

## **POLBUD KARARI SONRASINDA İŞ KURMA SERBESTİSİNİN KAPSAMI VE ŞİRKETLERİN SINIRAŞAN TÜR DEĞİŞİKLİĞİ \***

**Murat GÜREL \*\***

### **Özet**

*Avrupa Birliği Adalet Divanı, şirketlerin tür değiştirmesine ilişkin 25.10.2017 tarih ve C-106/16 sayılı Polbud kararında bir şirketin tescilli merkezini, fiilen ekonomik faaliyette bulunmayacağı bir üye devlete taşımasını da iş kurma serbestisi kapsamında değerlendirmiştir. Divan'ın Polbud kararı sonrasında, iş kurma serbestisinin uygulama koşulları arasında yer alan başka bir üye devletin ekonomik yaşamına istikrarlı ve devamlı surette katılması unsurunu terk ettiği görülmektedir. Çalışmada öncelikle kısaca tür değiştirme işlemlerine değinilecek, ardından sınıraşan tür değiştirmeye ilişkin Vale ve Polbud kararlarına kadarki Divan içtihadı özetlenecektir. Devam eden başlıkta sınıraşan tür değiştirmeye ilişkin Vale ve Polbud kararları ayrıntıları ile incelenecektir. Son olarak, Polbud kararının Komisyon'un hazırladığı Şirketler Hukukuna İlişkin 2017/1132 sayılı Yönerge'de Sınıraşan Tür Değiştirme, Birleşme ve Bölünme İşlemleri İle İlgili Değişiklik Yapılması Hakkında Yönerge Taslağı'na etkisi kısaca değerlendirilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** İş kurma serbestisi, sınıraşan tür değiştirme, merkez değişikliği, tescilli merkez, idare merkezi.

---

\* Bu makale 10.5.2018 tarihinde düzenlenen II. Avrupa Birliği Hukukunda Güncel Gelişmeler Konferansı'nda sunulan Tebliğ'in genişletilmiş hâlidir.

\*\* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (gurelm@ankara.edu.tr). Orcid No: 0000-0002-4671-9374.

Makalenin Gönderilme Tarihi: 2/7/2018 Kabul Edilme Tarihi: 19/12/2018

***The Scope of the Companies' Right of Establishment and Cross-Border Conversions After the Polbud Decision***

***Abstract***

*The CJEU in its recent Polbud judgment (25.10.2017, C-106/16) stated that a company, transferring solely its registered office to another Member State, may invoke the freedom of establishment against the Member State of origin, even if it does not pursue any genuine economic activity in the host Member State. In this paper after a brief explanation of the concept of conversion, the Court's judgments on the right of establishment of companies is summarised. The Vale and Polbud decisions and the effects of these decisions are explained in detail. Lastly the effects of Polbud decision to the Commission's "Proposal for a Directive amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions" is briefly analyzed.*

**Keywords:** *Freedom of establishment, cross-border conversion, transfer of seat, registered seat, real seat.*

**Giriş**

Avrupa Birliği hukukunda bir üye devlet hukukuna uygun olarak kurulan şirketlerin tescilli veya gerçek idare merkezlerini başka bir üye devlete taşıyıp taşıyamamaları ve bunun mümkün olması durumunda da kabul eden üye devlet tarafından öngörülebilecek sınırlamalar Birlik yasama tasarrufu ile değil, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) kararları ile çözülmeye çalışılmıştır (*negatif bütünleşme*<sup>1</sup>).

Bilindiği üzere Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA)<sup>2</sup> m. 54'e göre, bir üye devlet mevzuatına göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik içinde bulunan şirketler de üye devlet vatandaşlarına tanınan iş kurma serbestisine dair ABİHA m. 49'dan yararlanabilecektir. Yine ABİHA m. 49.2'de de bu husus tekrar vurgulanmıştır.

ABAD'ın şirketlerin iş kurma serbestisi hakkında verdiği ilk dönem kararları bir üye devlet mevzuatına uygun olarak kurulan bir şirketin, idare

<sup>1</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 71 vd.

<sup>2</sup> Avrupa Birliği hukuku yazınındaki terim birliğini korumak amacıyla Kurucu Antlaşmaların tercümesinde Avrupa Birliği Genel Sekreterliği'nin yaptığı çeviri esas alınacaktır. Çeviriye şu adresten erişilebilir: <https://www.ab.gov.tr/files/pubantlasmalar.pdf> (erişim tarihi: 14.5.2018).

merkezini başka bir üye devlete taşıması ile ilgili olmuştur. ABAD'ın bu uyuşmazlıklarda verdiği kararlar, iş kurma serbestisinin<sup>3</sup> ileri sürüldüğü devletin köken devlet veya idare merkezinin taşınacağı (kabul eden) devlet olmasına göre farklılık göstermiştir.

İdare merkezi değişikliğine ilişkin ilk dönem kararlarından sonra, Divan'ın şirketlerin iş kurma serbestisi ile ilgili kararları, yapısal değişiklikleri (birleşme, bölünme, tür değiştirme) konu almıştır. Sınıraşan birleşme hakkındaki *SEVIC* kararını<sup>4</sup> tür değiştirmeye ilişkin *Vale*<sup>5</sup> ve *Polbud*<sup>6</sup> kararları izlemiştir.

ABAD'ın iş kurma serbestisi çerçevesinde verdiği *Polbud* kararı, Divan'ın iş kurma serbestisinin uygulama alanı bakımından önceki içtihadından ayrılması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten de ABAD *Polbud* kararında, önceki içtihatlarının aksine, bir üye devlette kurulan şirketin, kabul eden üye devlette ekonomik faaliyette bulunma niyeti olmaksızın sadece tescilli merkezini kabul eden üye devlete taşımasını ve bunun sonucunda kabul eden üye devlet şirket türüne dönüşmesini iş kurma serbestisi kapsamında görmüştür. Oysa Divan önceki içtihadında şirketlerin iş kurma serbestisinden yararlanabilmesi için kabul eden üye devlette gerçek ekonomik faaliyette bulunmasını zorunlu görmekteydi.

Bu çalışmada (I) numaralı başlık altında öncelikle sınıraşan tür değiştirme işlemleri kısaca tanıtılacak ve iş kurma serbestisi ile ilgisi açıklanacak, ardından (II) numaralı başlıkta tür değiştirmeye ilişkin *Vale* ve *Polbud* kararlarına kadar Divan'ın iş kurma serbestisinin maddi kapsamı konusundaki içtihadının gelişimi ortaya konacak, (III) numaralı başlıkta ise tür değiştirmeye ilişkin *Vale* ve *Polbud* kararları ve bu kararlara ilişkin öğretideki değerlendirmeler aktarılacaktır. Son olarak (IV) numaralı başlıkta Komisyon'un hazırladığı “Şirketler Hukukuna İlişkin 2017/1132 sayılı Yönerge'de Sınıraşan Tür Değiştirme, Birleşme ve Bölünme İşlemleri İle

<sup>3</sup> “İş kurma serbestisi” teriminin, “*freedom of establishment*” kavramını karşılayan bir tercüme olup olmadığı tartışmaya açıktır. Ancak AB hukuku alanında Türkçe terim birliğinin korunması amacıyla kavramların tercümelerinde bir zorunluluk olmadıkça Avrupa Birliği Genel Sekreterliği'nin hazırladığı Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü'ndeki kullanım dikkate alınacaktır. Sözlük için bkz. [https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary\\_for\\_the\\_european\\_union.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf) (erişim tarihi: 14.5.2018).

<sup>4</sup> *SEVIC Systems AG*, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762.

<sup>5</sup> *Vale Építési kft.*, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440.

<sup>6</sup> *Polbud*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

İlgili Değişiklik Yapılması Hakkında Yönerge Taslağı”<sup>7</sup>, *Polbud* kararının etkisi bağlamında kısaca değerlendirilecektir.

## I - Şirketlerin Sınıraşan Tür Değişirmesi ve İş Kurma Serbestisi

### A - Sınıraşan Tür Değişirme İşlemi

Şirketlerle ilgili yapısal değişiklik işlemlerinden biri olan tür değişirme işlemi sonucunda belli bir türde kurulan şirket, başka bir şirket türüne dönüşür. Ulusal hukuk sınırları içinde kalan tür değişirme işlemine, bir limited şirketin bir anonim şirkete dönüşmesi (veya tersi) veya bir kollektif şirketin, limited şirkete dönüşmesi örnek olarak verilebilir. Tür değişirme işlemi sonucunda şirketin malvarlığı devredilmez, ortaklık yapısı değişmez, ekonomik kimliği aynı kalır, tüzel kişiliği devam eder; sadece şirketin “hukukî kıyafeti” değişir<sup>8</sup>. Tür değişirme sonucunda, önceki şirket türü ile sonraki şirket türü arasında halefiyet ilişkisinin dahi bulunmadığı; tür değiştiren şirketin, öncekinin devamı olduğu kabul edilir. Bu çerçevede önceki türdeki şirketin pay sahipleri, alacaklıları ve işçileri, yeni türdeki şirketin de pay sahibi, alacaklısı ve işçisi olmaya devam eder.

Sınıraşan tür değişirme işlemlerinde ise, bir üye devletin hukukuna uygun olarak kurulan bir şirket, *tescilli* merkezini başka bir üye devlete taşıyarak onun hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmektedir. Burada da tür değiştiren şirketin tüzel kişiliği sona ermemekte ve ekonomik olarak önceki şirketin devamı olarak görülmektedir. Ancak dikkat edileceği üzere, sınıraşan tür değişirme işlemi, şirket bakımından aynı zamanda bir tescilli merkez değişikliği ve şirketin tâbi olduğu hukukun değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ise tür değiştiren şirketin pay sahipleri, alacaklıları ve işçilerinin menfaatlerinin ulusal tür değiştirmelere nazaran olumsuz etkilenmesi ihtimalini arttırmaktadır.

Sınıraşan tür değişirme işlemlerinin ulusal hukuktaki tür değişirme işlemlerinden bir diğer farklılığı da “tür değiştirmenin” ne zaman gündeme geleceği konusundadır. Zira ulusal hukuktaki tür değiştirmeye ilişkin

<sup>7</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, COM(2018)241 final.

<sup>8</sup> Ünal Tekinalp, et al., *Ortaklıklar Hukuku-I*, 168, N. 178a; Caspar Behme, “Europäisches Umwandlungsrecht – Stand und Perspektiven,” ZHR 182 (2018): 33-34.

hükümler, “teknik olarak” farklı şirket türleri arasındaki değişikliği (anonim şirketten (AG, plc) limited şirkete (GmbH, SARL)) konu alır. Oysa sınıraşan tür değiştirmede denk şirketlerin (GmbH’den SARL’a ya da plc’den AG’ye) birbirine dönüşmesi hâlinde de gündeme gelebilir<sup>9</sup>. Nitekim aşağıda incelenecek olan *Vale* kararına konu olayda da bir İtalyan Srl’nin (limited şirket), bir Macar Kft’sine (limited şirket) dönüşmektedir. Benzer durum, Polonya hukukuna tâbi bir “sp. z o.o.”nun (limited şirketin), Lüksemburg hukukuna tâbi Sàrl’a (limited şirkete) dönüşmesini konu alan *Polbud* kararı için de söylenebilir.

### **B - Sınıraşan Tür Değiştirme İşleminin İş Kurma Serbestisi ile İlişkisi**

Bir üye devlet hukukuna göre kurulan ve tescilli merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik içinde bulunan şirketler de ABİHA m. 49’da düzenlenen iş kurma serbestisinden yararlanırlar (ABİHA m. 54).

İş kurma serbestisinin unsurları arasında “yerleşme unsuru” da bulunmaktadır. Buna göre, bir üye devlette hukukuna uygun olarak kurulan bir şirketin, kâr elde etmek amacıyla başka bir üye devletin ekonomik yaşamına istikrarlı ve devamlı surette katılması ve bu amaçla kabul eden devlette objektif ölçütlerle gösterilebilen kalıcı bir yerleşmede bulunması gereklidir<sup>10</sup>.

Sınıraşan tür değiştirme işlemlerinin iş kurma serbestisi kapsamına girip girmediği sorusuna cevap SEVIC kararında<sup>11</sup> verilmiştir. Karara konu olay sınıraşan birleşme işlemine ilişkin olsa da Divan, *diğer yapısal değişiklik işlemlerini* de kapsayacak şekilde sınıraşan birleşmenin de farklı üye devletlerde kurulan şirketlerin birbirleriyle işbirliği yapmasına veya biraraya gelmesine hizmet edeceğini belirtmiştir. Divan’a göre; yapısal değişiklikler (birleşme, bölünme, tür değiştirme) iş kurma serbestisinin özel bir yöntemini oluştururlar, iç pazarın düzgün işleyişi için önemlidirler ve bu nedenle üye devletlerin uymakla yükümlü olduğu iş kurma serbestisi kapsamındaki ekonomik faaliyetler arasındadırlar<sup>12</sup>. *Sevic* kararından sonra sınıraşan tür

<sup>9</sup> Wolfgang Schön, “Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE,” *ZGR* 43, (2013): 345.

<sup>10</sup> Bkz. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, (Oxford: Oxford University Press, 2016), 383; Göçmen, *Avrupa Birliği Maddi Hukuku*, 254 vd.

<sup>11</sup> SEVIC Systems AG, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762.

<sup>12</sup> SEVIC, para. 19.

değiştirmeye ilişkin *Vale*<sup>13</sup> ve *Polbud*<sup>14</sup> kararlarında da Divan, sınıraşan tür değişikliklerinin iş kurma serbestisi kapsamına girdiğini teyit etmiştir.

