

– Avrupa Birliđi İ Pazar Hukuku –
8. Ders:
Sermayenin Serbest Dolaşımı:
Uygulama Alanı, Tahdit ve Haklı Gösterme

PROF. DR. İLKE GÖÇMEN

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

JEAN MONNET CHAIR



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Disclaimer: The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

1

Sunuř Planı

Sermayenin Serbest Dolaşımı

- Ön Tespitler
- Uygulama Alanı
- Tahdit
- Haklı Gösterme

2

Ön Tespitler

Sermaye ile Ödeme

- Sermayenin serbest dolaşımı & Ödemelerin Serbest Dolaşımı

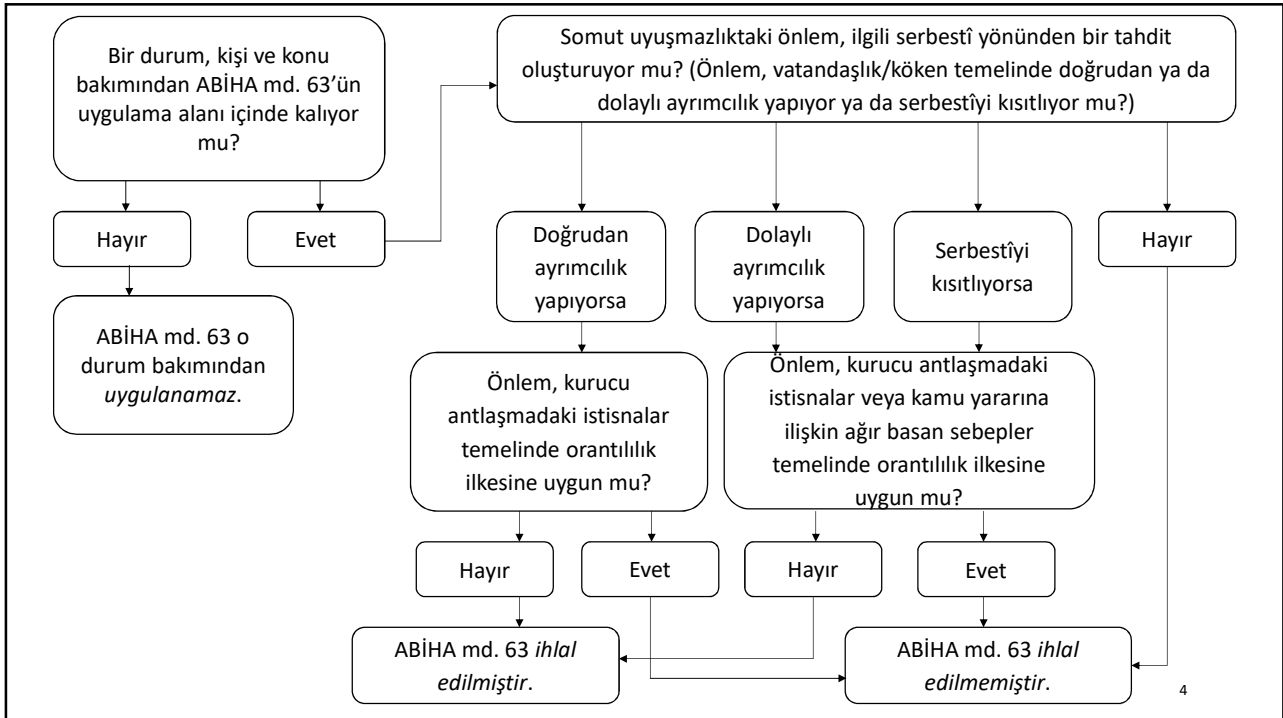
AB içi ile AB dışı

- Üye devletler arası sermayenin serbest dolaşımı & Üye devletler ile üçüncü ülkeler arası sermayenin serbest dolaşımı

Doğrudan Etki

- Sermayenin serbest dolaşımı hükmünün doğrudan etkililiği / Maastricht Antlaşması (1993)

3



4

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Uygulama Alanı

Sermayenin serbest dolaşımı hükmünün (ABİHA md. 63) somut bir uyuşmazlıkta «uygulanabilir» olması için, o somut uyuşmazlık, *aynı anda* gerçekleşmek üzere;

- 1. bu hükmün *kişi bakımından kapsamı* içinde kalmalı,
- 2. bu hükmün *konu bakımından kapsamı* içinde kalmalı,
- *3. somut uyuşmazlıktaki ihtilafli önlemin atfedildiği kişi, bu hükmün *muhatabı* olarak kabul görüyor olmalıdır.
- *Bu ders kapsamında ayrıca ele alınmayacaktır.

