

– Avrupa Birliđi İ Pazar Hukuku –
6. Ders:
-Kiřilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı-
İř Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı:
Uygulama Alanı ve Tahdit

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

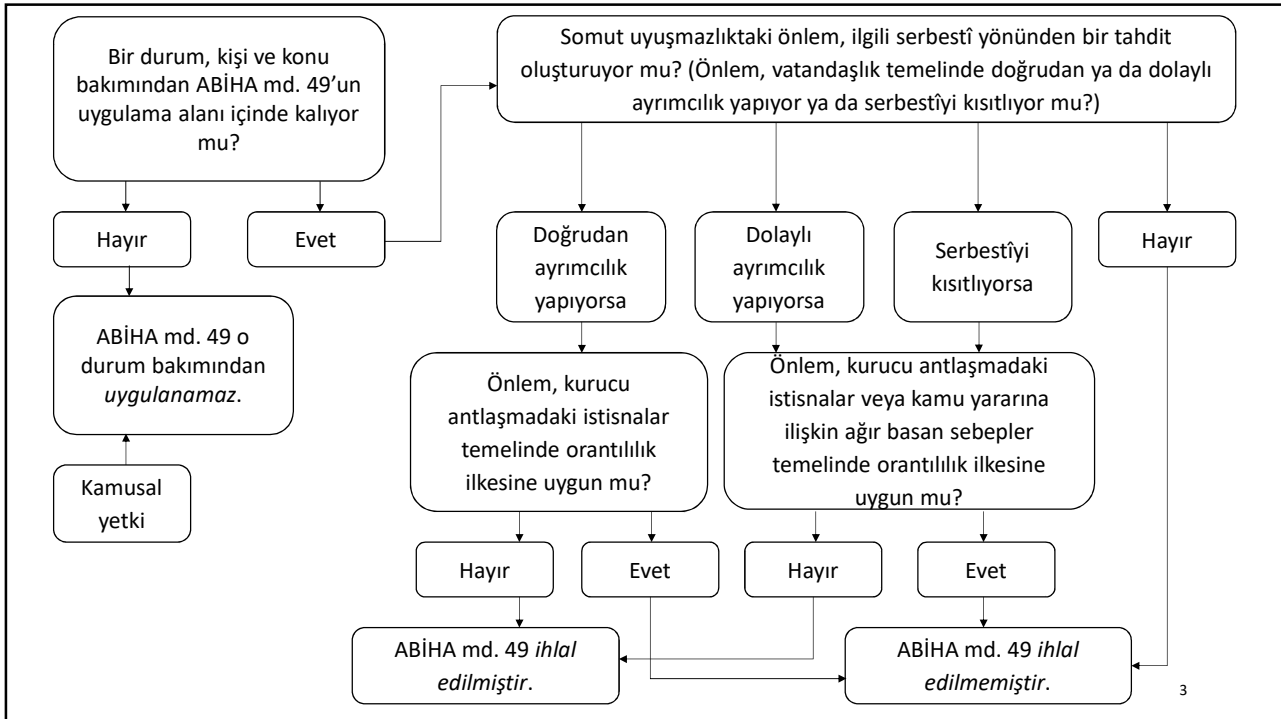
İř Kurma Hakkı

- Uygulama Alanı ve Tahdit

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

- Uygulama Alanı ve Tahdit

2



İş Kurma Hakkı: Uygulama Alanı

İş kurma hakkı hükmünün (ABİHA md. 49) somut bir uyuşmazlıkta «uygulanabilir» olması için, o somut uyuşmazlık, *aynı anda* gerçekleşmek üzere;

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

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

İş kurma hakkı hükmünün kişi bakımından kapsamında kalmak için;

- «Birlik vatandaşı» ve «serbest çalışan»
- veya
- «Birlik tüzel kişisi»
- olmak gerekir.

