

– Türkiye – Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki
Meseleleri –
5. Ders:
Ortaklık Hukukunun Maddi Boyutu: İş Kurma ve
Hizmet Sunma Serbestisi

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

Ortaklık Hukukunun Maddi Boyutu: İş Kurma ve
Hizmet Sunma Serbestisi

Ön Tespitler

Tarihsel Gelişim

Standstill Hükmü / Yeni Kısıtlama Getirme Yasası

2

Ön Tespit (I): Bütünleşmenin Farklı Aşamaları ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi

Serbest Ticaret Alanı

Taraf devletler arasında malların serbest dolaşımının sağlanması
(Üçüncü ülkeler ile kurulan ticari ilişkilerde özerklik)

Gümrük Birliği

Serbest Ticaret Alanı + Üçüncü ülkelere yönelik ortak dış ticaret politikası

Ortak Pazar

Gümrük Birliği + **Kişilerin, hizmetlerin** ve sermayenin serbest dolaşımı

Parasal Birlik

Ortak Pazar + Tek para birimi

Ekonomik Birlik

Parasal Birlik + Ortak ekonomi politikaları

Siyasi Birlik

Ekonomik Birlik + Ortak iç ve dış politikalar

3

Ön Tespit (II): *Standstill* Hükümleri (Yeni Kısıtlama Getirme Yasağı)

Ortaklık Hukukundaki *Standstill* Hükümleri

İşçiler ve Aile Üyeleri:
1/80 OKK md. 13

İş Kurma Hakkı ve
Hizmetlerin Serbest
Dolaşımı: KP md.
41(1)

4

Ön Tespit (III)

ABAD, *standstill* hükümleri (yeni kısıtlama getirme yasakları) ile ilgili «paralel» tutum takınmıştır.

- Burada, yalnızca iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilgili *standstill* hükmü incelenecektir.
- NOT: Burada anlatılanlar, *mutatis mutandis* (gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra), işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili *standstill* hükmüne aktarılabilir.

5

Tarihsel Gelişim: İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

Hukuki Dayanaklar

- Ankara Anlaşması
- Katma Protokol

Ana hatlarıyla aşağıdaki konu takvime bağlanabilecekken bağlan(a)mamıştır:

- İş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı

6

Tarihsel Gelişim: 1950'li ve 60'lı yıllar

1960'lı yıllar:

- Ankara Anlaşması, iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ihtimalini öngörmüştür.
 - AA md. 13
 - AA md. 14

7

Tarihsel Gelişim: 1970'li Yıllar ve Sonrası

1970-1973: Katma Protokol

- Katma Protokol, *standstill* hükmü (yeni kısıtlama yasağı) getirmiş ve Ortaklık Konseyinin alacağı kararlar aracılığıyla iş kurma ve hizmet sunma serbestisinin ilerletilebileceğinden bahsetmiştir.
 - Katma Protokol md. 41(1)
 - Katma Protokol md. 41(2)

Ortaklık Konseyi böyle bir karar almamıştır!..