5

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Kişi Bakımından Kapsamı

Soru: Sermayenin serbest dolaşımı hükümlerinden *kim* yararlanabilir?

- Alakalı oldukça «herkes» yararlanabilir.
- Herhangi bir «uyrukluk» veya «sıfat» aranmaz.

6

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Konu
Bakımından Kapsam

Ekonomik Etkinlik

Sınır Aşırı Unsur

7

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Konu
Bakımından Kapsam / Ekonomik Etkinlik

Ekonomik Etkinlik

- Sermaye hareketi
 - ABAD tanımlamamıştır.
 - Doktrine göre ise...

8

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Ekonomik Etkinlik

Sermaye

- bir mal ya da hizmet için bir ücrete dönük olmayıp *esasen* belirli bir meblağ elde etmek için yatırım ve kâr amaçlı etkinlikleri hedefleyen finansal işlemlerdir.

Sermaye hareketi

- her türlü tek taraflı finansal işlemlerdir.

9

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Ekonomik Etkinlik

ABAD, «sermaye» kavramı belirlenirken 88/361 sayılı Direktif'in Ekindeki neyin sermaye oluşturduğuna dair listeyi dikkate almaktadır:

- doğrudan yatırımlar,
- taşınmaza yapılan yatırımlar,
- sermaye piyasasında genellikle alım satımı yapılan menkul kıymetlerle ilgili işlemler,
- kolektif yatırım teşebbüsleri birimlerindeki işlemler,
- para piyasasında genellikle alım satımı yapılan menkul kıymetler ve diğer araçlarla ilgili işlemler,

10

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Ekonomik Etkinlik

...

- finansal kurumlardaki cari ve tasarruf hesapları hakkındaki işlemler, ticari işlemler veya bir mukimin katıldığı hizmet sunumu ile ilgili krediler,
- kısa vadeli krediler ve finansal krediler,
- teminatlar, diğer garantiler ve rehin hakkı,
- teslimli satım ve sigorta sözleşmelerindeki transferler,
- kişisel sermaye hareketleri,
- finansal varlıkların somut ihraç ve ithali,
- diğer sermaye hareketleri.

11

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Örnek

Fidium Finanz Davası (2004-2006)

- X Şirketi, İsviçre'de yerleşik olup Almanya'daki müşterilere ticari amaçlı kredi açmaktadır.
- Alman hukukuna göre AB üyesi dışındaki şirketler, Almanya'da mukimlere ticari amaçlı kredi vermek için önceden izin almalıdır.
- Bir şirket, yalnızca merkezi idaresi veya şubesi Almanya'da ise bu izni alabilmektedir.
- X Şirketinin ise Almanya'da böyle bir oluşumu yoktur.
- Bu nedenle Alman makamları, X Şirketinin faaliyetlerinden haberdar olduktan hemen sonra Almanya'ya dönük faaliyetlerine yasak getirmiştir.
- Olay, Birlik hukuku uyarınca nasıl nitelendirilecektir?

12

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Örnek

Hangi serbest dolaşım uygulanacak?

- Sermayenin serbest dolaşımı
- Hizmetlerin serbest dolaşımı

Divana göre

- Hizmetlerin serbest dolaşımı
 - Çünkü ihtilafli önlemin (ana) amacı hizmeti denetlemektir.
- Sonuç
 - Bir üye devlet dışındaki bir şirket, bu serbestîye dayanamayacaktır.

13

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Sınır Aşırı Unsur

Sermayenin serbest dolaşımı hükmü,

- somut olay *sınır aşırı unsur* taşıdığıında uygulama alanı bulur,
- bir başka deyişle tüm yönleriyle tek bir üye devlet içine hasredilmiş bulunan etkinlikler bakımından uygulanamaz.

14

Sermayenin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Sınır Aşırı Unsur

Komisyon v Belçika Davası (1998-2000)

- Belçika, ülkesinde mukim kişilerin ülke dışında çıkarılan menkul kıymetleri edinmesini yasaklamıştır.
- Komisyon, bu düzenlemenin sermayenin serbest dolaşımına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek Belçika'ya karşı ihlal davası açmıştır.
- Burada ABİHA md. 63 uygulanabilir mi? (sınır aşırı unsur var mıdır?)