5

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

«Serbest çalışan» kavramı

- *AB hukukunun kavramıdır.*

«Serbest çalışan» kavramının tanımı

- Biçimsel yön
- Ekonomik yön

6

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

«Serbest çalışan» kavramının tanımı / Biçimsel yön

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

7

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

«Serbest çalışan» kavramının tanımı / Ekonomik yön

- Bir kişi,
- tamamen marjinal ve tali olarak nitelendirilecek küçük ölçekteki etkinlikler hariç,
- sadece etkili ve hakiki (ekonomik) etkinliklerle uğraşiyor veya uğraşmak istiyor olmalıdır.

8

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

Jany and Others Davası (Kiyasen) (1999-2001)

- Fransız Bayan F., Hollanda'da hayat kadını olarak çalışmaktadır.
- Bayan F., bir tesis kiralamıştır.
- Bayan F., belirli bir aylık gelir (1500 Euro) kazanmakta ve bunu vergi otoritelerine bildirmektedir.
- Bayan F., Birlik hukuku uyarınca iş kurma hakkının kapsamı içinde kalır mı?

9

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

ABAD'a göre

- «Birlik vatandaşı»
 - +
- «Serbest çalışan»: Biçimsel yön / Ekonomik yön
- Somut olay yönünden
 - Bir tesis kiralamak
 - Belirli bir gelir kazanmak
 - Bu geliri vergi otoritelerine bildirmek
 - Nihai kararı ulusal mahkeme verecektir.

10

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

«Birlik tüzel kişisi» kavramı

- Bir tüzel kişi;
 - (i) bir üye devletin hukukuna uygun olarak kurulma
 - (ii) sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi ya da iş merkezi Birlik içinde bulunma
- koşullarını sağlıyorsa «Birlik tüzel kişisi» sayılır.

11

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

«Birlik tüzel kişisi»

- gerçek bir ekonomik etkinlik yürüttüğü müddetçe
- iç pazar serbestîlerinin (iş kurma hakkı & hizmetlerin serbest dolaşımı) kapsamı içinde kalabilir.

12

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

İş kurma hakkının kişi bakımından kapsamı, «iş kurma» kavramı temelinde,

- özellikle hizmetlerin serbest dolaşımından ayrılmaktadır.

Hizmetlerin serbest dolaşımı, iş kurma hakkı gibi,

- gerek «Birlik vatandaşı» «serbest çalışan» kişiler
- gerek Birlik tüzel kişileri
- bakımından haklar tanır.

13

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

İş kurma hakkı

- Birlik vatandaşı serbest çalışan veya Birlik tüzel kişisi, bir başka üye devlette *istikrarlı* ve *devamlı* olarak bulunuyorsa...*
- * «iş kuran»

Hizmetlerin serbest dolaşımı

- Birlik vatandaşı serbest çalışan veya Birlik tüzel kişisi, bir başka üye devlette *düzensiz* ve *geçici* olarak bulunuyorsa...*
- * «hizmet sunan»

14

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

Centro di Musicologia Walter Stauffer Davası (2004-2006)

- Bir İtalyan vakfı, Almanya'da ticari tesislere sahiptir.
- Bu vakıf, bir Alman emlak acentası aracılığıyla bu tesisleri kiralamaktadır.
- Bu vakıf, Birlik hukuku uyarınca iş kurma hakkının kapsamı içinde kalır mı?

15

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

ABAD'a göre

- «Birlik tüzel kişisi»
 - Gerçek bir ekonomik etkinlik yürüten
 - ve
 - Ev sahibi devlete fiilen yerleşen
- Somut olay yönünden
 - Tesis, etkin bir biçimde idare edilmemektedir.
 - İş kurma hakkı yoktur...
 - Sermayenin serbest dolaşımı uygulanabilir...

16

İş Kurma Hakkı: Kişi Bakımından Kapsam

İş kurma hakkı çerçevesinde hem «birincil» iş kurma hem «ikincil» iş kurma söz konusu olabilir.