8

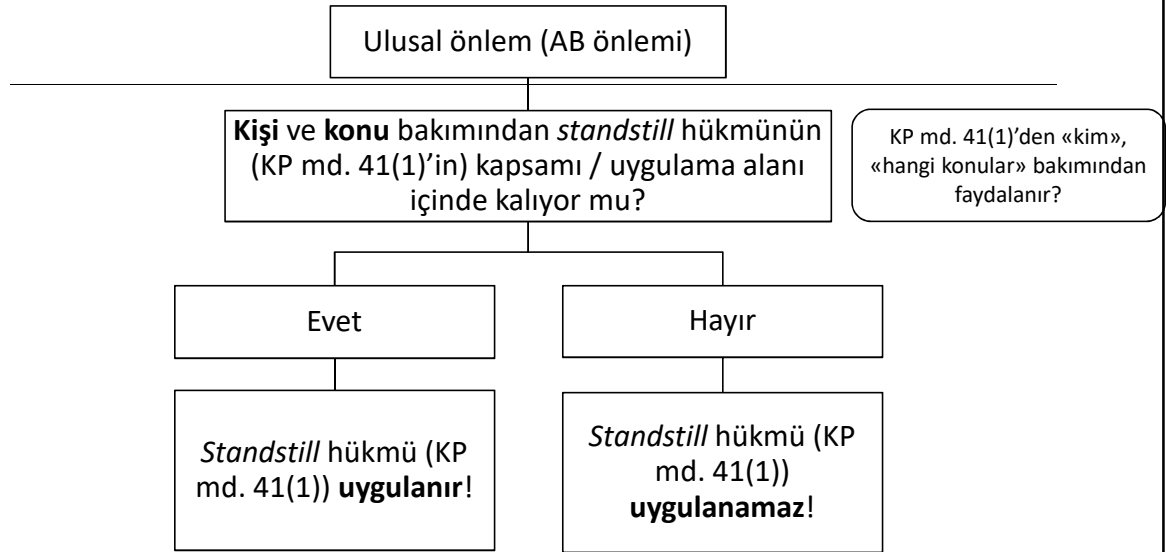
Standstill Hükümü (Yeni Kısıtlama Getirme Yasağı)

İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi

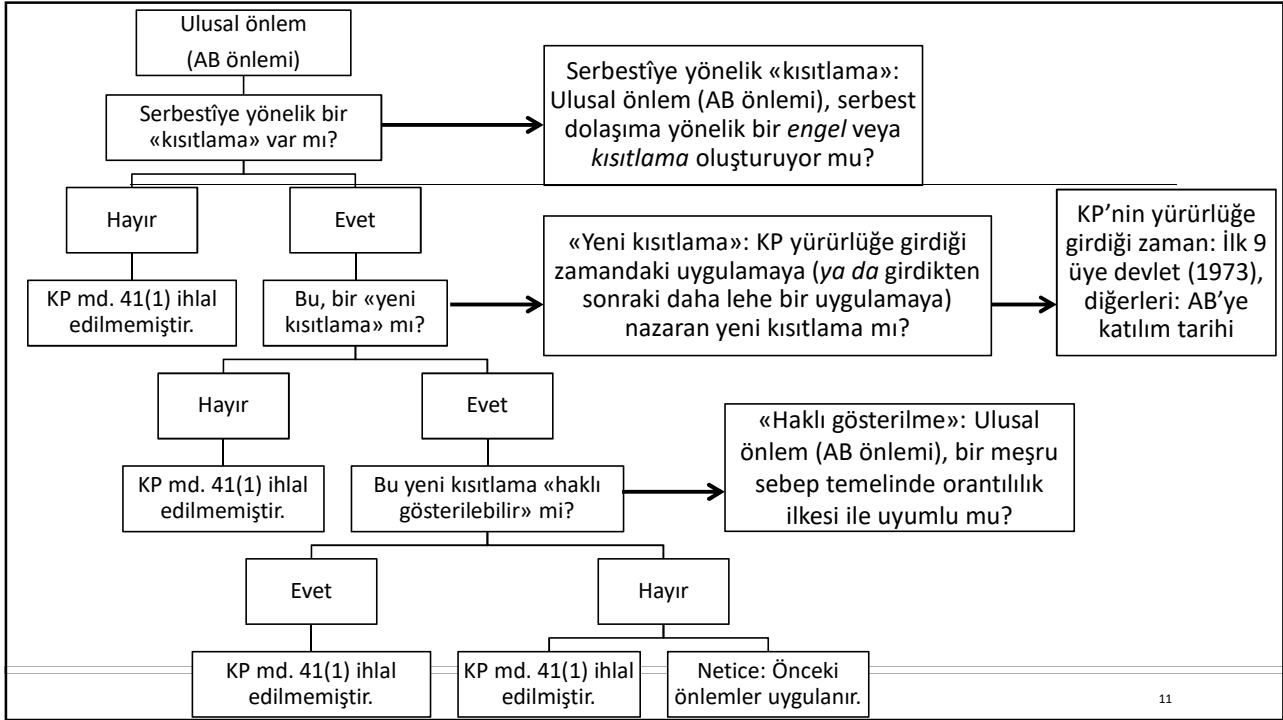
- Katma Protokol md. 41(1)
 - «Âkit Taraflar, aralarında, [iş kurma] hakkı ve [hizmet sunma serbestisine] yeni kısıtlamalar koyamaz.»

