

EMO'dan Cumhurbaşkanı'na Mektup

Elektrik Mühendisleri Odası Yönetim Kurulu Başkanı Kemal Ulusaler, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'e gönderdiği 18 Mayıs 2006 tarihli mektupla, 5496 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hakkında Odamız görüşlerini ilettiler.

TBMM'ye "elektrik dağıtım şebekelerinin özelleştirilebilmesine yönelik olarak hukuki altyapı sağlama" gerekçesiyle sunulan tasarıya, Plan ve Bütçe Komisyonu'nda verilen bir önergeyle yasanın çıkarılma amacının dışında yeni hükümler eklendiğini kaydeden Ulusaler, "Bu yeni eklenen hükümler dahil olmak üzere yasayla yapılan temel düzenlemelerin hukuka ve kamu yararına aykırı olması nedeniyle yasalama sürecinde Odamız gerekli uyarılarda bulunmuştur. Kimi maddelerde birtakım düzeltmelere gidilmesine rağmen esas olarak kamu yararına ve hukuka aykırılıklar giderilmemiştir" görüşünü bildirdi.

5496 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hakkında Cumhurbaşkanlığı'na iletilen mektupta Odamızın şu görüş ve değerlendirmeleri yer almıştır:

1- Borsada işlem gören anonim şirket hisselerinin nama yazılı olması koşulunun kaldırılması Anayasa'ya ve kamu yararına aykırıdır.

Yasanın ikinci maddesi ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun ikinci

maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilerek, şu şekli almıştır:

"Piyasada faaliyet gösterebilecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması ve anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki hisselerin nama yazılı olması şarttır. Bu şirketlerin ana sözleşmelerinde bulunması gereken hususlar, yönetmelikle düzenlenir."

4628 sayılı Yasa'nın mevcut halinde, elektrik piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerin hisselerinin tamamının nama yazılı olması koşulu bulunmaktadır. Bu kural şirket hisselerinin el değiştirmesine ve dolayısıyla borsada işlem görmesine olanak tanımamak suretiyle bazı kamusal önlemlerin alınmasını amaçlamaktadır. 4628 sayılı yasanın amaçlarından biri de, elektrik piyasasında tekelleşmenin önlenerek rekabetçi bir yapının kurulmasıdır. Bu duruma yönelik olarak yasanın değişik maddelerinde çeşitli önlemlere de yer verilmiştir. Örneğin yasanın üçüncü maddesinde üretim şirketleri için, "Üretim şirketleri, dağıtım şirketleri ile kontrol oluşturmaksızın iştirak ilişkisine girebilir. Üretim şirketleri, bu faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamaz" denilmekte, benzer şekilde dağıtım şirketleri için de "Dağıtım şirketleri, tanımlanan bu faaliyetler dışında piyasada başka bir faaliyette bulunamaz" hükmü yer almaktadır.

Bu gibi düzenlemelerin, Anayasa'nın 167. Maddesi'nde yer alan, devletin "piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi" önleme görevinin yerine getirilmesi amacı ile yapıldığı anlaşılmaktadır. Yasanın mevcut haliyle zaten belirsiz olan piyasa yapısında, aynı şirket ya da grupların, üretim ve dağıtım alanlarında faaliyet göstererek tekel oluşturmalarının ve dikey bütünleşmenin önüne geçilebilmesi için konulan kuralların dolaylı yollardan aşılma isteneceği açıktır. Diğer yandan, doğal tekel oluşturan elektrik üretim ve dağıtım faaliyetlerinde yer alacak unsurların, piyasaya hakim olma yönünde eğilimlerinin daha baştan var olacağı da (Avrupa ülkeleri örneklerinde yaşandığı gibi) bilinen bir gerçektir.

4628 sayılı Yasa'nın 2'inci maddesinin mevcut halinde bulunan anonim şirketlerin hisselerinin nama yazılı olması kuralı, dolaylı yoldan piyasa üzerinde kontrol oluşturulmasına engel olma amacını taşımaktadır. Ancak 5496 sayılı yasa ile borsada işlem gören şirketler için hisselerin nama yazılı olma koşulunun aranmaması öngörülmektedir. Oysa borsada işlem gören şirketlere ait hisselerin kimin elinde olduğu bilinmemekte ve bu hisselerin piyasada faaliyet gösteren şirket ve gruplarca toplanarak tekelleşmenin yaratılması olanağı bulunmaktadır.