Örnek

- Hollandalı avukat Bay H., Hollanda'daki bürosunu kapatarak Belçika'da bir büro açmaya karar vermiştir.
- Hollandalı avukat Bay H., Hollanda'daki bürosu açık kalırken artan iş potansiyeli nedeniyle Belçika'da da bir büro açmaya karar vermiştir.

17

İş Kurma Hakkı: Konu Bakımından Kapsam

Ekonomik Etkinlik

Sınır Aşırı Unsur

18

İş Kurma Hakkı: Konu Bakımından Kapsam / Ekonomik Etkinlik

Ekonomik Etkinlik

- *İş kurmanın varlığı*
- *İş kurmanın niyeti*

ABAD, çoğunlukla, ekonomik etkinlik unsuru ile ayrıca ilgilenmez;

- çünkü bu unsur «serbest çalışan» tanımı ile örtüşür.

19

İş Kurma Hakkı: Konu Bakımından Kapsam / Sınır Aşırı Unsur

İş kurma hakkı hükmü,

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

20

İş Kurma Hakkı: Konu Bakımından Kapsam / Sınır Aşırı Unsur

Nino and Others Davası (1988-1990)

- İtalyan Bay E., İtalya'da yaşamaktadır.
- Bay E., İtalyan mevzuatı uyarınca doktorluk yapmaya yetkili olmamasına karşın bir muayenehane açmıştır.
- İtalyan makamları, durumu fark edince bu kişiye karşı cezai takibat başlatmıştır.
- Bay E., dava esnasında AB hukuku gereği haklarının dikkate alınmasını talep etmiştir.
- Burada ABİHA md. 49 uygulanabilir mi? (sınır aşırı unsur var mıdır?)

21

İş Kurma Hakkı: Konu Bakımından Kapsam / Sınır Aşırı Unsur

Knoors Davası (1978-1979)

- Hollandalı Bay K., Belçika'da eğitim alarak serbest çalışan olarak bu ülkede tesisat işi yapmaktadır.
- Bay K., aynı işi Hollanda'da da yapmak için başvurmuştur.
- Hollanda'ya göre bir Hollanda vatandaşı, kendi devletine karşı kurucu antlaşmaya dayanamaz.
- Burada ABİHA md. 49 uygulanabilir mi? (sınır aşırı unsur var mıdır?)

22

İş Kurma Hakkı: Tahdit

İş kurma hakkı hükmü (ABİHA md. 49) yönünden «tahdit» olup olmadığı, somut uyuşmazlıktaki ihtilafli önlem ile ilgili şu sorulara sırasıyla yanıt aramayı gerektirir:

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

23

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

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

- Ayrım kriteri «vatandaşlık» veya «merkez» ise...

24

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

Reyners Davası (1974)

- Hollandalı Bay R., Belçika'da hukuk eğitimini tamamlamıştır.
- Belçika hukukuna göre yalnızca Belçika vatandaşları avukat olabilir.
- Bay R., Belçika Barosuna kayıt yaptırmak isteyince bu talebi bu kurala dayanılarak reddedilmiştir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

25

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik vatandaşı + Serbest çalışan
- Konu bakımından kapsam: İş kurma / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 49: Tahdit

- Vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık

ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

- Yalnızca kurucu antlaşmadaki istisnalar + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyuşmazlıkta haklı gösterme ile ilgili yorum yapılmamıştır.)

26

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasası

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

- Ayrım kriteri «vatandaşlık» veya «merkez» değil, ancak sanki bu kriterlermiş gibi sonuç doğuruyorsa...
- Ulusal önlem, *olayların büyük çoğunluğunda* vatandaştan ziyade göçmenin veya kendi tüzel kişisinden ziyade yabancı tüzel kişinin *dezavantajına işliyorsaa...*

27

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasası

Talotta Davası (2005-2007)

- Bay T., Lüksemburg'ta yaşamaktadır.
- Bay T., Belçika'da restoran işletmektedir.
- Bay T., 1992 yılına ait vergi beyannamesini vermekte gecikmiştir.
- Yetkili makamlar, Bay T.'ye asgari bir vergi matrahı üzerinden belirli bir vergi borcu çıkarmıştır.
- Asgari vergi matrahı, yalnızca ikâmet etmeyen vergi mükellefleri yönünden uygulanmaktadır.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

28

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik vatandaşı + Serbest çalışan
- Konu bakımından kapsam: İş kurma / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 49: Tahdit

- Vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık

ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyuşmazlıkta mali denetimin etkililiği kullanılmıştır, ancak orantılılık ilkesi ile uyum sağlanamamıştır...)

