamı ise uygulanacak hukuktan farklı olup iç maddî hukuktaki kurallara tabidir¹¹. Bu konuda ortaklıkların kuruluşunda iç hukukta kabul edilmiş kuruluş hukuku, statüdeki merkez veya gerçek idare merkezi hukuku esaslarının uygulanmasına göre durum değişebilir ve ortaklığın varlığı ve kişiliği devam eder veya son bulur. Kuruluş hukuku kriterinin benimsenmesi halinde sırf merkez değişikliği ortaklığın varlığını devam ettirmesini olumsuz etkilemez. Ama statüdeki veya gerçek merkez esasları benimsenmişse bu merkezlerdeki değişme ortaklığı da şu veya bu şekilde etkiler ve bu da ortaklık statüsünde değişmeye yol açar. Duruma açıklık getirmek için ortaklığın ilk merkezinin bulunduğu devlet ile ikinci merkezinin (değişme hali) bulunduğu devletlerin hukuklarına bakılmak gerekir¹². Eğer ilk merkez hukukuna göre bu değişiklikle kişilik son buluyorsa, artık ikinci merkez hukukuna bakmaya gerek yoktur. Buna karşılık ilk merkez hukukuna göre kişilik devam ediyorsa, ikinci merkez hukukunda da anılan sonucun kabul edilip edilmediği yani aynı esasların hakim olup olmadığı önem kazanır. Eğer hukukî durum bu açıdan müsbetse o zaman ortaklığın varlığı ve kişiliği devam edecektir. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu halde uygulanacak hukuk yani ortaklık statüsü değişebilecektir. Tam aksine ikinci merkezdeki esaslara göre ortaklığın tasfiyesi gerekiyorsa varlık ve kişilik ilk merkezdeki olumlu hükümlere rağmen devam edemeyecektir ve bunun sonucu olarak ilk merkezde sona erme hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

AB hukuku ve ATA m. 48 (eski m. 58) açısından konu ele alındığında, ortaklık (Centros Ltd.), İngiliz hukukuna uygun kurulmakla var olmuştur ve kişilik kazanmıştır. Bu üye devlette gerçek merkezinin bulunmaması, AT hukukunu ilgilendirmemektedir. Hatta gerçek merkezin diğer bir üye devlet olması (Danimarka) ve o devlette de gerçek merkez esasının iç hukukta ortaklığın geçerli kuruluşu açısından kabul edilmiş olması bir önem taşımamaktadır. Çünkü ATA m. 48'e gö-

¹¹ Bu fikir için ayrıca bkz. BEHRENS (dn. 6), 329.

¹² G. TEKİNALP, (dn. 1), MÖH, 74 vd..

re, Centros Ltd. İngiliz hukukuna uygun olarak kurulmuş ve orada aranan şartları yerine getirmiştir. Maddeye göre statüdeki merkez, gerçek merkez veya esas ikametgâh farklı üye devletlerde olabilir. Olaydaki ortaklık bu durumun bir örneğini teşkil etmektedir. Toplulukta bir üye devletin hukukuna göre kurulmuş ve varlığını devam ettiren bir ortaklık, her bir üye devlette hangi kuruluş sistemi hakim olursa olsun, tüm üye devletlerde varlığını ve geçerliliğini sürdürecektir. Böyle bir ortaklık başka bir üye devlette şube açmak isteyince buna engel olmak da Topluluk hukukuna aykırı olacaktır. Söz konusu ortaklığın varlığı da ancak kuruluş hukukunun hükümlerine göre son bulacaktır. Toplulukta merkez değişikliğinin olumsuz etkilerinin kaldırılması için bir Yönerge taslağı üzerinde çalışmalar devam etmektedir¹³.

IV. AT Hukukunda Ortaklıkların Yararlandığı Serbestiler- İstisnaları-Centros Kararı

1. Genel Olarak Ortaklıkların Yararlandığı Serbestiler

ATA m. 48'e göre bir üye devlet hukukuna uygun kurulan ve statüdeki merkezi, gerçek merkezi veya esas ikametgâhı üye devletlerden birinde bulunan özel hukuk veya kamu hukuku ortaklıkları "*kazanç amaç*"ları bulunmak şartı ile *gerçek kişilerle eşit* biçimde yerleşme serbestisinden yararlanırlar. Bu tür ortaklıklar sadece yerleşme serbestisinden değil aynı zamanda ATA m. 55 (eski m. 66) uyarınca hizmetlerin serbest dolaşımı serbestinden de gerçek kişilere eş biçimde yararlanırlar.

