# U.U. International Journal of Social Inquiry /U.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt / Volume 8 Sayı / Issue 2 2015 ss./pp. 115-153

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHATLARI IŞIĞINDA TİCARİ ŞİRKETLERİN YERLEŞME VE
SERBEST DOLAŞIM ÖZGÜRLÜĞÜ**

***Sinan Can KONYALI[[1]](#footnote-1)\****

Makale Geliş Tarihi-Received: 21.02.2017
Makale Kabul Tarihi-Accepted: 28.04.2017

**ÖZ**

*Avrupa Birliği Ortaklık Mevzuatı’nda gerçek kişilere tanınan serbest dolaşım özgürlüğü, Kurucu Andlaşma’da yer alan hükümler gereğince tüzel kişilere de uygulanabilir niteliktedir.**Bu durumun sonucu olarak herhangi bir Birlik üyesi devlette kurulan bir ticari şirket, Birlik’e üye diğer devletlerde, herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmaksızın ticari faaliyette bulunabilecektir. Serbest dolaşım ve yerleşme özgürlüğü tüzel kişilerde, şirket merkezinin bir ülkeden diğerine taşınması; ya da diğer ülkelerde şube veya bağlı şirket açılması yoluyla sağlanmaktadır. Üye devletler, serbest dolaşım ve yerleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca yabancı şirketlerin, ülkelerinde ticari faaliyette bulunmasına kısıtlama getiren iç hukuk hükümlerinden kaçınmak durumundadır. Tüzel kişilere tanınan bu iki hakkın altında yatan temel gaye ise yerli-yabancı şirket ayrımının ortadan kaldırılması suretiyle sermaye akışının hızlandırılması ve ortak pazar ekonomisinin sağlanmasıdır. Ancak üye devletlerin iç hukuk hükümleri ve kanunlar ihtilafı mevzuatlarındaki farklılıklar, uygulamada büyük sorunlara yol açmaktadır. Çalışmanın konusunu da; uygulamada karşılaşılan bu sorunların Ortaklık Mevzuatı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında incelenmesi oluşturmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Serbest Dolaşım Özgürlüğü, Yerleşme Özgürlüğü, Tüzel Kişilerin Tanınması, Yerli-Yabancı Şirket, Avrupa Birliği Adalet Divanı.

**JEL Kodları:** K33, K39, F60

**THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND MOBILITY OF CORPORATIONS IN CONSIDERATION OF EUROPEAN UNION LAW AND EUROPEAN COURT OF JUSTICE’S AWARDS**

**ABSTRACT**

*The freedom of mobility granted to natural persons in the European Union Association Legislation is also applicable to the member state legal persons as per the provisions in the Founding Treaty. As a result, a commercial established in an EU member state can conduct commercial activities without any limitations in other EU member states. Freedom of mobility and establishment in legal persons is realized through the relocation of the corporation headquarters from one country to the other or through establishment of branches or affiliated corporations in other countries. Member states are obliged to refrain from legislating national legal provisions which restrict the commercial operations of foreign corporations in their country pursuant to the principle of freedom of movement and establishment. The main purpose of these two rights granted to the legal persons is to increase capital flow and promote common market economy through the ablosihment of foreign – domestic corporation distinction. However, the differences between member states' national legislation and the legislation regarding the conflict of laws lead to crucial problems in practice. This study focuses on the examination of these problems in the light of Association Legislation and the decisions of the European Union Court of Justice.*

**Keywords:** Freedom of Movement and Establishment, Recognition of Legal Persons, Distinction of Foreign – Domestic Corporation, the Situation of the Commercial Corporation Statutes in Turkey, Decisions of the European Union Court of Justice.

**JEL Codes:** K33, K39, F60

**GİRİŞ**

Avrupa Birliği’nin (AB) kuruluşundan itibaren esas amaçlarından biri de, Birlik’e üye devletler arasında ticaret ve dolaşımın önündeki engelleri ortadan kaldırmak ve bir ortak pazarın oluşturulmasını sağlamaktır. Birlik, bu doğrultuda Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET) kuran 1957 tarihli Roma Andlaşması'nda dört temel serbestinin yerine getirilmesine ilişkin hükümlere yer vermiş; bunun sonucu olarak da kişilerin, malların, sermayenin ve hizmetlerin AB üye devletleri arasında serbestçe dolaşımının önünü açmayı hedeflemiştir.

Söz konusu serbestiler AB vatandaşı gerçek kişileri olduğu kadar; Birlik üyesi devletlerden birinde kurulmuş olmak ve ticari faaliyetlerini üye devlet sınırları içerisinde yerine getirmek kaydıyla tüzel kişileri de kapsamaktadır. Şirketler bu hakkın temelini, Avrupa Birliği'nin İşleyişi İlişkin Andlaşma'nın (ABİİA) birinci kısmının, *Kişilerin, Hizmetlerin ve Sermayenin Serbest Dolaşımı* isimlidördüncü başlığının 54. (eski md. 48) maddesinden almaktadır:

*“Bir üye devlet mevzuatına göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik içinde bulunan şirketler, bu Bölümde yer alan hükümlerin uygulanması bakımından, üye devlet uyruğu gerçek kişilerle aynı muameleye tabi olur. “*

Söz konusu hüküm ile gerçek kişilere tanınan serbest dolaşım hakkının, tüzel kişilere de uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir. Bu ilke ile birlikte gerçek kişilere tanınan dolaşım serbestisi tüzel kişilere de tanınacak; üye devletlerden birinde kurulmuş ve ticaret siciline kayıtlı bulunan bir şirket, başka bir üye devlet sınırları içerisinde faaliyet göstermek ya da ticari faaliyet alanını genişletmek istediğinde, diğer üye devletlerin yabancı tüzel kişilere ilişkin iç hukuk mevzuatlarına takılmadan, ilgili ülkede tescil edilmek istenen yerli bir şirket gibi yararlanabileceği ifade edilebilir. Bunun sonucu olarak da üye devletler arasında ticari dinamizm ve akışkanlığın temin edileceğinden bahsedilebilir.

Avrupa Birliği Andlaşması (ABKA) ve ABİİA’da şirketlerin kurulması, diğer bir devlette şube açması ya da merkezini bir üye devletten diğer bir üye devlete taşıması konusunda hükümler mevcut değildir. Bu husus, üye devletlerin iç hukuk düzenlemeleri ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Ancak üye devletlerin iç hukuk mevzuatlarındaki farklılıkları, kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaya çalışan girişimciler; kuruluş kolaylığı, asgari sermaye tutarının azlığı, ortakların sınırlı sorumluluğu gibi sebeplerle kendilerine uygun buldukları devletlerde şirketlerini kurduktan sonra; diğer Birlik üyesi devletlerde şube açıp esas faaliyetlerini buralarda sürdürme yolunu seçmektedir. Örneğin İngiliz Hukuku’nda, şirket kuruluşu için istenen asgari sermaye miktarı, Alman Hukuku’na nazaran çok daha düşüktür. Bunun bir sonucu olarak da İngiltere’de kurulan ve esas amacı Almanya’da faaliyet göstermek olan bir şirket, merkezinin bulunduğu İngiltere’de hiçbir faaliyet göstermeyip tüm ticari işlerini, açtığı sözde şubelerle Almanya’da yoğunlaştırmaktadır. Alman ticaret siciline tescilden sonra durumun fark edilmesi üzerine Alman makamları, tescil işleminin iptaline yönelik dava açtığında ise davalı, ABİİA’nın 54. Maddesini gerekçe göstererek yabancı ülkede kurulan şirketinin, serbest dolaşım hakkının kısıtlanamayacağı savunmasında bulunmaktadır. Tescil işleminin esas sermaye tutarının karşılanmamış olması sebebiyle reddi halinde de aynı durum geçerli olmaktadır. Bu durumda davacı ile davalı rolleri değişmekte; iddia sırası kendisine geçen İngiliz şirket, Alman iç hukuk mevzuatında yer alan esas sermaye tutarı hakkındaki hükmün, ABİİA’nın 54. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Söz konusu yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğünün getirdiği diğer bir sorun ise; üye devletler kanunlar ihtilafı hukuklarında, şirketlerin tâbiiyetine uygulanacak hukukun farklı temellere dayanmasıdır. Şirketlerin ehliyetine, kişiliğine ve iç işleyişine uygulanacak hukukun tespitinde milletlerarası özel hukuk alanında ileri sürülen iki temel teori mevcuttur. Bunlar *“kuruluş yeri”* ve *“gerçek idare merkezi”* teorileridir. Şirketlerin kuruluş yerlerini ve ticari faaliyet alanlarını tercihindeki bir diğer kriteri de, üye devletlerin iç hukuk kanunlar ihtilafı mevzuatlarındaki, yabancı şirketlerin statüsüne ilişkin kabul ettikleri işbu teoriler oluşturmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz örnekte İngiltere’de kurulan, merkezi İngiltere’de bulunan, ancak faaliyet merkezi Almanya’da olan şirket; kuruluş yeri teorisini benimseyen bir ülkede İngiliz Hukuku’na tâbi olmaktadır. Ancak gerçek idare merkezi teorisini benimseyen Almanya ise şirketin tâbiiyetine Alman Hukuku’nu uygulamaktadır. Tâbiiyete uygulanması lazım gelen hukuklar arasındaki işbu farklılıklar da diğer bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ışığında; bir yandan ABİİA’nın ticari şirketlere tanıdığı yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğünün kriterleri belirlenmeye çalışılacak; ayrıca ticari şirketlerin dürüstlük kuralına aykırı uygulamalarına değinilecektir. Bu bağlamda kanunlar ihtilafı kuralları açısından halihazırda ve muhtemel sorunlara ilişkin, AB ve üye devletlerde alınan hukuki tedbirler de dikkate alınarak, çözüm yöntemleri ortaya konulacaktır.

**1. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKU AÇISINDAN ŞİRKETLERİN TANINMASI**

**1.1. Genel Olarak**

Üye devletlere özgülenmiş ortak bir pazar oluşturulmasının en önemli sebeplerinden birisini, şirketlerin AB’ye üye devletler içinde özgürce dolaşabilmeleri ve bu dolaşımın önündeki engellerin ortadan kaldırılması oluşturmaktadır. (Michoudi, 2013: 4) AET’yi kuran 1957 tarihli Roma Andlaşması'nın eski 2.[[2]](#footnote-2) ve yeni ABKA 3/3. maddesinde[[3]](#footnote-3) bu amaç açıkça belirtilmiştir[[4]](#footnote-4). Bu hakkın gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilere de tanınması, AB'nin kuruluşunun temel amaçlarından birini oluşturmaktadır. Bu doğrultuda andlaşmanın esas unsurlarından olan yerleşme özgürlüğü ilkesinin bir uzantısı niteliğindeki serbest dolaşım hakkı, her bir üye devlet ekonomisinin, diğer üye devlet ekonomileriyle bütünleşmesine fayda sağlamaktadır. (Moustaki, Engammare, 2008: 253) Ortak bir pazarın oluşturulmasının altında yatan en önemli faktörler:

*\* Şirketlerin AB sınırları içinde özgürce dolaşabilmelerinin temini,*

*\* Üye devlet şirketlerine karşı, Birlik’e üye diğer devletler tarafından konulacak serbest dolaşım özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların kaldırılması,*

*\* Üye devletlerin iç hukuk şirketler mevzuatının ABKA ve ABİİA’da yer alan maddelerle uyumlulaştırılmasıdır.*

Şirketler, serbest dolaşım ve yerleşme özgürlüğü haklarını; diğer bir üye devlet sınırları içerisinde şube açarak, merkezini diğer bir üye devlete taşıyarak; dolayısıyla da o devlet sınırlarında kurulmuş yerli bir şirket gibi ticari faaliyetlerde bulunarak kullanmaktadır. Ancak bahsedilen bu durum, üye devletlerin ulusal şirketler hukuku mevzuatlarındaki kuruluş kolaylıklarından yararlanmak isteyen şirketlerin; kuruluş için kendisine en uygun devlet mevzuatını belirleyip, tüzel kişiliklerini buna göre kazandıktan sonra diğer üye devletlere açılmalarına olanak tanımaktadır. Asgari sermaye miktarının düşük olması, şirketteki pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu, şirket alacaklısı üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin hükümlerin farklılığı gibi olgular, tahdidi olmamak üzere, kuruluş yerinin seçiminde önem arz eden başlıca etkenlerdir. (Ansay, 2003:7) Bunun sonucu olarak da girişimciler, bu kolaylıkları kendi çıkarları doğrultusunda kullanarak, kendilerine en uygun buldukları devletlerde şirketlerini kurup; idare merkezini başka üye devletlere taşımakta veya diğer bir üye devlette açtıkları *“sözde”* şubeleri sayesinde ticari faaliyetlerini buralarda yoğunlaştırabilmektedirler. Böylece şirketin kurulduğu merkez; bir kabuk halinde kalmakta, asıl ticari faaliyetler şubenin bulunduğu devlette yoğunlaşmaktadır. Sonuç olarak da şubenin bulunduğu devletteki şirketler hukuku mevzuatındaki iç hukuk düzenlemelerinden de kaçınılmış olmaktadır. Bu durum, son yıllarda AB devletleri arasında büyük tartışmaların önünü açmıştır.

