

ELEKTRİK DAĞITIM ÖZELLESTİRMELERİNE İLİSKİN GELİŞMELER

Mehtap Yıldırım Öztürk – Çağdas Evrim Ergün^a*
Çakmak Avukatlık Bürosu

Elektrik dağıtım sektörü özelleştirmelerine ilişkin olarak Elektrik Piyasası Kanunu'nun ("EPK") ve Vergi Usul Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapan 5398 sayılı Kanun ("5398 Sayılı Kanun"), 3 Temmuz 2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş ve 21 Temmuz 2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, TEDAS'ın özelleştirilmesine ilişkin olarak Rekabet Kurulu görüşü ("Rekabet Kurulu Görüşü"), 5398 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 21 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilmiştir¹. Bu yazıda, 5398 Sayılı Kanun Rekabet Kurulu Görüşü incelenmektedir.

I. 5398 SAYILI KANUN'UN BASLICA HÜKÜMLERİ

A. Özelleştirme Yöntemi

5398 Sayılı Kanun'un 21. Maddesi, özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyetinin kamuya ait olacağını belirtmektedir. Bu değişiklik, dağıtım sektörü özelleştirmelerinin varlık satışı modeliyle değil, işletme hakkı devri ("IHD") modeli ile yapılacağını göstermektedir. IHD modeli, mülkiyet hakkına dayanarak TEDAS'a bazı hak ve yetkilerin tanınması ve bu hak ve yetkilere istinaden TEDAS'ın özelleştirilen bölgelerdeki dağıtım şirketlerinin idaresine müdahale etme riskini içermektedir. Bu durum, hem dağıtım şirketlerinin işletme bağımsızlıklarını zedeleyici sonuçlar doğurabilecek hem de diğer bölgelerde rakip bir işletme konumunda olan TEDAS'ın özelleştirilen bölgelerde de bazı yetkilere sahip olması dolayısıyla rekabeti olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Sayet Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ("ÖİB") varlık satışı modelinin Anayasa'ya aykiri bulunabilme riski dolayısıyla IHD modelini tercih ettiyse, o takdirde aynı gerekçe ile organize sanayi bölgelerinin ("OSB") da dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olamamaları gerekirdi. Oysa, 5398 Sayılı Kanun, aşağıda inceleneceği üzere, OSB'lerin kendi sınırları içerisindeki dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olmalarını mümkün kılmaktadır. Ayrıca, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ("EPDK") tarafından yapılan doğal gaz dağıtım ihalelerinde de şirketlerin dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olmaları öngörülmektedir. Sayet, enerji piyasası faaliyetleri stratejik görülerek varlık satışı modelinin uygulanmaması gerektiği düşünülüyorsa, doğal gaz dağıtım bölgelerinde de özel hukuk tüzel kişileri olan dağıtım şirketlerinin dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olamamaları gerekirdi. Sonuç olarak, hem OSB'lerde hem de doğal gaz dağıtım bölgelerinde dağıtım şirketlerinin tesislerin mülkiyetine sahip olabilmelerine izin verilirken elektrik dağıtım bölgelerinin OSB'ler dışında kalan bölümünde buna izin verilmemesinin gerekçesinin, varlık satışı modelinin Anayasa'ya aykiri bulunabilme riski olamayacağını düşünüyoruz.

* Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Programı Mezunu; Ankara ve New York Barolarına kayıtlı Avukat; E-posta: m.yildirim@cakmak.av.tr

^a Exeter Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Programı Mezunu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Programı Öğrencisi; Ankara Barosuna Kayıtlı Avukat; E-posta: c.ergun@cakmak.av.tr

¹ Rekabet Kurulu Görüşü, Rekabet Kurumu'nun internet sayfası olan www.rekabet.gov.tr adresinde yayınlanmaktadır.