Durum böyle olmakla birlikte *Polbud* kararına kadar sınıraşan yapısal değişiklik işlemlerine ilişkin Divan'ın önüne gelen olaylarda, iş kurma serbestisine dayanan şirketin kabul eden Üye Devlette de fiilen ekonomik faaliyette bulunduğu varsayılmıştır. Ancak Divan *Polbud* kararında, tescilli merkezin taşındığı üye devlette fiilen ekonomik faaliyette bulunulmamasının iş kurma serbestisi kapsamına girip girmeyeceği hakkında karar verme fırsatını bulmuştur. Divan'ın içtihadındaki gelişmeyi daha iyi gösterebilmek amacıyla öncelikle Divan'ın şirketlerin iş kurma serbestisine ilişkin kararlarına yer verilecek, ardından tür değiştirmeye ilişkin iki karar özel olarak incelenecektir.

## **II - Tür Değiştirmeye İlişkin *Vale* ve *Polbud* Kararlarına Kadar Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Şirketlerin İş Kurma Serbestisi Hakkındaki Kararları**

AB içinde şirketlerin sınıraşan tür değiştirme işlemlerini doğru bağlama oturtabilmek için Divan'ın şirketlerin iş kurma serbestisi hakkında verdiği kararlarına değinilmelidir. Böyle bir değerlendirme için kararları iş kurma serbestisinin ileri sürüldüğü üye devletin köken veya kabul eden üye devlet olmasına göre iki gruba ayırmak doğru olur.

Şimdiden belirtelim ki, Türk öğretisinde de ABAD'ın şirketlerin iş kurma serbestisi ile ilgili verdiği kararları inceleyen eserler<sup>15</sup> bulunduğu için konuya ilişkin ABAD içtihadına sadece konumuzla ilgili olduğu ölçüde özet olarak değinilecektir.

### **A - Köken Üye Devlet Bakımından (Dışa Göçler)**

Bir şirketin, köken üye devlete karşı iş kurma serbestisine dayanıp dayanamayacağına ilişkin esas olarak ABAD'ın iki temel kararı üzerinde

<sup>13</sup> VALE, para. 24 vd.

<sup>14</sup> Polbud, para. 33.

<sup>15</sup> Bkz. Musa Aygül, *Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, 249 vd.; Kara, *Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği*, 77 vd.; Bengül Kavlak, "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Temelinde Avrupa Birliği Hukukunda Şirketlerin Yerleşme Özgürlüğü," *TBB Dergisi* (2017): 678 vd.

durulacaktır: 28 Eylül 1988 tarihli *Daily Mail*<sup>16</sup> ve *Cartesio*<sup>17</sup> kararları. Polbud'dan önce verilen *National Grid Indus*<sup>18</sup> kararı ise doğrudan sınıraşan tür değiştirme ile ilgisi olmadığından bu karar üzerinde durulmayacaktır.

### 1. *Daily Mail* Kararı

Konu hakkında en sık anılan Divan'ın *Daily Mail* kararında, Birleşik Krallık'da kurulu bulunan Dail Mail şirketi, idare merkezini vergi avantajı nedeniyle Hollanda'ya taşımak istemektedir. İngiliz maddi şirketler hukukuna göre, Birleşik Krallık'da kurulan bir şirket, tüzel kişiliğini kaybetmeden idare merkezini başka bir ülkeye taşıyabilir. Ancak o dönemki İngiliz vergi mevzuatına göre, idare merkezi Birleşik Krallık'ta bulunan şirketler İngiliz kurumlar vergisine tâbidir ve Hazine'nin onayı olmaksızın vergilendirme bakımından idare merkezlerini değiştiremezler<sup>19</sup>. İngiliz Hazinesi, *Daily Mail*'e vergilendirme bakımından idare merkezini değiştirme onayı vermeyince şirket, Kurucu Antlaşmalarda kendisine tanınan iş kurma serbestisinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. ABAD, Topluluğun o dönemki durumu itibarıyla, şirketlerin; gerçek kişilerden farklı olarak ulusal mevzuat uyarınca kişilik kazandığını, sadece kuruluşlarını ve işleyişlerini düzenleyen ulusal mevzuatın izin verdiği ölçüde varolabileceklerini kabul etmiştir<sup>20</sup>. Divan bu tespitinden sonra, bir şirketin ulusal hukukça tanınmasına ilişkin bağlama noktalarının ve bu bağlama noktalarının sonradan değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda üye devletlerin düzenlemelerinin birbirinden önemli ölçüde farklılaştığını; bu farklılığın ve ulusal hukuka göre kurulan bir şirketin tescilli merkezinin veya idare merkezinin başka bir üye devlete taşınmasının mümkün olup olmadığı veya nasıl olacağına iş kurma serbestisi kurallarına göre çözülemeyeceğini bu alanda milletlerarası antlaşma veya yasama tasarrufunun gerekli olduğunu kabul etmiştir<sup>21</sup>.

Yukarıda anılan gerekçelerle Divan iş kurma serbestisinin bir üye devlette kurulan şirkete, kurulduğu üye devletteki hukukî durumunu

<sup>16</sup> The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456.

<sup>17</sup> *Cartesio* Oktató és Szolgáltató bt, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723.

<sup>18</sup> *National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785.

<sup>19</sup> *Daily Mail*, para. 3-5.

<sup>20</sup> *Daily Mail*, para. 19.

<sup>21</sup> *Daily Mail*, para. 20-23.

koruyarak idare merkezini başka bir üye devlete taşıması hakkı vermediğine hükmetmiştir<sup>22</sup>.

*Daily Mail* kararının önemi, her üye devletin kendi hukukuna tâbi olacak şirketlerin bağlama noktasını tespit etme (tescilli merkez-idare merkezi) yetkisini haiz olduğunun kabul edilmesidir. Buna göre, üye devletlerin, kendi hukukuna tâbi olacak şirketlerin, tescilli merkezlerinin yanı sıra idare merkezlerinin de kendi sınırları içinde bulunmasını zorunlu kılan düzenlemeleri, iş kurma serbestisini ihlâl etmemektedir.

## 2. *Cartesio* Kararı

*Daily Mail* kararında benimsenen içtihat, *Cartesio* kararında da teyit edilmiştir. Bu davaya konu olayı kısaca özetlemek gerekirse<sup>23</sup>, idare merkezi ve tescilli merkezi Macaristan'da bulunan ve bir komandit şirket olan *Cartesio*, idare merkezini İtalya'ya taşımak istemekte ve bu gerekli değişikliğin Macaristan ticaret siciline tescilini talep etmektedir. İlk derece mahkemesi, Macar hukukuna göre bir şirketin Macar hukukuna tâbi olabilmesi için, tescilli merkezi ile idare merkezinin Macaristan'da bulunması gerektiğini, idare merkezini Macaristan sınırları dışına taşıyan bir şirketin Macaristan şirketi olarak kalamayacağı gerekçesiyle bu başvuruyu reddetmiştir<sup>24</sup>. Kanun yolunu değerlendiren mercii ise, sorunu ön karar yoluyla Divan'ın önüne getirmiştir.

ABAD, *Daily Mail* kararında benimsediği içtihadını *Cartesio* davasında da teyit etmiştir. Divana göre, her üye devlet, kendi hukukuna tâbi olacak şirketler için bağlama noktasını seçmekte serbesttir. Buna göre üye devletler, kendi hukuk düzenlerine göre kurulmuş bir şirketin, tüzel kişiliğinin devamı için şirketin idare merkezinin kendi sınırları içinde olmasını zorunlu kılabilirler<sup>25</sup>.

Divan'ın, *Daily Mail*'de kullandığı argümantasyonunu ilave bir gerekçe ile geliştirdiği görülmektedir. Buna göre, *Cartesio* şirketinin, iş kurma

<sup>22</sup> *Daily Mail*, para. 24-25.

<sup>23</sup> Olayın Türkçe özeti için yukarıda anılan eserlerden başka ayrıca bkz. Hayrettin Çağlar, "Avrupa Birliği Hukukuna Göre Şirketlerin Yerleşme Serbestisi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın «*Cartesio*» Kararı," içinde *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Cilt 1, ed. Sabih Arkan, et al. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 631 vd.

<sup>24</sup> *Cartesio*, para. 24.

<sup>25</sup> *Cartesio*, para. 107.



serbestisinden gerçek kişiler gibi yararlanabilmesi için bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş olması gerekmektedir (ABİHA m. 54.1). Eğer bir üye devlet, kendi hukukuna göre şirketin kurulabilmesi ve varlığını sürdürebilmesi için hem tescilli merkezin hem de idare merkezinin kendi sınırları içinde olmasını arıyorsa, ilgili üye devlette kurulan şirketin idare merkezini başka bir devlete taşıması şirketi sona erdirecektir. Bu durumda iş kurma serbestisine dayanacak bir şirket de bulunmayacaktır<sup>26</sup>. Kısacası, şirketler söz konusu olduğunda iş kurma serbestisinin kişi bakımından uygulama alanı, şirketin tâbi olduğu üye devlet tarafından belirlenecektir<sup>27</sup>.

*Cartesio* kararı öğretilerde eleştirilmiştir<sup>28</sup>. Eleştirilerin dayanağı, *Cartesio* kararının; çalışmamızın sistematığı gereği aşağıda incelenen, ancak tarihsel olarak *Cartesio* kararından önce verilen ve şirketlerin iş kurma serbestisinde yeni bir dönem açan *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* ve *Sevic* kararlarının yarattığı beklentiyi karşılayamamasıdır<sup>29</sup>. Hukuk sözcüsü *Maduro*'nun görüşü, eleştirilerin özünü de sunmaktadır. Hukuk Sözcüsü görüşünde özetle; anılan kararlardan hareketle iş kurma serbestisine ilişkin içtihadın geliştiğini, üstelik iç göçler ve dış göçler konusunda ayırım yapılmamasını; üye devletlerin, şirketlerin “hayatı” ve “ölümü” üzerinde söz sahibi olmaması gerektiğini, aksi hâlde üye devletlere, sadece idare merkezini değiştirmek istedi diye bir şirkete “idam cezası” verme yetkisi tanınmış olacağını, bu sebeplerle bir üye devlette kurulan şirketin idare merkezini başka bir üye devlete taşınması hâlinde şirketin tasfiyesini öngören düzenlemenin iş kurma serbestisini ihlâl ettiğini savunmuştur<sup>30</sup>.

*Cartesio* kararının çalışma konusu olan şirketlerin sınıraşan tür değiştirmeleri bakımından önemi, karardaki *obiter dictum*'dur. Kararın 111 ve 112. paragraflarında Divan, bir şirketin kurulduğu ülke hukukuna tâbi olarak

<sup>26</sup> Bu anlamda bkz. *Cartesio*, para. 110.

<sup>27</sup> Lutter, et al. *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 110, N. 7.39; Stephan Grundmann, *European Company Law*, (Cambridge: Intersentia, 2017), 607, N. 36; Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 98 vd.; Barnard, *The Substantive Law of The EU*, 385.

<sup>28</sup> John Armour ve Wolf-Georg Ringe, “European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis,” *CMLR* 48, (2011): 139 vd.; Oliver Mörsdorf, “The Legal Mobility of Companies Within the European Union Through Cross-Border Conversion,” *CMLR* 49 (2012): 633; Dirk A. Verse, “Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung - Zwischenbilanz nach «National Grid Indus» und «Vale»” *ZEuP* (2013): 461.

<sup>29</sup> Lutter, et. al, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 109, N. 7.39.

<sup>30</sup> Hukuk Sözcüsü *Maduro*'nun Görüşü, ECLI:EU:C:2008:294, para. 28-35.

idare merkezini taşıması ile tüzel kişiliğini koruyarak tamamen başka bir ülkeye o ülkede hukukuna tabi olacak şekilde *taşınması* durumunun birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir. Divan'a göre bir üye devlette kurulan şirketin -başka bir üye devlet mevzuatı izin verdiği ölçüde- bu ikinci üye devlete taşınması hâlinde iş kurma serbestisi hükümleri uygulanacaktır. Dikkat edileceği üzere, *Cartesio* davasındaki olaydan farklı olarak bu ihtimalde idare merkezini taşıyan şirket, kurulduğu devlet hukukuna tâbi olmaya devam etmeyecektir.

Belirtmek gerekir ki, bu *obiter dictum*'un anlamı iki açıdan öğretilerde tartışmaya yol açmıştır. Tartışmaya yol açan ilk belirsizlik, kabul eden üye devletin mevzuatının izin vereceği hususun ne olduğu hakkındadır. Kabul eden üye devlet sınıraşan tür değiştirmeyi tamamen yasaklayabilir mi yoksa iç hukukunda tür değiştirme izin vermesi hâlinde sınıraşan tür değiştirmeyi yasaklayamayacak mıdır?<sup>31</sup>

İkinci tartışma konusu ise, kabul eden üye devletin izin vermesi hâlinde, bir şirket, idare merkezini değiştirmeksizin *sadece* tescilli merkezini başka bir üye devlete taşırsa, köken ülkeye karşı iş kurma serbestisine dayanabilir mi?<sup>32</sup> Öğretilerde *Cartesio* kararındaki *obiter dictum*'dan idare merkezinin taşınmasını zorunlu görenler olduğu gibi, bu anlamın çıkarılamayacağını söyleyenler de bulunmaktadır. İlk görüşü savunanların gerekçesine göre *Cartesio* kararı, idare merkezinin taşınmasına ilişkindir ve bu nedenle, *obiter dictum*'u sadece tescilli merkez ile idare merkezinin taşınması olarak anlamak gerekir<sup>33</sup>. İkinci görüşte olanlara göre ise, ABAD, tescilli merkez ve idare merkezi arasında bir ayırım yapmamış, bağlama noktalarını üye devletlere bırakmıştır. Bu nedenle kabul eden üye devletin öngördüğü bağlama noktası şartı sağlanmışsa, şirketin sona ermesi ve tasfiyesi iş kurma serbestisi kapsamına girecektir<sup>34</sup>.