Üye devlet ortaklıkları gerek yerleşme, gerek hizmetlerin serbest dolaşımı hakkından yararlanırken, bir diğer üye devlette yeni bir ortaklık kurabilirler, şube, acentalık veya yavru ortaklık açabilirler. Bu imkanları kullanırken kendilerine yabancılık dolayısıyla kısıtlama uygulanamaz. Yani o devletin kendi vatandaşları ile eşit şartlara tabi tutulurlar (ATA m. 43).

¹³ Ortaklıkların Merkezine İlişkin 14. Yönerge Taslağının ilk metni 1997 yılında ZIP, 1721'de yayınlanmıştır (Bkz. H. J. PRISTER, EU Sitzverlegung-Verfahrensablauf, ZGR (1999) 36 vd.'de dn. 1). Ayrıca bkz. K. SCHMIDT, Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftspraxis, ZGR (1999) 20 vd.

Buna karşılık serbesti açısından istisnaî olarak uygulanabilecek kısıtlamalardan bir grup gene gerçek kişilerinkilere benzeyen şekilde kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığının korunması ile ilgili olarak ATA m. 46.1 (eski 56)'de düzenlenmiştir. Diğer istisna imkânı ATM'nin içtihatları ile ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri yerleşme serbestisinin kötüye kullanılması, diğeri emredici genel menfaatlerin korunmasına ait kurallardır.

2. Serbestilere Getirilen İstisnalar

a) Kamu Güvenliği ve Kamu Düzeninin Korunması

Ortaklıkların kuruluş ve faaliyeti ile ilgili olarak kamu düzeni ve güvenliğinin ihlâl edilmesi haline hasredilmiş olan, geçerliliği devam edecek nitelikteki millî hukuk kısıtlamaları, üye devlet ortaklıklarına da uygulanır. Bu kısıtlamalar Topluluk hukuku anlamında meslekî veya ortaklıklara ait faaliyetlerde kamu düzeni ve güvenliği ile ilgili olan faaliyetlerdir. Bunların cezaî, polisiye veya işletmesel nitelikte faaliyetleri ihtiva ettiği kabul edilmektedir¹⁴. Anılan hükümlerin, yabancılar hukuku kuralı olmaları ve özel nitelikleri uyarınca doğrudan uygulanmaları nedeniyle, milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kuralı ile de ilgileri yoktur. Bunlar iç maddî hukuktaki kamu düzeni ve güvenliğini koruyan emredici nitelikli kurallardır.

Centros kararında ATM, karara konu olan Danimarka kuralları hususunda ATA m. 46 (eski m. 56)'nın, yani kamu düzeni ve güvenliğinin hiç bir yeri olmadığını açıklıkla ifade etmektedir. Kararda, ATM'ye göre serbest dolaşımı kısıtlayabilecek millî hukuk kuralının geçerliliğini korunması için dört unsur içermesi gerektiği tereddüde yer veremeyecek şekilde ortaya konulmaktadır¹⁵. Millî hukuk kuralı *emredici genel menfaati korumalı, ayrımcılık ihtiva etmemeli, amacı gerçekleştirilmeye elverişli ve ölçülü olmalıdır*. Bu ifade de göstermektedir ki, ATM'ye göre kuruluş hukuku ve statüdeki merkezin gerçek merkezden farklı yerde olmasının ATA m. 46 (eski m. 56) ile bir ilgisi yoktur.

¹⁴ BEHRENS (dn. 6), 327; P. TROBERG, in GROEBEN / THIESING / EHLER-MANN, Kommentar zum EU - / EG - Vertrag Artikel A - F EUV, Artikel 1-84 E GV, 5. Auflage Baden / Baden, 1997, Artikel 56, N. 10.