ABAD’ın şirketlerin yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğü ile ilgili geçmiş yıllarda verdiği Centros[[5]](#footnote-5), Überseering[[6]](#footnote-6), Daily Mail[[7]](#footnote-7), Inspire Art[[8]](#footnote-8) ve Sevic[[9]](#footnote-9) kararlarından sonra söz konusu tartışmalar büyüyerek devam etmektedir[[10]](#footnote-10). Bu kararlar, üye devletlerde kurulmuş olan ve başkaca bir Birlik üyesi devlette faaliyet göstermek isteyen şirketler adına yerleşme özgürlüğünün, bir yandan sınırlarını belirlerken; diğer yandan şirketlerin başka bir ülkede açtığı şube yoluyla bütün ticari faaliyetlerini, şubesinin bulunduğu ülkede yoğunlaştırmasına olanak tanımaktadır. İç hukuk düzenlemelerinin yeterli olmaması sebebiyle serbest dolaşım ve yerleşme özgürlüğünün sağlanması ve sınırlarına yönelik kriterler ABAD’ın içtihatlarıyla belirlenerek geliştirilmiştir[[11]](#footnote-11).

**1.2. Kanunlar İhtilafı Kuralları**

Bir ülkede faaliyet gösteren yabancı bir şirketin tâbiiyetine hangi hukukun uygulanacağının tespiti bir kanunlar ihtilafı meselesidir. Şirketin kuruluş şartları, hak ve fiil ehliyeti, ortakların şirket borçlarından diğer ortaklara ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu, şirket yönetimi ve sona ermesi gibi düzenlemelerin yabancı bir şirkete uygulanabilirliği, öncelikle şirket statüsünün belirlenmesinden geçmektedir. (Aygül, 2007: 57)

**1.2.1. Kabul Edilen Teoriler**

Şirketlerin, kuruldukları ülke dışında faaliyet göstermesi ve serbestçe dolaşabilmesi, çeşitli kanunlar ihtilafı sorunlarını da beraberinde getirmektedir. Kuruluğu ülkeden başka bir ülkede faaliyet gösteren, diğer bir deyişle *“yabancı”* şirketlerin tabiiyetine uygulanacak hukukun belirlenmesi, bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tip ihtilafların çözümünde Milletlerarası Özel Hukuk alanında iki önemli teori ortaya atılmıştır. Bunlar *“Kuruluş Yeri (Incorporation Theory)”* ve *“Gerçek İdare Merkezi (Real Seat Theory)”* teorileridir[[12]](#footnote-12). (Frost, 2005:361-363) Kuruluş yeri teorisi uyarınca şirketlere, sicile kayıtlı oldukları ülke hukukunun; gerçek idare merkezi teorisinde ise, şirketin ticari faaliyetlerinin yoğunlaştığı ülke hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Üye devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında tercih ettiği teoriye bağlı olarak yabancı şirket tabiiyetine uygulanacak hukuk da değişkenlik gösterecektir. Bunun sonucu olarak da *“şirketlerin ya da ortaklıkların tanınması”* sorunu ile karşı karşıya kalınabilir[[13]](#footnote-13). (Ansay, 2003:3) (Tekinalp, 1999-2000:911) Tanınma sorununu, yukarıda bahsedilen teorik ihtilaflara değindikten sonra açıklamaya çalışacağız.

***1.2.1.1. Kuruluş Yeri Teorisi***

Bu teorinin temelinde tüzel kişi, gerçek kişiye benzetilmektedir: *“Her kişi, doğal ya da yapay, doğumla birlikte babanın ikametgâhında kişilik kazanır. Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi doğumla kişilik kazanır. Gerçek kişinin ikametgâhı babanın ikametgâhıdır. Tüzel kişinin ikametgâhı ise tüzel kişinin doğduğu ülke, yani kurulduğu ülkedir.”* (Roth, 2003:183) Bunun sonucu olarak hangi ülkede faaliyet gösterirse göstersin şirketler, kuruldukları ülke hukukuna tabi olmalıdır. Söz konusu teorinin temelleri, 18. yüzyılda ticari faaliyet alanını dünya çapında genişleten İngiltere'de atılmış ve denizaşırı ülkelerde ticari faaliyetlerde bulunan İngiliz şirketlerine nerede olurlarsa olsun, kendi ülke hukukunun uygulanmasının önü açılmak istenmiştir[[14]](#footnote-14).

Bu teoriye göre bir şirket, herhangi bir ülkede geçerli bir şekilde kurulduktan sonra, faaliyette olduğu ülke hukuku nazara alınmaksızın bütün devletlerce tanınmakta ve bu şirkete uygulanacak hukuk da değişmeksizin kurulduğu ülke hukuku olmaktadır. (Doğan, 2015: 258) Bunun sonucu olarak da girişimciler kendilerine en uygun buldukları ülkelerde şirketlerini açıp, kuruldukları ülkenin iç hukuk mevzuatının kendilerine sağladığı kolaylıklardan, diğer tüm AB üyesi devletlerde faydalanabilme olanağına sahip olmaktadırlar. Şirketin merkezi kurulduğu ülkede kaldığı sürece uygulanacak hukuk değişmeyeceğinden, idare merkezinin başka bir ülkeye taşınması ya da başkaca bir ülkede şube açılması şirkete uygulanacak hukuku değiştirmeyecektir. Kuruluş yerinden kasıt, şirketlerin sicile kaydedildiği yerdir ve bu teori *“sicil yeri teorisi”* olarak da adlandırılmaktadır. (Aygül, 2007: 90) (Kara, 2014: 32)

Aynı şekilde bu teoriyi benimsemiş ülkelerde ticari faaliyette bulunan, ancak kuruluş yeri farklı bir ülkede olan şirketler de yeniden kuruluşa gerek kalmaksızın tanınacak ve bu şirketlere de kuruldukları ülke hukuku uygulanacaktır. (Kara, 2007: 32) Ancak bu teoriyi benimseyen ülkelerde, kendi sınırları dışında kurulan ve uygulamada *“posta kutusu”* ya da *“sözde yabancı”* şirketler olarak addedilen teşebbüslere de rastlanılmaktadır. (Ansay, 2003: 1) Birlik üyesi bir devlette faaliyet gösteren bu tip şirketlere karşı ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel en temel sorun ise, şirketten alacaklı ülke vatandaşlarının korunması isteğidir. Faaliyetlerini yürüttüğü ülkede kurulmadığı için esas sermayesi bilinmeyen ya da kontrol edilemeyen, ortaklarının şirket borçlarından kişisel sorumluluğu noktasında yabancı hukuk hükümlerinden bihaber olan vatandaşlarını; dolayısıyla da kamu menfaatini koruma gereği gözeten ülkeler, iç hukuk mevzuatlarında kimi önlemler almaktadır. Ancak bu gibi tedbirler, şirketlerin yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle dava konusu yapılmaktadır.

Bu teorinin avantajı, uygulanacak hukuk tartışmalarının önüne geçmesi; dolayısıyla ticari dinamizmi ve akışkanlığı temin etmesidir. Kendi ülke hukukuna göre geçerli olarak kurulmuş her şirketi, kendi ülkesinde kabul eden ya da dış ülkelere açılmak isteyen şirketlere yönelik olarak sınır ötesi ticari faaliyetlerde berraklığı sağlayan bu sistemin eleştirilen yanı ise yukarıda bahsedilen posta kutusu ya da sözde yabancı şirketlerin oluşumuna imkân vermesidir. Ayrıca, sayısız teşebbüsün faaliyet göstermesi sonucunda; hükümetlerin, şirketleri düzgün bir biçimde kontrol edememesi, şirket alacaklısı üçüncü kişilerin alacaklarının temininde sıkıntıya düşmesi, ülkenin iç ticaretinde genel bir güvensizliğe ve ülke içi ticari istikrarsızlığa sebebiyet verebilecek imkânların önünü açması gibi ihtimaller de bu teorinin en sakıncalı yanlarıdır. (Frost, 2005: 363) Bunun yanı sıra Avrupa'da da ABD’de olduğu gibi bir *“Delaware Etkisi'nin”* baş göstermesi endişesinden kaynağını alan tartışmalar da mevcuttur[[15]](#footnote-15). (Panayı, 2009: 8)

***1.2.1.2. Gerçek İdare Merkezi Teorisi***

Bir ülkenin kendi toprakları üzerindeki egemenlik yetkisinin ve mutlak otoritesinin kullanımına yönelik olarak 19. yüzyılda ortaya çıkmıştır[[16]](#footnote-16). Bu teoriye göre şirket faaliyetlerinden en çok etkilenen ülke, şirketin idare merkezinin bulunduğu ülkedir ve yine bu sebeple bu şirketlere uygulanması gereken hukuk da, idare merkezinin bulunduğu ülkenin hukukudur. (Frost, 2005: 363) (Kara, 2014: 27) Gerçek idare merkezi, şirketin ana sözleşmesinde gösterilen şirket merkezi değildir. Şirketin gerçek idare merkezi; genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu gibi organların bulunduğu ve şirketin faaliyetleri hakkında kararların alındığı ve bu kararların uygulandığı yerdir. (Güngör, 2015: 208) (Aygül, 2007: 26) Başka bir deyişle idare merkezi; şirketin asıl ticari faaliyetlerinin yürütüldüğü yer olarak da adlandırılabilir. Örneğin Hollanda'da kurulan bir şirket, yerleşim ve serbest dolaşım özgürlüğü kapsamında ticari faaliyetlerini Fransa'da yoğunlaştırabilir. Bu gibi durumlarda bu şirketin kuruluşuna, ehliyetine, iç işleyişine uygulanacak hukuk; bu şirketin asıl faaliyetlerini yürüttüğü yer olan Fransız Hukuku'dur. Kuruluş yeri hukukunu esas alan bir ülkede ticari faaliyetlerin yoğunlaştığı farz edildiğinde ise durum değişmeyecek ve söz konusu şirkete uygulanacak hukuk, Hollanda Hukuku olarak devam edecektir.

Bu teori, şirketlerin kuruluşuna, hak ve fiil ehliyetlerine, işleyişine uygulanması gereken hukuk kuralının, o şirketin idare merkezinin bulunduğu ülkenin hukuk kuralları olduğunu savunmaktadır. Gerçek idare merkezi teorisi, şirketlerin tanınması konusunda milletlerarası özel hukukta irade serbestisinin yansıması olan uygulanacak hukukun taraflarca tespitini reddetmektedir. (Aygül, 2007: 82) Söz konusu teoride şirketin kuruluş yerinin, aynı zamanda ticari faaliyetlerinin yürütüldüğü yer olması şartı aranır. Diğer bir deyişle şirket, ticari faaliyetlerinin ağırlıklı olduğu ülkede kurulmalıdır. Başka bir ülkede kurulduysa da; merkezini, ticari faaliyetlerinin yoğunlaştığı diğer bir ülkeye taşımalıdır. Bu durumun sonucunda Birlik’e üye bir devlette kurulup da ticari faaliyetlerini bu teoriyi benimsemiş diğer bir devlette sürdürmek isteyen bir şirket, ikinci ülkede tanınmama problemiyle karşılaşabilir; tüzel kişiliği olmadığından bahisle icrai nitelikteki işlemleri yok sayılabilir, faaliyetleri yasaklanabilir, ortakların şahsi sorumluluğuna gidilebilir. (Kara, 2014: 27) Bu tip yaptırımlar da, tüzel kişilere tanınan yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğünün yok sayıldığı şeklinde iddialara zemin hazırlar niteliktedir.