ABAD, ilk sorunun yanıtını *Vale* kararında, ikinci sorunun yanıtını ise *Polbud* kararında vermiştir.

<sup>31</sup> Gert Jan Vossestein, "Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provision on Freedom of Establishment," *ECL* 6, (2009): 121; Thomas Biermeyer, "Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: *Vale*," *CMLR* 50 (2013): 576; Walter Bayer ve Jessica Schmidt, "Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“," *ZIP* (2012): 1483.

<sup>32</sup> Mörsdorf, "The Legal Mobility," 641.

<sup>33</sup> Mörsdorf, "The Legal Mobility," 643.

<sup>34</sup> Christoph Teichmann, "Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug," *ZIP* (2009): 394.

## B - Kabul Eden Üye Devlet Bakımından (İçe Göçler)

### 1. Centros Kararı

Şirketlerin iş kurma serbestisi alanında yeni bir dönem açan ve nihayetinde üye devletlerin şirketler hukukunda reform yapmaları sonucunu doğuran üç temel karar bulunmaktadır: 9 Mart 1999 tarihli *Centros*<sup>35</sup>; 5 Kasım 2002 tarihli *Überseering*<sup>36</sup> ve 30 Eylül 2003 tarihli *Inspire Art*<sup>37</sup> kararları. *Centros* kararının verildiği tarihten dört yıl sonra kaleme alınan bir çalışmada, *Centros* ve bu kararı izleyen kararları konu alan Almanca makale sayısının elliye bulduğu belirtilmiştir<sup>38</sup>. Gerçekten de *Centros* ile onun devamı niteliğindeki kararları üzerine inşa edilen literatürü tüketmek en azından bu çalışma kapsamında mümkün olmayacaktır. Esasen bir üye devlet mevzuatına göre kurulan şirketlerin idare merkezlerini başka bir üye devlete taşımalarını konu olan her üç karar da aynı yönde olduğundan, bu kararlardan ilki olan ve *Polbud* kararında da atıf yapılan *Centros* kararı üzerinde durulacaktır.

*Centros* kararına konu olayda, 18 Mayıs 1992 tarihinde Birleşik Krallık'ta kurulan *Centros* adlı şirketin Danimarka'da şube açması, Danimarka ticaret sicili tarafından reddedilmiştir. Danimarka'da ikamet eden Danimarkalı iki ortağı olan, merkezi İngiltere'de bulunan *Centros*, kurulduğundan beri ticarî faaliyet göstermemiş; Birleşik Krallık hukuku zorunlu tutmadığı için esas sermayesi ödenmemiştir. Danimarka ticaret sicili, Birleşik Krallık'ta ticarî faaliyeti bulunmayan *Centros*'un gerçekte Danimarka'da şube açmadığını, birincil iş kurma serbestisini Danimarka'da kullandığını, ancak Danimarka hukukunun öngördüğü asgarî sermaye şartını dolanmak için bu yola başvurduğunu ileri sürerek şubenin tescili istemini reddetmiştir<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C- 212/97, ECLI:EU:C:1999:126.

<sup>36</sup> *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.

<sup>37</sup> *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.

<sup>38</sup> Tuğrul Ansay, "Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması," *MHB* 23, sayı 1-2 (2003): 6. Tespit edebildiğimiz kadarıyla konuya ilişkin ilk Türkçe eser, Gülören Tekinalp, "Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK," *MHB* 19, sayı 1-2 (1999-2000): 909 vd.'dir. Ayrıca bkz. Sibel Özel, "Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine bir İnceleme," içinde *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, ed. Sabih Arkan et. al. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 459 vd.

<sup>39</sup> *Centros*, para. 2-4.

Divan'a sorulan soru -meal-en- şudur: Danimarka hukukunun öngördüğü asgarî sermaye şartından kaçınmak için başka bir üye devlette kurulan ve kurulduğu üye devlette hiçbir ticarî faaliyeti bulunmayan bir şirketin; bütün ticarî faaliyetini Danimarka'da yürütmek amacıyla Danimarka'da şube açması, iş kurma serbestisi hükümleri kapsamında mıdır?<sup>40</sup>

Bu arada belirtmek gerekir ki, Danimarka ticaret sicili, Centros'un İngiltere'de ticarî faaliyeti olsaydı, Danimarka'daki şubesinin tescil edileceğini de kabul etmiştir<sup>41</sup>. Danimarka hükümeti de, Danimarka vatandaşı olan ortakların sadece Danimarka'da faaliyet göstermek amacıyla, ancak Danimarka hukukunun öngördüğü asgarî sermaye yükümlülüklerinden kaçınmak için İngiltere'de hiçbir faaliyeti bulunmayan bir şirket kurduğunu, bu nedenle somut olayın tamamen Danimarka'nın iç hukukunu ilgilendirdiğini, iş kurma serbestisinin uygulanamayacağını savunmuştur<sup>42</sup>.

Divan öncelikle, bütün veya ana ticarî faaliyetlerini başka bir üye devlette gerçekleştirmek amacıyla bir üye devlet hukuka uygun olarak şirket kurulmasının, iş kurma serbestisi kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Bir üye devlet hukukuna göre tescil edilen bir şirketin, kendi ülkesinde şube açmasını engelleyen diğer üye devlet, şirketin iş kurma serbestisini kullanmasını engeller<sup>43</sup>.

İş kurma serbestisinin engellendiğini tespit eden Divan, bu sefer somut olayda Danimarka hukukundan kaçınmak için böyle bir yola başvuran şirketin, hakkını kötüye kullandığı iddiasını incelemiştir. Divan'a göre, sadece başka bir üye devlette ticarî faaliyette bulunmak için daha elverişli hukuk kurallarının bulunduğu başka bir üye devlette şirket kurulması, iş kurma serbestisinin kapsamındadır. Böyle bir işlem, iş kurma serbestisinin kötüye kullanılması olarak görülemez<sup>44</sup>.

Divan kötüye kullanma iddiasını reddettikten sonra, asgarî sermaye hükümlerine uyma zorunluluğunun iş kurma serbestisini sınırlamak için haklı bir gerekçe olup olmadığını incelemiştir. Ticaret sicili, asgarî sermaye hükümlerinin, alacaklıları korumak için elverişli bir yöntem olduğunu, bu

---

<sup>40</sup> Centros, para. 14.

<sup>41</sup> Centros, para. 15.

<sup>42</sup> Centros, para. 16.

<sup>43</sup> Centros, para. 21.

<sup>44</sup> Centros, para. 27.

sistemden daha az sınırlayıcı bir sistem olmadığını, pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğunun kaldırılmasının ise daha sınırlayıcı olduğunu savunmuştur<sup>45</sup>.

ABAD, öğretide *Gebhard Testi*<sup>46</sup> olarak adlandırılan sınırlama sebeplerini inceleyerek, asgarî sermaye hükümlerine uyulmamasının, başka bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş bir şirketin şubesinin tescilini haklı göstermediği sonucuna varmıştır. Divan'a göre eğer Centros Birleşik Krallık'ta ticarî faaliyette bulunsa idi, o zaman Danimarka'da esas sermaye hükümlerine tâbi olmaksızın şube açabilecekti ve bu ihtimalde de Centros'un alacaklıları aynı risklere maruz kalacaktı<sup>47</sup>.

İkinci gerekçe ise, Centros'un Danimarka'daki alacaklılarının, şirketle işlem yaparken, şirketin Birleşik Krallık hukukuna tâbi bir şirket olduğunu ve Danimarka hukukundan başka bir hukuka tâbi olduğunu bilecekleridir. Yine, şirket alacaklılarının esas sermaye sisteminden daha az sınırlayıcı biçimde korunamayacağı iddiası da Divan tarafından kabul görmemiştir. ABAD, alacaklılara teminat talep etme hakkı tanınmasını, iş kurma serbestisini daha az kısıtlayan bir önlem olarak örnek göstermiştir<sup>48</sup>.

## 2. SEVIC Kararı

13 Aralık 2005 tarihli *SEVIC* kararının<sup>49</sup> çalışma konusu bakımından önemi ise, bu kararda bir üye devlet hukukuna göre kurulan bir şirketin, başka bir üye devlette bulunan bir şirketle birleşmesini konu almasıdır. Divan bu kararda, birleşme işlemi ile sınırlı olmaksızın, bütün *yapısal değişiklik* işlemlerinin iş kurma serbestisi kapsamında kaldığına hükmetmiştir (para. 19) Böylece yapısal değişiklik işlemlerinin bir çeşidi olan tür değiştirme -ve tabii bölünme- işlemlerinin de iş kurma serbestisi kapsamına gireceği kabul edilmiştir.

Karara konu olan olayda ticaret sicilinin tutulmasından sorumlu Alman mahkemesi, Lüksemburg'da kurulu bulunan Security Vision Concept SA adlı

<sup>45</sup> Centros, para. 32-33.

<sup>46</sup> Centros, para. 34. Kurucu Antlaşmalarda yer alan serbestileri zorlaştıran veya daha az çekici kılan ulusal hukuk düzenlemeleri dört şartı da karşılamalıdır: Ayrımcı olmamalı, kamu yararının zorlayıcı sebeplerine göre haklı gösterilebilmeli, güttükleri amaca ulaşmaya elverişli olmalı ve amaca erişmek için gereken sınırlamanın ötesine geçmemelidir. Bu hususta pek çoğu yerine bkz. Göçmen, *Avrupa Birliği Maddi Hukuku*, 269.

<sup>47</sup> Centros, para. 35.

<sup>48</sup> Centros, para. 36-37.

<sup>49</sup> SEVIC Systems AG, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762.

şirket ile Almanya hukukuna tâbi SEVIC Systems AG'nin birleşmesini, Alman hukukunun sadece Almanya'da bulunan şirketlerin birleşmesine izin verdiği gerekçesiyle ticaret siciline tescilini reddetmiştir<sup>50</sup>. Bu karara yapılan itirazı inceleyen mahkeme ön karar başvurusunda bulunmuş ve ABAD, mahkemenin sorusunu -mealen- şöyle formüle etmiştir: Kendi hukukuna tâbi bir şirketin malvarlığını tasfiye etmeksizin yine kendi hukukuna tâbi başka bir şirkete devrederek birleşmesine izin veren bir üye devletin; bu şirketlerden birinin başka bir üye devlet hukukuna tâbi olması hâlinde bu işlemi tescilden kaçınması, iş kurma serbestisini ihlâl eder mi?<sup>51</sup>.

Divan'a göre; bir üye devlet hukukuna tâbi bir şirketin, başka bir üye devlete erişmesine ve bu üye devletin, kendi vatandaşlarına tanıdığı aynı koşullarda etkili bir biçimde ekonomik hayata katılmasına imkân veren veya bunu kolaylaştıran her türlü düzenleme, iş kurma serbestisinin kapsamına girer. Sınıraşan birleşme işlemleri de, *diğer yapısal değişiklik işlemleri gibi*, farklı üye devletlerde kurulu şirketlerin birbirleriyle işbirliği yapmasına veya biraraya gelmesine hizmet eder. Bu işlemler, iş kurma serbestisinin özel bir yöntemini oluştururlar, iç pazarın düzgün işleyişi için önemlidirler ve bu nedenle üye devletlerin uymakla yükümlü olduğu iş kurma serbestisi kapsamındaki ekonomik faaliyetler arasındadırlar. Sınıraşan birleşme işlemlerinin iş kurma serbestisi kapsamına girdiği tespitini yapan Divan, daha sonra iç hukukta birleşme işlemlerine izin veren bir üye devletin, sınıraşan birleşme işlemlerine izin vermemesinin iş kurma serbestisini ihlâl edici nitelikte ayrımcı uygulama olduğuna hükmetmiştir. Son olarak, işlemi toptan yasaklamanın, ölçülülük ilkesine aykırılık nedeniyle haklı neden oluşturmayacağına karar vermiştir<sup>52</sup>.

### III - Şirketlerin Sınıraşan Tür Değişirmesine (Tescilli Merkez Değişikliğine) İlişkin *Vale* ve *Polbud* Kararları

Bu başlık altında, bir üye devlet hukukuna uygun olarak kurulan bir şirketin, tür değiştirme yoluyla, başka bir üye devlet hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmesini konu alan kararlar üzerinde durulacaktır. Şimdiden belirtelim ki, bu işlem nihayetinde şirketin tescilli merkezinin değişmesine yol açmaktadır. Zira, bir üye devlet hukukuna göre kurulan şirketin, türünü başka bir üye

<sup>50</sup> SEVIC, para. 2.

<sup>51</sup> SEVIC, para. 15.

<sup>52</sup> SEVIC, para. 18-20, 30.

devlet hukukuna dönüştürebilmesi için asgarî olarak tescilli merkezini gideceği üye devlete taşıması gerekmektedir<sup>53</sup>.

Çalışma konusu olan şirketlerin Avrupa Birliği içinde sınıraşan tür değiştirmesini (tescilli merkez değişikliğini) doğrudan konu alan kararlar 12.7.2012 tarihli *Vale* kararı ile 25 Ekim 2017 tarihli *Polbud* kararıdır. *Vale* kararında iş kurma serbestisi, kabul eden üye devlete karşı ileri sürülmekte (içe göç), *Polbud* kararında ise şirketin tabiiyetinde olduğu üye devlete karşı ileri sürülmektedir (dışa göç).

