

ELEKTRİK DAĞITIM FAALİYETİ İLE DİĞER ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİ ARASINDA YÖNETİM AYRIŞTIRMASININ UYGULANABİLİRLİĞİ*

Bahar ÜSTÜNDAĞ**

ÖZET

Etkin rekabetin hâkim kılınması amacıyla uygulanan ayırıştırma, elektrik piyasası bakımından, dikey bütünlük yapı içerisindeki üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Türkiye'deki elektrik piyasasına bakıldığında, iletim faaliyeti dışındaki piyasa faaliyetlerinin dikey bütünlük yapı içerisinde bulunulmasına izin verildiği, ancak rekabete kapalı dağıtım faaliyeti ile rekabete açık diğer piyasa faaliyetleri arasında muhasebe, yönetim ayırıştırması ile desteklenmiş hukuki ayırıştırma modelinin benimsendiği görülmektedir.

Dağıtım faaliyeti, elektrik dağıtım şirketleri tarafından lisansa derç edilen bölgede tekel konumunda ifa edilmektedir. Bu nedenle dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin dağıtım şirketi ile etkileşime geçerek, kendi menfaatleri doğrultusunda dağıtım şirketinin kararlarına etki etmesi, bunun sonucunda da piyasa kapama, dağıtım şirketi eliyle ayrımcı uygulamalar yapılarak tedarik şirketine rekabetçi avantaj sağlayan davranışlarda bulunma ihtimali mevcuttur. Dağıtım ile diğer piyasa faaliyetleri arasında getirilen muhasebe, yönetim ayırıştırması ile desteklenmiş hukuki ayırıştırma modeli ile beklenen, dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin, dağıtım şirketinin, faaliyetini gereği gibi ifa edilebilmesi için alacağı kararlara etki etmesinin önlenmesidir. Dikey bütünlük yapıdaki diğer piyasa faaliyeti ile uğraşan şirketlerde olduğu gibi dağıtım şirketinin yöneticileri de ana şirket tarafından atanmaktadır. Bu durum karşısında, dikey bütünlük yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, aynı yapı içerisinde bulunan üretim, görevli tedarik şirketi yöneticilerinin farklı kişilerden oluşmasını zorunlu kılan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 33.5'den beklenen fayda diğer piyasa faaliyetleri ile dağıtım faaliyeti arasında mülkiyet ayırıştırması kabul edilinceye kadar sağlanamayacaktır. Çeşitli eleştirileri de beraberinde getiren mülkiyet ayırıştırması gibi ağır bir yöntem benimsenmesinden önce, sektörel düzenlemelerin güçlendirilmesi ve mevcut düzenlemelerin gerektiği gibi uygulanarak dikey bütünlük yapıdaki piyasa faaliyetleri arasında bağımsızlığın artırılması, ancak uygulanan hukuki ayırıştırmanın başarısız olması durumunda “son çare” olarak mülkiyet ayırıştırmasına geçilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Elektrik Piyasası, Dağıtım Faaliyeti, Yönetim Ayırıştırması, Mülkiyet Ayırıştırması, Elektrik Piyasasında Ana Şirket, Dağıtım Şirketi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.835515- Geliş Tarihi: 03.12.2020 - Kabul Tarihi: 17.03.2021.

** Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, baharustundag78@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-5176-7007.

APPLICABILITY OF MANAGEMENT UNBUNDLING BETWEEN ELECTRICITY DISTRIBUTION ACTIVITY AND OTHER ELECTRICITY MARKET ACTIVITIES

ABSTRACT

Unbundling means separating production, transmission, distribution and retail sales activities within vertically integrated structure in the electricity market in order to make effective competition. Considering the electricity market in Turkey, it is observed that activities apart from transmission activity are allowed to be in the vertical integrated structure, but the legal unbundling model supported with accounting, management/functional unbundling is adopted between non- competitive distribution activities and other competitive market activities.

Distribution activity is carried out as a monopoly position in the region that is included in the license by the electricity distribution companies. That is why there is a possibility that vertically integrated structure companies interact with the distribution company and affect the decisions of the distribution company with their own interests. As a result there is a possibility of market closure and the distribution company may engage in behaviour that is giving the supplier a competitive advantage through discriminatory practices. What is expected with accounting brought between distribution and other market activities and the legal unbundling model supported by management unbundling is to prevent vertically integrated companies from influencing decisions of the distribution company in order to perform activities properly. As vertically integrated structure companies engage in other market activities, managers of the distribution company are also appointed by the main company. Under these circumstances, expected benefit from the Electricity Market Licensing Regulation article 33.5, which obliges managers within vertically integrated structure to be composed of different persons, will not be provided until accepting ownership unbundling. Before adopting a heavy method such as property separation, which brings various criticisms, it is considered that sectoral regulations should be strengthened and independence among vertically integrated market activities should be increased by applying exiting regulations as required. However, ownership segregation should be applied as a “last resort” in case the current model fails.

Keywords: Electricity Market, Distribution Activity, Management Unbundling, Ownership Unbundling Parent Company in Electricity Market, Distribution Company.

GİRİŞ

Türkiye elektrik piyasasında yaşanan serbestleşme ile geçmişte kamunun mülkiyetinde bulunan dikey bütünleşik yapı¹, özel sektörün de rol aldığı rekabetçi bir piyasa yapısına dönüştürülmeye çalışılmıştır. Bu nedenle elektrik piyasası faaliyetlerinden üretim², tedarik³ ve dağıtım⁴ faaliyetlerinde özel sektörün rol alması istenmiştir⁵. Burada amaç, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda da (6446 sayılı Kanun) ifade edilen elektrik enerjisinin yeterli, kaliteli, düşük maliyet ile tüketicilere sunulması ve mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir piyasanın oluşturulmasının sağlanmasıdır (m.1). Bu kapsamda, rekabete açık üretim faaliyetinin, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan (EPDK) alınan lisans kapsamında özel sektöre ait üretim şirketlerince yerine getirilmesine başlandığı gibi, kamunun mülkiyetinde bulunan üretim şirketlerinin de özel sektöre devri gündeme gelmiştir. Bu kapsamda yapılan üretim özelleştirilmeleri halen devam etmektedir.

Dağıtım faaliyeti ile iştigal eden TEDAŞ, bu faaliyetinin özel sektör tarafından yerine getirilmesi amacıyla, öncelikle payların tamamı kendisine ait olmak üzere yirmi bir dağıtım şirketi kurmuştur. Akabinde dağıtım sistem ve varlıklarının mülkiyeti kendisine, bu sistemlerin işletme hakkı dağıtım şirketlerine ait olacak şekilde her bir dağıtım şirketi ile İşletme Hakkı Devir

¹ Bir teşebbüsün, kendisine, mal, ürün veya hizmet sağlayan ya da kendi ürettiği mal ürün veya hizmetlerin satışını yapan bir başka teşebbüsü birleşme veya devralma yöntemleri ile elde etmesi sonucunda dikey bütünleşik yapı oluşmaktadır. Dikey bütünleşik yapıda bir teşebbüsün farklı faaliyet alanlarına doğru bir büyüme söz konusu olmakta ve farklı üretim aşamalarının mülkiyetine ve kontrolüne sahip olmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Çınaroğlu, Serpil** (2003) Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet, 1. Baskı, Ankara.

² 6446 sayılı Kanun m. 3.1.ö'ü'de; "*Enerji kaynaklarının elektrik tesislerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.

³ 6446 sayılı Kanun m. 3.1.gg'de; "*Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin toptan veya perakende satışı*" olarak tanımlanmıştır.

⁴ 6446 sayılı Kanun m. 3.1.ç'de; "*Elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden nakli*" olarak tanımlanmıştır.

⁵ 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurul Kararı ile TEDAŞ, özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır. TEDAŞ'ın mevcut nitelik ve görevleri hakkında bkz. www.tedas.gov.tr.

Sözleşmesi akdetmiştir. Dağıtım sistem ve varlıkların işletilmesi amacıyla yeni tesis inşa etme⁶, bakım ve onarım yapma (6446 sayılı Kanun m. 9.5) yükümlülüğünde bulunan dağıtım şirketlerinin paylarının devri için yapılan özelleştirme ihaleleri sonucunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özel sektör şirketleri arasında Hisse Devir Sözleşmesi akdedilmiş ve özelleştirmeler tamamlanmıştır. Özel sektöre devredilen dağıtım şirketleri lisanslarına derç edilen bölgede ilk önceleri hem dağıtım faaliyeti hem de başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasitesi temin edemeyen tüketicilere, perakende satış⁷ lisansı almak kaydıyla tedarik faaliyet ile de iştigal etmiştir (4618 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu mülga m. 3.c.3).

Elektrik enerjisinin taşınmasında başkaca bir yolun bulunmaması ve mevcut şebekenin yanında yeni bir şebekenin inşasının iktisadi açıdan rasyonel olmaması nedeniyle dağıtım faaliyeti doğal tekel özelliğine sahip olup, dağıtım faaliyetindeki bu özellik şebekeye bağlı diğer sektörlerle göre daha güçlüdür⁸. Dağıtım faaliyetinin, niteliği gereği, herhangi bir denetim ve düzenlemeye tabi tutulmadan özel sektöre devri, belirli birtakım sakıncaları da beraberinde getireceğinden, bu sakıncaların giderilmesi adına çeşitli düzenlemelerin yapılması bir zorunluluk olmuştur. Zira, EPDK'dan alınan lisans kapsamında lisansa derç edilen bölgede doğal tekel konumunda olan dağıtım şirketinin dağıtım faaliyeti rekabete kapalı bir piyasa faaliyeti iken, elektrik enerjisinin veya kapasitesinin satışı rekabete tamamen açık bir faaliyettir. Bu kapsamda öncelikle dağıtım şirketinin, ayrı hesap tutma ve çapraz sübvansiyon yasağı⁹

⁶ Dağıtım şirketleri tarafından yapılan yeni dağıtım sistemi ve varlıklarının mülkiyeti de TEDAŞ'a aittir (6446 sayılı Kanun m. 9.6). Dağıtım Şirketlerinin bu kapsamda yaptıkları yatırım harcamalarının bedeli, yatırıma dönüştükleri anda Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği (RG., T. 22.08.2015, S. 29553) ve Dağıtım Sistemi Gelirinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliği (RG., T. 19.12.2015, S. 29567) uyarınca tarife mekanizması ile itfa edilmektedir.

⁷ 6446 sayılı Kanun m. 3..aa'da "Elektriğin tüketicilere satışı" olarak tanımlanmıştır.

⁸ **Ehlers, Eckart** (2010) Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and The Netherlands and the Law of the European Union: A Comparison, 1st Edition, Portland, s. 120; **Şahin, Selen** (2012) Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 131, Ankara, s. 6.

⁹ Bir teşebbüsün, herhangi bir pazarda oluşan maliyetlerini, başka bir alandaki faaliyetleri ile karşılaşmasına veya elde ettiği geliri, başka bir pazardaki faaliyetlerini finanse etmek için

yükümlülüğü altında ifa ettiği dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin ayrı tüzel kişilikler altında yürütülmesi zorunluluğu getirilmiştir (4628 sayılı Kanun mülga m. 3.1.c)¹⁰. Rekabet Kurumu tarafından da dağıtım özelleştirmelerinin ön koşulu¹¹ olarak sunulan dağıtım ve perakende satış faaliyetleri arasındaki bu hukuki ayrıştırma hakkında esaslı düzenleme ise EPDK'nın 12.09.2012 tarih ve 4019 sayılı Kurul Kararı (4019 sayılı Kurul Kararı)¹² ile yapılmıştır.

4019 sayılı Kurul Kararı ile dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin 01.01.2013 tarihi itibarıyla farklı tüzel kişilikler tarafından yerine getirilmesi (m.4); perakende satış faaliyeti ile iştigal edecek olan görevli tedarik şirketinin¹³, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve ilgili mevzuatta belirtilen usul ve

kullanmasına çapraz sübvansiyon denilmektedir. **Akın, İrfan** (2008) “Enerji Direktiflerinde Ayrışma”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C: 8, S:1, s. 13; **Yavuz, Mustafa** (2004) “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C: 8, S: 4, s. 54, 55.

¹⁰ 4628 sayılı Kanun'un mülga 3.1.c'ye getirilen ek hüküm için bkz. 5718 sayılı Kanun m. 3 (RG., T. 26.07.2008, S. 26948).