B. EPDK'nin Yetkileri

5398 Sayılı Kanun'un 21. Maddesi, EPDK'ya özelleştirilen dağıtım bölgelerine ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisini vermektedir. Kanaatimizce, özelleştirme sonrası dağıtım şirketlerinin kendi yatırım ve işletme planlarını kendi iradelerine uygun olarak hazırlama ve uygulamaları, yönetim bağımsızlıklarının sağlanması açısından son derece önemlidir. Aksi takdirde, yatırım ve işletme gibi son derece önemli iki konuda kendi kararlarını alamayan şirketlerin oluşturduğu bir piyasanın serbest bir piyasa olduğundan söz etmenin mümkün olmayacağı açıktır. Zaten EPDK Başkanı Sayın Yusuf Günay da, 6 Temmuz 2005 tarihinde düzenlenen Elektrik Dağıtım Sektörü Özelleştirmeleri Konferansında ("Konferans") EPDK'ya bu tür bir yetkinin değil, şirketler tarafından verilen hizmetin kalitesini denetleme yetkisinin verilmesi gerektiğini, çünkü EPDK'nin böyle bir yetkiye sahip olmasının piyasa serbestleşmesi ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir.

Ayrıca, 5398 Sayılı Kanun'un ilgili hükmü, EPDK'nin yatırım ve işletme planı onaylama, değiştirme ve denetleme konusunda tek yetkili kurum olmasını öngörmektedir. Nitekim, elektrik sektörü özelleştirmelerine ilişkin olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ("ETKB") tarafından hazırlanan Taslak Kanun'un ("Taslak Kanun") ilk halinde EPDK'nin bu hususlarda "münhasıran" yetkili olması öngörülmüştür. Buna karşın, Taslak Kanun'un sonraki versiyonlarında ve 5398 Sayılı Kanun'da "münhasıran" kelimesi yer almamıştır. Dolayısıyla, EPDK dışında bir kamu kuruluşunun da benzer bir yetkiye sahip olabileceği şeklinde bir yorum yapılabilir. EPDK münhasıran yetkili kılınmadığından dolayı, örneğin IHD Sözleşmesinde TEDAS'a özelleştirilen bölgelerin yatırım ve işletme planlarına ilişkin bazı yetkiler tanınabilecektir. Bu belirsizlik zaman zaman koordinasyon konusunda problemler yaşandığı gözlenen piyasadaki işleyiş olumsuz etkileyebilir.

C. Organize Sanayi Bölgeleri

5398 Sayılı Kanun'un 21. Maddesi, OSB'lerin kendi üretim, dağıtım ve ticaret faaliyetleriyle uğraşmalarına imkan tanımaktadır. Bu hüküm, bazı potansiyel özel sektör dağıtım şirketleri tarafından, OSB'ler dağıtım şirketlerinin müşteri portföyünün önemli bir kısmını teşkil ettiği için ve bu hükmün kendileri için önemli oranda bir müşteri kaybına yol açacağı endişesiyle eleştirilmektedir.

Söz konusu değişiklik, Elektrik Piyasası Kanunu'nun öngördüğü dağıtım şirketinin görev bölgesindeki münhasırlığını ortadan kaldırmaktadır. Bunun neticesinde, hem aynı bölgede birden fazla dağıtım şirketinin faaliyet göstermesi gibi bir durum ortaya çıkacak, hem de OSB'lerin dağıtım şirketlerinin müşterilerinin önemli bir kısmını oluşturmaları dolayısıyla dağıtım özelleştirmelerinin yatırımcı açısından cazibesi azalabilecektir. Dağıtım şirketlerinin asli rolünün perakende satış değil dağıtım faaliyeti olduğu düşünülse bile dağıtım şirketlerinin müşterilerinde önemli bir azalma olacağı için bu değişikliğin salt dağıtım faaliyeti açısından da olumsuz sonuçları olabilecek bir hüküm olduğu ileri sürülebilir.

D. Dikey Bütünleşme

5398 Sayılı Kanun'un 22. Maddesi, dağıtım şirketlerinin dağıttıkları elektriğin azami %20'sini kendi üretim tesislerinden satın alma limitini kaldırmıştır. Bu hüküm, elektriğin üretildiği bölgede dağıtılması ve böylece kayıp-kaçak oranlarının azaltılması ve dağıtım

özelleştirmelerinin tesvik edilmesi amacıyla kabul edilmiştir. Aşağıda incelendiği üzere, Rekabet Kurulu Görüşü, dağıtım şirketlerinin üretim faaliyetiyle istigal etmesinin rekabete aykırı olacağını belirtmektedir.