Diğer yandan, 4628 sayılı yasanın 14. maddesinin ikinci fıkrasında "Bu özelleştirme uygulamaları çerçevesinde, bu



kanunda belirtilen piyasa faaliyetlerinde yer alan gerçek ve tüzel kişilerden, yabancı gerçek ve tüzel kişiler elektrik üretim, iletim ve dağıtım sektörlerinde sektörel bazda kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olamazlar” hükmü yer almaktadır. Bu kural da Anayasa'nın başlangıç hükümlerinde yer alan ilkelere gereği, stratejik alanlarda yabancılara yönelik kısıtlamalar getirilmesi zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Anonim şirketlerin hisselerinin nama yazılı olması kuralı, bu sınırlamanın da dolaylı yollardan aşılmasını engelleyici bir kuraldır. Borsada işlem gören şirketlere ait hisselerin elektrik piyasasında faaliyet gösteren yabancı şirketlerce toplanması durumunda, sektörel bazda kontrol oluşturabilmeleri olanağı doğabilecektir. Nitekim bu düzenlemenin temel amacının yabancıların ihalelere katılabilmelerini sağlamak olduğu ifade edilmekte ve hatta dağıtım ihalelerine yönelik hazırlanan şartname taslağı ile yerli firmaları dışarıda bırakacak kriterler öngörülmektedir.

Bu nedenlerle maddede yapılan değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğu ve 4628 sayılı yasada yer alan kimi kamusal önlemleri geçersiz kılacak içerik taşıdığı kanısındayız.

2- Dağıtım ve perakende satış hizmeti için dikey bütünleşik yapı öngörülerek Rekabet Kurulu görüşü dikkate alınmamıştır.

5496 sayılı Yasa'nın 4'üncü maddesi yasanın genel gerekçesinde ifade edilen temel düzenlemeyi içermektedir. Bu düzenleme ile Elektrik Enerjisi

Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi'nde kararlaştırılan Kayseri dışında 20 bölgeye ayrılarak oluşturulacak kamu elektrik dağıtım şirketlerine önce TEDAŞ tarafından işletme hakkı devirlerinin yapılması öngörülmektedir. En az 10, en fazla 49 yıl süreyle işletme hakkı devirlerini alacak bu kamu şirketlerinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi planlanmaktadır.

Bu şirketler, dağıtım şirketi olmakla birlikte aynı zamanda 4628 sayılı yasa çerçevesinde belirlenen perakende satış ve perakende satış hizmetlerini de yürütecekler, ayrıca kendi bölgelerinde tüketilen elektriğin yüzde 20'sini de kendilerine ait ya da ortak oldukları üretim şirketlerinden satın alabileceklerdir. Oysa Rekabet Kurulu, dağıtım özelleştirmelerine yönelik olarak Özel İstisna İdaresi Başkanlığı'na 1998/4 sayılı Rekabet Kurulu tebliği uyarınca bildirdiği 21 Temmuz 2005 tarihli görüşünde, bu durumun sakıncalarına dikkat çekmekte ve nihai izin koşulu olarak bazı düzenlemeler yapılmasını talep etmektedir.

Elektrik özelleştirmesine yönelik strateji belgesinde, arz güvenliği ve yabancıların teşvikinin dikkate alındığını, ancak rekabetin tesisi ve tüketicinin korunması hususlarının yetersiz kaldığını saptayan Rekabet Kurulu, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin dikey bütünleşik bir yapı içerisinde özel sektöre devredilmesine karşı çıkmaktadır.

Kurul kararında, “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 tutulmasını, rekabetin tesisi bakımından en ideal yöntem olduğu,

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 alınabileceği hususlarının gözünde bulundurulmasının uygun olacağı” ve “Geçiş döneminin sonuna kadar dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılmasının Rekabet Kurulu'nun nihai izin koşulu olduğu” bildirilmiştir.

Yeni yasal düzenlemede Rekabet Kurulu'nun yukarıda anılan görüşü hiçbir şekilde dikkate alınmamıştır. Perakende ve dağıtım hizmetlerinin ayrıştırılmasına yönelik bir düzenleme yapılmamıştır. Elektrik dağıtım hizmetinin özelleştirilmesi sonrası rekabetin tesisi açısından kurulun zorunlu gördüğü bu düzenlemelerin yapılmamış olması, dikey bütünleşmeyi, dolayısıyla bu alanda tekelci bir yapıyı doğuracağından Anayasa'nın 167. maddesine aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Böyle bir yapı, bir kamu hizmeti olan elektriğe tüketicinin, ucuz, kaliteli ve sürekli ulaşımının sağlanması önünde de engel oluşturacağı için ayrıca Anayasa'nın 172. Maddesi'ne de uygunluk taşımayacaktır. Elektrik üretim, iletim ve dağıtım süreci bir bütün oluşturmakta ve doğal bir tekelleşim niteliği taşımasına rağmen



4628 sayılı Yasa bu durumun aksine her bir aşamayı kendi içerisinde dahi parçalamayı ve bu şekilde bir rekabetçi yapının sağlanacağını öngörmüştür. Bu öngörünün aksine Avrupa ülkeleri örneklerinde görüldüğü gibi sektörün tamamen serbestleşmesi halinde dahi rekabetçi yapı sağlanamamakta, yoğun bir dikey ve yatay bütünleşme yaşanmaktadır. Bu durum Elektrik Mühendisleri Odası'nın daha baştan beri dile getirdiği itirazları doğrular niteliktedir.