## A - *Vale* Kararı

### 1. Kararın Özeti

İçe göçler ile ilgili olan *Vale* kararına konuya olan olayda, ki *Cartesio* kararındaki durumun tam tersi söz konusudur, İtalyan hukukuna göre kurulmuş olan *Vale Costruzioni Srl* (limited şirketi), İtalyan ticaret siciline başvurarak, İtalya'daki faaliyetlerine son vereceği, merkezini ve ticarî faaliyetlerini Macaristan'a taşıyacağı gerekçesi ile ticaret sicilinden terkin talebinde bulunmuştur. Bu talebe istinaden Roma ticaret sicili, şirket merkezinin Macaristan'a taşındığı kaydı ile şirketi sicilden terkin etmiştir. Şirket Macaristan'a taşınacağı için *Vale limited* şirketinin yöneticisi, üçüncü bir kişi ile Macar ticaret siciline tescili sağlayacak şekilde yeni *Vale Építési kft* şirketinin şirket sözleşmesini akdetmiştir. Ayrıca Macar hukukunun öngördüğü asgarî sermaye de şirkete ödenmiştir. Daha sonra şirket, Macaristan'daki yetkili makama başvurarak yeni şirketin tescilini ve bu şirketin selefinin *Vale Costruzioni Srl* (İtalya'daki şirket) olduğu kaydının konulmasını talep etmiştir. Mahkemeler; İtalya'da kurulup merkezini Macaristan'a taşıyan bir şirketin belirtilen kayıt ile tescil edilmesinin Macar hukukuna göre mümkün olmadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. İlk derece ve istinaf mahkemelerine göre yürürlükteki Macar hukuku, Macar hukukuna tâbi olmayan bir şirketin, Macar hukukuna tâbi bir şirketin selefi olduğu yönündeki tescile imkan vermemektedir<sup>54</sup>. Kararın temyizi üzerine Temyiz Mahkemesi ABAD'a başvurmuştur.

Divan'ın ilk yanıtladığı soru; kendi hukukuna tabi şirketlerin tür değiştirmesine izin veren bir üye devletin; başka bir üye devletin hukukuna

<sup>53</sup> Verse, "Niederlassungsfreiheit," 476.

<sup>54</sup> *Vale*, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440, para. 9-12.

göre kurulan şirketlerin tür değiştirme yoluyla kendi hukukuna tabi olacak şekilde tescillerini engellemesinin, iş kurma serbestisini ihlâl edip etmeyeceğidir<sup>55</sup>.

Divan, şirketlerin ulusal hukukun yarattığı varlıklar olduğu ve bu nedenle her üye devletin, kendi hukukuna tâbi olacak şirketler için bağlama noktasını seçmekte serbest olduğu yönündeki içtihadını teyit etmekle birlikte, ulusal hukukunda tür değiştirmeye izin veren bir üye devletin, başka üye devlet hukukuna tâbi şirketlere bu imkânı tanımamasının iş kurma serbestisine gireceğini kabul etmiştir<sup>56</sup>. Bu arada, *Cartesio* kararındaki *obiter dictum*'a da açıklık getiren Divan, kararın 112. paragrafında yer alan “üye devlet izin verdiği ölçüde” ifadesinden, yerleşilmek istenen üye devletin tür değiştirmeye ilişkin düzenlemelerinin iş kurma serbestisi kapsamında değerlendirilmesine hükmetmiştir<sup>57</sup>. Hatırlanacağı üzere *Cartesio* kararının 112. paragrafında, bir üye devlette kurulan şirketin -başka bir üye devlet mevzuatı izin verdiği ölçüde- tüzel kişiliğini kaybetmeksizin bu ikinci üye devlete taşınması hâlinde iş kurma serbestisi hükümleri uygulanacaktır.

Sınıraşan tür değiştirmelerin iş kurma serbestisi kapsamına girdiği tespitini yapan Divan daha sonra sınırlandırma sebepleri bulunup bulunmadığını araştırmıştır. ABAD, iş kurma serbestisinin sınırlandırmasından söz edilebilmesi için Kurucu Antlaşmalar anlamında “iş kurma”nın bulunması gerektiğini, bu anlamdaki “iş kurma”nın ise, kabul eden üye devlette, belirli olmayan bir süre için sabit bir yerleşke vasıtasıyla tam anlamıyla ekonomik faaliyet yürütülmesi *Cadbury Schweppes* kararına da atıf yaparak tespit etmiştir<sup>58</sup>. Bu tespitten sonra Divan, esasen somut olayda Vale'nin Macaristan'da fiilen faaliyette bulunmadığı iddiasının bulunmadığını, kaldı ki bu hususun ulusal mahkeme tarafından çözüleceğini belirtmiştir<sup>59</sup>. *Vale* kararındaki iddialar ve somut olay karşısında *obiter dictum* niteliğindeki bu ifade<sup>60</sup>; sınıraşan tür değiştirme işleminin iş kurma serbestisine girebilmesi için tescilli merkezin taşınması yanında kabul eden üye devlette ciddi ekonomik faaliyette bulunulmasını zorunlu gören öğreti görüşünün dayanaklarından birini oluşturmuştur.

<sup>55</sup> Vale, para. 23.

<sup>56</sup> Vale, para. 31 ve 33.

<sup>57</sup> Vale, para. 32.

<sup>58</sup> Vale, para. 34.

<sup>59</sup> Vale, para. 35.

<sup>60</sup> Bu hususta bkz. Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 119 ve dn. 630.



İş kurma serbestisinin sınırlandırıldığı sonucuna varan Divan, sınırlandırmanın haklı olup olmadığını incelemiştir. *SEVIC* kararına atıfla, iç hukuk bakımından şirketlerin tür değiştirmesine izin veren ulusal hukukun, başka bir üye devlette kurulan şirkete bu imkanı vermemesinin ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu belirtmiştir. Yine *SEVIC* kararına da atıfla, sınıraşan tür değiştirmenin, ulusal düzeyde kalanlara nazaran özel sorunlar barındırmasının, sınıraşan tür değiştirmeler için ayrımcılık yapılmasını haklı kılmayacağını, özel sorunların her iki üye devlet hukukunun uygulanmasını zorunlu kıldığını ve bu alanda Birlik yasama tasarrufunun bulunmamasının da iş kurma serbestisini kullanmayı engellemeyeceğini kabul etmiştir<sup>61</sup>.

## 2. *Vale* Kararına İlişkin Değerlendirmeler

*Cartesio* kararında, köken üye devletin, kendi hukukuna göre kurulan bir şirketin tür değiştirme yoluyla merkezini başka bir üye devlete taşımasının engellenemeyeceği belirtilmişti. *Cartesio* kararındaki *obiter dictum*'da vaadedilen *Vale* kararında verilmiş ve bu tür değiştirmenin koşulları bir ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur<sup>62</sup>.

*Vale* kararına göre, kabul eden üye devlet kendi ulusal hukukunda tür değiştirmeye izin veriyorsa, başka bir üye devlette kurulan şirketlerin de kendi hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmesine izin vermelidir. Bunun için şirketin kabul eden devlet mevzuatının aradığı şartlara uyması gerekir. Bu çerçevede, kabul eden üye devlet, sermaye şirketinin şahıs şirketine dönüşmesine izin vermiyorsa, o zaman bu yasağa sınır aşan tür değiştirmelerde de uyulmalıdır<sup>63</sup>.

Öğretide, ABAD'ın yapılan işlemi “tür değiştirme” olarak nitelemesi de sorgulanmıştır. Zira bir üye devletin tür değiştirmeye ilişkin hükümleri, “teknik olarak” farklı şirket türleri arasındaki dönüşümü [anonim şirketten (AG, plc)] limited şirkete (GmbH, SARL)] konu alır. Oysa sınıraşan tür değiştirmede esasen denk şirketlerin (GmbH'den SARL'a ya da plc'den AG'ye) birbirine dönüşmesi gündeme gelebilir<sup>64</sup>. Ancak ulusal mevzuatta bu şekildeki bir “tür değiştirmeye” izin verilmediği gerekçesiyle, yabancı bir şirketin, ulusal hukuktaki denk bir şirkete dönüşmesinin engellenmesi,

<sup>61</sup> Vale, para. 36-38.

<sup>62</sup> Biermeyer, “Cross-border conversions in the EU,” 577-578; Jesper Lau Hansen, “The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies,” *ECFR* (2013): 10.

<sup>63</sup> Lutter, et al, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 116, N. 7.51; Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 152.

<sup>64</sup> Schön, “Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit,” 345.

ayrımcılık yasağını ihlâl edecektir. Zira ulusal hukukunun aynı tür şirketin birbirine *dönüşmesini* düzenlemesi mantıksızdır (GmbH'nin GmbH'ye dönüşmesini düzenlemek saçmadır), oysa sınıraşan tür değiştirmede yabancı bir şirket türünün, denk ulusal şirket türüne dönüşmesi mümkündür. İş kurma serbestisinin amacı ve etkililik ilkesi gereği böyle bir tür değiştirmeye izin vermek gerekir<sup>65</sup>. Hatta *Vale* kararındaki uyuşmazlıkta bir İtalyan Srl'nin (limited şirket), bir Macar Kft'sine (limited şirket) dönüşmesini iş kurma serbestisi kapsamında gören ABAD'ın da bu görüşte olduğu açıktır<sup>66</sup>.

*Vale* kararında tartışmalara yol açan nokta, şirketlerin sadece tescilli merkezlerini değiştirmelerinin, iş kurma serbestisinden yararlanıp yararlanamayacaklarıdır. Daha önce de belirtildiği gibi Kararın 34. paragrafına göre iş kurma, kabul eden üye devlette belirli olmayan bir süre için sabit bir yerleşke vasıtasıyla tam anlamıyla ekonomik faaliyet yürütülmesi anlamına gelmektedir. Bu çerçevede *Vale* kararına göre, kabul eden üye devlet, kendi hukukuna tâbi şirketlerde kendi sınırları içinde ekonomik faaliyette bulunulmasını arıyorsa, o zaman sadece tescilli merkezin değiştirildiği bir tür değiştirmeyi tescil etmeme yetkisini haiz olduğu sonucuna varılabilir<sup>67</sup>.

Buna karşın, kabul eden üye devletin kuruluş yeri teorisini benimsemesi ihtimalinde, bir şirketin idare merkezini değiştirmeksizin veya gidilecek üye devlette hiç ekonomik faaliyette bulunmaksızın sadece tescilli merkezini kabul eden üye devlete taşımasının, köken üye devlet tarafından engellenip engellenemeyeceği tartışması devam etmiştir. Örneğin, idare merkezi teorisini benimseyen Polonya'da kurulan bir şirketin, Lüksemburg'un öngördüğü koşulları sağlayarak *sadece* tescilli merkezini Lüksemburg'a taşıyarak Lüksemburg hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmesi Polonya hukuku tarafından engellenebilir mi?

*Vale* kararından sonra bir görüş<sup>68</sup>, iş kurma serbestisini, gidilecek ülkede ekonomik faaliyette bulunmak olarak tanımlandığından hareketle, sadece

<sup>65</sup> Lutter, et al., *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 117, N. 7.51; Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 153.

<sup>66</sup> Lutter, et al, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 117, N. 7.51.

<sup>67</sup> Biermeyer, "Cross-border conversions in the EU," 586 vd.; Schön, "Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit," 358.

<sup>68</sup> Günter H. Roth, "Das Ende der Briefkastengründung? – Vale contra Centros," *ZIP* (2012): 1745; Verse, *Niederlassungsfreiheit*, 478; John Meeusen, "Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: towards full cross-border

tescilli merkezin taşınmasının iş kurma serbestisinden yararlanamayacağını kabul ederken, karşı görüş, bir üye devlet hukukuna göre kurulan şirketin, tescilli merkezi, iş yeri veya idare merkezinin Birlik içinde olması hâlinde iş kurma serbestisinden otomatik olarak yararlanabileceğini savunmaktadır<sup>69</sup>. ABAD, aşağıda incelenen Polbud kararı ile kendi pozisyonunu açıklama imkânı bulmuştur.

Son olarak *Vale* kararı sonrasında uzun süredir bekleyen Merkez Değişikliği Yönergesi Taslağı'nın (14. Yönerge Taslağı) kabul edilmesi için çağrılar güçlenmiştir. Zira sınıraşan tür değiştirmelerde köken devlet ve kabul eden devlet mevzuatının birlikte uygulanması ve bu konuda yeknesak bir usul bulunmaması hukuk güvenliğini azaltmaktadır<sup>70</sup>.

### **B - Polbud Kararı**

ABAD, 25 Ekim 2017 tarihli Polbud kararı ile şirketlerin sınıraşan tür değiştirmeleri konusuna tekrar değinme fırsatı bulmuştur. Bu kararın özelliği, ABAD'ın öğretide keskin görüş ayrılıklarına yol açan, bir şirketin sadece tescilli merkezini başka üye devlete taşıyarak o üye devletin hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmesinin iş kurma serbestisi kapsamına girip girmediği sorunu hakkında pozisyon almasıdır.