¹¹ **Rekabet Kurumu** (2005) “Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ'nin Özelleştirilmesine İlişkin Rekabet Kurulu Görüşü”, Ankara. Söz konusu raporda, TEDAŞ'ın özel sektöre devri için amaçlanan dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin aynı yapı içerisinde devredilmesinin, serbestleştirme açısından rekabetin etkin bir şekilde temin edilebilmesinde bazı sakıncalar doğuracağı ve bu sakıncaların giderilmesi için en ideal çözümün de; dağıtım şirketini devralacak şirketin, perakende satış faaliyetinde dolaylı bile olsa faaliyette bulunmasını engelleyecek şekilde, perakende satış ile dağıtım faaliyetleri arasında mülkiyet ayrıştırması yapılması ya da alternatif olarak perakende satış ve dağıtım faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılması ve dağıtım şirketlerinin geçiş dönemi sonunda kendi bölgelerindeki perakende satış paylarını belirli bir takvim içinde belirli bir orana indirilmesini sağlayan bir yöntemin esas alınacağı bir sistemin düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Rekabet Kurulu, ayrıca, dağıtım şirketlerinin özelleştirilmesinde nihai izin olarak dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin geçiş döneminin sonuna kadar hukuki olarak ayrıştırılmasını zorunlu tutmuştur.

¹² RG., T. 27.09.2012, S. 28424.

¹³ 6446 sayılı Kanun m. m. 3.1.i'de; “Dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin hukuki ayrıştırması kapsamında kurulan veya son kaynak tedariki yükümlüsü olarak Kurul tarafından yetkilendirilen tedarik şirketi” olarak tanımlanmıştır. Görevli tedarik şirketleri, tedarik lisansı kapsamında, EPDK'nın tayin ettiği serbest tüketici limitinin altında elektrik enerjisi tüketen abonelere elektrik enerjisi temin etmek zorunda olduğu gibi, serbest tüketici niteliğine sahip olduğu halde tedarikçisini seçmeyen tüketicilere de elektrik enerjisi tedarik etmekle yükümlüdür.

esaslar dahilinde kısmi bölünme yöntemi ile kurulması (m. 5) öngörülmüştür. Ayrıca, görevli tedarik şirketinin paylarının, dağıtım şirketi pay sahipleri tarafından iktisap edileceği (m.6.1), her iki şirket arasındaki hukuki ayrıştırma tamamlanincaya kadar şirkette kontrol değişikliğine neden olacak nitelikte pay devri yasaklanmıştır (m. 6.2). Bununla birlikte, 4019 sayılı Kurul Kararı'nın 6.3 maddesi ile de; dikey bütünleşik yapıdaki dağıtım şirketinin, üretim ve görevli tedarik şirketinden 01.01.2013 tarihine kadar yönetim olarak da ayrıştırılması zorunlu kılınmıştır.

6446 sayılı Kanundaki düzenlemelere bakıldığında; payların tamamı aynı tüzel kişiliğe ait olan dağıtım ve görevli tedarik şirketinin faaliyetleri arasında muhasebe ayrıştırılmasının yapılmasının zorunlu olması ve her iki faaliyetinde de ayrı lisansa tabi tutulması dışında (m. 5.2.a ve b) ayrıştırmaya ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Ancak, bu Kanun döneminde yürürlükte olan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği (Lisans Yönetmeliği)¹⁴ m. 33.5'de yönetim ayrıştırmasına, m. 34.4.g'de marka ayrıştırmasına¹⁵, geçici m. 4.4 ile bina ve bilgisayar sistemlerinin ayrıştırmasına¹⁶, geçici m. 4.3'de yer alan dağıtım şirketlerinin faaliyetin devamı

¹⁴ RG., T. 02.10.2013, S. 28809.

¹⁵ Görevli tedarik şirketleri iş ve işlemlerinde tüketicilere; ilgili dağıtım şirketinin devamı niteliğinde olduğu izlenimi verebilecek aynı marka, logo ve ana şirket unvanı gibi hususların kullanılmasından ve bu nitelikteki açıklama ve beyanlardan kaçınmada yükümlüdür. Anılan düzenleme, dağıtım şirketinin ana şirket unvanını kullanmayı tercih etmesi durumunda, görevli tedarik şirketinin hem ana hem de dağıtım şirketinden farklı bir unvan kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer taraftan EPDK'nın 26.01.2017 tarih ve 6877-14 sayılı Kurul Kararı ile dağıtım şirketlerinin tüketici nezdinde ilgili ana şirketin veya görevli tedarik şirketinin devamı niteliğinde olduğu izlenimi verecek unvan, marka ve logo kullanması 01.01.2018 tarihinden itibaren yasaklanmıştır. Bu bağlamda, Lisans Yönetmeliği uyarınca dağıtım şirketine ana şirket unvanını kullanma izni verilmişken, söz konusu kurul kararı ile yasaklandığı görülmektedir.

¹⁶ Dağıtım ve görevli tedarik şirketlerinin 01.01.2016 tarihinden itibaren farklı fiziksel ortam ve bilgi sistemleri alt yapısı kullanması zorunlu kılınmış ve bu sayede hukuki ayrıştırmanın ilk basamağı olan ve fonksiyonel ayrıştırma içerisinde bulunan fiili ayrıştırma sürecinin gerçekleşmesi amaçlanmıştır. Anılan hükmün uygulanmasına ilişkin olarak alınan EPDK'nın 21.05.2015 tarih ve 5603-32 sayılı Kurul Kararı (5603-32 sayılı Kurul Kararı) ile farklı fiziksel ortam şartının belirlenmesi, 2014 yılı Türkiye İstatistik Kurumunun Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi verisine dayandırılmış ve bütün il merkezlerinde ve nüfusu yüz bini geçen

için gerekebilecek yönetim ve destek hizmetlerine ilişkin alımlarını ana şirket ile bu şirketin kontrolü altında olan şirketlerden 01.01.2016 tarihinden sonra temin edemeyeceği¹⁷ şeklindeki düzenlemelere yer verilmiştir. 6446 sayılı Kanun'da sadece muhasebe ayrıştırmasına ve yönetim ayrıştırmasına yer verilmiş iken, hukuki ayrıştırmaya yer verilmemesinin sebebi, 6446 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, görevli tedarik şirketi ile dağıtım şirketi arasındaki hukuki ayrıştırmamanın tamamlanmış olma zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Bu nedenle, yapılan ikincil mevzuat düzenlemeleri ile hukuki ayrıştırmayı desteklemeye yönelik yönetim ayrıştırmaları, fiziki

ilçelerde; dağıtım ve görevli tedarik şirketinin ayrı giriş ve bina numarası olan bağımsız binalarda faaliyetlerini sürdürmeleri gerektiği, bu şartların dışında kalan yerleşim yerlerinde aynı bina içerisinde, ancak fiziksel olarak bağımsız bölümlerde piyasa faaliyetlerini sürdürebilecekleri düzenlenmiştir. Ana kural dağıtım ve perakende faaliyetinin ayrı binalarda yürütülmesi olmakla birlikte, müşteri hizmetleri birimi bakımından bir istisna düzenlenmiş ve her iki şirketin müşteri hizmetleri biriminin fiziksel olarak farklı bölümlerde olmak kaydıyla aynı bina içerisinde bulunmasına onay verilmiştir. 5603-32 sayılı Kurul Kararı ile bilgi sistemleri alt yapısına ilişkin ana kural, her iki şirketinde ayrı yazılım ve ayrı donanım kullanılarak hizmet vermesidir. Diğer taraftan şirketlerin bu ihtiyaçlarını, hizmet alımı yoluyla; ancak ayrı sanal sunucular üzerinden ve yetki ayrıştırmaları yapılmak şartıyla alabilmesi de mümkündür. Bu koşulların getirilmesindeki amaç, bu şirketler arasında bilgi akışını engellemek ve her bir şirketin sadece kendi faaliyetlerine ilişkin konulardaki bilgiye erişmesini sağlamaktır. Ancak, dağıtım şirketinin dağıtım faaliyetini ifa etmek zorunda olması ve görevli tedarik şirketinin de dağıtım bölgesi içerisindeki serbest olmayan tüketicilere elektrik enerjisi satmakla yükümlü olması nedeniyle, her iki şirketinde bu yükümlülüklerini ifa edebilmek için birtakım bilgileri aralarında paylaşması gerektiği de unutulmamalıdır.

¹⁷ Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği (RG., T. 30.05.2018, S. 30436) m. 12.2 ve 17.2'de hizmet alımı konusuna bir istisna getirilmiştir. Anılan düzenlemeler uyarınca; her iki şirketinde tüketicilere yönelik çağrı hizmetleri ile ilgili olarak birbirlerinden veya aynı kaynaktan, herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın hizmet alımı yapabilmesi ve düzenlemeye tabi tarifeler yoluyla enerji alan tüketicilerin ödeme bildirimlerinin tebliği ile ilgili olarak, görevli tedarik şirketi, dağıtım şirketinden, herhangi bir süre ile sınırlı olmamak üzere hizmet alımı yapabilmesi mümkündür. Hizmet alımına ilişkin olarak göz önüne alınması gereken 6877-14 sayılı Kurul Kararı ile de; dağıtım şirketinin doğrudan ve dolaylı ortağı olan şirketler ile ana şirket ve ana şirketin bünyesinde olup da piyasa faaliyeti ile iştigal eden şirketlerin veya bu tür faaliyetleri yürüten taraflara faaliyet konusu ile yönetim ve destek konusunda mal temin eden ve/veya hizmet sunan şirketlerin aynı binada hizmet birimi bulundurmaması 01.01.2018 tarihinden sonra yasaklanmıştır.

ayrıştırma, marka ayrıştırması ve hizmet alımları konusunda düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle elektrik piyasasındaki ayrıştırma kavramı ve bu kavramdan beklenen fayda hakkında bilgi verilecektir. Akabinde dağıtım şirketi bakımından dikey bütünleşik yapıdaki ana şirket, üretim şirketi ve görevli tedarik şirketinden yönetim ayrıştırmasını zorunlu kılan düzenlemeler değerlendirilecek ve bu düzenlemeler ışığında yönetim ayrıştırmasından beklenen faydanın mümkün olup olmadığı incelenecektir. Bu kapsamda elektrik piyasası bakımından ana şirket kavramının ne olduğunun da irdelenmesi önem arz etmektedir. Diğer taraftan 2008 yılında 4628 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle hukuki ayrıştırma yasal bir koşul haline getirildiğinden, artık EPDK'nın görev alanına girmiş ve bu sebeple Rekabet Kurulunun izin koşulu olmaktan çıkmıştır. Başka bir ifadeyle, hukuki ayrıştırmanın, dolayısıyla yönetim ayrıştırmasının uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusu, öncelikli olarak Rekabet Kurumunun değil, EPDK'nın görev ve sorumluluk alanındadır. Bu nedenle çalışmada, ayrıştırma rekabet hukuku bağlamında detaylı bir şekilde irdelenmeyecek, sadece dağıtım faaliyetinin özelleştirilmesinde rol alması sebebiyle, Rekabet Kurulu'nun görüşlerine yeri geldikçe değinilecektir.

I. AYRIŞTIRMA KAVRAMI VE ÖNEMİ

*“Endüstride daha fazla rekabeti sağlayabilmek için üretim, dağıtım ve çeşitli bileşenlerin birbirinden ayrılması”*¹⁸ şeklinde tanımlanan ayrıştırma, elektrik piyasası bakımından kamu ya da özel şirkete ait olup olmadığına bakılmaksızın, bir teşebbüs veya şirket grubundaki üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir¹⁹.

Elektrik piyasası, büyük yatırım gerektirdiğinden, çok büyük sermaye gruplarının bu piyasada faaliyet göstermesine neden olmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da bu piyasada rekabet ortamının oluşturulması ve korunması oldukça zor olmaktadır. İşte, elektrik piyasasında dikey bütünleşik yapıdaki

¹⁸ **Rekabet Kurumu** (2011) Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, s. 20.