Bizim kamu yararına en uygun olduğunu düşündüğümüz çözüm, elektrik alanındaki yapının parçalanmaksızın bir bütün halinde kamu eliyle yürütülmesidir. Elektrik alanını serbestleştirme hedeflenmesine ve bunun gerçekleştirilebileceği iddiasına karşın, yasal düzenlemede Rekabet Kurulu görüşü ve serbest piyasa ortamında rekabetin tesis edilmesinin asgari koşulları bile dikkate alınmamıştır. Bu durum kendi içinde bir çelişki oluşturduğu gibi rekabetin ve tüketicinin korunmasına yönelik Anayasal hükümlere aykırılık oluşturmaktadır.

3- Yap-işlet-devret sözleşmelerinin mülkiyet devrine dönüştürülmesi hukuka ve kamu yararına aykırıdır.

Hükümetin TBMM'ye sunduğu tasarıda bulunmamasına karşın önce alt komisyonda getirilmek istenen, daha sonra Plan ve Bütçe Komisyonu'nda kabul edilen bir önergeyle yap-işlet-devret sözleşmeleri yapmış olan şirketlere, süresi sonunda kamuya devredilmesi gereken santrallerin bedelsiz, yalnızca arsanın rayiç bedeli karşılığında satışı öngörülmüştür. Odamızın girişimleriyle kamuoyunda ve TBMM'de tartışma yaratan bu düzenleme, tasarının Meclis Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında kısmi olarak değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle, yap-işlet-devret sözleşmesiyle işletmeye geçen 23 santral hariç yap-işlet-devret sözleşmesi yapmış ancak işletmeye geçmeden önce 4628 sayılı yasa kapsamında faaliyet göster-



mek için bu sözleşmesi sona erdirilmiş olan şirketler ile bu sözleşmeyi sona erdirecek olan şirketleri kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır. Böylece işletmeye geçmeden önce yap-işlet-devret sözleşmesini sona erdiren ve erdirecek olan şirketlere, sözleşme süresi sonunda kamuya dönmesi gereken ve esasen mülkiyeti kamuya ait olan santralleri sadece arsa bedeli karşılığında ihale yapılmasızın satın almalarının yolu açılmıştır.

Her şeyden önce düzenlemeyle öngörülen işlem yeni bir özelleştirme işlemdir. Dolayısıyla bu yeni özelleştirme işlemine yönelik kuralların işletilmesi gerekirdi. Ancak düzenlemenin bu yönü gözlerden uzak tutularak, basit bir arazi satışı izlenimi verilmiştir. Üstelik söz konusu arazilerin niteliği bile tartışma dışı bırakılmıştır. Basit bir arazinin satışı bile ihale açılmasını gerektiren bir işlemken, üzerinde mülkiyeti esasen devlete ait olan bir santralla birlikte bu arazinin devrinin ihalesiz gerçekleştirilmesinin öngörülmesi kamu vicdanına ve hukukun genel ilkelerine ters düşmektedir.

Kaldı ki Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında istikrarlı bir şekilde elektrik dağıtım hizmetlerinin ve kimi üretim santrallerinin mülkiyetin devri biçiminde özelleştirilemeyeceği açıklıkla belirtilmektedir. Nitekim bu

yasal düzenlemede Danıştay'ın bildirdiği görüş doğrultusunda dağıtım bölgelerinin işletme hakkı devri yönüyle özelleştirilmesi öngörüldükçe, aynı şekilde mülkiyet devri mümkün olmayan üretim tesislerinin mülkiyetinin devredilmesinin yolunun açılması büyük bir çelişki ve hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Bu yasal düzenlemenin uygulamaya geçirilmesi durumunda çoğunluğu hidroelektrik santrali olan üretim tesislerinin, üzerinde kurulu bulunduğu akarsu kaynağı ile birlikte mülkiyetinin özel şirketlere devri gerçekleştirilecektir. Bu durum, Anayasa'nın 168. maddesinde belirtilen "Tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir" hükümlerine açıkça aykırıdır.

Düzenlemeden yararlanabilecek özel şirketlerden bazıları zaten santralin mülkiyetinin kendisine devredilmesine yönelik herhangi bir düzenleme olmaksızın söz konusu kamu yararına ve serbest piyasa ortamına aykırı hükümler taşıyan yap-işlet-devret sözleşmelerinden feragat etmiş bulunmaktadır. Böyle bir durumda şirketlere yeni bir hak tesis etme çabası da ayrıca kamu yararına yeni bir aykırılık teşkil edecektir. 