### **1. Kararın Özeti**

Polbud, Polonya'da kurulu bir limited şirkettir. 30 Eylül 2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında tescilli merkezini tüzel kişiliğini devam ettirerek Lüksemburg'a taşıma kararı almıştır. Ön karar talebine göre, Polbud'un genel kurul kararında işlerin yürütüldüğü veya yönetildiği yerin

---

corporate mobility in the internal market?," *Journal of Private International Law* 13, No. 2 (2017): 319. Alman öğretisinde *Vale* kararı ile *Centros* ve *Inspire Art* kararından dönüldüğünü söyleyecek kadar ileri gidenler de olmuştur, bkz. Peter Kindler, "Der reale Niederlassungsbegriff nach dem Vale-Urteil des EuGH," *EuZW* (2012): 891 vd.

<sup>69</sup> Karşı görüşün ısrarlı temsilcileri, Lutter, et al., *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 117, N. 7.52 vd. Ayrıca bkz. Biermeyer, "Cross-border conversions in the EU," 587; Schön, "Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit," 352-353, 360. *Vale* kararından önce bu görüş için bkz. Marek Szydło, "The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment," *ECFR*, (2010): 423.

<sup>70</sup> Verse, "Niederlassungsfreiheit," 495; Schön, "Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit," 364.

değiştirilmesine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır<sup>71</sup>. Bu karar üzerine Polbud'un talebi üzerine şirkete tasfiye memuru atanmıştır<sup>72</sup>.

Tescilli merkezi Lüksemburg'da olan Consoil Geotechnik Sàrl 28 Mayıs 2013 tarihindeki genel kurulda, başka kararlar yanında 30 Eylül 2011 tarihli kararın uygulanarak Polbud'un tescilli merkezinin Lüksemburg'a taşındığı ve Lüksemburg hukukuna göre tüzel kişiliğinin korunduğu yönünde karar alınmıştır. 28 Mayıs 2013 tarihinden itibaren hüküm ifade edecek bu karara göre artık şirketin tescilli merkezi Lüksemburg olacak ve şirket Polbud olarak değil Consoil Geotechnik olarak anılacaktır<sup>73</sup>.

24 Haziran 2013 tarihinde Polbud sicil mahkemesine başvurarak şirketin tescilli merkezinin Lüksemburg'a taşınması nedeniyle Polonya ticaret sicilinden terkinini talep etmiştir. Terkin işlemlerinin usulü amacıyla alınan 21 Ağustos 2013 tarihli kararda Polbud'dan (i) sona eren şirkete ait ticari defterlerin ve belgelerin bırakıldığı yedieiminin adının yer aldığı genel kurul kararı, (ii) 1 Aralık-29 Eylül 2011, 30 Eylül-31 Aralık 2011, 1 Ocak-31 Aralık 2012 ve 1 Ocak-28 Mayıs 2013 tarihlerini kapsayan tasfiye memuru ve kayıtları tutan kişinin imzasını içerir finansal kayıtları, (iii) tasfiye sürecine ilişkin raporun onaylandığına dair genel kurul kararı talep edilmiştir<sup>74</sup>. Polbud talep edilen belgeleri sunmasına gerek olmadığını, çünkü şirketin sona ermediğini, malvarlığının pay sahiplerine dağıtılmadığını; ticaret sicilinden terkin edilme başvurusunun sebebinin şirketin tescilli merkezinin Lüksemburg'a taşınması olduğunu, şirketin varlığının Lüksemburg hukukuna tâbi bir şirket olarak devam edeceğini belirtmiştir. Bu olaylar çerçevesinde 19 Eylül 2013 tarihli kararıyla, sicil mahkemesi belirtilen belgelerin sunulmadığı gerekçesiyle terkin isteminin reddine karar vermiştir<sup>75</sup>.

Polbud'un, temyiz mahkemesi önündeki iddialarına göre, tescilli merkez Lüksemburg'a taşındığı için Polbud, Polonya hukukuna göre tescil edilmiş şirket statüsünü kaybetmiş ve Lüksemburg hukukuna göre tescilli şirket hâline gelmiştir. Dolayısıyla Polbud'a göre tasfiye süreci sona ermeli ve Polonya'daki ticaret sicilinden terkin edilmelidir. Ayrıca, tüzel kişiliğini kaybetmeyen Polbud'un, Polonya hukukunda öngörülen tasfiye sürecine ve

<sup>71</sup> *Polbud*, para. 8.

<sup>72</sup> *Polbud*, para. 9.

<sup>73</sup> *Polbud*, para. 10.

<sup>74</sup> *Polbud*, para. 11.

<sup>75</sup> *Polbud*, para. 12.

bunun gereklerine uymak zorunluluğu yoktur ve esasen buna uyması da mümkün değildir<sup>76</sup>.

ABAD, değerlendirmelerine ön karar yoluyla başvuran temyiz mahkemesinin üçüncü sorusuyla başlamıştır. Buna göre başvuran mahkeme, bir üye devlette kurulan şirketin, idare merkezini değiştirmeden başka bir üye devlet hukukuna tâbi şirket türüne dönüşerek tescilli merkezini o üye devlete taşımasının ABİHA m. 49 ve 54. maddeleri çerçevesinde iş kurma serbestisi kapsamına girip girmediğini sormuştur<sup>77</sup>.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, hukuk sözcüsünün bu konudaki olumsuz görüşünden sonra Polbud yeniden duruşma açılmasını talep etmiş ve idare merkezini de Lüksemburg'a taşıyacağını belirtmiştir. Ancak ABAD, Polbud'a somut olayı açıklama konusunda gerekli imkânın verildiği, hukuk sözcüsünün görüşüne karşı beyanda bulunmaya ilişkin usulî bir hükmün olmadığı ve ABAD ile ulusal mahkemeler arasındaki işbölümü gereği, ulusal mahkeme tarafından sorulan sorularla bağlı olduğu gerekçesiyle Polbud'un bu talebini reddetmiş ve Polbud'un idare merkezini Lüksemburg'a taşımayacağı ihtimaline göre soruyu yanıtlamıştır<sup>78</sup>.

Karara ilişkin öğretinin eleştirilerini büyük ölçüde etkileyen Hukuk Sözcüsü Kokott'un 4.5.2017 tarihli görüşünde, Polbud'un kabul eden üye devlette herhangi bir ekonomik faaliyette bulunma niyeti olmaksızın sadece tescilli merkezini taşımasının iş kurma serbestisinden yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmıştır. Hukuk Sözcüsü, Divan'ın yerleşik içtihadına da atıfla iş kurma kavramının geniş anlaşıldığını, kavramın başka bir üye devletin ekonomik yaşamına istikrarlı ve devamlı surette katılmayı ve bundan kâr elde etmeyi kapsadığını, bunun gerçekleşebilmesi için de kabul eden devlette objektif ölçütlerle gösterilebilen kalıcı bir yerleşmenin gerektiğini belirtmiştir. Divan'ın iş kurma kavramını; bir devlette, belirsiz bir süreyle sabit bir yerleşme aracılığıyla fiilen ekonomik faaliyet yürütülmesi olarak tanımladığını, son içtihadında kabul eden devlette “gerçekten yerleşmeyi” ve “fiilen ekonomik faaliyette” bulunmayı aradığını, ancak bugüne kadarki içtihadında gerçek yerleşmeyi, sadece sınırlama bulunup bulunmadığı veya sınırlamanın haklılığı bakımından değerlendirdiğini ifade etmiştir. Divan'ın içtihadından hareketle Hukuk Sözcüsü, iş kurma serbestisinden

<sup>76</sup> Polbud, para. 14.

<sup>77</sup> Polbud, para. 29.

<sup>78</sup> Polbud, para. 19-27.

yararlanabilmek için kabul eden devlette gerçekten yerleşmenin ve ciddi ekonomik faaliyet yürütmenin gerekli olduğunu, Divan'ın iş kurmayı geniş yorumlayan içtihadına göre, kabul eden üye devlette sabit ve devamlı şekilde ekonomik faaliyette bulunmaya imkân verecek derecede alt yapının bulunmasının, hatta böyle bir niyetin bulunmasının yeterli olduğunu tespit etmiştir. Bu açıklamalardan sonra Hukuk Sözcüsü, idare merkezinin Polanya'da kalmasının önemli olmadığını, ancak Polbud'un Lüksemburg'da Divan'ın içtihadına göre "gerçek iş kurma" şartlarını taşıyacak ölçüde yerleşmesi veya böyle bir niyet taşıması gerektiğini, ancak o zaman, iş kurma serbestisine dayanabileceğini, Polbud'un sadece tâbi olduğu hukuku değiştirmek istemesinin, iş kurma serbestisi ile ilgisi olmadığını, iş kurma serbestisinin işletmelere Birlik içinde istedikleri yerde ekonomik faaliyette yürütme imkânı verdiğini, ancak bundan bağımsız olarak hukuk seçimi özgürlüğü tanımadığını, dolayısıyla sınıraşan tür değiştirmenin tek başına iş kurma serbestisi kapsamına girmediğini, ancak "gerçek iş kurma" ile birlikte bu serbestiden yararlanabileceğini belirtmiştir<sup>79</sup>.

Hukuk Sözcüsü, Divan'ın *Cartesio* ve *Centros/Inspire Art* kararları ile de hesaplaşmıştır. Hukuk Sözcüsü'ne göre; *Cartesio*'daki -köken üye devletin, bir şirketin başka bir üye devlete tür değiştirme yoluyla gidişini engelleyemeyeceği yönündeki- *obiter dictum*; kendi bağlamı içinde değerlendirildiğinde ve *Cartesio* kararında idare merkezinin taşınması söz konusu olduğu gözönüne alındığında, kabul eden devlette ekonomik faaliyette bulunmaksızın sınıraşan tür değiştirmelere izin verildiği şeklinde yorumlanamayacaktır. *Centros* ve *Inspire Art* kararlarının somut olaya benzediğini kabul eden Hukuk Sözcüsü, yine de bir ayırım yapılması gerektiğini, anılan kararlarda esasında bir üye devlet hukukuna göre kurulan şirketlerin, başka üye devlette ekonomik faaliyette bulunduğunu, bu nedenle iş kurma serbestisinden yararlanabileceklerini, somut olayda ise sadece bir şirketin "kıyafetini değiştirmek" istemesinin söz konusu olduğunu, bu nedenle anılan kararlara dayanılamayacağı sonucuna varmıştır<sup>80</sup>.

Yine, Hukuk Sözcüsü, Polbud'un başka bir üye devlet olan Lüksemburg'da Consoil olarak kurulmuş olmasının da sonucu etkilemeyeceğini, sınıraşan tür değiştirmelerde köken devlet ve kabul eden devlet hukukunun birlikte uygulanacağını, Polbud'un bir ayağı

<sup>79</sup> Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü, ECLI:EU:C:2017:351, para. 32-38.

<sup>80</sup> Hukuk Sözcüsü Kokott'un Görüşü, ECLI:EU:C:2017:351, para. 39-41.

Lüksemburg’da ise de diğer ayağının Polonya’da olduğunu belirtmiştir. Bu açıklamalar ışığında Hukuk Sözcüsü, bir üye devlet hukukuna göre kurulan bir şirketin, kendisine uygulanacak hukuku değiştirmek için tescilli merkezini başka bir üye devlete taşımasının iş kurma serbestisi kapsamına girebilmesi için ciddi ekonomik faaliyet yürütmek amacıyla kabul eden üye devlette yerleşmesi veya bu niyeti taşıması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>81</sup>.

Polonya ve Avusturya hükümetleri de Hukuk Sözcüsü’nün görüşü ile aynı yönde görüş bildirmiştir. Ancak Divan bu görüşleri kabul etmemiştir. Divan öncelikle Polonya hukukuna göre kurulan Polbud’un, ABİHA m. 54 uyarınca ABİHA m. 49’a dayanarak iş kurma serbestisinden yararlanabileceği sonucuna varmıştır<sup>82</sup>. Ardından bir üye devlette kurulan şirketin, kabul eden üye devletin öngördüğü koşulları sağlaması şartıyla kabul eden üye devlet hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmesinin iş kurma serbestisi kapsamına girdiğini belirtmiştir. Böylece, Polonya hukukuna göre kurulan bir şirketin, Lüksemburg hukukunun öngördüğü koşulları taşıyarak Lüksemburg hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmesi, iş kurma serbestisinden yararlanacaktır<sup>83</sup>.

Divan, Polbud’un kabul eden üye devlette fiilen iş yapmamasının da bu sonuca etkili olmadığı kanaatinde. Bütün ekonomik faaliyetini bir başka üye devlette yürütmek amacıyla bir üye devlette kurulan şirketin, kabul eden üye devlette şube açmasını iş kurma serbestisi kapsamına girdiğinin kabul edildiği *Centros* kararını hatırlatan Divan, aynı durumun, bir üye devlet mevzuatına uygun olarak kurulan ve ana veya bütün faaliyetlerini<sup>84</sup> köken devlette yürüten bir şirketin, kabul eden üye devlet hukukunun öngördüğü

<sup>81</sup> Hukuk Sözcüsü Kokott’un Görüşü, ECLI:EU:C:2017:351, para. 42-43.

<sup>82</sup> *Polbud*, para. 30-32.

<sup>83</sup> *Polbud*, para. 35.

<sup>84</sup> Bu noktada İngilizce ve Almanca metin arasındaki tercüme farklılığına işaret etmek gerekir. İngilizce metinde, köken devlette faaliyette bulunan şirket için “*even though that company conducts its main, if not entire, business in the first Member State.*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadede, bütün faaliyeti olmasa da ana faaliyetini [köken] üye devlette yürüten şirketten söz edilirken, Almanca metin farklı anlamı haizdir: “*selbst wenn diese Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich im ersten Mitgliedstaat ausüben soll.*” Almanca metne göre, şirketin faaliyetinin önemli ölçüde veya münhasıran [köken] üye devlette olmasından söz etmektedir. İngilizce metin, kabul eden üye devlette de faaliyette bulunulacağı ihtimalini barındırdığından, bütün faaliyetin köken devlette yürütüleceğini yeterince vurgulamamaktadır. Kanımızca Almanca metin somut olay ve hukukî sorun gözönüne alındığında daha doğrudur.