¹⁹ **Eroğlu, Muzaffer** (2010)“Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları”, Rekabet Dergisi, C: 11, S: 1, s. 113. Diğer tanımlar için bkz. **Akın**, s. 12; **Şahin**, s. 5-6; **Yavuz**, s. 55.

teşebbüslerin ayrıştırılması ile şirket yapısı içinde tekel niteliğinde olan ve olmayan faaliyet alanları arasındaki menfaat uyuşmasının ve bunun sonucunda oluşacak rekabete aykırı durumun sınırlandırılması amaçlanmaktadır. Ayrıştırma kapsamında alınan tedbirler ile bir şirketin tekel niteliğindeki piyasa faaliyeti kapsamında sahip olduğu piyasa gücünü ve buna bağlı olarak pazar üzerindeki hâkim durumunu kötüye kullanmasını engellemek, zorlaştırmak hedeflenmektedir²⁰. Aksi durumda şebekeye hâkim olan piyasa oyuncusu, diğer piyasa oyuncularının şebekeye erişimini çeşitli ayrımcı davranışlarla sınırlandırabilme, piyasaları kapatabilme gücüne sahip olacak ve bunun sonucunda rekabet engellenecektir²¹.

Dağıtım şirketleri tarafından tedarik faaliyetinde bulunan şirketlere uygulanabilecek tarife ve fiyat ayrımcılığı, regülasyon konusunda yetkili olan EPDK düzenlemeleri ile önlenabilir. Ancak, dağıtım sistemine erişim isteyen tedarikçiler arasında, bilgi paylaşımında ayrımcılık, yüksek miktarda teminat talep edilmesi veya bir kısım tedarik şirketlerinden hiç talep edilememesi, herhangi bir gerekçe olmaksızın hizmet sunumunda geç kalınması, karmaşık sözleşmesel yükümlükler ve benzeri uygulamalar şeklindeki fiyat dışı ayrımcı uygulamalar sorun teşkil edebilir.²² Diğer taraftan dağıtım şirketlerinin, dağıtım faaliyeti ile iştigal etmesi sebebiyle sürekli nihai tüketici ile temasta olması, tüketicileri elektrik enerjisini temin edeceği şirketi tayin etme konusunda etki altına alma ve diğer tedarikçileri tedarik piyasası dışında bırakma sâikiyle çeşitli davranışlar sergilemesine de olanak sağlamaktadır.

Elektrik piyasasında uygulanan ayrıştırma ile beklenen fayda; fiyat dışı ayrımcı uygulamalar ile ortaya çıkabilecek, piyasa girişinde ayrımcılığın engellenmesinin, piyasa kapama riskinin ortadan kaldırılmasının yanı sıra, şeffaflığın artırılması, teşebbüslerin gerçek ve doğru bilgiye ulaşmasının kolaylaşması ve çapraz sübvansiyonun önlenmesidir. Ayrıştırma piyasaya

²⁰ Akın, s. 12-13.

²¹ Atıyas, İzak (2006) Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, 1. Baskı, İstanbul, s. 27-28.

²² Pollitt, Michael, "The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks", <<http://eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/eprg0714.pdf>> s.e.t. 25.3.2020, s. 10; Şahin, s. 7.

girişlerini de kolaylaştırdığından, piyasanın değişik faaliyetlerini ifa eden rekabetçi şirket sayısının artmasını da sağlamaktadır²³. Elektrik piyasasında yaşanan ayrıştırmada, sektörel düzenlemelerin azalması, yabancı yatırımları çekmesi nedeniyle şirket pay sahipliğinde çeşitliliğin olması ve özelleştirmenin kolaylaşması beklenen diğer faydalardır²⁴. Dolayısıyla, dağıtım şirketinin diğer piyasa faaliyetlerinde bulunan dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerden ayrıştırılması sonucunda doğal tekel niteliğindeki dağıtım şebekesine tüm piyasa oyuncularının ayrımcı olmayan, adil bir şekilde ve makul fiyatlarla erişiminin sağlanmaya çalışıldığını söylemek mümkündür²⁵. Bu durum, elektrik piyasasında şebeke sistemine bağımlılığının zorunlu olması sebebiyle serbestleşme sürecinde istenen hedefe ulaşabilmek için tekel faaliyet niteliğindeki dağıtımın, rekabete açık faaliyetler olan ithalat, üretim ve toptan satış²⁶ ile perakende satıştan ayrıştırılması gerektiği şeklindeki düşünceye de uygundur.

Elektrik piyasasında yaşanan ayrıştırma hakkında Avrupa Birliği'ndeki (AB) geçiş süreçlerine bakıldığında; en temel ayrıştırma modeli muhasebe ayrıştırması ile en sert ayrıştırma modeli olarak değerlendirilebileceğimiz mülkiyet ayrıştırması arasında farklı ayrıştırma türlerinin olduğu görülmektedir. Nitekim, AB, 1996 tarihli Birinci Nesil²⁷, 2003 tarihli İkinci

²³ Eroğlu, s. 116 vd.; Şahin, s. 7-8.

²⁴ OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development) (2001) International Energy Agency/Organisation for Economic Cooperation and Development, Competition in Electricity Markets, Paris, s. 70-71; Pollitt, s. 10-11.

²⁵ Cameron, Peter (2002) Competition Energy Market; Law and Regulations in the European Union, 2nd Edition, New York, s. 23-24.

²⁶ 6446 sayılı Kanun m. 3.1.İl'de; "Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin tekrar satışı için satışı" olarak tanımlanmıştır.

²⁷ Directive 96/92/EC of the European Parliament and the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0092>> s.e.t.25.5.2020.

Nesil²⁸ ve 2009 tarihli Üçüncü Nesil²⁹ Elektrik Direktifleri'nde kabul edilen ayrıştırma türleri; muhasebe, yönetim, hukuki ve mülkiyet ayrıştırmasının yanı sıra, mülkiyet ayrıştırmasının olumsuz yönleri nedeniyle diğer bir seçenek olarak önerilen Bağımsız Sistem Operatörü (BSO) yöntemi olarak ifade edilebilir³⁰.

AB'de elektrik sektöründe yapılan ilk düzenleme olan 1996 tarihli Direktif'te, muhasebe ayrıştırmasının³¹ yanı sıra, yönetim ayrıştırmasının³² düzenlendiği görülmektedir. Zira, bu direktif ile farklı piyasa faaliyetli ile iştigal eden dikey bütünsel yapıdaki şirketler arasında "Çin Seddi" gibi nitelendirilen bir duvar örülmesi ile rekabet açısından duyarlı olan bilgilerin paylaşılması önlenmeye çalışıldığı gibi, faaliyetler açısından farklı hesap tutma, şebeke sistemine diğer piyasa oyuncularının girişi ve ayrıştırmaya ilişkin düzenlemeler

²⁸ **Directive 2003/54/EC** of the European Parliament and the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0054>> s.e.t. 25.5.2020.

²⁹ **Directive 2009/72/EC** of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072>> s.e.t. 25.5.2020.

³⁰ Söz konusu ayrıştırma türleri için bkz. **Zafirova, Zornica**, (2007) "Unbundling the Network: The Case for Ownership Unbundling?", *International Energy and Taxation Review*, C: 2, s. 29 vd.; **Cameron**, s. 26 vd.; **Eroğlu**, s. 123 vd.; **Şahin**, s. 9 vd.; **Akın**, s. 13 vd.; **Yavuz**, s. 56 vd.

³¹ Piyasa faaliyetlerinden en az iki faaliyet ile iştigal eden şirketlerin muhasebelerinin, her bir faaliyet için ayrı ayrı hesap tutmalarına muhasebe ayrıştırması denilmektedir. Bu sayede, piyasa faaliyetleri arasında şeffaf bir yapının kurulmasının yanı sıra, piyasa faaliyetlerinden biri için yapılan masrafların, diğer bir faaliyet için yapılan masraflara yansıtılarak avantaj sağlanamayacak ve bu sayede de rekabet açık olan piyasa faaliyeti ile açık olmayan diğer bir piyasa faaliyeti arasında maliyet, kar- zarar aktarımı mümkün olmayacaktır. **Zafirova**, s. 29; **Cameron**, s. 26; **Eroğlu**, s. 123; **Şahin**, s. 9; **Akın**, s. 13; **Yavuz**, s. 56.

³² Muhasebe ayrıştırmasının bir aşama ilerisi olan birimler arası yönetim ayrıştırmasında dikey bütünsel yapıdaki şirketin tekel niteliğinde yürüttüğü piyasa faaliyeti ile rekabete açık bir şekilde yürüttüğü piyasa faaliyetinin farklı bir organizasyon ve karar verme mekanizması altında yürütülmesi amaçlanmaktadır. **Cameron**, s. 26.; **Eroğlu**, s. 124; **Şahin**, s. 9.

getirilmiştir³³.2003 tarihli Direktif ile ise³⁴ piyasa oyuncularının sisteme erişiminin düzenlemeye tabi olması ile dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin, piyasa faaliyetlerinin tamamı bakımından muhasebe ve yönetim ayrıştırmasının yanı sıra hukuki ayrıştırmayı³⁵da gerçekleştirmesi düzenlenmiştir. Muhasebe ve yönetim ayrıştırmasının, ana şirketin mülkiyet hakkı korunarak, rekabete açık faaliyetler ile şebeke faaliyetlerinin farklı tüzel kişilikler tarafından yerine getirilmesini sağlayan hukuki ayrıştırma ile desteklenmesi bakımından, 2003 tarihli Direktif yerinde bir düzenlemedir. Zira, muhasebe ve yönetim ayrıştırmasında, farklı piyasa faaliyetleri ayrı muhasebeler ve ayrı yönetim organizasyonu altında yürütülse de örgütlenme aynı şirket çatısı altında söz konusu olacağından, bağımsızlık yeterince sağlanmayabilmektedir³⁶. Hal böyle iken, söz konusu Direktif ile küçük dağıtım şirketlerinin, muhasebe ayrıştırmasını yapmakla birlikte yönetim veya hukuki ayrıştırmadan muaf olabileceğinin düzenlenmiş olması³⁷ eleştirilebilecek bir husustur.

AB Komisyonu tarafından yayınlanan 10.01.2007 tarihli Enerji Sektör Araştırması Nihai Raporu³⁸ ve 10.01.2007 tarihli Enerji ve Gaz Pazarlarına

³³ **Directive 96/92**, Madde 17 ve 18.

³⁴ 1996 tarihli Elektrik Direktifinin bazı eksiklikler içerdiği, ayrıştırma konusundaki mevcut yükümlülüklerin önemli ölçüde arttığı, bu amaçla hukuki ayrıştırmadan elzem olduğu, ancak mülkiyet ayrıştırmasına da yer verilmesi gerektiği yönünde tartışmalar üzerine 2003 tarihli Direktif hazırlanmıştır. **Cameron**, s. 348.

³⁵ Dikey bütünlük şirketin veya teşebbüsün farklı faaliyetlerinin farklı tüzel kişilikler altında yürütülmesi şeklinde tanımlanmaktadır. **Rekabet Kurumu**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.25.

³⁶ **Zafirova**, s. 29; **Cameron**, s. 27.

³⁷ **Şahin**, s. 13; **Eroğlu**, s. 127 vd.; **Akın**, s. 15 vd.