Örneğin ileride inceleyeceğimiz ABAD’da görülen Überseering davasında; Hollanda Hukuku'na göre kurulmuş Überseering şirketi Almanya'da gayrimenkul almıştır. Bu gayrimenkuldeki tadilatlar için Almanya'da başka bir şirket ile anlaşılmıştır. Bu sırada iki Alman vatandaş, Hollanda şirketinin hisselerini satın almış ve boya işinin ayıplı ifa edildiği iddiası ile Alman Mahkemesi'ne başvurmuştur. Yerel mahkeme ve istinaf mahkemesi, Almanya'da gerçek idare merkezi teorisinin benimsenmiş ve şirket hisselerinin iki Alman vatandaşı tarafından alınmış olması nedeniyle davacı şirketin idare merkezinin Almanya'da olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, davacı şirketin statüsüne Alman Hukuku’nun uygulanması gerektiğinden bahisle; şirketin hak ve fiil ehliyetinin kabul edilmesi için Almanya'da kurulmuş olması gerektiğini ve bu şartların sağlanmamış olması nedeniyle taraf ve dava ehliyeti yokluğundan davanın reddine karar vermiştir. Bu karar da ABKA'nın şirketlerin serbest dolaşım ve yerleşim özgürlüğüne ilişkin maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile ABAD'ın önüne gelmiştir.

Bu teoriyi benimseyen ülkeler kendi hukuklarını, ülkelerinde faaliyette bulunan şirketlere direkt olarak uygulamakta; bunun sonucu olarak da kamu menfaatinin sağlanması kolaylaşmaktadır. Belirli bir hukuki güvenliği sağlayan ve ülkedeki tüm şirketlere tek bir hukukun uygulanması sonucunda yargılamanın kolay ve hızlı bir şekilde yürümesini temin eden bu teori; işçiler, alacaklılar gibi kişilerin haklarını etkin şekilde korunmakta; ayrıca yukarıda bahsedilen kötü niyetli posta kutusu şirketlerin oluşumunun önüne geçmektedir. (Ebke, 2005: 12) Ülkeler de kendi toprakları üzerinde otoritelerini sağlamaya yönelik olarak bu teoriyi tercih etmektedir.

Avantajlarının yanında bu teorinin en çok eleştirilen yanı da; özellikle uluslararası ya da çok uluslu; yani birden çok ülkede faaliyette bulunan şirketlerin idare merkezinin belirlenmesindeki zorluklardır. (Doğan, 2015: 258) İletişimin ve teknolojinin gelişimine paralel olarak şirketler, tek bir merkezden idare edilmekten uzaklaşmaktadır. Birden çok ülkeyi kapsayan bir pazarda faaliyet gösteren, yetkilerini ülkeler bazında dağıtan bir şirketin statüsüne uygulanacak hukukun belirlenme çabaları, hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. (Kara, 2014: 30) Bunun yanı sıra bu teori, AB’ye üye devletlerde kurulan şirketlerin serbest dolaşımının önündeki en büyük engel olarak görülmektedir. İleride inceleyeceğimiz ABAD’ın önüne gelen Centros davasının ardından, söz konusu teorinin çökmeye başladığı gibi tartışmalar baş göstermiştir[[17]](#footnote-17).

**1.3. Şirketlerin Tanınması**

ABİİA ile şirketlere tanınan yerleşim ve serbest dolaşım özgürlüğü haklarından yararlanılabilmesinin ön koşulunu; şirketlerin Birlik üyesi devletlerde tanınması oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, şirketlerin bu haklardan yararlanabilmesi için, kurulduğu devlet dışındaki diğer üye devletlerde de tanınması gerekir. Tanıma, özü itibari ile bir kanunlar ihtilafı konusudur. Bu bağlamda tanıma, yabancı ülkede kurulmuş bir şirketin kurulduğu ülke dışındaki başka bir ülkede de kişiliğinin kabul edilip, haklara ve borçlara ehil sayılması anlamına gelmektedir. (Tekinalp, 1976: 311) Bunun yanı sıra tanıma kavramı, yabancı bir şirketin başka bir ülkede hak ve borçlara ehil sayılmasını temin etmekle kalmamakta; aynı zamanda şirketlerin kurulduğu ülkelerin, diğer ülkelere açılmasını engelleyici iç hukuk düzenlemelerinin önüne geçmeyi de amaçlamaktadır. (Ansay, 2003: 2)

Bir şirketin ya da ortaklığın tanınması, Birlik üyesi devletlerin yukarıda bahsedilen *“kuruluş yeri”* ya da *“gerçek idare merkezi”* teorilerinden hangisini kabul ettiğine göre değişkenlik gösterir. Kuruluş yeri teorisinin benimsendiği ülkelerde; kurulduğu ülke hukukuna göre geçerli bir şekilde varlık kazanmış yabancı bir şirkete, yine kurulduğu ülkenin hukuku uygulanacağından şirketin tanınma problemi ile karşı karşıya kalınması gibi bir durum ortaya çıkmamaktadır. Bu sorun, aslen gerçek idare merkezi teorisini benimsemiş ülkelerde boy göstermektedir.

Yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğüne yönelik sınırlamaların çerçevesi ABAD’ın içtihatları ile belirlenmeye çalışılmaktadır. ABAD, Centros davasında yerleşim özgürlüğü hakkının kötüye kullanılmasına, başka bir deyişle iç hukuk kurallarından kaçmaya dönük haksız girişimlere karşı sınırlamalar getirilebileceğine; üye devletlerin kamu menfaatini korumak amacıyla belli iç hukuk düzenlemelerine gidebileceğine değinmiştir. Bunun yanı sıra ABAD tarafından, bu düzenlemelerin uygulanmasında dört temel kriter benimsenmiştir. İlk defa Kraus (1993)[[18]](#footnote-18) ve Gebhard (1995)[[19]](#footnote-19) davalarında değinilen bu kriterler, Centros davasında da kabul edilmiştir. Kararın 34. paragrafında belirtildiği üzere söz konusu düzenlemeler; gerekçesini kamu yararı düşüncesinden almalı*,* ayrımcılık içermemeli, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve ölçülü olmalıdır[[20]](#footnote-20). (Tekinalp, 1999-2000: 915)

**2. İÇ HUKUK VE KANUNLAR İHTİLAFI MEVZUATLARININ UYUMLULAŞTIRMA ÇABALARI VE ŞİRKETLERİN YERLEŞME VE SERBEST DOLAŞIM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ**

**2.1. İç Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Mevzuatlarının Uyumlulaştırma Çabaları**

Şirketlerin serbest dolaşımı deyince akla, Birlik üyesi başka bir devlette, hak ve fiil ehliyetine sahip bir kişi gibi tanınarak her türlü hukuki işlemi yapabilmesi, dava açabilmesi, şube, acente, bağımlı şirket kurabilmesi gibi haklara sahip olması gelmektedir. (Aygül, 2007: 129) Nasıl ki gerçek kişiler Birlik devletlerinde serbestçe dolaşabiliyor ve ikamet edebiliyorsa, tüzel kişilerin de ABİİA’nın 54. maddesi gereğince aynı haklardan yararlanması gerekmektedir. Ekonomik ilerlemenin ve ticari dinamizmin sağlanması gayesini güden bu amaca ulaşılmasında karşılaşılan en büyük engellerden bir diğeri de üye devletlerin iç hukuk mevzuatlarındaki farklılıklardır.

Birlik üyesi devletlerin iç hukuk mevzuatlarının arasındaki farklılıkların, ortak pazar ekonomisinin önünde bir engel oluşturduğu düşünülmektedir. Bu sebeple Birlik ve üye devletler, bu farklılıkların giderilmesine yönelik çalışmalar içinde bulunmaktadır. Bu çalışmalar iki şekilde gerçekleşmektedir. İlk olarak devletlerin iç maddi hukuk kurallarının, ikincisinde ise kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlulaştırılması üzerine çalışmalar yürütülmektedir. (Aygül, 2007: 121) ABKA, ABİİA hükümleri ve ABAD kararları, Birlik üyesi devletler için bağlayıcı niteliktedir. Hatta bu bağlayıcılık, üye devletlerin iç hukuk mevzuatlarının da üstünde uluslarüstü (*supra-national)* bir niteliğe sahiptir. (Frost, 2005: 286) Başka bir deyişle ABKA hükümlerine aykırı davranan ya da ABAD kararlarına riayet etmeyen Birlik üyesi devletlerin sorumluluğuna gidilebilmektedir. 1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Andlaşması ile serbest dolaşımın önündeki engellerin ortadan kaldırılmasına yönelik Birlik organlarına yetki verilmiştir. (Kara, 2014: 38) Bunun yanı sıra ABKA (eski) 293. maddesi; şirketlerin karşılıklı tanınması, bir ülkeden başka bir ülkeye nakli ve şirket birleşmeleri konusunda üye devletleri, bağlayıcı müzakereler yoluyla çok taraflı andlaşmalar yapmakla mükellef kılmıştır. Bu mükellefiyetin bir sonucu olarak 1968 tarihli Tüzel Kişiliklerin ve Ortaklıkların Tanınması Hakkındaki Sözleşme hazırlanmış; ancak üye devletler arasında bir uzlaşma sağlanamadığı için yürürlüğe girememiştir. (Aygül, 2007: 143-144)

Günümüzde yerleşme özgürlüğünün sağlanmasına yönelik ABİİA hükümleri ve ABAD kararları dışında değerlendirilebilecek iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlar, 8 Ekim 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa Anonim Şirket Tüzüğü[[21]](#footnote-21) ve 26 Ekim tarihinde kabul edilen Sınır Ötesi Birleşme Yönergesi'dir[[22]](#footnote-22). Avrupa Anonim Şirket Tüzüğü, farklı ülke hukuklarına tabi, büyük ölçekli anonim şirketlerin birleşmesinin yasal temelini oluşturduğundan uygulama alanı son derece kısıtlıdır. Sınır Ötesi Birleşme Yönergesi ise getirdiği düzenlemeler bakımından ABAD'ın kararları karşısında ikinci planda kalmaktadır. Nitekim Sevic davasında Hollanda hükümeti, savunmasını işbu yönergeye dayandırdıysa da ABAD; bu tip ikincil düzenlemelerin dahi yerleşme özgürlüğüne aykırı olamayacağını ve ABİİA hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Bunun yanı sıra bu tip ikincil düzenlemelerin, üye devlet iç hukuklarına sık sık atıf yapmasından dolayı, ABAD kararları karşısında uygulanabilirliği tehlikeye düşmektedir[[23]](#footnote-23). (Kara, 2014: 141)

Sonuç olarak, şirketlerin yerleşme özgürlüğü ve serbest dolaşımına ilişkin ABİİA’nın *“Kişilerin, Hizmetlerin ve Sermayenin Serbest Dolaşımı”* Başlıklı 49 ve 54. maddeleri ve ABAD kararları dışında herhangi somut, uygulanabilirliği olan bir düzenleme mevcut değildir. Andlaşma'nın 54. maddesinde “*Bir üye devlet mevzuatına göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik içinde bulunan şirketler, bu Bölümde yer alan hükümlerin uygulanması bakımından, üye devlet uyruğu gerçek kişilerle aynı muameleye tabi olur.”* şeklinde ifade edilen hüküm ile 49. madde[[24]](#footnote-24) kapsamında gerçek kişilere tanınan yerleşme özgürlüğünün, şirketlere de tanınması ve yine aynı maddenin 2. fıkrasında ise: *“Şirketler; kar amacı gütmeyenler hariç, kooperatifler de dâhil olmak üzere, medeni hukuk veya ticaret hukukuna göre kurulmuş şirketler ile kamu hukuku veya özel hukuk hükümlerine tabi diğer tüzel kişileri de ifade eder.”* denilmek suretiyle şirket kavramından hangi tip tüzel kişiliklerin anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur.