E. Yatırım Maliyetleri

5398 Sayılı Kanun'un 24. Maddesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 272. ve 327. Maddelerini değiştirmektedir. 5398 Sayılı Kanun'un bu hükümleri genel olarak yatırım maliyetlerinin özel maliyet bedeli olarak kaydedilmelerini ve işletme hakkı süresi boyunca her yıl esit olarak itfa edilmelerini öngörmektedir. Yukarıda söz edilen Konferansta, yetkililer tarafından, yatırım maliyetlerinin bu hükümlerde ifade edilen itfa edilmesi ile vergiden düşürülmesinin kastedildiği, tarifeye yansıtılmak suretiyle geri alınmasının ayrıca düzenleneceği ve yatırım maliyetlerinin tarife aracılığıyla geri alınma süresi ile kredilerin geri ödenme süresinin aynı olmasının beklendiği belirtilmiştir.

II. 5398 SAYILI KANUN'DA DÜZENLENMEYEN BASLICA HUSUSLAR

A. Fiyat Esitleme Mekanizması

Taslak Kanun'un 12. Maddesi, 2010 yılı sonuna kadar geçerli olmak üzere dağıtım tarifelerine ilişkin olarak fiyat esitleme mekanizmasının uygulanmasını öngörmektedir. Bu mekanizmanın amacı, düzenlemeye tabi tarifeden elektrik satın alan tüketicilerin farklı dağıtım tarifelerinden kaynaklanabilecek fiyat farklılıklarına maruz kalmasını 2010 yılı sonuna kadar engellemektir. Ancak, 5398 Sayılı Kanun, Taslak Kanun'un bu hükmünü içermemektedir. Yukarıda söz edilen Konferansta, fiyat esitleme mekanizmasının uygulanması konusunda ilgili kamu kurumları arasında mutabakatın sağlandığı ve yasama tatilinin ardından bu yönde bir düzenleme içeren bir kanunun kabul edilmesinin beklendiği ifade edilmiştir.

B. Kamulaştırma

Taslak Kanun'un 6. Maddesi, EPDK tarafından enerji şirketleri lehine gerçekleştirilecek olan kamulaştırmaların kolaylaştırılmasına ilişkin bir düzenlemeyi içermektedir. Bu düzenlemeye göre, örneğin, kamulaştırma yapılabilmesi için ETKB'nin onayı aranmamaktadır. Taslak Kanun, özelleştirme öncesinde yapılan kamulaştırmaların bedellerinin ilgili kamu kuruluşu veya Hazine tarafından ödenmesini öngörmektedir. 5398 Sayılı Kanun, kamulaştırmalara ilişkin bir hüküm içermemektedir. Ancak, Konferansta ifade edildiği üzere, kamu kuruluşları arasında bu konuda mutabakat olduğu ve bu düzenlemenin yasama tatili sonrası yasalasmasının beklendiği anlaşılmaktadır.

C. Gecis Dönemi Sözleşmeleri

Taslak Kanun'un 12. Maddesi, TETAS, EÜAS, EÜAS'in yeniden yapılandırılması suretiyle kurulacak olan portföy enerji üretim şirketleri ve perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketleri arasında 5 yıl süreli geçiş dönemi sözleşmelerinin imzalanmasını öngörmektedir. Ancak, 5398 Sayılı Kanun'da bu sözleşmelere ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Yine bahis konusu Konferanstan anladığımız kadarıyla, bu konuda da kamu kuruluşları arasında mutabakat bulunmakta ve yasama tatili sonrası bu konunun yasalasması beklenmektedir.

D. Perakende Satış Faaliyetleri

Taslak Kanun, perakende satış lisansı sahibi şirketlerin 2010 yılı sonuna kadar faaliyet göstermelerini yasaklamaktadır. Ancak, 5398 Sayılı Kanun bu hükmü içermemektedir. Taslak Kanun'un bu hükmü, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerle perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler arasındaki rekabeti 2010 yılı sonuna kadar ertelemek suretiyle dağıtım şirketlerine bir tür teşvik sağlamayı ve dağıtım özelleştirmelerini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Aşağıda incelendiği üzere, Rekabet Kurulu Görüşü, dağıtım şirketlerinin perakende satış faaliyetiyle istigal etmemelerinin rekabet hukukuna aykırı olduğunu belirtmektedir.