³⁸ **Communication from the Commission**, “Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)”, COM (2006) 851 final, Brussels 2007, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006SC1724>> s.e.t. 13.04.2020. Söz konusu nihai raporda; mevcutta uygulanan ayrıştırma kurallarının, rekabetin istenen ölçüde sağlanması açısından yeterli olmadığı, yatırımda bulunma isteğini önlediği, bunun sonucunda da arz güvenliğini tehlike düşürdüğü, tüketicilerle yapılan uzun dönemli sözleşmelerin piyasayı kapatıcı etkisi olduğu, piyasalarda olması gereken saydamlığın eksik olduğu, iletim şebekesini işletmekle görevli olacak şirket ile diğer piyasa faaliyetlerinde bulunan şirketler arasında mülkiyet ayrıştırmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

İlişkin Beklenti Raporu³⁹ doğrultusunda hazırlanan 2009 tarihli 3. Nesil Direktif te; elektrik piyasasında istenen rekabetin sağlanması için ayrıştırmanın etkin olması gerektiğine dikkat çekildiği ve dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin şebekeye erişim ve şebeke yatırımı konusunda diğer şirketlere ayrımcı davranışlarda bulunmasının engellenmesi amacıyla iletim şebekeleri bakımından mülkiyet ayrıştırması⁴⁰ veya BSO⁴¹ şeklinde iki alternatif sunulduğu görülmektedir. Mülkiyet ayrıştırması kapsamında; iletim faaliyetini ifa etmekle görevli olan bir şirketin, rekabete açık üretim ve/veya tedarik faaliyetinde bulunan diğer bir şirketi doğrudan veya dolaylı olarak kontrol etmesine izin

³⁹ **Communication from the Commission**, “Prospects for the internal gas and electricity market”, COM (2006) 841, Brussels 2007, <[https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0841_/com_com\(2006\)0841_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0841_/com_com(2006)0841_en.pdf)> s.e.t. 23.04.2020. Söz konusu beklenti raporunda; hukuki ayrıştırmanın faydaları olmasına rağmen, rekabeti sağlama konusunda beklenen başarıyı sağlayamadığı, şebeke bakımından herkesin kolayca ulaşabileceği bilgilere erişimin eşit bir şekilde sağlanmadığı, bu yüzden de iletim faaliyeti ile iştigal eden şirketin önemli bilgileri saklamasına engel olunamadığı, üçüncü kişiler nezdinde şebekeye erişme hususundaki zorlukların gereken seviyede kaldırılmadığı, elektrik piyasasının dikey bütünlük olarak yapılanmasına izin verilmesinin iletim sisteminin gelişmesini gerektiği gibi teşvik etmeme sonucunu doğuracağı, bu nedenle iletim sisteminin istenen seviyede emniyetini ve ilerlemesini sağlamak için mülkiyet ayrıştırmasının olması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu raporda; iletim sistemi bakımından mülkiyet ayrıştırmasının gerekli olduğu açıkça desteklenmekle birlikte, grup şirketinin iletim şirketinin paylarına sahip olabileceği; ancak iletim şebekesinin sadece iletim sistemini işletecek ve yöneticilerin dikey bütünlük yapıdaki diğer şirketler içerisinde başka bir görevde yer alamayacakları BSO tarafından işletilebileceği alternatif bir sistem de önermiştir.

⁴⁰ Ayrıştırma türlerinden en ağırı olarak kabul edilen mülkiyet ayrıştırması, piyasa faaliyetlerinin farklı tüzel kişiler altında yapılandırması ve ardından her bir tüzel kişiliğin farklı kişilerin mülkiyetinde bulunmasını öngörmektedir. **Akın**, s. 16; **Eroğlu**, s. 125.

⁴¹ Hukuki ayrıştırma ile mülkiyet ayrıştırması arasında yer alan BSO, ayrıştırmadan beklenen fayda bakımından ikinci en iyi çözüm olarak nitelendirilmekte ve şebeke sahipleri, şebekenin mülkiyet haklarını ellerinde tutmaya devam ederken şebeke, mülkiyet hakkı sahibinden farklı, bağımsız bir kişi tarafından işletilmektedir. BSO yatırım kararlarını alma ve uygulama gücüne sahip olup, şebeke faaliyetleri konusundaki tek karar mercidir. Bunun sağlanması amacıyla da elektrik enerjisi üreten ve tedarik eden şirketlerin BSO’yu kontrol etmeye yetecek nisapta pay oranına sahip olmaları engellenmektedir. **Kroes, Neelie** (2007) “A New European Energy Policy; Reaping the Benefits of Open and Competitive Markets”, Energy Conference: E-World Energy & Water, Essen, <http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_13.html> s.e.t. 29.12.2019, s. 4; **Şahin**, s. 11.

verilmemiş, ancak bu şirkette azınlık pay sahibi olmasında sakınca görülmemiştir. 2009 tarihli Direktifi'nde ayrıca aynı kişinin hem iletim şirketinde hem de üretim şirketinin yönetim kurulunda, denetim kurulunda ya da şirketi hukuken temsil eden organlarda görev alması ve aynı kişinin her iki şirketin yönetim kurulu, denetim kurulu veya şirketi hukuken temsil eden organın üyesini seçmesi de yasaklanmıştır⁴².

2009 tarihli Direktif'te mülkiyet ayrıştırmasına alternatif olarak ileri sürülen BSO'da; iletim şebekesinin mülkiyetine sahip olan kişi, üçüncü kişilerin şebekeye erişimi, yatırım planlaması gibi sistemin işleyişine ilişkin konularda söz sahibi olmamaktadır. Ancak, şebekenin mülkiyetine sahip kişinin BSO'nun faaliyetini yürütmek için ihtiyaç duyduğu işbirliği, destek ve bilgi değişimi ile BSO tarafından belirlenen ve sektörel düzenleyici kurum tarafından onaylanan yatırımların finansmanını sağlaması gerekmektedir. Bununla birlikte mülkiyet ayrıştırmasında olduğu gibi BSO'da da, sistemi işletenin, üretim veya tedarik faaliyeti ile iştigal eden şirket ile arasında kontrol ilişkisinin bulunmaması; BSO'nun yönetim ve denetim organlarına üye atayan ya da üye olan kişilerin, üretim veya tedarik faaliyeti gösteren bir teşebbüste aynı görevlerde bulunmuyor olması gerekmektedir. BSO ayrıca, sistemin işletimi için gerekli olan finansal, teknik, fiziksel kaynaklara ve insan kaynağına sahip olduğunu ispatlamakla yükümlü kılınarak, BSO'nun, dikey bütünlük yapısının diğer bölümleri ile personel ve hizmet değişimi yapmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Diğer taraftan sistem kullanıcıları arasında ayrımcılığa neden olmadığı, tüm kullanıcıların aynı koşullarla yararlanabildiği, üretim veya tedarik faaliyetlerindeki rekabeti engellemediği ve sektörel düzenleyici kurum tarafından onaylandığı takdirde, dikey bütünlük yapıdaki şirketlerden hizmet alımına izin verildiği görülmektedir⁴³. BSO'nun günlük faaliyetlerini yürütecek yöneticilerin tayininde ise; bağımsız yönetici kavramı öne çıkmakta ve bu amaçla yöneticilerin, düzenleyici kurumun denetimine tabi olarak BSO Denetim Kurulu tarafından atanması ve şebekenin mülkiyetine sahip dikey bütünlük yapıdaki teşebbüsten şebeke birimine ve şebeke biriminden dikey bütünlük teşebbüse transferinde belirli bir sürenin (cooling-off period)

⁴² Şahin, s. 15; Eroğlu, s. 131-132.

⁴³ Şahin, s. 15 vd.; Eroğlu, s. 131-132.

geçmesi öngörülmüştür. 2009 tarihli Direktif'te; BSO'nun, tüketici nezdinde dikey bütünleşik teşebbüsün devamı niteliğinde olduğu izlenimi vermeyecek şekilde kurumsal kimliğine, iletişim adreslerine, markasına ve binasına dikkat etmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁴.

İletim şebekesi bakımından mülkiyet ayrıştırması veya BSO öngören 2009 tarihli Direktif'te dağıtım şebekesi açısından bakıldığında, hukuki ayrıştırmanın benimsendiği ve 2003 tarihli Direktif ile aynı doğrultuda, farklı tüzel kişilikler oluşturulması, şirket yapılanmalarının ve karar verme mercilerinin eklektik sektöründeki diğer piyasa faaliyetlerinden serbest kılındığı dikkat çekmektedir. Bu amaçla, dağıtım şirketinin, elektrik piyasasındaki diğer piyasa faaliyetlerini iştigal eden şirketlerin olağan işleyişine müdahale etmemesi, yönetici kadrolarının özgürlüğünün sağlanması, sistemin işletilmesine ve ilerlemesine yönelik olarak karar verecek kişilerin, dikey bütünleşik yapıdan tamamen serbest hale getirilmesi, faaliyetlerin sürdürülmesi için elzem olan kaynaklara sahip olunması gibi birtakım tedbirler düzenlenmiştir. Direktif'te; dağıtım şirketinin kullandığı iletişim bilgileri ve marka bakımından, aynı dikey bütünleşik yapı içerisinde yer alan tedarik şirketinden, bağımsız olduğuna ilişkin kuşkuya mahal verilmemesi gerekmektedir. Bu düzenlemeler ışığında, 6446 sayılı Kanun ve ikincil mevzuat ile benimsenen dağıtım faaliyeti ile iştigal eden şirketin, dikey bütünleşik yapıdaki diğer şirketler ile arasında zorunlu kılınan muhasebe ve yönetim ayrıştırmasıyla desteklenmiş hukuki ayrıştırma ile 2009 Direktifi ile dağıtım şirketleri bakımından getirilen ayrıştırma türü benzerdir.

II. DİKEY BÜTÜNLEŞİK YAPIDAKİ DAĞITIM ŞİRKETLERİ İLE DİĞER ŞİRKETLER ARASINDA YÖNETİM AYRIŞTIRMASI

Dağıtım ile rekabete açık piyasa faaliyetlerinden olan üretim ve tedarik faaliyetleri arasındaki yönetim ayrıştırması ilk olarak 4628 sayılı Kanun döneminde; EPDK'nın 4019 sayılı Kurul Kararı ile dikey bütünleşik yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, üretim ve perakende satış şirketinden yönetim olarak ayrışmasının 01.01.2013 tarihine kadar gerçekleştirilmesi şeklinde

⁴⁴ Şahin, s. 16.

düzenlenmiştir (m. 6.3). Zira, dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve perakende satış şirketlerinin yöneticileri ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticiler ve denetçilerin 01.01.2013 tarihinden itibaren farklı kişilerden oluşturulması zorunlu tutulmuştur.

6446 sayılı Kanun dönemine gelindiğinde de; yönetim ayrıştırmasının ikincil bir düzenleme olan Lisans Yönetmeliği m. 33.5'de düzenlendiği görülmektedir. Anılan hüküm uyarınca, dikey bütünleşik yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, aynı yapı içerisinde bulunan üretim, görevli tedarik şirketi yöneticilerinin farklı kişilerden oluşması zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte dağıtım şirketinin yöneticilerinin ana şirketin, dağıtım ile perakende satış ve/veya üretim faaliyetlerini birlikte izlemek, koordine etmek, yönetmek, denetlemek gibi amaçlarla veya bu etkileri doğurabilecek şekilde, ilgili ana şirket bünyesinde veya kontrolünde olan şirketlerde oluşturulan; kurul, yönetim kurulu ve benzeri yapılanmalarda görev alması yasaklanmıştır. Bu yasağın, aynı zamanda, dağıtım şirketinin yatırım planlarına, şirketin işleyişine yönelik bilgilere, finansal durumlarına vb. gibi bilgilere vakıf olmayı da kapsayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda, dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin bünyesinde, dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerin elektrik piyasası faaliyetlerini birlikte izlemeyi, koordine etmeyi, yönetmeyi, denetlemeyi sağlayacak şekilde görev almalarının yanı sıra ana şirket bünyesindeki tedarik ve üretim şirketleri ile yöneticilerinin aynı olmasının yasaklandığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan söz konusu yasağın, sadece dağıtım şirketi bakımından getirildiğinden, görevli tedarik şirket yöneticilerinin ana şirket bünyesinde veya onun kontrolünde olan diğer şirketlerde birtakım görevleri yerine getirmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Türkiye Elektrik Sektörünün rekabete açılması sürecinde Rekabet Kurulu'nun asli görevlerinden biri olan rekabet savunuculuğunu ifa etmek amacı ile 2015 yılında yayınladığı Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış

Sektör Raporu'nda (Sektör Raporu)⁴⁵; dağıtım ve tedarik faaliyetinin ayrıştırılmasında; hukuki ayrıştırmanın etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi, dağıtım şirketinin günlük faaliyetlerine etki etmemesi için organizasyonel yapının ayrıştırılması ve yönetsel bağımsızlığın da sağlanması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle; dağıtım şirketlerinin rakip şirketlere açık olmayan ve ticari açıdan hassas olan bilgileri görevli tedarik şirketleriyle paylaşmasına olanak sağlayan mekanizmaları ortadan kaldırma, şirketlerin faaliyetlerini birbirinden bağımsız olarak yürütmek için yeterli derece kaynağa sahip olmasını sağlama, şirketlerin bağımsız karar alma mekanizmalarına sahip olmasını sağlama, dikey bütünlük teşebbüsün danışmanlık, tavsiye veya devamlı onay vermek suretiyle dağıtım şirketlerinin günlük faaliyetlerini etkileyecek bir güce sahip olmaması ve dağıtım şirketlerin yönetiminde bulunan kişilerin tedarik şirketinde görev almasının önüne geçme suretiyle yönetim ayrıştırmasının sağlanacağı belirtilmiştir⁴⁶.