15

Sermayenin Serbest Dolaşımı : Tahdit

Sermayenin serbest dolaşımı hükmü (ABİHA md. 63) yönünden «tahdit» olup olmadığı, somut uyuşmazlıktaki ihtilafli önlem ile ilgili şu sorulara sırasıyla yanıt aramayı gerektirir:

- 1. İhtilafli önlem, vatandaşlık/köken temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturuyor mu?
- 2. İhtilafli önlem, vatandaşlık/köken temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturuyor mu?
- 3. İhtilafli önlem, serbestîyi kısıtlıyor mu?

16

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

Vatandaşlık/köken temelinde doğrudan ayrımcılık, *kural olarak*, yasaktır.

- Ayrımcılık kriteri «vatandaşlık» veya «köken» ise...

17

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

Albore Davası (1998-2000)

- Alman Bay H., İtalya'daki askeri önemi haiz olarak belirlenen bir alandan iki arazi satın almıştır.
- İtalyan hukukuna göre
 - İtalyan vatandaşları hariç, tüm yabancılar, askeri önemi haiz bir bölgeden arazi satın almadan önce izin için başvurmalıdır.
- Bay H., İtalyan icra makamlarının açık arttırması esnasında aldığı iki araziye, önceden izin almadığı gerekçesiyle kendi adına tescil ettirememiştir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

18

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

ABİHA md. 63: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Herkes
- Konu bakımından kapsam: Sermaye / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 63: Tahdit

- Vatandaşlık (köken) temelinde doğrudan ayrımcılık

ABİHA md. 63: Haklı Gösterme

- Yalnızca kurucu antlaşmadaki istisnalar + Orantılılık ilkesine uyum

19

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasası

Vatandaşlık/köken temelinde dolaylı ayrımcılık, *kural olarak*, yasaktır.

- Ayrım kriteri «vatandaşlık» veya «köken» değil, ancak sanki bu kriterlermiş gibi sonuç doğuruyorsa...
- Ulusal önlem, *olayların büyük çoğunluğunda* yerli sermayeden ziyade ithal sermayenin veya vatandaş sermayedardan ziyade göçmen sermayedarın *dezavantajına* işliyorsaa...

20

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasası

Horváth Davası (2016-2018)

- Bay H., Avusturya vatandaşı olup Avusturya'da ikamet etmektedir.
- Bay H., 30 Nisan 2014 tarihinden önce Macaristan'da iki adet tarım arazisi arsası üstünde intifa hakkı elde etmiş ve tapu siciline kaydettirmiştir.
- Macaristan idari makamı, 12 Ekim 2015 tarihinde, bu intifa haklarını tapu sicilinden silmiştir.
- Zira Macaristan hukuku uyarınca: «...30 Nisan 2014 tarihinden önce var olan ... her türlü intifa hakkı, aynı ailenin yakın üyeleri olan kişiler arasındaki bir sözleşmeye dayanmıyorsa ... feshedilir.»
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

21

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

ABİHA md. 63: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Herkes
- Konu bakımından kapsam: Sermaye / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 63: Tahdit

- Vatandaşlık (köken) temelinde dolaylı ayrımcılık

ABİHA md. 63: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyumsuzlukta tarımsal arazide çiftçilik yapılması kullanılmıştır, ancak orantılılık ilkesi ile uyum sağlanamamıştır...)

Sonuç

- İlgili kural, AB hukukuna aykırı olup uygulanamaz hale gelir.

22

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Serbestînin kısıtlanması, *kural olarak*, yasaktır.

Öz olarak, bir önlem, vatandaşlık/köken temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık oluşturmamakla birlikte, serbestîyi kısıtlıyorsa, bir başka deyişle bir üye devletin sermaye *pazarına erişimi daha güç hâle getiriyorsa* serbestîyi kısıtlıyor demektir.

23

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Serbestînin Kısıtlanması

- bir kişiyi bir başka üye devlette yatırım yapmaktan *vazgeçirmeye veya caydırmaya elverişli* önlemler
- böyle bir yatırımı *daha az çekici hale getirmeye elverişli* önlemler
- *kural olarak yasaktır.*

24

Serbestînin Kısıtlanması Yasası

Komisyon v Portekiz Davası (1998-2002)

- Portekiz hukukuna göre
 - bazı şirketler yönünden bir hissedar, belirli bir paydan (örnek: %20) daha fazlasına sahip olmak istiyorsa ilgili ulusal makamdan önceden izin almalıdır.
- Komisyon, bu düzenlemenin sermayenin serbest dolaşımına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek Portekiz'e karşı ihlal davası açmıştır.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

25

Serbestînin Kısıtlanması Yasası

ABİHA md. 63: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Herkes
- Konu bakımından kapsam: Sermaye / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 63: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: bir kişiyi bir başka üye devlette yatırım yapmaktan *vazgeçirmeye* veya *caydırmaya* elverişli önlem veya böyle bir yatırımı *daha az çekici hale getirmeye* elverişli önlem

ABİHA md. 63: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyuşmazlıkta ülkenin finansal çıkarlarını koruma ihtiyacı kullanılmıştır, ancak böyle bir ekonomik sebep meşru sebep olarak kabul görmemiştir.)