¹⁵ Centros kararı (dn. 3), gerekçe Nr. 34

Çünkü, istisna ilkesinin özünde yatan esaslar gerçek merkezin farklı üye devlette bulunması ile zedelenmemektedir. Zaten ATA m. 48 (eski m. 58) ile bu tür bir farklılığa açıkça imkân verilmektedir.

b) Emredici Genel Menfaatin Korunması

ATM'nin kararları ile bir genel ilke haline getirdiği "emredici genel menfaat"¹⁶ kavramı aynı zamanda milletlerarası özel hukukta "doğrudan uygulanan kurallar" olarak ileri sürülen ve kanunlar ihtilafı sistemini bertaraf eden nitelikteki kuralları da içermektedir. Bilindiği gibi bu tür bir kural Avrupa Topluluğunun yaptığı ve 1980 yılında yürürlüğe giren Akdi İlişkiye Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Sözleşmesinde yer almış ve ilk defa yürürlüğe bu antlaşma ile girmiştir (m. 7)¹⁷. Toplulukta yürürlükte olan bu Sözleşme yanında bazı üye devletlerin ve bazı batı avrupa devletlerinin hukuklarında da bu tip kurallarla ilgili düzenlemeler vardır¹⁸. Belli bir hukukta bir özel ilişkiye ait amaçlara ancak o hukuktaki kurallarla varılabiliyorsa aksi halde bu amaç gerçekleşmiyorsa sözkonusu ilişkiye ancak onu düzenleyen bu özel kurallar uygulanır. Topluluk hukuku açısından bu tip kuralların uygulanması için ölçülü olmaları ve amacı gerçekleştirmeye yeterli olmaları da aranmaktadır.

Eğer millî hukuk kuralları amacı gerçekleştirmeye yeterli olmaktan

¹⁶ Bu kavram Almancada: "zwingender allgemeinesinteresse", İngilizcede: "imperative requirements in the general interest" olarak ifade edilmektedir.

¹⁷ Deyim doğrudan uygulanan kurallar olarak ilk defa Fransız hukukunda ileri sürülmüş [Bkz. TEKİNALP (dn. 1), MÖH, 39 vd.], fakat milletlerarası antlaşmalarda ve bazı yeni kanunlarda (bkz. dn. 18) ayırtdedici özelliği pek anlaşılabilir şekilde emredici kurallar (mandatory rules-zwingende Vorschriften-dispositions impératives) olarak ifade edilmiştir: 1980 tarihli Akdî Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AT Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi), m. 7; 1978 tarihli Temsile (Agency) Uygulanan Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 16 gibi.

ATM emredici genel menfaat deyimini ile kavrama ayırtdedici bir özellik katmış görünmektedir (Centros kararı (dn. 3), Nr. 32, 34; Aynı konuda ayrıca bkz. C-19/92 Kraus Kararı ATKD (1993), I-663, Nr. 32; C-55/; Gebhard kararı, ATKD (1995), I-4165; Nr. 35.

¹⁸ Bkz.: Alm MÖHK m. 34; İsv. MÖHK m. 19 [Bkz. TEKİNALP, (dn. 1), MÖH, § 44, IV, 1, VI, 3].

çok daha sert ve aşırı iseler, yani aynı amaca daha yumuşak kurallarla varılabiliyorsa bu üye devletin sözkonusu millî hukuk kuralları uygulanmazlar. Oysa, bilindiği gibi maddî hukukta¹⁹, AT hukukunda-
kinden farklı olarak doğrudan uygulanan kurallar tatbikatında bu tür bir hassasiyet gösterilmemektedir.

Centros kararı açısından emredici genel menfaatin ne olduğu da üzerinde durulması gerekli bir konudur. Bunlar hissedarların sorumluluğu, ortaklığın ödeme gücü veya hissedarların ve alacaklıların korunması olarak ortaya çıkmaktadır²⁰. Acaba Danimarka hukukunun asgarî sermaye kuralı bu tür bir korumayı sağlayabilir mi? Ortaklığın İngiltere'de asgarî sermayeyi ödemesi, Danimarka'daki şubenin alacaklılarını korur mu veya azınlık hissedarlarının hakları Danimarka kuralı sayesinde güvence altına alınmış olur mu?