9

Standstill Hükümünün (Yeni Kısıtlama Getirme Yasağının) Kapsamı ve Uygulanışı



10



KP md. 41(1): İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

KP md. 41(1)

«Kim» faydalanır?

- Türk + «serbest çalışan» (iş kuran / hizmet sunan) + (hizmet sunanın işgücü)

«Hangi konular» bakımından faydalanır?

- Maddi hak vermez! (Şu konuları içerir: ülkeye giriş, iş veya hizmet pazarına erişim ve iş veya hizmet pazarında bulunma, ikamet, aile birleşimi, sınır dışı)

«Ne» öngörülmüştür?

- Yeni kısıtlama getirme yasağı

KP md. 41(1) – Kişi Bakımından Kapsam – «Türk» «Serbest Çalışan» Kavramı

KP md. 41(1)'den yararlanmak için öncelikle:

- Türk vatandaşı (gerçek kişi)
- veya
- Türkiye'de yerleşik tüzel kişi

olmak gerekir.

13

KP md. 41(1) – Kişi Bakımından Kapsam – «Türk» «Serbest Çalışan» Kavramı

Bişimsel yön

- Bir kişi
- ilgili etkinliğin, çalışma koşullarının ve ücretlendirmenin seçilmesi yönünden her türlü itaat ilişkisinin dışında
- sadece kendi sorumluluğunda
- kendisine doğrudan ve tam olarak ödenen bir ücret karşılığında
- hizmet sunmalıdır.

Ekonomik yön

- Bir kişi
- marjinal ve tali etkinlik boyutlarını aşan
- «etkili ve gerçek»
- bir ekonomik etkinlik sürdürmelidir.

14

KP md. 41(1) – Kişi Bakımından Kapsam – «Serbest Çalışan» / İş Kuran Kavramı

Serbest çalışan gerçek kişi

- Bir üye devlette *istikrarlı ve devamlı* olarak çalışıyorsa
- «İş kuran» olarak iş kurma hakkının kapsamı içinde kalır.

Tüzel kişi

- Gerçek bir ekonomik etkinlik yürütüyorsa
- Bir üye devlete *fiilen yerleşiyorsa*
- «İş kuran» olarak iş kurma hakkının kapsamı içinde kalır.

15

KP md. 41(1) – Kişi Bakımından Kapsam – «Serbest Çalışan» / Hizmet Sunan Kavramı

Serbest çalışan gerçek kişi

- Bir üye devlette *geçici olarak* hizmet sunuyorsa
- «Hizmet sunan» olarak hizmetlerin serbest dolaşımının kapsamı içinde kalır.

Tüzel kişi

- Gerçek bir ekonomik etkinlik yürütüyorsa
- Bir üye devlette *geçici olarak* hizmet sunuyorsa
- «Hizmet sunan» olarak hizmetlerin serbest dolaşımının kapsamı içinde kalır.

16

KP md. 41(1) – Kişi Bakımından Kapsam – «Hizmet Sunanın İşgücü» Kavramı

«Hizmet sunan» kişinin işgücü,
–vatandaşlığı önem taşımaksızın–

«Hizmet sunanın işgücü» olarak hizmetlerin
serbest dolaşımının kapsamı içinde kalır.

17

KP md. 41 – Kişi Bakımından Kapsam – Örnek

Demirkan Davası (2013):

- Bayan Demirkan ("D."), Alman vatandaşı üvey babasını ziyaret etmek için 2007 yılında vize başvurusu yapmış, ancak bu başvuru reddedilmiştir.
- Bayan D., bu ret kararına karşı Berlin İdare Mahkemesi önünde dava açmış, bu mahkemeye göre de vize talebinin reddi yerinde sayılınca temyiz yolu ile Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesine başvurmuştur.
- Bu mahkeme de, ön karar prosedürü aracılığıyla meseleyi ABAD önüne taşımıştır.
- Almanya, KP yürürlüğe girmeden (1 Ocak 1973'ten) evvel «hizmet alıcısı» olarak veya aile ziyareti için gelen Türk vatandaşlarına vize uygulamamaktadır.