⁴⁵ **Rekabet Kurumu**, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Raporu, Ankara 2015, <<http://rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%C3%B6r+Raporu%2FElektriksektor.pdf>> s.e.t.23.3.2020.Rekabet Kurumu'nun temel görevi şüphesiz 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yasaklayıcı hükümlerini başta uygulamaktır. Söz konusu uygulamanın kapsamı teşebbüs davranışlarıyla sınırlıdır. Bununla birlikte yalnızca teşebbüs davranışları ile değil, bazen de devletin ve kamu kurumlarının yapmış olduğu çeşitli düzenlemeler ve işlemler sonucunda da piyasalardaki rekabetin kısıtlanması söz konusu olabilmektedir. İşte bu noktada, rekabet kurumlarının rekabeti etkileyebilecek yasa ve ikincil düzenlemelere ilişkin görüş bildirmesi ve mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet koşullarını etkileyebilecek olan başta, regülasyon, de-regülasyon ve özelleştirme olmak üzere, önemli politika süreçlerine aktif bir şekilde dahil olması, en az rekabet hukuku uygulamaları kadar önem kazanan bir görev haline gelebilmektedir. Rekabet Kurumlarının bu yöndeki çabaları ve hazırladıkları raporlar, rekabet savunuculuğu görevinin bir parçası olmaktadır. Nitekim, elektrik piyasalarının serbestleşmesi sürecinde Rekabet Kurumu tarafından 2015 yılında yayınlanan Sektör Raporu da, bu kapsamda yapılan çalışmalardan biridir.

⁴⁶ **Rekabet Kurumu**, Sektör Raporu, s. 89. Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan bu raporun temel amacı, politika belirleyiciler ve ilgili kurum ve kuruluşlara yönelik olarak elektrik piyasalarının serbestleşmesi sürecinde dikkate alınması gereken hususlara dikkat çekmektir. Başka bir ifadeyle, bu raporun rekabet hukuku uygulamaları ile değil rekabet politikası tartışmaları ile ön plana çıktığı söylenebilir. Bu çerçevede, örnek olarak, ayrıştırma kapsamında getirilen öneriler, daha çok EPDK'ya yönelik olarak ayrıştırma konusundaki ikincil düzenlemeler kapsamında nelere dikkat edilmesi gerektiği hususlarına ilişkindir. Kaldı

Gerek elektrik piyasası mevzuatı gerekse Rekabet Kurulu tarafından yayınlanan Sektör Raporu ile işaret edilen dikey bütünleşik yapıdaki dağıtım şirketleri ile ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketler arasında getirilen yönetim ayrıştırmasının amacı, dağıtım şirketinin diğer şirketlerden tamamen bağımsız kılınması ve ayrı bir organizasyona ve karar verme işleyişine kavuşturulmasıdır. Zira, dağıtım şebekesini işleten şirkete sahip olan tüzel kişiliğinin mülkiyetten doğan hakları ve buna bağlı olarak da şebekeye ilişkin kararları etkileme gücü bulunmaktadır. Yönetim ayrıştırması sayesinde dikey bütünleşik yapıdaki tüm şirketlerin, dağıtım şirketinin olağan faaliyetlerinin yanı sıra, kararlarına etki etmesinin engellenmesi ve kararların, sadece dağıtım şebekesinin işletilmesi lehine olacak şekilde alınması öngörülmüştür. Ayrıştırılan dağıtım şirketinin, dikey bütünleşik yapı içerisinde bulunduğu diğer şirketlere, piyasa faaliyetleri bakımından rekabete duyarlı bilgi değişimin yapılması engellenmeye çalışılmıştır. Bu sayede piyasa kapama, iki şirketin etkileşimi ve dağıtım şirketinin ayrımcı uygulamaları yoluyla dikey bütünleşik yapıdaki tedarik şirketine rekabetçi avantaj sağlayan davranışlarda bulunma, serbest tüketicilerin tedarikçi değişim sürecinin dağıtım şirketi tarafından görevli tedarik şirketi lehine olacak şekilde zorlaştırılması ve geçiş

ki; 2008 yılında 4628 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle hukuki ayrıştırma yasal bir koşul haline getirildiğinden, artık EPDK'nın görev alanına girmiştir. Başka bir ifadeyle, hukuki ayrıştırmanın, çalışma konumuz bakımından yönetim ayrıştırmasının uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusu, öncelikli olarak Rekabet Kurumunun değil, EPDK'nın görev ve sorumluluk alanındadır. Ancak, teşebbüs davranışlarının analizinde davranışın piyasaya etkisi yanında hâkim durumdaki teşebbüsün niyet unsurunu da inceleyen Rekabet Kurumu bakımından hukuki ayrıştırmada uyulmayan kurallar, bir anlamda teşebbüsün kötüye kullanma niyeti bakımından olumsuz kanaat uyandırabilecektir. Bu nedenle, "hukuki ayrıştırma" konusunda EPDK tarafından getirilen kuralların dikkate alınarak uygulanması, bunun yanında rekabet hukuku uygulamaları bakımından da rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma ya da rekabeti engelleme niyeti olarak değerlendirilebilecek durumlardan kaçınılması yerinde olacaktır. Bu bağlamda; EPDK'nın dağıtım faaliyetinin diğer piyasa faaliyetleri ile ayrıştırılmasına ilişkin olarak öngördüğü muhasebe ve yönetim ayrıştırma ile desteklenmiş hukuki ayrıştırma kurallarına uygunluğun sağlanmasının, rekabet hukukundan kaynaklanan riskleri büyük oranda azaltacağı söylenebilir.

maliyetlerinin artırılması gibi rekabeti sınırlayıcı davranışlar önlenmeye çalışılmıştır.

III. ELEKTRİK PİYASASINDA ANA ŞİRKET KAVRAMI

Elektrik piyasasında istenen rekabet seviyesinin sağlanması amacıyla, dağıtım şirketi ile ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketler arasında getirilen yönetim ayrıştırması nedeniyle elektrik piyasası mevzuatı bakımından ana şirket kavramının tespiti önem arz etmektedir. Ancak, bu kavramın elektrik piyasası mevzuatı uyarınca neyi ifade ettiği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ana şirket kavramının geçtiği Lisans Yönetmeliği geçici m. 4'ün uygulanmasına ilişkin olarak EPDK tarafından 5603-32 sayılı Kurul Kararı alınmış ve “Yönetmeliğin geçici 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “ana şirket” tabirinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 195 inci maddesinde yer alan “hâkim şirket” olarak uygulanmasına” karar verilmiştir. Söz konusu Kurul Kararı ile Lisans Yönetmeliği'nde yer alan belirli bir maddedeki "ana şirket" kavramı açıklanmış olsa da, elektrik piyasası mevzuatında ana şirkete ilişkin başka herhangi bir tanım ve açıklama bulunmadığından "ana şirket" olarak ifade edilen her durumda Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁴⁷ m. 195'te düzenlenen "hâkim şirket" in anlaşılması yerinde olacaktır. Bu kapsamda ilk olarak enerji piyasası mevzuatı bakımından "ana şirket" kavramının anlaşılabilmesi için TTK m. 195 ve devamında hüküm altına alınan hâkim şirket ve dolayısıyla da hâkimiyet kavramının izahı gerekmektedir.

Hâkimiyet kavramı, esasen TTK'da açıkça tanımlanmamış olup, sadece hâkimiyetin varlığına dair karineler ortaya konulmuştur. Ancak genel olarak hâkimiyet kavramının, şirketin yönetimine dair kararların alınmasında etkili olma gücünü ifade ettiği söylenebilir⁴⁸. Ana şirket ifadesinin geçtiği Lisans

⁴⁷ RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

⁴⁸ **Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, s. 96; **Tekinalp, Ünal** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C: 2, İstanbul, s. 1548; **Tekinalp, Ünal/Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin** (2013) Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul, s. 699; **Şener, Oruç Hami** (2017)

Yönetmeliği m. 33.5'de ve geçici m. 4.3'de hakimiyet kavramına yer verilmemiş, ancak "kontrol" kavramı kullanılmıştır. Kontrol kavramının da hâkimiyet kavramını ifade edecek şekilde anlaşılması yerinde olacaktır⁴⁹. Kaldı ki, 6446 sayılı Kanun m.4.r'de kontrol; *“Bir tüzel kişi üzerinde ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan hakları, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir tüzel kişinin malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir tüzel kişinin organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan hakları veya sözleşmelerle meydana getirilen haklar”* olarak tanımlanmıştır.

TTK m. 195'de belirtilen durumlarda hâkimiyetin gerçekleştiği, dolayısıyla belirtilen durumlarda bir şirketin hâkim, diğerinin bağlı şirket olduğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükme göre; bir ticaret şirketinin,

Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, s.174. Hakimiyet kuran, şirketin işletme konusunun elde edilmesi için gerekli olan olağan işlemlerle ilgili kararların alınmasını sağlayabiliyorsa, hakimiyetin bulunduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, s. 1551-1552.

⁴⁹ Bu yönde bkz. **Tekinalp**, s. 1548 vd. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda (RG., T. 01.11.2005, S. 25983) kontrol kavramına ilişkin bir tanım verilmiştir (m.3). Buna göre kontrol; bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olma şartı aranmadan, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı payların elde bulundurulması veya diğer pay sahipleri ile yapılan anlaşmalar uyarınca oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını ifade etmektedir. Rekabet hukuku açısından kontrol kavramı tanımının 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 5.2'de yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda; kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçların özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte kontrolün, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebileceği düzenlenmiştir. Verilen tanımlardan da kontrol kavramı ile hâkimiyet kavramının eş anlamlı kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahip olması veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahip olması yada kendi oy hakkı yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturmasının yanı sıra, bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketini, sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutması durumunda birinci şirket hâkim şirket, diğerleri ise bağlı şirket olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması da, dolaylı hâkimiyetin var olduğuna emare teşkil etmekte ve ilk şirket hâkim şirket, diğeri ise bağlı şirket olarak değerlendirilmektedir.⁵⁰ İlgili madde metninden yola çıkarak, bağlı şirket olan

⁵⁰ Ana şirket ve bağlı şirket kavramları, şirketler topluluğunun unsurları olup, şirketler topluluğu kavramı hukukumuzda yeni bir kurum olarak 6102 sayılı TTK ile girmiş ve m. 195 ila m. 209 arasında düzenlenmiştir. Şirketler topluluğunun ortaya çıkması farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Bunlar başlıca, şirketlerin finansal güçlerinin müşterek bir politika kapsamında koordine edilebilmesi, yönetimde uzmanlaşma, yabancı şirketler bakımından düşünüldüğünde buldukları ülkenin şartlarına daha kolay uyum sağlayabilmelerinin sağlanması, hâkim şirketin sorumluluk sınırlanmalarından faydalanma amacı olarak sayılabilmektedir. Ancak şirketler topluluğu yapılanmasının, sınırlı sorumluluk ilkesinden faydalanma yoluyla ve malvarlığının korunması ilkesine aykırı olarak hâkim olan teşebbüs veya şirket lehine kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla Kanun'da bu hususta özel hükümlerin öngörülmesi gerekmektedir. Elbette, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve malvarlığının korunması ilkesi gibi başkaca koruyucu hükümler yoluyla, bağlı şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların aleyhine durumların önüne geçilmesi mümkündür. Ancak şirketler topluluğunun kendine özgü yapısı düşünülerek özel düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir. **Göktürk, Kürşat** (2015) *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, 1. Baskı, Ankara, s. 11-12. TTK'nın ilgili hükümleri incelendiğinde şirketler topluluğunun, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketi üzerinde hâkimiyet kurmasını ifade ettiği görülmektedir. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenleme öngörülmesi ile ana ve bağlı şirketler arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verebilirlik ve menfaat dengesi temelinde kurallara bağlanması amaçlanmıştır. Her ticaret şirketi bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmakla birlikte, şirketler topluluğunda yer alan bağlı şirketlerin yönetimi, bağımsız bir şirkete oranla farklılık arz etmektedir. Şirket yönetiminde sadece ilgili şirketin değil, tüm topluluğun amacı ve menfaati gözetilir. Bu önemli husus, şirketler topluluğu bakımından özel düzenlemeler öngörülmesini gerektirmektedir. **Okutan Nilsson**, s. 13-15. Şirketler topluluğundan bahsedebilmek için, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketi üzerinde hâkimiyet kurmuş

dağıtım şirketi üzerinde fiili veya sözleşmeye dayalı olarak doğrudan veya dolaylı şekilde, tek başına veya birlikte hâkimiyet kuran şirket ana şirkettir.