Sonuç

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

29

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Serbestînin kısıtlanması, *kural olarak*, yasaktır.

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

Serbestînin kısıtlanması yasağı, varış ve köken devletine karşı kullanımı bakımından iki ayrı formüle sahip gözükmemektedir.

30

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Variş devletine karşı...

- bir kişinin iş kurma serbestîsini kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli önlemler (yasak)

Köken devletine karşı...

- bir kişiyi köken ülkesinden ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran önlemler (yasak)
- bir kişiyi dolaşım serbestîsi hakkını kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getiren önlemler (yasak)

31

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Variş Devleti

Gebhard Davası (1994-1995)

- Alman Bay G., 1977 yılında Stuttgart Barosuna kayıtlı avukattır.
- Bay G., 1978 yılında İtalya'ya yerleşmiştir.
- Bay G., 1978-1989 arası avukat bürolarında ortak veya ortak üye olarak mesleki etkinlik sürdürmüştür.
- Bay G., 1989 yılında İtalya'da kendi bürosunu kurmuştur.
- Bay G., 1992 yılından itibaren İtalyanca avukat anlamına gelen "avvocato" sıfatını kullanmaya başlamıştır.
- Milan Baro Konseyi, baroya kayıtlı olmaksızın bu sıfat ile İtalya'da kalıcı şekilde profesyonel etkinlik sürdürmesi nedeniyle Bay G.'ye 6 ay meslekten men cezası vermiştir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

32

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Varış Devleti

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik vatandaşı + Serbest çalışan
- Konu bakımından kapsam: İş kurma / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 49: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: temel serbestînin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ulusal önlemler

ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyuşmazlıkta haklı gösterme ile ilgili yorum yapılmamıştır.)

33

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Varış Devleti

CaixaBank Davası (2004)

- İspanya merkezli Caixa Holding şirketi, Fransız merkezli Caixa-Bank şirketinin ana kuruluşudur.
- Fransa hukukundaki değişiklik uyarınca bankalar, Fransa'daki mukimler yönünden vadesiz hesaplara faiz işletemeyecektir.
- Caixa-Bank şirketi, bu tür vadesiz hesaplara yıllık %2 faiz ödemektedir.
- Yetkili Fransız makamları, Caixa-Bank şirketinin vadesiz Euro hesabı ile ilgili olarak Fransa'da mukimler ile yeni sözleşmeler yapmasını yasaklamış ve mevcut sözleşmeleri de feshetmesine karar vermiştir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

34

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Varış Devleti

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik tüzel kişisi
- Konu bakımından kapsam: İş kurma / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 49: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: temel serbestînin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ulusal önlemler

ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

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

Sonuç

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

35

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Köken Devleti

Saillant Davası (2002-2004)

- Fransız hukukuna göre ikametgahlarını Fransa dışına taşımak isteyen vergi mükellefleri, şirket hisseleri yönünden gerçekleşmemiş değer artışı üzerinden vergilendirilir.
- Vergi mükellefleri, ikametgahını Fransa dışına taşımazsa değer artışı gerçekleşirse o zaman vergilendirilir.
- Fransız Bay L., yeni bir iş kurmak üzere ikametgahını Belçika'ya taşırken X şirketinin hisseleri yönünden gerçekleşmemiş değer artışı üzerinden vergilendirilmiştir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

36

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Köken Devleti

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik vatandaşı + Serbest çalışan
- Konu bakımından kapsam: İş kurma / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 49: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: bir kişiyi köken ülkesinden ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran önlemler

ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyumsuzlukta vergiden kaçmanın önlenmesi kullanılmıştır, ancak orantılılık ilkesi ile uyum sağlanamamıştır...)

