

DÜNDAR • SIR | HUKUK BÜROSU

**TÜRKİYE'DE ENERJİ SEKTÖRÜNDE
AYRIŞTIRMA**

Av. Selim DüNDAR, LL.M.

DÜNDAR • SIR | HUKUK BÜROSU

Kasap Sokak Eser-A Blok No:16 Kat:7 34394, Esentepe/İstanbul
T: +90 212 211 7878 F: +90 212 211 78 80 W: www.dundarsir.com

Enerji hizmetlerinin tüketicilere ulaştırılması için gerekli şebeke altyapısını barındıran teşebbüslerin yeniden yapılandırılmasını ifade eden kavrama ayrıştırma denmektedir.¹ Ayrıştırma, dikey bütünleşik yapılarda uygulama konusu olan ve bu yapıların rekabete açılabilir durumdaki kısımlarının rekabete açık olmayan kısımlarından ayrıştırılarak rekabete açılabilmesini hedeflemektedir.² Enerji sektörü bakımından ise ayrıştırma, üretim, iletim, dağıtım ve pazarlama gibi pazar bileşenlerinin birbirlerinden ayrılması olarak anlaşılmaktadır.³

Ayrıştırma kavramını daha açık bir şekilde anlayabilmek için öncelikle, rekabet hukuku bağlamında yatay ve dikey bütünleşme kavramlarının anlaşılması gerekir. İşbu çalışmada öncelikle bu husus anlatılacak, akabinde ayrıştırma ve rekabet ilişkisine değinilecek, sonrasında ayrıştırma uygulamaları irdelenecek ve en nihayetinde Türk elektrik ve doğal gaz piyasası mevzuatları bakımından ayrıştırma ve ayrıştırma modelleri incelenecektir.

1. Yatay – Dikey Bütünleşme

Serbest piyasada adil ve kesintisiz rekabetin tesisini hedefleyen rekabet hukuku bakımından piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan birleşme veya işbirliklerinde temel ayrımlardan biri, yatay veya dikey bütünleşme ayrımıdır.

Aynı konuda üretim yapan veya aynı ürünü dağıtan teşebbüslerin birleşme veya devralma yöntemleriyle bir ekonomik birim haline getirilmesi, yatay bütünleşme olarak anılmaktadır. Örneğin elektrik dağıtım alanında faaliyet gösteren bir firmanın, aynı alanda faaliyet gösteren diğer bir firmayı satın almak suretiyle devralması, yatay bütünleşme teşkil eder. Öte yandan bir teşebbüsün kendisine mal, ürün veya hizmet sağlayan yahut kendi ürettiği mal, ürün veya hizmetlerin satışını yapan bir başka teşebbüsü birleşme veya devralma yöntemleriyle elde etmesi ise dikey bütünleşme olarak anılmaktadır. Örneğin elektrik dağıtım alanında faaliyet gösteren bir firmanın, elektrik üretimi alanında faaliyet gösteren bir firmayla birleşmesi, dikey bütünleşme teşkil eder. Yatay bütünleşmede, aynı faaliyet alanı üzerinde bir

1 Selen Yersu Şahin, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No. 131, Ankara, 2012, s.10.

2 *ibid.*

3 Muzaffer Eroğlu, Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu, 2010, (11)/1, 109-148, s. 109.

genişleme (büyüme) söz konusu iken, dikey bütünleşmede farklı faaliyet alanlarına doğru bir genişleme (büyüme) söz konusu olmaktadır.

Gerek yatay, gerekse dikey bütünleşmenin rekabet hukuku açısından farklı sonuçları söz konusudur. Yatay veya dikey bütünleşme işlemleri ve modelleri rekabet hukuku bakımından çeşitli sonuçlar doğuracağı gibi, yatay veya dikey bütünleşik yapıların mevcut halleriyle kalmasının da adil ve kesintisiz rekabetin tesisi açısından birtakım sonuçları söz konusudur.