Diğer yandan, Danimarka hukuku açısından, asgarî sermaye ödenmeksizin İngiliz hukukuna uygun olarak kurulan Centros ortaklığının şubesinin Danimarka'da açılmasına, ortaklığın İngiltere'de hiç faal olmaması gerekçesi ile izin verilmemesi, korunması düşünülen genel menfaatler göz önünde tutularak değerlendirilirse amacı gerçekleştirebilecek nitelikte midir? ATM haklı olarak buna olumsuz cevap vermektedir²¹. Gerçekten de İngiltere'de ödenebilecek asgarî sermaye sonucu Danimarka'da şube açılmasına izin verilmesi halinde Danimarkalı alacaklıların hakları tam anlamı ile korunmuş olmaz.

Amacı gerçekleştiremeyen Danimarka hukukunun kuralı, ölçülü değildir. Alacaklıları korumak yerine başka devlet hukukundaki kuruluş hükümleri yüzünden millî ülkede şube açma talebinin reddine sebep olmaktadır. Topluluk hukuku anlamında bu da Danimarka düzenlemesinin amacı aşan bir millî kural olmasının gerekçesi addedilmiştir²². Bu konuda yapılabilecekler belki de Topluluk yönergelerinden istifadeyi gerektirmektedir. Çünkü, amacı gerçekleştirecek tedbirlerin millî hukuklarca alınabilmesi bazen perdeyi kaldırma ilkesi uygulanarak ortakların sorumluluğuna gidilmesi²³ ile ama daha çok Topluluk çapında uyumlaştırma ile mümkün olabilir. Topluluk yöner-

¹⁹ Bkz. TEKİNALP, (dn. 1), MÖH, 39 ve dn. 2'de yer alan yazarlar

²⁰ P. ULMER (dn. 10), 662 vd.

²¹ Centros kararı (dn. 3), gerekçe Nr. 35.

²² Centros kararı (dn. 3), gerekçe Nr. 35-37.

²³ P. ULMER (dn. 10), 664.

gelerinin uygulanması ve yenilerinin çıkarılması yoluyla uyumlaştırma yapılması güç gerçekleşse bile bu tedbirlerin en etkili olanlarıdır²⁴ (ATA m. 44, f, g).

*c) ATA'nın Yerleşme Serbestisi İlkesinin
Kötüye Kullanılması*

ATA'ya göre Toplulukta serbestiler esas, bunların sınırlandırılması istisnaidir²⁵. Topluluk hukuku çapında bu ilkeye tüm serbestiler açısından riayet edilir. Yerleşme serbestisi açısından da AB'ye üye devletlerin hukuklarında ortaklıkların kuruluşları hakkında hangi kriter kabul edilirse edilsin bir üye devlette hukuka uygun kurulan ortaklığın şubesi diğer bir üye devlette, sadece şubeye ilişkin hükümler uygulanarak açılmalıdır. Sırf milli kuruluş kuralları bahane edilerek şube açma izni talebi reddedilemez.

Centros kararı, bu durumu açıklıkla ortaya koymaktadır. Çünkü Danimarka makamlarının şube açma talebini red gerekçesi İngiliz hukukunun daha elverişli kuruluş kurallarıdır. Bu elverişli kurallardan istifade ile ve Danimarka hukukunun daha sert kurallarından kaçmak için ortaklığın İngiltere'de kurulduğu ve Danimarka hukukuna karşı hileli davranıldığı iddia edilmektedir.

Gerçekten de *sırf* bir üye devlet hukukundan kaçınmak için ATA hükümlerinin kullanılması Topluluk hukukunun kötüye kullanılması anlamını taşımaktadır. Ancak, Topluluk hukukunda kötüye kullanmanın kabulü için, Topluluk serbestisinin ruhuna aykırı bir kullanma sözkonusu olmalıdır.

Centros kararına konu olan olayda İngiliz hukukunun elverişli hükümleri, statüdeki merkezin İngiltere'de olmasına sebebiyet vermiş olabilir. Ama bu zaten ATA m. 48 (eski m. 58)'de verilen imkânın ta kendisidir.