Sonuç

- Portekiz AB hukukunu ihlal etmektedir.

26

Haklı Gösterme

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Meşru Sebepler

- Kurucu Antlaşmadaki İstisnalar
- Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

Orantılılık İlkesi

27

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Sermayenin serbest dolaşımına yönelik tahditler, *kural olarak*, yasaktır,

ancak belirli koşullar altında *haklı gösterilebilir*.

- Ulusal önlem, *meşru sebep* temelinde *orantılılık ilkesi* ile uyumlu olmalıdır.

28

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Sermayenin serbest dolaşımına yönelik vatandaşlık / köken temelinde doğrudan ayrımcılık yapan önlemler

- *yalnızca* kurucu antlaşmadaki istisnalar temelinde haklı gösterilebilir.

Sermayenin serbest dolaşımına yönelik vatandaşlık / köken temelinde dolaylı ayrımcılık yapan veya serbestîyi kısıtlayan önlemler

- kurucu antlaşmadaki istisnalar *veya* ABAD'ın kabul ettiği «kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler» temelinde haklı gösterilebilir.

29

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Kurucu antlaşmadaki istisnalar

- *sınırlı* sayıdadır.

ABAD'ın kabul ettiği «kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler»

- *sınırsız* sayıdadır.

İstisnalar, *dar* biçimde yorumlanır.

30

Meşru Sebepler

Kurucu Antlaşmadaki İstisnalar

Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

31

Kurucu Antlaşmadaki İstisnalar

ABİHA md. 65'e göre üye devletler şu haklara sahiptir:

- ikametgâhları ya da sermayelerinin yatırıldığı yer bakımından aynı durumda bulunmayan vergi mükellefleri arasında ayırım yapan vergi hukuklarının ilgili hükümlerini uygulamak,
- özellikle vergi alanında ve finansal kurumların ihtiyatla denetimi yönünden ulusal hukuk ve düzenlemelerin ihlalini önlemek için gerekli tüm önlemleri almak,
- idari veya istatistikî bilgi amacıyla sermaye dolaşımının bildirimini hakkında prosedürler oluşturmak,
- kamu düzeni veya kamu güvenliği temelinde haklı görülen önlemler almak.

32

Vergi Mükellefleri Arasında Ayrım Yapma İmkânı

Başarıyla kullanılabilmek için muameledeki ayrım

- ya nesnel olarak kıyaslanamayan durumlar ile ilgili olmalıdır,
 - Örnek: ikâmetgâh ya da sermayenin yatırıldığı yer bakımından
- ya da vergi sisteminin bütünlüğünün korunması *gibi* kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebep ile haklı gösterilmelidir.

33

Ulusal Hukukun İhlalini Önleme İmkânı

Başarıyla kullanılabilmek için:

- mali denetimin etkililiğini sağlamak
- vergiden kaçma gibi kimi hukuk dışı etkinliklerle mücadele etmek
- ...
- *gibi* kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebep ile haklı gösterilmelidir.

34

Sermaye Dolaşımının Bildirimi Hakkında Prosedür Oluşturma İmkânı

Bugüne kadar *hiç*
kullanılmamıştır.

35

Kamu Düzeni veya Kamu Güvenliği

Takdir yetkisi

- Üye devletler
 - ulusal ihtiyaçlar ışığında
 - neyin kamu düzeni oluşturduğunun belirlenmesi konusunda
- belirli bir takdir yetkisine sahiptir.

Öz:

- Toplumun temel çıkarlarından birisine yönelik gerçek ve yeterince ciddi bir tehlike mevcut mu?