Sözleşmeye dayalı hakimiyet, bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketini merkezi sevk ve idaresi altına alarak, ona bağlayıcı talimat verme hakkı veren bir sözleşme gereğince⁵¹ bu şirketi hâkimiyeti altına almasıdır (TTK m. 195.1.b). Fiili hâkimiyet ise, hâkimiyet sözleşmesine dayanmayan bütün hâkimiyet sağlama yollarını içerecek şekilde geniş bir kavram olarak algılanmalıdır. Bu kapsamda ilk olarak oy çoğunluğuna dayanan hâkimiyet akla gelmektedir (TTK. m. 195.1.a.1, m. 195.1.a.3). Burada bir ticaret şirket diğer bir şirket üzerinde oy haklarının çoğunluğuna ya tek başına veya bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ile birlikte sahip olmaktadır. İkinci durumda oy çoğunluğu esas sözleşme ile değil, oy sözleşmeleriyle oluşturulmaktadır⁵². Fiili hâkimiyetin sağlanmasının bir diğer yolu ise, şirket sözleşmesine dayanan hâkimiyet olup (TTK m. 195.1.a.2), şirket sözleşmesi uyarınca, bir ticaret şirketinin, başka bir ticaret şirketinin, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına sahip olmasıdır. Şirket sözleşmesine dayalı olarak hâkimiyetin sağlanması, genellikle bazı paylara veya belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınan imtiyazlar ile söz konusu olabilmektedir. Doktrinde inançlı yönetim kurulu üyeliği⁵³ kapsamında bir ticaret şirketinin, başka bir ticaret

olması ve her iki şirketin de hukuki bağımsızlıklarını koruyor olmaları gerekmektedir. Şirketler topluluğunun tanımına ilişkin bkz. **Pulaşlı, Hasan** (2007) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, GÜHFD, C:11,S: 1-2, s. 262-263; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 688; **Göktürk**, s. 8.

⁵¹ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda hâkimiyet sözleşmeleri hüküm altına alınmış olup, söz konusu hükümden hareketle tanım için bkz. **Tekinalp**, s. 1555; **Gürel**, s. 65; **Göktürk**, s. 29-30.

⁵² **Tekinalp**, s. 1555; **Şener**, s. 175.

⁵³ İnançlı yönetim kurulu üyeliği kurumu TTK'da hüküm altına alınmamıştır. Ancak öğretilerde kabul edilen tanım uyarınca inançlı yönetim kurulu üyeliği, bir sözleşme ilişkisine dayalı olarak, yönetim kurulu üyeliği görevinin, bir pay sahibinin veya üçüncü bir kişinin çıkarlarının korunması için, onun talimatları doğrultusunda yürütülmesidir. Bir diğer tanımla, inançlı yönetim kurulu üyeliği, çeşitli sebeplerle şirket yönetiminde bizzat yer almak istemeyen veya hukuken yer alması mümkün olmayan menfaat sahiplerinin,

şirketini “başka bir yolla⁵⁴(TTK m. 195.1.b)” fiili hâkimiyeti altına alabileceği de ifade edilmektedir⁵⁵.

Bir şirketin veya şirketlerin, dağıtım şirketi üzerinde herhangi üçüncü bir kişi olmadan hâkimiyet sağlaması doğrudan hâkimiyet⁵⁶iken, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla dağıtım şirketi üzerinde hâkimiyet sağlaması, dolaylı hâkimiyettir⁵⁷. Doğrudan hâkimiyette ana şirket, bağlı şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip olma, bağlı şirketin karar almasını sağlayacak sayıda yönetim organının üyelerini seçebilme veya bir hâkimiyet sözleşmesi akdetme gibi hâkimiyeti tesis edici araçların tamamına doğrudan doğruya sahiptir⁵⁸. Dolaylı hâkimiyet ise, bir şirketin veya şirketlerin, diğer bir şirket üzerinde

anonim şirket yönetiminde temsil edildiği bir kurumdur. İnançlı yönetim kurulu üyesi, bir menfaat sahibinin çıkarlarını korumak ve onun talimatları doğrultusunda hareket etmek üzere yükümlülük altına girmiş olan kişiyi ifade etmektedir. Ancak menfaat sahibi ile inanca üye arasındaki sözleşme ilişkisi taraflar arasında geçerli olup, inanca yönetim kurulu üyesinin şirkete karşı olan yükümlülüklerine bir etkisi bulunmamaktadır. Söz konusu menfaat sahibinin verdiği talimatın; (i) Kanuna ve esas sözleşme hükmüne aykırı olmamalı, (ii) Anonim şirketin menfaatine aykırı olmama, (iii) Talimatın, yönetim kurulu üyesinin takdir yetkisi kapsamında bulunması, (iv) Talimatın yerine getirilmesi yönetim kurulu üyelerinin devredilemeyen yetkilerinin devri sonucunu doğurmama şartlarını taşıması gerekmektedir. İnançlı yönetim kurulu üyeliğine ilişkin açıklama için bkz. **Korkut, Ömer** (2007) “Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği ve İnançlı Üyeye Verilebilecek Talimatların Sınırı”, Ankara Barosu Dergisi, C: 65, S:3, s. 129-137; **Yanlı, Veliye** (1998) “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu”, Prof Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, s. 656-666. TTK m. 202/5 ve m. 205 hükümlerindeki bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin talimatlara uymasından sorumlu olmamasına ilişkin düzenlemelerin, söz konusu yönetim kurulu üyelerinin inanca yönetim kurulu üyesi niteliğinde olduğu varsayımından hareketle öngörüldüğü yönünde bkz. **Gürel, Murat** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk”, (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 63.

⁵⁴ Tedarik anlaşmaları, kredi sözleşmeleri, franchise anlaşmaları gibi ekonomik sebeplerle yapılan sözleşmelerin başka yolla hâkimiyetin sağlanmasına olanak tanıyıp tanımadığı hususundaki tartışma için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 138 vd.

⁵⁵ **Gürel**, s. 61.

⁵⁶ **Okutan Nilsson**, s. 143, **Gürel**, s. 40.

⁵⁷ **Pulaşlı**, s. 286; **Okutan Nilsson**, s. 144, **Gürel**, s. 40.

⁵⁸ **Okutan Nilsson**, s. 144.

katılma payı olmamasına rağmen, hâkim olduğu başkaca bir şirket vasıtasıyla hâkimiyet kurmasıdır⁵⁹. Bu sayede hâkim şirket, hâkimiyet kurduğu şirketler vasıtasıyla daha alt kademelerdeki şirketlere de hâkim olmaktadır. Söz konusu tanımları somutlaştıracak olursak; X şirketi, Y şirketinin, Y şirketi de dağıtım şirketinin paylarının çoğunluğuna sahiptir. Bu durumda, dağıtım şirketinin doğrudan hâkim ortağı Y şirketi iken, dolaylı hâkim ortağı ise X şirkettir. Bu nedenle, X şirketi bulunduğu konum itibariyle hem paylarının çoğunluğuna sahip olduğu Y şirketini hem de herhangi bir payı olmamasına rağmen dağıtım şirketini kontrolü altında tutmaktadır⁶⁰.

Bir ticaret şirketinin kendisinin veya bağlı şirketleri kanalıyla, dağıtım şirketi üzerinde tek başına karar verebilme imkânına sahip olması tek başına hâkimiyet kavramı ile açıklanmaktadır⁶¹. Birlikte hâkimiyette ise, dağıtım şirketinin nasıl yönlendirileceğine ilişkin olarak tek bir şirketin değil, o şirkette dolaylı olarak hâkimiyet kuran, birden fazla şirketin birlikte karar vermesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile dağıtım şirketinin paylarının tamamına sahip olan şirkete pay sahibi olan şirketlerin birlikte hareket etmek suretiyle dağıtım şirketinin kararlarına etki edebilmesi söz konusudur. Zira dolaylı hâkimiyetten farklı olarak, burada, hâkimiyetin kullanılmasına katılan şirketler, sadece vasıta değil, aynı zamanda karar veren mercidir. Bu anlaşmanın mutlaka açık bir sözleşme tarzında olmasına gerek yoktur, fiilen ortak bir tavır benimseyerek dağıtım şirketinin nasıl yönetileceği konusunda zımnen mutabakat içinde olunması yeterlidir. Ancak bunun kabulü için, tarafların sürekli bir şekilde uyumlu davranış içerisinde olması gerekmektedir⁶². Diğer taraftan bir pay sahibinin veya bir pay grubunun kararların alınmasında önleyici azınlık oluşturması veya dağıtım şirketinin yönetiminin taraflardan birine bırakılmış

⁵⁹ Pulaşlı, s. 286.

⁶⁰ Uygulamada dolaylı hâkimiyetin çok daha karmaşık şekillerde ortaya çıktığı söylenmektedir. Bu hususta ayrıntılı örnekler için bkz. Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s. 690 vd.; Okutan Nilsson, s. 144 vd.

⁶¹ Okutan Nilsson, s. 148.

⁶² Akın, İrfan (2014) Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 64-65; Okutan Nilsson, s.149.

olması gibi somut olaydaki aksi sonuca varılabilecek haller, birlikte hâkimiyetin varlığının tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır⁶³.

Dağıtım şirketinin sahibi olan şirketin oylarının iki sermaye grubu arasında eşit paylaşılması durumunda ise, her iki sermaye grubunun da dağıtım şirketini, ortak bir anlayışla yönetmek durumunda oldukları ve hâkimiyetin birlikte tesis edildiği kabul edilebilir. Burada tarafların eşit pay sahipliği sebebiyle değil, bu ortak yönetim iradesinden dolayı birlikte hâkimiyet olgusu gerçekleşmiştir. Diğer taraftan, birlikte hâkimiyetin tespitinde, somut durumda eşitliği bozan diğer unsurların var olup olmadığına, taraflar arasında bu ilişkinin nasıl yürüdüğüne, özellikle yönetim organı üyelerinin gerçekten tarafları eşit şekilde temsil edip etmediği gibi durumlar da göz ardı edilmemelidir⁶⁴. Bu nedenle, birlikte hâkim olabileceği düşünülen kişilerin gerçekten de uyumlu şekilde davrandıkları ve şirketteki pay sahipliğinden doğan haklarını birbirlerine paralel şekilde kullandıkları ortaya koyulmalıdır. Yönetimdeki bu paylaşımın, süreklilik arz etmesi ve ileriye dönük olarak da devam edeceğine dair bir kabule temel oluşturabilecek nitelikte olması gerekir⁶⁵.

Birlikte hâkimiyet durumunda hâkimiyetten doğan sonuçların birlikte hareket eden şirketlerin oluşturduğu birliğe değil, her birine ayrı ayrı uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶. Bu bağlamda, dağıtım şirketi üzerinde birlikte hâkimiyet kuran şirketlerin her biri elektrik piyasası uyarınca ana şirkettir, şeklinde tespit yapılması yerinde olacaktır.

IV. DAĞITIM ŞİRKETİNİN ANA ŞİRKET VE ONUN KONTROLÜNDE OLAN ŞİRKETLERDEN YÖNETİMSEL OLARAK AYRIŞTIRILMASININ BEKLENEN FAYDAYI SAĞLAYAMAMASI

Lisans Yönetmeliği m. 33.5'de düzenlenen yönetim ayrıştırması, dağıtım şirketinin ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerden tamamen

⁶³ Okutan Nilsson, s. 149; Gürel, s. 48-49.

⁶⁴ Okutan Nilsson, s.124.

⁶⁵ Okutan Nilsson, s. 149 vd; Akın, s. 65 vd.