**2.2. Yerleşme Özgürlüğü ve Serbest Dolaşım Hakkının AB Hukuku’ndaki Görünüş Biçimleri**

ABİİA hükümleri ve ABAD kararları ışığında şirketlere iki tip yerleşim hakkı tanınmaktadır. Birincil tip yerleşim hakkı (Primary Establishment), şirketin idare merkezini ya da sicil yerini bir ülkeden başka bir üye devlete taşımasını; ikincil tip yerleşim hakkı (Secondary Establishment) ise bir şirketin sicil yerini ve idare merkezini muhafaza ederek kurulduğu ülke dışında başka bir Birlik üyesi devlette şube, acente ya da bağlı şirket kurmasını ifade etmektedir. (Michoudi, 2013: 6)

ABAD'ın birincil yerleşme hakkının kullanımına yönelik olarak verdiği en önemli kararlar Daily Mail ve Überseering kararlarıdır. Örneğin Daily Mail davasında, İngiliz hukukuna göre kurulmuş ve Londra'da tescilli Daily Mail and General Trust PLC isimli şirket, Hollanda iç hukuk mevzuatındaki vergisel avantajlardan dolayı idare merkezini Hollanda'ya taşımak istemektedir[[25]](#footnote-25). Centros davasında da birincil yerleşim hakkının kullanımına korunmasına ilişkin ifadelere yer verilmiştir.

**2.2.1. Birincil Tip Yerleşim Hakkı (Primary Establishment)**

Bir şirketin idare merkezini veya sicil yerini başka bir ülkeye taşımak istemesi, ABAD kararları ve doktrinde birincil tip yerleşim hakkı olarak zikredilmektedir.

***2.2.1.1. Dışa Göçler (Outbound Migration)***

Bir şirket, idare merkezini veya sicil yerini başka bir ülkeye taşımak istediğinde bu isteğin geçerliliği, kurulduğu ülkenin kanunlar ihtilafı ve maddi hukuk kurallarının buna izin vermesine bağlıdır. (Panayı, 2009: 13)

Bir şirketin idare merkezinin muhafaza edilerek sicil yerinin taşınması istendiğinde şirkete uygulanacak hukuk, her şeyden önce kurulduğu ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarında benimsenen teoriye göre değişkenlik gösterir.

*\* Kuruluş yeri teorisini benimseyen bir ülkede, sicil yerinin bir başka ülkeye nakli, gerçek bağın da nakli anlamına geleceğinden, kuruluş ülkesinin mevzuatı bunu engellemediği sürece şirkete uygulanacak hukuk da değişecektir.*

*\*İdare merkezi teorisini benimsemiş bir ülkede ise işbu durum bir sorun teşkil etmeyecek ve şirkete uygulanacak hukuk da değişmeyecektir. Ancak sicil yeri ile idare merkezinin aynı ülkede yer alma şartı aranıyor ise bu durum, şirketin infisah olmuş sayılma ya da tasfiyeye maruz kalması gibi sonuçların doğmasına neden olabilir..* (Panayı, 2009: 14) (Kara, 2014: 34)

Sicil yerinin muhafaza edilerek idare merkezinin taşınmak istemesi durumunda ise:

*\* Kuruluş yeri teorisini benimseyen bir ülkeden başka bir ülkeye taşınmak istendiğinde sicil yeri muhafaza edileceğinden şirkete uygulanacak hukuk da değişmeyecektir.*

*\* Kurulduğu ülke, idare merkezi teorisini benimsemiş ise idare merkezinin taşınması şirketin son bulması anlamına gelir. Başka bir deyişle şirketin, tasfiye olunmaksızın ve feshedilmeksizin nakli mümkün olmayacaktır.* (Kara, 2014: 35)

***2.2.1.2. İçe Göçler (Inbound Migration)***

İdare merkezinin veya sicil yerinin taşınması, taşınılmak istenen yabancı ülkenin benimsediği teoriye göre de değişkenlik gösterir.

İdare merkezinin değişmeksizin sicil yerinin taşınmasında taşınılmak istenen ülkenin kuruluş yeri teorisini benimsemiş olması durumunda;

*\* Sicil yerinin değişmesi ile birlikte gerçek bağ da değişeceğinden, şirketin bu ülkede yeniden kurulması gerekecektir. Bunun yanı sıra taşınılmak istenen ülke “renvoi'yi”[[26]](#footnote-26) izin veriyor ve kurulduğu ülke de kuruluş yeri teorisini benimsemiş ise uygulanan hukuk değişmeyecektir.* (Panayı, 2009: 15) (Kara, 2014: 35)

*\* Şayet taşınılmak istenen ülke, idare merkezi teorisini benimsemiş ise idare merkezinin muhafaza edilerek sicil yerinin taşınması gerçek bağın idare merkezi olması sebebiyle taşınılacak ülke bakımından bir önem arz etmeyecektir. Ancak bu teoriyi benimseyen çoğu ülkede sicil yeri ile idare merkezinin aynı yerde olması şartı arandığı göz önünde bulundurulmalıdır.* (Panayı, 2009: 16)

Sicil yerinin muhafaza edilerek idare merkezinin taşınmak istenmesi durumunda, taşınılmak istenen yabancı ülkenin benimsediği teorilere göre şirkete uygulanacak hukuk ve bu işleme bağlanacak sonuçlar da değişkenlik gösterir.

*\* İdare merkezinin nakli istenen ülkenin kuruluş yeri teorisini benimsemesi durumunda herhangi bir sorun ile karşılaşılmayacaktır. Bu durumda sicil yerinin olduğu ülke kuruluş yeri ülkesi kabul edileceğinden şirkete uygulanacak hukuk değişmeyecek ve şirket geldiği ülkenin hukukuna tabi olmaya devam edecektir..*

*\* Taşınılmak istenen ülkenin idare merkezi teorisini benimsemiş olması durumunda şirkete uygulanacak hukuk da değişecektir. Şirkete uygulanacak hukuk değişeceğinden şirkete, gidilen ülkenin kanunlar ihtilafı kuralı uygulanacaktır. Bu ülke hukukuna göre geçerli bir şekilde kurulmuş olmadığından bahisle şirket; geldiği ülkede feshedilmediğinden ve gideceği ülkede de yeniden kurulmadığından tanınmama tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.* (Kara, 2014: 37)

**2.2.2. İkincil Tip Yerleşim Hakkı (Secondary Establishment)**

İkincil tip yerleşim hakkı, ABİİA’nın 49. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Buna göre Birlik üyesi devlette kurulmuş ve idare merkezi veya sicil yeri AB içinde olan bir şirketin, başka bir Birlik üyesi devlette şube, acente veya bağlı kuruluş yoluyla faaliyette bulunabilmesi olanaklı kılınmıştır. Bu hakkın kullanımında şirket sicil yeri ve idare merkezini kurulduğu ülkede muhafaza etmekte ve diğer bir Birlik üyesi devlete faaliyetlerinin bir kısmını taşıyabilmekte veya diğer bir üye devlette sahip olduğu faaliyet alanını genişletebilmektedir. Bunu da diğer bir Birlik üyesi devlette açacağı şube, acente ya da bağlı kuruluşlarla yerine getirmektedir. (Kara, 2014: 46)

Şirketin kurulduğu ülke ile hiçbir bağlantısı olmadan, bütün faaliyetlerini diğer bir Birlik üyesi devlette açmış olduğu bir ya da birkaç şube aracılığı ile yürütmesi durumunda ne olacaktır? Bu tip bir durumda şirketin idare merkezinin başka bir ülkeye taşınmak istendiği belirtilmekte ve söz konusu durumun birincil yerleşim hakkı ile ilgili olduğu kabul edilmektedir. (Aygül, 2007: 134) ABAD, Centros kararında, sırf kurulduğu ülke ile bağlantısı olmadığından bahisle; Birlik üyesi bir devlette açılan bir şubenin tescil talebinin reddedilmesini ABİİA’ya aykırı kabul etmiştir. Inspire Art davasında ise, Centros kararında yer verdiği yerleşim hakkının kötüye kullanılması karşısındaki iç hukuk düzenlemelerinin dört kriteri sağlaması gerektiğini ikinci kez vurgulamıştır[[27]](#footnote-27).

**3. TÜRK HUKUKU'NDA ŞİRKETLERİN STATÜSÜNÜN DURUMU**

Türk hukukunda yabancı şirketlerin tâbiiyetine uygulanacak hukuka, yani şirket statüsüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un[[28]](#footnote-28) (MÖHUK) 9. Maddesinin 4. fıkrasında tüzel kişilerin veya kişi ya da mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi olduğu, ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk Hukuku'nun uygulanabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyetinin fiili idare merkezi hukukuna tabi olacağı belirtilmiştir[[29]](#footnote-29). Bu maddeden hareketle Türk Hukuku'nda gerçek idare merkezi teorisi mi yoksa kuruluş yeri teorisi mi kabul edilmektedir? Statüdeki idare merkezi kavramından ne anlaşılmalıdır?

Kanunda yer alan bu düzenleme, diğer hükümler ile birlikte değerlendirildiğinde uygulanabilirliği nasıl olabilir? Öncelikle 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu[[30]](#footnote-30) (TTK), şirketlerin idare merkezlerinin bulunduğu yerde kurulması zorunluluğunu getirmektedir. Tescile ilişkin 40. maddenin birinci fıkrasında *“Her tacir...işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir.”* , aynı maddenin 4.fıkrasında *“Merkezi Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarına ilişkin ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur.”* ifadeleri yer almaktadır. Anonim şirketlerin tescil ve ilanını düzenleyen 354. maddede de *“... şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil olunur.”* denilmek suretiyle merkezi Türkiye'de bulunan tüm şirketlerin Türk ticaret siciline tescillerini zorunlu tutmuştur. Ayrıca 339. ve 576. Maddelerde, anonim ve limited şirketlerine esas sözleşmelerinde şirket merkezinin gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Şirket esas sözleşmesinde gösterilen merkez; gerçek merkez, yani fiili idare merkezi olmalıdır. Aksi halde şirketin tescil başvurusunun reddedilmesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınabilir. (Aygül, 2007: 35) Kaldı ki anonim şirketlerde toplantı ve karar yeter sayısına ilişkin 421/2-b. madde gerekçesinde şirket merkezinin yurt dışına taşınması ile şirket uyruğunun değişmesi aynı anlamda kullanılmıştır.[[31]](#footnote-31)

MÖHUK 9/4’ün ilk cümlesindeki statüdeki idare merkezi kavramından ne anlaşılması gerektiği açık olmamakla birlikte, bu kavramın gerçek idare merkezi olarak yorumlanması gerektiğini savunan yazarlar[[32]](#footnote-32) da mevcuttur. Bu kavramın, kanunun lafzı ile birlikte değerlendirildiğinde şirketin esas sözleşmesinde gösterilen merkezi olarak anlaşılması yerinde olabilir. Uygulamada yabancı bir şirketin hak ve fiil ehliyetinin, şirketin tâbiiyetinde[[33]](#footnote-33) bulunduğu hukuk düzenince belirlenmesi gerektiği geçmiş yıllarda Yargıtay'ca kabul edilmiştir[[34]](#footnote-34). Bu yönüyle değerlendirildiğinde, kuruluş yeri sistemine yakın olan bu karar, ABİİA’nın ilgili maddeleriyle de uyumlu gözükmektedir. Tabiiyet hukukunun uygulanması, yabancı şirketin tabiiyetinde bulunduğu yani kurulduğu ülkedeki esas sözleşmesinde gösterilen merkez olarak yorumlanabilir. Diğer bir deyişle şirket statüsü, esas sözleşmede gösterilen idare merkezine dayanılarak belirlenebilir. (Aygül, 2007: 193)

Statüdeki idare merkezi kavramı; ne kuruluş yeri, ne de gerçek idare merkezi teorisi ile benzerlik göstermektedir. Gerçek idare merkezi teorisinde şirketin gerçek idare merkezi ile esas sözleşmede gösterilen idare merkezinin farklı olması durumu, kanuna karşı hile olarak kabul edilmektedir. Bu yönüyle düşünüldüğünde, statüdeki idare merkezi kavramının kabul edilmiş olmasından kuruluş yeri teorisinin benimsendiği gibi bir anlayış ortaya çıkabilir. Ancak TTK'nın kabul ettiği sistem ile birlikte değerlendirildiğinde Türkiye'deki sistemin kuruluş teorisinden uzaklaştığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kuruluş yeri teorisinin benimsendiği ülkedeki bir şirket, yine kuruluş yeri teorisini benimseyen başka bir ülkeye idare merkezini taşıyabilir. Bu durumda kuruluş yeri aynı kalacağından şirkete uygulanacak hukuk değişmeyecektir. Ancak MÖHUK md. 9/4’ün ikinci cümlesi uyarınca gerçek idare merkezi Türkiye’ye taşındığında şirkete uygulanacak hukukun da değişmesi gerekmektedir. (Aygül, 2007: 191)

Dördüncü fıkranın bir sonraki cümlesinde yer alan *“...fiili idare merkezinin Türkiye'de bulunması durumunda Türk Hukuku uygulanabilir.”* hükmü ile statüdeki idare merkezi yabancı bir ülkede bulunan bir şirketin, fiili idare merkezinin Türkiye'de bulunması durumunda Türk Hukuku'nun da uygulanabileceği konusunda hâkimlere seçimlik bir hak tanınmıştır. Fiili idare merkezi kavramından şirketin gerçek idare merkezi anlaşılmalıdır. (Doğan, 2015:259) Tüzel kişinin fiili idare merkezi, faaliyetlerini ağırlıklı olarak sürdürdüğü, organlarının kararlarını verdiği ve tüzel kişinin asıl ticari faaliyetlerini sürdürdüğü yerdir. (Nomer, 2013: 229) Ancak ikinci cümlede belirtilen bu kuralın istisnai nitelikte olduğu düşünülebilir; yani Türk Hukuku'nda aslolan şirketin esas sözleşmesinde gösterilen idare merkezi hukukudur ve istisnai olarak gerçek idare merkezi hukuku uygulanır.