ATA ile verilen imkânı tanımamak ve Danimarka makamları gibi onu uygulamamak ise Topluluk hukukuna aykırı düşer.

²⁴ 78/660 sayılı 4. Yönerge ATRG (1978), L. 222/11; 83/349 sayılı 7. Yönerge, ATRG (1983), L. 193/1; 89/666 sayılı 11. Yönerge ATRG (1989), L. 395/39.

²⁵ G. TEKİNALP, TEKİNALP/TEKİNALP, Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000, § 24, N. 7, 17.

V. Türk Hukukunda Ortaklık Statüsü ve Centros Kararının Değerlendirilmesi

Türk MÖHUK m. 8.4'e göre "Tüzel kişilerin (ortaklıklar dahil) hak ve fiil ehliyeti, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye olması halinde Türk hukuku uygulanabilir".

Bu hükümden, Türk hukukunda ortaklık statüsünün belirlenmesinde idare merkezi kriterinin benimsendiği, gerçek idare merkezi kriterinin istisnaen hakim in takdirine bağlı olarak uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Türk hukukunda, çoğu kara avrupası devletlerinde olduğu gibi TK'nın sistemi gereği ortaklıkların kuruluş hukuku ile statülerindeki idare merkezi bir ve aynı olur²⁶. Türkiye'de, Türk hukukuna göre kurulan bir ortaklığın statüdeki idare merkezi her zaman Türkiye'dedir²⁷.

Yabancı ülkede kurulmuş ve statüsündeki idare merkezi orada bulunan bir ortaklık Türk hukuku açısından statüdeki idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre geçerli şekilde kurulmuş ise Türkiye'de tanınır. Bunun anlamı kuruluş ülkesinde o ortaklığa bahşedilmiş tüzel kişilik ve ehliyetin *tanınmasıdır*. MÖHUK m. 8.4 ile genel olarak tüzel kişilerin tanınmasına ve milletlerarası özel hukuk açısından statülerine ilişkin düzenlenmiş olan bu kural uyarınca ortaya çıkan *statüdeki idare merkezi hukuku* ortaklık statüsü olarak da adlandırılabilir.

Centros kararını ve Türkiye'nin AT'ye tam üye olması durumunu düşünürsek MÖHUK m. 8.4'deki ortaklık statüsü bir sorun doğurur mu sorusuna, statüdeki idare merkezi ve/veya fiilî idare merkezinin Türkiye olması ihtimalinde geçerli olacak istisnaî gerçek idare merkezi kriteri gözönünde tutularak cevap verilmelidir.

Türkiyenin AB'ye üye olması halinde, ortaklık ilişkilerinde ATA m. 48 uygulanacaktır. Zaten ATA m. 48 ile MÖHUK m. 8. 4 c.1'deki kural arasında bir uyumsuzluk sözkonusu değildir. Sorun genel olarak sta-

²⁶ Bkz. fazla bilgi için bkz. G. TEKİNALP (dn. 1), MÖH, 69 vd.

²⁷ Bkz. G. TEKİNALP, (dn. 1) MÖH, 69 vd.; G. TEKİNALP, Yabancılar Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1998, 58 vd., 60 vd.

tüdeki merkez ile gerçek merkezin farklı olması halinde gerçek merkez kriterini esas alan ülke hukuklarında çıkıyor. MÖHUK'ta ise esas kural statüdeki idare merkezi hukukudur.

MÖHUK m. 8.4'de düzenlenen statüdeki idare merkezi kuralı karşısında, İngiltere'de İngiliz hukukuna göre kurulan ve statüdeki merkezi İngiltere'de olan Centros Ltd.'nin Danimarka'da şubesinin açılmasına izin verilmemesi doğru bir uygulama olarak görülmeyebilecektir. Buna karşılık Centros Ltd.'nin Türkiye'de şube açmak talebi karşısında eğer gerçek merkez Türkiye haline gelecekse Türk makamları da aynen Danimarka makamları gibi davranabilirler ki bu yukarıda açıklandığı gibi Topluluk hukukuna aykırı olur. Anılan sonucun ortaya çıkmaması için MÖHUK m. 8.4, c.2'de ki tek yanlı kuralda değişiklik yapmak gerekeceği gibi, buna ek olarak Ecnebi Şirketler Hakkında Kanun (EŞHK) m. 15'te de değişiklik yapmak ihtiyacı doğacaktır.