⁶⁶ Okutan Nilsson, s. 150-151. Alman Hukuku bakımından da hâkim görüşün bu yönde olduğuna ilişkin olarak bkz. Okutan Nilsson, s. 152.

bağımsız olarak yönetilmesini amaçlamış ve bu sayede dağıtım şirketinin, kararlarını, sadece ve sadece faaliyet konusu olan dağıtımın gereği gibi ifa edilebilmesi amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Diğer taraftan, dağıtım şirketinin yöneticilerinin, mülkiyetten doğan hak nedeniyle ana şirket tarafından atandığı da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin çıkarlarına yarayacak, bu sebeple de ana şirketten gelen ve piyasada istenilen etkin rekabet seviyesine sekte vurabilecek nitelikteki talimatlar doğrultusunda karar alabilmeleri muhtemeldir. Bu durum; dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin bünyesinde, dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerin elektrik piyasası faaliyetlerini birlikte izlemeyi, koordine etmeyi, yönetmeyi, denetlemeyi sağlayacak şekilde görev almasını ve ana şirket bünyesindeki tedarik ve üretim şirketleri ile yöneticilerinin aynı kişilerden oluşmasını yasaklayan düzenlemede bertaraf edilmek istenen sonucu doğuracaktır. Başka bir ifade ile, dağıtım şirketinin piyasadaki diğer oyuncuların bağımsız olmasını sağlamaya yönelik getirilen ana şirket ve kontrolündeki şirketler ile arasındaki yönetim ayrıştırmasından beklenen fayda, dağıtım şirketinin yöneticilerinin, ana şirket tarafından atanmış olmaları sebebiyle, ana şirket yöneticilerinden farklı olması durumunda dahi sağlanamayacaktır.

Hukuki ayrıştırmanın, muhasebe ve yönetim ayrıştırması ile desteklense dahi, grup içerisindeki şirketlerin arasındaki ilişkinin istenilen seviyede bağımsız hale gelmediği görülmektedir⁶⁷. Elektrik piyasası mevzuatında öngörülen ayrıştırma, dikey bütünleşik yapı içerisindeki şirketlerin içinde bulunduğu çıkar çatışmasının tümüyle sona erdirilmesi ve bu şirketlerin diğer piyasa oyuncularına uygulayabilecekleri ayrımcı davranışların tam manasıyla önlenmesi imkânını sağlayamamaktadır. Zira, bağlı şirketlerin birbirlerinden rekabete duyarlı bilgi edinme istekleri, birbirlerinin işleyişine, ana şirket veya kontrolünde olan diğer piyasa faaliyetleri ile ilgilenen şirketlerin çıkarları doğrultusunda müdahale etmeleri benimsenen mevcut ayrıştırma ile tam olarak ortadan kaldırılamamaktadır. Ayrıca, ana şirket ve kontrolünde olan şirketler arasındaki bilgi değişiminin kontrolünün ve alt ve/veya üst pazarlarda

⁶⁷ Pollitt, s. 13; Eroğlu, s. 125-126.

faaliyet gösteren rakiplerini pazar dışına itmek için kullandıkları yöntemlerin pek çoğunun tespiti de oldukça güçtür⁶⁸. Bu durum, ağır bir sektörel düzenleme yükü getireceği gibi, piyasa da gerekli rekabetin sağlanması bakımından istenen etkiye de sahip olamayacaktır. Zira, her ne kadar, sektörel düzenleyicilerin yetkilerinin artırılması ve düzenlemelerin daha kapsamlı hale getirilmesi, dikey bütünlük şirketlerin, rekabeti kısıtlamak için sahip oldukları araçları azaltsa da, bu yöndeki güdülerini azalmayacak ve sektördeki rekabetin kısıtlanma riski tam anlamıyla ortadan kalkmayacaktır. Bu nedenle, ana şirketin mülkiyetten doğan dağıtım şirketi üzerindeki hukuki haklarının ve buna bağlı olarak sisteme yönelik kararları etkileme gücünün hukuki ayrıştırma şartlarını bozacak şekilde kısıtlanması ancak, mülkiyet ayrıştırması ile mümkün olabilecektir⁶⁹.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun Enerji Sektör Araştırması'nda, birbirinden hukuki olarak ayrıştırılmış olsa da şebeke işleten bir şirket ile tedarik ve/veya üretim faaliyeti ile iştigal eden şirketinin aynı binada veya tesiste bulunmasının, ortak bilgi sistemi veya iletişim kanalları kullanılmasının, personellerin aynı bina ve tesislerde çalışması veya bir arada eğitim verilmek saikiyle sürekli iletişim ve etkileşim halinde olmaya devam etmesinin ve benzer etkenlerin tümünün, aralarında ayrıştırma yapılan şirketlerin yakın koordinasyonuna ve "özel bir ilişki"nin devamına yol açtığı ifade edilmiştir. Çalışanların kendilerini aynı grubun parçası olarak görmeye devam etmelerinin ve belli bir grup içerisinde olma şeklindeki düşüncüyü güçlendiren diğer etkenlerin varlığının, şebeke faaliyeti ile iştigal eden şirketinin serbest olma yükümlülüğünü riskli hale getirdiği tespit edilmiştir⁷⁰.

⁶⁸ **Mulder Michael/Shestolova Victoria/Lijesen Mark** (2005) "Vertical Separation of Energy - Distribution Industry- An Assessment of Several Options for Unbundling" CPB Document, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, The Hague, s. 49; **Communication from the Commission**, "Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)", COM (2006) 851 final, Brussels 2007, s. 162.

⁶⁹ **Ehlers**, s. 124; **Şahin**, s. 11.

⁷⁰ **Communication from the Commission**, "Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)", COM (2006) 851 final, s. 161-162.

Elektrik piyasasında dikey bütünleşik yapı nedeniyle ortaya çıkabilecek tüm sakıncaları gidermek için en radikal çözümü olarak ileri sürülen mülkiyet ayrıştırması⁷¹ sayesinde piyasa oyuncularının ayrımcı davranışlara maruz kalma olasılığı kalıcı biçimde ortadan kaldırılmakta ve bu nedenle mülkiyet ayrıştırması istenen etkin rekabetin sağlanması için de elzem bir şart olarak görülmektedir⁷². Zira, bu ayrıştırma ile, ana şirketin veya onun kontrolünde olan elektrik üretim ve tedarik şirketlerinin, şebeke sistemi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak kontrole sahip olması önlenilmekte ve şebeke sistemini işleten şirketlerin karar alma, yönetim kurulunu seçme, yatırım ve diğer finans kararları üzerinde etkili olma imkânı bulunmamaktadır⁷³. Bu nedenle, uygulamada ön plana çıkmaya başlayan mülkiyet ayrıştırması kamulaştırma/devletleştirme şeklinde olabileceği gibi, şebekelerin zorunlu satışa sunulması şeklinde de uygulanabilmektedir⁷⁴.

Nitekim Rekabet Kurumu'nun TEDAŞ'ın özelleştirilmesine ilişkin görüş raporuna bakıldığında da; öncelikle dağıtım şirketleri ile diğer piyasa faaliyetleri arasında mülkiyet ayrıştırmasını tavsiye edildiği görülmektedir. Zira, söz konusu raporda; TEDAŞ'ın özel sektöre devrinde amaçlanan dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin dikey bütünleşik yapı içerisinde kalacak tarzda devredilmesinin serbestleştirme sürecinde istenen etkin rekabetin sağlanması bakımından birtakım sakıncalar doğuracağı ifade edilmiş ve bu sakıncaların giderilmesi için en ideal çözümün; dağıtım şirketini devralacak şirketin perakende satış faaliyetinde doğrudan ya da dolaylı olarak faaliyet göstermesini

⁷¹ Mülkiyet ayrıştırması uygulayan ülkelere bakıldığında ise; ülkelerin büyük bir çoğunluğunun, rekabetin artırılmasından ziyade, esas olarak ulusal çıkarların ön planda tutularak şebeke sistemlerinin özellikle de iletim sistem operatörlerinin kamunun kontrolünde bırakıldığı ifade edilmektedir. Bu ayrıştırma modelini uygulayan diğer ülkelerde şebeke sistemlerinin özelleştirme öncesinde ayrıştırmaya tabi tutulduğunun görüldüğü ve bu ülkelerdeki ayrıştırma uygulamalarının, gönüllü anlaşmalar ya da ilgili teşebbüslerin kendi ticari kararları çerçevesinde gerçekleştirildiği ifade edilmiştir. **Ehlers**, s. 108; **Pollitt**, s. 8-9; **Şahin**, s. 34.

⁷² **Hariharan, Srikanth** (2011) "European Energy's Tryst with Competition Law", *European Competition Law Review*, United Kingdom, C. 32, S: 10, s. 514; **Mulder/Shestalova/ Lijesen**, s. 52, **Şahin**, s. 24-25.

⁷³ **Zafirova**, s. 30; **Cameron**, s. 27; **Eroğlu**, s. 125; **Şahin**, s. 11; **Akın**, s. 14; **Yavuz**, s. 56.

⁷⁴ **Ehlers**, s. 124; **Şahin**, s. 11.

engelleyecek şekilde, dağıtım ve perakende satış faaliyetleri arasında mülkiyet ayrıştırması yapılması gerekliliği dile getirilmiştir.

Elektrik piyasasında istenen rekabet düzeyinin sağlanabilmesi için rekabete açık piyasa faaliyetlerinden olan üretim ve tedarik faaliyetleri ile rekabete kapalı piyasa faaliyeti olan dağıtım arasında olması gerektiği ifade edilen mülkiyet ayrıştırmasının birtakım problemlere neden olacağı gerekçesi ile eleştirildiği de görülmektedir. Bu eleştirilerden biri; yatırım yapma isteğini azaltacağı ve hatta yatırım yapmaktan imtina etme problemine neden olabileceğidir⁷⁵. Diğer bir eleştiri ise; şebeke sistemlerinin dikey olarak ayrıştırılmasından sonra bu sistemlerin satışından elde edilen finansal gelirlerin, yatay bütünleşme için kullanılabilceği, bu sayede elektrik piyasasındaki üretim ve perakende satış faaliyetleri bakımından teşebbüs birleşmelerinin artabileceği, bunun da piyasanın rakiplere kapanması sonucunu doğuracağı; şebeke unsurları gibi stratejik önem taşıyan varlıkların yabancı teşebbüsler tarafından devralınacak olmasının arz güvenliğini tehlikeye atabileceğidir⁷⁶.

Mülkiyet ayrıştırmasının kabulü durumunda, şirketlerin bir kez daha yapılandırılması, şirketlerin faaliyetlerin fiziksel olarak ayrılması, yeni bilgi sistem ve iletişim kanallarının sistemlerinin oluşturulması, yönetici kadrosu da dâhil olmak üzere tüm personelin değiştirilmesi şeklindeki maliyet kalemleri ile birlikte yeniden pazarlık ve sözleşme yapılacak olması nedeniyle doğan maliyetler gibi işlem maliyetlerinin de hacimli birer maliyet kalemi olarak yansiyacak olması, eleştirilen diğer bir husustur. Mülkiyet ayrıştırması sonrasında, şayet, sistemler arasında bilgi alış ve verişinin iyileştirilmesine yönelik yatırımlar ihmal edilir ise, üretim ve şebeke faaliyetleri arasında koordinasyon sorunlarının meydana gelebileceği de göz önünde bulundurulmaktadır. Bunun sonucunda da, dikey olarak bütünleşmeye göre daha yoğun bir sektörel düzenlemeye gereksinim duyulabileceği⁷⁷ gibi, mülkiyet ayrıştırmasının hayata geçirilmesi, tedarikçiler arasındaki geçişleri

⁷⁵ Meyer, Roland (2011) "Vertical Economics and the Costs of Separating Electricity Supply-A Review of Theoretical and Empirical Literature", Bremen Energy Working Papers, S: 6, s. 11.

⁷⁶ Pollitt, s. 7 vd.; Şahin, s. 30.

⁷⁷ Ehlers, s. 105; Pollitt, s. 26.

kolaylaştırma, şeffaflığı ve yatırımları artırma vb. gibi piyasada rekabeti koruyan etkenlerin sağlanması için düzenleme yapılması gereğini de ortadan kaldırmayacaktır. Bu nedenlerle, mülkiyet ayrıştırmasının, pozitif düzenlemelerde yer almayan nitelikte, etkili bir sektörel denetime ihtiyaç duyulacağı⁷⁸ şeklindeki eleştiriler de göz önüne alınmalıdır.