**4. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI VE ETKİLERİ**

ABKA’nın 19. maddesi ile ABAD, ABİİA ve diğer andlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında bir karar mekanizması olarak belirlenmiştir. Divan ilk defa 1951 yılında Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Andlaşması'nın kabulü sonucu ortaya çıkmış ve 1958 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması ile Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ismini almıştır. (Tamm, 2013: 16) 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Andlaşması ile birlikte divanın adı Avrupa Birliği Adalet Divanı olarak değişmiştir. (Tamm, 2013: 21) Divanın kararları tenfize gerek olmaksızın doğrudan uygulama alanı bulmaktadır ve Birlik üyesi devletleri bağlayıcı niteliktedir. Şirketlerin yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğü, ABİİA’nın ilgili maddeleri ve ABAD'ın içtihatları ile şekillenerek günümüze gelmiştir.

**4.1. Daily Mail Kararı**

**4.1.1 Davanın Özeti**

Şirketlerin yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğüne ilişkin incelenmesi gereken ilk karar, 1988 yılında Daily Mail and General Trust şirketi ile İngiliz hazinesi arasında görülen ve İngiliz şirketinin ismiyle anılan Daily Mail Kararı'dır. Daily Mail, İngiliz Hukuku'na göre kurulmuş ve Londra'da tescil edilmiş bir İngiliz şirketidir. Şirket sağladığı vergisel avantajlar nedeniyle sicil yerini muhafaza ederek, idare merkezini Hollanda'ya taşımak istemektedir. Zira İngiliz Vergi Kanunu, idare merkezi İngiltere’de olan şirketlerin bu kanuna göre vergilendirileceği; idare merkezi İngiltere dışında olan şirketlerin ise yalnızca İngiltere'de elde ettiği gelirlerden dolayı vergi mükellefiyetlerinin olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Hollanda Vergi Hukuku'nda yalnızca ana sermaye gelirleri vergilendirilmektedir. İdare merkezinin nakli, İngiliz Şirketler Hukuku açısından bir sorun teşkil etmemesine rağmen, İngiliz Gelirler ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 482/1. maddesine göre hazine izin vermediği sürece bir şirketin idare merkezini bir başka ülkeye taşıyamayacağı belirtilmiştir. (Kara, 2014: 80)

Şirketin idare merkezini nakletmek istemesinin asıl amacı, Hollanda Vergi Hukuku'na tabi olmaktır. Şirket paylarının büyük bölümünü satma saikiyle hareket eden şirket, bu satım sonucunda İngiliz Vergi Hukuku'na tabi olmak istememektedir. Bunun yanı sıra şirket, İngiliz hazinesinden onay almadan Hollanda'da şube açtığını üçüncü kişilere duyurmuş ve Hollanda'da bir kısım hisselerini satmıştır. (Aygül, 2007: 249)

Şirket, bu sebeple idare merkezini Hollanda'ya taşımak için hazineye şartsız izin vermesi için müracaat etmiş, hazine ise şirketin yaptığı başvuruyu reddetmiştir. Şirket de söz konusu idari işlemin, Roma Andlaşması'nın yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile konuyu ulusal mahkemenin önüne taşımıştır.

**4.1.2. Çözülmesi Gereken Hukuki İhtilaf**

Daily Mail kararı, şirketlerin birincil yerleşme hakkına ilişkindir ve bir dışa göç mevcuttur. Davada asıl üzerinde durulması gereken nokta, idare merkezinin taşınmasında, mahalli vergi makamlarının iznine ihtiyaç olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle İngiliz Vergi Hukuku'nu dolanmak amacında olan bir şirkete karşı söz konusu iznin verilmemesinin, ABİİA’nın ilgili maddelerini ihlal edip etmeyeceğidir. Önemle belirtmek gerekir ki davacı şirketin kuruluş ülkesi İngiltere ve göç etmek istediği ülke Hollanda, kanunlar ihtilafı kurallarında kuruluş yeri ilkesini benimsemişlerdir.

**4.1.3. Divanın Kararı**

ABAD, kararında idare merkezinin taşınmasının ulusal hukukların uygulama alanına girdiğini ve üye devletler iç hukuk mevzuatları arasındaki farklılığın olabileceğini belirtmiş[[35]](#footnote-35), ancak bu çeşitliliğin de yerleşme özgürlüğü gibi temel bir hakkın önüne geçemeyeceğini dile getirmiştir[[36]](#footnote-36).

Kararda ayrıca şirketlerin yerleşme özgürlüğü haklarının, diğer bir Birlik üyesi devlette şube, acente veya bağlı kuruluş oluşturarak kullanılabileceği belirtilmiş[[37]](#footnote-37), İngiliz Hukuku'nun buna yönelik bir kısıtlaması olmadığından, ancak şirketin idare merkezinin taşınmak istenmesi durumunda ise buna yönelik olarak bazı kısıtlamaların getirilebileceğinden bahsedilmiştir[[38]](#footnote-38).

Bunun yanında, idare ve kontrol merkezinin nakline ilişkin olarak üye devletlerin istedikleri bağlama noktasından birini seçebileceği üzerinde durmuş, ülkelerin idare merkezi ile sicil yerinin her ikisinin de kendi ülkesinde olmasına yönelik şartlar koyabileceğini, İngiltere gibi idare merkezinin nakline ilişkin olarak belli sınırlamalar getirebileceğini belirtmiştir[[39]](#footnote-39). Bu sebeple İngiltere makamının işleminin, yerleşme özgürlüğü hakkına aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir[[40]](#footnote-40).

**4.1.4. Kararının Etkileri**

ABAD, Daily Mail kararında ABİİA ile güvence altına alınan yerleşme özgürlüğünden tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi yararlanabileceğini, ancak tüzel kişilerin ancak ikincil yerleşim hakkının korunacağını, yerleşme özgürlüğünün tüzel kişilerde birincil yerleşim hakkını kapsamadığını; üye devletlerin de, bu hakkın kullanımına yönelik kısıtlamalara gidebileceğini karara bağlamıştır. Ayrıca kararda, Birlik üyesi devletlerin diledikleri bağlama noktasından birini seçebilecekleri kanaatini dile getirmiştir. Ancak aşağıda belirtilen davalarda ABAD’ın, içe göçler bakımından birincil yerleşme hakkının tanınmasına ilişkin vermiş olduğu kararlar da mercek altına alınacaktır.

**4.2. Centros Kararı**

**4.2.1. Davanın Özeti**

Centros davasında Danimarka vatandaşı Bay ve Bayan Bryde, İngiltere'de Centros ismiyle bir şirket kurmuşlar ve şirketi bu ülkede tescil ettirmişlerdir. İngiltere'de hiçbir faaliyet göstermeksizin asıl ticari faaliyetlerini açtıkları şube yoluyla Danimarka'da gerçekleştirmektedirler. Şirket ortağı Bayan Bryde, şubenin tescili gayesiyle Danimarka makamlarına başvurmuş[[41]](#footnote-41), Bayan Bryde'ın başvurusu Danimarka makamlarınca reddedilmiştir. Ret gerekçesinde ise şirketin kurulduğu ülke olan İngiltere'de hiçbir ticari faaliyette bulunmadığı, açtıkları şube yoluyla bütün ticari faaliyetlerinin Danimarka'da yürütüldüğü, şirketin asıl amacının birincil yerleşme özgürlüğünden istifade etmek ve Danimarka Hukuku'nda şirketler için öngörülen asgari sermaye tutarından kaçınmak (200.000 DKK) olduğu belirtilmiştir[[42]](#footnote-42). İngiliz Hukuku, limited şirketin kuruluşu için asgari sermaye tutarı yönünden bir yükümlülük getirmemektedir ve şirketin de İngiltere'deki sermayesi 100 pounddur[[43]](#footnote-43).

Centros şirketi, bu kararına ilişkin Danimarka makamına karşı dava açmıştır. ABİİA’nın yerleşme özgürlüğünü düzenleyen hükümleri gereğince İngiliz Hukuku'na göre uygun şekilde kurdukları şirketlerinin Danimarka'da şube açma hakkına sahip olduğunu ileri sürmüşlerdir. İngiltere'de hiçbir faaliyette bulunmamış olması gerekçesi ile şirketin yerleşme özgürlüğü hakkından mahrum bırakılamayacağını, dava konusu sınırlamanın ABİİA’ya aykırılık teşkil ettiğini öne sürmüştür[[44]](#footnote-44). Danimarka makamı ise ret kararının ABİİA'ya aykırı olmadığını, asgari sermaye tutarından kaçınmak amacıyla şirketin hiçbir faaliyette bulunmadığı İngiltere'de kurulduğunu; asıl amaçlarının açılan şube yoluyla birincil yerleşim hakkından istifade etmek olduğunu, ayrıca ret kararının kredi verenler, alacaklılar ile üçüncü kişilerin haklarının korunması ve hileli iflasların önüne geçilmesi açısından gerekli olduğunu belirtmiştir[[45]](#footnote-45). İlk derece mahkemesi yargılaması ticari makamın lehine sonuçlanmış, karar şirketçe temyiz edilmiş ve Danimarka Yüksek Mahkemesi ihtilafı bekletici mesele kabul ederek dava ABAD'ın önüne gelmiştir.

**4.2.2. Çözülmesi Gereken Hukuki İhtilaf**

Açtığı şube yoluyla faaliyette bulunmak istediği ülkenin daha katı iç hukuk düzenlemelerinden kaçınmak maksadıyla başka bir ülkede çok az bir sermayeyle kurulmuş ve orada tescil edilmiş, fakat kurulduğu ülkede hiçbir ticari faaliyette bulunmayan bir şirketin şube açma talebinin reddinin ABİİA’ya aykırılık teşkil edip etmeyeceği, çözülmesi gereken ihtilaf olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca Danimarka'nın kanunlar ihtilafı mevzuatında kuruluş yeri teorisini benimsemiş olduğunun altını çizmek faydalı olacaktır.

**4.2.3. Divanın Kararı**

ABAD, önüne gelen davayı aşağıda açıklanan gerekçelerle Danimarka makamının aleyhine karar vermiştir:

Yerleşme özgürlüğü, vatandaşlarına eşit uygulanabilirlikte olması koşuluyla Birlik üyesi bir devlette kurulmuş ve başlıca iş merkezi Birlik üyesi devlette olan bir şirketin, başka bir üye devlette şube, acente veya bağlı kuruluş açmalarına olanak tanımaktadır[[46]](#footnote-46). Sicil yeri, başka bir üye devlette bulunan şirketlerin şube açmak suretiyle faaliyetlerinin sürdürülmesine kısıtlama getiren iç hukuk düzenlemeleri, başka ülkelerde kurulan şirketlerin yerleşme ve dolaşım özgürlüğünden yararlanmasını engeller niteliktedir[[47]](#footnote-47). Daha az katı olması sebebiyle üye devlet vatandaşlarının başka bir ülkede şirket kurma yoluna gitmesi ve şubesi aracılığı ile diğer bir ülkede faaliyetlerin yürütülmesi hali tek başına, yerleşme özgürlüğünün suiistimal edildiği anlamını taşımamaktadır. Birlik üyesi bir devlette şirket kurup, bir başka üye devlette şube açmak yerleşme özgürlüğünün ortak pazardaki uygulamasının bir yansımasıdır[[48]](#footnote-48).