E. Yabancı Kontrolüne İlişkin Sınırlama

Taslak Kanun, yabancıların dağıtım bölgelerinde kontrolü elinde tutacak şekilde pay sahibi olmalarını yasasının kaldırılmasını öngörmektedir. Ancak, 5398 Sayılı Kanun Taslak Kanun'un bu hükmünü içermemektedir. Sayet yabancılar için geçerli olan bu sınırlama Yasama tatilinin ardından kabul edilecek bir kanun ile kaldırılmazsa, yabancıların dağıtım şirketlerinin doğrudan veya dolaylı %50'den fazla hissesine sahip olmaları mümkün olmayacaktır.

III. TEDAS'IN ÖZELLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN REKABET KURULU GÖRÜŞÜ

TEDAS'ın özelleştirilmesine ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun 21 Temmuz 2005 tarihli toplantısında kabul etmiş olduğu Rekabet Kurulu Görüşünde aşağıdaki hususlara dikkat çekilmiştir:

- Strateji Belgesi'ne dayanan elektrik dağıtım özelleştirme eylem planında arz güvenliği ve yabancı yatırımların teşviki amaçlarının dikkate alınmasına karşılık, rekabetin tesisi ve tüketicinin korunması hususlarına ilişkin düzenlemeler yetersiz düzeyde kalmıştır;
- Kayıp-kaçak oranlarının düşürülmesi ve bölgesel farklılıkların azaltılması gibi temel hedeflerin elde edilmesi bakımından bir geçiş dönemi uygulaması makul olmakla beraber, bu dönem sonrasında sağlıklı bir rekabet ortamının oluşturulabilmesi açısından bazı yapısal önlemlerin alınması gerekmektedir;
- Dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin dikey bütünsel bir şekilde devredilmesi, özellikle geçiş dönemi sonrasındaki serbestleştirme sürecinde rekabetin tesisi bakımından bazı sakıncaları beraberinde getirecektir. Bu nedenle,
 - (i) Dağıtım hizmetlerini devralacak teşebbüs veya teşebbüslerin perakende satış pazarında doğrudan ya da dolaylı olarak faaliyet göstermemesini sağlayacak şekilde, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin mülkiyet ayrıştırılmasına tabi tutulmasının rekabetin tesisi bakımından en ideal yöntemdir;
 - (ii) İkinci en iyi alternatif olarak, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin ayrı tüzel kişilik çatısı altında hukuki olarak ayrıştırılmasını ve dağıtım şirketlerinin geçiş dönemi sonunda kendi bölgelerindeki perakende satış paylarını belirli bir takvim içinde belirli bir orana düşürmelerini sağlayan bir yöntemin esas alınabilir;

· Geçiş döneminin sonuna kadar dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılması, Rekabet Kurulu'nun nihai izin koşuludur;

· Bu durumu dikkate alan önlemlerin özelleştirme aşamasında ele alınmasının, yatırımcıların geleceğe ilişkin planlarını daha sağlıklı bir şekilde yapabilmelerine, sektörde sıkça karşılaşılan ve ileride oluşması muhtemel hukuki risklerin en aza indirilmesine yardımcı olacaktır. Bu nedenle, yukarıda belirtilen hususlarının ihaleye katılacak teşebbüslerin bilgisine sunulması bakımından özelleştirmelere ilişkin ihale şartnamesinde belirtilmesi yerinde olacaktır.

Görüldüğü üzere, 5398 Sayılı Kanun'un hükümleri ile Rekabet Kurulu Görüşü arasında bazı çelişkiler bulunmaktadır.

Öncelikle, hem EPK hem de 5398 Sayılı Kanun, elektrik dağıtım şirketlerinin perakende satış faaliyetinde de bulunabilmesini öngörmektedir. Buna karşın, Rekabet Kurulu Görüşünde sadece geçiş dönemi için bunun mümkün olabileceği belirtilmekte ve dağıtım ve perakende faaliyetleri arasında ideal olarak mülkiyet ayrıştırmasının ya da alternatif olarak hukuki ayrıştırmanın yapılması, yani dağıtım faaliyetlerinin yerine getirilmesi için ayrı bir şirketin kurulması gerektiği belirtilmektedir.