2. Enerji Sektöründe Rekabetin Tesisi için Ayrıştırma

Enerji sektörü bakımından ayrıştırmada öncelikli olarak önem arz eden bütünleşme tipi, dikey bütünleşmedir. Dikey bütünleşmenin kanun veya düzenleyici kurum kuralları doğrultusunda kısıtlanması veya dikey bütünleşik yapıların farklı birimlere ayrılması, enerji sektöründe ayrıştırma uygulamalarının temel amacıdır. Bunun sebebi, ayrıştırmanın aynı faaliyet alanındaki bir teşebbüsün pazar payı bağlamında büyümesini değil, farklı faaliyet bileşenlerini birbirinden ayrı tutma veya ayırma amacını gütmesi; başka bir deyimle, konu bakımından rekabetin dikey düzlemde tesisini ele almasıdır. Bu doğrultuda ayrıştırma hükümleri, serbest piyasada adil ve kesintisiz rekabetin tesisi için aynı sektörün farklı bileşenlerinde faaliyet gösteren (elektrik ve doğalgaz sektörlerinin dağıtım ve perakende kısımlarında olduğu gibi) teşebbüslerin birbirlerinden ayrıştırılabilmesi, dikey bütünleşmelerinin engellenebilmesi amacıyla hizmet etmektedir. Bu şekilde piyasanın bir bileşeninde faaliyet gösteren bir teşebbüsün, diğer bir bileşeninde faaliyet gösteren bir teşebbüsten çeşitli şekillerde ayrıştırılması suretiyle, bir teşebbüsün piyasanın farklı bileşenlerine müdahalesi ve ilintili teşebbüslere yönelik ayrımcı davranışları engellenmiş olacaktır. Her ne kadar dikey bütünleşmenin enerji piyasasında varlığının yukarıda bahsedilen sakıncalarının yanı sıra, ekonomik bağlamda fiyatlara yönelik birtakım faydaları olsa da,⁴ bilhassa Avrupa Birliği (“AB”) Hukuku’ndaki mevcut eğilim piyasalarda sağlıklı ve işler bir rekabet ortamının sağlanması amacıyla ayrıştırmaya yönelmektedir. Yakın zamanda gündem konusu olmuş olan Avrupa Parlamentosu’nun tavsiye niteliğindeki “Google Kararı” ile de AB

⁴ İzak Atiyas, Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılanması Sürecinde Dağıtım Faaliyetlerinde Dikey Ayrıştırma, Sabancı Üniversitesi, 18 Haziran 2006, <http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/izak-atiyas-rekabet-dergisi-elektrik-dikey-ayristirma.pdf>, s. 3-5.

DÜNDAR • SIR | HUKUK BÜROSU

Kasap Sokak Eser-A Blok No:16 Kat:7 34394, Esentepe/İstanbul
T: +90 212 211 7878 F: +90 212 211 78 80 W: www.dundarsir.com

bünyesinde ayrıştırması trendinin kuvvetle devam ettiği görülmektedir.⁵ 27 Kasım 2014 tarihli bu kararda Avrupa Parlamentosu, Google ve benzeri şirketlerin arama motoru hizmetleriyle diğer ticari hizmetlerinin birbirinden ayrılmasına yönelik görüş beyan etmiştir.

3. Ayrıştırma Uygulamaları

Ayrıştırma uygulamaları açısından, beraberce de uygulama alanı bulabilen birkaç farklı modelin varlığı söz konusudur. Bu uygulamalar genel itibariyle şu şekilde sınıflandırılmaktadır:⁶

- (i) **Muhasebe Ayrıştırması:** Dikey bütünleşik bir teşebbüste muhasebe kayıtlarının ve hesapların her bir faaliyet bakımından ayrı ayrı tutulmasını ifade eden ayrıştırma türüdür. Bu vesileyle mali şeffaflık ve hesap/muhasebe ayrımı sağlanarak, rekabet, fiyat kontrolü ve ayırım gözetmeme yükümlülükleri bakımından inceleme yapılabilecektir.⁷
- (ii) **Yönetim Ayrıştırması:** Dikey bütünleşik bir teşebbüs içinde farklı alanlarda faaliyet gösteren şirketlerin yönetimlerinin ayrı ayrı ve bağımsız tutulmasını ifade eden ayrıştırma türüdür. Bu vesileyle her bir faaliyetin yönetimi birbirinden farklı kişilerden oluşacak ve ilgili faaliyetin çıkar ve menfaatleri doğrultusunda yönetim faaliyeti yürütülebilmesi sağlanacaktır.
- (iii) **Fonksiyonel Ayrıştırma:** Dikey bütünleşik bir teşebbüste her bir faaliyetin birbirinden işlevsel olarak ayrı tutulmasını ifade eden ayrıştırma türüdür. Bu modelde her bir faaliyetin birbirinden kesin olarak bağımsızlığı söz konusudur. Bu bağımsızlık, her alana (muhasebe, yönetim, personel, işletim sistemleri, birimler, stratejiler, destek sistemleri, mal ve hizmetler, bilgi sistemleri, vs.) uzanmalıdır.⁸

5 Dijital Ortak Pazarda Tüketici Haklarının Desteklenmesine Dair Avrupa Parlamentosu Kararı, 2014/2973(RSP), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2014-0071+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>

6 “Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayrıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Taslağı”na İlişkin Rekabet Kurumu Görüşü, s. 2-3.