Danimarka makamınca ileri sürülen sebepler ise adil değildir. Danimarka makamı savunmasında başlangıç sermayesindeki yetersizlik nedeniyle hileli iflasa karşı kredi verenler ile üçüncü kişilerin korunması amacı güttüğünü, bundan daha az katı kabul edilebilecek bir korumanın getirilemeyeceğini öne sürmüştür[[49]](#footnote-49).

ABİİA ile tanınan yerleşme hakkının iç hukuk düzenlemeleri ile sınırlandırılabilmesi için bu düzenlemelerin dört şartı taşıması gerekir. Bu düzenlemeler *“gerekçesini kamu yararı düşüncesinden almalı, ayrımcılık içermemeli, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve ölçülü olmalıdır.[[50]](#footnote-50)“* Ancak Danimarka makamının iddia ettiği düzenlemeler bu şartları taşımamaktadır. Kaldı ki şirket İngiltere'de faaliyette bulunuyor olsaydı da üçüncü kişiler aynı tehlikelere maruz kalırlardı[[51]](#footnote-51). Bunun yanı sıra kredi verenler böyle bir durumda, Birlik hukukunun kimi düzenlemelerinden de istifade edebilirler[[52]](#footnote-52). Üye devletlerin, sicil yeri başka bir ülkede olan şirketlere karşı hilelerin önlenmesi ve dolandırıcılığın önüne geçmesine ilişkin önlemler almasına yönelik bir engel mevcut değildir. Sırf bu ihtimallere binaen bir şirketin şube tescilinin reddedilmesi, ABİİA hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir[[53]](#footnote-53).

**4.2.4. Kararının Etkileri**

ABAD söz konusu kararında şirketin kurulduğu ülkede hiçbir faaliyette bulunmamasının, şirketin şube açması yoluyla başka bir üye devlette ticari faaliyetlerini yoğunlaştırmasına bir engel teşkil etmeyeceğini, daha da önemlisi bu gibi durumların yerleşim özgürlüğünün uygulamasının bir yansıması olduğunu kabul etmiştir.

Centros Kararı, Daily Mail kararı ile birlikte değerlendirildiğinde ikincil yerleşim hakkının tanınmasına yönelik olarak verilmiş bir uzantı karar niteliğinde görünmektedir. Ancak kararda, Daily Mail kararında birincil, Centros kararında ise ikincil yerleşim özgürlüğünden kaynaklanan bir farklılık olduğuna ilişkin bir ifade yer almamıştır. Bunun yanı sıra söz konusu kararda, Daily Mail kararına herhangi bir atfın mevcut bulunmaması da kafa karıştırır niteliktedir. Daily Mail kararı dışa göç (outbound migration) mevcut iken, Centros davasında ise bir içe göç (inbound migration) mevcuttur. Ayrıca Daily Mail birinci yerleşim hakkının kullanılmasına ilişkin olup Centros davası ise ikincil yerleşim hakkına ilişkindir.

Centros kararı, kurulduğu ülkede hiçbir faaliyette bulunmayan şirketlerin, açtıkları şubeler yoluyla diğer Birlik üyesi devletlerde ticari faaliyetlerini sürdürmesine yasal zemin oluşturmuştur. Centros kararının ardından Avrupa'da idare merkezi teorisinin son bulduğu tartışmaları başlamıştır. Centros kararı ile idare merkezinin çöktüğüne ve kararın idare merkezi teorisine bir etkisinin bulunmadığına ilişkin iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İlk görüş, Centros kararının asıl olarak birincil yerleşme hakkına ilişkin olduğunu, şirketin iç hukuk kurallarından kaçınmak saiki ile kurulduğu ülkede hiçbir faaliyette bulunmadan, diğer bir ülkede şube açması durumunda bile yerleşim özgürlüğünün sınırlandırılamayacağını ve bu özgürlüğün birincil yerleşme hakkını da kapsadığını öne sürmüş; şube adı altında asıl faaliyetlerin diğer Birlik üyesi devletlerde sürdürülebileceğine ve bunun önüne geçilemeyeceğine değinmiştir. (Kara, 2014: 97)

İkinci görüş ise uyuşmazlık konusunun ikincil yerleşim hakkını ilgilendirdiğini, Daily Mail kararında ise birincil yerleşim hakkına ilişkin bir ihtilafın mevcut olduğunu; eğer Centros kararında birincil yerleşim hakkına bir dönüş söz konusu olsaydı, Daily Mail kararına mutlaka atıf yapılacağını ileri sürmüştür. (Kara, 2014: 97)

**4.3. Überseering Davası**

**4.3.1. Davanın Özeti**

Überseering davasında taraflar Hollanda Hukuku'na göre kurulmuş ve Amsterdam'da sicile kayıtlı Überseering şirketi ile Alman Nordic Construction şirketidir. Überseering şirketi Almanya'da bir kısım gayrimenkul satın almış, bu gayrimenkulün tadilatı için davalı şirket ile 1992 yılında sözleşme akdedilmiştir. 1994 yılında ise Überseering şirketinin hisseleri iki Alman vatandaşı tarafından satın alınmıştır. Überseering şirketi, tadilat işinin ayıplı olduğu iddiası ile konuyu mahkemeye intikal ettirmiştir. Mahkeme, şirket hisselerinin iki Alman vatandaşı tarafından satın alınmış olması sebebiyle şirketin idare merkezinin Almanya'ya taşındığını, Almanya'da idare merkezi teorisi kabul edildiğinden şirkete uygulanması gereken hukukun Alman Hukuku olduğunu ve Alman Hukuku'na göre şirketin Almanya'da kurulmuş olmadığından dolayı hak ve fiil ehliyeti bulunmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Hükmün temyiz edilmesi üzerine Alman Yüksek Mahkemesi konuyu bekletici mesele yapmış ve uyuşmazlık ABAD'ın önüne gelmiştir.

**4.3.2. Çözülmesi Gereken Hukuki İhtilaf**

Davada çözüme kavuşturulması gereken asıl mesele, bir Birlik üyesi devlette geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir şirketin idare merkezini başka bir Birlik üyesi devlete taşıması halinde, taşınılan ülkenin iç hukuk mevzuatı uyarınca şirketin hak ve fiil ehliyetinin tanınmamasının ABİİK hükümlerine aykırılık teşkil edip etmediği; aykırılık teşkil ettiği kabul edildiğinde ise; şirketin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğunun tespitidir.

**4.3.3. Divanın Kararı**

ABAD kararında, Alman vatandaşların şirketlerin hisselerini satın almasıyla idare merkezinin başka bir üye devlete taşındığının kabul edilmesi durumunda bile, üye devletin tatbik ettiği iç hukuk düzenlemelerinin yerleşme özgürlüğü kapsamı dışına çıkamayacağını belirtmiştir[[54]](#footnote-54).

Kuruluş yeri hukukunu benimseyen ve şirketin kurulduğu ülke olan Hollanda'da bile şirketin sona ermesi gibi bir durum söz konusu değilken; Alman mahkemesinin, şirketin Almanya'da kurulmadığından bahisle hak ve fiil ehliyetinin yokluğunu gerekçe göstermesi, yerleşme özgürlüğünü tanımama anlamını taşımaktadır[[55]](#footnote-55).

Alman hükümeti savunmasında, Birlik Hukuku’nda üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik düzenlemeler bulunmadığını, Alman Hukuku'nda ise asgari sermaye tutarı şartının, bunun yanı sıra işçilerin yönetime katılmaya yönelik hükümlerin bulunduğunu dile getirmiştir. İdare merkezi sisteminin uygulanamamasının, vergilendirme avantajları da dâhil olmak üzere Almanya'da kurulacak şirketlerin bu hükümleri göz ardı etmesine sebep olacağını ve bu sebeple getirilen sınırlamaların adil olduğunu ileri sürmüştür[[56]](#footnote-56).

Divan, üye devletlerce işçilerin, üçüncü kişilerin, vergi makamlarının korunmasına yönelik olarak kamu yararı ilkesi çerçevesinde sınırlamaların getirilebileceğini, ancak bu tip sınırlamaların uygulanmasının, kurulduğu ülkede geçerli bir şekilde vücut bulmuş bir şirketin hak ve fiil ehliyetinin tanınmaması sonucunu doğurmasının adil ve orantılı olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak ABİİA gereğince bir üye devlette geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir şirketin, başka bir üye devlet tarafından tanınmasının zorunlu olduğu, aksi uygulamanın yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğü hakkının tanınmaması anlamına geldiği belirtilmiştir[[57]](#footnote-57).

**4.3.4. Kararın Etkileri**

Centros kararı, Überseering davası ile birlikte değerlendirildiğinde; idare merkezi teorisinin uygulama alanının kısıtlandığı kabul edilmelidir. Bu davada ABAD, Centros kararında da üzerinde durduğu gibi, kamu yararı temelli iç hukuk düzenlemelerinin yapılabileceğinden yeniden bahsetmiş, ancak bu kararların uygulanmasının adil ve ölçülü olması gerektiğine hükmetmiştir. Bunun yanı sıra şirketin hak ve fiil ehliyetinin tanınmamasının, ABİİA hükümlerinin ve bunun sonucu olarak da yerleşme özgürlüğünün tanınmayacağı anlamına geleceğinden söz etmiştir. Daily Mail kararı ile birlikte değerlendirildiğinde ihtilaflı mesele, her iki davada da birincil tip yerleşim hakkına ilişkindir. Ancak Daily Mail davasında idare merkezinin nakline ilişkin ülke kurumlarından alınması gereken bir izin söz konusuyken, Überseering'de bir şirketin tanınmaması gibi bir durum ile karşı karşıya kalınmıştır. Bu itibarla Alman iç hukuk mevzuatınca hükmedilen mahkeme kararı amacı gerçekleştirmeye elverişli, orantılı ve adil bulunmamıştır.

**4.4. Inspire Art Kararı**

**4.4.1. Davanın Özeti**

Inspire Art, İngiltere'de kurulmuş ve aynı ülkenin Folkstone şehri siciline kayıtlı bir İngiliz şirketidir. Şirketin yöneticisi Hollanda'da bulunmakla beraber, şirketi tek başına temsil etme yetkisi vardır. Şirket 17 Ağustos 2000 tarihinde Hollanda'da şube açarak faaliyetlerine başlamıştır. Şirket aynı zamanda Hollanda'da yürürlükte bulunan Yabancı Şirketlere İlişkin Kanun'un (WFBV)[[58]](#footnote-58) 1. maddesi bağlamında, yabancı şirket olduğunu belirtmeksizin Hollanda siciline tescil edilmiştir. Hollanda Ticaret Odası, şirketin yabancı olmasına rağmen ticari faaliyetlerinin tamamının Hollanda'da sürdürüldüğünü; WFBV'nin bu tip şirketler için sicile tescilde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmediğini öne sürerek mahkemeye başvurmuştur[[59]](#footnote-59). Şirket ise savunmasında; kanunda belirtilen koşulları taşımakta olduğunu, bu sebeple yabancı bir şirket sayılamayacağını; mahkemenin kendisini yabancı bir şirket gibi değerlendirmesi halinde ise bu durumun ABİİA hükümlerine aykırılık teşkil edeceğini öne sürmüştür. Mahkeme, şirketin yabancı şirket olduğuna karar vermiş, bu durumun ABİİA’ya aykırılık teşkil edip etmediğini ise bekletici mesele yaparak ihtilafı ABAD'ın önüne taşımıştır.

**4.4.2. Çözülmesi Gereken Hukuki İhtilaf**

Davadaki asıl ihtilaf konusu, Birlik üyesi bir devlette kurulan ve bu devlet ile bağı olmaksızın açtığı şube aracılığıyla faaliyetlerini, bir başka üye devlette sürdüren bir şirketin, şube tescilinin daha katı düzenlemelere tabi tutulmasının ve bu şirkete yönelik ek yükümlülükler getirilmesinin ABİİA hükümlerine aykırı olup olmadığıdır.