36

Kamu Düzeni veya Kamu Güvenliği

Albore Davası (1998-2000)

- Alman Bay H., İtalya'daki askeri önemi haiz olarak belirlenen bir alandan iki arazi satın almıştır.
- İtalyan hukukuna göre
 - İtalyan vatandaşları hariç, tüm yabancılar, askeri önemi haiz bir bölgeden arazi satın almadan önce izin için başvurmalıdır.
- Bay H., İtalyan icra makamlarının açık arttırması esnasında aldığı iki araziyi, önceden izin almadığı gerekçesiyle kendi adına tescil ettirememiştir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

37

Kamu Düzeni veya Kamu Güvenliği

ABİHA md. 63: Tahdit

- Vatandaşlık (köken) temelinde doğrudan ayrımcılık

ABİHA md. 63: Haklı Gösterme

- Kamu düzeni ve güvenliği + Orantılılık ilkesine uyum
 - Toplumun temel çıkarlarından birisine yönelik gerçek ve yeterince ciddi bir tehlike mevcut mu?

38

Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

- mali denetimin etkililiği
- vergiden kaçmanın önlenmesi
- vergiden kaçınma ile mücadele edilmesi
- vergi sisteminin bütünlüğünün korunması
- ipotek (mortgage) sisteminin öngörülebilirliği ve şeffaflığını sağlamak
- bir üye devletteki sosyal konut politikası ve bu politikanın finansmanı ile ilgili gereklilikler
- sosyal politikaların finansal dengesinin ciddi biçimde zayıflaması riski
- bir arazi üzerindeki baskıya karşı direnme
- çevrenin korunması
- umumi posta hizmeti gibi genel çıkara ilişkin bir hizmetin güvence altına alınması...

39

Orantılılık İlkesi

İki unsuru vardır:

- *Uygunluk* unsuru
 - Uygunluk, araç (ihtilafli önlem) ile güdülen amaç (meşru sebep) arasında illiyet bağı olmasını gerektirmektedir.
- *Gereklilik* unsuru
 - Gereklilik, aracın (ihtilafli önlemin) güdülen amaca (meşru sebebe) erişmek için gerekli olup olmadığı sorusuna ilişkindir.
 - Aynı amaca, serbest dolaşımı daha az kısıtlayıcı başka bir araç ile erişmek mümkün mü?

40

Orantılılık İlkesi

Konle Davası (1999)

- Avusturya hukukuna göre bir arazi parçası ancak gerekli idari izin ile satın alınabilmektedir.
- Avusturya'ya göre bu kural, kırsal planlama ve şehir planlaması temelinde benimsenmiştir.
- Alman Bay B., Avusturya'dan bir çiftlik almak istemekte, ancak -bir Birlik vatandaşı olarak- idari izin almayı istememektedir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

41

Orantılılık İlkesi

ABİHA md. 63: Uygulama Alanı

ABİHA md. 63: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: bir kişiyi bir başka üye devlette yatırım yapmaktan *vazgeçirmeye* veya *caydırmaya* elverişli önlem veya böyle bir yatırımı *daha az çekici hale getirmeye* elverişli önlem

ABİHA md. 63: Haklı Gösterme

- Kırsal planlama ve şehir planlaması + Orantılılık ilkesine uyum --- Daha az kısıtlayıcı tedbir alınabilir mi?
 - Bildirimde bulunmaya ilişkin usul getirilebilir...
 - İhlal hâli, para cezasına çarptırma gibi bir yaptırıma bağlanabilir.

42

ABİHA md. 63

“1. Bu Bölümde yer alan hükümler çerçevesinde, üye devletler arasındaki ve üye devletlerle üçüncü ülkeler arasındaki sermaye hareketlerine uygulanan tüm kısıtlamalar yasaktır.”

43

ABİHA md. 65

“1. 63. madde hükümleri, üye devletlerin aşağıdaki haklarına hanel getirmez:

- a) yerleşik oldukları veya sermaye yatırımı yaptıkları yere göre aynı durumda bulunmayan vergi mükellefleri arasında ayırım yapan ulusal vergi mevzuatının ilgili hükümlerini uygulamak,
- b) özellikle vergilendirme ve finansal kuruluşların basiret esasına göre denetimi konularında ulusal kanun ve ikincil düzenlemelerin ihlalinin önlenmesi amacıyla gerekli tüm tedbirleri almak, idari ya da istatistiksel bilgi toplanması amacıyla sermaye hareketlerinin beyanına ilişkin usulleri belirlemek, kamu düzeni veya kamu güvenliği gerekçelerinin haklı kıldığı tedbirleri almak.

...

- 3. [1. paragrafta] belirtilen tedbirler ve usuller, 63. maddede öngörülen sermayenin ve ödemelerin serbest dolaşımı bakımından keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturamaz.”

44