şartları taşıyarak o devletin hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmesinin de iş kurma serbestisi kapsamında olduğu sonucuna varmıştır<sup>85</sup>.

Özellikle *Centros* ve *Inspire Art* kararlarına atıfla Divan, iş kurma serbestisinin uygulanma koşulları ile üye devletlerin, uyruklarının ulusal düzenlemelerden kaçınmalarını önlemek amacıyla tedbir alıp alamayacağı sorusunun farklı olduğunu, yerleşik içtihadı göre üye devletlerin bu tür tedbirleri alabileceğini, ancak tescilli veya idare merkezi bir üye devlette olan bir şirketin daha elverişli bir hukuku seçmesinin tek başına kötüye kullanma sayılmayacağını hatırlatmıştır<sup>86</sup>.

Polonya hükümetinin, *Daily Mail* ve *Cartesio* kararlarına dayanarak, tescilli merkezin yanında idare merkezinin de taşınması gerektiği itirazı da Divan tarafından reddedilmiştir. Divan, anılan kararların ve *Vale* kararının tam tersini söylediğini belirterek, her üye devletin, bir şirketin kendi ulusal hukukuna göre kurulmuş sayılması için gereken bağlama noktalarını belirleme yetkisi bulunduğunu, kabul eden üye devletin böyle bir yetkisinin olması ve taşınan şirketin bunlara uyma gerekliliğinin, hiçbir şekilde köken devletin kurulma veya sona erme düzenlemelerinin iş kurma serbestisinden muaf tutulması anlamına gelmeyeceğini, yine köken üye devletin, sınıraşan tür değiştirmelerde, kendi hukukuna tâbi şirketlere uyguladığı yükümlülüklerden fazlasını öngöremeyeceğini belirtmiştir<sup>87</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde Divan üçüncü soruya şöyle cevap vermiştir: Bir üye devletin hukukuna göre kurulmuş şirketin, başka bir üye devletin hukukuna tabi şirkete dönüşmek maksadıyla, idare merkezini değiştirmeden tescilli merkezini yerleşmek istediği ülkeye, onun hukukuna uygun olarak taşınması, ABİHA m. 49 ve 54 anlamında iş kurma serbestisinin kapsamındadır<sup>88</sup>.

Yapılan işlemi iş kurma serbestisi kapsamında değerlendiren Divan, olayda bir sınırlandırma olup olmadığını ve sınırlandırma varsa bunun haklı olup olmadığını değerlendirmiştir. Divan özetle, sadece tescilli merkezini başka bir üye devlete taşımak isteyen bir şirketin sona ermesini ve tasfiye edilmesini öngören Polonya hukukunun iş kurma serbestisini sınırladığını ve şirketin tasfiye edilmesi yönündeki sınırlamanın, pay sahiplerini, alacaklıların

<sup>85</sup> Polbud, para. 38.

<sup>86</sup> Polbud, para. 39-40.

<sup>87</sup> Polbud, para. 43.

<sup>88</sup> Polbud, para. 44.



ve işçilerin menfaatini korumakta gerekenin ötesine geçtiği, ölçülülük ilkesini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Divan'a göre, alacaklıların korunması için şirketin tasfiyesi yerine alacaklılara teminat vermesi öngörülebilir. Sonuç olarak Divan, bir üye devletin hukukuna göre kurulmuş bir şirketin, başka bir üye devlet hukukuna tabi şirkete dönüşmek amacıyla tescilli merkezini kabul eden üye devlete taşınması halinde, şirketin tasfiyesini öngören ulusal düzenlemenin ABİHA m. 49 ve 54'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>89</sup>.

## 2. Polbud Kararına Yönelik Eleştiriler

### a - Yapılan İşlemin İş Kurma Serbestisinin Kapsamına Girmedeği İtirazı

Polbud kararı öğretinin bir bölümü tarafından şiddetli eleştirilere maruz kalmıştır. Hatta yazarlar, Polbud kararının Anglo-Amerikan hukuk terminolojisine göre bir *stare decisis* değil, ancak bir *overruling* olabileceğini<sup>90</sup>, ABAD'ın hukuk yaratmanın sınırlarını aştığını<sup>91</sup> söyleyecek kadar ileri gitmiştir.

*Polbud* kararına göre, Lüksemburg hukukunun bir şirketin kendi tâbiyetine girmesi için sadece tescilli merkezin taşınmasını yeterli görmesi hâlinde iş kurma serbestisi uygulama alanı bulacaktır<sup>92</sup>. Esasen bu yorum, *Cartesio* kararındaki köken üye devletin, şirketin gidişini engelleyemeyeceği yönündeki içtihadının geliştirilmesi olarak görülebilir. Buna göre, kabul eden üye devletin mevzuatının izin vermesi hâlinde, hiçbir ekonomik faaliyette bulunmaksızın kabul eden üye devlette tescil edilen şirketin gidişi, köken üye devlet tarafından engellenemeyecektir<sup>93</sup>. Buna karşılık, kabul eden üye devlet, kendi hukukuna tâbi olacak şirketlerin kendi sınırları içinde ekonomik faaliyette bulunmasını zorunlu kılabilir. Bu durumda, kabul eden üye devlet hukukuna tâbi şirkete dönüşmek için bu şarta uymak gerekecektir. Ancak ekonomik faaliyet şartını sadece kabul eden üye devlet öngörebilir, köken üye

<sup>89</sup> Polbud, para. 45-65.

<sup>90</sup> Oliver Mörsdorf, "Nun also doch! – Die überraschende Umdeutung der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit durch den EUGH im Urteil Polbud," *ZfP* (2017): 2384.

<sup>91</sup> Peter Kindler, "Unternehmensmobilität nach «Polbud»: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik," *NZG* (2018): 3. Karş. Caspar Behme, "Europäisches Umwandlungsrecht," 41.

<sup>92</sup> Polbud, para. 38.

<sup>93</sup> *Polbud* kararından önce bu yöndeki görüş için bkz. Schön, "Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit," 360.

devletin bu konuda yetkisi yoktur<sup>94</sup>. Kabul eden üye devletin öngördüğü şart gerçekleştiğinde ise, bu şirket diğer tüm üye devletlerde ekonomik faaliyet yürütebilir.

Bu şekilde özetlenebilecek olan *Polbud* kararına yönelik eleştirilerin temel noktası, bir şirketin sadece tescilli merkezini, ciddi ekonomik faaliyet yürütmeyeceği başka bir üye devlete taşımasının iş kurma serbestisi kapsamında görülmesinin, bu serbestinin amacı ile bağdaşmadığıdır. Zira iş kurma serbestisi, Birlik içinde istenilen yerde ekonomik faaliyette bulunulmasını koruma altına almaktadır. Oysa ekonomik faaliyet olmaksızın sadece tescilli merkezin taşınarak kabul eden üye devlet hukukuna tâbi bir şirkete dönüşmek, hukuk seçimi anlamına gelir<sup>95</sup>. Bu ise iş kurma serbestisi kapsamında değildir<sup>96</sup>.

*Polbud* kararına konu olan olayda iş kurma serbestisinin uygulama alanı bulamayacağını söyleyen görüşler esasen Divan'ın *Factortame II*<sup>97</sup>, *Cadbury Schweppes*<sup>98</sup> ve *Vale* kararlarına dayanmaktadır. Hatırlanacağı üzere *Vale* kararınının *obiter dictum* niteliğindeki 34. paragrafında iş kurma serbestisinin uygulama bulabilmesi için kabul eden üye devlette fiilen ekonomik faaliyette bulunmak şartı aranmaktaydı. Yine *Factortame II* kararında Divan, İspanyol balıkçıların, balıkçı teknelerini İngiliz siciline tescil etmelerinin tek başına iş kurma anlamına gelmeyeceğini, iş kurma kavramının, bir üye devlette belirsiz bir süreyle sabit bir yerleşme aracılığıyla fiilen ekonomik faaliyet yürütülmesi olduğunu, bu nedenle ekonomik faaliyette bulunma niyetinin bulunmadığı üye devlette yapılan tescilin iş kurma serbestisinden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır<sup>99</sup>. *Factortame II* ve *Vale* kararlarında iş kurma serbestisinin kabul eden üye devlete karşı kullanıldığı sonucuna varılabilir. Buna karşın vergi hukukuna ilişkin olan ve kimi yazarlarca *Centros* ve aynı yöndeki *Inspire Art*

<sup>94</sup> Walter Bayer ve Jessica Schmidt, "Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung," ZIP (2017): 2231; Eberhard Schollmeyer, "Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtsfreiheit?," ZGR (2018): 192.

<sup>95</sup> Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 158.

<sup>96</sup> Mörsdorf, "Die überraschende Umdeutung," 2384 vd.; Peter Stelmaszczyk, "Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes," *EuZW* (2017): 893; Sascha Stiegler, "Grenzüberschreitender Formwechsel: Zulässigkeit eines Herausformwechsels," *AG* (2017): 850; Kindler, "Unternehmensmobilität," 3.

<sup>97</sup> *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others*, ECLI:EU:C:1991:320.

<sup>98</sup> *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, ECLI:EU:C:2006:544.

<sup>99</sup> *Factortame II*, ECLI:EU:C:1991:320, para. 19-21.

kararlarından dönüldüğü şeklinde yorumlanan<sup>100</sup> *Cadbury Schweppes* kararının *Polbud*'da olduğu gibi dışa göçü konu aldığı söylenebilir<sup>101</sup>.

*Cadbury Schweppes* kararına konu olayda<sup>102</sup>, hâkim şirketinin İngiltere'de bulunduğu Cadbury Schweppes grubunun İrlanda'da iki adet bağlı şirketi bulunmaktadır. Bu iki bağlı şirketin kurulmasının tek amacı İrlanda'daki vergi avantajından yararlanmaktır<sup>103</sup>. İngiliz vergi hukukuna göre, İngiltere'de yerleşik bir şirketin, yurtdışında yüzde 50'sinden fazlasına sahip olduğu bağlı şirketlerinin elde ettikleri gelirler belli şartlar altında İngiltere'de vergiye tâbi tutulmaktadır<sup>104</sup>. İngiliz vergi otoritesi de Cadbury Schweppes grubunun İrlanda'da kurulu bulunan bağlı şirketinin kazancını anılan düzenlemelere göre vergilendirmiştir<sup>105</sup>. Bağlı şirketler de bu vergilendirmenin iş kurma serbestisini ihlâl ettiğini savunmuştur<sup>106</sup>.

ABAD öncelikle, bir üye devlet tâbiyetindeki gerçek veya tüzel kişinin, yerleşik olduğu üye devletten başka bir üye devlette vergi avantajı sağlama çalışmasının tek başına kötüye kullanma olmadığını, *Centros* ve diğer içtihadına atıfla teyit etmiştir<sup>107</sup>.

Vergi hukuku bakımından yaptığı değerlendirmede iş kurma serbestisinin sınırlandırıldığına hükmeden ABAD, somut olayda sınırlandırmanın haklı olup olmadığını incelemiştir<sup>108</sup>. Bu kapsamda daha önceki içtihatlarında kullandığı formülleri tekrar ederek, iş kurma serbestisinin amacının üye devlet vatandaşlarının, bağımsız çalışanlar olarak başka bir üye devlette ekonomik faaliyet yürüterek Topluluk [Birlik] içindeki ekonomik ve sosyal yaşama dahil olmasını sağlamak olduğunu, bunun da ancak kabul eden üye devlette gerçek bir yerleşmenin ve ciddi ekonomik faaliyet yürütmekle mümkün olacağını belirtmiştir. Bu çerçevede Divan, iş kurma serbestisinin kötüye kullanımları önlemek için sınırlanabileceğini, ancak bu sınırlamanın da ekonomik gerçekleri yansıtmayan tümüyle düzmece işlemleri (*wholly artificial*

<sup>100</sup> Kindler, "Der reale Niederlassungsbegriff," 891-892; Roth, "Das Ende der Briefkastengründung?," 1744.

<sup>101</sup> Bu hususta bkz. Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 135.

<sup>102</sup> Vergi tekniğine ilişkin ayrıntılar içeren kararın sadece konumuz bakımından önem taşıyan yönlerine işaret edilecektir.

<sup>103</sup> Cadbury Schweppes, para. 13-18.

<sup>104</sup> Ayrıntılar için bkz. *Cadbury Schweppes*, para. 3-12.

<sup>105</sup> Cadbury Schweppes, para. 20.

<sup>106</sup> Cadbury Schweppes, para. 21.

<sup>107</sup> Cadbury Schweppes, para. 35-38.

<sup>108</sup> Cadbury Schweppes, para. 46.

*arrangements*) -üye devlet sınırları içinde doğan vergiyi ödemekten kaçınmak gibi- önleme amacı taşıması gerektiğini belirtmiştir<sup>109</sup>.

*Cadbury Schweppes* kararında Divan, ne zaman ciddî bir ekonomik faaliyetten söz edilebileceğini de belirtmiştir. Bu çerçevede, kurulacak şirketin kabul eden üye devlette, iş yeri, personel ve teçhizat olarak fizikî varlığı bulunmalıdır. Bu ölçütlere göre, yabancı şirketin kabul eden üye devlette ciddi ekonomik faaliyeti olmayan fiktif bir yerleşme olduğu sonucuna varılırsa o zaman tamamen düzmece işlemlerden söz edilebilir. Bu durum, özellikle “tabela” veya “kabuk” şirketlerde gündeme gelebilir<sup>110</sup>.