18

KP md. 41(1) – Konu Bakımından Kapsam

(Maddi açıdan) neler, Katma Protokol md. 41'in kapsamı içinde kalır? (Ön tespitler)

KP md. 41 «maddi hak» tanımaz.

- Ülkeye giriş hakkı, iş veya hizmet pazarına erişim hakkı, iş veya hizmet pazarında bulunma hakkı, ikamet hakkı, aile birleşimi hakkı, sınır dışı edilmeye karşı korunma hakkı tanımaz.

KP md. 41 «usuli-benzeri» bir kuraldır.

- Bu hüküm başarıyla kullanılırsa bu hükmün sonucunda bir üye devletin referans tarihinden önceki düzenlemeleri uygulanır.

KP md. 41 yalnızca tek bir üye devlete dönük haklar yaratır.

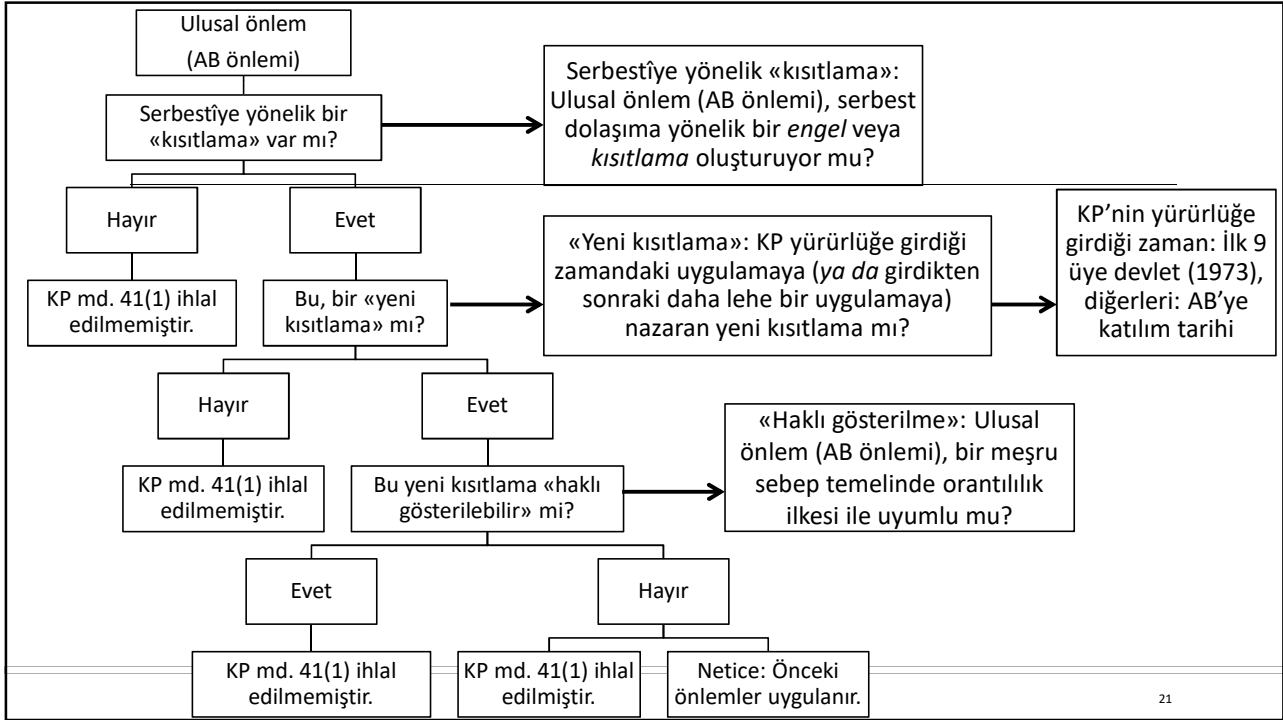
19

KP md. 41(1) – Konu Bakımından Kapsam

KP md. 41, şu alanlara yönelik yeni (ulusal) kısıtlamalar getirilmesinin önüne geçer:

- Bir ülkeye giriş
- İş kurma hakkı ile ilgili konular (iş pazarına erişim ve hakkın kullanımı boyunca)
- Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili konular (hizmet pazarına erişim ve hakkın kullanımı boyunca)
- Aile birleşimi
- Sınır dışı etme

20



KP md. 41 – Genel – Örnek

Soysal ve Savatlı Davası (2009):

- Türkiye'de mukim iki Türk tır sürücüsü Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı, bir Alman firmasına ait nakliye şirketinin kamyonlarını, bir Türk firması için Türkiye ile Almanya arasındaki mal taşımada kullanırken sürekli vize almak zorunda kalmıştır.
- 2000 yılına kadar verilen bu vizeler, bu tarihten itibaren reddedilmeye başlanmıştır.
- Bunun üzerine Soysal ve Savatlı, Berlin İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır.
- Bu davalar reddedilince konu temyize taşınmıştır ve temyiz mahkemesi de, davayı görüş almak üzere Adalet Divanına götürmüştür.
- Soysal ve Savatlı gibi tır sürücüleri, 1973 öncesi Almanya'ya vizesiz giriş yapmaktadır.

KP md. 41 – Genel – Örnek

KP md. 41'in Kişi Bakımından Kapsamı karşılanmakta mıdır?

- Türk serbest çalışan (iş kuran) ?
- Türk serbest çalışan (hizmet sunan) ?
- Türk serbest çalışan hizmet sunanın iş gücü ?

23

KP md. 41 – Genel – Örnek

KP md. 41'in Konu Bakımından Kapsamı karşılanmakta mıdır? / Somut uyuşmazlık, aşağıdaki konulardan birisi ile ilgili midir?

- Bir ülkeye giriş ?
- İş kurma hakkı ile ilgili konular (iş pazarına erişim ve hakkın kullanımı boyunca) ?
- Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili konular (hizmet pazarına erişim ve hakkın kullanımı boyunca) ?
- Aile birleşimi ?
- Sınır dışı etme ?

24

KP md. 41 – Genel – Örnek

Somut uyuşmazlıktaki ulusal önlem, serbest dolaşım yönünden “kısıtlama” oluşturmaktadır mıdır?

Evet; çünkü: vize, hizmet sunum serbestîsinin kullanımı ile çatışabilecektir.

- Vize, idari ve finansal yükler getirmektedir.
- Vizenin reddi serbestîyi kullanmanın önüne geçmektedir.

25

KP md. 41 – Genel – Örnek

Somut uyuşmazlıktaki bu kısıtlama “yeni” midir?

Evet; çünkü bu ulusal önlem (vize), hizmet sunum serbestîsinin kullanımını 1973’ten öncekine göre daha katı koşullara tâbi tutmaktadır.

26

KP md. 41 – Genel – Örnek

Somut uyuşmazlıktaki bu kısıtlama haklı gösterilebilir mi / meşru sebep temelinde orantılılık ilkesi ile uyumlu mu?

Somut uyuşmazlıkta herhangi bir meşru amaç ileri sürülmemiştir.

27

KP md. 41 – Genel – Örnek

Sonuç

Bu tür kişiler yönünden 1973'ten önce vize uygulanmıyor ise bu tarihten sonra da uygulanmamalıdır.

28

KP md. 41 – Genel – Örnek

Doğan Davası (2014):

- Bayan Doğan (“D.”), Türkiye’de mukim bir Türk vatandaşıdır.
- Bayan D’nin eşi Bay D de, o an için Almanya’da süresiz ikamet iznine sahip bir Türk vatandaşıdır. Bay D, ayrıca çoğunluk hissesini elinde tuttuğu bir limited şirketin müdürüdür.
- Bayan D, aile birleşimi yoluyla Bay D’nin yanına, Almanya’ya yerleşmek istemektedir. Alman hukuku, bunun için temel seviyede Almanca bilgisi şartını aramaktadır.
- Bayan D, Alman büyükelçiliğine başvurarak aile birleşimi amacıyla vize talep etmiş ve “yeterli” (62/100) sayıldığı dil testi sonucunu sunmuştur.
- Büyükelçiliğe göre ise Bayan D okuma-yazma bilmemektedir ve bu nedenle başvurusu reddedilmiştir.
- Bayan D’ye göre dil bilgisi şartı KP md. 41’e aykırıdır.
- Almanya, ilk kez 2000 yılındaki bir kanun değişikliği ile AB vatandaşı olmayan aile üyelerinin aile birleşimi amacıyla Almanya’ya ilk kez girişini temel seviyede Almanca bilgisi şartına bağlamıştır.