Rekabet Kurulu Görüşünün 5398 Sayılı Kanun ile çelişen bir diğer hükmü, dağıtım ve üretim faaliyetleri arasındaki dikey bütünleşmeye ilişkindir. Rekabet Kurulu Görüşünde, TEDAS'ın özelleştirmesine ilişkin nihai izin koşulu olarak, geçiş döneminin sonuna kadar dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılması gerektiği belirtilmektedir. Bu kosuldan, dağıtım şirketlerinin üretim faaliyetiyle istigal edemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Oysa, yukarıda açıklandığı üzere, 5398 Sayılı Kanun dağıtım şirketlerinin dağıttıkları elektriğin azami %20'sini kendi üretim tesislerinden satın alma limitini kaldırarak dağıttıkları elektriğin tamamını kendilerinin üretmesine imkan tanımıştır. Rekabet Kurulu Görüşünün bu hükmünün, dağıtım şirketlerinin ayrı bir şirket kurarak o şirket vasıtasıyla elektrik üretiminde bulunmasına ve dağıttıkları elektriğin tamamını o şirketten satın almalarına engel teşkil etmediğini düşünüyoruz. Ancak bu durumda, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olacak dağıtım şirketinin, karar alma ve işletme açılarından üretim şirketinden bağımsız olması gerektiği ileri sürülebilir. Her ne kadar karar alma ve işletme bağımsızlığı konusunda açık bir hüküm Rekabet Kurulu Görüşünde yer almıyorsa da, bu tür bir bağımsızlık olmadan hukuki ayrıştırmanın etkisiz kalacağı gerekçesiyle dağıtım şirketinin karar alma ve işletme açılarından bağımsız olması gerektiği ileri sürülebilir.

Rekabet Kurulu Görüşü, 26 Haziran 2004 tarihli ve 2003/54 sayılı Avrupa Birliği Elektrik Yönergesi ile uyum arz etmektedir. Söz konusu Yönergenin 15. Maddesi, dağıtım şirketlerinin dikey bütünleşik bir yapının içinde yer alması durumunda, bu yapı içerisinde yer alan ve diğer elektrik piyasası faaliyetleriyle istigal eden şirketler ile dağıtım şirketi arasında hukuki ayrıştırma yapılması gerektiğini ve bu hukuki ayrıştırmanın mülkiyet ayrıştırmasını gerektirmediği açıkça ifade edilmektedir. Bununla birlikte, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olacak dağıtım şirketinin, diğer elektrik piyasası faaliyetlerini kontrol eden bir şirket tarafından kontrol edilse bile karar alma ve işletme bağımsızlığının bulunması gerektiği belirtilmektedir. Aynı maddede, dağıtım müşterisi sayısının 100.000'in altında olduğu bölgelerde hukuki ayrıştırma zorunluluğunu üye ülkelerin uygulamayabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, üye ülkelerin hukuki ayrıştırma yükümlülüğünü 1 Temmuz 2007 tarihine kadar erteleme yetkileri de bulunmaktadır.

IV. SONUÇ

5398 Sayılı Kanun, TEDAS'ın özelleştirilmesine ilişkin süreci hızlandırması ve bazı hususlarda belirsizliği ortadan kaldırması açısından önemli olmakla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere fiyat esitleme mekanizması, geçiş dönemi sözleşmeleri ve kamulaştırmalar gibi özelleştirmelerin gerçekleşmesi için kritik öneme sahip birçok hükmü içermemektedir. Ayrıca, Rekabet Kurulu Görüşü ile 5398 Sayılı Kanun arasındaki yukarıda açıklanan çelişkiler muhtemelen dağıtım sektörü özelleştirmelerinin gecikmesine neden olacak niteliktedir. Rekabet Kurulu Görüşünde belirtilen hususlar dikkate alınmadan özelleştirmelerin gerçekleşmesi durumunda, özelleştirmelerin iptal edilmesi riski gündeme gelebilecektir. Bu nedenlerle, kanun değişiklikleri de dahil olmak üzere gerekli düzenlemelerin özelleştirme süreci başlamadan önce yapılması ve özelleştirme sırasında diğer yasal prosedürlerin yanı sıra Rekabet Kurulu Görüşüne uyulması, özelleştirme sürecinin sağlıklı gerçekleşebilmesi ve rekabet hukuku sorunlarıyla karşılaşmaması açısından son derece önemlidir.