*Cadbury Schweppes* kararına konu olay detaylı incelendiğinde aslında bu kararın, içe göçlerle değil, dışa göçlerle ilgili olduğu sonucuna varılabilir<sup>111</sup>. Zira somut olayda hâkim şirketin kurulduğu İngiltere, kendi tâbiyetinde olan şirketin ikincil iş kurma serbestîsinden yararlanmasını sınırlamaktadır<sup>112</sup>. Bu bakış açısıyla *Cadbury Schweppes* kararının *Centros* veya *Inspire Art* kararından dönmek olarak görmek doğru olmayacaktır. Zira o kararlarda bir üye devlet hukukuna göre kurulan bir tabela şirketi, başka bir üye devlette gerçek ve ciddî bir ekonomik faaliyet yürütüyordu. Oysa *Cadbury Shweppes* kararında İngiltere’de kurulu şirketin, başka bir üye devlette tabela şirketi kurduğu bir diğer değişle “iş kurma” unsurunun gerçekleşmediği iddiası bulunmaktadır. Tabela şirketi kurmak, iş kurma serbestîsinden yararlanmaz, ancak bir üye devlet hukukuna uygun olarak kurulan tabela şirketi, iş kurma serbestîsi çerçevesinde diğer üye devletlerde faaliyetlerde bulunabilir (*Centros*). Bu nedenle *Cadbury Schweppes* kararının *Centros* ve *Inspire Art* kararlarından dönüş olarak görmek uygun olmayacaktır<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> Cadbury Schweppes, para. 53-55.

<sup>110</sup> Cadbury Schweppes, para. 67-68.

<sup>111</sup> Armour ve Ringe, “European Company Law,” 137.

<sup>112</sup> Christoph, Teichmann, “Gesellschaftrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit,” *ZGR* (2011): 671.

<sup>113</sup> Armour ve Ringe, “European Company Law,” 138; Verse, “Niederlassungsfreiheit,” 472-473; Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 135 vd. Yine de böyle bir ayrımın doğru olmayacağını, hem *Centros/Inspire Art* kararlarında hem de *Cadbury Schweppes* kararında sorunun aynı olduğu da - “başka bir üye devlette tabela şirket kurmak iş kurma serbestîsinden yararlanır mı?”- savunulmuştur, bkz. Vanessa Edwards/Paul Farmer, “The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards?,” içinde *Continuity and Change in EU Law – Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Eds. Anthony Arnall, et al. (Oxford: Oxford University Press, 2008), 218; John Vella, “Sparkling Regulatory Competition in European Company Law: A Response,” içinde

İşte öğretide özellikle *Vale* ve *Cadbury Schweppes* kararından hareketle iş kurma serbestisinin ancak kabul eden üye devlette ciddi ekonomik faaliyetin varlığı hâlinde uygulama alanı bulacağı, dolayısıyla bir şirketin sadece tescilli merkezini başka bir üye devlete taşıyarak o hukuka tâbi olmasının, iş kurma serbestisinden yararlanamayacağı savunularak *Polbud* kararı eleştirilmiştir<sup>114</sup>.

Bu eleştirilere karşı, *Cadbury Schweppes* kararında ciddi ekonomik faaliyet unsurunun sadece iş kurma serbestisinin sınırlama sebeplerinden biri olarak zikredildiğini, esas olarak kötüye kullanma yasağı ölçütü olduğunu, oysa *Polbud* kararında daha iyi bir hukuk seçiminin tek başına kötüye kullanma sayılmayacağı belirtilmiş, dolayısıyla *Cadbury Schweppes* kararına dayanarak *Polbud* kararının eleştirilemeyeceğini savunanlar da vardır<sup>115</sup>. Bu tespit *Cadbury Schweppes* kararı bakımından haklı görülebilir<sup>116</sup>. Buna karşın *Vale* kararının 34. paragrafında -ki *Cadbury Schweppes* 'e de atıf vardır- ciddi ekonomik faaliyet unsuru, kötüye kullanma yasağı ile ilgili olarak değil, doğrudan “iş kurma”nın tanımı bağlamında zikredilmiştir<sup>117</sup>. *Polbud* kararında ABAD’ın bu tartışmaya açıklık getirme imkânı varken bunu yapmaması eleştirilmiştir<sup>118</sup>.

Bu görüş yanında, *Vale* kararındaki fiilen ekonomik faaliyette bulunma unsurunu sadece kabul eden üye devletin arayabileceğini, ancak bu ihtimalde sadece tescilli merkezin taşınması yoluyla kabul eden üye devlet şirket türüne

---

*Prohibition of Abuse of Law*, ed. Rita de la Feria et al. (Oxford: Hart Publishing, 2011), 131 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. Paschalidis, *Freedom of Establishment*, 117, N. 477 vd.

<sup>114</sup> *Polbud* kararını, önceki içtihattan kopuş olarak gören görüş için bkz. Mörsdorf, “Die überraschende Umdeutung,” 2384. Karar tarihinden önce kaleme alınan bir makalede de Divan’ın önünde bulunan *Polbud* davasında, önceki içtihadına uygun olarak iş kurma serbestisinin uygulama alanı bulmayacağı yönünde karar çıkacağı beklentisi, kuvvetli şekilde dile getirilmiştir, bkz. Meeusen, “Freedom of establishment,” 321.

<sup>115</sup> Bayer ve Schmidt, “Grenzüberschreitende Mobilität,” 2229, Heiner Feldhaus, “Das Erfordernis wirtschaftlicher Inlandstätigkeit beim grenzüberschreitenden (Herein-) Formwechsel nach «Polbud»,” *BB* (2017): 2822-2823; Behme, “Europäisches Umwandlungsrecht,” 45.

<sup>116</sup> *Cadbury Schweppes* kararında da “ciddi ekonomik faaliyetin” kötüye kullanma bağlamında değil, bizzat “iş kurmanın” tanımı olarak kullanıldığı görüşü için bkz. ve karşı. Richard Lyal, “Cadbury Schweppes and Abuse: Comments,” içinde içinde *Prohibition of Abuse of Law*, ed. Rita de la Feria et al. (Oxford: Hart Publishing, 2011), 432.

<sup>117</sup> Verse, “Niederlassungsfreiheit,” 479; Meeusen, “Freedom of establishment,” 318-319. Karşı. Feldhaus, “Das Erfordernis wirtschaftlicher Inlandstätigkeit,” 2822.

<sup>118</sup> Stiegler, “Grenzüberschreitender Formwechsel,” 850.

dönüşmenin mümkün olmayacağı da savunulmuştur<sup>119</sup>. Ancak *Vale* kararı içe göçlere ilişkin bir karar olmakla birlikte 34. paragraftaki açıklamanın kabul eden üye devlet ile sınırlı anlaşılmasını gerektirecek bir ifade yer almadığını belirtelim.

### **b - Centros Kararı ile Benzerlik Kurulamayacağı**

ABAD *Polbud* kararının 38. paragrafında *Centros* kararı ile benzerlik kurmuştur. Buna göre, nasıl ki baştan bir üye devlet hukukuna göre kurulan şirketin, münhasıran başka bir üye devlette ekonomik faaliyette bulunması iş kurma serbestisi kapsamında ise, aynı durum tür değiştirme yoluyla kabul eden üye devletin mevzuatına uygun olarak o üye devlete tâbi şirkete dönüşen şirket için de geçerlidir. İş kurma serbestisinden yararlanan şirketin, kabul eden [tür değiştirme sonrası artık köken] üye devlette ekonomik faaliyette bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.

*Polbud* kararını destekleyenler bu yaklaşımı bir adım daha ileri götürerek, somut olayda *Polbud*'un tescilli merkezi ile idare merkezini tamamen Lüksemburg'a taşıyıp, sonradan sadece idare merkezini Polonya'ya taşımalarının *Centros* kararı ile mümkün olduğunu belirtmiştir. Kararın bu masraflı işlemi engelleyeceğini savunmuşlardır<sup>120</sup>.

Bu iki gerekçe de öğretilerde eleştirilmiştir. *Polbud* kararını eleştirenlere göre, *Centros* kararına konu olan olay ile *Polbud* kararına konu olan olay birbirinden farklıdır. Zira *Centros* kararına konu olayda, zaten bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş olan bir şirket, idare merkezini Danimarka'ya taşımakla bizatihi iş kurma serbestisinden istifade etmektedir<sup>121</sup>. Oysa, *Polbud* kararında kabul eden üye devlette ekonomik faaliyet amacı dahi bulunmamaktadır. Ayrıca *Centros* ile *Polbud* kararı arasında üçüncü kişilerin menfaatleri bakımından da farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, hatırlanacağı üzere *Centros* kararında ABAD'ın gerekçelerinden biri Danimarka'da faaliyette bulunan üçüncü kişilerin, *Centros*'un Danimarka şirketi olmadığını bilecek durumda bulunmaları ve kendilerini buna göre koruyabilecekleridir.

<sup>119</sup> Schön, "Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit," 353.

<sup>120</sup> Bayer ve Schmidt, "Grenzüberschreitende Mobilität," 2230. *Polbud* kararından önceki bir değerlendirme için bkz. Szydło, "The Right of Companies to Cross-Border Conversion," 424.

<sup>121</sup> Mörsdorf, "Die überraschende Umdeutung," 238; Stelmaszczyk, "Grenzüberschreitender Formwechsel," 893. *Polbud* kararından önceki bu gerekçe için bkz. Verse, "Niederlassungsfreiheit," 478.

Oysa *Polbud* kararında başta Polonya hukukuna tâbi bir şirket, sonradan Lüksemburg hukukuna tâbi olmaktadır ve faaliyette bulunma unsurunun da bulunmadığı bu durum şirket alacaklılarının ve işçilerin menfaatini olumsuz etkileyebilir<sup>122</sup>. Hatta AB düzenlemelerinde hukuk seçimi baştan hukuk seçimi ile sonradan hukuk seçimi arasında ayırım yapıldığı, Sözleşme'den Doğan Yükümlülükler Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma-I Tüzüğü<sup>123</sup> m. 3.2, son cümlede sonradan üçüncü kişilere zarar verecek hukuk seçimi değişikliği yapılamayacağını düzenlendiği belirtilmiştir<sup>124</sup>.

İtiraf etmek gerekir ki, sonradan yapılan ve üçüncü kişiler aleyhine olan hukuk seçimi değişikliğinin AB hukukunda korunmadığı itirazı, ABAD'ın yaptığı inceleme gözönüne alınca haklı değildir, zira ABAD zaten köken üye devletin menfaat sahiplerini korumak için bir düzenleme yapabileceğini kabul etmektedir, sadece gidişi tamamen yasaklamayı *Gebhard* testi çerçevesinde orantılı bulmamaktadır (para. 52 vd.). Bu nedenle ilk nokta için yapılan eleştiriler haklı görülebilirse de, eleştirilerin ikinci noktası ABAD'ın yaptığı incelemenin niteliği gereği ikna edici değildir.

Tescilli merkez ve idare merkezini önce Lüksemburg'a taşıyıp, ardından sadece idare merkezini Polonya'ya taşımanın mümkün olduğu, dolayısıyla *Polbud* kararına konu olan işlemin iş kurma serbestisi kapsamında görülmesi gerektiği iddiası da eleştirilmiştir. Zira karşı görüşe göre, iş kurmadan söz edebilmek için başka bir üye devlette önceden sınırlanmamış bir süre için ekonomik faaliyette bulunmak veya bu yönde niyet taşımak gerektiği, oysa bu kurguda bu unsurun bulunmadığını, ayrıca böyle bir işlemin *Cadbury Schweppes* kararı anlamında “düzmece işlem” sayılabileceği ve engellenebileceği söylenmiştir<sup>125</sup>.

*Polbud* kararını *Centros* kararı ile aynı doğrultuda gören bir diğer görüş de kabul eden üye devlet tarafından kurulmasına izin verilen bir şirketin artık -eski- köken üye devlete karşı da iş kurma serbestisine dayanabilmesidir. Nasıl ki *Centros*'ta İngiltere'de kurulan bir şirket, idare merkezini

<sup>122</sup> Stelmaszczyk, “Grenzüberschreitender Formwechsel,” 893; Kindler, “Unternehmensmobilität 3-4; Schollmeyer, “Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtsfreiheit?,” 194.

<sup>123</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

<sup>124</sup> Eva-Maria Kieninger, “Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl,” *NJW* (2017): 3627.

<sup>125</sup> Mörsdorf, “Die überraschende Umdeutung,” 2384. *Polbud* kararı öncesi bu gerekçe için bkz. Verse, “Niederlassungsfreiheit,” 479; Stiegler, *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen*, 179.

Danimarka'ya taşırken iş kurma serbestisine dayabiliyorsa, sonradan Lüksemburg'da kurulan bir şirket de idare merkezini Polonya'da tutabilir<sup>126</sup>. Bu görüş başta ikna edici görünse de, biraz yakından bakıldığında kanımızca önemli bir hususu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Lüksemburg'da kurulan bir şirketin, idare merkezini Polonya'ya taşıyabilmesinin *Centros* kararı gereği olduğu açıktır. Ancak, bu görüş, Polonya'da kurulan ilk şirketin (*Polbud*), Lüksemburg'da kurulan bu ikinci şirkete (*Consoil*) dönüşmesinin neden Polonya tarafından engellenemeyeceğini açıklamamaktadır. Bu görüş, sadece tür değiştirme işlemi yapılmış olmasını, iş kurma serbestisinin kapsamına girmesinden hareket etmektedir<sup>127</sup>. Oysa sadece bir üye devletin yetkili siciline tescil, *Factorame II* kararında da belirtildiği gibi iş kurma değildir. Öte yandan, *Polbud*, Lüksemburg'da ekonomik faaliyette bulunsa idi, o zaman Polonya iş kurma serbestisi ve iç hukukunda tür değiştirmeye izin verdiği için ayrımcılık yasağı çerçevesinde bu işlemi tanımak zorunda idi.