7 Müberra Güngör / Ayhan Tözer / Gökhan Evren, Rekabet Problemleri ve Fonksiyonel Ayrım: Kapsam, Uygulama, Deneyimler ve Öneriler, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, Mayıs 2009, s. 30.

8 *ibid*, s. 32-35.

DÜNDAR • SIR | HUKUK BÜROSU

Kasap Sokak Eser-A Blok No:16 Kat:7 34394, Esentepe/İstanbul
T: +90 212 211 7878 F: +90 212 211 78 80 W: www.dundarsir.com

(iv) **Hukuki Ayırıştırma:** Muhasebe, yönetim ve fonksiyonel ayırıştırma yöntemlerini de bünyesinde toplar şekilde, her bir faaliyetin farklı bir tüzel kişilik (yani farklı bir hukuki bünye) altında yapılanarak işlev göstermesini ifade eden ayırıştırma türüdür. Yapısal ayrılığı öngören bu modelde, örneğin elektrik dağıtım faaliyetiyle elektrik üretim faaliyeti, ilgili tüzel kişilere nihayetinde aynı hissedar(lar) tarafından sahip olunsada, farklı tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilecek ve yürütülecektir. Bu vesileyle, haklar ve sorumluluklar her biri ayrı bir hukuk kişisi olan farklı tüzel kişilerin bünyesinde toplanacaktır.

(v) **Mülkiyet Ayırıştırması:** salt muhasebenin, yönetimin, yapının veya tüzel kişiliklerin değil, ortaklık yapısının da ayrıştırılmak suretiyle, farklı alandaki faaliyetlerin tamamen ayrı kişilerce kontrol edilmesi, gerçekleştirilmesi ve yürütülmesine dayanan ayırıştırma modelidir. Bu bağlamda mülkiyet ayırıştırması, farklı faaliyetlerin, farklı hissedarlara sahip farklı tüzel kişilikler bünyesinde yürütülmesi vesilesiyle en yüksek düzeyde ayırıştırmaı sağlayan ayırıştırma modelidir.

AB mevzuatında güncel olarak daha çok benimsenen yaklaşım, hukuki ayırıştırmanın dahi rekabetin tesisi bakımından yetersiz kaldığı gerekçesiyle, mülkiyet ayırıştırması olmuştur. Bu doğrultuda AB Hukuku'nda yürürlükteki mevzuatı teşkil eden 2009/72/EC sayılı Direktif, hukuki ayırıştırma modelini benimsemiş olan 2003/54/EC sayılı Direktif'in aksine, mülkiyet ayırıştırması modeli üzerine kurulmuştur.

4. Türk Enerji Hukukunda Ayırıştırma

a) Elektrik Piyasası

Eski enerji mevzuatı uyarınca ayırıştırmaı temel teşkil eden madde, 4628 sayılı Kanun'un (3 Mart 2001 tarihli ve 24335 sayılı Resmi Gazete, eski adıyla Elektrik Piyasası Kanunu, yeni adıyla Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun) ("EPDK Kanunu") mülga 3. maddesi olmuştur. Bu hüküm, elektrik piyasasında birden çok alan veya tesiste faaliyet gösteren kişilere, lisansa tabi her bir faaliyet veya tesis için ayrı ayrı muhasebe tutma ve lisans alma zorunlulukları getirmekteydi. Bu vesileyle enerji

DÜNDAR • SIR | HUKUK BÜROSU

Kasap Sokak Eser-A Blok No:16 Kat:7 34394, Esentepe/İstanbul
T: +90 212 211 7878 F: +90 212 211 78 80 W: www.dundarsir.com

piyasasında ayırıştırma uygulamaları, temel olarak muhasebe ve lisans ayırıştırmasına, yani genel itibariyle her bir faaliyet veya tesis için ayrı ayrı bilanço, hesap ve kayıt tutulması ve lisans alınması esasına dayanmaktaydı. Ancak 2008 yılında hüküm üzerinde yapılan değişiklikler neticesinde ayırıştırma için benimsendiği görülen model, hukuki ayırıştırma sistemi olmuştur.⁹