**4.4.3. Divanın Kararı**

ABAD kararında, şirketin sağladığı avantajlar nedeniyle başka bir ülkede kurulma yoluna gitmesinin yerleşme özgürlüğü hakkının kötüye kullanımı olmadığını, dahası bu tip seçimlerin ortak pazar uygulamasının bir yansıması olduğu görüşünü yinelemiştir[[60]](#footnote-60). Bunun yanı sıra WFBV'nin asgari sermaye tutarı ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin yerleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir[[61]](#footnote-61). Ayrıca bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yabancı şirketlerin cezai yaptırımlara maruz kalacağına ilişkin düzenlemeyi de yabancı şirketleri, Hollanda şirketleri karşısında dezavantajlı konuma getirdiği gerekçesi ile Birlik Hukuku'na aykırı bulmuştur[[62]](#footnote-62).

Divan ayrıca, yerleşme özgürlüğüne sınırlamalar getiren iç hukuk düzenlemelerinin dört koşulu yerine getirmesi gerektiği görüşünü yinelemiştir[[63]](#footnote-63). Hollanda Hukuku’ndaki ihtilaf konusu düzenlemeyi ise ayrımcılık içerdiği ve amacı gerçekleştirmeye elverişli ve ölçülü olmadığı gerekçesiyle Birlik mevzuatına aykırı bulmuştur[[64]](#footnote-64).

**4.4.4. Kararın Etkileri**

Inspire Art kararının kendisinden önceki davalardan en büyük farkı, şirketlerin tanınmasına yönelik usuli bir ihtilaf olmayıp asıl uyuşmazlığın maddi hukuk hükümlerinden kaynaklanıyor olmasıdır. Zaten her iki ülke de kuruluş yeri teorisini benimsemiştir. Uyuşmazlık asgari sermaye tutarı, bildirim yükümlülüğü ve yöneticilerin sorumluluğu noktalarında toplanmaktadır. Karardan çıkarılabilecek belki de en önemli sonuç, iç hukuk düzenlemelerinin de ABİİA hükümleri ile uyumlu olması gerektiğinin altının çizilmiş olmasıdır. Kararda, Andlaşma hükümlerinin ulusal mevzuatlardan üstün tutulduğu ilk defa bu kadar açık ve net bir şekilde dile getirilmiştir. Üye devlet kanun koyucularına; iç hukuk kurallarının ABİİA hükümleri ile uyumlu hale getirilmesine yönelik ilk sinyaller, üstü kapalı da olsa Inspire Art kararı ile birlikte verilmiştir denebilir.

**4.5. Sevic Kararı**

**4.5.1. Davanın Özeti**

Sevic davasında taraflar, Almanya'da kurulmuş olan Sevic System ile Lüksemburg'da kurulmuş Security Vision şirketidir. Bu iki şirket 2002 yılında birleşme saikiyle sözleşme imzalamışlardır. Anlaşma neticesinde Security Vision tasfiye olmaksızın ve adı değişmeksizin tüm malvarlığını Sevic'e aktarmak istemektedir. Bu birleşmeye yönelik sicile tescil başvurusu için açılan davada yerel mahkeme davayı reddetmiş; gerekçe olarak da UmwG'yi (Reorganization Act) göstermiştir. Bu kanuna göre bu tür birleşmeler ancak iki şirketin de Alman şirketi olması halinde mümkündür[[65]](#footnote-65). Sevic şirketi bu kararı yüksek mahkemeye taşımış, yüksek mahkeme de konuyu bekletici mesele yapmasıyla ihtilaf ABAD'ın önüne gelmiştir[[66]](#footnote-66).

**4.5.2. Çözülmesi Gereken Hukuki İhtilaf**

Olayda çözümü gereken sorun şu şekilde özetlenebilir. Yalnızca Alman şirketlerinin birleşmesine izin veren bir düzenlemeye dayanılarak; bir Alman şirketin, yabancı diğer bir şirketle birleşmesinin ve sicile tescilinin reddedilmesi ABİİA’ya aykırılık teşkil eder mi?

**4.5.3. Divanın Kararı**

Divan, Alman Hukuku'nda uluslararası şirket birleşmelerine ilişkin bir iç hukuk düzenlemesi bulunmadığından ve bu tip birleşmelerin genellikle reddedildiğinden bahsetmiş; günümüzde şirketlerin, bu tip birleşmelerle zamandan, maliyetten ve başka tip birleşmelerin karmaşık süreçlerinden sıyrılarak, ekonomik faaliyetleri kesintiye uğramaksızın yararlanabilmesi gerektiğini dile getirmiştir[[67]](#footnote-67). Bu sebeple yalnızca ulusal birleşmelere olanak tanıyan iç hukuk uygulamalarının da yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğüne aykırı olacağını hükme bağlamıştır[[68]](#footnote-68). Ayrıca kararda bu gibi sınır ötesi birleşmelerin sağlanmasına yönelik düzenlemelerin, Birlik nezdinde yapılacak harmonizasyonlarla mümkün olabildiği belirtilmiştir.[[69]](#footnote-69) Bu tip harmonizasyonlara ek olarak, Hollanda hükümetinin Sınırötesi Birleşme Yönergesi Tasarısı'na dayanmasına binaen ABAD, bu tip düzenlemelerin uygulanmasının ABİİA hükümleri karşısında bir ön mesele teşkil etmediğini belirtmiştir[[70]](#footnote-70).

**4.5.4. Kararın Etkileri**

ABAD, sınır ötesi birleşmeleri de yerleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirerek bu hakkın sınırlarını daha da genişletmiştir. Bunun yanı sıra ABAD, o tarihte henüz kabul edilmemesine rağmen Hollanda hükümetinin Sınır Ötesi Birleşme Yönergesi taslağına dayanan açıklaması karşısında ABİİA ile teminat altına alınan yerleşme özgürlüğü hakkını, bu tip ikinci düzenlemelerden üstün tuttuğunu üstü kapalı da olsa dile getirmiştir. Bu durum karşısında şirketlerin yerleşme özgürlüğü ve serbest dolaşımına yönelik yasal dayanak teşkil edebilecek tek kaynak ABİİA’nın 49. ve 54. maddesi ve ABAD kararları olarak görünmektedir.

**SONUÇ**

AB’nin ekonomik faaliyetlere hız kazandırmak ve ticari dinamizmi sağlamak adına giriştiği ortak pazar kavramının beraberinde getirdiği sorunların en önemlilerinden birisini, şirketlere tanınan yerleşim özgürlüğünün kriterlerinin belirlenmesi ve buna bağlı olarak da serbest dolaşımın sağlanması oluşturmaktadır. Şu an için belirtilen kriterleri tespite yönelik somut düzenlemelere gidilememiş olmasının yanı sıra; bir de üye devletlerin iç hukuklarının ve kanunlar ihtilafı kurallarının farklılığı eklendiğinde durum şirketler için olduğu kadar, üye devletler için de içinden çıkılmaz bir hal almaktadır.

Bu haliyle bakıldığında; ABAD'ın vereceği her yeni kararın; yeni tartışmaları, soruları ve sorunları da beraberinde getireceği öngörülebilir. Sorunun çözümüne yönelik ilk akla gelen, Birlik üyesi devlet mevzuatlarının, Birlik nezdinde yürütülecek çalışmalarla yeknesaklaştırılması ve *“yerleşme ve serbest dolaşım özgürlüğü”* kavramının içinin daha somut olarak doldurulmasıdır. Üye devlet iç hukuk mevzuatlarının uyumlulaştırılması için bugüne kadar çıkarılan yönergeler, uzlaşma sağlanamadığı için kabul edilebilmiş değildir.

Türkiye'deki duruma bakacak olursak, MÖHUK'un 9/4. maddesinden kuruluş yeri veya gerçek idare merkezi teorilerinden hangisinin kabul edildiğinin tam olarak sınırı çizilememekle beraber yabancı şirketlerin, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi olacağı; fiili idare merkezinin Türkiye'de olması durumunda ise Türk Hukuku'nun uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak TTK ile birlikte değerlendirildiğinde Türk Hukuk sistemi, yabancı şirketlerin fiili idare merkezinin Türkiye'de olmasını kabul etmemekte ve tescili zorunlu kılmaktadır. Bu haliyle bakıldığında Türk Hukuku’nda, yabancı şirket statüsü ABİİA’nın yerleşme özgürlüğünü düzenleyen 49. ve 54. maddelerine aykırı noktalar barındırdığı söylenebilir. MÖHUK'un 9. maddesi ve TTK’da yapılacak değişikliklerle durum, AB mevzuatına uygun hale getirilebilir.

**KAYNAKÇA**

Aygül, Musa (2007), *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti.*Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Aygül, Musa (2016), “Avrupa Birliği Şirketler Hukuku”, Özkan, Işıl; Süral, Ceyda; Tütüncübaşı, Uğur (Der.). Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku,Ankara: Adalet Yayınevi.

Ansay, Tuğrul (2003), “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması”**,** Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 23 (1-2), 1-18. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/download/1019002715/1019002304> (Erişim Tarihi: 01.02.2017).

Çelikel, Aysel; Erdem, B. Bahadır (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Doğan, Vahit (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk,* Ankara: Savaş Yayınevi.

Ebke, Werner F. (2005), “The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Uberseering, Inspire Art and Beyond”, The International Lawyer, 38 (3), 813-853.

Frost, Carsten (2005), “TransferOf Company's Seat - An Unfolding Story in Europe”**,**Victoria University of Wellington Law Review, 36 (2), 359-387.

Güngör, Gülin (2015), *Tâbiiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kara, Etem (2014), *Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği.*Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Michoudi, Theodora (2013), “Cross Border Mobility of European Corporations”, Master Thesis European Union Law, University of Amsterdam.

<http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=493267> (Erişim Tarihi: 01.02.2017).

Moroğlu, Erdoğan (2002), “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”,Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**,** 22 (2), 413-419.

Moustaki, Guy; Engammare, Valérie (2008), “Avrupa Birliği Şirketler Hukuku”**,** Çev. Sezgin Huysal, Ayşegül, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 14 (1-2), 253-289.

Nomer, Ergin (2013), *Devletler Hususi Hukuku.*İstanbul: Beta Yayıncılık.

Panayı, Christina HJI (2009), “Corporate Mobility in Private International Law and European Commuity Law: Debunking Some Myths”, Yearbook of European Law, 28, Oxford, 1-80.

Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin (2014), *Ortaklıklar Hukuku I.* İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Reçber, Kamuran (2013), *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri.* Bursa: Dora Basım-Yayın.

Roth, Wulf-Henning (2003), “From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law”**,** Cambridge University Press, The International and Comparative Law Quarterly,52 (2), 177-208.

Şanli, Cemal (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk.*İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tamm, Ditlev (2013), “The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin”, Rosas, Alan; Levits, Egils; Bot, Yves (Ed.), The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*,* Springer, Hague.

TEKİNALP, Gülören (1976) , **“**AET'de Tüzel Kişilerin Tanınması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*,* 42 (1-4), 309-322.

Tekinalp, Gülören (1999-2000) ,”Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri, AT Hukuku ve MÖHUK”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 19 (1-2), 909-921.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi

http://www.abgs.gov.tr

http://curia.europa.eu/juris

http://eur-lex.europa.eu

<http://www.mevzuat.gov.tr>

**SUMMARY**

The law to be applied to corporation nationality, in other words corporation statutes, vary based on the theories of incorporation or real state adopted in the member states' regulations regarding the conflict of laws. A couıntry adopting the real state applies its own law to the corporation nationality, requires that the corporation fulfills the conditions of establishment in the country where it has intensive activities and as a result of non-fulfillment of such conditions rejects the registration request or declares its actions null and void based on the lack of capacity to have rights and to act. Incorporation theory, on the other hand, paves the way for *“so-called foreign”* or *“mailbox”* corporations. Therefore, it seems to have the capacity to cause sitiuations which strain the national commercial security.

Freedom of movement and establishment instigated by the European Union with the purpose of creating a common market has also caused crucial controversies due to the differences in member states' national regulations. Countries which wish to control the commerce within its boundaries in the light of sovereignty prerogatives demand that foreign companies provide certain assurances in order to protect the public interest or implements certain restrictions on such corporations. On the other hand, corporations assert that such discriminatory restrictions violate the Founding Treaty claiming that their right of free movement and establishment has been infringed. Although certain criteria in relation to how the freedom of movement and establishment needs to be restricted have been determined in EUCJ decisions, no concrete regulations exist and the obscurity of the situation persists.