### c - Kararın Hukuk Politikası Açısından Eleştirilmesi

Kararın sonuçları bakımından tabela şirketlerini teşvik ettiğini gözönüne alan yazarlar, bu sonucu, Wikileaks ve Panama Belgeleri gibi skandallar sonrasında Avrupa Parlemantosunun tabela şirketleri ile mücadele hakkında hazırladığı rapor taslağı<sup>128</sup> karşısında *anokronik* bulmuştur<sup>129</sup>.

Bunun yanında hukuk politikası bakımından yapılan bir eleştiri de bazı AB yasama tasarruflarında tescilli merkez ile idare merkezinin birbirinden ayıramayacağını kabul edilmesidir. Örneğin 2751/2001 sayılı Avrupa Anonim Şirketi Tüzüğü m. 7'ye göre Avrupa Şirketi'nin tescilli merkezi ile idare merkezi aynı üye devlette bulunmalıdır. Öte yandan, şirketler hukukuna ilişkin diğer yasama tasarrufu taslaklarında üye devletlerin bu konuda uzlaşmaya varamadığı da belirtilmelidir. Örneğin, yasalaşmayan Avrupa Limited Şirketi Tüzüğü'ne ilişkin Başkanlığın Uzlaşma Önerisi'nde bu şirketin tescilli merkezi ile idare merkezinin farklı üye devletlerde

<sup>126</sup> Behme, "Europäisches Umwandlungsrecht," 42 vd.

<sup>127</sup> Behme, "Europäisches Umwandlungsrecht," 36.

<sup>128</sup> Rapor taslağı için bkz. Draft Report on the inquiry on money laundering, tax avoidance and tax evasion (2017/2013(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+COMPARL+PE-604.514+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN> (erişim tarihi: 22.6.2018).

<sup>129</sup> Stelmaszczyk, "Grenzüberschreitender Formwechsel," 894.



olabilmesine izin verilmesinin ana uyuşmazlık noktalarından biri olduğu belirtilmiştir<sup>130</sup>.

Elbette bu itirazları, olması gereken hukuk bakımından yapılan itirazlar olarak görmek ve hukuk tekniği açısından ABAD'ın bu mülahazaları gözönüne alarak karar vermek zorunluluğu olmadığını ifade etmek gerekir.

#### **IV. Polbud Kararının Sınıraşan Tür Değiştirmeye İlişkin Yönerge Değişiklik Taslağına Etkileri**

Daha önce de ifade edildiği üzere, *Polbud* kararı sonrasında Komisyon, “Şirketler Hukukuna İlişkin 2017/1132 sayılı Yönerge’de Sınıraşan Tür Değiştirme, Birleşme ve Bölünme İşlemleri İle İlgili Değişiklik Yapılması Hakkında Yönerge Taslağı” (Yönerge Taslağı) hazırlamıştır<sup>131</sup>. Sınıraşan tür değiştirmeye ilişkin ayrıntılı hükümler içeren bu taslağın bütün hükümleri üzerinde durmak çalışmanın sınırlarını aşacaktır. Bu başlık altında Yönerge Taslağı’nın sadece Polbud kararı çerçevesinde tescilli merkezin başka bir üye devlete taşınmasının köken üye devlet tarafından engellenip engellenemeyeceği konusundaki hükümlerine temas edilecektir.

Yönerge Taslağı’nda *Polbud* kararına uygun olarak, tür değiştirmenin tanımına ilişkin maddede, bir şirketin, en azından tescilli merkezini başka bir üye devlete taşıyarak tür değiştirebileceği belirtilmiştir<sup>132</sup>. Böylece *Polbud* kararında varılan sonuç, Yönerge Taslağı’na dahil edilmiştir<sup>133</sup>.

Öte yandan Taslak’ın diğer maddeleri de dikkate alındığında, kanaatimizce bu hüküm, ekonomik faaliyet şartı aranmaksızın sınıraşan tür değiştirme işlemine izin vermeyi amaçlamaktan ziyade, şirketin idare merkezini taşıma zorunluluğu bulunmadığını düzenlemektedir. Zira, Taslak’ta köken üye devlete, şirketin hiçbir ekonomik faaliyetinin

<sup>130</sup> Bkz. Compromise Proposal by the Presidency for Competitiveness Council (30/31 May 2011), 10611/11, Interinstitutional File: 2008/0130 (CNS), s. 3. [http://www.europeanprivatecompany.eu/legal\\_texts/download/Hungarian-presidency-Mai2011.pdf](http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Hungarian-presidency-Mai2011.pdf) (erişim tarihi: 22.6.2018).

<sup>131</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, COM(2018)241 final.

<sup>132</sup> YönergeTaslağı m. 86b.2.

<sup>133</sup> Düzenlemenin gerekçesinde ABAD içtihat hukukunun esas alındığı belirtilmiştir, bkz. Şirketler Hukukuna İlişkin 2017/1132 sayılı Yönerge’de Sınıraşan Tür Değiştirme, Birleşme ve Bölünme İşlemleri İle İlgili Değişiklik Yapılması Hakkında Yönerge Taslağı, COM(2018) 241 final, Gerekeç kısmı, 2 vd.

bulunmadığı başka bir üye devlete gidişini engelleme imkânı tanınmıştır. Bu çerçevede köken üye devlet, her somut olay bakımından bütün ilgili hususları dikkate alarak yapacağı incelemede, tür değiştirmenin haklı olmayan vergi avantajı sağlamak veya haklı olmayacak şekilde pay sahiplerinin, alacaklılarının ve işçilerinin kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını ihlâl etmek amacıyla düzmece niteliğinde bir işlem olduğu kanaatindeyse, tür değiştirmeyi engelleyebilecektir (Taslak m. 87c).

Tür değiştirme işleminin, düzmece olup olmadığının tespiti konusunda köken üye devlet tarafından yapılacak inceleme usulü de Taslak m. 86n’de düzenlenmiştir. “Derinlemesine inceleme” adı verilen bu usulde, gidilecek ülkedeki iş kurmanın niteliği araştırılacaktır. Bu çerçevede tür değiştirecek şirketin; iş kurma niyetinin varlığı yanında, hem gidilecek üye devletteki hem de köken üye devletteki yatırım miktarı, cirosu, kâr veya zararı, finansal tabloları, çalışan sayısı, çalışanların mutad meskeni, üstlendiği riskler gibi objektif unsurlara da bakılacaktır. Bu düzenlemede, *Polbud* kararının kötüye kullanımlara izin verdiği yönünde öğretilen yapılan eleştirilerin dikkate alındığı söylenebilir.

Sonuç olarak derinlemesine inceleme usulü gözönüne alındığında, bütün ekonomik faaliyetini köken üye devlette yürüten bir şirketin, sınıraşan tür değiştirme işlemine katılmasının engellenebileceği sonucuna varılabilir.

### **Sonuç**

Çalışmada *Polbud* kararı sonrasında iş kurma serbestisinin kapsamının genişlediği sonucuna varılmıştır. Bu karara göre; bir üye devlet hukukuna göre kurulan bir şirketin tescilli merkezini, kabul eden üye devlet izin verdiği sürece herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmadığı bir üye devlete taşıması iş kurma serbestisi kapsamındadır. Böyle bir işlem şirketin kabul eden devlet hukukunda düzenlenen bir şirkete dönüşmesi sonucunu da doğuracağından aynı zamanda sınıraşan tür değiştirme işlemi sayılacaktır.

*Polbud* kararı, Komisyon’un hazırladığı “Şirketler Hukukuna İlişkin 2017/1132 sayılı Yönerge’de Sınıraşan Tür Değiştirme, Birleşme ve Bölünme İşlemleri İle İlgili Değişiklik Yapılması Hakkında Yönerge Taslağı”nı da etkilemiş ve Taslak’ta sadece tescilli merkezin taşınması yoluyla bir üye devlet hukukuna göre kurulan bir şirketin, başka bir üye devlete tâbi şirkete tür değiştirmesine izin verilmiştir. Buna karşın Taslak, gerçek ekonomik faaliyetin bulunmadığı hâllerde köken üye devletlerin şirketin çıkışını engelleyebileceğine ilişkin hükümlere de yer vermiştir.

**Kaynakça**

- Ansary, Tuğrul. “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması.” *MHB* 23, sayı 1-2 (2003): 1-18.
- Armour, John ve Ringe, Wolf-Georg. “European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis.” *CMLR* 48, (2011): 125-174.
- Aygül, Musa. *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Bayer, Walter ve Schmidt, Jessica. “Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“.” *ZIP* (2012): 1481-1492.
- Bayer, Walter ve Schmidt, Jessica. “Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung.” *ZIP* (2017): 2225-2234.
- Behme, Caspar. “Europäisches Umwandlungsrecht – Stand und Perspektiven.” *ZHR* 182 (2018): 32-61.
- Biermeyer, Thomas. “Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: *VALE*.” *CML Rev.* 50, (2013): 571-590.
- Çağlar, Hayrettin. “Avrupa Birliği Hukukuna Göre Şirketlerin Yerleşme Serbestisi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın «Cartesio» Kararı.” içinde *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Cilt 1. editörler Sabih Arkan, Cengiz Koçhisarlıoğlu, Süha Tanrıver, Kemal Şenocak, Burçak Yıldız, Murat Gürel, 623-638, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Edwards, Vanessa/Farmer, Paul. “The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards?” içinde *Continuity and Change in EU Law – Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Editörler. Anthony Arnall, Piet Eeckhout ve Takis Trimidas, 205-227. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Feldhaus, Heiner. “Das Erfordernis wirtschaftlicher Inlandstätigkeit beim grenzüberschreitenden (Herein-) Formwechsel nach «Polbud».” *BB* (2017): 2819-2825.
- Göçmen, İlke. *Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Grundmann, Stephan. *European Company Law*. Cambridge: Intersentia, 2017.

- Hansen, Jesper Lau. "The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies." *ECFR* 10, no 1, (2013): 1-17.
- Kara, Etem. *Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Kavlak, Bengül. "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Temelinde Avrupa Birliği Hukukunda Şirketlerin Yerleşme Özgürlüğü." *TBB Dergisi* 30, no 134 (2017): 673-704.
- Kieninger, Eva-Maria. "Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl." *NJW* (2017): 3624-3627.
- Kindler, Peter. "Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH." *EuZW* (2012): 888-892.
- Kindler, Peter. "Unternehmensmobilität nach «Polbud»: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik." *NZG* (2018): 1-7.
- Lutter, Marcus ve Bayer, Walter ve Schmidt, Jessica. *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*. Berlin: De Gruyter, 2017.
- Lyal, Richard. "Cadbury Schweppes and Abuse: Comments." içinde *Prohibition of Abuse of Law*, ed. Rita de la Feria ve Stefan Vogenauer, 427-434. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Meeusen, Johan. "Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: towards full cross-border corporate mobility in the internal market?" *Journal of Private International Law* 13, No. 2 (2017): 294-323.
- Mörsdorf, Oliver. "The Legal Mobility of Companies Within the European Union Through Cross-Border Conversion." *CMLR* 49, (2012): 629-670.
- Mörsdorf, Oliver. "Nun also doch! – Die überraschende Umdeutung der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit durch den EUGH im Urteil Polbud." *ZIP* (2017): 2381-2389.
- Özel, Sibel. "Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine bir İnceleme." içinde *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, editörler Sabih Arkan, Aynur Yongalık, Başak Şit, 459-476. Ankara: Turhan Kitabevi 2006.
- Paschalidis, Paschalis. *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Poroy, Reha ve Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014 (Anılış Tekinalp, et. al.)

- Roth, Günter H. “Das Ende der Briefkastengründung? – Vale contra Centros.” *ZIP* (2012): 1744-1745.
- Schollmeyer, Eberhard. “Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtsfreiheit?” *ZGR* (2018): 186-201.
- Schön, Wolfgang. “Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE.” *ZGR* 43, Heft 3, (2013): 333-365.
- Stelmaszczyk, Peter. “Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes-EUGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.” *EuZW* (2017): 890-893.
- Stiegler, Sascha. *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen nach deutschem und europäischem Recht*. Köln: Carl Heymans Verlag, 2017.
- Stiegler, Sascha. “Grenzüberschreitender Formwechsel: Zulässigkeit eines Herausformwechsels.” *AG*, Heft 23 (2017): 846-852.
- Szydło, Marek. “The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment.” *ECFR* 7, no: 3 (2010): 414-443.
- Teichmann, Christoph. “Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug.” *ZIP* (2009): 393-404.
- Teichmann, Christoph. “Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit.” *ZGR* (2011): 639-689.
- Tekinalp, Gülören. “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK.” *MHB* 19, sayı 1-2 (1999-2000): 909-921.
- Vella, John. “Sparking Regulatory Competition in European Company Law: A Response.” içinde *Prohibition of Abuse of Law*, editörler Rita de la Feria ve Stefan Vogenauer, 127-136. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Verse, Dirk A. “Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung - Zwischenbilanz nach «National Grid Indus» und «Vale».” *ZEuP* (2013): 458-495.
- Vossestein, Gert Jan. “Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provision on Freedom of Establishment.” *European Company Law* 6, (2009): 115-123.