Sonuç

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

37

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Köken Devleti

Komisyon v Almanya Davası (2005-2007)

- Alman mevzuatı uyarınca bir psikoterapist, Alman hastalık sigortası planı çerçevesinde muayene yapmak için ilgili referans döneminde (ör: 2000-2004) Almanya'nın herhangi bir bölgesinde çalışmış olmalıdır.
- (Dolayısıyla aynı referans döneminde bir başka üye devlette (örneğin Avusturya'da) çalışmış bir psikoterapist bu kuralın dışında kalmaktadır.)
- Komisyona göre bu kural iş kurma serbestîsi ile uyumsuzdur.
- Komisyon, bu nedenle Almanya'ya karşı ihlal davası açmıştır.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

38

Serbestînin Kısıtlanması Yasası / Köken Devleti

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik vatandaşı + Serbest çalışan
- Konu bakımından kapsam: İş kurma / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 49: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: bir kişiyi dolaşım serbestisi hakkını kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getiren önlemler

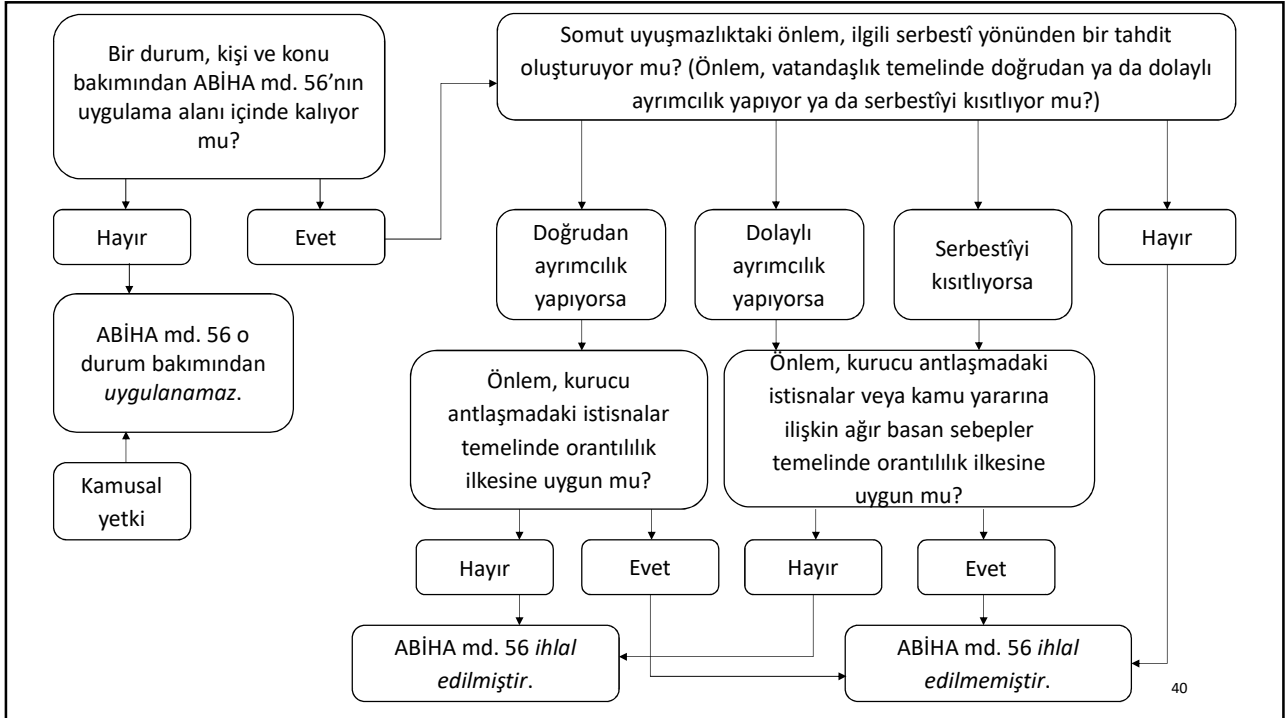
ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyuşmazlıkta mesleki etkinlik yıllarını takiben hastaları elde tutma hakkının korunması kullanılmıştır, ancak orantılılık ilkesi ile uyum sağlanamamıştır...)