Diğer taraftan, dağıtım faaliyeti ile iştigal eden şirketin, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerden muhasebe, yönetimin yanı sıra hukuken de ayrıştırılmış olması durumunda, ticari faaliyetlerini güçlendirmek, dolayısıyla sistem güvenilirliğini sağlamak için yatırım yapma sâikini ve faaliyetler arasındaki koordinasyonun mülkiyet ayrıştırılmasına tabi tutulmuş şirketten daha fazla olacağı da dile getirilmektedir⁷⁹. Ayrıca dağıtım faaliyeti bakımından daha ileri seviyedeki ayrıştırma yöntemlerinden beklenecek faydalarının, dağıtım şirketinin gelirlerinin maliyetlerini karşılayacak kadar yüksek olmaması ve dağıtım faaliyeti açısından henüz daha kapsamlı bir ayrıştırma yönteminin uygulanmasının orantısız olabileceği gerekçesi ile dağıtım şebekesi bakımından daha kapsamlı ayrıştırma yöntemine 2009 tarihli Direktifi'nde yer verilmemiştir.

Enerji sektöründe amaçlanan rekabetin daha sınırlı ve bu konudaki yönetsel deneyimin daha az yoğun olduğu ülkelerde, mülkiyet ayrıştırması gibi içerik olarak daha ileri ve kapsamlı ayrıştırma modellerinin faydalarının beklendiği kadar olmayabileceği dile getirilmektedir. Zira; ayrıştırmanın sonuçları, her bir devletin sahip olduğu gelişmişlik düzeyinin yanı sıra, ekonomik, siyasi ve yapısal ile hukuki özelliklerine göre farklılık gösterebilmektedir⁸⁰. Bu bağlamda, uygulanacak ayrıştırma modelinin hangisi olduğu konusunda en iyi çözüm, her ülkenin kendi özelliklerini dikkate alarak fayda-maliyet analizi yapılması ve ayrıştırma türleri bakımından elde edeceği fayda ve maliyetlerini değerlendirilmesidir.

Mülkiyet ayrıştırması gibi ağır bir yöntemin uygulanmasına başlanmadan önce, sektörel düzenlemelerin güçlendirilmesi ve pozitif

⁷⁸ Ehlers, s. 106; Pollitt, s. 1.

⁷⁹ Rees Ray/Scholz Sebastian (2010) "Electricity Market Design for Germany", Sosyo Ekonomi, Özel Sayı, 2010-EN, s. 48; Meyer, s. 15; Şahin, s. 37.

⁸⁰ Pollitt, s. 15; Şahin, s. 41.

düzenlemelerin gerektiği gibi uygulanarak dikey bütünleşik teşebbüsün piyasa faaliyetleri arasında bağımsızlığın artırılması yoluyla hukuki ayrıştırmanın faydalarının tam olarak ortaya çıkarılabileceği ifade edilmektedir⁸¹.Yönetim, muhasebe ve hukuki ayrıştırmaya göre mülkiyet ayrıştırmasından beklenen avantajlar bakımından belirsizliğinde mevcut olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, hukuki ayrıştırmadan beklenen faydaların yeniden değerlendirilmesi için bir sürecin geçmesi ve sert sektörel düzenlemelerin sonuçları tam anlamıyla ortaya çıkana dek, geri dönülmesi mümkün olmayan mülkiyet ayrıştırmasının uygulanması ertelenmelidir. Zira, mülkiyet ayrıştırması şeklindeki kapsamlı bir ayrıştırma modeli, ancak mevcut modellerin başarısızlığı halinde “son çare” olarak uygulanmalıdır.

SONUÇ

Dağıtım şirketinin, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerden tamamen bağımsız olarak yönetilmesini öngören düzenleme Lisans Yönetmeliği m. 33.5’dir. Anılan düzenleme uyarınca, dikey bütünleşik yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, aynı yapı içerisinde bulunan üretim, görevli tedarik şirketi yöneticilerinin farklı kişilerden oluşmasının yanı sıra, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerin bünyesinde elektrik piyasası faaliyetlerini birlikte izlemeyi, koordine etmeyi, yönetmeyi, denetlemeyi sağlayacak şekilde görev alması yasaklanmıştır.

Bu düzenleme sayesinde, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerin dağıtım şirketi ile etkileşime geçerek, kendi menfaatleri doğrultusunda dağıtım şirketinin kararlarına etki etmesi ve bunun sonucunda da piyasa kapama, dağıtım şirketinin ayrımcı uygulamalar yoluyla dikey bütünleşik yapıdaki üretim veya tedarik şirketine rekabetçi avantaj sağlayan davranışlarda bulunma ihtimali engellenmeye çalışılmıştır. Ancak, dikey bütünleşik yapıdaki diğer piyasa faaliyeti ile uğraşan şirketlerde olduğu gibi dağıtım şirketinin yöneticilerinin de ana şirket tarafından atanması karşısında, Lisans Yönetmeliği m. 33.5 ile yasaklanan ve istenilmeyen sonucun yine de ortaya çıkma ihtimali vardır. Zira, dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin çıkarlarına yarayacak, bu sebeple de piyasada istenilen etkin

⁸¹ Mulder/Shestalova/Lijesen, s. 58; Pollitt, s. 15; Ehlers, s.110.

rekabet seviyesine ulaşılmasını engelleyecek nitelikteki ana şirketten gelen talimatlar doğrultusunda karar alabilmesi olağandır.

Bu durumun ortadan kaldırılması, başka bir ifade ile dağıtım şirketinin ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerden bağımsızlığının sağlanabilmesi için muhasebe ve yönetim ayrıştırması ile desteklenmiş hukuki ayrıştırmaya ilişkin daha ağır bir sektörel düzenleme gerektiği düşünülebilir; ancak, bu durum dahi piyasada gerekli rekabetin sağlanması bakımından istenen etkiye sahip olamayacaktır. Zira, her ne kadar, sektörde denetleme ve düzenleme otoritesine sahip olanın yetkilerinin artırılması ve pozitif düzenlemelerin değiştirilerek daha kapsamlı yapılması, dikey bütünleşik yapı içerisindeki şirketlerin, rekabeti sınırlamak için ellerinde bulunan imkanları azaltsa da, rekabeti engelleme güdülerini azalmayacaktır. Bu nedenle, elektrik piyasasında istenen rekabet düzeyinin sağlanması için ana şirketin, mülkiyetten doğan dağıtım şirketi üzerindeki haklarının ve buna bağlı olarak sisteme yönelik kararları yönlendirme gücünün hukuki ayrıştırma şartlarını bozacak şekilde kısıtlanması, ancak mülkiyet ayrıştırması ile mümkün olabilecektir.

Mülkiyet ayrıştırması, ana şirketin veya onun kontrolünde olan elektrik üretim ve tedarik şirketlerinin, şebeke üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak kontrole sahip olmasını önlemektedir. Bu ayrıştırma türünde dikey bütünleşik yapı içerisindeki diğer şirketlerin, şebeke sistemini işleten şirketlerin karar alma, yönetim kurulunu seçme, yatırım ve diğer finans kararları üzerinde etkili olma imkânı bulunmadığından, mülkiyet ayrıştırması piyasa oyuncularının ayrımcı davranışlarla karşı karşıya kalma ihtimalini kalıcı bir şekilde ortadan kaldırmaktadır. Bunun sonucunda da; elektrik piyasasında istenilen seviyede rekabet sağlanabilecektir. Ancak, dağıtım faaliyeti ile rekabete açık diğer piyasa faaliyetleri arasında getirilecek mülkiyet ayrıştırmasının da birtakım problemlere neden olacağı unutulmamalıdır. Kaldı ki; yönetim, muhasebe ve hukuki ayrıştırmaya göre mülkiyet ayrıştırmasından beklenen faydalar konusunda bir belirsizliğinde mevcut olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, mülkiyet ayrıştırması gibi ağır bir yöntemin uygulanmasına geçilmesinden önce, sektörel düzenlemelerin güçlendirmesi ve yürürlükteki düzenlemelerin olması gerektiği gibi uygulanarak dikey bütünleşik yapı içerisindeki piyasa faaliyetleri arasında bağımsızlığın artırılması ve mülkiyet ayrıştırmasının son çare olarak uygulanması şarttır.

KAYNAKÇA

- Akın, İrfan** (2008) “Enerji Direktiflerinde Ayrışma”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C: 8, S:1, s.11-34.
- Akın, İrfan** (2014) Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku,1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Atiyas, İzak** (2006) Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, 1. Baskı, İstanbul, Tesev.
- Cameron, Peter** (2002) Competition Energy Market; Law and Regulations in the European Union, 2nd Edition, New York, Oxford University.
- Communication from the Commission**, “Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)”, COM (2006) 851 final, Brussels 2007, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006SC1724>> s.e.t. 13.04.2020.
- Communication from the Commission**, “Prospects for the internal gas and electricity market”, COM (2006) 841, Brussels 2007, <[https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/comcom\(2006\)0841/comcom\(2006\)0841en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/comcom(2006)0841/comcom(2006)0841en.pdf)> s.e.t. 23.04.2020.
- Çınaroğlu, Serpil** (2003) Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet, 1. Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu.
- Directive 96/92/EC** of the European Parliament and the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0092>> s.e.t. 25.5.2020.
- Directive 2003/54/EC** of the European Parliament and the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0054>> s.e.t. 25.5.2020.

- Directive 2009/72/EC** of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072>>s.e.t. 25.5.2020.
- Ehlers, Eckart** (2010) *Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and The Netherlands and the Law of the European Union: A Comparison*, 1st Edition, Portland, Intersentia.
- Eroğlu, Muzaffer** (2010) “Enerji Sektöründe Ayırıştırma Uygulamaları”, *Rekabet Dergisi*, C: 11, S: 1, s. 109-148.
- Göktürk, Kürşat** (2015) *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Gürel, Murat** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk” (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Hariharan, Srikanth** (2011) “European Energy’s Tryst with Competition Law”, *European Competition Law Review*, United Kingdom, C: 32, S: 10, s. 513-520.
- Korkut, Ömer** (2007) “Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği ve İnançlı Üyeye Verilebilecek Talimatların Sınırı”, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 65, S:3, s. 129-137.
- Kroes, Neelie** (2007) “A New European Energy Policy; Reaping the Benefits of Open and Competitive Markets”, *Energy Conference: E-World Energy & Water*, Essen, <http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_13.html> s.e.t. 29.12.2019.
- Meyer, Roland** (2011) “Vertical Economics and the Costs of Separating Electricity Supply-A Review of Theoretical and Empirical Literature”, *Bremen Energy Working Papers*, S: 6.

- Mulder Michael/ Shestalova Victoria/ Lijesen Mark** (2005) “Vertical Separation of Energy -Distribution Industry- An Assessment of Several Options for Unbundling” CPB Document, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, The Hague.
- OECD** (The Organisation for Economic Co-operation and Development) (2001) International Energy Agency/Organisation for Economic Cooperation and Development, Competition in Electricity Markets, Paris.
- Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pollitt, Michael**, “The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks”, <<http://eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/eprg0714.pdf>>s.e.t. 25.3.2020.
- Pulaşlı, Hasan** (2007) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, GÜHFD, C:11, S: 1-2, s. 259-278.
- Rekabet Kurumu** (2005) “Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ'nin Özelleştirilmesine İlişkin Rekabet Kurulu Görüşü”, Ankara.
- Rekabet Kurumu** (2011) Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, Rekabet Kurumu.
- Rekabet Kurumu**, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Raporu, Ankara 2015, <<http://rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%C3%B6r+Raporu%2FElektriksektor.pdf>> s.e.t. 23.3.2020.
- Rees Ray/Scholz Sebastian** (2010) “Electricity Market Design for Germany”, Sosyo Ekonomi, Özel Sayı, 2010-EN, s. 38-62.
- Şahin, Selen** (2012), Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 131, Ankara, Rekabet Kurumu.
- Şener, Oruç Hami** (2017) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Tekinalp, Ünal** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C: 2, İstanbul, s.1543-1556.
- Tekinalp, Ünal/Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin** (2013) Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Yanlı, Veliye** (1998) “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu”, Prof Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, s. 655-683.
- Yavuz, Mustafa** (2004) “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C. 8, S: 4, s. 38-62.
- Zafirova, Zornica** (2007) “Unbundling the Network: The Case for Ownership Unbundling?”, International Energy and Taxation Review, C: 2, s.29-37.