Hatta AB üyesi devletlerin ortaklıkları açısından genel bir yabancılar hukuku hükmü içeren EŞHK m. 15'de yapılacak değişiklik bu sorunun AT hukukuna uyumlu çözümlenmesinde esas teşkil edecektir. Çünkü, EŞHK m. 15'in anonim ve sermayesi paylara bölünmüş ortaklıklar açısından fiilî merkezin Türkiye olması halinde şubenin ya kapatılacağı ya da Türk ortaklığı haline geleceğini ifade eden yabancılar hukukuna ait emredici hükmü, EŞHK m. 15'e AB üyesi devletlerde kurulan ortaklıklarla ilgili bir istisna hükmü getirilmesini zorunlu kılacaktır.

Diğer yandan, MÖHUK m. 8.4, c.2'de yer alan tek yanlı istisna kuralının Topluluk hukuku ile uyumlaştırılmasında iki yol düşünülebilir. Bunlardan birisi: AB üyesi devletler açısından istisna kuralının iki yanlı bir uygulamaya tâbi tutulması, diğeri ise Topluluk üyesi devletler yararına ortaklıklarla ilgili MÖHUK m. 8.4'e bir ilave yapılmasıdır.

Durumu iki öneri açısından da açıklığa kavuşturmak için fiilî (gerçek) merkezin Türkiye veya AB üyesi devlette olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Ortaklığın fiilî merkezi Türkiye'de statüdeki merkezi AB üyesi olmayan 3. bir devlette ise MÖHUK m. 8.4, c.2'deki tek yanlı istisna kuralı, bu şekilde uygulanabilir, ama statüdeki merkez 3. bir devlette gerçek merkez AB üyesi bir devlette ise tek yanlı istisna kuralının AB üyesi devletler lehine de uygulanması ihti-

yacı eşitlik açısından sözkonusu olabilir. Bu halde MÖHUK m. 8.4, c.2'deki tek yanlı istisna kuralının sırf AB üyesi devletler lehine iki yanlı uygulanması çözümü ileri sürülebilirse de, maddenin tüm tüzel kişilerle ilgili olması, sadece AB üyesi devlet ortaklıkları açısından istisna uygulanmasının güçlük doğuracağı gözönünde tutulduğunda bu çözümün kabulü mümkün görünmemektedir.

MÖHUK m. 8.4'e 3. bir cümle ilave edilmesi önerisinin uygulamada daha net sonuçlar vereceği kanısındayım. Maddeye eklenecek: "Ortaklığın fiilî merkezinin bir AB üyesi devlet olması halinde de 2. cümledeki istisna uygulanabilir." ifadesi bu konuda karşılaşılabilecek sıkıntılara son verebilir.

Türkiye ile AB üyesi devletler arasındaki ilişkilerde AT hukuku ve ATA m. 43-48 hükümleri uygulanacağından MÖHUK m. 8.4'ün uygulanması sözkonusu olmayacaktır.

Diğer yandan MÖHUK m. 8.4 c.2'deki istisna kuralının uygulanmasında hakime tanınan takdir hakkının problem doğurması da bir diğer ihtimaldir. Bununla beraber kararlı bir uygulamanın gerçekleştirilmesi büyük bir olasılıktır. Topluluktaki eşitlik ilkesi uyarınca fiili (gerçek) merkez kriterinin istisnai uygulamasının adilane yapılacağı, aksi takdirde ATM'den ön karar istenilmesi durumunun ortaya çıkacağı ve olayın özelliği gerektiriyorsa istisna kuralında yer alan kriter ister millî mahkemelerce, isterse ön kararın sonuçları nazara alınarak başvurulabileceği söylenebilir. Tabii bu uzun ve zahmetli yola gitmeyi önlemek için mahkemelerimizin gerekli hassasiyeti göstermeleri temenni edilir.