Buna müteakip olarak 2012 yılında aynı maddeye istinaden Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (“**Kurul**”) tarafından alınan bir karar ile Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayırıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar (12 Eylül 2012 tarihli ve 4019 sayılı Kurul Kararı) (“**Ayırıştırma Kararı**”), dağıtım ve perakende satış hizmetlerinin hukuken ayırıştırılmasına (farklı tüzel kişilik, muhasebe, yönetim ve lisans sahibi olmasına) dair düzenleme yapılmıştır. Ayırıştırma Kararı'nın 4. maddesi uyarınca dağıtım şirketlerine dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren ayrı tüzel kişilikler altında yürütülmesine yönelik hukuki ayırıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayırıştırma Kararı'nın 5. maddesinde ayırıştırmanın kısmi bölünme işleminin uygulanması suretiyle yapılması esas kabul edilmiştir (Ayırıştırma Kararı'nın 9. maddesi uyarınca bölünme sonucu yeni kurulacak şirketin anonim şirket olması öngörülmüştür). Ayırıştırma Kararı'nın 6. maddesi uyarınca ayırıştırılan şirketlerin ortaklık yapısının değilse de, yönetim yapısının da 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren ayırıştırılmış olması (farklı kişilerden teşkil edilmesi) zorunlu tutulmuştur. Ancak, (i) Ayırıştırma Kararı'nın kapsamının üretim faaliyetlerine de genişletilmesi ve (ii) Ayırıştırma Kararı'nda ortaya konulan usul ve esasların ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulması ve bu vesileyle hukuki ayırıştırmanın tam olarak sağlanabilmesine yönelik Rekabet Kurumu görüşlerinin Ayırıştırma Kararı'nın nihai halinde dikkate alınmamış olduğu görülmektedir.¹⁰

EPDK Kanunu'nun elektrik piyasası faaliyetlerine dair 2. ve lisans usul ve esaslarına dair 3. maddesi, elektrik piyasasına yeni düzenleme getiren 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (30 Mart 2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmi Gazete) (“**EPK**”) ile yürürlükten kaldırılmış ve yerine EPK'nın 4. ve 5. maddeleri getirilmiştir. Fakat EPDK Kanunu'nun detaylı mülga 2. ve 3. maddelerinin yerine getirilen bu maddeler çerçeve bir nitelikte tutulmuş ve

⁹ “Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayırıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Taslağı”na İlişkin Rekabet Kurumu Görüşü, s. 2-3.

¹⁰ *ibid*, s.5.

DÜNDAR • SIR | HUKUK BÜROSU

Kasap Sokak Eser-A Blok No:16 Kat:7 34394, Esentepe/İstanbul
T: +90 212 211 7878 F: +90 212 211 78 80 W: www.dundarsir.com

detaylı düzenlemeler ikincil mevzuata bırakılmıştır. Ancak henüz ikincil mevzuatın büyük bölümü çıkartılmamıştır.

Mevcut halde, EPK Geçici Madde 1/3 uyarınca, 31 Aralık 2015 tarihine kadar tüm hesapların ilgili mevzuatına göre ayrıştırılarak tutulmasının devamına hükmedilmiştir. Başka bir deyişle, bu geçici madde vasıtasıyla muhasebe ayrıştırmasının sürdürülmesi öngörülmüştür. Keza, EPK Madde 5/2(a) marifetiyle, her bir faaliyet ve tesise yönelik olarak ayrı ayrı lisans alma zorunluluğu da sürdürülmektedir. EPK Geçici Madde 3/3 uyarınca ise, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin ayrıştırılması işlemlerinin EPK'ya istinaden belirlenen usul ve esaslar dâhilinde yapılacağı ifade edilmiştir. İşbu geçici madde ile, Ayrıştırma Kararı'na göre usul ve esas bakımından farklılık gösteren yeni bir ayrıştırma kararının söz konusu olacağı açık edilmektedir.

Ancak 2015 Ocak ayı itibariyle, EPK'nın yürürlüğe girmesinin üzerinden uzunca bir süre geçmiş olmasına rağmen, ikincil mevzuatın büyük bölümü çıkarılmadığı gibi, ayrıştırmaya yönelik yeni bir karar da henüz söz konusu olmamıştır. Bu doğrultuda henüz elektrik piyasası mevzuatına getirilecek yeni ayrıştırma düzenlemesinin niteliği ve ölçüsü belirsizdir. Hukuki ayrıştırma modeli eski haliyle tutulacak mıdır, daraltılacak mıdır, yoksa genişletilecek midir? Yoksa AB mevzuatındaki mülkiyet ayrıştırma modeli mi benimsenecektir? Türkiye'nin AB adaylığı ve bu adaylığın getirdiği yasal uyumlaştırma yükümlülükleri doğrultusunda doğal olarak beklenen, 2009/72/EC sayılı Direktif hükümlerine uygun olarak mülkiyet ayrıştırması modelinin ikincil mevzuat vesilesiyle belirli bir vadede Türk enerji mevzuatına girmesidir.