Sonuç

- ilgili kural, AB hukukuna aykırı olduğundan Almanya AB hukukunu ihlal etmiştir.

39



Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Uygulama Alanı

Hizmetlerin serbest dolaşımı hükmünün (ABİHA md. 56) somut bir uyuşmazlıkta «uygulanabilir» olması için, o somut uyuşmazlık, *aynı anda* gerçekleşmek üzere;

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

41

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Kişi Bakımından Kapsam

Hizmetlerin serbest dolaşımı hükmünün kişi bakımından kapsamında kalmak için;

- *hizmet sunucu* olarak «Birlik vatandaşı» ve «serbest çalışan» veya «Birlik tüzel kişisi»
- *hizmet alıcı* olarak «Birlik vatandaşı» veya «Birlik tüzel kişisi»
- olmak gerekir.

42

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Kişi Bakımından Kapsam

İş kurma hakkı

- Birlik vatandaşı serbest çalışan veya Birlik tüzel kişisi, bir başka üye devlette *istikrarlı* ve *devamlı* olarak bulunuyorsa...*
- * «iş kuran»

Hizmetlerin serbest dolaşımı

- Birlik vatandaşı serbest çalışan veya Birlik tüzel kişisi, bir başka üye devlette *düzensiz* ve *geçici* olarak bulunuyorsa...*
- * «hizmet sunan»

43

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Kişi Bakımından Kapsam

Olay

- Hollanda hukukuna göre sadece Hollanda'da yerleşik kişiler, Hollanda mahkemeleri önünde bir başkasını temsil edebilmektedir.
- Hollandalı Bay K., Belçika'da yaşamaktadır.
- Bay K., esas olarak Belçika'da iş yapmakla birlikte Hollanda'da da hukuki temsil yapmak istemektedir.
- Bay K., Birlik hukuku uyarınca nasıl nitelendirilecektir?

44

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Kişi Bakımından Kapsam

«Hizmet Sunan»

- «Birlik vatandaşı»
- +
- «Serbest çalışan»: Biçimsel veçhe / Ekonomik veçhe
- +
- Geçicilik & Düzensizlik

45

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam

Ekonomik Etkinlik

Sınır Aşırı Unsur

46

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Ekonomik Etkinlik

Ekonomik Etkinlik

- *Hizmet* ticareti

«Hizmet»

- normal olarak bir ücret karşılığı yapılan etkinlikleri ifade eder,
- endüstriyel ve ticari karakterli etkinlikler ile esnaf ve mesleklere dair etkinlikleri içerir.

47

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Sınır Aşırı Unsur

Hizmetlerin serbest dolaşımı hükmü,

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

48

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Konu Bakımından Kapsam / Sınır Aşırı Unsur

Alpine Investments Davası (1993-1995)

- Alman Bayan B., Almanya'da yaşamakta ve kendi işini yürütmektedir.
- Bayan B., Almanya'dan telefon aracılığıyla Avusturya'da yerleşik hizmet alıcılarına hizmet vermektedir.
- Burada ABİHA md. 56 uygulanabilir mi? (sınır aşırı unsur var mıdır?)