29

KP md. 41 – Genel – Örnek

KP md. 41’in Kişi Bakımından Kapsamı karşılanmakta mıdır?

- Türk serbest çalışan (iş kuran) ?
- Türk serbest çalışan (hizmet sunan) ?
- Türk serbest çalışan hizmet sunanın iş gücü ?

30

KP md. 41 – Genel – Örnek

KP md. 41'in Konu Bakımından Kapsamı karşılanmakta mıdır? / Somut uyuşmazlık, aşağıdaki konulardan birisi ile ilgili midir?

- Bir ülkeye giriş ?
- İş kurma hakkı ile ilgili konular (iş pazarına erişim ve hakkın kullanımı boyunca) ?
- Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili konular (hizmet pazarına erişim ve hakkın kullanımı boyunca) ?
- Aile birleşimi ?
- Sınır dışı etme ?

31

KP md. 41 – Genel – Örnek

Somut uyuşmazlıktaki ulusal önlem, serbest dolaşım yönünden "kısıtlama" oluşturmakta mıdır?

Evet; çünkü: temel seviyede dil bilgisi şartı, aile birleşimini zorlaştırarak iş kurma hakkının kullanımını kısıtlayacaktır.

32

KP md. 41 – Genel – Örnek

Somut uyuşmazlıktaki bu kısıtlama “yeni” midir?

Evet; çünkü bu ulusal önlem (temel seviyede dil bilgisi şartı), iş kurma hakkının kullanımını 1973’ten öncekine göre daha katı koşullara tâbi tutmaktadır.

33

KP md. 41 – Genel – Örnek

Somut uyuşmazlıktaki bu kısıtlama haklı gösterilebilir mi / meşru sebep temelinde orantılılık ilkesi ile uyumlu mu?

Almanya, zorla evliliklerin önlenmesi ve entegrasyonun artırılması amacını ileri sürmüştür.

ABAD’a göre: Bu sebepler, meşru amaç sayılsa bile orantılılık yoktur; zira temel seviyede dil bilgisi şartı, *bireysel durum* ışığında değil, *otomatik* olarak uygulanmaktadır.

34

KP md. 41 – Genel – Örnek

Sonuç

Bayan D, temel seviyede dil bilgisi şartına tâbi tutulamaz; zira bu şart, 1973'ten önce aranmamaktadır.

35

İlgili Maddeler

36

Ankara Anlaşması md. 13

Âkit Taraflar, [iş kurma serbestîsi] kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 52 ilâ 56. (Dahil) maddeleri ile 58. maddesinden esinlenmekte uyuşmuştur.

37

Ankara Anlaşması md. 14

Âkit Taraflar, [hizmet sunma serbestîsi] kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 55, 56 ve 58 ilâ 65. (Dahil) maddelerinden esinlenmekte uyuşmuştur.

38

Katma Protokol md. 41(1)

Âkit Taraflar, aralarında, [iş kurma] hakkı ve [hizmet sunma serbestîsine] yeni kısıtlamalar koyamaz.

39

Katma Protokol md. 41(2)

Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşması'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak, Akit Taraflar'ın [iş kurma] hakkı ve [hizmet sunma serbestîsindeki] kısıtlamaları aralarında gitgide kaldırmalarında uygulanacak sıra, süre ve usulleri tespit eder.

...

40

1/80 OKK md. 13

Topluluk üye devletleri ve Türkiye, kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen işçiler ve aile bireylerine uygulanan işe girme şartlarına, yeni kısıtlamalar getiremez.