b) Doğal Gaz Piyasası

Mevcut 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun (2 Mayıs 2001 tarihli ve 24390 sayılı Resmi Gazete) ("DPK") çeşitli veçhelerinde, muhasebe ayrıştırmasına ilişkin esaslar yerleştirilmiştir (Örn. DPK Madde 4 ve 7) ve bu doğrultuda, Şehir İçi Doğal Gaz Dağıtım Şirketlerinin Dağıtım ve Satış Faaliyetleriyle İlgili Yapmak Zorunda Oldukları Muhasebe Ayrışımı Uygulaması Usul ve Esasları Hakkında Muhasebe Uygulama ve Mali Raporlama Genel Tebliği (Tebliğ No. 2002/1, 23 Mayıs 2002 tarihli ve 24763 sayılı Resmi Gazete) yayınlanmıştır. DPK'nın tarihi itibariyle ve uzun süredir yürürlüğe girmesi beklenen Doğal Gaz

DÜNDAR • SİR | HUKUK BÜROSU

Kasap Sokak Eser-A Blok No:16 Kat:7 34394, Esentepe/İstanbul
T: +90 212 211 7878 F: +90 212 211 78 80 W: www.dundarsir.com

Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın ("Yeni DPK Tasarısı") henüz yürürlüğe girmemiş olmasından ötürü, bu modelin daha üst bir seviyeye getirilmesi henüz mümkün olmamıştır. DPK ve Yeni DPK Tasarısı bakımından önem arz eden husus, Türkiye'ye münhasır bir unsurdur. Doğal gaz piyasasının belirli bileşenlerinde Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi'nin ("BOTAŞ") adeta tekel niteliği gösteren piyasa hâkimiyetinin kırılabilmesi, DPK'nın piyasanın serbestleştirilebilmesi amacına rağmen, mümkün olmamıştır. BOTAŞ, doğal gaz faaliyetlerinin önemli bir bölümünde (örn. depolama, iletim, ithalat, ihracat, toptan satış) halen baskın pazar payını korumaktadır. BOTAŞ'ın pazarda böylesi kuvvetli bir paya ve güce sahip olması, aynı faaliyet alanında faaliyet göstermek isteyen teşebbüslerin, dev bir dikey bütünleşik teşebbüs niteliği gösteren BOTAŞ'la rekabet edebilme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu bağlamda doğal gaz piyasası açısından yapılacak düzenlemeler konusunda ülke menfaatlerinin tespiti ve ülkeye münhasır şartlar doğrultusunda düzenleme yapılabilmesi için dikkatli davranmak gereği söz konusudur. Bu nedenle doğal gaz piyasasında benimsenecek ayırıştırma modelinin fiilen tespiti, çok daha karışık bir durum arz etmektedir.

Yeni DPK Tasarısı'nda BOTAŞ'ın faal olduğu çeşitli bileşenler bakımından hâlihazırda öngörülen modelin, BOTAŞ'ın ayırıştırılması suretiyle iki ayrı kuruluş teşkil ettirilerek, mülkiyet ayırıştırması tesis edilmesi olduğu görülmektedir.¹¹ Bu kuruluşlardan birinin depolama ve iletim faaliyetlerini, diğerrinin ise ithalat, ihracat ve toptan satış faaliyetlerini yürütmesi öngörülmüştür.¹² Bu vesileyle BOTAŞ'ın dev dikey bütünleşik teşebbüs yapısı, nispeten daha küçük parçalara ayırıştırılabilecektir. Bu durumun, rekabetin tesisi anlamında kısmen de olsa fayda sağlaması beklenmektedir. Buna rağmen Yeni DPK Tasarısı, elektrik piyasasında temel alınan modelin aksine, dağıtım ve perakende satış şirketleri bakımından herhangi bir hukuki ayırıştırma dahi öngörmemektedir. Bu husus, Yeni DPK Tasarısı'nda önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Ağustos 2014 itibariyle TBMM'ye sevk edilmiş olan Yeni DPK Tasarısı, hâlihazırda TBMM'de görüşülmeyi beklemektedir.

11 4646 Sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısına İlişkin Rekabet Kurumu Görüşü, s. 1.

12 *ibid.*, s. 5.