49

Hizmetlerin Serbest Dolaşımı: Tahdit

Hizmetlerin serbest dolaşımı hükmü (ABİHA md. 56) yönünden «tahdit» olup olmadığı, somut uyuşmazlıktaki ihtilafli önlem ile ilgili şu sorulara sırasıyla yanıt aramayı gerektirir:

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

50

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

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

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

51

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

Van Adverteerders Davası (1985-1988)

- Hollanda hukukuna göre
 - Diğer üye devletlerden kablo aracılığıyla yayın yaparak Hollandaca dili ya da bu dilde alt yazı ile buradaki halk için reklam içeren radyo ve televizyon programlarının dağıtımını yasaktır.
 - Ulusal kanallar (şirketler) ise bu tür reklamları yayınlayabilir.
 - Belçika'da yerleşik X şirketi, Hollanda'da da Hollandaca reklam içeren radyo yayınları yapmaktadır.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

52

Vatandaşlık Temelinde Doğrudan Ayrımcılık Yasası

ABİHA md. 56: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik tüzel kişisi (hizmet sunan)
- Konu bakımından kapsam: Hizmet / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 56: Tahdit

- Vatandaşlık / merkez temelinde doğrudan ayrımcılık

ABİHA md. 56: Haklı Gösterme

- Yalnızca kurucu antlaşmadaki istisnalar + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyuşmazlıkta kamu düzeni ileri sürülmüş, ancak kabul görmemiştir...)

Sonuç

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

53

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasası

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

- Ayrım kriteri «vatandaşlık» veya «merkez» değil, ancak sanki bu kriterlermiş gibi sonuç doğuruyorsa...
- Ulusal önlem, *olayların büyük çoğunluğunda* vatandaştan ziyade göçmenin veya kendi tüzel kişisinden ziyade yabancı tüzel kişinin *dezavantajına işliyorsaa...*

54

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasası

Komisyona v İtalya Davası (2001-2003)

- İtalya'daki kimi belediyelere ait kurallara göre
 - Müze, anıt, galeri, arkeolojik kazı, kamu anıtı olarak sınıflandırılan park ve bahçelere giriş için 60 yaşını geçmiş ve bu kültürel alanların dâhil olduğu otoritenin bölgesinde ikâmet eden kişiler avantajlı ücretten yararlanır.
- Komisyona göre bu kural hizmetlerin serbest dolaşımı ile uyumsuzdur.
- Komisyon, bu nedenle İtalya'ya karşı ihlal davası açmıştır.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

55

Vatandaşlık Temelinde Dolaylı Ayrımcılık Yasası

ABİHA md. 56: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik vatandaşı + Hizmet alan
- Konu bakımından kapsam: Hizmet / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 56: Tahdit

- Vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık

ABİHA md. 56: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyumsuzlukta vergi sisteminin bütünlüğünün korunması ileri sürülmüş, ancak alakasız görülmüştür...)

Sonuç

- İlgili kural AB hukukuna aykırı olduğundan İtalya AB hukukunu ihlal etmiştir.

56

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Serbestînin kısıtlanması, *kural olarak*, yasaktır.

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

Serbestînin kısıtlanması yasağı, varış ve köken devletine karşı kullanımı bakımından iki ayrı formüle sahip gözükmektedir.

57

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı

Varış devletine karşı...

- bir üye devlet vatandaşı hizmet sunanın / alanın dolaşım serbestîsini kullanmasını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli önlemler (yasak)

Köken devletine karşı...

- bir kişiyi köken ülkesinden ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran önlemler (yasak)
- bir kişiyi dolaşım serbestîsi hakkını kullanması nedeniyle dezavantajlı konuma getiren önlemler (yasak)

58

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Varış Devleti

Säger Davası (1990-1991)

- D. şirketi, Birleşik Krallık'ta yerleşiktir.
- D. şirketi, patent yenileme hizmeti sunmaktadır.
 - Örnek: vakti gelen ödemeleri yapmak...
- D. şirketi, bu hizmeti hem Birleşik Krallık hem de Almanya'da sunmaktadır.
- D. şirketi, bu hizmete karşılık Alman patent vekillerince alınan ücretten daha düşük bir komisyon almaktadır.
- Alman hukukuna göre sadece lisanslı patent vekilleri, patente ilişkin hizmetleri yapabilmektedir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

59

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Varış Devleti

ABİHA md. 56: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik tüzel kişisi (hizmet sunan)
- Konu bakımından kapsam: Hizmet / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 56: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: temel serbestînin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ulusal önlemler

ABİHA md. 56: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyuşmazlıkta hizmet alıcılarının korunması kullanılmıştır, ancak orantılılık ilkesi ile uyum sağlanamamıştır...)