The Turkish law may be said to have a mixed system. The law to be applied to the nationality of a foreign corporation is the law of the headquarters as shown in the corporation statute. The location shown in the corporation statute is the corporations's location of establishment. Consequently, it can be said that the law of the country in which the corporation has been established will be applied to the foreign corporations. However, in case the actual headquarters of the corporation is in Turkey, the corporation statute will be determined according to Turkish law. In other words, in case the actual headquarters of a foreign corporation is in Turkey, the law to applied to corporation nationality will be Turkish law. It can be asserted that this aspect of Turkish legal system resembles the real state theory.

1. \* *Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, sinancankonyali@gmail.com* [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Topluluğun görevi, ortak bir pazarın kurulması ve üye Devletlerin ekonomik politikalarının giderek yaklaştırılması yoluyla Topluluğun bütününde ekonomik faaliyetlerin uyumlu bir şekilde geliştirilmesini, sürekli ve dengeli bir büyümeyi, daha fazla istikrarı, yaşam standardının hızla yükselmesini ve Topluluğun bir araya getirdiği Devletler arasında daha sıkı ilişkilerin kurulmasını sağlamaktır.”* [↑](#footnote-ref-2)
3. Söz konusu maddede bu hak: *“Birlik bir iç pazar kurar. Birlik, dengeli ekonomik büyümeye ve fiyat istikrarına, tam istihdamı ve sosyal gelişmeyi hedefleyen rekabet edebilirliği yüksek bir sosyal pazar ekonomisine ve çevre kalitesinin yüksek düzeyde korunmasına ve iyileştirilmesine dayalı olarak, Avrupa’nın sürdürülebilir kalkınması için çalışır. Birlik, bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi destekler.”* şeklinde ifade edilmiştir. [↑](#footnote-ref-3)
4. AET Kurucu Andlaşması’nın amacına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Reçber, 2012:29. [↑](#footnote-ref-4)
5. İngilizce karar metni için bkz., http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44462&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423800, (E.T.: 08.10.2014). [↑](#footnote-ref-5)
6. İngilizce karar metni için bkz., http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47835&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423730, (E.T.: 08.10.2014). [↑](#footnote-ref-6)
7. İngilizce karar metni için bkz., http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95099&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423828, (E.T.: 08.10.2014). [↑](#footnote-ref-7)
8. İngilizce karar metni için bkz., http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48634&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423934, (E.T.: 08.10.2014). [↑](#footnote-ref-8)
9. İngilizce karar metni için bkz., http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57066&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13296, (E.T.: 08.10.2014). [↑](#footnote-ref-9)
10. ABAD’ın şirketlerin serbest dolaşımına yönelik verdiği Cartesio ve Vale kararlarına ilişkin bkz. Aygül, 2016:694-715. [↑](#footnote-ref-10)
11. ABAD’ın yapısı, teşkilatlanması, dava türleri ve yargılama usulüne yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Reçber, 2013; 270-409. [↑](#footnote-ref-11)
12. Doktrinde gerçek idare merkezi teorisi *“merkez yeri sistemi”* ismiyle de anılmaktadır. Genel kabul gören bu iki teori dışında “*eklektik sistem”* ve “*kontrol sistemi”* adıyla anılan diğer teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, 2015-208. Kontrol sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Aygül, 2016:627-629. [↑](#footnote-ref-12)
13. Çalışmada ortaklık-şirket kavramları arasından *“şirket”* tabiri tercih edilmiş olup; ortaklık tabiri ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Ortaklık kavramı hakkında değerlendirmeler için ayrıca bkz. Poroy vd., 2014: 20. [↑](#footnote-ref-13)
14. Bu teoriyi kabul eden ülkelerden başlıcaları: Hollanda, Danimarka, İrlanda, Finlandiya, İsveç, İsviçre ve Amerika'dır. [↑](#footnote-ref-14)
15. ABD, federatif yapısının da etkisiyle kuruluş yeri teorisi benimseyen ülkeler arasındadır. Bir eyalette kurulan bir şirket, bütün diğer eyaletlerce de tanınmakta ve bu hak da anayasa ile güvence altına alınmış bulunmaktadır. Federe iç hukuk mevzuatları arasındaki farklılıktan kaynaklanan kuruluş kolaylığı, Amerika’nın Delaware eyaletini bir şirketler merkezi haline getirmiştir. Kurucular bu eyaletin iç hukuk mevzuatının sağladıkları kolaylıklardan dolayı şirketlerini bu eyalette kurma yoluna gitmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygül, 2007:107-111. Teorinin avantaj ve dezavantajları hakkında bilgiler için ayrıca bkz. Aygül, 2016: 622-624. [↑](#footnote-ref-15)
16. Bu teoriyi kabul eden ülkelerden başlıcaları: Almanya, İtalya, İspanya, Fransa, Portekiz, Yunanistan'dır. [↑](#footnote-ref-16)
17. Teorinin avantaj ve dezavantajları hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Aygül, 2016:626-627. [↑](#footnote-ref-17)
18. İngilizce karar metni için bkz., http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98364&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=473282, (E.T.: 12.10.2014). [↑](#footnote-ref-18)
19. İngilizce karar metni için bkz., http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99599&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=473429, (E.T.: 12.10.2014). [↑](#footnote-ref-19)
20. Centros davası para. 34. [↑](#footnote-ref-20)
21. Council Regulation (EC) No. 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statue for a European Company. İngilizce metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:294:0001:0021:en:PDF> , (E. T.: 01.02.2017). [↑](#footnote-ref-21)
22. Directive 2005/56/EC of the European Parliamend and of the Council of 26 October 2005 on Cross-Border Mergers of Limited Liability Companies. İngilizce metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0056&from=EN>, (E. T.: 01.02.2017). [↑](#footnote-ref-22)
23. Yönergeler genel olarak, Andlaşma hükümleri ve tüzükler gibi doğrudan etkiye sahip olmamakla birlikte; yararlı etki ilkesi kapsamında üye devletlere yol gösterici bir etkiye sahiptir ve üye devlet aracı tasarrufları ile iç hukuka aktarılması, Birlik tarafından öngörülen işlemlerdir. ABAD, kimi yönergelerin ise doğrudan etkili olup olmadığının incelenmesi gerektiğine; *“koşulsuz, açık ve takdir yetkisine yer vermeyen”* yönergelerin doğrudan etkili olacağına hükmetmiştir. Konu hakkında açıklamalar ve ABAD kararları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Reçber, 2012:110-114. [↑](#footnote-ref-23)
24. *“Aşağıda yer alan hükümler çerçevesinde, üye devlet uyruklarının diğer bir üye devletin topraklarında iş kurma serbestisine kısıtlamalar getirilmesi yasaktır. Bu yasak, bir üye devletin topraklarında yerleşik diğer bir üye devlet uyruklarının ticari temsilcilik, şube veya bağlı şirket kurmasına ilişkin kısıtlamalara da uygulanır.*

 *İş kurma serbestisi, sermayeye ilişkin Bölümde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, iş kurulan ülke mevzuatının kendi uyrukları için belirlediği koşullarda, bağımsız çalışan kişi olarak faaliyete başlama ve sürdürme ve özellikle 54. maddenin 2. fıkrasında tanımlanan şirketler olmak üzere teşebbüs kurma ve yönetme hakkını da kapsar.”* [↑](#footnote-ref-24)
25. Überseering davasına ilişkin olarak bkz. s.10. [↑](#footnote-ref-25)
26. Renvoi teorisinin çıkış noktası, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin Forgo kararı olduğu kabul edilmektedir. Renvoi (atıf) kısaca, bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralının, başka bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralını yetkili kıldığı durumları ifade etmek için kullanılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, Erdem, 2014:51-59, Nomer, 2013:142-156. [↑](#footnote-ref-26)
27. Daha önce de belirtilen işbu dört kriter için bkz., s. 10. [↑](#footnote-ref-27)
28. R.G. 12.12.2007 - 26728 [↑](#footnote-ref-28)
29. *“Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.”*

 *“Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tabidir.”* [↑](#footnote-ref-29)
30. R.G. 14.02.2011 – 27846. [↑](#footnote-ref-30)
31. *“(b) bendi şirket merkezinin yurt dışına taşınması, yani şirketin uyrukluğunun değişmesi hakkındadır. Burada da hem toplantı hem de karar nisabı düzenlenmiştir.”* [↑](#footnote-ref-31)
32. Bu görüşü paylaşan yazarlar için bkz. Ansay, 2003: 16. [↑](#footnote-ref-32)
33. Şirket tabiiyeti de statü kavramı ile eşdeğer tutulabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, 2002: 413-419. [↑](#footnote-ref-33)
34. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2004 tarih, 2004/1854 E. ve 2004/2374 sayılı kararında: *“...Yabancı tüzel kişiler de, Türk mahkemelerinde açacakları davalar ve kendilerine karşı açılacak davalarda taraf ehliyetine sahiptir. Bir yabancı kişinin, tüzel kişiliğe ve (dolayısıyla taraf ehliyetine) sahip olup olmadığı, tabiiyetinde bulunduğu yabancı devletin hukukuna göre belirlenir (MÖHUK.m.8/IV).Somut olayda, davacı olan Şefkat Rahibeleri Hayır Kurumunun tüzel kişiliğe ve dava ehliyetine sahip olup olmadığı yeterince araştırılmamıştır.”* denilmek suretiyle yabancı şirketlerin ehliyetinin tabiiyetinde oldukları ülke hukukuna göre belirlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. [↑](#footnote-ref-34)
35. Daily Mail davası, para. 13. [↑](#footnote-ref-35)
36. Daily Mail davası, para. 14. [↑](#footnote-ref-36)
37. Daily Mail davası, para 17. [↑](#footnote-ref-37)
38. Daily Mail davası, para 20. [↑](#footnote-ref-38)
39. Daily Mail davası, para 20. [↑](#footnote-ref-39)
40. Daily Mail davası, hüküm bölümü. [↑](#footnote-ref-40)
41. Centros davası, para. 4. [↑](#footnote-ref-41)
42. Centros davası, para. 7. [↑](#footnote-ref-42)
43. Centros davası, para. 3. [↑](#footnote-ref-43)
44. Centros davası, para. 11. [↑](#footnote-ref-44)
45. Centros davası, para. 8, 9. [↑](#footnote-ref-45)
46. Centros davası, para. 20. [↑](#footnote-ref-46)
47. Centros davası, para. 21., 22. [↑](#footnote-ref-47)
48. Centros davası, para. 27. [↑](#footnote-ref-48)
49. Centros davası, para. 31, 32, 33. [↑](#footnote-ref-49)
50. Centros davası, para. 34. [↑](#footnote-ref-50)
51. Centros davası, para. 35. [↑](#footnote-ref-51)
52. Centros davası, para. 36. Bu düzenlemeler Birlik Konseyi tarafından belli yıllarda çıkarılan Yönergelerdir. [↑](#footnote-ref-52)
53. Centros davası, para. 38-39. [↑](#footnote-ref-53)
54. Überseering davası, para. 11. [↑](#footnote-ref-54)
55. Überseering davası, para. 82. [↑](#footnote-ref-55)
56. Überseering davası, para. 83-90. [↑](#footnote-ref-56)
57. Überseering davası, para. 92-94. [↑](#footnote-ref-57)
58. Inspire Art davası, para. 5. [↑](#footnote-ref-58)
59. Inspire Art davası, para. 36. [↑](#footnote-ref-59)
60. Inspire Art davası, para. 138. Bu paragrafta Centros davasının 27. paragrafına atıf da yapılmıştır. [↑](#footnote-ref-60)
61. Inspire Art davası, para. 104. [↑](#footnote-ref-61)
62. Inspire Art davası, para. 63-64. [↑](#footnote-ref-62)
63. Inspire Art davası, para. 133. Divan bu paragrafta Kraus, Gebhard ve Centros davalarına da atıfta bulunmuştur. [↑](#footnote-ref-63)
64. Inspire Art davası, hüküm bölümü. [↑](#footnote-ref-64)
65. Sevic davası, para. 12. [↑](#footnote-ref-65)
66. Sevic davası, para. 15. [↑](#footnote-ref-66)
67. Sevic davası, para. 20-21. [↑](#footnote-ref-67)
68. Sevic davası, para. 22. [↑](#footnote-ref-68)
69. Sevic davası, para. 24. [↑](#footnote-ref-69)
70. Sevic davası, para. 26. [↑](#footnote-ref-70)