Sonuç

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

60

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Köken Devleti

Kohl Davası (1996-1998)

- Lüksemburg hukuku uyarınca
 - Lüksemburg'ta sigortalı bir kişi, yurt dışında hastalık veya kaza durumunda alınan acil yardım hariç, ancak yetkili sosyal güvenlik kurumundan önceden izin aldıktan sonra yurt dışında tedavi görürse tıbbi hizmet masraflarını geri alabilir.
- Bay Kohl, Lüksemburg vatandaşı olup reşit olmayan kızının Trier'de (Almanya) yerleşik bir ortodontiste tedavi olması için sigortalı olduğu kuruma başvuru yapmıştır.
- Bu başvuru, önerilen tedavinin acil olmaması ve Lüksemburg'ta sunulabilir olması gerekçesiyle geri çevrilmiştir.
- Birlik hukuku, bu olaya nasıl uygulanacaktır?

61

Serbestînin Kısıtlanması Yasağı / Köken Devleti

ABİHA md. 56: Uygulama Alanı

- Kişi bakımından kapsam: Birlik vatandaşı + Hizmet alan
- Konu bakımından kapsam: Hizmet / Sınır aşırı unsur

ABİHA md. 56: Tahdit

- Serbestînin kısıtlanması: bir kişiyi köken ülkesinden ayrılmaktan alıkoyan veya caydıran önlemler

ABİHA md. 56: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (Somut uyumsuzlukta kamu sağlığının korunması kullanılmıştır, ancak orantılılık ilkesi ile uyum sağlanamamıştır...)

Sonuç

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

62

ABİHA md. 49

“Aşağıda yer alan hükümler çerçevesinde, üye devlet uyruklarının diğer bir üye devletin topraklarında iş kurma serbestisine kısıtlamalar getirilmesi yasaktır. Bu yasak, bir üye devletin topraklarında yerleşik diğer üye devlet uyruklarının ticari temsilcilik, şube veya bağlı şirket kurmasına ilişkin kısıtlamalara da uygulanır.

İş kurma serbestisi, sermayeye ilişkin Bölümde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, iş kurulan ülke mevzuatının kendi uyrukları için belirlediği koşullarda, bağımsız çalışan kişi olarak faaliyete başlama ve sürdürme ve özellikle 54. maddenin 2. paragrafında tanımlanan şirketler olmak üzere teşebbüs kurma ve yönetme hakkını kapsar.”

63

ABİHA md. 51

- “Bu Bölümde yer alan hükümler, üye devletlerde kamusal yetkinin arızı de olsa kullanılmasıyla ilgili faaliyetlere uygulanmaz.”

64

ABİHA md. 52

- “1. Bu Bölümde yer alan hükümler ve bu hükümler uyarınca alınan tedbirler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve halk sağlığı gerekçeleriyle yabancılara özel muamele yapılmasını öngören kanun, ikincil düzenleme ve idari kuralların uygulanmasına hâlel getirmez.”

65

ABİHA md. 54

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

66

ABİHA md. 56

“Aşağıda yer alan hükümler çerçevesinde, hizmetin sunulacağı kişinin bulunduğu üye devletten başka bir üye devlette yerleşik üye devlet uyrukları bakımından, Birlik içinde hizmet sunma serbestisine ilişkin kısıtlamalar yasaktır.”

67

ABİHA md. 62

- “51 ila 54. madde hükümleri, bu Bölüm kapsamına giren konulara da uygulanır.”

68